

제8회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서



서울지방법변호사회

인 사 말



안녕하십니까?

서울지방변호사회 회장 김정욱 변호사입니다.

우리회는 변호사의 공익활동 참여 기회를 확대하고, 보다 적극적이고 체계적으로 공익활동을 수행할 수 있도록 지원하고자 산하에 프로보노 지원센터를 설립하여 운영하고 있습니다.

공익·인권 분야 연구 활동 지원사업은 프로보노지원센터에서 진행하고 있는 주요 업무의 일환으로서 사회 각 분야에서 공익·인권을 획기적으로 증진하기 위해서 필요한 제도 및 정책에 대한 고찰과 이를 보완할 방안을 연구하고자 하는 회원들의 활동을 격려하고 재정적으로 지원하는 사업입니다.

이번에 진행한 ‘제8회 공익·인권 분야 연구활동 지원사업’에는 총 8팀이 참가신청을 하였고, 엄격한 심사를 통해 최종적으로 5팀을 선정하였습니다. 김운진 변호사 외 4인 팀은 ‘주택세입자 권리보호 사각지대 해소를 위한 법제 개선방안’을 주제로, 박성민 변호사는 ‘아동 최선의 이익 실현을 위한 미혼모 등 한부모 양육비 청구 이행 확보 방안’을 주제로, 정민아 변호사 외 2인 팀은 ‘공항난민의 기본적 인권 보장에 관한 연구’를 주제로, 정지민 변호사 외 2인 팀은 ‘장애인의 평등한 법조계 진출을 보장하기 위한 법학전문대학원 입학 및 재학 과정에서의 차별 실태조사와 법제 개선 연구’를 주제로, 최현정 변호사 외 5인 팀은 ‘형법 제10조 심신상실·심신미약 판단 기준에 대한 법원 판결 분석’을 주제로 각각 연구를 진행하였습니다.

올해는 사회적으로 계속해서 중요한 문제로 부각되고 있는 주택세입자 권리보호 관련 연구를 비롯하여 양육비 청구 이행 확보 방안, 공항난민의 권리 보장, 장애인의 평등한 법조계 진출을 위한 법제 개선, 정신적 장애인에 대한 심신장애 유무 판단에 있어서의 법원의 구체적인 판단 분석 등 보다 다양한 주제들로 심층적인 연구가 이루어진 바, 귀중한 연구 결과를 회원 여러분과 공유하고자 ‘제8회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서’를 발간하게 되었습니다.

본 사업에 참여하여 연구에 힘써주신 모든 분들께 감사의 말씀을 드리며, 동 연구 결과가 변호사의 공익성에 대한 국민의 신뢰도를 높이고 더 많은 변호사들이 인권 사각지대에 지속적으로 관심을 갖고 이들을 위한 제도 개선 및 정책 제언 등의 연구 활동을 활발히 하는 초석이 되기를 바랍니다.

우리회는 앞으로도 사회 각 분야에서 인권 및 공익의 증진을 위하여 적극적인 연구 활동을 펼치는 회원님들을 응원하고, 지원할 수 있도록 노력하겠습니다. 감사합니다.

2024년 9월

서울지방변호사회장 김정욱

“공익·인권 분야 연구활동 지원사업” 개요

1. 취지

사회 각 분야에서 공익·인권이 더욱 획기적으로 증진되기 위해서는 그 구조를 형성하는 제도 및 정책 등의 변화가 필요한 바, 공익·인권의 관점에서 현재 시행 중인 법령 또는 제도 개선 방안 등을 연구하고자 하는 회원을 지원하는 ‘공익·인권 분야 연구활동 지원사업’을 2016년부터 시행하고 있음.

2. 참가 대상 : 서울지방변호사회 회원

3. 지원 부문

- 공익·인권 관련 법령 제·개정에 대한 연구
- 공익·인권 관련 정책 제안 또는 제도 개선 방안에 대한 연구
- 국외 인권 환경 및 제도, 판례 등에 대한 연구
- 기타 공익·인권 향상을 위한 각종 이론적·실무적 연구

4. 제출 서류 : 신청서 및 연구계획서

5. 진행 일정

구분	날짜	비고
모집 공고	2023. 10. 23. ~ 11. 30.	서울지방변호사회 프로보노지원센터 홈페이지 게시 전 회원 이메일 공지
심사 기간	2023. 12. 8. ~ 12. 26.	1차 심사 : 프로보노지원특별위원회 2차 심사 : 상임이사회
결과 발표	2023. 12. 26.	선정 회원에게 개별 연락
연구 중간보고서 접수	2024. 3. 29.	제출한 중간보고서는 프로보노지원특별위원회에서 검토 후, 연구자에게 보완 요청
연구 최종보고서 접수	2024. 5. 31.	

6. 최종 선정팀 및 선정 이유

연구팀	연구 주제	선정 이유
김윤진 변호사 외 4인	주택세입자 권리보장을 위한 법제 개선방안	주거권 관련 제도 개선에 관한 선행연구를 살펴보면, 국 내 세입자가 실제로 겪는 각종 문제 상황보다는 법제의 문언적 해석상 보완이 필요한 부분에 초점을 두거나, 해 외 사례에 대한 탐색에 머무르거나, 개정안을 제시하더 라도 이론적 검토에 그쳐 현장에서 세입자 당사자가 겪 는 어려움을 고려하지 못하는 등의 한계가 있음. 해당 연구의 경우, 사회적으로 상대적 약자에 해당하는 주택 세입자들의 권리를 보장하지 못하는 제도의 사각 지대를 해소하는 데 기여할 것으로 보이며 공익성, 활용 성 면에서 긍정적으로 평가되기에 선정함.
박성민 변호사	아동 최선의 이익 실현을 위한 미혼모 등 한부모 양육비 청구 이행 확보 방안	2024년 7월 출생통보제와 보호출산제의 시행을 앞두고 친생부모 중 일방이 직접 양육을 포기하거나 회피했을 시 양육비 지급 명령을 받아도 양육비 지급 불이행에 따 른 집행의 어려움 등 많은 문제가 있는 것이 사실임. 이에 미혼모 등 한부모 양육비 청구 이행 확보 방안 연 구가 필요하고 실무적인 참고 자료로써 활용될 수 있을 것으로 기대되어 선정함.
정민아 변호사 외 2인	공항난민의 기본적 권리 보장에 관한 연구	우리나라의 난민심사 불회부율이 50%가 넘어 많은 난 민들이 본국으로 돌아가거나, 공항에 남아 불회부결정취 소소송을 진행하게 되며, 불회부결정취소소송의 경우 정 부의 패소율이 75%가 넘음에도 불구하고 난민심사 절차에 불회부된 외국인이 행정소송을 제기하는 경우, 결과가 나올 때까지 공항환송구역이나 출국 대기실 등 열악한 환경에서 장기간 체류하며 기본적인 인권을 보호받지 못하고 있음에 공감함. 난민불회부결정취소소송에서 유용한 자료로 활용할 수 있도록 사례 수집 및 연구하고 이를 개선하기 위한 입법 활동 등 다양한 방식으로 활용이 가능할 것으로 기대되 어 선정함.

연구팀	연구 주제	선정 이유
정지민 변호사 외 2인	장애인의 평등한 법조계 진출을 보장하기 위한 법학전문대학원 입학 및 재학 과정에서의 차별 실태조사와 법제 개선 연구	법학전문대학원은 신체적/경제적 또는 사회적인 배려가 필요한 사람을 대상으로 특별전형을 실시하여 입학자의 7% 이상을 선발할 수 있으나 2009년부터 10년간 법학전문대학원에 입학한 장애인은 전체 입학생 중 0.65%로 장애인 출현율 약 5.4% 또는 등록장애인구 비율 5.2%에 비하여도 현저히 낮은 수준이며 이는 장애인의 법학전문대학원 입학 및 재학을 저해하는 요인 또는 제도적인 차별이 존재하는 것인지 알아볼 필요가 있다고 보여짐. 법학전문대학원에 재학 중인 장애학생의 수에 관한 통계와 학교생활 전반에 걸쳐 경험하게 되는 차별에 대한 기초자료와 법제에 관한 연구가 절대적으로 부족한 상황에서 구체적 현황을 파악하고 이를 바탕으로 전반적인 법제 개선 방안을 제시하는 것이 필요하다고 생각되어 선정함.
최현정 변호사의 5인	형법 제10조 심신상실·심신미약 판단 기준에 대한 법원 판결 분석	법원이 정신감정 결과를 비롯하여 범행의 경위, 수단, 범행 전후 피고인의 행동에서 구체적으로 어떠한 요소들을 어떻게 규범적으로 평가하는지를 구체적으로 분석하거나, 이러한 평가 방식이 일관적이고 타당한지를 검토한 연구는 미비한 실정에서 정신적 장애의 특성을 제대로 반영하는 법원의 판단은 어떠해야 하는지를 모색할 필요가 있다는 점에 동의함. 이에 해당 연구를 법원의 판단 기준의 일관성과 타당성을 확보하기 위한 기초 자료로 활용하고 변호사 및 정신적 장애인 지원 기관이 정신적 장애를 가진 피고인을 지원할 때 참고자료로 활용할 수 있으며 후속 연구를 촉발하기 위한 정책 기초 자료로 활용할 수 있다는 점에서 공익성 및 활용성이 긍정적으로 평가되어 선정함.

목 차

01 주택세입자 권리 보장을 위한 법제 개선 방안

I. 서론	14
II. 선행연구 검토 및 연구방법	15
1. 선행연구 검토	15
2. 연구범위 및 방법	16
III. 주거권 및 주택임대차 관련 법제	17
1. 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약	17
2. 헌법	19
3. 주거기본법	19
IV. 현행 문제 및 사례	27
1. 임차인의 기본적인 지위 보장과 관련한 문제	28
2. 계약체결 시에 발생하는 문제	32
3. 계약기간 중에 발생하는 문제	42
4. 계약 만료 시에 발생하는 문제	49
5. 계약 연장 시에 발생하는 문제	55
6. 소결	59
V. 주택 세입자 보호에 관한 각국의 법제도	60
1. 거주 적합성	61
2. 거주 안정성	69
3. 비용 적절성	79
VI. 제도개선이 필요한 사항	92
1. 거주적합성	92
2. 거주안정성	100
3. 비용적절성	103
VII. 결론	112

목 차

02 아동 최선의 이익 실현을 위한 미혼모 등 한부모 양육비 청구 이행 확보 방안 연구

I. 서론	116
1. 연구 목적 및 필요성	116
2. 연구방법	118
II. 양육비 청구 이행 확보를 위한 제도 개선 경과	120
1. 입법 연혁	120
2. 양육비 이행 확보를 위한 제도 현황	126
III. 국회에서 논의 중인 법안들	147
1. 양육비 선지급 제도 도입 법안 - 「양육비 선지급을 위한 특별법」 제정안 등	147
2. 양육비 선지급 제도 외의 개정안들	154
IV. 양육비 청구 이행 확보에 있어 아동의 권리와 국가의 책무	174
1. 양육비 채권의 법적 성질에 대한 기존 논의	174
2. 양육비 채권 이행 여부에 따른 아동의 법익과 비양육부모의 책임	175
3. 소결 - 아동 이익 최우선의 원칙과 양육	184
V. 미혼모 양육비 청구	186
1. 미혼모 양육비 청구 경험에 관한 선행연구, 설문조사, 인터뷰	186
2. 미혼모가 양육비를 받고자 할 때 겪는 어려움	194
VI. 양육비 이행 확보 방안	208
1. 건강가정기본법, 양육비이행법, 아동복지법의 유기적 운영	209
2. 현행법 하에서 법원이나 행정 실무의 적절한 운용으로 해결 가능한 문제들	210
3. 현행 법 하에서 양육비이행관리원의 적극적 역할을 통해 해결을 도모할 수 있는 문제들	215
4. 법률 개정이 필요한 방안	218
VII. 결론	228

03 공향난민의 기본적 권리 보장에 관한 연구

I. 서론	232
II. 출입국향 난민신청제도와 공향난민	234
1. 우리 난민법제상 난민의 개념	234
2. 출입국향 난민신청제도	235
3. 공향난민의 개념	236
4. 공향난민의 권리 보장에 대한 근거	238
III. 공향난민의 권리 보장 실태	240
1. 연구방법 및 연구참여자 정보	240
2. 식사 및 영양	241
3. 일조 및 수면	244
4. 의복 및 생필품	247
5. 의료 서비스에의 접근	249
6. 법률 서비스에의 접근	251
IV. 공향난민의 기본적 인권 침해문제에 대한 해결방안	253
1. 공향난민에 대한 기본적인 인권 침해 실태	253
2. 공향난민의 기본적 인권보호를 위한 제언	255
V. 결론	278
〈참고문헌〉	281

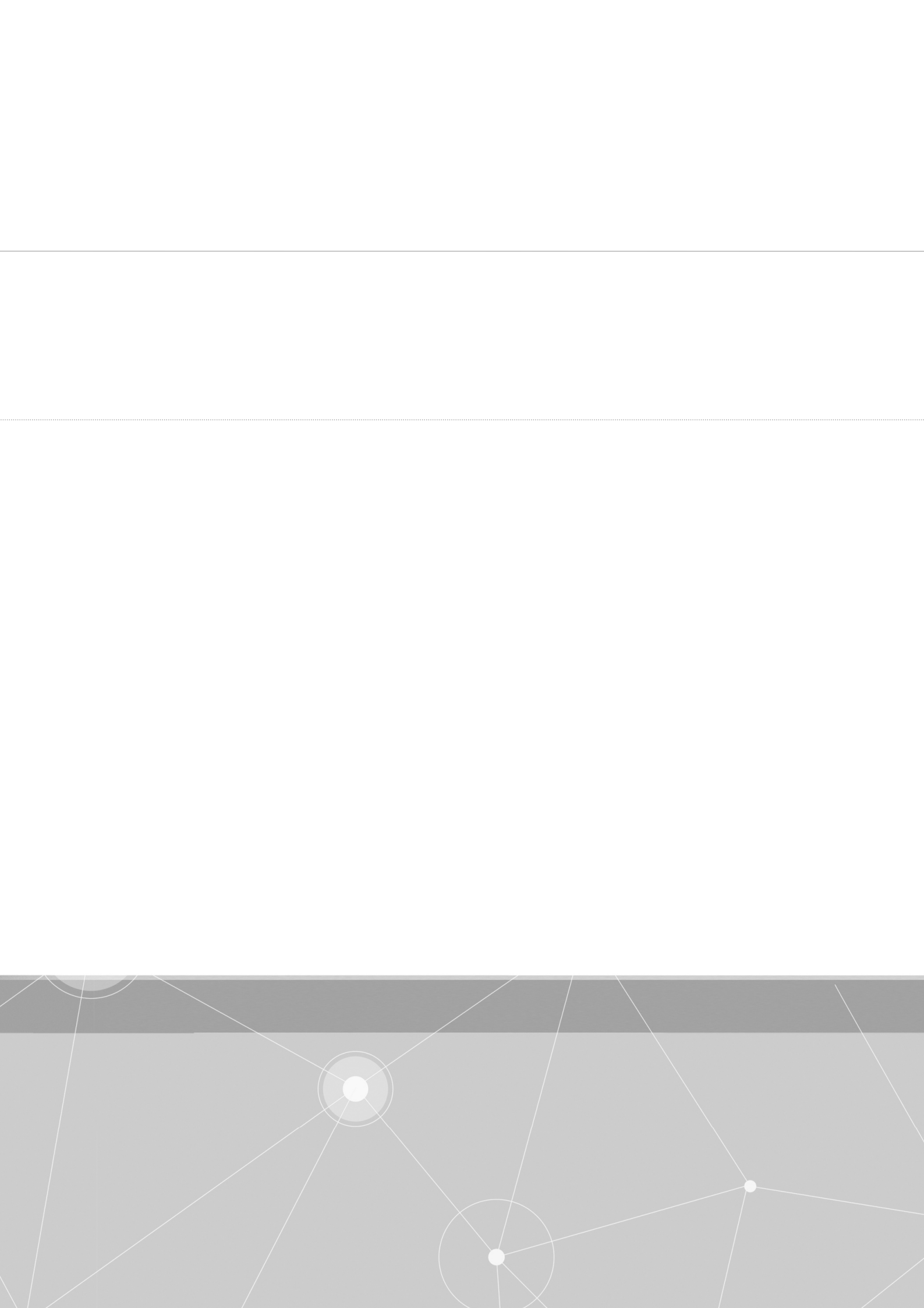
목 차

04 장애인의 평등한 법조계 진출을 보장하기 위한 법학전문대학원 입학 및 재학 과정에서의 차별 실태조사와 법제 개선 연구

I. 서론	284
1. 연구 배경	284
2. 연구대상 및 연구방법	284
3. 선행연구 분석	286
II. 법제 분석	288
1. 국내 법제	288
2. 국내 판결례(결정례 등)	297
III. 조사진행 경과	300
1. 정보공개청구 등	300
2. 설문조사	303
3. 심층인터뷰	304
IV. 현황 및 문제점(조사결과 분석을 바탕으로)	305
1. 법학적성시험	305
2. 법학전문대학원 입학	313
3. 법학전문대학원 재학	323
V. 제도개선 제언	346
1. 법학적성시험	346
2. 법학전문대학원 입학	349
3. 법학전문대학원 재학	352
4. 소결	357
VI. 결론	358
1. 연구의 의의	358
2. 연구의 한계	358
〈참고문헌〉	362

05 형법 제10조 심신상실·심신미약 판단 기준에 대한 법원 판결 분석

I. 서론	364
1. 연구의 필요성	364
2. 연구의 목적	365
3. 연구 방법	366
II. 선행 연구 검토	367
III. 외국 제도 검토	372
1. 독일 제도 검토	372
2. 일본 제도 검토	377
IV. 국내 판결 분석	385
1. 형법 제10조 판단 기준에 관한 대법원 판시	385
2. 분석 대상 판결	388
3. 수집된 판결에 대한 양적 분석	389
4. 질적 분석	397
V. 결론 및 제언	468
1. 결론	468
2. 제언	470
〈참고문헌〉	475
VI. 부록	476
1. 자문의견	476
2. 일본 수사단계 정신감정보고서 예시	495
3. 분석 대상 판결 목록	499



01

주택세입자 권리 보장을 위한 법제 개선 방안

김윤진(재단법인 동천)

최나빈(재단법인 동천)

지수(민달팽이유니온)

동규(민달팽이유니온)

가원(민달팽이유니온)

I. 서론

‘집’은 인간이 살아가는 데 필요한 가장 기본적인 터전으로, 인간다운 삶의 필수적 조건으로서 누구에게나 각 삶의 단계에서 충분히 보장되어야 한다. 헌법 제35조는 모든 국민이 ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 지니며 국가는 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 주거기본법 제2조는 ‘주거권’이라는 표제 아래 ‘물리적·사회적 위험으로부터 벗어나 쾌적하고 안정적인 주거환경에서 인간다운 주거생활을 할 권리’를 규정하고 있다.

그러나 이러한 중요성과 당위성에도 불구하고 현실에서는 전세사기 피해, 반지하 수해 참사, 쪽방 등 열악한 주거환경의 존재에 이르기까지 여러 주거 문제가 존재하는 등, 주거의 물리적 안전성, 경제적 접근성, 제도적 안정성이 모든 사람에게 충분히 보장되지 못하고 있다.

특히 제도적 안정성과 관련하여, 한국 주택임대차시장에서 세입자들은 입법의 미비나 법적 안전 장치의 현실과의 괴리 등 제도의 사각지대로 인하여 정주, 퇴거, 보증금미반환 등 각 국면에서 권리를 제대로 보호받지 못하는 위험에 노출되어 있어 제도적 안정성이 매우 부족한 상황이다. 이에 대하여 국회나 학계에서 때때로 개선방안을 제시하기도 하지만, 이론적으로는 유효하더라도 현실에서는 세입자의 입장에서 실질적으로 활용하기 어려운 경우도 많다.

이에 본 연구는 국내 주택세입자가 현실에서 실제로 겪는 각종 문제 상황을 검토, 분석하고, 사회적으로 상대적 약자에 해당하는 주택세입자들의 권리를 실질적으로 보장하여 궁극적으로 우리 사회에서 주거권 보장을 실현하는 것을 목표로 국내 법제, 사례, 해외 법제, 개선방안을 차례로 살펴본다.

II. 선행연구 검토 및 연구방법

1 선행연구 검토

주택임대차보호법 등 국내 법제와 관련된 최근 연구를 살펴보면 다음과 같다. 추선희·김제완(2020)은 신규 주택임대차계약에서의 전월세 보증금 및 차임 인상률 제한과 임차인의 계약갱신요구권의 확대가 필요함을 논하였다. 지원림(2020), 노현숙(2020), 권오상(2021), 김세준(2021), 노순범(2021), 이성진(2021) 등은 임차인의 계약갱신요구권과 전월세 인상률 상한 도입 등의 타당성을 검토하며 주로 계약갱신요구권으로 인한 임대인의 재산권 침해 문제를 지적하였다. 정성현(2021)은 임차인의 계약갱신 요구를 거절 가능한 정당한 사유 중 ‘임대인의 실거주’ 사유에 관하여 서로 상반된 하급심 판결을 소개하며, 임차인과 임대인 두 당사자의 이익을 모두 고려해야 함을 주장하였고, 이근영(2021)은 ‘임대인의 실거주’ 사유에 관하여 실거주 인정 요건을 엄격히 규정하여야 함을 주장하였다. 윤경식·임거배·김윤기(2022)는 표준임대료지수제, 전세금상한제 도입 운영과 임대인의 ‘이전차임 정보제공 의무’를 통한 임차인 보호 체계 마련 등을 주장하였고, 이외에도 이도국(2022), 백승국·장재욱(2023), 박은철·김수경(2019) 등이 주택임대차보호법 개선방안을 제시하였다.

한편 해외 법제를 다룬 연구로는 고령사회에 따른 프랑스의 주거법제를 다룬 박준혁(2022), 미국주택임대차의 범위 및 구제에 관하여 다룬 전장현(2020), 2013년 독일 주택임대차개정법에 대한 고찰을 다룬 이도국(2014) 등이 있다.

위와 같이 한국 법제 및 해외 법제들을 다룬 여러 선행연구들은 주택임대차 관련 법제를 탐구했다는 의의가 있다.

다만 ① 한국 법제에 관한 연구의 경우 ㉠ 2020년 주택임대차보호법 개정 이전에 작성되어 현 쟁점을 반영하지 못하거나, ㉡ 주택임대차보호법 개정 이후에 작성되었더라도 계약갱신요구권 및 전월세상한제라는 특정 규정의 타당성 여부에 주로 집중하여 현실에서 주택세입자가 겪는 다양한 문제들을 다루지

못하거나, ㉔ 주택세입자의 주거권 보장보다는 주택소유자의 소유권 보장에 초점을 둔 관점에서 분석하거나, ㉕ 대다수가 판례나 법령 분석에 초점을 두어 실제 주택세입자가 겪는 문제에 대한 당사자의 목소리보다는 문헌 연구에 집중하였다는 특징이 있다. ② 해외 법제에 관한 연구의 경우 일부 제도를 소개하는 데 초점을 두었다는 특징이 있다.

본 연구에서는 ① 주택세입자 당사자들이 주택임대차계약과 관련하여 각 국면에서 실제로 겪는 문제와 어려움을 살피고, 개정된 임대차보호법에도 불구하고 여전히 남아있는 문제는 무엇인지 다루고, ② 해외 법제에 관한 부분은 선행연구를 포함한 문헌을 참고하되 법제 원문을 직접 찾아보고 해당 국가의 법제를 종합적으로 정리하는 것을 목표로 하였다.

2 연구범위 및 방법

가. 범위

우리나라 주택임대차에 관한 법에는 국내법과 같은 효력을 지니는 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약, 일반법으로서 민법, 특별법으로서 주택임대차보호법, 공공주택특별법, 민간임대주택에 관한 특별법, 그 외에 공인중개사법 등이 있는데, 본 연구는 주택임대차보호법을 중점적으로 다루고 그 외의 법들은 필요 시 다루기로 하였다. 국내 법제 개선에 참고하기 위한 해외 법제로는 독일, 프랑스, 영국, 미국 등의 법제를 살펴본다.

나. 연구방법

선행연구 및 국내·해외 법제 조사와 같은 문헌연구와 더불어, 주거공익단체 활동가와 공익변호사로서 활동하는 연구자들이 현장에서 접한 주택세입자 당사자들이 호소하는 문제들을 정리, 검토하고, 그 개선 방안을 도출한다.

III. 주거권 및 주택임대차 관련 법제

주거권, 주택임대차 내지 임대주택에 관한 법제로는 국내법과 같은 효력을 지니는 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약, 헌법, 주거기본법, 일반법으로서 민법, 특별법으로서 주택임대차보호법, 공공주택특별법, 민간임대주택에 관한 특별법 등이 있다.

1 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(사회권규약)은 1966년 국제연합(UN)에서 제정되었으며, 한국은 1990년 해당 규약에 가입하여 1995년 제 1차 심의를 시작으로 7~8년 주기로 규약 이행 상황에 대한 평가를 받고 있다. 사회권규약은 국내법과 동일한 효력을 갖는 국제조약에 해당한다. 사회권규약 제11조는 주거에 대한 권리를 아래와 같이 규정하고 있다.

제11조

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주택을 포함하여 자기 자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활조건을 지속적으로 개선할 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 그러한 취지에서 자유로운 동의에 입각한 국제적 협력의 본질적인 중요성을 인정하고, 그 권리의 실현을 확보하기 위한 적당한 조치를 취한다.

이에 관하여 보다 구체적으로, 사회권규약위원회는 ‘일반논평 4-적절한 주거에 대한 권리’(1991)를 통해 아래와 같이 명시하였다.

7. 주거권을 예를 들어 주거를 단지 머리위에 지붕이 있는 거주지와 동일시한다든가 순전히 하나의 상품으로만 여기는 등 좁은 의미로 또는 한정적인 의미로 해석해서는 안된다. 그보다는 안전하며 평화롭고 존엄하게 살 권리로 해석해야 한다. 위원회는 다음 두 가지 이유에서 후자가 적절한 해석이라고 보고 있다. 첫 번째로, 주거권은 다른 인권과 불가분하게 연계되어 있을 뿐 아니라 규약이 전제로 하고 있는 기본 원칙과도 관계가 있다. 규약의 권리들을 파생시킨 것으로 일컬어지는 “인간 고유의 존엄”은 “주거”라는 용어가 다양한 기타 고려 사항을 모두 담을 수 있도록 해석되어야 하며, 특히 중요하게는 소득이나 경제적 자원에 대한 접근성과는 별개로 주거에 대한 권리가 모든 이에게 보장되어야 한다는 것을 요구한다. 두 번째로, 제11

조 1항은 단순한 주거가 아닌 적절한 주거로 해석되어야 한다. 인간정주위원회와 ‘2000년까지 거주지 확보를 위한 범세계적 전략’은 모두 “적절한 주거란.... 적절한 사생활, 적절한 공간, 적절한 안전, 적절한 조명과 통풍, 적절한 기본적 인프라, 직장과 기본시설 이용에 대한 적절한 위치 등을 의미하여, 이 모두가 합리적인 비용으로 보장되는 것”이라고 언급한 바 있다.

8. 따라서 적절성의 개념은 규약의 목적에 비추어 특정 형태의 주거가 “적절한 주거”를 구성하는지를 결정하기 위해 고려해야 할 많은 요소들을 강조하기 때문에, 주거에 대한 권리와 관련하여 적절성의 개념은 특히 중요하다. 적절성이 부분적으로 사회, 경제, 문화, 기후, 생태적 요인 등에 따라 결정되기는 하지만, 그럼에도 불구하고 위원회는 어떤 특정 상황에서라도 적절성을 위해 고려해야 하는 주거권의 특정 측면들을 파악하는 것이 가능하다고 믿는다. 여기에는 다음이 포함된다.

(a) 점유의 법적 보장. 점유는 여러 가지 형태, 즉 임대(공공/민간), 조합주택, 대여, 자가, 긴급 임시주택, 토지나 재산 점유 등을 포함한 비공식적 정주 등으로 존재한다. 하지만 점유형태와 상관없이 모든 사람은 강제 퇴거, 괴롭힘, 또는 기타 위협으로부터 법적인 보호를 받을 수 있는 점유에 대한 법적 안정성을 보장받아야 한다. 그에 따라 당사국은 현재 이러한 보호를 받지 못하고 있는 개인 및 집단과의 성실한 협의를 통하여 점유의 법적 안정성을 부여할 목적으로 즉각적인 조치를 취해야 한다.

(b) 서비스, 물자, 시설, 인프라에 대한 가용성. 적절한 주택은 건강, 안전, 편안함, 영양에 필수적인 일정한 시설을 갖추고 있어야 한다. 적절한 주거권의 모든 수혜자는 천연의 공동자원, 안전한 식수, 요리·난방·조명에 필요한 에너지, 위생과 세면시설, 음식저장수단, 폐기물 처리시설, 하수시설, 비상 서비스 등에 지속적으로 접근할 수 있어야 한다.

(c) 비용의 적정성. 주거와 관련된 개인 또는 가정의 비용은 다른 기본적인 수요의 확보 및 충족을 위협하지 않거나 제한하지 않는 수준이 되어야 한다. 당사국은 일반적으로 주거 관련 비용의 비율이 소득 수준에 적합하도록 보장하는 조치를 취해야 한다. 당사국은 주거비용을 감당할 수 없는 이들에 대한 주택 보조금 및 주택 수요를 적절하게 반영하는 주택 보조금의 형식과 그 수준을 확립해야 한다. 비용의 적정성 원칙에 의거하여 점유자는 적절한 수단을 통해 불합리한 수준의 임대료나 임대료 인상으로부터 보호받아야 한다. 천연물질이 주택 건축의 주요 자재로 사용되는 사회의 경우 당사국은 해당 물질의 이용가능성을 보장하는 조치를 취해야 한다.

(d) 거주 가능성. 적절한 주거는 거주자에게 충분한 공간을 제공하고 추위, 습기, 더위, 비, 바람, 기타 건강에 위협이 되는 요인, 구조적 위험, 해충으로부터 거주자를 보호해야 한다는 점에서 거주 가능해야 한다. 거주자의 물리적인 안전도 보장되어야 한다. 위원회는 모든 당사국이 세계보건기구가 작성한 ‘주거의 건강 원칙’을 포괄적으로 적용할 것을 독려하고 있다. 세계보건기구는 전염병리학적 분석에 있어서 주거가 질병유발 요건과 가장 밀접한 관계를 갖는 환경적 요인이라고 보고 있는데, 즉 부적절하고 결함이 있는 주거 및 생활 여건이 항상 높은 사망률과 유병률로 이어진다는 것이다.

(e) 접근성. 적절한 주거는 권한을 갖는 자들 모두에게 접근 가능해야 한다. 혜택받지 못한 집단들에게도 적절한 주거 자원에 대해 완전하고 지속적인 접근이 허용되어야 한다. 따라서 다음과 같은 혜택 받지 못한 집단, 즉 노인, 아동, 신체장애인, 불치병환자, 후천성면역결핍증 양성 환자, 만성질환자, 정신질환자, 자연재해의 피해자, 재해 상습 지역 거주자 등에게 주거영역에서 일정 정도의 우선순위가 보장되어야 한다. 주택에 관한 법률 및 정책 모두 이들 집단들의 특별한 주거의 필요성을 충분히 감안해야 한다. 많은 당사국에서 토지를 소유하지 못한 계층과 사회 빈곤층의 토지에 대한 접근성을 높이는 것이 핵심적 정책 목표가 되어야 한다. 모두가 평화롭고 존엄하게 살 수 있는 안전한 공간에 대한 실질적인 권리를 확보할 목적으로, 권리로 서의 토지에 대한 접근성을 포함하여, 정부의 의무가 확실하게 개발될 필요가 있다.

(f) 위치. 적절한 주거는 직장 선택, 보건 의료 서비스, 학교, 교육시설 및 기타 사회적 시설에 근접한 장소에 있어야 한다. 이는 출퇴근의 시간적, 재정적 비용이 빈곤 가정의 지출에 있어서 과도한 부담을 줄 수 있는 대도시나 외곽지역에 모두 적용된다. 마찬가지로 거주민의 건강권을 위협할 수 있는 오염원과 근접한 지역

이나 오염지역에 주택이 신축되어서는 안 된다.

(g) 문화적 적절성. 주택 건축방법, 사용되는 건축 자재, 이들을 지원하는 정책들은 문화적 정체성과 주택의 다양성을 적절히 표현할 수 있도록 하여야 한다. 개발 활동 및 주거 영역의 현대화는 주택의 문화적 차원이 희생되지 않도록 해야 하며, 무엇보다 특히 현대적 첨단 시설을 적절하게 갖추도록 보장해야 한다.

위에서 명시된 적절한 주거의 요소들을 살펴보면, 임차인의 관점에서 ① 거주적합성, ② 거주안정성, ③ 비용적절성으로 정리할 수 있다. ① 거주적합성은 물리적·보건적 측면 등에서 안전한 주거인지, ② 거주안정성은 법적으로 안정적으로 거주할 수 있는지, ③ 비용적절성은 경제적으로 부담 가능한 수준의 비용으로 거주할 수 있는지와 관련된다.

본 연구에서는 국내 문제 사례는 임차인이 마주할 수 있는 문제를 계약 진행 단계별로 분석하되, 해외 법제 및 제도개선방안은 위와 같은 거주적합성, 거주안정성, 비용적절성 범주를 기준으로 분석한다.

2 헌법

헌법은 모든 국민은 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 가지며(제34조), ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 가진다고 명시한다.

제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.

③ 국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

3 주거기본법

국내 인구 및 가구 구조 변화에 따른 새로운 주택 정책 대응 방안 필요성이 제기됨에 따라, 정부는 주거정책 방향을 양적 공급확대에서 질적 주거복지 향상으로 전환하기 위하여 2015년 주거기본법을 제정하였다. 주택정책과 관련하여 기존의 주택건설촉진법에서 이어졌던 주택법이 주거기본법, 공동주택관리법, 주택도시시기금법 주택법, 주거급여법으로 세분화되었고, 주거기본법이 주거 관련 법제의 기본법이 된 것이다. 주거기본법은 최초로 주거권을 명시하고, 주거정책의 기본 원칙 및 최저주거기준, 유도주거

기준을 도입하였다는 의의가 있다. 다만 최저주거기준의 규범력에 관하여는 개선이 필요하다는 의견이 많다.

제1조(목적) 이 법은 주거복지 등 주거정책의 수립·추진 등에 관한 사항을 정하고 주거권을 보장함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

제2조(주거권) 국민은 관계 법령 및 조례로 정하는 바에 따라 물리적·사회적 위험으로부터 벗어나 쾌적하고 안정적인 주거환경에서 인간다운 주거생활을 할 권리를 갖는다.

제3조(주거정책의 기본원칙) 국가 및 지방자치단체는 제2조의 주거권을 보장하기 위하여 다음 각 호의 기본원칙에 따라 주거정책을 수립·시행하여야 한다.

1. 소득수준·생애주기 등에 따른 주택 공급 및 주거비 지원을 통하여 국민의 주거비가 부담 가능한 수준으로 유지되도록 할 것
2. 주거복지 수요에 따른 임대주택의 우선공급 및 주거비의 우선지원을 통하여 장애인·고령자·저소득층·신혼부부·청년층·지원대상아동(「아동복지법」 제3조제5호에 따른 지원대상아동을 말한다) 등 주거지원이 필요한 계층(이하 “주거지원필요계층”이라 한다)의 주거수준이 향상되도록 할 것
3. 양질의 주택 건설을 촉진하고, 임대주택 공급을 확대할 것
4. 주택이 체계적이고 효율적으로 공급될 수 있도록 할 것
5. 주택이 쾌적하고 안전하게 관리될 수 있도록 할 것
6. 주거환경 정비, 노후주택 개량 등을 통하여 기존 주택에 거주하는 주민의 주거수준이 향상될 수 있도록 할 것
7. 장애인·고령자 등 주거약자가 안전하고 편리한 주거생활을 영위할 수 있도록 지원할 것
8. 저출산·고령화, 생활양식 다양화 등 장기적인 사회적·경제적 변화에 선제적으로 대응할 것
9. 주택시장이 정상적으로 기능하고 관련 주택산업이 건전하게 발전할 수 있도록 유도할 것

제17조(최저주거기준의 설정) ① 국토교통부장관은 국민이 쾌적하고 살기 좋은 생활을 하기 위하여 필요한 최소한의 주거수준에 관한 지표로서 최저주거기준을 설정·공고하여야 한다.

② 제1항에 따라 국토교통부장관이 최저주거기준을 설정·공고하려는 경우에는 미리 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 주거정책심의위원회의 심의를 거쳐야 한다. 공고된 최저주거기준을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

③ 최저주거기준에는 주거면적, 용도별 방의 개수, 주택의 구조·설비·성능 및 환경요소 등 대통령령으로 정하는 사항이 포함되어야 하며, 사회적·경제적인 여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되어야 한다.

제19조(유도주거기준의 설정) ① 국토교통부장관은 국민의 주거수준 향상을 유도하기 위한 지표로서 유도주거기준을 설정·공고할 수 있다.

② 제1항에 따라 국토교통부장관이 유도주거기준을 설정·공고하려는 경우에는 미리 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 주거정책심의위원회의 심의를 거쳐야 한다. 공고된 유도주거기준을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

③ 국가 및 지방자치단체가 주거정책을 수립·시행하는 경우에는 유도주거기준에 미달되는 가구를 줄이기 위하여 노력하여야 한다

가. 민법

민법은 사인(私人) 간 관계를 규율하는 일반법으로서 계약의 한 종류로 임대차 일반을 다루고 있는데(제2장 계약-제7절 임대차), 주거용 건물의 임대차에 관한 특별법인 주택임대차보호법에서 규정한 부분 외에는 주택 임대차에도 민법상 내용이 적용된다. 임대인의 인도, 수선 의무(제623조), 임차인의 상환청구권(제626조), 임차권의 양도나 전대의 제한(제629조) 등이 규정되어 있다.

제618조(임대차의 의의) 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

제623조(임대인의 의무) 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다.

제626조(임차인의 상환청구권) ① 임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 때에는 임대인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다.

② 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차종료시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다. 이 경우에 법원은 임대인의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다.

제629조(임차권의 양도, 전대의 제한) ① 임차인은 임대인의 동의없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.

② 임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

그러나 민법상 임대차 관련 조항은 다양한 목적물의 임대차 일반에 관한 것으로, 주택이라는 목적물을 대상으로 한 임대차 계약의 특성을 고려하거나 현실의 주택 임대차에서 발생하는 임대인과 임차인 간 불균형을 염두에 둔 규정은 아니기 때문에, 주택 임차인 보호를 위하여는 다른 법령의 규정이 추가적으로 필요하다는 한계가 있다.

나. 주택임대차보호법

주택임대차보호법은 무주택국민의 주거생활의 안정을 보장하고 임차인의 불편을 해소하며 그 임차권을 보호하여 안정된 임차생활을 영위할 수 있도록 한다는 목적으로 1981년 제정되었다.¹⁾ 이 때 주택의 인도와 주민등록이 된 때 임차인 제3자에게 임차권의 효력을 주장할 수 있도록 하는 규정, 임대차 기간이 1년 미만인 경우 기간의 정함 없는 임대차로 간주하는 규정, 기간의 정함이 없는 임대차의 경우 임대

1) 국토교통부, 주택임대차보호법 해설집(2020) 참조

인은 계약체결일로부터 6월이 경과한 후에 계약의 해지통고가 가능하다는 규정, 임대차기간 만료 전 6월 내지 1월 이내에 임대인의 갱신거절의 통지가 없으면 자동갱신된 것으로 간주하는 규정 등이 명시되었다.

1983년 개정으로 주택의 일부가 주거 외의 목적으로 사용되는 경우까지 확대하여 점포·사무실·공장 등으로 점용되는 주택의 임차인의 주거권을 보호하고자 하고, 임차 주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 간주 규정을 신설하여 임차권의 대항력을 강화하였다. 한편 임대차기간이 만료되었음에도 임차보증금의 반환이 없는 경우, 그 반환 시까지 임대차관계가 존속하는 것으로 간주하여 임차보증금회수를 보장하고, 임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기채권의 우선변제를 보장받을 수 있도록 하는 규정이 도입되었다.

1989년 개정으로는 주택의 인도와 주민등록 및 확정일자를 받은 경우, 임차인은 다른 채권에 우선하여 보증금을 변제받을 수 있도록 하고, 기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 간주하도록 하였다.

1999년에는 임차인이 채무명의에 기하여 경매신청을 하는 경우 임차인이 주택을 비우지 아니하고서도 경매를 신청할 수 있도록 하고, 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 임차권등기명령을 신청하여 임차권등기명령의 집행에 따른 임차권등기가 경료되면 등기와 동시에 대항력 또는 우선변제권을 취득하고 자유롭게 주거를 이전할 수 있도록 개정되었다.

이후 보증금을 월차임으로 전환하는 경우, 대통령령이 정하는 월차임의 범위를 초과할 수 없다는 규정(2001년), 임대차계약의 묵시적 갱신의 경우 임대차의 존속기간은 2년으로 간주하는 규정(2009년), 주택의 임대차에 이해관계가 있는 자 등은 확정일자 부여기관에게 차임 및 보증금 등의 정보 제공을 요청할 수 있도록 하는 규정(2013년), 주택임대차와 관련된 당사자 간의 분쟁을 조정하기 위하여 대한법률구조공단에 임대차분쟁조정위원회를 설치하는 규정 및 임대차계약 시 법무부에서 정하여 권장하는 주택임대차표준계약서를 우선 사용하도록 하는 규정(2016년) 등이 차례로 도입되었다.

2020년 소위 '임대차3법'으로 불리는 계약갱신청구권제, 전월세상한제, 전월세신고제가 도입되었는데, 이 중 주택임대차보호법과 관련된 것은 계약갱신청구권제와 전월세상한제이다. 계약갱신청구권제는 기존 임대차기간인 2년을 거주한 후 1회에 한해 임대차 계약을 2년 연장할 수 있는 계약갱신청구권을 세입자에게 부여한 것으로, 임대인은 임차인의 계약갱신요구를 정당한 사유 없이는 거절하지 못하도록

하였다(제6조의3). 전월세상한제는 임대인이 차임이나 보증금을 증액 청구할 시 5퍼센트를 초과하여 증액하지 못하도록 한 것이다(제7조).

2022년부터 전세사기·강통전세로 인한 임차인의 피해 문제가 전국적으로 가시화됨에 따라 선순위 임차인 정보 및 임대인 체납 정보 요구, 임차권등기 등에 관한 규정이 도입되었다. 임차인과 임대인의 불균형한 권력관계 속에서 임차인이 실질적으로 보호되기까지는 여전히 많은 과제가 남아있다고 평가된다.

제1조(목적) 이 법은 주거용 건물의 임대차(賃貸借)에 관하여 「민법」에 대한 특례를 규정함으로써 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 한다.

제2조(적용 범위) 이 법은 주거용 건물(이하 “주택”이라 한다)의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 적용한다. 그 임차주택(賃借住宅)의 일부가 주거 외의 목적으로 사용되는 경우에도 또한 같다.

제3조(대항력 등) ① 임대차는 그 등기(登記)가 없는 경우에도 임차인(賃借人)이 주택의 인도(引渡)와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제삼자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

제4조(임대차기간 등) ① 기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다. 다만, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다.

② 임대차기간이 끝난 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속되는 것으로 본다.

제6조의3(계약갱신 요구 등) ① 제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 임차인이 2기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우
2. 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
3. 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 주택의 전부 또는 일부를 전대(轉貸)한 경우
5. 임차인이 임차한 주택의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
6. 임차한 주택의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
7. 임대인이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 주택의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 주택의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
 - 가. 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우
 - 나. 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우
 - 다. 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우

임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우

8. 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

② 임차인은 제1항에 따른 계약갱신요구권을 1회에 한하여 행사할 수 있다. 이 경우 갱신되는 임대차의 존속기간은 2년으로 본다.

③ 갱신되는 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다. 다만, 차임과 보증금은 제7조의 범위에서 증감할 수 있다.

제7조(차임 등의 증감청구권) ① 당사자는 약정한 차임이나 보증금이 임대주택에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 적절하지 아니하게 된 때에는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다. 이 경우 증액청구는 임대차계약 또는 약정한 차임이나 보증금의 증액이 있는 후 1년 이내에 하지 못한다.

② 제1항에 따른 증액청구는 약정한 차임이나 보증금의 20분의 1의 금액을 초과하지 못한다. 다만, 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도는 관할 구역 내의 지역별 임대차 시장 여건 등을 고려하여 본문의 범위에서 증액청구의 상한을 조례로 달리 정할 수 있다.

제8조(보증금 중 일정액의 보호) ① 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자(擔保物權者)보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조제1항의 요건을 갖추어야 한다.

② 제1항의 경우에는 제3조의2제4항부터 제6항까지의 규정을 준용한다.

③ 제1항에 따라 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 제8조의2에 따른 주택임대차위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정한다. 다만, 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1을 넘지 못한다.

다. 민간임대주택에 관한 특별법

민간임대주택에 관한 특별법(약칭 ‘민간임대주택법’)은 민간임대주택의 ‘공급’에 주요 초점을 두고 제정되었다(제1조). 민간임대주택은 민간건설임대주택, 민간매입임대주택 등으로 구분된다(제2조). 주택임대차 및 임차인 보호와 관련하여 특히 유의미한 부분은 2015년 임대사업자 등록제의 도입으로, 2018년, 2020년 개정 등을 거쳐 지금까지 운영되고 있다. 주택을 임대하려는 자는 임대사업자로 등록할 수 있고(제5조), 임대사업자는 임대유기기간(제43조), 임대료(제44조), 임대보증금에 대한 보증가입(제49조) 등에 관한 의무를 부담한다. 다만 임대사업자 등록은 의무가 아니므로, 위와 같은 규율이 임대차 전반에 적용되지는 않고 있다.

제1조(목적) 이 법은 민간임대주택의 건설·공급 및 관리와 민간 주택임대사업자 육성 등에 관한 사항을 정함으로써 민간임대주택의 공급을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “민간임대주택”이란 임대 목적으로 제공하는 주택[토지를 임차하여 건설된 주택 및 오피스텔 등 대통령령으로 정하는 준주택(이하 “준주택”이라 한다) 및 대통령령으로 정하는 일부만을 임대하는 주택을 포함한다. 이하 같다]으로서 임대사업자가 제5조에 따라 등록한 주택을 말하며, 민간건설임대주택과 민간매입임대주택으로 구분한다.
7. “임대사업자”란 「공공주택 특별법」 제4조제1항에 따른 공공주택사업자(이하 “공공주택사업자”라 한다)가 아닌 자로서 1호 이상의 민간임대주택을 취득하여 임대하는 사업을 할 목적으로 제5조에 따라 등록

한 자를 말한다.

(이하 생략)

제5조(임대사업자의 등록) ① 주택을 임대하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(구청장은 자치구의 구청장을 말하며, 이하 “시장·군수·구청장”이라 한다)에게 등록을 신청할 수 있다. 다만, 외국인은 국내에 체류하는 자로서 「출입국관리법」 제10조의 체류자격에 따른 활동범위를 고려하여 대통령령으로 정하는 체류자격에 해당하는 경우에 한정하여 등록을 신청할 수 있다.

제5조의2(등록 민간임대주택의 부기등기) ① 임대사업자는 제5조에 따라 등록한 민간임대주택이 제43조에 따른 임대무기간과 제44조에 따른 임대료 증액기준을 준수하여야 하는 재산임을 소유권등기에 부기등기(附記登記)하여야 한다.

제43조(임대무기간 및 양도 등) ① 임대사업자는 임대사업자 등록일 등 대통령령으로 정하는 시점부터 제2조제4호 또는 제5호의 규정에 따른 기간(이하 “임대무기간”이라 한다) 동안 민간임대주택을 계속 임대하여야 하며, 그 기간이 지나지 아니하면 이를 양도할 수 없다.

② 제1항에도 불구하고 임대사업자는 임대무기간 동안에도 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고한 후 민간임대주택을 다른 임대사업자에게 양도할 수 있다. 이 경우 양도받는 자는 양도하는 자의 임대사업자로서의 지위를 포괄적으로 승계하며, 이러한 뜻을 양수도계약서에 명시하여야 한다.

제44조(임대료) ① 임대사업자가 민간임대주택을 임대하는 경우에 최초 임대료(임대보증금과 월임대료를 포함한다. 이하 같다)는 다음 각 호의 임대료와 같다.

1. 공공지원민간임대주택의 경우: 주거지원대상자 등의 주거안정을 위하여 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 임대사업자가 정하는 임대료
 2. 장기일반민간임대주택의 경우: 임대사업자가 정하는 임대료. 다만, 제5조에 따른 민간임대주택 등록 당시 존속 중인 임대차계약(이하 “종전임대차계약”이라 한다)이 있는 경우에는 그 종전임대차계약에 따른 임대료
- ② 임대사업자는 임대기간 동안 임대료의 증액을 청구하는 경우에는 임대료의 5퍼센트의 범위에서 주거비 물가지수, 인근 지역의 임대료 변동률, 임대주택 세대 수 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 증액 비율을 초과하여 청구해서는 아니 된다.
- ③ 제2항에 따른 임대료 증액 청구는 임대차계약 또는 약정한 임대료의 증액이 있은 후 1년 이내에는 하지 못한다.
- ④ 임대사업자가 제2항에 따라 임대료의 증액을 청구하면서 임대보증금과 월임대료를 상호 간에 전환하는 경우의 적용기준은 국토교통부령으로 정한다.

제46조(임대차계약 신고) ① 임대사업자는 민간임대주택의 임대차기간, 임대료 및 임차인(준주택에 한정한다) 등 대통령령으로 정하는 임대차계약에 관한 사항을 임대차 계약을 체결한 날(종전임대차계약이 있는 경우 민간임대주택으로 등록한 날을 말한다) 또는 임대차 계약을 변경한 날부터 3개월 이내에 시장·군수·구청장에게 신고 또는 변경신고를 하여야 한다.

제49조(임대보증금에 대한 보증) ① 임대사업자(제5조제1항에 따라 임대사업자로 등록하려는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 민간임대주택을 임대하는 경우 임대보증금에 대한 보증에 가입하여야 한다.

1. 민간건설임대주택
 2. 제18조제6항에 따라 분양주택 전부를 우선 공급받아 임대하는 민간매입임대주택
 3. 동일 주택단지에서 100호 이상으로서 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택을 임대하는 민간매입임대주택(제2호에 해당하는 민간매입임대주택은 제외한다)
 4. 제2호와 제3호 외의 민간매입임대주택
- ⑦ 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 임대보증금에 대한 보증에 가입하지 아니할 수 있다. <신설 2021. 9. 14.>
1. 임대보증금이 「주택임대차보호법」 제8조제3항에 따른 금액 이하이고 임차인이 임대보증금에 대한 보증에 가입하지 아니하는 것에 동의한 경우
 2. 임대사업자가 「공공주택 특별법」 제45조의2에 따라 기존주택을 임차하는 공공주택사업자와 임대차계약을 체결하는 경우로서 해당 공공주택사업자가 보증 가입 등 임대보증금 회수를 위하여 필요한 조치를 취한 경우
 3. 임차인이 보증회사 및 이에 준하는 기관에서 운용하는 전세금 반환을 보장하는 보증에 가입하였고, 임대사업자가 해당 보증의 보증수수료를 임차인에게 전부 지급한 경우

IV. 현행 문제 및 사례

앞서 살펴본 것처럼 대한민국은 국민 주거생활의 안정을 보장하기 위한 목적으로 주택 임차인을 보호하는 목적의 ‘주택임대차보호법’을 비롯, 민법과 민법에 대한 특례 등을 두고 있다. 그러나 현실의 임차인과 임대인의 불균등한 권력관계 속에서 임대인이 소유한 집은 권력을 휘두르는 무기가 되기 쉽고, 위와 같은 규정들은 임차인을 보호하기에 부족한 부분이 있다. 보증금 미반환, 수리수선 미흡 등 집에서 어떤 문제가 발생했을 때, 이미 있는 제도에 따라 임차인이 임대인에게 해결을 요구한다 할지라도, 임대인이 이에 응하지 않는다면 문제 해결이 어렵다. 소송 등 이후 법적 분쟁을 이어나갈 것인지 여부를 선택할 수 있다고는 하나, 분쟁을 통하여 실질적 구제를 받을 수 있을지 미지수이고, 분쟁 과정을 겪으면 서도 임차인은 문제가 해결되기까지 여전히 취약해진 ‘그 집’에 머무를 수밖에 없는 상태이다. ‘그 집’을 떠난다는 것은 문제 해결을 포기하겠다는 것과 다름없기 때문이다. 집은 인간의 가장 기본적인 생활공간 단위이다. 인간에게 가장 필요한 물리적 공간에서 발생하는 권리 침해는 공공이 보다 적극적으로 개입하여 해결해야 하고, 이를 위해 법제도 상으로도 임차인의 권리를 지금보다 더욱 적극적으로 옹호할 필요가 있다.

이번 목차에서는 주택임대차와 관련한 법제도의 미비 혹은 허점으로 인해 임차인의 권리를 제대로 보장받지 못했을 때 어떤 문제가 일어나게 되는지, 임차인이 주택임대차 계약을 체결하고 만료하게 되는 순서에 따라 살펴보고자 한다. 인용되는 사례들은 주로 세입자 당사자 운동 단체인 민달팽이유니온의 주거 상담 사례 및 발간 자료에서 인용했으나, 이번 연구를 위해 실시한 조사 자료가 아니기 때문에 해당 사례의 특성을 밝히기 어렵고 연구에서 제시하는 문제와 일치하는 사례가 부족한 한계가 있음을 미리 밝힌다. 후자의 경우는 주택세입자에 관한 보도자료 등을 인용해 보충하고자 했다.

한편 주택 세입자가 겪는 문제에는 본 목차에서 언급한 문제 이외에도 주거지 기반 범죄, 재개발 퇴거, 도시계획 참여 배제 등 구조적인 문제도 존재하며, 주거취약계층의 문제로는 애초에 법적으로 세입자로도 인정받지 못하는 문제(청소년, 기숙사거주생, 전입신고 거부당하는 쪽방촌 주민 등)도 존재한다. 이번 연구에서는 민간주택임대차시장에서의 문제에 우선 집중했음을 함께 밝힌다.

1 임차인의 기본적인 지위 보장과 관련한 문제

가. 대항력에 관한 문제

(1) 사례

A씨는 지난해 6월 1일 전세계약을 체결하고 바로 확정일자를 부여받았다. A씨는 7월 1일 이사를 한 후 곧바로 전입신고를 했다. 이사 당일인 7월 1일까지 주택에는 선순위 근저당권이 없이 깨끗한 상태였다. 주택 가격이 하락해도 전세금에 대해 안심하고 살던 A씨는 1년 뒤 청천벽력 같은 소식을 들었다. 집이 경매에 넘어갔는데 A씨보다 순위가 빠른 대출이 있다는 것이다.²⁾

(2) 사례 분석

대항력은 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 모두 마친 익일 0시부터 발생한다. 여기서 임차인 권리의 사각지대가 발생한다. 사례는 임차인이 전입을 마친 7월 1일 오후에 임대인이 담보대출을 설정한 경우였다. 이 담보대출 등기는 당일에 바로 효력이 발생한다. 임차인이 주택 전입과 같은 날 주민등록을 마치더라도, 해당일에 근저당권이 설정된다면 차후 경매 배당 시 근저당권자가 임차인보다 선순위의 지위를 획득하게 되는 것이다. 또, 임대인이 목적물이 되는 주택을 임차인이 대항력을 획득하기 이전 (계약 직후로부터 주택 인도 혹은 전입신고 사이의 기간에) 매매해 버릴 경우, 임차인은 대항력이 발생하지 않은 상태여서 보증금 반환을 법적으로 주장할 수 없게 되어 계약금 혹은 보증금 전액을 고스란히 잃게 된다. 이러한 사례들은 전세사기 수법의 일환으로도 이용되고 있는 실정이다.

나. 소액임차인 최우선변제금액 보장 제외 관련 문제

(1) 사례

(가) 미추홀구 전세사기 피해자 A(28)씨는 최근 ‘미추홀구 전세사기 피해자 법률 지원 접수처’에서 상담을 받던 중 최우선변제금을 받을 수 없다는 이야기를 들었다. 전세 계약을 연장하며 한차례 증액한 전세보증금이 소액임차인 기준에서 벗어났기 때문이다. 최우선변제금은 전셋집이 경매에 낙찰돼 배당이 이뤄지면 소액임차인의 전세보증금 일부를 우선으로 변제하는 돈이다. 최우선변제금

2) 김태희, [머니 탐구생활] 대항력 공백 악용한 전세사기… “이사+전입신고 먼저 했는데도 전세금 날아갔다” <4>, 위키트리, <https://www.wikitree.co.kr/articles/797128> (2022.10.12. 17:36:00)

을 받을 수 있는지 따져보려면 집주인이 은행으로부터 집을 담보로 돈을 빌린 날짜인 ‘근저당권 설정일(최초담보물권 설정일)’을 반드시 확인해야 한다. 경매에서는 임차인의 최우선변제 적용 시점을 ‘전세 계약 확정일자’가 아닌, ‘근저당권 설정일’로 보기 때문이다.³⁾

- (나) ‘인천 건축왕’ 전세사기와 관련해 사망한 세 번째 피해자 A씨도 이같은 경우다. 2017년 기준 소액 임차인 기준은 보증금 8000만 원이었는데, A씨는 선순위 근저당이 있는 상태에서 2019년 보증금 7200만 원에 전세 계약을 맺었고 2021년 9000만 원에 재계약해 소액임차인으로 인정받지 못했다.⁴⁾

(2) 사례 분석

최우선변제권은 기준에 부합하는 소액 임차인의 보증금 중 일부를 다른 담보물권자보다 우선하여 보호하는 권리이다. 소액임차인의 우선변제 요건으로 몇 가지를 요구하고 있는데, 그중 가장 기본적인 요건은 지역별 구분에 따라 규정하는 소액 보증금의 금액 이하로 보증금을 내고 있는 임차인이어야 한다는 것이다. 그런데 이 금액의 기준이라는 것이 계약 개시일이나 전입신고 일자, 확정일자 등을 기준으로 하지 않기 때문에 문제가 발생한다. 계약 목적물에 선순위 근저당권이 존재할 경우 근저당권 설정일을 기준으로 하고 있다. 때문에 최우선변제 기준에 관한 연도별 변천을 찾아 근저당권 설정일에 해당하는 기준을 찾아 적용해봐야 한다. 이론적으로 1984년에 근저당권이 설정되었다면 보증금이 300만 원 이하여야만 소액 임차인으로 인정된다는 것이다. 심지어 계약 연장 시 보증금이 증액되었다면, 첫 계약 때 최우선변제 기준을 만족했더라도 증액 보증금으로 인해 기준 한도를 초과하면 더 이상 소액 임차인으로 인정하지 않는 문제도 있다. 그러나 이 같은 사실을 임차인이 계약 체결 단계에서 알기란 쉽지 않다. 생활 법령을 풀어 해설해 주는 법제처의 ‘찾기쉬운 생활법령정보’에서는 소액보증금 우선변제 기준을 설명하는 메뉴에서 근저당권 설정일에 따라 지역별 소액 보증금의 기준이 바뀔 수 있다는 설명은 누락하고 있고, 대한법률구조공단 관련 게시글은 2016년에서 정보가 멈춰있는 실정이다. 공인중개사 역시 중개대상물 설명 단계에서 선순위 근저당권이 존재할 경우 최우선변제 적용 기준이 달라질 수 있음을 설명하지 않는 경우가 있어 2023년 개정된 공인중개사법 시행규칙에도 최우선변제 설명 의무 강화 내용이 포함되기도 했다.

또 소액임차인의 우선변제한도는 제도가 만들어진 1984년에는 보증금 범위와 변제 금액이 각각 300

3) 백효은, ‘최우선변제금’ 못 받는 미추홀구 전세사기 피해자들. 경인일보, <http://www.kyeongin.com/main/view.php?key=20230213010002502> (2023.02.19. 13:13:00)

4) 윤슬기, 전세사기 최우선변제 서울은 최대 5500만 원, 인천은..., 아시아경제. <https://view.asiae.co.kr/article/2023041816312513173> (2023.04.22. 11:00:00)

만 원으로 일치했다. 주택 가격 상승이 세입자의 주거비 부담을 견인함에 따라 소액 보증금으로 인정받는 기준이 상향조정되어 왔고, 변제 금액 역시 상승되었다. 그리고 1990년을 기준으로 보증금 범위와 최우선변제금액 간 격차가 벌어지기 시작했다. (특별시·직할시의 경우 2000만 원 기준에 700만 원까지 변제) 2023년 2월에 개정된 기준으로는 서울특별시의 경우 1억 6,500만 원 이하를 소액보증금으로 인정하고 이 경우 5,500만 원까지만 최우선변제를 받을 수 있다(주택임대차보호법 시행령 제10조 및 제11조). 인정 기준과 실제 보장금액 간의 편차가 벌어질수록 임차인의 안정성은 낮아진다. 게다가 한 주택에 최우선변제가 적용되는 임차인이 여러 명 있을 경우, 최우선변제를 받는 금액의 총합은 주택 가액의 2분의 1의 범위 안에서 각 소액임차인들이 비율대로 나눠 변제받도록 되어 있다. 선순위근저당권 설정일이 과거로 설정될수록 보장받을 수 있는 금액은 더 낮아지는데, 그러면 임차인이 실제 부담한 보증금과의 격차는 더 벌어지게 되는 것이다.

다. 경매 시 다수 임차권자의 경합 문제

(1) 사례

(가) 특히 여러 명의 세입자가 있는 다가구 주택의 후순위 세입자는 한푼도 못돌려 받는 경우가 많다. 예를 들어 감정가 11억 원에 은행 대출이 4억 5000만 원이 있고 각 1억 5000만 원의 보증금을 낸 세입자 6명이 있는 다가구 주택이 경매에서 8억 5000만 원에 낙찰된 사례를 보자. 이 경우 1순위 채권자인 은행은 4억 5000만 원을 전부 회수하고 남은 4억 원으로 다음 순위 세입자와 그다음 순위 세입자는 모두 1억 5000만 원 씩의 보증금을 찾을 수 있다. 하지만 3순위 세입자는 남은 1억만 가져갈 수 있고 나머지 3명은 모두 한푼도 받지 못한다. 전세사기피해자 가운데 극단적 선택을 한 세입자들 대부분이 이같은 다가구 주택 후순위 세입자들이다.⁵⁾

(나) 1동의 다세대주택(도시형생활주택/주택법상 공동주택)에 17개 호가 있다. 소유자는 17개 호 전체를 공동담보로 제공하고 10억 원을 대출받았다. 은행은 각호의 등기사항증명서에 채권최고액 12억 원(120%)으로 각각 근저당권을 설정했다. 이런 상태에서 특정 호수를 임대차할 경우 임차인의 보증금이 안전한지 분석하는 법리가 매우 복잡하고 어렵다. 어려움은 두 가지이다. 첫째는 해당 호수의 시세파악이 안 된다는 것이다. 도시형생활주택이 원룸형 건물이어서 개별 호수의 시세 정보가 없다. 둘째는 경매로 넘어갔을 경우 배당 과정이 복잡하다. 17개 호수 전체를 경매(동

5) 이동훈, 야당 전세사기 특별법 개정안 통과...후순위 전세권자도 5500만 원 받는다, 뉴스핌, <https://www.newspim.com/news/view/20240528001106>, (2024.05.28. 18:44:00)

시배당)하는 경우와 17개 호수 중 특정 호수를 경매(이시배당)하는 경우가 그러한 예이다. 동시 배당의 경우 각 호수의 경매대가에 비례해서 배당을 하지만, 이시배당의 경우에는 1순위인 은행에 먼저 배당하기 때문에 2순위 이하의 배당을 일부 또는 전부 못 받을 수도 있다.⁶⁾

(다) 서울 영등포구에 전세로 거주하는 이모(24)씨는 자신이 거주하고 있는 원룸 건물이 공매로 넘어간다는 소식을 들었다. (중략) 이씨의 전세보증금은 6500만 원이다. 이씨가 살고 있는 건물의 공매 감정가는 40억 원, 예상낙찰가는 32억 원 전후로 예상되는 상황이다. 공매의 원인이 된 건물 담보 근저당 액수는 25억 원 상당이다. 건물이 예상낙찰가보다 높은 액수에 팔린다고 해도 이씨의 확정일자 순서가 건물 40세대 중 38번째라 공매 낙찰로 인한 배당가능성은 제로에 가까웠다. (중략) 예를들어 위 사례의 이씨가 살고 있는 건물이 32억 원에 팔린다면, 32억 원의 절반인 16억 원을 최우선변제액으로 따로 지정한다. 이씨가 살고 있는 건물 임차인 모두 최우선변제 대상이기 때문에 40세대의 최우선변제금 총합은 14억 8000만 원이다. 따라서 임차인들은 최우선변제 한도액은 3700만 원까지 받을 수 있게 된다. 가령 이씨가 거주하는 부동산 낙찰가가 낮아져 26억 원에 낙찰된다면 이 중 절반인 13억 원이 최우선변제 총액이다. 이렇게 된다면 임차인들은 최우선변제를 한도까지 받을 수 없고, 확정일자와 관계없이 안분배당이 된다. 즉 13억 원 나누기 40세대, 세대 당 3250만 원이 돌아가는 것이다.⁷⁾

(2) 사례 분석

사례 (가)는 다가구주택에서 서로 다른 호실의 세입자이지만, 경매 시에는 하나의 주택으로 묶이기 때문에 세입자 간 권리가 선순위, 후순위로 경합하게 되는 사례, 사례 (나)는 다가구주택과 다르게 다세대 주택은 개별 호수가 구분 등기되어 있지만, 다수 호실을 묶어 공동담보를 취득한 경우에는 일부 호실만 경매가 진행되는지, 전체 호실이 한꺼번에 경매가 진행되는지에 따라 세입자가 배당받을 수 있는 금액이 달라지는 사례, 사례 (다)는 최우선변제는 모두 한도액까지 배당받는 것이 아닌, 최우선변제권자끼리 안분한 금액으로 배당받을 수 있음을 설명하는 사례이다. 세 가지 사례 모두 동일 주택 혹은 동일 임대인 아래에서 주택이 경매에 넘어갔을 경우 임차인끼리 권리를 다투게 되는 사례다. 경매에서 후순위 권리자는 선순위에 비해 무조건 불리하고, 상황의 예측 불가능성이 더욱 커져 세입자로 하여금 불안을 증

6) 이성호, [부동산현장]공동담보된 다세대주택의 임대차계약 위험성, 양산신문, <http://www.yangsanilbo.com/news/articleView.html?idxno=106016>, (2024.03.04. 07:29:00)

7) 김범수, 알기어려운 부동산법...최우선변제란 무엇인가, 세계일보, <https://www.segye.com/newsView/20181214000400?OutUrl=naver> (2018. 12. 14. 09:13:18)

폭시킨다. 후순위라 하더라도 무사히 최우선변제의 범위 안에 들 수도 있지만, 앞서 '나. 소액임차인 최우선변제금액 보장 제외 관련 문제'에서 지적한 것처럼 인정 기준과 지급 금액 간의 편차가 크고, 주택가액의 ½ 내에서 해당 권리자들끼리 안분배당을 해야 하기 때문에, 돌려받을 수 있는 금액은 일부에 그친다. 주택 경매는 주택 세입자만 권리를 주장할 수 있는 것이 아니기 때문에 더욱 해석과 보완이 어려운 문제다. 따라서 이 문제는 경매에 넘어가더라도 돌려받을 수 있는 금액의 수준 이하로 애초에 보증금의 크기 자체를 제한해야 해결할 수 있을 것이다.

2 계약체결 시에 발생하는 문제

가. 임차인의 정보 확보 한계

(1) 주택에 대한 정보

(가) 사례

- ① 도내에서는 최근 흥천의 한 28세대 규모 연립 다세대 주택에서 전세로 살던 임차인 9명이 지난해 하반기 정부로부터 전세사기 피해사실을 인정받았다. 이들 중 일부는 임대차 계약을 맺을 때 주택 세대를 실소유한 신탁사가 아닌, 특정 법인과 계약서를 썼다. 해당 계약은 실소유자인 신탁사와 이뤄지지 않았기에 효력이 없다. 법인은 전세 만기 이후 피해자에게 전세보증금을 돌려주지 않았고, 피해자들은 정부에 전세사기 피해를 접수했다.⁸⁾
- ② 대전경찰청 반부패수사대는 사기 혐의로 임대업자 A(56)씨를 구속 송치하고, 사기 방조와 공인중개사법 위반 혐의로 공인중개사 B(60대)씨 등 5명을 불구속 송치했습니다. A씨는 2019년부터 지난해까지 198명의 피해 임차인에 217억 원 상당의 임대보증금을 돌려주지 않은 혐의를 받습니다. A씨는 임차인이 선순위 임차보증금을 확인하기 어렵다는 점을 악용해 선순위 보증 금액을 속인 것으로 드러났습니다.⁹⁾

8) 김덕형, 올해만 49건…도내 전세사기 피해 신고 잇따라, 강원도민일보, <https://www.kado.net/news/articleView.html?idxno=1247014>, (2024.05.31)

9) 류희준, 200억 원대 대전 다가구주택 전세사기 벌인 임대업자 구속 송치, SBS, https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1007653305&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND, (2024. 05. 20. 15:03:00)

(나) 사례 분석

사례 ①은 대표적인 전세사기 사각지대 피해사례로 알려진 신탁 사기 중 강원도에서도 관련 피해신고가 잇따랐다는 언론 보도다. 신탁 등기된 주택의 경우에는 수탁자의 동의 없이 위탁자(원 소유자)가 단독으로 임대차계약을 진행할 수 없다. 만일 신탁 회사의 동의를 받지 않은 상태에서 위탁자하고만 계약을 진행했다면 계약 자체가 무효로 취급돼 임차인의 점유는 불법점유로 인지되어 퇴거를 요구받을 수도 있다. 그러나 대부분 신탁사기 사례의 경우, 이러한 사실을 공인중개사와 임대인이 임차인에게 제대로 고지하지 않아 임차인은 계약 무효와 보증금 미반환, 강제 퇴거까지 피해를 입게 된다.

사례 ②는 대전에서 발생한 다가구주택 선순위 보증금 기망 피해 사례다. 다가구 주택 선순위 보증금은 등기부등본에 기재되어 있지 않기 때문에 기존 제도 상 임대인의 동의를 얻어야만 확인이 가능한 정보다. 그러나 임대인이 동의를 하지 않거나 공인중개사가 중개 역할을 제대로 이행하지 않는 것이 관행으로 자리잡고 있어, 해당 정보를 임대인에게 요구할 수 있다는 사실조차 몰랐던 사례가 다수이고, 해당 정보를 획득하는 것은 임차인이 나서서 요구해야 하는 등 임차인의 책임으로 해석되곤 했다.

중개대상물확인설명서는 집의 권리관계, 내·외부 시설 및 상태, 기타 관리 사항, 중개수수료 금액과 산출내역 등이 기록된 문서로 공인중개사가 임차인에게 계약 시 교부하지 않으면 법적 처벌을 받는다. 특히나 등기부등본, 건축물대장만으로 확인할 수 없는 집의 시설 상태나 미납세금, 선순위 확정일자 관계 등 추가적인 공인중개사 세부 확인사항 등을 적는 양식이 마련되어 있어 충실히 적힌다면 임차인에게는 꼭 필요한 서류라고 할 수 있다. 그러나 대부분의 임차인이 계약 시 중개사로부터 설명서에 관한 설명을 듣지 못해 서류를 교부받았는지조차 인지하지 못하거나, 세입자에게 구두로 설명하지 않은 내용이 세부 확인사항에만 기재된 채로 교부되는 일이 비일비재하다. 따라서 피해자들로부터 주택에 관한 정보는 임차인이 애쓰지 않더라도 당연히 계약 전 투명하게 제공되어야 한다는 제도 개선의 목소리가 높은 상황이었다.

한편 국토교통부는 지난 2024년 5월 27일, 보도자료를 통해 ‘다가구주택 임대차계약을 체결하려는 임차인은 임대인 동의 없이도 확정일자 정보를 열람’ 할 수 있도록 제도를 개선한다고 밝혔다. 다만 개인정보 보호를 위해 동·호수 정보를 제외한 건물 전체의 확정일자 정보를 제공한다고 밝혔다. 이러한 개선은 앞으로 계약을 앞둔 세입자에게 유용한 안전장치가 될 것이나 몇 가지 쟁점이 있다. 먼저 계약 체결 이후가 아닌, 체결 이전에 세입자가 자유롭게 접근 가능한 정보여야 할 것이다. 다음으로, 국토교통부 실거래가 조회 시스템 등 매매 가격 정보와 함께 연동·제공해 세입자가 획득한 선순위 확정일자 정보를 바로 활용해볼 수 있게 해야 한다.

(2) 임대인에 대한 정보

(가) 사례

“계약할 때는 서류상으로도 아무 문제가 없고 권리관계도 깨끗했는데 나중에 알고 보니까 세금 체납이 알려진 것만 무려 63억 원 이상 있었고 전세보증보험은 가입이 안 되는 상태였어요. 전세보증보험은 집주인이 가입하겠다고 했는데 알고 보니까 제가 계약할 시점에는 이미 집주인이 보증보험 블랙리스트에 올라 가입 제한 대상이 되었기 때문에 애초에 가입하는 것 자체가 어려웠어요.”¹⁰⁾

(나) 사례 분석

법무부, 국토부 등은 주택임대차표준계약서 양식을 제작해 배포하고 있다. 계약 전 필수 확인사항을 안내하고, 임차인의 권리와 의무에 대한 정보를 제공해 분쟁을 예방할 수 있다고 홍보하고 있지만, 그 사용이 필수가 아닌 권장에 그치고 있어 실제로는 거의 활용되고 있지 않다. 실제로 표준계약서 양식 내에는 미납국세, 선순위 확정일자 해당 여부, 수리·수선 시 임대인과 임차인의 각 책임 등 임차인에게 꼭 고지되어야 하거나 협의 시 필요한 사항들이 명시되어 있고 가장 최근 개정에서는 관리비의 항목이 들어가게 됐다. 주택임대차계약에 필요한 최소한의 정보를 기재하도록 한 양식임에도 불구하고, 그조차도 현장에서 필요한 정보로 다루지 못하니 실효성이 없다. 표준계약서 사용이 필요한 이유 중 하나는 임대인의 미납 국세, 지방세 여부를 표시하도록 했다는 점이다. 등기부등본에는 기재되지 않기 때문에 임차인들이 피해를 입는 대표적인 요인이 바로 임대인의 체납세금이다. 해당 사례 세입자는 임대차계약 전 권리관계를 꼼꼼히 확인하고 들어갔으나, 전세보증보험 가입을 시도하는 과정에서 법정기일이 빨랐던 임대인의 미납 세금을 알게 되었다.

2023년 전세사기 피해자들의 요구로 제도가 크게 세 가지 변경되었다. 하나는 보증금이 1천만 원을 초과하는 경우 임대인의 동의 없이도 미납국세 등을 열람해볼 수 있도록 하는 변화다. 다른 하나는 임차인의 확정일자보다 법정기일이 늦은 당해세에 대해서는 해당 금액만큼 임차인이 먼저 배당받을 수 있도록 하는 변화다. 마지막으로 주택임대차보호법 내에 임대인의 미납 세금 정보 제시 의무를 명시하게 된 변화다. 그러나 여전히 부족한 점들이 있다. 첫번째 개선의 경우에는 신청 서류로 임대차계약서를 요구함으로써 계약 이후에 확인할 수밖에 없도록 한 것이고, 두번째 개선의 경우 이미 세입자의 확정일자보다 법정기일이 앞선 미납 세금이 존재하는 집들에 대해서는 여전히 적용이 불가능한 점이 그것이다.

10) 이성영, 부동산 스타트업 직원은 어떻게 ‘빌라왕 피해자’가 됐나, 오마이뉴스, https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002919708 (23.04.17 21:02:00)

마지막 제도 개선의 경우에는 임대인이 임차인의 정보제공 요청에 동의함으로써 제공 의무를 갈음할 수 있도록 해 여전히 임차인의 책임을 함께 부과하고 있다는 점이다. 또 의무를 다하지 않은 임대인의 관리 및 처벌에 대한 안은 여전히 함께 제시하고 있지 않다. 따라서 온전히 실효를 거두기는 어려운 개선이라고 할 수 있다.

나. 임대인에 대한 관리감독 부재

(1) 사례

(가) “계약 당시 임대인의 대리인과 계약을 체결하였는데, 임대인은 1년이 지나서야 제게 찾아와 자신은 전세 계약 사실을 몰랐고, 임대인 명의 계좌로 보낸 보증금도 받지 못했으며 대리인이 해당 금액을 인출해 갔다고 말했습니다.”¹¹⁾

(나) “김대성 같은 민간 임대주택 사업자는 지자체에 매년 임대차 계약을 신고하고 보증보험 가입 서류를 제출해야 합니다. 그러나 지자체는 보증보험 가입 서류를 여러 차례 제출하지 않은 김대성에게 과태료나 사업자 말소 등 아무런 행정 처분을 내리지 않았습다. 대출 심사를 진행한 금융기관 역시 고액의 세금을 체납한 임대인을 걸러 내지 못했구요.”¹²⁾

(다) 국토부는 애초 2021년 6월부터 2023년 5월까지 2년에 걸친 제도기간 후엔 과태료를 부과할 방침이었다. 하지만 시행 시점을 2023년 5월에 1년, 2024년 4월에 다시 1년 미뤘다.¹³⁾

(2) 사례 분석

민간임대차시장이 가진 가장 근본적인 문제는 공공이 임대사업자를 제대로 관리하지 않고, 민간임대영역을 통제하기는커녕, 제대로 된 민간임대 현황 파악 시도도 하지 않는다는 데 있다. 이 문제는 주택이나 임대인에 대한 제대로 된 정보를 확보하기 어려운 임차인의 지위와도 연동된다.

주택도시보증공사(HUG)의 상습 채무불이행자 명단을 공개하도록 하는 주택도시보증법 개정안이

11) 민달팽이유니온 주거상담(2020. 2.)

12) 박요셉, “‘희년’ 정신 고민하던 청년이 전세 사기를 당했을 때”, 뉴스앤조이, (2023. 11. 6.)
<https://www.newsjoy.or.kr/news/articleView.html?idxno=305853>

13) 최아름, “집주인에게 유리할텐데… 또 미뤄진 ‘임대차 신고제’의 모순”, 더스쿠프, (2024. 5. 9.)
<https://www.thescoop.co.kr/news/articleView.html?idxno=301864>

2023년 9월 29일자로 시행되었다. 최근 3년 이내 2건 이상 채무를 불이행해 HUG 구상채권이 2억 원 이상이고 민사집행법에 따른 강제집행 또는 보전처분을 받은 경우 임대인정보공개심의위원회를 거친 뒤, 채무불이행자 악성 임대인 명단을 공개하고 있다. 그러나 2023년 말 기준으로는 17명, 2024년 3월 기준으로는 26명만 공개되었고, 6월 23일 기준으로는 127명이 명단에 올라 있으나 HUG의 자료에 따르면 이 중 67명이 악성 임대인 명단 등재 이후에도 임대사업자 자격을 유지하고 있어¹⁴⁾ 단순히 악성 임대인 명단을 발표하는 것만으로는 예방 효과에 실질적인 도움을 주지 못한다는 비판을 피하기 어렵다. 또 보증보험에 가입하지 못한 임차인의 경우에는 계약을 진행한 임대인이 채무불이행 이력이 있는지는 등기부등본으로 임차권 설정 이력을 확인하는 방법 이외에는 사전에 알고 피할 방법이 없다.

한편, 2020년 주택임대차보호법 개정으로 2021년 6월 1일부터 주택 임대차 신고제가 도입되어 보증금이 6천만 원 이상이거나 월 임대료가 30만 원 이상인 임대차계약은 이전에 비해 보다 더 관리 감독 아래 놓이게 될 것을 모두 기대했다. 그러나 정부는 2021년 6월 1일부터 2024년 5월 31일까지 3년간으로 정해둔 임대차 신고제의 제도 기간을 추가로 1년 더 연장하고(2025년 5월 31일까지) 최대 100만 원의 과태료를 20만 원으로 낮추는 결정을 하면서 무려 4년이라는 제도기간을 두어 사실상 개정되기 전이나 다름없게 만들고 있다. 제도 연장 이유로 주거 취약계층을 위한 과태료 수준 완화를 들고 있지만, 사실상 임대인의 임대 소득 세금을 줄여주기 위한 것이 아니냐는 비판이 있다. 임대차 신고제의 도입 취지는 정부의 민간임대차시장 현황 파악 및 관리에 있기 때문에 취약계층 과태료를 걱정해 4년이나 시행을 미루는 것은 장기적인 주택세입자 보호의 관점에서 이해하기 어려운 논리이다. 오히려 적극적인 홍보를 통해 신고를 독려하고, 세입자에게는 과태료를 건지 않는 등의 조치를 했다면 지난 4년 간의 민간 임대차 계약 추이 파악 데이터베이스를 확보해 작년부터 상당한 수준으로 보고되는 전세사기 문제를 방지하는 데도 도움이 되었을 것이다.

다. 적정한 주거(주택)에 대한 관리감독 부재

(1) 위반건축물

(가) 사례

14) 연합뉴스, “악성임대인 절반이 ‘임대사업자’ 자격 유지…세제혜택 누린다” (2024. 7. 17.)
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20240716098500003?input=1195m>

- ① 임대인이 한 건물에 살고 있는 건물을 보면 임대인은 방쪼개기를 하지 않고 한 층을 모두 쓰면서 임대 놓는 방은 적으면 5~6호 많게는 10호 이상까지로 수많은 방 쪼개기를 하여 가구와 가구들 사이의 거리가 두 걸음도 되지 않는 현실이었고, 분리형 원룸이라며 보여주던 방은 말 그대로 분리만 되었을 뿐 주방과 방문 사이의 공간은 고작 한걸음의 폭도 안 되는 크기로 주방을 사용할 수 있는 주방공간이 아니었다.¹⁵⁾
- ② 민달팽이유니온이 2019년도에 한국일보와 함께 서울 성동구 사근동 일대를 전수조사 했을 때 10가구 이상 거주하는 79채 중 65채 (82%)가 방쪼개기한 불법 건축물이었고, 같은 해 포용적 주거복지 제고를 위한 주거정책 연구를 통해 서울 관악구 한 동의 1개 도로 156채를 전수 조사했을 때는 78채(51.3%)가 위반건축물이었다.

(나) 사례 분석

대학가에서 자주 목격되는 ‘미니원룸’ 등으로 불리는 주거 형태의 정확한 명칭은 ‘위반건축물’이다. 단속되기 전이라면 ‘불법건축물’이라는 이름으로 부르기도 한다. 이는 임대인이 임대 수익을 극대화하기 위해 불법으로 용도를 변경하거나, 공간을 증개축해 건축법을 위반한 공간을 주거용으로 임대하는 건물을 말한다. 위반건축물에는 물리적 취약과 경제적 취약, 법적 취약이 모두 존재한다. 구체적으로는 전입신고, 월세소득공제 등 세입자 권리가 사각지대에 처하는 문제, 보증금 대출 정책이나 보증보험 가입 이용이 불가한 문제, 상세주소가 분명하지 않다는 이유로 전입신고가 반려돼 주택임대차보호법 상의 보호를 받기 위한 조건을 갖추지 못하는 문제, 방을 쪼개는 과정에서 거주 환경이 악화되는 문제 (소음이나 방한에 취약, 부엌이나 화장실이 제대로 갖춰지지 않는 등), 소방안전 미비 문제 등이 있다. 그러나 이러한 취약주거지를 활용한 영리성 임대행위에 대해 실질적인 단속과 처벌이 제대로 이루어지지 않고 있기 때문에 실태가 더욱 악화되는 실정이다. 건축법 규정에 위반되는 건축물이라도 그에 대한 주된 조치는 이행강제금 부과 정도이고, 현행법상 임대차 대상이 될 수 있는 주택에 대한 특정한 기준이 존재하지 않아 위반건축물 임대를 처벌하는 규정이 없어, 임대인으로서의 위반건축물 임대를 통한 임대료 수익을 포기할 이유가 적기 때문이다. 민달팽이유니온은 2023년에 불법건축물과 전세사기가 교차하여 나타나는 사례를 국회 토론회로 다루기도 하였다. 피해자들은 전세사기를 당하고 나서야 내가 살던 집이 불법 건축물이었음을 알게 되지만, 전세사기 피해자를 대상으로 마련된 지원 대책은 대부분 이용할 수 없는 문제가 존재한다.

15) 민달팽이유니온, 2020청년주거이슈발굴 보고서, 서울시청년주거상담센터(2020), 21면.

(2) 비적정주거

(가) 사례

① 8일 저녁 8시 40분, 노조 지부장님은 홍아무개 동지로부터 ‘119 연결이 안 되니깐 빠르게 신고해주세요’라는 문자를 받았습니다. 바로 119에 연락했지만 계속 통화 중이었습니다. 상황이 너무 급해서 112에 ‘119와 빠르게 연결해서 신림동 반지하방에 있는 물을 빼고 사람을 구해달라’고 신고했습니다. 이후 홍 동지와 통화를 시도했지만 연결되지 않았습니다. 노조에서 바로 홍 동지가 사는 신림동 집으로 달려갔는데, 주민들이 밖에서 비명을 지르고 있었습니다. 지하 창문을 통해 손을 집어넣으니 천장과 한 뼘 남짓한 곳까지 이미 물은 들어차 있었습니다. 우리는 안에 있는 사람을 구해달라고 소리 지르는 것 외에 할 수 있는 것이 없었습니다. 그 시각, 대통령은 비싼 고층 아파트에 머물러 있었습니다. 그날 낮부터 폭우는 예상되었고 비상대책을 마련해야 함에도 대통령은 퇴근했습니다.¹⁶⁾

② 대부분 겨울철 쪽방은 낮보다 저렴한 심야시간대의 전력을 이용해 전기패널(바닥에 깐 열선)로 난방을 한다. 그러다 보니 전기가 들어오는 밤 10시부터 아침 5시 30분을 빼고는 냉골이다. 보일러 있는 집도 드물다 보니 겨울 초입이면 주민들은 커피포트를 구하러 다니기 바쁘다. 더운물을 쓰기 위해서다. 여름에는 더워 죽고, 겨울에는 추워 죽는다는 말이 빈말이 아니다.¹⁷⁾

(나) 사례 분석

최저주거기준이 행정규칙으로 존재하지만 사실상 유명무실이다. 최저주거기준이 흔히 비판받는 지점은 1인 가구의 최저주거면적기준으로 14㎡를 규정하고 있다는 것이다. 그러나 면적기준만 비판하는 것은 최저주거기준을 반쪽만 들여다보는 행위이다. 최저주거기준은 최소 주거 면적과 5가지의 구조 성능 및 환경 기준을 거칠게 규정하고 있을 뿐만 아니라 무엇보다 비주택에는 아예 적용이 되지 않는다는 문제를 가지고 있다. 반지하, 옥탑, 고시원, 이른바 지옥고로 불리는 공간들과 쪽방은 ‘비적정 주거’라 불리며 주택과 비주택의 경계에서 극심한 주거비 부담에 내몰린 주거취약계층의 집이 되고 있다. 사례 ①에서 희생된 반지하 거주 세입자들은 서비스 노동자, 발달장애인, 10대 아동청소년이었다. 가장 먼저 보

16) 비마이너, “불평등 따라 흐른 폭우, 시민사회단체 “불평등이 재난이다””, (2022. 8. 16.)
<https://www.beminor.com/news/articleView.html?idxno=23811>

17) 비마이너, “재난 증폭하는 쪽방, 주민들의 안부를 묻다”. (2022. 10. 17.)
<https://www.beminor.com/news/articleView.html?idxno=24074>

호반아야 할 취약 계층이 기후재난의 최전선에서 희생된 것이다. 폭우, 한파뿐 아니라 매일이 재난인 집이 있다. 쪽방 세입자들의 집이다. 한 평 채 안되는 공간은 매일을 재난으로 만들기도 하지만, 그러한 일상은 기후위기를 맞아 위태로움이 가중된다. 집이 신체 건강과 정신 건강을 위협하는 곳으로 변모하고, 그런 공간은 누군가에게는 자본 창출 공간이 된다. 취약계층에게 주어지는 주거급여마저도 주택 품질의 규제 없이는 임대인의 지갑을 보조하는 수단으로 전락할 뿐이다. 인간의 가장 기본적인 권리가 침해되는 공간에서, 인간답게 살지 못하는 집을 금지하는 제대로 된 규정이 절실히 필요한 상황이다.

라. 주거비(임대료 및 관리비) 문제

(1) 사례

(가) “40만 원이 넘는 주거비 압박이 만만치 않아 역에서 좀 떨어져 있어도 저렴한 가격에 혼자 살 수 있는 방을 구하고 싶습니다. 하지만 저렴하기 때문에 계약 후 많은 애로사항을 겪게 되지는 않을까 두려운 마음이 커 쉽게 알아볼 수 없습니다.”¹⁸⁾

(나) “임대인은 임대사업자입니다. 계약서에 적을 월세 금액보다 실 지불은 10만 원 이상 더 내라고 했습니다. 그렇지만 더 내는 금액에 대해서는 서류를 따로 작성해 줄 수 없다고 합니다.”¹⁹⁾

(다) “새로 이사간 집에는 전기요금이 항상 많이 나옵니다. 고지서는 임대인이 직접 제작합니다. 계약서를 아무리 다시 읽어도 관리비를 매달 얼마 걷는지만 나와 있지, 무엇을 근거로 걷는다는 내용은 없습니다. 제 관리비가 어디에 어떻게 쓰이는지 알아낼 방법은 없는 걸까요? 경찰에 신고하면 횡령 수사를 해줄까요?”²⁰⁾

(2) 사례 분석

현재의 전세 제도는 고액의 보증금으로 주택 가격의 대부분을 임차인이 부담하도록 전가하는 폐해를 안고 있다. 이 때문에 전세 제도의 축소 혹은 폐지를 주장하면 그로 인한 급격한 월세 가격 상승을 이유로 반대에 부딪히게 된다. 일리 없는 주장은 아니다. 2020년 주택임대차보호법 개정 이후 계약갱신청구 시 5%의 비율로 임차료 상승을 제한하도록 하는 임대료 상한제가 도입됐지만, 이는 단 한번으로 제한된

18) 민달팽이유니온 주거상담(2020. 10.)

19) 민달팽이유니온 주거상담(2024. 2.)

20) 민달팽이유니온 주거상담(2020. 2.)

계약갱신청구에만 적용되는 것일 뿐이다. 한국에는 신규 계약의 월세 상한을 제재하는 수단이 전무하기 때문에, 임대료가 주택 가격을 따라 선을 모르고 높아지는 것이 현실이다.

UN 사회권규약위원회가 1991년 펴낸 일반논평 4에 따르면 주거의 적절성을 판단하는 기준 중의 하나가 바로 '비용의 적절성'이다. 그동안 한국 사회에서 전세는 세입자의 거주 형태만큼이나 투자 혹은 투기 수단으로 인정되어 왔다. 사람의 가장 기본적인 권리라고 할 수 있는 주거권을 거의 시장에 맡겨 놓았으면서 세입자들이 겪는 주거 비용 불안정성에 대해서는 사회 안전망과 비교하기도 어렵고, 어떠한 시장 경제 문제보다도 심도 있게 정책적 논의가 진행된 적이 거의 없다. 그러나 전세와 보증부 월세가 기본적인 세입자 주거 형태를 이루면서, 큰 빚을 지지 않고서는 양질의 주거 환경을 구하기 어려운 한국 사회 민간주택 특성상, 월 차임 등 주거비를 규제하거나 제한하지 않는 행위는 정주 등 세입자의 다른 주거 불안정성에도 큰 악영향을 미치게 된다.

민달팽이유니온이 서울 시내 보증금 5,000만 원 이하이며 전용면적 10평 이하인 월세 실거래가 자료를 분석한 자료에 따르면 2021년부터 2023년까지 2년간의 월세 상승률은 15.8%로 나타났으며, 2020년 이후 지어진 대학가의 신축 다세대 주택의 경우 2년 동안 62.8%가 상승한 수치를 보였다. 반면 갱신 계약의 경우에는 같은 기간의 상승률이 5.6%로, 주택임대차보호법에서 제재하는 수치에 아주 근접한 수준에 머물렀다. 따라서 갱신 계약 시 임대료 상한제는 실제 임차인들의 주거비 부담을 낮추는 데 아주 긍정적으로 작용했다고 할 수 있으며, 신규 계약에 있어서도 같은 수준의 임대료 상한제가 필요하다고 분석된다.

한편으로 임차인의 주거비 부담을 가중하는 것은 월세뿐이 아니다. 사례 (다)는 근거 없이 무리하게 책정되는 관리비 문제를 고발하고 있다. 관리비, 공과금 등은 주거비의 필수 요소이지만 주거비로 인정되지 않는 문제가 있다. 기초생활보장제도 중 하나인 주거급여 역시 관리비와 공과금 요금은 포함되지 않는다. 현행법 상 공동주택 의무관리대상을 제외한 다른 주택 및 오피스텔은 관리에 관한 법과 제도를 적용받지 않기 때문에 임차인들은 근거도 모르는 관리비를 그저 납부하기를 요구받는 문제가 여기에 더 해진다. 이로 인해 장기수선충당금 등 임차인의 몫이 아닌 관리비도 임차인이 모른 채 납부하는 상황이 벌어진다.

마. 공인중개사 관리감독 부재

(1) 사례

(가) “중개 어플을 통해 중개사 행세를 한 가짜 중개사 A씨는 사례자를 대출 이자 지원 상품으로 다른 자치구로 유인해 전세사기 계약을 유도했고, 실제 계약은 A가 소속된 부동산이 아닌 다른 공인중개사무소에서 이뤄졌습니다.”²¹⁾

(나) “계약서 작성 당시, 제가 계약한 집이 위반건축물로 표시되어 있었습니다. 중개인은 전입신고, 확정일자 모두 가능하다고 했는데 계약 후 전입신고를 하려고 보니 상세주소가 등록되지 않았으며 반려 처리됐습니다. 중개인은 부동산에서 해결할 수 있는 부분이 없다고 합니다. 중개인이 저를 속였다고 생각합니다.”²²⁾

(다) 이에 부동산 중개 어플로 매물을 찾던 중, 당시 주변 시세인 1억4000만 원~2억 원 대비 저렴한 것은 물론 중기청 가능 금액인 1억과 부합한 수원 소재 모 오피스텔을 발견했고, 그해 12월 전세 계약을 맺게 됐다. 더욱이 서틀버스 정차지도 전 집보다 훨씬 가까워 여러모로 장점이 많은 곳이였다. (중략) 행복의 연속인 나날들이 계속될 것만 같던 찰나, 균열은 소리소문 없이 소정씨를 찾아왔다. 여느 때와 같이 퇴근 후 귀가하던 두 사람은 집 문 앞에 붙어 있는 한 쪽지를 발견했다. 종이에는 최근 전세보증금을 돌려받지 못해 그 해결 방법을 같이 논의하자는 내용이 적혀 있었고, 이와 함께 세입자들이 모여 있는 카카오톡 단체방에 들어올 수 있는 QR코드도 같이 첨부되어 있었다.²³⁾

(2) 사례 분석

사례 (가)의 경우 불법중개행위 신고 과정에서도 지자체의 적극적인 적발 조치는 이뤄지지 않았고, 접수조차 피해자가 한 달 동안이나 지속적으로 민원을 넣은 뒤에야 이뤄졌다. 사례 (나)의 경우, 서류로 분명히 확인할 수 있는 내용임에도 불구하고 중개사가 잘못된 사실 관계로 무분별하게 계약을 유도한 경우다. 공인중개사가 공인중개사법상 의무 위반 시 영업정지나 등록취소가 이루어질 수 있다는 규정은

21) 민달팽이유니온 주거 상담(2022. 6.)

22) 민달팽이유니온 주거 상담(2020. 1.)

23) 투데이신문, “[수원 전세사기 피해자들의 눈물③] 예비신부의 발목 잡은 교활한 ‘덧’”, (2023. 12. 13.)
<https://www.ntoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=101499>

있으나 현실에서 엄격히 적용되지 않고 있고, 혹 영업정지 처분을 받더라도 얼마 지나지 않아 영업을 재개할 수 있으며, 영업정지 기간에 영업을 하더라도 행정처분 외에 형사처벌 규정은 없다. 해당 공인중개사와 계약을 진행하게 되는 예비 임차인들이 영업정지 사실이나 이력의 존재를 알 수 있는 방법이 없다.²⁴⁾

사례 (다)는 부동산 중개 어플리케이션을 통해 전세사기를 당하게 된 경우다. 부동산 매물 중개 플랫폼에는 임차인을 현혹하기 위한 미끼용 허위매물과 중개자격증을 허위로 표기한 가짜중개사 등이 정상적인 매물 및 중개사들과 뒤섞여 있어 전세사기·깡통전세 매물을 안전한 매물과 구분할 수 없다. HUG 안심전세앱/포털이 도입되었으나, 실제 이용자들이 모여 있는 기존 플랫폼에는 엄격한 관리 규제가 적용되어 있지는 않아, 임차인 차원의 자발적인 점검과 유의만이 요구되고 있다. 전세사기의 사회적 의제화 이후 지자체 혹은 공인중개사협회 차원의 불법 중개행위 특별점검 사례가 이어지고 있다. 불법허위 광고에 대해서도 지자체가 상시 점검을 수행하도록 하는 조례 등의 제도가 필요하다.

3 계약기간 중에 발생하는 문제

가. 주택하자 수리수선 분쟁

(1) 사례

(가) “누수로 곰팡이가 생기고 벽지가 젖었습니다. 입주하며 도배를 새로 했지만 벽지에 곰팡이 자국이 그대로 올라옵니다. 임대인과는 제대로 소통이 되지 않습니다.”²⁵⁾

(나) “이웃집에 누수가 생겼는데 원인이 제가 사는 집이라고 합니다. 저는 입주한 지 2개월도 안된 상황입니다. 계약 당시 중개대상물확인설명서를 받지는 못했습니다.”²⁶⁾

(다) “저는 지옥고를 경험해보았습니다. 지하방 생활은 오래전 지어진 저층 단독주택의 지하를 개조하여 계단에 나있는 창문 하나가 전부인 공간에서 시작되었습니다. 4계절 습기가 생겨 벽에 맺히는 물방울을 닦지 않으면 며칠 만에 곰팡이가 피어나는 집이었습니다. 그 곰팡이는 결국 벽 하나를

24) 식품위생법상 영업정지 처분의 경우 영업소에 영업정지 안내문이 부착되고, 관할 행정청 홈페이지 및 일간신문에 위반사실이 공표되며, 영업정지 기간 중 영업 시 형사처벌의 대상이 될 수 있는 것과는 비교되는 부분이다.

25) 민달팽이유니온, 민달팽이유니온 청년 주거 문제 분석 및 정책 제안 결과보고서, 민달팽이유니온, (2022), 21면.

26) 민달팽이유니온, 앞의 책

집에 삼켰습니다. 열 수 있는 창문을 열면 앞에 있는 주차장의 타이어가루, 먼지, 모래들이 침대로 날아 들어왔습니다. 월세 48만 원을 주고 창고에서 살았던 셈입니다.”²⁷⁾

(라) “1999년에 만들어진 보일러가 고장이 났는데 임대인이 보일러 전원은 잘 들어오며 아주 냉골도 아니고 어차피 오래된 건물이라 추울 것이라며 보일러 교체를 거부했고, 그로부터 수 개월이 지난 현재, 온수기능마저 고장난 상태이지만 여전히 임대인은 보일러 교체를 거부하고 있습니다.”²⁸⁾

(마) “현재 살고 있는 집을 처음 봤을 때 안방과 주방에 베란다가 있었는데요. 양쪽 다 방범창이 없더라고요. 제가 사는 곳은 저층인 데다 주변에 담장이 있거든요. 저는 당연히 설치를 해줄 거라고 생각하고 계약 후에 임대인에게 방범창 이야기를 꺼내니 완강하게 반대를 하더라고요. 이유를 들어보니 구옥인 탓에 설치 과정에서 벽에 균열이 생길 수 있다는 거였어요. 그래서 제 돈으로 사설 방범업체를 통해 방범시설을 설치하겠다고 했는데 그것조차 반대하더라고요. 장비를 연결하느라 벽에 못을 박고 창문에 작은 구멍을 뚫어야 했거든요. 임대인은 자신들이 키우는 강아지가 낯선 사람이 오면 짖기 때문에 충분히 안전하다고 얘기하는데 정말 막막하고 서글픈 기분이 들었습니다. 혼자 사는 여성의 불안함을 아무리 설명해도 이해하지 못하더라고요. 임차인의 생명이나 안전에는 전혀 관심이 없고, 그저 본인들의 건물과 재산을 지키려고 안간힘을 쓰는 모습이 느껴졌어요. 결국에는 제가 울고 불며 싸운 끝에 방범시설을 설치했는데, 덕분에 여름에도 창문을 열어놓고 안심하며 잘 수 있게 됐어요. (중략) 집 양쪽으로 커다란 창문이 10개가 넘는데 단 한 곳도 방충망이 없었어요. 저는 당연히 설치를 해줄 거라 생각하고 계약 후에 이야기를 꺼냈죠. 그런데 임대인이 말하길, 문을 열고 싶으면 에어컨을 틀라는 거예요. 너무 어이가 없었고, 나중에는 결국 설치를 해준다고 기다렸는데 이삿날 집에 가보니까 창문 1곳에만 설치를 해놨더라고요.”²⁹⁾

(2) 사례 분석

임차인이 계약 이후 가장 흔하게 겪는 문제는 주택의 수리 수선을 이유로 발생하는 임대인과의 갈등이다. 대부분의 갈등 사례에서 임대인이 주택의 대수선을 자신의 의무로 인지하고 있지 않기 때문에 주택 관리가 방치되고, 임차인은 거주하기에 열악한 환경에 노출되는 상황이 보고된다. 이 문제는 기타 다

27) 민달팽이유니온, 앞의 책

28) 민달팽이유니온, 앞의 책

29) 오마이뉴스, “160번째 부동산에서 찾은 LH청년전세임대, 다행이지만...”, (2021. 10. 13.)

www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002777477&CMPT_CD=SEARCH

른 문제들과도 연관되어 발생한다. 하나는 표준임대차계약서를 사용하지 않는 문제다. 표준임대차계약서는 제4조(임차주택의 사용·관리·수선)로 주택에 대한 임대인과 임차인 각각의 부담에 대해 설명하고 있다. 이 때 임대인은 ‘계약 존속 중 임차주택을 사용·수익에 필요한 상태로 유지’해야 하고, ‘난방, 상·하수도, 전기시설 등 임차주택의 주요설비에 대한 노후·불량으로 인한 수선은 민법 제623조, 판례상 임대인이 부담하는 것으로 해석’된다고 밝히고 있다. 이론적으로는 임대인이 수선의무를 이행하지 않으면 임차인은 임대인에게 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있고(민법 제390조), 임대차계약을 해지할 수 있으며(민법 제544조), 차임의 전부 또는 일부의 지급을 거절할 수 있을 것이다. 그러나 현실에서는 손해배상청구권이나 계약해지권 이외에 계약 존속 중 임차주택을 사용·수익에 필요한 상태로 유지하지 않는 임대인으로 하여금 수선의무를 이행하도록 할 실효성 있는 강제수단은 존재하지 않는다. 일례로 민법 제626조는 임차인의 상환청구권을 규정하고 있지만, 실제로 민달팽이유니온이 주거상담을 할 때는 임차인이 임대인과의 사전 협의 없이 집 수리를 진행할 경우 임대인이 그 비용을 상환하기는커녕 그 책임을 물을 수 있기 때문에, 집수리와 비용의 지불에 관해서는 가능한 한 임대인과 사전 협의 후 진행할 것을 안내하고 있다. 또 실제 현장에서 필요한 제도는 임대인이 보존행위를 하지 아니하거나 임차인의 의사에 반하는 보존행위를 하는 경우 임차인이 계약을 해지할 수 있도록 하는 것에서 그치는 것이 아니라 임차인이 해당 주택에 계속 살 수 있도록 임대인이 즉시 적절한 보존행위를 하게 하는 수선의무 내지 보존행위 이행을 강제하는 제도이다.

사례 (라)는 LH전세임대주택 제도 이용 중, 계약 당시 미합의 사안으로 인해 임대인과 세입자 간 갈등이 생긴 경우다. 임대인의 가장 큰 의무 중 하나는 거주에 적합한 주거 환경을 제공하는 것이다. 그러나 한국 사회에서는 이러한 인식의 공유 정도가 극히 낮을뿐더러, 이를 규정하는 최저주거기준도 상당히 모호해 제대로 현장을 규제할 수 없는 문제가 존재한다.

최저주거기준은 최소 주거 면적과 5가지의 구조 성능 및 환경 기준을 거칠게 규정하고 있을 뿐이다. ‘적절’한 설비를 갖추고, 위험이 현저한 지역에는 집이 위치해서는 안된다고 하는데, 어떤 설비를 어떤 기준에 따라 얼마나 갖추어야 하는지, ‘적절한’의 기준은 무엇인지, 현저한 위험의 기준은 무엇이며 이를 어떻게 판단할 것인지는 규정되어 있지 않다. 이 기준을 지키지 못한 집은 어떻게 되는 것인지에 대한 내용도 들어있지 않다. 기본적인 주거 환경에 대한 최소 기준이 이렇듯 모호하니, 임대차시장에 집을 내놓기 위해서는 어떤 조건을 갖추어야 하는지도 정책적으로 논의대상이 되고 있지 못한 것이 현실이다. 실제 임대차계약이 행해진 모든 주택에 대해서 정부가 주택환경점검을 실시하지도 않기 때문에, 단순히 최소 주거면적 기준을 만족하지 못한 집뿐만 아니라 구체적으로 쾌적하지 못한 환경을 가진 임대주택이

상당히 많을 것으로 추측된다. 주거 환경에 대한 기준이 구체적인 항목으로 정해져 있지 않으니, 세입자가 자신에게 필요한 환경을 주장하는 것이 임대인의 재산을 침해하는 것처럼 받아들여지곤 한다. 임대인이 임대사업자로 등록되지 않고, 공동주택이 아닌 민간임대주택의 관리는 제도 사각지대이기 때문에 세입자와 임대인 간 소모적인 갈등을 유발한다. 예를 들어 누수가 발생해 집 내에 곰팡이나 물샘 등 사안이 아무리 심각하다 하더라도 임대인이 수리 책임을 다하지 않는다는 이유로 세입자는 계약 해지를 요구하거나, 급한 다른 주거를 구하거나, 손해배상이나 해결 동안 머무를 숙박 비용을 청구하기가 어렵다. 제도가 이를 세입자의 권리로 보장하지 않고 있기 때문이다. 결국 세입자는 이리저리 저리저리 못하는 상황에 처할 뿐이다.

나. 불합리한 주거비 증액 청구

(1) 사례

- ① 임대인은 임대차기간 동안 1년 마다 임대료를 5%씩 올릴 수 있는가? ☐ 그렇지 않습니다. 임대인이 임대료 증액을 청구할 수 있다는 것일 뿐이지 임차인이 이 증액청구에 반드시 응해야 하는 것은 아니고, 꼭 5%를 증액해주어야 하는 것도 아닙니다. (중략) 증액을 청구하는 측에서 위와 같은 사유를 증명하여야 할 것입니다.³⁰⁾

(2) 사례 분석

현재 주택임대차보호법은 계약 직후 1년 이내에는 차임 증액을 청구하지 못한다고 규정하고 있다(제7조 제1항). 이는 계약 기간 중 속수무책으로 계약서를 무시하고 차임을 올리는 임대인을 제재하기 위해 만들어진 법률일 것이나, 현장에서는 1년이 지나면 임대인이 증액을 청구할 수 있는 것으로 과하게 임대인의 입장에서 해석되곤 한다. 이처럼 현장에서 법이 본래의 취지를 잃고 다르게 해석되는 부분에 대해 국토교통부도 보도자료를 통해 사례 ①처럼 사실과 다른 점을 지적하기도 했다. 주택임대차보호법 내에도 ‘임차주택에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 적절하지 아니하게 된 때’에 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 현저한 사정이 있지 않는 한 법원에서도 사유를 쉽게 인정해주지 않는다고 하지만, 전 재산이 보증금으로 잡혀 있고, 집을 바로 구하기가 쉽지 않은 환경에 놓였으며, 이후의 분쟁 상황을 생업과 병행하기 힘든 세입자의 입장에서는 보증금 미반환, 퇴거, 분

30) 국토교통부, 서울 2곳·경기 2곳에 「임대차 민원」 방문 상담소를 개설합니다, (2020. 8. 23.)
https://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtl.jsp?cmspage=1&id=95084346

쟁에 대한 두려움으로 법원에 이르기도 전에 임대인의 입장을 일방적으로 수용할 수밖에 없는 상황이다. 여기서 법 조항이 완전하지 않았다는 것을 깨달을 수 있다. 따라서 세입자에게 ‘합의해주지 않으면 무조건 증액해주지 않아도 된다’, ‘임대인에게 사유를 증명하라고 요구하라’고 세입자에게 책임을 넘기는 대신, 현실에서도 세입자에게 불리하지 않도록 임대인의 증액 청구 행위를 제한하는 조항을 구체적으로 수정해야 할 필요가 있다.

다. 사생활의 평온에 대한 위협

(1) 사례

(가) “집수리를 위해서라는 이유로 임대인이 연락도 하지 않고, 제가 집에 있거나 없거나 관계없이 마스터키를 찍고 집에 들어옵니다. 임대인의 이러한 행위로 스트레스를 받고 있습니다.”³¹⁾

(나) “임대인이 저를 너무 딸같이 편하게 대합니다. 밤늦게 술먹고 전화해서 주정을 부렸습니다. 오전에 자고 있는데 갑자기 주택 수리할 것이 있다며 마스터키로 문을 열고 집에 들어왔습니다.”³²⁾

(2) 사례 분석

임대인이 주택소유주라는 이유로 임대인과 세입자 사이에는 사회적 위계가 존재한다. 이로 인해 임차인에게 부당한 요구를 하는 것이 당연하게 받아들여지고, 주거침입, 사생활 침해 등 범죄까지 저지르는 실정이다. 엄연히 형사처벌을 받을 수 있는 범죄 행위이지만 해당 행위가 범죄라는 인식도 미약하다. 주택에 점유자가 있음에도 불구하고, 원 소유자의 권리를 우선하는 인식 때문이다. 주거기본법, 주택임대차보호법 등 관련 법제도에도 주거지를 기반으로 일어나는 위협과 범죄에 대한 예방 및 대책 규정은 마련되어 있지 않다. 해당 사안들은 형사적으로 처벌할 수 있겠으나 임대인-임차인 관계는 민법적으로 해석되는 경우가 다수이기 때문에 임차인이 임대인을 상대로 형사처벌을 구하는 것은 현실적으로 어려운 실정이다. 권력 관계에서 힘이 약한 행위에 근거가 되어줄 수 있는 제도가 없다면 권리 이념이 현실세계에 반영되기는 어려울 것이다. 따라서 제도적으로도 임대인의 이와 같은 불법행위를 막을 수 있는 방법이 강구되어야 할 것이다.

31) 민달팽이유니온 주거 상담(2021. 10.)

32) 민달팽이유니온, 민달팽이유니온 청년 주거 문제 분석 및 정책 제안 결과보고서, 2022, 29면

라. 계약서 특약

(1) 사례

(가) “1억대 전세 계약을 맺고 100만 원대 계약금을 넣어둔 집이 있습니다. 특약사항에는 전세대출이 나오지 않을 경우 가계약금을 돌려준다는 내용이 있습니다. 은행에서 가심사를 받았는데 은행원으로부터 깡통전세로 보이니 계약하지 않는 것을 권장한다는 말을 들었고, 대출 또한 반려되었습니다. 공인중개사에게 이를 안내하니 ○○은행은 100% 가능하니 거기서 하라는 답변을 들었습니다. 깡통전세라는 말을 들은 이상 계약을 해지하고 싶지만, 그럴 수 없는 상황입니다. 광고 당시에는 1000만 원만 있으면 입주가 가능하다고 홍보해서 계약하게 된 것인데 실제로는 그렇지 않습니다.”³³⁾

(나) “계약 전 중개사로부터 입주 전 공사가 있다는 설명을 들었습니다. 입주 전 임대인에게 공사 상황을 질문했는데 시공업자를 만나보라고 해서 만났더니, 수리 사항과 관계없는 페인트칠만 하고, 화장실은 타일 수리가 아닌 청소만 하고, 깨진 창문은 유리값이 비싸니 그냥 살라고 합니다. 임대인은 특약 사항에도 없고, 자신은 수리를 약속한 적 없다고 발뺌합니다. 중개사에게 화를 내고 제 연락도 받지 않습니다.”³⁴⁾

(다) “법인과 임대차계약을 하게 되었습니다. 계약서에 보증보험을 들지 않겠다는 특약조항이 있어 걱정됩니다. 임차인의 동의를 받으면 최우선변제금액 이내 보증보험 면제가 가능하다는 것을 이용하려는 것 같습니다. 지금이라도 계약을 해지하고 계약금을 돌려받을 수 있을까요?”³⁵⁾

(2) 사례 분석

세입자에게 계약서 특약은 양날의 검이다. 아무리 내가 원하는 권리 보호를 계약서 별도 특약으로 작성해도, 특약사항은 그 자체로 강제력을 가질 순 없다. 임대인이 특약사항을 이행하지 않는다면 실제 효력은 법적 다툼의 근거로 활용되는 수준에 그친다. 예를 들어 선순위 근저당 설정을 하지 않겠다는 특약을 임대인이 어긴다고 해도 순위를 뒤집고 세입자가 다시 선순위로 인정받을 수 있는 것은 아니다. 보증보험 가입 의무를 위반한다고 해도 마찬가지이다. 수리수선에 있어서는 사례 (나)처럼 특약에는 기재되지 않았다는 이유로 구두 약속을 뒤집어 버리는 경우도 부지기수다. 임차인이 특약을 통하여 보장받기

33) 민달팽이유니온, 민달팽이유니온 청년 주거 문제 분석 및 정책 제안 결과보고서, 2022, 30면

34) 민달팽이유니온 주거상담(2021. 3.)

35) 민달팽이유니온 주거상담(2021. 11.)

를 희망하는 내용은 특별한 사항이라기보다는 대부분 대항력 확보, 목적물 상태 보장, 보증금 보호 등 임차인의 기본적 권리로 당연히 보장받아야 할 것들이다. 그러나 이러한 부분들이 법령이나 공적 서식에서 많이 다루어지지 않고 있어 임차인은 특약을 넣음으로써 조금이나마 안전장치를 두고자 하는데, 현실에서는 특약 기재를 요청하는 임차인은 공인중개사나 임대인으로부터 유별난 사람이라는 취급을 받고, 특약 기재에 성공하더라도 임대인의 특약 미이행 시 실질적으로 손해배상을 청구하여 배상을 받는 것이 쉽지 않아 강제할 수단이 부족하다. 손해배상 외에 특약 이행을 강제할 법적 규정을 마련하는 것은 현행 법체계상 어려울 수 있더라도, 적어도 사적 영역에서의 특수한 선택의 문제가 아니라 공적 영역에서 보편적으로 보장되어야 할 문제라는 인식이 임대인과 임차인에게 각인될 수 있도록 현재 특약으로 다루어지는 내용들이 임차인이 별도로 기재 및 이행 요구를 하지 않아도 당연히 보편적 계약 내용에 포함될 수 있도록 표준임대차계약서 사용을 강제할 필요가 있다.

마. 주택임대차분쟁조정위의 실효성

(1) 사례

(가) “전세로 1년째 거주하고 있습니다. 거실천장에서 물이 새고 있는데 보수가 제대로 되지 않고 있습니다. 공사장 같은 집에서 수 개월을 살며, 수시로 떨어지는 물방울/빗방울에 정상적인 주거를 지속할 수 없습니다. 동시에, 공사 상태 확인을 위해 임대인, 윗집 세입자, 여러 업자 등이 돌아가며 수시로 방문하고 있습니다. 가족 없이 혼자 사는 저에게는 큰 불편이자 불안입니다. 이에 임대차계약 해지 및 피해보상을 임대인에게 요구하였으나 ‘수리를 해주고 있기 때문에 잘못이 없다. 이사를 가고 싶으면 부동산에 연락해서 알아서 처리해라’는 대답만 돌아왔습니다. 법률자문 결과로도 해지가 어렵다는 답변을 들었습니다. 임대인과의 합의를 위해 ‘주택임대차분쟁조정위원회’를 열기위한 신청을 했습니다. 임대인은 ‘임차인이 집도 안 보여주고 공사에도 비협조해서 조정에 불응한다’고 답변서를 보내 결국 조정은 각하되었습니다.”³⁶⁾

(2) 사례 분석

어려움과 분쟁상황을 임차인은 조정 등의 도움을 받을 생각을 하기보다는 어떻게든 스스로 해결해보려고 한다. 그 이유 중 하나로 주택임대차분쟁조정위원회의 실효성 부족을 들 수 있다. 가장 큰 문제는 임대인이 조정에 불응하면 손쉽게 각하된다는 것에 있다. 제기를 해도 아무 소용이 없는 것이다. 만일

36) 민달팽이유니온 주거상담(2020. 09)

임대인이 조정에 응해 위원회가 열린다 하더라도 세입자가 겪는 상황의 불합리함에 초점을 맞춰 조정이 전개되기보다는, 세입자와 임대인 간의 갈등을 조정하는 것에 초점이 맞춰져 있기 때문에, 세입자가 요구하는 내용의 정당성과 별개로 '중간 지점'에서의 타협을 상정하여 세입자가 어느 정도 양보하고 이해할 것이 전제되어 있다. 세입자 입장에서는 '지고 들어가는 싸움'이라고 인식할 가능성이 농후하다. 따라서 구체적이고 공공성에 입각한 분쟁해결 기준을 마련하고 이에 근거해 조정 과정을 이행할 수 있도록 제도 개선이 필요하다.

4 계약 만료 시에 발생하는 문제

가. 보증금 미반환 관행

(1) 일반적인 보증금 미반환

(가) 사례

- ① “임대인은 1억 중반 대의 보증금 중 계약만료 이후 천만 원이 조금 넘는 금액만을 저와의 소통 없이 마음대로 입금하고, 잔금은 주지 않은 채 다음 세입자 이사 전 집수리를 해야 하니 비밀번호를 알려달라고 강요하고 있습니다. 만일 비밀번호를 알려주지 않으면 손해배상청구 및 강제집행을 하겠다고 협박하고 있습니다.”³⁷⁾
- ② “계약 만료 3개월 전 문자와 통화로 임대인에게 계약 연장 의사 없음을 전달했습니다. 임대인은 새로운 세입자가 기한 내 들어오지 않으면 보증금을 줄 수 없다고 했습니다.”³⁸⁾
- ③ “계약 만료 한 달 전 임대인에게 갹신 의사 없음을 통보하고 내용증명도 보냈습니다. 그러나 임대인은 새로운 세입자에게 받은 계약금만큼만 저에게 반환하고 남은 금액은 새로운 세입자에게 받을 때까지 주지 못한다고 버티고 있습니다.”³⁹⁾

37) 민달팽이유니온 주거상담(2018. 04)

38) 민달팽이유니온 주거상담(2021. 11)

39) 민달팽이유니온 주거상담(2018. 05)

(나) 사례 분석

전세사기·깡통전세의 심각성은 이제 대중적으로 인식되게 되었다. 그러나 본격적인 전세사기 국면 이전부터 민간임대차시장에는 무작정 세입자의 보증금을 반환하지 않거나 다음 세입자의 보증금으로 돌려막기 하는 현상이 관행으로 자리잡고 있었다. 임대인들은 보증금을 반환해야 하는 계약 만료 시기에 세입자의 연락에 묵묵부답으로 응하거나, 다음 세입자를 구하는 것은 임대인의 몫에도 불구하고, 보증금을 인질 삼아 현 세입자에게 다음 세입자를 구해오도록 하고 있다. 그렇게 들어온 다음 세입자의 보증금으로 현 세입자의 보증금을 반환하며 마치 ‘돌려막기’처럼 세입자의 보증금을 보증금으로 메우는 형국이다.

(2) 전세사기·깡통주택

(가) 사례

- ① “공인중개사로부터 임대인이 바뀌었으니 보증보험에 임대인 변경신청을 하라며 새 임대인의 신상 정보를 전달받게 되었습니다. 전달받은 연락처로 연락을 해보니 또 다른 부동산의 직원 번호였습니다. 부동산에게 이 상황을 이야기하니 알아보겠다고만 하고 아무런 연락이 없습니다.”⁴⁰⁾
- ② “전세집에 살다가 부동산으로부터 집주인이 바뀌었는데, 바뀐 집주인이 대출을 받으려고 하니 빨리 이사하지 않으면 만료일에 보증금을 못 받을 수도 있다는 연락을 받았습니다. 알고 보니 집주인은 1억 원 가량의 미납세금도 있었습니다.”⁴¹⁾
- ③ 무자본 갭투자 방식으로 사회초년생 149명에게 183억 원에 달하는 전세 보증금을 가로챈 혐의로 40대 사기범이 재판을 받는 가운데 관련 피해자가 더 늘었다. 부산지법 동부지원 형사4단독(이범용 부장판사)은 29일 사기, 사문서위조 동행사 혐의로 기소된 A씨에 대한 공판기일에서 추가 기소건을 병합하기 위해 속행한다고 밝혔다. 검찰에 따르면 A씨는 2021년 5월 7일 한 법인 사무실에서 깡통전세로 임대차 보증금을 제대로 돌려줄 수 없음에도 보증금 명목으로 총 9억 8000만 원을 편취한 혐의로 추가 기소됐다. A씨는 2019년 9월부터 2023년 8월까지 149명으로부터 임대차 보증금 명목으로 183억 6550만 원을 편취했다는 혐의 외 범행 사실이 추가로 드러난 것이다.⁴²⁾

40) 민달팽이유니온 주거상담(2021. 11).

41) 민달팽이유니온 주거상담(2021. 09).

42) 조아서, 부산 183억원 깡통전세 사기 피해 늘어...9억원대 사건 병합, 뉴스1, <https://www.news1.kr/articles/5430799>, (2024. 05. 29. 13:52:00)

(나) 사례 분석

일상적인 보증금 미반환 사고는 민간주택임대차시장에서 일상 내지 관행처럼 자리잡은 일이었으나, 기준금리가 인상된 2021년을 기점으로 그동안 전세 자금 대출, 주택 구입 자금 대출 등 부채를 통해 부풀려왔던 주택 가격과 전월세 가격 상승이 급격한 변화를 맞게 되었다. 이로 인해 소위 전국에 ‘전세사기’ 즉 보증금 미반환 위험전세가 폭발적으로 증가했다고 보고되고 있다.

민달팽이유니온은 2022년 8월 ‘보증금 먹튀 국회 토론회’를 개최해 전세 보증금 반환보증 사고를 비롯한 세입자 보증금 미반환 사례의 심각성을 알리고자 했다. 해당 토론회에서는 크게 두 가지의 문제가 공통적으로 제기되었는데, 전세사기를 ‘사기 행위’로 부르는 만큼 주택임대차시장의 관행을 타고 리베이트를 나눠먹으며 조직적으로 세입자의 보증금을 편취해왔던 건축주-공인중개사-분양대행사-주택관리사 카르텔에 대한 지적과, 보증금이 매매가에 육박하게 설정되어도 어떠한 제재도 없이 대출과 보증보험 가입이 수월했던 ‘전세’라는 제도의 구조 자체에 대한 것이었다. 이러한 구조에서는 대출 대상이 되는 물건과 소유자에 대한 검증 없이 임차인의 신용만 검증하는 은행의 전세대출 방법과 소위 ‘업 감정’으로 불리는 감정이 부풀리기에 가담한 감정평가사도 책임을 피할 수 없다. 또 정부와 지자체 세입자의 알권리와 허술한 실거래가 시스템을 방치하고 불법 공인중개 행위를 묵인하거나 소극 행정으로 대처하는 등 임대차계약 및 중개시장을 제대로 돌보지 않은 책임을 피할 수 없다.

전세사기 피해 세입자들의 싸움은 현재 진행형이다. 세입자들이 잃은 보증금을 보전하기 위한 방안 마련과 더불어 구조적으로 더 이상의 보증금 미반환 사고가 일어나지 않도록 예방하는 노력이 절실하다. 정부는 더 이상 ‘임대차 3법’을 둘러싼 실제 없는 싸움에 골몰하는 것이 아닌, 주택 세입자들이 처한 현실과 구조를 제대로 들여다봐야만 할 것이다.

(3) 보증금 미반환 시 이용가능한 법적 절차 미비

(가) 사례

- ① “임차권등기명령을 신청하고 집에서 짐을 전부 뺐습니다. 하염없이 기다리고만 있는데 7개월 뒤에 집을 인수했다는 사람이 나타나 보증금 반환 요청서를 보내주면 보증금을 돌려주겠다고 하는데 곧바로 이메일로 보냈지만 또 감감무소식입니다.”⁴³⁾

43) 민달팽이유니온 주거상담(2020. 11).

② “임차권등기명령까지 신청했지만 임대인은 보증금 돌려주기를 차일피일 미루면서 너가 하고 싶은 대로 하라고 합니다.”⁴⁴⁾

③ A씨 등은 2018년 10월 보증금을 돌려받지 못한 임차인들이 임차권 등기를 설정하자 이를 말소해 주면 새 임차인을 구해 보증금을 돌려주겠다고 한 뒤 말소된 이후에도 이를 돌려주지 않은 혐의로 기소됐다.⁴⁵⁾

(나) 사례 분석

임대차계약의 종료 후 보증금을 반환받지 못했을 때, 세입자는 계약 만료 이후로도 보증금 반환을 주장하기 위해 대항력을 유지해야 한다. 이 때 목적물에서 퇴거하거나 다른 주거지에 전입신고를 할 경우 대항력이 소멸되므로, ‘임차권등기명령’ 제도를 통해 대항력을 연장한다. 그러나 임차권등기명령 제도에 대한 사전 안내 미비로 세입자들은 임차권등기명령에 대해 잘 알지 못하거나, 알고도 바로 제도를 이용하기가 어려웠고, 이용한다고 하더라도 실익으로 바로 이어지지 못하는 문제가 있었다. 무엇보다 임차권 등기가 완료되기 위해서는 임대인 송달이 필수 요건이었다. 작년에서야 주택임대차보호법이 개정되어 임대인에게 법원의 임차권등기명령 결정이 고지되기 이전이더라도 임차권 등기가 가능하게 된 변화가 있었다.

그러나 이외의 보증금 안전장치가 미비한 상황에서 주택임대차보호법상 임차권등기명령 제도는 여전히 임대인에게 내용증명보다 약간 더 강한 압박적 수단, 임차인의 대항력 연장에 불과하다. 임차권 등기만으로는 보증금 반환을 강제할 수 없기에 임차인들은 오히려 공인중개사나 임대인으로부터 “임차권을 설정하면 다음 세입자가 들어올 수 없으니, 설정하지 않는 것이 보증금을 더 빨리 돌려받는 길이다”는 적반하장의 말을 듣게 되는 실정이다.

(4) 보증금 미반환으로 인한 2차 피해

(가) 사례

① “경매로 인해 전세금 일부를 받지 못해서 4년을 기다렸습니다. 경락인은 저희가 퇴거할 당시 멸정

44) 민달팽이유니온 주거상담(2021. 03).

45) 이준영, “임차권 등기 말소하면 돈 돌려줄게”…김해 전세사기 일당 실행, 연합뉴스, <https://n.news.naver.com/article/001/0014407258?sid=102>, (2023.12.23, 09:02:00)

했던 싱크대와 신발장을 부수고 나왔다며 명도 확인서를 주지 않겠다고 합니다. 하지도 않은 파손이 있다고 하니, 직접 확인해보고 싶어도 비밀번호를 바꿔서 들어가보지도 못하고 있는 상황입니다.”⁴⁶⁾

- ② 전세사기 피해자의 주거 안정을 위해 경매 절차를 일정 기간 유예해달라는 당국의 요청에도 불구하고, 일부 영세 매입추심업체(NPL)는 전세사기 피해 물건에 대한 경매를 계속 진행해 피해자들을 불안에 떨게 하고 있다. (중략) 만약 경매가 낙찰될 경우 전세사기 피해자들은 현재 거주 중인 주택에서 쫓겨나는 상황이 발생할 수도 있다.⁴⁷⁾

- ③ “낙찰가격이 정해지면 세입자가 먼저 살 수 있는데요. 전세사기 피해자 입장에선 경매에서 계속 유찰이 되고, 3차나 4차에서 낙찰가가 정해져야 그나마 손실을 줄일 여지가 생깁니다. 그러려면, 사람들이 전세사기 피해자의 집은 입찰을 피해줘야 합니다. 요즘 중국인들이 매수를 많이 한다고 해요. 경매에 나서지 말아달라고 간절히 부탁드립니다 싶어요. 오죽하면 경매 장사꾼에게 낙찰될 경우 집 안을 다 부숴버리겠다고 울부짖겠어요.”⁴⁸⁾

- ④ 경기 파주시의 한 다세대주택에 거주하는 A씨. 지난달부터 심각해진 악취에 아랫집을 확인했더니 현관문 밖으로 물이 흘러나오고 있는 것을 발견했습니다. [A씨/피해 주민: 계단으로도 (물이) 막 떨어져 있고, 그리고 계단 벽 있는 곳도 침수 흔적이 있고.] 경찰에 신고해 아랫집에 들어가 보니 텅 빈 집안은 곳곳이 침수돼 있고 곰팡이로 뒤덮여 있었습니다. 집주인이 전세보증금을 돌려주지 않고 잠적한 전세사기 의심 세대로, 세입자는 지난해 초 이사 간 상태였습니다. 그런데 방치된 사이 배관에 문제가 생기면서 위층에서 내려오는 물이 집안으로 넘친 겁니다. A씨는 등기부등본에 적힌 집주인 주소로 보수 공사를 해달라는 내용증명까지 보냈지만, 실제로 거주하지 않는다며 반송됐습니다.⁴⁹⁾

46) 민달팽이유니온 주거 상담(2021. 10.).

47) 서상혁, 전세사기 주택 400여채 추심업체로 넘어가…“경매 막기 어려워”, 뉴스1, <https://www.news1.kr/articles/5023206>, (2023.04.21. 13:49:00)

48) 정남구, “전세사기 피해자의 집, 경매 장사 피해주세요. 제발!”, 한겨레신문, https://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/1127575.html, (2024. 02. 07. 19:47:00)

49) 박재연, “웬 악취?” 빈집서 물 줄줄…주인 잠적한 주택은 어쩌나, SBS, https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1007653676&plink=ORI&cooper=NAVER&link=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND, (2024.05.20. 23:30:00)

(나) 사례 분석

전세사기 문제는 보증금 미반환 뿐 아니라 파생되는 2차 피해로 세입자를 위협하고 있다. 가장 시급한 문제는 바로 경매 후 강제퇴거다. 경매 절차가 끝나고 집이 매각되고 나면 세입자는 갈 곳이 없다. 특별법이 있다 하더라도 이렇다 할 지원을 이용할 수 없는 세입자의 경우에는, 상황이 종료되기까지 경매가 중단되지 않는다는 것은 서서히 퇴거당하는 것과 매한가지인 조치로 받아들일 수밖에 없다. 우선 매수권을 쓸 수 있는 피해자도 있지만 피해자가 잃어버린 보증금과 비교해 손실을 줄이기 위해서는 경매가 계속 유찰되어야만 한다. 그러나 경매꾼들이 피해 주택의 경매에 뛰어드는 행위는 제재 없이 가능하기 때문에, 피해자는 또 전전긍긍하는 상황에 놓인다.

한편 전세사기 피해 주택이 된 건물은 주택을 관리할 책임이 있는 임대인이 공백인 상황이다. 이로 인해 피해 주택의 시설관리는 방치된 상태로, 해당 주택에 계속 거주할 수밖에 없는 세입자들은 단전, 누수, 건물 균열, 승강기 등 공용시설물 관리 미비 등으로 이중고를 겪는 상황이다. 피해주택 관리감독 강화 내용이 포함됐던 전세사기특별법 개정안에 대해 대통령이 거부권을 행사하면서 당장 피해자들의 일상을 구제할 방안이 또 미뤄졌다. 지자체 조례 등으로 피해주택 관리에 관한 상세한 지침 마련과 보수, 수리가 긴급히 요구되는 주택에 대해서는 조항 마련 이전에 지원 실행이 요구되는 상황이다.

나. 그 외 분쟁

(1) 사례

- ① “월세 계약 만기날, 임대인이 벽지에 파손된 부분이 있다며 원상복구를 요구하며 보증금에서 일정액을 빼고 돌려줬습니다. 부모님이 따지니 반반 양보하자며 그중 절반을 사전에 상의하지도 않고 통장으로 보냈습니다.”⁵⁰⁾
- ② “전 집주인이 보증금을 돌려줄 수 없다고 버텨서 계약 만료 후 한달 지난 시점에 보증금을 돌려받기로 했습니다. 임대인은 벽지가 손상되었다고 원상복구 비용 공제 후 지급하겠다고 합니다.”⁵¹⁾
- ③ “입주 날 짐을 옮기고 보니 집이 너무 더러웠습니다. 침대 밑은 거미줄 투성이에 가구 뒤와 서랍장에 곰팡이와 벌레 사체가 가득했습니다. 임대인에게 문의하니 이정도면 살만한데 간간하게 군다고

50) 민달팽이유니온 주거 상담(2020. 10)

51) 민달팽이유니온 주거 상담(2020. 07)

했습니다.”⁵²⁾

(2) 사례 분석

청소비 특약, 보증금 반환 시 원상복구 비용을 이유로 일부 미반환 등은 관행으로 자리잡은 부분이지만 입주 전 임대인의 청소 의무, 청소비 사용 내역 공개 의무는 제도적으로 명시되어 있지 않다. 이는 퇴거 시 원상복구 관련 임대인과 임차인 갈등, 보증금 일부 미반환 문제로까지 이어지고 있다. 해당 문제는 중개대상물확인설명서 설명 의무, 입주시 상호 시설물 확인 절차와도 연관이 있다. 계약 당시 목적물 확인 절차가 객관적이지 않기 때문에 제대로 된 상호 합의가 이뤄지지 않고, 이를 바탕으로 주먹구구식으로 계약 만료 시 원상복구를 요구받게 되는 것이다.

5 계약 연장 시에 발생하는 문제

가. 계약 연장 시 세입자가 겪는 어려움

(1) 계약갱신청구권에 관한 문제

(가) 사례

- ① “임대차 계약 만료 전 임대인의 전월세전환 요구를 거절하고, 현행보다 보증금을 5% 올리는 선에서 계약갱신청구권을 사용하겠다고 한 상태입니다. 그러나 임대인은 “법인 사무실로 쓸 수 있다”고 주장하며 받아들이지 않고 있습니다. 전세 대출을 연장하려면 임대인 서명이 있는 갱신계약서가 필요한 상황이라 계약서를 안 써줄까 봐 걱정이 됩니다.”⁵³⁾
- ② 원고가 이 사건 아파트에 실제 거주한다는 이유로 피고들의 갱신요구를 거절하려면 그에 대한 증명책임을 부담하므로 실제 거주한다는 의사가 가공된 것이 아니라 진정하다는 것을 통상적으로 수증할 수 있을 정도의 사정을 주장·증명할 필요가 있다. 그러나 위와 같은 사정을 보면 원고가 드는 사정만으로는 원고나 원고 부모가 이 사건 아파트에 실제 거주하려는 의사가 가공된 것이 아니라 는 것을 통상적으로 수증할 수 있을 정도라고 인정하기에는 의문의 여지가 있다. 따라서 원심으로

52) 민달팽이유니온 주거 상담(2018. 05)

53) 민달팽이유니온 주거 상담(2021. 04.)

서는 위와 같은 사정뿐만 아니라 원고나 원고 부모가 이 사건 아파트에 실제 거주하려는 의사에 관한 다른 사정이 있는지 등 앞서 본 사정을 종합하여 심리함으로써 원고나 원고 부모의 실제 거주하려는 의사가 가공된 것이 아니라는 것을 통상적으로 수증할 수 있는 것인지 판단하였어야 했다. 그런데도 원심은 이러한 사정을 충분히 심리하지 아니한 채 원고의 실제 거주 의사에 개연성이 있고 그러한 의사와 명백하게 모순되는 행위를 찾을 수 없다는 이유로 원고의 갱신거절이 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호의 증명 책임 등에 관한 법리를 오해함으로써 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.⁵⁴⁾

(나) 사례 분석

주택임대차보호법이 규정하는 계약갱신청구권은 몇 가지 거절 사유를 인정하고 있다. 가장 대표적인 것이 ‘임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우’이다. 해당 사유는 임대차보호법이 도입되기 전부터 악용의 우려가 있었으며 도입 이후 차임 증액 청구 상한 제도를 회피하기 위한 용도로 악용돼 왔다. 그간 하급심 판결에서도 임대인이 실거주 예정을 입증할 객관적 자료를 제시하지 않아도 갱신요구를 거절할 수 있다고 판결해 왔으나 지난 2023년 12월 7일 대법원이 사례 ②에 대해 임대인의 갱신 거절이 적법하다고 판단한 원심판결을 파기·환송함으로써 실거주 사유의 입증 책임은 임대인에게 있음을 명확하게 밝혔다. 기존의 제도는 임대인은 실거주 의사 개연성만으로 실거주 사유를 들어 계약갱신을 거절할 수 있었고, 이것이 허위 사실로 밝혀질 경우 임차인에게 손해를 배상하게 하는 정도에 머물러 사실상 임차인의 정주에 큰 실익이 없다고 해석할 수 있었다. 그러나 이번 대법원 판례는 임차인의 정주에 보다 보탬이 되는 방향이라고 해석할 수 있다.

다만 과제로 지적할 것은, 해당 해석이 판례로만 머무르는 것이 아니라 추후의 분쟁을 예방하기 위해 서 판례가 확인한 법리를 법문에도 반영하여 보다 명확히 정리하고, 이와 같은 변화가 더 많은 세입자와 임대인에게 널리 알려져야 할 필요가 있다는 것이다.

54) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2022다279795 판결.

(2) 계약 기간 및 주거비 증액 청구 문제

(가) 사례

- ① “계약 만료가 다가와서, 임대인에게 1년만 재계약이 가능할지 물어봤는데, 재계약 기간은 무조건 2년이어야 하고, 재계약 시 보증금을 1천만 원을 올려달라고 합니다. 옆집의 소음이 심각해서 다른 집으로 이사하고 싶지만, 이사에도 돈이 드니 소음을 좀 참고 사는 것이 나을 것 같아서 그냥 보증금을 올리고 계속 살겠다고 전할 수밖에 없었습니다.”⁵⁵⁾
- ② “월세 재계약을 하려는데, 임대인이 월세는 5%를 올렸지만 관리비는 2배를 올린다고 요구했습니다. 제가 관리비를 올리지 않아 임대인이 재계약을 거부하면 어떻게 해야 하나요?”⁵⁶⁾
- ③ “연장 계약을 하려고 하니 임대인이 제가 사는 집에 비해 주변 시세가 너무 올랐으니 관리비를 포함해 차임을 20만 원 가까이 올리겠다고 합니다. 전월세 상한제가 있어서 5%를 넘길 수 없다고 말하니 그러면 법대로 하자며 보증금 5%, 월세 5%에 관리비까지 인상하겠다고 합니다. 지금 사는 집에서는 제대로 된 관리를 받아본 적도 없습니다. 터무니없이 많은 돈을 내면서 사는 것이 맞나요?”⁵⁷⁾
- ④ “임대인과 서로 연락 없이 계약기간 2년 날짜를 넘겼습니다. 묵시적갱신으로 2년 더 살 수 있을 거라고 생각했는데, 갑자기 임대인이 계약 만료일 이후에 연락 와서 계속 살고 싶으면 전세 보증금을 다른 호실의 보증금에 맞춰 5천만 원으로 올려야 한다고 요구했습니다. 지금 보증금은 그 절반입니다. 법적으로 묵시적 갱신을 보장하기 때문에 그렇게는 못한다고 하니 그러면 대신 월세를 내라고 합니다. 저와 임대인 모두 계약해지기간을 아무 말 없이 넘겼는데, 임대인의 요구를 그냥 거절해도 되나요?”⁵⁸⁾
- ⑤ “1년만 계약을 했는데, 1년 더 살고 싶습니다. 그런데 계약서 특약에는 계약만료일 2개월 전 임대인에게 재계약 유무를 통보하라고 되어 있어요. 묵시적 갱신을 인정하지 않는다는 의미일까요?”⁵⁹⁾

55) 민달팽이유니온 주거 상담(2018. 05)

56) 민달팽이유니온 주거 상담(2020. 08)

57) 민달팽이유니온 주거 상담(2021. 03)

58) 민달팽이유니온 주거 상담(2021. 04)

59) 민달팽이유니온 주거 상담(2021. 11)

(나) 사례 분석

2020년, 31년만의 주택임대차보호법의 개정으로 1회의 계약갱신요구권과 갱신 시 차임 증액 청구의 제한이 도입되었다. 이로서 재계약 시 임대인은 약정한 차임이나 보증금의 20분의 1을 초과하는 금액을 요구하지 못하게 되었다.

사례 ①은 증액 청구 제한 도입 이전의 사례로, 1천만 원에 달하는 비인간적인 금액을 재계약 조건으로 제시하고 있다. 심지어 임차인은 소음 문제를 호소하고 있는데, 여기에서 주택 설비나 관리 역시 미흡한 문제까지 읽어낼 수 있다.

사례 ②는 증액 청구 제한이 도입된 직후의 사례이다. 이 사례의 임대인의 경우 변동된 증액 상한제에 대해 인지하고 있지만 제도 개선이 무의미하게 관리비의 증액을 요구하고 있다.

사례 ③ 역시 제도 개선이 무색하게 흔히 ‘원룸’으로 대표되는 공동주택 의무관리대상이 아닌 주택 및 오피스텔의 경우 관리에 관한 법이나 제도가 비어있다. 관리비 역시 차임과 더불어 주거비의 구성요소이지만 법적으로 인정되지 않기 때문에 이를 이용해서 관리비를 월차임에 육박하게 인상해 차임 상한제도를 회피하는 사례들이 언론을 통해서도 다수 보고되고 있다. 힘들게 개선한 제도가 무용해지는 지점이다. 제도 개선은 순차적 도입보다 제도끼리의 빈틈을 보완해 줄 패키지 도입이 더 필요한 이유다.

사례 ④는 묵시적 갱신의 인지에 대한 사례이다. 현행 주택임대차보호법 제6조는 ‘임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절(更新拒絶)의 통지를 하지 아니하거나 계약조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 임대인이 임대차기간이 끝나기 2개월 전까지 통지하지 아니한 경우에도 또한 같다’고 규정하고 있다. 그러나 묵시적갱신에 대해 임대인이 제대로 인지하고 있지 못한 경우, 위 사례처럼 보증금 또는 차임의 증액을 무기 삼아 이미 있는 제도도 유명무실로 만드는 경우들이 있다. 사례와 같은 임대인의 주장은 분명히 위법한 주장이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이때 임차인이 신고할 수 있는 경로나 제도가 마련되어 있지 않기 때문에 울며 겨자 먹기로 임대인과 협상을 진행하거나 임대인의 뜻을 따를 수 밖에 없거나 정주를 보장받지 못하고 이사를 가야만 하는 상황에 처하게 된다.

사례 ⑤는 계약서 특약으로 인해 2년 미만 계약과 묵시적갱신에 혼동이 발생한 사례이다. 현행 주택임대차보호법 제4조는 기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 보며

다만 임차인은 2년 미만의 기간이 유효함을 주장할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따르면 2년 미만의 계약을 진행한 임차인은 언제든지 원한다면 자신의 거주 기간을 2년까지 주장할 수 있는 것으로 보인다. 그러나 이러한 법조항에 대한 임대인의 인지 결여, 묵시적갱신 제도와 맞물리는 문제 등으로 현실에서 임차인이 적극적으로 법에 근거한 권리를 주장하고 이용하기란 쉽지 않다. 예를 들어 1년 계약 후 2년까지 거주를 주장하는 경우에는 계약 개시 이후 짝수 해마다 묵시적 갱신을 주장할 수 있다고 보는 해석이 일반적이나, 일반적으로 임차인이 해당 법조항들만 읽어서는 이와 같은 사실을 법률 해석 자문 없이 곧바로 인지하기가 어렵다. 1년 계약이 2년까지 인정받는 것을 묵시적 갱신이 이뤄졌다고 해석하는 사례도 있다. 세입자들을 위한 법 해설 가이드라인도 부재하다 보니, ‘주장할 수 있다’는 조항만으로는 실제 세입자의 일상에 실익을 주기 어렵다.

6 소결

이상으로 임대차계약의 진행 순서에 따라 임차인이 겪는 고충을 사례로 살펴보았다. 어떤 사례는 임차인의 의지로, 혹은 주거 활동가의 동행으로 해결해 냈지만, 대부분의 사례가 현행법 체계에서 크게 이용할 수 있는 여지가 없는 상태로 미완으로 남았다. 모든 세입자들이 공통적으로 겪는 문제는 바로 세입자의 문제를 실질적으로 해결할 방법이 없다는 것이다. 법에 근거해 임차인이 가지고 있는 권리를 아무리 주장해도 임대인이 받아들이지 않으면 그 뿐이다. 임대수익을 극대화하려는 욕구가 임차인의 가장 기본적인 권리마저 위협하는 것에 대한 실질적인 제재 수단이 부재하다. 사후 조치도 부족하지만, 애초에 임차인의 안정된 주거를 보장하거나, 분쟁이나 피해를 막기 위한 예방조치도 전체적으로 미흡하다. 세입자의 수가 주택소유자보다 절대적으로 더 많은 나라임에도 주택임대차 계약기간이 겨우 2년에서 31년 만에 2년을 한 번 더 청구할 수 있게 된 것만 봐도 알 수 있다. 그러나 인간의 가장 기본권인 주거권을 위협받는 세입자의 문제는 구조적인 문제로, 언제까지 개인이 법령을 해석하고 임대인과 대치하며 해결할 수 있는 문제가 아니다. 체계부터 다른 법제도, 문제를 사전에 예방하는 구체적인 시행 가이드라인이 필요하다.

V. 주택 세입자 보호에 관한 각국의 법제도

앞서 주택 임대차 계약에서 세입자가 겪는 부담함은 구조적인 문제라는 점을 알 수 있었다. 본 장에서는 해외의 법제도를 통해 세입자의 권리를 어떤 방식으로 보호하고 있는지 살펴봄으로써 해결 방안을 모색해보고자 한다.

각국의 법제도를 검토하기 전에, 해외에서 주거권을 어떤 법에서 어떻게 명시하고 있는지 살펴보았다. 독일은 주거권을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만 임차인이 주택을 점유할 권리를 임대인의 주택 소유권과 대등하게 재산권으로서 보장한다. 프랑스는 1946년 10월 27일 헌법 전문 제10-11문단에서 “국가는 개인과 가정에 자산들을 개발하는 것에 필요로 하는 조건들을 보장하여야 한다.”, “국가는 특히 어린이, 부녀, 노인노동자들에 건강보호 물질적 안전, 휴식과 여가를 보장하여야 한다. 연령이나 육체적 혹은 정신적 상태, 경제적 상황을 이유로 노동을 할 수 없는 모든 인간은 살아갈 수 있는 적절한 수단을 집단으로부터 얻을 수 있는 권리를 가지고 있다.”라고 규정함으로써 주거권을 명시하고 있다. 프랑스는 주택임대차에 일반적으로 적용되는 특별법을 1980년대에 3차례 공포하였는데, 그 중에서 1989년법은 제1조 제1항에 주거권이 기본권이라는 점을 명시하였다.⁶⁰⁾

아래에서는 해외에서 세입자 보호를 위하여 어떤 법제도를 시행하고 있는지에 대하여 거주 적합성, 거주 안정성, 비용 적절성의 세 가지 범주로 구분하여 살펴보고자 한다. 특히 독일, 프랑스, 미국의 사례를 중점적으로 살펴보았다. 미국의 경우 임대인과 임차인의 관계는 기본적으로 계약법과 재산법에 기초하여 설정되고 각 당사자의 구체적인 권리와 의무는 주마다 서로 다른 임대차 규정에 따르고 있는데, 대도시인 뉴욕주를 중점적으로 살펴보았다.

60) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 1 Le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.

1 거주 적합성

가. 양질의 주거를 제공할 임대인의 의무 명시

(1) 프랑스

프랑스는 주택 임대차에서 당사자들의 의무에 대하여 명시하면서, 임대인의 의무 중 하나로 임대 부동산이 양질의 주거여야 하고 임차인의 신체적 안전이나 건강에 해를 끼칠 수 있는 명백한 위험을 나타내지 않아야 한다고 명시하고 있다(제6조).⁶¹⁾

주택임대차법 제6조에 따라 임차주거의 요건이 충족되지 않을 경우에 임차인은 주택의 소유자인 임대인에게 주거의 적합성을 갖추어 줄 것을 요구할 수 있는데, 이는 계약의 유효성에는 영향을 미치지 않는다. 당사자가 합의에 도달하지 못하거나 임대인이 2개월 내로 응답하지 않을 경우, 해당 사안은 조정위원회에 회부될 수 있다(제20조).⁶²⁾

Article 6	제6조
Le bailleur est obligé :	임대인은 다음과 같은 의무가 있습니다:
a) De délivrer au locataire le logement en bon état d'usage et de réparation ainsi que les équipements mentionnés au contrat de location en bon état de fonctionnement ; toutefois, les parties peuvent convenir par une clause expresse des travaux que le locataire exécutera ou fera exécuter et des modalités de leur imputation sur le loyer ; cette clause prévoit la durée de cette	a) 임차인에게 양호한 사용 및 수리 상태의 숙박 시설과 양호한 수리 상태의 임대 계약서에 언급된 장비를 제공할 것. 단, 당사자는 명시적 조항을 통해 임차인이 수행하거나 수행한 작업과 이 작업이 임대료에서 공제되는 조건에 동의할 수 있으며, 이 조항은 이러한 공제 기간과 임차인이 조기 퇴거하는 경우 발생한 비용의 증명을 통해 보상받을 조건을 규정하고, 이러한 조항은 제1항 및 제2항의 적용에서 정의된 특성을 충족하는 숙박시설에만 해당될 수 있음

61) Article 6 Modifié par LOI n°2014-366 du 24 mars 2014 – art. 1Le bailleur est tenu de remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation.

62) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 20-1 Si le logement loué ne satisfait pas aux dispositions des premier et deuxième alinéas de l'article 6, le locataire peut demander au propriétaire sa mise en conformité sans qu'il soit porté atteinte à la validité du contrat en cours. A défaut d'accord entre les parties ou à défaut de réponse du propriétaire dans un délai de deux mois, la commission départementale de conciliation peut être saisie et rendre un avis dans les conditions fixées à l'article 20. La saisine de la commission ou la remise de son avis ne constitue pas un préalable à la saisine du juge par l'une ou l'autre des parties.

Article 6	제6조
<p>imputation et, en cas de départ anticipé du locataire, les modalités de son dédommagement sur justification des dépenses effectuées ; une telle clause ne peut concerner que des logements répondant aux caractéristiques définies en application des premier et deuxième alinéas ;</p> <p>b) D'assurer au locataire la jouissance paisible du logement et, sans préjudice des dispositions de l'article 1721 du code civil, de le garantir des vices ou défauts de nature à y faire obstacle hormis ceux qui, consignés dans l'état des lieux, auraient fait l'objet de la clause expresse mentionnée au a ci-dessus ;</p> <p>c) D'entretenir les locaux en état de servir à l'usage prévu par le contrat et d'y faire toutes les réparations, autres que locatives, nécessaires au maintien en état et à l'entretien normal des locaux loués ;</p> <p>d) De ne pas s'opposer aux aménagements réalisés par le locataire, dès lors que ceux-ci ne constituent pas une transformation de la chose louée.</p>	<p>니다;</p> <p>b) 임차인이 부동산을 평화롭게 즐길 수 있도록 보장하고, 프랑스 민법 제1721조의 규정을 침해하지 않고, 위 a)에 언급된 명시 조항의 대상이 될 수 있었던 비품 목록에 기록된 것을 제외하고, 그러한 향유를 방해할 수 있는 모든 결함이나 결함에 대해 임차인을 보장하기 위해;</p> <p>c) 계약에 명시된 목적에 적합한 상태로 건물을 유지하고 임대 건물을 양호한 상태로 유지하는데 필요한 임대 수리를 제외한 모든 수리를 수행하며 정상적인 유지 관리를 위해 필요한 경우;</p> <p>d) 임차인이 임차 건물을 개조하지 않는 한 임차인의 개선에 이의를 제기하지 않을 권리.</p>

(2) 영국

영국은 건강과 안전에 중대한 위험이 있거나 거주적합성이 유지되지 않은 주택에 대한 임대가 불가능하다.⁶³⁾ 영국은 1985년 최저주거기준이 포함된 주택법(Housing Act) 제정을 통해 비적정 주거에 대처하고자 하였고, 2000년도에는 적정주거기준(Decent Homes Standard)제도를 도입하였다.⁶⁴⁾ 이후 2004년에는 주택법(Housing Act 2004)을 개정하고 2006년부터 주거위생안전평가체제(Housing Health and Safety Rating System, HHRS)를 도입하여 주거의 적정성을 확보하는 정책을 마련하였다.

63) 윤성진·박미선·이길제·유재성·박기덕·조윤지, “불법건축물의 주거용 임대실태와 세입자 취약성 대응 방안”, 국토정책 Brief 제953호, 국토연구원(2024.2.), 제4면.

64) 여경수, “비적정 주거 개선을 위한 법제 연구”, 일감부동산법학 no.26, 건국대학교 법학연구소(2023), 148면.

영국은 2018년 주택임대차법(Landlord and Tenant Act)에서 주거적합성을 위한 주택법의 내용(The Homes Act)을 신설하였는데, 임대인은 주거용 건물에 대하여 주거에 적합하게 수리된 상태, 안정성, 습기 제거, 내부 배선 배열 구조 및 장치의 적정, 자연 채광, 환기, 수도, 하수도, 위생편의시설, 주방시설과 같은 시설을 제공할 의무가 있다고 규정하였다.⁶⁵⁾

(3) 미국

미국은 임대차 주택과 관련하여 소비자법, 민법, 공정주택법과 같은 법률을 통해 주거 적정성을 요구하고 있으며, 일반적으로 판례법과 행정법적 규율이 함께 작동하여 주거적정성을 요구하고 있다.⁶⁶⁾

1972년에 제정된 미국의 통일 주택임대차법에서는 주거의 적정성과 관련하여, 주택 관련 법령들의 준수, 주거에 적합하도록 수리와 그 상태 유지, 공용부분의 청결과 안전 유지, 전기·배관·위생·난방·환기·냉방과 같은 설비의 정상적 작동, 쓰레기 등 처리시설 구비와 조치, 수도와 온수의 항시 공급과 난방 공급 등의 내용이 포함되어 있다.

미국은 법원의 판례를 통해서도 임차인의 주거적정성을 확보하고 있다. 대표적인 법리로는 주거 적합성에 대한 묵시적 보증 법리(Implied Warranty of Habitability)이다.⁶⁷⁾ 이는 임대인이 계약 체결과 더불어 주택의 기본적인 성격인 주거적합성에 대해 보증하였다고 보는 법리로서⁶⁸⁾, 임대인이 임대하는 주거는 온수, 난방 전기, 연기탐지기, 위생시설과 같은 주거의 적정성을 갖추어야 한다는 법리이다.

이처럼 미국은 판례에 의하여 임차인이 임대차 대상인 주택에 대해 적절한 주거환경을 요구할 수 있는 법적인 권리가 있고, 임대인은 적절한 주거를 임차인에게 임차해야 할 의무가 있다.⁶⁹⁾

뉴욕주의 경우, 1867년 임대차주택법을 제정하여 열악한 도시근로자의 주택의 질을 개선하고자 하였고 창문 설치 등의 주택의 물리적인 시설 의무를 규정하였으나 그 실효성과 구체성인 미비한 수준이었다. 1901년 임대차주택법을 통해 주택 시설의 요건을 구체화하였는데, 창문 개수, 높이, 방향 등의 기준을 제시하여 의무화하였으며 이를 기존 건물에 소급 적용함으로써 주택의 품질 제고를 추진하였다.

65) Homes (Fitness for Human Habitation) Act 2018 Chapter 34

66) 여경수, “비적정 주거 개선을 위한 법제 연구”, 일감부동산법학 no.26, 건국대학교 법학연구소(2023), 157면.

67) 여경수, “비적정 주거 개선을 위한 법제 연구”, 일감부동산법학 no.26, 건국대학교 법학연구소(2023), 158면.

68) 김영희, “미국법상 임대차주택의 주거적합성에 관한 연구”, 법사학연구 제57호, 한국법사학회(2018.4.), 370면.

69) 여경수, “비적정 주거 개선을 위한 법제 연구”, 일감부동산법학 no.26, 건국대학교 법학연구소(2023), 158면.

나. 임대인의 임대 주택에 관한 정보 제공 의무

프랑스는 1989년 주택임대차법 제3조 이하에서 임대차 계약을 체결할 때 양 당사자는 표준 계약서를 준수하여 서면으로 계약서를 작성하여야 한다고 규정한다. 그리고 임대차 계약서에는 차임의 액수와 지불방법 및 증감규칙, 이전 임차인이 해당 주택에서 퇴거한 때가 임대차계약 서명일로부터 18개월 이내인 경우 그 임차인이 지급한 최종 차임의 액수와 입금일, 최종 임대차 계약이 종료한 뒤 또는 임대차 계약이 최종 갱신된 뒤 그 주택에서 행해진 공사의 성질과 금액, 보증금을 정한 경우 그 액수에 관한 정보가 기재되어야 한다.⁷⁰⁾ 즉, 임대인은 임대 주택에 관하여 구체적인 정보를 임차인에게 제공할 의무가 있다.

임대차 계약에서 임대인이 필수로 첨부하여야 하는 서류는 다음과 같다.⁷¹⁾

1. 안내문

임차인과 임대인의 권리와 의무에 관한 정보 및 조정방법에 관한 정보, 분쟁을 해결하기 위해 취할 수 있는 수단에 관한 정보를 담은 문서를 첨부함. 임대차 당사자들이 차임의 보편적 보증을 이용할 권리와 의무, 효과에 관한 내용이 기재되어 있어야 함. 안내문의 내용은 임대차협회의 자문을 얻어 주택부의 명령으로 정함.

2. 목적물 상태 보고서⁷²⁾

임차인의 입주 시, 임대인이 임차인에게 목적물 상태 보고서를 교부했다는 것을 전제로 목적물 인도 의무를 이행함. 목적물의 상태보고서는 임대인이 임차인에게 주택의 열쇠를 넘겨 주기 전에 2통을 작성하여 임대인과 임차인이 서명한 다음 임대차 계약서에 첨부하여야 함. 보고서 작성 비용은 당사자들이 공동 부담하며 양 당사자가 참석한 상태에서 작성하여야 하며, 당사자 일방이 협조하지 않은 경우 법원의 집달관이 작성하여야 함.

3. 관리규약 발췌본

임차 주택이 집합건물의 전유부분인 경우 임대인은 집합건물 전유부분과 공용부분의 사용과 의무 등에 관한 관리규약 발췌본을 제공할 의무가 있음.

4. 미 준수시의 제재 내용

임대인과 임차인은 상대방에게 언제든지 계약서의 작성을 요구할 수 있고, 임대차 계약서에 주택 및 기준 차임에 관한 정보, 전 임차인이 지급한 최종 차임에 대한 정보가 없는 경우 임차인은 임대차계약의 효력이 발하는 날로부터 1개월 내에 임대인에게 위 정보를 임대차계약서에 기재할 것을 청구할 수 있다. 임대인이 이에 대해 회신하지 않거나 정보 기재를 거절하는 경우, 임차인은 필요시 관할법원에 위 청구 일로부터 3개월 내에 차임 감액을 청구할 수 있다.

70) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 3

71) 이은희, “프랑스법상 주택임대차에 관한 연구 -2014년에 개정된 1989년법의 내용을 중심으로-”, 『법학연구』 제26권 제1호, 충북대학교 법학연구소(2015), 50면.

72) 비품목록 또는 재고목록(Un état des lieux)이라고 번역할 수 있다. 해당 서류는 1989년 주택임대차법 제3조에 따라 임대차 계약서에 포함하여야 한다고 명시되어 있고, 가구 재고에서부터 온수, 가스, 난방, 전기 계량기 등 세부 항목에 대하여 모두 작성하여야 한다. 이는 임대차 시작과 종료 시에 주택에 관한 상태 및 손상을 비교할 수 있는 특징이 있다.

다. 최저주거기준

(1) 주거품질 규제 및 최저주거기준 관련 유사 해외 법제⁷³⁾

(가) 벨기에

벨기에의 3개 지역 중 하나인 플란데런 지역 의회인 플람스 의회에서는 주택법 제3권 1장 제3.1조 등에서 최저주거기준을 규정하고 있으며, 건축물의 구조적 안정성 및 안전, 건강, 최소 편의성, 최소 단열 기준 등을 충족해야 한다.

벨기에는 주택 조사관이 개별 주택의 주거 품질을 조사하여 주거 품질에 관한 최저 요구 수준을 충족하는지 현장 조사 및 기술보고서를 작성하는데, 위 기술보고서에는 플란데런 지역의 최저주거기준이 명시되어 있다. 주택의 최소 주거 면적과 높이 규제는 독립 주택의 경우 최소 합계 면적은 욕실을 제외한 방은 18㎡, 비독립주거의 방(다른 가구와 주방 및 화장실 등을 공유하는 경우)은 최소 합계 면적이 12㎡여야 한다. 그리고 최소 높이는 220cm이다. 거주면적 당 거주자 수에 관한 기준 역시 독립주거와 비독립주거로 구분하여 마련되어 있다.

플람스 주택법은 위의 기준을 위반한 임대인과 전대인에 대한 형사처벌 규정하고 있으며, 주거 조사관이나 시장 등의 요청에 따라 임대인 등에게 해당 주거를 법률 규정에 맞게 공사하거나 초과 점유를 중단하도록 명할 수 있다.

73) 본 항목은 2021. 6. 23. 최저주거기준 상향 국회 토론회의 자료집의 내용을 참고하여 작성하였다.

(나) 영국

영국은 2004년 주택법에서 지역주택당국에게 주거조건 평가 권한을 부여하고, 주거위생안전평가체제(HHSRS)에 관한 규칙을 시행규칙으로 제정하였다. 그리고 2006년 4월부터 다중주택의 품질기준과 시설의 유지 및 관리에 관하여 임대인의 법률적 의무를 규정하여 시행하였는데, 이 역시 HHSRS의 평가 대상이다. 지방정부는 주택법에 따라 세부기준을 지역의 상황에 맞게 고시하고 5년이 경과하면 허가증에 대한 갱신 및 시설과 안전기준을 충족했는지 여부를 지속적으로 확인하고 있다.

(다) 미국

미국은 주택바우처 지급 대상인 가구가 거주하는 임대주택에 주택 품질 기준(Housing Quality Standards: HQS)을 적용한다. 주택 품질을 13개 항목으로 구분하여 주택바우처의 개시 시점부터 지원 기간 동안에 위 기준을 충족할 수 있도록 하고 있다.

위 HQS는 위생시설, 취사 및 쓰레기 처리, 공간과 안전, 냉난방 환경, 채광과 환기, 구조와 자재, 실내공기의 질, 물 공급, 납성분 페인트, 접근성, 입지와 지역사회, 위생상태, 화재경보기 등의 항목에 구체적인 기준을 설정하였다.

(2) 임대주택 최저 주거 기준: 아일랜드

아일랜드 주택임대차보호위원회는 임대주택이 갖추어야 할 최저주거기준을 법적으로 명문화해서 홈페이지에 공개하고 있다.⁷⁴⁾ 위 기준은 2019년에 개정되었는데, 임대 주택의 구조적 안전성 확보 및 세입자가 직접 조정할 수 있는 적절한 환기와 난방, 자연채광과 적절한 수준의 인공조명, 해충 및 쥐의 서식 예방, 창문 안전장치 높이까지 그 규정을 매우 구체적으로 명시하고 있다.⁷⁵⁾

74) *Minimum Standards Regulations and Fire Safety*, (2024). RTB. June 5, 2024, from <https://www.rtb.ie/registration-and-compliance/rights-and-responsibilities/minimum-standards-regulations-and-fire-safety>

75) 심윤지, 2023. 7. 9. '전세사기' 피하려 골랐는데 '썩은 집'... '집의 품질' 의무는 없다. *경향신문*. https://www.khan.co.kr/economy/real_estate/article/202307092142005

Guide to Minimum Standards for Rented Residential Accommodation

By law, landlords must ensure that their rented properties provide tenants with a safe and healthy environment to live in and comply with the Minimum Standards. Local Authorities are responsible for the enforcement of the regulations. If your property does not comply with these Minimum Standards, as a landlord, you could be prosecuted. New standards came into effect on 1st May 2019 and the information below summarises the Minimum Standards and highlights the new obligations for landlords. Not all standards are applicable to AHBs (housing associations) or local authorities, for further details please contact your local authority.



Source: Housing (Standards for Rented Houses) Regulations 2019.

임대주거용 숙박시설 최저 기준 가이드 (2024년)

법에 따라 임대인은 임대 부동산이 세입자에게 안전하고 건강한 거주 환경을 제공하고 최저기준을 준수하도록 해야 합니다. 이 규정의 집행은 지방 당국이 담당합니다.

숙소가 이러한 최저 기준을 준수하지 않는 경우 임대인은 기소될 수 있습니다. 새로운 기준은 2019년 5월 1일부터 시행되었으며, 아래 정보는 최저 기준을 요약하고 임대인의 새로운 의무를 강조합니다. 모든 기준이 AHB(주택조합) 또는 지역 당국에 적용되는 것은 아니므로 자세한 내용은 해당 지역 당국에 문의하시기 바랍니다.

1. 건물에 습기가 없고 구조적 수리 상태가 양호해야 합니다(시설 내외부).
2. 입주자가 사용할 수 있는 온수 및 냉수가 있어야 합니다. 위생 시설은 집안의 다른 방과 분리되어야 하

- 며, 통풍이 잘되고 작동 상태가 양호하며 안전한 상태여야 합니다.
3. 모든 방에는 적절한 환기 및 난방 시설이 있어야 하며, 세입자가 제어할 수 있어야 합니다.
 4. 10년 미만의 임대 계약의 경우, 가전제품은 양호하고 안전한 작동 상태여야 합니다. 4구 호브, 오븐, 그릴, 냉장고/냉동고, 전자레인지, 안전한 식수, 온수 및 적절한 배수가 가능한 싱크대가 제공되어야 합니다. 또한 음식과 청소용품을 별도로 보관할 수 있는 적절한 수납공간이 있어야 합니다.
10년 이상 임대하는 경우, 위 사항이 적용되며, 주택은 백색가전을 설치할 수 있는 시설을 제공해야 하지만 백색가전은 제공하지 않아도 됩니다.
 5. 전기 배선, 가스 및 수도관은 수리 상태가 양호해야 합니다. 필요한 경우 숙소에 일산화탄소 경보기가 있어야 합니다. 이러한 경보기는 적절한 위치에 있어야 하며 작동 상태가 양호해야 합니다.
 6. 주택에서는 방화 담요와 화재 감지 및 경보 시스템을 이용할 수 있어야 합니다. 다세대 건물에는 화재 감지 및 경보 시스템, 비상 대피 계획, 공용 공간에 비상 조명이 있어야 합니다. 화재 안전 장비를 유지하는 것이 중요합니다.
 7. 마당/정원을 이용할 수 없는 경우, 세탁기 및 건조기와 같은 공동 세탁 시설을 이용할 수 있어야 합니다.
 8. 모든 거주 가능한 객실에는 자연 채광과 적절한 인공 조명이 있어야 합니다.
 9. 사람이 추락할 수 있는 개구부가 있고 개구부의 바닥이 외부 지면보다 1400mm 이상 높은 창문에는 적절한 안전 제한 장치가 부착되어 있어야 합니다. 적절한 안전 제한 장치는 이러한 추락을 방지할 수 있도록 창문을 충분히 고정해야 합니다. 탈착식 열쇠나 기타 도구로만 해제할 수 있는 잠금식 제한장치는 창문 개구부에 설치해서는 안 됩니다.
 10. 각 욕실이나 샤워실에는 적절하게 유지 관리되는 영구 고정식 히터가 설치되어 있어야 합니다. 실내 환기가 적절히 이루어져야 합니다. 위생시설은 안전 상태이고 정상 작동되는 상태여야 합니다.
 11. 임차인에게 숙소, 건물 서비스, 가전제품 및 유지 관리 요건에 대한 정보를 제공해야 합니다.
 12. 해충 및 해충의 침입을 방지하기 위한 노력을 기울여야 합니다.
 13. 해충과 해충으로부터 안전한 쓰레기를 보관할 수 있는 적절하고 적절한 시설을 이용할 수 있어야 합니다.

아일랜드의 모든 임대인은 임대 부동산이 화재 안전 및 임대 부동산에 대한 최소 기준의 규정을 준수하는지 확인하여야 하고, 임차인이 이러한 최소의 기준이 준수되지 않는다고 생각할 경우에는 임대인과 논의하여야 한다. 임대인과 논의로 해결되지 않는 경우에 RTB를 통해 자세한 내용을 확인하여야 한다.

특히 임차인이 임대인에게 임대주택이 최저주거기준에 미달한다는 이유로 수리를 요청하였으나 거부당했을 경우, 그 임차인은 지방 당국에 검사를 요청할 수 있다. 지방당국은 임차인의 요청에 대해 후속 조치를 취하여야 할 책임이 있으며, 임차인의 수리 요청을 합리적인 시간 내에 수행하지 않아서 비용이 발생한 경우 그 비용은 임대인이 부담하여야 한다.

라. 소결

해외에서는 임대인이 임차인에게 양질의 주거를 제공하여야 할 의무를 법에서 명시하고 있다. 프랑스는 주택 임대차에서 임대인의 의무 중 하나로 임대하는 주택이 양질의 주거여야 한다고 명시하고 있어,

이러한 요건이 충족되지 않은 임대 주택에 대하여 임차인은 임대인에게 주거의 적합성을 갯출 것을 요구할 수 있도록 하고 있다. 영국은 임차인의 건강, 안전에 중대한 위험이 있거나 거주 적합성을 유지하지 않은 주택에 대하여는 임대가 불가능하다. 미국은 관련 법률을 통해 주거의 적정성을 요구하고, 판례와 행정법적 규율이 함께 작동하는 것을 알 수 있다. 또한 최저주거기준에 대한 구체적인 명시 및 최저주거기준에 미달하는 주택에 대하여 수리를 요구하였다가 거절을 당한 경우에 행정당국에 검사를 요청하여 후속조치를 취할 수 있게 하고 있다.

또한 임차인이 임대 주택에 관한 구체적인 정보를 알 수 있는지 여부를 통하여 거주 적합성을 판단할 수 있다. 프랑스는 주택 임대차 계약을 체결할 때, 임대인이 임차인에게 제공하여야 하는 정보 및 자료가 구체적이라는 점을 알 수 있다. 특히, 프랑스의 목적물 상태 보고서는 임차인과 임대인이 함께 작성하여야 하고 그 비용을 공동 부담하고 있는데, 당사자 일방이 협조하지 않을 경우 법원의 집달관이 작성한다. 이는 주택임대차 제도에 주거용 임대를 위한 법적, 물리적 기준이 없고 불법건축물을 임대하는 행위가 불법이 아닌 국내와 큰 차이가 있는 부분이라고 할 수 있다.

주택임대차보호법에는 임대료, 임대 기간 등에 대한 규정만 있으며 민법에는 임대인의 사용 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 명시하나 구체적인 기준은 없다. 주거기준법에 최저주거기준이 있지만 이러한 최저주거기준이 주택임대를 위한 기준으로 활용되고 있지 않다. 특히 불법건축물 등의 법적으로 문제 있거나 거주 부적합한 주택임대 행위에 관한 제약이 없다는 국내의 현실과 다르다는 것을 알 수 있다.⁷⁶⁾

2 거주 안정성

가. 임대차 기간의 존속 보장

(1) 독일: 기간을 정하지 않은 주택 임대차가 원칙

독일은 현재 기간을 정하지 않은 주택 임대차가 원칙이며, 기간을 정한 주택 임대차 계약을 체결하기 위해서는 독일 민법에서 명시하는 일정한 사유가 있어야 한다. 독일은 1971년부터 특별법으로 임차권

76) 윤성진·박미선·이길제·유재성·박기덕·조윤지, “불법건축물의 주거용 임대실태와 세입자 취약성 대응 방안”, 국토정책 Brief 제953호, 국토연구원(2024.2.), 4면.

해약 고지 보호법 및 임차권 개선 및 임대료 인상 제한법을 제정하였는데, 2001년에 민법상의 임대차 조항을 전면 개정하여 민법에 반영함으로써 임대인의 임대차 계약의 해지를 제한하는 등 임차인에 대한 권리 보호를 더욱 강화하였다.⁷⁷⁾ 독일은 민법 개정을 통해 임대 목적이 주택인 경우에 당사자 합의에 의하여 임대 기간을 정하는 임대차 계약은 2001. 9. 1. 이전에 체결된 경우에만 인정하고 이후에는 독일 민법 제575조에서 명시하는 일정한 요건이 인정되어야 임대 기간을 정할 수 있도록 하였다.

독일 민법에서는 다음과 같은 경우에 기간을 정한 주택임대차 관계를 설정할 수 있다. ① 주택 임대차 공간을 자신, 그의 가족구성원 또는 그 세대에 속하는 사람을 위한 주거로 사용하거나, ② 적절한 방법으로 그 공간을 제거하거나 임대차관계가 계속되면 그 작업이 현저히 곤란해질 만큼 중대한 변경이나 수리를 가할 경우, ③ 그 공간을 노무의무자에게 임대할 경우이다(제575조 제1항).⁷⁸⁾

다만 임대기간이 정해진 경우라고 해도 임대차계약의 묵시적 갱신이 인정될 수 있다. 임대기간이 경과한 뒤에도 임차인이 당해 주택을 계속 사용하고 있을 때, 임대인이 기간의 경과 이후 2주 내에 이에 대한 이의를 제기하지 않은 경우 임대차 관계는 기간의 정함이 없이 연장된다(제545조).⁷⁹⁾

(2) 프랑스: 임대차의 최단 기간 보장

프랑스는 주택임대차에서 임차인의 최소 거주 기간을 규정함으로써 임차인의 임대 기간의 존속을 보장하고 있다. ‘주택임대차관계 개선을 위한 1989년 7월 6일 법률’(이하 ‘주택임대차법’이라 한다) 제10조에 따르면, 임대인이 자연인인 경우 3년, 법인인 경우 6년을 최단 기간으로 명시하고 있다. 계약의 당

77) 고제현, “독일 임대료 규제 강화 동향과 시사점”, 주택금융리서치 제21호, 주택금융연구원(2021), 12면.

78) § 575 Zeitmietvertrag (1) Ein Mietverhältnis kann auf bestimmte Zeit eingegangen werden, wenn der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit

1. die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts nutzen will,
2. in zulässiger Weise die Räume beseitigen oder so wesentlich verändern oder instand setzen will, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden, oder
3. die Räume an einen zur Dienstleistung Verpflichteten vermieten will und er dem Mieter den Grund der Befristung bei Vertragsschluss schriftlich mitteilt. Anderenfalls gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

79) § 545 Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses Setzt der Mieter nach Ablauf der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache fort, so verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, sofern nicht eine Vertragspartei ihren entgegenstehenden Willen innerhalb von zwei Wochen dem anderen Teil erklärt. Die Frist beginnt

1. für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs,
2. für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erhält.

사자가 자연인인지 법인인지는 임대차의 개시 시점을 기준으로 구분한다.

주택임대차법 제11조에 의하면 예외적으로 3년 미만의 기간으로 임대차 계약을 체결할 수 있는 경우를 명시하고 있는데, 자연인인 임대인이 직업적 또는 가정적인 이유로 주택의 점유를 회복하여야 하는 경우이다. 다만, 그 기간을 1년 미만으로 정할 수는 없다고 규정하고 있기 때문에 예외적인 경우에도 주택 임대차의 최단 기간은 1년 이상 3년 미만이다. 임대차계약서에는 예외적으로 3년 미만으로 임대차 기간을 정하여야 하는 이유가 명시되어야 하고, 주택임대차 기간의 만료 2개월 전에는 임차인에게 계약서에 기재한 대로 그 사유가 발생하였다는 사실을 통지하여야 한다(주택임대차법 제11조).⁸⁰⁾

이러한 사유가 발생하지 아니하거나 임대인이 그 여부를 임차인에게 통지하지 아니한 경우 임대차 기간은 3년으로 간주한다. 한편, 위 최단 기간의 임대차 계약이 동일한 목적에 대해 동일한 임차인과 연이어 체결된 경우 그 차임액은 종전 차임보다 높을 수 없다고 규정한다.⁸¹⁾

주택임대차법은 계약 기간이 만료한 경우에도 임차인이 주택에 계속 거주할 수 있는 경우를 규정한다. 3년 또는 6년의 임대차 기간이 만료하였는데 임대인이 해지 통고를 하지 아니하고 갱신의 청약을 하지 아니한 때 임대차 기간은 묵시적으로 연장된다. 이때 연장된 계약 기간은 임대인이 자연인인 경우와 제13조에서 정한 임대인인 경우 3년, 법인인 경우 6년이다.

임대인이 임대차 관계를 지속하기를 원하는 경우 임대인은 임차인에게 갱신 청약을 할 수 있다. 임차인이 승낙할 경우 임대차가 갱신되는데 갱신되는 임대차 계약은 법정기간인 4년 또는 6년의 기간이 된다.

80) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 11 Quand un événement précis justifie que le bailleur personne physique ait à reprendre le local pour des raisons professionnelles ou familiales, les parties peuvent conclure un contrat d'une durée inférieure à trois ans mais d'au moins un an. Le contrat doit mentionner les raisons et l'événement invoqués.

Par dérogation aux conditions de délai prévues à l'article 15, le bailleur confirme, deux mois au moins avant le terme du contrat, la réalisation de l'événement.

81) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 11 Si le contrat prévu au présent article fait suite à un contrat de location conclu avec le même locataire pour le même local, le montant du nouveau loyer ne peut être supérieur à celui de l'ancien éventuellement révisé conformément à l'article 17-1.

(3) 미국 뉴욕 주: 임대차 계약 갱신의 원칙

미국의 경우 임대인과 임차인의 관계는 기본적으로 계약법과 재산법에 기초하여 설정되며, 당사자의 구체적인 권리와 의무는 각 주마다의 다른 법 규정에 따른다. 미국은 1972년 통일주택임대차법(Uniform Residential Landlord and Tenant Act; URLTA)을 제정하였고 일부 주에서는 이를 적용하는 반면, 뉴욕, 캘리포니아 등은 별도의 주법을 적용한다.⁸²⁾ 뉴욕주는 2019년 임차인의 보호를 강화하는 방향으로 임대차법(Housing Stability and Tenant Protection Act of 2019; Senate Bill S6458)이 개정되었다.⁸³⁾

뉴욕 주의 경우 1984년 4월 1일부터 임대차 등록제를 시행하고 있다. 뉴욕주가 임대주택의 수, 크기, 임대료, 임차기간 등의 임대차 관련 정보를 수집하고, 이를 법정 갱신제도 및 임대료 규제에 관한 승인이나 분쟁 조정 등의 행정 업무에 활용하는 것이다. 신규 임대차인 경우에 임차인은 임대차 등록제를 통해 행정기관에 등록된 해당 임대주택의 임대료 추이 등을 알아보고 자신의 임대차 계약을 체결할 수 있다. 임대인은 임대차 등록을 하기 위하여 임대차갱신국(Division of Housing and Community Renewal, 이하 'DHCR')의 서식에 따라 필수 기재 사항을 작성하여 신고하여야 한다.⁸⁴⁾

뉴욕 주는 임대차 계약갱신의 원칙이 적용되므로 임차인이 임대료를 계속 지급하는 한, 임대인은 법정 사유없이 계약 갱신을 거절하거나 계약을 해지하여 강제로 임차인을 퇴거시킬 수 없다.⁸⁵⁾ 임대인이 임대차 계약 갱신을 거절하기 위하여는 법정 사유가 있어야 하고, 행정기관의 승인도 필요하다.

임대인은 임대차 계약이 만료되기 150일 내지 120일 이전에 우편이나 인편으로 임대차 계약을 갱신할 것을 임대차 갱신계약서에 기재하여 임차인에게 제안하고, 임차인에게 통지를 받은 날부터 60일까지 승낙여부를 결정할 기간을 주어야 한다. 임대인이 위의 계약 갱신 제안을 하지 아니하여도 임차인은 임대차가 유효한 것과 같은 동일한 권리를 지속할 수 있다.

82) 김정섭, “해외 주요국 임대주택 관리제도 비교분석 연구 용역”, 주택관리공단(2023.8.), 7-8면.

83) 재인용, 김정섭, “해외 주요국 임대주택 관리제도 비교분석 연구 용역”, 주택관리공단(2023.8.), 8면.

84) RSC § 2528.2 Initial registration requirements

85) § 2524.1 Restrictions on removal of tenant (a) As long as the tenant continues to pay the rent to which the owner is entitled, no tenant shall be denied a renewal lease or be removed from any housing accommodation by action to evict or to recover possession, by exclusion from possession, or otherwise, nor shall any person attempt such removal or exclusion from possession, except on one or more of the grounds specified in this Code.

나. 임대인의 해지권 제한

(1) 독일

독일 민법은 임대인이 임대차 계약을 해지할 수 있는 경우를 통상해지와 특별해지로 구분한다. 독일은 민법에서 임대차를 해지할 수 있는 사유를 엄격히 제한함으로써 임대인의 해지권을 제한하고 임차인이 주거를 안정적으로 유지할 수 있도록 하고 있다.

기간의 정함이 없는 주택임대차가 원칙이므로 임대인은 임대차 관계의 종료에 정당한 이익이 있는 때에만 임대차 계약을 해지할 수 있다. 독일 민법 제573조 제2항에 임대인이 임대차 계약을 해지할 수 있는 정당한 이익에 대하여 명시하고 있다.⁸⁶⁾ 이때 차임의 인상은 임대인의 정당한 이익에 해당하지 않으며, 임대인의 정당한 이익으로 인한 해지 사유는 서면에 기재되어야 한다. 임대인이 임대차 계약을 해지할 수 있는 정당한 이익은 아래와 같다.

- ① 임차인이 유책하게 계약상 의무를 상당한 정도로 위반하였을 때
- ② 임대인이 그 공간을 자신이나 그의 가족 구성원 또는 그의 세대에 속하는 사람이 주거하기 위해 필요할 때
- ③ 임대인이 임대차관계의 연장으로 토지를 적절히 경제적으로 이용하는 데 장애를 받고 그로 인하여 현저한 불이익을 받을 때

한편, 독일 민법에서는 양 당사자에게 중대한 사유가 있을 경우 즉시 임대차 계약을 해지할 수 있도록 한다(제543조). 계약 당사자들의 귀책 사유와 이익의 비교 형량, 그 외 개별적 사안의 모든 사정을 고려한 결과, 통상 해지로 인한 해지기간인 3개월이 경과할 때 또는 그 외의 사유로 임대차 관계가 종료할 때까지 임대차 관계를 존속시키는 것을 기대하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우에 당사자 일방은 즉

86) § 573 **Ordentliche Kündigung des Vermieters** (2) Ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses liegt insbesondere vor, wenn

1. der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat,
2. der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt oder
3. der Vermieter durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde; die Möglichkeit, durch eine anderweitige Vermietung als Wohnraum eine höhere Miete zu erzielen, bleibt außer Betracht; der Vermieter kann sich auch nicht darauf berufen, dass er die Mieträume im Zusammenhang mit einer beabsichtigten oder nach Überlassung an den Mieter erfolgten Begründung von Wohnungseigentum veräußern will.

시 임대차 계약을 해지할 수 있다. 이러한 중대한 사유가 임대차 계약상의 의무위반인 경우에는 원칙적으로 그 시정을 위해서 정한 상당한 기간이 도과하거나 계고가 효과가 없는 때에만 해지를 할 수 있다(제573조 제3항).⁸⁷⁾

임대차 계약을 즉시 해지할 수 있는 중대한 사유는 아래와 같다.

- ① 계약에 좇은 목적물의 사용이 전부 또는 일부를 임차인이 이용할 수 없는 때
- ② 임차인이 주의의무를 게을리하여 임대차의 목적물을 심각히 위태롭게 하거나 권한 없이 임대차 목적물을 제3자에게 이전하여 임대인의 권리를 현저히 침해한 경우
- ③ 임차인이 2개 연속으로 임대료의 전부나 상당한 부분에 대한 지급을 지체하거나 임대료의 연체금이 2기의 임대료에 달하는 경우(다만 임대인이 해지 의사를 표시하기 전에 연체된 임대료를 지급하거나 해지 후에 지체 없이 임대인이 임차인에게 부담하는 채무와 상계하는 의사를 표시하는 경우는 제외함)

중대한 사유에서 임대차 계약상의 의무위반인 경우에는 중대한 사유가 있다는 사유만으로 해지가 가능한 것은 아니다. 원칙적으로 그 시정을 위해서 정한 상당한 기간이 도과하거나 계고의 효과가 없을 때에만 해지를 할 수 있다(제573조 제3항).

독일 민법 제569조에서는 주택임대차에 관하여 특별즉시해지사유를 추가로 규정하고 있다. 임차인에게 있어서 제543조 제1항에서의 중대한 사유는 임차한 거주공간을 이용함으로써 건강에 현저한 위험이 초래되는 경우에도 인정되는데, 임차인이 계약 체결 당시 이를 알았거나 해지권을 포기하더라도 그 해지는 가능하다(제569조 제1항).

그리고 당사자 일방이 거주공간의 평온을 지속적으로 방해하여 임대차관계를 유지하는 것을 기대할 수 없는 경우, 임차인이 제551조에 따른 임대차 담보의 분할 지급에 있어서 월 차임액의 2배에 상당하는 분할 지급 보증금의 지급을 지체하는 경우에도 특별즉시해지사유에서의 정당한 이익이라고 인정한다(제569조 제2항 내지 제3항).

한편 제569조 제3항은 임차인이 임대료를 지체한 경우에 있어 그 요건을 엄격히 하는 내용으로 임차

87) § 573 **Ordentliche Kündigung des Vermieters** (3) Die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters sind in dem Kündigungsschreiben anzugeben.
Andere Gründe werden nur berücksichtigt, soweit sie nachträglich entstanden sind.

인을 보호하는 방향에서 제543조의 내용을 보충하고 있다. 제569조 제3항에 의하면 지체된 임대료 금액이 1개월의 차임을 초과하는 때에만 제543조 제2항 제3호로 보아 해지가 가능하고, 임대인의 명도 소송 시에 소 제기 이후 2개월이 경과하기 전에 임대인이 이미 변제기가 도래한 임대료 등에 관해 만족을 얻은 때에는 해지의 효력이 상실되고, 임대인이 임대료 인상에 관한 판결을 받은 경우에도 이미 기존에 임대료 미지급으로 인한 특별즉시해지의 요건이 충족된 경우가 아니라면 판결 이후 2개월이 경과하기 전에는 임차인의 지급 지체를 이유로 한 해지를 할 수 없다고 명시하고 있다.

임대인이 법에 명시한 일정한 사유에 따라 임대차를 해지할 수 있다고 하더라도 그 해지권이 제한될 수 있다. 독일 민법 제574조에 의하면 임대인의 해지 통고로 인하여 임대차 관계가 종료되는 결과가 임차인에게 정당화될 수 없는 가혹한 것이라고 판단될 경우, 임차인은 이에 대한 이의를 제기할 수 있다. 이에 따라 이의제기를 하는 임차인은 임대차 관계의 존속청구권을 가진다. 독일 민법 제574조는 사회적 형평규정으로 임대권의 사회적 구속성이 투영된 규정이라고 할 수 있다.⁸⁸⁾ 이러한 임차인의 이의제기 및 계약의 존속 청구권 규정은 기간의 정함이 없는 주택 임대차에만 적용된다.

(2) 프랑스

주택 임대차 계약의 갱신은 임차인의 권리인 바, 임대인이 자의적으로 갱신을 거절하는 것은 허용되지 않는다. 임대인은 임대차 계약의 기간 만료 시에 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 계약을 해지할 수 있다. 주택임대차법 제15조 제1항에 의하면, ① 임대인 자신이나 그 가족이 임대차 목적물에 거주하기 위한 경우, ② 임대차목적물을 매각하는 경우, ③ 임차인이 임대료를 미지급하는 등 임대차 계약에 따른 의무를 불이행하는 경우이다.⁸⁹⁾

첫째로 임대인 본인 또는 그 가족 등이 직접 거주하기 위한 경우에 임대인 본인, 배우자, 해지 통지 시에 등록된 동거계약에 의한 동거자, 해지 통지 시에 적어도 1년 이상 사실혼 관계에 있던 자와 그들의 직계 존·비속 및 그들의 배우자, 동거자, 사실혼관계에 있는 자에 한한다.

위 사유로 임대인이 임대차 목적물을 인도받고 사유와 달리 직접 사용하지 아니하거나 다른 사람이

88) 이종덕, “주택 임대차와 존속 보장 -독일법을 참조로-”, 집합건물법학 제46권, 한국집합건물법학회(2023).

89) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 15 I. - Lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant.

최소 몇 개월동안 지속적으로 사용한 경우 임차인은 임대인에게 손해배상을 청구할 수 있다. 임대인이 거짓으로 해지 통고한 경우 자연인은 6천 유로, 법인은 3만 유로 이하의 벌금형에 처한다(주택임대차법 제15조 제5항).⁹⁰⁾

한편, 프랑스는 임대인이 자신 또는 가족이 사용하는 이유로 계약을 해지하고자 할 때 70세 이상인 임차인의 소득이 최저임금의 1.5배 이내에 불과한 경우 임대인은 임차인에게 대체주거를 제공해야 퇴거를 요구할 수 있다.⁹¹⁾ 다만 임대인 역시 70세 이상이거나 소득이 기준 미만인 경우에는 적용되지 않는다.

두번째로 임대인이 임대차 목적물을 매각하는 경우에는 임대차의 잔여기간에 따라 다르다. 잔여기간이 매각일로부터 3년 이상인 경우는 그 임대차 계약의 종료일에 3년 미만인 경우 최소 1회의 묵시적 갱신 이후의 계약 종료일에 해지 통지를 할 수 있고, 잔여기간이 2년 미만인 경우에는 매각일로부터 2년이 경과해야 해지의 효력이 발생한다.⁹²⁾

임대인이 주택 매각을 위해서 임대차 계약을 해지할 경우 임차인은 우선 매수권을 가진다(주택임대차법 제15조 제2항). 그러나 3촌까지의 친족 간에 매각이 이루어지거나 주거적합성이 없는 부동산을 대상으로 하는 매매에 있어서는 임차인의 우선권이 배제된다. 매각을 이유로 한 임대인의 해지통고는 임차인에게 매도의 청약으로서 효력이 있고, 이는 예고기간 중 첫 2개월 간 유효하다.⁹³⁾ 매매의 청약을 승

90) *Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 15 V.* – Le fait pour un bailleur de délivrer un congé justifié frauduleusement par sa décision de reprendre ou de vendre le logement est puni d’une amende pénale dont le montant ne peut être supérieur à 6 000 € pour une personne physique et à 30 000 € pour une personne morale.

91) 이도국·이종덕, “주택 임차인의 주거권 보장 관련 법적 쟁점”, 주택 및 상가 임대차 실태 및 주거권 및 영업권 보장 방안 연구, 연구총서 22-B-13, 한국형사법무정책연구원(2022), 566면.

92) *Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 15 I.* En cas d’acquisition d’un bien occupé :
 – lorsque le terme du contrat de location en cours intervient plus de trois ans après la date d’acquisition, le bailleur peut donner congé à son locataire pour vendre le logement au terme du contrat de location en cours ;
 – lorsque le terme du contrat de location en cours intervient moins de trois ans après la date d’acquisition, le bailleur ne peut donner congé à son locataire pour vendre le logement qu’au terme de la première reconduction tacite ou du premier renouvellement du contrat de location en cours ;
 – lorsque le terme du contrat en cours intervient moins de deux ans après l’acquisition, le congé pour reprise donné par le bailleur au terme du contrat de location en cours ne prend effet qu’à l’expiration d’une durée de deux ans à compter de la date d’acquisition.

93) *Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 15 II.* – Lorsqu’il est fondé sur la décision de vendre le logement, le congé doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente projetée. Le congé vaut offre de vente au profit du locataire : l’offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis.

낙한 임차인은 임대인에게 회신을 송부한 날로부터 2개월 이내에 그 매매를 실현하여야 하고, 매매의 실현 기간은 4개월이며 임대차 계약은 매매의 실현 기간이 만료될 때까지 연장된다.

세번째로 임차인이 임대료를 미지급하거나 주거 목적 이외의 목적으로 사용하거나, 임대인의 동의 없는 전대차를 하는 등 임대인에게 귀책이 있는 경우 이를 이유로 임대차 계약을 해지할 수 있다.

(3) 미국 뉴욕 주

통일주택임대차법에는 계약갱신과 관련한 별도의 규정은 없으나, 계약갱신 선택권이 임대차계약에 명시되어 있는 경우에 임대인이 정당한 사유 없이 계약의 갱신을 거부하는 것은 통일주택임대차법에서 금지하는 보복행위에 해당될 수 있다.⁹⁴⁾

뉴욕 주는 임대료 안정화 주택에 거주하는 임차인의 경우 1년 또는 2년 단위로 임대차 계약을 기존의 계약과 동일한 조건으로 갱신할 수 있는 권리가 있으며, 임차인이 자신의 의무를 제대로 이행하였다면 임대인은 특별한 사유 없이 계약 갱신을 거절할 수 없다.

임대인이 계약갱신을 거절할 수 있는 경우로 아래와 같은 사유가 있어야 하며, 이러한 사유가 없이는 계약 갱신을 거절하여 임대차를 해지하고 임차인을 퇴거시킬 수 없다. 뉴욕주의 임대차안정화법은 이러한 경우에 임대인이 임차인에게 사전 통지할 의무를 부여하고 있다(RSC §2524.2).

(가) 임차인의 위법행위를 이유로 하는 계약 갱신 거절(RSC § 2524.3)

임대인은 임차인이 위법행위를 한 경우에는 DHCR의 승인 없이 임차인에게 임대차 계약에 대한 갱신을 거절할 수 있다. 임차인의 위법행위로 인한 계약 갱신 거절 사유는 다음과 같다.

① 임대인에게 고의로 중대한 상해를 입힌 경우, ② 악의적 또는 중대한 과실로 임대건물에서 소음 등

94) Section 901(b) also clarifies the list of retaliatory conduct prohibited by RURLTA. It also slightly expands the prohibited conduct to include: increasing fees; increasing the tenant's obligations or otherwise materially altering the terms of the lease; terminating a periodic tenancy; refusing to renew a tenancy for a fixed term when the lease gives the tenant an option to renew without negotiation with the landlord; and committing a criminal act against the tenant, immediate family member, or a tenant's guest.

What's New in the Revised Uniform Residential Landlord and Tenant Act?, Probate and Property Magazine November/December 2016 Volume 30 No 6, Sheldon F. Kurtz & Alice M. Noble-Allgire, 12면.

의 환경피해를 야기하거나 임대인 및 다른 임차인, 인접한 건물 주민들의 안정을 침해하여 괴롭히거나 불편을 야기하는 등의 피해를 입힌 경우, ③ 임대주택을 불법 사용하여 법을 위반하거나 임대인으로 하여금 정부와의 협정 위반으로 민형사상 제재를 받게 하는 경우, ④ 임차인이 임대주택을 비도덕적 또는 불법 사용하거나 사용케 한 경우, ⑤ 임대인이 법령 또는 DHCR 승인에 따라 임대주택의 수리 및 개량을 위해 출입하는 것을 방해한 경우, ⑥ 임차인이 임대차 안정화 법률에 의해 승인된 법정 규제임대료로 임대료를 인상할 것을 조건으로 하는 임대인의 갱신을 거절하는 경우, ⑦ 숙박시설 임대차에서 임대인이 동일한 법정 규제임대료를 적용받는 임대주택으로 이주할 것을 제안하였는데 임차인이 거절한 경우

(나) DHCR의 승인이 필요 없는 계약 갱신 거절(RSC § 2524.4)

임차인이 계약을 위반한 경우는 아니지만 DHCR의 승인없이 임대인이 법원에 임대주택의 인도청구를 제기할 수 있는 경우는 아래와 같다.

① 임대인 및 임대인의 직계가족이 임대주택을 사용하여야 하는 경우

임차인이 이를 이유로 임대주택을 인도한 뒤 3년 간 임대인 및 직계가족이 사유대로 해당 주거를 사용하지 않은 경우에는 임대인은 3년 간 법정 규제 임대료의 상승분의 임대료를 받을 수 있는 권리를 박탈당한다. 이 경우 임대인은 임차인을 상대로 임대기간 만료일의 150일 내지 120일 전에 사전 통지를 하여야 한다.

② 비영리법인인 임대인이 자선 및 교육 목적 등을 위해 사용하는 경우

이 경우에도 임차인이 임대주택을 인도한 이후에 4년 동안 위의 목적대로 사용하지 않은 경우 임차인은 손해배상청구를 할 수 있다. 이 경우 임대인은 임차인을 상대로 임대기간 만료일의 150일 내지 120일 전에 사전 통지를 하여야 한다.

③ 임차인이 직접 거주하지 않은 경우

이 경우 임대인은 임차인을 상대로 임대기간 만료일의 90일 내지 150일 전에 사전 통지를 하여야 하고, 소송을 제기할 경우 30일 전에 사전 통지를 하여야 한다.

(다) DHCR의 승인이 필요한 계약 갱신 거절(RSC § 2524.5)

임대인이 임대차 시장에서 철수하려고 하거나 철거하고 새로운 건물을 건축하려고 하는 경우에는 DHCR이 정한 양식에 따라 갱신거절 승인신청을 하여 승인을 받고 임차인에게 임대주택의 인도를 청구하는 소를 제기하여야 한다.

임대인이 철거를 이유로 계약의 갱신을 거절할 경우에는 DHCR 측에서 임대주택을 인도하는데 필요한 적절한 이주비용 및 합리적인 이주기간, 퇴거료 보상의 조건을 부여한다.

다. 소결

이처럼 거주 안정성은 임대차 계약 기간의 존속과 해지권의 제한이라는 두 가지 측면에서 살펴볼 수 있는데, 독일은 기간을 정하지 않은 주택 임대차가 원칙이며 임대인의 해지권을 강하게 제한하고 있는 것이 특징이다. 특히 임대인이 적법한 사유로 기간을 정하여 임대차 관계를 종료할 수 있다고 하더라도, 그 해지권의 행사가 임차인에게 가혹한 것이라고 판단될 경우에는 임차인은 이에 대하여 항변할 수 있다. 프랑스는 임차인의 최소 거주기간을 규정하고 있으며, 자연인인 경우에 3년이 최소 기간이 된다. 임대인과 임차인 간의 묵시적으로 계약이 연장된 경우 자연인은 3년의 기간이 존속되고, 갱신 청약이 이뤄질 경우 그 법정 기간은 4년 또는 6년이다. 국내 주택임대차보호법에서 기간을 정하지 않거나 1년 미만으로 계약 기간을 정한 경우에 그 임대차 기간은 2년으로 보고 있고, 1회에 한하여 갱신할 수 있을 때 2년으로 보고 있는 것에 비하면 존속 기간의 보장이 긴 편이라고 할 수 있다. 미국 뉴욕주의 경우 임대차 계약 갱신의 원칙을 적용하여 임차인이 임대료를 계속 지급하는 한 임대인은 법정 사유 없이는 갱신을 거절하거나 해지할 수 없도록 한다.

독일, 프랑스, 미국은 임대인이 계약의 갱신을 거절하고 해지권을 행사할 수 있는 일정한 사유를 규정하고 있으며, 주택임대차보호법에서 규정하고 있는 사유와 크게 다르지 않다. 그러나 해외는 정당한 사유로 해지권을 행사하는 경우에도 임차인에게 가혹한 사정이라는 항변을 통해 해지권을 제한하거나 임대인이 허위로 해지 통고를 할 경우에 벌금형에 처할 수 있게 함으로써, 임대인에 대한 해지권 행사를 강하게 제한하거나 허위로 해지권을 행사하였을 때 제재하는 방식으로 거주 안정성을 보장하고 있다.

3 비용 적절성⁹⁵⁾

가. 독일의 임대료 제도

(1) 개관

독일은 2010년 이후 대도시를 중심으로 주택가격과 임대료가 급등하면서 그 상승세가 지속되었고, 임차인의 비중이 높은 독일에서 중요한 사회적 문제로 부각되었다.⁹⁶⁾ 독일은 전통적으로 임차인의 권리

95) 이하에서는 독일과 프랑스, 미국의 주요 도시를 기준으로 임대료 규제 방식에 대하여 살펴보고 있으며 임대료와 차임을 혼용하고 있음을 미리 밝힌다.

96) 고제현, “독일 임대료 규제 강화 동향과 시사점”, 주택금융리서치 제21호, 주택금융연구원(2021), 10-11면.

를 강하게 보호하는 나라인데, 과열이 지속되자 2015년 임대료 제동법(Mietepreisbremse)을 시행하여 신규 임대차 계약에 대한 규제를 시작하였다. 그리고 실효성을 강화하기 위해 임대차법을 개정하고, 2020년에는 베를린주에서의 임대료를 동결하는 규제를 시행하였다.

(2) 장래의 임대료 변경

임대료 인상과 관련하여 독일 민법은 제557조 이하에서 그 내용을 구체적으로 명시하고 있다. 우선 임대차 관계가 존속하는 동안에는 당사자가 임대료 인상에 관하여 합의할 수 있다고 명시한다(제557조 제1항).⁹⁷⁾ 다만, 장래의 임대료에 대한 변경은 일정한 기준에 의한 방식으로 약정할 수 있도록 규정하고 있다. 바로 단계식 또는 지수식 차임 방식이다(제557조 제2항). 그 외에는 임대인이 독일 민법 제558조에 의한 지역상례적 비교 차임을 근거로 하여 임차인에게 차임 인상에 동의할 것을 청구할 수 있다.

단계식 차임은 일정한 기간별로 임대료를 각각 다르게 정하는 방식이다. 이때 서면에 각 기간에 대한 차임 또는 각 기간의 인상분이 금액으로 표시되어야 하고(동조 제1항), 각 차임은 최소 1년 간 변동 없이 동일한 것이어야 하는데 단계식 차임이 적용되는 기간에서는 지역상례적 비교차임에 의한 인상은 배제된다(동조 제2항). 지수식 차임은 계약 당사자가 서면으로 독일연방통계청이 조사한 독일가구의 가계 물가지수를 기준으로 약정하는 방식이다. 지수식 차임 역시 최소 1년 간 임대료의 변동이 없어야 하지만, 임대인의 책임이 없는 사유로 행한 건축상 조치를 임대목적물이 개량된 것을 원인으로 한 인상이나 관리비 인상의 경우 예외적으로 1년 내에 인상할 수 있다(동조 제2항). 지역상례적 비교차임에 따른 인상은 배제된다.

(3) 지역상례적 비교 차임에 의한 임대료 인상

한편 독일 민법 제558조 이하에 따라 “지역상례적 비교차임”을 기준으로 임대인이 임차인에게 차임 인상에 동의할 것을 청구할 수 있다. 임대인은 종전의 임대료 인상 시부터 15개월 동안 차임이 변동되지 않은 경우, 지역 상례적 비교차임까지의 차임 인상을 요구할 수 있다(제558조 제1항). 그리고 최종 임대료가 인상된 이후 1년 내로 차임 인상을 청구할 수 없다.

97) § 557 Mieterhöhungen nach Vereinbarung oder Gesetz (1) Während des Mietverhältnisses können die Parteien eine Erhöhung der Miete vereinbaren.

지역상례적 비교차임은 당해 기본지방자치체 또는 유사한 기본지방자치체에서 에너지 소비에 관한 설비 및 성상을 포함하여 유사한 종류, 크기, 설비, 성상 및 위치의 주거공간에 대하여 지난 6년 간 합의되었거나 변경된 상례의 대가로 정해진다(제558조 제2항). 이를 근거로 3년 동안 20%를 초과하여 인상하지 못한다. 다만 주택 개량이나 관리비 상승의 경우는 예외이다(제558조 제3항). 주 정부가 지정하는 주택이 부족한 지역에서는 15%를 초과하지 않는 것을 조건으로 한다.

임대인은 지역상례적 비교차임을 기준으로 차임 인상을 요구할 때 임차인에게 서면으로 차임인상의 의사를 표시하고 이유를 제시하여야 하는데, 이유 제시를 위해서 차임일람표를 제시할 수 있다(제558조의1 제2항). 임대인은 차임일람표에 기재된 임대차목적물과 유사한 주택의 임대료에 기초하여 차임 인상을 요구할 수 있고, 금액은 차임일람표의 상/하위 가격의 범위 내에 있으면 충분하다(제558조의a 제4항).

(4) 차임일람표

차임일람표는 주법상 관할권이 있는 기관 또는 임대인과 임차인의 이익대표가 공동 작성하거나 승인한 지역상례적 비교차임에 대한 일람표를 뜻하며, 2년 간격으로 시장 변화에 맞춰 조정한다(제558조의c 제1항 및 제3항).

공인표준임대료표(Qualifizierter Mietspiegel)는 전문 원칙에 따라 작성되고 주법에 의해 관할권이 있는 기관 또는 임대인과 임차인의 이익대표가 승인한 차임 일람표를 뜻한다(제558조의c). 이는 2001년 개정을 통해 새로 도입된 것으로 작성기준이 보다 강화되어 독일 연방통계청이 조사한 국내가계물가지수에 따라 업데이트되고, 더 많은 샘플 수를 사용하는 등 일반 차임일람표에 비해 보다 과학적인 방법으로 시장 임대료를 산정하는데, 위 공인표준임대료표에 따른 임대료는 해당 지역의 지역상례적 비교차임으로 법률상 추정된다.

아래의 그림은 2023년도 베를린 차임일람표이다(2022.9.1.기준). 가로축은 건축 년도별로 가구와 화장실, 욕실 등의 구비 항목이고, 세로축은 평방미터와 주거지역으로 구분하여 기준 차임을 정하고 있다. 해당되는 임대 주택에 따라 굵게 표시된 차임이 기준이 되고 이 차임을 기준으로 최저~최대로 정할 수 있는 차임이 바로 아래 표시되어 있다.

Berliner Mietspiegeltabelle 2023

Ortsübliche Vergleichsmieten (Stichtag 01.09.2022) Netto-Kaltmiete in Euro je Quadratmeter monatlich

Bezugsfertig		Altbau		Neubau					
		bis 1918	1919-1949	1950-1964	1965-1972	1973-1990 West ^a	1973-1990 Ost ^a mit Wendeschaltungen	1991-2002 ohne Wendeschaltungen	2003-2017
Wohnfläche	Ausstattung	mit Sammelheizung (SH, Bad und WWC in der Wohnung (WC))		mit SH, Bad und WWC	mit SH, Bad und WWC	mit SH, Bad und WWC	mit SH, Bad und WWC	mit SH, Bad und WWC	mit SH, Bad und WWC
	Wohnlage	1	2	3	4	5	6	7	8
bis unter 40 m ²	einfach A	8,42 5,86 - 13,82	8,32 6,40 - 9,25	6,85 5,90 - 9,62	7,24 6,39 - 9,41	8,06 7,92 - 9,43	7,61 7,30 - 8,50		
	mittel B	8,98 7,16 - 13,04	8,16 6,86 - 9,11	7,30 6,02 - 9,64	7,00 6,27 - 8,78	8,24 5,68 - 8,70	7,39 6,87 - 7,70		
	gut C	12,19 6,97 - 15,17	7,99 6,86 - 10,10	7,96 6,78 - 9,92	9,49 8,68 - 10,39	8,85 7,96 - 10,75	7,60 7,14 - 9,31		
40 m ² bis unter 60 m ²	einfach D	7,19 5,61 - 10,59	6,82 5,78 - 8,73	6,40 5,73 - 8,53	6,26 5,39 - 7,47	7,95 6,61 - 9,22	6,41 6,09 - 6,98	8,91 8,21 - 10,87	12,37 10,34 - 16,11
	mittel E	7,92 5,77 - 10,92	7,18 6,00 - 8,27	6,51 5,74 - 8,14	6,38 5,79 - 7,40	8,24 6,78 - 9,35	6,35 5,75 - 7,14	8,72 7,92 - 9,77	10,50 7,76 - 13,32
	gut F	8,57 6,39 - 11,69	7,36 6,41 - 9,74	6,95 6,02 - 8,37	7,60 5,64 - 10,66	8,97 7,86 - 9,82	6,41 6,21 - 7,42	10,39 8,67 - 11,85	10,53 8,26 - 12,76
60 m ² bis unter 90 m ²	einfach G	6,75 5,14 - 10,66	6,25 5,40 - 7,75	5,94 5,14 - 7,25	5,81 5,21 - 6,48	7,75 6,48 - 9,59	5,62 5,31 - 6,10	8,22 6,84 - 9,15	13,73 9,04 - 15,80
	mittel H	7,21 5,15 - 10,66	6,65 5,43 - 7,80	6,40 5,63 - 7,55	6,08 5,42 - 6,82	8,53 6,07 - 9,71	5,62 4,90 - 6,13	8,42 7,17 - 9,62	10,75 9,50 - 13,00
	gut I	7,98 5,99 - 11,64	7,57 6,30 - 9,75	6,97 5,86 - 8,92	7,08 5,54 - 8,85	8,86 7,04 - 10,49	5,93 5,45 - 6,70	9,69 7,94 - 11,74	10,89 9,42 - 13,59
90 m ² und mehr	einfach J	6,64 5,10 - 9,74	6,53 5,48 - 7,63		5,83 5,21 - 6,45	7,66 6,21 - 8,82	5,58 5,09 - 5,84	8,48 7,07 - 9,93	12,73 9,07 - 14,67
	mittel K	7,21 5,20 - 10,45	6,41 5,44 - 9,06	7,21 5,99 - 12,16	5,75 5,40 - 6,55	8,14 6,37 - 9,23	5,60 4,91 - 5,92	8,73 7,68 - 10,16	10,74 9,38 - 13,56
	gut L	7,81 5,84 - 11,17	7,13 6,06 - 9,52	8,77 7,13 - 9,91	8,84 8,03 - 9,48	9,59 7,53 - 12,72	5,67 5,42 - 6,32	10,45 8,71 - 12,47	12,26 9,95 - 14,59

			구식 건물				신식 건물			
입주준비			1918년까지	1919~1949년	1950~1964년	1965~1972년	1973~1990년 서쪽	1973~1990년 동쪽	1991~2002	2003~2017
생활 공간	가로 (가구) 세로 (주거 지역)		집단난방, 욕실 및 화장실	집단난방, 욕실 및 화장실	집단난방, 욕실 및 화장실	집단난방, 욕실 및 화장실	집단난방, 욕실 및 화장실	집단난방, 욕실 및 화장실	집단난방, 욕실 및 화장실	집단난방, 욕실 및 화장실
			1	2	3	4	5	6	7	8
40㎡ 미만	단 순	A	8,42 5,86 - 13,82	8,32 6,40 - 9,25	6,85 5,90 - 9,62	7,24 6,39 - 9,41	8,06 7,92 - 9,43	7,61 7,30 - 8,50		
		B	8,98 7,16 - 13,04	8,16 6,86 - 9,11	7,30 6,02 - 9,64	7,00 6,27 - 8,78	8,24 5,68 - 8,70	7,39 6,87 - 7,70		
	중 간	C	12,19 6,97 - 15,17	7,99 6,86 - 10,10	7,96 6,78 - 9,92	9,49 8,68 - 10,39	8,85 7,96 - 10,75	7,60 7,14 - 9,31		
		D	7,19 5,61 - 10,59	6,82 5,78 - 8,73	6,40 5,73 - 8,53	6,26 5,39 - 7,47	7,95 6,61 - 9,22	6,41 6,09 - 6,98	8,91 8,21 - 10,87	12,37 10,34 - 16,11
40㎡~ 60㎡ 미만	단 순	E	7,92 5,77 - 10,92	7,18 6,00 - 8,27	6,51 5,74 - 8,14	6,38 5,79 - 7,40	8,24 6,78 - 9,35	6,35 5,75 - 7,14	8,72 7,92 - 9,77	10,50 7,76 - 13,32
		F	8,57 6,39 - 11,69	7,36 6,41 - 9,74	6,95 6,02 - 8,37	7,60 5,64 - 10,66	8,97 7,86 - 9,82	6,41 6,21 - 7,42	10,39 8,67 - 11,85	10,53 8,26 - 12,76
	중 간	G	6,75 5,14 - 10,66	6,25 5,40 - 7,75	5,94 5,14 - 7,25	5,81 5,21 - 6,48	7,75 6,48 - 9,59	5,62 5,31 - 6,10	8,22 6,64 - 9,15	13,73 9,04 - 15,80
		H	7,21 5,15 - 10,66	6,65 5,43 - 7,80	6,40 5,63 - 7,55	6,08 5,42 - 6,82	8,53 6,07 - 9,71	5,62 4,90 - 6,13	8,42 7,17 - 9,62	10,75 9,50 - 13,00
60㎡~ 90㎡ 미만	단 순	I	7,98 5,99 - 11,64	7,57 6,30 - 9,75	6,97 5,86 - 8,92	7,08 5,54 - 8,85	8,86 7,04 - 10,49	5,93 5,45 - 6,70	9,69 7,94 - 11,74	10,89 9,42 - 13,59
		J	6,64 5,10 - 9,74	6,53 5,48 - 7,63		5,83 5,21 - 6,45	7,66 6,21 - 8,82	5,58 5,09 - 5,84	8,48 7,07 - 9,93	12,73 9,07 - 14,67
	중 간	K	7,21 5,20 - 10,45	6,41 5,44 - 9,06	7,21 5,99 - 12,16	5,75 5,40 - 6,55	8,14 6,37 - 9,23	5,60 4,91 - 5,92	8,73 7,68 - 10,16	10,74 9,38 - 13,56
		L	7,81 5,84 - 11,17	7,13 6,06 - 9,52	8,77 7,13 - 9,91	8,84 8,03 - 9,48	9,59 7,53 - 12,72	5,67 5,42 - 6,32	10,45 8,71 - 12,47	12,26 9,95 - 14,59

위 베를린 차임 일람표에 해당되지 않는 경우의 표준 임대료도 명시하고 있다. 가령, 중앙 난방 및 욕실이 없고, 평면에 화장실이 있는 오래된 건물(구식건물)의 경우, 거주 공간 평방미터당 현지 비교 임대료는 1918년까지 입주 가능한 경우 열 1의 금액보다 낮은 월 2.34유로, 1919~1949년까지 입주 가능한 경우 열 2의 금액보다 낮은 월 2.34유로이다.

공동 난방 시설이 있거나 화장실이 있는 욕실(IWC)이 있는 오래된 건물(1918년까지 입주 가능)에 있는 아파트의 경우, 거주 공간 평방미터당 현지 비교 임대료는 1열에 표시된 금액보다 낮은 월 1.51유로이다. 중앙 난방이 있거나 평면에 욕실과 화장실이 있는 오래된 건물(1919년~1949년 사이에 입주 가능)에 있는 아파트의 경우, 거주 공간 평방미터당 표준 현지 비교 임대료는 2열의 금액보다 월 0.45유로 낮다. 중앙 난방이 있거나 아파트 내에 욕실과 화장실이 있는 신축 아파트(1950~1964년 입주 가능)의 경우, 거주 공간 평방미터당 표준 현지 비교 임대료는 3번 열에 표시된 금액보다 적은 월 1.55유로이다.

(5) 과밀주택시장으로 지정된 지역에서의 임대료

앞서 말했듯 임대인이 위 지역상례적 비교차임에 따라 임대료 인상을 청구할 수 있어도 그 임대료는 3년 간 20%를 초과할 수 없다. 독일은 2000년대 중반부터 대도시 중심으로 임대료가 급증하자, 2013년 개정법을 통해 주택 공급이 부족한 인구과밀지역을 선정하여 주정부가 법규명령으로 최고 5년 동안 차임의 상한율을 15%로 하향 조정하는 권한을 부여하였다. 그리고 독일은 2015. 6. 1. 임대료 제동법(Mietpreisbremse) 시행을 통해서 인구과밀지역으로 지정된 지역에서의 임대차 계약에서 최초의 임대료를 규제하도록 하였다.⁹⁸⁾

이에 따라 주정부는 최대 5년의 기간을 지정하여 1) 연방 평균보다 차임이 명백히 높게 증가하고, 2) 해당 지역 가구의 차임 부담이 연방 평균보다 현저히 증가하고, 3) 신축으로 거주공간의 수요를 맞출 수 없을 정도로 거주 인구가 증가하고, 4) 높은 수요에도 공실이 부족한 지역을 과밀지역으로 선정하였다. 그리고 이러한 과밀지역에서의 신규 임대차 계약의 임대료는 지역상례적 비교차임의 최대 10%까지만 상회할 수 있다(독일 민법 제556d항). 그리고 2019년 10월에는 위 권한 부여 조항의 효력을 2025년 12월 31일까지로 연장하였다.

98) 고제현, “독일 임대료 규제 강화 동향과 시사점”, 주택금융리서치 제21호, 주택금융연구원(2021), 13면.

(6) 베를린식 차임 동결

독일 민법 제556조의d 이하에 따라 주거시장 상황이 열악한 지역의 주택에 차임 규제 규정이 적용되는데, 이때 베를린 주 전체가 해당지역에 포함되어 주택임대차 계약 시 차임은 지역 상례적 비교 차임의 10% 이상을 초과할 수 없다.

그러나 베를린은 2019. 10. 22. “차임 제한에 관한 새로운 법규 규제에 관한 법률(Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin, MietenWoG Bln)” 초안을 통과시켰다. 베를린의 차임을 동결하는 규제는 2025년 2월 23일까지 한시적으로 적용하는 형식으로 2020. 2. 23. 발효되었다. 이는 2014년 이전에 지어진 건물에 대한 월세를 5년 간 동결하는 것으로, 적용기준일인 2019. 6. 18. 소급 적용하여 이 기준일 시점의 차임으로 제한하는 내용이다.

다만 독일 연방헌법재판소는 2021. 3. 25. 베를린 주법에 의한 월세상한제에 대하여 위헌 판결을 내렸다. 헌법재판소는 연방정부와 중복 도입 문제를 지적하였는데, 연방 정부가 2015년부터 임대료 상한제를 두고 있어 이미 차임의 최상한을 규정하고 있기 때문에 주 정부가 중복으로 규제할 수 있는 권한이 없다고 본 것이다.

(7) 독일의 임대료 규제에 관한 평가

임대료 제동법에 관한 규제 시행 이후에 이코노미스트는 2018. 6. 15. 베를린에서 2015년에서 2017년에 약 10%의 임대료가 상승했는데 이는 규제 이전보다 높은 증가율로 임대료 제동법의 규제가 실패한 정책이라고 비판한 바 있다. 그리고 독일 경제 연구소의 경우에도 가시적인 주택 임대료 안정 효과에 대해서 회의적으로 평가하였다.⁹⁹⁾ 이러한 중간 평가 이후에 독일은 2019. 1. 1. 규제의 실효성을 강화하기 위한 개정안을 시행하기도 하였다.

베를린식 차임 동결에 대하여는 규제 시행 이후에 임대료 상승세가 둔화되었다가 위헌 판결 이후 다시 상승세를 보였고, 규제의 부작용으로 인하여 규제 대상 임대 물건이 감소하고 임차인의 이동이 제약 받는 것이 부작용이라는 평가가 있었다.¹⁰⁰⁾

99) 고제현, “독일 임대료 규제 강화 동향과 시사점”, 주택금융리서치 제21호, 주택금융연구원(2021), 14면

100) 고제현, “독일 임대료 규제 강화 동향과 시사점”, 주택금융리서치 제21호, 주택금융연구원(2021), 17-18면

나. 프랑스의 임대료 제도

(1) 최초 차임에 관한 규정

프랑스의 주택임대차법은 2014.3.24. ‘주거에 대한 접근 및 혁신도시화를 위한 2014년 3월 24일 법률’인 알뤼르 법(Alur)으로 개정이 이루어졌는데, 최초 차임에 관한 규제를 적용하였다. 프랑스는 알뤼르 법 시행 이후에 체결된 임대차 계약에 대하여 밀집지역에 위치한 주택에 대상으로 최초 차임에 대한 상한 규제를 적용하고, 그 밖의 지역에는 새로운 임대차에 대한 차임 규제를 배제하였다.

(2) 차임상한제

(가) 밀집지역의 의미

프랑스는 밀집지역에 대하여 차임 상한제를 적용하는데, 밀집 지역은 주거에 대한 접근이 매우 어려운 지역을 뜻한다. 밀집 지역은 차임 수준이 높은지 또는 구 주택 취득가가 높은지, 사회주택단지에 매년 입주하는 가구수에 비하여 사회주택입주신청자의 수가 많은지 여부로 판단한다.

(나) 차임감독기구

주택임대차법에서는 차임감독기구 조직을 설립하여 차임의 급등을 방지하기 위하여 그 추이를 감시하고 통제하도록 하였다. 차임감독기구는 주택담당 장관의 승인을 얻어서 설립하는데, 이러한 승인을 위해서는 정관상의 이사회에서 임대인과 임차인, 관리인이 동등하게 대표되는 것이 보장되어야 하고 자격 있는 인사들의 이사회 참여가 보장되어야 한다.

주택임대차법 제16조 및 제17조에 의하면 중앙정부나 지방자치단체, 자치단체연합에 차임감독기구를 둘 수 있게 하고, 인구가 5만 명 이상인 도시지역으로서 주택의 공급과 수요가 불균형하여 주거에 대한 접근이 어려운 곳에는 지역차임감독기구를 두도록 하였다.¹⁰¹⁾ 이러한 차임감독기구는 관할 지역의 차임

101) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 17 I. — Les zones d’urbanisation continue de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l’offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d’accès au logement sur l’ensemble du parc résidentiel existant, qui se caractérisent notamment par le niveau élevé des loyers, le niveau élevé des prix d’acquisition des logements anciens ou le nombre élevé de demandes de logement par rapport au nombre d’emménagements annuels dans le parc locatif social, sont dotées d’un observatoire local des loyers prévu à l’article 16 de la présente loi.

에 관한 자료를 수집하여 통계결과를 보급하여야 한다.

(다) 도지사에 의한 상한제

인구 5만명 이상인 도시지역으로서 주택 공급과 수요가 불균형하여 주거에 대한 접근이 매우 어려운 곳에서는 도에 있는 국가의 대표자가 매년 규칙(arrete)으로 기준 차임과 최고기준차임, 최저기준차임을 정한다(제17조 I 제2항). 이 차임들을 표시할 때는 거주할 수 있는 평면의 제곱 미터당 가격, 주거의 범주, 지리적 구분을 기재한다.

제17조I 에 따르면, 기준 차임은 “지역 차임감독기구가 주거의 범주와 지리적 구분에 의하여 확인한 차임수준을 기초로 계산한 평균차임”으로, 최고기준차임과 최저기준차임은 기준차임을 각각 증액하고 감액함으로써 정해진다. 그리고 최고기준차임은 기준차임보다 20% 높은 차임이고, 최저기준차임은 기준차임보다 30% 낮은 차임이다.

(라) 데크레(décret) 에 의한 상한제

주택임대차법 제18조에 따르면 각 밀집지역에 대하여 가구가 없는 주택과 갱신계약에서의 차임인상 한도는 매년 국사원을 거쳐 명령 또는 법령에 해당하는 데크레로 정하고 있다.

(마) 차임 개정에 관한 약정

주택임대차법은 임대차계약에서 차임 개정에 관하여 약정하는 것을 금지하지 않는다. 주택 임대차 계약서에 차임의 개정 조항이 명시되어 있는데도 불구하고 임대인이 차임을 개정하겠다는 의사를 임대차 개시일로부터 1년 내에 명시하지 아니하는 경우 이미 경과한 년도에 관하여는 개정 조항의 이익을 포기하는 것으로 간주한다(제17조의1 I 제3항). 임대인이 임대차개시일로부터 1년 내에 차임개정의를 명시한 때 그 차임 개정은 임대인이 요청한 때로부터 효력이 있다.

위 차임 개정 약정에 의한 차임의 변동은 국립 통계 및 경제연구소(INSEE)가 분기별로 공표하는 차임 기준지수(IRL)의 변동을 초과할 수 없는데(제17조의1 I 제2항), 차임기준지수는 차임과 담배를 제외한 소비자 물가 변동의 최근 12개월 간의 평균치이다. 기준일을 정하는 약정이 없는 경우 임대차 계약 체결일에 공표된 최종 차임기준지수(IRL)의 일자가 기준일이 된다.

다. 미국의 임대료 제도

미국은 연방법에 의하여 주택에 대한 임대료 규제 정책을 시행하고 있지 않고, 주 또는 도시별로 서로 다른 체계에 의해서 규제한다. 다만, 제2차 세계대전 이후에 주택 부족 및 인플레이션으로 임대료가 급등하자 연방정부는 1942년 “비상 가격통제법”(Emergency Price Control Act)을 제정하였고 1947년에는 “주거 및 임대료법(Housing and Rent Law, 1947)”을 제정하여 임대료를 제한하고자 하였다. 그러나 주거 및 임대료법은 1951년까지 한시적으로 시행되고, 이후에는 연방정부가 별도의 임대료를 통제하고 있지는 않다. 현재 미국은 뉴욕 주, 워싱턴D.C. 등 대도시를 중심으로 주택난으로 인하여 임대료가 급증하는 문제에 대하여 임대차 안정화 정책을 시행하고 있다.

(1) 뉴욕 주

뉴욕 주는 제1차 세계대전 때 최초로 차임에 관한 통제를 시작하였으며, 뉴욕 주의 임대료 규제에 관한 정책을 다른 지역으로 확대하거나 뉴욕주에 한정되었던 관할 범위를 확대하기도 하였다.

뉴욕 주는 1973년 이전에 건축된 주택에 한하여 임대료를 규제한다. 임대 주택의 건축년도에 따라 임대료 통제와 임대료 안정화 방식을 적용하며, 주법에 따라 카운티 단위에 “차임가이드라인위원회(Rent Guideline Board; 이하 RGB)”를 두고 있다. RGB에서 매해 임대차 차임 인상률의 상한을 고시하는데, 부동산세, 수도세, 유지비, 금융비용, 주택 공실률 등을 고려하여 차임 인상률에 대한 상한을 고시한다.

임대료 통제(Rent Control)는 1947년 2월 1일 이전에 건축된 주택을 대상으로 하며, 2년마다 운영비용 산정에 기초하여 조정되는 최대 기초임대료(Maximum Base Rent; 이하 MBR)가 상한으로 적용된다. RGB의 연간 임대료 인상률의 최근 5년 평균 또는 연간 7.5% 중에서 더 작은 수치의 범위 내에서 임대료를 인상할 수 있고, 그 인상된 임대료는 MBR을 넘을 수 없다. 한편 임대료 안정화(Rent Stabilization)는 1947년 2월 1일부터 1973년 12월 31일까지 건축된 주택에 적용되는데, RGB에서 매년 설정하는 임대료의 인상률을 초과하여 임대료를 인상할 수 없다.¹⁰²⁾

102) 김정섭, “해외 주요국 임대주택 관리제도 비교분석 연구 요약”, 주택관리공단(2023.8.), 24면

뉴욕주의 임대료 규제 연혁표

제1차 세계대전 시기	최초의 차임통제. 뉴욕주와 워싱턴 D.C. 등 일부지역에서 시행. 각각 1929년, 1924년에 종료됨.
제2차 세계대전 시기	1942년 한시법인 '비상 가격통제법(Emergency Price Control Act)'을 제정하여 주택 수급 불균형에 대응하기 위해 국가적 비상조치로서 차임 통제 조치를 도입. 1947년 실효
1950년	비상주택차임통제법(The Emergency Housing Rent Control Law) : 연방법인 비상가격통제법 만료에 대비하여 차임통제를 주법으로 규정.
1962년	지역비상주택차임통제법(The Local Emergency Housing Rent Control Act) : 차임통제 정책을 지방자치단체(뉴욕주)가 직접 관할.
1971년	공실주택탈규제법(The Vacancy Decontrol Law) : 1971. 7. 1. 이후 공실이 되는 경우 차임 규제 적용을 배제.
1974년	비상임차인보호법(The Emergency Tenant Protection Act, ETPA) : 뉴욕주가 1969년 도입한 차임안정제도를 뉴욕주 외 다른 지역으로 확대하여, 1971년 공실주택탈규제법에 의해 탈규제화된 주택에 새로이 차임안정제도 적용을 받게 함.
1983년	일괄주거법(The Omnibus Housing Act) : 뉴욕주 주택 및 지역개발국의 관할범위를 뉴욕주를 포함한 주 전역으로 확대.
1993년	차임규제개혁법(The Rent Regulation Reform Act) : 고소득 세입자, 고가 주택의 적용 배제
2019년	주거안정 및 세입자보호법(The Housing Stability and Tenant Protection Act) : 차임 규제 적용이 가능한 지방자치단체의 일정 인구 수 이상 제한을 없애고, 차임 규제 제도의 일몰조항을 없애서 영구적인 제도로 변경함.

(2) 그 외 도시별 임대료 규제 정책

(가) 오리건 주

15년 이상 된 건물에 대해서는 연간 7%에 물가상승률을 더한 값 이상으로 임대료를 인상하지 못하지만, 주(週) 단위의 단기임대차는 제외한다. 차임 인상률 상한에 대한 산정 주체는 오리건 주 경제분석국이다.

(나) 워싱턴 D.C.

1975년 이전에 지어진 건물에 대해서 차임의 인상률은 연간 2%에 소비자물가지수를 더한 값으로 연 10%를 넘지 못한다. 세입자가 고령자 또는 장애인인 경우 최대 연 5%를 초과하지 못한다. 한편 임대인의 수익률이 12%를 넘지 못할 경우 임대인의 곤궁 청원을 통해 차임 상한 규정의 예외를 인정받을 수 있다.

(다) 캘리포니아 주

2020. 1. 1.로 시행된 AB 1482는, 주거용 부동산의 임대인은 차임을 인상할 때 그 직전 12개월간의 차임을 기준으로 ‘연 5%에 생활비 변동률을 더한 값’ 또는 ‘연 10%’ 넘게 인상할 수 없다. 차임에 대한 인상은 연 2회만 가능하다. 15년 이상 된 건물에 한하여 적용된다.

(라) 뉴저지 주

별도의 차임에 관한 규제법은 없으나, 차임 인상이 비양심적(unconscionable)일 경우에는 세입자가 이를 거부하고 다룰 수 있다.

라. 관리비에 관한 규정 명시

(1) 독일

독일은 민법 제556조, 제556조의a, 제556조의c, 제560조를 통해 관리비에 관한 내용을 규정하고 있다. 독일은 관리비에 대하여 “토지에 대한 소유권 또는 지상권에 의하여 또는 건물, 부속건물, 시설, 설비 및 토지를 그 용법에 좇아 사용함에 의하여 소유자 또는 지상권자에게 계속적으로 발생하는 비용”이라고 정의하면서, 위 관리비를 임차인이 부담하는 것으로 약정할 수 있고 관리비의 산정에 관하여는 2003. 11. 25. 관리비령을 적용한다고 명시한다(제556조 제1항).

독일은 관리비를 일괄 정액 또는 선급으로 지급할 것으로 약정할 수 있으며, 선급된 관리비는 매년 정산하여야 한다(제556조 제2항 및 제3항). 관리비를 일괄 정액으로 정한 경우에는 임대차계약에서 약정되어 있을 경우 임대인이 관리비용의 증가분을 임차인에게 비율로 할당하는 문면에 의한 의사표시를 할 수 있는데, 이때 할당 근거에 대한 지적과 설명이 포함되어 있어야 한다(제560조 제1항). 임대인과 임차인 사이에서 다른 약정이 없을 경우 관리비는 주거면적의 비율에 따라 할당한다(제556조의a).

(2) 프랑스

프랑스의 경우 관리비는 임차인이 부담하는 주택 자체의 유지 및 사소한 수리의무로 인하여 발생하는 비용과는 구분되는데, 1989년법은 임대인이 근거를 제시하며 상환을 청구할 수 있는 관리비를 제한하고 있다. 1989년법 제23조 제1항에 따르면, 임대인이 임차인에게 상환 청구할 수 있는 관리비는 3가지 항목으로, (1) 임차목적물의 여러 구성부분의 사용과 연관된 서비스에 대한 대가, (2) 임차목적물의 공용

부분의 현상유지 및 사소한 수리를 위한 비용, (3) 임차인이 직접 이용하는 서비스에 대한 대가이다.¹⁰³⁾

위 항목과 같이 임대인이 임차인에게 상환을 청구할 수 있는 관리비의 경우, 임대인은 그 지출의 근거를 제시하여야 한다. 1989년법에서는 임대인이 임차인에게 예납금을 요구하는 것을 허용하는데, 예납금은 지난 해의 비용을 근거로 산출되며 최소 1년마다 재산정된다.

마. 소결

각국의 임대료 규제 정책을 정리하면 다음과 같다. 임대료 규제 정책을 가장 강하게 시행하고 있는 국가는 독일이었다. 독일은 주택 임대차의 차임 산정 방식도 민법에서 정하고 있다. 그리고 임대인이 임차인에게 차임 인상을 요구할 때 그 의사 표시와 이유를 서면에 기재하여야 하는데, 이유 제시에 있어서도 임대인의 자의적인 이유가 아니라 차임일람표 등 객관적인 자료에 근거하여야 한다. 차임일람표의 경우 주택의 건축 년도, 가구 및 욕실 등의 구비 항목과 공간 규모 및 주택 입지가 좋은지 여부에 따라 기준이 되는 차임이 각각 다르다. 임대인은 자신이 소유한 주택이 차임일람표상 어디에 속하는지에 따라 그 범위 내에서 차임 인상을 요구할 수 있다.

특히 독일은 과밀주택시장으로 지정된 경우에 임대료에 관한 규제를 더욱 강화하고 있는데, 이러한 규정이 있음에도 베를린은 2019년 한시법을 통해 2019.6.18. 기준일로 소급하여 차임 제한을 실시하였다. 다만 이 임대료 규제 정책은 헌법재판소의 위헌 판결로 인하여 더 이상 실시하고 있지는 않으며, 정책의 효과에 대한 판단도 다양하다. 다만 독일은 세입자의 주거 부담 가능성을 위한 정책적인 시도를 꾸준히 하고 있다는 점을 알 수 있다.

103) **Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 Article 23** Les charges récupérables, sommes accessoires au loyer principal, sont exigibles sur justification en contrepartie :

1. Des services rendus liés à l'usage des différents éléments de la chose louée ;
2. Des dépenses d'entretien courant et des menues réparations sur les éléments d'usage commun de la chose louée. Sont notamment récupérables à ce titre les dépenses engagées par le bailleur dans le cadre d'un contrat d'entretien relatif aux ascenseurs et répondant aux conditions de l'article L. 125-2-2 du code de la construction et de l'habitation, qui concernent les opérations et les vérifications périodiques minimales et la réparation et le remplacement de petites pièces présentant des signes d'usure excessive ainsi que les interventions pour dégager les personnes bloquées en cabine et le dépannage et la remise en fonctionnement normal des appareils ;
3. Des impositions qui correspondent à des services dont le locataire profite directement.

프랑스의 경우에도 주거의 공급보다 수요가 더 많은 지역에 대하여 주거에 대한 접근이 어려운 지역이라 하여 밀집지역을 지정하고 있다. 그리고 차임감독기구를 통해 차임 산정을 관리 감독하고 있다. 프랑스는 임대인과 임차인 간의 차임 개정 약정을 금지하고 있지는 않지만 임대인이 그 의사를 1년 내 명시하지 않을 경우 경과된 년도에 대하여 개정조항의 이익 포기라고 보고 있으며, 개정에 의한 약정이 있더라도 차임의 변동 범위는 차임기준지수(IRL) 내에 있어야 한다.

미국은 도시별로 임대료 규제 정책을 시행하고 있는데, 일반적으로 건축 년도가 10년 또는 15년 이상인 건물에 대하여는 일정 범위를 초과하여 임대료를 인상하지 못하게 하고 있다. 특히 워싱턴 D.C.의 경우 세입자의 나이나 장애여부에 따라 임대료 인상률을 연 5% 초과하지 못하게 하는 것이 특징이다. 이처럼 독일, 프랑스, 미국은 임대료 규제 정책을 통해 임대인이 객관적인 이유 없이 자의적으로 임대료의 인상을 요구할 수 없도록 하고 있다.

또한 독일과 프랑스는 주택임대차와 관련된 법에 관리비를 규정하고 있다. 임대인이 관리비에 대하여 객관적인 지출의 근거나 자료를 제시하도록 규정함으로써 관리비도 주거비의 일종으로서 임차인이 당연히 알아야 하는 정보 중 하나라는 인식과 더불어, 비용의 적절성을 갖추어야 할 필요가 있다.

VI. 제도개선이 필요한 사항

1 거주적합성

가. 임대주택 등록제

(1) 현행 임대주택 등록제

현재 존재하는 민간임대주택 등록 제도는 사적 임대주택에 거주하는 세입자가 잦은 이사와 과도한 임대료 상승 위협에 노출되어 있는 상황에서 민간에 의해 공급되는 주택에도 공공성을 어느 정도 부여하고자 도입되었다. 민간임대주택 등록 활성화 정책 도입 당시 민간등록임대주택은 계약갱신청구권과 전월세상한제의 적용을 받아 4년 또는 8년 이상 안정적으로 거주할 수 있도록 하는 효과가 있으리라 기대되었다, 정부의 임대주택 등록 활성화 정책에 따라 2018년 14.8만 명, 2019년 7.4만 명의 임대사업자가 신규로 등록하였고, 이를 통해 2018년 38.2만 호, 2019년 14.6만 호의 민간등록임대주택이 신규 확보되었다.¹⁰⁴⁾

그림 1 Kemeny(1995)의 유형론을 활용한 임대주택 등록 활성화 정책의 이해



104) 윤성진, “민간등록임대주택 관련 제도 변화와 시사점-임대인 혜택과 세입자 권리 변화를 중심으로”, 국토연구원, 2021.

현 민간임대주택 등록 제도는 세입자의 권리 보장보다는 임대인 세제 혜택을 중심으로 설계되어, 민간임대주택 전반에 걸친 임대인의 자격이나 임대주택의 품질에 대한 관리보다는 임대인에 대한 인센티브 제공이 주가 되었다는 한계가 있다. 민간임대주택 등록 제도의 실효성에 대한 다양한 비판 속에서 임대보증금 보증 의무화 확대, 임대인 세제 혜택 요건 강화 등 제도의 변화가 나타나기도 하였고, 이후 2021년 6월 임대차 신고 제도가 도입되면서 민간임대주택 등록 제도를 전면 폐지하여야 한다는 의견도 등장하였다.¹⁰⁵⁾

(2) 임대주택 등록제 활용 방향: 임대인 및 임대주택 관리감독

세제혜택 위주의 현 민간임대주택 등록 제도는 변경될 필요가 있으나, 임대차 신고 제도는 임대주택 등록 제도를 대체할 수 있는 제도는 아니므로 임대주택 등록 제도를 폐지하는 것보다는 임대주택 등록을 보편적인 민간임대주택을 대상으로 의무화하는 방향으로 운용하는 것이 주거권 보장에 보다 적절할 것으로 보인다. 임대차 신고 제도는 일단 임대차계약이 체결된 후 신고하는 것으로, 행정청의 감독이 개입되지 않는 사후적 보고에 그치기 때문이다.

임대인의 자격이나 임대주택의 품질에 대한 행정청의 사전적 감독이 이루어질 수 있도록, 민간임대주택 등록을 한 임대인과 임대주택만이 임대차 시장에 나올 수 있도록 하는 체계가 마련될 필요가 있다. 이를 위하여 현재 민간임대주택에 관한 특별법 제5조의 임대사업자 등록 관련 사항을 모든 임대인을 대상으로 의무화할 필요가 있다. 이때 일정한 등록 기준 설정을 통하여 임대인 및 임대주택에 관한 관리감독을 할 수 있을 것이다.¹⁰⁶⁾

(가) 임대인에 관한 관리감독

임대사업자에 관하여는 민간임대주택에 관한 특별법 시행령 제2장에서 임대인으로 등록할 수 있는 자의 기준 및 임대주택으로 등록할 수 있는 주택의 기준을 구체화할 필요가 있다. 현재는 주택을 소유하거나 취득할 자라면 모두 임대사업자로 등록할 수 있도록 되어 있고(민간임대주택에 관한 특별법 시행령 제4조 제2항), 등록 제한 사유로는 5년 내 임대주택 사업 부도 발생 사실만 규정되어 있다(같은 조 제3

105) 한국도시연구소, “임대주택등록제 현황 및 조세 등 개선 방안 마련”, 2021.

106) 영국에서 임대인 면허제(Landlord licensing, 2004년 주택법(Housing Act 2004)에 따라 일정한 조건의 지역에서 도입 가능케 됨)나 주택 건강 및 안전 등급 시스템(The Housing Health and Safety Rating System, HHSRS)을 활용한 사례를 참조할 수 있다. 영국 정부 홈페이지 참조.
<https://www.gov.uk/government/publications/selective-licensing-in-the-private-rented-sector-a-guide-for-local-authorities/selective-licensing-in-the-private-rented-sector-a-guide-for-local-authorities>

항). 다수의 전세사기·깡통전세 사안에서 임대인의 세금 체납 등도 세입자의 보증금 반환을 방해한 것을 고려할 때, 임대인이 되려는 자의 납세 현황이나 채무 현황 또한 임대인 등록 가능 여부 판단 시 고려되는 기준이 되어야 한다.

또한 임대인 변경에 따른 보증금 미반환 문제와 관련하여, 단기적으로는 임대주택 양도 시 임차인에 대한 사전통지 및 계약해지를 가능하게 하되, 장기적으로는 임대주택의 양수인 또한 자격기준을 충족하도록 하는 방안도 고려해볼 수 있다. 이에 관하여 주택 매수인의 자격기준을 정하는 것은 계약자유에 대한 침해 소지가 있다는 우려가 제기될 수도 있으나, 주택은 단순한 재산과는 구별되는 점, 특히 임차인이 거주하고 있는 주택은 더욱 그렇다는 점을 고려할 필요가 있다.

(나) 임대주택에 관한 관리감독

임대주택에 관하여도 일정한 기준에 부합하는 주택만 임대될 수 있도록 할 필요가 있다. 이를 위하여 주거의 적정성을 강화할 수 있도록 임대 가능한 주택의 최저기준을 설정할 필요가 있다. 먼저 주거기본법상 최저주거기준을 개정하고, 민간임대주택에 관한 특별법에 따른 임대주택 등록 시 주거기본법상의 최저주거기준을 충족할 것을 요건으로 두면 될 것이다.

최저주거기준에 관하여 살펴보면, 주거기본법 제17조는 국민이 쾌적하고 살기 좋은 생활을 하기 위해 필요한 최소한의 주거수준에 관한 지표로서 최저주거기준을 설정, 공고하여야 한다고 명시하고 있으며, 주거기본법 시행령 제12조에서는 국토교통부장관이 설정, 공고하는 최저주거기준에 포함되어야 하는 내용을 명시하고 있다. 그러나 현재 국토교통부에서 명시하고 있는 최저주거기준의 경우, 2011년에 시행되어 일부 개정된 이후로 어떠한 개정의 움직임이 없는 상황이다. 2015년에 주거기본법이 시행되어 주거권이 마련되었음에도 불구하고 이러한 시대적 변화를 반영하고 있지 않다.

최저주거기준

[시행 2011. 5. 27.][국토해양부공고 제2011-490호, 2011. 5. 27., 일부개정]

제4조(구조·성능 및 환경기준) 주택은 안전성·쾌적성 등을 확보하기 위하여 다음 각호의 기준을 모두 충족하여야 한다.

1. 영구건물로서 구조강도가 확보되고, 주요 구조부의 재질은 내열·내화·방열 및 방습에 양호한 재질이어야 한다.
2. 적절한 방음·환기·채광 및 난방설비를 갖추어야 한다.
3. 소음·진동·악취 및 대기오염 등 환경요소가 법정기준에 적합하여야 한다.
4. 해일·홍수·산사태 및 절벽의 붕괴 등 자연재해로 인한 위험이 현저한 지역에 위치하여서는 아니된다.
5. 안전한 전기시설과 화재 발생 시 안전하게 피난할 수 있는 구조와 설비를 갖추어야 한다.

따라서 현실에 맞게 주거기본법 제17조의 최저주거기준의 설정과 관련하여 그 내용을 구체화하는 것이 필요하다. 이를 위해서 아래와 같이 주거기본법 및 주거기본법의 시행령을 개정할 수 있다.¹⁰⁷⁾

주거기본법 일부개정법률안(예시)

주거기본법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제17조(최저주거기준의 설정)

- ① 국토교통부장관은 국민이 쾌적하고 살기 좋은 생활을 하기 위하여 필요한 최소한의 주거 수준에 관한 지표로서 최저주거기준을 제17조의2부터 제17조의5까지에 따라 설정·공고하여야 한다. 이 경우 최저주거기준의 대상은 주택법 제2조에 따른 주택뿐만이 아닌 사람이 거주하는 모든 거처를 포함한다.
- ③ 제1항에 따라 최저주거기준을 설정할 때에는 인구구조 및 가구 특성의 변화에 따른 주거 수요를 고려하여야 하고, 사회적·경제적인 여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 최저주거기준의 타당성을 5년마다 재검토하여야 한다.
- ④ 제3항에 따른 주거수요 등을 고려하여 필요하다고 인정하는 경우 시설과 공간을 공동으로 사용하는 공유주택 및 고시원, 기숙사 등의 주거유형에 따라 최저주거기준을 별도로 설정할 수 있다.
- ⑤ 최저주거기준에는 주거면적, 용도별 방의 개수, 주택의 구조·설비·성능 및 환경요소 등 대통령령으로 정하는 사항이 포함되어야 하며, 사회적·경제적인 여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되어야 한다.

주거기본법 시행령 일부개정법률안(예시)

주거기본법 시행령 일부를 다음과 같이 개정한다.

제12조의2부터 제12조의6까지를 각각 다음과 같이 신설한다.

제12조의2(최소 주거면적 기준 등) ① 모든 가구의 가구구성별 최소 주거면적, 방 개수 및 방 면적 등은 다음 각 호의 기준에 따른다.

1. 최소 주거면적은 25제곱미터 이상으로 한다. 다만, 가구구성원 2인 이상일 경우 8제곱미터와 가구구성원 수를 곱한 면적에 14제곱미터를 합산한 면적으로 한다.
 2. 제1호의 가구구성원 수에 따라 최소 주거면적을 정하는 경우 10세 미만의 구성원은 1인 이하로 산정할 수 있다.
 3. 가구구성에 따른 세부적인 방 개수 및 사용기준은 구성원의 성별 및 연령 등을 고려하여 정한다. 다만, 부부 또는 생활동반자가 아닌 10세 이상의 이성 가구원은 같은 방을 침실로 사용할 수 없다.
 4. 10세 이상의 가구구성원이 사용하는 독립된 방의 면적은 7제곱미터 이상, 높이는 2미터 이상이어야 한다.
- ② 제1항에도 불구하고 제17조제4항에 따라 최저주거기준을 별도로 설정하는 경우 1인이 독립적으로 사용하는 공간의 최소 면적은 10제곱미터로 한다.

제12조의3(필수적인 시설 및 설비 기준 등) ① 모든 주거는 최소한의 주거생활을 영위하기 위하여 필수적인 다음 각 호의 시설과 설비를 갖추어야 한다.

1. 상수도 또는 수질이 양호한 지하수 이용시설 및 하수도 시설
2. 상·하수도 시설과 연결된 전용 입식부엌, 수세식 화장실, 목욕시 설비

107) 본 예시는 2021. 7. 12. 제21대 국회에서 심상정의원이 대표로 발의한 주거기본법의 일부개정법률안을 반영하여 일부만 추가 작성하였다.

3. 에너지 공급을 위한 전기설비나 가스설비, 온수공급 설비

4. 적절한 실내 온도 유지를 위한 효율적인 냉·난방 설비

5. 화재 안전을 위한 대피로 및 소방설비

6. 범죄의 위험을 예방할 수 있는 설비

7. 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설 및 설비

② 필수적인 시설 및 설비의 기준에는 제1항 각 호의 사항 구비 여부를 판정할 수 있는 구체적인 기준이 포함되어야 한다.

제12조의4(구조안전 기준) ① 모든 주거는 안전한 주거생활을 위하여 다음 각 호의 사항을 충족하여야 한다.

1. 풍압이나 지반이동 등으로부터 안전한 구조강도를 유지할 것

2. 내외부가 본래의 기능을 유지할 수 있는 상태일 것

3. 주요 구조부의 재질은 내열, 내화, 방열 및 방습에 양호한 품질일 것

4. 해일, 홍수, 산사태 등 자연재해로부터 안전한 곳에 위치할 것

5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 요구 사항

② 구조안전 기준에는 제1항 각 호의 사항에 필요한 세부적인 요건 과 충족 여부를 판정할 수 있는 구체적인 기준이 포함되어야 한다.

제12조의5(환경안전 기준) ① 모든 주거는 거주자의 신체적·심리적 건강과 쾌적한 생활을 위하여 다음 각 호의 사항을 충족하여야 한다.

1. 침실, 거실 등의 실내 공간에 충분한 자연채광

2. 내부 오염물질 및 습기 배출을 위한 적절한 환기

3. 방수, 방습, 방풍, 방음을 위한 내외부 차단 및 단열, 기밀 유지

4. 사생활 노출 방지 및 범죄 위험으로부터 안전

5. 해충 및 해충의 침입으로부터의 안전

6. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

② 환경안전 기준에는 제1항 각 호의 사항을 위해 필요한 세부적인 요건과 충족 여부를 판정할 수 있는 구체적인 기준이 포함되어야 한다.

제12조의6(최저주거기준 미달 조사) ① 국토교통부장관은 국민들의 주거수준을 점검하고 필요한 경우 주거 이동을 지원하기 위하여 정기적으로 최저주거기준 미달 가구를 조사하여야 한다.

② 국토교통부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 수시로 최저주거기준 미달을 조사하여야 한다.

1. 소유주 또는 임대인이 요청하는 경우

2. 임차인이 요청하는 경우

3. 주거급여를 신청하는 경우

4. 그 밖에 대통령령으로 정한 경우

나. 양질의 주거를 제공할 임대인의 의무 명시

주택임대차보호법은 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하는바, 임대인에게 양질의 주거를 제공할 의무를 부여함으로써 임차인이 적절한 주거지에서 안정적인 생활을 할 수 있도록 해야 한다.

앞서 살펴본 바와 같이 프랑스는 주택 임대차법에 임대인의 의무 중 하나로 임대 부동산이 양질의 주거여야 한다는 점을 명시하고 있으며, 영국과 미국은 주택임대차와 관련된 법에 임대인이 주거에 적합한 상태로 주거용 건물을 제공하여야 한다고 명시하고 있다. 이러한 해외 사례를 참고하여 국내 주택임대차보호법에도 임대인이 임차인에게 양질의 주거를 제공할 의무가 있음을 명시할 수 있다.

주택임대차보호법 일부개정법률안(예시)

주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제5조를 다음과 같이 신설한다.

제5조(임대인의 양질의 주거를 제공할 의무) ① 임대인은 임차인에게 양질의 주거를 제공하여 임차인의 주거생활의 쾌적함과 안정을 보장하여야 한다. 이때 임대인은 최소한 최저주거기준을 충족하는 주거를 임차인에게 제공하여야 한다.

② 임대인이 양질의 주거를 제공할 의무는 임대차 계약을 체결할 때부터 임대차 계약의 기간이 종료될 때까지 지속된다.

다. 정보제공의무 강화 및 공인중개사 관리감독 강화

임대인과 공인중개사가 정보제공의 의무를 다하지 않았을 때 장차 세입자가 겪게 되는 보증금 피해는 세입자의 현재와 미래를 고통에 빠뜨린다. 현행 법에서는, 세입자가 계약 과정에서 임차주택의 선순위보증금 및 세금 체납, 보증기관에 대한 채무 등의 중요 정보를 원하는 만큼 확인할 수 없음으로써 임대보증금반환보증보험에 가입하지 못하거나 보증금을 반환받지 못하는 등의 피해를 보고 있다.

따라서 임대인과 공인중개사의 정보제공 의무를 강화하여 세입자의 재산권을 침해할 수 있는 상황을 방지하고 건전하고 공정한 중개를 가능케 할 필요가 있다. 먼저, 현재 주택임대차보호법 제3조의7에서는 '임대인의 정보 제시 의무'라는 표제 아래 임대인의 의무를 규정하고는 있으나, 그 제공 대상 정보가 한정적이고 정보를 제공하지 아니하였을 경우의 제재수단이 특별히 규정되어 있지 않아 현실적으로 작동하지 않고 있다. 임대인의 제공 대상 정보를 확대하고 미제공 또는 제공 거부 시의 제재수단을 규정하여 임대인의 정보제공 의무를 강화할 필요가 있다. 임대차계약을 중개하는 공인중개사에 대하여도 이러한 정보를 확인하고 설명하여야 할 의무 및 미준수 시 제재수단을 강화하여야 함은 물론이다. 다음으로, 현재 공인중개사법 제38조 및 39조에서는 공인중개사가 일정한 의무 위반 시 업무정지나 등록취소가

이루어질 수 있다고 규정하고는 있으나, 실제로 그 감독 및 처분이 엄격히 이루어지지 아니하고 있고, 감독 및 처분이 이루어질 경우에도 주택임대차 시장의 예비 임차인들은 이를 모르고 계약을 하는 경우가 많다. 식품위생법상 영업정지 처분의 경우 영업소에 영업정지 안내문이 부착되고, 관할 행정청 홈페이지 및 일간신문에 위반사실이 공표되며, 영업정지 기간 중 영업 시 형사처벌의 대상이 될 수 있는 것처럼 공인중개사법상 업무정지 처분 또한 더욱 강화될 필요가 있다.

라. 표준계약서 및 임차대상물확인설명서 의무화

한편, 현 정부에서 제시하고 있는 전세사기 예방 대책은 의무화되어 있지 않은 주택임대차표준계약서에 특약을 추가하는 것이 다수인데, 특약사항 또한 의무화된 조항이 아니기 때문에 주택임대차계약이 체결되는 현장에서 미작동하는 경우가 지배적이다.

이에 현재 권고사항으로 되어 있는 주택임대차표준계약서 사용을 모든 임대차 계약에 의무화하고, 기재되어야 할 정보를 구체적으로 명시하며, 이를 어길 경우 임대인과 공인중개사에게 과태료를 부과함으로써 임차인에게 필요한 정보가 제공될 수 있도록 할 필요가 있다. 이 때, 주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다.

주택임대차보호법 일부개정법률안 (예시)

주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제30조를 다음과 같이 한다.

제30조(주택임대차표준계약서 사용) ① 주택임대차계약을 체결할 때에는 법무부장관이 국토교통부장관과 협의하여 정하는 주택임대차표준계약서를 사용하여야 한다.

② 제1항의 표준임대차계약서에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 임대료
2. 임대차 계약기간
3. 주택가격 대비 임대차 보증금 비율
4. 임차주택의 선순위 담보권, 국세·지방세의 체납사실 등 권리관계에 관한 사항
5. 임대인의 보증기관 채무 등 임대보증금반환보증보험 가입에 필요한 사항
6. 임대인 및 임차인의 권리·의무에 관한 사항
7. 임차주택의 수선·유지 및 보수에 관한 사항
8. 임대차계약의 해제·해지 등에 관한 사항
9. 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 사항

제32조를 다음과 같이 신설한다.

제32조(과태료) ① 제30조에 따른 표준임대차계약서의 내용을 허위로 작성한 임대인 또는 공인중개사에게는 3천만 원 이하의 과태료를 부과한다.

② 제30조에 따른 표준임대차계약을 사용하지 아니한 임대인 또는 공인중개사에게는 1천만 원 이하의 과태료를 부과한다.

한편 모든 주택임대차계약에서 세입자는 공인중개사의 중개 의뢰 여부와 상관없이 임차주택과 임대인에 대한 주요 정보를 확인하고 설명받아야 한다. 이는 계속되는 전세사기 피해를 예방하고, 세입자의 안전한 주거를 보장하기 위해서 반드시 필요한 과정일 것이다. 쾌적한 주거환경이 보장되고 임차목적물로서 충분히 사용수익할 수 있는 공간인지를 계약자 간 명확히 확인할 필요가 있으며, 보증금 미반환 피해로부터 세입자의 재산권 보호를 위해서 임대인의 미납세금 등을 확인하는 과정이 반드시 필요하다.

이를 위해, 공인중개사법에 명시되어 있는 중개대상물확인설명서(공인중개사법 제25조 중개대상물의 확인설명)를 모든 주택임대차계약에 적용할 수 있도록 주택임대차보호법을 일부 개정하여 ‘임차대상물 확인설명서’로 규정하고 임대인이 성실 정확하게 확인하고 설명하는 과정과 설명의 근거자료를 제시해야 할 의무를 가지도록 하며, 합의에 따라 공인중개사가 이를 대리할 수 있고, 임대인이 거부할 경우 임대업에 대한 제재를 가할 수 있도록 할 필요가 있다.

또한 원상복구 및 주택하자에 관한 분쟁을 미연에 방지하고 대응방침을 합의하려면 적절한 기준이 필요한데, 이것은 세입자와 임대인이 입·퇴실 과정에서 현 시설물의 상태를 성실 및 공정하게 확인하는 과정이 전제되어야 하고, 이를 바탕으로 각각 임차대상물확인설명서를 공동으로 작성하는 절차가 의무화되어야 한다.

현행법에서는 관련 절차가 부재하여 관행적으로 세입자가 임대인의 일방적인 청소비 지급 요구에 굴복하기도 하고, 심리적·금전적 피해를 입게 되거나, 보증금의 일부 금액을 돌려받지 못하는 피해가 발생하기도 한다.

이를 개선하기 위해서는 계약서 작성에 앞서 입장 과정에서 임차대상물확인설명서를 공동으로 작성하도록 하고, 주택하자 분쟁 발생 시 책임과 의무를 판단하는 구체적인 기준을 공동으로 확인하게끔 하여 예측불가능한 피해를 상호 간에 방지할 수 있도록 할 필요가 있다. 또한, 계약 해지 및 만료에 따른 퇴실 과정에서도 임차대상물확인설명서를 바탕으로 세입자의 원상복구 의무를 점검하도록 하여 근거 없는 청소비 및 하자보수비 요구를 세입자가 합리적으로 대응할 수 있는 환경을 제공할 필요가 있다.

2 거주안정성

가. 점유안정성 강화

세입자의 거주안정성을 강화하기 위한 방안 마련이 필요하다. 우선 주택 임대차 기간의 경우, 현행법에서는 기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차에 대한 기간을 2년으로 보장하고 있다. 하지만 세입자의 입장에서 2년이라는 거주 기간은 점유의 안정성을 보장받고 있다고 하기에는 짧은 기간이다. 임차인이 임대인에게 계약의 갱신 요구권을 행사하여 임대차가 갱신된다고 해도 1회에 한하여 그 존속기간을 2년으로 하고 있어, 총 4년의 기간만 보장되는 셈이다.

주택 임대차 계약의 갱신과 관련하여, 현행법은 임차인이 계약 갱신을 요구할 경우 임대인은 정당한 사유 없이 거절하지 못하게 하고 예외적인 경우에 정당한 사유 없이 임대인의 계약 갱신 거절이 가능하다. 그러나 문제는 임대인이 정당한 사유 없이 계약의 갱신을 거절할 수 있는 사유를 악용하는 경우이다.

주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호에 의하면 직계존속 및 직계비속을 포함한 임대인이 목적 주택에 실거주하려는 경우 정당한 사유 없이도 계약의 갱신을 거절할 수 있고, 같은 조 제5항은 이러한 사유로 계약 갱신을 거절하였으나 갱신요구가 거절되지 않았더라면 갱신되었을 기간이 만료되기 전에 정당한 사유 없이 제3자에게 목적 주택을 임대한 경우 이로 인하여 임차인이 입은 손해를 배상하도록 하고 있다. 그러나 임대인이 허위로 위 사유를 들어 계약 갱신을 거절할 경우에 임차인이 이를 확인하여 자신이 입은 손해에 대한 배상청구를 하기 힘든 것이 현실이다. 따라서 현행법에 마련된 구제 방안을 현실화할 수 있는 행정 절차가 필요하다. 가령 임차인이 손해배상 청구를 제기하기 전에 관할 주민센터를 찾아가 자신이 주택의 이전 임차인이었던 사실과 정당한 사유 없이 임대인이 계약 갱신을 거절했다는 사실, 이에 대한 객관적인 자료를 제공하면서 현재 임차인에 대한 정보 확인을 요청하면, 주민센터가 해당 주택의 현재 임차인이 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호 사유에 해당하는 자인지 확인해주는 방법을 생각해볼 수 있다. 관할 주민센터에는 해당 내용에 관한 가이드라인을 구성해서 민원에 대비할 수 있다. 임대인의 허위 사유가 확인될 경우 임차인은 이를 입증자료로 사용하여 손해를 배상받을 수 있어야 할 것이다.

한편 독일은 ‘곤궁한 임차인의 항변’이라는 사회적 형평규정을 마련하여 임대인이 임대차 계약을 적법하게 해지할 수 있어도 임대인의 적법한 해지보다 그 해지로 인하여 임차인에 대한 가혹성이 더 클 경우에는 임대차를 해지할 수 없도록 한다. 그 예시 중 하나로 임차인이 대체주거공간을 마련할 수 없는

경우에 임차인에게 가혹한 상황이라고 판단하고 있다. 이러한 독일의 사례를 참고하여 국내 주택임대차 보호법에도 유사한 조항을 도입해서 임차인의 점유 안정성을 강화하는 방안을 고려해볼 수 있다. 다만 이 경우 먼저 독일에서 ‘곤궁한 임차인의 항변’ 규정이 어떻게 활용되고 운용되는지를 구체적으로 살펴야 할 것이다. 그리고 관련한 조항을 국내에 도입하는 것과 관련하여 가능성 및 필요성을 모색하는 것이 필요하다.

독일이 임차인에 대한 법적 지위를 강화하여 거주자의 안정성을 보장할 수 있는 것은 기본적으로 존속 기간의 정함이 없는 주택 임대차가 원칙으로 작동하기 때문이라고 볼 수 있다. 존속 기간의 정함이 없는 주택 임대차가 기본인 상황에서는 임대인의 해지권 행사가 더욱 엄격히 제한될 수 있기 때문이다. 이는 주거권이 인간의 기본적 권리로서 보장받아야 한다는 인식이 내재된 것이라 볼 수 있다. 국내의 경우, 현행 제도가 거주자의 안정성을 보장하고 있는지에 대한 문제 의식을 바탕으로 현실적으로 가능한 범위에서 임대차의 존속기간을 늘려 나가야 할 것이다. 이러한 과정을 통해 장기적으로는 기한의 정함이 없는 주택 임대차에 대한 논의도 고려해볼 수 있을 것이다.

나. 임대차 분쟁조정 실효성 강화

2017년 개정된 주택임대차보호법에 근거한 주택임대차분쟁조정위원회 제도가 시행되었다. 대한법률구조공단의 6개 거점지부에 설치된 조정위원회는 각 관할구역 내 주택임대차와 관련된 분쟁을 심의·조정하는데, 이러한 분쟁조정은 현 민사소송법에 의한 조정제도와 달리 소송 이전 단계에 법원 외부의 위원회를 조정기관으로 하여 주택임대차 관련 분쟁에 특화하여 조정성립결과에 집행권원을 부여하는 제도이다.¹⁰⁸⁾

그러나 조정제도에 대한 생소함이나 불신으로 조정에 이르지 못하는 경우가 많으며, 접수된 사건 중 피신청인인 임대인의 조정불응 등의 사유로 각하처리되는 경우가 많다. 2017~2020년에 위원회에 접수된 임대차 분쟁조정 신청 가운데 실제 조정이 이뤄진 경우는 10건 중 2~3건에 불과해 조정 제도가 제대로 작동하지 못하는 것으로 나타났다.¹⁰⁹⁾

108) 최재석, “주택임대차분쟁조정위원회제도에 관한 실무적 고찰”, 한국조정학회, 2018.

109) 연합뉴스, “집주인-세입자 분쟁 조정 신청은 많은데...4분의 1만 조정 성립” 2020. 8. 11.

<https://www.yna.co.kr/view/AKR20200809062700003?input=1195m>

이는 신청인이 어렵게 결심하여 조정 신청을 하더라도 피신청인이 조정신청서를 송달받은 날로부터 7일 이내에 적극적으로 조정에 응하겠다는 의사를 표시하지 않는 이상 신청은 각하되고, 조정안이 마련된 다음에도 조정안을 통지받은 당사자가 통지받은 날로부터 7일 이내에 적극적으로 수락의 의사를 서면으로 표시하여야만 합의가 성립된 것으로 보기 때문이다.

건설분쟁조정위원회, 하자심사·분쟁조정위원회, 공동주택관리 분쟁조정위원회 등의 경우 근거 법률들은 당사자 일방이 조정에 응하지 않는 경우 500만 원 또는 1천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다. 또한 '언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률'은 피신청 언론사 등이 2회에 걸쳐 출석하지 아니한 경우 조정신청 취지에 따라 정정보도 등을 이행하기로 합의한 것으로 간주된다. 이러한 과태료 부과규정과 합의간주규정으로 조정이 활성화되는 효과가 일정 부분 존재한다.¹¹⁰⁾

따라서 주택임대차분쟁조정위원회의 분쟁조정절차에 관하여도 과태료 부과규정이나 합의간주규정을 두는 것을 고려할 필요가 있고, 최소한 송달 및 통지 이후 일정한 기간 내에 불응, 불복 의사를 밝히지 않으면 조정에 응한 것으로 간주하도록 주택임대차보호법 제26조를 개정할 필요가 있다.

현행	개정안
제26조(조정)의 성립) ① 조정위원회가 조정안을 작성한 경우에는 그 조정안을 지체 없이 각 당사자에게 통지하여야 한다. ② 제1항에 따라 조정안을 통지받은 당사자가 통지받은 날부터 14일 이내에 수락의 의사를 서면으로 표시하지 아니한 경우에는 조정을 <u>거부</u> 한 것으로 본다.	제26조(조정)의 성립) ① 조정위원회가 조정안을 작성한 경우에는 그 조정안을 지체 없이 각 당사자에게 통지하여야 한다. ② 제1항에 따라 조정안을 통지받은 당사자가 통지받은 날부터 14일 이내에 <u>거부</u> 의 의사를 서면으로 표시하지 아니한 경우에는 조정을 수락한 것으로 본다.

한편 계약기간 동안 발생하는 다양한 임대차 분쟁과 관련하여, 분쟁해결기준 및 대응지침을 마련하는 것이 필요하다. 예를 들어, 미국의 세입자는 주 단위별로 배포된 세입자 가이드를 활용하여 권리 보호 및 책임과 의무 조항을 바탕으로 임대차 분쟁에 관한 대응지침을 숙지할 수 있다. 소비자분쟁해결기준처럼 임대차 분쟁 대응지침을 중앙정부와 지자체 차원에서 마련할 필요가 있다. 이를 통하여 주택 관련 법제가 일상에서 보다 구체적으로 작동할 수 있을 것이다.

110) 사법정책연구원, “우리나라의 행정형 ADR 개선방안에 관한 연구”, 2019, 146면.

3 비용적절성

가. 표준임대료 도입

현행법은 차임 등의 증감청구권 조항을 통해서 증액 청구를 할 경우 약정한 차임이나 보증금의 5%를 초과하지 못하도록 제한하고 있다(제7조). 그러나 차임에 관한 법적 규정이 부재하여, 임대차 계약 체결 시에 차임에 관한 객관성을 보장하기 어려운 실정이다. 주변 시세라는 기준이 있다고 하더라도 객관적인 근거에 의해서가 아니라 임대인에 의해서 형성된다. 가령 한 명의 임대인이 합리적 이유 없이 갑자기 차임을 인상할 경우 다른 임대인에게도 영향을 미쳐 그것이 주변 시세로 작동하게 되고, 결국 임차인의 불리한 지위를 공고히 하게 되는 결과로 이어지는 것이다. 따라서 표준임대료의 도입을 통하여 이를 근거로 임대료와 임대료 인상률을 정하게 함으로써, 임차인이 부담 가능한 한도에서 주거비를 부담하도록 할 필요성을 고려해볼 수 있다.

표준임대료의 도입과 관련해서는 앞서 살펴보았던 독일과 프랑스의 사례를 참고할 수 있을 것이다. 독일은 민법을 통해 2년마다 조정하는 차임일람표의 기준에 따라 표준 임대료를 책정하고, 임대인의 임대료 인상 범위를 제한한다. 차임일람표에는 주택의 건축년도와 구비시설 여부 등에 따라 표준임대료를 정하고 있으며, 표준임대료를 기준으로 최저와 최대 임대료를 설정한다. 프랑스는 주거 접근이 어려운 지역에 대하여 차임감독기구가 매년 규칙으로 기준 차임을 계산하고, 최고 기준과 최저기준 차임을 정하도록 한다.

주거기본법에 표준임대료에 관한 사항을 명시하고, 주택임대차보호법에는 차임 산정 조항을 신설하여 표준임대료에 따른 기준으로 정할 것을 명시할 수 있다. 아래 일부개정법률안의 예시는 제21대 국회에서 발의된 법안의 내용을 참고하여 그 내용을 그대로 반영한 것이다.

주택임대차보호법 일부개정법률안(예시)

주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제7조의3을 다음과 같이 신설한다.

제7조의3(차임의 산정) 당사자는 「주거기본법」에 따라 시·도지사가 공고한 표준임대료에 따른 기준으로 차임을 정하여야 한다. 다만 차임은 대통령령으로 정하는 범위에서 증감할 수 있다.

제7조의4를 다음과 같이 신설한다.

제7조의4(차임의 산정에 관한 특례) ① 제7조의3의 개정규정이 시행될 때까지 새롭게 체결하는 임대차계약의 차임 등은 법 시행일 이전에 체결한 해당 주택의 최종 임대차 계약의 차임 등에 서 제7조 단서의 비율을 초과하여 증액할 수 없다. 다만, 법 시행일 이전에 임대차계약을 체결하지 않았거나 비임대기간이 5년 이상인 주택에 한해서는 국토교통부가 발표하는 공시가격에서 대통령령으로 정하는 비율을 증감하여 차임과 보증금을 정한다. ② 제1항에 의해 체결된 임대차 계약은 이후 최초 계약갱신 시부터는 제7조의3을 적용한다

주거기본법 일부개정법률안(예시)

주거기본법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제3조의10을 다음과 같이 신설한다.

10. 표준임대료를 설정하여 주거 생활의 안정을 보장할 것

제17조의2를 다음과 같이 신설한다.

제17조의2(표준임대료의 설정) ① 시·도지사는 국민의 주거안정을 위하여 시·군·구를 기준으로 용도·면적·구조·사용승인일 등을 고려하여 표준주택을 지정하고, 그 표준주택에 대한 표준임대료를 산정하여 매년 공고하여야 한다. 이 경우 표준임대료는 다음 각 호의 사항을 고려하여 산정하여야 한다.

1. 주택의 공시가격
2. 해당 지역 및 인근 지역의 임대료
3. 주거비물가지수
4. 「은행법」 제2조제2호에 따른 은행의 대출금리
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

② 시·도지사가 제1항에 따라 표준주택을 지정하거나 표준임대료를 산정·공고하려는 경우에는 미리 시·도 주거정책심의위원회의 심의를 거쳐야 한다. 공고된 표준임대료를 변경하려는 경우에도 또한 같다.

③ 제1항에 따라 공고된 표준임대료에 이의가 있는 자는 공고된 날 부터 30일 이내에 시·도지사에게 이의를 신청할 수 있다.

④ 시·도지사는 제4항에 따른 이의신청 기간이 만료된 날부터 30일 이내에 이의신청을 심사하여 그 결과를 신청인에게 서면으로 통지 하여야 한다. 이 경우 시·도지사는 이의신청의 내용이 타당하다고 인정될 때에는 제1조에 따른 표준임대료를 조정하여 다시 공고하여야 한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에 따른 표준주택의 지정, 표준임대료의 산정·공고 및 이의신청에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

표준임대료의 책정을 통해 최초로 체결하는 주택 임대차 계약에 관하여는 객관적인 차임을 설정할 수 있는 기준을 마련하는 효과가 있다. 그리고 최저 임대료와 최대 임대료의 범위를 설정함으로써 임대인

과 임차인 간의 차임에 관한 합의 시에 불필요한 분쟁을 예방할 수 있다. 임대료의 인상과 관련한 근거 마련 및 강화는 오래전부터 필요한 것이었다. 표준임대료는 그동안 임차인이 임대인의 불합리한 증액 청구에 대항할 수 없었던 불리한 지위에서 벗어날 수 있는 대안이 될 수 있다.

나. 관리비 수령 주체 및 근거 명시

주택임대차보호법에 관리비에 관한 규정을 명시하는 것이 필요하다. 현재는 공동주택관리법 제23조에서 의무관리대상 공동주택 및 대통령령으로 정하는 세대 수 이상인 공동주택인 경우에 한하여 관리주체가 관리비를 공개하도록 한다. 그러나 원룸이나 오피스텔, 다가구 빌라 등 소규모 주택의 경우 관리비에 관한 명시적인 규정이 부재하여, 근거없이 관리비를 인상하여 세입자에게 요구하는 문제가 있다. 특히 주택임대차법에서 임대료 및 월세를 5% 초과하여 증액하지 못하는 것에 대하여 임대인이 이를 악용하여 관리비를 증액하는 경우도 있다.

2023년 국토교통부는 ‘중개대상물의 표시광고 명시사항 세부기준’ 개정안을 통해 공인중개사가 원룸, 오피스텔, 다세대주택의 전세 또는 월세 매물을 온라인 중개 플랫폼에 게재할 때 관리비 세부 내역을 공개하도록 하였다. 그러나 이는 관리비가 월 10만 원 이상 정액으로 부과되는 주택 매물을 인터넷으로 광고할 때 관리비 항목별 금액을 표시하도록 하는 것이며, 중개의뢰인이 관리비 세부내역을 제시하지 않는 등의 사유로 개업공인중개사가 비목별 금액을 확인할 수 없는 경우에는 비목별 금액을 표시하지 않을 수 있다.

위 세부기준을 통해서 원룸, 오피스텔, 다세대주택 등의 세입자가 관리비 내역에 대한 정보를 알 수 있지만, 10만 원 이상 정액으로 부과되는 주택에 한한 것이며 임대인이 아닌 공인중개사가 주택의 매물을 중개할 때 그 내역을 공개해야 한다는 규정에 불과하다. 이는 여전히 관리비 역시 임차인이 부담하여야 하는 주거비로서 그 의미가 상당하다는 점이 반영되지 못한 현실이라고 할 수 있다. 관리비의 액수와는 상관없이 주거비의 일환으로 인식되어야 한다.

따라서 주택임대차보호법에 임대주택에 대한 관리비의 규정을 명시하여, 임대인은 임차인에게 임대차 계약 체결 시 관리비의 세부내역을 제시할 의무가 있고 이를 지키지 않을 경우 임차인이 이를 제시할 것을 요구할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 그리고 임대차 계약 중에, 또는 연장 시 관리비를 인상할 경우에 인상의 이유와 객관적인 근거 및 자료를 제시할 것을 명시할 필요가 있다.

주택임대차보호법 일부개정법률안(예시)

주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제5조의2를 다음과 같이 신설한다.

제5조의2(임대인의 관리비 제시 의무) ① 임대차계약을 체결할 때 임대인은 관리비에 관한 사항을 임차인에게 제시하여야 한다.

② 임대인은 관리비의 인상이 필요한 사정에 의하여서만 관리비를 인상할 수 있다.

③ 임대인이 관리비를 인상할 경우에 임차인에게 관리비의 인상이 필요한 객관적인 자료를 제시하여야 한다.

④ 임차인은 임대인의 관리비 인상 요구가 불합리하거나 근거 자료가 객관적이지 아니할 경우 임대인의 관리비 인상 요구를 거절할 수 있다.

⑤ 임대인과 임차인 사이에서 관리비 인상에 관한 합의가 이루어지지 아니할 경우 임대차분쟁조정위원회의 조정을 통하여 해결할 수 있다.

⑥ 제1항에 따른 관리비의 내용 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

다. 임대인 변경 시 통지 의무 명시

현행법상 임차주택 매매시 임대인이 세입자에게 매매사실을 통지할 의무가 없다는 점을 악용하는 전 세사기가 급증하고 있다. 세입자가 아무리 꼼꼼히 서류 검토 후 주택임대차계약을 체결하더라도, 임대인이 계약 체결 후 바지임대인(보증금 반환 능력이 없는 새 임대인)에게 주택을 양도하고 주택임대차계약 관계가 승계되는 경우, 추후 세입자는 임대차계약 만료 시 보증금을 반환 받지 못하는 위험에 처하고, 계약기간 중에 주택을 양수받은 바지임대인의 세금체납으로 인해 주택이 강제로 경매·공매 되어 보증금을 떼이는 경우도 발생한다. 이 때, 대다수의 세입자는 임대인 변경사실을 임대차 계약 만료 시점에 이르러서야 알게 되는 경우가 많아, 적절한 법적 대응 시점을 놓친 채 보증금 미반환 사태를 겪게 된다. 대법원은 세입자가 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는 세입자가 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있다고 판시하고 있다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다64615 판결). 그러나 이러한 사후적 통제는 재판에 이르러야 작동할 수 있다는 한계가 있다.

이에 임대인이 임차주택 소유권을 양도하는 경우 세입자에게 매매 계약 체결 사실을 통지하고, 이때 세입자가 양수인과 임대차계약을 유지할 것인지 결정할 수 있도록 임차주택 양수인의 국세 및 지방세 완납증명서를 확인할 수 있게 하며, 최종적으로 세입자가 임대인의 지위승계를 원하지 않을 시 임대차계약을 적법하게 해지할 수 있도록 해야 할 필요가 있다. 이에 대해 다음과 같이 주택임대차보호법 일부를 개정할 수 있을 것이다.

주택임대차보호법 일부개정법률안 (예시)

주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제3조의7을 다음과 같이 신설한다.

제3조의7(매매계약의 통지) ① 임대인이 임차주택을 매매하고자 하는 경우 임대인은 매매계약을 체결하려는 날의 15일 이전 및 매매계약 체결일부터 15일 이내에 그 계약의 체결 사실을 임차인에게 통지하여야 한다.

② 임차인은 제1항에 따른 통지를 받은 날로부터 2개월 이내에 임대차를 해지할 수 있다. 이 경우 임차주택 양도인의 보증금 반환채무는 소멸하지 않는다.

제3조의8을 다음과 같이 신설한다.

제3조의8(임차주택 양수인의 정보제시의무) ① 임차주택 양수인은 매매계약 체결일로부터 15일 이내에 「국세징수법」 제108조 및 「지방세징수법」 제5조제2항에 따른 각 납세증명서를 임차인에게 제시하여야 한다. 이 경우 각 납세증명서는 매매계약 체결일 이후에 발급된 것이어야 한다.

② 임차주택 양수인은 제1항의 제시에 갈음하여 「국세징수법」 제109조제1항 및 「지방세징수법」 제6조제1항의 동의를 할 수 있다.

라. 보증금 미반환 시 제재 규정¹¹¹⁾

주택임대차 계약기간이 만료되었음에도 임대인이 일방적으로 보증금 반환의무를 이행하지 않아서 임차인이 겪는 주거불안이 심각하다. 임대인이 기존 임차인에게 다음 임차인을 구할 때까지 보증금을 돌려줄 수 없다고 주장하거나, 나중에 반환할 테니 일단 퇴거하라고 요구하거나, 아예 연락수단을 모두 차단하고 잠적하는 등 다양한 임차인 피해 사례가 지속적으로 발생하고 있다.

현행법에 의하면 임차인은 보증금을 반환받지 못한 경우, 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다. 또한, 임차인이 임대인에 대하여 제기하는 보증금반환청구 소송에 관하여는 「소액사건심판법」을 준용하도록 규정하고 있으나, 임차권등기명령을 신청하더라도 등기에 접수될 때까지 시간차가 발생하여 대기 기간 동안 임대료를 지불해야 하는 상황이 발생하고, 보증금반환청구 소송에서 승소할 때까지도 상당 시간이 소요되기 때문에 계약기간 만료 직후 다른 임차주택으로 이사해야 하는 임차인의 고충을 즉각적으로 해소하지 못한다.

따라서 주택임대차보호법에 임대인이 보증금의 전부 또는 일부를 그 반환사유가 발생하였음에도 불구하고 반환하지 않는 경우 월차임의 3개월분에 해당하는 금액을 임차인에게 추가로 지급할 의무를 부과하며, 반환사유가 발생한 다음 날부터 보증금 전액을 반환할 때까지 지연일수에 대해 「소송촉진특례법」상의 지연이자(현재 연 12%)를 임차인에게 지급하도록 하는 규정을 둘 필요가 있다.

111) 심상정 의원 발의안 참조

현 행	개 정 안
〈신 설〉	<p><u>제6조4(계약기간 만료 후 보증금 미반환 및 지연에 따른 손해배상)</u> 임대인이 보증금의 전부 또는 일부를 그 반환사유가 발생한 날의 익일까지 반환하지 않는 경우, 다음 각 호에 따른 금액 모두를 임차인에게 추가로 지급한다.</p> <p>1. 계약 당시 환산월차임의 3개월분에 해당하는 금액</p> <p>2. 「소송촉진특례법」상 지연이자. 다만, 지연일수는 보증금 반환사유가 발생한 다음 날부터 보증금 전액을 반환할 때까지를 기준으로 한다.</p>

마. 최우선변제금 보장

주택임대차보호법 제8조는 일정한 경우에 해당하는 임차인에게 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리를 보장하고 있다. 일명 ‘소액임차인의 최우선변제권’ 규정이다.

그러나 세입자가 위 규정의 보호를 받으려면 주택임대차보호법 시행령 제11조의 ‘소액임차인’이라는 제한과 제10조의 ‘우선변제 금액’이라는 제한이라는 두 가지 제한을 거쳐야 한다. 현재 소액임차인의 범위는 서울특별시 기준 1억 6천500만 원 이하, 그 밖의 지역 기준 1억 4천500만 원~7천500만 원 이하로 규정되어 있는데, 이는 주택임대차 시장의 거래 현실과 지나치게 괴리되어 있다. 현실에 맞지 않게 설정된 소액임차인 기준 및 최우선변제대상 금액 기준을 현실화하기 위하여는 주택임대차위원회의 구성과 의사결정 과정을 투명화할 필요가 있다.

한편 소액임차인 기준 자체에 대해서도 그 필요성 여부를 살펴볼 필요가 있다. 주택임대차보호법 제8조는 1983. 12. 30. 개정된 주택임대차보호법에서 처음 도입되어 1984. 1. 1.부터 시행되었는데, 당시 관련 개정이유를 살펴보면 ‘임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기채권의 우선변제를 받도록 하여 무주택영세민을 적극보호하도록 하고, 소액보증금의 범위와 기준은 주택의 가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분지 1의 범위안에서 대통령령으로 정하도록 함.’이라 서술되어 있다. 즉, 처음 도입될 당시의 취지는 ‘무주택영세민’을 보호하기 위하여 ‘소액보증금’을 우선변제받을 수 있도록 하는 것으로, ‘무주택영세민’을 따로 정하기보다는 ‘소액보증금’에 대한 규정만을 두고 있었다(구 주택임대차보호법 시행령 제3조 참조).

구 주택임대차보호법 시행령

[시행 1984. 6. 14.] [대통령령 제11441호, 1984. 6. 14., 제정]

제3조 (소액보증금의 범위등)

- ① 법 제8조의 규정에 의한 소액보증금의 범위를 서울특별시 및 직할시에서는 300만 원이하, 기타의 지역에서는 200만 원 이하로 한다.
- ② 임차인의 소액보증금이 주택의 가액의 2분의 1을 초과하는 경우에는 주택의 가액의 2분의 1에 해당하는 금액에 한하여 우선 변제권이 있다.
- ③ 하나의 주택에 임차인이 2인이상이고, 그 각 소액보증금의 합산액이 주택의 가액의 2분의 1을 초과하는 경우에는 그 각 소액보증금의 합산액에 대한 각 임차인의 소액보증금의 비율로 그 주택의 가액의 2분의 1에 해당하는 금액을 분할한 금액을 각 임차인의 소액보증금으로 본다.
- ④ 하나의 주택에 임차인이 2인이상이고 이들이 그 주택에서 가정공동생활을 하는 경우에는 이들을 1인의 임차인으로 보아 이들의 각 보증금을 합산한다.

따라서 소액임차인의 기준을 따로 두지 않거나, ‘무주택영세민’ 보호 취지를 살린다면 보증금이 아닌 주택소유 여부나 기준중위소득 등을 기준으로 선정할 필요가 있다. 이러한 제안에 대하여 소액임차인의 최우선변제권 관련 문제는 임차인의 최우선변제권과 선순위담보권자의 권리 간에 비교 형량이 이루어져야 하는 사안이므로 임차인 보호를 위해 최우선변제권의 범위를 지나치게 확대하는 것은 문제가 될 수 있다는 의견이 제기될 수 있다. 그러나 위 제안은 최우선변제금액을 무조건 많이 보장해야 한다는 것이 아니라, 자의적 기준을 수정하자는 것이다.

한편 소액임차인의 기준 및 최우선변제대상 금액의 기준을 담보물권설정으로 하는 것은 주택임대차보호법 시행령의 ‘부칙’ 때문인데, 이는 담보물권자의 불측의 손해를 방지하기 위한 의도에서 규정된 것이라 보인다. 그러나 담보물권자가 ‘주택’을 담보물로 삼는 이상, 다른 재산과 달리 거주 공간인 주택에 거주하는 세입자의 보증금의 우선권 인정은 감수하여야 한다고 생각된다. 이는 일정액의 보증금 보호를 규정하며 경과조치를 따로 예정하고 있지 않은 주택임대차보호법의 취지에도 반하지 않는다고 보인다.

구 주택임대차보호법 시행령

부 칙 〈대통령령 제12283호, 1987. 12. 1.〉

- ① (시행일) 이 영은 공포한 날로부터 시행한다.
- ② (소액보증금의 범위변경에 따른 경과조치) 이 영 시행전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.

주택임대차보호법 시행령

부 칙 〈대통령령 제33254호, 2023. 2. 21.〉

제1조(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(소액보증금 보호에 관한 적용례 등) 제10조제1항 및 제11조의 개정규정은 이 영 시행 당시 존속 중인 임대차계약에 대해서도 적용하되, 이 영 시행 전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대해서는 종전의 규정에 따른다.

바. 보증금상한제 도입

전세사기의 대표 원인 중 하나는 임대인이 주택가격과 거의 근접한 금액의 전세 보증금을 받는 방식의 무자본 갭투기로 주택을 구매한 것으로부터 기인한다. 따라서 전세 보증금을 주택가격의 일정 비율 이하로만 책정할 수 있도록 하여 무자본 갭투기 자체를 예방하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 임대인의 재산권을 침해하지 않는 수준에서 임대인이 임차인에게 요구하는 전세 보증금의 범위를 제한하도록 명시할 필요가 있다.

임차보증금은 선순위 담보권, 국세·지방세의 체납액을 더한 금액과 합산하였을 때의 총 금액이 주택가격의 70%를 넘지 않도록 하고, 특히 선순위 담보권은 주택가격의 60% 이내이도록 하고, 단독·다가구·다중주택의 경우 선순위 담보권, 국세·지방세의 체납액과 더불어 선순위 세입자의 보증금액을 합한 총 금액이 주택가격의 70%이도록 하여 세입자의 임차보증금을 안전한 범위 안에서 책정할 수 있도록 법에 명시할 수 있다. 이 때, 주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다.

주택임대차보호법 일부개정법률안(예시)

주택임대차보호법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제3조의7을 다음과 같이 신설한다.

제3조의7(임차보증금의 제한) ① 임차보증금은 아래 각 호에 따른 범위를 초과할 수 없다.

1. 임차보증금과 선순위 담보권, 국세·지방세의 체납액을 더한 금액이 주택가격의 70% 이내
2. 선순위 담보권이 주택가격의 60% 이내
3. 단독, 다가구, 다중주택의 경우 선순위 담보권, 국세·지방세의 체납액과 선순위 세입자의 보증금액을 합한금액이 주택가격의 70% 이내
- ② 제1항의 주택가격을 정하는 방식은 대통령령으로 정한다.
- ③ 임차보증금 외에 월 임차료가 있을 경우 이를 보증금으로 전환한 금액(이하 '환산보증금')을 임차보증금에 포함한다. 환산보증금 계산방식은 대통령령으로 정한다.

보증금상한제는 표준임대료 연동을 통해 최우선변제금, 다수임차인 경합 문제에 관한 대안적 체계를 마련하는 기초가 될 수 있다. 표준임대료 기준표와 연동하여 보증금상한제를 모든 임차주택에 적용하게 될 경우, 기존 법 체계 안에서 세입자가 최우선변제금을 보장받지 못하는 위험에 처하거나 세입자들끼리 다수임차인 경합 문제로 인해 곤경에 처하게 되는 일을 원천적으로 차단할 수 있다.

사. 주택임차감독관제도 도입

전국적으로 전세사기를 비롯해 보증금 미반환 위험이 큰 갭통주택에 대해 충분한 정보를 제공받지 못한 채 계약을 체결하였다가 보증금을 반환받지 못하고 있는 임차인의 피해가 극심하다.

근로감독관제도를 통해 체불임금 문제를 겪는 노동자를 보호할 수 있도록 법 체계가 작동하는 것처럼, 세입자의 보증금 미반환 문제를 함께 대응하여 세입자의 주거권을 보호하기 위한 법 체계 마련이 시급하다. 주택임대차감독관제도의 신설을 통해 공인중개사와 임대인을 비롯해 주택임대차계약 과정에서 이해관계를 가지는 자들을 대상으로 상대적으로 열악한 지위에 놓인 임차인을 보호하기 위한 적극적인 조치를 취할 수 있도록 할 필요가 있다. 주택임차감독관제도를 통해, 감독관으로 하여금 보증금 미반환 사고가 발생하는 주택을 조사 및 감독할 권한을 보장하고 나아가 보증금 지급지시를 비롯한 형사적 제재에 관한 역할 수행을 가능케 한다면, 장차 세입자의 주거권, 재산권을 보호하고 신뢰할 수 있는 주택임대차시장을 조성하는 데에 기여할 것이라 기대할 수 있다.

VII. 결론

지금까지 주거권 및 주택임대차와 관련된 국내외 법제, 세입자가 겪는 문제 사례, 제도 개선이 필요한 사항을 차례로 살펴보았다.

본 연구에서 살펴본 문제 사례 및 제도개선이 필요한 부분을 거주적합성, 거주안정성, 비용적절성 범주로 나누어 정리하면 다음과 같다.

분야	문제 사례 유형	제도개선 필요 부분
거주적합성	- 임대인, 주택에 관한 임차인의 정보 확보의 한계 - 표준계약서 실효성 및 특약의 한계	정보제공 및 표준계약서 의무화
	- 공인중개사 관리감독 부재	공인중개사 의무 및 관리감독 강화
	- 최저주거기준 미달, 위반건축물, 비적정주거 등 적정한주거 관리감독 부재 - 임대인에 대한 관리감독 부재	임대주택 등록제
거주안정성	- 계약갱신청구권, 묵시적갱신, 2년미만계약 등 계약기간 관련 분쟁	점유안정성 강화
	- 주택하자 수리수선 분쟁 - 임대료, 관리비, 보증금 관련 분쟁 - 사생활의 평온에 대한 위협 관련 분쟁 - 주택임대차분쟁조정위의 실효성	분쟁조정
비용적절성	- 전세사기·깡통전세 - 경매 시 다수 임차권자의 경합 문제	보증금 상한제
	- 소액임차인 최우선변제금액 보장 제외 관련 문제	최우선변제금 보장
	- 보증금 미반환	보증금 미반환 시 제재 규정 신설
	- 보증금 미반환 시 이용가능한 법적 절차 미비	주택임차감독관
	- 경매 퇴거 등 보증금 미반환으로 인한 2차 피해	중간관리기구
	- 과도한 임대료 부담 및 불합리한 증액 청구 - 부당한 관리비 청구	표준임대료 도입 관리비 규정 신설

본 연구에서는 제도개선사항을 각 사항별로 상세하게 다루지는 못하였다는 한계가 있으나, 실제 현장의 문제 사례를 분석하고 주거권 보장을 위하여 향후 필요한 제도의 방향성을 제시하였다는 의의가 있다.

연구를 진행하며 공통적으로 발견할 수 있었던 것은 주택을 일반적 재산과 동일하게 보아 재산권에 관한 것으로만 다룰 때 발생하는 문제점이었다. 우리 사회에 무엇보다 필요한 것은 주택을 단순한 '재산', '부동산'으로 바라보는 것이 아니라 인권인 주거권과 떼어 수 없는 '주거공간'으로 바라보는 인식이다. 주택임대차를 그저 사적인 시장에서의 거래, 개인 간 재산 활용의 문제로 여기는 한 주거권 보장은 요원할 것이다. 주택 및 주택임대차의 특수성을 충분히 반영한 주거 관련 법제가 발전하기를, 그래서 주택세입자의 주거권이 보장되는 사회가 되기를 기대한다.

아동 최선의 이익 실현을 위한 미혼모 등 한부모 양육비 청구 이행 확보 방안 연구

박성민 변호사(HnL 법률사무소, 법학박사)

I. 서론

1 연구 목적 및 필요성

국회는 2023년 출생통보제와 보호출산제를 입법하였고 2024년 7월 시행 예정이다. 보호출산제 입법 의도는 아동 최선의 이익 원칙에 따라, 친생부모가 직접 양육하도록 돕고 설득하고(1순위), 그것이 어려우면 한부모가 직접 양육하도록 돕고 설득하고(2순위), 그것도 안 될 경우에 영아유기¹⁾와 살해 위기에 놓인 아동을 살릴 수 있는 길을 마련하려는 것이다(3순위). 보호출산제가 친생부모의 직접 양육 포기를 방지하고 아동의 알권리를 침해할 위험이 있는 제도이므로 그 효과적인 시행을 위해서는 미혼모 양육에 대한 실질적 지원 등 많은 과제가 선행되어야 하고 상담의 내실화가 담보되어야 한다는 의견이 있다.²⁾ 경청해야 하는 의견이다. 미혼모가 비양육부모³⁾로부터 양육비를 원활하게 지급받을 수 있는 법과 제도, 환경을 조성하면 미혼모가 보호출산보다 양육을 선택할 때 도움이 될 수 있다. 이는 보호출산제의 입법 의도에 따른 우선순위를 실현하고 우려되는 부작용을 방지하는데 도움이 된다.

그러나 현실에서 미혼모가 양육비를 청구하려면 인지청구, 양육비 청구 소송, 양육비 미이행 시 재산을 찾아서 강제집행 절차 진행 등 법적인 절차를 거쳐야 한다. 혼자서 아동을 양육하면서 생업에도 종사해야 하는 미혼모 등 한부모가 그런 절차를 거치는 것이 용이한 일은 아니다. 그 과정에서 비양육부모나 비양육부모의 친척과 대면하게 되고 감정적인 어려움이나 위협을 당하기도 한다. 그래서 양육부모가 양육비 청구를 포기하는 경우가 많다. 양육비를 청구하고 싶으나 지급받을 수 있는 양육비 금액에 비하여 양육비를 지급받기 위해 지불해야 할 비용(돈, 시간, 정신적 고통)이 과도하게 많기 때문이다.

- 1) 형법상 유기는 보호가 필요한 자를 보호 없는 상태에 둠으로써 그 생명, 신체에 위험을 가져오는 행위이다. 영아유기는 영아를 위험한 곳에 둠으로써 생명, 신체에 위험을 가져오는 행위이다.
- 2) 그런 의견이 많은데 그중 최근에 발표된 것으로 사단법인 한국여성변호사회의 2024. 4. 24. 성명서 참조. <http://www.kwla.or.kr/sub0401/8295> [최종방문일 : 2024. 4. 25.]
- 3) 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 제2조에서는 “비양육부·모”란 미성년 자녀를 직접 양육하지 아니하는 부 또는 모를 말한다고 규정하고 있다. 이 보고서에서 비양육부모는 미성년 자녀를 직접양육하지 않는 생부 또는 생모라는 의미이다.

이것은 아동 최선의 이익 실현에 장애가 된다. 그리고 인간으로서 마땅히 해야 할 도덕적, 윤리적, 법적으로 바람직한 결정을 한 양육부모의 경제적, 심리적 어려움을 방지한다. 아동 양육을 포기하거나 회피하여 인간으로서의 도리를 저버렸거나 따르지 못한 바람직하지 않은 결정을 한 비양육부모에게는 경제적 이익과 무책임한 방종을 허용한다. 양육비 불이행은 복지 비용, 양육비 이행 확보를 위한 제도 운영 비용 등 국가 재정 부담으로 이어진다. 그것은 결국 국민들의 부담이다. 현재 상태는, 인간으로서의 최소한의 도리를 저버린 비양육부모의 양육비 미이행을 방지함으로 인하여, 아동 최선의 이익 원칙이 실현되지 않고 바람직한 결정을 한 양육부모가 어려움을 겪고 국가 재정이 투입되어 국민들의 부담이 늘어나는 불합리한 상황이다.

현재의 불합리한 상황을 개선하기 위해서는, 양육부모가 양육비를 지급받길 원할 때 가능한 적은 비용(돈, 시간, 정신적 고통)을 들여서 양육비를 적시에 받을 수 있어야 한다. 그러나 오랜 노력과 제도 개선에도 불구하고 아직 우리나라에서 미혼모 등 한부모가 양육비를 제대로 지급받는 경우는 많지 않다. 양육비 청구 이행 확보 방안 연구가 필요하다.

본 연구는 애초에 보호출산제 시행을 앞두고 미혼모 양육 지원을 위해 미혼모 양육비 이행 확보 방안을 연구 목적으로 하였다. 그런데 연구 결과 인지가 필요한지 여부를 제외하면 미혼모와 이혼 한부모 등 미혼모가 아닌 한부모의 양육비 이행 확보 방안이 있어 차이가 없었다. 미혼모 양육비 이행 확보 방안에는 이혼 한부모 등 다른 한부모의 양육비 이행 확보 방안이 포함된다. 그래서 연구 제목을 미혼모 등 한부모 양육비 이행 확보 방안으로 수정하였음을 밝힌다.

아동 이익 최선의 원칙에 따라 양육비 문제를 해결하고자 할 때는 무엇보다도 친생부모가 아동을 직접 양육할 수 있도록 가정을 지키고 귀중하게 여기는 것이 가장 중요하다.⁴⁾ 가정은 자기보다 상대방을 우선 순위에 두는 사랑에 기초하므로 법으로 가정을 지키도록 강제하는 것에는 한계가 있다. 그래서 법적 연구인 본 보고서의 주요 연구 대상은 아니다. 하지만 아동 이익 최선의 원칙에 따르면 혼인 중에 출생한 아동이든 미혼모 아동이든 가능하다면 친생부모가 아동을 직접 양육할 수 있도록 돕는 것이 가장 바람직하다는 점을 분명히 하고자 한다. 소위 법 전문가는 법은 도덕의 최소한이라는 법언을 잊어서는 안 된다.

4) 일반적으로 아동에게 가장 유익한 것은 친생부모가 아동을 함께 직접 양육하는 것이다. 그러나 그것이 어려운 경우 한부모라도 아동을 직접 양육하는 것이 차선책이다. 이때 비양육부모와 양육부모, 아동이 가능한 좋은 관계를 유지하고 양육비도 자발적으로 지급하는 것이 더 낫다. 그것이 어려운 경우 비양육부모가 억지로라도 양육비를 지급하는 것이 양육비조차 지급하지 않는 것보다 더 낫다. 그것이 아동 이익 최우선의 원칙에 부합한다. 마치, 태아를 죽이거나 영아를 살해하는 것보다는 아동의 알권리를 제한하더라도 아동이 생명권을 보호하는 것이 아동 입장에서 더 낫고, 일반적으로 아동이 원가정에서 보호되는 것이 최선이지만 그것이 어려우면 입양가정에서 보호되는 것이 더 낫고, 아동 보호의 최후의 수단은 시설 보호인 것이, 아동 이익 최우선의 원칙에 부합하는 것과 마찬가지이다.

2 연구방법

기존의 선행연구들과 2007년 민법 개정, 2009년 가사소송법 개정, 2014년 양육비이행법 제정 및 그 후 개정 등 그동안 양육비 청구 이행 확보를 위한 제도 개선 경과를 검토하였다. 현행법 하에서의 양육비 이행 관련 제도를 살펴보았다. 제도 개선 과정에서 선행연구들이 지적한 사항들의 일부가 반영되었으나 여전히 많은 문제가 해소되지 못하고 있다.

그런 문제들을 해결하기 위하여 현재 국회에서 논의 중인 법안들을 분석하였다. 법안을 크게 양육비 선지급 제도 도입 법안과 그 외의 법안으로 나누어서 살펴보았다. 양육비 채무자와 아동 입장에서는 당사 비양육부모가 양육비를 미지급하더라도 양육비를 지급받는 것이 중요하므로 양육비 선지급 제도가 가장 바람직한 제도이기 때문이다. 양육비 선지급 제도는 여당, 야당 모두 여러 번 공약으로 내세웠고 법안도 많이 나왔으나 회수율, 재정 문제 등 현실적인 문제로 입법되지 못하고 있다. 양육비 선지급 제도 도입 법안 외의 법안은 한시적 양육비 긴급지원 제도 개선 법안, 양육비 청구, 이행의 신속성, 실효성 제고 법안, 양육비 미이행시 제재를 강화하여 간접적으로 이행을 강제하려는 법안, 양육비 이행 지원을 하는 양육비이행관리원 조직, 운영방식 등을 개선하려는 법안으로 나누어 검토하였다.

기존의 선행연구들과 제도 개선 경과, 현재 국회에서 논의 중인 법안 등을 검토하여 양육비는 단순히 양육비 채권자의 사적 권리가 아니라 스스로는 자신의 권리를 실현하기 어려운 아동의 법익에 본질이 있다고 분석하였다. 그래서 양육비는 다른 민사 채권과 달리 아동의 법익 보호를 위한 국가의 책무라는 관점에서 양육비 이행 확보 제도를 구축, 운영하여야 한다고 보고 그에 따른 방안을 모색하였다.

법률상 혼인 관계가 형성되지 않은 미혼모 등 한부모의 양육비 이행 확보가 어려운 현실과 개선 방안을 모색하기 위하여 미혼모 양육비 청구 경험에 관한 선행연구와 설문조사 결과, 언론이나 방송에서 제시된 사안들을 검토하였다. 또한 양육비 청구를 해서 양육비를 받고 있고 다른 미혼모의 양육비 청구 등을 돕고 있는 미혼모와의 인터뷰를 하여 기존 선행연구나 설문조사 등에서 제시된 이슈들에 관하여 확인하고 의견을 청취하였다. 미혼모를 돕는 단체 관계자 의견도 청취하였다.

국민건강보험공단에 위탁하여 국민건강보험료 징수와 같이 양육비를 징수하여 양육비 채권자나 국가에 지급하는 강제집행 방식의 적절성을 검토하기 위해 국민건강보험공단의 지사에서 강제징수 업무에 오랫동안 종사하였던 전문가와 인터뷰를 진행하였다.

연구 결과 도출한 양육비 이행 확보 방안에 관하여 한국가정법률상담소의 조경애 부장님의 자문을 받았다. 이를 통해 연구 과정에서 오류가 있었던 부분과 명확하지 못했던 부분을 바로잡을 수 있었다. 조경애 부장님의 자문 내용 중에 좋은 의견이 많았으나(V. 2. 다. 전문가 자문 시 청취한 의견) 본 연구에 모두 반영하지는 못하였다.

II. 양육비 청구 이행 확보를 위한 제도 개선 경과

1 입법 연혁

가. 2007년 민법 개정

2007. 12. 21. 개정되어 같은 날 시행된 민법 개정에서는 이혼 가정 자녀의 양육 환경을 개선하기 위하여 협의이혼 시 자녀 양육사항 합의를 의무화하였다. 당시 민법 개정이유는 다음과 같다.

◇개정이유

헌법상의 양성평등원칙 구현을 위하여 남녀의 약혼연령 및 혼인적령을 일치시키는 한편, 신중하지 못한 이혼을 방지하기 위하여 이혼숙려기간 제도를 도입하고, 이혼 가정 자녀의 양육 환경을 개선하기 위하여 협의이혼시 자녀 양육사항 합의를 의무화하는 등 현행 규정의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

◇주요내용

...

다. 이혼숙려기간 도입(법 제836조의2제2항 및 제3항 신설)

- (1) 현행 협의이혼제도는 당사자의 이혼의사 합치, 가정법원의 확인, 호적법에 의한 신고 등 간편한 절차만으로도 이혼의 효력이 발생함으로써 혼인의 보호보다는 자유로운 해소에 중점을 두고 있다는 문제점이 있음.
- (2) 협의이혼 당사자는 일정 기간(양육하여야 할 자녀가 있는 경우는 3개월, 양육하여야 할 자녀가 없는 경우는 1개월)이 경과한 후 가정법원으로부터 이혼의사 확인을 받아야만 이혼이 가능하도록 함.
- (3) 신중하지 아니한 이혼이 방지될 것으로 기대됨.

라. 협의이혼시 자녀 양육사항 및 친권자 지정 합의 의무화(법 제836조의2제4항 신설)

- (1) 현행 협의이혼제도는 당사자 사이에 자녀 양육사항 및 친권자 지정에 관한 합의 없이도 이혼이 가능함에 따라 이혼 가정 자녀의 양육환경이 침해되는 문제가 있음.
- (2) 협의이혼하고자 하는 부부에게 양육자의 결정, 양육비용의 부담, 면접교섭권의 행사여부 및 그 방법 등이 기재된 양육사항과 친권자결정에 관한 협의서 또는 가정법원의 심판정본을 이혼 확인시 의무적으로 제출하도록 함.
- (3) 이혼 가정 자녀의 양육환경이 향상될 것으로 기대됨.

개정 법은 민법 제836조의2를 신설하여 협의상 이혼을 하려는 자는 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내를 받아야 하고, 가정법원에 이혼이사의 확인을 신청한 당사자는 가정법원의 안내를 받은 날부

터 일정한 기간이 지난 후에 이혼의사의 확인을 받을 수 있도록 하였다. 양육하여야 할 자(포태 중인 자를 포함)가 있는 경우에는 3개월, 그렇지 않은 경우에는 1개월이다. 양육하여야 할 자가 있는 경우 당사자는 자의 양육과 자의 친권자 결정에 관한 협의서 또는 가정법원의 심판정본을 제출하여야 한다. 협의상 이혼의 협의 사항에 양육자의 결정, 양육비용의 부담, 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법을 포함하도록 하였고, 협의가 자의 복리에 반하는 경우에 가정법원이 보정을 명하거나 직권으로 그 자의 의사 명령과 부모의 재산상황, 그 밖의 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하도록 하였다. 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원이 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정하고, 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부, 모, 자 및 검사의 청구 또는 직권으로 자의 양육에 관한 사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 할 수 있도록 하였다.

나. 2009년 가소소송법 개정

2009. 5. 8. 개정되어 2009. 11. 9. 시행된 가소소송법 개정에서는 양육비 이행 강화를 위하여 양육비 직접지급명령, 담보제공명령, 일시금지급명령이 도입되었고 재산명시와 재산조회 규정도 신설하였다. 그리고 감치 명령 제도를 도입하여 양육비 이행 강화를 위한 벌칙 조항도 강화하였다. 당시 가소소송법 개정이유는 다음과 같다. 각 제도의 구체적인 내용에 관하여는 후술한다.

◇개정이유

양육비의 확보는 자녀의 안정적인 성장을 위하여 필요불가결한 요건임에도 그 액수의 소규모에 비하여 현행법상의 절차는 복잡하고 어려운 실정인바, 이에 따라 보다 간편한 양육비의 확보를 위하여 양육비 심판에서의 재산명시 절차 등과 양육비의 직접 지급명령제도를 신설하려는 것임.

◇주요내용

- 가. 재산분할·부양료·양육비 청구사건에 재산명시 및 재산조회 제도를 신설함(법 제48조의2, 제48조의3 등 신설).
- 나. 양육비 직접 지급명령제도를 신설하여 양육자등의 신청에 의하여 양육비채무자의 사용자인 소득세원천징수의무자로 하여금 일정기간 계속하여 급여에서 양육비를 공제하여 양육비채권자에게 직접 지급하도록 함(법 제63조의2 신설).
- 다. 양육비를 정기적으로 지급하게 하는 경우에 그 이행을 확보하기 위하여 담보제공 및 일시금 지급명령제도를 신설함(법 제63조의3 신설).
- 라. 일시금 지급명령 불이행자에 대한 강제방법으로 30일의 범위에서 감치할 수 있도록 함(법 제68조).

다. 2014년 양육비이행법 제정 및 그 후 개정

(1) 2014년 양육비이행법 제정

2014. 3. 24. 제정되어 2015. 3. 25. 시행된 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률(이하 “양육비이행법”)은 미성년 자녀를 직접 양육하는 부 또는 모가 미성년 자녀를 양육하지 아니하는 부 또는 모로부터 양육비를 원활히 받을 수 있도록 양육비 이행확보 등을 지원하여 미성년 자녀의 안전한 양육환경을 조성함을 목적으로 제정되었다. 당시 제정이유는 다음과 같다.

◇ 제정이유

통계청의 「2012년 혼인·이혼통계」에 따르면, 2012년에 이혼한 114,316가정 중 미성년 자녀가 있는 가정은 60,317가정으로 전체 이혼가정의 52.8%를 차지하고 있고, 2012년 한국여성정책연구원의 조사에 따르면 미혼 한부모 가정의 미성년 자녀는 약 3만 5천명에 달하고 있으나, 자녀 양육비의 안정적인 확보를 위한 법·제도적 장치는 아직 미흡하고 특히, 양육부·모가 양육비 채권에 대한 집행권원을 부여받았음에도 양육비 채무자가 양육비 집행을 하지 않는 경우, 소송 등을 통하여 양육비의 이행을 확보하기에는 시간 및 비용이 과다 소모되어 실질적으로 양육비의 청구 및 이행을 강제하기 어려운 실정인바,

자녀 양육에 대한 경제적 어려움을 겪는 한부모 가정이 양육비의 원활한 이행을 확보할 수 있도록 지원 체계를 마련하고, 한시적 양육비 긴급 지원제도를 통하여 미성년 자녀가 최소한의 생존권을 누릴 수 있도록 지원함으로써 미성년 자녀의 안전한 양육 환경을 조성할 수 있도록 하려는 것임.

양육비이행법이 제정된 후 현재까지 7번의 개정을 하였다. 본 연구 수행 중인 2024. 2. 국회를 통과한 개정까지 합친 것이다. 이 중 2015. 9. 12. 시행 개정과 2020. 8. 5. 시행 개정 양육비이행법은 다른 법률 개정에서 표현을 수정한 것으로 양육비이행법 내용의 개정은 없다. 나머지 각 주요 개정 내용은 다음과 같다.

(2) 2018. 9. 28. 시행 양육비이행법 개정

2018. 3. 27 개정되어 2018. 9. 28. 시행된 개정 양육비이행법은 한시적 양육비 긴급지원 제도를 개설했다. 당시 개정이유는 다음과 같다.

◇ 개정이유

현행법상 ‘한시적 양육비 긴급지원’을 신청할 수 있는 기준이 엄격하고, 지원 기간이 최대 9개월에 그치고 있어 지원에 한계가 있고, 양육비 이행 역시 여성가족부장관이 양육비 채무자의 소득·재산 등에 관한 자료를 채무자의 동의 없이 제공받을 수 없어 자료의 원활한 확보가 어려운 상황임.

이에 양육비 긴급지원 기간 연장 및 긴급지원 결정에 대한 이의신청 제도 등을 통하여 양육비 긴급지원제도의 실효성을 제고하는 한편, 양육비 이행 청구서 통지절차를 서면 등의 방법으로 통지하도록 하고 한시적 양육비를 지원한 경우에는 본인 동의 없이도 재산 등에 대한 조사를 진행할 수 있도록 하는 등 추심지원 절

차를 간소화함으로써 보다 신속하고 원활한 양육비 이행을 확보하려는 것임.

개정 법은 저소득 양육부모에 대한 지원을 강화하기 위하여 한시적 양육비 긴급지원의 지원기간을 최대 9개월에서 12개월로 확대하고, 긴급지원 금액은 제5조에 따른 양육비 가이드라인을 고려하도록 하였다(제14조). 그리고 긴급지원 결정에 대하여 이의가 있는 양육비 채권자는 결정을 통보받은 날부터 30일 이내에 서면으로 이의신청을 할 수 있도록 하였다(제14조의3 신설). 또한 양육비 채권자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 양육비를 긴급지원 받은 경우에는 이를 반환하도록 하되, 양육비의 반환이 미성년 자녀의 복리를 위태롭게 할 경우에는 감경할 수 있도록 하였다(제14조의4 신설). 그리고 양육비 채권 추심지원에 관한 신청이 있는 경우 양육비 채권자로부터 채권 추심을 위임받은 사실 등을 채무자에게 서면으로 통지하도록 하였다(제15조). 한시적 양육비가 긴급지원된 경우에는 해당 양육비 채무자의 동의 없이도 관계 기관의 장에게 소득·재산 조사에 필요한 자료를 요청할 수 있도록 하되, 여성가족부장관이 양육비 채무자에게 그 제공받은 사실을 알리도록 하였다(제16조제2항 단서 및 제3항 신설).

(3) 2019. 6. 25. 시행 양육비이행법 개정

2018. 12. 24. 개정되어 2019. 6. 25. 시행된 양육비이행법은 비양육부모의 자발적 양육비 지급을 도모하고 양육비 집행권원 확보 절차를 개선하고자 하였다. 당시 개정이유는 다음과 같다.

◇ 개정이유

비양육부·모와 미성년 자녀의 면접교섭 지원을 통해 비양육부·모가 자발적으로 양육비를 지급하고, 이러한 양육비 지급이 지속적으로 유지되도록 함.

또한 양육부·모가 자녀의 인지청구나 양육비 청구 소송 등을 진행하는 경우 법원의 주소보정명령 등의 절차에 수개월이 소요되고 있는바, 양육비 집행권원 확보 절차를 개선함.

한편 양육비이행관리원의 법률지원 등을 신청한 양육부·모 등이 가정폭력피해자임을 알게 된 경우 가정폭력의 재발방지 등을 위하여 신청자의 주거·직장·연락처 등 신변 관련 정보가 가정폭력행위자인 비양육부·모 등에게 노출되지 아니하도록 적절한 정보보호 조치를 강구하도록 하려는 것임.

개정법은 양육비이행관리원의 장이 비양육부모와 미성년 자녀의 면접교섭 지원 서비스를 안정적으로 운영할 수 있도록 근거를 마련하였다(제7조제2항제1호의2 및 제10조의2 신설). 여성가족부장관이 양육비 집행권원 확보를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계 기관의 장에게 비양육부모의 주소나 근무지 등에 관한 자료를 요청할 수 있도록 하였다(제13조 및 제24조). 또한 양육비이행관리원의 장은 법률지원 등을 신청한 양육부모 또는 양육비 채권자가 가정폭력피해자임을 알게 된 경우 가정폭력의 재발방지를 위하여 신청자의 주거·직장·연락처 등 신변 관련 정보가 가정폭력행위자인 비양육부모 또는 양육

비 채권자에게 노출되지 아니하도록 적절한 정보보호 조치를 강구하도록 하였다(제21조의2 신설).

(4) 2021. 6. 10. 시행 양육비이행법 개정

2020. 6. 9. 개정되어 2021. 6. 10. 시행된 양육비이행법은 양육비 이행확보의 실효성 제고를 위하여 한시적 양육비 긴급지원 제도를 개선하고 일정한 요건 하에서 운전면허 정지처분이 가능하도록 하였다. 당시 개정 이유는 다음과 같다.

◇ 개정이유

양육비 이행 제도의 실효성을 제고하기 위하여 한시적 양육비를 긴급지원한 경우 여성가족부장관은 그 지급액을 양육비 채무자로부터 국세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있도록 하고, 본인 동의가 없어도 신용정보·보험정보를 요청할 수 있도록 하는 한편, 양육비 채무 불이행에 대한 실효성 있는 제재가 이루어질 수 있도록 양육비 채무자가 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 경우 여성가족부장관은 지방경찰청장에게 해당 양육비 채무자의 운전면허 정지처분을 요청할 수 있도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

개정법은, 이행관리원의 장이 긴급지원을 한 경우 그 지급액을 양육비 채무자에게 통지하여 징수하고, 양육비 채무자가 이에 응하지 아니하는 경우 여성가족부장관의 승인을 받아 국세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있게 하였다(제14조제5항). 그리고 한시적 양육비 긴급지원이 이루어진 경우에는 여성가족부장관이 본인 동의 없이 금융기관 등의 장에게 신용정보·보험정보를 요청할 수 있도록 하였다(제17조제1항 단서 신설). 또한 이행관리원의 장은 양육비 채무자에 대한 감치명령 결정이 있는 때에는 감치집행을 지원하기 위하여 현장지원반을 구성·운영할 수 있도록 하였고(제18조의2 신설), 이행관리원의 장이 양육비 수령 여부를 확인하기 위하여 양육비 전용 계좌 개설 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하였다(제19조제3항 신설). 그리고 여성가족부장관은 양육비 채무자가 양육비 채무 불이행으로 인하여 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 경우 지방경찰청장에게 해당 양육비 채무자의 운전면허 정지처분을 요청할 수 있도록 하였다(제21조의3 신설).

(5) 2021. 7. 13. 시행 양육비이행법 개정

2021. 1. 12. 개정되어 2021. 7. 13. 시행된 개정 양육비이행법(현행 법임)은 출국금지, 명단공개, 형사처벌을 통하여 양육비 이행의 실효성을 제고하고자 하였다. 당시 개정이유는 다음과 같다.

◇ 개정이유 및 주요내용

양육비이행관리원 출범 이후 양육비 이행 규모는 점차 증가하는 추세이지만, 양육비이행관리원을 이용한 경우에도 양육비 이행률은 낮은 것이 현실인바, 고의적으로 양육비를 지급하지 않는 양육비 채무자에 대해

출국금지, 명단공개, 형사처벌을 통하여 양육비 이행의 실효성을 제고할 필요성이 있음.

이에 「가사소송법」 제68조제1항제1호(금전의 정기적 지급을 명령받은 사람이 3기 이상 그 의무를 이행하지 아니한 경우) 또는 제3호(양육비의 일시금 지급명령을 받은 사람이 30일 이내에 그 의무를 이행하지 아니한 경우)에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니한 양육비 채무자에 대한 출국금지 및 명단 공개 근거와 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니한 경우 처벌할 수 있는 근거를 마련함으로써 양육비 이행의 실효성을 제고하려는 것임.

개정 법은 양육비 채무 불이행으로 인하여 가사소송법 상 감치명령 결정을 받았음에도 양육비 채무를 이행하지 아니하는 양육비 채무자가 일정한 요건이 충족되면 여성가족부장관이 법무부장관에게 출입국관리법에 따른 출국금지를 요청할 수 있도록 하였다(제21조의4). 그리고 양육비 채무자가 양육비 채무 불이행으로 인하여 가사소송법에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 경우 양육비 채권자의 신청에 의하여 위원회의 심의, 의결을 거쳐 명단을 공개할 수 있게 하였다(제21조의5). 공개되는 정보는 1. 양육비 채무자의 성명, 나이 및 직업, 2. 양육비 채무자의 주소 또는 근무지(「도로명주소법」 제2조제5호의 도로명 및 같은 조 제7호의 건물번호까지로 한다), 3. 양육비 채무 불이행기간 및 양육비 채무액이다. 그리고 가사소송법상 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니한 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(제27조 제1항 제2호, 다만, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없음).

(6) 2024. 2. 29. 국회 통과 양육비이행법 개정

국회는 2024. 2. 29. 본회의에서 양육비이행법 개정안을 통과시켰다. 국회에서 통과된 개정안의 제안 이유와 주요내용은 다음과 같다.

▶ 제안이유 및 주요내용

대안의 제안이유

현행법은 한부모가족 아동이 비양육 부모로부터 양육비를 안정적으로 지급받을 수 있도록 하기 위하여 한국건강가정진흥원에 양육비이행관리원을 설치하도록 하고 양육비 이행확보를 위한 법률지원 및 제재조치 등을 규정하고 있으나, 양육비이행관리원이 한국건강가정진흥원 내의 조직으로 운영되고 있어 예산·인사·조직에 대한 권한을 독자적으로 행사하지 못해 양육비 이행지원 사업의 실효성이 저하된다는 지적이 있음.

한편, 양육비 이행 강화를 위해 감치명령을 받은 양육비 채무자를 대상으로 운전면허 정지처분, 출국금지, 명단 공개 처분 조치를 도입하여 시행하고 있으나, 감치명령 결정이 내려지기 전까지는 일반적으로 복잡한 절차와 장기간이 소요됨에 따라 양육비 채무 불이행에 대한 신속한 제재가 어렵고, 그 기간동안 미성년 자녀와 양육부 또는 모의 생계가 어려움에 처할 수 있다는 문제도 지적되고 있음.

이에 양육비이행관리원을 독립기관화하여 양육비 이행지원 전담기관으로서의 역할과 책임을 강화하고, 운전

면허 정지, 출국금지, 명단공개 대상을 법원의 감치명령 결정을 받은 양육비 채무자에서 양육비 지급 이행명령을 받고도 이를 이행하지 않은 양육비 채무자로 변경하여 양육비 채무자에 대한 제재를 강화하려는 것임. 대안의 주요내용

가. 양육비이행관리원을 독립된 기관으로 함(안 제7조부터 제9조까지).

나. 여성가족부장관은 양육비 채무 불이행으로 인하여 「가사소송법」 제64조제1항제1호에 따른 이행명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 양육비 채무자 중 대통령령으로 정하는 경우에는 위원회의 심의·의결을 거쳐 운전면허 정지처분, 출국금지 요청을 할 수 있도록 함(안 제21조의3 제1항 및 제21조의4제1항).

다. 여성가족부장관은 「가사소송법」 제64조제1항제1호에 따른 이행명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 양육비 채무자 중 대통령령으로 정하는 경우에는 위원회의 심의·의결을 거쳐 명단 공개를 할 수 있도록 함(안 제21조의5제1항).

이에 따라 현재 한국건강가정진흥원 내의 조직으로 운영되고 있는 양육비이행관리원을 독립 법인으로 설립한다. 그리고 양육비 채무 불이행으로 인하여 가사소송법 제64조 제1항 제1호에 따른 이행명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 양육비 채무자 중 대통령령으로 정하는 사람에 대하여 운전면허 정지 처분 요청, 출국금지 요청 및 명단공개 처분을 할 수 있도록 절차가 간소화된다. 현재는 이행명령 후 감치명령이 있어야 제재조치가 가능한데 법이 시행되면 감치명령없이도 제재조치가 가능해진다. 개정 법률은 공포 후 6개월이 지난 시점부터 시행된다.

2 양육비 이행 확보를 위한 제도 현황

가. 민법

1) 양육비 부담조서, 이혼과 자의 양육책임

민법 제836조의2에서는 협의 이혼 시 양육비 부담조서를 작성하도록 하고 양육비 부담조서에 집행권원의 효력을 부여하고 있다. 민법 제837조에서는 이혼과 자의 양육책임에 관하여 규정하고 있다.

민법 제836조의2(이혼의 절차) ① 협의상 이혼을 하려는 자는 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내를 받아야 하고, 가정법원은 필요한 경우 당사자에게 상담에 관하여 전문적인 지식과 경험을 갖춘 전문 상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다.

② ~ ③ (생략)

④ 양육하여야 할 자가 있는 경우 당사자는 제837조에 따른 자(子)의 양육과 제909조제4항에 따른 자(子)의 친권자결정에 관한 협의서 또는 제837조 및 제909조제4항에 따른 가정법원의 심판정본을 제출하여야 한다.

⑤ 가정법원은 당사자가 협의한 양육비부담에 관한 내용을 확인하는 양육비부담조서를 작성하여야 한다.

이 경우 양육비부담조서의 효력에 대하여는 「가사소송법」 제41조를 준용한다

가사소송법 제41조(심판의 집행력) 금전의 지급, 물건의 인도(引渡), 등기, 그 밖에 의무의 이행을 명하는 심판은 집행권원(執行權原)이 된다.

민법 제837조(이혼과 자의 양육책임) ① 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정한다. <개정 1990. 1. 13.>

② 제1항의 협의는 다음의 사항을 포함하여야 한다. <개정 2007. 12. 21.>

1. 양육자의 결정

2. 양육비용의 부담

3. 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법

③ 제1항에 따른 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 그 자(子)의 의사(意思)·나이와 부모의 재산상황, 그 밖의 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정한다. <개정 2007. 12. 21., 2022. 12. 27.>

④ 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다. 이 경우 가정법원은 제3항의 사정을 참작하여야 한다. <신설 2007. 12. 21.>

⑤ 가정법원은 자(子)의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부·모·자(子) 및 검사의 청구 또는 직권으로 자(子)의 양육에 관한 사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 할 수 있다. <신설 2007. 12. 21.>

⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정은 양육에 관한 사항 외에는 부모의 권리의무에 변경을 가져오지 아니한다. <신설 2007. 12. 21.>

(2) 인지된 경우 자의 양육책임과 면접교섭권

자와 그 직계비속 또는 그 법정대리인은 부 또는 모를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다(민법 제863조). 자가 인지된 경우에 이혼한 경우 자의 양육책임(민법 제837조)과 면접교섭권(민법 제837조의2) 조항을 준용한다. 민법 제837조 제2항 제2호에서 양육비용의 부담에 관하여 협의하도록 하고 있으므로 자가 인지된 경우 양육비에 관한 협의를 하도록 준용하고 있는 것이다. 민법 제837조 제4항에서는 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다고 정하고 있는데 이 또한 인지된 경우에 준용한다.

(3) 협의이혼 시 자녀양육안내 실시

대법원은 2012. 9. 29. 대법원 예규인 「가사재판, 가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침」을 2012. 11. 1.부터 시행한다고 밝혔다. 2007년 민법 개정으로 협의이혼 당사자가 가정법원의 이혼 안내를 받은 날부터 숙려기간이 지나야 이혼이 가능하도록 제도가 마련됐는데,

이 이혼 안내가 절차에 대한 안내인지, 자녀양육안내를 포함하는 것인지 의견이 갈렸는데 위 예규 제정으로 통일된 지침이 마련된 것이라고 한다.⁵⁾

자녀양육안내란 부모의 이혼이 자녀에게 미치는 영향, 이혼 과정상 자녀의 보호와 정서적인 안정을 위한 고려사항과, 이혼 이후 자녀양육에 있어서 부모의 역할분담 등에 관한 구체적인 행동지침을 안내하는 것을 말한다.⁶⁾

협의이혼의사확인 사건에서 법원사무관 등은 당사자 등에게 자녀양육안내문(아래 참조)을 교부하는 등의 방법으로 자녀양육안내의 의의, 목적 및 필요성을 설명하고 관련 정보를 제공하며, 자녀양육안내를 받은 후 양육과 친권자결정에 관한 협의서를 작성하여 제출하여야 할 것을 안내하여야 하고, 자녀양육안내를 받지 않을 경우 숙려기간이 진행되지 않아 협의이혼의사 확인기일이 지정되지 않는다는 사실을 알려주어야 하며, 협의이혼의사확인신청을 한 다음날부터 3개월 안에 자녀양육안내를 받지 않을 경우에는 협의이혼의사확인신청이 취하되는 것으로 처리된다는 사실을 안내하여야 한다.⁷⁾

가사재판 및 가사조정사건을 담당하는 재판장 등은 미성년 자녀의 복리를 위하여 필요한 경우에는 당사자 등에게 자녀양육안내를 받을 것을 권고할 수 있다.⁸⁾ 그 경우 재판장 등은 절차 초기에 당사자 등을 대면한 상태에서 자녀양육안내를 받을 것을 권고하도록 하며, 당사자 등에게 자녀양육안내문을 교부하는 등의 방법으로 자녀양육안내의 의의 및 목적, 필요성 등을 설명하고 관련 정보를 제공하며, 자녀양육안내를 받은 후 자녀양육안내 참석확인서를 재판부에 제출하여야 함을 고지하고, 변론기일 등에서 자녀양육안내 참석확인서가 제출되었는지 확인하고 자녀양육안내를 받는 것을 지체하는 당사자 등에게는 자녀양육안내를 받도록 촉구할 수 있다.⁹⁾

5) 좌영길, 협의이혼 하려면 자녀양육안내 들어야, 법률신문, 2024. 1. 20.

<https://www.lawtimes.co.kr/news/68551> [최종방문일 : 2024. 1. 20.]

6) 가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침(재특 2012-2) 제정 2012. 9. 19. [재판예규 제1400호, 시행 2012. 11. 1.] 제2조.

7) 가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침(재특 2012-2) 제정 2012. 9. 19. [재판예규 제1400호, 시행 2012. 11. 1.] 제10조.

8) 가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침(재특 2012-2) 제정 2012. 9. 19. [재판예규 제1400호, 시행 2012. 11. 1.] 제4조 제2항.

9) 가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침(재특 2012-2) 제정 2012. 9. 19. [재판예규 제1400호, 시행 2012. 11. 1.] 제10조.

(별지 제1호 서식)

미성년 자녀를 위한 자녀양육 안내문

미성년 자녀가 있는 부부가 이혼을 하려고 할 경우 다음 사항에 관하여 협의할 하여야 하고(민법 제837조, 제843조, 제909조), 법원은 재판상 이혼 중 청구를 심리할 경우 그 청구가 인용될 경우를 대비하여 다음 사항에 관하여 협의하도록 권고하게 되어 있습니다(가사소송법 제25조). 따라서 미성년 자녀가 있는 당사자들은 법원의 권고에 따라 다음 사항에 관하여 협의하여야 합니다.

- 미성년 자녀의 친권자 및 양육자 지정
- 양육비용의 부담
- 면접교섭 행사 여부 및 그 방법

이에 ○○가정법원은 미성년 자녀의 복리를 위한 방향으로 위 협의를 진행할 수 있도록 관련된 주요 사항을 안내해 드리고, 또한 협의이혼 절차 및 이혼소송 중에 미성년 자녀가 정신적으로 상처받지 않고 건전하게 자랄 수 있도록 도움을 드리고자 미성년 자녀가 있는 당사자들을 위하여 ‘자녀양육안내’ 자리를 마련하였습니다.

따라서 미성년 자녀가 있는 협의이혼 또는 이혼소송 중인 당사자들은 자녀양육안내에 반드시 참여하시기 바랍니다.

☞ 장 소 : ○ ○ 가 정 법 원 제 ○ ○ 호 법정
 ☞ 시 간 : 2012. . . 2012. . . 각 오후 2시
 (약 1시간 정도 진행)

※ 협의이혼의 경우 자녀양육안내는 안내문을 받은 날부터 3개월 내에 받으셔야 하고, 위 기간 내에 받지 않을 경우에는 협의이혼의사확인 신청이 취하되는 것으로 처리됩니다.

(자녀양육안내를 받고 참석확인서를 제출하여야 확인기일이 지정됨을 유의하시기 바랍니다)

※ 재판상이혼의 경우 다음 변론기일 또는 가사조사기일 전까지 ‘1회만’ 참석하시면 됩니다.

※ 자녀양육안내에 참석한 이후 가사조서관 등으로부터 확인을 받은 ‘자녀양육안내 참석확인서’를 ○○가정법원 종합민원실 또는 담당 재판부에 제출하시기 바랍니다.

문의사항 연락처 : ○○가정법원 ○○재판부 법원주사(보) ○○○ ☎ 02) 123 - ○○○○

○ ○ 가 정 법 원

[미성년 자녀를 위한 자녀양육 안내문, 위 대법원 예규 별지 제1호 서식]

나. 가사소송법

(1) 사전처분

가사사건의 소 제기 등이 있는 경우 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방이나 그 밖의 관계인에게 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을

위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다(가사소송법 제62조 제1항). 미이행 시 일천만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다(가사소송법 제67조 제1항). 사전 처분은 집행력을 갖지 않는다(가사소송법 제62조 제5항).

- 가사소송법 제62조(사전처분) ① 가사사건의 소의 제기, 심판청구 또는 조정의 신청이 있는 경우에 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 사건을 해결하기 위하여 특히 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방이나 그 밖의 관계인에게 현상(現狀)을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호(監護)와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다.
- ② 제1항의 처분을 할 때에는 제67조제1항에 따른 제재를 고지하여야 한다.
- ③ 급박한 경우에는 재판장이나 조정장은 단독으로 제1항의 처분을 할 수 있다.
- ④ 제1항과 제3항의 처분에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.
- ⑤ 제1항의 처분은 집행력을 갖지 아니한다.

사전처분 제도는 이혼소송 등에서 장차 유리한 지위를 점하기 위해 자녀를 임의로 데려가거나 장기간 양육비 지급을 중단하는 등의 상황이 발생하는 것을 방지하기 위해 마련된 것으로, 특히 양육을 위한 사전처분으로는 양육비 지급 신청, 임시양육자 지정 신청, 유아인도 신청 등을 들 수 있는데, 이혼소송 등이 제기되고 배우자 일방이 양육비 등의 지급을 중단하는 경우 사전처분으로써 양육비 지급 신청을 할 수 있다.¹⁰⁾

(2) 가압류, 가처분

가정법원은 가사소송사건 또는 마류 가사비송사건을 본안 사건으로 하여 가압류 또는 가처분을 할 수 있다(가사소송법 제63조 제1항). 이 경우 담보를 제공하게 하지 아니하고 할 수 있다(가사소송법 제63조 제2항). 인지청구, 재판상 이혼 등은 가사소송사건에 해당하고(가사소송법 제2조 제1항 제1호), 민법 제837조 및 제837조의2에 따른 자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권의 처분 등은 가사비송 사건 마류 사건에 해당한다(가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목).

- 가사소송법 제63조(가압류, 가처분) ① 가정법원은 제62조에도 불구하고 가사소송사건 또는 마류 가사비송 사건을 본안(本案) 사건으로 하여 가압류 또는 가처분을 할 수 있다. 이 경우 「민사집행법」 제276조부터 제312조까지의 규정을 준용한다.
- ② 제1항의 재판은 담보를 제공하게 하지 아니하고 할 수 있다.
- ③ 「민사집행법」 제287조를 준용하는 경우 이 법에 따른 조정신청이 있으면 본안의 제소가 있는 것으로 본다.

10) 강서영, 양육비 이행확보제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 24면.

(3) 재산 명시 또는 조회

양육비 채권자가 아닌 일반 채권자는 소송절차가 끝난 후 판결, 조정조서 등이 있어야 재산명시, 재산조회가 가능하다. 하지만 양육비 청구의 경우 특히 필요하다고 인정하는 경우 가정 법원 직권 또는 당사자 신청에 의하여 재산 명시 및 재산 조회가 가능하다. 재산 명시는 가정법원이 당사자에게 재산상태를 구체적으로 밝힌 재산목록을 제출하도록 명하는 것이고(가사소송법 제48조의2), 재산조회는 가정법원이 재산명시만으로는 양육비 청구사건의 해결이 곤란하다고 인정할 경우 당사자 명의의 재산에 관하여 조회(개인의 재산 및 신용에 관한 전산망을 관리하는 공공기관·금융기관·단체 등에 채무자 명의의 재산에 관하여 조회)하는 것이다.

가사소송법 제48조의2(재산 명시) ① 가정법원은 재산분할, 부양료 및 미성년자인 자녀의 양육비 청구사건을 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 당사자에게 재산상태를 구체적으로 밝힌 재산목록을 제출하도록 명할 수 있다. (이하 생략)

제48조의3(재산조회) ① 가정법원은 제48조의2의 재산 명시 절차에 따라 제출된 재산목록만으로는 재산분할, 부양료 및 미성년자인 자녀의 양육비 청구사건의 해결이 곤란하다고 인정할 경우에 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 당사자 명의의 재산에 관하여 조회할 수 있다.

② 제1항의 재산조회에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 「민사집행법」 제74조를 준용한다. (이하 생략)

민사집행법 제61조 제1항¹¹⁾에 따른 재산명시 또는 민사집행법 제74조 제1항¹²⁾에 따른 재산조회 신청도 가능함

그러나 재산명시 제도는 실제에서 채무자 소재불명이나 채무자 고의 등으로 상대방이 재산목록을 잘 제출하지 않는 경우가 많고, 재산목록 제출 전 재산명의를 변경하는 여지를 줄 수 있으며, 제출한 재산목록이 거짓인지를 당사자가 직접 확인해야 하는 번거로움이 있다.¹³⁾ 또한 재산명시부터 재산조회까지

11) 민사집행법 제61조(재산명시신청) ① 금전의 지급을 목적으로 하는 집행권원에 기초하여 강제집행을 개시할 수 있는 채권자는 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 법원에 채무자의 재산명시를 요구하는 신청을 할 수 있다. 다만, 민사소송법 제213조에 따른 가집행의 선고가 붙은 판결 또는 같은 조의 준용에 따른 가집행의 선고가 붙어 집행력을 가지는 집행권원의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 신청에는 집행력 있는 정보와 강제집행을 개시하는데 필요한 문서를 붙여야 한다.

12) 민사집행법 제74조(재산조회) ① 재산명시절차의 관할 법원은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 재산명시를 신청한 채권자의 신청에 따라 개인의 재산 및 신용에 관한 전산망을 관리하는 공공기관·금융기관·단체 등에 채무자명의의 재산에 관하여 조회할 수 있다.

1. 재산명시절차에서 채권자가 제62조제6항의 규정에 의한 주소보정명령을 받고도 민사소송법 제194조제1항의 규정에 의한 사유로 인하여 채권자가 이를 이행할 수 없었던 것으로 인정되는 경우

2. 재산명시절차에서 채무자가 제출한 재산목록의 재산만으로는 집행채권의 만족을 얻기에 부족한 경우

3. 재산명시절차에서 제68조제1항 각호의 사유 또는 동조 제9항의 사유가 있는 경우

13) 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 검토보고(2022. 9.)

https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Z2F2D0C6Q2Z3E1H3F3M5F4Q9A9V1V1

4~6개월 기간이 소요됨에 따라 양육비 채무를 회피할 목적으로 예금 인출 및 부동산 명의변경 등 재산 은닉 행위가 발생할 수 있어서 효과적인 양육비 확보가 어려운 실정이다.¹⁴⁾ 가사소송법 제48조의3 제1항에서 재산명시 절차에 따라 제출된 재산목록만으로는 사건 해결이 곤란하다고 인정할 경우에 재산조회를 할 수 있도록 규정하고 있어서 불필요하게 절차가 복잡하고 소요기간이 늘어나는 것으로 보인다.

< 소득·재산 조사 진행절차 및 소요기간 >

구 분	소 요 기 간	비 고
재산명시	<ul style="list-style-type: none"> • 재산명시 결정: 2~3개월 소요 (재산명시 결정 후 재산명시기일 송달 및 채무자 출석) 	<ul style="list-style-type: none"> • 송달이 빠른 경우 2개월 소요 • 송달 불능의 사유로 각하 결정까지 기간 연장도 가능
재산조회	<ul style="list-style-type: none"> • 재산조회 신청은 재산명시기일 출석 및 각하결정 후 2~3주 소요 (채권자 및 사건담당자와 재산조회 관련 협의진행 등) • 신청 후 재산조회까지 6~8주 소요 	<ul style="list-style-type: none"> • 조회 금융기관의 협조여부에 따라 회신기간 연장 가능성 있음

[재산명시, 조회 소요기간, 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2021. 9.)]

(4) 양육비 직접지급명령

양육비 직접지급명령 제도는 양육비를 정기적으로 지급할 의무가 있는 사람이 정당한 사유없이 2회 이상 양육비 미지급 시 양육비 채권자의 신청에 따라 양육비 채무자의 급여에서 양육비 공제 및 직접 지급 가능하도록 하는 제도이다(가사소송법 제63조의2 제1항). 양육비 채무자에게 정기적 급여채무를 부담하는 소득세원천징수의무자가 양육비 채무자의 급여에서 정기적으로 양육비를 공제하여 양육비 채권자에게 직접 지급하도록 한다. 민사집행법상 압류명령과 전부명령을 동시에 명한 것과 같은 효력이 있다(가사소송법 제63조의2 제2항). 양육비 직접지급명령 미이행 시 가사소송법 제67조 제1항에 따라 1,000만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다.

가사소송법 제63조의2(양육비 직접지급명령) ① 가정법원은 양육비를 정기적으로 지급할 의무가 있는 사람 (이하 “양육비채무자”라 한다)이 정당한 사유 없이 2회 이상 양육비를 지급하지 아니한 경우에 정기금 양육비 채권에 관한 집행권원을 가진 채권자(이하 “양육비채권자”라 한다)의 신청에 따라 양육비채무자에 대하여 정기적 급여채무를 부담하는 소득세원천징수의무자(이하 “소득세원천징수의무자”라 한다)에게 양육

14) 여성가족위원회 수석전문위원(차인순), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고(2021. 9.) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C2V1A0Y6Q0R2T1E0G2Z1D1D5L0D1F4

- 비채무자의 급여에서 정기적으로 양육비를 공제하여 양육비채권자에게 직접 지급하도록 명할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 지급명령(이하 “양육비 직접지급명령”이라 한다)은 「민사집행법」에 따라 압류명령과 전부명령을 동시에 명한 것과 같은 효력이 있고, 위 지급명령에 관하여는 압류명령과 전부명령에 관한 「민사집행법」을 준용한다. 다만, 「민사집행법」 제40조제1항과 관계없이 해당 양육비 채권 중 기한이 되지 아니한 것에 대하여도 양육비 직접지급명령을 할 수 있다.
 - ③ 가정법원은 양육비 직접지급명령의 목적을 달성하지 못할 우려가 있다고 인정할 만한 사정이 있는 경우에는 양육비채권자의 신청에 의하여 양육비 직접지급명령을 취소할 수 있다. 이 경우 양육비 직접지급명령은 장래에 향하여 그 효력을 잃는다.
 - ④ 가정법원은 제1항과 제3항의 명령을 양육비채무자와 소득세원천징수의무자에게 송달하여야 한다.
 - ⑤ 제1항과 제3항의 신청에 관한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.
 - ⑥ 소득세원천징수의무자는 양육비채무자의 직장 변경 등 주된 소득원의 변경사유가 발생한 경우에는 그 사유가 발생한 날부터 1주일 이내에 가정법원에 변경사실을 통지하여야 한다.

직접지급명령 제도는 한 번의 신청으로 계속적으로 양육비가 직접 지급될 수 있게 되어 절차가 간소화되었으나, 양육비 채무자가 직장을 옮기거나, 또는 자영업자인 경우, 그 밖에 양육비 직접지급명령을 받은 고용주(소득세원천징수의무자)가 미온적 태도를 보일 경우 등에는 이행확보가 어렵다.¹⁵⁾ 채무자가 직장을 옮긴 경우에는 새로운 고용주에 대한 별도의 직접지급명령을 받아야 한다. 자영업자인 경우 직접지급명령을 할 고용주가 없으므로 직접지급명령을 할 수 없다. 직접지급명령은 일반인에게는 생소하고 낯선 결정이라서 그 의미를 잘 모르는 등 직접지급명령을 받은 고용주가 미온적 태도를 보이며 임의로 변제하지 않을 수 있다. 그러면 양육비 채권자가 전부의 효과에 따라 피전부채권을 이전받은 전부채권자 지위에서 고용주에 대하여 민사집행법 제238조에 따라 이행을 구하는 소송을 제기하여 집행할 수 있다.¹⁶⁾

(5) 담보명령 및 일시금지급명령

가정법원은 양육비를 정기금으로 지급하게 하는 경우 안정적인 양육비 지급을 위해 양육비 채무자에게 담보 제공 명령을 할 수 있다(가사소송법 제63조의3 제1항). 양육비 채무자가 정당한 사유없이 이행을 하지 아니하는 경우에 양육비 채권자의 신청에 의하여 양육비 채무자에게 담보 제공 명령을 할 수도 있다(가사소송법 제63조의3 제2항). 담보는 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권 공탁, 대법원 규칙에 정하는 바에 따라 지급을 보증하겠다는 위탁계약을 맺는 문서를 제출하는 방법으로 하되, 당사자 간 특별한 약정이 있으면 그 약정에 따라 부동산 근저당권의 설정, 질권 설정, 보증인을 세워 보증하는 방법

15) 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 검토보고(2022. 9.)
https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Z2F2D0C6Q2Z3E1H3F3M5F4Q9A9V1V1

16) 법원실무제요 가사[I], 사법연수원, 2021, 262면.

등도 가능하다(가사소송법 제63조의3 제6항, 민사소송법 제122조). 담보제공의 방법으로 현금공탁이 주로 명하여지고 실무는 원칙적으로 현금공탁을 명하되 약 3년 분의 양육비 또는 피담보채권액의 약 30%에 해당하는 금액을 담보액으로 정하고 있다고 한다.¹⁷⁾ 담보제공명령 미이행 시 1,000만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있고(가사소송법 제67조 제1항), 양육비 채권자의 신청에 의하여 양육비의 전부 또는 일부에 대해 일시금 지급 명령이 가능하다(가사소송법 제63조의3 제4항).

「가사소송법」 제63조의3(담보제공명령 등) ① 가정법원은 양육비를 정기금으로 지급하게 하는 경우에 그 이행을 확보하기 위하여 양육비채무자에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.
 ② 가정법원은 양육비채무자가 정당한 사유 없이 그 이행을 하지 아니하는 경우에는 양육비채권자의 신청에 의하여 양육비채무자에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.
 ③ 제2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.
 ④ 제1항이나 제2항에 따라 양육비채무자가 담보를 제공하여야 할 기간 이내에 담보를 제공하지 아니하는 경우에는 가정법원은 양육비채권자의 신청에 의하여 양육비의 전부 또는 일부를 일시금으로 지급하도록 명할 수 있다.
 ⑤ 제2항과 제4항의 명령에 관하여는 제64조제2항을 준용한다.
 ⑥ 제1항과 제2항의 담보에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 「민사소송법」 제120조제1항, 제122조, 제123조, 제125조 및 제126조를 준용한다.

담보제공명령은 미성년자인 자녀에 대한 양육비 지급 책임을 부담하게 된 정기금 양육비 채무자가 장래에 이행기가 도래하는 정기금 양육비를 지급하지 않거나 양육비 채무자의 자력이 변동되는 상황에 대비하기 위한 경우, 특히 양육비 채무자가 근로자가 아닌 자영업자 등이어서 양육비 직접지급명령제도(가사소송법 제63조의2)를 이용할 수 없는 경우 등에 그 대안으로서 마련된 것이다.¹⁸⁾ 일시금 지급명령은 담보제공명령 불이행 시 제재 중 하나로 정기금 양육비 채권의 이행을 담보하기 위한 특수한 제도라는 점에서 담보제공명령과 제도의 취지를 같이 한다.¹⁹⁾

(6) 이행명령

가정법원은 판결, 심판, 조정조서, 조정에 갈음하는 결정 또는 양육비부담조서에 의하여 양육비 채무를 이행하여야 할 사람이 정당한 이유 없이 양육비 지급 의무를 이행하지 않는 경우 당사자의 신청에 의해 일정 기간 내에 그 의무 이행할 것을 명할 수 있다(가사소송법 제64조 제1항).

17) 법원실무제요 가사[I], 사법연수원, 2021, 276면. 275면.

18) 법원실무제요 가사[I], 사법연수원, 2021, 269면. 담보제공명령은 통상 양육비 채무자가 근로자가 아닌 자영업자 등인 경우에 많이 활용될 것이나, 근로자인 경우에는 양육비 직접지급명령과 담보제공명령 어느 쪽도 선택가능하다고 한다.

19) 법원실무제요 가사[I], 사법연수원, 2021, 278면.

「가사소송법」 제64조(이행 명령) ① 가정법원은 판결, 심판, 조정조서, 조정을 갈음하는 결정 또는 양육비부담조서에 의하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 의무를 이행하여야 할 사람이 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다.

1. 금전의 지급 등 재산상의 의무
2. 유아의 인도 의무
3. 자녀와의 면접교섭 허용 의무

② 제1항의 명령을 할 때에는 특별한 사정이 없으면 미리 당사자를 심문하고 그 의무를 이행하도록 권고하여야 하며, 제67조제1항 및 제68조에 규정된 제재를 고지하여야 한다.

이행명령은 양육비 지급 의무 등 가사채무를 과태료, 감치 등 간접강제의 수단을 통하여 실현함을 목적으로 하여, 이미 성립된 의무 이행을 촉구하는 민법상의 이행의 최고에 유사한 성질을 가지지만 권리자가 아니라 가정법원이 하는 것이라는 점에서 다르다.²⁰⁾ 이행명령 미이행 시 1,000만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있고(가사소송법 제67조 제1항), 일정한 경우 감치를 명할 수도 있다(가사소송법 제68조). 국회가 2024. 2. 29. 통과시킨 양육비이행법 개정 법률이 시행되면 이행명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 양육비 채무자 중 대통령령으로 정하는 사람에 대하여 (감치명령 없이도) 운전면허 정지 처분 요청, 출국금지 요청 및 명단공개 처분을 할 수 있도록 절차가 간소화된다.

(7) 수검명령

가정법원은 당사자 또는 관계인 사이의 혈족관계 유무를 확정할 필요가 있는 경우 혈액채취에 의한 혈액형의 검사 등 유전인자의 검사 등 검사를 받을 것을 명령을 할 수 있다(가사소송법 제29조). 미이행 시 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(가사소송법 제67조 제1항). 만약 과태료 제재를 받고도 정당한 이유 없이 다시 수검 명령을 위반한 경우에는 가정법원은 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 위반자에 대한 감치 명령을 할 수 있다(가사소송법 제67조 제2항).

가사소송법 제29조(혈액형 등의 수검 명령) ① 가정법원은 당사자 또는 관계인 사이의 혈족관계의 유무를 확정할 필요가 있는 경우에 다른 증거조사에 의하여 심증(心證)을 얻지 못한 때에는 검사를 받을 사람의 건강과 인격의 존엄을 해치지 아니하는 범위에서, 당사자 또는 관계인에게 혈액채취에 의한 혈액형의 검사 등 유전인자의 검사나 그 밖에 적당하다고 인정되는 방법에 의한 검사를 받을 것을 명할 수 있다.

② 제1항의 명령을 할 때에는 제67조에 규정된 제재(制裁)를 고지하여야 한다.

20) 법원실무제요 가사[1], 사법연수원, 2021, 282면. 이행명령으로 판결, 심판, 조정조서 등에 따라 확정되어 있는 의무의 내용을 변경하거나 의무자에게 새로운 의무를 창설할 수는 없다.

대법원은, 인지소송에서 유전자검사를 위한 수검명령에 계속하여 불응하는 피고에 대하여 법규정에서 정한 과태료 또는 감치 등의 제재를 하여서라도 유전자검사를 시도한 후 그 심리 및 검사결과에 기초하여 원고들과 피고 사이의 친생자관계가 존재하는지 여부를 신중하게 판단하여야 하는데, 그리하지 않고 인지청구를 인용한 원심 판결을 파기환송한 바 있는데²¹⁾ 그 설시 내용은 다음과 같다.

대법원 2013. 12. 12. 선고 2013므3482 판결

가. 인지소송은 부와 자 사이에 사실상의 친자관계 존재를 확정하고 법률상의 친자관계를 창설함을 목적으로 하는 소송으로서 친족·상속법상 중대한 영향을 미치는 인륜의 근본에 관한 것이고 공익에도 관련되는 중요한 것이기 때문에 이 소송에서는 직권주의를 채용하고 있는 것이므로, 당사자의 입증에 충분하지 못할 때에는 가능한 한 직권으로도 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 한다. 한편 혈연상의 친자관계라는 주요사실의 존재를 증명함에 있어서는, 부와 친모 사이의 정교관계의 존재 여부, 다른 남자와의 정교의 가능성이 존재하는지 여부, 부가 자를 자기의 자로 믿은 것을 추측하게 하는 언동이 존재하는지 여부, 부와 자 사이에 인류학적 검사나 혈액형검사 또는 유전자검사를 한 결과 친자관계를 배제하거나 긍정하는 요소가 있는지 여부 등 주요사실의 존재나 부존재를 추인시키는 간접사실을 통하여 경험칙에 의한 사실상의 추정에 의하여 주요사실을 추인하는 간접증명의 방법에 따를 수밖에 없다. 여기에서 혈액형검사나 유전자검사 등 과학적 증명방법이 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 증명되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우라면 그와 같은 증명방법은 가장 유력한 간접증명의 방법이 된다(대법원 2005. 6. 10. 선고 2005므365 판결²²⁾ 등 참조).

나. 그런데 원고들의 친모인 D와 피고 사이에 정교관계가 존재하였는지, 당시 D가 다른 남자와 정교를 하였을 가능성이 존재하였는지를 확인할 수 있는 자료를 기록상 발견할 수 없다. 또한 피고 부부가 원심 판시와 같이 원고들을 입양하게 된 동기나 이유 및 그 경위를 확인할 수 있는 자료도 없어서, 피고 부부가 원고들을 입양하였다는 사실만으로 피고가 원고들을 자신의 친생자로 인정하였음을 추측하게 하는 언동을 하였다고 단정할 수 없다. 오히려 원심 판시와 같이 원고들이 협의파양된 사실은 피고가 원고들을 자신의 친생자로 인정하지 아니하겠다는 언동을 한 것이라고 볼 여지도 없지 않다. 더욱이 원고 A은 위 협의파양 당시 만 23세로 이미 성년이 되었음에도 파양에 동의하였는데, 이는 원고들과 피고 사이의 친자관계 존재를 의심하게 하는 사정이 될 수도 있다. 한편 피고가 유전자검사를 위한 법원의 계속된 수검명령에 불응하였으나, 제1심법원 또는 원심법원이 이러한 피고에 대하여 가사소송법 제67조에서 정한 과태료 또는 감치 등의 제재를 하였음을 인정할 만한 자료를 기록상 찾을 수 없다.

다. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심으로서는 D와 피고 사이에 정교관계가 존재하였는지, 당시 D가 다른 남자와 정교를 하였을 가능성이 존재하였는지, 피고 부부가 원고들을 입양하였다가 협의파양하게 된 동기나 이유 및 그 경위가 무엇인지를 좀 더 세세하게 심리하여 확정하는 한편, 원고들과 피고 사이의 친자관계 존재를 추인할 수 있는 가장 유력한 간접증명의 방법이라고 할 수 있는 유전자검사를 위한 수검명령에 계속하여 불응하는 피고에 대하여 법규정에서 정한 과태료 또는 감치 등의 제재를 하여서라도 유전자검사를 시도한 후 그 심리 및 검사결과에 기초하여 원고들과 피고 사이의 친생자관계가 존재하는지 여부를 신중하게 판단하였어야 할 것이다.

21) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005므365 판결, 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013므3482 판결.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 곧바로 원고들이 피고의 친생자라고 판단하여 원고들의 인지청구를 인용한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 이러한 원심판결에는 친생자관계의 인정에 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

(8) 과태료 부과

혈액형 등의 수검 명령(제29조), 양육비 직접지급명령(제63조의2 제1항), 담보제공명령(제63조의3 제1항, 제2항), 이행 명령(제64조), 사전 처분(제62조)을 위반한 경우 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(가사소송법 제67조 제1항).

가사소송법 제67조(의무 불이행에 대한 제재) ① 당사자 또는 관계인이 정당한 이유 없이 제29조, 제63조의2제1항, 제63조의3제1항·제2항 또는 제64조의 명령이나 제62조의 처분을 위반한 경우에는 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 직권으로 또는 권리자의 신청에 의하여 결정으로 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

② 제29조에 따른 수검 명령을 받은 사람이 제1항에 따른 제재를 받고도 정당한 이유 없이 다시 수검 명령을 위반한 경우에는 가정법원은 결정으로 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 위반자에 대한 감치(監置)를 명할 수 있다.

③ 제2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다

(9) 감치명령

이행 명령(가사소송법 제64조)을 받은 사람이 정당한 이유 없이 3기 이상 그 의무를 이행하지 아니하거나 담보제공명령을 받았으나 미이행하여 일시금지급명령을 받은 사람(가사소송법 제63조의3 제4항)이 30일 이내에 정당한 사유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우 가정법원은 권리자의 신청에 의하여 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 감치 명령을 할 수 있다(가사소송법 제68조). 그리고 수검 명령(가사소송법 제29조)을 받은 사람이 과태료 제재를 받고도(가사소송법 제67조 제1항) 정당한 이유 없

22) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005므365 판결에서도 “원심의 소송과정에서 원고의 소송대리인이 소외 1의 조카들인 피고보조참가인 및 소외 6, 소외 7 등에게 유전자감정에 협조해 달라는 취지의 내용증명을 보낸 사실, 그런데 피고보조참가인 등이 이에 대하여 답변하지 않은 사실을 인정할 수 있으나, 제1심은 물론 원심에서도 원고 또는 피고보조참가인에게 감정의 신청을 권유하거나 유전자감정 등의 수검명령을 한 흔적이 보이지 않고, 원고와 동거하는 사이로 혼인이 예정되어 있는 소외 5의 증언은 인지소송의 중요성 및 친자관계의 입증에 관한 위와 같은 법리에 비추어 이를 쉽게 믿기 어렵다. 그러므로 원심으로서 원고의 출생 및 성장과정, 사망 전 소외 1의 생활과 원고와의 교류 정도, 원고 및 소외 1의 친족관계 등을 더 세심히 심리하여 확정하는 한편, 유전자감정을 권유하거나 이에 관한 가사소송법상의 수검명령을 하고 이에 응하지 아니할 경우 과태료 또는 감치 등의 제재를 하여서라도 위와 같은 검사를 시도한 후, 그 심리 및 검사 결과에 기초하여 과연 원고와 소외 1 사이의 친생자관계를 인정할 수 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다.”라고 실시하였다.

이 다시 수검 명령을 위반한 경우에는 가정법원은 결정으로 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 위반자에 대한 감치를 명할 수 있다(가사소송법 제67조 제2항). 감치는 가사채무를 이행시키는 강력한 제재 수단으로 독일에서 도입된 것이라고 한다.²³⁾

가사소송법 제68조(특별한 의무 불이행에 대한 제재) ① 제63조의3제4항 또는 제64조의 명령을 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 가정법원은 권리자의 신청에 의하여 결정으로 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 의무자에 대한 감치를 명할 수 있다.

1. 금전의 정기적 지급을 명령받은 사람이 정당한 이유 없이 3기(期) 이상 그 의무를 이행하지 아니한 경우
 2. 유아의 인도를 명령받은 사람이 제67조제1항에 따른 제재를 받고도 30일 이내에 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우
 3. 양육비의 일시금 지급명령을 받은 사람이 30일 이내에 정당한 사유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우
- ② 제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

가사소송법 제67조(의무 불이행에 대한 제재) ① 당사자 또는 관계인이 정당한 이유 없이 제29조, 제63조의2제1항, 제63조의3제1항·제2항 또는 제64조의 명령이나 제62조의 처분을 위반한 경우에는 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 직권으로 또는 권리자의 신청에 의하여 결정으로 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

- ② 제29조에 따른 수검 명령을 받은 사람이 제1항에 따른 제재를 받고도 정당한 이유 없이 다시 수검 명령을 위반한 경우에는 가정법원은 결정으로 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 위반자에 대한 감치(監置)를 명할 수 있다.
- ③ 제2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

감치 제도에 대해서는 비판이 많다.

첫째 감치명령 인용률이 낮다. 2015년부터 2020년 6월까지 감치명령 신청은 1,946건, 소송을 통해 인용된 건수는 1,174건이라고 한다.²⁴⁾ 감치명령 인용률이 낮은 이유는 감치명령 신청이 들어가면 그때서야 채무자가 일부를 지급하여 감치명령 인용 결정을 피할 수 있기 때문이다.²⁵⁾ 법원 실무에서는 감치 제도가 인신 구속 제도이기 때문에 최대한 제한적으로 해석하여, 단순히 판결, 심판, 조정 등에 따라 확정된 양육비 채무를 3기 이상 불이행한 것만으로는 부족하고, 이행 명령이나 일시금지급명령을 받은 이후 3기 이상 양육비가 미지급된 경우 감치 재판을 한다.²⁶⁾ 그래서 양육비 채무자들은 감치명령이 신청

23) 박동섭, 가사소송실무 I, 법률문화원, 2022, 372면.

24) 신섬미, 양육비 주지 않고 버티는 부모에 허술한 국내 법망·행정망, 울산매일, 2020. 11. 22.

25) 가사소송규칙 제135조 제2항은 다음과 같다.

가사소송규칙 제135조(감치의 재판등) ① 감치에 처하는 재판에는 위반자가 위반한 수검명령의 내용 또는 의무자가 이행하지 아니한 의무의 내용, 감치의 기간, 감치할 장소 및 감치의 기간이 만료되기 이전이라도 수검명령에 응하거나 의무를 이행한 때에는 감치의 집행이 종료된다는 뜻을 명확히 하여야 한다.

② 가정법원은, 위반자 또는 의무자를 감치에 처함이 상당하지 아니하다고 인정하거나 위반자 또는 의무자가 재판기일까지 그 의무이행사실을 증명한 때에는 불처벌의 결정을 하여야 한다.

③ 제2항의 결정에 대하여는 불복하지 못한다.

되면 재판기일 전에 일부 양육비를 지급하여 이행 명령이나 일시금지급명령을 받은 후 3기 분의 양육비 보다 적은 금액이 미납된 상황이 되도록 하여 감치명령을 피해갈 수 있다.²⁷⁾ 감치명령의 요건인 법원의 이행명령 후 의무불이행 기간을 “3기 이상”에서 “30일 이내”로 완화하여 양육비 지급의무자의 신속하고 자발적인 의무 이행을 통해 양육 공백을 방지할 수 있도록 하여야 한다는 의견이 제시되기도 한다.²⁸⁾ 또한 양육비 채무자가 고의적으로 송달을 회피하여 감치 재판이 공시송달로 진행된다면 가정법원이 해당 채무자의 정당한 사유의 존부에 대한 의견을 들을 기회가 없어 감치명령에 대한 심증을 형성하지 못하고, 정당한 사유의 입증책임이 양육비채무자에게 있기 때문에 감치 기각결정을 하는 경우가 많다는 의견도 있다.²⁹⁾ 법원 실무는 의무자에 대한 소환이나 구인이 불능으로 된 경우 공시송달에 의하여 사건을 진행하고 있으며, 다만 그중 이행명령 사건과 감치사건이 모두 공시송달로 진행된 경우에는 감치에 처함이 상당하지 아니한 때를 판단함에 있어 이를 참작하고 있다고 한다.³⁰⁾

둘째 감치명령 인용결정이 내려져도 집행률이 낮다. 2015년부터 2020년 6월까지 감치명령 신청은 1,946건, 소송을 통해 인용된 건수는 1,174건, 이 가운데 감치에 성공한 건수는 41건(2015년 0건, 2016년 7건, 2017년 10건, 2018년 13건, 2019년 2건, 2020년 6월까지 9건)이라고 한다.³¹⁾ 집행률이 낮은 이유는 채무자 소재파악 불명(채무자의 잠적, 위장전입 등으로 채무자가 송달을 회피하는 경우 등), 인신구속에 대한 경찰의 비협조적 태도, 가사소송규칙 제136조의2³²⁾에서 감치명령 결정의 집행기간이 6개월에 불과한 점이 지적된다.³³⁾ 가사소송규칙 제136조의2에서는 감치에 처하는 재판은 그 선고일부터 6개월이 경과된 후에는 이를 집행할 수 없다고 규정하고 있다. 양육비 채무자가 6개월만 잠적하거나 거주지를 은닉하는 등 감치 집행을 피하면 사실상 감치를 면할 수 있다.³⁴⁾ 일반적인 감치 제도가

26) 법원실무제요, 가사[I], 사법연수원, 2021, 290면. 정기금의 지급이 본래의 의무 내용(판결, 심판, 조정, 조정을 갈음하는 결정에서 정기금의 지급을 명한 경우)을 가리키는 것인지, 아니면 이행명령에서 정기금 형태로 금전의 지급의무를 이행할 것을 명령받은 경우를 가리키는지에 관하여는 이론의 여지가 있으나 후자로 해석하여야 할 것이라고 한다.

27) 윤지영, 사회보장의 관점에서 본 양육비이행확보제도의 법적 과제, 사회보장법연구, 2021, 16면.

28) 최혜영 의원 등 10인이 2020. 11. 4. 발의한 가사소송법 개정안.

https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Q2V0K1G0Y1A8A2P3H0H7M1P8Y3Y6Z0
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

29) 박복순, 김은지, 김효정, 고현승, 유경희, 손서희, 양육비이행지원체계 5년의 평가와 개선 방안 연구, 한국여성정책연구원, 2020, 235면.

30) 법원실무제요, 가사[I], 사법연수원, 2021, 291면.

31) 신섬미, 양육비 주지 않고 버티는 부모에 허술한 국내 법망·행정망, 울산매일, 2020. 11. 22.

32) 가사소송규칙 제136조의2(감치의 집행기간) 법 제67조제2항 또는 법 제68조의 규정에 따른 감치에 처하는 재판은 그 선고일부터 6개월이 경과된 후에는 이를 집행할 수 없다.

33) 강서영, 양육비 이행확보제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 24면.

34) 허민숙, 양육비 이행 관리의 한계와 개선 과제, 여성연구, 2020, 64면.

법정 질서 유지 관련 위반행위에 대해 제재를 가하기 위한 것임에 비해 양육비 채무 불이행을 이유로 하는 감치 제도는 간접강제 수단으로서 심리적 압박을 통한 양육비 채무 이행 확보를 주된 목적으로 하므로, 다른 유형의 감치와 달리 양육비 감치명령에 대해서는 집행 기간을 한정할 필요가 없고, 양육비 채무 불이행 상태가 계속되는 한 언제든지 감치명령의 집행이 가능하도록 하여 양육비 채무 이행 간접 강제 목적을 보다 효과적으로 달성할 필요가 있다는 의견도 있다.³⁵⁾

다. 양육비이행법

(1) 한시적 양육비 긴급지원 제도

양육비 채권자는 양육비 채무자가 양육비 채무를 이행하지 아니하여 자녀의 복리가 위태롭게 되었거나 위태롭게 될 우려가 있는 경우 이행관리원의 장에게 한시적 양육비 긴급지원을 신청할 수 있고, 이행관리원의 장은 긴급지원 기준에 해당하는 경우 긴급지원을 결정할 수 있다(양육비이행법 제14조 제1항, 제2항). 긴급지원 기준에 해당하는 경우는 양육비 채권자가 속한 가구의 소득이 국민기초생활보장법에 따른 기준 중위소득의 100분의 75이하이면서(양육비이행법 시행령 제8조 제1항) 동시에 여러 요건을 함께 충족해야 한다.³⁶⁾ 긴급지원 금액은 미성년 자녀 1인당 월 20만 원이다(여성가족부고시 한시적양육비긴급지원금액). 이행관리원의 장은 긴급지원을 한 경우 그 지급액의 전부 또는 일부를 양육비 채무자에게 통지하여 징수하고, 양육비 채무자가 이에 따르지 아니하는 경우 여성가족부장관의 승인을 받아

35) 현소해, 양육비 채무 이행을 제고를 위한 몇 가지 제언, 사법 통권 64호, 2023, 199면. 양육비 채무자에게 양육비 지급 능력이 없는 경우라면 가소소송법 제68조 제1항 소정의 정당한 이유가 있는 것으로 보아 애초에 감치 재판이 선고되지 않고, 양육비 지급 능력이 있는 경우라면 양육비 채무자가 양육비 채무를 이행하고 이를 증명하는 서면을 제출하는 것만으로 손쉽게 석방될 수 있으므로(가소소송규칙 제137조 제2항, “법 제68조제1항의 규정에 의한 감치의 재판을 받은 자가, 그 감치의 집행 중에, 의무를 이행하고 이를 증명하는 서면을 제출한 때에는, 재판장은 지체없이 의무자가 유치되어 있는 감치시설의 장에게 의무자의 석방을 명하여야 한다.”), 기본권 침해 문제도 발생하지 않는다고 한다.

36) 양육비이행관리원 공지에 의하면, 1. 이혼 등으로 미성년 자녀를 직접 양육, 2. 양육비에 관한 집행권원이 있지만 양육비를 못 받고 있음, 3. 양육비이행관리원에 양육비 이행확보 지원 신청을 함, 4. 현재 국민기초생활보장법의 생계급여(기초생활수급자) 또는 긴급복지지원법의 생계 지원을 받지 않음, 5. 가구소득이 중위소득 100분의 75(2023년 기준 2인 가구의 경우 2,592,116 원, 3인 가구인 경우 3,326,112원, 4인 가구인 경우 4,050,723 원) 이하인 한부모 가족, 6. 다음의 ① 내지 ⑥ 중 어느 하나에 해당할 것이라는 위 1.부터 6.의 요건을 모두 충족할 경우 심사 후 최종 지원 대상으로 선정 가능하다고 한다. ① 긴급복지지원법 제9조 제1항 제1호에 따른 지원을 받은 후에도 위기 상황이 지속되어 자녀의 복리가 위태롭게 되었거나 위태롭게 될 우려가 있는 경우, ② 자녀 또는 양육비 채무자가 장애 또는 중증 질환이 있거나 질병 또는 상해로 2주 이상 입원하여 일상생활에 지장을 주는 경우, 질병이나 부상이 있어 간병이 필요한 경우, ③ 양육비 채권자가 손자녀를 양육하고 있는 (외)조부모인 경우, ④ 난방, 전기, 수도 공과금의 연체 등으로 주거환경이 위태로운 경우, ⑤ 양육비 채권자가 채무 초과로 법원으로부터 개인회생 결정이 되었거나 신용회복위원회의 채무조정결정이 된 경우, ⑥ 양육비 채권자가 최근 6개월 이내에 특별재난지역으로 선포된 지역에 거주하는 경우

<https://www.childsupport.or.kr/lay1/program/S1T27C28/front/board.do?sa=view&sno=22535&bid=1&pg=1>

국제 채납처분의 예에 따라 징수한다(양육비이행법 제14조 제5항).

(2) 운전면허 정지 제도

감치명령 결정을 받았음에도 양육비 채무를 이행하지 않는 경우 양육비이행심의위원회의 심의, 의결을 거쳐 여성가족부장관이 지방경찰청장에게 운전면허 효력 정지를 요청할 수 있다(양육비이행법 제21조의3 제1항). 2024. 2. 국회를 통과한 개정 법률이 시행되면 감치명령이 없어도 이행명령을 받았음에도 불이행 시 대통령령으로 정하는 경우 가능하다. 다만, 양육비 채무자가 운전면허를 직접적인 생계유지 목적으로 사용하고 있어 운전면허 효력 정지 시 생계유지가 곤란할 것으로 인정되는 경우는 효력 정지를 요청할 수 없다(양육비이행법 제21조의3 제1항 단서). 운전면허 정지처분 요청을 한 후 해당 양육비 채무자가 양육비를 전부 이행한 때에는 지체 없이 운전면허 정지처분 요청을 철회하여야 한다(양육비이행법 제21조의3 제3항).

양육비이행법 제21조의3(운전면허 정지처분 요청) ① 여성가족부장관은 양육비 채무자가 양육비 채무 불이행으로 인하여 「가사소송법」 제68조제1항제1호·제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 경우에는 위원회의 심의·의결을 거쳐 지방경찰청장(지방경찰청장으로부터 운전면허 정지처분에 관한 권한을 위임받은 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 해당 양육비 채무자의 운전면허(양육비 채무자가 지방경찰청장으로부터 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 효력을 정지시킬 것(이하 이 조에서 “운전면허 정지처분”이라 한다)을 요청할 수 있다. 다만, 양육비 채무자가 해당 운전면허를 직접적인 생계유지 목적으로 사용하고 있어 운전면허의 효력을 정지하게 되면 양육비 채무자의 생계유지가 곤란할 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따른 여성가족부장관의 요청을 받은 지방경찰청장은 정당한 사유가 없으면 이에 협조하여야 한다.

③ 여성가족부장관은 제1항 본문에 따라 운전면허 정지처분 요청을 한 후 해당 양육비 채무자가 양육비를 전부 이행한 때에는 지체 없이 운전면허 정지처분 요청을 철회하여야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 운전면허 정지처분 요청 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

운전면허 정지 처분요청 제도에 관하여, 현행 제도는 정지 기간이 100일로 한정되는데³⁷⁾ 이를 개선하여 현행 도로교통법상 최장 정지기간인 1년간 운전면허의 효력을 정지시키고 양육비 채무 이행 기타 특별한 사정이 있을 때만 그 정지 처분을 철회할 수 있도록 도로교통법 시행규칙을 개정하여야 한다는 의견이 있다.³⁸⁾ 양육비 미지급으로 인한 운전면허 정지 처분은 기간의 제한을 받지 않도록 예외를 인정하여야 한다는 의견도 있다.³⁹⁾ 그리고 현행 제도에서는 양육비 채무자가 운전면허를 직접적인 생계유지

37) 도로교통법 제93조 제1항 제18호, 동법 시행규칙 제91조, 별표 28.

38) 현소해, 양육비 채무 이행을 제고를 위한 몇 가지 제언, 사법 통권 64호, 2023, 200면.

39) 이비안, 양육비 지급이행 강제 수단으로서의 운전면허제한에 대한 행정법적 검토, 미국헌법연구 30권 3호,

목적으로 사용하고 있어 운전면허 효력 정지 시 생계가 곤란할 것으로 인정되는 경우를 적용대상에서 제외하는데, 이를 개정하여 “다만 양육비 채무자가 해당 운전면허를 통해 얻은 소득으로 향후 양육비 채무를 이행할 계획을 제출하여 위원회의 심의, 승인을 받은 경우에는 운전면허 정지 처분의 요청을 유예할 수 있다”고 하여 운전면허를 유지하는 것이 단순히 양육비 채무자 자신의 생계유지에 도움이 되는지가 아니라 실질적으로 미성년 자녀의 양육비 확보에 도움이 되는지를 판단 기준으로 삼아야 한다는 의견이 제시되기도 하였다.⁴⁰⁾ 미국 연방정부는 1996년에 모든 주정부에게 양육비 이행 강화 조치의 일환으로 면허증 제재 절차를 마련하도록 하였고, 그것이 위헌이라는 소송이 제기되었으나 미국 법원은 운전면허 정지는 양육비 이행 강화에 있어 합리적 연관성을 가지므로 위헌이 아니라고 판단하였다.⁴¹⁾ 양육비 미이행 사유로 운전면허를 정지하는 것이 부당결부금지 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 견해가 대립하고 있다.⁴²⁾

(3) 출국금지 제도

감치명령 결정을 받았음에도 양육비 채무를 이행하지 않는 경우 양육비 채무가 3천만 원 이상이거나 양육비 채무를 3기 이상 이행하지 않은 사람⁴³⁾에 대하여 양육비이행심의위원회의 심의, 의결을 거쳐 여성가족부 장관이 법무부장관에게 출국금지를 요청할 수 있다(양육비이행법 제21조의4 제1항). 2024. 2. 국회를 통과한 개정 법률이 시행되면 감치명령이 없어도 이행명령을 받았음에도 불이행 시 대통령령으로 정하는 경우 가능하다. 여성가족부 장관은 양육비 채무의 이행, 양육비 채무자의 재산에 대한 강제집행 등으로 출국금지 사유가 해소된 경우에는 즉시 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청하여야 한다

2019, 262면, 263면.

40) 현소혜, 양육비 채무 이행을 제고를 위한 몇 가지 제언, 사법 통권 64호, 2023, 201면. 우리나라와 같이 국토가 좁고 대중교통과 인터넷 인프라, 공적 신분 증명 제도가 잘 마련되어 있는 상황에서는 운전면허 정지 처분이 양육비 채무자의 일상생활에 직접적으로 영향을 미치는 정도가 크지 않으므로 운전면허 정지 처분이 실효적인 위하 수단으로 작동할 수 있는 사안은 운전면허를 생계유지 목적으로 사용하고 있어 운전면허의 효력을 정지하면 생계가 곤란할 것으로 인정되는 경우로 한정된다고 한다.

41) 허민숙, 양육비 이행 강화 방안: 운전면허 제재 관련 미국 사례 분석, 국회입법조사처, 2019, 7면, 8면. 미국 법원은 우리나라의 부당결부금지의 원칙과 유사한 합리성 기준 심사(rational basis test)를 적용하였다. 알래스카 대법원은 1998년 양육비 미이행 사유로 운전면허를 정지시킨 것이 적법절차 위반이며 평등권 침해라고 판단한 고등법원의 판결을 파기환송하였다고 한다. 면허 제재가 양육비 미이행 억제 효과를 수반하는 것은 법적 수단과 목적 사이에 연관성이 있다고 판단한 것이다. 미국 워싱턴 대법원도 2006년 양육비 이행 강화는 합법적 정부 이익이며 운전면허 정지는 합리적 연관성이 있다고 판단하였다.

42) 강서영, 양육비 이행확보제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 92면. 양육비 채무 불이행과 운전면허 정지 처분 사이에 필연적 인과관계가 있다고 보기 어렵고 양육비이행법과 도로교통법의 행정 목적이 서로 달라서 부당결부금지 원칙에 위배된다고 볼 여지도 있다.

43) 2021. 7. 13. 이후 2022. 8. 16. 이전에는 양육비 채무가 5천만 원 이상이거나 양육비 채무가 3천만 원 이상인 상태에서 출국금지 요청일을 기준으로 최근 1년간 국외 출입횟수가 3회 이상이거나 국외 체류 일수가 6개월 이상인 사람이어야 했으나 양육비이행법 시행령 제17조의3 제1항 개정으로 요건이 완화되었다.

(양육비이행법 제21조의4 제3항). 그리고 여성가족부장관은 출국금지 중인 사람이 국외건설계약 체결, 수출신용장 개설, 외국인과의 합작사업 계약 체결 등 구체적인 사업계획을 가지고 출국하려는 경우 또는 국외에 거주하는 직계존비속이 사망하여 출국하려는 경우 또는 본인의 신병 치료 등 불가피한 사유로 출국금지를 해제할 필요가 있다고 인정되는 경우로서 양육비 채무를 회피할 목적으로 국외로 도피할 우려가 없다고 인정되는 경우에는 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청해야 한다(양육비이행법 시행령 제17조의3 제3항).

- 양육비이행법 제21조의4(출국금지 요청 등) ① 여성가족부장관은 양육비 채무 불이행으로 인하여 「가사소송법」 제68조제1항제1호 또는 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 양육비 채무자 중 대통령령으로 정하는 사람에 대하여 위원회의 심의·의결을 거쳐 법무부장관에게 「출입국관리법」 제4조제3항에 따라 출국금지를 요청할 수 있다.
- ② 법무부장관은 제1항에 따른 출국금지 요청에 따라 출국금지를 한 경우에는 여성가족부장관에게 그 결과를 정보통신망 등을 통하여 통보하여야 한다.
- ③ 여성가족부장관은 양육비 채무의 이행, 양육비 채무자의 재산에 대한 강제집행 등으로 출국금지 사유가 해소된 경우에는 즉시 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청하여야 한다.
- ④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 출국금지 요청 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

출국금지 처분 요건이 2022. 8. 16. 대폭 완화되긴 하였지만 양육비 채무자에게는 여전히 양육비 일부 지급을 통해 양육비 채무액을 3천만 원 미만으로 유지하거나 미지급분을 3기 미만으로 유지하는 방법을 통해 자의적으로 출국금지 요청 요건 구비 여부를 조작할 수 있는 길이 열려 있으므로 실효성있는 운영을 기대하기 어렵고 출국금지 처분 제도가 악의적인 채무 불이행자에 대한 보복적 제재를 넘어서 양육비 채무 이행 강제를 위한 실효성 있는 수단으로 작동하려면 양육비 채무 이행계획 제출 등과 출국금지 요청 유예 제도를 연계하여야 한다는 비판이 있다.⁴⁴⁾ 양육비가 보통 월 50만 원 안팎으로 책정되고 매월 20만 원, 30만 원 수준인 경우도 많다는 것을 고려하면 출국금지를 요청할 수 있는 양육비 채무의 하한선을 5백만 원 정도로 낮춰야만 양육비 채무자의 양육비 지급 이행을 확보할 수 있는 실효성이 있는 규정이 될 것이며 출국금지 해제 사유가 너무 넓게 해석될 경우 출국금지 조치를 피할 수 있는 규정으로 악용될 우려가 있다는 의견도 있다.⁴⁵⁾ 출국금지 제도의 경우도 부당결부금지 원칙 위반인지 여부에 견해 대립이 있다.⁴⁶⁾

44) 현소혜, 양육비 채무 이행을 제고를 위한 몇 가지 제언, 사법 통권 64호, 2023, 202면.

45) 김나래, 개정 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률의 주요 내용과 입법과제, 법학연구, 2021, 318면.

46) 강서영, 양육비 이행확보제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 99면. 다만, 출국금지 제도의 경우 양육비 채무자가 해외로 재산을 이전, 은닉하는 것을 방지할 수 있따는 점에서 단순히 양육비 채무자에게 불편함을 제공함으로써 이행을 강제하는 운전면허 정지 제도에 비해 실질적으로 집행 가능 재산을 확보할 수 있게 한다는 점에서, 침해되는 사익에 비해 달성되는 공익이 크다고 평가할 수 있는 측면이 있다고 한다.

(4) 명단공개 제도

감치명령 결정을 받았음에도 양육비 채무를 이행하지 않는 경우 양육비 채권자의 신청에 의하여 양육비이행심의위원회의 심의, 의결을 거쳐 여성가족부장관이 양육비 채무자의 성명, 나이 및 직업, 양육비 채무자의 주소 또는 근무지, 양육비 채무 불이행기간 및 양육비 채무액을 3년 간 공개할 수 있다(양육비이행법 제21조의5 제1항, 동법 시행령 제17조의4 제1조). 2024. 2. 국회를 통과한 개정 법률이 시행되면 감치명령이 없어도 이행명령을 받았음에도 불이행 시 대통령령으로 정하는 경우 가능하다. 다만, 양육비 채무자가 사망하거나 민법 제27조에 따라 실종선고를 받은 경우, 양육비 채무자가 양육비 채무액 중 절반 이상을 이행하고 나머지 금액에 대하여 이행계획을 제출하여 위원회가 명단 공개 대상에서 제외할 필요가 있다고 인정하는 경우, 양육비 채무자가 채무자회생파산법에 따른 회생절차개시 결정을 받거나 파산선고를 받은 경우, 양육비이행심의위원회가 인적사항 등을 공개할 실효성이 없다고 인정하는 경우에는 명단 공개 예외 사유에 해당하여 명단 공개를 할 수 없다(양육비이행법 제21조의5 제1항 단서, 동법 시행령 제17조의4 제2항). 여성가족부장관이 명단 공개를 할 경우 양육비 채무자에게 3개월 이상의 기간을 정하여 소명 기회를 주어야 한다(양육비이행법 제21조의5 제2항). 명단 공개 후 위의 명단 공개 예외 사유가 발생하거나 양육비 채무자가 양육비 전액을 이행한 경우에는 그 명단을 삭제하여야 한다(양육비이행법 제17조의4 제3항).

양육비이행법 제21조의5(명단 공개) ① 여성가족부장관은 양육비 채무자가 양육비 채무 불이행으로 인하여 「가사소송법」 제68조제1항제1호 또는 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 양육비 채권자의 신청에 의하여 위원회의 심의·의결을 거쳐 다음 각 호의 정보를 공개할 수 있다. 다만, 양육비 채무자의 사망 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 양육비 채무자의 성명, 나이 및 직업
2. 양육비 채무자의 주소 또는 근무지(「도로명주소법」 제2조제5호의 도로명 및 같은 조 제7호의 건물번호까지로 한다)
3. 양육비 채무 불이행기간 및 양육비 채무액
- ② 여성가족부장관은 제1항에 따라 명단 공개를 할 경우 양육비 채무자에게 3개월 이상의 기간을 정하여 소명 기회를 주어야 한다.
- ③ 제1항에 따른 공개는 여성가족부 또는 양육비이행관리원의 인터넷 홈페이지에 게시하는 방법이나 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 언론이 요청하는 경우 제1항 각 호의 정보를 제공하는 방법으로 한다.
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 명단 공개 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

명단공개 제도의 도입에는 배드파더스 사건 판결이 영향을 미친 것으로 보인다. 배드파더스 사건은 개인이 배드파더스 사이트를 개설하고 양육비 미지급 채무자에 관한 정보를 양육비 채권자로부터 제공

받아 양육비 채무자의 이름, 사진, 직장, 거주지 등을 사이트에 공개하자 명예훼손 혐의로 고소당한 사건이다. 1심 법원인 수원지방법원은 양육비 미지급 문제가 공공의 이익을 위한 것이라고 보아 비방할 목적이 있다고 보기 어렵다고 판단하여 무죄를 선고하였다.⁴⁷⁾ 그러나 2심 법원은 양육비 미지급이 중대한 공익 사안이지만 사적 단체가 양육비 미이행 채무자의 정보를 공개하는 것은 명예훼손죄에 해당한다고 보아 1심을 파기하고 벌금 100만 원 형을 선고유예하였다.⁴⁸⁾ 양육비이행법이 개정되어 명단공개 제도가 2021. 7. 시행되자 배드파트스는 2021. 10. 사이트를 폐쇄하였다고 한다. 대법원은 2심 판결에 대한 상고를 기각하였다.⁴⁹⁾ 대법원은 2021. 1. 12. 개정된 양육비이행법은 양육비 채무자의 명단공개 제도를 도입하면서도 양육비 채무자의 명단공개를 위해서는 감치명령을 받았음에도 미이행하는 경우여야 하고, 명단공개를 할 경우 양육비 채무자에게 3개월 이상의 기간을 정하여 소명 기회를 주어야 하며, 양육비이행심의위원회의 심의, 의결을 거치도록 하고, 공개되는 정보의 범위를 제한하며, 일정한 경우 명단공개를 할 수 없도록 하거나 공개된 명단을 삭제하도록 규정하고 있는데 반하여, 배드파트스 사이트에서 신상정보를 공개하면서 공개 여부 결정의 객관성을 확보할 수 있는 기준이나 절차 등을 두지 않고 개별적 사정이나 특수성을 고려하지 않은 채 일률적으로 신상정보를 공개한 것은 양육비 채무자의 권리를 침해하는 정도가 커서 정당화되기 어렵다는 설시를 하였다. 명단공개 제도의 경우도 부당결부금지 원칙 위반인지 여부에 견해 대립이 있다.⁵⁰⁾

(5) 형사처벌 제도

감치명령 결정을 받았음에도 정당한 사유 없이 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 않는 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(양육비이행법 제27조 제2항 제2호). 다만, 반의사 불벌죄에 해당하여, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

양육비이행법 제27조(벌칙)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

〈개정 2021. 1. 12.〉

...

2. 「가사소송법」 제68조제1항제1호 또는 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니한 사람. 다만, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

47) 수원지방법원 2020. 1. 15. 선고 2019고합425 판결.

48) 수원고등법원 2021. 12. 23. 선고 2020노70 판결.

49) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022도699 판결.

50) 강서영, 양육비 이행확보제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 104면.

양육비 채무자의 형사 처벌로 인해 양육비 채무자와의 관계가 훼손되거나 오히려 자의에 의한 양육비 이행이 더 어려워질 우려를 제기하며 형사 처벌을 통해 실질적으로 양육비 지급이 가능한지 여부가 주요 논점이 되어야 한다는 의견이 있다.⁵¹⁾ 미국, 프랑스, 독일, 영국 등 다수의 국가들이 양육비 채무 불이행 시 형사처벌 제도를 시행 중인데, 기소유예, 선고유예, 집행유예 등 제도를 이용하여 실제 형사처벌로 나아가는 것보다는 양육비 지급을 독려하는 제도로 이용하는 경우가 많다고 한다.⁵²⁾ 양육비 지급 채무가 기본적으로 사인간의 민사 채무인데 최후의 제재 수단이 되어야 하는 형사처벌을 하는 것은 신중하게 검토해야 한다는 의견도 있다.⁵³⁾ 한편, 프랑스에서는 양육비 채무자가 고의로 양육비 의무를 해태한 경우 가족유기범죄에 해당하여 2년 구금형과 15,000유로 이상의 벌금에 처하여지는 것과 같이 우리나라에서도 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하여 지는 아동복지법상 아동학대죄로 처벌될 수 있도록 입법해야 한다는 의견도 있다.⁵⁴⁾

51) 윤지영, 사회보장의 관점에서 본 양육비이행확보제도의 법적 과제, 사회보장법연구, 2021, 46면. 1년 이내 라는 기한 삭제, 정당한 이유라는 문구가 명확성 원칙에 위배될 수 있으므로 기간이나 금액을 특정할 필요가 있음, 벌금 부과 시 국가에 귀속시키는 것이 아니라 양육비에 충당하도록 할 것, 반의사불벌죄로 규정한 것을 삭제할 것 등의 의견도 함께 제시하고 있다.

52) 강서영, 양육비 이행확보제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 106면, 107면. 독일의 경우 밀린 양육비를 지급하고 앞으로 정기적 부양을 약속하는 경우 기소를 중지하거나 더 나아가 형사 소송절차를 중단하기도 하고, 선고유예나 집행유예를 내리기도 한다고 하며, 미국에서도 양육비 지급 의지, 미지급 금액과 기간 등에 따라 형사 처벌하는 제재의 강도가 다르다고 한다.

53) 형사처벌 도입 입법 당시 법무부 의견이다. 국회 여성가족위원회, 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정 법률안 검토보고, 2020. 9, 참조.

54) 박복순, 양육비 이행지원 강화방안, 인권법평론, 2019. 2., 77면, 78면.

III. 국회에서 논의 중인 법안들

2024년 1월 6일 현재 국회 의안정보시스템에서 21대 국회(2020년-2024년)의 의안명에 “양육비”로 검색하면 32개의 법안이 검색된다. 그중 원안가결된 것이 1개, 대안반영폐기된 것이 5개이다. 위 6개는 2021. 1. 12. 개정되어 2021. 7. 13. 시행된 개정 양육비이행법으로 입법이 되었다. 나머지 26개는 아직 국회에서 심의 중이다. 위 26개의 법안 중 2개는 「양육비 선지급을 위한 특별법」 제정안이고 나머지 24개는 양육비이행법 개정안이다. 이 중 2024. 2. 국회를 통과한 개정 법률⁵⁵⁾과 관련된 개정안은 8개이다.

1 양육비 선지급 제도 도입 법안 - 「양육비 선지급을 위한 특별법」 제정안 등

가. 박홍근 의원 등 12인 발의 제정안⁵⁶⁾ - 제안일자 2021. 2. 16.

박홍근 의원 등은 2021. 2. 16. 「양육비 선지급을 위한 특별법」 제정안을 발의하였다. 국가가 양육비를 지속적으로 적시에 지급하고 채무자로부터 회수할 수 있는 시스템을 마련하기 위하여 양육비 선지급 제도를 도입하려는 것이다. 법안에서 말하는 양육비 선지급 제도는 국가가 양육부모에게 판결에 따른 양육비를 먼저 지급하고, 비양육부모에게 양육비를 받아내는 제도이다. 법안은 국가가 필요한 경우 직접 양육비를 선지급하되 소득과 자산 정보를 가장 잘 파악하고 있는 국세청이 양육비 채권을 조세징수 시스템과 연계하여 회수하는 방안을 마련함으로써 한부모 가족의 경제적 안정과 미성년 자녀의 건강한 성장을 도모하고 국가의 선지급에 대한 회수율도 높이고자 하였다.

법안은 양육비 선지급의 지원 기준을 양육비결정위원회의 심의, 의결을 거쳐 양육비 이행법 제5조에

55) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N2N4D0Y2N2H2K1G7P2V0R3X0L6C2L4
[최종방문일 : 2024. 3. 20.]

56) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y2U0T1V2U2B9Q1M7U2I5K3L4Z1O8X1
[최종방문일 : 2024. 1. 8.]

따른 양육비 가이드라인을 고려하여 책정하도록 하였다(제5조 제3항). 양육비결정위원회는 여성가족부에서 구성, 운영하는데 양육비 선지급 지원 기준에 관한 사항, 양육비 선지급 여부 및 양육비 선지급 금액의 산정에 관한 사항 등을 심의, 의결하는 것으로 되어 있다(제7조).

양육비 선지급 제도 도입에 있어 현실적으로 가장 중요한 것은 제도 도입 시 필요한 재원이다. 그런데 법안에서는 양육비 선지급 여부와 금액을 양육비결정위원회에서 결정하도록 하고 있어서 법안만 보아서는 양육비 선지급 비용 규모를 구체화할 수 없게 되어 있다. 법안은 양육비 선지급 제도 도입을 위한 것이긴 하지만 선언적, 권고적 형식으로 규정되어 있어서 법안이 입법되었을 때 추가재정소요를 기술적으로 추계하기 어려운 경우로 판단되어 비용추계서가 첨부되지 못하였다.⁵⁷⁾

법안은 2021. 2. 17. 여성가족위원회에 회부되었고 같은 날 기획재정위원회에도 회부되었으나 그 후 상정 등 다른 진행 상황은 없다.

나. 장경태 의원 등 10인 발의 제정안⁵⁸⁾ - 제안일자 2023. 3. 23.

장경태 의원 등은 2023. 3. 23. 「양육비 선지급을 위한 특별법」 제정안을 발의하였다. 다른 양육비 선지급 제도 도입 법안들과 마찬가지로 미성년 자녀가 경제적으로 안정적인 환경에서 성장할 수 있도록 하고자 하는 것이다. 국회 심의 과정에서 논의된 사항들 중 주요 사항을 살핀다.

(1) 제정안에 따른 추가재정소요 - 매년 766억 원 정도

국회예산정책처는 제정안에 따른 양육비 선지급 시 추가재정소요가 매년 766억 원 정도라고 비용추계하였다.⁵⁹⁾ 장경태 의원 등 10인 발의 제정안 역시 박홍근 의원 등 12인 발의 제정안과 마찬가지로 양육비결정위원회에서 양육비 선지급의 지원기준과 대지급 금액을 심의하도록 규정하고 있어서 비용추계를 하기 어려우나, 대상자 모두에게 지급하는 것으로 가정하여 비용추계를 하였다. 그 결과는 다음과 같다.

57) 국회예산정책처, 2020. 11. 19. 양육비 선지급을 위한 특별법안 비용추계서 미첨부 사유서.

58) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L2K3S0P2O1X7W1W4C1B1B4J5G6F8B3
[최종방문일 :2024. 1. 8.]

59) 국회예산정책처, 2023. 3. 30. 양육비 선지급을 위한 특별법안 비용추계서.

[표 1] 제정안에 따른 추가재정소요: 2024~2028년

(단위: 백만원)

	2024	2025	2026	2027	2028	합 계	연평균
양육비 대지급 (안 제5조)	75,186	75,978	76,702	77,360	77,965	383,191	76,638
양육비결정위원회 (안 제7조)	3	3	3	3	3	15	3
합 계	75,189	75,981	76,705	77,363	77,968	383,206	76,641

주: 1. 본 추계에서는 현행 '한시적 양육비 긴급지원' 사업의 지원단가인 월 20만원이 추계기간 중 동일하게 유지되는 것으로 가정하여 추계함
 2. 위원회의 실제 민간위원 수, 회의개최 횟수 및 부대경비 소요 등에 따라 실제 위원회 설치·운영비는 상이할 수 있음
 자료: 국회예산정책처

[추가재정소요 비용추계 결과, 국회예산정책처]

제정안에 따른 총 재정소요인 [양육비 선지급에 따른 비용] = [양육비 선지급 건수] × [건별 지원단가]인데, [양육비 선지급 건수]는 미성년 자녀가 있는 한부모가구 수에 이혼, 미혼, 한부모가구 비율과 양육비 채권 비율, 양육비 채무 미지급율, 한부모가족의 18세 이하 평균 자녀수를 곱하여 산출했다고 한다. 그리고 [건별 지원단가]는 현행 한시적 양육비 긴급지원 금액인 20만 원이 추계기간 중 동일하게 유지되는 것으로 가정했다고 한다. 해당 산식은 다음과 같다.

<비용추계 산식>

$$\text{추가재정소요}_t = \text{양육비 대지급}_t(A) + \text{양육비결정위원회 설치·운영}_t(B)$$

이 때, t 는 추계연도(2024~2028년)

(A) 양육비 대지급 $_t$ = 제정안에 따른 총 재정소요 $_t^{1)}$ - 현행 제도 유지 시 총 재정소요 $_t^{2)}$

1) 제정안에 따른 총 재정소요 $_t$ = 양육비 대지급 건수 $_t^{a)}$ × 월 대지급액 $^{b)}$ × 12개월

- a) 양육비 대지급 건수 $_t$ = 미성년 자녀가 있는 한부모가구 수 $_t$ × 이혼·미혼 한부모가구 비율 (88.4%) × 양육비 채권 비율(21.3%) × 양육비 채무 미지급율(29.4%) × 한부모가족의 18세 이하 평균 자녀 수(평균 1.4명)
 b) 월 대지급액 20만원(현행 '한시적 양육비 긴급지원' 사업의 월 지원단가)

2) 여성가족부 소관 「한국건강가정진흥원 지원」 사업에서 실시 중인 '한시적 양육비 긴급지원'의 최근 2년간(2022~2023년) 평균 사업비 16억 100만원이 추계기간 중 동일하게 유지되는 것으로 가정

(B) 양육비결정위원회 설치·운영 비용은 유사사례인 "양육비이행심의위원회"를 준용하여, 민간위원이 5명 위촉되는 것으로 하고, 위원회의 민간위원에게 회의 참석수당으로 1인당 20만원씩 지급하는 것으로 하며 회의를 연 3회 개최하는 것으로 가정하여 추계

[추가재정소요 비용추계 산식, 국회예산정책처]

(2) 양육비 대지급 제도 도입에 대한 검토

국회 여성가족위원회 수석전문위원의 검토 보고서에서는 다음과 같이 제도 도입의 필요성과 신중한 검토의 필요성을 분석하고 있다.⁶⁰⁾

(가) 제도 도입의 필요성

- 양육비 채권자의 소송부담을 완화시키고 양육비 지급의 예측성을 제고할 수 있음
- 양육비 미확보는 미성년자녀의 생계와 복리를 위협할 뿐 아니라 한부모가정의 빈곤화로 이어져 장래에 더 큰 복지비용을 발생시킬 수 있음

(나) 제도 도입을 신중하게 검토할 필요성

- 선지급의 특성상 양육비 채무자의 양육비 이행 의지를 감소시켜 자녀양육에 대한 사적책임의 유기와 복지 의존을 유발할 수 있음
- 현행 양육비지원법은 양육비 이행 확보 실효성 제고와 한부모가족 지원 확대를 위하여 수차례 개정을 하여 운전면허 정지처분, 출국금지, 명단공개, 형사처벌, 한시적 긴급지원 대상 확대, 한부모가족 복지급여 지원 확대를 하였는데, 기존 양육비 이행 확보 제도가 제대로 정착되지 않은 상태에서 선지급이 도입되는 경우 도덕적 해이 등 정책 부작용 초래 우려 있음
- 2023년 3월 말 기준 긴급지원 환수율이 14.25%임을 고려할 때, 환수율 제고가 선행되지 않는다면 국가에 과중한 재정 부담을 가져올 것임(국회예산정책처 비용추계서에 따르면 제정안에 따른 2024년 연간 재정소요는 행정비용을 제외하고도 751억 원 정도로 추정됨)
- 제정안은 선지급 신청 사유로서 정당한 사유의 의미와 범위가 불분명하여 광범위한 재량이 부여되고 선지급의 대상(보편 or 소득에 따른 구분), 금액(정액 or 차등)은 제도의 성격과 재정소요를 결정하는 중요사항이지만 대통령령에 위임하는 문제가 있음

(다) 여성가족부와 기획재정부의 의견

여성가족부는 입법취지에 공감하나, 선지급 도입 시 재정적 부담과 양육비 채무자의 도덕적 해이가 예상되는 바, 명단공개, 형사처벌 등 제재조치 도입에 따른 양육비 이행을 제고와 긴급지원 환수율 제고 추이를 보면서 실효성 있는 방안을 연구하고, 연구결과를 토대로 선지급이 어떻게 도입될 수 있을지 검토

60) 여성가족위원회 수석전문위원 송주아, 양육비 선지급에 관한 특별법안 검토보고, 2023. 6.

토하겠다는 의견을 제시하였다.

기획재정부는 양육비 선지급보다는 현행과 같이 취약계층 중심으로 지원하는 것이 바람직하다는 의견이었다. 현재 생활이 어려운 취약계층에게는 긴급지원을 통해 양육비 일부를 대신 지급중이며, 채무자의 양육비 이행 제고를 위해 상담·소송지원·이행모니터링 등을 운영 중이고, 현행 긴급지원의 낮은 환수율을 고려할 때 양육비지급 불이행자를 대신하여 양육비 전액을 지급할 경우 채무자의 적극적인 소득활동 포기 등 도덕적 해이를 유발할 우려가 있으므로, 양육비 선지급보다는 양육자에 대한 한시적 양육비 긴급지원제도 확대, 채무자의 양육비 이행을 제고를 위한 다양한 이행수단(제재) 강화 등을 통해 현행과 같이 취약계층 중심으로 지원하는 것이 바람직하다는 것이다.

(3) 양육비 선지급 금액의 징수 방법

(가) 제정안 내용

제정안은 양육비 선지급을 한 경우 그 금액을 양육비 채무자에게 통지하여 징수하고, 이를 납부하지 않는 경우 국세 강제징수의 예에 따라 징수하고자 한다. 그리고 징수에 관한 업무를 국세청장에게 위탁할 수 있도록 하고 있다.

(나) 국세청의 의견

제정안과 관련하여 국세청은 국세청이 징수 업무를 위탁받는 것은 어렵고 양육비이행관리원이 양육비 이행법에 따라 강제징수 능력 등이 있으므로 신중하게 검토해야 하고, 설령 국세청에게 업무를 위탁하더라도 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조 2항에 따라 필요한 인력 및 예산을 이관한 후에 위탁징수가 가능하다는 의견을 제시하였다. 국세청에 의하면 현재 각 체납담당자 1명당 체납자의 수는 약 2,500명이고 국세체납액은 약 100조 원으로, 현재도 국세체납액 징수를 위해 담당자가 소송, 수색 등을 하고 있어 업무가 과중한 상태라서 양육비 징수 업무를 위탁받을 경우 국세징수 능력이 저하될 우려가 있다. 그리고 현재 양육비 이행법 제16조(재산 등에 관한 조사), 제17조(금융정보등의 제공), 제20조(세금환급예정금액의 압류 및 차감), 제21조(체납자료의 제공) 등에 따라 양육비 채무자에 대한 재산조사 등이 가능하고, 제21조의3(운전면허 정지처분의 요청), 제21조의4(출국금지 요청 등), 제21조의 5(명단 공개) 등 양육비 미이행에 대한 제재조치를 통해 양육비 이행확보를 할 수 있도록 이미 규정되어 있으며, 이행관리원은 법령에 따른 강제징수 능력이 있으므로 국세청에 위탁하지 않아도 징수 업무를 할 수 있다는 의견이다.

다. 양육비 선지급 제도 또는 그와 유사한 제도 도입을 위한 양육비이행법 개정안들

21대 국회에 양육비 선지급 제도와 관련된 여러 양육비이행법 개정안들도 발의되었다. 제정안과 같이 긴급지원을 현행대로 유지하면서 선지급을 추가 신설하는 방안(이용선 의원안), 긴급지원을 삭제하고 선지급을 신설하는 방안(서영교·박주민·정경희 의원안), 긴급지원을 선지급으로 확대·전환하는 방안(이규민·김미애 의원안) 등으로 그 유형이 다르고, 선지급 신청 사유, 지원 기준 결정 방법, 지급여부 결정 및 지급 주체, 비용 징수 방법 등 세부사항 또한 다양한데, 세부사항을 비교하면 다음의 표와 같다.⁶¹⁾ 국가가 양육비를 선지급하고 채무자로부터 환수한다는 제도의 골격과 환수 시 국세 강제징수의 예에 따른다는 비용징수 방법은 모두 동일하다.

[표 1] 양육비 대지급 관련 의원안별 세부사항 비교

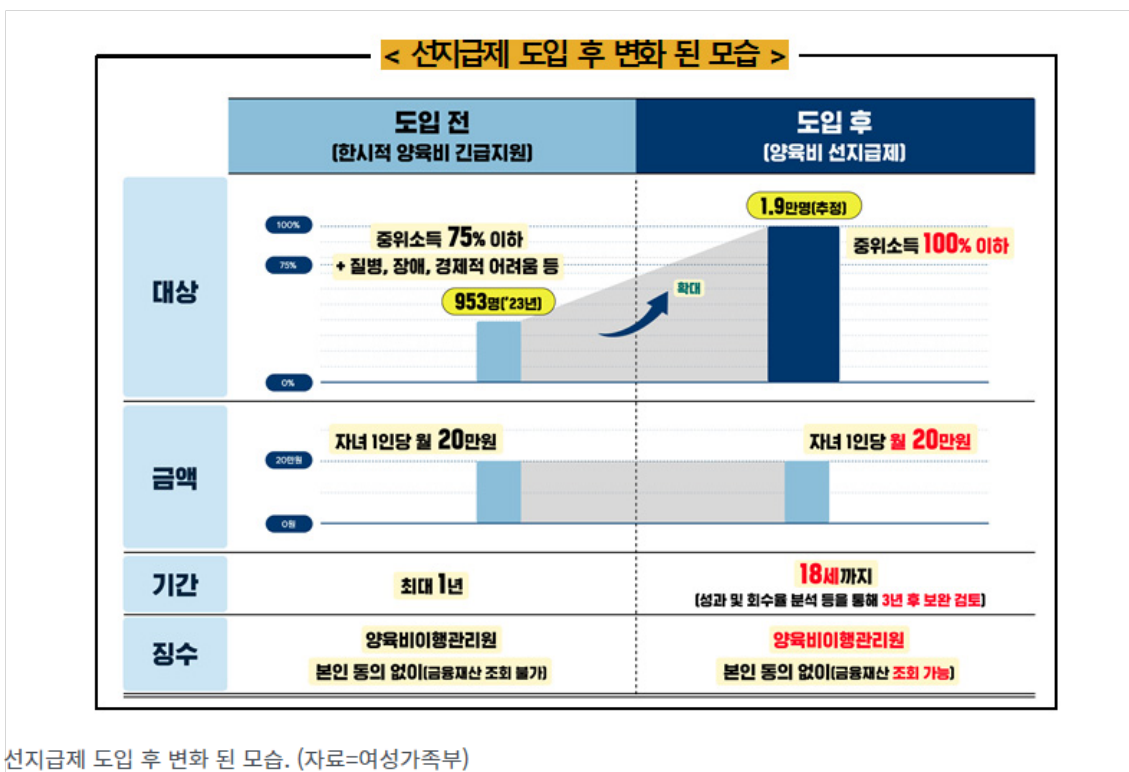
구분 (의원번호)	신청 사유	지원 기준 결정 방법	지급여부 결정 주체	지급 주체	비용징수 방법
현행 긴급지원	양육비 채무 불이행으로 미성년 자녀의 복리가 위태롭게 되었거나 그러할 우려가 있는 경우	대통령령 (지급기준은 기준 중위소득의 100분의 75 이하, 지급금액은 고시에 따라 자녀 1인당 월 20만원)	이행 관리원장	이행 관리원장	국세 강제징수의 예에 따름
동 제정안 (2120821)	정당한 사유 없이 2회 이상 양육비 채무 불이행 시	양육비결정위원회 심의·의결을 거쳐 대통령령으로 정함	이행 관리원장 (단, 위원회 심사와의결사항)	이행 관리원장	국세 강제징수의 예에 따름 (국세청장에게 위탁 가능)
이규민(2101499) 김미애(2116675) 의원안	정당한 사유 없이 양육비 채무 불이행 시	대통령령	이행 관리원장	이행 관리원장	국세 강제징수의 예에 따름
서영교 의원안 (2108651)	정당한 사유 없이 양육비 채무 불이행 시	대통령령	양육비이행 심의위원회 심의·의결을 거쳐 여가부장관	여가부장관 (이행관리 원장에게 위탁 가능)	국세 강제징수의 예에 따름 (국세청장에게 위탁 가능)
박주민 의원안 (2109900)	정당한 사유 없이 양육비 채무 불이행 시	대통령령	여가부장관	여가부장관 (이행관리 원장에게 위탁 가능)	국세 강제징수의 예에 따름 (국세청장에게 위탁 가능)
박홍근 의원안 (2108127)	감치명령 결정을 받았음에도 양육비 채무 불이행 시	양육비결정위원회 심의·의결을 거쳐 대통령령으로 정함	이행 관리원장 (단, 위원회 심사와의결사항)	이행 관리원장	국세 강제징수의 예에 따름 (국세청장에게 위탁 가능)
이용선 의원안 (2117586)	정당한 사유 없이 6개월 이상 양육비 채무 불이행 시	대통령령	여가부장관	여가부장관	국세 강제징수의 예에 따름
정경희 의원안 (2121299)	6기 이상 양육비 채무 불이행 시	대통령령	이행 관리원장	이행 관리원장	국세 강제징수의 예에 따름

[의원안별 세부사항 비교, 국회 여성가족위원회 검토보고(2023)에서 발췌]

61) 여성가족위원회 수석전문위원 송주아, 양육비 선지급에 관한 특별법안 검토보고, 2023. 6.

라. 여성가족부의 양육비 선지급제 추진방안 발표(2024. 3. 28.)

대한민국 정책브리핑에 의하면 여성가족부가 2024. 3. 28. 정부서울청사에서 이주호 사회부총리 겸 교육부 장관 주재로 열린 제3차 사회관계장관회의에서 한부모가족 양육비 선지급제 추진방안을 발표하였다.⁶²⁾ 한부모는 홀로 생계와 자녀 양육을 책임지며 경제적 어려움을 겪고 있는데 10명 중 2명(21.3%)만이 양육비 채권을 갖고 있을 정도로 양육비 이행 현실이 열악한 실정이기에 아동의 복지 증진과 비양육부모의 자녀 양육 책임 강화를 위하여 선지급제 도입을 추진하며, 이를 위해 선지급제 근거 규정 마련을 위한 양육비이행법 개정안의 조속한 입법을 추진한다는 계획이다. 이것은 기존의 한시적 양육비 긴급지원을 확대, 전환하는 것으로 중위소득 100% 이하 가구의 18세 이하 미성년 자녀를 대상으로 월 20만 원의 양육비를 18세까지 지원하는 것이다. 시행 3년 후 제도의 성과와 회수율 분석 등을 통해 제도를 보완 검토할 방침이라고 한다.



[대한민국 정책브리핑 정책뉴스(2024. 3. 29.)에서 발췌]

62) <https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148927604> [최종방문일 : 2024. 4. 11.]

2 양육비 선지급 제도 외의 개정안들

가. 한시적 양육비 긴급지원 제도를 개선하기 위한 개정안

한시적 양육비 긴급지원 제도를 개선하기 위한 개정안들은 긴급지원 대상과 기간을 확대하려는 법안들이다. 양육비 선지급 제도를 지향하지만 현실적으로 재원 등이 마련되지 않은 상황에서 기존의 한시적 양육비 긴급지원 제도를 확대하여 조금이나마 양육비 선지급 제도에 가깝게 하려는 의도인 것으로 보인다.

(1) 한시적 양육비 긴급지원 대상 확대, 기간 연장

정청래 의원 등 10인이 2021. 8. 31. 발의한 양육비이행법 개정안은 한시적 양육비 긴급지원 대상을 긴급복지지원법의 긴급복지 지원 대상인 기준 중위소득의 100분의 75 이하로 확대하고, 한시적 양육비 긴급지원 기간을 현행 9개월에서 18개월로 연장하고 추가 지원 기간을 3개월에서 6개월로 연장함으로써 최대 24개월까지 지급할 수 있도록 하려 한다.⁶³⁾ 다만, 2022. 8. 16. 시행된 양육비이행법 시행령 개정으로 한시적 양육비 긴급지원 대상이 이미 개정안과 동일하게 기준 중위소득 100분의 75 이하로 확대되어서 그 부분 개정 실익은 적다.⁶⁴⁾ 장제원 의원 등 11인이 2021. 7. 19. 발의한 양육비이행법 개정안에서도 기준 중위소득의 100분의 75까지로 확대하려는 내용이 있다.⁶⁵⁾

기획재정부는 긴급지원 기간 연장에 관하여 낮은 환수율을 고려할 때 사실상 국가의 양육비 지원으로 운영될 우려가 있어 현재 시행 중인 다른 제도를 보완, 강화할 필요가 있다는 의견이다.⁶⁶⁾ 소병철 의원 등 11인이 2021. 8. 10. 발의한 양육비이행법 개정안⁶⁷⁾과 이용빈 의원 등 20인이 2021. 6. 8. 발의한 양육비이행법 개정안⁶⁸⁾에도 긴급지원 기간을 연장하는 내용이 있다.

63) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_D2F1F0E8K1E7T1Q6G4H5S0T5I3K0R9
[최종방문일 2024. 1. 15.]

64) 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 2022. 9.

65) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_B2O1F0P7X1B4V1Z6N2A5E4E6J4H2J6
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

66) 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 2022. 9.

67) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_K2F1T0E4D1L5P1T1X2E4N5Q6A6J8J3
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

68) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_T2M1Q0Y6O0J3Q1B6C1H9L4S7U9Z6J7
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

(2) 한시적 양육비 긴급지원 종료 사유를 제한하는 개정안

권인숙 의원 등 12인이 2023. 6. 13. 발의한 양육비이행법 개정안은 양육비 채무자의 양육비 지급 금액 또는 기간이 일정 기준에 미달하면 긴급지원을 종료하지 않을 수 있도록 한다. 현행법에서는 한시적 양육비 긴급지원을 하고 있는데 양육비 채무자가 양육비를 지급하면 즉시 긴급지원을 종료하여야 한다고 규정하고 있다(제14조의2). 제안이유에 따르면 현행법 하에서 양육비 채무자의 3회 이상 양육비 이행 지속률이 56%에 그치는 등 지급 이행의 지속률이 낮게 나타나, 양육비 채무자가 최초로 양육비를 지급한 이후에도 자녀의 복리가 위태롭게 되는 경우가 빈번히 발생한다고 한다. 개정안은 양육비 채무자가 양육비를 지급하더라도 그 지급 금액 또는 기간이 여성가족부령으로 정하는 지급 기준에 미달하여 자녀의 복리가 위태롭게 되었거나 위태롭게 될 우려가 있는 경우에는 긴급지원을 종료하지 아니할 수 있게 하는 것이다.

(3) 한시적 양육비 긴급지원과의 병행 급여 개정안

장제원 의원 등 11인이 2021. 7. 16. 발의한 양육비이행법 개정안은 국민기초생활보장법이나 긴급복지지원법에 따라 생계지원을 받고 있는 경우에도 한시적 양육비 긴급지원을 받을 수 있도록 하려는 것이다.⁶⁹⁾ 현행법은 한시적 양육비 긴급지원 대상은 국민기초생활보장법의 생계급여 또는 긴급복지지원법의 생계지원을 받고 있지 않을 것을 요건으로 하고 있다. 2020년 10월 한부모가족지원법 개정을 통하여 한부모가족 아동양육비와 국민기초생활보장법의 생계급여 간 병행급여가 허용되었는데, 그와 같이 한시적 양육비 긴급지원에 대해서도 병행 급여를 허용하여 자녀의 안정적 양육환경을 조성하려는 취지이다.⁷⁰⁾ 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고에 의하면 한시적 양육비 긴급지원과 긴급복지지원법에 따른 긴급지원은 제도의 목적이 다르며 양육비 채무자가 지급하는 양육비 및 한시적 양육비 긴급지원은 사적이전소득으로 긴급지원 대상자의 소득 조사 항목에서 제외되어 개정안과 같이 생계지원과 한시적 양육비 긴급지원이 병행급여되어도 이중 지급 문제는 발생하지 않는다고 한다.⁷¹⁾

나. 양육비 청구, 이행의 신속성, 실효성을 제고하기 위한 개정안

다음은 양육비 강제집행을 보다 용이하게 하거나 양육비 이행을 위한 소송 절차를 신속하게 하려는

69) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_U2Y1M0L7S1G4T1S6W2N3F3J4Z4W7O0
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

70) 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 2022. 9.

71) 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 2022. 9.

개정안들이다. 양육비 채무자의 소득, 재산을 지금보다 용이하게 조회할 수 있도록 하여 양육비 채무자의 재산을 찾아내서 강제집행을 보다 용이하게 할 수 있도록 하거나 양육비 채무자의 소재파악이 안 되어 송달이 안 될 경우에도 소송 절차가 진행될 수 있도록 양육비 소송에 송달 특례 규정을 두는 것이다. 미국의 입법례를 참조하여 음주운전으로 양육부모를 사망 등에 이르게 한 사람이 양육비 채무를 부담하도록 하는 개정안도 있다.

(1) 양육비 채무자 동의 없이 소득, 재산 조회 가능하도록 하는 개정안

(가) 개정안 내용

양의원영 의원 등 10인이 2023. 9. 27. 발의한 양육비이행법 개정안은 여성가족부장관이 양육비 채무자 재산 등에 관한 조사를 할 때 본인의 동의를 받지 않고 조사할 수 있도록 한다(제16조 제2항).⁷²⁾ 현행 법에서는 한시적 양육비가 지급된 경우 외에는 본인의 동의를 받아서 관계 기관의 장에게 관련 자료 제공을 요청할 수 있게 되어 있는데 이를 개정하여 양육비 채무자의 동의 없이 소득, 재산 조회가 가능하도록 하여 양육비 이행지원 제도의 실효성을 제고하려는 것이다.

이용선 의원 등 11인이 2022. 9. 28. 발의한 양육비이행법 개정안⁷³⁾과 전주혜 의원 등 12인이 2021. 6. 9. 발의한 양육비이행법 개정안⁷⁴⁾, 김선교 의원 등이 2020. 8. 11. 발의한 양육비이행법 개정안에도 같은 내용이 있다.

(나) 개정안에 대한 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 2.)⁷⁵⁾

현행법은 긴급지원을 제외하고는 양육비 채무자의 소득, 재산 자료 및 금융정보 등의 제공 요청 시 본인의 동의를 받도록 한다. 개정안은 본인 동의 없이도 양육비 채무자의 소득, 재산자료 및 금융정보 등을 관계 기관의 장, 금융기관등의 장에게 요청할 수 있도록 하여 양육비 채무자의 양육비 지급능력을 신속히 파악함으로써 양육비 이행확보의 실효성을 높이려는 것이다.

72) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N2O3M0N9L0K1K2S0T0R0Q5Q9O3P1X4
[최종방문일 : 2024. 1. 11.]

73) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L2Z2F0I9E1F3N1H6H2J2C0T9E1L6M3
[최종방문일 2024. 1. 15.]

74) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C2V1A0Y6Q0R2T1E0G2Z1D1D5L0D1F4
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

75) 국회 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 2023. 2.

양육비 채무자의 소득, 재산 조사 동의율(누적)은 2022년 12월 말 기준 평균 4.3%에 불과하다고 한다.

양육비 채무자의 재산 조사 현황('22.12.기준)

(단위 : 천, %)

구분	계	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
재산조사 요청건	14,086	1,124	1,511	1,856	2,677	2,044	1,991	1,158	1,725
본인동의	606	-	98	138	90	89	92	68	31
본인동의 비율	4.30	-	6.5	7.4	3.4	4.4	4.6	5.9	1.80

자료: 여성가족부

[양육비 채무자 재산 조사 본인 동의 비율, 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 2.)]

법원을 통한 재산명시(가사소송법 제48조의2 제1항 또는 민사집행법 제61조 제1항), 재산조회(가사소송법 제48조의3 제1항 또는 민사집행법 제74조 제1항)는 약 4개월에서 6개월 정도가 소요된다고 한다. 그래서 그동안 양육비 채무 회피를 위한 재산 은닉 등에 따라 법적 절차의 실익이 없어질 우려가 있다.

그러나 소득, 재산 자료 및 금융정보 등은 개인의 재산권 및 사생활과 밀접한 관련이 있는 정보라서 본인 동의없이 제공하도록 하는 것은 양육비 채무자의 정보자기결정권에 대한 과도한 제한이라는 의견도 있다. 현재 긴급지원의 경우에만 본인 동의를 예외를 둔 것은 국가가 대신 지급한 것으로서 법률에 따른 국세 체납처분의 예에 따른 징수대상이기 때문이라는 것이다.

여성가족부는 법원을 통한 소득, 재산 파악 시 장기간의 시간이 소요(평균 4~6개월)되며 재산명시와 재산조회 기간 중에 양육비 채무를 회피할 목적으로 소액재산 처분, 예금인출, 재산 명의 이전 등 위험성이 존재하므로, 양육비 이행확보의 실효성을 높이기 위해서 양육비채무자 동의 없이 관계기관을 통해 신속한 소득·재산 파악이 필요하다는 입장이다.

반면, 금융위원회는 원활한 양육비 이행확보를 통해 안정적 양육 환경을 조성하려는 개정안의 취지에는 공감하나, 소송절차가 끝난 후 판결, 조정조서 등이 있어야 재산명시, 재산조회가 가능한 일반 채권자와 달리 양육비 채권과 관련해서는 현행 가사소송법 제48조의2 제1항, 제48조의3 제1항에서 양육비를 청구하는 단계에서도 재산명시, 재산조회를 청구할 수 있도록 허용하고 있고, 양육비 채무자의 지급능력을 확인하기 위한 소득, 재산에 관한 정보와 달리 신용정보 등은 부채에 관한 정보로서 채무 등으로 인한 지급능력 부재는 양육비 채무자가 소명하는 것이 바람직한바, 본인 동의 없는 신용정보 등의 제공은 국민의 기본권을 과도하게 침해할 소지가 있어 신중한 검토가 필요하다는 의견이다.

(2) 양육비 청구 송달 특례 개정안

(가) 개정안 내용

전주혜 의원 등 12인이 2021. 6. 9. 발의한 양육비이행법 개정안에는 법원이 양육비 채권자의 신청에 따라 진행하는 양육비 이행 및 집행 절차에서 양육비 청구, 이행 및 집행에 관한 통지 또는 송달은 양육비 채권자의 신청 당시 해당 양육비 채무자의 주민등록법에 따른 주민등록표에 기재된 주소에 발송함으로써 송달된 것으로 보며, 주민등록표에 주소가 기재되어 있지 아니한 경우에는 공시송달의 방법에 따라야 한다는 내용이 있다.⁷⁶⁾ 양육비 청구, 이행 및 집행에 있어 통지 또는 송달의 효력 발생시기를 도달한 때가 아닌 상대방의 주소에 발송한 때로 하고자 하는 것이다.

이용빈 의원 등 20인이 2021. 6. 8. 발의한 양육비이행법 개정안에도 유사한 취지의 내용이 있다.⁷⁷⁾

(나) 개정안에 대한 국회 여성가족위원회 수석전문위원의 검토의견(2021. 9.)

개정안의 취지는 비양육부모의 소재 파악이 되지 않아서 전혀 연락이 닿지 않는 경우가 적지 않고(2018년 한부모가족 실태조사에 의하면 24.9%), 양육비 채무자가 양육비 지급 및 감지 집행을 회피하고 위하여 주소지를 허위로 신고하는 경우 등이 있어서 양육비 확보를 위해 신속한 재판과 집행이 이루어질 수 있도록 발송송달을 인정하려는 것이다.

그러나 송달은 소송관계인에게 소송서류의 내용을 알 수 있는 기회를 제공해 주는 것이기 때문에 재판을 받을 권리 보장이라는 중요한 의미가 있다. 그래서 민사소송법에서 교부송달 원칙을, 민법은 도달주의를 채택하고 있다. 양육비 이행 소송은 양육부모와 비양육부모 간의 미성년 자녀 양육 비용 부담에 관한 채무를 다투는 소송으로서 당사자 간 대등한 기회가 제공되어야 한다. 그런데 개정안과 같이 발송함으로써 송달된 것으로 보면 상대방인 양육비 채무자가 송달될 서류를 받지 못한 상태에서 소송이 진행됨에 따라 양육비 채무자의 재판절차 참여권이 침해될 우려가 있다.

또한 공시송달은 당사자 소재불명이 원인이 되어 소송절차의 진행이 불가능하게 되는 경우를 피하기 위한 것으로 재판절차 참여권, 방어권 보장 등의 부분에서 헌법상의 재판을 받을 권리를 침해하지 않도록

76) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C2V1A0Y6Q0R2T1E0G2Z1D1D5L0D1F4
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

77) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_T2M1Q0Y6O0J3Q1B6C1H9L4S7U9Z6J7
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

록 다른 송달방법이 불가능한 경우에 한하여 인정되는 보충적이고 최후의 송달방법이다. 민사소송법 제 194조⁷⁸⁾ 소정의 공시송달의 요건인 송달장소를 알 수 없는지 여부는 일반적인 통상의 조사를 다하였으나 법정의 송달장소 중 어느 한 곳도 알 수 없는 정도의 객관성을 기준으로 판단하고 있다.⁷⁹⁾ 공시송달 신청자가 송달 상대방의 실제 주소를 알고 있음에도 허위의 주소를 기재하여 송달불능이 되도록 한 뒤 공시송달 방법을 이용하여 승소판결을 얻어내는 등 악용 소지도 있으므로 엄격한 요건 하에서 실시되어야 할 필요도 있다. 일반적으로 공시송달의 경우 송달받을 사람이 송달 내용을 전혀 모른다는 점에서 양육비 채무자의 재판절차 참여권, 방어권의 침해가 가려올 수 있다. 그런데 개정안은 민사소송법의 공시송달 요건인 “당사자의 주소등 또는 근무장소를 알 수 없는 경우”와 달리 주민등록법에 따른 주민등록표에 주소가 기재되어 있지 아니한 경우로 하고 있어 공시송달의 요건을 완화하고 있다.

여성가족부는 개정안의 취지에 적극 공감하며 개정안에 동의한다는 의견이다. 발송송달 및 공시송달이 양육비 채무자의 재판청구권을 침해할 우려가 있으나, 미성년 자녀의 출생과 동시에 자녀에 대한 부양의무를 부담하는 양육비 채무자로서는 이혼 이후 자녀의 양육비를 분담해야 한다는 점과 그 내용을 기재한 부담조서 또는 판결 등을 통해 양육비 채권자가 민사집행 또는 가사소송을 통해 양육비 이행을 강제하리라는 점을 충분히 예상할 수 있으므로, 이 경우 제한되는 양육비 채무자의 재판청구권이 미성년 자녀의 복리에 비해 크다고 보기 어렵다는 것이다.

법원행정처는 개정안이 발송송달의 적용 범위에 양육비 청구 사건도 포함하는 취지라면 재판을 통해 양육비 채무자가 확정되기 전임에도 양육비 청구 사건의 피고라는 이유만으로 불리한 지위를 부여하는 것이어서 재판청구권 침해가 더욱 문제될 수 있다는 의견이다. 또한 개정안은 교부송달이 가능한 경우에도 원칙적으로 발송송달에 의하도록 하고 있어 양육비 채무자는 통지나 송달을 받지 못하여 심문절차 등에 관여할 기회를 갖지 못할 수도 있으므로 재판청구권이 침해될 우려가 있고, 송달을 회피하려는 의

78) 민사소송법 제194조(공시송달의 요건) ① 당사자의 주소등 또는 근무장소를 알 수 없는 경우 또는 외국에서 하여야 할 송달에 관하여 제191조의 규정에 따를 수 없거나 이에 따라도 효력이 없을 것으로 인정되는 경우에는 법원사무관등은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 공시송달을 할 수 있다.

② 제1항의 신청에는 그 사유를 소명하여야 한다.

③ 재판장은 제1항의 경우에 소송의 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 공시송달을 명할 수 있다.

④ 재판장은 직권으로 또는 신청에 따라 법원사무관등의 공시송달처분을 취소할 수 있다.

79) 공시송달을 명하기에 앞서 피고인이 송달받을 수 있는 장소를 찾아보는 조치를 다하지 아니한 채 공소장 기재의 주거나 주민등록부의 주소로 우송한 공판기일소환장 등이 이사불명·폐문부재 등의 이유로 송달불능되었다는 것만으로는 ‘피고인의 소재가 확인되지 아니한 때’에 해당한다고 보기 어렵다[대법원 2006. 2. 8. 자 2005모507 결정 참조][대법원 1984. 9. 25. 선고84므53 판결]. 송달할 자가 선량한 관리자의 주의를 다하여 송달을 받아야 할 자의 주소 등을 조사하였으나 그 주소 등을 알 수 없는 경우를 뜻하는 것으로 보아야 하고, 이러한 공시송달의 요건이 구비되지 않은 상태에서 이루어진 공시송달은 부적법하여 그 효력이 발생하지 않는다[서울행법 2010. 10. 21. 선고 2009구합51742 판결 참조].

도 없이 생업을 위하여 주민등록표에 기재된 주소지를 벗어나 다른 곳에서 생활하거나 해외에 체류한 경우 등에도 재판 진행에 관한 통지를 받지 못하여 예상치 못한 불이익을 입을 우려가 있다는 의견이다.

(3) 음주운전으로 양육부모를 사망 등에 이르게 한 사람의 양육비 채무를 정하는 개정안

지성호 의원 등 11인이 2023. 5. 31. 발의한 양육비이행법 개정안은 음주운전을 하여 양육부모를 사망에 이르게 하였거나 경제활동이 불가능할 정도로 중대한 상해를 입힌 사람이 양육비 채무를 부담하도록 한다. 도로교통법 제44조⁸⁰⁾를 위반하여 양육부모를 사망에 이르게 하였거나 경제활동이 불가능할 정도로 중대한 상해를 입힌 사람을 양육비 채무자로 정의하고(제2조), 양육비 채권자와의 합의 또는 법원의 판결 등에 따라 정하여진 양육비를 양육비 채권자에게 성실히 지급하도록 정하고 있다(제3조). 제안이유에 따르면, 2018년 한국교통연구원 분석에 의하면 교통사고 발생 이후 유자녀의 54%, 유자녀 보호자의 62.4%가 피해를 극복하지 못하였다고 응답하였고, 보상금의 평균 소비기한은 33.4개월이었고 1년 미만의 기간에 보상금을 전액 소비한 비율은 31.3%로 나타났다고 한다. 그리고 최근 2023년 1월 1일 미국 테네시주에서는 “이든, 헤일리, 그리고 벤틀리법”이 시행되었는데, 음주운전으로 사망한 피해자에게 미성년 자녀가 있다면 성년에 이르기까지의 양육비를 가해자에게 지급하도록 하는 법률로 미국 20개 주 이상에서 입법 절차가 진행 중이라고 한다.

송기현 의원 등 10인이 2023. 3. 17. 발의한 양육비이행법 개정안도 유사한 내용이다.⁸¹⁾

80) 도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차등(「건설기계관리법」 제26조제1항 단서에 따른 건설기계 외의 건설기계를 포함한다. 이하 이 조, 제45조, 제47조, 제93조 제1항제1호부터 제4호까지 및 제148조의2에서 같다), 노면전차 또는 자전거를 운전하여서는 아니 된다. <개정 2018. 3. 27.>

② 경찰공무원은 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등, 노면전차 또는 자전거를 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 운전자가 술에 취하였는지를 호흡조사로 측정할 수 있다. 이 경우 운전자는 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다. <개정 2014. 12. 30., 2018. 3. 27.>

③ 제2항에 따른 측정 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 받아 혈액 채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다.

④ 제1항에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 운전자의 혈중알코올농도가 0.03퍼센트 이상인 경우로 한다. <개정 2018. 12. 24.>

⑤ 제2항 및 제3항에 따른 측정의 방법, 절차 등 필요한 사항은 행정안전부령으로 정한다. <신설 2023. 1. 3.>

81) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O2N3M0L2T2S2Q1R6Q4Y6U5S3R3Q1Y9
[최종 방문일 : 2024. 1. 15.]

다. 양육비 채무 불이행 시 제재를 강화하여 간접적으로 양육비 이행을 강제하려는 개정안

양육비 채무 불이행 시 형사처벌, 운전면허 정지, 명단공개, 출국금지, 감치명령, 여권 발급 제한, 지연이자 부담 등 제재를 강화하여 양육비 이행을 간접 강제하려는 개정안들이다. 2009년 가사소송법에서 감치제도를 도입하였고 2021년 운전면허 정지, 명단공개, 출국금지, 형사처벌을 도입한 것과 같은 맥락이다.

(1) 형사처벌 등 제재의 절차적 요건을 완화하도록 하는 개정안

(가) 개정안 내용

양경숙 의원 등 11인이 2023. 7. 27. 발의한 양육비이행법 개정안은 양육비 미이행 시 운전면허 정지처분, 출국금지, 명단공개 처분, 형사처벌을 할 수 있는 절차적 요건을 완화한다(제21조의3부터 제21조의5까지 및 제27조).⁸²⁾ 현행 법은 가사소송법 제68조 제1항 제3호, 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 미이행하는 경우에 한하여 운전면허 정지처분(제21조의3), 출국금지(제21조의4), 명단공개(제21조의5), 형사처벌(제27조 제1항 제2호)을 할 수 있는 단계적 접근 방식으로 되어 있다. 개정안은 가사소송법 제63조의3 제4항에 따른 양육비의 일시금 지급명령 또는 동법 제64조 제1항 제1호에 따른 이행명령을 받았는데도 양육비 채무를 미이행하는 경우에 위 제재 처분들과 형사처벌을 할 수 있도록 한다. 이렇게 형사처벌 및 제재처분의 절차적 요건을 완화하여 보다 신속하게 양육비 이행을 확보하려는 것이다.

정경희 의원 등 11인이 2023. 4. 12. 발의한 양육비이행법 개정안⁸³⁾과 유정주 의원 등 11인이 2023. 1. 18. 발의한 양육비이행법 개정안⁸⁴⁾, 이용선 의원 등 11인이 2022. 9. 28. 발의한 양육비이행법 개정안⁸⁵⁾에도 같은 취지의 내용이 들어 있다.

82) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_T2U3S0T7A1B4A1Y5Y1W8Y5F3G7E6D4
[최종방문일 : 2024. 1. 11.]

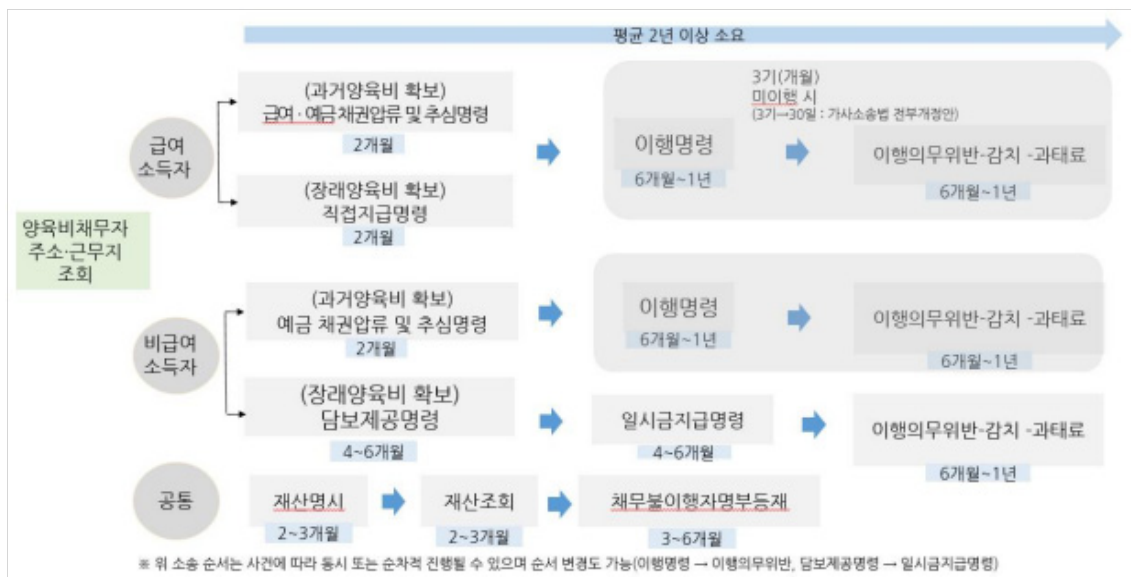
83) 차이점은 정경희 의원 등 11인의 개정안에서는 가사소송법 제64조 제1항 제1호에 따른 이행명령 결정에도 불구하고 양육비 채무를 불이행한 경우에 대해서만 규율함에 따라, 양육비의 일시금 지급명령 결정에도 불구하고 양육비 채무를 불이행한 경우는 포함하지 않는다.

84) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S2F3U0B1B1R1Y1W9E1B4T3G0H5U5Q6
[최종 방문일 : 2024. 1. 15.] 유정주 의원 등 11인의 개정안에서는 법원의 감치명령 결정없이도 가사소송법 제68조 제1항 제1호 또는 제3호에 해당하는 경우 제재조치를 할 수 있도록 요건을 완화하고 있다. 현행법은 법원의 결정을 전제로 하고 있는 반면, 개정안은 이를 양육비이행심의위원회의 심의의결을 거쳐 여성가족부장관이 판단할 수 있도록 한다.

85) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L2Z2F0I9E1F3N1H6H2J2C0T9E1L6M3 [최종 방문일 2024. 1. 15.] 이용선 의원 등 11인의 개정안은 양육비 채무자가 정당한 사유없이 6개월 이상 양육비 채무를 이행하지 아니하는 경우 운전면허 정지처분, 출국금지 요청 및 명단 공개를 할 수 있도록 하고, 감치명령을 받은 날부터 정당한 사유없이 3개월 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니하는 경우 얼굴을 공개할 수 있도록 한다.

(나) 개정안에 대한 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 6.)⁸⁶⁾

국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고는, 감치명령에 평균 2년이 소요되어 그동안 양육비를 계속 지급받지 못한 양육비 채권자의 생계와 미성년 자녀의 복리가 위협받을 위험이 있고, 2015년부터 2022년까지 양육비이행관리원이 지원한 사건의 감치명령 신청 대비 인용율이 평균 61.5%로 저조하며, 고의적이거나 악의적인 양육비 불이행 사례가 많다는 점에서 개정안의 입법취지는 타당한 측면이 있다고 보았다.



[양육비 이행 확보를 위한 소송 절차도, 국회 여성가족위원회 검토 보고(2023. 6.)]

86) 국회 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 2023. 6. 정경희 의원 등 11인이 2023. 4. 12. 발의한 개정안에 대한 검토보고이다.

[표 7] 양육비 채무 불이행에 대한 제재조치 현황

(단위: 건)

연도	감치명령		운전면허 정지 (시행 2021. 6. 10)		출국금지 (시행 2021. 7. 13)		명단공개 (시행 2021. 7. 13)	
	결정	인용	신청	확정	신청	확정	신청	확정
2021	381	241	16	14	9	9	2	2
2022	607	392	215	209	116	114	28	28
2023 (3.31.기준)	111	63	89	83	79	77	15	15
합계	1,099	696	320	306	204	200	45	45
제재조치 이후 양육비 이행 (*23.5.31.기준)	-	-	-	전부 17 일부 22	-	전부 7 일부 7	-	전부 2 일부 4

주: 결정 - 소송절차의 종결건을 의미하며, 내용에는 인용, 불처벌, 취하 등을 포함
 인용 - 인용, 불처벌, 취하 중 인용건만을 의미
 신청 - 여성가족부 양육비이행심의위원회의 의결을 거친 건수
 확정 - 경찰청(운전면허정지), 법무부(출국금지), 여성가족부(명단공개)의 처분 건수
 자료: 여성가족부

[양육비 채무 불이행 제재조치 현황, 국회 여성가족위원회 검토 보고(2023. 6.)]

[표 8] 양육비 채무 전부 지급 현황

(2023.5.31. 기준, 단위: 명, 백만원)

구분	명단공개	출국금지	운전면허 정지
전부 지급	2	7 ^{주)}	17
지급 금액	301	520	502

주: 출국금지 7명중 5명은 운전면허 정지와 중복, 2명은 명단 공개와 중복

자료: 여성가족부

[양육비 채무 전부 지급 현황, 국회 여성가족위원회 검토 보고(2023. 6.)]

그러나 출국금지, 명단공개 등의 제재조치가 신설된지 오래지 않아 향후 제재조치 강화가 양육비 이행률 제고에 미치는 효과성을 검토할 필요가 있다고 한다. 법무부는 헌법이 보장하는 일반적 행동의 자유, 거주이전의 자유 등을 제한하는 운전면허정지 및 출국금지 요청에 대하여 법원의 감치명령을 전제로 하지 않고 양육비 지급 이행명령을 받고 불이행한 경우 바로 요청할 수 있도록 하는 것은 헌법상 최소침해의 원칙 및 부당결부금지 원칙에 반할 소지가 있다는 의견이다. 대법원 2013. 12. 26. 선고

2012두18363 판결은 출국의 자유는 헌법이 기본권으로 보장한 거주이전의 자유의 한 내용을 이루므로 그 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다고 하면서, 재산을 해외로 도피할 우려가 있는지 여부 등을 확인하지 않은 채 단순히 일정 금액 이상의 조세를 미납하였고 그 미납에 정당한 사유가 없다는 사유만으로 바로 출국금지 처분을 하는 것은 헌법상 기본권 보장 원리 및 과잉금지 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 판시한 바 있다. 출국금지 요청 등 현행 제재조치를 신설하는 입법 당시 당초 개정안에는 “정당한 사유 없이 양육비를 지급하지 아니한 양육비 채무자”를 대상으로 하였으나, 부당결부금지원칙 위반 소지가 있다는 의견, 정당한 사유가 명확하지 않다는 의견 등이 있었고, 그래서 현행과 같이 법원의 감치명령에도 불구하고 양육비를 미지급하는 양육비 채무자를 대상으로 하는 개정안이 통과되었다고 한다. 여성가족부는 감치명령 결정의 문제점(장시간 소요, 저조한 감치인용율) 해소를 통해 제재조치 제도의 실효성 확보를 위한 입법 취지에 공감하나, 다만, 기존의 감치명령 요건인 일시금 지급 명령 및 이행명령 결정 불이행이라는 객관적 요건을 갖추기 위해 수정이 필요하다는 의견이다.

(다) 국회 여성가족위원회 통과(2024. 2. 24.) 및 본회의 통과(2024. 2. 29.)

국회 여성가족위원회는 2024. 2. 23. 양육비 이행명령만 받아도 출국금지 처분을 내릴 수 있는 내용의 법안을 통과시켰다.⁸⁷⁾ 당시 언론에서는 출국금지 처분의 경우에만 요건이 완화된 것으로 이해될 수 있는 보도를 하였으나 2024. 2. 29. 실제 국회 본회의를 통과한 개정 법률은 출국금지뿐만 아니라 운전면허 정지, 명단공개도 감치명령없이 이행명령만으로도 제재가 가능하도록 개정되었다.

개정 법률은 양육비 미이행으로 인하여 가사소송법 제64조 제1항 제1호에 따른 이행명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 양육비 채무자 중 대통령령으로 정하는 경우에는 위원회 심의, 의결을 거쳐 운전면허 정지, 출국금지 요청, 명단 공개를 할 수 있도록 하였다(제21조의3 제1항, 제21조의4 제1항, 제21조의5 제1항).⁸⁸⁾ 법원행정처는 법원의 감치명령 결정이 없이도 그 전치 절차인 가사소송법 제64조 제1항 제1호에 따른 법원의 이행명령 결정만 있다면 운전면허 정지, 출국금지를 요청하거나 명단공개를 할 수 있도록 하는 개정 조항에 대하여 추가적 검토가 필요하다는 의견을 제시하였다. 법원행정처는 그 이유로 1) 일정한 제재의 필요성이 명백히 확인되어 행하여지는 감치명령 결

87) 한주홍, 양육비 이행명령만 받아도 출국금지 개정안 여가워 통과, 연합뉴스, 2024. 2. 23.에서는 국민의 힘과 더불어민주당 모두 4.10. 총선을 앞두고 양육비 이행 강화 공약을 내놓은 가운데 여야가 서둘러 법안 처리에 합의한 것으로 보인다고 평가하고 있다. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20240223076100001> [최종방문일 : 2024. 2. 24.]

88) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N2N4D0Y2N2H2K1G7P2V0R3X0L6C2L4 [최종방문일 : 2024 3. 2.] 개정된 법률에는 양육비이행관리원을 독립된 기관으로 하는 내용도 들어있다(제7조부터 제9조).

정과는 달리, 양육비 채무자에게 해당 채무 이행을 다시금 촉구하는 단계로서의 성격을 가진 이행명령 결정을 근거로 바로 해당 처분을 요청하거나 명단을 공개하는 것이 비례의 원칙에 반할 여지가 없는지 면밀한 검토가 필요하고, 2) 현재 국회에 제출되어 있는 가사소송법 전부개정법률안(정부, 제18198호)에서 법원의 감치명령 결정 요건을 완화하여 양육비 지급의 신속성을 확보하는 내용이 포함되어 있으며, 3) 운전면허 정지 요청 등을 할 수 있는 대상에 현행법상 규율하고 있는 가사소송법 제63조의3 제4항에 따른 양육비의 일시금 지급명령 결정에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 경우를 제외하고 있어서 현행법상 제재 범위보다 축소된다는 점을 들었다. 그러나 개정 법률이 2024. 2. 29. 국회 본회의를 통과하였고 개정 법률은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

(2) 감치명령의 실효성을 제고하기 위한 가사소송법 개정안

(가) 감치명령 요건을 30일 이내 불이행으로 완화하려는 가사소송법 개정안

최혜영 의원 등 10인이 2020. 11. 4. 발의한 가사소송법 개정안은 감치명령의 요건인 법원의 이행명령 후 의무불이행 기간을 “3기 이상”에서 “30일 이내”로 완화하여 양육비 지급의무자의 신속하고 자발적인 의무 이행을 통해 양육 공백을 방지할 수 있도록 하고, 현재 가사소송규칙에서 이행명령 또는 일시금 지급명령을 한 가정법원이 감치에 처하는 재판을 관할하도록 규정한 것을 법률로 상향하는 내용을 담고 있다.⁸⁹⁾ 후자는 기존 가사소송규칙 제131조에서 “감치에 처하는 재판은 수검명령, 이행명령 또는 일시금지급명령을 한 가정법원의 전속관할로 한다”고 규정한 것을 법률로 상향하여 규정하는 것이다.

현행 가사소송법 제64조 제1항 제1호에 따르면 양육비나 부양료 등 금전상 지급의무를 이행하여야 할 사람이 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우 가정법원은 그 의무이행을 명할 수 있다. 법원 실무는 일시금 지급이행을 명하거나 정기금 지급이행을 명하는 형식으로 이루어지고 있다. 가사소송법 제68조 제1항 제1호 및 제3호는 양육비 지급명령 등의 불이행에 대한 제재로 감치 명령을 규정하고 있다. 일시금 지급명령에 대한 불이행은 30일 이내에 정당한 사유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우 감치명령을 할 수 있다. 그러나 정기적 지급명령을 받은 사람의 경우에는 정당한 이유없이 3기 이상 그 의무를 이행하지 아니한 경우 감치 명령을 할 수 있도록 정하고 있다. 개정안은 양육비의 정기적 지급명령 불이행에 있어서도 감치 명령을 요건을 30일 이내로 완화함으로써 양육비 확보의 실효성을 제고하고 미성년자의 복리를 강화하려는 것으로 타당성이 있다.⁹⁰⁾

89) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Q2V0K1G0Y1A8A2P3H0H7M1P8Y3Y6Z0
[최종방문일 : 2024. 5. 28.]

(나) 양육비 지급의무 입증책임을 양육비 채무자로 전환하려는 가사소송법 개정안

1) 개정안 내용

신동근 의원 등 10인이 2021. 2. 8. 발의한 가사소송법 개정안은 양육비 지급의무 입증책임을 양육비 채권자에게서 양육비 채무자로 전환하여 감치명령결정 인용률을 제고하려 한다.⁹¹⁾ 제안이유에 의하면 현행법은 양육비 이행명령이나 일시금 지급명령을 받았음에도 정당한 이유 없이 그 의무를 불이행하는 경우 감치를 명할 수 있도록 하였으나 정당한 사유의 입증책임을 양육비 채권자에게 일임하고 있어서, 양육비 채무자는 주소지 허위 기재 등 법원의 서류 송달이 전달되지 않아 공시송달을 유도함으로써 감치명령결정을 적극적으로 회피하여 2021년 2월 당시 기준으로 지난 5년간 감치명령 신청 대비 인용이 40%밖에 미치지 못한다고 한다.

감치명령 신청 대비 인용							
(단위: 건)							
구분		2015	2016	2017	2018	2019	2020.9
신청	법원전체*	516	875	1,028	1,048	1,063	-
	이행관리원	21	250	438	422	632	287
인용	법원전체	91	231	385	432	430	-
	이행관리원	14	159	269	328	298	106

* 양육비이행관리원 통계, 유아인도명령 위반통계 등 모두 포함(출처 : 사법통계연감)

[신동근 의원 등 2021. 2. 8. 발의 가사소송법 개정안 제안이유에서 발췌]

2) 개정안에 대한 국회 법제사법위원회 전문위원 검토보고(2021. 3.)⁹²⁾

가사소송법상 감치란 형사절차와 별개로 금전지급 또는 유아인도 의무를 불이행한 자에 대하여 가정법원의 명령에 따라 사경경찰관리, 교도관, 법원직원으로 하여금 구속하도록 하고, 교도소, 구치소 또는 경찰서 유치장에 최대 30일 간 인신구속하는 것을 의미한다. 2016년부터 2019년까지의 감치명령 인용률을 살펴보면 2019년 기준 40%에 불과하여 양육비 지급의무의 강제 수단인 감치제도의 실효성이 낮다고 평가된다.

90) 법제사법위원회 전문위원 진선희, 가사소송법 일부개정법률안 검토보고, 2021. 2.

91) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S2M1N0D2S0R8D1U0K4J9D2D6X4O2R4
[최종 방문일 : 2024. 1. 15.]

92) 법제사법위원회 전문위원 진선희, 가사소송법 일부개정법률안 검토보고, 2021. 3.

<최근 5년간 양육비관련 감치현황>

(단위: 건, %)

구분	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년
감치명령 신청	516	875	1,028	1,048	1,063
감치명령 인용	91	231	385	432	430
감치명령 인용률	17.7	26.4	37.5	41.2	40.5

출처: 사법통계연감

[2015년부터 2019년 양육비 관련 감치 현황, 법제사법위원회 전문위원 검토의견(2021. 3.)]

감치명령의 낮은 인용률의 원인으로 송달규정 특례 필요, 법관의 온정적 태도 개선 필요 등이 제기되고 있으나 특히 양육비 채무자가 고의적으로 송달을 회피하여 감치 재판이 공시송달로 진행된다면 가정법원이 해당 채무자의 정당한 사유의 존부에 대한 의견을 들을 기회가 없어 감치명령에 대한 심증을 형성하지 못하고, 정당한 사유의 입증책임이 양육비채무자에게 있기 때문에 감치 기각결정을 하는 경우가 많다는 의견이 있다.⁹³⁾ 개정안은 위 의견에 따라 감치명령의 인용률이 낮은 이유를 감치명령을 신청한 양육비 채권자가 양육비 채무자의 정당한 사유에 대한 입증책임을 부담하기 때문이라고 보아, 그 입증책임을 양육비 채무자가 부담하도록 하여 감치명령의 인용률을 제고하려는 것이다. 입증책임이 전환되면 가정법원이 “정당한 사유”에 관하여 확신을 갖지 못하는 경우 양육비 채무자에 대한 감치명령의 선고가 이루어질 것을 전제로 하는 것이다.

그러나 위 전제가 타당한지 의문이 제기된다.

첫째, 감치재판의 성격을 고려하면, 채무자의 의견을 듣지 못하여 심증을 형성하지 못한 가정법원이 양육비 채무자에게 입증책임이 있음을 이유로 감치를 명하게 될 것인지 단정하기 어렵다. 일반적인 민사, 가사 사건과 달리 감치재판은 일정 기간 동안 인신을 구속할지 여부를 결정하는 특수한 성격이 있다. 대법원 역시 민사집행법상 감치에 대하여 민사집행법상의 특수한 처벌이라고 판시한 바 있다.⁹⁴⁾ 가사소송규칙 제130조에 따라 준용되는 법정등의질서유지를위한재판에관한규칙 제6조에서는 예외사유에 해당하는 경우를 제외하고는 의무자의 출석없이 감치재판을 할 수 없도록 하고(제1항), 위반자에게 변명의 기회를 주도록 하고 있는데(제2항), 이는 감치결정의 인신구속적 성격을 고려한 것이다.

93) 박복순, 김은지, 김효정, 고현승, 유경희, 손서희, 양육비이행지원체계 5년의 평가와 개선 방안 연구, 한국여성정책연구원, 2020, 235면.

94) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도2086 판결.

둘째, 개정안은 감치재판에서 양육비 채무자의 정당한 사유에 대한 입증책임이 양육비 채권자에게 있음을 전제로 하지만 그러한지 검토가 필요하다. 가사소송규칙 제135조 제2항에 따르면 양육비 채무자의 정당한 사유에 대한 판단이 가정법원의 재량에 맡겨져 있는 것은 아닌지 검토가 필요하다. 그리고 가사소송규칙 제132조에 따르면 양육비채권자는 감치재판을 신청함에 있어, 의무자의 성명, 주소, 집행권원, 이행명령 및 일시금지급명령이 의무자에게 고지된 일자, 의무자가 불이행한 의무의 내용, 감치의 재판을 구하는 뜻을 기재한 서면을 첨부하도록 되어 있다. 여기에 양육비채무자의 정당한 사유와 관련된 내용은 포함되어 있지 않다.

(3) 여권 발급 제한 개정안

양정숙 의원 등 11인이 2020. 9. 24. 발의한 양육비이행법 개정안은 양육비 채무자가 정당한 사유 없이 양육비를 지급하지 아니한 경우 양육비 채무자의 여권이나 여행증명서의 반납, 발급 거부, 제한 등을 할 수 있도록 하고 있다.⁹⁵⁾ 이를 통해 출입국을 금지함으로써 양육비 이행의 실효성을 확보하려는 것이다. 개정안은 출국금지를 요청할 수 있는 2021년 양육비이행법 개정 전에 발의된 것이다. 개정안의 여권의 반납, 발급 거부, 제한은 궁극적으로 출국금지를 목표로 한 것이므로 출국금지 제재가 입법된 상황에서는 그 실익이 크지 않다.

(4) 양육비 채무 불이행 시 지연이자를 부담하도록 하는 개정안

이성만 의원 등 11인이 2023. 11. 7. 발의한 양육비이행법 개정안은 양육비 채무자가 정당한 사유 없이 양육비 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연 일수에 대하여 연 100분의 40 이내의 범위에서 은행법에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제 여건을 고려하여 대통령령으로 정하는 비율에 따른 지연이자를 지급하여야 한다는 내용이다(제5조의2).⁹⁶⁾ 제안이유에 의하면 법원이 감치명령을 결정하기까지 평균 2년이 소요되어 채무자 불이행에 대한 신속한 제재 처분이 어렵고 그동안 양육비 채권자의 생계와 미성년 자녀의 복리가 위협받을 수 있다는 지적이 있어서, 지연이자를 부담하도록 하여 신속하게 양육비 이행을 확보하려는 것이다.

95) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Q2Y0G0K9F2V4W1T8Z0P4V0R4N1K4E2
[최종방문일 : 2024. 1. 15.]

96) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_X2F3G0E8F3D0B1C6K2L8J3I3G6H9X9
[최종방문일 : 2024. 1. 11.]

(5) 조건부 기소유예 조건을 정하는 개정안

양경숙 의원 등 10인이 2023. 7. 26. 발의한 양육비이행법 개정안은 조건부 기소유예 처분에 관한 조문을 신설한다.⁹⁷⁾ 양육비 불이행죄를 수사하는 검사는 수사 결과 양육비 채무의 이행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 3가지 사항을 모두 이행할 것을 조건으로 기소유예를 할 수 있도록 한다. 3가지 사항은 1. 미지급된 양육비의 지급, 2. 대통령령으로 정하는 기준에 따른 양육비 채무 이행 계획의 제출, 3. 향후 양육비 채무 불이행 시 연 100분의 40 이내의 범위에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제 요건을 고려하여 대통령령으로 정하는 이율에 따른 손해배상액의 부담이다. 제안 이유에 따르면 양육비 불이행죄를 저지르고도 형사처벌을 받기 전에 기소유예 처분을 받기 위해 미지급된 양육비를 한꺼번에 지급하는 등 제도를 악용하는 사례가 점차 증가하고 있어서 조건부 기소유예 처분을 하더라도 위 3가지 사항을 모두 이행할 것을 조건으로 하여 양육비 채무 이행의 안전성을 확보하려는 것이다.

라. 양육비이행관리원 등 조직, 운영방식을 개선하려는 개정안

(1) 양육비이행관리원을 독립기관화하는 개정안

(가) 개정안 내용

양정숙 의원 등 10인이 2023. 6. 19. 발의한 양육비이행법 개정안은 양육비이행관리원의 독립기관화 및 분원 설치를 통해 양육비 이행지원 전담기관으로서의 역할과 책임을 강화하고, 요청 가능한 자료의 범주에 가족관계등록전산정보자료를 추가하여 양육비 지급 이행 지원이 보다 원활하게 이루어질 수 있게 하려는 법안이다.⁹⁸⁾ 제안이유에 따르면, 현행법 하에서 양육비이행관리원이 한국건강가정진흥원 내의 조직으로 운영되고 있어 예산, 인사, 조직에 대한 권한을 독자적으로 행사하지 못해 양육비이행지원 사업의 실효성이 위축된다는 지적이 있고, 또한, 가족관계등록전산정보 등의 요청에 대한 법적 근거가 부재하여 양육비 이행확보를 위한 법률지원이 신속하게 이루어지기 어렵다는 지적이 있는데 그 문제를 해결하기 위한 것이다.

97) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C2D3K0L7K1K4J1H5H1Q9Q4O4N2N1M7
[최종방문일 : 2024. 1. 11.]

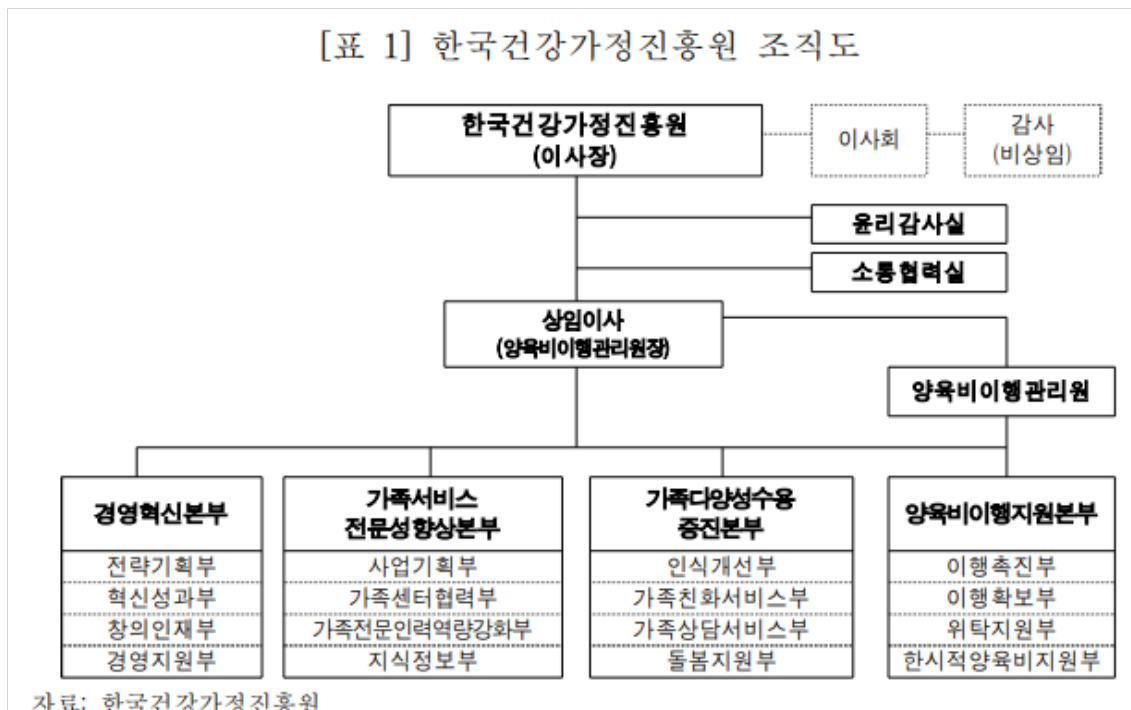
98) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O2N3O0M5T1U0T1B3A5A3Z4Y3G0F1F1
[최종방문일 : 2024. 1. 12.]

정경희 의원 등 11인이 2023. 4. 12. 발의한 양육비이행법 개정안에도 양육비이행관리원을 독립법인으로 설치하고 필요한 경우 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 및 특별자치도에 양육비이행관리원의 분사무소를 둘 수 있도록 하는 내용이 들어 있다. 이용선 의원 등 11인이 2022. 9. 28. 발의한 양육비이행법 개정안⁹⁹⁾에도 양육비이행관리원의 분원을 설치하는 내용이 들어 있다.

(나) 개정안에 대한 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 6.)¹⁰⁰⁾

현재 양육비이행관리원은 별도의 법인격 없이 한국건강가정진흥원 소속으로 설치되어 있고(양육비이행지원본부) 현행 시행령에서 조직 및 운영에 필요한 사항은 한국건강가정진흥원 정관으로 정하도록 함에 따라 진흥원의 이사장이 직원의 임면권을 가지고 있다(예산 및 결산에 관한 사항은 이사회 의결을 통하여 여성가족부장관에게 제출).

[표 1] 한국건강가정진흥원 조직도



[한국건강가정진흥원 조직도, 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 6.)]

2022년 국회 여성가족위원회 국정감사에서 다음과 같은 지적사항과 시정요구사항이 있었다. 이로 인하여 이행관리원이 예산, 인사 등 조직 운영에 대한 권한을 독자적으로 행사하지 못함에 따라 양육비이

99) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L2Z2F0I9E1F3N1H6H2J2C0T9E1L6M3
[최종방문일 2024. 1. 15.]

100) 국회 여성가족위원회 수석전문위원(송주아), 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 2023. 6. 정경희 의원 등 11인이 2023. 4. 12. 발의한 개정안에 대한 검토보고이다.

행지원 사업의 실효성을 위축시키고 있다는 지적이 제기되었다.

2022년 여성가족위원회 국정감사(여성가족부 및 한국건강가정진흥원 등 소관)

〈지적사항〉

- 기재부가 승인한 양육비 이행지원사업의 승인 인력이 양육비이행관리원에 배치되지 못하고 이행원의 의견이 조직 운영에 반영되지 못하는 실무상의 문제점으로 인해 양육비 이행을 제고에 어려움을 겪고있음. 특히, 양육비이행관리원의 양육비 이행률은 직접지원이 위탁지원보다 2배 가량 실적이 높음에도 변호사 인력이 지속적으로 이탈하여 만성적 인력 부족 문제를 겪고 있음.
- 한국건강가정진흥원에서 인력과 관련해 양육비이행관리원장의 의견을 듣도록 한 내부 규정이 삭제되고, 변호사들이 대거 이탈했다는 지적에 대해 살펴볼 필요가 있음.
- 양육비이행관리원과 이행관리원이 소속된 한국건강가정진흥원과의 관계 정립이 필요함.

〈시정요구사항〉

- 양육비 이행을 제고를 위해 기재부가 승인한 양육비이행지원 사업 인력(99명)중 양육비이행관리원에 미배치된 인력(36명)의 50%(18명)를 2024년까지 양육비이행관리원으로 단계적 재배치하고, 양육비이행관리원의 안정적 운영을 위해 별도 인력·예산 관리체계를 구축하도록 할 것
- 한국건강가정진흥원의 정관을 2020년 3월 이전으로, 양육비이행관리원의 조직을 2021년 6월 직제규정 개정 이전으로 복구하여 양육비이행관리원의 위상과 역할을 강화하고, 양육비이행관리원장의 의견이 조직 운영에 반영될 수 있도록 조속히 개선할 것. 특히, 양육비이행관리원 변호사 인력 부족 문제를 세심하게 검토하고 변호사 처우개선을 위한 예산 확보 등을 통해 인력 충원 노력을 기울일 것
- 한국건강가정진흥원은 양육비이행관리원 인력 운용과 관련해 양육비이행관리원장의 의견을 듣도록 규정을 개선하는 등 기관의 구조적 문제 개선을 위해 관련 부처와 함께 노력을 기울일 것

2023년 6월 현재 이행관리원은 상담지원은 방문상담과 전화, 온라인을 활용하고, 소송지원은 직접수행과 대한법률구조공단, 대한변협법률구조재단, 한국가정법률상담소를 통한 위탁 수행의 방법으로, 그리고 면접교섭 지원은 가족센터를 활용하여 전국에 서비스를 제공하고 있다. 소송을 통한 이행의무확정건수 총 19,774건 가운데 20.9%(4,137건)만을 이행관리원이 직접 수행하고 나머지 79.1%(15,637 건)는 위탁으로 수행하고 있다(2022년 말 누적 기준). 이행관리원이 직접소송으로 처리할 수 있는 사안의 범위는 사실상 서울 및 경기 일부 지역에 한정되고 있다.

그런데 이행관리원이 직접 수행한 소송의 양육비 이행률(57.6%)이 위탁소송(23.7%)보다 2배 이상 높은 것으로 나타났다(2022년 누적 기준). 이행관리원에 의하면, 직접소송의 이행률이 두 배 이상 높은 이유로, 직접소송의 경우 사건 관련 상담부터 소송 진행 및 양육비 채무 이행 여부에 대한 모니터링까지 담당하여 담당자가 전반적인 상황을 잘 파악하고 있고, 소송지원 외 면접교섭 등 조치가 필요한 경우 적시에 지원을 제공하기가 위탁소송 대비 용이한 점 등이 기인한 측면이 있다고 한다.

위탁소송의 비율이 직접소송보다 높은 것과 관련하여 2022년 국회 여성가족위원회 국정감사에서는 양육비이행확보지원사업 인력이 이행관리원에 배치되지 못하고, 이행관리원의 의견이 조직 운영에 반영

되지 못하는 문제점으로 인해 변호사 인력이 지속적으로 이탈하고 있는 점이 그 원인으로 지적되었다고 한다. 가령, 소송업무 등을 수행하는데 필요한 변호사 인력의 숫자는 2017년 22명에서 2023년 6월 현재 10명으로 지속적으로 감소하였다.

기획재정부는 개정안에 대하여, 이행관리원의 주요 업무(법률지원 등)는 민사, 사법적 성격이 강하여 대한법률구조공단 업무(사회적, 경제적 약자 대상 무료 법률상담 및 소송대리 수행 등)와 중복되고, 현재와 같이 한국건강가정진흥원 내에서 업무를 수행하면서 양육비 이행을 제고를 위해 기존 제도의 내실 있는 운영 등이 우선 시되어야 하며, 이행관리원의 업무는 한부모, 취약계층 지원 등 건강가정진흥원의 정책들과 연계추진 시 효과적이므로 독립기관화하여 민사적 성격을 강화하기보다 건강가정진흥원 내 기관으로 유지할 필요가 있다는 의견을 제시하였다. 기획재정부는 분사무소 설치에 있어서도 지자체 가족센터(17개 권역 240여 개) 활용이 효과적이므로 개정안은 신중 검토가 필요하다는 의견이었다.

건강가정진흥원은 이행관리원에 법인격이 없어 기관 명의로 소송 수행이 불가능하고, 채무자에게 구상하거나 양육비를 직접받아 채권자에게 전달하는 등의 업무 수행도 어려우므로 양육비 이행 지원 서비스를 높은 수준으로 제공하기 위하여 독립법인화가 필요하며, 분사무소 설치가 되어 있지 않아서 서울, 수도권 이외 지역 거주 국민들의 기관 접근성이 떨어져 문제를 야기하고 있으므로 개정의 필요성이 있다는 의견이다.

(다) 국회 여성가족위원회 통과(2024. 2. 23.) 및 본회의 통과(2024. 2. 29.)

국회 여성가족위원회는 2024. 2. 23. 현행법상 한국건강가정진흥원 산하 조직인 양육비이행관리원을 독립 기관으로 격상해 권한을 강화하기로 하였다.¹⁰¹⁾ 양육비이행관리원이 한국건강가정진흥원 내의 조직으로 운영되고 있어 예산, 인사, 조직에 대한 권한을 독자적으로 행사하지 못해 양육비 이행지원 사업의 실효성이 저하된다는 지적을 받아들인 것이다. 기획재정부는 대한법률구조공단 및 건강가정진흥원과 업무 중복성, 기관 독립 시 추가 인력 및 예산 소요 가능성, 한부모나 취약가정 지원 등 가족정책과의 연계성 등을 고려하여 독립기관 신설 개정 조항을 삭제할 필요가 있다는 의견을 제시하였다.¹⁰²⁾ 그러나 개정안은 2024. 2. 29. 국회 본회의를 통과하였다. 개정 법률은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

101) 한주홍, 양육비 이행명령만 받아도 출금금지 개정안 여가위 통과, 연합뉴스, 2024. 2. 23.
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20240223076100001> [최종방문일 : 2024. 2. 24.]

102) https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N2N4D0Y2N2H2K1G7P2V0R3X0L6C2L4
 [최종방문일 : 2024. 3. 2.]

(2) 양육비이행관리원에 양육비조정중재위원회를 설치하는 개정안

정경희 의원 등 11인이 2023. 4. 12. 발의한 양육비이행법 개정안 내용 중에 양육비이행관리원에 양육비조정중재위원회를 설치하는 개정안이 있다. 양육비에 관한 분쟁을 조정, 중재하기 위하여 양육비조정중재위원회를 두고, 조정조서에는 재판상의 화해와 동일한 효력, 중재판정 시에는 양쪽 당사자 간에 확정판결과 동일한 효과를 부여하려는 것이다. 양육비와 관련된 분쟁의 조정을 원하는 자는 신청 취지와 원인을 기재한 조정신청서를 조정중재위원회에 제출하여 분쟁의 조정을 신청할 수 있고, 당사자가 조정내용에 대하여 합의된 사항을 조서에 기재하여 성립한다(제10조의5). 중재를 받으려는 자는 분쟁에 관하여 서면으로 중재부의 중재판정에 따르기로 합의하고 중재를 신청할 수 있다(제10조의6).

조정절차 계속 중 중재신청 시 조정은 중단된다. 이행관리원이 지원한 사건 중 이행촉구 또는 합의를 통해 양육비 이행의무가 확정된 사건의 양육비 이행률이 소송을 통한 경우보다 더 높은 점이나, 양육비 심판청구소송을 통한 양육비 채권 확보에 걸리는 기간(1년 이상)이나 비용(양육비심판청구 소송비 26만원 등)을 고려할 때, 개정안에 따른 조정, 중재는 법원의 재판에 의하지 않고 신속하게 분쟁을 해결하여 시간과 비용을 절약하고 안정적인 양육비 확보에 기여할 수 있을 것으로 기대할 수 있다.¹⁰³⁾ 그러나 이미 가사소송법 제50조에서 조정 전치주의에 따라 소송 제기 이전에 의무적으로 가사조정절차를 거치도록 하고 조정 절차에 대한 사항도 가사소송법에서 규정하고 있어서 이와 별도로 양육비이행법에서 조정을 규정할 입법 실익이 적다는 평가가 있다.¹⁰⁴⁾

103) 여성가족위원회 수석전문위원 송주아, 양육비 선지급에 관한 특별법안 검토보고, 2023. 6. 2022년 이행관리원 지원 사건의 양육비 이행률은 다음과 같다.

[표 6] 2022년 이행관리원 지원 사건의 양육비 이행률

(2022년 누적 기준, 단위: 건, %)

구분	이행의무확정건수	실행건수	이행률	
직접	이행촉구·합의	3,602	3,335	92.6
	직접소송	4,137	2,382	57.6
위탁소송		15,637	3,706	23.7
계		23,376	9,423	40.3

자료: 한국건강가정진흥원

104) 개정안과 관련하여, 여성가족부는 양육비 관련 분쟁의 신속한 해결이 가능하고 약자보호 차원에서 이행관리원 내에 조정위원회를 설치할 필요가 있다는 의견이고, 한국건강가정진흥원(양육비이행관리원)은 신속한 분쟁 해결 및 약자 보호는 미성년자 양육의 경우에 임대차의 경우보다 더 강하게 요구되므로 주택임대차보호법, 상가임대차보호법에 따라 법률구조공단 등에 설치되는 조정위원회와 유사한 위원회를 이행관리원에 설치할 필요가 있다는 의견이다. 반면, 기획재정부는 조정중재위는 법원의 가사소송 조정기능과 기능이 중복되며, 개인간 청구권에 대한 별도 중재위를 둔 사례는 거의 없으므로 개정안은 신중하게 검토할 필요가 있다는 의견이다.

IV. 양육비 청구 이행 확보에 있어 아동의 권리와 국가의 책무

1 양육비 채권의 법적 성질에 대한 기존 논의

민법 규정상 양육비 채권의 법적 근거가 이론적으로 명확하지는 않다.¹⁰⁵⁾ 판례는 양육비 채권은, 친권이나 양육권 유무, 현실 양육 여부와 관계없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 양육 의무에 따라 발생하는 권리라는 입장이다.¹⁰⁶⁾

양육비 채권의 법적 성질에 관하여 자녀의 권리를 양육부모가 대신 행사한다는 견해와 양육부모의 고유한 권리라는 견해 대립이 있다.¹⁰⁷⁾ 대법원 규칙인 가사소송규칙 제99조에서는 자의 양육에 관한 처분과 변경에 관한 심판은 부모 중 일방이 다른 상대방으로 하여 청구하여야 한다고 규정하고 있는데, 양육비 채권의 법적 성질이 자녀의 권리로 보는 견해는 양육부모가 자녀를 대리 또는 법정대위한다고 보고,

105) 민법 제913조는 “친권자는 자를 보호하고 교양할 의무가 있다”고 규정하고 있다. 한편 민법 제974조에서는 직계혈족 간에는 서로 부양할 의무가 있다고 규정한다. 민법 제913조는 친권자의 의무를 정하고 있지만 친권자가 아닌 부모에게도 미성년 자녀에 대한 부양의무를 인정해야 하므로 미성년 자녀에 대한 부모의 부양의무의 근거가 민법 제913조가 아니라 민법 제974조라는 견해가 있다(김형석, 양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계, 가족법연구, 2007, 242면). 반면, 민법 제974조 이하의 친족간 부양의무는 요부양자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 성립하는데(민법 제975조), 미성년 자녀에 대한 부양은 이를 넘어서 자녀를 보호하고 교양할 정도에 이르러야 하므로 민법 제974조를 근거로 하는 것은 부적절하다는 견해가 있다(오종근, 부부간 부양청구권과 양육비청구권, 법학논집, 2018, 22면). 판례는 미성년 자녀에 대한 부모의 부양의무는 친권자 유무를 묻지 않고 친자관계의 본질에서 나온다는 입장이다(대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정). 한편, 민법 제837조에서는 이혼과 자의 양육책임을 정하면서 협의 이혼 시 양육비용의 부담을 협의하도록 하고 있다.

106) 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정. “부모는 그 소생의 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고, 그 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하는 것이며, 이는 부모 중 누가 친권을 행사하는 자인지 또 누가 양육권자이고 현실로 양육하고 있는 자인지를 물을 것 없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무라고 할 것이다. 그러므로 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯한 것이거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비 중 적정 금액의 부담을 청구할 수 있음은 물론이고 ...”

107) 오종근, 부부간 부양청구권과 양육비청구권, 법학논집, 2018, 23면, 24면.

양육비 채권의 법적 성질이 양육부모의 고유의 권리로 보는 견해는 가사소송규칙 제99조는 당연한 것으로 본다. 다수 학자들은 양육비 채권은 자녀의 부양청구권인데 양육부모에게 일종의 법정소송담당이 인정되어(민법 제837조, 가사소송규칙 제99조) 양육부모가 자신의 이름으로 자녀의 부양청구권을 행사하는 것으로 보는 견해를 지지한다.¹⁰⁸⁾

대법원은 2021년 5월, 가정법원이 민법 제924조의2에 따라 부모의 친권 중 양육권만을 제한하여 미성년후견인으로 하여금 자녀에 대한 양육권을 행사하도록 결정한 경우, 민법 제837조를 유추적용하여 미성년후견인이 비양육부모를 상대로 가사소송법 제2조 제1항 제2호 (나)목 3)에 따른 양육비심판을 청구할 수 있다고 판단하였다.¹⁰⁹⁾ 대법원이 위와 같이 판단한 것은 양육비 채권의 법적 성격이 본질적으로 미성년 자녀의 비양육부모에 대한 부양청구권에 해당한다고 보았기 때문이라고 해석하는 것이 타당하다.¹¹⁰⁾ 다만, 그런 해석에까지 나아가지는 않고 위 대법원 판단은 입법의 공백 메우기 위한 것이라는 설명도 있다.¹¹¹⁾

2 양육비 채권 이행 여부에 따른 아동의 법익과 비양육부모의 책임

가. 제도 개선 노력에서 확인되는 근본적인 관점의 변화 필요성

양육비 이행 확보 제도 개선 노력의 근저에는 양육비를 양육부모와 비양육부모 사이의 사적 영역에 방치할 수 없다는 공감대가 자리잡고 있다. 양육비는 단순히 양육부모의 권리 실현이 아니라 아동의 법익 실현을 위한 것이기 때문이다. 그래서 2007년 민법 개정 시 협의 이혼 시 양육비를 협의하도록 하였고, 2009년 가사소송법 개정 시 양육비 직접지급명령, 담보제공명령, 일시금지급명령, 재산명시, 재산조

108) 이주윤, 양육권을 갖는 미성년후견인의 양육비 심판 청구인적격 인정 여부, 대법원판례해설 127호, 2021. 12., 300면.

109) 대법원 2021. 5. 27.자 2019스621 결정.

110) 이주윤, 양육권을 갖는 미성년후견인의 양육비 심판 청구인적격 인정 여부, 대법원판례해설 127호, 2021. 12., 294면.

111) 김명숙, 2021년 가족법 중요판례평석, 인권과정의, 2022, 59면. “미성년후견인이 자신의 비용으로 피후견인인 미성년자녀를 양육하여 발생한 과거의 양육비에 대하여는 비양육친을 상대로 그 지출비용에 대한 민사상 부당 이득반환청구를 할 수 있다. 그러나 친권 중 양육권만을 제한함으로써 친권과 양육권이 분리된 경우에, 미성년후견인은 피후견인인 미성년자녀의 양육비 청구권을 대리할 수 없어 비양육친으로부터 장래 양육비를 확보하기 어렵게 된다. 이처럼 친권과 양육권이 분리되는 경우에 양육권자가 비양육친을 상대로 양육비를 청구할 수 있도록 하여야 함에도 현행법상 이에 대한 근거 규정이 마련되어 있지 않다. 이는 입법의 공백이라 할 것이므로 미성년후견인이 피후견인인 미성년자녀를 양육하는 경우에도 자녀의 양육책임에 관한 민법 제837조를 유추적용하여 자녀의 양육에 관한 처분에 관한 가사비송 절차에 따라 비양육친을 상대로 양육비심판을 청구할 수 있다고 한 것이다.”

회, 감치명령 제도가 도입되었다. 2014년에는 양육비이행법이 제정되어 한시적 양육비 긴급 지원 등 양육비 이행 확보를 지원하였고 2021년 양육비이행법 개정 때에는 운전면허정지, 출국금지, 명단공개, 형사처벌과 같은 제재 조치까지 도입되었다. 일반적인 사적 권리 실현을 위해 위와 같은 제도들이 필요하다는 논의는 찾기 어렵다.

이렇듯 이미 현행 법과 제도에서도 양육비 이행 확보는 단순히 양육부모의 사적 권리 실현이 아니라 아동의 권리와 복지라는 공공복리 실현을 위한 것이라는 입장이 반영되어 있다. 양육비 채권이 일반적인 민사 채권의 특성만으로 포섭되기 어려운 특수성(양육의 본질에서 기인하는 특징, 자의 복리에 대한 고려, 특별한 보호의 필요성, 자녀의 복리와 아동 최선의 이익 원칙, 사회보장제도로서의 양육비 이행확보제도의 요청 등)과 헌법적 배경(헌법상 자녀양육의 권리와 의무, 자녀의 관점에서 본 양육비 이행의 문제, 부모-자녀-국가 간 다면적 관계, 양육비 문제에 대한 국가의 적극적인 개입 기대와 범위 및 한계)을 가지고 있다고 설명되는 것도¹¹²⁾ 그 때문이다.

양육비 이행 확보의 본질은 양육부모의 권리 실현이 아니라 아동의 권리 등 법익 실현으로 보아야 한다. 현행 제도가 과거에 비하여 개선된 부분도 있으나 아직도 양육비 이행 확보는 양육부모의 사적 권리를 실현하는 것이라는 관점에서 다른 사적 권리와 같이 당사자인 양육부모에게 주장, 입증, 절차 진행 책임을 지우고 있다. 그것은 미혼모 등 한부모 양육부모에게 인지청구, 양육비청구, 집행에서 절차적, 실체적으로 과도한 부담을 주었다. 그 결과 양육부모 중 대부분이 어쩔 수 없이 양육비 청구를 처음부터 포기하였다. 구조적으로 강요된 포기이다. 양육비 채무자들은 반사적으로 이익을 얻었다. 종국적으로 아동이 양육비를 통한 양육 혜택을 얻지 못하게 되었다. 그로 인해 국가는 국민 부담으로 형성된 국가 재원을 복지 비용이나 양육비 이행 확보를 위한 비용으로 지출하게 된다.

양육비 이행 확보 제도는 기본적으로 아동의 권리 등 법익 실현을 목적으로 한다. 양육부모의 양육비 청구권 실현은 그 목적을 달성하기 위한 수단이다. 아동은 스스로 자신의 법익을 실현하기 어렵다. 그래서 양육부모에게 양육비 청구권을 부여한 것이다. 일반적으로 양육부모가 아동의 최선의 이익을 추구할 것이이기 때문이다. 그러므로 양육비 이행 확보를 양육부모에게만 맡겨둘 수 없고 국가에서 지원하여야 한다. 양육비의 본질이 스스로 자신의 법익을 실현하기 어려운 아동 보호에 있기 때문이다. 이러한 관점의 전환은 양육비 이행 확보를 위한 국가의 역할을 재정립할 수 있게 해준다. 국가의 지원은 양육부모에 대한 시혜가 아니라 아동 복지를 위한 국가의 의무 이행이다.

112) 강서영, 양육비 이행확보제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 9면 내지 21면.

대법원이 2014. 1. 양육비 미지급자의 신상을 인터넷에 공개한 베드파더스 대표 유죄 판결을 내린 것은 양육비 미지급자에 대한 사적 제재가 지나치다는 판단이었는데, 과연 사적 제재가 필요치 않을 만큼 국가가 양육비 이행에 대한 책임을 잘 수행하고 있는지 반문할 필요가 있다.¹¹³⁾

나. 한국인 생부와 외국인 미혼모 아동의 국적취득과 출생등록될 권리

(1) 외국인 미혼모 아동 인지 및 국적취득

대한민국 법원 전자민원센터의 출생신고 안내에서는 한국인 생부와 외국인 미혼모 자녀의 출생신고에 관하여 다음과 같이 안내하고 있다.¹¹⁴⁾ 이것은 대법원 가족관계등록예규 제429호(2015. 1. 8.) 한국인과 외국인 사이에서 출생한 자녀에 대한 출생신고 처리방법 일부개정 예규의 내용과 같다.

한국인 남자와 외국인 여자 사이의 혼인 외 자의 출생신고는 부의 출생신고만으로 가족관계등록부를 작성할 수 없으며 따로 외국인(대한민국 국민이 아닌 사람)에 대한 인지절차에 따라 부가 인지신고를 한 다음 자녀가 국적법에 따라 법무부장관에게 신고함으로써 국적을 취득하거나(미성년인 경우) 법무부장관으로 부터 귀화허가를 받은 후(성년인 경우), 법무부장관의 국적취득의 통보 또는 귀화허가의 통보를 통하여 가족관계등록부를 작성할 수 있습니다. 따라서 외국의 국적을 취득하지 않은 출생자에 대한 출생신고를 수리하여 특종 신고서류편철장에 편철한 후 자녀가 우리나라 국적을 취득하여 그 가족관계등록부를 작성할 때 출생사유를 기록합니다. 다만, 태아인지 신고된 피인자자는 그 부의 출생신고로써 가족관계등록부를 작성할 수 있습니다.

113) 허민숙, 베드파더스 공개는 유죄, 국가의 책무는?, 이슈와 논점, 국회입법조사처, 2024. 3. 11.

114) https://help.scourt.go.kr/nm/min_17/min_17_3/min_17_3b/index.html [최종방문일 : 2024. 2. 20.]

국적법 제2조 제1항 제1호에서는 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자인 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다고 규정하고 있다.¹¹⁵⁾ 그런데 판례는 국적법 제2조 제1항 제1호에서 부는 법률상 부를 의미한다는 입장이다.¹¹⁶⁾ 그래서 한국인 생부와 외국인 미혼모 사이의 아동은 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득할 수 없다.¹¹⁷⁾ 그 아동은 국적법 제3조에 따라 대한민국 국민인 부에 의하여 인지되고 법무부장관에게 신고¹¹⁸⁾함으로써 대한민국 국적을 취득할 수 있다. 한국인 생부가 자발적으로 인지를 하지 않을 경우 외국인 미혼모가 인지청구를 해서¹¹⁹⁾ 인지를 해야 아동이 대한민국 국적을 취득

115) 김지환, 박성민, 미혼부 아동의 출생신고 거부 위험성, 인권과정의, 2022, 83면. 출생에 의한 국적 취득이 아닌 다른 국적 취득 조항들에서는 국적 취득 신고 절차 등을 정하고 있으나 출생에 의한 국적 취득에 관하여는 그런 절차 등 규정이 없다. 출생에 의한 국적 취득 시 출생신고에 의하여 가족관계등록부가 창설되므로 국적취득 사실을 고지할 필요가 없게 되어 그리 규정된 것이라는 설명이 있다(이진혜, 이제호, 이택건, “국내 출생 아동에 대한 보편적 출생등록 제도의 도입 방안에 대한 연구” 아동, 청소년의 권리에 관한 연구, 2020., 63면). 가족관계등록법상 출생신고와 그에 따른 가족관계등록부 기록으로 아동의 출생 등록과 증명이 되고 그러면 국적 취득 역시 확인이 된다. 그러므로 국적법에서 출생에 의한 국적 취득 절차를 규정하지 않아도 가족관계등록법상 출생신고 절차에 따라 출생에 의한 국적 취득에 문제가 없다고 설명할 수 있다. 국적법에서 출생에 의한 국적 취득 확인 절차를 규정하지 않은 것은 가족관계등록법상 출생신고가 출생에 의한 국적 취득 확인 절차이기 때문이다. 국적 취득과 가족관계가 동시에 확인되어야 하는 논리적 필연성이 있는 것은 아니다. 하지만 그렇게 하는 것이 행정적으로 편리하고 일반적인 경우에는 문제가 되지 않는다.

116) 대법원 2018. 11. 6.자 2018스32 결정. “국적법 제2조 제1항 제1호는 출생 당시에 부(부) 또는 모(모)가 대한민국의 국민인 자는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다고 규정하고 있다. 그리고 국적법 제3조 제1항, 제2항은 대한민국의 국민이 아닌 자(이하 ‘외국인’이라 한다)로서 대한민국의 국민인 부 또는 모에 의하여 인지된 사람이 대한민국 민법상 미성년이고, 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민이었다면 법무부장관에게 신고한 때에 대한민국 국적을 취득한다고 규정하고 있다. 여기서 국적법 제2조 제1항 제1호에 따라 부가 대한민국의 국민임을 이유로 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득하기 위해서는, 부와 자녀 사이에 법률상 친자관계가 인정되어야 한다. 그런데 부와 혼인외의 자녀 사이에서는 인지 없이는 법률상 친자관계가 발생하지 않는다(대법원 1984. 9. 25. 선고 84므73 판결, 대법원 1997. 2. 14. 선고 96므738 판결 등 참조). 따라서 대한민국의 국민인 부와 외국인인 모 사이에 태어난 혼인외의 출생자에 대하여는 부의 출생신고만으로 가족관계등록부를 작성할 수 없고, 그 자녀가 미성년인 경우 대한민국의 국민인 부가 외국인에 대한 인지절차에 따라 인지신고를 한 다음, 자녀가 위 국적법 제3조에 따라 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 취득한 후 그 통보가 된 때 가족관계등록부를 작성할 수 있다[국적법 시행령 제2조, 가족관계등록법 제93조, 한국인과 외국인 사이에서 출생한 자녀에 대한 출생신고 처리방법(가족관계등록예규 제429호) 참조].”

117) 다만, 미혼모의 자녀라도 대한민국 국민인 생부가 태내에 있는 자녀를 인지할 경우(가족관계등록법 제56조), 태내의 자녀가 출생하면서 동시에 대한민국 국적을 취득할 수 있는 것으로 보인다. 2020 다문화가정 가족관계등록 이해 길잡이, 이주민센터친구, 49통일평과재단, 재단법인 동천, 2020, 13면. “다만, 태아인지 신고된 피인지는 그 부의 출생신고로 별도의 국적취득 절차 없이도 가족관계등록부에 이름을 올릴 수 있다.”

118) 국적법 제3조 제1항에 따라 대한민국 국적을 취득하려면 법무부령으로 정하는 국적취득 신고서를 작성하여 법무부장관에게 제출하여야 한다(국적법 시행령 제2조). 그런데 국적법 시행규칙 제2조에서는 국적법 시행령 제2조에 따른 국적취득 신고서에 첨부하여야 하는 서류로 1. 외국인임을 증명하는 서류, 2. 대한민국 국민인 아버지 또는 어머니에 의하여 인지된 사실을 증명하는 서류, 3. 출생한 당시에 그 아버지 또는 어머니가 대한민국 국민이었음을 증명하는 서류, 4. 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제93조에 따른 국적취득 통보 및 가족관계등록부 작성 등에 필요한 서류로서 법무부장관이 정하는 서류를 정하고 있다.

119) 박지현, 외국인 미혼모와 한국인 친부, 그리고 미성년 자녀, 이주배경 여성, 아동 폭력 피해자, 어떻게 지원하고 무엇을 바꾸어야 하는가?, 이주민센터친구, 2021. 12. 8면. 국제사법 제68조는 부자간의 친자관계의 성립은 ① 자의 출생 당시 부의 본국법 또는 ② 현재 자의 상거소지법, ③ 인지 당시 인지자의 본국법에 의할 수 있다고 규정하고 있고, 국제사법 제2조는 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할을 가진다고 규정하고 있으므로, 한국인을 부로 하는 혼외자의 외국국적 모는 당연히 인지청구를 할 수 있다고 한다.

할 수 있다. 외국인 미혼모의 인지청구는 양육비 청구를 위해 필수적인 선행 절차이면서 동시에 아동의 대한민국 국적 취득과 출생등록을 위해 필수적인 절차이다.

외국인 아동까지 포함하여 대한민국에 존재하는 모든 아동이 출생등록될 수 있도록 해야 한다는 보편적 출생등록 제도가 필요하다는 의견이 많고¹²⁰⁾ 타당하다고 생각한다. 부모가 모두 외국인이라도 대한민국에 존재한다면 출생등록될 수 있도록 제도를 개선해야 하는 상황에서, 생부가 한국인이어서 사실상 한국인이고 법적으로는 인지 절차만 거치면 대한민국 국적을 가질 수 있는 아동의 출생등록에 어려움이 있는 것은 안타까운 일이다.

(2) 외국인 미혼모 아동 인지청구에서 외국 국적 취득 필요 여부

본 연구 진행 과정에서, 외국인 미혼모가 인지청구를 하려고 하면 법원 실무에서 아동의 주민등록번호 또는 외국인 등록번호를 요구하는 경우가 있다고 오해하여 그렇다면 그것은 위법하다는 분석을 하였으나¹²¹⁾, 그것은 오해이고 실제 법원 실무에서 외국인 미혼모 아동 인지 절차에서 아동의 주민등록번호 또는 외국인 등록번호를 요구하는 경우는 없다고 한다. 그래서 외국인 미혼모라고 하여 한국인 미혼모보다 인지청구를 함에 있어 법적으로 어려움이 있는 것은 아니라고 파악하였다.

(3) 외국인 미혼모 아동 인지 후 대한민국 국적 취득 절차에서 외국 국적 취득 필요 여부

그런데 외국인 미혼모 아동이 인지된 후에 국적법에 따라 우리나라 국적을 취득하는 절차에서 아동이 외국인임을 증명하는 서류(여권 사본)를 요구받는다고 한다. 인지에 따른 국적 취득은 국적법 제3조 제1

120) 서종희, 출생신고 및 등록절차에 관한 비교법적 연구, 연세법학, 2016, 이택건, 보편적 출생 등록, 모든 아동의 권리, 국가인권위원회 인권, 2019. 7., 현소혜, 외국인 아동을 위한 보편적 출생등록제의 도입 필요성과 도입 방안, 가정상담, 2022 등.

121) 만약 외국인 미혼모 아동 인지청구를 하기 위해 먼저 아동이 생모의 외국 국적 취득을 한 후 한국에서 외국인 등록번호를 받아오라는 것이라면, “번호”가 있어야 법원에서 인지청구 절차를 진행해줄 수 있다는 것인데 납득하기 어렵다. 인지청구를 하는데 그 “번호”가 실체적으로나 절차적으로 아무런 의미가 없기 때문이다. 주민등록번호나 외국인 등록번호가 없어도 출생증명서에 나와 있는 정보 등으로 아동을 특정할 수 있고 임시 번호를 생성해서 절차를 진행할 수도 있다. 외국인 미혼모가 아동의 외국 국적을 취득하기 어렵거나 시간이 오래 소요되는 경우에 위와 같은 요구는 아동이 대한민국 국적을 취득하고 출생등록될 권리를 침해한다. 생부가 한국인인 아동이 부를 인지하기 위한 인지청구를 함에 있어 그 아동에게 주민등록번호나 외국인 등록번호가 있어야 할 합리적 이유가 없고 법적 근거도 없다. 인지청구의 근거 조항인 민법 제863조는 “자와 그 직계비속 또는 그 법정대리인은 부 또는 모를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐 “번호”를 요구하지 않기 때문이다. 만약 법원 실무에서 아직 대한민국 국민으로 확인이 안 되었으니 외국인 등록번호를 받아와야 인지청구 절차를 진행해준다면 위법하다. 본 연구 초기에 위와 같이 위법한 법원 실무가 있다고 오해하였으나 알아본 바로는 그런 경우는 찾을 수 없었다.

형에서 정하고 있고 그 절차는 동법 시행령 제2조 및 동법 시행규칙 제2조에서 정하고 있다. 국적법 시행규칙 제2조 제2항에서는 국적취득 신고서에 첨부해야 하는 서류로 외국인임을 증명하는 서류를 규정하고 있다. 법무부 실무에서 외국인임을 증명하는 서류를 아동의 외국 여권 또는 그에 준하는 서류로 해석하고 있는 것으로 보인다. 이 서류를 마련하려면 외국인 미혼모가 본인 국적 국가에 아동 출생신고를 해서 아동이 외국 국적을 취득한 후 외국 여권을 받아야 한다. 외국인 미혼모가 아동을 한국인으로 양육하고 싶을 경우 외국 국적 취득은 불필요하고 외국에서의 행정 절차 등에 시간이 걸리는 번거로운 일이다. 때로는 아동의 외국 국적 취득이 매우 어려운 경우도 있다.

외국인 미혼모의 국적국에 아동 출생등록을 하는 것이 어렵거나 시간이 많이 드는 경우가 있다. 가령 모로코는 미혼모의 단독 출생신고가 불가하여 미혼모가 주한 모로코 대사관에 출생등록 신청을 하였으나 반려된 적이 있다고 한다.¹²²⁾ 네팔의 경우 부모 등 출생등록의무자가 본국 소재 신분관서에 직접 출석해야만 출생신고를 할 수 있으며 자녀가 외국에서 출생한 경우 부모가 네팔에 귀국한 후 60일 이내에 출생신고를 해야 한다고 한다.¹²³⁾ 한국에서 외국인 미혼모 국적국에 출생등록을 하려면 해당 국가 대사관에서 출생신고를 해야 하는데 본국 정부의 박해를 피해서 한국으로 도망친 난민이나 난민 신청자, 인도적 체류자 등은 본국 대사관을 찾아가기 어려울 수 있고 그 출생신고를 대사관이 제대로 처리할 것을 기대할 수 없는 경우도 있다.¹²⁴⁾ 한국 내에 대사관 등을 두고 있지 않은 국가 출신은 일본, 중국 등 인근 국가에 소재한 대사관 등에 방문해야 한다.¹²⁵⁾

대법원은 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 출생등록될 권리를 가지며 이러한 권리는 법 앞에 인간으로 인정받을 권리로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 제한하거나 침해할 수 없다는 입장이다(대법원 2020. 6. 8.자 2020스575 결정¹²⁶⁾). 대법원이 위 입장을 설

122) 이진혜(이주민센터 친구), 이주배경 위기 임산부 자녀의 출생등록, 위기임신의 그늘, 외국인 위기임산부와 출생영아 이대로 좋은가?, 한국위기임신출산지원센터 토론회 자료집, 2022.

123) 서종희, 출생신고 및 등록절차에 관한 비교법적 연구, 연세법학, 2016, 56면.

124) 이탁건, 보편적 출생 등록, 모든 아동의 권리, 국가인권위원회 인권, 2019. 7.

125) 현소혜, 외국인 아동을 위한 보편적 출생등록제의 도입 필요성과 도입 방안, 가정상담, 2022, 18면.

126) 해당 실시는 다음과 같다. “출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자(자)는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다(국적법 제2조 제1항). 대한민국 국민으로 태어난 아동에 대하여 국가가 출생신고를 받아주지 않거나 그 절차가 복잡하고 시간도 오래 걸려 출생신고를 받아주지 않는 것과 마찬가지로 결과가 발생한다면 이는 그 아동으로부터 사회적 신분을 취득할 기회를 박탈함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 아동의 인격권을 침해하는 것이다(헌법 제10조). 현대사회에서 개인이 국가가 운영하는 제도를 이용하려면 주민등록과 같은 사회적 신분을 갖추어야 하고, 사회적 신분의 취득은 개인에 대한 출생신고에서부터 시작한다. 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 가진다. 이러한 권리는 ‘법 앞에 인간으로 인정받을 권리’로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 제한하거나 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항).”

시한 사건은 생부는 대한민국 국민인데 생모가 외국인이고 혼인관계가 없는 사안이었다.¹²⁷⁾ 아직 인지를 하지 않아서 법적으로는 대한민국 국적이 없었지만 대법원은 그 아동의 출생등록될 권리를 인정하였고 법률로써도 이를 제한할 수 없다고 판단하였다.

법무부 실무가 한국인 생부에 의하여 인지된 미혼모 아동의 국적 취득 절차에서 국적법 시행규칙 제2조 제2항 소정의 ‘외국인임을 증명하는 서류’를 아동의 외국 여권 또는 그에 준하는 서류로 해석한다면 그 해석은 위법하다. 왜냐하면 국적법에서는 외국인을 “대한민국의 국민이 아닌 자”라고 정의하고 있기 때문이다(국적법 제3조 제1항). 국적법상 외국인은 외국 국적을 가지고 있고 그것을 서류로 증명할 수 있는 자가 아니다. 위 해석은 국적법상 외국인 개념을 국적법 제3조 제1항에서 정하는 범위보다 좁게 해석함으로써 한국인 생부에 의하여 인지된 외국인 미혼모 아동이 출생등록될 권리를 침해한다. 국적법 제3조에서는 외국인으로서 대한민국의 국민인 부 또는 모에 의하여 인지된 자가 대한민국의 민법상 미성년이고 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민이면 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 취득할 수 있다고 규정하고 있다. 국적법에서는 외국인 미혼모 아동이 외국 국적을 취득하지 않았어도 한국인 생부의 인지를 받았으면 법무부장관에게 신고하여 대한민국 국적을 취득할 수 있도록 정하고 있다. 그런데 법무부 실무에서 국적법 시행규칙 제2조 제2항에서 ‘외국인’을 국적법에서 정의한 바(“대한민국의 국민이 아닌 자”)와 달리 해석(“외국 국적을 취득하여 이를 증명할 서류가 있는 자”)하여 국적 취득과 출생등록을 못 받게 한다면 국적법을 위반한 것이다. 그리고 대법원 2020스575 결정에서 실시한 아동의 기본권, 출생등록될 권리를 침해하는 것이다.

국적법상 실제로 대한민국 국적을 취득한 아동이 행정적으로 국적을 취득하지 못하고 있는 상황

127) 대법원 2020. 6. 8.자 2020스575 결정의 사건의 경위는 다음과 같다.

1. 사건의 경위

- 가. 신청인은 대한민국 국민이다(2013. 6. 5. 귀화허가를 받아 대한민국 국적을 취득하였다). 신청인은 2013. 8.경부터 중화인민공화국(이하 ‘중국’이라고 한다) 국적의 신청외인(영문 성명 및 한자 성명 생략)과 사실 혼 관계에 있었고, 그들 사이에서 (생년월일 생략) 청주시 소재 (병원명 생략)병원에서 여자아이인 사건본인(사건본인 성명 생략)이 출생하였다.
- 나. 신청인과 신청외인은 곧바로 사건본인의 출생증명서를 첨부하여 관할 주민센터에 출생신고를 하였다. 그러나 관할 주민센터는 사건본인은 혼인 외 출생자이므로 모(모)가 출생신고를 하여야 하고, 모가 외국인인 경우에는 그 국적국 재외공관에 출생신고를 하거나, 부(부)가 출생신고를 하려면 모의 혼인관계증명서, 자녀의 출생 당시 유부녀가 아니었음을 공증하는 서면, 2명 이상의 인우보증서 중 하나를 첨부하여야 하는데(제정 2010. 2. 3. 가족관계등록법 제201002-1호), 이러한 서류가 제출되지 않았다는 이유로 출생신고를 반려하였다. 관할 주민센터에 의하면, 모가 2009년경 중국 당국으로부터 여권갱신이 불허되었고, 그 후 일본 정부로부터 난민 지위를 인정받아 중국 여권이 아닌 일본 정부가 발행한 여행증명서를 이용하여 대한민국에 출입하였기 때문에 혼인신고에 필요한 서류 등을 발급받을 수 없다고 하더라도, 모가 난민임을 증명하는 서류는 위에 정한 서류에 해당하지 않는다는 것이다.

에서, 대한민국 국민으로서 받을 수 있는 국가의 지원을 못 받게 되는 문제가 생길 수 있다. 그 중에는 양육비 이행 확보를 위한 국가의 지원도 있을 수 있다. 그것은 행정청의 재량으로 해결될 수 있는 경우도 있겠지만 경직되고 주민등록번호 등 형식적 요건을 중시하기 쉬운 행정 실무상 그렇지 못한 경우도 있을 수 있다.

다. 미혼모 아동의 인지청구와 아동의 알 권리

(1) 인지청구

인지에는 생부 또는 생모가 혼인 외의 자를 자기의 자로 인정하고 가족관계등록법이 정한 바에 따라 신고함으로써 법률상의 부모자관계를 형성시키는 임의인지와 민법 제863조에 기한 인지청구의 소를 통하여 법률상의 부모자관계를 형성시키는 강제인지 또는 재판상 인지의 두가지가 있다.¹²⁸⁾

민법 제863조는 “자와 그 직계비속 또는 그 법정대리인은 부 또는 모를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 인지청구는 아동의 권리이다. 아동은 인지청구를 통해 자신의 부 또는 모를 법적으로 확인받을 수 있다. 인지청구는 아동이 부양받을 권리뿐만 아니라 알 권리 실현을 위해 필요하다. 인지청구는 아동의 부양받을 권리와 알 권리 실현을 위한 절차인데 아동이 스스로 자신의 권리 실현을 위한 소송행위 등을 하기 어렵다. 그래서 국가에서 이를 도와야 하는데 그 수단으로 양육부모(“법정대리인”)가 절차를 진행할 수 있게 하였다. 그러므로 인지청구 절차 진행을 위해 필요한 정보 수집 등을 일반적인 사적 권리와 마찬가지로 전적으로 양육부모에게만 맡기는 것은 국가의 의무를 충실히 이행하지 않는 것이다.

(2) 태아인지

부는 포태 중에 있는 자에 대하여도 이를 인지할 수 있다(민법 제858조). 태내에 있는 자녀를 인지할 때에는 신고서에 그 취지, 모의 성명 및 등록기준지를 기재하여야 한다(가족관계등록법 제56조). 구민법에서는 모의 동의를 요하게 하였으나 민법에서는 그것이 삭제되었다고 하고, 자의 출생 전에 부가 사망할 가능성이 있을 때에 부에게 태아를 인지할 수 있도록 허용하는 것은 부분만 아니라 자와 모에게도 유리하기 때문이라는 설명이 있다.¹²⁹⁾ 위 설명은 출생 전 부가 사망할 가능성이 없는 경우에도 적용될

128) 법원실무제요 가사[II], 사법연수원, 453면.

129) 김주수, 김상용, 주석 민법 친족(3), 2010, 98면.

수 있다고 생각한다. 태아인지를 하면 출생과 동시에 인지가 된다. 그것은 한국인 생부와 외국인 미혼모의 경우도 마찬가지이다.¹³⁰⁾ 생부가 자발적으로 태아인지를 하지 않을 때 미혼모가 태아인지를 소송으로 할 수 있다면 인지 시점을 앞당길 수 있고 그러면 양육비를 받을 수 있는 기간도 앞당겨질 수 있다. 특히 외국인 미혼모의 경우 태아인지를 하면 아이가 바로 대한민국 국적을 취득하고 출생등록될 수 있다.

태아는 민법 제863조 소정의 “자”에 해당하지 않는다고 해석하므로 태아 또는 그 법정대리인은 인지 청구의 소를 제기할 수 없다. 판례는 태아의 권리능력이 발생하는 시점을 민사상으로는 전부 노출설, 형사상으로는 진통설을 택하고 있다. 그래서 태아는 민사상 권리능력이 없으나 예외적으로 민법 제858조(태아인지), 제762조(태아의 손해배상청구권), 제1000조 제3항(태아의 상속 순위)와 같이 별도의 법률 조항이 있으면 그에 근거하여 권리능력을 가진다. 그런데 민법 제858조에서 부가 태아를 인지할 수 있다고만 규정하고 있고 태아가 부를 인지청구할 수 있다는 법률 조항이 없으므로 태아의 법정대리인이 태아 생부를 상대로 인지청구를 할 수 없다.

라. 양육비 채권과 아동의 부양청구 법익

대법원 2021. 5. 27.자 2019스621 결정은 양육비 채권의 법적 성격이 본질적으로 미성년 자녀의 비양육부모에 대한 부양청구권에 해당한다는 전제에 서 있다.¹³¹⁾ 우리 판례는 양육비 채권의 본질은 미성년 자녀의 부양청구권으로 본다고 해석할 수 있다. 그러나 그와 다른 견해에서 양육비 채권이 양육부모의 고유한 권리라는 입장을 취하더라도, 그 권리의 근거는 아동의 복지, 양육받을 법익에 있다. 법적 개념으로서의 ‘권리’에 있어서는 양육비 채권이 양육부모의 권리인지 아동의 권리인지 견해 대립이 있을 수 있다. 하지만 법으로 보호하는 이익(법익)에 있어서 양육비 채권이 아동의 법익을 보호하기 위한 것임에는 이견이 없을 것이다. 양육비 채권은 아동의 부양청구 법익을 보호하기 위한 것이다. 이를 위해 양육부모에게 양육비 채권자로서의 지위를 부여한 것이다. 그러므로 양육비 채권 확보나 집행에 있어 양육부모를 일반적인 사적 권리의 당사자와 같이 보고 권리 실현을 위한 책임을 양육부모에게만 부담지우는 것은 타당하지 않다.

130) 대법원 가족관계등록예규 제429호(2015. 1. 8.). 한국인과 외국인 사이에서 출생한 자녀에 대한 출생신고 처리 방법 일부개정 예규

131) 이주윤, 양육권을 갖는 미성년후견인의 양육비 심판 청구인적격 인정 여부, 대법원판례해설 127호, 2021. 12., 294면.

마. 비양육부모의 최소한의 책임

양육비 부담은 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무라는 것이 우리 판례의 입장이다.¹³²⁾ 법은 도덕의 최소한이라는 법언이 있듯이 일반적인 상황에서 양육비 부담은 비양육부모의 인간으로서 최소한의 도리이다. 우리 사회는 비양육부모가 인간으로서의 도리를 완전히 저버리는 것을 허용하지 않겠다는 입법적 결단으로 양육비 채무를 부담하도록 하고 미이행 시 비록 엄격한 요건 하에서이지만 운전면허 정지, 명단공개, 출국금지 등에 더하여 형사처벌까지 가능하도록 하였다. 양육비 이행 확보 방안은 비양육부모가 인간으로서 최소한의 도리를 해야 한다는 사회적 합의에 따른 것이다.

3 소결 - 아동 이익 최우선의 원칙과 양육

비양육부모의 양육비 지급 불이행 상황에서 발생하는 아동의 법익 침해로 외국인 미혼모 아동의 국적 취득과 출생등록될 권리(본 보고서 IV. 2. 나.), 아동의 알 권리(본 보고서 IV. 2. 다.), 아동의 부양받을 권리(본 보고서 IV. 2. 라.)를 살펴보았다. 그것은 비양육부모가 인간으로서의 최소한의 도리를 하지 않은 결과이다(본 보고서 IV. 2. 바.). 아동 이익 최우선의 원칙을 실현하기 위해서 양육비 의무가 이행되어야 한다.

그러나 여기서 아동 이익 최우선의 원칙을 다시 한 번 생각해보아야 한다. 일반적으로 아동에게 가장 유익한 것은 친생부모가 아동을 함께 직접 양육하는 것이다. 그러나 그것이 어려울 경우 한부모라도 아동을 직접 양육하는 것이 차선책이다. 이때 비양육부모와 양육부모, 아동이 가능한 좋은 관계를 유지하고 양육비도 자발적으로 지급하는 것이 더 낫다. 그것이 어려울 경우 비양육부모가 억지로라도 양육비를 지급하는 것이 양육비조차 지급하지 않는 것보다 더 낫다. 그것이 아동 이익 최우선의 원칙에 부합한다. 마치, 태아를 죽이거나 영아를 살해하는 것보다는 아동의 알권리를 제한하더라도 아동이 생명권을 보호하는 것이 아동 입장에서 더 낫고, 일반적으로 아동이 원가정에서 보호되는 것이 최선이지만 그것

132) 대법원 2023. 10. 31.자 2023스643 결정. “부모는 그 소생의 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고, 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하는 것이며, 이는 부모 중 누가 친권을 행사하는 자인지 또 누가 양육권자이고 현실로 양육하고 있는 자인지를 물을 것 없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무이다. 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯된 것이라거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비 중 적정 금액의 분담을 청구할 수 있음은 물론이다.”

이 어려우면 입양가정에서 보호되는 것이 더 낫고, 아동 보호의 최후의 수단은 시설 보호인 것이, 아동 이익 최우선의 원칙에 부합하는 것과 마찬가지이다.

그러므로 아동 이익 최선의 원칙에 따라 양육비 문제를 해결하고자 할 때는 무엇보다도 친생부모가 아동을 직접 양육할 수 있도록 가정을 지키고 귀중하게 여기는 것이 중요하다. 가정은 자기보다 상대방을 우선순위에 두는 사랑에 기초하므로 법으로 가정을 지키도록 강제하는 것에는 한계가 있다. 그래서 법적 연구인 본 보고서에서 다루지 않는다. 하지만 아동 이익 최선의 원칙에 따르면 혼인 중에 출생한 아들이든 미혼모 아들이든 가능하다면 친생부모가 아동을 직접 양육할 수 있도록 돕는 것이 가장 바람직하다는 점을 분명히 하고자 한다.

하지만 그것이 어렵다면 비양육부모가 가급적 양육부모나 아동과 좋은 관계에서 자발적으로 양육비를 지급하는 것이 차선책이다. 그것이 어렵다면 비양육부모가 강제로라도 양육비를 지급하도록 해야 한다. 그리고 그것을 양육부모의 시간, 돈, 능력에 의존하도록 해서는 안 된다. 양육부모가 양육비를 지급받기로 선택했을 때 양육부모 개인이 지불해야 할 비용이 충분히 낮아지지 않으면 양육부모가 양육비를 받을 실익이 없어서 양육비 청구를 포기하게 될 것이기 때문이다. 그것은 양육부모 개인의 사적 권리 포기 아니라 아동의 법익 포기이다. 법과 제도는 양육부모의 양육비 청구 시 양육부모 개인이 지불해야 할 비용이 충분히 낮아져서 누구나 양육비 청구를 쉽게 할 수 있도록 지원해야 한다. 아동의 법익 보호, 아동 이익 최선의 원칙 이행을 위해서이다.

아동복지법은 국가가 이를 지원하기 위한 역할을 해야 할 책무가 있다고 규정하고 있다.¹³³⁾ 양육부모가 정보나 돈, 시간 등의 부족으로 양육비 이행에 실패하게 되면 그것은 단순히 양육부모의 사적 권리 실현이 좌절된 것이 아니다. 그것은 아동 법익 보호의 실패인 동시에 비양육부모가 인간으로서의 도리를 완전히 저버리는 것을 허용하는 실패이다. 이것은 입법적 결단에 따라 국가에 부여된 의무를 이행하지 못하는 실패이다.

133) 아동복지법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 한다(아동복지법 제1조). 국가와 지방자치단체는 아동의 안전, 건강 및 복지 증진을 위하여 아동과 그 보호자 및 가정을 지원하기 위한 정책을 수립, 지원하여야 한다(아동복지법 제4조 제1항). 아동복지법에서는 아동 복지정책의 수립 및 시행, 아동보호서비스, 아동학대의 예방 및 방지, 아동 안전 및 건강지원, 취약계층 아동 통합서비스지원 및 자립지원, 방과 후 돌봄서비스 지원, 아동복지시설에 관하여 정하고 있다.

V. 미혼모 양육비 청구

1 미혼모 양육비 청구 경험에 관한 선행연구, 설문조사, 인터뷰

가. 비혼모들의 양육비 청구 소송 경험 연구¹³⁴⁾

강라현, 비혼모들의 양육비 청구 소송 경험에 관한 연구, 사회복지정책, 2021은 질적사례연구로 5명의 양육비 청구 소송 경험을 가진 비혼모¹³⁵⁾들의 구체적 사례를 분석하고 공통주제를 분석한 연구이다. 연구에 참여한 비혼모 5인의 인구사회학적 특성 및 양육비 청구 소송 관련 내용은 다음과 같다.

[연구 참여자들의 인구사회학적 특성 및 양육비 청구 소송 관련 내용]

연구 참여자	연령	자녀 성별/연령	학력	동거 가족	직업	양육비 청구 소송 관련 사항		양육비 지급 여부 (판결금액)
						인지청구 소송	양육비 소송	
1	40대 초반	남/10대 후반	대졸	자녀1	사무직	○	○	× (35만원)
2	30대 후반	남/만 5세	대졸	자녀1	자영업	○	○	× (60만원)
3	20대 초반	여/만 3세	고졸	자녀1	사무직	○	○	× (50만원)
4	40대 초반	여/10대 초반	대졸	자녀1	자영업	○	○	× (50만원)
5	30대 후반	남/10대중반	고졸	자녀1	자영업	○	○	× (40만원)

연구 참여자들은 자녀 친부가 양육비 지급 의무를 이행하지 않았음에도 불구하고 자녀 친부를 상대로 소송을 해야 한다는 심리적 압박감으로 소송을 주저했으나 친부의 부도덕함과 무책임함에 분노하여 자녀를 위해 자신의 권리를 찾아야 한다는 의지로 이어졌다고 한다. 양육비를 받아야겠다는 굳은 의지를 갖게 된 연구 참여자들은 자녀 친부의 거주지, 직장 주소, 연락처 등의 개인정보를 알아내고자 자신이

134) 강라현, 비혼모들의 양육비 청구 소송 경험에 관한 연구, 사회복지정책, 2021.

135) 위 논문에서 “비혼모”라는 용어를 사용하므로 여기서도 그대로 사용한다.

가진 정보력을 활용하고 주변인들의 도움을 받아야 했다. 참여자 4는 친부가 어디에 있는지 몰랐으나 양육비이행관리원에서 잘 해줄 것이라 기대했는데 7개월이 지나도 찾지 못하였고 결국 자신이 신용정보 회사에 돈을 내고 15일 만에 찾아줘서 소송을 진행했다고 한다. 연구 참여자들이 자녀 친부의 거주지, 연락처 등을 찾는데 6개월에서 10개월이 허비되었다. 양육비 청구 소송에서 모두 양육비 지급 명령 판결을 받았다. 그러나 연구 참여자들은 법원에서 인정한 양육비가 자녀 양육에 매우 부족한 액수라고 생각하였다.

그런데 자녀 친부가 양육비를 제대로 지급하지 않았다. 참여자 1의 자녀 친부는 연락처 변경, 위장전입을 했고 잠적을 반복했다. 참여자 4, 5의 경우 1, 2회의 양육비를 지급한 후 아무런 통보 없이 지급을 중단하였다. 연구 참여자 5명 중 양육비 판결 이후 정기적으로 양육비를 받은 경우는 없었다. 연구 참여자들은 법의 무력감을 경험하였다. 참여자 1은 통장을 압류하였다. 참여자 2는 통장 압류했다가 풀어줬다가 다시 채무 불이행 등재를 하기도 하였고 찾아가서 돈 달라고 ‘깽판도 치고 1인시위도 하고 거지나는 소리를 들어가면서까지 애원도 했다’고 한다.

비혼모들의 가족들은 비혼모를 외면하기도 했고 무책임한 친부에 대한 소송이 실익이 없다며 양육비 소송 준비나 진행을 만류하기도 하였다고 한다. 참여자 5의 부모님은 ‘지는 싸움하지 마라, 달랑 몇 십 받으려고 전화통 붙잡고 있냐고 하여 참여자 5는 그냥 소송하지 말까 고민할 때도 있었다고 한다. 비혼모들의 가족들이 그렇게 반응한 것은 소송의 실익이 없을 것이라 예상했기 때문으로 분석되었다. 그에 반하여 비혼모들이 활동하는 인터넷 카페나 오프라인 활동을 하면서 심리, 정서적 지지를 제공받기도 하였다. 참여자 2는 하소연하는 내용을 올려도 댓글 한 줄이지만(‘지치지 마라’, ‘끝까지 받아내자’) 은근히 의지가 되었다고 한다.

참여자 3은 자녀 친부나 친부 가족이 양육비 지급을 회피하기 위해 합가를 권유하거나(‘차라리 같이 살자’) 면접교섭권, 성본 변경(아이 성을 자기 성으로 바꾸달라고 부탁을 함), 암 진단(암 환자가 아닌데 ‘환자에게 양육비를 받아내고 싶으냐고 함’)을 핑계로 내세우기도 했다고 한다. 참여자 1은 친부가 유전자 검사 결과를 마지못해 인정했고 양육비를 지급할 때만 아이가 보고 싶다는 감정을 표현했다고 한다. 참여자 5는 친부가 유부남인 사실을 모르고 교제했으나 출산 이후 친부의 배우자에게 비난과 협박을 당하기도 했다고 한다.

연구 참여자들은 양육비이행관리원, 대한법률구조공단을 통해 제공된 공적 서비스를 이용했고 그 무료 변론이 도움이 되었다고 하였다. 그러나 형식적인 무료 변론에 한계가 있었다고도 하였다. 참여자 3

은 대한법률구조공단 변호사는 국선 변호사라서 그런지 액수가 깎였는데도 ‘그 정도면 많이 받는 편이다’, ‘시간 끌지 마라’, ‘빨리 합의하라’는 뉘앙스를 느꼈다고 한다. 참여자 3, 4, 5는 무료 변론의 한계로 소극적이고 형식적인 변론을 지적하였다.

모든 연구참여자들의 자녀 친부들은 유전자 검사를 했고 그 결과 친생부자 관계가 성립되었다. 참여자 3은 자녀 친부의 행동을 보아 다른 사람의 유전자 정보를 이용하여 자녀와의 관계를 부인할 것으로 예상하고 검사 결과가 전달될 때도 변조, 위조될 것을 우려하여, 출장 검사를 주장하여 친자 검사를 진행했다고 한다. 참여자 5는 친부가 인지청구 과정을 피하기 위해서 위장전입, 해외도피를 하였고 인지청구에 필요한 3번의 유전자 검사 중 2번을 회피했다고 한다.

나. 한국미혼모가족협회의 2023년 설문조사 결과

한국미혼모가족협회는 2023년 회원 146명을 대상으로 양육 미혼모들이 임신에서부터 출산까지 겪는 다양한 고민과 어려움을 파악할 수 있는 설문조사를 시행하였다.¹³⁶⁾ 설문조사 결과 중 양육비 청구에 관한 설문이 있었다.

(1) 양육비 지급 신청하신 경험이 있으신가요?

응답자 중 80명(54.8%)이 양육비 소송을 하지 않았다고 답변하였고 27명(18.5%)이 양육비 소송 진행 예정이 없다고 답변하였다. 양육비 소송을 하지 않았고 하지 않을 것이라는 취지의 답변이 107명(= 80+27, 73.3%)이다. 양육비 소송 진행 중이라는 답변이 4명(2.7%), 양육비 소송 진행할 예정이라는 답변이 7명(4.8%), 양육비 소송 판결이 났으나 받지 못하였다는 답변이 9명(6.2%)이었다.

(2) 양육비를 받고 있다면 얼마를 받고 있나요?

양육비를 신청하지 않았다는 답변이 100명(68.5%)였고, 매월 20만 원 미만이 3명(2.1%), 매월 20만 원 이상 30만 원 미만이 2명(1.4%), 매월 30만 원 이상 40만 원 미만이 3명(2.1%), 매월 50만 원 이상이 2명(1.4%)였다. 기타 답변 중에 양육비를 받은 적이 없다는 취지의 답변이 6명이 있었다.

136) 김민정(한국미혼모가족협회 대표), 선택의 기로에 선 미혼모: 아이를 지키기 위한 좁은 문, 발제문, 보호출산제, 이대로 괜찮은가? 심포지엄, 한국여성변호사회, 2023. 11. 1.

(3) 양육비를 받지 않는다면 그 이유는 무엇인가요?

주관식으로 답변을 하였는데 그 내용은 다음과 같다.

- ① 연락처도 모르고 하고 싶지 않음
- ② 친부와 엮이는 것을 원치 않음
- ③ 해외에 거주하고 있어서 국제변호사 선임해야 함
- ④ 양육비 이행절차의 번거로움
- ⑤ 주변에서 맘고생 시간 낭비하는 것을 보고
- ⑥ 상대방에게 경제적 능력이 없음
- ⑦ 보복이 두려움
- ⑧ 아이의 존재를 알리고 싶지 않음

8가지 답변 중 동그라미 8을 제외하면 양육비 이행 절차를 진행하는 어려움으로 요약할 수 있다. 그 어려움은 a) 양육비 지급 결정을 받는 절차의 어려움, b) 양육비 지급 결정을 받아도 양육비 불이행 시 집행의 어려움, c) 양육비 이행 절차를 진행하면서 상대방과 대면해야 하는 심리적 어려움으로 분석된다.

다. 인지 청구, 양육비 청구를 진행한 경험이 있는 미혼모와의 인터뷰

본 연구를 수행하면서 인지 청구, 양육비 청구를 진행한 경험이 있는 미혼모와 인터뷰를 진행하였다. 인터뷰 대상자인 미혼모는 유사한 상황에 있는 미혼모들과 경험을 공유하고 있어서 자신의 사례가 아닌 다른 사례들도 알려주었다.

(1) 미혼모와 이혼한 한부모의 차이점

미혼모 아동은 생부와 법률적인 부자관계가 형성되지 않은 상태이므로 양육비 청구를 하기 위해서는 인지청구를 먼저 해야 한다는 점에서 이혼한 한부모의 양육비 청구와 차이가 있다. 인지청구 외에는 양육비 청구에 있어 이혼한 한부모와 차이가 없다.

한편, 인터뷰에 의하면, 이혼을 할 때는 가정법원에서 부모 모두에게 교육도 해주고 숙려기간도 가지면서 원가정 양육의 중요성을 강조하여 부모가 이혼하지 않고 원가정에서 자녀를 양육하도록 돕거나 그것이 안 되면 양육비를 왜 지급해야 하는지 설명해주어서 비양육부모가 자발적으로 양육비를 지급하도록 돕는데, 미혼모의 경우 그런 교육, 상담 지원이 없다고 한다. 생부가 준비가 안 되어 있는 상태에서 인지청구나 양육비 청구를 받아 강제로 양육비를 지급하는 것이 능사는 아니라고 한다. 생부가 원가정 양육의 중요성을 이해해서 미혼모와 함께 자녀를 양육할 수 있도록 돕거나 현실적으로 그것이 어려우면

생부가 자신이 왜 양육비를 지급해야 하는지 그것이 자녀의 복리를 위하여 어떤 의미가 있는지 교육과 상담이 필요하다고 한다.

(2) 미혼모의 인지청구 진행 시 유전자검사를 진행하여 생부 확인을 하기 어려운 경우

현행 법은 미혼모가 인지청구를 진행하면 가정법원이 생부와 자녀 사이의 혈족관계 유무를 확인할 필요가 있을 경우 유전자 검사를 하도록 수검명령을 할 수 있게 하고 있다.¹³⁷⁾ 수검 명령을 위반하면 과태료를 부과할 수 있고 과태료를 부과받고도 위반하면 감치 명령을 할 수 있다.¹³⁸⁾ 과태료, 감치 명령에도 불구하고 수검 명령에 계속 불응할 경우 가정법원은 다른 증거 조사에 의한 심증에 수검 명령 불응에 따른 심증을 더하여 인지청구를 인용하는 것이 불가능하지 않다.¹³⁹⁾ 미혼모는 위와 같은 절차 진행을 양육비이행관리원이나 법률구조공단에서 지원받을 수 있다. 그래서 일반적인 경우 미혼모가 인지청구를 하는 것이 그리 어렵지 않다고 생각할 수 있다.

그러나 인터뷰에 의하면 다음과 같은 어려움이 있을 수 있다.

- 가) 생부의 주민등록번호, 주민등록상 주소 등을 알지 못하는 경우
- 나) 생부에게 인지청구의 소 소장 등 송달이 안 되는 경우
- 다) 생부일 가능성이 있는 남성이 여러 명인 경우

(가) 생부의 주소, 주민등록번호 등을 알지 못하는 경우

인지청구의 소장 등이 생부에게 송달이 되어야 유전자 검사 수검명령 등 법원에서의 절차가 진행될 수 있다. 그러려면 생부의 주소를 알아야 한다. 생부의 주민등록번호를 알면 생부의 주소를 기재하지 않고 소장을 제출하더라도 법원에서 보정명령이 나오고 이를 가지고 생부의 주민등록초본을 받아서 주민등록상 주소를 파악할 수 있다. 그러나 주소, 주민등록번호 등을 알지 못하는 경우 생부의 행방을 알지

137) 가사소송법 제29조 제1항.

138) 만약 당사자 또는 관계인이 정당한 이유 없이 수검 명령을 위반한 경우에는 가정법원이 직권으로 또는 권리자의 신청에 의하여 결정으로 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(가사소송법 제67조 제2항). 수검 명령을 받은 사람이 과태료 제재를 받고도 정당한 이유 없이 다시 수검 명령을 위반한 경우에는 가정법원은 결정으로 30 일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 위반자에 대한 감치를 명할 수 있다(가사소송법 제67조 제2항).

139) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005므365 판결, 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013므3482 판결은, 인지소송에서 유전자검사를 위한 수검명령에 계속하여 불응하는 피고에 대하여 법규정에서 정한 과태료 또는 감치 등의 제재를 하여서라도 유전자검사를 시도한 후 그 심리 및 검사결과에 기초하여 원고들과 피고 사이의 친생자관계가 존재하는지 여부를 신중하게 판단하여야 하는데, 그리하지 않고 인지청구를 인용한 원심 판결을 파기환송하였다.

못하는 상태에서 인지청구의 소를 제기하여 절차를 진행하기 어렵다.

인터뷰에 따르면 양육비이행관리원에서 미혼모에게 상담을 하면서 주민등록번호나 주소를 모르더라도 교제 당시의 핸드폰 번호나 다녔던 학교 등 정보가 있으면 양육비이행관리원에서 생부의 주소를 찾는 것을 시도해볼 수 있다고 했다고 한다. 양육비이행관리원에서 생부의 주소를 찾는데 성공하거나 또는 미혼모가 신용정보회사나 사설탐정 등 다른 수단을 통해 생부의 주소를 찾게 되면 이 문제는 해결이 된다. 미혼모가 생부의 주소, 주민등록번호 등을 알지 못하는 경우 그것을 파악하기 위한 조사가 필요하다.

(나) 생부에게 인지청구의 소장 등 송달이 안 되는 경우

미혼모가 생부의 주민등록상 주소를 파악하여 법원에서 소장 등을 송달하였으나 생부가 그 주소에 거주하지 않거나 회피하는 등으로 송달이 안 되는 경우가 있을 수 있다. 그렇게 되면 유전자검사를 진행할 수 없을뿐더러 수검명령을 한다고 하여도 생부가 수검명령을 위반한 것은 아니다. 생부가 악의적으로 송달을 회피하는 경우일 수도 있지만 생부가 해외에 거주하는 등 정말 몰라서 송달을 받지 못하고 있는 경우일 수도 있다. 후자인 경우 생부에게 인지청구에 대해 의견을 제시하거나 유전자검사를 할 수 있는 기회도 주지 않은 채 인지청구를 인용하는 것은 부당한 경우가 충분히 있을 수 있다.

인터뷰에 따르면 어떤 미혼모는 생부는 해외에 있었으나 주민등록상 주소에 생부의 부모가 거주하고 있었고 생부의 부모가 송달을 받은 것으로 진행되었다고 한다. 그 사례에서 자녀는 남자 아이였는데 생부의 부(아이의 조부)가 유전자검사를 해서 생부와 의 친자관계를 확인할 수 있었다고 한다. 그러나 만약 생부가 송달을 받지 않는/못하는 경우에는 인지청구가 인용되지 못한다고 한다.

(다) 생부일 가능성이 있는 남성이 여러 명인 경우

생부일 가능성이 있는 남성이 여러 명인데 그중 생부가 누구인지 분명하지 않은 경우 미혼모가 인지청구의 상대방 특정에 주저하여 진행에 어려움이 있다고 한다.

(3) 유전자검사 기관 지정 관련

인터뷰에 따르면 수검명령에 따라 유전자검사를 하려면 법원에서 지정한 병원(예를 들어, 서울대병원)에서 생부 또는 관계인(생부의 부모, 형제 등)이 유전자검사를 받을뿐더러 자녀도 유전자검사를 받아야 한다고 한다. 유전자검사를 받을 때 신원 확인을 위하여 사진을 찍고 신분증과 대조하는 절차가 있었다고 한다. 자녀를 데리고 병원에 가서 유전자검사를 받은 경험이 있는 미혼모는 법원에서 지정할 수 있는

병원이 소수라서 미혼모가 자녀를 데리고 가기 어려운 병원까지 가야 하는 불편함이 있는 경우가 있다고 하였다.

(4) 양육비 이행확보 지원 신청 시 서류 작성의 어려움

양육비이행관리원에 양육비 이행확보 지원 신청을 할 때 서류에 생부와 사이에서 자녀를 출산한 사정 등을 작성해야 한다. 양육비이행관리원은 홈페이지에 그 신청서와 작성 예시문을 게시하여 신청자가 서류를 작성할 수 있게 돕고 있다.¹⁴⁰⁾ 인터뷰에 의하면 미혼모 중에는 생부와와의 관계에서 트라우마가 있거나 생부일 가능성이 있는 남성이 여러 명인데 누가 생부인지 특정하기 어려운 점에 대하여 부끄러움이나 불편함을 가지거나 경계성 지능 장애 등으로 서류를 제대로 작성하는데 어려움을 겪는 경우가 있다고 한다. 그런 경우 사회복지사 등이 미혼모와 상담하면서 공감해주며 해당 부분 내용을 대신 작성해 준다면 도움이 될 것이라고 한다.

서류 작성의 어려움은 미혼모가 아닌 이혼한 한부모도 있을 수 있는 문제라서 미혼모만의 문제는 아니다. 다만, 이혼한 한부모의 경우 이혼 절차를 통해 양육비부담조서(협의이혼), 판결문이나 심판문 또는 조정에 갈음하는 결정문이나 화해권고결정문(재판이혼), 조정조서 또는 화해조서(소송 중 조정 또는 화해절차를 통해 이혼), 공정증서(강제집행을 인낙하는 문구 ‘상대방이 합의 내용을 이행하지 않을 경우 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙하였다’가 있는 경우)가 있을 것이고 그것을 참고하여 양육비 이행확보 지원 신청 서류를 작성할 수 있다는 점에서 차이가 있을 수 있다.

(5) 아동이 성장하여 학교에 진학하는 등 양육비가 증가하였을 때 별도로 양육비 증액 신청을 해야 하는 어려움

합의나 법원 판결 등으로 양육비가 결정된 후 시간이 지나서 아동이 성장하여 학교에 진학하는 등 양육비를 증액하려고 할 때 비양육부모가 자발적으로 증액해주지 않으면 별도로 법원에 양육비 변경 신청을 해야 한다. 그것이 양육부모 입장에서는 절차적으로 부담이 된다고 한다. 물가가 오르고 아이는 자라는데 양육비를 한 번 정하면 끝이라는 것은 부당하고 양육비 증액 청구를 하려면 소송인만큼 복잡하고 비용이 들기 때문에 처음부터 자녀의 성장과 물가 상승 등에 따라 앞으로 늘어날 양육비까지 고려해서 구체적으로 연령별 양육비 증가분을 결정해주는 것이 합리적이고 독일에서는 법무부에서 2년마다 생활

140) <https://www.childsupport.or.kr/lay1/program/S1T39C40/front/board.do?sa=view&sno=17924&bid=5&pg=1> 양육비이행관리원 사이트에 게시된 양육비 이행확보 지원 신청 서식(작성 예시문). [최종방문일 : 2024. 1. 20.]

물가에 연동해 양육비를 조정해주어서 별도로 양육비 증액을 청구할 필요가 없다는 의견¹⁴¹⁾이 제시되는 이유이다.

라. 국적이 외국인 미혼모와 한국인 생부의 자녀 사례

(1) 미국 국적 한국 태생 미혼모 태아인지 거부 사례¹⁴²⁾

KBS에서 2024. 1. 22. 방송한 「무엇이든 물어보살」이라는 프로그램에 국적이 미국인 미혼모(임신 중) 상담 사례가 소개되었다. 한국 태생이나 현재 국적이 미국인 여성이 한국에서 살면서 남자친구와 교제를 하다가 임신을 했다. 여성은 아이를 낳기로 결정했고 처음에는 남자친구(생부)가 임신 사실을 기뻐하며 결혼을 하기로 하고 결혼 준비를 하였다. 그런데 생부의 부모님이 반대를 하였고 결국 생부는 여성에게 아이를 낙태하라고 하였다. 여성이 거부하자 생부의 어머니가 여성을 만나서 한국에서 미혼모가 아이를 키우는 것은 매우 어려운 일이나 남자는 아무 어려움이 없다며 낙태하라고 하였으나 여성은 거부하였다. 여성은 생부와 결혼하지 않고 자신의 아이를 낳아서 양육하기로 하였다. 그런데 여성의 국적이 미국이라서 아이를 낳아도 출생신고를 바로 할 수 없고 상당히 복잡한 절차를 거쳐야 하는데 그동안 아이가 출생신고가 되지 않아서 건강보험 등 대한민국 국민으로서 누려야 할 권리를 누리지 못한다는 것을 알게 되었다. 하지만 만약 생부가 태아 인지를 하면 바로 출생신고를 할 수 있다는 것도 알게 되었다. 여성은 생부에게 태아 인지를 할 것을 요청하였고 처음에는 생부가 해주겠다고 하였으나 결국 해주지 않았고 생부는 여성의 연락을 피하고 있다.

(2) 외국인 미혼모와 무등록 아동 사례¹⁴³⁾

메이(가명, 36)씨는 한국인 남성(생부)과 2년 가까이 함께 살며 사실혼 관계에서 딸을 낳았는데 생부는 혼인 신고와 딸 출생 신고를 미루었고 그러던 중 2020년 메이씨와 생부가 헤어졌다. 메이씨가 나중에 생부의 가족관계등록부를 보고 확인하게 된 것은 생부가 태국인 여성과 결혼해서 가족관계등록부에 배우자로 올라가 있고 자녀도 있었다는 것이다. 메이씨는 한국어를 잘 못해도 할 수 있고 기술을 요하지 않는 단순 노동인 닭 잡는 일을 종일 하고 있다. 딸은 4살인데 감기로 병원에 가면 한국인(1만 원 이내)

141) <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2018082214228265453> “양육비 10년째 50만 원...이제 곧 고등학교 가는데”, 머니투데이, 2028. 8. 24. [최종방문일 : 2024. 4. 18.]

142) 출지에 미혼모가 된 女아나운서, 친자확인까지 거부하는 전남친?! [무엇이든 물어보살] | KBS Joy 240122 방송 - YouTube [최종방문일 : 2024. 1. 24.]

143) 세계일보, 외국인 미혼모와 무등록 아동... 아이 성년되면 생이별, 2023. 10. 3. 외국인 미혼모와 ‘무등록’ 아동...“아이 성년 되면 생이별” [‘예고된 비극’ 영아유기] | 세계일보 (segye.com) [최종방문일 : 2024. 1. 26.]

보다 4배가 많은 4만 원의 진료비를 내야 하고 한국인 아이들은 무료로 맞는 예방 접종을 15만 원~20만 원씩 내야 했다. 한국인 아이들은 보육비를 지원받지만 메이씨는 어린이집에 한달에 50만 원 넘게 낸다. 메이씨는 2022년 3월 충북이주여성상담소의 도움을 받아 딸의 출생등록 절차를 시작했다. 출생등록을 위해 우선 딸의 외국인 등록을 해야 하는데 그동안 등록없이 불법 체류했다는 이유로 딸 앞으로 나온 범칙금이 80만 원이었다. 게다가 유전자 검사 등 출생 등록 준비로 만날 때 생부는 30만 원~50만 원을 요구했다. 외국인 여성이 한국인 생부와 낳은 혼외자의 경우 우선 생모 국가에 출생등록을 해야 하는데 캄보디아처럼 생부와 생모 모두 본국 행정기관에 출석해야 출생등록이 가능한 경우 일이 복잡해진다고 한다. 이런 경우 생부가 타국까지 가서 출생등록을 도와줄 가능성은 매우 낮다. 어떻게 해서 생모 국가에 출생등록을 하면 한국에서 아이를 외국인으로 등록하고 생부 인지를 하면 한국 출생등록이 가능하다고 한다. 메이씨는 한국 국적이 없고 비자가 연장될 수 없기 때문에 딸이 열여덟이 되면 한국을 떠나야 한다고 한다.

(3) 외국인 미혼모 아동 심장병 사례

외국인 미혼모를 상담한 모 기관에서 실제 상담한 사례이다. 외국인 미혼모 아동이 심장병이 있어서 치료를 받아야 했다. 그런데 출생등록을 못해서 건강보험의 적용을 받지 못하여 의료비가 많이 들었다. 아동 출생 당시는 혼인관계가 없었으나 출생 후 생부가 외국인 미혼모와 결혼해서 아동을 양육하기로 결정했다. 생부가 임의로 인지를 하였고 그에 따라 아동의 국적 취득 신청을 하였다. 그런데 출입국사무소에서 아동의 외국 국적 취득 사실 증명 서류를 요구하였다. 그 외국인 미혼모의 국적국 대사관이 한국에 있었지만 아동의 외국 국적 취득 행정 절차에 소요되는 기간이 3, 4달 걸린다고 하였다. 아동이 심장병으로 매달 의료비가 많이 드는 상황에서 외국인 미혼모와 아동이 외국 국적 취득을 위해 몇 달을 기다려야 한국 국적을 취득하고 건강보험 적용을 받을 수 있는 상황에 놓였다.

2 미혼모가 양육비를 받고자 할 때 겪는 어려움

앞서 살핀 바에 따라 미혼모가 양육비를 받고자 할 때 어려움을 크게 미혼모에 특유한 어려움과 이혼 한부모와 공통되는 어려움으로 나누었다. 그리고 미혼모에 특유한 어려움은 생부가 한국인인 외국인 미혼모에 특유한 어려움과 외국인과 한국인 미혼모 모두에게 공통되는 어려움으로 나누었다.

외국인 미혼모에 특유한 어려움은 아동의 대한민국 국적 취득과 출생등록 문제이다. 외국인 미혼모와

한국인 미혼모에 공통되는 어려움으로는 생부 등의 낙태 강요 및 원치 않는다고 했는데도 반복적인 권유, 인지청구의 어려움(태아인지 포함), 교육 등을 통해 비양육부모가 자발적으로 양육비를 지급할 수 있도록 할 필요성이다. 이 중 생부 등의 낙태 강요나 반복적 권유는 반드시 미혼모에 한정되는 것은 아닐 것이나 미혼모의 경우 더 많이 발생할 수 있다. 미혼 한부모와 이혼 한부모에 공통되는 쟁점은 비양육부모의 자발적 양육비 미이행, 양육비 집행권원 확보와 강제집행이다.

가. 미혼모 등 미혼 한부모에 특유한 어려움

(1) 외국인 미혼모 아동에 특유한 어려움

우리나라 법원 실무에서 외국인 미혼모의 경우 인지청구를 하려면 먼저 아이가 외국인 미혼모 국가국적을 취득하도록 하여 한국에서 외국인 등록번호를 받은 후에 인지청구를 해야 절차를 진행해주는 경우가 없는 것으로 파악되나, 만약 있다면 이것은 위법하다[본 보고서 IV. 2. 나. 2) 외국인 미혼모 아동 인지청구에서 외국 국적 취득 필요 여부 참조]. 외국인 미혼모 아동의 인지청구 시 법원에서 아동의 외국 국적 취득을 요구하지 않으므로 외국인 미혼모 아동의 양육비 청구가 한국인 미혼모와 법적으로 차이는 없는 것으로 보인다.

하지만 외국인 미혼모 아동이 인지된 후 대한민국 국적을 취득하는 절차에서 법무부 실무가 외국인 아동의 외국 국적 증명 서류를 요구하고 그것이 없이는 대한민국 국적 취득을 못하게 하는 것으로 보인다. 그것은 국적법을 위반한 것이고 아동의 출생등록될 권리를 침해한다[본 보고서 IV. 2. 나. 3) 외국인 미혼모 아동 인지 후 대한민국 국적 취득 절차에서 외국 국적 취득 필요 여부 참조]. 이 문제는 외국인 미혼모 아동의 양육비 이행 방안과 직접적으로 관련된 것은 아닌 것 같아 보일 수 있다. 그러나 국적법상 실제적으로 대한민국 국적을 취득한 아동이 행정적으로 국적을 취득하지 못하고 있는 상황에서, 대한민국 국민으로서 받을 수 있는 국가의 지원을 못 받게 되는 문제가 생길 수 있다. 그 중에는 양육비 이행 확보를 위한 국가의 지원도 있을 수 있다. 그것은 행정청의 재량으로 해결될 수 있는 경우도 있겠지만 경직되기 쉬운 행정 실무상 그렇지 못한 경우도 있을 수 있다. 국적법상 대한민국 국민인 아동을 그런 법적 불안정성 가운데 두는 것 자체가 위법하다.

(2) 외국인 미혼모와 다른 미혼 양육부모 아동에 공통되는 어려움

(가) 미혼모에게 생부 등이 낙태를 강요하거나 반복해서 권유하는 어려움

미혼모 사례들¹⁴⁴⁾을 보면 임신 중인 미혼모에게 생부 또는 생부 가족 등이 낙태를 강요하거나 미혼모가 더 이상 그런 얘기를 듣고 싶지 않다는 의사를 밝혔음에도 불구하고 반복해서 권유하는 경우가 있는 것으로 보인다(본 보고서 V. 1. 미혼모 양육비 청구 경험에 관한 선행연구, 설문조사, 인터뷰 참조). 낙태죄에 관하여 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 사이에서 찬반 입장이 나뉘지만 어느 입장에서든 낙태를 강요하거나 그만 이야기하라는 의사를 밝혔는데도 반복하여 권유하는 것은 부정적으로 볼 수밖에 없다. 위기 임신 상황에 놓인 여성이 육체적, 정신적으로 매우 힘든 상황임도 고려할 필요가 있다.

(나) 인지청구의 어려움

생부가 임의인지를 하지 않아서 미혼모가 인지청구를 할 때 생부의 주소, 주민등록번호 등을 알지 못하거나 생부에게 인지청구 소장 등 송달이 되지 않는 등으로 인지청구 소송 절차 진행이 어려운 경우가 있다(본 보고서 V. 1. 다. 2) 미혼모의 인지청구 진행 시 유전자검사를 진행하여 생부 확인을 하기 어려운 경우 참조). 인지를 못 하면 양육비 청구도 할 수 없다. 인지가 늦어지면 양육비 청구도 늦어진다. 외국인 미혼모 자녀의 경우 인지가 되어야 대한민국 국적 취득이 가능하므로 인지가 늦어지거나 안 되면 국적 취득과 출생등록이 늦어지거나 안 되는 문제가 발생한다(본 보고서 IV. 2. 나. (1) 외국인 미혼모 아동 인지 및 국적 취득 참조). 인지가 안 되면 아동이 성장한 후에 자신의 생부를 알 권리도 제한 또는 침해된다(본 보고서 IV. 2. 다. 미혼모 아동의 인지청구와 아동의 부양받을 권리와 알 권리 참조). 미혼모의 인지청구는 아동의 부양받을 권리와 알 권리를 실현하기 위한 절차이고 외국인 미혼모 아동의 경우 국적취득과 출생등록될 권리 실현 절차이므로 아동의 법익 보호를 위한 지원이 필요하다.

(다) 태아인지를 소송으로 할 수 없는 어려움

현행 법에서 태아인지는 생부가 자발적으로 할 수 있을 뿐 태어나 생모가 소송으로 인지를 청구할 수는 없다(본 보고서 IV. 2. 다. (2) 태아인지]. 1) 생부가 자발적으로 태아인지를 안 해줄 경우 미혼모가

144) https://www.chosun.com/national/national_general/2024/04/15/W22FG2OHT5FYTAV6J633J6SIM/, https://mobile.newsis.com/view.html?ar_id=NISX20230908_0002443755, <https://www.chosun.com/national/weekend/2021/10/30/I6KFIGZ2IRGV3NPIQ6WLXJCPMM/>, <https://www.sedaily.com/NewsView/22TUKV8N41>, https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1001991122 등 [최종방문일 : 2024. 4. 27.]

법정대리인으로서 생부에 대하여 인지청구를 할 수 있게 법을 개정하거나, 2) 법원 실무에서 출생 전에 인지청구를 하여 심리를 진행하다가 출생 후 인지 결정을 하는 방식으로 실질적으로 태아의 인지청구를 인정한다면 인지 시점과 양육비 지급 시점이 앞당겨질 수 있다. 외국인 미혼모의 경우 태아인지를 하면 아동 출생 즉시 한국 국적을 취득하고 출생등록을 할 수 있다. 태아인지 청구 시부터 소송 기간 동안 외국인 미혼모의 한국 체류 자격을 부여하여 외국인 미혼모의 보다 안정적인 출산을 도모하고 이후 인지 및 양육비 청구를 가능하도록 할 필요도 있다.

(라) 비양육부모에 대한 양육비 교육이 없는 어려움

협의 이혼을 할 때에는 법원에서 이혼 절차를 거치면서 비양육부모가 양육비가 아이의 복리를 위해 필요하고 중요하다는 교육을 의무적으로 받고 있다[본 보고서 II. 2. 가. 3)]. 그러나 미혼모가 양육비를 청구하는 경우 생부가 그런 교육을 받지 못하는 경우가 대부분이다. 비양육부모가 양육비를 지급하는 것은 인간으로서의 최소한의 도리이므로 자발적으로 하는 것이 바람직하다. 양육비를 강제로 내도록 하는 소송, 분쟁은 갈등, 반목을 야기하므로 비양육부모는 물론 양육부모, 아동 모두에게 좋지 않다. 생부가 자발적으로 양육비를 지급할 수 있도록 양육비의 의미와 필요성을 알 수 있게 도와주는 교육이 필요하다.

나. 이혼 한부모와 미혼 한부모 아동에 공통되는 어려움

(1) 비양육부모가 자발적으로 양육비를 지급하지 않는 어려움

비양육부모가 자발적으로 양육비를 지급하는 것이 바람직하다는 데에 긴 설명이 필요하진 않다[본 보고서 II. 1. 다. (3) 2019. 6. 25. 시행 양육비이행법 개정, II. 2. 가. (3) 협의이혼 시 자녀양육안내 실시, IV. 2. 마. 비양육부모의 최소한의 책임, IV. 3. 소결 - 아동 이익 최우선의 원칙과 양육]. 교육, 자녀와의 좋은 관계 등을 통하여 가능하다면 비양육부모가 자발적으로 양육비를 지급할 수 있게 돕는 것이 강제로 집행하는 것보다 더 좋은 양육비 이행 확보 방안이다. 이것은 인간으로서 마땅한 도리이므로 공교육과 공익 캠페인을 통해 모든 국민에게 주지시킬 필요가 있다. 이때 자발적 양육비 지급보다 더 나은 양육비 해결 방안이자 근본적인 해결 방안인, 친생부모가 직접 아동을 양육하는 것이 가장 좋고 이것이 소중하다는 것이 함께 강조되어야 함은 물론이다.

(2) 양육비 집행권원을 얻기 위한 절차의 어려움

인지가 되는 등으로 아동의 법률상 부모임이 확인되었는데도 양육비를 자발적으로 지급하지 않을 경우 법적으로 강제하기 위해서는 양육비 심판청구 등을 통해 양육비 집행권원을 얻어야 한다. 양육비 협의 또는 지정 당시보다 물가 등이 상승한 경우, 양육자의 경제사정이 악화된 경우, 자녀가 상급학교에 진학함에 따라 학비가 증가한 경우 등 양육비 증액이 필요하면 증액 청구를 해야 한다. 양육부모가 생업과 양육을 하면서 서면 작성, 양육비 산정 근거 자료 준비, 재판 참석 등 절차를 수행하는 것은 여러 모로 어려움이 있다. 양육부모가 재판 등 절차에서 양육비를 지급하지 않으려는 비양육부모와 직간접적으로 대면¹⁴⁵⁾해야 하는 것도 힘든 경우가 많다.

(3) 양육비 미이행 시 강제집행의 어려움

양육비 집행권원까지 얻어서 법적으로 구체적인 양육비 지급 의무가 확정되었는데도 비양육부모가 양육비를 지급하지 않으면 비양육부모의 재산에 강제집행을 해야 한다. 비양육부모에게 돈을 보내 달라고 수차례 연락하고 재산을 찾아내고 법원에 강제집행 신청을 하는 과정은 불편하고 시간과 돈이 든다. 집행권원까지 받았는데도 양육비를 지급하지 않는 비양육부모와 연락하고 직간접적으로 대면하는 것이 힘든 경우가 많다. 특히 강제집행을 당하는 비양육부모가 분노하여 양육부모에게 폭언을 하는 등 그 절차를 진행하는 양육부모가 더 힘들 수 있고 아동에게도 부정적인 영향이 있을 수 있다.

다. 전문가 자문 시 청취한 의견

본 연구 결과에 관하여 한국가정법률상담소의 조경애 부장님 자문을 받았고 일부 오류나 명확하지 못한 부분 등을 파악하여 수정할 수 있었다. 자문 내용 중에 다음과 같이 의미있는 의견들이 있었으나 본 연구에서 모두 반영하지는 못하였다. 미혼모 양육비 이행 확보에 있어 의미있는 의견이라고 생각되어 일부 내용을 아래에 정리하였다. 이것이 모두 조경애 부장님이나 한국가정법률상담소의 입장이라기보다는 양육비 청구를 하는 양육부모나 관련 전문가들의 의견들을 모은 것이다.

145) 강라현, 비혼모들의 양육비 청구 소송 경험에 관한 연구, 사회복지정책, 2021, 129면. “자녀 친부를 상대로 양육비 청구 소송을 감내해야 하는 상황은 자신과 아이를 버린 사람을 다시 마주쳐야 하는 현실을 상상할 때면 치가 떨리는 고통이었다.”

(1) 양육비이행관리원의 도움을 받을 수 있는 소득 요건 관련

- 양육비이행관리원에서 제공하는 도움 중에는 신청자의 소득 수준과는 무관한 것(양육비 채무자의 주소지와 근무지조회 서비스)이 있는데 그것도 소득이 일정 수준 이하여야만 제공하는 문제점이 있음
 - 이행관리원에서 서비스(양육비채무자의 근무지 조회, 주소지조회 등)를 받을 수 있는 양육자는 국민건강보험 125%(중위소득) 이하 이어야 함
 - 양육비 채무자의 주소지와 근무지조회 서비스 같은 도움은 신청자의 소득 수준이 높다고 하여 신청인에게 필요성이 적은 것이 아니므로 소득 수준이 높다는 이유로 도움을 제공받지 못하는 것은 부당한 면이 있음
- 양육비이행관리원이 제공할 수 있는 도움에 한계가 있기 때문에 일정한 기준 요건이 충족되는 신청자를 우선적으로 돕는 것은 어쩔 수 없고 경우에 따라 소득 수준이 중요한 요건이 될 수 있음
 - 소득 수준이 높은 신청자는 양육비이행관리원의 도움이 없어도 당면한 문제를 해결할 역량이 있다고 볼 수 있는 경우 소득 수준은 중요한 요건이 될 수 있음
- 양육비이행관리원이 제공하는 서비스를 세분화하여 미성년 자녀를 양육하는 양육비 채권자면 누구나 받을 수 있는 정보제공서비스(예: 채무자의 근무지 조회, 주소지 조회 등)와 한부모의 경제적 능력에 따른 법률구조, 한시적 양육비 지원 등으로 세분화된 지원이 필요함
- 양육비이행법 제13조에 따른 양육비이행관리원을 통한 양육비 채무자의 주소지와 근무지조회 서비스를 양육비 채권자라면 소득이나 재산의 기준과 상관없이 누구든지 신청가능하도록 서비스의 대상범위를 확대할 필요가 있음

(2) 양육비 채무자 동의 없는 재산조회의 필요성

- 양육비 채무자의 재산을 파악하는데 소요되는 시간과 노력을 줄이고, 양육비 채무자의 고의적인 재산 처분 및 은닉을 방지하기 위해서는 양육비 채무자가 일정 회기 이상 양육비지급을 하지 않을 경우 채무자의 동의 없이도 재산조회를 할 수 있도록 하여야 함
 - 현재는 양육비이행법 제16조 제2항에 따라 한시적 양육비가 지급된 경우에만 양육비 채무자의 동의 없이도 이러한 자료의 제공을 요청할 수 있어 매우 제한적임

- 양육비이행관리원이 당사자 동의 없이도 소득·재산 관련 정보를 국세청, 행정안전부, 국토교통부, 국민건강보험공단, 금융기관 등에 요청할 수 있도록 제도 개선이 되어야 함

(3) 재산명시와 재산조회 단일화 필요성

- 재산명시와 재산조회로 이원화되어 있는 것을 재산조회로 단일화할 필요가 있음
 - 재산명시 절차를 진행한 후 재산조회를 해야 해서 시간이 오래걸리고 절차가 복잡해짐
 - 양육비 채권자들의 많은 불만 중 하나임

(4) 양육비이행관리원과 위기임신지원센터 등 기관들 사이의 유기적 협력을 위한 협의체 등 조직의 필요성

- 현재 위기임신지원센터에서 미혼모 뿐만 아니라 혼외자를 임신한 경우, 가정폭력피해자인 임신부, 외국인 임신부 등에 대한 상담과 지원(출산지원포함)을 하고 있음
 - 이를 통해 인지청구가 필요한 경우와 출산지원까지로 나누어 자녀를 한국에서 양육할 수 있는 다양한 법률적, 경제적, 사회적 지원이 가능하도록 해야 함
 - 양육비이행관리원의 역할만으로는 어려움
- 임신, 출산, 양육, 법률구조, 사회복지시설과 서비스 연계 등과 관련한 다양한 기관의 복합적 지원이 필수적이므로 이를 위한 기관들의 협의체 등이 조직되어 유기적으로 협력할 필요가 있음

(5) 이행명령의 소멸시효 중단 효력 인정 필요성

- 법률 개정을 통해 양육비 이행명령신청의 경우에도 채권의 소멸시효 중단효력을 인정하여야 함
 - 양육비 이행확보를 위한 사건 중 이행명령신청이 가장 많이 이용되고 있음
 - 이행명령을 신청하는 양육비 채권자는 양육비 채무자의 소득 또는 재산이 존재하지 않거나 찾을 수 없어 이행명령 신청만이 양육비 확보를 위한 유일한 수단인 경우가 많음
 - 이행명령신청의 소멸시효 중단효력이 인정된다면 이러한 양육비 채권자의 권리보호가 좀 더 용이할 것으로 기대됨

(6) 현행 감치 제도와 실무의 문제점

- 이행명령이 결정된 후 해당 명령을 3기 이상 이행하지 않았을 때 감치를 신청할 수 있기 때문에 감치가 결정되기까지의 시간이 지나치게 오래 걸릴 뿐만 아니라 법원이 3기 이상을 분할하여 지급

하도록 결정을 내리지 않는 경우는 비양육자가 이를 이행하지 않더라도 이행의무위반으로 인한 감치를 신청해 볼 수조차 없음

□ 비양육자가 감치를 피하기 위해 3기째에 양육비를 일부 지급하는 경우도 있었음

□ 이행명령에서 결정되는 금액은 미지급된 양육비의 전부가 아니라 미지급 양육비 중 일부이고 이를 분할하여 지급하도록 명하고 있음

- 이는 가사소송법 제64조에 의해 이행명령 분할기간 및 금액이 양육비 채무자에게 과태료나 감치를 명하기에 적절한 금액으로 정하는 것으로 결정문에도 명시됨
- 그렇게 정해진 금액은 정기적 지급의무를 3기 이상 이행하지 않으면 감치를 신청할 수 있게 됨

□ 양육비 채무자에게 온정적으로 감치 명령이 기각되는 경우도 있음

- 이행명령에서 결정한 내용을 이행하지 않았으나 양육비 채무자의 건강 및 경제적 상태를 고려하여 감치 명령이 기각되는 경우가 적지 않음
- 그런 경우 소송기간이 조금 길어지더라도 법원이 양육비 채무자에게 이행을 더욱 촉구하고 이행을 하는지 지켜 본 후 결정을 내리면 어땠을까 하는 아쉬움이 있음
- 결국 양육비 채권자들은 양육비도 지급받지 못했으며 해당 절차의 실효성에 의구심을 갖게 되었음
- 감치를 결정하는 법원은 양육비 채무자에 대한 적극적인 심문절차를 두고 그에 대한 진술 및 입증에 대하여 보다 신중한 판단을 해야 할 것임

□ 감치의 요건이 너무 까다롭게 되어 있는 것은 아닌지 검토 및 제도 개선이 필요함

- 예를 들어, 이행명령이 감치에 반드시 선행되어야 하는 절차인지에 대한 검토와 이행명령 결정 후 3기까지 양육비 지급을 이행하지 않았을 때에 대한 개정이 필요함

□ 가사소송법 개정안 중에 감치명령 요건인 법원의 이행명령 후 의무불이행 기간을 '3기 이상'에서 '30일 이내'로 완화하는 것이 있는데 그러한 법률 개정이 필요함

- 가사소송법 개정안에서는 금전의 지급에 관한 이행명령을 '부양료, 양육비'로 한정하는 대신 감치의 '3기 이상'이라는 요건을 완화하여 양육비 일시금 지급명령 위반의 경우와 마찬가지로 30일로 통일하는 것으로 함¹⁴⁶⁾

146) 이행명령에서 사안의 구체적 사정(예컨대, 양육비 지급 의무자가 현재는 소득이 없으나, 몇 개월 후에는 소득이 생기는 경우를 상정해 보면, 수 개월치의 양육비를 일시금 형태로 지급하라고 명할 수 있음)에 따라 일시금 지급을 명하는 경우에도 이행확보의 강력한 필요성이 있으므로 현행 조문상 '정기적'이라는 문언은 삭제하였다고 함

- 이행명령 결정을 받고도 채무자가 30일 이내에 양육비를 지급하지 않는다면 감치 신청이 가능해 현재보다 훨씬 단축된 기간 안에 감치명령 신청이 가능해질 것임

(7) 형사처벌 요건이 너무 엄격함

- 현행법상 감치명령결정을 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니한 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있음(양육비이행법 제27조 제2항 제2호)
- 그러나 실무에서는 이러한 형사처벌규정을 적용하기에는 한계가 있음
 - 우선 채무자의 소재가 불명한 경우 공시송달에 의한 감치명령결정이 실무에서는 잘 내려지지 않아서, 결국 이러한 경우 감치명령결정이 없다면 형사고소를 위한 조건을 불충족하여 형사고소를 할 수 없음
 - 형사고소를 위한 요건을 갖추는데 많은 기간이 소요됨
 - 감치명령결정을 받기 위해 전단계인 이행명령결정까지도 신청 후 수개월에서 1년 이상의 기간이 소요되고, 다시 감치신청과 결정에 소요되는 기간도 그러함
 - 형사고소를 하려면 감치명령결정 이후 다시 1년 동안 양육비가 미지급되어야 함
- 감치 명령 결정 이후 1년여 기간의 양육비 미지급규정은 개정되어야 할 필요가 있음
 - 감치 명령이 선행되지 않아도 양육비지급을 불이행할 경우 일정한 요건 하에 형사고소를 할 수 있도록 개정하는 것을 고려해볼 수 있음

(8) 강제집행과 배당에서 양육비 채권의 지위

- 강제집행과 배당의 경우 양육비 채권에 우선변제 효력을 인정해야 함
 - 우선변제청구권이 인정되는 경우는 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법상 임대차보증금반환채권과 임금채권 등으로 이는 국민생활의 안정을 위하여 사회적 약자의 기본적인 생존권을 보장하고자 하는 사회보장적 고려에서 비롯된 것임
 - 양육비 채권에 대해서도 우선변제청구권이 인정되어야 할 것임

- 실제 사례¹⁴⁷⁾ 중에, 양육비 이행을 강제하기 위하여 예금이나 급여채권을 압류하였는데, 제3채무자인 여러 은행에서 예금 잔액이 남아 있지만 185만 원¹⁴⁸⁾을 초과하지 않는다는 이유로 추심을 하기 위해서는 압류금지채권의 범위변경을 추가로 신청해야 하는 사례가 있었음
- 양육비 채무자의 경제사정을 고려해야 할 사정이 있다면 이에 대해서는 채무자가 입증하도록 하고, 절차의 번거로움과 양육비 공백을 해결하기 위해서 양육비채권에 대하여는 압류할 수 있는 범위를 확대하여 양육비채권을 일반채권보다 보호하는 방안을 마련해야 함

□ 나아가 최우선변제도 고려할 수 있음

- 예를 들어 주택임대차나 상가건물임대차의 보증금 반환 그리고 임금반환채권의 최자선을 양육비채권에는 인정하지 않는 것임

(9) 송달의 어려움 문제

□ 이행명령과 감치는 공시송달을 통한 결정을 받은 경우 실효성이 없음

- 특히 이행명령이 공시송달로 결정되는 경우는 감치를 신청하더라도 기각되어 다른 절차를 다시 진행하여야 하는 경우도 발생함
- 또한 감치를 신청하고도 송달이 어려워 절차 진행이 늦어지거나 법원에서 취하할 것을 권하기도 하여 감치를 기대했던 양육자들에게 좌절감을 주고 있음

□ 해당 절차들의 공시송달에 따른 효력 문제 및 송달 방법 등이 개선되어야 함

(10) 실효성있는 양육비 산정기준표 필요성

□ 양육비 산정 시 현실을 반영하고 지급의무를 강화할 수 있는 실효성 있는 양육비 산정기준표가 필요함

147) 신청인(여, 45세)과 피신청인(남, 46세)은 2017년 재판상 이혼하였고 당시 자녀의 친권자 및 양육자로 신청인이 지정되었다. 또한 피신청인은 양육비로 2015년 8월부터 매월 말일에 40만 원을 지급하라는 판결을 받았다. 판결을 받은 후에도 피신청인은 양육비를 단 한 번도 지급하지 않았고 연락조차 되지 않았다. 신청인은 피신청인의 급여 채권에 대하여 압류를 신청한 적이 있으나 피신청인이 재직하고 있던 다단계회사는 피신청인의 코드만 있을 뿐 활동을 하지 않아 지급할 수 있는 급여가 없다는 답변을 받아 양육비를 지급받지 못하였다. 이에 신청인은 다시 재산명시와 재산조회를 차례로 진행하였고, 피신청인이 사용하고 있던 여러 계좌에 예금이 있다는 사실을 알게 되어 채권압류 및 추심명령 절차를 추가로 진행하여 결정되었다. 그러나 예금 액수가 모두 압류금지채권에 해당하여 계좌에 추심이 어렵게 되자 신청인은 압류금지채권의 범위변경을 신청하여 양육비 일부를 지급받을 수 있었다.

148) 민사집행법시행령 제2조 압류금지 생계비

- 양육비는 통상 당사자 간 소득을 기준으로 정하게 되므로 비양육자가 소득을 숨기는 등의 경우 현실적인 양육비 산정에 어려움이 있을 수 있음

(11) 과거 양육비 산정의 불합리

- 과거양육비는 흔히 비양육자에게 지나치게 가혹한 결과가 될 것이라는 이유로 삭감되는 경우가 많은데 부당함
 - 과거양육비의 경우, 산정기준표를 참고하여 청구하더라도 대부분 그 금액이 대폭 감액되어 결정됨
 - 이러한 법원의 태도는 양육자에게 비양육자의 편에 서있다는 생각을 들게 하여 법원에 대한 신뢰감이 저하되는 경우도 있었음
- 과거양육비 청구는 장래 양육비 청구와 다를 바 없는 정당한 권리이며, 특히 홀로 자녀를 양육해 온 양육자의 경우 그만큼의 경제적 고충이 발생했을 것이라는 점에서 받아야 할 필요성이 큼
- 양육비에 대한 인식이 달라지면서 여러 매체에서는 이들에게 과거의 양육비를 지급받을 수 있는 것으로 알려주고 있어 과거양육비 청구에 대한 기대를 가지고 소송구조를 진행하는 신청자들이 증가하고 있음
- 그러나 사법부 판단의 현실은 그렇지 못하므로 과거양육비를 산정하는 제대로 인정하는 원칙이 세워질 필요가 있음

(12) 자발적 양육비 지급을 위한 교육, 인식 개선의 필요성

- 이혼 전 상담의 의무화 등을 통하여 당사자 간 원만한 합의과정을 거칠 수 있게 하고, 비양육자의 양육비에 대한 의식이 개선될 수 있도록 지원하는 제도가 마련되어야 함
- 공교육에서 양육비가 아동의 양육에서 중요하다는 것을 교육하는 등 인식 개선을 통해 자발적으로 양육비를 지급하는 풍토를 마련할 필요가 있음

(13) 사전처분에 집행력 부여할 필요성

- 사전처분 위반 시 과태료 부과는 심리적 강제를 통해 사실상 그 이행을 확보하는 기능을 담당하기는 하지만 진정한 의미의 '집행'이라고는 할 수 없음

- 채권자가 채권의 만족을 얻기 위해서는 채무자로부터 직접 양육비를 받을 수 있는 직접 강제방법이 효과적임
 - 이를 통해 양육비 지급 의무를 고의적으로 피하고, 미성년 자녀의 복리를 해치는 양육비 채무자를 직접적으로 제재할 수 있음
- 사전처분 위반에 대해 과태료를 부과하는 것은 실질적인 효과를 거두기 어렵기 때문에 양육비 지급에 직접적인 강제가 가능하도록 사전처분의 집행력을 인정하는 것이 필요함
- 이를 위한 가사소송법 개정안이 있는데 입법되어 제도 개선이 필요함
 - 개정안에서는 사전처분의 실효성을 확보하기 위하여 사전처분에 집행력이 있음을 명시적으로 규정함(개정안 제140조 제5항)
 - 개정안에서는 사전처분에 관한 집행절차에 관하여는 가사소송법의 양육비 직접지급명령(개정안 제142조), 담보제공명령(개정안 제143조), 이행명령(개정안 제144조) 등과 「민사집행법」 제276조부터 제301조까지 및 제303조에서 제312조까지의 규정을 준용하도록 함(개정안 제140조 제6항)¹⁴⁹⁾
 - 이에 따라 사전처분의 이행확보를 위한 다양한 조치가 가능하게 됨

(14) 소송 지원 유기적 협력

- 양육비이행관리원이 소송을 직접 수행하는 것과 법률구조기관의 전국의 인프라를 이용하여 위탁하여 소송구조를 진행하는 것과 관련하여 양육비 소송과 관련하여 전문성에 있어서 차이가 있다고 보지는 않음
- 양육비이행관리원이 전국적인 규모의 분원을 설치하기 전까지는 지금처럼 법률구조기관과의 유기적인 협력을 통해 구조업무를 수행하는 것이 바람직함

149) 개정안에 따르면, 사전처분의 집행절차는 이하에서 제시되는 가사소송법 특유의 집행력 확보절차인 양육비 직접지급명령, 담보제공명령, 이행명령 등이 우선 적용되고, 그 밖의 사항에 관하여는 그 성질이 반하지 않는 범위에서 민사집행법 보전처분 절차를 준용한다. 이에 따라 「민사집행법」 제276조부터 제301조까지 및 제303조에서 제312조에 의거해 사전처분을 집행할 수도 있다. 즉 '현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지' 또는 '사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분'과 같은 유형의 사전처분은 별도의 가압류나 가처분 절차 등을 거치지 않더라도 본안법원의 사전처분만으로도 신속히 집행할 수 있게 된다.

(15) 외국인 미혼모와 한국인 생부 자녀의 출생신고 관련

- 외국인 미혼모와 한국인 생부의 경우도 미혼모가 자녀의 출생신고를 거부할 경우, 생부가 인지를 하여도 국적취득(귀화) 절차를 진행하는데 상당한 어려움이 있음
 - 출생등록(외국인등록)이 되어 있지 않은 외국인자녀를 인정한 이후 귀화신청을 하려고 하면 법무부에서 외국인등록을 요구함
 - 외국인등록은 친모가 친모의 본국법에 따라 진행해 줘야 하는데 친모가 출생신고를 못하거나(이슬람 국가에서 미혼모의 출생신고가 불가능한 경우, 예: 모로코) 안하는 경우가 있음(가출, 행방 불명, 명시적 거절 등)
- 실제 한국가정법률상담소에서 이러한 경우 소송구조를 통해 변호사가 출입국사무소에서 귀화신청 서류를 접수한 이후에야 인지 이후 1년여의 시간을 거쳐서 생부 혼자서 자녀의 귀화신청을 하려고 하였으나 (외국인등록이 되어 있지 않아)못하고 본소에서 개입한 이후 외국인등록을 하여 주고 귀화절차가 진행됨
- 이에 대해서는 별도의 법무부의 지침규정이 필요하다고 봄

(16) 당연히 예상되는 장래 양육비 증액 부분을 주문에 명시하는 방안

- 소송의 경우 청구취지의 범위내에서 판결해야 하므로, 장래 양육비 증액부분을 주문에 명시하는 방안에 대해서는 우선 협의이혼 시 자녀의 양육사항에 대한 협의서에서 제도를 먼저 시행해 볼 수 있음
- 현재 법원에서 제공하는 자녀의 양육사항에 대한 협의서에는 자녀의 양육비에 대해 단순히 금 000 원을 적도록만 되어 있음
 - 이를 세분하여 미취학, 초등학교재학중, 중학교 재학중, 고등학교 재학중, 대학교 입학시 등을 예시하여 당사자들이 이에 대해 구체적으로 적을 수 있도록 가이드라인을 미리 정하여 보여줌으로 계도할 수 있음
- 또한 현재 법원에서 제공하는 “갈등저감형 이혼 등 소장”, “갈등저감형 이혼조정신청서”, “양육비심판청구서” 등에 청구취지의 예시를 자녀의 연령에 따라 세분하여 양육비청구를 할 수 있도록 한다면 자녀의 연령증가에 따른 비양육자의 양육비 증액에 대한 적극적인 의식변화에도 도움이 될 것임

(17) 인지청구를 위한 정보 찾기, 송달 문제 지원

- 송달의 문제는 양육비이행관리원의 능력부족의 문제로 보기는 어려움
- 실제 인지관련 법률구조를 진행할 경우 생부에 대한 정보를 찾기 어려운 경우가 있음
 - 생부의 핸드폰 번호를 아는 경우 생부를 찾기 위해 10개 넘는 통신사에 사실조회를 하기도 하고, 생부의 학교를 아는 경우 졸업 또는 재학학교 등에 사실조회 신청을 하여 찾기도 함
 - 그러나 타인명의 핸드폰인 경우도 있고, 데이트 어플을 통해 만나서 어플개발회사에 이용자의 정보를 요청해도 주지 않는 경우가 있음
- 사례에서 돈을 주고 신용정보회사를 통해 조회를 하였다는 것은 집행권원이 있는 채권자만이 신용정보회사에 채권추심을 위해 채무자 정보를 의뢰할 수 있는 것으로 알 수 있음
 - 신용정보회사에 집행권원없이 타인의 정보를 알아보는 것은 어려웠을 것이라고 보임
- 한국가정법률상담소의 법률구조 사례에서는 1년 여 이상 유전자검사를 거부하는 생부에게 유전자 검사없이 인지인용판결을 한 경우도 있음
 - 실제 친인척의 유전자수검명령신청을 하는 경우 친인척들도 유전자검사를 거부하는 경우가 있어 모든 절차에는 절차적 방법이 마련되어 있더라도 사례에 따라서는 많은 소송의 기간소요와 변수가 존재함
 - 이는 이행관리원의 소송구조 능력만의 문제라고 보기는 어려움.
- 실제 재판 중에 피고(생부)가 외국으로 도주하는 하는 경우도 있고, 주소지 불명으로 소송의 진행이 어려워지는 경우도 있음
 - 이러한 경우 소송적 판단에서 생부의 가족들의 유전자수검명령신청을 하기도 하지만 이러한 절차에 대한 승인여부는 결국 법원에 결정을 내려야 할 수 있음
- 생부가 여러명이 의심되는 경우에도 한국가정법률상담소에서는 인지청구 사건을 진행하고 있음
 - 이 경우 미혼모의 가장 큰 걱정은 재판 중 유전자검사에서 생부가 아닐 경우 재판 비용과 유전자 검사비용을 미혼모에게 회수하는 가에 대한 질문이 많았음
 - 이에 대해서는 소송구조의 경우 별도의 회수를 하지 않는다고 말하면 안심하고 인지청구에 대해 적극적으로 고민해보기도 함
 - 이러한 상담(전화, 출장, 면접 등)과 교육은 위기임신지원센터의 연계를 받아 본소(법률구조기관)에서 이뤄지고 있음.

VI. 양육비 이행 확보 방안

본 연구에서는 위에서 분석한 양육비를 받고자 할 때 겪는 어려운 점에 따라 양육비 이행 확보 방안을 다음과 같이 제시한다.

- 1) 외국인 미혼모 아동의 국적 취득과 출생등록 지원 방안 - VI. 2. 가., VI. 3. 가.
- 2) 생모의 자기결정권과 태아의 생명권 보호 방안 - VI. 4. 가.
- 3) 미혼모의 인지청구 지원 방안 - VI. 3. 가., VI. 2. 나.
- 4) 태아인지를 재판상 인지로 인정하는 방안 - VI. 4. 나., VI. 2. 나.
- 5) 비양육부모의 자발적 양육비 이행 지원 방안 - VI. 3. 나.
- 6) 양육비 집행권원 확보 지원 방안 - VI. 3. 다., VI. 2. 다. VI. 2. 라.
- 7) 양육비 강제징수 지원 방안 - VI. 4. 다.
- 8) 양육비 선지급 제도 도입 - VI. 4. 라.
- 9) 양육비 채무 미이행 목적으로 재산을 은닉하는 경우 형사 처벌 특례 도입 - VI. 4. 마.

우선 거시적으로 건강가정기본법, 양육비이행법, 아동복지법의 유기적 운영으로 아동 최선의 이익 원칙에 따라 가정을 보호하고 양육비 자발적 이행을 촉진하며 미이행 시 강제집행되도록 하여야 함을 설명한다. 그리고 현행법 하에서 법원 실무의 적절한 운용으로 해결 가능한 방안들과 양육비이행관리원의 적극적 역할을 통해 해결할 수 있는 문제들을 정리하였다. 법률 개정이 필요한 사항으로 생모의 자기결정권과 태아의 생명권 보호 방안, 태아인지를 재판상인지로 할 수 있게 하는 방안, 국민건강보험공단을 통한 양육비 강제집행 방안을 제시하였다. 본 연구는 인지 청구 등 양육비 집행권원 확보까지는 양육비 이행법에 따라 양육비이행관리원에서 담당하고, 양육비 강제집행은 아동복지법 등 법률을 개정하여 양육비 채권자 또는 국가가 원할 경우 국민건강보험공단에 위탁하여 건강보험료를 징수하는 방식과 같이 강제집행하는 것을 제안한다.

1 건강가정기본법, 양육비이행법, 아동복지법의 유기적 운영

가. 가정 보호, 양육비 자발적 이행, 강제 이행, 아동 복지 보장

아동 이익 최우선의 원칙에 따라 가장 바람직한 것은 친생부모가 직접 아동을 양육하는 것이고(1순위) 차선책은 비양육부모가 양육비를 자발적으로 지급하는 것이며(2순위) 그 다음은 비양육부모가 강제로라도 양육비를 지급하는 것이다(3순위). 이것은 가정 보호, 양육비 자발적 이행, 강제 이행, 아동 복지 보장의 우선순위이고 건강가정기본법, 양육비이행법, 아동복지법의 영역에 있다.

건강가정기본법은 건강가정 구현을 목적으로 하고(제1조, 제5조), 국가가 혼인과 출산, 육아, 모·부성 권 보호, 태아의 건강보장을 지원하도록 하며(제8조), 가족해체를 예방하도록 한다(제9조). 양육비이행법은 비양육부모와 양육부모의 협의(제10조), 비양육부모와 아동의 면접교섭(제10조의2) 등을 지원하여 양육비 자발적 이행을 돕고 양육비 청구 및 이행 확보를 위한 법률 지원(제11조), 한시적 양육비 긴급지원(제14조), 양육비 미이행 시 제재(제21조의3, 제21조의4, 제21조의5 등) 등을 통해 양육비 이행을 확보한다. 아동복지법은 아동이 건강하게 출생하여 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 하여(제1조), 국가가 아동의 안전, 건강, 복지 증진을 위해 아동과 그 보호자, 가정을 지원하도록 한다(제4조).

1순위(친생부모가 직접 아동을 양육)는 주로 건강가정기본법과 아동복지법이, 2순위(비양육부모가 양육비를 자발적으로 지급)는 주로 양육비이행법과 건강가정기본법이, 3순위(비양육부모가 강제로라도 양육비를 지급)는 주로 양육비이행법과 아동복지법이 담당하는 것이 타당하다고 생각한다. 다만, 3순위를 아동복지법이 담당하는 것은 본 보고서의 의견에 따라 양육비 강제집행을 아동복지법에 따라 국민건강보험공단에 위탁하여 건강보험료를 징수하는 방식으로 법률 개정을 한 후를 전제로 한 것이다. 이에 관하여는 후술한다.

나. 한국건강가정진흥원, 양육비이행관리원, 국민건강보험공단의 역할 분담

(1) 한국건강가정진흥원과 양육비이행관리원의 역할 분담

건강가정기본법에 따라 설립된 한국건강가정진흥원은 친생부모나 한부모의 직접 양육과 가정 보호 지원 역할을 한다. 2024. 9. 27. 시행 개정 양육비이행법에 따라 설립되는 양육비이행관리원은 비양육부모의 자발적 양육비 이행 지원과 양육비 청구 및 이행확보를 위한 법률지원을 한다.

양육비이행관리원은 한국건강가정진흥원 내의 부서였으나 2024년 2월 양육비이행법 개정으로 별개 기관으로 독립하게 되었다(본 보고서 III. 2. 라. (1) (다) 국회 여성가족위원회 통과(2024. 2. 23.) 및 본 회의 통과(2024. 2. 29.)). 이로써 한국건강가정진흥원이 담당하고 있었던 양육비이행법에 따른 양육비 이행 전담기관 운영 사업은 독립 기관이 된 양육비이행관리원으로 이관될 것으로 보인다. 한국건강가정진흥원은 가족상담 및 가족교육 사업, 가족친화 사회환경 조성 사업, 아이돌봄 및 자녀양육지원 사업, 다문화가족, 한부모가족, 조손가족 등 취약 가족의 역량강화 지원 사업, 다문화가족의 사회통합지원 사업 등 가족역량 강화를 위한 가족정책을 지원하는 역할을 한다(건강가정기본법 제34조의2). 양육비이행관리원은 비양육부모와 양육부모의 양육비 관련 상담, 양육비 이행 촉진을 위한 비양육부모와 미성년 자녀의 면접교섭 지원, 양육비 청구 및 이행확보 등을 위한 법률지원, 한시적 양육비 긴급지원, 합의 또는 법원 판결에 의하여 확정된 양육비 채권추심 지원 및 양육부모에게 양육비 이전, 양육비 채무 불이행자에 대한 제재조치, 양육비 이행의 실효성 확보를 위한 제도 등 연구, 양육비 이행과 관련한 교육 및 홍보, 양육비 채무 이행확보를 위하여 필요한 업무 등의 업무를 수행한다(2024. 9. 27. 시행 개정 양육비이행법 제7조).

(2) 양육비이행관리원과 국민건강보험공단의 역할 분담 - 본 보고서가 제안하는 입법론에 따른 경우

현행법에서는 국민건강보험공단이 양육비 이행 확보와 관련하여 담당하는 역할이 없다. 본 보고서에서는 양육비 이행 확보 단계 중 양육비 집행권원 확보까지는 양육비이행관리원이 담당하되 양육비 집행권원에 근거한 강제집행은 국민건강보험공단에 위탁하여 건강보험료를 징수하는 방식으로 수행하도록 하는 것을 입법론으로 제안한다. 국민건강보험공단이 양육비 강제징수 역할을 담당하는 것을 제안하는 이유는 후술한다.

② 현행법 하에서 법원이나 행정 실무의 적절한 운용으로 해결 가능한 문제들

가. 외국인 미혼모 아동의 국적 취득과 출생등록 지원 방안

외국인 미혼모 아동이 인지된 후 대한민국 국적을 취득하는 절차에서 법무부 실무가 외국인 아동의 외국 국적 증명 서류를 요구하고 그것이 없이는 대한민국 국적 취득을 못하게 하는 것은 국적법을 위반한 것이고 아동의 출생등록될 권리를 침해한다(본 보고서 IV. 2. 나. (3) 외국인 미혼모 아동 인지 후 대한민국 국적 취득 절차에서 외국 국적 취득 필요 여부 참조). 국적법상 대한민국 국민인 아동이 국적을

취득하지 못하고 있는 상황에서, 양육비이행관리원 등 정부의 양육비 이행 확보 지원을 받지 못할 위험이 있다. 국적법상 대한민국 국적 취득 요건이 충족되는 외국인 미혼모 아동에게 외국 국적을 취득할 것을 요구하는 것은 국적법 제3조 제1항 위반이고 아동의 기본권 침해이며 그런 요구를 하는 것에 합리적 이유도 없다. 법무부 실무를 변경하여 한국인 생부로 인지된 외국인 미혼모 아동에게 외국 국적 증명이 없어도 대한민국 국적을 인정해야 한다.

나. 태아인지를 재판상 인지와 유사하게 운영할 수 있는 방안

현행 법에서 태아인지는 생부의 임의 인지로만 가능하고 재판상 인지는 허용되지 않는다[본 보고서 IV. 2. 다. (2) 태아인지].

현행 법 하에서도 임산부가 태아의 인지청구를 한 후 법원에서 심리를 진행하다가 아동이 출생한 후에 인지 결정을 하는 방식으로 재판상 인지와 유사한 운영을 하는 방안을 생각해볼 수 있다. 인지청구 시점에는 태아의 인지청구권이 인정되지 않지만 인지 결정 시점에는 출생하여 인지청구권이 인정되기 때문이다.

태아인지가 되면 출생과 동시에 인지의 효력이 나타나는 것에 비하여 위와 같은 방안은 출생 후 인지 결정이 나와야 하므로 시간적으로나 절차적으로 차이가 있다. 하지만 출생 후에 비로소 인지청구 절차를 시작하는 경우와 비교하면 미혼모와 아동이 태아인지와 유사한 결과를 얻을 수 있다. 출생 직후에는 미혼모가 출산 후 몸 조리, 신생아 양육 등으로 인하여 인지청구를 하기 어렵기 때문에 출생 후에 인지청구를 시작할 수 있게 하면 인지청구 시점이 더 많이 늦어질 수 있는 현실적인 사정도 고려할 필요가 있다. 법원 실무에서 이러한 절차적 편의를 적극적으로 허용하고 홍보하고 안내하면 미혼모가 인지청구를 일찍 하여 아동의 권리를 보다 조기에 두텁게 보호할 수 있다.

이때, 외국인 미혼모의 경우 임신 상태에서 인지청구 소송을 하면 최소한 소송 기간 동안 국내 체류 기간을 연장할 수 있도록 하여 안정적으로 소송을 진행할 수 있게 해야 한다. 외국인 미혼모의 안정적인 출산과 이후의 인지 및 양육비 청구는 외국인 미혼모를 위한 것이기도 하고 동시에 그 아기를 위한 것이기도 하다.

다. 당연히 예상되는 장래 양육비 증액 부분을 주문에 명시하는 방안

양육비 집행권원을 받은 후 아동이 성장하여 학교에 진학하는 등 양육비 증액의 필요가 있을 때 비양

육부모가 자발적으로 증액해주지 않으면 양육부모가 별도로 양육비 증액 소송을 진행해야 하는 어려움이 있다(본 보고서 V. 1. 다. (5) 아동이 성장하여 학교에 진학하는 등 양육비가 증가하였을 때 별도로 양육비 증액 신청을 해야 하는 어려움).

법원에서 양육비 청구 인용 판결을 선고하면서 아동의 성장에 따라 당연히 예상되는 장래 양육비 증액 부분을 주문에 명시하면 그러한 어려움을 덜어줄 수 있다. 실제로 현재도 조정 절차에서 그렇게 정하는 경우가 있고 법원 판결 중에도 그렇게 판단하는 경우가 있다고 한다. 하지만 일관성있게 모든 절차나 법원 판결에서 그렇게 하고 있지는 않다. 법원은 양육비 청구취지의 범위 내에서 판단하는 것이 원칙이므로 청구취지에 장래 증액 부분이 반영되어 있지 않으면 법원이 그보다 더 많은 금액을 인정할 수도 없다.

가정법원이 양육비를 산정할 때 서울가정법원이 공표한 양육비산정기준표를 중요한 기준으로 고려한다. 다음은 서울가정법원이 2021. 12. 공표한 산정기준표이다.¹⁵⁰⁾

양육비 산정기준표를 보면 자녀의 나이가 많으면 그에 따라 평균양육비와 양육비 구간이 높아진다. 아동이 초등학교, 중학교, 고등학교에 진학하면 그에 따른 교육비 등 양육비가 더 필요할 것임을 고려하면 나이가 많을수록 양육비가 더 많이 책정되는 것이 일반적으로 합리적이다. 장래에 발생할 양육비 증액 또는 감액 사유를 판결 당시에 알 수는 없지만 양육비 산정기준표에 반영되어 있는 자녀의 성장에 따른 양육비 증액은 당연히 예상되는 것이다. 법원이 이를 감안하여 판결 주문에 아동이 성장하여 학교에 진학하는 시점 등 일정한 시점 별로 양육비가 증액됨을 명시하는 것이 양육비 산정기준표상 타당하다.

150) https://www.scourt.go.kr/portal/dcboard/DcNewsViewAction.work?gubun=41&seqnum=9654&cbub_code=000230 [최종방문일 : 2024. 4. 18.]

2021년 양육비 산정기준표

부모합산 소득	0~ 199만 원	200~ 299만 원	300~ 399만 원	400~ 499만 원	500~ 599만 원	600~ 699만 원	700~ 799만 원	800~ 899만 원	900~ 999만 원	1,000~ 1,199만 원	1,200만 원 이상
자녀 만 나이	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간	평균양육비(월) 양육비 구간
0~2세	621,000 264,000~ 686,000	752,000 687,000~ 848,000	945,000 849,000~ 1,021,000	1,098,000 1,022,000~ 1,171,000	1,245,000 1,172,000~ 1,323,000	1,401,000 1,324,000~ 1,491,000	1,582,000 1,492,000~ 1,685,000	1,789,000 1,686,000~ 1,893,000	1,997,000 1,894,000~ 2,046,000	2,095,000 2,047,000~ 2,151,000	2,207,000 이상
3~5세	631,000 268,000~ 695,000	759,000 696,000~ 854,000	949,000 855,000~ 1,031,000	1,113,000 1,032,000~ 1,189,000	1,266,000 1,190,000~ 1,344,000	1,422,000 1,345,000~ 1,510,000	1,598,000 1,511,000~ 1,702,000	1,807,000 1,703,000~ 1,912,000	2,017,000 1,913,000~ 2,066,000	2,116,000 2,067,000~ 2,180,000	2,245,000 이상
6~8세	648,000 272,000~ 707,000	767,000 708,000~ 863,000	959,000 864,000~ 1,049,000	1,140,000 1,050,000~ 1,216,000	1,292,000 1,217,000~ 1,385,000	1,479,000 1,386,000~ 1,546,000	1,614,000 1,547,000~ 1,732,000	1,850,000 1,733,000~ 1,957,000	2,065,000 1,958,000~ 2,101,000	2,137,000 2,102,000~ 2,224,000	2,312,000 이상
9~11세	667,000 281,000~ 724,000	782,000 725,000~ 885,000	988,000 886,000~ 1,075,000	1,163,000 1,076,000~ 1,240,000	1,318,000 1,241,000~ 1,406,000	1,494,000 1,407,000~ 1,562,000	1,630,000 1,563,000~ 1,758,000	1,887,000 1,759,000~ 2,012,000	2,137,000 2,013,000~ 2,158,000	2,180,000 2,159,000~ 2,292,000	2,405,000 이상
12~14세	679,000 295,000~ 734,000	790,000 735,000~ 894,000	998,000 895,000~ 1,139,000	1,280,000 1,140,000~ 1,351,000	1,423,000 1,352,000~ 1,510,000	1,598,000 1,511,000~ 1,654,000	1,711,000 1,655,000~ 1,847,000	1,984,000 1,848,000~ 2,071,000	2,159,000 2,072,000~ 2,191,000	2,223,000 2,192,000~ 2,349,000	2,476,000 이상
15~18세	703,000 319,000~ 830,000	957,000 831,000~ 1,092,000	1,227,000 1,093,000~ 1,314,000	1,402,000 1,315,000~ 1,503,000	1,604,000 1,504,000~ 1,699,000	1,794,000 1,700,000~ 1,879,000	1,964,000 1,880,000~ 2,063,000	2,163,000 2,064,000~ 2,204,000	2,246,000 2,205,000~ 2,393,000	2,540,000 2,394,000~ 2,711,000	2,883,000 이상

전국의 양육자녀 2인 가구 기준

기본원칙

- 1 자녀에게 이혼 전과 동일한 수준의 양육환경을 유지하여 주는 것이 바람직함
- 2 부모는 현재 소득이 없더라도 최소한의 자녀 양육비에 대하여 책임을 분담함

산정기준표 설명

- 1 산정기준표의 표준양육비는 양육자녀가 2인인 4인 가구 기준 자녀 1인당 평균양육비임
- 2 부모합산소득은 세전소득으로 근로소득, 사업소득, 부동산 임대소득, 이자수입, 정부보조금, 연금 등을 모두 합한 순수입의 총액임
- 3 표준양육비에 아래 가산, 감산 요소 등을 고려하여 양육비 총액을 확정할 수 있음
 - 1) 부모의 재산상황(가산 또는 감산)
 - 2) 자녀의 거주지역(도시 지역은 가산, 농어촌 지역 등은 감산)
 - 3) 자녀 수(자녀가 1인인 경우 가산, 3인 이상인 경우 감산)
 - 4) 고액의 치료비
 - 5) 고액의 교육비(부모가 합의하였거나 사건본인의 복리를 위하여 합리적으로 필요한 범위)
 - 6) 비양육자의 개인회생(회생절차 진행 중 감산, 종료 후 가산 고려)

[서울가정법원 2021년 양육비산정기준표]

현재 양육비 청구 소송 판결 주문은 보통 “피고는 원고에게 사건본인의 장래 양육비로 [언제]부터 사건본인이 성년이 이르기 전날까지 매월 말일 월 [얼마]씩을 각 지급하라”와 같이 나온다. 이를 “피고는 원고에게 사건본인의 장래 양육비로 [언제1]부터 [언제2]까지는 매월 말일 월 [얼마1]씩을, [언제2]부터 [언제3]까지는 매월 말일 월 [얼마2]씩을, [언제3]부터 성년이 이르기 전날까지는 매월 말일 월 [얼마3]씩을 각 지급하라.”고 하면 아동이 자라서 학교에 진학하는 등 당연히 예상되는 양육비 증가분을 양육비 산정기준표에 따라 반영할 수 있다.

이것은 아동이 성장함에 따라 당연히 예상되는 양육비 증액부분을 양육비 산정기준표에 따라 반영한 것이다. 법원이 예상할 수 없는 양육비 증액이나 감액 사유가 발생하면 그 때는 별도로 양육비 변경 신청을 해야 한다. 하지만 당연히 발생할 것으로 예상할 수 있는 양육비 증액 사유로 별도의 양육비 변경 신청을 하는 것은 절차적으로 부담이 된다. 당연히 예상되는 증액 사유를 양육비 산정기준표에 따라 장래 양육비 금액에 반영해둌으로써 그런 어려움을 해소할 수 있다.

이를 시행하기 위해서는 법원에서 일반인들에게 제공하는 양육비 청구취지 양식이나 예시를 위와 같이 당연히 예상되는 양육비 증가분을 반영한 것으로 변경하는 방법을 생각해볼 수 있다. 법원 내부 지침이나 예규로 양육비 판결 시 주문은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 장래에 당연히 예상되는 양육비 증가분을 반영하도록 하여 일관성있는 판단을 할 수 있게 하는 것도 방법이다.

라. 비대면 재판의 폭넓은 허용

양육비이행관리원이 서울에 소재하고 있어서 직접 소송으로 처리할 수 있는 사안의 범위는 사실상 서울 및 경기 일부 지역에 한정되고 있고 그래서 양육비이행관리원의 분원을 전국에 설치하여야 한다는 의견이 있다(본 보고서 III. 2. 라. (1) (나) 개정안에 대한 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 6.)). 이와 관련하여 법원에서 비대면 재판¹⁵¹⁾을 폭넓게 허용한다면 양육비 청구 소송 경험이 많고 사건 관련 상담부터 소송 진행 및 양육비 채무 이행 여부에 대한 모니터링까지 담당하여 전반적인 상황을 잘 파악하고 있는 양육비이행관리원의 변호사가 전국 법원에서의 양육비 청구 소송 대리를 하는데 도움이 될 것이다. 양육부모 입장에서는 양육비이행관리원에서 비대면 재판을 신청하면 재판부에서 ‘감히 재판을 위해 법원으로 오지 않고 비대면으로 하다니 꽤 씹하다’고 기분 나빠서 소송 결과에 나쁜 영향을 줄 것이라고 걱정하거나 오해할 수 있다. 법원에서 그런 걱정이나 오해가 없도록 적극적으로 허용하고 홍보, 안내하면 도움이 될 것이다.

151) 법원의 2021. 11. 18. 영상재판 확대 시행 이후 영상재판 실시 건수는 꾸준히 증가하였다고 한다(월별 실시 건수는 2021년 11월 18건을 시작으로 2022년 3월 411건, 2022년 8월 549건, 2022년 12월 850건을 기록하였으며, 2023년 3월에는 1,445건(전년 동월 대비 3.5배 증가)에 이룸). 영상재판 확대 시행으로 인해 국민은 먼 거리를 이동할 필요가 없어 시간과 비용을 절약할 수 있고, 기일의 공전을 줄여 재판의 신속성 향상에 도움이 될 수 있어서, 앞으로 법원은 영상재판 시스템을 지속적으로 점검·개선하고 홍보 등을 강화하여 영상재판에 대한 국민의 기대와 성원에 부응하고, 영상재판을 통한 충실하고 신속한 재판으로 국민의 재판청구권을 더욱 실질적으로 보장할 수 있도록 성심을 다하겠다는 입장이다. 법원 보도자료(2023. 4. 24.) 영상재판 확대 시행 이후 누적 10,000건 실시 안내 - 보도자료 (scourt.go.kr) [최종방문일 : 2024. 4. 22.]

3 현행 법 하에서 양육비이행관리원의 적극적 역할을 통해 해결을 도모할 수 있는 문제들

가. 미혼모의 인지청구 지원 방안 - 외국인 미혼모 아동의 국적 취득과 출생등록 포함

(1) 외국인 미혼모 아동 인지청구 지원

양육비이행관리원은 미혼모의 양육비 청구를 위한 인지청구소송 지원을 하고 있다.¹⁵²⁾ 외국인 미혼모 아동은 인지가 되어야 비로소 대한민국 국적을 취득하고 출생등록될 수 있으므로 외국인 미혼모 인지청구소송 지원은 아동의 국적 취득과 출생등록 지원에 필수적이다. 양육비이행관리원 사이트의 안내를 보면 양육비 이행확보 지원 신청 대상자 요건에서 국적에 관하여 언급이 없는 것으로 보아¹⁵³⁾ 외국인 미혼모의 한국인 생부에 대한 인지청구소송도 지원하는 것으로 보인다. 외국인 미혼모는 한국어가 서툴러서 양육비 이행확보 지원신청을 하는 데에 한국인보다 어려움이 있을 수 있고 외국인이라서 양육비이행관리원의 지원을 받을 수 없을 것이라고 오해하고 있는 경우도 있을 수 있다. 양육비이행관리원에서 외국인 미혼모에 대하여 보다 적극적으로 안내하고 지원해야 한다.

(2) 인지청구를 위한 정보 찾기, 송달 문제 지원

미혼모가 인지청구를 할 때 생부의 주소, 주민등록번호 등을 알지 못하거나 생부에게 인지청구 소장 등 송달이 되지 않거나 생부일 가능성이 있는 남성이 여러 명이어서 인지청구 소송 절차 진행이 어려운 경우가 있다[본 보고서 V. 1. 다. (2) 미혼모의 인지청구 진행 시 유전자검사를 진행하여 생부 확인을 하기 어려운 경우 참조]. 생부가 어디에 있는지 몰랐으나 양육비이행관리원에서 잘 해줄 것이라 기대했는데 7개월이 지나도 찾지 못했고 결국 자신이 신용정보회사에 돈을 내고 15일만에 찾아주어 소송을 진행한 사례 등 미혼모가 생부의 거주지, 연락처 등을 찾는데 6개월에서 10개월이 허비되었다는 사례, 생부가 연락처 변경, 위장전입, 잠적을 반복했다는 사례도 있다[본 보고서 V. 1. 가. 미혼모들의 양육비 청구 소송 경험 연구. 주민등록번호나 주소를 몰라도 교제 당시의 핸드폰 번호나 다녔던 학교 등 정보로 양육비이행관리원에서 인지청구에 필요한 생부 주소 등을 찾기도 한다고 한다[본 보고서 V. 1. 다. (2) (가)]. 생부가 해외에 있어도 생부의 부모가 한국에 있을 경우 생부의 부모와의 유전자검사로 인지가 가능한 경우도 있었다[본 보고서 V. 1. 다. (2) (나)].

152) <https://www.childsupport.or.kr/lay1/S1T15C16/contents.do> [최종방문일 : 2024. 4. 17.]

153) https://www.childsupport.or.kr/lay1/program/S1T23C24/part/part_01_01.do [최종방문일 : 2024. 4. 17.]

양육비이행관리원은 국가 기관으로서 소송에서 당사자에게 요구되는 수준으로 적극적인 역할을 하며 미혼모를 지원하여야 한다(본 보고서 IV. 2. 가. 제도 개선 노력에서 확인되는 근본적인 관점의 변화 필요성). 미혼모에게 인지청구에 필요한 정보를 안내하는 수준을 넘어서 적극적으로 필요한 정보를 찾는 지원을 해야 한다. 신용정보회사 등에서 적법하게 찾을 수 있는 정보라면 양육비이행관리원에서도 찾을 수 있어야 할 것이다. 많은 경우 미혼모가 가지고 있는 교제 당시의 생부 정보를 단서로 해서 필요한 정보를 찾을 수 있을 것이다. 지방자치단체나 국민건강보험공단 등에 정보자료를 요청할 수 있도록 하는 양육비이행법 제13조¹⁵⁴⁾와 제24조¹⁵⁵⁾도 보다 적극적으로 활용할 수 있어야 한다. 양육비이행관리원이 적극적으로 정보를 찾고자 노력하면 사례가 축적되고 유형화되면서 보다 실효성있는 지원을 할 수 있게 될 것이다. 인지청구 송달이 안 되는 경우에도 생부의 국내 소재 여부나 국내 경제활동 여부, 생부가 해외 소재할 경우 유전자검사를 할 수 있는 생부의 부모 소재지 등을 적극적으로 찾아야 한다. 생부일 가능성이 있는 남성이 여러 명인 경우 미혼모가 양육비 청구를 하고 싶지만 수치심 등으로 인지청구를 망설인다면 상담을 통해 양육비 청구에 이를 수 있게 도와야 한다.

나. 비양육부모의 자발적 양육비 이행 지원 방안

양육비이행관리원은 비양육부모와 양육부모의 양육비 관련 상담, 양육비 이행 촉진을 위한 비양육부모와 미성년자녀의 면접교섭, 자녀양육비 이행과 관련한 교육 및 홍보 업무를 수행한다(양육비이행법 제7조 제2항). 양육비이행관리원의 면접교섭 지원은 가족센터를 활용하여 전국에 서비스를 제공하고 있다[본 보고서 III. 2. 라. (1) (나) 개정안에 대한 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 6.)]. 비양육부모 또는 양육부모는 당사자 간 양육비 부담 등 협의가 이루어지지 아니하면 양육비이행관리원에 상담 또는 협의 성립의 지원을 신청할 수 있고 그 상담 결과 협의가 이루어질 경우 양육비이행관리원은 협의 사항 이행을 위한 지원을 할 수 있다(양육비이행법 제10조). 비양육부모 및 양육부모의 신청이 있는 경우 비양육부모와 미성년 자녀의 면접교섭 지원을 할 수 있다(양육비이행법 제10조의2). 자발적 이행을 지원하기 위해 양육비 채무 불이행의 원인 진단, 협의에 따른 양육비 채무 액수 조정, 지급능력

154) 양육비이행법 제13조(비양육부·모 또는 양육비 채무자의 주소 등의 자료 요청 등) ① 여성가족부장관은 양육비 집행권원 확보 또는 양육비의 이행확보를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 특별자치시장·특별자치도지사, 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 비양육부·모 또는 양육비 채무자의 주민등록표의 열람 및 등본·초본의 교부를 요청하거나 국민건강보험공단의 장에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 비양육부·모 또는 양육비 채무자의 근무지에 관한 정보자료를 요청할 수 있다. <개정 2018. 12. 24.>

② 제1항에 따른 요청을 받은 관계 기관의 장은 정당한 이유가 없으면 이에 따라야 한다.

155) 양육비이행법 제24조(업무의 위탁) ① 여성가족부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호에 해당하는 업무를 이행관리원에 위탁할 수 있다.

1. 제13조에 따른 비양육부·모 또는 양육비 채무자의 주소 등 자료 요청에 관한 사항

이 부족한 비양육부모의 국민기초생활보장법 제16조에 따른 자활 지원 프로그램 연계 취업 알선 등이 필요하다는 의견들이 있는데¹⁵⁶⁾ 현행법 하에서도 양육비이행관리원의 업무 범위 내에 포함된다. 양육비 이행관리원이 비양육부모의 자발적 양육비 이행을 지원하기 위한 업무를 적극적으로 할 수 있도록 인력 등 지원이 필요하다.

한편, 비양육부모가 자발적으로 양육비를 지급하지 않을 경우 행정처분, 형사처벌 등 제재가 실효성 있게 이루어질 필요가 있다. 제재 강화 수준을 높였을 때 부당결부금지 원칙 위반이나 과잉금지원칙 위반 등 비양육부모의 기본권 침해 문제가 생길 수 있다(본 보고서 II. 2. 다. (2) 내지 (5) 참조). 그러나 제재조치의 위하력, 외면적 규범 준수력 강화, 일반예방 효과가 있다.¹⁵⁷⁾ 양육비이행관리원은 비양육부모가 양육비 채무를 불이행할 경우 운전면허 정지, 출국금지, 명단공개, 형사처벌 등 제재를 받을 수 있도록 함으로써 자발적 양육비 이행을 촉진할 수 있다. 양육부모가 양육비 집행권원을 쉽게 확보하고 강제집행을 편하게 할 수 있도록 돕는 것 역시 자발적 양육비 이행을 촉진할 수 있다. 양육비 집행권원 확보나 강제집행을 하기 위해 양육부모가 지불해야 할 시간, 노력, 돈 등 비용이 너무 많이 들면 양육부모가 양육비 청구를 포기하는 경우가 많아지므로 이를 노리고 자발적 이행을 하지 않는 비양육부모가 생기기 때문이다.

다. 양육비 집행권원 확보 지원 방안

양육비이행관리원은 2023년 6월 현재 소송지원은 직접수행과 대한법률구조공단, 대한변협법률구조재단, 한국가정법률상담소를 통한 위탁 수행의 방법으로¹⁵⁸⁾ 수행하고 있는데, 2022년 누적 기준으로 직접소송의 양육비 이행률이 두 배 이상 높다¹⁵⁹⁾고 한다(본 보고서 III. 2. 라. (1) (나) 개정안에 대한 국회 여성가족위원회 수석전문위원 검토보고(2023. 6.)). 비양육부모는 양육비이행관리원이나 대한법률구조공단을 통해 제공된 무료 변론이 도움이 되었다고 하면서도 무료라서 그런지 양육비 액수가 깎여도 빨리 합의하라는 식으로 소극적이고 형식적인 변론을 한다고 느끼기도 한다(본 보고서 V. 1. 가. 비혼모들의 양육비 청구 소송 경험 연구). 비양육부모 중에는 양육비이행관리원이 제공한 양육비 이행확보 지원 신청서 서류를 작성하는 것에도 어려움을 느끼는 경우가 있을 수 있으므로(본 보고서 V. 1. 다. (4)

156) 현소해, 양육비 채무 이행률 제고를 위한 몇 가지 제언, 사법 통권 64호, 2023, 196면

157) 현소해, 양육비 채무 이행률 제고를 위한 몇 가지 제언, 사법 통권 64호, 2023, 197면

158) 소송을 통한 이행의무확정건수 총 19,774건 가운데 20.9%(4,137건)만을 이행관리원이 직접 수행하고 나머지 79.1%(15,637 건)는 위탁으로 수행(2022년 말 누적 기준)

159) 양육비이행관리원에 의하면 직접소송의 경우 사건 관련 상담부터 소송 진행 및 양육비 채무 이행 여부에 대한 모니터링까지 담당하여 담당자가 전반적인 상황을 잘 파악하고 있고, 소송지원 외 면접교섭 등 조치가 필요한 경우 적시에 지원을 제공하기가 위탁소송 대비 용이한 점 등이 기인한 측면이 있다고 한다.

양육비 이행확보 지원 신청 시 서류 작성의 어려움 그런 부분도 배려하는 상담과 안내가 필요하다. 양육비이행관리원이 양육비 집행권원을 확보함에 있어 가능하면 많은 양육비를 인정받을 수 있도록 적극적으로 소송대리 등 법률 지원을 할 수 있어야 한다.

4 법률 개정이 필요한 방안

가. 생모의 자기결정권과 태아의 생명권 보호 방안

생부나 생부의 가족 등이 생모의 임신 사실을 알고 낙태하도록 강요하거나 생모가 낙태를 권하는 이야기를 듣고 싶지 않다는 의사를 밝혔음에도 불구하고 반복하여 권하는 것은 생모의 자기결정권과 태아의 생명권을 침해하는 행위이다. 위기 임신 상황의 생모가 육체적으로나 정신적으로 매우 힘든 상황임을 고려하면, 생부나 생부의 가족 등이 부드러운 어투로 교양 있는 표현을 하면서 낙태할 것을 반복하여 권하는 것도 자기결정권 침해가 될 수 있다. 낙태죄에 관하여 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 사이에서 찬반 입장이 나뉘지만 어느 입장에서든 여성에게 낙태를 강요하는 것은 부정적으로 볼 수밖에 없다. 태아의 생명권보다 여성의 자기결정권을 우선하는 입장에서 볼 때도 여성에게 낙태를 강요하거나 원치않는다는 의사를 밝혔음에도 반복하여 권하는 것은 여성의 자기 결정권을 침해하는 것이기 때문이다. 여성에게 낙태를 강요하거나 반복해서 권유하는 것은 태아의 생명권을 침해하면서 동시에 여성의 자기 결정권을 침해하는 행위로서 금지되어야 한다. 생부 등이 임신한 여성에게 낙태하라고 강요하거나 여성이 그만 이야기하라고 했는데도 반복적으로 낙태할 것을 권하는 행위를 형사 처벌하는 등 제재할 필요성이 있다. 현행법상 강요죄¹⁶⁰⁾는 폭행 또는 협박¹⁶¹⁾을 요건으로 하고 기본적으로 권리행사를 방해하는 죄¹⁶²⁾이기 때문에 위기 임신 상황에서 육체적으로나 정신적으로 힘든 상황에 있는 생모의 자기결정권과 생존하고자 하는 태아의 생명권을 보호하는 데에는 한계가 있다.

나. 태아인지를 재판상 인지로도 할 수 있도록 하는 방안

태아인지를 재판상 인지로도 할 수 있도록 법률을 개정할 필요가 있다. 출생 후에 인지청구를 하면 그만큼 인지와 양육비 청구가 늦어지기 때문이다. 본 연구에서 제안한 법원 실무로 태아인지를 재판상 인

160) 제324조(강요) ① 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

161) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015도16696 판결. 강요죄의 수단으로서 협박은 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말한다.

162) 형법 제324조 강요죄는 권리행사방해(제323조), 인질강요(제324조의2), 인질상해, 치상(제324조의3, 제324조의4)와 함께 형법 제37장에서 정하고 있는데 형법 제37장의 제목이 권리행사를 방해하는 죄이다.

지와 유사하게 운영할 수 있으나 출생과 동시에 인지의 효력이 나타나는 태아인지에 비하여 시간적으로나 절차적으로 한계가 있다(VI. 2. 나. 태아인지를 재판상 인지와 유사하게 운영할 수 있는 방안). 특히 외국인 미혼모의 경우 태아인지가 되면 아동이 출생과 동시에 우리나라 국적을 취득하고 출생등록될 수 있다는 점에서 차이가 더 크다. 태아인지를 허용한 이유가 부분만 아니라 자와 모에게도 유리하기 때문이라면¹⁶³⁾ 태아 또는 모가 청구하는 재판상 인지를 불허할 이유가 없다. 출생 후 인지청구가 가능한데도 생부가 태아인지를 거부할 이익을 보호할 필요성이 낮기 때문이다. 출생 후 인지청구가 가능하므로 태아의 인지청구권을 허용할 실익이 적다는 의견도 있을 수 있다. 그것은 미혼모, 특히 외국인 미혼모와 그 아동이 겪는 어려움을 도외시한 것이다. 그리고 설령 태아의 인지청구권을 허용할 실익이 적다고 평가하더라도 굳이 그 실익을 막을 이유(예를 들어, 태아의 인지청구권을 허용할 경우 발생할 부작용)가 없다면 그 “적은” 실익을 보호하지 않을 이유가 없다. 외국인 미혼모의 태아인지 청구 시에는 소송 기간 동안 외국인 미혼모의 한국 체류 자격이 부여되어 안정적으로 출산하고 인지 및 양육비 청구를 할 수 있도록 해야 한다. 외국인 미혼모의 안정적 출산과 인지 및 양육비 청구는 외국인 미혼모를 위한 것이고 동시에 그 아기를 위한 것이다.

다. 양육비 강제징수 지원 방안

(1) 기존의 논의

(가) 국세청을 통한 강제징수 방안

국회에 발의된 양육비 선지급 제도 입법안들은 양육비 선지급을 한 경우 그 금액을 양육비 채무자에게 통지하여 징수하고, 이를 납부하지 않는 경우 국세 강제징수의 예에 따라 징수하고자 한다. 그리고 징수에 관한 업무를 국세청장에게 위탁할 수 있도록 하고 있다[본 보고서 III. 1. 나. (3) 양육비 선지급 금액의 징수 방법]. 이에 대하여 국세청은 신중하게 검토해야 한다는 입장이다[본 보고서 III. 1. 나. (3) 나) 국세청의 의견].¹⁶⁴⁾ 국세청이 세금을 징수하듯이 양육비 강제집행을 할 수 있다면 양육부모의 강제

163) 김주수, 김상용, 주석 민법 친족(3), 2010, 98면. 구민법에서는 모의 동의를 요하게 하였으나 민법에서는 그것이 삭제되었다고 하고, 자의 출생 전에 부가 사망할 가능성이 있을 때에 부에게 태아를 인지할 수 있도록 허용하는 것은 부분만 아니라 자와 모에게도 유리하기 때문이라고 한다.

164) 국세청은 국세청이 징수 업무를 위탁받는 것은 어렵고 양육비이행관리원이 양육비 이행법에 따라 강제징수 능력 등이 있으므로 신중하게 검토해야 한다는 의견이다. 국세청에 의하면 업무가 과중한 상태라서 양육비 징수 업무를 위탁받을 경우 국세징수 능력이 저하될 우려가 있다. 그리고 현재 양육비 이행법 제16조(재산 등에 관한 조사), 제17조(금융정보등의 제공), 제20조(세금환급예정금액의 압류 및 차감), 제21조(채납자료의 제공) 등에 따라 양육비 채무자에 대한 재산조사 등이 가능하고, 제21조의3(운전면허 정지처분의 요청), 제21조의4(출국금지 요청 등), 제21조의 5(명단 공개) 등 양육비 미이행에 대한 제재조치를 통해 양육비 이행확보를 할 수 있도록 이미 규정되어 있으며, 이행관리원은 법령에 따른 강제징수 능력이 있으므로 국세청에 위탁하지 않아도 징수 업무를 할 수 있다는 의견이다.

집행 부담을 많이 덜어줄 수 있을 것이다. 하지만 본 보고서는 국민건강보험공단이 건강보험료를 징수 하듯이 양육비 강제집행을 하는 것이 더 효과적이라는 의견이다. 건강보험료는 직장가입자와 지역가입자 모두에게 매달 고지하여 납부하는데 반하여 세금은 기본적으로 1년 단위로 납부하는 방식으로 개인 사업자 등은 실제로도 1년 단위로 납부하고 있기 때문이다.

(나) 양육비이행관리원을 통한 강제징수 방안

양육비이행관리원 독립화의 후속 조치로 권한을 확대하여 양육비 채무자에 대한 강제집행을 할 수 있게 해야 한다는 의견이 있다.¹⁶⁵⁾ 현재는 양육비이행관리원의 양육비 채무자 재산조회, 금융정보 조회 권한이 제한적이고 법원 결정을 받아서 진행해야 해서 강제집행을 하기 어려우므로, 미국과 호주 사례를 참조하여 재산조회나 금융정보 조회 권한을 부여하고 법원 결정없이 양육비이행관리원에서 직권으로 급여 등에서 압류를 실시하는 방식으로 강제집행을 할 수 있어야 한다는 의견이다. 양육비 채무자의 자산을 곧바로 압류하고 추심하여 실효성있는 강제집행을 해야 한다는 점에서 수긍이 된다. 하지만 본 보고서에서는 국민건강보험공단을 통한 강제징수 방안을 제안한다. 왜냐하면 양육비이행관리원에서 새로 강제집행 인프라를 구축하는 것보다 전국민을 대상으로 매달 건강보험료를 고지하여 받고 있는 국민건강보험공단의 이미 구축되어 있는 인프라를 활용하는 것이 더 효율적이고 효과적이기 때문이다.

(2) 국민건강보험공단을 통한 강제징수 방안 제안

(가) 국민건강보험공단을 통한 강제징수 방안의 장점

우리나라에는 이미 양육비를 강제집행할 수 있는 인프라가 존재한다. 양육부모나 국가가 양육비 징수를 국민건강보험공단에 위탁하고 건강보험료를 징수하는 방식으로 양육비를 강제집행할 수 있다. 양육부모가 국민건강보험공단에 위탁하면 국민건강보험공단에서 비양육부모에게 양육비 납부 통지를 하여 양육비를 받아서 양육부모에게 지급한다. 만약 비양육부모가 양육비를 납부하지 않으면 국민건강보험공단에서 건강보험료 체납 시 강제집행하듯이 비양육부모의 재산을 찾아서 강제집행을 하고 그 돈을 양육부모에게 지급한다. 국가가 한시적 양육비 긴급지원을 한 후 양육부모에게 구상권을 행사할 때 역시 국민건강보험공단에 위탁해서 위와 같이 진행한다. 만약 양육비 선지급 제도가 도입된다면 국가가 양육비 선지급 후 구상권 행사를 할 때 국민건강보험공단에 위탁하여 마찬가지로 진행할 수 있다.

165) 허민숙, 배드파더스 공개는 유죄, 국가의 책무는?, 이슈와 논점, 국회입법조사처, 2024. 3. 11.

국민건강보험공단은 이미 임금채권보장법에 따른 징수 업무 등을 위탁받아 수행하고 있다. 국민건강보험공단은 전 국민을 대상으로 매달 건강보험료를 고지한다. 양육비 채무 역시 매달 이행되어야 한다. 직장가입자는 매달 월급에서 원천 공제하는 방식으로 건강보험료를 납부한다. 마찬가지로 직장가입자인 양육비 채무자의 월급에서 양육비를 원천 공제할 수 있다. 건강보험료 체납처분 대상자가 되면 소유한 동산, 부동산에 대한 압류, 매각(공매) 절차가 진행된다. 양육비 체납 시에도 그렇게 집행할 수 있다. 국민건강보험공단이 양육비 징수 업무를 위탁 수행한다면 올해 2월 법 개정으로 독립기관이 되는 양육비 이행관리원은 양육지원이나 양육비 집행권 확보를 위한 법률지원, 양육비 채무자 주소, 근무지 등 조사 지원 등에 집중할 수 있다.

국민건강보험공단이 이미 양육비 강제집행을 위한 인적, 물적 인프라를 구비하고 있다. 그런데 2024년 2월 개정 법에 따라 새로 법인이 된 양육비이행관리원이 전국에서 양육비 강제징수를 하는 인적, 물적 인프라를 구축하기에는 비용이 많이 들고 국가에서 그런 인프라를 중복하여 구축하는 것은 비효율적이다. 아동 이익 최우선의 원칙에 따라 친생부모가 아동을 직접 양육하도록 돕거나 그것이 어려우면 비양육부모가 양육비를 자발적으로 이행하도록 하는 우선적인 정책 목표가 성공을 거두면 역설적이게도 양육비 강제집행은 불필요하게 된다는 점도 고려할 필요가 있다. 양육비이행관리원에서 강제집행할 수 있는 인프라를 구축했는데 위와 같은 정책 목표에 성과가 나타나서 강제집행 건수가 줄어들면 불필요한 인프라를 구축한 것이 된다. 국민건강보험공단은 이미 구축되어 있는 건강보험료 징수 인프라를 활용하는 것이어서 양육비 강제집행이 줄어들어도 매몰되는 인프라 구축 비용이 없거나 훨씬 적다.

국세청도 직장인에 대하여는 매달 월급에서 세금을 징수하고 있다. 그러나 월급을 받는 직장인이 아닌 개인사업자 등은 세금을 매달 내지 않고 1년 단위로 세금을 납부한다. 국민건강보험공단은 국세청과 달리 직장인이 아닌 개인사업자 등에 대하여도 매달 건강보험료를 징수하고 있는 점에서 양육비 강제징수 기관으로서 장점이 있다.

양육부모와 아동이 양육비를 받는 데에 가장 효과적이라서 여당, 야당, 정부, 학계, 시민사회 등 모두들 도입하고 싶어하는 양육비 선지급 제도를 도입하려면 국가가 양육비를 선지급한 후 비양육부모로부터 회수하는 회수율이 높아야 하고 회수하는데 드는 비용을 최소화해야 한다. 이를 위해서도 양육비 강제집행을 국민건강보험공단에 위탁하고 건강보험료 징수하는 방식으로 강제집행할 필요가 있다.

(나) 현재 국민건강보험법에 따른 국민건강보험공단의 건강보험료 체납 징수 절차

1) 직장가입자 보수월액보험료 원천 공제 납부

직장가입자의 월별 보험료에는 보수월액보험료와 소득월액보험료가 있다(국민건강보험법 제69조 제4항). 보수월액보험료는 직장가입자가 지급받은 보수를 기준으로 산정한다(국민건강보험법 제70조 제1항). 소득월액보험료는 보수외소득(보수월액의 산정에 포함된 보수를 제외한 직장가입자의 소득)이 대통령령에서 정하는 금액을 초과하는 경우 (연간 보수외소득 - 대통령령으로 정하는 금액) x 1/12의 계산식에 따라 산정한다. 직장가입자의 소득월액보험료는 직장가입자가 부담하고 직장가입자가 납부한다(국민건강보험법 제76조 제2항, 제77조 제1항 제2호).

직장가입자의 보수월액보험료는 사업주 등과 직장가입자가 각각 보험료액의 100분의 50씩 부담하고(국민건강보험법 제76조 제1항 본문, 제3조 제2호 가목, 다목), 사용자가 납부한다(국민건강보험법 제77조 제1항 제1호). 사용자는 보수월액보험료 중 직장가입자가 부담하여야 하는 그 달의 보험료액을 그 보수에서 공제하여 납부해야 하며, 이 경우 직장가입자에게 공제액을 알려야 한다(국민건강보험법 제77조 제3항). 직장가입자의 보수월액보험료는 급여에서 원천적으로 공제하여 사업자가 납부하는 원천 공제 방식으로 납부한다.

2) 지역가입자 보험료 납부

국민건강보험공단이 납입 고지한 보험료 등을 납부하는 지역가입자는 신용카드, 직불카드 등으로 건강보험료를 납부할 수 있다(국민건강보험법 제79조의2 제1항). 보험료 납부의무가 있는 지역가입자는 그 달의 보험료를 그 다음 달 10일까지 납부해야 한다(국민건강보험법 제78조 제1항).

3) 국민건강보험 보험료 체납 징수 절차¹⁶⁶⁾

국민건강보험공단은 국민건강보험법에 따라 다음과 같은 절차로 체납보험료를 징수하고 있다. 이 중 결손처분은 성격상 양육비 강제이행에는 적용될 수 없으나 다른 절차는 적용될 수 있다.

보험료 고지 => 보험료 독촉 => 납부 독려 => 체납처분 승인 => 납부최고 => 압류예고통지 => 압류
=> 압류의 통지 => 압류의 해제 => 매각(공매) => 배분 => 결손처분

가) 독촉고지

건강보험료는 매달 납부해야 한다. 납부기한 내 납부하지 못한 경우 독촉고지서가 발부된다(국민건강보험법 제81조 제1항 전단). 체납이 3개월 이상 지속될 경우 체납처분 대상이 되어 소유한 동산 및 부

166) 나영균 등, 건강보험 체납징수 개선 연구, 국민건강보험, 건강보험연구원, 2020.

동산이 압류될 수 있다(국민건강보험법 제81조 제3항). 이들 중 납부능력이 없다고 판단될 경우(소득과 재산 모두 100만 원 미만인 경우 등) 결손처분을 통해 체납보험료를 탕감받게 된다. 독촉고지는 납부기한 내 보험료 미납 체납자의 자발적 납부를 유도하여 징수 효과를 높이려는 취지로 체납처분 전 체납자에게 납부기한을 한번 연장해주는 것이다. 국민건강보험공단은 2019년 한 해에 직장독촉 약 608만 건, 지역독촉 약 1,452만 건의 고지서를 발부하고 있으며, 우편비용으로 약 69억 원을 지출하였다고 한다.

나) 체납처분

독촉 고지 이후에도 체납이 유지되는 경우에는 납부 독려 안내문과 문자 등을 보내 체납 사실을 인지시키고 체납된 보험료에 대한 납부를 독려한다. 체납처분은 독촉된 보험료가 미납되어 관련 법률 규정에 따라 국민건강보험공단이 체납자의 재산을 압류, 환가, 청산하여 보험료 등의 채권에 충당하는 일련의 강제징수 절차를 말한다. 체납처분대상은 체납 기간이 3개월 이상인 자 중 체납금액이 30만 원 이상일 때 선정된다. 국민건강보험공단은 2019년 한 해 약 100만 건 정도 압류와 동일 수의 압류 해지를 하였다고 한다. 동산 및 부동산에 대해 압류할 경우 개인의 경제활동에 큰 영향을 미치므로 체납된 보험료가 신속히 납부된다. 따라서 압류 건과 압류해지 건의 숫자가 비슷한 것으로 추정된다.

다) 결손처분

체납징수절차에도 불구하고 장기간 체납을 유지하고 있는 체납자들 중 상당수는 보험료 납부능력이 없는 저소득계층으로 추정된다. 장기체납자가 증가할수록 징수비용 지출이 증가하여 부담이 발생한다. 보험료 부담능력이 없는 저소득층에게는 국민건강보험공단의 지속적인 체납징수행위가 큰 고통이 될 수 있다. 따라서 보험료 납부능력이 없다고 판단되면 보험료를 탕감해주는 결손처분을 실시하고 있다. 결손처분은 체납보험료 징수가 불가능한 저소득, 취약계층에게 주로 사용되는 일종의 탕감정책이다. 결손처분은 국민건강보험공단의 인력과 예산 낭비를 방지하는 효과도 있다. 결손처분 대상기준은 매우 엄격한데, 연간 100만 원 이하의 소득과 100만 원 이하의 재산이 충족되어야 한다. 또한 결손처분 이후에도 3년 이내에 재산 및 소득이 발견되었을 시 결손처분이 취소된다. 2019년 국민건강보험공단은 약 17만 2,196건 총 2,472억 원의 체납보험료를 결손처분하였다. 2017년부터 결손처분을 활성화하여 부담능력이 없는 체납자에 대한 결손이 활성화되었다고 한다.

(다) 국민건강보험공단을 통한 강제징수 시 고려 사항

1) 아동복지법 등 법률 개정

국민건강보험공단을 통한 강제징수를 하려면 국민건강보험공단이 양육부모나 국가로부터 양육비 강

제집행을 위탁받을 수 있고 비양육부모가 독촉을 받고도 양육비를 납부하지 않으면 국민건강보험공단이 국세 체납처분의 예에 따라 건강보험료 징수하듯이 양육비를 징수할 수 있도록 법률을 개정해야 한다. 국민건강보험법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회복지 증진에 이바지함을 목적으로 하므로 여기에 넣기에는 적절하지 않다. 양육비이행법을 개정하거나 아동복지법을 개정하는 것이 타당하다. 양육비이행법은 미성년 자녀를 직접 양육하는 부 또는 모가 미성년 자녀를 양육하지 아니하는 부 또는 모로부터 양육비를 원활히 받을 수 있도록 양육비 이행확보 등을 지원하여 미성년 자녀의 안전한 양육환경을 조성함을 목적으로 하고, 아동복지법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 하기 때문이다.

이론적으로는 양육비이행법이나 아동복지법 모두 가능하지만 정부 조직상 국민건강보험공단이 보건복지부 산하 기관인 점을 감안하면 아동복지법에 법적 근거를 두는 것이 더 낫다고 생각한다. 아동의 복지를 보장하기 위한 아동복지법은 보건복지부 소관 법률인데 국민건강보험공단은 보건복지부 산하기관이다. 현실적으로 국민건강보험공단 실무에서 업무를 수행함에 있어 보건복지부의 요청과 여성가족부 요청에 차이가 있을 수 있다. 국가 행정이 효율적으로 작동하기 위한 조직 운영이라는 관점에서 무시할 수 없는 사정이다. 국가가 양육비 이행 확보를 위해 적극적으로 개입할 수 있고/개입해야 하는 근거가 아동의 법익 보호에 있다는 점(본 보고서 IV. 2. 가. 제도 개선 노력에서 확인되는 근본적인 관점의 변화 필요성)을 고려하여도 아동복지법이 적절하다.

2) 비양육부모의 사생활 보호

양육비 강제 징수를 건강보험료 원천 공제 방식으로 간소한 절차로 진행할 경우 비양육부모에 대한 양육비 강제 징수 사실이 직장 내에 알려져서 비양육부모의 사생활 침해 문제를 야기할 수 있다는 우려가 있을 수 있다. 국민건강보험공단을 통한 양육비 강제 징수는 비양육부모가 양육비를 자발적으로 납부할 기회를 주었는데도 불이행한 경우(예를 들어, 가사소송법 제64조에 따른 이행명령을 받은 경우)에 한하여 위탁할 수 있도록 하는 방식으로 그런 문제를 해소할 수 있다. 현행법상 양육비 직접지급명령(본 보고서 II. 2. 나. (4) 양육비 직접지급명령이 내려진 경우에도 비양육부모의 고용주에게 양육비 강제 집행 사실이 알려진다. 그와 비교할 때 국민건강보험공단을 통한 강제 집행에 사생활 침해 문제가 있다고 보기 어렵다.

3) 강제집행 시 채권 우선순위

국민건강보험공단에서 양육비 강제집행을 할 때 비양육부모의 재산을 처분해도 모든 채무를 변제할 수 없는 경우에 채권의 우선순위에 따라 배당을 해야 한다. 예를 들어, 조세 채무, 건강보험료 채무, 양육비 채무, 기타 일반 민사 채무가 있는데 강제집행 대상 재산으로는 채무를 모두 변제하지 못하는 경우에 채무 변제를 어떻게 배당하여야 하는지 정리할 필요가 있다. 현재는 양육비 채권은 일반 민사 채권과 같은 지위에 있다. 이것은 입법 정책적으로 결정할 문제이다.¹⁶⁷⁾

사건에는 법률을 개정하여 국세 체납의 예에 따라 양육비를 건강보험료 징수하듯이 강제집행할 수 있게 된다면 양육비 채권을 일반 민사 채권보다는 선순위에 두되 국세 체납의 예에 따라 강제집행할 수 있는 기존의 다른 채권들에 비해서는 후순위에 두는 것이 타당하다고 생각한다. 아동의 법익 보호를 위하여 일반 민사 채권보다 선순위를 인정하되 기존 법률에서 양육비 채권보다 선순위에 있었던 채권들보다 더 선순위에 두는 것은 너무 급격한 변화이기 때문이다. 하지만 양육비 채권을 다른 일반 채권보다 선순위에 돌지 여부가 문제가 되어 국민건강보험공단을 통한 강제집행 입법이 이루어지지 못하는 것보다는 양육비 채권이 다른 일반 채권과 같은 순위로 두더라도 국민건강보험공단을 통한 강제집행이 가능하도록 입법을 하는 것이 더 낫다고 생각한다. 그렇게 되더라도 양육부모와 아동 입장에서 양육비 강제집행이 현재보다 더 수월해지는 것이기 때문이다.

167) 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2016헌마260 결정은 양육비 채권을 집행채권으로 하여 비양육부모의 공무원연금 퇴직연금을 압류하여 강제집행을 하려 하였으나 구 공무원연금법 제32조에서 공무원연금 수급권자의 수급권이나 지급된 수급액 등을 압류하는 것을 제한하고 있어서 강제집행을 할 수 없는 것이 헌법에 위반된다고 주장하며 헌법소원 심판을 청구한 사건이다. 양육부모인 청구인은 위 조항으로 인하여 자녀를 양육하는 데 경제적 어려움을 겪게 되었으므로 위헌이라고 주장하였다. 헌법재판소의 법정의견(4명, 재판관 김이수, 재판관 김창중, 재판관 강일원, 재판관 이선애)은 이 사건 쟁점이 청구인의 재산권 침해 여부라고 이해하고 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 법정의견은 위 조항으로 인해 공무원연금 수급권자가 생계비 이상의 연금급여를 받으면서도 채무 이행을 의도적으로 회피하는 경우 어려운 처지에 있는 채권자가 보호받지 못하는 문제가 해소되지 않고 있고 위 조항의 목적이 공무원연금 수급권자와 그 가족의 인간다운 생활 보장인데 이 사건과 같은 양육비 채권은 원래 위 조항에 의하여 보호되어야 하는 채권인데도 비양육부모인 공무원연금 수급권자가 양육 책임을 이행하지 않고 의도적으로 회피하는 경우 오히려 위 조항이 보호하고자 하는 법익이 위 조항에 의해 침해되는 결과가 빚어진다고 하면서도, 위 조항의 문제점을 완화할 수 있는 합리적 방안을 마련하는 것은 입법자의 몫이라고 실시하였다. 법정의견은 입법자가 위 조항을 보완하는 제도적 장치를 시급하게 마련하여야 한다고 하면서도 위헌은 아니라고 판단한 것이다. 이에 반하여 헌법재판소의 위헌의견(5명, 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호, 재판관 유남석)은 위 조항이 양육비 채권의 강제집행을 금지하는 것은 양육부모인 청구인의 재산권을 침해하여 헌법에 위반된다는 의견이었다. 위헌의견이 다수의견이지만 위헌결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 결론적으로는 합헌 결정을 하였다.

라. 양육비 선지급 제도 도입

양육비 이행 확보 방안을 고민하는 중국적인 목적인 아동이 양육비를 받을 법익 보호에 있어 양육비 선지급 제도가 가장 바람직하다(본 보고서 III. 1. 나. (2) (가) 제도 도입의 필요성). 그러나 회수율이 낮은 상태에서 양육비 선지급 제도는 비양육부모의 책임 방기와 복지 의존 현상을 야기할 수 있고 그것은 국가 재정 부담으로 이어지므로 신중하게 검토할 필요가 있다(본 보고서 III. 1. 나. (2) (나) 제도 도입을 신중하게 검토할 필요성). 여성가족부는 2024. 3. 기존의 한시적 양육비 긴급지원을 확대, 전환하는 것으로 중위소득 100% 이하 가구의 18세 이하 미성년 자녀를 대상으로 월 20만 원의 양육비를 18세까지 지원하고 시행 3년 후 제도의 성과와 회수율 분석 등을 통해 제도를 보완 검토할 방침으로 법 개정을 추진하겠다고 하는데(본 보고서 III. 1. 라.) 관건은 역시 회수율이 될 것으로 보인다. 회수율을 높일 수 있는 양육비 강제집행 인프라로서 국민건강보험의 건강보험료 징수 시스템이 이미 마련되어 있으므로 이를 활용하여 양육비 선지급 제도를 도입할 수 있는 기초로 삼을 필요가 있다(본 보고서 VI. 4. 다. (2) (가) 국민건강보험공단을 통한 강제징수 방안의 장점).

마. 양육비 채무를 이행하지 않기 위하여 재산을 은닉하는 등으로 양육비 채권자를 해한 경우 형사 처벌 특칙 도입

감치명령, 운전면허 정지, 출국금지, 명단공개, 형사처벌은 제재를 통해 양육비 이행을 간접적으로 강제하는 효과가 있다. 양육비 채무 이행 확보를 위해 위와 같은 제재의 실효성을 확보할 수 있게 제도를 더욱 개선해야하고 법원이 양육비 채무자에게 너무 온정적이라고 비판하는 의견이 많은 것은 제재를 하면 그만큼 양육비 이행을 할 가능성이 높아지기 때문이다(III. 2. 다. 양육비 채무 불이행 시 제재를 강화하여 간접적으로 양육비 이행을 강제하려는 개정안). 반면, 법률에서 위와 같은 제재의 요건과 절차를 엄격하게 정하고 법원에서 신중하게 판단을 하는 것은 제재를 하면 그만큼 양육비 채무자의 권리와 자유가 제한되기 때문이다(II. 2. 다. (2) 운전면허 정지 제도, (3) 출국금지 제도, (4) 명단공개 제도, (5) 형사처벌 제도).

양육비 미이행시 제재를 하는 궁극적인 목적은 양육비를 이행하도록 하는 데에 있다. 만약 본 연구의 제안대로 국민건강보험공단이 건강보험료 체납 시 강제집행하듯이 양육비 채무자의 재산을 찾아서 강제집행을 하여 양육비를 징수한다면, 양육비 미이행 제재를 통해 얻으려는 결과를 상당 부분 달성할 수 있을 것이라 기대한다. 그러나 양육비 채무자가 의도적으로 양육비 채무를 이행하지 않기 위하여 재산을 은닉하는 등으로 양육비 채권자를 해하는 경우에는 아무리 강력한 강제집행 수단을 활용해도 양육비를

받을 수 없다. 현행 법상 존재하는 제재 제도에는 의도적으로 재산 은닉 등을 통해 양육비 강제집행을 전혀 할 수 없게 하는 행위를 요건으로 하여 제재하는 것은 없는 것으로 보인다. 본 연구에서 제안하는 바에 따라 국가가 제공할 수 있는 가장 강력한 강제집행 수단을 양육비 채권자가 활용할 수 있게 하더라도 의도적으로 재산 은닉 등으로 양육비 강제집행을 면하는 자를 형사 처벌할 수 있는 특칙을 둘 필요가 있다. 이런 경우 의도성, 재산 은닉 등 강제집행 면탈 행위, 양육비 채권자를 해함과 같은 엄격한 요건 하에 비난가능성이 큰 행위를 처벌하는 것이다. 그러므로 현행법상 형사처벌과 같이 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니할 것이라는 등의 별도의 엄격한 요건과 절차를 둘 필요가 없다고 생각한다.

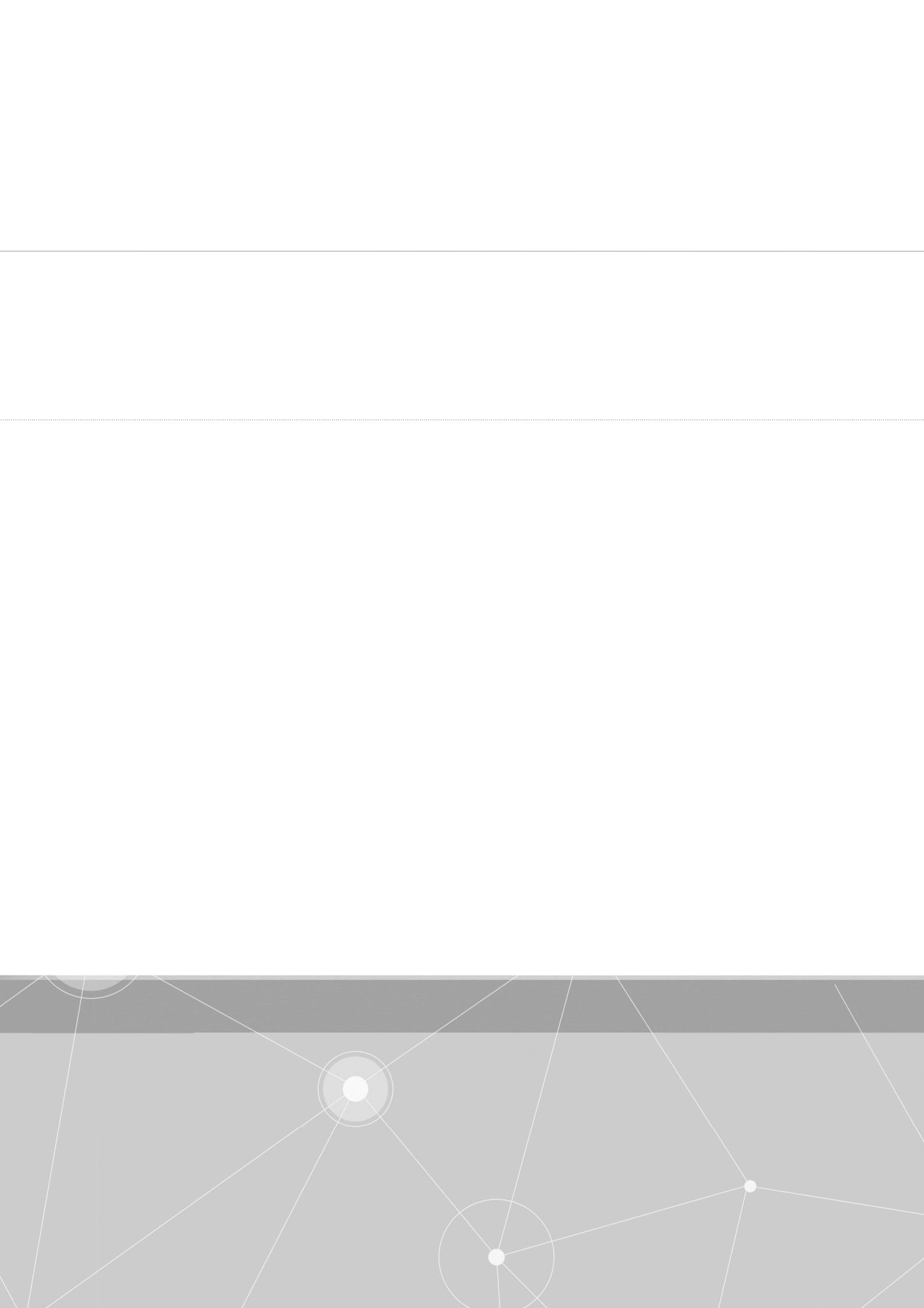
VII. 결론

아동 최선의 이익 원칙은 가장 이상적인 상태만을 최선의 이익이라고 하지 않는다. 가령, 부모가 양육 포기를 고민하는 위기 상황에서 아동의 최선의 이익은 친생부모가 직접 양육하고(1순위), 그것이 어려우면 한부모가 직접 양육하고(2순위), 그것도 안 될 경우에 영아유기와 살해 위기에 놓인 아동을 살릴 수 있는 길을 마련할 것을(3순위) 요청한다. 양육비 정책에서도 친생부모가 직접 아동을 양육하도록 돕고(1순위), 그것이 어려우면 비양육부모가 자발적으로 양육비를 지급하도록 돕고(2순위), 그것도 안 될 경우에 비양육부모가 강제적으로라도 양육비를 지급하도록 해야 한다(3순위). 1순위가 가장 우선적이고 중요한 목표가 되어야 한다. 하지만 2순위, 3순위도 저버릴 수 없다. 1순위와 병행가능하기 때문이다.

양육부모가 양육비를 청구하고 싶지만 양육비를 받기 위해 지불해야 할 시간, 노력, 돈 등 비용이 너무 커서 양육비를 포기한다면 아동의 법익을 보호할 수 없다. 비양육부모의 무책임한 방종과 부당한 경제적 이익이 허용된다. 양육부모가 양육비를 받기 위해 지불해야 할 비용이 너무 커서 양육비를 포기하는 것은 국가의 역할의 실패이다. 법과 제도는 양육부모가 양육비를 받기 위해 지불해야 할 시간, 노력, 돈 등 비용을 가급적 줄여주어야 한다. 이 국면에서도 친생부모의 직접 아동 양육(1순위)이 가장 바람직하고, 그 다음은 비양육부모의 자발적 양육비 지급(2순위)이고, 그 다음이 강제적 양육비 지급(3순위)이다.

본 연구는 양육비 이행 확보가 단순히 양육부모의 사적 권리 실현이 아니라 스스로는 자신을 보호할 수 없는 아동의 법익 보호라는 공공복리 실현을 위한 것이라는 입장에서 미혼모 등 한부모가 양육비를 받는데 겪는 어려운 사항들을 정리하고 이를 해소할 수 있는 방안을 모색하였다. 거시적으로 건강가정기본법, 양육비이행법, 아동복지법의 유기적 운영으로 아동 최선의 이익 원칙에 따라 가정을 보호하고 양육비 자발적 이행을 촉진하며 미이행 시 강제집행을 하여야 한다. 현행법 하에서 법원과 행정 실무의 적절한 운용으로 해결 가능한 방안들과 양육비이행관리원의 적극적 역할을 통해 해결할 수 있는 문제들을 정리하였다. 그리고 법률 개정이 필요한 사항으로 생모의 자기결정권과 태아의 생명권 보호 방안, 태아인지를 재판상 인지로 하는 방안, 국민건강보험공단을 통한 양육비 강제집행 방안을 제시하였다. 본 연구는 인지 청구, 양육비 청구 소송 등 양육비 집행권원 확보까지는 양육비이행법에 따라 양육비이행

관리원에서 담당하고, 양육비 강제집행은 아동복지법을 개정하여 양육비 채권자 또는 국가가 원할 경우 국민건강보험공단에 위탁하여 건강보험료를 징수하는 방식과 같이 강제집행하는 것을 제안한다.



공향난민의 기본적 권리 보장에 관한 연구

정민아(정민아 법률사무소 대표변호사)

김진수(사단법인 피난처 난민보호팀 간사)

이지원(한국외국어대학교 대학원 법학과 박사수료)

I. 서론

UNHCR의 통계에 따르면, 강제이주자의 수는 2022년 기준 전세계적으로 1억 850만명에 육박하여 사상 최고치를 경신하였다. 강제이주자는 박해와 분쟁, 폭력과 인권침해 등으로 인하여 자신들의 의사와 별개로 이주할 수 밖에 없었던 자들을 의미한다. 이들 중 약 3,500만명은 난민이며, 약 540만명은 제3국에서 보호를 구하고자 하는 비호신청자(asylum-seeker)이다.¹⁾ 2022년 발발한 러시아-우크라이나 전쟁을 비롯하여 2023년 발발한 이스라엘-하마스 전쟁 및 수단 내전 등 국제사회 곳곳에서 여러 종류의 무력충돌이 심화되고 있음에 비추어 보면, 강제이주자의 수는 계속하여 증가할 것으로 보여진다.

우리나라에서 보호를 구하고자 하는 난민신청자의 수 또한 급격히 증가하는 추세이다. 우리나라는 1992년 11월 11일 국회가 비준에 동의한 이후 1994년부터 난민지위 인정을 위한 신청(이하 “난민신청”)을 받고 있다. 1994년부터 2023년까지 지난 30년 간 우리나라에 들어온 난민지위신청은 총 103,760건이다. 1994년부터 2013년까지 초기 20년 간 난민지위신청의 누적 건수는 6,634건에 불과한 만큼, 시행 초창기의 난민보호제도는 이렇다 할 이목을 끌지 못했다. 하지만 2013년 7월 1일, 아시아 최초의 독립적인 난민법이 대한민국에서 시행됨에 따라 난민신청자의 수는 급격히 증가하였다. COVID-19로 인하여 항공기 운항이 중단되며 난민신청자의 수가 일시적으로 급감하였으나, 엔데믹 이후 난민신청자의 수는 다시 증가하고 있다. 실제로, 2023년 한 해 동안 우리나라에 들어온 난민지위신청은 18,838건으로 역대 최고치를 기록했다.²⁾

난민신청자의 규모가 커지면서, 대한민국 영토에서 체류 중인 난민신청자뿐 아니라, 출입국항에서 입국하지 못한 채 장기간 체류하고 있는 소위 ‘공향난민’에 대한 사회적 관심 또한 확대되고 있다. 공향난민은 불분명한 입국목적, 유효한 여권 또는 입국사증의 미소지 등을 사유로 입국 심사를 통과하지 못했으나, 공향과 같은 출입국항에서 난민인정심사를 진행하기 위한 화부심사를 요청한 자들이라 할 수 있

1) UNHCR, “Figures at a glance”, <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/figures-glance>.

2) 난민인권센터, “국내 난민 현황 (2023.12.31기준)”, 2024년 3월 8일, <https://nancen.org/2397>.

다. 회부심사에서 회부결정이 내려지면 난민인정신청이 접수된 것으로 간주되어 대한민국 영토에 입국할 수 있게 되지만, 불회부결정이 내려질 경우 강제송환대상이 된다. 그러나, 난민지위를 신청하는 자들은 대개 본국으로 돌아갈 수 없는 상황에 처해있기 때문에, 불회부결정을 받은 공항난민 중 상당수는 당해 결정의 취소를 위한 소송을 제기하며 공항에 계속 체류하게 된다.

난민인정심사불회부결정에 대한 취소소송의 제기와 입국허가는 별개의 문제이므로, 이들은 행정소송이 종결될 때까지 통상 공항 내 대기실이나 환송구역에서 체류한다. 하지만, 이러한 공간은 장기간의 체류에 근본적으로 적합하지 않다. 이와 관련하여, 국가인권위원회는 출국대기실 환경 및 처우 개선에 더해 장기 대기 외국인을 위한 별도의 시설과 운영규정 마련을 촉구한 바 있다.³⁾ 주무부처인 법무부 역시 출국대기소 설치를 2023년 주요 국정과제 중 하나로 정한 바 있다.⁴⁾ 하지만 출입국항 내 장기간 체류하는 외국인의 인도적 처우를 위한 출국대기소 설치를 골자로 하는 출입국관리법 일부개정법률안은 계속 계류 중에 있으며, 주무부처의 적극적인 이행 또한 이루어지지 않고 있는 실정이다.

이에, 본 연구는 II장에서 출입국항 난민신청제도를 중심으로 공항난민의 개념을 우선 검토하였다. 이후, III장에서 실제 인천국제공항에서 난민지위를 신청했다가 난민인정심사불회부결정을 받고 공항에서 체류한 경험이 있는 당사자들과의 심층 면담 내용, 난민 관련 실무자들의 관련 견해, 소아과 의사의 자문 등을 통하여 공항난민의 권리 보장 실태 및 문제점을 살펴보았다. IV장에서는 상기 논의에서 확인된 공항난민의 권리 침해 문제에 대한 해결방안을 모색하였다. 본 연구에는 개개인의 경험을 일반화하기 어렵다는 한계가 존재할 수 있으나, 공항 내 대기실의 운영주체가 법무부로 변경된 이후 최근의 상황을 조망하였다는 의의가 있다.

3) 국가인권위원회, “출국대기실 장기 거주 송환대상 외국인의 인간다운 생활 보장 위해 공항 밖 별도 시설 마련하고 처우 개선 필요”, 2023년 10월 30일, <https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=24&boardNo=7609578&searchCategory=&page=9&searchType=&searchWord=&menuLevel=3&menuNo=91>.

4) 법무부, “2023년 주요업무 추진계획 - 미래변영을 뒷받침하는 글로벌 선진 법치”, 2023년 1월 26일, 15면.

II. 출입국향 난민신청제도와 공항난민

1 우리 난민법제상 난민의 개념

1951년의 「난민의 지위에 관한 협약」(Convention relating to the Status of Refugees, 이하 “난민지위협약”) 상 난민이라 함은 “인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분, 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 충분한 이유가 있는 공포로 인하여 국적국 밖에 있는 자로서, 그 국적국의 보호를 받을 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자 및 이들 사건의 결과로서 상주국가 밖에 있는 무국적자로서 종전의 상주국가로 돌아갈 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 종전의 상주국가로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 자”를 의미한다. 난민지위협약에 부합하는 난민 지위를 인정받기 위해서는 일반적으로 당사자의 난민신청 및 난민심사예의 회부가 전제되어야 하며, 난민지위의 인정 여부는 심사 후 결정된다.

우리나라는 난민지위협약 및 1967년의 「난민의 지위에 관한 의정서」(Protocol Relating to the Status of Refugees)를 지난 1992년 비준하였고, 이는 1993년 3월 3일자로 발효되었다. 난민지위협약 비준 이후 우리나라는 출입국관리법을 통하여 난민에 대한 절차 등을 규정하였고, 이후 2013년 7월 1일, 아시아 최초로 독립적인 난민법을 시행하게 된다.

우리 난민법에 따르면, 난민이라 함은 “인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인”을 의미한다.⁵⁾ 동법은

5) 『난민법』 제2조(정의) 이법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “난민”이란 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가(이하 “상주국”이라 한다)로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인을 말한다.

인도적체류자, 난민신청자 등에 대한 정의 또한 정하고 있다.

2 출입국·난민신청제도

우리나라는 현재 난민법에 따라 난민인정제도를 운영하고 있다. 난민지위신청은 국내에 체류하며 난민지위를 신청하는 경우와 출입국장에서 난민지위를 신청하는 경우로 구분되는데, 이 중 후자를 일반적으로 출입국·난민신청제도로 칭한다. 난민법 제6조에 따르면, 외국인이 출입국장에서 입국심사를 받을 때 난민인정 신청을 하기 위해서는 출입국관리법에 따른 출입국장을 관할하는 출입국·외국인청장, 출입국·외국인사무소장, 출입국·외국인청 출장소장, 또는 출입국·외국인사무소 출장소장(이하 “청장”)에게 난민인정신청서를 제출하여야 한다. 이후, 청장은 당해 신청자와의 면담 등을 통하여 조사를 한 뒤 그 결과를 법무부장관에게 보내야 하며, 법무부장관은 이를 바탕으로 신청자의 난민인정심사 회부 여부를 결정하게 된다.⁶⁾ 난민인정심사 회부대상으로 결정된 신청자는 출입국관리법에 따라 입국심사를 받은 뒤 우리나라에서 난민인정심사를 진행하게 된다.⁷⁾ 즉, 출입국장에서 난민지위를 신청하는 경우, 신청서 제출만으로 난민지위신청이 접수되는 것이 아니라, 법무부장관의 난민지위심사 회부결정이 있어야 관련 절차의 개시가 가능하다.

한편, 우리 정부가 난민심사 이전 단계에 회부심사를 두어 난민인정심사의 대상자를 보다 명확하게 하는 것은 UNHCR에서도 인정하고 있는 개별 국가의 재량권 범위 내에 있다는 점에서 회부심사 단계의 존재 자체를 문제삼을 수는 없을 것이다. 회부심사는 또한 난민인정심사 이전에 사전적으로 거치는

6) 『난민법시행령』 제3조(출입국장에서 난민 신청) ① 법 제6조 제1항에 따라 입국심사를 받을 때에 난민인정 신청을 하려는 사람(이하 “출입국에서의 난민신청자”라 한다)은 법무부령으로 정하는 난민인정신청서에 법 제5조 제2항 각호의 서류를 첨부하여 『출입국관리법』에 따른 출입국장을 관할하는 출입국·외국인청장(이하 “청장”이라 한다), 출입국·외국인사무소장(이하 “사무소장”이라 한다), 출입국·외국인청 출장소장 또는 출입국·외국인사무소 출장소장(이하 “출장소장”이라 한다)에게 제출하여야 한다. ② 제1항에 따라 난민인정신청서를 받은 청장·사무소장 또는 출장소장은 출입국에서의 난민신청자에 대하여 지체없이 면담 등을 통하여 조사를 한 후 그 결과를 첨부하여 법무부장관에게 보내야 한다. ③ 청장·사무소장 또는 출장소장은 제2항에 따른 조사를 하는 과정에서 필요하면 출입국에서의 난민신청자에게 탑승 항공기명 또는 선박명, 인적사항, 입국경위, 신청이유 등 난민인정심사 회부 여부 결정에 필요한 사항을 질문하고 관련 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다. ⑤ 출입국에서의 난민신청자의 난민인정 신청서 작성 등에 관하여는 법 제5조 제3항 및 제4항을 준용한다.

7) 『난민법』 제6조(출입국장에서 하는 신청) ① 외국인이 입국심사를 받을 때에 난민인정 신청을 하려면 『출입국관리법』에 따른 출입국장을 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장에게 난민인정신청서를 제출하여야 한다. ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 출입국장에서 난민인정신청서를 제출한 사람에 대하여 7일의 범위에서 출입국장에 있는 일정한 장소에 머무르게 할 수 있다. ③ 법무부장관은 제1항에 따라 난민인정신청서를 제출한 사람에 대하여는 그 신청서가 제출된 날부터 7일 이내에 난민인정 심사에 회부할 것인지를 결정하여야 하며, 그 기간 안에 결정하지 못하면 그 신청자의 입국을 허가하여야 한다. ④ 출입국에서의 난민신청자에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제2항의 기간 동안 기본적인 의식주를 제공하여야 한다. ⑤ 제1항부터 제4항까지 정한 사항 외에 출입국장에서 하는 난민인정 신청의 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

것이라는 점, 당해 회부심사가 형식적 심사가 아닌 실질적 심사의 형태로 이루어지며 심사 담당공무원의 재량권의 범위가 넓다는 점, 다른 행정처분과 달리 별도의 이의신청 절차가 없고 취소소송을 제기해야 한다는 점 등의 특징을 가진다.

회부심사 제도가 시행된 2013년 7월 1일부터 2023년 말까지 총 2402건의 회부심사가 있었고, 이 중 약 55.6%가 심사에 회부되지 못한 것으로 확인된다. 또한, 2023년 한 해를 기준으로 했을 때 총 337건의 회부심사가 있었고, 이 중 약 72.9%가 심사에 회부되지 못한 것으로 확인된다.⁸⁾ 심사에 회부되지 못한 경우에 대해서는 아래에서 보다 자세히 서술한다.

3 공항난민의 개념

‘공항난민’이라 함은, 출입국항에서 난민지위신청을 하였으나 심사에 회부되지 못하고, 당해 불회부결정의 취소에 대한 소송을 진행하며 공항에 체류하고 있는 송환대상외국인으로 정의할 수 있을 것이다.

앞서 언급된 회부심사와 관련하여, 법무부장관은 난민인정심사에 회부하지 않기로 결정된 신청자에게는 난민인정심사 불회부결정통지서를 발급하여야 한다. 난민인정심사 불회부 기준에 대해서는 난민법 시행령 제5조 제1항에서 설명하고 있다.⁹⁾

8) 법무부, 『출입국·외국인정책 통계월보』 2023년 12월호.

9) 『난민법시행령』 제5조(출입국항에서의 난민신청자에 대한 난민인정 심사 회부) ① 법무부장관은 출입국항에서의 난민신청자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 사람을 난민인정 심사에 회부하지 아니할 수 있다.

1. 대한민국의 안전 또는 사회질서를 해칠 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우
2. 인적사항 관련 질문 등에 응하지 아니하여 신원을 확인할 수 없는 경우
3. 거짓 서류를 제출하는 등 사실을 은폐하여 난민인정을 받으려는 경우. 다만, 본인이 지체 없이 자진하여 그 사실을 신고한 경우는 제외한다.
4. 박해의 가능성이 없는 안전한 국가 출신이거나 안전한 국가로부터 온 경우
5. 난민인정을 받지 못한 사람 또는 난민인정이 취소된 사람이 중대한 사정의 변경 없이 다시 난민인정을 받으려는 경우
6. 법 제19조 각 호의 어느 하나에 해당된다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 경우
7. 그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우

〈표1〉 난민신청 중 난민인정심사 신청 및 회부의 건수에 대한 자료¹⁰⁾

연도	난민신청		
	난민신청 총합	출입국향 신청	
		신청	회부
2013	1,574	27	16
2014	2,896	71	24
2015	5,711	400	288
2016	7,541	187	61
2017	9,942	197	21
2018	16,173	516	241
2019	15,452	188	19
2020	6,684	47	6
2021	2,341	42	26
2022	11,539	391	223
2023	18,838	338	87
합계	103,760	2,404	1,012

원칙적으로 불회부결정과 입국심사는 별개의 절차이므로, 불회부결정을 받았다는 사실 자체가 입국불허 사유에 해당하지는 않는다. 그러나 실무상으로 이들은 출입국관리법 제12조 제3항 제2호상 입국거부사유에 해당한다는 이유로 입국이 불허되는 경우가 대다수이다.¹¹⁾ 입국이 불허됨에 따라 이들은 송환대상외국인, 즉, “입국불허자 또는 법이 정하는 상륙허가 조건을 충족하지 아니하고 상륙한 자나 상륙허가조건을 위반하여 강제퇴거명령을 받은 자”로 간주된다.¹²⁾ 출입국향에서 난민지위를 신청하는 자들

10) 난민 인권센터, 국내난민현황 (2023.12.31기준), 2024년 3월 8일, <https://nancen.org/2397>; 문준혁·조규범, “출입국향 난민신청제도의 주요 쟁점과 개선방안”, 『NARS 입법·정책』, 제128호, 국회입법조사처 (2023), 18면

11) 문준혁·조규범, “출입국향 난민신청제도의 주요 쟁점과 개선방안”, 『NARS 입법·정책』 제128호, 국회입법조사처 (2023), 13~14면.

12) 『출입국관리법』 제76조(송환의 의무) ① 지방출입국·외국인관서의 장이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인(이하 “송환대상외국인”이라 한다)의 송환을 지시할 때에는 그 송환대상외국인이 탔던 선박등의 장이나 운수업자가 그의 비용(항공운임, 선박운임 등 수송비용을 말한다)과 책임으로 송환대상외국인을 지체 없이 대한민국 밖으로 송환하여야 한다.

1. 삭제

2. 삭제

3. 제12조제4항에 따라 입국이 허가되지 아니한 사람

4. 제14조에 따라 상륙한 승무원 또는 제14조의2에 따라 관광상륙한 승객으로서 그가 타고 있던 선박 등이 출항할 때까지 선박등으로 돌아오지 아니한 사람

5. 제46조제1항제6호 또는 제7호에 해당하는 사람으로서 강제퇴거명령을 받은 사람

② 지방출입국·외국인관서의 장이 제1항에 따라 송환을 지시할 때에는 선박등의 운항 계획, 승객예약 상황 등을 고려하여 송환기한을 지정할 수 있다. 다만, 선박등의 장이나 운수업자가 기한 내에 송환을 완료할 수 없는 불가피한 사유를 소명하는 경우에는 송환기한을 연기할 수 있다. ③ 제1항에 따른 송환지시의 방법·절차 및 제2항에 따른 송환기한 지정과 그 연기에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

은 대개 본국으로 돌아갈 수 없는 상황에 처해있기 때문에, 난민인정심사 불회부결정을 받은 송환대상 외국인 상당수는 당해 결정의 취소를 위한 소송을 제기하게 된다. 관련하여 대한민국 밖으로의 송환이 예정된 송환대상외국인이 불회부결정에 불복하여 소송을 제기할 경우 송환절차는 중단되기에, 이들은 공항 내 출국대기실 및 환승구역 등에서 소송 종결시까지 체류하게 된다.¹³⁾

한편, 출입국항은 “출국하거나 입국할 수 있는 대한민국의 항구·공항과 그 밖의 장소로서 대통령령으로 정하는 곳”을 의미한다는 점에서, 출입국항에서 난민지위신청 후 체류하는 외국인을 공항난민이라 통칭하는 것은 다소 타당하지 않은 것처럼 보일 수 있다. 하지만 출입국항 난민신청제도를 이용하는 거의 모든 외국인이 인천국제공항을 통하여 출입하기에, 공항난민이라는 용어는 보다 직관적으로 이들을 칭하기에 부족함이 없다고 여겨진다. 실제로 출입국항 난민신청제도가 도입된 2013년부터 2022년 사이, 출입국항에서 난민심사에 회부된 2,066건 중 약 90%에 해당하는 1,867건이 인천국제공항을 통한 신청이었다.¹⁴⁾

4 공항난민의 권리 보장에 대한 근거

우리 난민법 제6조에 따르면, 출입국항에서 난민지위를 신청한 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민인정심사예의 회부 여부를 결정하는 7일 동안 기본적인 의식주를 제공받을 수 있다.¹⁵⁾ 또한, 출입국항에서의 난민신청자에게 제공되는 의식주는 개인의 안전과 위생, 국적국의 관습과 생활문화 등을 고려하여 제공되어야 한다.¹⁶⁾ 다만, 난민인정심사에 대해 불회부결정을 받은 공항난민에 대해서는 당해 조항들을 준용할 수 있다고 볼 근거가 존재하지 않는다.

공항난민의 구체적인 처우 및 관련 절차의 경우, 부령에 해당하는 ‘출국대기실 운영 규칙’이 정한 바를 따른다. 출국대기실 운영 규칙은 외국인보호시설을 규율하는 부령인 ‘외국인보호규칙’과 유사하다. 다만, 출국대기실 운영 규칙은 외국인보호규칙의 일부만을 선택적으로 준용하고 있다는 점에서, 출국대

13) 다만, 이러한 송환의 중지는 법령상 근거가 없어 행정청을 구속하지 않는다. 하정훈, “강제송환금지의 원칙에 비추어 본 출입국항에서의 난민인정절차”, 『공법연구』 제46집 제2호, 한국공법학회 (2017), 404면.

14) 문준혁·조규범, “출입국항 난민신청제도의 주요 쟁점과 개선방안”, 『NARS 입법·정책』 제128호, 국회입법조사처 (2023), 18면; 최계영, “출입국항 난민신청절차와 적법절차”, 『행정법연구』 제55호, 행정법이론실무학회 (2018) 157면.

15) 난민법 제6조에 대해서는 상기 각주 6번을 참조할 것.

16) 『난민법시행령』 제4조(출입국항 대기실 설치 등) ② 법 제6조제4항에 따라 출입국항에서의 난민신청자에게 제공되는 의식주는 개인의 안전과 위생, 국적국의 관습과 생활문화 등을 고려하여 제공되어야 한다.

기실의 처우 및 절차적 권리는 외국인 보호소의 그것에 비하여 열악하다고 할 수 있다. 구체적으로, 출국대기실 운영 규칙은 외국인보호규칙 중 음식물 영양기준량 설정에 대한 규정, 의복의 지급과 대여에 대한 근거규정, 그 외 건강진단, 운동, 일반면회 등과 관련된 규정 다수를 불비하고 있다. 피구금자의 처우 상당부분을 규정하고 있는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’과 비교했을 때, 출국대기실의 열악함은 더욱 분명하게 드러난다. 공항난민은 여타의 형법 위반 없이 심사에의 회부 또는 불회부결정 취소소송의 결과를 기다리고 있음에도 불구하고, 수형자 및 보호대상자에 비해 제한된 처우와 절차 속에서 장기간 체류한다.¹⁷⁾

17) 대한변호사협회, “출국대기실 및 난민심사대기실 방문조사 결과”, 2022 외국인보호소 실태조사 결과 보고서 (2023), 217면.

Ⅲ. 공항난민의 권리 보장 실태

1 연구방법 및 연구참여자 정보

본 연구는 특정 문제에 대한 심층적 접근을 도모하는 차원에서 질적 사례연구 방식을 채택하였다. 연구참여집단으로는 당사자 집단과 전문가 집단을 설정하였다. 연구자들은 연구참여자들과 개별 인터뷰를 진행하였으며, 이를 통하여 공항난민의 권리 실태에 보다 가까이 접근하고자 하였다. 인터뷰에 앞서 연구의 목적이 설명되었으며, 당사자 집단 내 연구참여자들에게는 인터뷰 도중 답변이 어렵거나 불편함을 느낄 경우 이를 중단할 수 있음이 추가적으로 안내되었다.

당사자 집단에는 인천국제공항에서 공항난민으로 실제 체류했던 당사자들이 포함되었다. 당사자 집단 내 연구참여자 섭외 및 선정에 있어서는 국내 난민지원단체 및 실무자들의 도움을 받았다. 연구참여자 선정을 위해 반영한 기준은 다음과 같다. 첫째, 원활한 의사소통을 위해 한국어, 영어, 프랑스어 중 1개 이상의 언어를 구사하는 자여야 한다. 둘째, 인천국제공항에서 난민지위를 신청하였으나 난민인정심사 불회부결정을 받은 자여야 한다. 셋째, 당해 불회부결정 후 인천국제공항에서 1개월 이상 체류한 경험이 있는 자여야 한다. 넷째, 인천국제공항 내 대기실의 운영주체가 2022년 8월 법무부로 변경된 바, 체류기간이 그 이후여야 한다.

당사자 집단의 연구참여자는 총 6인이며, 모두 입국하여 난민지위를 신청한 상태이다. 연구참여자들의 정보는 다음과 같다.

〈표2〉 당사자 집단 내 연구참여자 정보

참여자	연령	성별	출신지역	입국시기	공항 체류기간
A	20대	남	서아프리카	2023년 여름	6개월
B	40대	여	동아프리카	2023년 봄	4개월
C	20대	남	동아프리카	2023년 여름	7개월
D	40대	남	서아프리카	2023년 여름	6개월

참여자	연령	성별	출신지역	입국시기	공항 체류기간
E	20대	남	서아프리카	2023년 봄	9개월
F	30대	남	서아프리카	2023년 겨울	4개월

전문가 집단 내 연구참여자는 공항난민의 난민인정심사불회부결정 취소소송을 위한 법률조력을 제공하는 등 관련 실무 경험이 있는 변호사 및 실무자, 아동 관련 자문을 제공해줄 수 있는 소아과 전문의 등이 포함되었다. 전문가 집단의 연구참여자는 총 4인이다. 전문가 집단 내 연구참여자들과의 인터뷰는 서면으로 이루어졌으며, 전문가 집단 내 연구참여자들의 정보는 다음과 같다.

〈표3〉 전문가 집단 내 연구참여자 정보

참여자	직업	관련 경력
전문가A (익명)	실무자	난민지원단체 내 공항난민 관련 업무 담당
전문가 B (윤소원)	의사	소아과 전문의
전문가C (이종찬)	변호사	공항난민 관련 소송 경험 다수
전문가D (이한재)	변호사	공항난민 관련 소송 경험 다수

2 식사 및 영양

대기실에서는 하루 3번의 식사가 제공되나, 영양학적으로 다소 부실하다고 여겨질 수 있는 메뉴들이 매일 비슷하게 제공되는 것으로 보인다. 제공되는 식사의 양이 부족하다는 답변도 있었다.

“대기실에서는 아침에 케이크 같은 작은 빵과 주스를 준다. 점심에는 박스에 담긴 식사를 준다. 저녁도 비슷했다. 너무 배가 고팠다.” (A)

“대기실에서는 작은 빵을 주었고, 가끔 아주 작은 닭고기를 주었다.”(C)

“건강을 위해 평소에 먹던 야채와 허브가 필요했지만 먹을 수 없었다. 비행기 승객에게 제공되는 식사만을 먹었다. 주로 스낵이나 과자류였다.” (D)

“아침에는 빵과 주스가, 점심에는 쌀밥과 닭고기와 소스가, 저녁에는 간단한 파스타나 마카로니가 나왔다. 메뉴는 매일 똑같았다. 양이 부족했다.”(F)

관련하여, 전문가A는 과거 항공사운영위원회에서 대기실을 운영했을 당시에는 항공사가 비용을 지불하지 않음에 따라 공항난민의 기본적 식사 해결이 어려웠던 경우가 있었지만, 대기실의 운영주체가 법무부로 변경된 후에는 모든 공항난민들이 식사를 제공받게 되었음을 언급하였다. 하지만, 식사의 부실함에 대한 컴플레인을 여러 차례 접했음을 또한 언급하였다. 전문가C는 공항난민들이 처한 이러한 환경이 외국인보호소 및 교도소보다 열악함을, 전문가D는 운영주체가 정부로 변경된 후에도 의식주가 제대로 보장되고 있지 않음을 지적하였다.

종교나 질병 등의 이유로 특정 음식의 섭취에 제한을 받는 경우는 별도로 고려되지 않는 것으로 보인다.

“음식 선택은 불가능하다. 음식 제공에 질병은 고려되지 않았다.” (B)

“종교에 따른 식사 선택권은 없었다. 내 기독교인 친구 중 몇몇은 음식을 전혀 먹지 않고 있었다.” (C)

“알려지가 있는 사람들을 고려해야 할 것이다.” (D)

이는 영양 섭취가 특히 중요한 아동의 경우도 마찬가지인 것으로 보인다. 실제로, 아동에게도 성인과 동일한 메뉴가 제공된다는 응답이 있었다.

“기저귀를 찬 아기와 함께 있는 사람을 보았다. 아동에게도 케이크와 주스가 동일하게 제공되었다. 우유나 분유 같은 것은 별도로 제공되지 않았다. 원한다면 직접 살 수는 있었다.” (B)

관련하여, 전문가B는 아동의 경우 섭취하는 식품에 따라 성장발달과 건강상태에 큰 영향을 받으므로 식사를 통해 단백질, 비타민, 무기질 등 양질의 영양소를 적절히 공급하는 것이 특히 중요하며, 아동이 장기간 균형 잡힌 식사를 하지 못한다면 영양결핍으로 인한 여러 질병이 발생할 수 있음을 언급하였다.¹⁸⁾

한편, 필요하거나 먹고 싶은 음식이 있을 경우 대기실 외부에서 자비로 구매할 수 있으나, 연구참여자

18) 가령, 단백질이 결핍될 경우 과시오커(Kwashiorkor)의 발생 가능성이 있다. 비타민A 결핍시 야맹증 및 성장장애, 비타민B1 결핍시 각기병, 비타민B2 결핍시 구순염 및 구각염, 비타민C 결핍시 괴혈병, 비타민D 결핍시 구루병 및 골연화증이 발생할 수 있다. 나이아신 결핍시 펠라그라(Pellagra), 칼륨 결핍시 근탈력, 칼슘 결핍시 테타니(Tetany) 및 골연화증, 철 결핍시 빈혈, 요오드 결핍시 갑상선종 등이 발생할 수 있다.

대부분은 이러한 사실을 알고 있으면서도 돈이 부족하여 그렇게 하지 못했다고 답변하였다.

“밖에서 음식을 사 먹을 수 있었다. 하지만 돈이 없어서 그렇게 하지 못했다.”(A)

“다른 음식을 원할 경우 직접 살 수 있었다. 아기 엄마가 아기를 위한 음식을 구입하는 것을 보았다.” (B)

“음식을 구매할 돈이 없었다.” (D)

“돈이 있으면 환승구역에 나가서 음식이나 커피를 살 수 있었다.” (F)

실제로 공항난민 대부분은 본국에서 급하게 탈출하였기에 입국 당시 충분한 현금을 소지하고 있는 경우가 많지 않다. 또한, 본국의 상황상 인터넷뱅킹이나 신용카드 등 금융서비스에 대한 접근이 어려운 경우도 있어서 가져온 현금에만 의존해야 하는 경우도 있다. 때문에, 매 끼니에 상당한 비용을 지불하는 것은 실질적으로 불가능할 것이다.

대기실과 달리 환승구역에서는 스스로 식사를 해결해야 하는 것으로 보인다. 다만, 상술한 공항난민의 특성 및 공항 내 높은 물가를 고려했을 때, 당사자들에게 이는 보다 과중한 부담이 될 것이다. 실제로, 대기실에서 환승구역으로 나온 뒤 2주일 간 아무 것도 먹지 못했다는 연구참여자가 있었다.

“대기실을 나가면 음식을 제공받을 수 없다. 대기실을 나온 뒤 2주일 동안 아무 것도 먹지 못했다.” (A)

실제로, 환승구역에서 지냈던 연구참여자들은 구걸을 하다가 UNHCR의 도움을 받아 식사를 해결한 경우, 쓰레기통을 뒤져서 식사를 해결한 경우가 있었다.

“알지 못하는 외국인들에게 돈을 달라고 해서 음식을 사 먹었다. 이후에는 UNHCR에 연락을 했고, 그들이 나를 도와줬다.” (A)

“너무 배가 고파서 사람들이 버린 쓰레기에서 음식을 찾기 시작했다. 쓰레기통에 남아 있는 음식을 먹었다.” (C)

식수와 관련하여, 대기실 내부에는 정수기가 있어서 음용 가능한 깨끗한 물을 마실 수 있는 것으로 보인다. 다만, 뜨거운 물이나 시원한 물의 경우 자유롭게 이용할 수 없었다는 응답이 있었다. 환승구역 내 식수에 대한 별도의 응답은 없었지만, 인천공항의 경우 일정 거리마다 음수대가 설치되어 있으며, 정수기 이용도 가능한 것으로 보인다.

“정수기가 있어서 물은 마실 수 있었다.” (B)

“정수기가 있었다. 하지만 뜨겁거나 시원한 물은 못 마시게 했다. 아기를 데리고 있던 사람들은 뜨거운 물이 필요했는데도 그랬다.” (F)

상기 인터뷰 내용들을 종합해 보면, 법무부가 대기실을 운영하고 있는 현재의 상황이 과거에 비해 나아진 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 제공되는 식사의 수준은 공항난민이 기본적인 건강을 유지하기에 부족한 것으로 보여진다. 관련하여, 전문가C 또한 대기실의 운영주체가 변경됨에 따라 대기실 관리 및 운영책임이 명확해졌다는 장점이 존재하지만, 그 운영의 내용에 있어서 과거 대비 유의미한 진전이 있다고 평가하기는 아직까지 어렵다고 언급하였다.

3 일조 및 수면

가. 대기실: 햇빛과 창문이 없는 공간

대기실에서는 햇빛을 접하기가 어려우며, 채광이 사실상 불가능한 것으로 보인다. 창문이 없고 건조한 대기실을 컨테이너에 비유한 연구참여자도 있었다.

“햇빛을 전혀 볼 수 없었다.” (A)

“대기실에는 창문이 없었다. 햇빛을 보기도 어려웠다.” (B)

“피부가 너무 건조했다. 대기실은 마치 컨테이너 같았다.” (C)

“(대기실은) 매우 불편했다. 목적에 맞는 장소를 지정할 필요가 있다.” (D)

관련하여, 전문가A는 실제로 공항난민들과의 대화에서 햇빛과 상쾌한 공기가 제일 필요하다는 이야기를 듣는다고 언급하였다. 또한, 인천국제공항에서 체류하는 경우 환승구역으로의 외출을 통해 간접광을

접할 수 있으나, 제주국제공항에서 체류하는 경우는 환승구역의 외출조차 불가능하기에 햇빛을 보는 것이 보다 어려운 상황임을 덧붙였다.

전문가B는 햇빛의 부족이 아동에게 질병을 야기할 수 있음을 언급하였다. 이에 따르면, 아동에게 햇빛은 기분, 수면 등의 정신건강 유지에 매우 중요한 역할을 하며, 아직 발달 중인 소아의 시력 발달에도 필수적이다. 뿐만 아니라, 피부를 통해 흡수된 햇빛은 비타민D 합성, 뼈 건강, 면역력 유지 등에 특히 중요하다.

나. 대기실: 부족한 침구류와 안정적이지 않은 수면 환경

대기실은 담요, 이불 등 침구류 일부를 제공하지만, 인원수에 비해 그 수가 부족한 것으로 보인다. 또한, 대기실 내 평상과 의자가 존재하나 그 수 또한 부족하여 맨 바닥에 누워 자는 경우도 있는 것으로 확인된다.

“바닥에 누워서 잤다.” (A)

“맨 바닥에 누워서 잤다.” (B)

“처음 3개월은 잘 곳이 없어서 의자에서 잤다. 허리 통증이 심했다. 3개월 후에는 작은 침대와 담요를 얻을 수 있었다. 의자가 있었지만 사람이 너무 많은 밤에는 앉을 자리도 없었다. 너무 힘든 시간이었다.” (C)

“방마다 6~7명 정도가 있었다. 그들은 나를 평상에서 자게 했고, 담요를 주었다.” (F)

수면과 관련하여, 대기실에서는 정해진 시간에 점등 및 소등을 일괄적으로 진행하는 것으로 보인다. 또한, 소등 시에 이불을 주고, 점등 시에 이불을 가져가는 것으로 보인다. 개개인의 수면시간에 차이가 존재할 수 있다는 점에서 이는 일종의 통제로 해석될 우려가 있다.

“대기실은 오후 10시가 되면 불을 끈다. 아침 7시 반에서 8시 사이에 불을 다시 켜준다. 아침에 불을 켤 때 이불을 가져간다.” (A)

“대기실 안에서는 오후 10시쯤 불을 끄고, 7시쯤 불을 켜줬다. 7시에 불을 키면서 이불을 가져간다.” (B)

“오후 10시부터 아침 8시까지 소등했다.” (F)

대기실 자체가 계속하여 사람들이 오가는 공간이라는 점에서 초래되는 불편함을 호소한 연구참여자도 있었다.

“여러 외국인들이 새벽에 계속 돌아다녔기 때문에 거의 공개된 곳에서 자는 것이나 마찬가지였다.” (F)

다. 환승구역: 사실상 노숙에 가까운 생활

환승구역에서 지내는 공항난민들은 공항 내 의자나 항공사 라운지 등에서 사실상 노숙에 가까운 생활을 하는 것으로 보인다. 이불이나 베개와 같은 침구류 또한 별도로 제공받지 못하며, 보통은 다른 사람이 사용했던 항공사 담요나 옷을 덮고 자는 것으로 보인다. 이는 공항을 이용하는 사람들에게 무방비하게 노출된다는 점에서 매우 위험하며, 사생활의 노출로 인한 트라우마 유발 가능성도 수반한다.

“(항공 라운지의 의자 사진을 보여주며) 여기서 잤다. 5개월 정도 있었다. 다른 사람이 쓰던 담요를 가져와서 사용했다. 나처럼 지내는 외국인이 많았다.” (A)

환승구역과 관련하여, 항상 불이 켜져있다는 점과 매우 추웠다는 점을 지적한 연구참여자도 있었다.

“공항은 불이 항상 켜져 있었다.” (A)

“공항은 너무 추웠다.” (B)

상기 인터뷰 내용들을 검토했을 때, 공항난민들이 지내는 환경은 대기실이든 환승구역이든 안정적인 수면이 실질적으로 불가능하다고 할 수 있다. 이는 공항난민들의 건강에 악영향을 끼칠 수 있고, 이들의 취약성을 심화시킬 수 있다는 점에서 문제가 될 수 있다. 전문가B는 수면의 부족과 노숙과 가까운 생활이 아동에게 특히 치명적일 수 있음을 지적하였다. 이에 따르면, 특히 5세 이하의 소아는 하루 12~14시간의 수면시간이 필요하다. 수면이 부족할 경우에는 성장이 더디어지며, ADHD, 우울증, 불안장애 등 정신과적 증상이 나타날 수 있으며, 학습능력이 떨어지게 된다. 또한, 주거가 안정적이지 않은 상황에서는 우울증, 불안장애와 같은 정신과적 증상과 전염성 질환, 호흡기 및 소화기 질환 등 육체적 질병이 발생할 수 있으며, 적시의 의료적 진단 및 치료가 어렵기에 질병의 상태가 악화될 수 있다.

4 의복 및 생필품

의복과 생필품은 생활에 필수적인 것들임에도 불구하고, 연구참여자들은 공항에서 지내면서 의복 및 생필품의 조달이 어려웠다고 응답하였다. 그 원인에는 비용적 문제가 있는 것으로 보여진다. 전문가A는 공항난민들이 돈이 없어서 의류, 로션 등의 생필품을 구입하지 못해 불편함을 호소하는 경우가 있음을 언급했다. 비용적 문제 외의 원인으로, 수하물을 받지 못한 경우도 있었던 것으로 보인다.

“대기실에서 나는 매우 더럽고 비위생적인 옷 한 벌만 가지고 있었다. 6개월 동안 내 짐을 볼 수 없었다. 옷과 신발이 필요했다. 하지만 구매할 돈이 없었다. 모든 종류의 긴급한 필요를 해결할 방법이 없었다.” (D)

“항공사에 수하물로 맡겼던 옷을 찾지 못했다. 그래서 옷을 돌려가며 입었다. 변호사와 난민지원단체에서 옷을 주었다.” (F)

또한, 의복이나 생필품 구입시 여권이나 비행기 티켓 제시를 요구하는 경우도 있었던 것으로 보인다. 물건 구입이 불가능하다고 인지한 경우도 있었다.

“옷을 살 수 없었다. 옷을 사려고 했는데 상점에서 여권과 비행기 티켓을 보여 달라고 했다. 나는 비행기 티켓이 없었고, 여권은 출입국에 있어서 보여주지 못했다. 결국 옷을 사지 못했다.” (A)

“일부 상점에서는 비행기 티켓과 여권이 필요했다.” (C)

“면세 구역을 돌아다닐 수는 있었지만, 쇼핑을 해서는 안 되었다.” (F)

공항난민의 경우 법적으로는 송환대상자이기 때문에, 송환의 용이함이라는 명목 하에 여권을 압수당할 수 있다. 뿐만 아니라 출국대기실에 들어올 때 항공사에서 공항난민의 짐을 압수하는 경우가 빈번하다. 이 경우 당사자는 본인의 짐에 접근할 수 없어 의복과 생필품을 확보하는데 어려움을 겪는다. 원칙적으로는 면세 물품이 아닌 이상 여권 및 비행기 티켓의 제시가 요구되지 않으나 일부 점포에서는 그와 별개로 여권 제시를 요구하는 경우가 있다.¹⁹⁾ 다만, 면세 물품 해당 여부 및 여권 필요 여부는 사전에 확인하기 어렵기에, 물품 구입을 거절당한 경험이 있는 경우 그렇지 않은 물품에 대해서도 어림짐작하

19) 사단법인 두루, 『공항난민 인권개선을 위한 실태조사보고서』 (2021), 60면.

여 구입을 포기할 가능성이 있다.

관련하여, 전문가D는 공항난민들이 대기실에 들어갈 때 항공사로부터 수하물과 여권을 압수당하는데, 그로 인해 의복이나 의약품 등을 구할 수 없고, 여권이 없기 때문에 환승구역 내 물건 구입도 어려움을 지적하였다. 전문가D는 난민인정심사불회부결정 취소소송을 수임한 변호사들이 당사자를 면담할 때 의복을 구입하여 전달하기도 함을 또한 덧붙였다.

기저귀나 생리대와 같은 기본적 생필품도 자체적으로 조달해야 하는 것으로 보인다. 다만, 직원에게 세면도구를 요청하였다는 응답과 생필품이 무료로 제공되었다는 응답도 확인할 수 있었다.

“여성 대기실에 가장 많은 사람이 있을 때에는 20명 정도가 함께 있었다. 아동도 있었고 1살 정도의 아기도 같이 있었다. 기저귀와 분유가 제공되지 않았기 때문에 자비로 구매해야 했다.” (B)

“생리대가 제공되지 않았다. 위생 키트가 제공되면 좋을 것 같다.” (B)

“의복과 생필품을 제공받지 못했다.” (C)

“세면도구와 기타 물건이 필요해서 직원에게 영어로 요청하였다.” (E)

“생필품은 무료로 제공되었다.” (F)

의복 조달의 어려움은 당사자들의 건강에 영향을 끼칠 수 있다. 관련하여, 전문가B는 의복과 기저귀의 적절한 교체가 특히 아동의 건강과 직결됨을 언급하였다. 이에 따르면, 의복은 체온의 유지와 피부의 건강상태를 유지하는데 매우 중요하고, 특히 면역력이 약한 소아는 기후의 변화에 맞추어 깨끗하고 적절한 의복을 입는 것이 중요하다. 또한 배변훈련이 되지 않은 영아기의 아동은 기저귀 착용이 필수이고, 청결한 위생을 위해 적절한 상황에 따라 기저귀를 교체해야 한다. 소아의 의복 위생이 제대로 관리되지 않으면 각종 전염병에 노출될 수 있다.

5 의료 서비스에의 접근

공항에 장기간 체류하는 공항난민들은 대부분 건강과 관련된 문제를 겪은 경험이 있었던 것으로 보인다. 박해를 피하여 도망쳤다는 특성상 본국에서 출국할 때부터 정신적, 심리적 문제를 가지고 있었던 경우도 존재하며, 공항에서의 구금과 가까운 생활로 인하여 증상을 얻은 경우도 있는 것으로 보인다.

“감기에 걸린 적이 있었다.” (A)

“살이 많이 빠졌고 우울증이 생겼다. 피부 상태도 많이 좋지 않았는데, 참을 수 밖에 없었다.” (C)

“시력과 혈압에 문제가 생겼다. 혈압이 너무 높아져서 숨을 쉴 때마다 피 냄새가 났다. 나의 정신상태는 급격히 악화되었고, 상상할 수 없을 만큼 큰 트라우마가 생겼다.” (D)

하지만, 의사의 진단과 같은 전문적인 의료 서비스나 의약품이 제공되지는 않는 것으로 확인된다. 대기실에서 지냈던 연구참여자 다수는 의약품을 요청할 경우 진통제로 추정되는 작은 약만을 공통적으로 받았다고 응답하였다.

“대기실에 있을 때에는 아프다고 하면 작은 약 1알을 줬다. 머리가 아프든, 감기에 걸렸든, 어떤 증상이 있든 똑같은 작은 약 1알을 줬다.” (A)

“약을 받은 적은 없다. 대기실에 상비약으로 두통약은 있었던 것 같다.” (B)

“살이 많이 빠졌고 우울증이 생겼다. 하지만 의사는 혈압만을 체크했고, 아프면 약을 스스로 사야 한다고 말했다. 그들은 작은 진통제만 주었다.” (C)

“간단한 증상이 있을 때에는 약을 준다.” (F)

특정한 증상에 대한 의약품이 필요할 경우, 공항 내 약국에서 자비로 약을 구입할 수 있다. 하지만, 대부분은 비용의 문제로 인하여 필요한 약을 구입하지 못하다. 처방이 필요한 약의 경우에는 응급상황 시 예외적으로 입국을 허가하여 치료를 받게끔 하는 긴급상륙허가 제도 등을 통해 진료 및 처방을 받은 뒤 약을 구입할 수 있다. 다만, 긴급상륙허가는 환자 본인이 신청하는 것이 아니라 선박 등의 장이나 운수업자가 신청해야 하며, 그 비용은 이를 신청한 자가 부담해야 하기 때문에 공항난민의 입장에서는 실

효성이 떨어진다고 할 수 있다.²⁰⁾

“(진통제가 아닌) 다른 약을 달라고 하면 대기실 밖의 약국에서 약을 사라고 했다. 하지만 돈이 없어서 약을 사지 못했다.” (A)

“대기실에 있는 동안 매일 먹어야 하는 갑상선 질환약이 바닥났다. 갈수록 건강상태가 악화되어 위험해지기 직전에 상륙했다.” (B)

“혀에 궤양 같은 것이 있어서 약을 요청한 적이 있었는데, 직원들이 약국에 가서 약을 사도록 했다.” (F)

관련하여, 전문가A는 대기실에서는 진통제 등을 상비약으로 구비하고 있다고 언급하였다. 하지만, 그 외에 질병에 대한 의약품이나 기존에 복용하던 약에 대해서는 처방을 위한 병원비를 자부담해야 하는데, 건강보험 없이 병원비를 감당할 수 있는 공항난민은 거의 없음을 지적하였다. 또한, 비용적인 문제로 적절한 치료를 받지 못한 채 공항에서 장기간 체류하며 정신적, 심리적 질환이 심해져서 자해를 하거나 타인을 공격한 경우를 목격했다고 언급하며, 관련된 대처방안의 마련이 시급하다고 덧붙였다.

한편, 비교적 최근에 공항에 체류했던 연구참여자는 한 달에 한 번씩 공항에서 간단한 건강검진을 받았다고 응답하였다.

“한 달에 한 번씩 제1터미널에서 기본적인 건강상태를 확인하였다.” (F)

공항난민들은 그 특성상 건강에 문제가 있을 확률이 높다. 하지만 비용적인 문제로 인하여 적절한 치료나 의약품을 제공받지 못하는 경우가 다수 확인되고 있다. 의료 서비스의 접근에 대한 어려움은 건강 상태의 악화로 직결될 수 있다는 점에서, 이에 대한 고민이 필요할 것이다.

20) 『출입국관리법』 제15조(긴급상륙허가) ① 출입국관리공무원은 선박등에 타고 있는 외국인(승무원을 포함한다)이 질병이나 그 밖의 사고로 긴급히 상륙할 필요가 있다고 인정되면 그 선박등의 장이나 운수업자의 신청을 받아 30일의 범위에서 긴급상륙을 허가할 수 있다.

② 제1항의 경우에는 제14조제3항 및 제5항을 준용한다. 이 경우 “승무원 상륙허가서”는 “긴급상륙허가서”로, “승무원 상륙허가”는 “긴급상륙허가”로 본다.

③ 선박등의 장이나 운수업자는 긴급상륙한 사람의 생활비·치료비·장례비와 그 밖에 상륙 중에 발생한 모든 비용을 부담하여야 한다.

긴급상륙허가 관련 사례에 대해서는 송윤정·이상현, “아파도 병원에 갈 수 없는 사람들 - 공항난민 의료접근권 보장실태”, 2019년도 한국의 공항, 그 경계에 갇힌 난민들 - 공항난민 인권침해사례 보고서 (2019), 106-110면 참조. 해당 제도의 한계에 대해서는 114-116면 참조.

6 법률 서비스에의 접근

상술한 것과 같이, 연구참여자들은 공항에서 체류하다가 입국하여 난민신청자의 지위로 체류하고 있다는 공통점이 있다. 이는 곧 이들이 한 차례 이상의 난민인정심사불회부결정 및 이에 대한 취소소송을 거쳤음을 의미한다.

행정소송이 원칙적으로 변호사의 소송대리를 반드시 요하는 것은 아니다. 그러나 공항난민의 난민인정심사불회부결정 취소소송의 경우, 당사자가 우리 소송체계 및 한국어에 낯선 외국인이라는 점, 박해의 두려움을 가진 심리상태를 고려했을 때 합리적이고 이성적인 방어권의 행사가 어렵다는 점 등에 비추어 보았을 때, 법률 관련 조력이 필수적이라 할 수 있다. 실제로 연구참여자들은 모두 UNHCR을 통하여 변호사를 소개받았으며, 변호사를 통하여 소송을 진행했다고 응답하였다.

“구글에서 UNHCR의 번호를 찾아서 연락했다. UNHCR을 통해 변호사를 만났다.” (A)

“대기실에 UNHCR 관련 책자가 있었다. 책자에 적힌 연락처로 도움을 구하는 이메일을 보냈고, 이후 UNHCR이 공익단체에서 일하는 변호사를 연결해줬다.” (B)

“UNHCR을 알게 되어 난민심사에 회부되지 못한다는 결과를 받은 뒤 UNHCR에 도움을 요청하였고, 변호사가 선임되었다.” (C)

“UNHCR이 나의 메시지와 요청에 응답하였다. 그들은 변호사 선임에 도움을 주었다.” (D)

“인터넷을 통해 UNHCR에 연락했다. 그들은 나를 위해 한국인 변호사를 연결해줬다.” (E)

“난민지원단체를 통해 UNHCR의 연락처를 알게 되었다. UNHCR에 연락을 했더니 변호사를 소개해주었다.” (F)

관련하여, 전문가D는 이전에는 개별 지원단체들이 공항난민 당사자와 직접 소통하며 수임여부를 결정하기도 했지만, 2023년 중반 이후에는 UNHCR 한국대표부 핫라인으로 소통창구가 일원화되었으며, 개별 단체로 연락이 오더라도 UNHCR로 연락을 돌리는 것이 원칙임을 설명하였다. 이에 따르면, 현재는 UNHCR 한국대표부가 공항난민 당사자의 인적사항을 파악한 뒤 조력가능한 변호사 단체에 전달하

면, 단체 내 변호사 개인이 수임여부를 결정하는 방식으로 진행이 된다. 2024년 기준, UNHCR은 난민 인권네트워크 출입국항 워킹그룹, 인천지방변호사회 인권위원회, 대한변호사협회 난민지원단 등에 사건을 의뢰하고 있다. 변호사와의 연결에는 통상 1개월 정도가 소요되는 것으로 보인다.

“변호사를 만나기까지 5주 정도 걸렸다.” (A)

“UNHCR과 첫 연락 후 변호사를 만나기까지 1달 반 정도 걸렸다.” (B)

다만, 모든 공항난민이 변호사의 조력을 받을 수 있다고 확인하기는 어렵다. 전문가A와 전문가C는 공항난민들의 수요에 비해 소송을 진행할 변호사들의 수가 절대적으로 부족하다는 점을 공통적으로 지적하였다. 특히 전문가C는 법률조력 공급의 부족으로 인하여 많은 수의 공항난민들이 도움을 받지 못하고 불회부결정을 다투지도 못한 채 강제송환되는 현실을 마주한다고 언급하였다. 아울러, 언어 문제로 인하여 공항난민 당사자가 자력으로 소장을 제출하고 소송비용을 납부하는 것은 사실상 불가능하며, 설령 소송을 제기하더라도 재판 출석 및 법률서면 제출 문제 등으로 인해 자력 승소는 불가능에 가깝다고 덧붙였다.

IV. 공항난민의 기본적 인권 침해문제에 대한 해결방안

1 공항난민에 대한 기본적인 인권 침해 실태

위에서 살펴본 바와 같이, 난민인정심사 불회부결정을 받고 강제송환대상자가 된 공항난민들은 기본적인 인권조차 보장받지 못한 채 공항의 출국대기실이나 환승구역에서 거의 구금된 것과 같은 생활을 하고 있다. 이는 여성, 아동, 노인, 장애가 있는 자, 질병이 있는 자 등 취약한 사람들도 마찬가지이다. 이들은 출국대기실에 갇혀서 지내거나 환승구역에서 노숙에 가까운 생활을 하고 있으며, 간혹 UNHCR의 경제적인 지원을 받아 생필품을 구입하거나 사람들의 도움을 받아 지내는데, 국적국으로부터 생명의 위협을 받아 탈출한 것이므로 한국에서 노숙을 하거나 실질적인 구금생활을 하는 한이 있더라도, 국적국으로는 돌아갈 수 없는 상황이다. 이러한 상황은 송환대상외국인들의 기본적인 인권에 대한 침해일 뿐만 아니라 공항을 이용하는 승객들, 그리고 공항 내 직원들에게도 불편함을 준다.

국가인권위원회는 2020년 4월 21일 난민인정심사에 회부하지 않기로 한 법무부 결정에 불복하여 소송 등으로 그 처분의 정당성을 다투는 사람이 아동인 경우, 난민신청이 명백히 남용적인 것이 아닌 한 해당 기간 중 기본적 처우가 보장될 수 있도록 하고, 아동 최선의 이익을 최우선적으로 고려하여 입국이 가능하도록 관련 법령 및 제도를 개선하도록 법무부장관에게 의견표명을 하기도 하였다. 국가인권위원회는 앙골라 국적 아동이 2018년 12월 부모와 인천국제공항에 도착하여 난민신청을 했으나 난민인정심사 불회부결정을 받고, 법원에 이 결정의 취소소송을 제기하면서 약 10개월 동안 인천공항 제1터미널 승객라운지에서 머무르게 된 사건에 대해 언급하면서, 입국이 거부된 난민신청아동이 소송 등의 사유로 그 송환이 유예됐을 시 해당 아동의 인권보호 차원에서 입국을 검토하지 않는 행위는 인간의 존엄성과 기본적 인권보장을 규정한 헌법 취지 및 아동의 권리 보장을 규정하고 있는 아동권리협약 등에 부합하지 않는다고 판단하였다. 국가인권위원회는 또한 상기 의견표명에서 난민인정심사 불회부결정에 대한 취소소송을 하게 되면 소송이 종료될 때까지 송환대상자들이 출국이 유예되고 입국도 할 수 없어 공항 터미널 또는 출국대기실에 있어야 하는데, 출국대기실은 입국 불허된 외국인이 출국 전까지 잠시 대기하는 장소이기 때문에 규모가 작고 편의시설이 부족하여 장기간 머무를 경우 위생 및 건강 등의 문제가

발생할 수 있다고 언급하였다. 아울러, 출국대기실을 제외한 체류가능공간인 공항터미널의 환경은 출국 대기실의 환경보다 낫다고 할 수 있으나, 외부와 차단되어 있어서 햇빛이나 바깥 공기를 접할 수 없고, 적절한 영양섭취가 어려우며, 학교 등 교육기관이 없고, 24시간 외부에 노출돼 있어 수면의 질저하와 스트레스 등에 의해 건강이 위협되어, 이곳에서의 체류 역시 아동에게 나쁜 환경임을 덧붙였다.

또한, 국회입법조사처는 관련 연구에서 공항 내부시설은 외부로부터의 조력이 어렵고 불복절차 과정에서 장기대기에 적합하지 않다는 지적이 있기에 공항 외부시설의 도입이 검토되고 있음을 언급하면서, 이에 착안하여 현재 인천국제공항 외부 인근에서 난민신청자 등의 기초생계지원 및 난민인정자의 국내 적응교육 업무를 위해 운영 중인 출입국외국인지원센터를 활용하는 방안을 제안한 바 있다.

우리 난민법은 동법 제2조 제4호에서 정하고 있는 난민신청자, 즉 난민인정 신청에 대한 심사가 진행 중인 사람 및 이에 관한 법적 불복절차가 진행 중인 사람에 대하여 강제송환을 금지하고, 대한민국 내에서 체류할 자격을 부여하며, 난민심사관에 의한 난민인정 심사를 하도록 규정함으로써 난민인정심사와 정에서부터 난민 내지 난민신청자의 지위와 처우를 보장하고 있다. 그러나, 이러한 보호는 난민인정심사에 회부된 난민신청자들에게 국한되어 있으며 난민인정심사 불회부결정을 받은 난민신청자들은 난민법을 통해 충분한 보호를 받지 못한다.

2013년 3월 26일, UNHCR 한국대표부는 ‘대한민국 난민법 시행령 및 시행규칙 제정안에 관한 UNHCR의 의견’을 통해 2013년 당시 제정되어 시행 중이던 난민법의 시행령 및 시행규칙에 대한 의견을 제시하면서 난민지위협약상 강제송환금지원칙은 모든 비호신청자에게 영토로의 입국을 허가하고 그들의 비호신청을 진행하는 방식으로 존중되어야 한다는 점, 난민인정신청과 관련된 출입국관리공무원의 역할은 난민인정심사를 담당하는 전담 기관에 신청을 회부하는 것에 국한되어야 한다는 점, 모든 난민 인정신청은 난민인정심사 절차를 통하여 총체적인 책임이 있는 하나의 지정된 난민인정심사기관에 회부되어야 한다는 점을 대한민국 정부에 권고한 바 있다. UNHCR의 권고내용을 대한민국의 난민인정절차에 적용해보면, 난민인정심사 전의 회부심사는 거치지 않거나 매우 간단하고 형식적으로 거쳐야 하고, 모든 난민신청자는 출국대기실 혹은 공항에서 장기간 머무르는 것이 아니라 우선은 대한민국의 영토내에 입국을 해야 한다는 것으로 해석될 수 있다.

또한, UNHCR은 동 문서에서 모든 난민신청자들은 기본적인 서비스와 지원에 관한 한 평등하게 대우받아야 하며, 생활지원과 취업허가, 무상초등교육과 응급의료서비스가 모두에게 제공되어야 한다고 권고하였다. 이는 난민인정심사에 회부되었는지 여부와 상관없이 적용되어야 하며, 이러한 권고사항을

따르기 위해서는 그 전제조건으로 대한민국 영토 내에서 일상생활을 영위할 수 있어야 할 것이다.

난민인정심사 불허부결정으로 인해 공항 내 출국대기실이나 환승구역에서 장기적으로 체류하는 공항 난민들의 기본적인 인권보호 문제는 상기 UNHCR의 문서상 권고사항들을 성실히 이행하는 것으로도 충분히 해결 가능한 바, 이하에서는 이를 기본적인 토대로 하여 공항난민들의 인권보호를 위한 해결방안을 모색하여 보기로 한다.

2 공항난민의 기본적 인권보호를 위한 제언

가. 난민인정 회부심사의 형식적 심사화

출입국항 내 출국대기실 및 환승구역 등에서 장기간 체류하는 강제송환대상 외국인들의 기본권을 보호하기 위한 가장 첫번째 방안은, 다소 원론적이기는 하나 난민인정 회부심사를 형식적 심사화하여 불허부결정을 받는 경우를 최대한 줄이는 것이다.

‘출입국항에서 하는 신청’에 대해 정하고 있는 우리 난민법 제6조에 따르면, 출입국항에서 외국인이 입국심사를 받는 때에 난민인정 신청을 하려면 출입국관리법에 따른 출입국항을 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장에게 난민인정신청서를 제출하여야 한다. 지방출입국·외국인관서의 장은 출입국항에서 난민인정신청서를 제출한 사람에 대하여 7일의 범위에서 출입국항에 있는 일정한 장소에 머무르게 할 수 있고, 법무부장관은 난민인정신청서를 제출한 사람에 대하여 7일 이내에 난민인정 심사에 회부할 것 인지를 결정하여야 한다. 7일 이내에 난민인정심사에 회부할지 여부를 결정하지 못하면 법무부장관은 해당 난민신청자의 입국을 허가하여야 한다.

난민법 시행령 제5조 제1항은 난민인정심사에 회부하지 아니할 수 있는 경우를 7가지로 규정하고 있는데, 대한민국의 안전 또는 사회질서를 해칠 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우, 인적사항 관련 질문 등에 응하지 아니하여 신원을 확인할 수 없는 경우, 거짓 서류를 제출하는 등 사실을 은폐하여 난민인정을 받으려는 경우, 박해의 가능성이 없는 안전한 국가 출신이거나 안전한 국가로부터 온 경우, 난민인정을 받지 못한 사람 또는 난민인정이 취소된 사람이 중대한 사정의 변경없이 다시 난민인정을 받으려는 경우, 난민지위 인정의 배제사유에 대해 정하고 있는 난민법 제19조 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정할 만한 상당한 사유가 있는 경우, 그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우가 이에 해당한다. 다만, 사실의 은폐와 관련하여 본

인이 지체없이 자진하여 그 사실을 신고한 경우는 해당 조항의 적용에서 제외된다.

‘대한민국 난민법 시행령 및 시행규칙 제정안에 관한 UNHCR의 의견’에서 UNHCR은 대한민국의 모든 관계당국이 난민지위협약 제33조 및 기타 국제인권조약상 강제송환금지원칙을 준수할 것을 요청하면서, 이 원칙의 준수를 보장하기 위해서는 모든 난민신청자의 영토 내 입국이 허용되어야 하며, 이들의 비호신청은 심사를 거쳐야 한다고 권고한 바 있다. 이러한 UNHCR의 권고는 어느 누구도 자의적으로 체포, 구금 또는 추방되지 아니한다고 규정하고 있는 세계인권선언 제9조, 모든 사람은 자국을 포함하여 어떠한 나라를 떠날 권리와 또한 자국으로 돌아올 권리를 가진다고 규정하고 있는 세계인권선언 제13조 제2항, 모든 사람은 박해를 피하여 다른 나라에서 비호를 구하거나 비호를 받을 권리를 가진다고 규정하고 있는 세계인권선언 제14조 제1항, 체약국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환하여서는 아니된다고 규정하고 있는 난민지위협약 제33조 제1항을 근거로 한다고 할 수 있다.

‘대한민국 난민법 시행령 및 시행규칙 제정안에 관한 UNHCR의 의견’에서 UNHCR은 모든 난민인정 신청이 난민인정심사 절차에 회부되어 심사를 받을 것을 강력히 권고하였다. 여기에는 난민인정신청이 국가안보에 대한 위협, 신원확인, 거짓서류 또는 거짓 진술, 배제조항, 재신청과 관련된 경우들을 포함하는데, 회부결정절차에서는 이러한 사항들에 대한 심사를 할 수 없기 때문이다.

특히 UNHCR은 난민법 시행령 제5조 제1항의 난민인정심사 불회부의 사유인 각호의 내용이 아래와 같은 사유로 부적절하다는 의견을 밝힌 바 있다.

[제1호: 난민법 시행령 제5조 제1항 제1호에서 규정한 “대한민국의 안전 또는 사회질서를 해할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우”]

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, 이 경우에 해당하는 예는 ‘테러 혐의로 입국의 규제된 자, 대한민국에서 체류하는 동안 징역 또는 금고에 해당하는 형을 선고받은 자, 대한민국에서 불법체류 또는 불법취업으로 강제퇴거 명령 또는 출국명령을 받은 사실이 있는 자, 기타 이에 준하는 범죄사실이 확인되어 난민인정심사 회부 시 대한민국의 안전 또는 사회질서를 해칠 우려가 있는자’이다.

이 규정은 난민지위협약 제33조 제1항 상 강제송환금지원칙의 예외조항이라 할 수 있는 동 협약 제33조 제2항과 유사한 것으로 보인다. 어떤 한 개인의 난민인정여부 결정은 동 협약 제33조 제2항의 강

제송환금지원칙의 예외조항 적용을 위한 전제조건이다. 따라서 특정신청자의 추방의 이유를 심사하기 이전에 신청자가 난민의 정의에 해당하는지 여부를 결정하기 위한 난민인정심사 절차에 회부하여야 한다는 것이 UNHCR의 의견이다.

[제2호: 난민법 시행령 제5조 제1항 제2호에서 규정한 “인적사항 관련 질문 등에 응하지 않아 신원을 확인할 수 없는 경우”]

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, 이 경우에 해당하는 예는 ‘여권 등 신분증을 고의로 파기·멸실하거나 브로커 등에게 제공한 자, 국적, 성명, 생년월일 등 인적사항 및 탑승수속 시 사용한 여권의 국적, 성명 및 탑승지, 여행경로 등에 관한 질문에 거짓된 진술로 일관하거나 지속적으로 진술을 거부하는 등 출입국관리공무원 및 난민심사관의 신원확인에 협조하지 않는 경우’이다.

그러나, UNHCR의 의견에 따르면, 질문에 응하지 않는 이들도 난민인정심사 절차에 접근할 수 있어야 한다. 비호신청자가 질문에 대답하지 않는 데에는 여러 다른 이유들이 있을 수 있다. 언어 장벽, 신청자의 나이, 신체적 혹은 정신적 장애, 인신매매나 성 및 젠더에 기반한 폭력 혹은 고문에 의한 피해자이거나 트라우마로 고통을 겪고 있는 피해자일 수 있다. 가령, 아동의 경우 질문을 이해할 수 없거나 의사소통을 할 수 없을 가능성이 있다는 점이 고려되어야 한다.

[제3호: 난민법 시행령 제5조 제1항 제3호에서 규정한 “거짓 서류를 제출하거나 거짓 진술을 하는 등 사실을 은폐하여 난민인정을 받으려는 경우”]

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, 이 경우에 해당하는 예는 ‘거짓으로 난민인정 신청을 하기 위하여 위조여권을 사용한 자, 난민인정 신청 사유 등에 관하여 거짓된 진술로 일관하는 자’이다. 다만, 난민신청을 위한 자국탈출 수단으로 위조여권, 위조초청장 등을 사용할 수 밖에 없었던 사정을 지체없이 스스로 진술한 경우 등은 제외된다.

그러나, UNHCR의 의견에 따르면, 많은 비호신청자들은 본국을 떠날 것을 강요당하여 사전허가 없이 혹은 거짓 서류를 가지고 다른 나라에 입국한다. 예를 들어, 이들은 자신들의 계획이 박해자에게 발각될 것을 두려워하여 혹은 긴급히 출국해야만 하는 상황 때문에 필요한 서류를 사전에 준비하지 못할 수 있다. 또한, 정부당국을 두려워하거나 정부당국이 박해자에게 자신들에 관해 알릴 것을 두려워하여 출입국장에서 거짓진술을 할 수 있다.

[제4호: 난민법 시행령 제5조 제1항 제4호에서 규정한 “박해의 가능성이 없는 국가 출신이거나 안전한 국가로부터 온 경우”]

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, 이 경우에 해당하는 예는 ‘박해의 우려가 없는 것으로 알려진 안전한 국가 출신이거나, 안전한 제3국에서 체류하다가 온 자’이다. 이때 ‘안전한 국가’라 함은, 난민법상 난민인정 신청사유로 인한 박해의 가능성이 없는 국가라 할 수 있으며, ‘안전한 국가 출신’이라 함은 난민신청자의 국적 또는 시민권이 속한 국가가 이러한 박해의 가능성이 없는 안전한 국가인 경우임을 의미한다. 법무부 난민정책과는 이와 관련하여, ‘안전한 국가로부터 온 경우’란 안전한 국가의 국적 소지 여부와 상관없이 안전한 국가를 거쳐 우리나라에 오는 경우를 말하며, ‘그 안전한 국가에서 난민인정 신청을 할 충분한 기회가 있었는지, 그 국가에서 난민인정 신청을 하지 않은 타당한 사유가 존재하는지’ 등을 충분히 고려하여야 한다는 입장이다.

그러나, UNHCR의 의견은 법무부의 입장과 다르다. UNHCR의 의견에 따르면, ‘안전한 국가’ 출신의 신청자를 난민인정심사절차에 회부하지 않을 수 있도록 법무부장관에게 주어진 재량의 적용이 특정 비호신청자를 집단으로 난민 지위로부터 연역적으로 배제하는 것은 난민지위협약의 정신이나 조문과 잠재적으로 불일치할 수 있으므로, 이러한 경우에도 난민인정심사에 회부되어야 한다. “안전한 출신국”에서 온 신청자라는 이유로 비호를 신청하는 데에 있어서 배제되어서는 안되며, 이러한 신청자들에게도 개별 면접이 보장됨으로써 안전하다는 추정을 반박할 수 있는 기회가 주어져야 한다. 또한, 안전한 국가를 지정하는 책임이 어느 기관에 있는지, 또는 안전한 국가 여부를 심사하는 결정이 독립된 기관에 의해 검토될 수 있는지 여부와 방법을 우리 난민법제는 구체적으로 명시하고 있지 않다.

[제5호: 난민법 시행령 제5조 제1항 제5호에서 규정한 “난민인정을 받지 못한 자 또는 난민인정이 취소된 자가 중대한 사정의 변경없이 다시 난민인정을 신청한 경우”]

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, ‘중대한 사정의 변경’은 난민인정 여부를 판단함에 있어서 영향을 미칠 수 있는 사정의 변경을 의미한다.

이 점에 관하여, UNHCR의 의견을 인용하자면, 재신청의 정당성 여부를 심사하기 위해서는 새로운 요소 혹은 증거가 있는지, 해당 개인의 상황에 변화가 있었는지에 대하여 심사하여 주장의 심사가 필요한지 여부를 판단하는 것이 필요하다. 이러한 이슈들을 심사하기 위해서는 면접이 필요하다. 따라서, 시행령에서 “중대한 사정의 변경”의 의미를 자세히 서술하여야 하고 재신청의 경우 난민인정심사 절차에

회부되어야 한다.

[제6호: 난민법 시행령 제5조 제1항 제6호에서 규정한 “법 제19조 각 호의 어느 하나에 해당된다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우”]

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, 이 경우에 해당하는 예는 ‘유엔난민기구 외에 유엔의 다른 기구 또는 기관으로부터 보호 또는 원조를 현재 받고 있는 경우(다만, 그러한 보호 또는 원조를 현재 받고 있는 사람의 지위가 국제연합총회에 의하여 채택된 관련 결의문에 따라 최종적으로 해결됨이 없이 그러한 보호 또는 원조의 부여가 어떠한 이유로 중지되는 경우는 제외), 국제조약 또는 일방적으로 승인된 국제법규에서 정하는 세계평화에 반하는 범죄, 전쟁범죄 또는 인도주의에 반하는 범죄를 저지른 경우, 대한민국에 입국하기 전에 대한민국 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 저지른 경우, 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 경우’이다.

그러나, UNHCR의 의견에 따르면, 이 조항은 배제여부결정은 난민인정심사절차를 통해 이루어져야 한다고 규정하고 있는 우리 난민법 제19조와 불일치한다. 난민배제사유는 신속절차나 회부결정절차가 아닌, 자격 있는 심사관에 의한 일반 난민인정심사절차를 통하여 다루어져야 한다. 회부결정 단계에서 배제여부를 심사하는 것은 비호신청자를 부당하게 범죄와 연관시킬 수 있다. 일반적인 난민인정절차에서 배제여부를 고려하는 것이 배제와 관련된 요소들을 난민인정 요소와 함께 심사할 수 있게 한다.

[제7호: 난민법 시행령 제5조 제1항 제7호에서 규정한 “그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 신청하는 등 난민인정 신청이 명백히 이유없는 경우”]

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, 이 경우에 해당하는 예는 ‘난민인정 신청사유가 오로지 경제적인 이유에 국한되는 등 난민법에 따른 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 견해 등 5개 사유에 해당하지 않는 것이 명백한 경우, 즉, 신청자의 진술이 모두 사실이라고 가정하더라도 난민법 상 난민개념에 해당하지 않아 주장 자체로 난민사유에 해당하지 않는 경우, 신청자 진술의 중요 부분에 모순이 있거나 입증 가능한 객관적인 사실과 명백히 일치하지 않아 “명백한 허위 난민인정 신청”으로 볼 수 있는 경우’이다.

그러나, UNHCR의 의견에 따르면, 이 규정에서 “명백히 이유 없는 경우”의 의미가 충분히 명시되어 있지 않다. 이 구문이 지나치게 광범위하게 해석되는 것을 피하기 위하여 시행령에서 구체적인 정의를 규정하는 것이 유용하다. 또한, 이러한 난민신청을 UNHCR에서는 일반 난민인정절차에서 다루고 있는

며, 문서에 기반한 심리만을 근거로 하여 결정하거나 신속절차에 회부하지 않는다.

상기의 내용과 같이, 현재 난민법 시행령 제5조 제1항에 규정된 난민인정심사 불회부 사유는 그 의미가 광범위하거나 모호하고, 난민인정심사 절차에서 판단되어야 할 사유들이 포함되어 있는 바, UNHCR의 권고를 받아들여 난민인정심사 회부심사를 형식적인 요건에 대한 심사로 변경하고 난민법 시행령 제5조 제1항 각호를 개정하여야 할 것이다.

난민법 시행령 제5조 제1항의 7가지 불회부결정사유별 건수 통계는 별도로 관리되지 않는 것으로 확인되었지만, 여러 문헌을 종합해 볼 때 대다수의 불회부결정 사유가 제3호 ‘거짓서류를 제출하는 등 사실을 은폐하여 난민인정을 받으려는 경우’와 제7호 ‘그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정신청이 명백히 이유 없는 경우’에 해당하고, 그 중에서도 주로 제7호가 독립적인 판단사유로서 기능하는 것으로 추정된다.

그러나, 불회부결정사유 제7호, 즉, ‘그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정신청이 명백히 이유 없는 경우’는 난민신청자에게 난민인정의 사유가 있는지 여부에 대한 실질적인 판단을 요하는 내용으로서, 난민인정신청서가 제출된 날로부터 단 7일 내에 이루어지는 불회부 심사 절차에서 판단되어질 수 있는 부분이 아니다.

우리 난민법 제2조에서 정의하는 ‘난민’은 “인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가(이하 “상주국”이라 한다)로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 않는 무국적자인 외국인”을 말한다. 즉, 난민법상 ‘난민’으로 인정받기 위해서는 ‘① 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 한 박해의 가능성, ② 충분한 근거가 있는 공포, ③ 국적국의 보호를 받을 수 없거나 받기를 원하지 않음’이라는 3가지 요건이 충족되어야 하는 것이다.

이와 관련하여, 「난민의 지위에 관한 1951년 협약 및 1967년 의정서에 의한 난민 지위의 인정 기준 및 절차 편람과 지침」(이하 “난민편람”)에 따르면, 1951년의 난민지위협약 제1조 제A항 제2호에 따라 “난민”이라는 용어는 다음과 같은 사람에게 적용된다.

“1951년 1월 1일 이전에 발생한 사건의 결과로서, 그리고 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 것이라는 충분한 근거가 있는 두려움으로 인하여, 자신의

국적국 밖에 있는 사람으로서, 국적국의 보호를 받을 수 없거나 그러한 두려움으로 인하여 상주국으로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 사람”

난민인정신청이 명백히 이유 없는지 여부를 확인하기 위해서는 상기 난민법과 난민편람에서 정하고 있는 ‘난민’의 인정기준에 명백히 해당하지 않는지 여부를 확인할 수 밖에 없다. 그렇다면 난민인정신청서에 기재된 내용을 면밀히 분석하고 심도 깊은 면담을 진행한 뒤 제출서류를 조사하여 “박해를 받을 것이라는 충분한 근거가 있는 두려움”이 있는지, 그리고 그 박해의 원인이 “인종, 종교, 국적/민족, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견” 때문인지, “국적국 또는 상주국의 보호를 받을 수 없거나 또는 그러한 두려움으로 인하여 그 국가의 보호를 받기를 원하지 않는지” 그 여부 및 이유를 확인해야 하는데 이러한 과정은 약 7일의 난민인정심사 회부심사 기간 내에 이루어 질 수 없다.

본 연구의 인터뷰에 참여한 변호사들과 전문가의 의견도 이와 같다. 이종찬 변호사는 많은 난민인정심사 불회부결정서가 난민신청자의 진술의 일부 모순, 난민인정 신청의 경위와 같은 지엽적인 부분에 집중되어 있고, 국가 정황정보에 관한 심도있는 내용은 누락된 경우가 많으며, 마치 회부심사가 ‘난민인정 심사’의 프리뷰(preview) 절차인 것처럼 진행되는 경우가 많다고 지적하였다. 특히, 진술의 앞뒤를 비교하거나 그와 관련된 상황들과 대조하며 모순점을 발견하는데 상당한 공을 들이고 있고, 난민인정신청을 입국 불허된 이후에 하였으니 진정성이 의심된다는 등의 신청경위에 대한 문제도 자주 거론되었으며, 대한민국에 입국하기 전 수일간 제3국을 경유하였는데 그 제3국은 안전한 국가이니 불회부결정한다는 내용들도 기재되어 있었다고 한다. 이한재 변호사는 난민법 시행령 제5조 제1항에서 정하는 7개의 불회부 요건은 대체로 그 내용이 모호하다고 지적하면서 ‘안전한 국가로부터 온 경우(제4호)’에서 안전하다는 것이 어떤 의미인지 ‘대한민국의 안전 또는 사회 질서를 해칠 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유(1호)’가 무엇인지 매우 모호하며, 그 기준을 유추할 수 있을만한 다른 요소도 없다는 의견을 주었다. 또한, 이한재 변호사가 경험한 사건들에서 요건이 전혀 예정하고 있지 않은 방향으로 불회부 처분의 요건이 활용된 경우도 있었는데, 대표적으로 ‘거짓 서류의 제출(제3호)’는 그 문언의 내용과 달리 난민의 진술에서 조금이라도 사실과 어긋남이 있다거나, 틀린 날짜를 말했다거나, 선후 관계를 잘못 말한 경우 등에도 모두 적용되고 있었다고 한다.

본 연구의 인터뷰에 참여한 익명의 난민활동가는 현재까지 여러건의 난민인정심사 불회부결정서들을 확인하였는데, 그가 확인한 심사불회부결정의 이유는 ‘① 여권, 서류의 위조, ② 신빙성에 대한 의심(인터뷰 당시 번복을 하였거나 핸드폰에 나와있는 사진의 날짜와 신청인이 진술한 날짜가 불일치하는 한 경우, 한국에 있는 친인척에 대한 정보를 숨김), ③ 실질적인 박해의 경험이 없음(종교 및 성정체성이 공

개가 안된 경우), ④ 성소수자의 경우 성적체성을 숨기는 것은 사회적 제약일 수 있으나 난민협약에서 말하는 박해에 해당하지 않음, ⑤ 한국 입국 전 제3국에서 체류한 경험이 있으나 그 국가에서 난민신청을 하지 않음, ⑥ 입국거부가 된 이후에야 난민신청 의사를 밝힘, ⑦ 이중국적인 경우 무조건 다른 국적국의 도움을 받을 수 있을 것임(단정), ⑧ 징집기피는 난민사유에 해당이 안됨(단정), ⑨ 영향력 있는 사람(정치인, 정부와 관련있는 자)의 박해는 사인간의 박해임(단정), ⑩ 강제결혼 및 가정폭력은 국가의 구제를 받아야 하는 문제임(단정)'으로 기재되어 있었으며, 상기 불회부 이유에 대하여 그 익명 난민활동가와 당사자인 공항난민들 모두 동의할 수 없었다고 한다.

난민법, 난민편람, 그리고 우리 법원의 입장 등을 바탕으로 볼 때 난민법 시행령 제5조 제1항의 7가지 불회부결정 사유 중 제7호 '그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정신청이 명백히 이유 없는 경우' 부분은 삭제되어야 하며, 그 외 다른 불회부결정 사유 중 매우 자의적이고 애매모호한 표현을 사용하는 제4호 '박해의 가능성이 없는 국가 출신이거나 안전한 국가로부터 온 경우'도 삭제하는 것이 옳다. 다른 불회부결정 사유들도 추후 추가적인 개정에 대한 논의가 진행되어야 할 것이다.

우리 법원은 이미 판례를 통해 난민인정심사 불회부결정은 형식적 사유에 의해서만 예외적으로 가능하고 실제적 사유로 불회부결정을 할 수는 없다는 입장을 밝힌 바 있다. 인천지방법원 2014.5.16. 선고 2014구합30385 판결에서 법원은 난민법 시행령 제5조 제1항 각호에서 정한 난민인정심사 불회부결정 사유의 존재에 대한 입증책임은 원칙적으로 해당 처분청에 있다고 판단한 바 있다. 또한, 같은 사건에서 법원은 2013년 7월 1일부터 시행되는 난민법의 취지 및 난민인정 신청이 있으면 난민신청자에 대하여 면접을 실시하고 사실조사를 한 다음 난민인정심사, 결정을 하는 것이 원칙인 점을 고려하면, 난민법 제6조에 따라 난민인정 심사 자체를 받을 수 없도록 하는 난민인정심사 불회부결정은 형식적 사유에 의해서만 예외적으로 가능하고 실제적 사유로 불회부결정을 할 수는 없다고 판단하였다.

나. 특별히 보호할 대상에 대한 의무적 난민인정심사 회부

'대한민국 난민법 시행령 및 시행규칙 제정안에 관한 UNHCR의 의견'에 의하면, UNHCR 또한 예외적인 경우에는 난민인정절차 불회부결정이 가능하다는 입장을 취하면서 1983년 집행위원회 결정 제30호의 3절에서 명시한 바와 같이 모든 비호신청자들에게 기각결정에 대한 이의신청 기회가 주어져야 함을 권고한다.

그러면서도, UNHCR은 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 난민신청자들은 항상 영토로의 입국이 허가되어 신청이 심사될 수 있도록 하여야 한다는 점, 그리고 난민지원시설 이용대상에 노인이나 부모 혹은 보호자를 동반하지 않은 아동, 정신적 혹은 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들이 착취를 당하거나 사회에서 소외될 우려가 있다는 관점에서 난민지원시설의 우선 이용대상자에 포함되어야 한다는 점을 권고하였다.

예외적인 경우에 난민인정심사에 대한 불회부결정을 할 수는 있으나, 특별히 보호되어야 하는 노인이거나 부모 혹은 보호자를 동반하지 않은 아동, 정신적 혹은 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들에 대하여는 무조건 심사에 회부하고 심사진행기간 동안 입국을 허가하며 난민지원시설에 우선적으로 입소하여 생활할 수 있는 기회를 부여해야 한다는 것이 UNHCR의 권고사항의 핵심이라고 할 수 있다.

이러한 UNHCR의 권고사항 중 아동에 대한 부분은 아동권리협약을 근거로 한 것으로 보여진다. 동 협약 제37조는 어떠한 아동도 고문 또는 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다고 규정하고 있고, 동 조항 나.호는 어떠한 아동도 위법적 또는 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니한다고 규정하면서 아동의 체포, 억류 또는 구금은 법률에 따라 행해져야 하며, 오직 최후의 수단으로서 또한 적절한 최단기간 동안만 사용되어야 한다고 규정하고 있다.

노인이나 부모 혹은 보호자를 동반하지 않은 아동, 정신적 혹은 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별히 보호해야 할 난민신청자들은 전체 난민신청자들 중 비중이 높지 않고 난민인정심사 기간 동안 국내에 입국한다고 하더라도 우리 사회내에서 범죄 등 각종 사회문제를 야기할 가능성이 높지 않다. 또한, 이들은 다른 국가로의 이동이 용이하지 않은 사람들인데, 그럼에도 불구하고 한국의 출입국항에 도착하여 난민신청을 한 것 자체만으로도 본인의 국적국으로부터 심각한 박해를 받아 많은 어려움을 극복하며 탈출하였다는 점을 추론할 수 있는 근거가 된다.

2022년의 출입국·외국인정책 통계연보에 따르면, 2013년 난민법 시행 이후로 난민신청 건수는 큰 폭으로 증가하다 2020년 초부터 확산된 코로나19 감염병의 영향으로 사증면제 협정 등에 대한 잠정정지 조치가 이어져 외국인의 입국이 제한됨에 따라 난민인정 신청이 감소하였다. 그러나 코로나19 상황이 점차 진정되어 국가 간 출입국이 자유로워지자 2022년 난민신청 건수는 전년 대비 393% 증가하였다.

〈표 4〉 연도별 난민신청 현황

단위 : 건

계	94~2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
84,922	9,539	5,711	7,541	9,942	16,173	15,452	6,684	2,341	11,539

특히, 2022년 기준 누적 난민신청 총 84,922건 중 여성이 신청한 건은 20,067건(23.6%)이고, 2022년 한 해 동안의 난민신청 11,539건 중 여성이 신청한 건은 2,675건(23.2%)이다. 2022년 기준 누적 난민신청 중 18세 미만은 3,585건(4.2%), 60세 이상은 283건(0.3%)이고 2022년 한 해 동안의 난민신청 중 신청 당시 연령 18세~59세인 신청 건은 10,826건(85.2%), 18세 미만은 646건(5.6%), 60세 이상은 67건(0.6%)이다.

〈표 5〉 성별·연령별 난민신청 현황

	계		0~4세		5~17세		18~59세		60세 이상	
	남	여	남	여	남	여	남	여	남	여
전체 누적	64,855	20,067	952	930	992	711	62,731	18,323	180	103
2022년	8,864	2,675	132	133	237	144	8,452	2,374	43	24

*난민신청 당시 기준/ 만나이

난민인정심사의 효율성 및 정확성을 위하여 출입국항에서의 난민신청자에 대한 회부심사 절차를 둔 목적은 이해되는 점이 없지 않으나, 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 난민신청자들에 대하여는 의무적인 난민인정심사 회부 원칙을 수립하는 것이 필요하다.

특별히 보호를 할 필요성이 있는 대상자들에 대하여 의무적으로 난민인정심사에 회부하여야 하는 이유는 그들이 공향내에 구금되어 있지 않고 대한민국 영토내에 입국하게 하는 것 이외에 또 다른 차원에서 의미를 가진다. 난민법은 난민신청자에 대한 처우와 관련하여 제40조부터 제43조에 걸쳐 생계비 등의 지원, 일정 기간 경과 후의 취업허가, 주거시설의 지원, 의료지원, 교육의 보장 등을 규정하고 있는데, 이러한 처우는 특히 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 자들의 기본적 인권을 위해서 꼭 필요하다.

다만, 이는 난민법 제2조상 난민신청자에게 적용되는 것으로, 난민인정심사 불회부결정을 받은 소위 공향난민은 동조상 정의규정에 포함되지 않는다. 관련하여, 법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르

면, 난민법 제2조 제4호는 난민신청자의 개념을 난민인정 신청에 대한 심사가 진행중인 사람으로 규정하고 있고, 난민법 시행령 제5조 제6항은 난민인정 심사에 회부하기로 결정된 사람에게 그 결정일에 난민인정 신청을 한 것으로 간주한다고 규정하고 있어 출입국항 회부심사가 진행중인 사람은 난민법상 난민신청자의 정의에 해당하지 않는다고 한다.

부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 자들에 대하여 의무적으로 난민인정심사 회부를 한다면 장기간 공항 내 출국대기실 혹은 환승구역에서 체류하지 않고 곧바로 대한민국 영토 내에 입국하여 기본적인 생계의 지원을 받을 수 있고 장기적으로는 취업의 기회도 보장받는 등 기본적 인권의 보호를 받을 수 있을 것이다.

다. 불회부결정 대상자에 대한 이의신청제도 도입 및 국선 대리인 선정

(1) 난민인정심사 불회부결정을 받고 출국대기실 또는 환승구역에 대기하는 것이 구금에 해당하는지 여부

우리 헌법재판소는 2020년 9월 24일 군인사법 제57조 제2항 제2호 위헌소원 사건에서 군영창제도 근거조항(구 군인사법 제57조 제2항 중 “영창”에 관한 부분)에 대한 위헌결정을 하였다. 이 결정에서 4인의 보충의견은 “신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조 제1항은 문언상 형사절차만을 염두에 둔 것이 아니고, 신체의 자유는 그 제한이 형사절차, 행정절차에서 가해진 것인지를 불문하고 보장되어야 하는 자연권적 속성의 기본권이다. 따라서 헌법 제12조 각 항은 신체의 자유 보장방법의 속성상 형사절차에만 적용되는 것이 분명한 경우가 아니라면 형사절차에 한정되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다”고 하여 행정상 구금에 대해서도 영장주의가 적용되어야 한다는 점을 명시하였다.

위와 같은 헌법재판소 결정의 내용은 난민인정심사 회부심사 시 난민인정심사 불회부결정을 받은 난민신청자를 공항내 출국대기실이나 환승구역에 장기간 대기하게 하는 상황에도 적용되는 것으로 보아야 한다. 우리 헌법재판소는 2014헌마346 결정을 통해 변호인 접견신청 거부일에 청구인인 난민신청자가 난민인정심사 불회부결정 후 수용되어 있었던 송환대기실의 출입문이 철문으로 되어 있는 폐쇄된 공간이었다는 점, 인천국제공항 항공사운영협의회에 의해 출입이 통제되었다는 점, 청구인이 송환대기실 밖 환승구역으로 나갈 수 없었다는 점, 공중전화 외에는 외부와의 소통수단이 없었다는 점, 자신에 대한 송환대기실 수용을 해제해 달라는 취지의 인신보호청구의 소를 제기해 둔 상태였다는 점을 들어 청구인이

송환대기실에 구속을 당한 상태였다는 점을 인정하면서 청구인이 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 판단한 바 있다.

이 결정에 따라 현재 법무부는 난민인정심사 불회부결정을 받은 강제송환대상 외국인이 송환대기실 혹은 출국대기실을 벗어나 환송구역으로 나갈 수 있도록 내부적인 지침을 변경하였으므로 더 이상 난민 인정심사 불회부결정 대상자들이 구금되어 있다고 볼 수 없다는 입장이다. 그러나, 결국 난민인정심사 불회부결정을 받고 공항난민으로 분류된 난민신청자들은 출국대기실 혹은 환송구역에서만 머무를 수 있고 공항건물 밖으로 나가는 것은 여전히 불가능하다는 점, 그리고 출국대기실에서 머무르지 않고 본인의 의지로 환송구역에서 머무르는 사람에게는 정기적인 식사를 제공하지 않는다는 난민신청자의 인터뷰 내용을 고려해 볼 때 여전히 난민인정심사 불회부결정 대상자들은 실질적으로 공항 내에 실질적으로 구금되어 있다고 보아야 한다.

(2) 난민인정심사 회부심사 시, 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되고 있는지 여부

법무부 난민정책과의 난민업무 지침에 따르면, 난민인정신청서를 제출 받은 청장 등은 출입국향 난민 신청자에 대하여 지체없이 면담 등을 통한 사실조사를 시행해야 한다. 이 사실조사 과정에서는 주장의 진위를 파악하기 위하여 출입국향 난민면담조서를 작성하며 필요시 탑승항공기명 또는 선박명, 인적사항, 입국경위, 신청 이유 등 난민인정심사 회부 여부 결정에 필요한 사항을 파악한다. 출입국향에서의 면담은 회부 결정의 신속성 및 연중 무휴 운영되는 출입국향의 특수성을 고려하여 야간 및 공휴일 면담이 허용된다. 면담과정은 녹음·녹화하는 것이 원칙이지만, 난민신청자가 이에 동의하지 않을 경우 실시하지 않을 수 있으며, 이 경우 녹음·녹화 미동의 확인서를 제출해야 한다.

난민인정신청서가 제출된 날로부터 7일 이내에 난민인정신청에 대한 심사 회부여부를 결정하게 되는데, 불회부 시 청장 등은 난민인정심사 불회부결정 통지서에 난민법 시행령 제5조 제1항 각호 중에서 해당되는 사유를 표시, 난민인정심사 불회부 사유서를 첨부하여 신청자에게 교부하고 통역을 통해 불회부사유를 안내한다. 당사자는 난민인정심사 불회부결정통지서의 교부 후 입국재심사무실로 인계되어 입국심사 절차를 진행하게 된다. 원칙적으로 불회부결정과 입국심사는 별개의 절차로서 불회부결정을 받았다는 사실 자체만으로 입국불허 사유에 해당하지는 않는다. 그러나 불회부결정을 받은 경우 실무상으로 출입국관리법 제12조 제3항 제2호의 입국거부사유에 해당한다는 이유로 입국이 불허되는 경우가 대다수이다.

자유권규약 제13조는 합법적으로 이 규약의 당사국의 영역내에 있는 외국인은 법률에 따라 이루어진 결정에 의하여서만 그 영역으로부터 추방될 수 있으며, 또한 국가안보상 불가피하게 달리 요구되는 경우를 제외하고는 자기의 추방에 반대하는 이유를 제기할 수 있고, 또한 권한 있는 당국 또는 동 당국에 의하여 특별히 지명된 자에 의하여 자기 사안이 심사되는 것이 인정되며, 또한 이를 위하여 그 당국 또는 사람 앞에서 다른 사람이 그를 대리하는 것이 인정된다고 규정하고 있다. 또한, 행정적 원조에 대해 정하고 있는 난민지위협약 제25조 제1항은 난민이 그의 권리를 행사함에 있어서 통상적으로 외국기관의 원조를 필요로 하는 경우, 그 기관의 원조를 구할 수 없을 때에는 그 난민이 거주하고 있는 체약국은 자국의 기관 또는 국제기관에 의하여 그러한 원조가 난민에게 부여되도록 조치한다고 규정하고 있다. 요컨대, 위와 같이 자유권규약에서는 난민신청자가 대리인으로서 변호인을 선임할 수 있는 권리를 규정하고 있고, 난민협약에서는 변호인을 선임함에 있어 외국기관이나 체약국으로부터 원조를 받을 수 있는 근거규정을 두고 있는 것이다.

난민인정심사 불회부결정이 이루어지면 그 결정의 대상인 외국인은 난민인정신청을 할 수 없고 바로 형식적으로 출입국심사를 거친 뒤 공항난민으로 분류되어 출국대기실 혹은 환승구역에서 체류하다가 국적국 혹은 제3국으로 송환된다. 공항난민이 난민인정심사 불회부결정에 대하여 취소소송을 제기할 경우에는 성별, 연령, 건강상태 및 청 등 사정을 고려하여 출국대기실, 환승구역 등에 대기하도록 안내하고, 재판부에 신속한 재판 진행을 요청한다는 것이 법무부의 난민업무 지침상 내용이다. 다만, 이러한 송환의 중지는 법령상 근거가 없어 행정청을 구속하지 않으며, 따라서 불회부결정의 취소를 다투는 중이거나 변호인 접견 등을 요청하는 등의 사정과 무관하게 송환이 집행될 수 있다고 해석된다는 점에서 강제 송환금지원칙의 위반에 해당한다는 비판이 제기되기도 한다. 공항난민의 입장에서는 난민인정심사 회부심사에서 어떤 결정이 이루어지느냐에 따라서 생명의 위협을 받아 가까스로 탈출했던 국적국으로 다시 돌아가야 하는 상황이 발생하거나 대한민국 내에 머무르되 공항내에 구금되어 장기간 기본적인 의식주 조차 제대로 제공받지 못하고 오랜 시간 지내야 하는 것이다. 이러한 점에서 보자면 오히려 난민인정심사 단계보다 회부심사 단계에서 변호인의 조력을 받을 권리가 반드시 보장될 필요가 있다. 그러나, 실제 난민신청자들은 통역인과 변호인의 조력을 받을 권리를 제대로 보장받지 못하고 있다.

이와 관련하여, 우리 헌법재판소는 이미 과거의 2014헌마346 결정을 통해 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 행정절차상 구속도 포함된다는 점, 인천국제공항에서 난민인정신청을 하였으나 난민인정심사불회부결정을 받은 청구인을 인천국제공항 송환대기실에 약 5개월째 수용하고 환승구역으로의 출입을 막은 것이 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 해당된다는 점, 피청구인 인천공항출

입국·외국인청장이 강제송환대상 외국인인 청구인의 변호인 접견신청을 거부한 것이 청구인에게 보장되는 헌법 제12조 제4항 본문에 의한 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이라는 점을 확인한 바 있다.

위 사건에서 법무부장관은 「난민인정심사, 처우, 체류지침」을 이미 개정하여 출입국항에서의 난민신청자에게 변호인 접견권을 인정하고 있으므로 심판의 이익이 없다'고 의견을 제출하였다. 그러나, 현실적으로 본 연구를 진행하여 면담했던 난민인정심사 불회부결정을 받은 적이 있는 난민신청자들 중 회부심사 단계에서부터 변호인이 선임되거나 회부심사 면접에서 변호인이 동석한 경우는 없었다. 인터뷰에 참여한 난민신청자들은 공통적으로 변호인의 동석을 요구할 수 있다는 설명을 들은 기억이 없다고 진술하였다. 추측컨대, 변호인의 동석을 요구하여 이것이 가능했다고 하더라도 사선으로 변호인을 선임해야 하는 상황에서 변호사 선임비용을 부담할 수 없었을 것으로 보인다.

법무부의 난민업무 지침에 따르면, 출입국항 난민신청자는 난민인정신청서 작성과 면담 등의 조력을 위해 변호인 및 통역인 등을 동반할 수 있다. 동 지침은 출입국항 등 여건에 따라 장소를 활용하되 대면상담 보장, 가림막 설치, 건강상태 고려 등 가급적 접견이 원활하게 이루어질 수 있는 환경을 조성할 수 있도록 노력한다고 기재하고 있기도 하다. 그러나, 현실적으로 난민신청자들은 난민인정신청서 작성과 면담 등의 조력을 위해 변호인을 동반한 경험이 없었으며 이를 설명들은 바도 없다고 진술하였다. 이들이 변호사를 처음 접한 것은 난민인정심사 불회부결정에 대한 취소소송을 제기하는 단계였다. 추측컨대 난민인정신청서의 작성과 면담 과정에 변호인의 조력을 받을 수는 있으나 이에 대한 충분하고 명확한 설명과 이해가 부족했던 것으로 보여진다.

(3) 난민인정심사 불회부결정에 대한 이의신청제도 도입 및 국선대리인 선정

실질적으로 난민인정심사 회부심사를 통해 난민신청자가 대한민국 영토내에 상륙하여 공항 밖으로 나갈지 아니면 출국대기실 혹은 공항의 환승구역 내 머물지 여부가 결정된다. 그러므로, 모든 난민인정심사 회부심사 시 난민신청자에게 법률대리인이 선임되어 있지 않은 경우 국선 대리인을 선정하여 변호사를 의무적으로 동석시키도록 하는 것이 난민인정심사 불회부결정과 관련된 기본적 인권 침해 문제를 예방할 수 있는 가장 좋은 해결방안이다. 그러나 이 방법은 예산의 부족, 변호인 수의 부족으로 인하여 현실적으로 힘들것으로 예상되므로, 한차례 회부심사를 거쳐 불회부결정을 받은 송환대상 외국인이 불회부결정을 받은 그 즉시 이의신청을 하여 재심사를 받을 기회를 제공하고, 재심사 과정에서 난민신청자가 자기부담으로 법률대리인을 선임하는 것이 힘들다면 국선 대리인을 선정하는 방안을 고려해 볼수 있다. 이렇게 이의신청 절차를 두어 재심사의 기회를 제공한다면 적어도 난민신청자가 실질적 구금 상태

에 놓인 직후에 변호사의 조력을 받아 충분히 방어권을 행사할 수 있으므로, 변호사의 법률적 조력을 받지 못한 채 난민인정심사 불회부결정을 받고 실질적 구금의 상태에 놓이는 기본적 인권 침해의 상황은 발생하지 않을 것이다.

난민인정심사 불회부결정에 별도의 이의신청제도를 두어야 한다는 의견에 대하여 어떻게 생각하느냐는 질문에 대하여, 본 연구의 인터뷰에 참여한 이종찬 변호사는 이의신청 제도가 있다면, 법률조력인이 공항밖에서 돕지 않으면 불회부결정에 불복할 기회조차 없는 현실의 문제를 어느정도 해결할 수 있을 것으로 보인다고 답변하였다. 다만, 출국대기실 구금상태에서 제기되는 이의신청이므로 심사기간을 정할 필요가 있으며 법원의 판단이 아닌 법무부의 판단으로 이의신청 인용여부가 결정될 것이므로 소송과 같이 법률조력인이 있지 않으면 실제 그 이의신청이 인용될 가능성은 높지 않을 것이라는 의견도 제시하였다. 같은 질문에 대하여, 본 연구의 인터뷰에 참여한 익명 난민활동가는 별도의 이의신청제도를 만들어야 한다는 의견에 찬성하며, 외국인인 난민신청자가 변호사의 조력없이도 쉽게 이의신청을 할 수 있도록 제도적인 지원이 필요하며 이의신청 기간 동안 난민신청자가 머물수 있는 숙소, 식사, 법률지원, 통역 등을 정부가 지원해야 한다는 의견을 제시하였다.

라. 특별한 보호를 필요로 하는 공항난민들을 위한 별도의 시설 설치 및 운영

본 연구 과정 중 면담자들을 통해 확인한 결과, 난민인정심사 불회부결정을 받아 출국대기실 혹은 환승구역에서 장기간 체류하는 공항난민 중에는 아동, 노인, 여성, 질병을 앓고 있는 사람 등 특별한 보호를 필요로 하는 자들도 포함되어 있다. 상기 나.항에서 제안한 바와 같이 특별한 보호를 필요로 하는 자들에 대한 의무적 난민인정심사 회부 정책이 현실적인 문제로 불가하다면, 적어도 이들이 한국내에 머무르는 동안에는 출국대기실이나 환승구역이 아니라 별도의 생활시설을 만들어 제공해야 할 것이다.

세계인권선언 제3조는 모든 사람은 생명과 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다고 규정하고 있으며, 제5조는 어느 누구도 고문, 또는 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 형벌을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 동 선언 제25조 제1항은 모든 사람은 의식주, 의료 및 필요한 사회복지를 포함하여 자신과 가족의 건강과 안녕에 적합한 생활수준을 누릴 권리와, 실업, 질병, 장애, 배우자 사망, 노령 또는 기타 불가항력의 상황으로 인한 생계 결핍의 경우에 보장을 받을 권리를 가진다 규정하고 있으며, 제2항은 어머니와 아동은 특별한 보호와 지원을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있다.

같은 맥락에서 자유권규약 제24조 제1항은 모든 어린이는 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 민족적 또는

사회적 출신, 재산 또는 출생에 관하여 어떠한 차별도 받지 아니하고 자신의 가족, 사회 및 국가에 대하여 미성년자로서의 지위로 인하여 요구되는 보호조치를 받을 권리를 가진다고 규정하고 있고, 「고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약」(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) 제16조 제1항은 당사국은 자기 나라 관할하의 영토내에서 제1조에 규정된 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이 공무원이나 그 밖의 공무수행자에 의하여 직접 또는 이들의 교사·동의·묵인 아래 이루어지는 것을 방지한다고 규정하고 있다.

특히, 난민지위협약 제21조는 체약국의 주거에 관한 사항이 법령의 규제를 받거나 공공기관의 관리 하에 있는 경우, 합법적으로 그 영역 내에 체재하는 난민에게 주거에 관하여 가능한 한 유리한 대우를 부여하고, 어떠한 경우에도 동일한 사정 하에서 일반적으로 외국인에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다고 규정하고 있으며, 제23조는 체약국은 합법적으로 그 영역내에 체재하는 난민에게, 공공구제와 공적원조에 관하여 자국민에게 부여하는 대우와 동일한 대우를 부여한다고 규정하고 있다.

아동에게 특별한 보호를 제공하여야 할 필요성은 1924년의 「아동권리에 관한 제네바선언」(Geneva Declaration of the Rights of the Child) 및 1959년 11월 20일 UN 총회에서 채택된 「아동권리 선언」(Declaration of the Rights of the Child)를 비롯하여 세계인권선언, 자유권규약, 사회권규약, 아동권리협약, 그 외 아동의 복지와 관련된 전문기구와 국제기구의 규정 및 관련문서에서 여러 차례 강조된 바 있다.

특히, 아동권리협약 전문은 “아동은 신체적·정신적 미성숙으로 인하여 출생 전후를 막론하고 적절한 법적 보호를 포함한 특별한 보호와 배려를 필요로 한다”는 점을 유념하면서 세계 모든 국가에 예외적으로 어려운 여건하에 생활하고 있는 아동들이 있으며, 이 아동들은 특별한 배려를 필요로 함을 인정하고 있으며, 동 협약 제3조 제1항은 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다고 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 당사국은 아동에 대한 배려와 보호에 책임 있는 기관, 편의 및 시설이 관계당국이 설정한 기준, 특히 안전과 위생분야 그리고 직원의 수 및 적격성은 물론 충분한 감독 면에서 기준에 따를 것을 보장하여야 한다고 규정하고 있다.

아동권리협약은 또한 제6조 제1항에서 당사국은 모든 아동이 생명에 관한 고유의 권리를 가지고 있음을 인정한다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 당사국은 가능한 한 최대한도로 아동의 생존과 발전

을 보장하여야 한다고 규정하고 있고, 제22조에서 당사국은 난민으로서의 지위를 구하거나 또는 적용가능한 국제법 및 국내법과 절차에 따라 난민으로 취급되는 아동이, 부모나 기타 다른 사람과의 동반여부에 관계없이, 이 협약 및 당해 국가가 당사국인 다른 국제인권 또는 인도주의 관련 문서에 규정된 적용가능한 권리를 향유함에 있어서 적절한 보호와 인도적 지원을 받을 수 있도록 하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다.

또한, 동 협약 제24조 제1항은 당사국은 도달가능한 최상의 건강수준을 향유하고, 질병의 치료와 건강의 회복을 위한 시설을 사용할 수 있는 아동의 권리를 인정하고 있으며, 같은 조 제2항은 당사국이 ① 유아와 아동의 사망율을 감소시키기 위한 조치, ② 기초건강관리의 발전에 중점을 두면서 모든 아동에게 필요한 의료지원과 건강관리의 제공을 보장하는 조치 ③ 기초건강관리 체계 안에서 무엇보다도 쉽게 이용 가능한 기술의 적용과 충분한 영양식 및 깨끗한 음료수의 제공 등을 통하여 질병과 영양실조를 퇴치하기 위한 조치, ④ 산모를 위하여 출산 전후의 적절한 건강관리를 보장하는 조치 등을 취하여야 한다고 규정하고 있다.

상기의 내용과 같이, 다수의 국제인권조약은 원칙적, 기본적으로 아동의 인권을 최우선, 무조건적으로 보장하고 있으며, 특히 아동의 생명권 및 건강권은 그 중에서도 중요하게 언급되고 있다. 이러한 규정들을 바탕으로 볼 때, 아동을 최우선 보호대상으로 하되 여기서 더 범위를 확장하여 여성, 노인, 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자 등 특별한 보호를 받아야 하는 대상의 경우 난민인정신청에서 불회부결정을 받았는지 여부에 상관없이 기본적인 영양소가 갖추어진 식사제공, 별도의 수면장소 제공, 여별 의복의 제공, 운동장소의 제공, 일조권 보장이 이루어져야 한다.

특별한 보호를 받아야 하는 대상 외에 일반적인 경우에도, 난민인정심사 불회부결정을 받은 이후 불회부결정에 대한 행정소송 등 이의신청 절차를 진행하고 있는 동안에는 출입국 외국인지원센터에서 생활하며 행정소송절차가 완료될 때 까지 기다릴 수 있도록 하는 것이 공항 내 승객, 공항 내 직원, 그리고 공향난민 모두에게 현재보다 더 나은 공항 환경을 제공할 것이다.

이와 관련하여, 국가인권위원회는 2023년 10월 30일 “출국대기실 장기 거주 송환대상 외국인의 인간다운 생활 보장 위해 공항 밖 별도 시설 마련하고 처우 개선 필요”라는 제목의 보도자료를 통해 2023년 8월 17일자 국가인권위원회 침해구제제2위원회 결정의 내용을 익명으로 공개하였다. 해당 보도자료에 따르면, 국가인권위원회는 법무부장관에게 난민인정심사 불회부결정에 불복하는 소송 등으로 출국대기실에 장기간 거주할 수 밖에 없는 송환대상 외국인의 인간다운 생활을 할 권리가 보장될 수 있도록,

공항 밖에서 별도의 대기 시설을 설치하고, 수면 및 휴식공간, 식단, 운동, 의료지원 등 처우 보장이 포함된 운영규정을 마련할 것을 권고하였고, 00공항출입국·외국인청장에게, 별도의 시설을 마련하기 이전이라도 출국대기실 공간을 확장하고 식단 및 주거환경 등의 처우를 개선할 것을 권고하였다. 또한, 국가인권위원회는 국회의장에게, 공항밖에 별도 시설을 설치할 근거를 마련하고 운영기준을 규정하는 「출입국관리법 일부개정법률안」(의안번호 제2118939)을 조속히 심의·의결할 필요가 있다는 의견을 표명하기도 하였다.

국가인권위원회가 상기 보도자료와 함께 공개한 익명결정문(23진정0001200 징집거부 러시아 난민신청자에 대한 인권침해)에 따르면, 2023.1.12. 공항 내 출국대기실에서 장기체류하는 송환대상 외국인들이 처한 환경은 본 연구의 인터뷰 대상들이 진술한 것과 같았다. 해당 사건의 피해자들은 러시아 국적의 남성들로서 우크라이나 전쟁 징집명령을 받은 후 러시아를 떠나 대한민국에 도착하여 피진정인인 00공항출입국·외국인청장에게 난민신청을 하였다. 그러나, 피진정인은 피해자들을 단순병역기피자로 판단하고 난민인정심사에 회부하지 않았다.

이후 피해자들은 난민인정심사 불회부결정에 불복하여 소송을 진행하였고, 소송 기간 중 3개월 넘게 00국제공항 출국대기실에 체류하였다. 피해자들은 체류하고 있던 00국제공항 제0터미널 출국대기실과 환승구역 간 자유롭게 출입할 수 있었다. 그러나 출국대기실의 거실은 외부의 자연광이 직접 들어올 수 있도록 설계되어 있지 않았고, 거실로 외부공기가 직접 유입될 수도 없는 상황인데, 대신 환기를 위한 환풍기 등을 구비하고 있으며, 중앙통제식의 냉·난방 시스템이어서 개별적으로 온도를 조절하기 어려운 구조이다. 출국대기실에는 실외 운동 공간 및 실내 운동 공간이 따로 마련되어 있지 않다. 피해자들이 거주하고 있던 출국대기실의 정원은 34명에 불과하나 2022년 9월부터 23월 사이 평균 대기인원은 67명이었다.

출국대기실은 남녀로 구분되어 각각 1개씩 설치되어 있고, 남성전용방은 거실 1개, 침실 1개이며, 그 중 침실 1개는 피해자들과 같이 소송으로 인해 장기대기 중인 외국인이 주로 지내고 있다. 침실에는 단체로 사용하는 평상이 있고, 평상은 개인별 구획이 없는데, 성인 남성 9명이 나란히 누우면 딱 차는 공간이다. 송환대상 외국인 1인당 2장씩 제공되는 모포를 사용할 수 있다. 특별한 경우가 아니라면 22시에는 일괄적으로 소등이 된다.

피해자들에게 제공되는 식사는 공항 내에서 조달이 가능한 물품에 한정하여 제공하기 때문에 하루를 기준으로 아침과 저녁 두 끼는 빵과 음료수를 주고, 점심은 기내식을 제공하고 있어 성인 1일 영양소 기준치를 충족하지 못한다. 식수는 정수기로 냉·온수 음용이 가능하고, 전자레인지 및 냉장고 사용이 불가

하다. 화장실내 치약, 비누, 휴지가 비치되어 있으나 샴푸는 별도로 제공하고 있지 않으며 세탁물은 손 빨래 및 자연건조를 해야 하는데, 세탁물을 건조할 만한 적절한 공간이 없다. 보호외국인은 본인인 소지하고 있는 사복을 착용하고 있는데, 개인 수화물을 항공사에서 별도 보관하고 있기 때문에 옷을 갈아입기 어렵다. 출국대기실에서 의료적인 상황이 발생할 경우, 일차적으로 해열제, 소화제, 소염진통제 등의 상비약을 제공하고, 그 외의 약은 가까운 약국에 가서 의사의 처방이 필요한지 여부에 따라, 처방이 필요하지 않으면 약사의 설명을 확인하여 약을 구매하도록 하고, 의사의 처방이 필요한 경우 유사한 약을 약사의 상담을 통해 구매하도록 하고 있다. 응급상황인 경우에는 공항 내 공항의료센터에 갈 수 있으나 비용을 자비로 부담해야 한다.

위의 내용과 같이 결정문에 기재된 출국대기실 장기체류 중인 공항난민들의 생활환경은 본 연구에 참여한 면담자들이 진술한 내용과 다를 바 없다. 국가인권위원회는 위 결정문을 통해 우리 정부가 2021년 8월 출입국관리법 개정을 통해 출국대기실의 설치근거를 법률에 정하고, 국가가 운영하도록 하였지만, 출국대기실은 여전히 장기대기외국인의 인간다운 삶을 보장하기에는 미흡한 측면이 있다고 판단하였다. 또한, 출국대기실은 사람이 장기간 머무르기에는 식사, 수면공간, 운동, 의료 등의 측면에서 적지 않은 문제가 있어 보이는데, 이는 우리 헌법 제10조 상 인간으로서의 존엄과 가치로부터 파생되는 피해자들의 인권을 침해할 소지가 클 것으로 보여진다고 판단하였다.

이러한 판단 하에, 국가인권위원회는 00공항출입국·외국인청장과 법무부장관에게 장기대기 외국인들 위해서는 별도의 시설과 운영규정을 마련하여 공항난민의 인간으로서의 존엄이 보장될 수 있도록 할 것을 권고하였던 것이다. 국가인권위원회의 이러한 권고는 본 연구에서 이미 제안한 다른 해결방안들에 비하여 대한민국의 난민인정심사 제도 및 절차를 변경하지 않으면서 가장 빠른 시일내에 현실적으로 송환대상 외국인들의 기본적인 인권보장에 도움이 되는 방안이 될 수 있다. 또한, 이 해결방안은 본 연구에서 이미 제안한 다른 해결방안들과 병행하여 적용이 가능하며 만일 병행적으로 적용이 될 경우 송환대상 외국인들의 기본적 인권 보장에 대한 문제는 보다 신속하게 해결이 가능하다.

이와 관련하여, 법무부도 별도의 시설을 설치하는 것의 필요성을 인지하고 2023년 1월 26일자 [2023년 주요업무 추진계획]을 통해 소송제기등으로 공항 내 장기 대기하는 외국인에 대한 인도적 처우 향상을 위해 ‘공항 밖 출국대기소’ 신설을 추진하고(2023년 하반기), 생활공간 확충, 운동장 상시개방 등 개방형 보호시설을 확대(2023년 9월)하겠다는 의지를 밝힌 바 있다. 이러한 법무부의 계획은 실현되지 못하였으나 이미 별도의 시설을 설치해야 한다는 점에 대하여 정부가 인지하고 있다는 것만으로도 긍정적인 상황이라고 볼 수 있다.

다만, 이 공항난민들을 위한 별도의 시설을 설치하는 것이 자칫 잘못되면 오히려 공항난민들을 공항이 아니라 구금을 목적으로 만들어진 일정 시설에 강제로 구금하는 형태로 운영될 수 있다는 점, 이러한 구금시설을 운영하기 위해서는 예산과 공간 및 인력이 대규모로 투입되어야 한다는 점, 오히려 별도의 시설을 설치함으로 인해서 난민신청자가 늘어나고 더불어 공항난민의 수도 급격히 늘어날 가능성이 있는 점 등이 해결방안의 부작용으로 예견되므로 미리 이점에 대한 사전검토가 필요하다. 이러한 부작용을 최소화하기 위해서라도 우선 아동, 노인, 여성, 정신적 혹은 신체적 장애를 가진 자 등 특별히 보호를 필요로 하는 대상자들을 위한 별도의 생활시설을 마련하여 운영한 뒤 입소대상자의 범위를 점차 늘리는 방법을 선택해야 할 것이다.

공항 내부시설에서 장기적으로 대기하는 난민인정신청자를 위하여, 공항 외부시설인 출입국·외국인지원센터(국내 난민지원시설로 운영중)를 활용하는 것을 어떻게 생각하느냐는 본 연구 인터뷰 질문에 대하여, 익명의 난민활동가는 찬성 의견을 제시하면서 장기적으로 대기해야 하는 난민신청자들의 권리보호와 처우개선을 위하여 더 좋은 환경을 제공해 주어야 한다고 답변하였다. 이한재 변호사도 단기적으로 그런 시설의 제공이 필요하다고 찬성 의견을 제시하면서 그러한 방식으로라도 일단 최소한의 의식주를 제공할 필요가 있다고 답변하였다. 이종찬 변호사는 출입국·외국인지원센터 자체의 수용능력이나 원래 설립 취지를 고려하면 센터 외에 별도의 시설을 공항 외부에 설치하는 것이 더 바람직하다고 보지만, 과도 기적 대안으로 현재의 센터를 이른바 '출국대기소'로 운영하는 것에 찬성한다는 의견을 제시하였다.

같은 맥락에서, 2022년 12월 14일 더불어민주당 박주민 의원은 권리구제 절차를 진행하고 있어 장기 대기를 해야 하거나, 노약자를 동반한 송환 대상 외국인이 인도적인 처우를 보장받을 수 있도록 출입국외부에 출국대기소를 설치 및 운영하는 내용을 담은 '출입국관리법 일부개정 법률안'을 발의한 바 있다. 이번 개정안은 난민 신청 등의 법적 구제 절차를 밟는 장기 대기 외국인을 위한 지적에 따른 것이다. 그러나, 2024년 5월 29일 기준 국회 법제사법위원회 계류현황 자료를 확인결과 아직 이 법안은 계류현황표에 포함되어 있다.

〈표 6〉 제21대 국회 법제사법위원회 의안계류현황

법안 제1소위 계류							
(음영: 제정안, 전부개정안)							
연번	의안 번호	건 명	국회제출 일	법사위회 부일	소위원회 일	주요내용	담당전문위원 (조사관)
1017	2118939	출입국관리법 일부 개정법률 안(박주민 의원 등 11 인)	2022. 12. 15.	2022. 12. 16.	2023. 5. 16.	장기간 대기하게 되는 송환대상외국인이나 취약한 송환대상외국인에 대해 인도적인 처우가 이루어질 수 있도록 출입국외부에 출국대기소를 설치 및 운영하기 위한 근거 조항을 마련하려는 것임(안 제2조 및 제76조의2 등).	정성희수석전문위원 (이영준15053)

*2024.5.29. 18:00 현재

본 연구를 통해 공항 내 장기체류를 경험한 난민신청자들에 대한 면담을 진행하면서 가장 그들을 괴롭게 하는 것 중에 하나가 공항건물 외부로 나갈수 없기 때문에 계속해서 같은 공간 속에 갇혀서 지내야 하고 직사광선을 쬌지 못하여 우울감이 심해진다는 것이었다. 또한, 운동부족에 시달리는 것도 어려움 중의 하나로 꼽았다. 이러한 문제는 현재 공항건물 내부에 설치된 출국대기실의 운영방식을 개선하거나 현재의 시설에 대해 금전적인 투자를 한다고 하더라도 쉽게 해결되지 않으며 결론적으로 일부 불회부결정을 받은 공항난민들 중 장기체류자들은 공항의 외부에 위치한 출국대기소에서 기본적인 인권의 보호를 받으며 지내도록 해야 한다.

다만, 별도의 출국대기소를 공항의 외부에 설치하는 것이 난민인정심사 불회부결정을 받은 공항난민들을 일정장소에 사실상 구금하는 것에 대한 정당화의 수단으로 사용되어서는 안된다. 별도의 출국대기소는 그 설치와 운영의 목적이 공항난민들의 기본적인 인권보호에 있어야 하며, 현재까지 많은 연구를 통해 지적을 받은 의식주의 문제와 관련된 부분에 대한 해결의 차원에서 별도의 출국대기소가 설치되어야 할 것이다. 또한, 특별히 보호를 요하는 아동, 노인, 장애인 등 만을 별도의 출국대기소에 머무르게 할 경우 이것이 그들의 보호자와 강제로 분리하는 경우 오히려 인권을 침해하는 결과를 가져올 것이므로 일정한 범위의 보호자들도 함께 머무를 수 있도록 배려가 필요하다.

마. 부당한 난민인정심사 회부심사에 대한 법원의 적극적인 판단

최근 선고된 난민인정 불인정결정 취소소송의 판결을 보면, 특히 난민법 제5호 제1항 7호의 사유, 즉 ‘오로지 경제적인 목적으로 난민신청을 한 경우’에 해당한다는 이유로 난민인정심사 불회부결정을 한 외국인청장의 처분에 대하여 법원은 적극적으로 원고의 취소 청구를 인용하고 있다.

본 연구를 위하여 2023년부터 2024년 내에 이루어진 난민인정심사 불회부결정에 대한 취소판결 3건을 대한변협 난민법률지원변호사단에 속한 변호사들²¹⁾로부터 공유받아 비교분석 본 결과 아래와 같은 공통점을 확인할 수 있었다.

첫 번째로, 판결이 이루어진 법원은 모두 인천지방법원이었다. 이는 인천, 김포, 김해, 제주 등 대한민국 내 출입국항 중에서 출입국항 난민신청이 주로 인천국제공항에서 이루어지기 때문에 원고들의 주소지가 대부분 ‘인천 중구 공항로 272, 인천국제공항 출국대기실(운서동)’ 피고가 인천공항출입국·외국인

21) ① 2023구단5**** 난민인정심사 불회부결정 취소 - 최수진변호사 ② 2024구단5**** 난민인정심사 불회부결정 취소 - 송윤정 변호사 ③ 2024구단5**** 난민인정심사 불회부결정 취소 - 이보연 변호사

청장인 경우가 많기 때문이다. 특정한 법원에 판결이 쏠리는 현상은 업무과다의 문제가 있는 반면 오히려 담당 재판부가 난민인정심사 불회부심사 취소소송에 대하여 많은 경험과 지식을 쌓을 수 있다는 점에서 긍정적인 효과도 있다고 보여진다.

두 번째, 원고들의 국적국은 모두 아프리카 대륙에 위치한 국가들이었다. 이는 정부가 의도한 것은 아니지만 대한민국과 경제적인 교류가 많지 않은 국가 출신의 외국인이 한국에 입국시도를 하는 경우에 경제적인 교류가 활발한 국가 출신인 외국인에 대한 입국심사보다 좀더 철저하게 입국심사를 진행하다 보니 입국심사 과정에서 난민신청자들이 좀더 쉽게 드러나는 것이라고 추정된다.

세 번째, 피고들은 모두 인천공항출입국·외국인청장이었다. 대부분의 출입국항 난민신청이 인천국제공항에서 이루어지기 때문에 난민인정심사 불회부 처분을 한 행정청인 인천공항출입국·외국인청장이 다수의 소송에서 피고가 된다.

네 번째, 원고들은 최초 입국 시에 입국 목적을 관광, 협회 행사 참석, 상업적 목적으로 신고하였으며 애초부터 난민신청을 위하여 입국한다는 목적을 밝히지 않았다. 난민신청자들은 우선 국적국으로부터 목숨의 위협을 느껴 탈출한 자들이기 때문에 본인이 난민신청을 하고자 하는 국가의 영토에 안전하게 입국하기 전까지는 아무도 신뢰하지 않는 경향이 있다. 그리고, 일부 난민신청자들은 일단 한국의 영토 내에서 난민신청을 하면 회부심사를 거치지 않기 때문에 좀더 수월하게 난민인정심사를 받을 수 있다는 점을 알고 입국시에는 실질과 다른 관련없는 입국목적을 신고한다고 한다.

다섯 번째, 피고는 원고들에 대하여 난민인정심사에 회부하지 않기로 하는 결정을 하면서 그 사유로 난민법 시행령 제5조 제1항 제3호(거짓서류를 제출하는 등 사실을 은폐하여 난민인정을 받으려는 경우), 제7호(그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우)를 언급하였다. 특히 난민법 시행령 제5조 제1항 제7호는 3건의 판결에서 모두 피고가 난민인정심사 불회부결정을 하는 이유로 언급되었다.

이점에 관하여 법원은 3건의 판결에서 모두 ‘원고가 실질적으로 경제적인 이유 등 난민인정신청 사유로 인정될 수 없는 다른 이유로 난민인정신청을 하였다거나 난민인정제도를 남용하고 있다고 볼만한 뚜렷한 사정을 찾을 수 없다’고 판단함으로써 난민법 시행령 제5조 제1항 제7호를 적용하여 난민인정심사 불회부결정을 하기 위해서는 제7호를 적용할 만한 뚜렷한 사정과 증거가 있어야 한다는 입장을 분명히 하고 있다.

여섯 번째, 원고들이 국적국을 탈출한 이유는 3건 모두 정치적인 이유였다. 극단주의 이슬람 무장단체의 조직원들로부터 단체가입 요구를 받았으나 이를 거부하자 폭행과 지속적인 위협을 당했다 주장하는 원고도 있고, 특정 정당의 당원으로서 여러 차례 반정부 시위 또는 행사에 참가하였는데 얼마전 시위를 마치고 돌아가는 길에 군인들에게 체포되어 4개월간 구금되었고, 그 과정에서 고문을 받았다 주장을 하는 원고도 있다. 원고들은 모두 정치적인 탄압과 압박을 받았으며 그 탄압과 압박을 원인으로 하여 국적국으로부터 탈출하여 한국에 온 것이다. 법원은 이러한 경우, “위협의 원인을 살펴 인종, 종교 또는 정치적인 견해를 이유로 하는 박해에 해당할 수 있는지는 살펴 보아야 하고 이는 난민인정심사 과정에서 상세하게 판단할 사항이다”라고 하면서 난민인정심사 불회부결정을 취소한 바 있다.

많은 판례들을 비교분석 해보지는 못하였으나, 최근 난민인정심사 불회부결정을 살펴보면 법원도 난민법 시행령 제5조 제1항 제7호(그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우)가 무분별하게 난민인정심사 불회부결정의 원인으로 언급되는 것에 대하여 경계하고 있는 듯 하다. 특히 3개의 판결에서 법원은 모두 같은 법리를 언급하고 있는데, “출입국 향에서의 난민신청자에 대한 난민인정심사 불회부결정은 간소한 심사절차를 통해서도 난민법 시행령 제5조 제1항 각 호에서 정한 심사 불회부 사유에 해당함이 명백히 드러나 신청자가 난민인정제도를 남용하는 것으로 볼 수 있는 경우에 한하여 내려져야 할 것이고, 위 각호의 사유에 해당하는지 여부에 관해 다소라도 의심의 여지가 있어 구체적인 판단이 필요한 경우에는 난민신청인을 난민인정심사에 회부해 난민법이 허용하는 절차적 보호하에 그 지위를 신중히 심사받고록 하는 것이 타당하다”가 그 법리의 내용이다.

위의 내용과 같은 법원의 확고한 법리, 신속하고 적극적인 판단을 바탕으로 무분별한 난민인정심사 불회부결정에 대한 취소판결이 지속적으로 이루어진다면 행정소송의 피고입장이 되어야 하는 법무부와 출입국외국인청도 되도록 난민법 시행령 제5조 제1항 제7호의 사유를 들어 난민인정심사 불회부를 하거나 난민의 기본적인 인권을 지켜주지 않는 결정을 하지 않은 것이다. 흔히 법원의 역할은 사후약방문에 불과하다고 생각하지만, 적극적인 난민인정심사 불회부처분 취소 결정들이 결국에는 피고 출입국·외국인관리소장으로 하여금 애초에 난민인정심사 불회부결정을 꼭 필요한 경우에 예외적으로 하도록 간접적으로 유도하는 역할을 해낼 것이다.

V. 결론

비록 난민인정심사 회부심사에서 불회부결정을 받았다고 하더라도, 아직 그에 대한 취소소송이 법원에서 진행 중에 있는 자는 추후 난민으로서 인정받을 가능성을 여전히 가지고 있으므로 기본적인 인권은 보호되어야 하며, 가사 추후에 난민으로서 인정받을 가능성이 낮은 경우라고 하더라도 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 자들은 어떤 지위와 상황에 놓여있는지를 막론하고 기본적인 인권이 보장되어야 한다. 그러나 대한민국 국제공항의 출입국 심사과정에서 난민인정신청을 한 난민신청자의 일부는 난민인정심사 불회부결정을 받은 후 난민신청자로서의 지위조차 인정받지 못하고 공항 내 출국대기실 혹은 환승구역에서 제대로 된 식사와 수면, 위생, 일조를 누리지 못한 채 실질적인 구금 상태로 지내다가 견디지 못해 제3국으로 다시 떠나거나 목숨을 걸고 도망쳤던 국적국으로 다시 돌아가고 있으며 그들 중에는 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 자와 같이 특별한 보호를 필요로 가진 자들도 포함되어 있다.

난민인정심사의 과정에서 인력과 재정을 낭비하지 않기 위하여, 그리고 신속과 정확성을 담보하기 위하여 ‘난민인정심사 회부심사’라는 형식적 심사절차를 운영하는 것은 국가의 정책적 결정이고 그 필요성에 대하여도 일견 이해되는 부분이 있다. 그러나 난민인정심사 불회부 사유로 규정되어 있는 내용이 난민인정심사 회부심사를 본래의 목적인 ‘형식적 심사’의 정도를 넘어 ‘실질적인 난민인정심사’에서 판단되어야 할 부분까지 규정하고 있는 것은 분명히 해결해야 할 문제이다. 난민인정심사에 회부할 것인지 여부에 대해 결정하는 회부심사는 명백히 형식적으로 문제가 있는 경우에만 불회부결정이 이루어 지도록 해야 하고, 그 외의 경우에는 정식적인 난민인정심사를 거쳐 난민인정여부가 결정도록 해야 한다.

그 다음으로, 불회부결정이 이루어지면 해당 불회부결정 대상자는 그 직후 공항의 출국대기실 혹은 환승구역에서 실질적인 구금상태가 되기 때문에²²⁾, 불회부결정 직후에 난민신청자의 이의신청이 있을 경우 재심사를 한차례 더 진행하되 그때에는 의무적으로 변호사가 동석하도록 하여야 한다. 이때, 난민 신청자가 변호사를 자기 비용으로 부담할 여력이 되지 않을 경우 국선 대리인을 선정하여야 한다. 개인의 신체의 자유를 제한하고 일정한 공간에 구금하기 위해서는 변호사의 조력을 받는 상태에서 구금여부에 대한 결정 시 충분한 방어권을 보장해 주어야 하기 때문이다.

다른 맥락에서, 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 자들은 난민인정심사 회부심사 없이 무조건 난민인정심사를 받을 수 있도록 하여야 한다. 이는 강제송환대상자가 되어 출국대기실 혹은 환승구역에서 장기간 노숙과 같은 생활을 하게 되면 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 자들은 일반적인 경우보다 더 심각한 위험에 노출될 수 있기 때문이다. 대한민국 정부는 난민신청자들에게 국제적인 기준에 맞춘 생계비 지원, 주거 지원, 교육 기회 등을 제공하지만, 난민인정심사에 회부되어야 정식으로 난민신청자의 지위를 인정받고 상기 처우의 대상이 된다. 난민신청자들 중 부모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 난민신청자들은 기본적인 생계비와 주거 등이 지원되지 않으면 일반적인 경우보다 더 쉽고 빠르게 생명의 위협을 받는다. 특히 아동의 경우 식사와 수면, 위생, 운동시간, 일조권 등을 장기간 보장받지 못하면 건강에 이상이 올 뿐만 아니라 장기적으로 성장에 악영향을 미치게 된다는 것이 소아과 전문의의 의견이다. 이점을 염려한 국내의 각종 단체들 또한 아동이 공항난민으로 장기간 지낸 사례에 대하여 시정할 것을 정부에 촉구하였던 것이다. 이런 점들을 고려해 볼 때, 특별한 보호를 필요로 하는 난민신청자들은 의무적으로 난민인정심사에 회부하는 원칙을 세워야 한다.

마지막으로 난민인정심사 회부심사에서 불회부결정을 받은 자라고 하더라도 그 즉시 행정소송 진행 등 이의신청 절차가 완료되기 전까지는 기본적인 의식주가 해결되고 신체적 건강을 유지할 수 있는 장소에서 생활할 수 있도록 해주어야 한다. 이점에서 난민인정심사 불회부결정에 대한 취소소송을 제기한 경우 이 소의 결과가 확정될 때까지는 출입국 외국인지원센터에서 생활할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 만일 모든 공항난민들을 위한 별도의 시설을 마련하는 것이 현실적인 문제 등으로 인해 어렵다면 부

22) 법무부의 입장은 출국대기실과 환승구역을 오갈수 있기 때문에 구금이 아니라는 것이지만, 장기간 공항 건물 밖으로 나가지 못하고 출국대기실을 벗어나면 음식과 잠자리등을 충분히 제공받지 못하는 것을 볼때 실질적으로 공항난민들은 구금상태에 있다고 보는것이 옳다.

모나 보호자가 없는 아동, 노인 혹은 정신적 또는 신체적 장애를 가진 자, 부양가족이 있거나 그렇지 않은 미혼여성들과 같이 특별한 보호 필요를 가진 난민신청자들을 위한 별도의 시설이라도 마련해야 할 것이다.

법무부와 출입국·외국인관리청이 난민인정심사에 회부되어 심사를 진행중인 난민인정신청자들을 위하여 각종 지원정책 등을 제공하는 것에 대하여는 매우 고무적인 일이지만, 난민인정심사 불회부결정을 받은 난민신청자들 또한 대한민국에 입국하여 난민으로서 인정받기 위해 난민신청을 한 자 들이므로 대한민국 내에서 머무는 기간 동안만큼은 난민신청자들과 구분없이 생계비 등을 지원해 주는 것이 옳다.

어떤 원인으로 어떤 과정을 거쳐서 한국에 도착하였든 대한민국 내 공항에 도착하여 난민인정심사를 받겠다고 신청한 자들은 난민인정심사에 회부되기 위한 형식적인 요건을 갖추었는지 여부에 대한 간단한 회부심사를 받은 뒤 대한민국 영토내에 상륙하여 기본적인 의식주를 제공받으며 정식 난민인정심사를 받을 수 있도록 보장해 주어야 한다. 이는 단순한 호의가 아닌, 다수의 국제인권조약 당사국으로서 당연히 이행해야 할 의무이다.

〈참고문헌〉

- 법무부 난민정책과, 『난민업무 지침』, 2022.
- 서울지방법원, 『난민사건 법률지원 매뉴얼 (개정판)』, 2024.
- UNHCR, 『난민의 지위에 관한 1951년 협약 및 1967년 의정서에 의한 난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침』, 2014.
- 김대근·강태경·이일, 『난민심사제도의 개선방안에 관한 연구』, 형사정책연구원, 2017.
- 난민인권센터, “법무부 난민면접조서 조작사건 보고서”, 2020.
- 노동영, “난민법 개정방향과 강제송환금지원칙”, 『법과 정책연구』 제19권 제3호, 한국법정책학회, 2019.
- 대한변호사협회, “출국대기실 및 난민심사대기실 방문조사 결과”, 2022 외국인보호소 실태조사 결과 보고서, 2023.
- 문준혁·조규범, “출입국향 난민신청제도의 주요 쟁점과 개선방안”, 『NARS 입법·정책』 제128호, 국회입법조사처, 2023.
- 법무부, “2023년 주요업무 추진계획 - 미래변영을 뒷받침하는 글로벌 선진 법치”, 2023년 1월 26일, 『2022 출입국·외국인정책 통계연보』, 2023.
- 법무부, 『출입국·외국인정책 통계월보』 2023년 12월호.
- 사단법인 두루, 『공항난민 인권개선을 위한 실태조사보고서』, 2021.
- 손정인, “한국 사회의 건강권 개념 분석”, 서울대학교 대학원 보건학과 박사학위논문, 2017.
- 최계영, “출입국향 난민신청절차와 적법절차”, 『행정법연구』 제55호, 행정법 이론실무학회, 2018.
- 하정훈, “강제송환금지의 원칙에 비추어 본 출입국향에서의 난민인정절차”, 『공법연구』 제46집 제2호, 한국공법학회, 2017.
- UNHCR, 대한민국 난민법 시행령 및 시행규칙 제정안에 관한 UNHCR의 의견, 2013년 3월 26일.
- 국가인권위원회, “출국대기실 장기 거주 송환대상 외국인의 인간다운 생활 보장 위해 공항 밖 별도 시설 마련하고 처우 개선 필요”, 2023년 10월 30일, <https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=24&boardNo=7609578&searchCategory=&page=9&searchType=&searchWord=&menuLevel=3&menuNo=91>.
- 난민인권센터, “국내 난민 현황 (2023.12.31기준)”, 2024년 3월 8일, <https://nancen.org/2397>.
- 이근아, “인천공항에 갇힌 난민들 “인간다운 삶 보장해야””, 서울신문, 2020년 6월 16일, <https://www.seoul.co.kr/news/society/2020/06/16/20200616500197>.
- 전광준, “‘공항감옥’ 287일…마침내 문이 열렸다”, 한겨레, 2019년 10월 11일, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/912908.html.
- 홍현기, “‘종교박해’ 난민 신청 외국인, 9개월째 인천공항서 노숙생활”, 연합뉴스, 2023년 6월 13일, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20230613107400065>.

헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2014헌마346 전원재판부 결정.

헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2017헌바157, 2018헌가10(병합) 전원재판부 결정.

서울고등법원 2021. 4. 21. 선고 2020누45948 판결.

인천지방법원 2014. 5. 16. 선고 2014구합30385 판결.

UNHCR, Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 14:

The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”, UN Doc. E/C.12/2000/4, 11 August 2000.

Committee on the Rights of the Child, “General comment No. 4: Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child”, UN Doc. CRC/GC/2003/4, 1 July 2003., “General comment No. 14: On the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, para. 1)”, UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013., “General comment No. 15: On the Right of the Child to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health (Art. 24)”, UN Doc. CRC/C/GC/15, 17 April 2013.

UN General Assembly, “Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010: The Human Right to Water and Sanitation”, UN Doc. A/RES/64/292, 3 August 2010.

UNHCR, “Figures at a glance”, <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/figures-glance>.

장애인의 평등한 법조계 진출을 보장하기 위한
법학전문대학원 입학 및 재학 과정에서의 차별
실태조사와 법제 개선 연구

김진영 변호사 (재단법인 동천)

정지민 변호사 (화우공익재단)

한상원 변호사 (사단법인 두루)

I. 서론

1 연구 배경

현행 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」(이하 ‘법학전문대학원법’)에 따라 법학전문대학원은 신체적·경제적 또는 사회적 배려가 필요한 사람을 대상으로 특별전형을 실시하여 입학자의 7% 이상을 선발하고 있다(제23조 제1항, 같은 법 시행령 제14조 제2항 및 제3항). 그러나 2021년 기준 법학전문대학원에 입학한 장애인의 수는 6명으로 전체 법학전문대학원 정원의 0.28%에 지나지 않아 등록장애인 비율 5.2%에 비하여도 현저히 낮으며, 실제 변호사시험에 합격해 법조계로 진출하는 장애인의 수는 이보다도 낮은 상황이다.

본 연구는 법제조사 및 실태조사를 통해 장애학생이 법학전문대학원 입학 과정 및 재학 과정에서 경험하는 차별 문제를 파악하고 장애인의 평등한 법학전문대학원 입학 및 재학을 저해하는 요인을 명확히 분석하여 이에 대한 법제 개선 방안을 제시하고자 한다. 단, 모의시험을 제외한 변호사시험에 관한 내용은 연구 범위에 포함시키지 않기로 한다. 변호사시험의 경우 법조계 진출을 위한 핵심적 관문이라 할 수 있으나, 그 중요성을 고려할 때 고유의 특성을 반영한 별도의 심도 있는 연구가 필요하기 때문이다.

2 연구대상 및 연구방법

본 연구에서는 정보공개청구, 설문조사 및 심층인터뷰를 주된 연구방법으로 사용하였고, 상세한 내용은 아래와 같다.

가. 정보공개청구

- (1) 법무부: 법무부에 대하여는 ① 1회부터 13회까지 변호사시험 장애인 응시자 수, ② 1회부터 13회까지 변호사시험 장애인 응시자 합격자 수, ③ 1회부터 13회까지 변호사시험 장애인 편의제공(시

험 시간 연장, 별도 고사실, 대필, 보조기기 등)을 신청한 사람 수와 제공 내용, ④ 장애인 응시자를 위한 변호사시험장 장애인편의시설 현황, ⑤ 감독관 및 진행요원에 대한 장애를 고려한 시험 진행 매뉴얼 및 교육 자료, ⑥ 변호사시험에서 장애인 편의제공 등 차별금지 및 평등을 보장하기 위한 내부 규정, ⑦ 기타 장애인 법조인 양성을 위한 관련 정책 및 계획, 내부지침 등의 정보를 구하였다. 위 '연구 배경'에서 논의의 폭을 제한한 것과는 별개로 가장 중요한 변호사시험 응시 요건이 법학전문대학원 졸업인 만큼 입학 인원과 변호사시험 응시 인원을 비교함으로써 재학 과정에서의 어려움을 간접적으로 추정하는 것이 가능하고, 나아가 변호사시험 편의제공 내용에 비추어 교내 시험 또는 모의고사 시행 현황을 점검할 수 있다는 점에서 의의가 크다.

(2) 교육부: 교육부에 대하여는 입학과 직접 관련이 있는 ① 법학적성시험에서의 년도별 장애인 편의 제공 내용, ② 장애인 응시자를 위한 법학적성시험 지정시험장 장애인 편의시설 현황, ③ 장애를 고려한 시험 진행을 위한 매뉴얼 및 교육자료 등의 공개를 구하였다.

(3) 25개 법학전문대학원: 본 연구의 초점이 입학 및 재학에 맞추어져 있고, 단계마다 다른 특성을 보일 수 있으므로 내용을 세분화하여 각 학교에 관하여는 ① 1기부터 16기까지 특별전형 장애학생 지원자 수, ② 1기부터 16기까지 특별전형 장애학생 입학생 수(최종 등록 기준), ③ 1기부터 16기까지 학교별 면접에서 장애인 편의제공(시험 시간 연장, 별도 고사실, 대필, 보조기기 등)을 신청한 응시자의 수와 제공 내용, ④ 면접관에 대한 장애를 고려한 면접진행 매뉴얼 및 교육 자료, ⑤ 2009년부터 2023년까지 교내 시험에서 장애인 편의제공(시험 시간 연장, 별도 고사실, 대필, 보조기기 등)을 신청한 재학생의 수와 제공 내용, ⑥ 「장애인 등에 대한 특수교육법」(이하 '특수교육법') 제30조의2에 따른 교육지원계획에 따른 개인별 수요조사 계획(지침) 및 결과, ⑦ 장애인 편의 제공 등 차별금지 및 평등을 보장하기 위한 내부 규정의 공개를 구하였다.

위 자료들은 논의의 전제 또는 문제 제기의 근거가 되는 동시에 아래 설문조사 및 인터뷰 내용과 결합하여 현황의 양적, 질적 측면을 입체적으로 조명하는 데 도움을 준다.

나. 설문조사

법학전문대학원에 재학 중이거나 최근 졸업한 장애학생을 대상으로 법학전문대학원 입학 및 재학 과정에서의 편의시설·편의지원 관련 설문조사를 진행하여 장애인 차별 실태를 파악하였다. 25개 법학전문대학원이 속한 학교의 장애학생지원센터 및 행정실을 통하여 설문을 배포하였고, 설문 결과의 신빙성을

높이기 위해 응답이 일관되지 않거나 모순이 있는 경우에는 별도의 확인 절차를 거쳤다. 한편, 입학에 관하여는 법학적성시험, 학교 및 전형 선택, 원서접수 및 면접으로 나누어 설문을 구성하였고, 재학 과정에 있어서는 대학원 내 장애인 편의시설 현황, 대학원 내 장애학생지원센터와 같은 담당 직원 내지 부서의 존부, 수강신청, 강의, 교내 시험, 모의고사, 기숙사(거주 형태), 실무수습, 기타 학교 홈페이지 접근성 및 장애인식개선교육 실시 여부와 같이 항목별로 세분화하였다. 내용을 이처럼 분설한 이유는 분석 단위를 최대한 좁혀 현황 및 문제 파악의 정확성을 높이기 위해서이다.

다. 심층인터뷰

법학전문대학원에 재학중인 장애학생, 장애 법조인, 전문가를 대상으로 심층인터뷰를 진행하여 장애인 차별이 발생하는 지점과 현행 법·제도의 문제점을 명확히 하였다. 장애학생 대상 인터뷰를 통해서는 설문조사에 드러나지 않거나 설문조사의 특성상 담아내기 어려운 부분을 확인하였고, 장애 법조인 및 전문가를 통하여는 법학전문대학원의 과거와 현재, 국내외 장애 법조인 양성 과정의 차이, 입학 및 재학 과정에서의 시험, 입학 전형, 편의제공의 범위와 내용 등 전반적인 운영에 관한 방향성과 적절성을 점검하였다.

3 선행연구 분석

현재 법학전문대학원에 재학 중인 장애학생 수에 관한 통계 및 학교생활 전반에 걸쳐 경험하게 되는 차별에 대한 기초자료, 법제에 관한 연구가 부족한 상황이다. 학술연구정보서비스(RISS)에서 ‘법학전문대학원’, ‘로스쿨’, ‘장애인’ 등의 단어로 검색한 결과, 아래 논문 외에는 장애인 법조계 진출을 주제로 한 연구를 찾지 못하였다.

□ 김남희, 법학전문대학원 도입 이후 장애인의 법조계 진입 실태

이 연구에서는 법학전문대학원 특별전형 규정 중 장애인에 대한 규정과 통계 등을 근거로 법학전문대학원 도입 이후 장애인이 법조계에 진입하고 있는 현황을 살핀 후, 법학전문대학원을 졸업했거나 재학 중인 장애인들과의 인터뷰를 통해 장애인들이 법조계 진입 과정에서 겪는 여러 문제점을 분석하였다.

특히 재학 과정 중 학습의 측면에 초점을 맞추어 ① 장애학생 지원 시스템의 수준 차이, ② 학습도우미 제도의 한계, ③ 교재 확보의 어려움, ④ 시험과정에서의 편의제공 문제, ⑤ 시설의 접근성 문제를 살

해보고 이에 따른 해결책으로서 장애학생지원센터 운영 및 학습도우미 제도의 개선, 시험 과정에서 필요한 파일 제공 등 적절한 편의 제공이 이루어져야 함을 지적하였다.

동시에 향후 과제로 구체적인 문제점 파악 및 해결책 모색을 위한 실태조사와 연구의 필요성을 제시하는데, 이는 위 연구가 그 독창성 및 사회적 의의에도 불구하고 일정 부분 한계를 지니기 때문이다. 요컨대, 법조인 양성에 필수인 재학 과정 및 변호사시험 전반을 다루고 있기는 하나 법학적성시험, 영어 성적, 원서접수, 면접 등 입학에 관해 논하지 않고, 재학 과정뿐 아니라 변호사시험까지 너무 폭넓은 내용을 짧은 지면에 담아내다 보니 수강신청, 기숙사 등의 세세한 요소를 미처 다 다루지 못했으며, 법제 분석, 관련 전문가의 의견 청취 등이 부재하였다. 따라서 본 연구에서는 이러한 부분을 포함하여 논의하고자 한다.

II. 법제 분석

1 국내 법제

가. 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률

(1) 입학시험에서의 장애인 응시자 편의제공

법학전문대학원법 제23조 제2항은 법학적성시험(Legal Education Eligibility Test : LEET) 결과 및 외국어능력을 법학전문대학원 입학전형의 필수자료로 규정하고 있다. 법학적성시험은 교육부장관이 시행하는 것이 원칙이나, 법학전문대학원법 제24조 및 같은 법 시행령 제16조 제1항 제1호에 따라 법학전문대학원협의회가 법학적성시험을 주관·시행하고 있다.

법학전문대학원법 제23조(학생선발) ② 법학전문대학원은 지원자의 학사학위과정에서의 성적, 법조인이 될 수 있는 자질에 관한 적성을 측정하기 위한 시험(이하 “적성시험”이라 한다)의 결과 및 외국어능력을 입학전형자료로 활용하여야 하며, 그 밖에 사회활동 및 봉사활동에 대한 경력 등을 입학전형자료로 활용할 수 있다. 이 경우 법학에 관한 지식을 평가하기 위한 시험을 실시하여 그 결과를 입학전형자료로 활용하여서는 아니 된다.

제24조(적성시험의 시행) ① 적성시험은 교육부장관이 시행한다. 다만, 교육부장관은 적성시험의 시행에 필요한 조직 및 인력을 갖춘 기관을 지정하여 적성시험을 시행하게 할 수 있다. <개정 2008. 2. 29., 2013. 3. 23.>

⑤ 지정기관의 지정 기준 및 절차, 적성시험 응시수수료의 납부방법, 그 밖에 적성시험의 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

법학전문대학원법 시행령 제16조(적성시험의 시행) ① 교육부장관은 법 제24조제1항 단서에 따라 적성시험을 시행하는 기관으로 지정할 때에는 다음 각 호의 기관 중에서 지정한다. <개정 2008. 2. 29., 2013. 3. 23.>

1. 법학전문대학원 또는 법학전문대학원이 소속된 대학을 구성원으로 하여 「민법」 제32조 및 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 제4조에 따라 설립된 법인
- ③ 법 제24조제1항 단서에 따라 적성시험을 시행하는 기관으로 지정된 기관(이하 “지정기관”이라 한다)은 매년 1회 이상 적성시험을 실시하되, 그 실시계획을 공고하여야 한다.

법학전문대학원법 제9조 제2항에 따라 적용되는 고등교육법 제34조 제3항, 제4항에 비추어보면 교육부장관은 법학전문대학원 입학전형 자료로 활용되는 법학적성시험에서 장애인 응시자 편의제공 계획을 마련하여 시행하여야 하며, 법학적성시험의 주관·시행기관인 법학전문대학원협의회도 장애인 응시자 편의제공의 의무가 있다.

법학전문대학원법 제9조(다른 법률과의 관계) ② 법학전문대학원에 대하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 관하여는 「고등교육법」 등 대학과 관련한 교육 관계법을 적용한다.

고등교육법 제34조(학생의 선발방법 등) ③ 교육부장관은 입학전형 자료로 활용하기 위하여 대통령령으로 정하는 시험을 시행할 수 있다. <개정 2013. 3. 23.>

④ 교육부장관은 제3항에 따른 시험에서 「장애인복지법」 제2조제1항 및 제2항에 따른 장애인 응시자, 그 밖에 이에 준하는 응시자에게 필요하다고 판단되는 경우 장애인 보조기구 지참 허용, 시험시간 연장, 확대문제지 및 확대 답안지 제공, 시험실 별도 배정 등을 포함한 편의제공 계획을 마련하여 시행하여야 한다. <신설 2017. 11. 28.>

법학전문대학원법 시행령 제16조 제3항에 따라 법학전문대학원협의회가 공고한 2025학년도 법학적성시험 시행계획에 따르면 법학적성시험 원서접수자 중 신체장애 등으로 인해 시험 응시에 현실적인 어려움이 있는 자를 대상으로 수험생 편의지원이 제공된다. 수험생 중 편의지원을 신청하고자 하는 자는 원서접수 시 ‘신체적 장애’ 항목에서 ‘편의지원 필요’ 여부를 묻는 란에 체크하고, 편의지원신청서와 장애인증명서, 의사진단서 등의 증빙서류 원본을 우편으로 제출하여야 한다.¹⁾

법학적성시험에서 장애 유형 및 정도별 편의지원 항목은 다음과 같다.²⁾

장애 유형 및 정도		시험시간	편의지원 항목	증빙서류
시각 장애	공통	-	<ul style="list-style-type: none"> • 확대문제지 • 축소문제지(확대독서기 사용자) • 보조공학기기 지참 허용 • 필요시 별도 시험실 배정 	장애인증명서
	좋은 눈의 교정시력이 0.04 이하인 자	선택형 1.7배 서답형 1.5배	<ul style="list-style-type: none"> • 점자문제지, 점자답안지 (점자정보단말기 사용자) • 음성지원 컴퓨터 	장애인증명서 및 의사진단서
	두 눈의 시야가 각각 모든 방향에서 10도 이하인 자 중 점자사용 필요성을 인정받은 사람			

1) 법학전문대학원협의회, 2025학년도 법학적성시험 시행계획 공고

2) 법학적성시험 인터넷원서접수, 법학적성시험 편의지원 제공 안내, <https://leet.uwayapply.com/>

장애 유형 및 정도			시험시간	편의지원 항목	증빙서류
	약시자	좋은 눈의 교정시력이 0.2 이하이거나 두 눈의 시야가 각각 모든 방향에서 10도 이하인 자	선택형 1.5배 서답형 1.2배	• 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필) • 논술 영역 답안 작성용 컴퓨터	
		나쁜 눈의 교정시력이 0.02 이하이고 좋은 눈의 교정시력이 0.3 이하인 자 중 시험시간 연장 필요성을 인정받은 사람			
상기 조건 외			없음	• 공통 편의지원 항목만 가능	장애인증명서
뇌병변장애	공통		-	• 보조공학기기 지참 허용 • 필요시 별도 시험실 배정 • 휠체어 사용자용 책상	장애인증명서
	장애 정도가 심한 자		선택형 1.5배 서답형 1.2배	• 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필) • 논술 영역 답안 작성용 컴퓨터	
	장애 정도가 심하지 않은 자 중 시험시간 연장 필요성을 인정받은 사람		매 교시 20분 추가	• 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필)	장애인증명서 및 의사진단서
	장애 정도가 심하지 않은 자		없음	• 공통 편의지원 항목만 가능	장애인증명서
지체장애	상지	공통	-	• 보조공학기기 지참 허용 • 필요시 별도 시험실 배정	장애인증명서
		장애 정도가 심한 자	선택형 1.5배 서답형 1.2배	• 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필) • 논술 영역 답안 작성용 컴퓨터	
		장애 정도가 심하지 않은 자 중 시험시간 연장 필요성을 인정받은 사람	매 교시 20분 추가	• 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필)	장애인증명서 및 의사진단서
		장애 정도가 심하지 않은 자	없음	• 공통 편의지원 항목만 가능	장애인증명서
	하지	없음	• 필요시 별도 시험실 배정 • 휠체어 사용자용 책상		
기타	임산부		없음	• 필요시 별도 시험실 또는 인원이 적은 시험실 배정	의사소견서 또는 임신사실증명서
	청각장애		없음	• 응시요령 등 서면자료 제공	장애인증명서

장애 유형 및 정도		시험시간	편의지원 항목	증빙서류
	특수 및 중복 장애	추후결정	• 장애 유형 및 정도를 검토하여 결정	의사진단서
	일시적 신체장애 등	없음		

(2) 법학전문대학원의 입학전형

법학전문대학원의 입학전형은 법학전문대학원법 제23조 및 같은 법 시행령 제14조에 따라 보편적인 교육적 기준에 따라 학생을 선발하는 일반전형과 신체적·경제적 또는 사회적인 배려가 필요한 사람을 대상으로 차등적인 교육적 보상기준에 따라 학생을 선발하는 특별전형으로 구분된다.

법학전문대학원법 제23조(학생선발) ① 법학전문대학원은 제22조에 따른 입학자격이 있는 사람 중에서 일반전형 또는 특별전형에 의하여 학생을 선발한다. <개정 2021. 3. 23.>

④ 제1항에 따른 일반전형 및 특별전형 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

법학전문대학원법 시행령 제14조(입학전형의 구분 등) ① 법 제23조제1항에 따른 일반전형은 법 제22조에 따른 입학자격이 있는 사람을 대상으로 보편적인 교육적 기준에 따라 선발하는 전형으로 한다. <개정 2018. 5. 15.>

② 법 제23조제1항에 따른 특별전형(이하 “특별전형”이라 한다)은 법 제22조에 따른 입학자격이 있는 사람 중에서 교육부장관이 정하는 기준에 따라 법학전문대학원이 정하는 신체적·경제적 또는 사회적인 배려가 필요한 사람을 대상으로 차등적인 교육적 보상기준에 따라 선발하는 전형으로 한다. <개정 2018. 5. 15.>

③ 법학전문대학원은 매년 입학자의 100분의 7 이상을 특별전형으로 선발한다. <신설 2018. 5. 15.>
[제목개정 2018. 5. 15.]

법학전문대학원 시행령은 2018년 전까지 특별전형은 ‘장애인 등 신체적 또는 경제적인 여건이 열악한 계층을 대상으로 학생을 선발하는 전형’이라고 규정했을 뿐 특별전형 선발을 의무로 규정하고 있지 않았다.³⁾ 교육부는 2018. 5. 15. 취약계층 학생의 법조인 진출 기회를 확대하기 위하여 시행령을 개정하면서 ① 특별전형 대상에 국가유공자, 독립유공자 자녀·손자녀 등이 포함되도록 ‘신체적·경제적 또는 사회적 배려가 필요한 계층’으로 확대하였고(시행령 제14조 ②항 개정) ② 개별 법학전문대학원이 전체 입학 학생 수의 7% 이상 특별전형으로 선발하도록 의무규정을 신설하였다(시행령 제14조 ③항 신설).⁴⁾

3) (2018. 5. 15. 개정 전)

법학전문대학원법 시행령([시행 2017. 2. 22.] [대통령령 제27866호, 2017. 2. 22., 일부개정])

제14조(입학전형의 구분) ② 법 제23조제1항에 따른 특별전형은 법 제22조에 따른 학사학위를 취득한 자 중 법학전문대학원이 정하는 장애인 등 신체적 또는 경제적인 여건이 열악한 계층을 대상으로 학생을 선발하는 전형을 말한다.

4) 교육부 보도자료, “「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 시행령」 국무회의 통과”,

<https://www.moe.go.kr/boardCnts/viewRenew.do?boardID=294&lev=0&statusYN=C&s=moe&m=020402&opType=N&boardSeq=74141>

시행령 개정 전 특별전형 선발 인원을 입학 학생 수의 5% 이상으로 권고하는 것에 그쳤던 것과 비교하여 시행령 개정으로 인하여 특별전형 선발의무 비율은 증가하였으나 동시에 특별전형의 대상이 확대되었고 대상별 선발비율을 따로 규정하고 있지 않기 때문에 장애학생의 선발비율이 사실상 증가하였는지는 확인이 필요하다.

나. 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률

「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’)은 “누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다”라고 하여 장애를 사유로 한 모든 차별을 금지하고 있으며(법 제6조), 제13조 및 제14조에서 교육 영역에서의 차별금지를 별도로 규정하여 교육에서의 평등을 강조하고 있다.

(1) 입학 과정에서의 차별금지

교육책임자⁵⁾인 법학전문대학원장⁶⁾은 장애인의 입학 지원 및 입학을 거부할 수 없고(법 제13조 제1항), 장애인이 입학 지원을 한 경우 다른 지원자와 달리 추가서류 등을 요구할 수 없다(법 제13조 제1항).

장애인차별금지법 제13조(차별금지) ① 교육책임자는 장애인의 입학 지원 및 입학을 거부할 수 없고, 전학을 강요할 수 없으며, 「영유아보육법」에 따른 어린이집, 「유아교육법」 및 「초·중등교육법」에 따른 각급 학교는 장애인이 당해 교육기관으로 전학하는 것을 거절하여서는 아니 된다. <개정 2011. 6. 7.>

⑦ 교육책임자는 장애인의 입학 지원 시 장애인 아닌 지원자와 달리 추가 서류, 별도의 양식에 의한 지원 서류 등을 요구하거나, 장애인만을 대상으로 한 별도의 면접이나 신체검사, 추가시험 등(이하 “추가서류 등”이라 한다)을 요구하여서는 아니 된다. 다만, 추가서류 등의 요구가 장애인의 특성을 고려한 교육시행을 목적으로 함이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.

5) 장애인차별금지법 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. “교육기관”이란 「영유아보육법」에 따른 어린이집, 「유아교육법」·「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따른 각급 학교, 「평생교육법」에 따른 평생교육시설, 「학점인정 등에 관한 법률」에서 정한 교육부장관의 평가인정을 받은 교육훈련기관, 「직업교육훈련 촉진법」에 따른 직업교육훈련기관, 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관을 말한다.
7. “교육책임자”라 함은 교육기관의 장 또는 운영책임자를 말한다.
- 6) 법학전문대학원도 「고등교육법」에 따른 대학에 해당함

고등교육법 제29조(대학원) ① 대학(산업대학·교육대학 및 원격대학을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에 대학원을 둘 수 있다.

제29조의2(대학원의 종류) ① 대학원은 그 주된 교육목적에 따라 다음 각 호와 같이 구분한다.

2. 전문대학원: 전문 직업 분야의 인력양성에 필요한 실천적 이론의 적용과 연구개발을 주된 교육목적으로 하는 대학원

(2) 수학 과정에서의 차별금지

법학전문대학원장은 장애를 이유로 법학전문대학원 강의를 포함한 교내외 활동에서 장애인의 참여를 제한, 배제, 거부하여서는 아니 되며(법 제13조 제4항), 재학 중인 장애인이 법학전문대학원에서의 교육 활동에서 불이익을 받지 않도록 장애인차별금지법 제14조 제1항 및 같은 법 시행령 제8조 제1항·제2항 각 호의 정당한 편의를 제공하여야 한다(법 제13조 제3항).

장애인차별금지법 제13조(차별금지) ③ 교육책임자는 당해 교육기관에 재학 중인 장애인 및 그 보호자가 제14조제1항 각 호의 편의 제공을 요청할 때 정당한 사유 없이 이를 거절하여서는 아니 된다.

④ 교육책임자는 특정 수업이나 실험·실습, 현장견학, 수학여행 등 학습을 포함한 모든 교내외 활동에서 장애를 이유로 장애인의 참여를 제한, 배제, 거부하여서는 아니 된다.

제14조(정당한 편의제공 의무) ① 교육책임자는 당해 교육기관에 재학 중인 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 다음 각 호의 수단을 적극적으로 강구하고 제공하여야 한다. <개정 2014. 1. 28., 2016. 2. 3., 2017. 12. 19.>

1. 장애인의 통학 및 교육기관 내에서의 이동 및 접근에 불이익이 없도록 하기 위한 각종 이동용 보장구의 대여 및 수리
2. 장애인 및 장애인 관련자가 필요로 하는 경우 교육보조인력의 배치
3. 장애로 인한 학습 참여의 불이익을 해소하기 위한 확대 독서기, 보청기기, 높낮이 조절용 책상, 각종 보완·대체 의사소통 도구 등의 대여 및 보조건의 배치나 휠체어의 접근을 위한 여유 공간 확보
4. 시·청각 장애인의 교육에 필요한 한국수어 통역, 문자통역(속기), 점자자료 및 인쇄물 접근성바코드(음성변환용 코드 등 대통령령으로 정하는 전자적 표시를 말한다. 이하 같다)가 삽입된 자료, 자막, 큰 문자자료, 화면낭독·확대프로그램, 보청기기, 무지점자단말기, 인쇄물음성변환출력기를 포함한 각종 장애인보조기구 등 의사소통 수단
5. 교육과정을 적용함에 있어서 학습진단을 통한 적절한 교육 및 평가방법의 제공
6. 그 밖에 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 하는 데 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

장애인차별금지법 시행령 제8조(정당한 편의의 내용) ① 법 제14조제1항제4호에서 “음성변환용 코드 등 대통령령으로 정하는 전자적 표시”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 전자적 표시를 말한다. <신설 2018. 6. 19.>

1. 음성변환용 코드
 2. 청각, 촉각 등의 감각을 통하여 습득할 수 있도록 인쇄물 정보를 변환시켜주는 전자적 표시
- ② 법 제14조제1항제6호에 따라 교육책임자가 제공하여야 하는 사항은 다음 각 호와 같다. <개정 2018. 6. 19.>
1. 원활한 교수 또는 학습 수행을 위한 지도자료 등
 2. 통학과 관련된 교통편의
 3. 교육기관 내 교실 등 학습시설 및 화장실, 식당 등 교육활동에 필요한 모든 공간에서 이동하거나 그에 접근하기 위하여 필요한 시설·설비 및 이동수단

법학전문대학원장은 재학 중인 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 정당한 편의를 제공하는 데 필요한 업무를 수행하기 위한 독립된 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다(법 제14조 제2항·제3

항, 시행령 제10조).

장애인차별금지법 제14조(정당한 편의제공 의무) ② 교육책임자는 제1항 각 호의 수단을 제공하는 데 필요한 업무를 수행하기 위하여 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.

③ 제1항을 적용함에 있어서 그 적용대상 교육기관의 단계적 범위와 제2항에 따른 장애학생지원부서 및 담당자의 설치 및 배치, 관리·감독 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

장애인차별금지법 시행령 제10조(장애학생지원부서 및 담당자) ① 교육책임자는 법 제14조제3항에 따라 해당 교육기관에 재학 중인 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.

1. 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따른 학교의 경우: 독립된 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.

② 교육책임자는 제1항에 따른 장애학생지원부서 또는 담당자의 활동 내용 및 장애인의 이용 실태를 정기적으로 점검하여야 한다.

(3) 진로 정보 제공

법학전문대학원은 법조인을 양성하는 교육기관으로(법학전문대학원법 제1조) 법학전문대학원의 교육은 취업 및 진로에 직접적인 연관이 있다. 특히 법학전문대학원생은 재학 중에 반드시 실무수습을 이행하여야 하는데, 실무수습은 졸업 후의 취업과 진로로 이어질 수 있는 중요한 기회이다.

법조인 양성 교육의 책임자로서 법학전문대학원장은 장애인차별금지법 제13조 제5항에 따라 장애인의 능력과 특성에 맞는 진로교육 및 정보를 제공하여야 한다.

장애인차별금지법 제13조(차별금지) ⑤ 교육책임자는 취업 및 진로교육, 정보제공에 있어서 장애인의 능력과 특성에 맞는 진로교육 및 정보를 제공하여야 한다.

다. 장애인복지법

장애인복지법도 제20조에서 입학 및 수학에 있어 장애인에 대한 불리한 조치를 하여서는 아니 된다고 하여 교육에서의 장애인 차별을 금지하고 있다. 이어 제20조 제5항은 장애인의 입학과 수학 등에 편리하도록 장애의 종류와 정도에 맞추어 교육기관의 시설을 정비하거나 그 밖에 필요한 조치를 강구하여야 할 교육기관의 의무를 규정하고 있는데, 이는 교육기관이 교육대상인 장애인에 대하여 시설에 대한 장애인 접근성을 갖추고 장애의 종류와 정도를 고려한 편의지원을 제공하여야 함을 의미한다.

장애인복지법 제20조(교육) ① 국가와 지방자치단체는 사회통합의 이념에 따라 장애인이 연령·능력·장애의 종류 및 정도에 따라 충분히 교육받을 수 있도록 교육 내용과 방법을 개선하는 등 필요한 정책을 강구하여야 한다.

② 국가와 지방자치단체는 장애인의 교육에 관한 조사·연구를 촉진하여야 한다.

③ 국가와 지방자치단체는 장애인에게 전문 진로교육을 실시하는 제도를 강구하여야 한다.

④ 각급 학교의 장은 교육을 필요로 하는 장애인이 그 학교에 입학하려는 경우 장애를 이유로 입학 지원을 거부하거나 입학시험 합격자의 입학을 거부하는 등의 불리한 조치를 하여서는 아니 된다.

⑤ 모든 교육기관은 교육 대상인 장애인의 입학과 수학(修學) 등에 편리하도록 장애의 종류와 정도에 맞추어 시설을 정비하거나 그 밖에 필요한 조치를 강구하여야 한다.

라. 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률

(1) 편의시설 설치의무

법학전문대학원은 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률」(이하 ‘장애인등편의법’) 제7조 및 같은 법 시행령 제3조 [별표 1]에 따라 “장애인등이 일상생활에서 이동하거나 시설을 이용할 때 편리하게 하고, 정보에 쉽게 접근할 수 있도록 하기 위한 시설과 설비”, 즉 “편의시설”을 설치하여야 한다.

장애인등편의법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2016. 1. 19.>

2. “편의시설”이란 장애인등이 일상생활에서 이동하거나 시설을 이용할 때 편리하게 하고, 정보에 쉽게 접근할 수 있도록 하기 위한 시설과 설비를 말한다.

제7조(대상시설) 편의시설을 설치하여야 하는 대상(이하 “대상시설”이라 한다)은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

5. 그 밖에 장애인등의 편의를 위하여 편의시설을 설치할 필요가 있는 건물·시설 및 그 부대시설

장애인등편의법 시행령 제3조(대상시설) 법 제7조 본문의 규정에 의하여 편의시설을 설치하여야 하는 대상 시설은 별표 1과 같다.

[별표 1] 편의시설 설치 대상시설

2. 공공건물 및 공공이용시설

사. 교육연구시설(제2종 근린생활시설에 해당하는 것을 제외한다)

(1) 학교(유치원·초등학교·중학교·고등학교·전문대학·대학교, 그 밖에 이에 준하는 각종 학교를 말한다. 이하 같다)

법학전문대학원이 설치하여야 하는 편의시설의 종류는 다음과 같다.

장애인등편의법 제8조(편의시설의 설치기준) ① 대상시설별로 설치하여야 하는 편의시설의 종류는 대상시설의 규모, 용도 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

② 편의시설의 구조와 재질 등에 관한 세부기준은 보건복지부령으로 정한다. 이 경우 편의시설의 종류별 안내 내용과 안내 표시 디자인 기준을 함께 정하여야 한다. <개정 2019. 1. 15.>

[전문개정 2015. 1. 28.]

장애인등편의법 시행령 제4조(편의시설의 종류) 법 제8조제1항의 규정에 의하여 대상시설별로 설치하여야 하는 편의시설의 종류 및 그 설치기준은 별표 2와 같다.

[별표 2] 대상시설별 편의시설의 종류 및 설치기준

3. 공공건물 및 공중이용시설

나. 대상시설별로 설치하여야 하는 편의시설의 종류

대상시설	편의시설	매개시설		내부시설			위생시설			안내시설		그 밖의 시설				
		주출입구 접근로	장애인 전용 주차구역	주출입구 높이차 제거	출입구(문)	복도	계단 또는 승강기	화장실	욕실	샤워실·탈의실	점자블록	유도 및 안내설비	경보 및 피난설비	객실·침실	관람석·열람석	점수대·작업대
교육 연구 시설	학교(특수학교를 포함하며, 유치원은 제외한다)	의무	의무	의무	의무	의무	의무	의무	의무	권장		의무	의무	의무	권장	권장

(2) 관련 개정법률안

□ 법학전문대학원법 개정법률안

(의안번호 2112957 / 제안일자 2021. 10. 25. / 최혜영의원 대표발의)

현행 법학전문대학원법에 따르면 법학전문대학원은 충실한 교육을 위하여 강의실, 교원연구실, 법학 전문도서관, 모의법정, 세미나실, 행정실, 정보통신시설 등 대통령령으로 정하는 시설을 갖추도록 하고 있으나, 정당한 편의의 부족으로 장애학생이 이러한 대학시설을 이용하는 데 어려움을 겪고 있다. 이에 개정안은 장애인이 교육활동에 불이익을 받지 않도록 법학전문대학원법 제17조 제1항 후단을 신설하여 법학전문대학원도 “「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제14조에 따른 정당한 편의를 제공하는 시설을 갖추어야” 한다는 의무를 명확히 규정하였다.⁷⁾

7) 의안정보시스템, [2112957] 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 일부개정법률안(최혜영의원 등 10인), https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L2R1F0L4W2E6G1J9E1V9E3F2Q6N6J6

2 국내 판결례(결정례 등)

가. 판례

(1) 대학의 편의제공 의무

□ 창원지방법원 2008. 4. 23 선고 2007가단27413 판결

사실관계	원고는 1975년 추락사고로 인하여 하반신이 마비된 1급 지체장애인으로서 2004년 말 피고가 운영하는 ○○대학교 ○○대학원 사회복지학과에 지원하여 서류심사와 면접을 거친 후 2005. 3.경부터 위 학교 사회복지학과 석사과정을 이수하였다. 원고가 주로 이용하고 있는 각 건물에 엘리베이터 및 장애인화장실의 미설치, 출입로의 불편, 엘리베이터 미설치 등 원고는 장애인 편의시설 미설치로 인한 불편을 겪어왔다.
판결요지	[1] ○○대학이 장애인을 대상으로 서류 및 면접 심사를 통하여 입학 허가 결정을 한 경우에 장애인인 학생은 등록금 등을 납부할 의무를 ○○대학은 장애인인 학생에게 양질의 교육 기회를 제공할 의무를 부담하는 일종의 계약관계가 성립하므로, 대학은 장애인인 학생이 학교생활을 하면서 장애인으로서 겪을 수 있는 불편을 최소화해 주고 일반 학생들과 동등하게 충분하고도 내실 있는 교육을 받을 수 있도록 배려해 주어야 할 의무를 부담한다. [2] ○○대학은 입학을 허가한 장애인인 학생에게 양질의 교육 기회를 제공하기 위하여 '장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률'에 따른 편의시설을 제공할 법적인 배려의무를 부담하고, 장애인인 ○○대학에 이러한 시설의 설치를 적극적으로 요구할 수 있다. [3] 대학이 장애인인 학생에게 '장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률'에 정한 편의시설을 제공하지 않는 등 배려의무를 소홀히 한 경우, 위자료를 지급할 책임이 있다고 한 사례(인정 금액 : 3,000,000원).

이 판례에서는 ○○대학에 재학 중인 장애인(원고)과 ○○대학(피고)은 쌍방이 그들의 목적을 달성하기 위하여 쌍방이 의무를 이행하여야 할 계약관계에 있으므로 원고가 등록금 납부 등의 의무를 다한 이상 피고는 장애인인 원고에게 편의시설 이용에 관한 최소한의 범위를 정한 장애인등편의법에 따른 편의시설을 제공하여 평등한 교육 기회를 제공할 법적인 의무를 부담할 뿐만 아니라, 사회적 약자에 대한 배려가 더는 가진 자들의 은혜적 배려가 아닌 전 국민이 함께 고민하며 풀어가야 할 사회적 책무로서 막연히 예산상의 이유만을 들어 그러한 의무를 계속적으로 회피할 수는 없다고 보이는 점 등에 비추어 피고는 원고에게 양질의 교육 기회를 제공하기 위하여 장애인등편의법에 따른 편의시설을 제공할 법적인 배려의무를 부담하고, 원고는 적극적으로 이러한 시설의 설치를 요구할 수 있다고 판단하여, 장애인등편의법에 정한 편의시설을 제공하지 않는 등 배려의무를 소홀히 한 피고는 원고에 대해 위자료를 지급할 책임이 있다고 판시하였다.

이 판례에 따르면 법학전문대학원은 법학전문대학원에 재학 중인 장애인에게 양질의 교육 기회를 제공하기 위하여 장애인등편의법에 따른 편의시설을 제공할 법적인 (배려)의무가 있으며, 장애인은 장애인 등편의법에 따른 장애인 편의시설을 설치해줄 것을 법학전문대학원에 적극적으로 요구할 수 있다고 볼 것이다.

나. 국가인권위원회 결정

(1) 법학전문대학원 특별전형의 장애인 차별

□ 2020. 7. 20.자 결정 18진정0251800, 19진정0097000 병합

진정요지	<p>진정인은 ○○○○대학원 입학을 준비 중인 장애인(지체장애 1급)인데, ○○○○대학원 입학전형은 다음과 같이 장애인을 차별하고 있다.</p> <p>가. ○○○○대학원 입학전형 중 특별전형은 신체적·경제적·사회적 배려대상자가 한정된 선발인원 내에서 함께 경쟁하는 시스템으로 장애인에게 상대적으로 불리한 결과를 가져온다.</p> <p>나. 거의 모든 ○○○○대학원(성균관대, 인하대, 중앙대, 한국외대 제외)이 특별전형 선발 인원 중 경제적 배려대상자를 30% 이상의 비율로 우선 선발함으로써 장애인 지원자를 차별한다.</p>
------	--

위 진정에 대하여 국가인권위는 기각결정을 하였다. 결정문은 공개되어 있지 않아 자세한 결정사항 및 결정요지는 확인하지 못하였다.

그러나 신체적·경제적·사회적 배려대상자가 한정된 선발인원 내에서 함께 경쟁하는 것이 장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 것은 아닐지라도 장애인이 입학할 경우 발생할 수 있는 장애인 편의시설 설치 및 편의지원 제공에 따른 비용 등을 이유로 선발과정에서 장애인에게 불리한 영향이 미칠 수 있으므로, 이는 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우에 해당하는 것으로 장애인차별금지법 제4조 제1항 제2호의 차별행위로 볼 여지가 있다. 또한 경제적 배려대상자만을 우선선발하는 것은 다른 배려대상자들과 합리적이고 정당한 이유 없이 차별대우하는 것으로 헌법 제11조의 평등권을 침해하는 인권 침해행위이며 장애인차별금지법에서 금지하는 장애인 차별행위에도 해당할 수 있다.

이러한 점을 고려하여 신체적·경제적·사회적 배려대상자를 통합하여 실시하고 있는 현 특별전형 제도에 대한 개선이 필요하다.

(2) 법학전문대학원의 장애인 편의 미제공

□ 2019. 1. 28.자 결정 18진정0877800

진정요지	<p>진정인은 지체(상지기능) 6급 장애인이다. 피진정인은 피진정 대학원에 재학 중인 진정인에게 아래와 같이 정당한 편의를 제공하지 않았다.</p> <p>가. 피진정 대학원의 「장애학생지원지침」에는 장애인 학생에 대하여 편의를 지원한다는 내용이 있는데, 피진정 대학원은 인터넷 홈페이지에 「장애학생지원지침」을 게시하고 있을 뿐 장애학생에 대하여 그 지침의 존재를 별도로 안내하지 않았다.</p> <p>나. 진정인은 피진정 대학원에 '3차 졸업시험'(변호사시험 모의고사)을 치를 때 답안작성용 노트북 등 편의를 제공해 달라고 요청하였으나, 피진정 대학원은 답안작성용 노트북 제공을 불허하였다.</p>
결정사항	<p>○○대학교 법학전문대학원장에게 다음과 같이 권고한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ○○대학교 ○○○○대학원 소속 장애학생들에게 장애지침의 존재를 안내하는 절차를 마련하기 바람 2. 시험 실시와 관련하여 장애유형에 따른 정당한 편의를 제공하기 바람 3. 진정인에 대하여 가능한 한 졸업시험 기회를 다시 부여하기 바람
결정요지	<p>가. 인터넷 홈페이지에 「장애학생지원지침」을 게시한 것만으로는 장애인에게 정당한 편의를 제공하였다고 보기 어렵다. 피진정 대학원으로서 ○○대학교 입학 본부와 협조하여 장애인 특별전형으로 입학한 모든 학생들에게 위 지침의 존재를 적극적으로 안내하고 학교에서 제공하는 정당한 편의의 종류와 내용을 자세히 알려주어야 한다.</p> <p>나. ① 장애로 인한 불편함은 시간이 지남에 따라 얼마든지 더 심해질 수도 있고, 진정인이 과거에 편의제공을 요구하지 않았기 때문에 이번에 요구하는 것을 거부할 수 있다는 주장은 용납하기 어려우며, ② 실제 변호사시험에서 편의가 덜 제공됨으로 인하여 진정인이 겪을 불이익의 가능성은 진정인이 스스로 판단해야 될 문제이지 피진정 대학원에서 이를 이유로 미리 정당한 편의제공을 거부하는 사유가 되기도 어려우므로, 차별에 정당한 사유가 있다고 보기 어렵다.</p> <p>3차 졸업시험(변호사시험 모의고사)에서 피진정 대학원이 답안작성용 노트북 제공 등을 허용하지 아니하기로 결정한 데에는 정당한 사유가 있다고 인정되기 어렵고, 따라서 진정인의 편의제공 요청을 정당한 사유 없이 거절한 피진정인의 행위는 「장애인차별금지법」에서 금지하는 차별행위에 해당한다.</p>

인권위는 위 결정을 통해 법학전문대학원장에게 장애지침의 존재를 안내할 의무와 시험 실시와 관련하여 장애유형에 따른 정당한 편의를 제공할 의무가 있음을 확인하였다.

Ⅲ. 조사진행 경과

① 정보공개청구 등

가. 법학전문대학원

전국 25개 법학전문대학원에 지원자와 장애학생(특별전형) 입학자 통계에 관한 정보공개를 청구한 결과 25개 법학전문대학원 모두에게 최종적으로 정보공개 결정을 받을 수 있었다. 단, 관련 법령에 따라 정보 보관 기관인 10년을 도과한 자료에 대하여 정보 공개를 거부한 학교들이 존재하였다. 또한 2024년도 입시절차가 진행중으로 일부 학교에서만 정보공개를 받을 수 있었다. 이에 원칙적으로 2014~2023(6~15기)를 기준으로 지난 10년간 장애학생(특별전형) 법학전문대학원 입학 관련 정보공개 결과를 다음과 같이 정리하였으며, 각 학교에서 제공한 정보의 차이가 존재하는 부분은 비고에 표시하였다.

각 법학전문대학원별로 배정된 입학정원을 기준으로 단순 계산할 경우 지난 10년간 총 20,000명이 법학전문대학원에 입학하였을 것으로 추정되나, 장애인 합격자 수는 총 87명에 불과하여 전체 법학전문대학원 정원의 약 0.4%에 불과한 것으로 나타났다.

〈법학전문대학원별 입학정원과 지원자 및 합격자 수〉

학교명	입학정원	지원자수	합격자수	비고
강원대	40	6	0	
건국대	40	9	2	
경희대	60	21	3	
경북대	120	15	4	
고려대	120	50	7	
동아대	80	38	8	
부산대	120	23	4	
서강대	40	28	8	

학교명	입학정원	지원자수	합격자수	비고
서울대	150	62	15	
서울시립대	50	-	2	지원자수 자료 없음
성균관대	120	6	3	
아주대	50	-	3	지원자수 자료없음
연세대	120	28	2	8~15기 기준
영남대	70	16	1	
원광대	60	17	2	
이화여대	100	8	3	
인하대	50	12	3	
전남대	120	11	2	
전북대	80	13	2	10~15기 기준
제주대	40	6	2	6~16기 기준
중앙대	50	6	0	
충남대	100	11	3	
충북대	70	16	5	
한국외대	50	0	0	
한양대	100	15	3	

나. 공공기관등

(1) 법무부

법무부를 통해 제공받은 자료에 따르면 변호사시험 장애인 응시자의 수는 2012년 제1회 변호사시험 이후 대체로 증가세를 보이며 2020년 제9회 변호사시험에서 정점을 찍은 후, 감소세를 보이고 있다. 변호사시험 장애인 합격자 수는 2023년 제12회 변호사시험까지 연평균 3.2명 내외로 큰 변동을 보이지 않고 있는 상황이다. 그러나 장애인 응시자의 합격률은 제1회 변호사시험과 제3회 변호사시험에서 37%를 기록한 이후 급격한 감소세를 보이다 제8회 변호사시험에서는 0%를 기록하였고, 이후 제10회 변호사시험에서 23%까지 반등하였다가 다시 한자리 대의 합격률을 보이고 있다.

〈장애인 응시자 변호사시험 합격률〉

연도	응시자	합격자	합격률
2012(1회)	8	3	37%
2013(2회)	14	3	21%
2014(3회)	19	7	37%
2015(4회)	27	5	19%

연도	응시자	합격자	합격률
2016(5회)	29	4	14%
2017(6회)	32	2	6%
2018(7회)	25	1	4%
2019(8회)	32	0	0%
2020(9회)	43	2	5%
2021(10회)	31	7	23%
2022(11회)	30	2	7%
2023(12회)	25	2	8%
2024(13회)	25	미정	-

(2) 교육부

교육부는 연도별 법학적성시험 편의지원 대상자와 지원 내역에 관하여 다음과 같이 회신하였다. 공개된 자료를 토대로 법학적성시험에서 편의지원을 신청하는 장애학생의 숫자가 증가하고 있다는 점을 확인할 수 있었다. 또한 편의제공 유형이 다양화되고 있다는 점을 확인할 수 있었다.

〈법학적성시험 편의지원 대상자와 지원 내역〉

연도	총인원 (명)	시간연장 대상자(명)	편의지원 제공사항
2009	24	14	음성지원, 숫자답안지, 논술컴퓨터
2010	15	14	숫자답안지, 논술컴퓨터
2011	18	16	확대문제지, 숫자답안지, 논술컴퓨터
2012	24	19	확대문제지, 숫자답안지, 논술컴퓨터
2013	20	15	확대문제지, 숫자답안지, 논술컴퓨터
2014	23	16	숫자답안지, 논술컴퓨터
2015	25	22	확대문제지, 음성지원, 점자문제지, 숫자답안지, 논술컴퓨터
2016	23	18	숫자답안지, 논술컴퓨터, 대필, 확대문제지
2017	29	22	확대문제지, 음성지원, 숫자답안지, 대필, 논술컴퓨터
2018	29	21	음성지원, 점자문제지, 대필, 숫자답안지, 논술컴퓨터
2019	24	15	대필, 숫자답안지, 논술컴퓨터, 확대문제지
2020	36	17	음성지원, 축소문제지, 대필, 숫자답안지, 논술컴퓨터, 확대문제지
2021	32	13	음성지원, 축소문제지, 대필, 확대문제지, 숫자답안지, 논술컴퓨터, 서면안내
2022	31	16	점자문제지, 음성지원, 확대문제지, 논술컴퓨터, 숫자답안지, 서면안내
2023	47	20	점자문제지, 축소문제지, 대필, 논술컴퓨터, 확대문제지, 숫자답안지, 서면안내
2024	42	23	점자문제지, 축소문제지, 대필, 확대문제지, 숫자답안지, 논술컴퓨터, 서면안내

2 설문조사

2024. 2. 22 ~ 3. 13. 사이 법학전문대학원이 설치되어 있는 전국 25개 대학의 장애학생지원센터와 전국 법학전문대학원 인권법학회 연합(인:연)을 통하여 설문을 배포하였다. 설문 기간 중 총 48건의 설문 회신이 응답되었다. 그러나 설문 분석 중 진실한 응답이라고 보기 어려운 회신이 다수 발견되어 검증을 위한 2차, 3차 설문을 진행하였고, 최종적으로 17명의 회신을 진실한 응답으로 확인하고 연구에 반영하였다. 이처럼 표본의 수가 충분하지 않아 별도로 설문에 대한 계량적 분석은 진행하지 않았으며, 정성적 기재 사안을 심층인터뷰에 준하여 연구에 반영하였다.

응답자 번호	장애 유형/정도	학년	회신일
1	심한 시각장애	2학년	2024. 2. 22.
2	심하지 않은 시각장애	졸업	2024. 2. 27.
4	심하지 않은 뇌전증장애	2학년	2024. 2. 29.
5	심하지 않은 청각장애	1학년	2024. 2. 29.
9	심하지 않은 지체장애	2학년	2024. 2. 29.
20	심한 지체장애	졸업	2024. 2. 29.
34	심한 지체장애	2학년	2024. 2. 29.
36	심한 청각장애	졸업	2024. 2. 29.
37	심하지 않은 청각장애	졸업	2024. 3. 1.
38	심하지 않은 지체장애	3학년	2024. 3. 1.
39	심하지 않은 청각장애	졸업	2024. 3. 1.
40	심하지 않은 언어장애	2학년	2024. 3. 1.
41	심하지 않은 시각장애	3학년	2024. 3. 1.
43	심하지 않은 청각장애	1학년	2024. 3. 1.
45	심하지 않은 지체장애	2학년	2024. 3. 11.
46	심한 지체장애	3학년	2024. 3. 13.
47	심하지 않은 지체장애	3학년	2024. 3. 13.

3 심층인터뷰

인터뷰는 법학전문대학원 재학생 및 졸업생, 법학전문대학원 출신 장애인 변호사, 해외 법학전문대학원 출신 장애인 외국변호사, 장애인 차별 및 교육권 관련 활동 경력이 있는 장애인권 활동가이자 전문가⁸⁾를 대상으로 아래와 같이 진행되었다. 인터뷰는 대상자의 편의에 따라 대면과 Zoom을 활용한 비대면을 혼용하였고, 평균적으로 1시간에서 2시간 가량 소요되었다. 전문가 인터뷰의 경우 일부를 제외하고는 본문에 그 내용을 직접 인용하지는 않고, 내부적인 참고자료로 활용하였다.

인터뷰 대상		장애 유형/정도	인터뷰 진행일	인터뷰 장소
졸업생 A	법전원 졸업	심한 지체장애	2024. 1. 31.	사단법인 두루, Zoom 병행
재학생 B	법전원 3학년	심한 청각장애	2024. 2. 6.	사단법인 두루
재학생 C	법전원 1학년	심한 시각장애	2024. 2. 7.	사단법인 두루, Zoom 병행
전문가 H	장애인권 활동가/전문가	-	2024. 3. 6.	변호사회관
법조인 I	해외 법전원 출신 장애인 변호사	심한 시각장애	2024. 3. 8.	Zoom
법조인 J	법전원 출신 장애인 변호사	심한 시각장애	2024. 3. 20.	Zoom

8) 사회복지사, 장애인권 분야에서 28년간 인권 옹호 활동 수행 경력이 있으며 장애인권 상담소에서 13년째 재직중. 법학전문대학원 특별전형제도에 대한 문제제기, 변호사 시험장소 선택권 관련 국가인권위원회 진정 등 법학전문대학원 관련 장애인 인권옹호 활동을 다수 수행하였으며, 그 외 장애인 교육권 관련 상담 및 활동 경력 다수 존재.

IV. 현황 및 문제점(조사결과 분석을 바탕으로)

1 법학적성시험

가. 시험장(시험을 본 장소) 선택

2025학년도 법학적성시험은 서울·수원·부산·대구·광주·전주·대전·춘천·제주 등 9개 지구에서 실시된다. 시험에 응시하는 수험생은 원서를 접수할 때 하나의 지구를 선택해야 하며, ‘서울’, ‘수원’, ‘부산’ 등 일부 시험지구의 경우 수험생 편의를 위해 원서접수 시 응시 희망 학교를 선택할 수 있다.

그러나 인터뷰와 설문조사를 통해 살펴본 결과, 서울에 거주하는 정도가 심한 장애인 수험생들은 편의지원 제공을 신청한 경우 다른 선택권 없이 대개 국립서울맹학교에 배정된 것을 확인할 수 있었다.

인터뷰를 했던 장애학생들 중 편의지원 제공을 신청하지 않은 한 학생을 제외한 다른 두 학생은 모두 국립서울맹학교에 배정되었다. 이들은 시험 장소를 선택할 수 없다는 점에 대하여 불편함을 느꼈다고 말하고 공정성에 대한 의문을 표하였다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 C(심한 시각장애)

- 아무래도 1시간에서 1시간 반 정도 떨어진 곳이어서 1시간 반 정도 떨어진 곳이어서 아침에 좀 일찍 일어나야 해서 지금 제가 시험 장소를 선택할 수 없다는 게 좀 불편하긴 합니다.

졸업생 A(심한 지체장애)

- (저는 거주지와 용산 국립맹학교가 가까워서 괜찮았지만) 용산과 멀리 떨어진 곳에 거주하고 있는 장애인 응시자들 입장에서는 이렇게 한 군데로 (시험장소를) 강제로 하는 것이 과연 공정한가라는 의문을 가지고 있습니다.

설문조사 응답자 중 법학적성시험에서 편의지원 제공을 신청한 사람은 총 4명이었고, 그중 심한 시각장애가 있는 학생(c)은 국립서울맹학교에서 법학적성시험을 응시하였다고 답하였다. 심한 지체 장애가

있는 한 학생(b)의 경우 (법학전문대학원협의회에) 전화하여 국립서울맹학교가 아닌 다른 학교에서 응시 하길 희망한다고 하였더니 “장애인 편의지원 대상 국립서울맹학교를 지원하지 않으면 어디에 배정될지 모르고 동떨어진 지역에 배정되더라도 감수하겠다면 일반 학생들과 동일하게 1~3지망 응시장소로 신청 하라”고 안내받았고, 통화 내용을 함께 듣고 있던 부모님이 항의하고 나서야 희망 응시장소에 우선 배정 받을 수 있었다고 한다.

	장애유형/정도	LEET 응시년도	LEET 응시장소	비고
a	심하지 않은 시각장애	2021년	중앙대학교	
b	심한 지체장애	2021년	고려대학교	항의하여 희망 학교로 우선 배정받음
c	심한 시각장애	2022년	국립서울맹학교	
d	심하지 않은 청각장애	2023년	서울대학교	

이처럼 비장애인이거나 심하지 않은 장애인 응시자들의 경우 거주지에서 가깝거나 익숙한 장소를 희망 응시장소로 선택할 수 있고 대부분 희망하는 장소에 배정되지만, 심한 장애인 응시자들의 경우는 이러한 ‘시험장 선택권’을 보장받지 못하고 있다.

시험장소는 수험생의 심적·육체적 컨디션에 많은 영향을 미치므로 익숙한 장소에서 시험을 보는 응시생은 그렇지 못한 응시생에 비해 시험에서 유리한 위치에 있다. 더욱이 장애인은 낯선 장소에 익숙해지기 위해 인근 지리, 건물 구조를 미리 익혀야 하는 등 더 많은 시간과 노력이 필요하다. 이러한 측면에서 볼 때, 편의지원 제공을 이유로 심한 장애 응시자들을 국립서울맹학교에 일괄적으로 배정하는 것은 장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 불리하게 대하는 것으로 장애인 차별행위에 해당한다고 볼 수 있다.

시험장 선택권은 시험의 공정을 위하여 다른 응시자와 차별 없이 보장되어야 하는 수험생의 ‘권리’이며, 시험장으로의 이동이 용이하도록 장애인 응시자의 거주지 인근, 희망하는 장소에서 시험을 응시할 수 있도록 하는 것은 장애인 응시자에게 당연히 제공되어야 하는 ‘정당한 편의’에 해당한다. 따라서 심한 장애인 응시자들의 시험장 선택권이 보장되도록 제도를 개선할 필요가 있다.

나. 시험장 편의시설

설문조사에서 시험장 이용이 편리하였는지에 관한 질문에 대하여 응답자들은 시험장의 위치(‘시험장이 대중교통을 이용하기 어려운 곳에 위치함’, ‘시험장 주변에 장애인이 이용 가능한 숙박시설을 찾기

어려웠음’)와 장애인 편의시설의 부족(‘경사로, 엘리베이터 등이 잘 갖춰져 있지 않아 실내 이동이 어려웠음’, ‘시험을 본 강의실(고사실)과 같은 층에 장애인화장실이 없거나 부족했음’, ‘점자블록이 제대로 설치되어 있지 않았음’)으로 인하여 시험장 이용에 불편함을 느꼈다고 답하였다.

다. 장애인 편의지원

(1) 편의지원 신청 절차의 문제

(가) 법학적성시험 편의지원 제공 안내에 따르면 편의지원 신청 시 시각장애인인 경우와 시각장애 외의 장애가 있더라도 장애 정도가 심하지 않은 자 중 시험시간 연장 필요성을 인정받은 사람의 경우에는 장애인증명서와 함께 의사진단서를 제출하여야 한다. 그러나 인터뷰 및 설문조사를 통해 편의지원을 신청한 사람은 장애 유형 및 장애 정도와 무관하게 모두 의사 진단서 또는 소견서를 제출하였음을 확인했다.

〈인터뷰 응답〉

인터뷰 대상자	장애	제공받은 편의지원	신청 시 제출 서류
졸업생 A	심한 지체장애	<ul style="list-style-type: none"> - 시험시간 연장 - 축소시험지(A4사이즈) - 대독·대필 - 논술답안 작성을 위한 컴퓨터 - 별도 고사실 배정 	장애 증명이 가능한 서류(장애인 증명서 등) 및 의사 진단서/소견서(상급병원)
재학생 B	심한 청각장애	편의제공받지 않음	-
재학생 C	심한 시각장애	<ul style="list-style-type: none"> - 시험시간 연장 - 종이시험지 및 음성프로그램으로 읽을 수 있는 파일 - 음성지원 S/W가 탑재된 컴퓨터와 확대기 - 답안 대필 - 논술답안 작성을 위한 컴퓨터 - 별도 고사실 배정 	장애 증명이 가능한 서류(장애인 증명서 등) 및 의사 진단서/소견서(상급병원)

〈설문조사 응답〉

응답자	장애유형/정도	제공받은 편의지원	신청 시 제출 서류
a	심하지 않은 시각장애	- 확대문제지	장애 증명이 가능한 서류(장애인 증명서 등) 및 의사 진단서/소견서(상급병원)

응답자	장애유형/정도	제공받은 편의지원	신청 시 제출 서류
b	심한 지체장애	- 높낮이 조절 책상	장애 증명이 가능한 서류(장애인 증명서 등) 및 의사 진단서/소견서(일반병원)
c	심한 시각장애	- 음성지원 S/W가 탑재된 컴퓨터 - 대독·대필 - 논술답안 작성을 위한 컴퓨터 - 별도 시험실 배정	장애 증명이 가능한 서류(장애인 증명서 등) 및 의사 진단서/소견서(상급병원)
d	심하지 않은 청각장애	- 확대문제지 - 별도 시험실 배정	의사 진단서/소견서(상급병원)

고등교육기관(대학교) 입시전형의 중요자료로 활용된다는 점에서 법학적성시험과 유사한 대학수학능력시험(수능)의 경우, 일반적으로 수험생이 응시원서의 시험편의제공대상자란에 해당 장애를 기입하고 복지카드 사본만 첨부하여 제출하면 편의가 제공된다.⁹⁾

〈수능 장애인 수험생 응시 안내〉

장애	응시원서 제출 및 첨부서류
중증 시각장애	<ul style="list-style-type: none"> - 응시원서의 시험편의제공대상자란에 “중증 시각장애”라고 기입하고 해당 교육청에 제출 - 복지카드 사본(원본 지참)을 첨부하여 제출 [<u>※ 복지카드가 없는 경우, 종합병원장 발행 진단서/검사기록(①) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서(②)를 함께(①+②) 첨부하여 제출</u>] - <u>2019년 7월 1일 이후 장애 판정을 받았거나, 2019년 7월 1일 이후 장애 재등급 판정을 받아 복지카드에 장애등급이 없는 경우는 복지카드 사본(원본 지참 ①), 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(②) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서를 함께(①+②+③) 첨부하여 제출</u>
경증 시각장애	<ul style="list-style-type: none"> - 응시원서의 시험편의제공대상자란에 “경증 시각장애”라고 기입하고, 확대 독서기 사용 여부 및 문제지 확대 비율, 답안지 이기희망 여부 등을 표기한 후 해당 교육청에 제출 - 1)~2)에 해당하는 수험생은 복지카드 사본(원본 지참)을 첨부하여 제출 [<u>※ 복지카드가 없는 경우, 종합병원장 발행 진단서/검사기록(①) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서(②)를 함께(①+②) 첨부하여 제출</u>] - 3)에 해당하는 수험생은 복지카드 사본(원본 지참 ①), 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(②) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서(③)를 함께(①+②+③) 첨부하여 제출 - <u>2019년 7월 1일 이후 장애 판정을 받았거나, 2019년 7월 1일 이후 장애 재등급 판정을 받아 복지카드에 장애등급이 없는 경우는 복지카드 사본(원본 지참 ①), 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(②) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서를 함께(①+②+③) 첨부하여 제출</u> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> 1) 장애의 정도가 심한 시각장애인에 해당하는 수험생 중 점자문제지를 신청하지 않은 수험생 </div>

9) 수능도 복지카드가 없거나 복지카드로 장애 정도를 확인할 수 없는 경우가 아닌 경우에도 의사 진단서 제출을 요구하는 부분이 있어 개선이 필요하다.

장애	응시원서 제출 및 첨부서류
	<p>2) 장애의 정도가 심하지 않은 시각장애인에 해당하는 수험생 중 다음 중 하나의 항목 이상에 해당하는 수험생</p> <ul style="list-style-type: none"> - 좋은 눈의 시력이 0.2 이하인 사람 - 두 눈의 시야가 각각 모든 방향에서 10도 이하로 남은 사람 - 두 눈의 시야가 각각 정상 시야의 50퍼센트 이상 감소한 사람 <p>3) 장애의 정도가 심하지 않은 시각장애 수험생으로 나쁜 눈의 시력이 0.02 이하인 수험생 중 시험편의제공 필요성이 인정된 수험생</p>
뇌병변 등 운동장애	<ul style="list-style-type: none"> - 응시원서의 시험편의제공대상자란에 “뇌병변 등 운동장애”라고 기입하고, 답안지 이기 희망 여부 등을 표기한 후 해당 교육청에 제출 - 뇌병변장애에 해당하는 수험생은 복지카드 사본(원본 지참)을, 상지 지체장애에 해당하는 수험생은 장애인증명서를 첨부하여 제출 [※ 복지카드 또는 장애인증명서가 없는 경우, 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(①) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서(②)를 함께(①+②) 첨부하여 제출] - 손, 목, 눈 등의 운동장애가 심하여 답안지의 정상적 작성이 불가능한 수험생은 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(①) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서(②)를 함께(①+②) 첨부하여 제출
청각장애	<ul style="list-style-type: none"> - 응시원서의 시험편의제공대상자란에 “중증 청각장애” 또는 “경증 청각장애”라고 구분하여 기입하고 해당 교육청에 제출 - 장애의 정도가 심한 청각장애에 해당하는 수험생은 복지카드 사본(원본 지참)을 첨부하여 제출 [※ 복지카드가 없는 경우, 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(①) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서(②)를 함께(①+②) 첨부하여 제출] - 장애의 정도가 심하지 않은 청각장애에 해당하는 수험생으로서 지필검사 필요성이 인정된 수험생은 복지카드 사본(원본 지참 ①), 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(②) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서(③)를 함께(①+②+③) 첨부하여 제출. (복지카드(①)가 없는 경우, ②+③ 함께 첨부하여 제출) - 2019년 7월 1일 이후 장애 판정을 받았거나, 2019년 7월 1일 이후 장애 재등급 판정을 받아 복지카드에 장애등급이 없는 경우는 복지카드 사본(원본 지참 ①), 종합병원장 발행 진단서(추가로 검사기록 징구 가능)(②) 및 학교장 확인서 또는 특수학교 재학(졸업) 증명서를 함께(①+②+③) 첨부하여 제출

법학적성시험은 수능과 같이 시험 성적이 수험생에게 미치는 영향이 크기 때문에 시험의 형평성이 중요한 시험이므로, 장애인 수험생이 비장애인 수험생과 동등한 조건에서 시험을 치를 수 있도록 편의지원의 조건을 낮출 필요가 있다. 그중에서도 장애인 증명서 또는 복지카드로 장애 유무, 유형 및 정도를 충분히 확인할 수 있음에도 편의지원을 신청하는 장애인에게 별도의 의사 진단서를 요구하는 것은 ‘장애인이 편의지원을 받기 위해 거짓말을 할 수 있다’라는 장애인에 대한 편견이 내재되어 있는 것으로 반드시 개선이 필요하다.

(나) 의사진단서 요구에서 문제되는 또 다른 부분은 편의지원 신청 시 제출하는 의사진단서의 발급기관을 ‘의료법 제3조에 의한 종합병원 또는 상급종합병원’으로 한정하고 있다는 점이다. 장애학생

의 장애 정도 및 증상에 대하여는 계속 진료·상담하며 경과를 지켜보던 동네의 일반병원 의사가 더 정확히 알고 있다. 그럼에도 불구하고 많은 시간과 비용이 소요되는 (상급)종합병원의 진단서만을 요구하는 것은 합리적인 이유가 없으며 시험을 앞둔 수험생에게 큰 부담이 되어 장애인 수험생의 법학적성시험 응시에 부정적 요인으로 작용한다.¹⁰⁾

(2) 편의지원 소통 과정의 문제

‘법학적성시험 시행계획 공고’에 따르면 “서류 접수 후 수험생과 개별적으로 접촉하여 적절한 편의지원(을) 제공”한다고 공지하고 있다. 그러나 법전원협의회로부터 시험 편의지원 관련 연락을 받지 못한 경우도 있었고, 연락을 받았더라도 규정된 편의지원 항목 외의 편의를 요청한 경우 어떻게 협의하고 결정할 것인지에 대한 명시적인 가이드라인이 미비하여 담당자와 소통하는 데 장애인 수험생들이 어려움을 겪고 있었다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 법전원협의회에서 사전에 시험 편의지원 관련 연락을 받은 것은 없고, 편의지원신청 기간에 의사소견서와 장애인등록증을 제출하고 추가적으로 직접 전화를 해서 체크했어요.
- 시험지를 넘기기 어렵고 문제가 시험지 윗부분에 있는 경우 체크하기 어렵기 때문에 시험지를 A4용지에 인쇄해서 시험을 치를 수 있도록 해달라고 요청했습니다. 왜냐하면 보통 시각장애 응시자들을 위해 시험지 확대하는 편의지원 항목만 있지 시험지를 축소해달라는 요청은 처음 받아봤기 때문에 시험 담당자분이 굉장히 당황하시는 거예요. 지체장애인 응시자가 그것(축소시험지)을 요청하는 것을 절차적으로 수용해 줄 수 있는 것인지에 대해 약간 혼란을 느끼면서 “자기가 결정할 수 있는 문제는 아니고, 위에 문의를 해 보겠다”고 하셨어요. “축소를 해주면 되는 게 확실하나”라고 물었고 결국에 시험지 축소해 줬는데 “다르게 말씀하시면 안 된다”라고 해서 “다르게 말씀은 안 드리겠다” 했습니다. 시험지를 축소해달라는 것이 공식적인 편의지원 항목에 없는 것이다 보니 이것을 받아들여줘도 되는 건가에 대하여 실랑이, 다툼까지는 아니었지만 여러 번 말씀드려야 했습니다.

재학생 C

- 편의지원 제공이나 뭔가 신청을 하고 조율하는 게 항상 이게 공식적이라기보다는 그냥 담당자랑 계속 통화하고 연락하고 이런 과정이 대부분이어서, 네 그렇게 개인적으로 전화하고 계속 그런 식으로 (소통)했습니다. (...) 제가 어떤 얘기를 했을 때 그 얘기가 거기에서 생각해 보지 못했던 지원 요청이라면 그쪽에서 협의를 하는 것 같은데, 제가 비공식적인 방법으로 듣기에는 제가 그때 당시에 다녔던 대학교 장애학생지원실이나 아니면 맹학교나 이런 데 전화를 돌린다고 하시더라고요. 그래서 거기에서 그냥 의견을 듣고 정하시는 것 같은데 이런 정하는 과정이 뭔가 일률적이거나 가이드라인이 정해져 있다기보다는 그냥 그때그

10) 조선일보(2019. 9. 25.), [발언대] 왜 종합병원 진단서만 고집하나, https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2019/09/24/2019092403359.html, 2024. 5. 21. 최종 열람

때 담당자분의 아이디어에 따라서, 그분의 성향이나 그런 거에 따라서 편의지원이 달라지는 거 아닌가라는 생각이 좀 들었어요.

- 음성이랑 종이 시험지로 시험을 보고 싶다고 했는데, 원래는 음성이랑 점자 시험지가 나가고 종이 시험지로는 확대밖에 안 된다고 해서 그 점이 조율할 때 조금 문제가 있긴 했었는데, 법전협에서 결국에는 음성으로 들을 수 있는 거 플러스(+) 종이 시험지를 같이 활용할 수 있게 해주셨어요. 근데 이제 그거를 조율하는 과정이 조금 복잡했던 것 같습니다.

(3) 편의지원 내용

(가) 시험시간 연장 기준의 문제

현재 법학적성시험은 뇌병변 장애와 상지 장애의 경우 ‘장애 정도가 심한 자’, ‘장애 정도가 심하지 않은 자’ 중 시험시간 연장 필요성을 인정받은 사람, 그리고 ‘장애 정도가 심하지 않은 자’ 등 장애 정도를 기준으로 3그룹으로 나누어 ‘장애 정도가 심한 자’는 선택형 1.5배, 서답형 1.2배, ‘장애 정도가 심하지 않은 자’ 중 시험시간 연장 필요성을 인정받은 사람’은 매 교시 20분 추가의 시간 연장을 인정하고 있다.

그러나 장애 정도가 중경인지(심한 장애인지, 심하지 않은 장애인지) 여부와 시험에 어느 정도로 접근할 수 있는지는 다른 문제이다. 심하지 않은 뇌병변 장애인이더라도 실제로는 손이 많이 불편해 심한 뇌병변 장애인만큼 시험에 불리할 수도 있다. 수능의 경우 뇌병변 등 운동장애의 경우 장애의 정도와 상관없이 동일하게 시험시간을 1.5배로 연장하여 운영하고 있다.

장애 정도에 따라 시험시간 연장의 정도를 달리할 필요가 있더라도 1교시(언어이해, 총 70분)와 2교시(추리논증, 총 125분)의 시험시간이 다르므로 ‘매 교시 20분 추가’와 같은 일괄적 기준을 두는 것은 바람직하지 않다. 수능의 경우 ‘매 교시별로 1.7배(또는 1.5배)’와 같이 시험시간 연장을 비율로 규정하고 있다.

〈수능 장애인 수험생 시험운영 - 시험시간 연장 부분〉

장애	시험운영
중증 시각장애	- 매 교시별로 일반 수험생의 1.7배로 하되, 점심시간 및 휴식시간을 단축하여 운영(단, 4교시 종료 후 간단한 음식물을 섭취할 수 있도록 휴식시간을 15분 운영)
경증 시각장애	- 매 교시별로 일반 수험생의 1.5배로 연장하되, 점심시간 및 휴식시간을 단축하여 운영(단, 4교시 종료 후 간단한 음식물을 섭취할 수 있도록 휴식시간을 13분 운영)
뇌병변 등 운동장애	- 매 교시별로 일반 수험생의 1.5배로 연장하되, 점심시간 및 휴식시간을 단축하여 운영(단, 4교시 종료 후 간단한 음식물을 섭취할 수 있도록 휴식시간을 13분 운영)
청각장애	- 시험시간표는 일반수험생과 동일

(나) 편의지원에 대한 안내 부족의 문제

제공하는 편의지원이 어떠한 방식으로 제공되는지 사전에 충분한 안내가 이루어지지 않아 장애인 수험생이 시험장에서 당황하는 일들이 있었다.¹¹⁾

〈인터뷰 내용〉

재학생 C

- 제가 확대기를 쓰다 보면 큰 시험지(A3)가 불편하거든요. 시험지가 크면 확대기를 넘어서서 보기가 굉장히 불편해요. 그래서 주로 A4 사이즈로 시험지를 뽑아달라고 하는 편인데 제가 시험 볼 때 시험지를 그대로 줄여서 A4에다가 주는 게 아니라 옆에 여백을 잘라서 주시더라고요. 근데 이런 게 사전에 얘기가 없었고, 제가 시험을 한 번 본 게 아니라서 작년에 이렇게 봤으니까 올해도 이렇게 나오겠구나 싶었는데 또 시험지 규격이 달라져 있고. 언어나 추리 같은 경우에는 저는 (시험지) 옆에다가 쓰면서 푸는 거를 연습했는데 옆에 공간이 갑자기 없어져버리니까 시험장에서 굉장히 당황했었거든요. 시험지 규격이 작년과 올해 항상 달라졌어서 그 점은 좀 불편했었던 것 같아요.
- 종이 시험지랑 음성 시험지가 달랐어요. 그러니까 종이 시험지에서는 그냥 다른 학생들이 보는 시험지대로 프린트를 했는데 음성으로는 대체 문제가 나오는 경우도 있었거든요. 그래서 약간 종이랑 음성이 달랐을 때 이걸 뭐를 기준으로 풀어야 하나 약간 당황스럽긴 했습니다. 그때 당시 감독관한테 얘기를 했을 때 거기서도 막 되게 당황하시고 그냥 아무거나 풀어라 이렇게 이런 식으로 하셔가지고...

(다) 항목 외 추가적인 편의지원 필요

같은 유형의 장애가 있더라도 장애의 정도와 개별적 특성에 따라 필요한 편의지원 내용이 달라질 수 있다. 그러나 현재 법학적성시험 편의지원 안내에는 편의지원 항목에 없는 편의지원을 신청하는 경우 지원받을 수 있는지에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않아 장애인 수험생이 법학적성시험에 응시하는데 있어 실질적인 불이익을 겪고 있다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 리트 시험 중 논술 시험에서 팔 구축이 심해서 종이를 못 넘기고 노트북을 휠체어 책상에 놓으면 다른 거를 놓을 수가 없어 노트북에 논술(문제) 한글파일을 넣어달라고 요청했어요. 법학전문대학원협의회에서

11) 한국경제(2022. 1. 19.), [남형두의 법과사랑] '장애인에 시험 편의 제공'은 특혜 아니다, <https://www.hankyung.com/opinion/article/2022011901011>, 2024. 5. 21. 최종열람
: “이번에 응시한 한 시각장애인 이야기다. 그는 5년 전 대학을 수석 졸업하고 로스쿨 입시를 위한 법학적성시험을 준비했다. 그런데 시험주관 기관에서 시험 1주일 전에 갑자기 시각장애인 전용 단말기 대신 일반 컴퓨터를 제공하겠다고 지침을 변경하는 바람에 문제를 풀거나 메모하는 데 애를 먹었다. 비장애 응시생의 경우 실제 시험을 위해 평소 연습해 온 필기도구, 답안지 등 익숙한 시험 환경이 시험 직전에 변경됐다면 어땠을까? 난관을 뚫고 들어온 로스쿨에서도 3년 만에 우수한 성적으로 마쳤음에도 변호사 시험 장소가 제대로 제공되지 않아 다시 1년을 더 기다려야 했다. 비장애 응시생이라면 신경 쓰지도 않을 일에 시간과 열정을 낭비해야 했던 것이다.”

는 파일로 시험 치는 것을 보안 문제를 이유로 요청을 거부해서 논술 문제지를 인쇄한 종이를 벽에 붙여 그 종이를 보고 시험을 치려야 했어요. 종子和 거리가 있으니까 문제를 읽다 보니 눈이 침침해져 글자가 또렷하게 안 보여서 불편함이 있었습니다. (...) 보안에 문제가 된다는 거 자체가 이해가 안 된다고 (파일 제공해달라고) 말했는데, (법전문대학원협의회) 거절하는 입장이었고, 리트도 얼마 남지 않았고 논술시험이 당락을 좌우하는 요소가 아니기 때문에 그냥 넘어갔었습니다.

설문조사 응답 중에서도 ‘시험장 정문에서 시험실까지 이동지원’ 등의 추가적인 편의지원이 제공되면 좋겠다는 의견이 있었다.

(4) 편의지원 이의신청

인터뷰 및 설문조사 시 법학적성시험에서 편의지원 미제공 또는 거부 결정에 대해 이의제기를 할 수 있었는지 묻는 질문에 대하여 ‘이의제기절차가 있어서 이의제기를 해서 편의지원을 제공받았다’는 답변과 ‘이의제기절차가 없어서 이의제기를 하지 못했다’는 답변이 모두 있었다. 이처럼 이의제기절차 유무에 대해 응답자마다 의견이 달리고 있는 것을 통해 공식적인 이의제기절차가 없거나 이의제기절차에 대한 안내가 제대로 이루어지고 있지 않다는 것을 확인할 수 있었다.

2 법학전문대학원 입학

가. 선발기준

(1) 장애인과 비장애인을 동일한 기준 하에 선발하는 특별전형

법학전문대학원법은 입학전형을 일반전형과 특별전형 두 가지로 규정하고 있으며, 구체적인 사항은 대통령령에 위임하고 있다(제23조 제1항, 제4항). 법학전문대학원법 시행령은 특별전형과 관련하여 법 제22조에 따른 입학자격이 있는 사람 중에서 교육부장관이 정하는 기준에 따라 법학전문대학원이 정하는 신체적·경제적 또는 사회적인 배려가 필요한 사람을 대상으로 차등적인 교육적 보상기준에 따라 선발하는 전형으로 운영하도록 규정하고 있으며, 입학자의 100분의 7 이상을 특별전형으로 선발하도록 규정하고 있다(제14조 제2항, 제3항).

인터뷰 대상자들은 장애인과 비장애인을 통합하여 선발하는 현행 특별전형에 관해 부정적 입장을 취하면서도 별도의 정원을 설정한다 하여 실효성이 있을지 모르겠다는 회의적인 의견을 함께 제시하였다.

이와 관련하여 심한 시각장애가 있는 장애인 변호사(법조인 I)는 장애인만을 대상으로 별도의 전형을 한다고 하더라도, 실효성이 낮을 것이라며 회의적인 반응을 보이기도 하였다. 반면 심한 지체장애가 있는 법학전문대학원 졸업생(졸업생 A)은 장애인과 경제적 약자 등의 전형을 분리하되, 장애인 특별전형에 미달이 생길 경우 이를 경제적 약자 등으로 보완하는 절충적 의견을 제시하기도 하였다.¹²⁾ 장애인과 비장애인을 하나의 특별전형으로 선발할 경우 장애인의 입장에서는 다시 비장애인과 경쟁하게 되어 차별을 시정하기 위한 적극적 조치로서의 의미가 퇴색되며, 간접차별이 발생할 가능성이 존재한다. 따라서 이러한 문제점을 보완하기 위한 대안이 필요하다.

〈인터뷰 내용〉

법조인 J

- 사회적배려대상자를 7% 선발하도록 되어 있으나 그 안에서 장애인의 비율을 따로 조정하는 것은 그렇게 바람직해 보이지는 않습니다. 그리고 그게 효과가 있을지도 조금은 의문입니다. 만약에 1% (선발) 이렇게 해 놓았다 해도 떨어뜨릴 수 있을 것 같습니다.

졸업생 A

- 장애인 응시자들이 더 문을 두드리게 하기 위해 (장애인) 특별전형을 일단 경제적 약자와 전형을 따로 분류를 하되, 만약 장애인 전형에 미달이 생기면 그 부분을 경제적 약자 등 다른 특별전형으로 보완하면 좋겠습니다.

장애인 특별전형을 별도로 운영해야 하는 이유와 관련하여 장애인권 전문가(전문가 H)는 실제 법조인 양성의 관점에서 보았을 때, 법학전문대학원을 입학한 학생이 모두 변호사가 될 수는 없는 상황을 고려해 실제 장애인 법조인 선발 인력을 반영한 특별전형 정원 조정이 필요하다는 추가 의견을 제시하였다.

〈인터뷰 내용〉

전문가 H

- 공부하는 과정이 장애인이 평등하게 다닐 수 있는 환경이라면 5%가 많다고 할 수 있을지 모르겠지만, 안 그렇거든요. 100명 중에 5명 뽑았어도, 이제 변호사 시험 (합격률) 50%잖아요. 그러면 이 5명 중에 반이 붙는다고 해도 결국 100명에 2명 정도밖에 변호사가 못 되는 거거든요.
- (로스쿨을) 다니는 과정 안의 어려움 때문에 변호사시험을 통과하는 데까지 난관이 너무 많아요. 탈락자가 생길 수밖에 없는 여러 가지 상황들이 있단 말이에요. 법학전문대학원이 법조인을 키우는 걸 목적으로 하

12) 이와 관련하여 국가인권위원회에 법학전문대학원 특별전형에서의 차별에 관한 진정이 제기된 바 있다(18-진정-0251800, 19-진정-0097000 병합). 진정인은 “① 신체적·경제적·사회적 배려대상자가 한정된 선발인원 내에서 함께 경쟁하는 시스템으로 장애인에게 상대적으로 불리한 결과를 가져온다, ② 거의 모든 법학전문대학원이 특별전형 선발 인원 중 경제적 배려대상자를 30% 이상의 비율로 우선 선발함으로써 장애인 지원자를 차별한다”는 취지의 진정을 제기하였으나, 모두 기각되었다. 진정이 제기된 바 있으나, 기각결정이 이루어진 바 있다(18-진정-0251800, 19-진정-0097000 병합)

는 대학원이라고 하면 이 대학원 과정을 거쳐서 법조인이 될 수 있는 장애를 가진 사람의 접근성을 (전체적으로) 고려해야 되는 거죠. 단순히 학교에 입학하는 문제가 아니니까, 결국 몇 명이 법조인이 될 수 있느냐까지 고려해서 입학하는 사람의 수가 조정이 돼야 한다고 생각해요.

최근 시행된 2024년 제13회 변호사시험의 경우 합격률이 53.04%에 불과하였다.¹³⁾ 특히 중증 장애인의 경우 합격 사실만으로도 중앙 언론에 기사화가 될 정도로 드문 현실이다. 이처럼 실제 장애인 법조인의 양성을 증진하기 위해서는, 단순히 몇 명이 법학전문대학원에 입학할 수 있는지의 문제를 넘어, 실제 몇 명이 변호사시험을 최종 합격하여 법조인이 될 수 있는지를 고려하여, 충분한 수의 장애인 당사자가 법학전문대학원에 입학할 수 있도록 그 문호를 확대할 필요가 있다.

(2) 외국어능력

한편, 법학전문대학원법은 법학전문대학원 입학에 위하여 학사학위 과정에서의 성적, 법학적성시험의 결과 및 외국어능력을 전형자료로 활용해야 한다고 규정하고 있다(제23조 제2항). 이때, 외국어능력과 관련하여 시청각장애인의 경우 정당한 편의가 제공되지 않는 등 불이익이 발생할 수 있다. 그럼에도 이에 대한 별도의 규정을 두지 않고 일괄적으로 공인외국어점수를 필수적 고려 요소로 규정할 경우 실질적으로 시각, 청각 등 감각장애인의 법학전문대학원 진학의 장벽으로 작용할 수 있다. 인터뷰에 참여한 시각장애인의 경우 다음과 같이 외국어시험 취득의 어려움을 호소하였다.

〈인터뷰 내용〉

법조인 J

- 이것도 할 얘기가 엄청 많죠. 다른 데 다 못 넣고 OO대만 넣을 수 있었는데, 특별전형은 딱히 (공인영어 시험)을 자격 요건을 두지 않고 있었어요. (...) 시험을 보긴 봤죠. 그 제출을 해야 되니까 그래서 시험을 봤는데, 토익, 토플은 외국 업체에서 하잖아요. 그래서 그쪽에 물어봤더니 거기는 복잡했어요. 이렇게 진단서 이런 거 내면 자기네들이 미국쪽 본사에 보내서 심의를 하고... 텡스(TEPS)는 우리나라에서 하니까 복지 카드만 내면 됐었는데 텡스도 그 당시는 확대하고 점자 문제집만 준다고 하고 있었거든요. 그래서 여기도 똑같이 요구했어요. 나 이렇게 이렇게 못 보니까 이렇게 컴퓨터로 해서 보게 해달라 그랬는데 거기서 안 된다고 그랬어요.
- 그런데 영어 점수를 왜 요구하는지 일단 잘 이해가 안 되고, 사실은 변호사 업무랑 영어 능력이 연관이 있나 근본적인 의문이 있고 만약 요구를 한다면 어떤 별도의 기준이 필요해 보입니다.

13) 이는 법학전문대학원 재학 중 자퇴와 같이 중도이탈하는 경우를 고려하지 않은 수치인 점을 고려할 필요가 있다.

특히 심한 청각장애가 있는 법학전문대학원 재학생(재학생 B)의 경우 청해 부분을 응시할 수 없음에도, 해당 영역을 응시하지 않을 경우 달성할 수 없는 성적을 요구하여 입학 서류 자체를 제출하지 못하는 차별을 경험하기도 하였다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 B

- 청각장애인은 토익을 독해(RC) 부분만 보고, 청해(LC) 부분은 보지 않기 때문에 아무리 잘 쳐도 점수가 750점을 넘을 수가 없습니다. 그런데 OO 로스쿨의 경우에는 아예 원서접수 시스템 자체가 750점을 넘지 않으면 입력을 하지 못하게 되어 있었습니다. 그래서 입시 지원 문서 접수 자체가 안 돼서 제가 직접 서류를 들고 행정실에 찾아가서 시스템상 점수가 안 된다고 서면으로 현장에서 접수하는 건 안 되냐 했는데, 거기서 내부 전산망 자체가 그렇게는 안 된다고 하였습니다. (...) 재수를 할 수 있으니 바꾸어 달라고 다른 로스쿨 제도를 정리하여 이메일을 발송하였으나, 답은 없었고 바뀌지도 않았습니다.

2024년 현재 해당 법학전문대학원 입시요강은 “※ 청각장애인(장애의 정도가 심한 장애인)의 경우, 듣기부분을 제외한 점수가 TOEFL(iBT) 36점 이상, TOEIC 360점 이상, TEPS 160점 이상의 점수를 취득한 자로 함”이라는 단서가 반영되어 있다. 그러나 장애의 정도가 심하지 않은 청각장애인 또는 시각장애인의 경우에도 공인외국어 성적 취득에 어려움이 발생할 수 있다. 예를들어 장애의 정도가 심하지 않은 시각장애인의 경우에도 장애가 없는 응시자에 비해 지문을 읽는 데에 상대적으로 더 많은 시간이 필요할 수 있다. 그러나 해당 시험에서 이에 대한 정당한 편의가 적절히 제공되지 않을 경우 로스쿨 입시에서 요구하는 기준을 달성하기 어려울 수 있다. 따라서 이와 같은 개별적 상황을 고려할 수 있는 기준이 없는 현행 규정만으로는 공인외국어성적 기준과 관련한 시청각장애인의에 대한 장벽을 모두 해소한다고 보기 어렵다.

따라서 공인영어성적을 의무적으로 제출하게 하더라도 장애학생의 경우 그 기준점을 낮추거나, 비중을 낮추어야 하고, 점수가 낮다면 이에 대해 소명할 수 있는 기회를 제공해야 할 필요가 있다. 법학전문대학원법이 외국어능력을 평가기준에 반영하도록 의무화하고 있다고 하더라도, 개개인의 장애의 유형과 정도를 고려하여 그에 적합한 평가기준을 제공하지 않는 것은 차별을 구성할 수 있으며, 이러한 차별은 장애인차별금지법 및 특수교육법에 따라 금지된다(특수교육법 제4조 제1항, 제2항 제4호). 따라서 각 법학전문대학원은 외국어능력을 평가기준에 반영함에 있어 특히 시청각장애인에 대한 차별이 발생하지 않도록 기준을 합리적으로 조정할 필요가 있다. 그러나 개별 법학전문대학원에서 장애에 대한 전문성을 가지고 이에 대한 기준을 제시하는 데에는 어려움이 존재할 수밖에 없다. 따라서 이러한 문제점에 대하여는 국가 차원의 연구 용역 및 실태조사와 이에 따른 지침 마련이 필요한 상황이다.

(3) 입학 정보 접근

한편 법학전문대학원 입학 과정에서는 지원하고자 하는 법학전문대학원의 정보에 대한 접근이 매우 중요하다. 최근 입학 결과를 포함하여 각 대학의 장애인 지원제도 현황 등에 대한 정보는 지원할 법학전문대학원 선정과 관련된 의사결정과, 합격에 중요한 요소로 작용할 수 있다. 법학전문대학원 입시정보 제공을 위하여 공식적으로는 법학전문대학원 공동입학설명회가 운영되고 있다. 한편 온라인상에서 합격 불합격자의 성적을 서로 공유하는 사이트를 통하여도 입학 정보를 확인할 수 있으며, 법학전문대학원에 먼저 입학한 지인 등을 통해 정보를 공유받는 것도 가능하다.

이와 관련하여 인터뷰 대상자들은 입시정보에 접근하는 과정에서의 장벽에 관한 다양한 어려움을 진술하였다. 일례로 한 인터뷰 대상자(재학생 C)는 공동입학설명회가 전반적으로 만족스러웠으나, 장애인 합격자에 관한 입시 결과를 제공받지 못한 점에 대한 아쉬움이 있었다고 진술하였다. 한편 공동입시설명회의 경우 종이에 본인의 정성평가 점수(학점, 공인외국어성적, 법학적성시험 성적 등)를 기재하도록 하여 시각장애자인 본인이 직접 점수를 기재할 수 없어 타인에게 원하지 않은 정보의 공개가 이루어진 점에 대하여도 아쉬움을 표현하였다. 또한 심한 청각장애가 있는 인터뷰 대상자(재학생 B) 또한 상담시간이 짧아 본인의 상황을 정확히 전달하고 상담받기가 어려웠다고 진술하였다. 한편 심한 지체장애가 있는 인터뷰 대상자(졸업생 A)는 공동입학설명회에서 장시간 줄을 서 있는 것이 힘들었고, 설명회가 열린 OO대학교의 행사장이 넓어 익숙하지 않은 장애인의 입장에서 화장실이 어디 있는지 파악하기 어려웠으며, 휠체어 경사로가 너무 가팔랐다며 행사장의 접근성에 관한 문제점을 지적하기도 하였다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 C

- 특별전형 커트라인이 홈페이지에 공식적으로 안 되어 있더라도 (입시설명회에) 가서 물어보면 제일 제일 하위 커트라인이 몇 점 정도였는지는 알려주셔서 그걸 기준으로 했습니다. (...) 좀 더 알고 싶은 정보는 아무래도 특별 전형이 인원 수가 적은 데다가 또 그중에서 장애 학생은 더 적잖은 만큼 (제공받은 정보가) 충분하다고 말하기는 어려웠습니다. 그렇지만 그래도 그 기본적인 점수대는 좀 알 수 있어서 그 정도면은 괜찮지 않았나 생각합니다.
- 저는 (공동입시설명회에) 같이 동행하는 사람이 있어서 장애 때문에 불편했던 거는 특별히는 없었던 것 같습니다. 근데 종이에 점수 쓰라고 그런 학교들이 있었는데 민망하지만 옆 사람한테 써달라고 했어야 가지고 제 점수를 의도치 않게 좀 다른 사람한테 알려 줘야 되는 부담감이 좀 있긴 했어요. 이런 것은 휴대 폰 등으로 정보를 수집하는 방법도 있을 것 같습니다.

재학생 B

- 공동입학설명회의 설명회의 경우 단기간에 많은 학생들이 받아서 상담을 해야 되고 또한 교수님들이나 거

기 계신 학생분들도 들어 특별전형에 대한 정보는 거의 없고 일반 전형에 대한 정보만 갖고 계신 게 대부분이어서 제 상황에 맞는 정보를 얻지는 못했고 그냥 완전 일반적인 그런 정보만 얻었던 것 같습니다. (...) 아무래도 상담 시간이 짧다 보니까 제 상황에 대해서 말씀드리고 상담을 받기가 좀 애매했습니다.

졸업생 A

- 입학설명회에서 장시간 줄 서있는 것이 힘들었습니다. (...) (공동입학설명회) 장소가 익숙치 않은 사람은 장애인 화장실이 어디에 있는지 잘 모를 수 있었고, 휠체어 경사로가 너무 가팔랐습니다.

한편, 인터뷰 대상자들 중에는 온라인에서 입학 정보를 확인하는 경우도 존재하였다. 심한 청각장애가 있는 한 인터뷰 대상자(재학생 B)는 사설 입시정보 사이트에서 본인의 입시 성적을 분석했다고 응답하였다. 심한 지체장애가 있는 인터뷰 대상자(졸업생 A) 또한 수험생들이 입시정보를 공유하는 사이트에서 입시정보를 확인하였다고 진술하였다. 그러나 두 경우 모두 장애인 특별전형에 관한 정보를 찾아보는 어려웠다고 진술하였다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 B

- 일단 저는 주변에 준비하는 사람들이 없어서 거의 대학교 모집요강이랑 그다음에 이제 리트를 치고 난 후에는 OO로스쿨 시스템을 통해서 제 등수를 파악하는 그 정도로만 정보를 얻었습니다.

졸업생 A

- (온라인상에서 수험생들이 입시 정보를 공유하는) OO카페에서 장애인 특별전형 정보를 얻기가 어려웠습니다.

심한 청각장애가 있는 인터뷰 대상자(재학생 B)는 학교 선배를 통해 입학 정보를 얻을 수 있었다고 진술하기도 하였다. 해당 인터뷰 대상자는 청각장애인 법학전문대학원 선배를 찾아볼 수 없어 지체장애가 있는 선배에게 멘토링을 받았다고 진술하였다. 그러나 장애 유형이 다름에도 불구하고 특별전형에 대한 경험을 가진 선배로부터 받은 조언이 실제 입시 과정에서 도움이 되었다고 진술하였다. 실제 법학전문대학원에 입학한 경험이 있는 선배 장애인으로부터 입학 정보와 노하우를 공유받을 경우 입시에 큰 도움이 될 것으로 보이나, 개인적인 인연이 없는 경우에는 이러한 정보를 공유받기 힘들 것으로 보인다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 B

- 예전에 입시를 하셨던 선배님이 계셔서 개인적으로 멘토링을 받기도 했습니다. (...) (유형은 달랐지만) 자소서나 이런 글 쓰는 데 있어서 도움을 받을 수 있었습니다.

(4) 특별전형 선발기준 관련 입법부작위

특별전형의 선발 대상 및 기준은 각 법학전문대학원에서 매년 수립하도록 되어 있는 입학전형계획을 통해 정해진다(법학전문대학원법 제15조 제4호). 이때, 특별전형의 선발 대상 및 기준은 각 법학전문대학원의 무제한적인 재량이 아닌, 교육부장관이 정한 기준에 따라 이루어져야 한다(법학전문대학원법 제23조 제4항, 같은 법 시행령 제2항). 그러나 법학전문대학원법 시행령 제2항에도 불구하고 교육부장관은 특별전형에 관한 기준을 시행규칙 또는 고시 등으로 규정하지 않고 있다. 이는 상위법령이 부여한 행정입법의무를 위반한 것으로 입법부작위에 해당한다. 특히, 앞서 살펴본 바와 같이 특별전형 선발기준에 관한 다양한 문제점이 발생하고 있는 상황에서, 소관부처인 교육부는 관련 행정입법을 통해 이러한 위법성을 해소하고, 정당한 기준을 제시할 필요가 있다.

법학전문대학원법 시행령 제14조(입학전형의 구분 등) ② 법 제23조제1항에 따른 특별전형(이하 “특별전형”이라 한다)은 법 제22조에 따른 입학자격이 있는 사람 중에서 교육부장관이 정하는 기준에 따라 법학전문대학원이 정하는 신체적·경제적 또는 사회적인 배려가 필요한 사람을 대상으로 차등적인 교육적 보상 기준에 따라 선발하는 전형으로 한다. <개정 2018. 5. 15.>

나. 원서접수

(1) 접수 사이트

법학전문대학원은 변호사가 되기 위한 과정일 뿐만 아니라, 판사, 검사가 되기 위한 전제 과정이기도 하다. 따라서 법학전문대학원 입시를 위한 원서접수에 있어서도 장애인 당사자의 공무담임권에 미칠 영향을 고려하여 국가기관에 준하는 접근성을 제공할 필요가 있다 할 것이다. 법학전문대학원 원서접수의 경우 한 사설 인터넷 원서접수 사이트¹⁴⁾가 대행하고 있다. 그러나 해당 사이트는 「지능정보화기본법」에 따른 정보통신접근성(웹접근성)을 받지 않은 상태이다(제47조 및 같은 법 시행규칙 제5조).¹⁵⁾ 이와 관련하여 원서접수 사이트에 대한 접근성 점검을 할 필요가 있으며, 혹시 원서접수 과정에서 장애와 관련하여 어려움이 있을 경우 도움을 요청할 수 있는 절차를 마련해 둘 필요가 있다.

14) 유웨이애플라이(www.uwayapply.com)

15) 한국디지털접근성진흥원 정보통신접근성(웹접근성) 인증 현황,
<http://www.kwacc.or.kr/CertificationSite/WA/List>

(2) 장애 정보 제출

장애인차별금지법에 따라 장애인의 입학 지원 시 장애인 아닌 지원자와 달리 추가서류 등을 요구하는 것은 금지된다(제13조 제7항 본문). 추가서류 등의 요구가 장애인의 특성을 고려한 교육시행을 목적으로 함이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다(제13조 제7항 단서). 따라서 장애인 특별전형에 있어서 장애 유무 등을 확인할 수 있는 서류 제출을 요구하는 것 자체는 차별행위라 할 수 없다. 다만, 1차 합격 통보부터 면접까지 통상 1주일에 불과한 시간 동안 상급병원의 진단서를 받아오라는 요구와 같이 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 방식으로 장애 관련 서류 제출을 요구하는 경우 차별을 구성할 가능성이 있다. 심한 시각장애가 있는 인터뷰 대상자(재학생 C) 또한 1차 합격 후 1주일 내에 진단서를 떼 와야 한다는 요구를 받아 곤란했다고 진술했다.

장애인 등록서류 등을 통하여 장애의 유형과 정도를 파악할 수 있음에도, 이처럼 장애 정보 제출과 관련하여 과도하거나 불필요한 서류 제출을 요구하는 부분은 그 자체로 문제의 소지가 존재한다. 설령 면접자의 개인적 특성을 고려한 개별적 편의 제공을 위하여 의사의 소견서 등이 필요하다 할지라도, 이러한 서류를 준비할 수 있도록 충분한 시간을 제공할 필요가 있다. 이와 관련하여 원서접수 시 장애에 대한 정보는 최소한 제출을 원칙으로 하고, 면접 등에서의 편의제공에 있어 필요할 경우에만 이를 소명하기 위해 필요한 한도 내에서 제출하는 방식으로 제도를 개선할 필요가 있다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 C

- 문제는 발표가 난 다음에 1차 서류 평가 발표가 난 다음에 면접을 보기까지 기간이 굉장히 짧거든요. 대체로 한 일주일 정도밖에 기간이 없는데 근데 그때 갑자기 다시 이제 (편의)지원을 받으려면 진단서를 그 사이에 다시 떼워야 한다, 이렇게 하는 학교도 있었고, 그리고 일주일 안에 조정하기에는 좀 시간적으로 부족했던 것도 있습니다.

다. 면접

(1) 편의제공 요청 등 소통의 어려움

- (가) 1차 합격이 이루어진 후에는 면접시험이 이루어지게 된다. 그러나 대개의 경우 1차 발표에서 면접까지의 기간은 1주일 내외로 면접에서의 정당한 편의를 제공하는 데 필요한 자료 제출과 소통 등이 이루어지기에는 시간이 촉박하다.

이와 관련하여 중증 지체장애가 있는 면접대상자(졸업생 A)는 금요일에 면접이 이루어질 예정임에도 월요일에서야 편의제공에 관한 안내가 제공되었다고 진술하였다. 심한 시각장애가 있는 인터뷰 대상자(재학생 C) 또한 1주일 안에 진단서를 다시 떼오라는 요구를 받았을 뿐 아니라, 편의제공에 관한 조정을 하기에 일주일이라는 시간이 매우 부족했다고 진술하였다. 한편 면접을 앞두고서도 별도의 편의지원 신청 안내 등이 학교로부터 오지 않아 직접 학교에 연락을 하여 편의제공을 신청하였다고 진술하였다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 1차 발표는 화요일이고 면접은 (그 주) 금요일이었어요. 1차 발표 전날인 월요일에 (법전원) 행정실에서 전화가 와서 “1차 합격자 명단에 있는데 면접볼 때 어떤 편의 지원을 해주면 되겠느냐”라고 물었어요. 그래서 면접 제시문을 노트북 모니터로 볼 수 있게 노트북 제공해달라고 했어요.

재학생 C

- 이게 안내가 특별히 있다기보다는 제가 그러니까 공식적인 안내가 있었는지 사실 그거는 정확하게 잘 기억이 나지 안 나는데 아마 모집 요강 같은 데에 편의 지원할 수 있다 이런 식으로 써져 있었던 것 같고 근데 이제 문제는 발표가 난 다음에 1차 서류 평가 발표가 난 다음에 면접을 보기까지 기간이 굉장히 짧거든요. 대체로 한 일주일 정도밖에 기간이 없는데 근데 그때 갑자기 다시 이제 지원하려면 지원 요청 받으려면 진단서 그 사이에 다시 떼워야 한다 이렇게 하는 학교도 있었고 그리고 일주일 안에 조정하기에는 좀 시간적으로 부족했던 것도 있었습니다. (...) 학교에서 지원에 대해서 조금 더 구체적인 어떤 가이드라인을 가지고 있어서 이게 조율하는 데 시간이 많이 필요하지 않도록 그렇게 하든지 (해결) 방법은 여러 가지 있을 것 같습니다.
- (면접 관련 편의 지원은) 다 직접 연락했습니다. 그냥 모집 요강에 있는 거 정도 말고 저한테 별도로 연락이 오지 않았습니니다.

이처럼 학교에서 면접 직전에 장애인 응시자에 대하여 합격 여부를 통보하고, 진단서 등을 요구하는 것은 장애인 응시생이 다른 응시생들과 동등한 조건에서 면접을 준비할 수 없도록 하는 부정적 효과를 가져올 수 있다. 뿐만 아니라, 각 응시자에게 적합한 편의제공을 설명하는 한편, 협의하는 데 충분한 시간을 들이지 않고 면접을 강행하는 경우, 장애 응시자가 가진 능력을 모두 펼치지 못한 상태에서 면접시험에 참여하게 될 수 있다.

(나) 편의제공과 관련한 소통 방식과 관련해서 심한 청각장애가 있는 인터뷰 대상자(재학생 B)는 원서 접수 시에 청각장애가 있으므로 연락이 필요한 경우 부모님 번호로 연락을 달라고 기재하여 실제 그렇게 편의제공 관련 의사소통을 진행하였다고 진술하였다. 그러나 가급적 본인이 직접 소통을 진행할 수 있도록 이메일을 통해 소통을 진행할 수 있었으면 좋았을 것 같다고 진술하였다. 이와 관련하여서는 청각장애가 있는 경우 이메일로도 소통할 수 있다는 점을 기재해 두면 좋겠다는 의

견을 제시하기도 하였다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 B

- 제가 원서접수 시에 기본적인 인적 사항을 제공하는 거기다가 청각장애가 있기 때문에 제 번호로는 전화가 어렵고 연락이 필요한 일이 있으면 저희 부모님 번호로 해달라라고 기재를 해서 학교에서 저희 부모님께 전화를 걸어가지고 확인을 하셨습니다. 조금 더 아쉬운 점이 있으면 그래도 기왕이면 전화를 확인하는 것보다는 메일이나 그런 것들로 본인이 직접 어떤 편의 지원이 필요한지 그런 것을 전달할 수 있는 공식적인 창구가 있으면 더 좋지 않을까 싶긴 했습니다.
- 저는 애초에 모집요강에 청각장애가 있는 경우에는 메일로 필요한 편의지원을 알려주면 학교에서 협의를 할 수 있다(와 같이) 적어 놓으면 좀 더 낫지 않을까 그런 생각은 있습니다.

(2) 제공받은 편의의 적절성

한편 제공받은 편의와 관련해서 심한 지체장애가 있는 인터뷰 대상자(졸업생 A)는 면접장에서 제공받은 노트북이 너무 커서 사용하기 힘들었다며, 면접 직전에 노트북 교체를 요청하여야 했다고 진술하였다. 면접 직전에 정당한 편의제공을 받기 위한 별도의 절차와 소통이 필요하다면, 그만큼 면접을 준비하기 위한 시간과 체력이 빠르게 소진될 수밖에 없다. 따라서 장애가 없는 다른 면접대상자들과 비교하여 상대적으로 불리한 위치에 놓이는 문제가 발생할 수 있다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- (정당한 편의제공으로) 면접 제시문을 컴퓨터 파일로 제공하였고, 노트북에 요약정리할 수 있도록 했습니다. 팔을 잘 못 움직여서 큰 사이즈 노트북은 키보드 입력이 어려운데, 학교에서 처음 제공해 준 노트북은 사이즈가 커서 “이걸로는 못하는데요”라고 하자, 다른 노트북을 가져다 주었습니다.

한편 심한 시각장애가 있는 인터뷰 대상자(재학생 C)는 집단 토론 면접을 보는 과정에서 본인이 원하는 방식의 편의지원(화면낭독프로그램 또는 확대 프로그램을 사용하여 인식할 수 있는 파일)이 아닌 종이로 시험지를 제공받고 조그마한 휴대용 확대기로 이를 보면서 시험에 응시할 수밖에 없었다고 진술하였다. 이처럼 본인의 장애 유형에 적합하지 않은 편의를 제공받게 되어 시험지를 읽는 것 자체도 어려웠으나, 이와 관련하여 시간 연장 등도 제공하지 않아 다른 면접대상자들에 비해 위축된 상태로 면접에 참여할 수밖에 없었다고 진술하였다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 C

- 한 학교가 집단 토론 면접을 보는 데가 있었는데 거기에서는 사실상 다 같이 토론 면접장에 들어가서 그 자리에서 질문을 보고 토론을 하는 거였는데, 저한테 시간을 더 주시지 않았어요. 그 학교는 그래서 좀 토론할 때 좀 부담이 된 것 같습니다. 왜냐면 종이로 (시험지를) 줬고 저는 조그마한 휴대용 확대기를 들고 갈 수밖에 없어서 (시험지를) 보는 것도 불편했는데, 이제 중간중간에 다른 학생들이 토론하면서 그 종이를 계속 보시던데 저는 그게 안 돼서 좀 그 압박이 좀 컸던 것 같아요.
(시간연장) 요청을 했는데 그때 그 학교가 토론 면접을 처음 보는 학교여서 준비나 사전에 이런 상황이 있을 거라는 거를 생각을 못하신 것 같고, (시간연장) 요청을 드렸는데 그 전날까지도 결정이 안 되다가, 그냥 감안해서 평가하겠다고 하셔서 지원 요청은 했지만 시간 인정을 받지는 못하였습니다.

이와 관련하여 장애인 응시생의 면접 일정을 조정하여 통해서 다른 면접대상자와 동등한 조건에서 시험에 응시할 수 있도록 보장할 필요가 있다.

(3) 면접관의 장애인식

한편 법학전문대학원 입시를 위한 면접은 크게 지성면접과 인성 면접으로 나뉜다. 지성면접은 지문 해석 능력 등 지적 능력을 평가하는 것이라면, 인성 면접은 개인의 경험과 가치관, 태도 등을 평가하는 것으로서, 면접자의 주관에 강하게 반영될 수 있다. 만약 면접관이 장애인에 대한 편견을 가지고 있을 경우 부적절한 질문을 던질 수도 있고, 경우에 따라 장애가 있는 지원자의 잠재력을 부당하게 과소평가하여 불이익하게 대우할 수 있다.

이와 관련하여 장애인 응시생에 대하여 면접을 진행하는 면접관이 장애인식개선교육을 받아야 할 필요가 있다.

3 법학전문대학원 재학

가. 학사 일반

(1) 지원 행정 - 대학원 내 장애학생지원센터 등

현행법상 대학의 장은 장애학생의 교육 및 생활에 관한 지원을 총괄·담당하는 장애학생지원센터를 설치·운영하여야 한다. 다만, 장애학생이 재학하고 있지 아니하거나 대통령령으로 정하는 바에 따라 장애

학생 수가 9명 이하인 소규모 대학 등은 장애학생 지원부서를 둬으로써 이를 갈음할 수 있다(특수교육법 제30조 제1항, 같은 법 시행령 제30조 제1항). 이때 장애학생지원센터 또는 장애학생 지원부서는 ① 장애학생을 위한 각종 지원에 관한 사항, ② 특수교육법 제31조에서 정하는 편의제공에 관한 사항, ③ 장애인복지법 제25조 제2항에 따른 대학 내 장애인 인식개선교육 실시에 관한 사항 등의 업무를 담당한다(특수교육법 제30조 제2항 각호). 여기서 대학이라 함은 고등교육법 제2조 제1호에 따른 대학을 말하고 당연히 대학원을 포함한다. 이 같은 의무는 장애인차별금지법 제14조 제2항 및 동법 시행령 제10조 제1항 제1호에 의하여도 재차 확인된다.

장애인차별금지법 제14조(정당한 편의제공 의무) ② 교육책임자는 제1항 각 호의 수단을 제공하는 데 필요한 업무를 수행하기 위하여 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.

③ 제1항을 적용함에 있어서 그 적용대상 교육기관의 단계적 범위와 제2항에 따른 장애학생지원부서 및 담당자의 설치 및 배치, 관리·감독 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

장애인차별금지법 시행령 제10조(장애학생지원부서 및 담당자) ① 교육책임자는 법 제14조제3항에 따라 해당 교육기관에 재학 중인 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.

1. 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따른 학교의 경우: 독립된 장애학생지원부서 또는 담당자를 두어야 한다.

② 교육책임자는 제1항에 따른 장애학생지원부서 또는 담당자의 활동 내용 및 장애인의 이용 실태를 정기적으로 점검하여야 한다.

그러나 실상은 이와 전혀 다르다. 대학에 전문대학원을 둘 수 있고, 이 같은 대학원에 법학전문대학원이 포함되며(원격대학 제외), 현재 법학전문대학원이 설치된 학교들 역시 대학을 겸하고 있다(고등교육법 제29조 제1항, 제29조의2 제1항 및 제2항). 이 때문에 위 특수교육법 및 장애인차별금지법 규정에도 불구하고 법학전문대학원을 포함한 대다수의 대학원은 별도의 장애학생지원센터나 담당 부서 등을 두지 않고, 학부에 설치된 기관으로 하여금 지원 업무를 대신하도록 한다.

알핏 보면 대학 내 장애학생지원센터가 대학원 지원을 함께 하는 것으로 충분하다 생각할 수 있으나 이는 현실과 동떨어진 추정에 불과하다. 대개 장애학생지원센터의 인력이 학부만 감당하기에도 벅찬데다가 부서 간 혼선이 빈번하게 발생한다. 그도 그럴 것이 같은 대학에 속한다 하더라도 실제 운영상으로 학부와 대학원은 완전히 다른 조직이고, 대학원의 전공 또는 분야의 특수성 및 재학 중인 장애학생 수에 따라 장애학생지원센터와의 협업 정도가 달라질 수밖에 없기 때문이다.

그럼에도 설문 및 인터뷰 대상자 대부분은 법학전문대학원 내에 장애학생지원 담당 부서 또는 직원이 없다고 응답하였다. 이는 단순히 시험, 편의시설, 수강신청 등 어느 하나에 국한된 문제가 아니고, 장애

학생이 학교생활을 함에 있어 필요한 학사 전반을 아우른다. 인터뷰 내용을 살펴보면, 학생들은 다양한 영역에서 소통 창구 또는 담당 부서의 부재를 경험한다. 단, 여기서는 일반적인 사항만 기술하고, 세부 항목에 관하여는 아래 각 항에서 논하기로 한다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 모의고사 편의지원의 경우(ex. 노트북 사용, 시험지를 USB로 제공해주는 것, 추가(연장)시간에 맞춰 시험 감독관을 배정해주는 것)는 모의고사 관리를 담당하시는 행정실 직원분과 직접 소통을 하면 되는데, 시설에 관해서는 반드시 장애학생지원센터를 통해야 하는 건 아니지만 장애학생지원센터를 통해야만 뭔가 일이 추진되는... 결국에는 공식적인 절차를 밟아야 공식적으로 답변이 오고 그래야 일이 추진되고 그런 점이 있었던 것 같아요. 어디서부터 어디까지는 개인 차원에서 애길해도 되고, 어디서부터 어디까지는 장애학생지원센터를 꼭 통해야 되는 건가에 대해서 되게 혼란을 많이 겪었던 것 같아요.
- 장애학생 지원 관련 부서 역할이 너무 나뉘어져 있었어요.
- 법전원 입학 전 장애학생 지원과 관련해 따로 안내받은 건 없고, 합격하고 입학 전 오리엔테이션할 때 장애학생 도움이 필요하니까 제가 먼저 (장애학생지원)센터에 연락했고 입학할 때 장애학생 관련 안내 책자(로스쿨 관련된 책자가 아닌 대학 전체의 장애학생에 대한 안내 책자)를 받았었어요.

재학생 C

- 법전원에 따로 없습니다. 그냥 교학팀이랑 다이렉트로 얘기하고 저희 법전원만 하는 장애학생 담당 부서라든지 그런 건 없습니다. 특별히 뭔가 그런 제도 설명이나 이런 거는 없었던 것 같아요. 그냥 원우회 차원에서 초반에 신경 써준 정도인 것 같습니다.

(2) 수강신청

장애학생에게는 예측 가능성이 매우 중요하고 필수적인 요소이다. 특히 수강에 있어서는 더욱 그러한데, 도우미학생 또는 전문속기사(청각장애학생의 경우) 등을 사전에 배정하여야 하고, 강의실에 접근할 수 있는지를 확인하여야 하며, 일반 서적을 보조기기로 읽을 수 있는 형태로 변환하는 등 필연적으로 많은 준비를 요하기 때문이다. 이에 상당수의 학교에서는 장애학생을 대상으로 우선수강제도를 운영하고 있고, 인터뷰 대상자들 역시 이를 활용하고 있었다. 물론 설문 결과 별도의 제도를 두지 않은 학교도 몇몇 있었는데 이에 관하여는 즉각적인 개선이 필요할 것으로 판단된다.

한편, 우선수강제도를 두고 있다 하더라도 학부와 달리 장애학생지원센터가 대학원 학사시스템에 접근할 권한을 갖지 못하여 아예 역할을 하지 않거나 수강신청은 대학원이 하고 전문속기사 등의 보조 인력은 장애학생지원센터가 모집하는 식으로 이분화되거나 휠체어 접근이 불가능한 강의실 변경에 있어 장애학생지원센터는 변경해주려 하고, 법학전문대학원 행정실은 학기가 시작된 후여서 어렵다 하는 등 상이한 입장을 보이기도 하였다. 아울러 설문 응답자들은 수강신청 홈페이지 접근성이 좋지 않거나 사전

에 강의실 접근성에 관한 정보가 과목 정보에 기재되어 있지 않아 결국 당사자가 직접 확인할 수밖에 없다는 등의 의견을 남겼다.

가장 큰 문제는 위와 같이 통일되지 못하고, 이분화된 지원 체계로 인한 소통의 부담이 오로지 학생에게 전가되고 있다는 사실이다. 현재 해당 부서에서 정리된 매뉴얼이나 신청절차를 학생에게 먼저 안내하는 것이 아니라 학생이 일일이 장애학생지원센터 또는 법학전문대학원 행정실에 문의하여 해당 부서에서 지원이 가능한지, 불가하다면 어떤 창구와 절차를 거쳐야 하는지 확인한다. 물론 지원이 필요한 사항에 관해 문의 및 신청할 의무와 권리는 1차적으로 학생에게 있다. 하지만 그 필요한 사항을 어느 곳에 어떤 절차를 통해 신청할 수 있는지 명확히 안내할 책임은 전적으로 학교가 부담해야 한다. 비장애학생들이 공부에 집중할 시간에 장애학생은 각 부서 간 혼란과 무질서 속에 에너지를 온통 빼앗기고 만다. 비유하자면, 전화할 때마다 “그건 저희 소관이 아닙니다. 다른 곳에 문의하세요.”라는 말을 늘상 듣고 있는 것이다.

덧붙여 우선수강신청과 관련하여 직접적으로 학습권이 침해될 수 있는 심각한 문제가 발생하고 있었는데 그것은 바로 ‘대필 도우미에 대한 고려 부족’이었다. 간단히 말하자면, 장애학생과 학습도우미를 별개로 생각하여 장애학생에게만 우선수강신청을 허용하고, 대필 도우미는 선착순 등 각 학교의 수강신청 시스템에 맞추어 해당 수업을 들어야 했다. 물론 학부에서는 반드시 같은 수업을 듣는 학생이 아니더라도 도우미로 배정하는 경우가 꽤 있고, 특별한 사정이 없는 한 학습 보조를 하는 데 큰 무리가 없다. 반면, 법학전문대학원은 전혀 그렇지 않다.

먼저 법학전문대학원의 전공 수업은 그 특수성 및 난이도로 인해 학부생 또는 일반대학원생이 소화하기 어렵다. 더구나 압도적인 공부량과 시험 일정을 생각하면 같은 수업을 듣지 않는 한 아무리 법학전문대학원생이라 하더라도 선뜻 학습도우미로 나서지 못한다. 심지어 심한 지체장애가 있는 졸업생(졸업생 A)은 “학생도우미 컨택이 잘 되는 학기가 있었던가 하면 끝까지 못 구한 경우에는 학내 커뮤니티에 글을 올려 ‘동기들 중에 도와줄 수 있는 사람이 있느냐’ 해서 도움을 받곤 했어요.”라며 같은 수업을 듣는 학생들조차 쉽게 도우미를 하지 않는다고 했다. 그도 그럴 것이 특별히 대학원생이라 하여 학부생에 비해 활동비를 더 많이 주는 게 아니기 때문이다.

종합하자면, 학교가 안 그래도 구하기 힘든 학습도우미에 대해 우선수강신청권을 인정하지 않음으로써 더욱 열악하고 척박한 환경을 만들어가고 있는 것이다. 실제 한 학생(재학생 B)은 청각장애로 인해 대필 도우미 또는 속기사 지원이 필요하지만 대필 도우미에게는 우선수강신청이 허용되지 않아 주로 속

기사를 이용한다고 하였는데, 속기사는 대필 도우미에 비해 인건비가 비싸고 보강 및 특강에 활용할 수 없는 등 상대적으로 많은 제약을 갖고 있어 결과적으로는 학습권 침해에 이르기 십상이다. 이에 관한 상세 내용은 아래 (3)에서 다룬다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 장애학생은 정원 외로 분류되어 수강신청날에 수강 신청 누르면 수업을 그냥 들을 수 있었어요.
- 강의실 보고 제가 못 가는 강의실이 있으면 “강의실 바꿔주셔야 된다” 이렇게 말씀드리면 행정실에서 담당 교수님께 메일을 보내고 해서 (강의실 변경을 했었어요). 한번은 학기 도중에 강의실이 너무 불편해서 강의실 변경을 요청드렸는데 “학기 중에는 못 바꿔드립니다”라고 해서 장애학생지원센터를 통해 말씀드려 강의실을 바꿨어요.

재학생 B

- 제가 강의실에서 교수님의 말을 전부 다 알아들을 수 없기 때문에 전문속기사님이 속기를 해주셔야 하거든요. 그래서 학부 때는 어떻게 했냐 하면 전문속기사 채용을 개강하기 전에 미리 해야 하잖아요. 근데 수강신청 기간이 거의 2월 정도니까 그러면 전문 속기사를 채용하기에는 시간이 촉박한 부분이 있어요. 그래서 실제로는 어떻게 하나 하면 정규 수강 신청이 열리기 전에 따로 우선 수강 신청 제도를 마련해서 거기 먼저 우선 수강 신청을 하도록 한 다음에 전산상으로 수업을 수강한다는 게 등록이 되면 그거를 기반으로 센터에서 전문 속기사 선생님을 채용하는 식으로 과정이 진행이 돼요. 근데 로스쿨 같은 경우 이유는 모르겠지만 센터 측에서 설명해 준 걸 토대로 말씀드리면 로스쿨 수업 행정 처리에 대해서 센터에서 우선수강신청을 할 수 있는 권한이 없고 따로 행정실에서 자체적으로 등록을 하는 것만 가능하다고 했어요. 그래서 어떻게 했냐 하면 로스쿨은 수강 신청이 거의 기말고사 전에 이루어지기 때문에 기말고사 전에 행정실에 미리 메일로 로스쿨 학사 업무를 담당하는 분께 어떤 과목 수강신청이 필요한지 이야기하면 그분이 등록을 해 주세요. 그러면 그 자료를 센터에 보내죠. 이후 센터에서 전문속기사를 채용하고 그런 식으로 이루어졌어요.
- 입학하고 나서 청각장애와 관련해 학교 측으로부터 안내를 받은 것은 없고 제가 학교를 다니면서 얻은 경험을 기반으로 이런 편의지원이 필요하겠다는 파악을 해서 장애학생지원센터에 먼저 문의를 했는데 그렇게 답변을 해주셔서(위에서 설명한 바를 의미) 절차를 그에 맞게 진행한 것입니다.
- 아무래도 대필 도우미는 구하기가 어려운 게, 대필 도우미는 우선수강신청이 안 되기 때문에 거의 전문 속기사로 했습니다. 예전에는 학교에서 대필 도우미도 우선수강신청을 해줬는데 행정상 이제 그게 안 된다, 권한이 없다 이렇게 말씀하셨어요.

재학생 C

- 수강 신청은 제가 미리 우선 수강 신청하고 있습니다. 근데 교학팀한테 개인적으로 얘기해서 한 거고 지원센터가 사실 특별히 이렇게 역할을 하지는 않았던 것 같아요.

(3) 정규 수업을 기준으로 한 지원제도의 한계 - 보강 및 강평 등

도우미 또는 속기사 지원제도는 기본적으로 정규 수업시간을 기준으로 구성, 운영된다. 여기서 정규 수업시간이라 함은 강의계획서 또는 시간표상 기재된 것을 말하고, 당연히 보강이나 강평 등을 포함하지 않는다. 그러나 이렇게 되면 강의계획서상 3시간이라 되어 있어도 실제 4시간으로 운영되거나 보강, 강평이 잦은 수업의 경우에는 지원 공백이 발생할 수밖에 없다. 더구나 정규 수업시간 외에 진행되는 특강에 있어서는 원천적으로 지원받기가 힘들어진다. 법학전문대학원 특성상 정규 수업 외에도 많은 강의가 이루어지고, 이 같은 수업의 대다수가 변호사시험 대비를 위한 것으로서 양적, 질적으로 학생들에게 큰 도움이 됨에도 불구하고 장애학생들은 지원 체계의 미비로 인해 이를 활용할 수 없다. 아예 정규 수업 외 강의에 대한 지원이 불가하거나 설령 지원이 가능하더라도 일정이 갑자기 잡히거나 변경됨으로 인해 지원받지 못하는 경우가 대부분이다.

아래 인터뷰에 따르면 심한 청각장애가 있는 재학생(재학생 B)은 방학 중에 법학전문대학원 3학년 대상으로 이루어지는 특강 시간표가 사전에 충분한 여유를 두고 확정되지 않아 속기를 신청하지 못하였고, 결국 수강을 포기했다고 한다. 매년 진행되는 변호사시험 대비 프로그램이고, 속기 등 편의지원 신청 및 인력 배정에 상당한 시간이 필요한 점을 고려하면 현재의 시스템이 장애학생을 염두에 두고 있지 않음은 분명해 보인다. 만일 해당 법학전문대학원이 이를 감안하여 일정을 보다 서둘러 확정하거나 최소한 학생에게 상황 공유라도 했다면 조금이나마 수강할 가능성이 높아졌을 것이다.

사실 이러한 문제는 교수자의 인식 부족에서 기인하는 것이기도 한데, 가령 장애학생 및 지원 인력과 논의하지 않고 갑자기 보강 일정을 잡거나 속기사를 통한 문자통역의 특성을 이해하지 못한 채 쉬는 시간 없이 3시간 강의를 연달아 진행하는 식이다. 당연히 행정실에서 관련 내용을 교수자에게 공지하지도 않는다. 이는 단순히 공지를 했느냐 여부에 관한 문제가 아니다. 좀 더 근본적으로는 장애학생의 학습권 보장을 위한 실질적 업무 매뉴얼 및 이미 지적한 바와 같이 대학원 내 전문적인 관련 부서 또는 담당 직원의 부재와 연결된다.

덧붙여 위 (2)에서 잠깐 언급하였듯이 법학전문대학원의 빠듯한 일정과 많은 공부량으로 인해 장애학생들은 도우미를 구하는 데 있어 큰 어려움을 겪는다. 그 원인 중 하나가 적은 활동비인데, 현재 도우미 학생에게 지급되는 활동비는 최저임금을 기준으로 한다. 과목 특성이나 난이도에 따라 급여를 달리 책정하기는 어렵다 할지라도 최소한 학부와 대학원을 달리 설정할 필요가 있음에도 이에 관한 고려는 전혀 이루어지고 있지 않다. 특강 등에 대한 지원 확대와 더불어 활동비 인상이 논의되지 않으면 역설적으

로 조력이 필요한 수업이 늘어날수록 도우미를 구하기가 점점 힘들어질 수 있다. 들여야 하는 시간과 노력 대비 유인이 충분치 않기 때문이다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 B

- 대면 강의의 경우에는 전문 속기를 받는 게 사전에 짜여진 수업 시간표를 가지고 속기사님과 계약을 하는 거거든요. 그러니까 엄밀히 말하면 그 정해진 시간에만 속기 지원을 받을 수 있는 거예요. 첫 번째 문제는 민사재판실무 이런 강의들은 실라버스(Syllabus)상 3시간 이렇게 나와 있지만 실제로는 4시간 이렇게 해요. 그래서 조율을 해야 했는데, 실라버스에 실제 수업시간과 동일하게 기재해줬으면 좋겠어요. 혹은 3시간을 올려놔도 따로 이 수업은 실제로는 4시간으로 이루어지고 몇 시부터 몇 시까지 한다면 이렇게 안내를 해주면 좋을 것 같습니다. 개강 전에 알 수 있도록이요.
- 보강은 예정 범위 내에서는 되는데 교수님이 너무 많이 하시면 그것도 어려워요. 보통은 30분에서 1시간 사이로 짧게 이루어져서 괜찮았습니다.
- 전문 속기 지원 자체가 학기별, 아니면 방학 때 이루어지는 것도 계절 학기를 기준으로 이루어지기 때문에 만약에 학교에서 갑자기 설명회를 연다거나 혹은 강평 이런 것들을 하면 사실 그런 부분에 대해서는 속기 지원을 받기가 사실상 쉽지 않은 그런 부분이 있었습니다.
- 강화(3학년 대상 변호사시험 대비를 위한 특강으로 6월 모의고사 직후부터 2개월 정도 이어진다)의 경우 듣지 않았습니다. 정규 학기 속기 지원 신청도 사실 한두 달 전에 미리 해야 센터가 부담 없이 처리할 수 있는데 강화 수업은 그게 아니라 6월 모의고사가 끝나면 그다음 주에 바로 일정이 한꺼번에 나와서 너무 촉박한 측면이 있었어요. 4월에서 5월 정도에 학교에서 변호사시험 전까지의 일정을 전체적으로 안내해 주긴 하는데 거기에는 구체적인 내용이 하나도 없기 때문에 미리 속기사 신청을 할 수가 없어요.
- 그리고 교수님들에 따라서는 수업이 3시간이 있으면 쉬는 시간 없이 그냥 풀로 진행하시는 분들도 계셨는데 사실 그렇게 하면 속기사 선생님이 쉬지를 못하시니까 그런 것도 50분 수업을 하면 10분 쉬고 그렇게 하면 좋을 것 같아요.
근데 그런 인식도 아예 없으셔서 제가 말씀드리긴 했는데 그전에 아예 그런 인식에 대한 안내가 있으면 좋을 것 같습니다.

(4) 장학금

장애학생들은 학습을 함에 있어 훨씬 많은 비용을 지불해야 한다. 먼저 교재를 강의 일정에 맞추어 대체자료로 만들거나 교재의 부족을 많은 양의 온라인 강의로 대체하거나 개인적으로 속기사를 고용하는 등 수업자료 또는 강의와 직접 관련된 부수 비용이 상당하다. 게다가 보조기기의 값이 상상을 초월할 만큼 비싼 경우가 많다. 확대독서기, 점자정보단말기, 스크린리더(시각장애인을 위한 음성프로그램), 보청기, 소리를 문자로 바꿔주는 기기, 전동휠체어, 높낮이 조절책상, 대체자료 제작에 필요한 스캐너, 안구마우스, 전동 침대 등 적게는 수십에서 수백만 원에 이른다. 전동휠체어나 전동 침대가 무슨 학습에 필요한 보조기기냐고 되물을 수 있겠으나 장애인에게 이동의 자유 또는 신체의 움직임과 학습은 동떨어진 요소가 아니다. 엄밀히 말하자면 비장애인도 마찬가지지만 인식하지 못할 뿐이다. 강의실에 자유로이 갈

수 없고, 공부하기에 적절한 자세를 취하지 못하거나 한 자세로 계속 있어야 한다면 학습은 거의 불가능하거나 매우 힘들 수밖에 없다.

이에 각 학교는 장애학생에게 그 성적과 관계없이 일정정도의 장학금 지급을 고려하여야 한다. 그럼에도 각 학교 홈페이지를 통해 확인한 결과 장애학생에 대한 장학금제도를 갖춘 곳은 25개 중 겨우 5개 밖에 되지 않았고, 그마저도 대개 낮은 소득분위를 요구하여 실효성이 크지 않았다.

(5) 휴학 및 재학 연한과 이수 학점

인터뷰를 분석한 결과 휴학 요건 및 기간과 재학 연한 그리고 이수 학점에 관하여도 장애를 전혀 고려하지 않고 있음이 드러났다. 이하에서는 인터뷰 대상자가 직접 불편을 겪은 법학전문대학원의 학칙과 내규를 함께 살펴보고 어디까지나 분석을 위함이고, 해당 학교만 문제된다는 취지가 아님을 밝혀 둔다. 오히려 여러 명의 장애학생이 졸업한 곳으로서 지원의 수준이 상당히 준수한 편에 속한다. 그럼에도 미비점이 발견되었는 바, 이를 통해 현행 법학전문대학원 제도에서 장애인이 얼마나 작은 비율을 차지하는지 추론이 가능하다 할 것이다.

(가) 휴학 요건 및 기간

먼저 심한 청각장애가 있는 재학생(재학생 B)은 법학전문대학원 입학 당시 코로나로 인해 스터디는 물론 수업을 듣는 것조차 힘들어 휴학을 하려 했으나 질병이 아닌 장애로 인한 휴학이 허용되지 않았으며 불편함을 토로했다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 B

- 불만족했던 부분은 첫 해 휴학이 아예 불가능한 거 그게 제일 그랬어요. 첫 해에는 질병 휴학만 가능한데 저는 입학하자마자 코로나가 터져서 원래는 만약에 휴학이 됐으면 차라리 그때 휴학을 해서 개인적으로 공부를 하고 코로나가 좀 정리된 후에 복학을 해도 될 텐데 그게 아예 안 되니까 질병 인정을 받으려면 그것도 절차가 복잡해서 휴학을 못하고 그 뒤로 다니다 보니까 꼬인 부분이 있습니다.
- 그래서 장애학생들 같은 경우에는 첫 해 휴학이 가능하게 하는 그런 게 있으면 좋겠고 또 연한 제한 같은 것도 학부에는 없기 때문에 그런 것처럼 조금 완화가 되면 좋지 않을까 그런 생각은 있습니다.
- 코로나가 시작되면서 인강 같은 것도 사실 아예 못 듣는 건 아닌데 왜냐하면 인강이 강사님 입모양이 나오기 때문에 책 내용을 미리 보고 강사 입모양을 보면 어느 정도 들을 수가 있었는데 코로나 시국이 되면서 강의를 다 마스크를 쓴 상태로 하시는 거예요.
- 그래서 아예 못 들은 채로 학교에 갔는데 스터디도 친구들과 소통하기가 힘들니까 잘 못하게 되고 강의도 줌으로 하다 보니까 속기사 선생님이라 저도 처음이잖아요.

그래서 약간 시행착오가 있고 그래서 초반에 어그러지다 보니까 진도를 못 따라가고 밀려서.... 그렇게 2학년 1학기를 마치고 이대로 계속하다가 변호사 시험 준비가 어렵겠다고 판단을 해서 개인적으로 공부를 더 해야겠다 이런 생각으로 휴학을 했습니다.

다음은 특정 법학전문대학원의 학칙과 학사운영에 관한 내규이다. 정리하자면 ① 적어도 입학한 첫 학기는 휴학할 수 없음이 원칙이고, ② 예외적으로 운영위원회의 심의를 거쳐 휴학할 수 있다. 한편 ③ 1회 휴학 시에 최대 2년을 초과할 수 없고, 횟수에 관계 없이 총 휴학기간은 3년을 넘지 못한다.

〈법학전문대학원 학칙〉

제69조 (휴학) ① 석사학위과정의 학생은 입학 후 첫 2학기 동안, 박사학위과정의 학생은 입학 후 첫 1학기 동안 휴학할 수 없다. 다만 입대, 임신, 출산, 육아의 경우와 중대한 질병 등으로 학업을 지속할 수 없는 부득이한 사유가 인정되는 경우 원장은 운영위원회의 심의를 거쳐 휴학을 승인할 수 있다.

② 삭제

③ 휴학은 석사학위과정 2년(4학기), 박사학위과정 3년(6학기)을 초과할 수 없다. 다만 부득이한 사유가 있는 경우 원장은 휴학기간을 운영위원회의 심의를 거쳐 연장할 수 있다.

④ 다음 각 호의 기간은 제3항의 휴학 최대 학기에 포함되지 않는다.

1. 병역의무의 이행을 이유로 휴학하는 경우에는 그 복무기간
2. 본인의 임신 또는 출산을 이유로 휴학하는 경우에는 임신 기간과 출산 이후 1학기이며, 임신과 출산을 이유로 통산 1년을 초과할 수 없음
3. 부 또는 모가 8세 이하(취학 중인 경우에는 초등학교 2학년 이하를 말한다)의 자녀 육아를 이유로 휴학하는 경우에는 1년

제11조 (운영위원회) ① 대학원에는 법학전문대학원 운영위원회(이하 '운영위원회'라 한다)를 둔다.

② 운영위원회는 당연직 위원 및 대학원 조교수 이상의 교원 중에서 원장이 제청하여 교수회가 선출한 위원을 포함하여 9인으로 구성한다. 원장, 부원장, 법학연구원장은 운영위원회의 당연직 위원이 된다.

③ 위원장은 원장으로 하고, 부위원장은 선임부원장으로 한다.

〈법학전문대학원 학사운영에 관한 내규〉

제40조 (일반휴학) ① 임신, 출산, 육아의 경우와 중대한 질병 등으로 학업을 지속할 수 없는 부득이한 사유가 있어 휴학하고자 하는 학생은 휴학신청서 및 아래 각호의 서류를 첨부하여 매학기 등록기간 내에 교학부원장에 제출하여 운영위원회의 심의와 원장의 승인을 얻어야 한다.

1. 중대한 질병으로 학업을 지속할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우 우리 대학교 의료원 발행의 진단서
2. 임신 출산 육아의 경우와 기타 학업을 지속할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우 이를 증명할 수 있는 서류

② 신입생 편입생 재입학생은 입대 출산 중대한 질병 기타 학업을 지속할 수 없는 부득이한 사유를 제외하고는 입학 후 첫 학기 동안은 휴학할 수 없다

③ 교환학생 기간 중에는 휴학을 불허함을 원칙으로 한다.

제58조 (휴학) ① 학생은 질병 기타 학업을 지속할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우 휴학신청서를 대학원 주임교수(이하 주임교수라 한다)에게 제출하여 원장의 승인을 얻어 휴학할 수 있다.

② 학생 휴학의 총기간은 재적기간 동안 3년(6학기)을 초과할 수 없으며, 횟수는 제한하지 아니한다. 다만, 병역의무의 이행을 이유로 휴학하는 경우에는 그 복무기간은 휴학제한기간에 산입하지 아니한다.

장애는 치료 또는 회복이 불가하기 때문에 질병이 아니고, 따라서 위 예외적인 휴학 사유에 해당하지 않는다. 물론 장애가 휴학 사유로 명시되어 있지 않다 하더라도 '중대한 질병 등으로 학업을 지속할 수 없는 부득이한 사유가 인정되는 경우'로 보아 운영위원회의 심의를 거치면 된다고 생각할 수도 있다. 그러나 운영위원회의 심의를 받기가 매우 까다로울 뿐 아니라 아래에서 보는 바와 같이 운영위원회의 구성원 중에는 장애에 대해 충분한 이해를 가진 사람 이를테면 장애학생지원센터의 장이나 담당 직원 또는 의료인 등이 존재하지 않을 가능성이 매우 높다. 운영위원회가 주로 법학을 다루는 법학전문대학원 내 교수만으로 꾸러지기 때문이다. 관련 부서 또는 기관에 자문을 구하는 절차도 마련되어 있지 않다.

아울러 휴학이 인정된다 할지라도 휴학 기간에 비장애학생과 동일한 기준을 적용하여 1회당 2년, 횟수에 관계 없이 총 3년 이내로 제한한다면 차별이 될 수 있다. 장애 유형 및 정도에 따라 오랜 시간 공부하기가 어려워 자주 휴식을 취해야 하거나 수술 등으로 인해 긴 회복기간을 필요로 할 수 있는데 이를 고려하면 현재의 기준은 장애학생에게 너무나 과중하고 엄격하다.

(나) 재학 연한

위에서 지적하였듯이 장애학생은 그 유형 및 정도에 따라 같은 양을 학습하는 데 신체적, 정신적으로 좀 더 많은 시간을 요할 수 있고, 법학전문대학원의 성격상 과목의 난이도와 양이 그 어떤 분야보다도 방대하기 때문에 장애학생에 대해 재학 연한을 달리 설정할 필요가 있다. 다음은 특정 법학전문대학원 학칙의 일부인데 이 규정만 살펴보더라도 장애를 전혀 고려하지 않았음을 쉽게 알 수 있다. 장애를 고려한 예외사항이 존재하지 않기 때문이다.

〈법학전문대학원 학칙〉

제35조 (수업연한 및 재학연한) ① 법학전문석사학위과정의 수업연한은 3년(6학기)으로 하고, 재학연한(휴학기간을 제외한다)은 5년(10학기)을 초과할 수 없다.

② 수업연한은 단축될 수 없다.

③ 편입학생 및 재입학생의 재학연한은 대학원에서 수업하여야 할 연한의 2배를 초과하지 못한다.

제71조 (제적) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제적된다.

5. 제35조의 재학연한 내에 졸업에 필요한 소정의 학점을 이수하지 못한 자

(다) 이수 학점

위 재학 연한에 관한 문제는 사실 이수 학점과 밀접한 관련을 맺는다. 통상 졸업 이수 학점 및 학기당 최소 내지 최대 이수 학점이 정해져 있어 이를 조절하지 않고는 재학 연한을 달리 설정할 수 없기 때문이다.

다음 특정 법학전문대학원의 학칙에 따르면 ① 졸업을 위해서는 총 90학점을 이수하여야 하고, ② 원칙적으로 학기당 6학점 이상 20학점 이하로 이수할 수 있으며, ③ 예외적으로 1학년의 경우 15학점 이상 20학점 미만으로 이수하여야 한다.

〈법학전문대학원 학칙〉

제41조 (이수학점) ① 학생은 재학기간 동안 90학점 이상을 이수하여야 한다.

② 학생은 필수실무과목을 포함하여 필수과목군에서 35학점을 이수하여야 한다.

③ 학생은 선택과목군에서 55학점 이상을 이수하여야 하고, 선택과목군 가운데 기반과목군에서 18학점, 심화과목군에서 12학점, 응용실무과목군에서 5학점 이상을 이수하여야 한다.

④ 학생은 기반과목군 및 심화과목군 가운데 국제법 및 비교법 분야, 기초법학 및 연계 분야, 의료법 및 과학기술법 분야, 사회법 및 경제법 분야에서 9학점 이상을 이수하여야 한다.

⑤ 학생은 학기당 6학점 이상을 이수하여야 하고(단 1학년은 15학점 이상) 20학점을 초과하여 이수할 수 없다. 다만 6개 이수학기(유급으로 인한 이수학기는 제외한다)가 지났으나 졸업에 필요한 학점을 취득하지 못하여 등록을 하는 학생은 6학점 미만을 이수할 수 있다.

〈학사운영에 관한 내규〉

제4조 (신청학점) ① 학생은 매학기 6학점 이상 20학점까지 수강 신청을 할 수 있다. 다만 6개 이수학기(유급으로 인한 이수학기는 제외한다)가 지났으나 졸업에 필요한 학점을 취득하지 못하여 등록을 하는 학생은 6학점 미만을 이수할 수 있다.

법학전문대학원은 궁극적으로 변호사시험, 나아가 법조인이라는 직역에 진출하기 위한 과정이므로 장애인이라 하여 졸업 이수 학점을 임의로 조정하는 방식은 적절하지 않을 수 있다. 그렇다면 결국 학기당 최소로 들을 수 있는 이수 학점, 특히 위 학교의 경우 1학년 최소 이수 학점을 15학점 이상으로 정해두고 있는 바 이를 조정하는 동시에 재학 연한을 보다 길게 설정하여야 한다. 당연히 이에 따른 등록금의 액수도 다르게 부과해야 할 것이다.

나. 시험

(1) 학내시험

(가) 변호사시험에서의 편의제공

일반적으로 학교 시험 및 모의고사의 편의지원은 변호사시험에 기반하여 이루어지므로 논의의 전제로서 이를 먼저 소개한다. 다만, 이를 기준으로 해야 한다는 것은 아니고, 현재 각 대학원에서 지원하고 있는 편의의 내용이나 수준이 변호사시험에도 미치지 못하는 경우가 많기 때문에 일종의 평가 척도로 삼기 위함이다.

〈장애 유형별 편의지원 내용 및 증빙서류〉¹⁶⁾

장애 유형 및 정도		시험시간 연장	편의지원 내용	증빙서류
시각 장애	공통	-	<ul style="list-style-type: none">• 확대문제지• 별도 법전(확대)(논술형 시험에 한함)• 필도시 별도 시험실 배정• 보조공학기기 지참 허용<ul style="list-style-type: none">- 점자정보단말기는 요청 시 법무부에서 제공• 개인용 키보드 및 마우스 지참 허용	장애인등록증(복지카드) 사본 1부
	전맹인 (양안 교정시력 0.04 이하 또는 시야 10도 이하)	선택형 2배 사례형 1.7배 기록형 2배	<ul style="list-style-type: none">• 점자문제지• 별도 법전(전자파일) 조회 등을 위한 노트북 추가 제공(논술형 시험에 한함)• 음성지원 노트북(음성형 문제)	의사진단서 원본 1부
	약시자 (양안 교정시력 0.04 초과 ~ 0.3 미만) ※ 시야각도 장애는 포함되지 않음	선택형 1.5배 사례형 1.4배 기록형 1.5배	<ul style="list-style-type: none">• 별도 답안지 제공 후 시험관리관이 OMR카드에 대신 표기(이하 ‘답안작성 대행’이라 함, 선택형 시험에 한함) ※ 별도 답안지: 수기용 답안지 또는 확대 답안지 중 택1	
뇌병변 장애	장애 정도가 심한 사람	선택형 1.5배 사례형 1.4배 기록형 1.5배	<ul style="list-style-type: none">• 별도 법전(전자파일) 조회 등을 위한 노트북 추가 제공(논술형 시험에 한함)• 답안작성 대행(선택형 시험에 한함)• 필요시 별도 시험실 배정• 보조공학기기 지참 허용• 개인용 키보드 및 마우스 지참 허용	장애인등록증(복지카드) 사본 1부 의사진단서 원본 1부
	장애 정도가 심하지 않은 사람 중 시간연장 필요성을 인정 받은 사람			
	장애 정도가 심하지 않은 사람	없음		
지체 장애	상지 장애	장애 정도가 심한 사람 선택형 1.5배 사례형 1.4배 기록형 1.5배	<ul style="list-style-type: none">• 별도 법전(전자파일) 조회 등을 위한 노트북 추가 제공(논술형 시험에 한함)• 답안작성 대행(선택형 시험에 한함)• 필요시 별도 시험실 배정• 보조공학기기 지참 허용• 개인용 키보드 및 마우스 지참 허용	장애인등록증(복지카드) 사본 1부 의사진단서 원본 1부
		장애 정도가 심하지 않은 사람 중 시간연장 필요성을 인정 받은 사람 매 교시별 20분		

16) 법무부, 2024년도 제13회 변호사시험 장애 응시자 편의지원 제공 안내,
<https://www.moj.go.kr/bbs/moj/135/574730/artclView.do>

장애 유형 및 정도			시험시간 연장	편의지원 내용	증빙서류
		장애 정도가 심하지 않은 자	없음		
		하지장애	없음	<ul style="list-style-type: none"> 필요시 별도 시험실 배정 보조공학기기 지참 허용 휠체어 전용 책상 제공 이동 편의를 위한 시험실 저층 배치 등 	장애인등록증 (복지카드) 사본 1부 의사진단서 또는 소견서 원본 1부
		청각 장애	없음	<ul style="list-style-type: none"> 보조공학기기 지참 허용 필요시 응시요령 등 서면 자료 제공 	장애인등록증 (복지카드) 사본 1부 의사진단서 원본 1부
		특수 및 중복 장애 일시적 신체 장애	• 장애유형 및 정도 등을 검토하여 편의지원 내용 결정		의사진단서 원본 1부
기타		임신부	없음	<ul style="list-style-type: none"> 별도시험실 배정 화장실 사용 허용 간이침대 분리형 책·걸상 	의사진단서 또는 소견서 원본 1부
		과민성대장(방광) 증후군	없음	<ul style="list-style-type: none"> 별도시험실 배정 화장실 사용 허용 	의사진단서 원본 1부

(나) 제공 받은 편의지원

인터뷰 대상자들은 장애 유형 및 정도에 따라 다음과 같은 편의를 제공받고 있었다. 다만, 청각장애학생(재학생 B)의 경우 변호사시험에서만 편의를 요청하고 학교 시험 및 모의고사에서는 별도의 지원을 구하지 않았다. 그 이유에 관하여는 모의고사 부분에서 보기로 한다.

〈인터뷰 응답〉

인터뷰 대상자	장애 유형/정도	제공받은 편의지원
졸업생 A	심한 지체장애	<ul style="list-style-type: none"> - 시험시간 연장(1.5배) - 시험지 파일 제공 - 개인 노트북 사용 허용(노트북으로 답안 작성 후 USB에 답안 저장하여 제출, 인쇄하여 채점) - 학생도우미 지원(코로나 때는 학생도우미를 구하지 못해 어머니의 지원을 받음)
재학생 B	심한 청각장애	편의제공받지 않음

인터뷰 대상자	장애 유형/정도	제공받은 편의지원
재학생 C	심한 시각장애	<ul style="list-style-type: none"> - 시험시간 연장 - 시험지 음성파일 제공 - 보조공학기기 지참 허용 - 안내견 보호

(다) 부족했던 점

여기서 시험이라 하면 흔히 중간·기말고사를 떠올리기 쉽지만, 쪽지 시험 등 수시로 실시되는 것들도 학사의 일환이므로 포함하여 논의하기로 한다.

인터뷰 결과 제공받지 못하거나 부족했던 편의 중 가장 핵심적인 것으로는 ‘시험지 파일 제공’이 있었다. 지체장애학생(졸업생 A)은 종이를 넘기는 것이 어려워 노트북으로 보기를 희망하였고, 시각장애학생(재학생 C)은 음성프로그램 또는 아이패드 등의 문자 확대 기능을 활용하여 시험을 칠 수 있기를 바랐으나 교수자의 파일 유출 우려로 인해 결국 제공받지 못하였다.

변호사시험의 경우 위 1)에서 보는 바와 같이 장애 응시자에게 시험지 파일을 제공한다. 법학전문대학원이 법조인을 양성하기 위한 기관이라는 점, 궁극적으로 변호사시험 통과를 주요 목적으로 한다는 점 등을 고려하면 변호사시험에도 미치지 못하는 편의를 제공하는 것은 결코 타당하지 않다.

더구나 파일 제공 여부가 교수자의 성향, 유출 우려의 정도, 장애인식 유무에 따라 얼마든지 달라질 수 있다고 하면 장애학생으로서는 재학 내내 상당한 불안감과 두려움에 시달릴 수밖에 없다. 이 같은 문제는 비단 시험 영역에서만 발생하는 것이 아니고 수강에 있어서도 큰 영향을 미치는데, 구체적으로는 교수자가 지체장애 또는 시각장애학생에게 교재 파일을 제공하지 않아 일일이 봉사자들이 교재의 내용을 타이핑하거나 스캔해야 하는 등 불편이 매우 크고, 나아가 한정된 시간에 맞추어 파일로 제작하지 못할 경우 시험에 임박하여 겨우 교재 파일을 받거나 아예 받지 못한 채 시험을 치기도 한다. 드문 일이라고 생각할 수 있으나 설문에서도 교재 파일 제공을 거부당한 사례가 다수 발견되었다.

이는 심각한 학습권 침해에 해당하고, 학교는 이를 시정하기 위해 노력을 다하여야 한다. 장애학생을 입학시키기만 하고 실질적으로 학습에 필요한 자료를 제공하지 않는 것은 명백한 차별이자 잘못이다. 교재 또는 시험지 파일 제공은 학생에 대한 혜택이나 교수자의 선택 영역이 아닌 학생이 당연히 누려야 할 권리이면서 동시에 교수자를 비롯한 학교의 의무이다.

무엇보다 현재 대학원 내에는 시험 편의제공에 관해 이의를 제기하거나 조정을 구할 아무런 절차가 마련되어 있지 않다. 구조적으로도 교수자가 편의의 내용을 제한 또는 결정할 경우 학생은 그대로 따를 수밖에 없고, 이에 대해 행정실은 전혀 개입하지 않는다.

이 부분도 자세히 살펴보면 장애학생지원센터와 행정실 간 지원 체계의 이분화에서 비롯된 것으로 볼 수 있는데, 우선 학부의 경우 교수자는 대개 시험편의제공을 비롯한 시험 실시 일체를 장애학생지원센터에 일임한다. 반면, 대학원에서는 시험 실시 및 감독을 직접 진행하고, 이 과정에서 편의에 관하여는 학생이 신청한 것을 참고하되 교수자의 의견을 적극 반영하여 최종결정한다. 교수자로서도 행정실이 장애학생지원센터와 달리 해당 분야에 전문성을 갖추고 있지 않아 나름대로 기준을 세워 가능 여부를 정할 뿐 특별히 악감정을 가지고 있는 건 아니다. 다만 상황이 이렇다 보니 장애학생지원센터가 개입할 여지가 거의 없게 되어 결과적으로 장애학생이 교수자의 의견에 반발하거나 다투지 못하게 된다.

인터뷰 대상자들 역시 상당한 불편함에도 불구하고 결정된 사항을 그대로 받아들이는 모습을 보였다. 모의고사 및 변호사시험에서 시험지 파일이 분명히 제공됨에도 불구하고 교내 시험에 관해 별다른 이의를 제기할 수 없었다는 것은 의미하는 바가 상당히 크다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 저는 개인 노트북으로 시험을 치다 보니까 (시험지 파일이 필요한데) 시험지 파일을 제공하는 것을 싫어하는 교수님들이 계셨어요. 그래서 시험지를 벽에 붙이고 시험을 쳐야 하는 일들도 있었고, 보안을 철저히 하시는 분들은 시험지를 교수님 본인이 들고 오셔서 벽에 붙이는 경우도 있었어요. 시험지가 한 스물 몇 장 된 경우도 있었는데, 휠체어를 왔다 갔다 하면서 문제를 풀어야 하는 불편함이 있었어요.

재학생 C

- 이거는 한 교수님이 그러시긴 했는데 엄청 크리티컬하다기보다는 그냥 매주 수업 시작하기 전에 쪽지 시험을 봤는데 제가 음성 파일로 할 수 없겠냐 아니면 PDF로 해서 아이패드로 본다든지 근데 그 교수님께서는 안 된다고 하셔가지고 확대기를 매주 들고 다녔거든요.

(2) 모의고사

(가) 제공 받은 편의지원

인터뷰 대상자 중 모의고사를 친 인원은 2명이었으나 청각장애학생(재학생 B)의 경우 변호사시험 외에 별도의 편의지원을 요청하지 아니하여 아래는 지체장애학생(졸업생 A)을 기준으로 한 내용이다.

〈인터뷰 응답〉

인터뷰 대상자	장애 유형/정도	제공받은 편의지원
졸업생 A	심한 지체장애	<ul style="list-style-type: none"> - 시험시간 연장 - 시험지 파일 제공 - 개인 노트북 사용 허용 - 답안 대필(변시의 경우에는 장애학생들을 위한 시험지가 따로 만들어져서 문제 밑에 바로 답을 쓸 수 있도록 되어 있으나, 모의고사는 그렇지 않음. 그래서 선택형의 경우 한글문서에 답안을 작성해두면 감독관이 답안지에 마킹하는 방식으로 진행)

(나) 부족했던 점

우선 위에서 언급한 시험 파일 제공의 일환으로 모의고사 기출 문제 파일이 장애학생에게 제공되지 않은 사실이 확인됐다. 당해 연도 문제는 직접 시험에 응시하기 때문에 받아볼 수 있지만 이전 연도 기출 문제의 경우 법학전문대학원협의회가 그 관리 주체이므로 학교로부터 제공받지 못했다는 것이다. 법학전문대학원협의회에 사정을 설명하고 공유 요청을 한다고 하더라도 파일 유출 등의 우려로 거절당하기 일쑤이다.

결과적으로 시각장애학생의 경우 학습을 위한 기본 교재도 부족한 상황에서 기출 문제까지 봉사자에게 맡겨 변환 작업을 거쳐야 하다 보니 사실상 기출 문제 보는 것을 포기하기 십상이고, 손이 불편하여 종이를 넘기기 어려운 지체장애학생도 모든 문제를 일일이 스캔해야 하는 등 부담이 상당하다. 이미 모든 기출 문제가 각종 수험서 형태로 출판되고 있는 터에 파일 유출을 이유로 장애학생에게 정당한 편의를 제공하지 않는 것은 공색한 변명으로밖에 보이지 않는다.

다음으로 모의고사가 변호사시험과 동일한 방식으로 이루어졌으면 좋겠다는 의견이 있었는데, 이는 시험 과목이나 문제 형태에 관한 것이 아니라 편의 제공, 답안작성 방식 등에서 차이가 있다는 취지로 이해된다. 그도 그럴 것이 모의고사는 법학전문대학원협의회가 주관하는 반면, 변호사시험은 법무부에서 주관하기 때문에 전체적으로 유사한 방식을 취한다 하더라도 세세한 부분에서 차이를 보일 수 있고, 이는 각 학교의 담당자가 얼마나 변호사시험에서의 편의 제공을 비롯한 진행 방식 그리고 장애 응시자의 유형 및 정도에 깊은 이해를 가지고 있는가에 따라 많은 영향을 받는다. 이에 법학전문대학원협의회와 법무부 그리고 각 학교 간 편차를 줄이기 위한 노력이 필요하다. 편차를 줄여야 장애학생의 예측 가능성이 높아지고, 이는 곧 실제 변호사시험에서의 정신적, 신체적 안정감으로 이어진다.

한편, 청각장애학생(재학생 B)은 변호사시험에서만 편의지원을 요청하였는데, 그 이유에 관하여는 모

의고사에서 변수가 발생하여도 큰 문제가 되지 않기 때문이라고 하였다. 물론 편의지원의 필요성이 다른 유형 및 정도의 장애학생에 비해 적었던 것도 사실이나 변호사시험에서 요청한 내용을 보면 감독관과 가까운 좌석 배치, 청각장애 응시자에 관한 사전 공지, 필담 및 판서를 통한 의사소통으로 중요성이 결코 적지 않다.

그럼에도 이를 신청하지 않은 데에는 익숙한 장소인 교내에서 이루어지는 모의고사의 특성과 더불어 줄곧 지적한 바와 같이 담당 부서 또는 직원의 부재로 인한 편의제공 신청 및 소통의 번거로움이 어느정도 영향을 미쳤을 거라고 판단된다. 특히 인터뷰 내용 중 “학교에서 시험을 보면 매년 나오는 안내에는 그런 내용이 없었고... 근데 애초에 학교로부터는 제가 알아서 요청하지 않으면 어떤 안내나 그런 건 전혀 없었습니다. 그건 아예 없었습니다. 애초에 청각장애학생이 입학한 적이 없었기 때문에 교수님들도 청각장애가 무엇인지도 모르시고 행정실에서도 잘 모르고 그런 상황이었어서 그랬던 것 같습니다.”라는 부분을 함께 고려하면 원인이 보다 선명해진다. 결국 학교의 부족한 시스템이 장애학생에게 일정수준 불편함을 감수하도록 하고 있는 셈이다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 모의고사 시험지를 컴퓨터 파일로 제공해주지 않으니까 공부하는 데 어려움이 있었어요. 이 점은 제도적으로 고쳐졌으면 좋겠어요. 행정실에서 “저희가 해드릴 수가 없어요”라고 해서 “그렇군요”라고 했죠.
- 그리고 모의고사도 좀 더 변호사시험과 동일한 방식으로 이루어지면 좋겠어요.

재학생 B

- 모의고사는 한 번 정도는 변수가 생겨도 큰 일은 없기 때문에 편의지원을 전부 신청한 변호사시험과 달리 그냥 본 것 같습니다.

(변호사시험) 일단은 감독관이 말하는 걸 들을 수 있어야 하기 때문에 좌석을 앞에서 세 줄 이내로 배정해 달라 말씀드렸고, 감독관에게 청각장애인 응시자가 있다는 것을 미리 안내해 주셨으면 좋겠다 그리고 대화 방법도 저는 수어를 사용하는 청각장애인인 아니기 때문에 입모양을 보여주거나 필담을 해도 된다는 걸 안내해 주셨으면 좋겠다 했어요. 시험 중에 사전에 공지한 것 외에 변동 사항이 생기면 판서로 공지해 줄 것 이렇게 세 가지 정도 요청드렸고 법무부에서 다 그렇게 해주세요.

학교에서 시험을 보면 매년 나오는 안내에는 그런 내용이 없었고... 근데 애초에 학교로부터는 제가 알아서 요청하지 않으면 어떤 안내나 그런 건 전혀 없었습니다. 그건 아예 없었습니다. 애초에 청각장애학생이 입학한 적이 없었기 때문에 교수님들도 청각장애가 무엇인지도 모르시고 행정실에서도 잘 모르고 그런 상황이었어서 그랬던 것 같습니다.

다. 편의시설 및 기숙사

(1) 편의시설

(가) 부족한 편의시설

장애학생들은 다양한 부분에서 시설 접근에 불편을 겪고 있었는데, 핵심은 시설 설계 단계에서부터 장애학생 및 관련 부서의 참여가 보장되지 않아 기준에 미달하거나 기준에 부합하더라도 사용자를 고려하지 않은 형태를 띠는 경우가 많다는 데 있었다. 그래서인지 엘리베이터 문이 좁거나 빠르게 닫히고, 강의실에 계단이 있어 접근이 불가능한가 하면, 접근이 가능해도 단상이 있어 발표 시에 올라갈 수 없거나 교수 연구실의 입구가 좁아 진출입하기 어렵고, 휠체어 좌석이 사용자의 편의를 고려하지 않은 위치에 배치되는 등 접근성 문제가 건물 전반에 걸쳐 나타났다.

특히 법학전문대학원의 경우 원칙적으로 대부분의 수업이 법학전문대학원 건물 내에서 이루어지므로 복도를 포함한 강의실 내 접근성은 학습과 매우 밀접한 관련을 맺는다. 뿐만 아니라 열람실과 휴게실도 주요 부분인 만큼 여기에 이르기까지의 이동 편의는 물론이고 실제 이용상에 불편이 없도록 운영하여야 하는데 현실은 전혀 그렇지 못했다. 또 열람실은 특성상 소음에 극단적으로 예민할 수밖에 없고 보조기에서 발생하는 작동음 등도 불가피한 영역이므로 열람실 우선배정제도에도 불구하고 실질적으로 열람실을 전혀 사용하지 못했다는 의견도 있었다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 법대 건물이 3개가 있었는데, 최근 지어진 건물은 넓고 (엘리베이터) 문도 장애인이 이용하기 적합하게 천천히 열리고 닫히는데, 예전에 지어진 건물은 휠체어가 들어갈 수는 있는데 엘리베이터 문이 좁아서 동행하는 사람이 먼저 엘리베이터 안으로 들어가야 휠체어가 들어가고 나서도 동행인이 들어갈 수 있을 정도로 좁아서 이 점이 문제라고 생각해요. 최대한 옛날 건물에 안 가고 수업을 들을 수 있도록 세팅을 하는 데 노력했어요.
- 입학 당시(2018년) 장애인 휴게실이 (성별 구분 없이) 하나밖에 없었어요. 저 말고도 다른 장애 (여)학생이 있었는데, 그 여학생이 휴게실에 들어가면 저는 들어갈 수 없는 거예요. 그래서 장애인 휴게실을 늘려 달라고 여러 차례 요청했고, 남녀 분리된 휴게실을 제공받았어요.
- 다른 건물로 이동하는 길에 철문이 있었어요. 철문은 열기도 힘들고 양쪽 문을 다 열어야 해서 어려움이 있었어요. 저는 미처 그것을 바꿀 생각을 못했는데 법전원 학생회에서 배리어프리한 학교를 만들어야 된 다면서 자동문으로 바꿔야 한다고 시설 개선을 요청하여 자동문으로 교체되었어요.
- 장애학생들의 학교생활에 관심이 많은 교수님들이 학교 시작했을 때 학교생활은 어떤지, 공부하는 것은 어떤지 듣고 싶다면 연구실로 찾아오라고 하셨어요. 그런데 교수연구실 문이 좁아서 연구실에 가는 게 어려운 거예요. 진짜 한 1cm만 넓어도 훨씬 안전하게 다닐 수 있는데...

- 졸업식 때 단상에 계단이 있어 단상 위로 못 올라가서 다른 사람들 (단상 위에서) 모두 졸업장 받고 나서 원장님이 (단상 아래로) 내려오셔서 제게 졸업장을 수여하셨습니다. 만약 휠체어를 탄 장애학생이 수석 졸업을 하게 되면 대표 연사로 발언을 할 수 있는데, 그때 어떻게 할 건가 궁금하더라고요.
- 강의실 맨 앞자리에 장애인 좌석이 배정되어 있는 경우가 있는데, 휠체어 공간이 확보되어 있어서 좋은 점도 있지만 맨 앞자리여서 부담스러운 점도 있죠. 어떤 대형 강의실은 장애인 자리를 뒤에 배정해놨는데, 계단이 있는 옆에 휠체어 좌석이 있어서 위험한 부분이 있어요. 전동휠체어 같은 경우 탁 쳐서 팔이 툭 밀리면 전동기가 앞으로 가면 계단으로 굴러떨어질 수도 있을 것 같다는 공포를 한 번씩 느꼈어요. 몇몇 강의실(예: 주산홀)에는 단상이 있었는데 휠체어가 단상 위에 못 올라가 '나는 발표를 못 하는 구나'라는 생각이 들었어요. 제가 변호사가 되어 만약 학교에 강의를 하러 오게 되면 저는 강단 위에 올라갈 수 없어 대형 강의실을 이용하지 못하겠죠. 이런 점은 바뀌야 한다고 생각해요.
- 열람실의 경우 장애학생 우선 배정 제도가 있어요. 문제는 휠체어를 타니까 열람실에 가는 것, 열람실에 가서 공부하는 것 자체로 서로한테 피해를 주니까 학교에서 공부를 해야 될 때는 그냥 장애학생 휴게실에 높낮이 조절되는 책상을 배치받아서 공부를 했어요. 그래서 열람실 우선 배정 제도가 약간 유명무실하다고 해야 하나, 그런 현실적인 문제가 있어요.
- 애초에 법대를 만들 때 장애학생들이 설계에 참여할 수 있는 구조가 되어야 하지 않을까 생각해요.

재학생 C

- 학교에서 좀 불편하다고 생각했던 거는 저희가 노트북을 쓸 수 있는 열람실이랑 도서 법학도서관이 붙어 있는데 왼쪽으로 가면 열람실이고 오른쪽으로 가면 도서관이거든요.
근데 저는 옆에 안내견이랑 같이 다니니까 게이트 좀 위험해서 옆에 휠체어 다닐 수 있는 문으로 다니는데 제가 도서관을 사용하지 않아도 열람실에 계속 왔다 갔다 하려면 거기를 지나가야 되거든요.
근데 거기를 열어두면 외부인도 지나갈 수 있고 책이 분실될 위험이 있다고 해서 잠그더라고요. 처음에는 제가 화장실 왔다 갔다 하고 그럴 때 계속 열어달라고 하고 직원이 와서 다시 잠그시고 저 들어갈 때 또 열어달라고 하고 그런 식으로 했었는데 지금은 좀 귀찮으셔가지고 그냥 열어두시긴 하시는데 거기가 분리가 안 돼 있으니까 도서 분실 위험이나 이런 걸 그냥 감수하고 열어두시는 것 같아요.
그런 일이 없기는 하지만요. 근데 그건 처음부터 사실 휠체어 다니고 이런 거를 생각했으면 도서관 가는 게이트를 도서관 앞에다가 두고 열람실에는 자유롭게 다닐 수 있게 한다든지 그런 방법들을 시설을 만들 때부터 고안했어야 된다고 생각하는데 지금은 그냥 저나 직원들이 불편하게 그걸 계속 열었다 잠갔다 하던지 아니면 도서 분실 위험이 있던지 둘 중에 하나를 감수할 수밖에 없는 구조예요.
그래서 그 점이 좀 아쉬웠던 것 같아요.

(나) 편의시설 개선 요청

반복적으로 발생하는 문제인데, 인터뷰 대상자들은 편의시설 설치 또는 조정 등에 관하여도 명확한 소통 창구나 절차가 존재하지 않아 학생 스스로 눈치가 빠르거나 학생회 차원에서 적극적으로 나서야 했다고 응답하였다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 장애학생에게 도움을 주는 역할을 하는 부서가 여러 곳이 있는데, 그 부서마다 할 수 있는 역할이나 성격

이 다 달라서 그 점을 파악하는 것도 혼란스러웠어요. (요청했을 때) 예를 들어 “저희 업무가 아닙니다”, “권한을 넘어서는 일이라 해줄 수가 없다”는 식으로 (답변하기도 함). 교육지원실 담당자분이 생활과 관련해서 도움이 필요한 부분이 있으면 말해달라고 해서 “(장애인) 휴게실이 너무 미어터지는데요. 이거 좀 편하게 해주시면 안 될까요?” 그러니까 원장단 교수님들께 개인 차원에서 말씀드리기가 좀 난처하셨나봐요. 그래서 좀 약간 난색을 표시하시더라고요. 그래서 제가 생각하다가 장애학생지원센터를 통해서 공식적으로 공문을 보내니까 일이 추진이 돼서 장애학생지원센터 선생님이 몇 개 후보군을 추려서 “여기 아니면 여기에 휴게실을 만들어주세요” 해서 휴게실이 (추가로) 만들어졌어요. 학교에서 안 도와주려는 것은 아닌데, 학교가 좀 더 잘 도와줄 수 있게 하려면 (학생이) 행정적으로 눈치가 빨라야 했던 것 같아요.

재학생 C

- 제가 별도로 교학팀이나 이런 데에다 요청을 하지 않았고 그냥 도서관 쪽에 학생회에서 그거를 그러니까 제가 한 게 아니라 학생회에서 얘기를 했던 것 같은데 그냥 이제 열어두는 방식으로 그냥 그렇게 하기로 한 것 같아요. 저도 정확하게 그 협의 내용은 잘 모르겠습니다.

(2) 기숙사

먼저 학내 기숙사 입사 과정에서 안내견 출입 거부를 포함한 장애인차별이 발생하였다. 안내견임을 충분히 설명하였음에도 동물을 데리고 입사할 수 없다거나 생활하다가 다치더라도 학교 측에 책임을 묻지 않겠다는 내용의 각서를 요구하는 등 차별의 양상과 정도가 심각했다.

심지어 별도의 장애인실을 두고 있지만 1인실이 아닌 다인실이어서 휠체어 이용자와 안내견 동반자가 함께 방을 사용해야 하는 상황이 초래되었고, 혹시 모를 위험 방지를 위해 장애학생 본인이 더 많은 비용을 지불하고 3학년에게만 배정되는 1인실을 기숙사 측에 적극 요청, 설득하는 과정을 거쳐야 했다.

한편, 청각장애학생(재학생 B)의 경우 물적 시설에는 만족하였으나 시설물 고장 등에 관해 기숙사 행정실과 소통하기가 어려웠다고 응답하였다. 모든 것이 기본적으로 전화로 이루어졌기 때문인데, 이는 기숙사 행정실 직원의 장애 유형 및 의사소통 방법에 대한 인식 부족에 기인한 것으로 보인다.

〈인터뷰 내용〉

재학생 C

- 기숙사가 지금 저희 학교 전체에서 제일 큰 문제인 것 같은데 일단 첫 번째로 안내견이랑 들어오는 과정 자체가 굉장히 힘들었어요.

이전에 학부생도 안내견이 있었었는데 좀 공용시설이 다 있는 1층 그러니까 다른 학생들이랑 같이 있는 방이 아니라 공용시설 있는 그 층에 한쪽을 그냥 방으로 만들어 놓으셨더라고요.

처음에는 거기를 사용하라고 하셨고 그다음에 거기는 또 법전원 기숙사 건물이 아니에요.

법전원 기숙사에 장애인실이 있긴 있는데 1인실이 없어요. 3인실밖에 없거든요. 그래서 장애학생들끼리 써야 해요. 휠체어 타는 학생이랑 같이 사용하라고 하셨는데 사실 강아지랑 휠체어 타는 학생이 같이 있

으면 좀 위험하잖아요.

그래서 그 문제도 좀 있었고 또 법전원 1인실로 들어오는 거에서도 굉장히 기숙사에서 본래 3학년 학생이 들어가는 곳을 1학년 학생한테 줄 수 없다 이런 식으로 하셔서 좀 들어오는 과정이 순탄치는 않았어요. 저한테 초반에 여기에서 다치거나 해도 학교 측에 책임을 묻지 않겠다고 저한테 각서 쓰라고 하셨거든요. 결국 안 쓰기는 했는데 기숙사 전체의 의견인지 개인의 의견인지 그건 아직 잘 모르겠습니다.

재학생 B

- 저는 잘 때는 인공 와우를 빼고 자기 때문에 핸드폰을 아예 못 들어요.

그래서 일정한 시간이 되면 주변이 커지는 그런 기능도 사용하거든요. 근데 제가 사용하는 장애인실에는 그런 기능이 있어서 유용하게 썼습니다.

- 근데 아까도 말했지만 아무래도 모든 행정 업무는 전화로 이루어지기 때문에 기숙사 생활하면서 뭔가 번거롭거나 갑자기 안 나온다거나 그런 문제가 생기면 문의하는 과정이 조금 번거롭긴 했습니다.

문의 자체는 데스크에 가서 민원서를 쓰면 됐는데 그 후에 기술자님들과 컨택을 할 때는 다 전화로 해서 그거는 조금 불편했고 그리고 기숙사 입퇴사와 관련해서 환불을 받거나 입사일을 연장하는 데 있어서는 행정실로부터 항상 전화가 걸려오니까 부모님께 부탁드리고 그랬던 불편함이 있습니다.

라. 기타

(1) 실무수습

인터뷰 결과 장애학생들은 실무수습처를 구함에 있어 접근성 및 편의제공에 관한 사전 정보를 얻지 못하거나 실제 수습처의 접근성이 좋지 않은 등으로 인하여 어려움을 겪었다. 학교에 따라 기준이 조금씩 상이하긴 하나 일정 시간 이상의 실무수습을 필수 요건으로 하고 있는 점을 고려하면 이에 관한 모든 책임과 부담을 장애학생에게 떠넘기는 것은 결코 바람직하지 않다. 특히 실무수습은 취업을 하는 데 직·간접적으로 영향을 미치고, 진로탐색에도 많은 도움이 되므로 장애학생들에게 보다 많은 정보와 기회가 주어질 필요가 있다. 그럼에도 학교 측이 선제적으로 기관을 연계하거나 안내하는 등의 지원은 이루어지고 있지 않았다. 더구나 국가 및 공공기관 역시 접근성 또는 편의제공에 관해 아무런 정보를 제공하지 아니하였다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 첫 번째는 반올림에서 했고요, 두 번째는 전장연에서 했어요. 반올림의 경우 사무실이 옛날 빌라 같은 곳에 있어서 휠체어를 타고 갈 수가 없는 거예요. 그래서 담당 변호사님께 말씀을 드려 강의장소를 학교로 변경해야 하는 어려움이 있었어요.

- 실무수습 지원할 때 장애 관련 접근성 또는 편의제공에 관한 정보를 사전에 제공받지 못했어요.

재학생 B

- 보통은 교내 학생 지도 센터에 운영하고 있는 공고들을 보는 식으로 했는데 사실 저 같은 경우에는 상황이 조금 특수했던 게 로스쿨에 입학하고 나서 한동안은 코로나 시국이었던거요. 계속 사람들이 마스크를 쓰고 있는 상황이었어요. 그런 상황에서는 아무래도 실무수습처를 구하기가 쉽지 않잖아요. 일을 하는 것도 아니고 그냥 수습 학생인데 거기 계신 대표님한테 마스크를 벗어달라 이렇게 적극적으로 요청하기가 어렵잖아요. 그래서 그때는 거의 실무수습 못 나가고 그래서 거 2학년 겨울방학 때쯤 돼서 알아보기 시작했는데 아무래도 제가 혼자 발품을 팔아서 구하기 어려운 부분이 있었기 때문에 학생지도센터에 문의해서 제 장애를 인지하고 편의를 제공해 줄 수 있는 곳을 찾았어요. 사전에 안내나 그런 건 없었지만 그래도 제가 물어보니까 바로 그걸 알아보고 연결해 주셨습니다.

장애가 있는 학생은 상대적으로 수습처를 구하기가 어려운 부분이 있어서 이 부분에 대해 미리 학생지도 센터나 지도교수님이 그런 어려움이 없는지 확인하고 도와주는 시스템이 있으면 좋지 않을까 합니다. 그리고 법제처나 이런 국가기관의 경우에는 장애학생이 어떤 편의를 제공받을 수 있는지 안내해주면 좋겠어요.

(2) 모의재판/방청

모의재판은 법학전문대학원 시스템상 필수 과목에 해당하고, 방청은 경우에 따라 과제로 부과될 뿐 아니라 학업에도 많은 도움이 된다. 그러나 장애학생들은 아래와 같이 시설 접근성이 좋지 않아 모의재판에 원활하게 참여하지 못하거나 문자통역을 받지 못하여 방청을 포기해야 했다. 특히 문자통역 등의 편의지원은 학교 외에 법원의 협조가 필요한 부분인데 학교의 요청이 있었음에도 이를 거부했다는 점은 관련 시스템과 인식이 전혀 갖추어져 있지 않음을 방증한다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 모의법정 수업 전날 모의법정실에 먼저 가봤는데, 제가 변호사석에 앉아야 하는데 턱이 있어서 휠체어가 못 올라가는 거예요. 수업 전날이라 어떻게 할 수도 없고, 수업 당일에는 다른 학생들이 도와줘서 (변호사석에) 올라가고 내려왔어요. 이후 경사로를 만들어주면 좋겠다고 요청해서 경사로가 만들어진 것으로 알고 있어요.

재학생 B

- 그리고 이거는 사실 로스쿨의 문제는 아니지만 한 번 1학년 2학기 수업에 형사소송법 수업이 있었어요. 그 교수님이 학생들에게 미리 형사소송법 수업 전에 국민참여재판 방청을 해와라. 필수 과제까지는 아니지만 권장 과제를 내주신 적이 있었어요.

그래서 제가 그때 국민참여재판 방청을 가기 위해서 알아봤는데 저는 법정에서도 재판석과 방청석의 거리가 좀 있고 또 판사님도 마이크로 이야기하기 때문에 문자 통역이 필요하거든요. 그래서 학교를 통해 담당 부서에 여러 차례 연락을 취했는데 결국 지원을 받지 못해서 방청을 포기했어요.

(3) 스터디 및 학생활동

인터뷰 및 설문을 분석한 결과 장애학생들은 학생활동을 하는 데 있어 장애인식 부족 등으로 불편함을 느꼈고, 청각장애학생(재학생 B)의 경우 의사소통을 조력할 인력이 없어 대부분의 활동에서 배제되는 경향을 보였다. 스터디나 학회 활동의 경우 인력 지원의 필요성은 인정되지만 학생자치활동에 속하여 어디까지 지원해야 하는지, 별도의 인력을 파견하는 것이 당사자에게 긍정적인 영향을 미칠지 고민되는 지점이 있는 게 사실이다. 그러나 마냥 아무런 지원 없이 모든 책임을 당사자에게 전가하는 것도 바람직하지 않은 만큼 많은 논의가 이루어져야 할 것으로 판단된다.

〈인터뷰 내용〉

졸업생 A

- 인권법학회랑 환경법학회 활동을 했어요. 대면일 때는 같이 밥 먹고 하는데 그런 면에서 어려움이 있었어요. 혼자서 밥을 못 먹으니까 누가 도와줘야 하는 거랑, 다른 학생들은 10분, 20분 만에 다 먹고 10분 동안 좀 쉬었다가 모임이 파하는 분위기인데 저는 밥 먹는 데 시간이 오래 걸려서 한 30분쯤부터 본격적으로 먹는 시점이라서 거기서는(학회에서는) 점심을 아예 안 먹었어요.

재학생 B

- 제가 1학년 때는 스터디를 하긴 했는데 코로나라 보니까 만나지 못하고 줌으로만 해야 해서 저는 아무래도 소통하는 게 조금 불편했고 그리고 그 후에는 휴학을 하다 보니까 동기들과 엇갈려서 그 후부터는 안 했습니다.
사람들은 다 착하긴 했는데 그래도 뭐라고 해야 되지 제가 그 사람들에게 뭔가를 해줄 수 있는 상황이 아닌데 일방적으로 편의를 요청하기는 어려우니까 그냥 불편해도 이야기하지는 않고 그렇게 넘어갔던 것 같습니다.
- 초반에 1학년 때는 학생회나 공익법학회라고 해서 학회 하나 참가 신청을 해서 하려고 했었는데 하필 그 때 코로나가 터져서 사람들이 다 마스크를 쓰다 보니까 내용을 들을 수가 없고 활동할 수가 없어서 학회는 아예 안 나가고 학생회는 몇 번 나갔다가 안 나갔습니다.

(4) 장애인식개선교육

설문 및 인터뷰 결과 매년 홈페이지상으로 실시되는 의무교육 외에 법학전문대학원에서 별도로 실시하고 있는 장애인식개선교육은 존재하지 않았다. 해당 의무교육마저도 필수가 아니라 희망자에 한하여 이수하는 형태를 보였고, 교육 내용 또한 법학전문대학원 학생, 나아가 법조인으로서 갖추어야 할 기본적인 소양을 쌓는 데 부족함이 많았다.

V. 제도개선 제언

편의상 문제점을 분석한 부분과 동일한 순서로 논의하되 필요에 따라 항목을 적절히 변경하여 기술하고자 한다.

1 법학적성시험

가. 시험장소의 선택권 및 접근성 보장

- (1) 앞서 살펴본 바와 같이 시험장소는 수험생의 심적·육체적 컨디션, 나아가 시험의 형평성에 큰 영향을 주는 요소이다. 장애인 수험생이 시험장소 이용에 불편함을 느끼지 않도록 시험장 선택권 및 시험장에 대한 장애인 접근성을 보장하여야 한다.
- (2) 아래와 같이 시험장 선택권 및 시험장에 대한 장애인 접근성을 보장하기 위한 방안의 예시를 제안한다.
 - ① 심한(중증) 장애인 수험생의 시험장 선택권을 보장하기 위하여 장애인 수험생도 다른 수험생과 같은 방식으로 희망 시험지구 및 장소를 선택하도록 하고, 가능하다면 시험장으로의 이동이 용이하도록 희망하는 시험장소에 장애인 수험생을 우선 배정한다.
 - ② 장애인 수험생을 비롯하여 수험생들이 불편함을 겪지 않도록 법학적성시험을 실시하는 시험장소는 장애인 편의시설이 잘 갖추어진 접근성 좋은 곳으로 선정한다.

나. 절차에 따른 최대한의 편의지원 제공

- (1) 현재 법학적성시험 편의지원에 관한 지침은 장애인 수험생의 부정을 염두에 두고 부정을 예방하기 위해 여러 조건을 두고 있는 형식으로 규정되어 있다. 그러나 편의지원의 본래 목적은 장애인

이 다른 사람들과 동등한 조건에서 제 실력을 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이고, 특히 법학적성 시험은 그 성적이 법학전문대학원의 입학에 좌우할 정도로 중요한 시험이므로, 배제되는 사람이 생기기지 않고 장애인에게 필요한 편의가 최대한 제공될 수 있도록 개선될 필요가 있다.

- (2) 같은 유형의 장애가 있더라도 장애의 정도와 특성은 사람마다 다르기 때문에 장애인 수험생이 다른 수험생들과 동등한 조건에서 법학적성시험에 응시할 수 있도록 하기 위해서는 일괄적인 기준에 따른 편의지원보다 개인의 장애 정도 및 특성에 따른 개별적인 지원이 더 바람직할 수 있다. 개별적인 편의지원이 가능하기 위해서는 장애와 편의지원에 대해 이해하고 편의지원의 여부, 필요성 및 내용을 판단할 수 있는 많은 전문가가 필요하다. 그러나 이런 전문인력이 갖추어져 있지 않은 현실에서 바로 개별적인 편의지원을 실시하기는 어렵기 때문에, 아래와 같이 현행 편의지원의 절차, 내용 및 기준을 수정하는 방식으로 대안을 제시한다. 아래의 대안은 편의지원 개선의 절대적인 기준이 아닌, 본 연구 과정에서 진행된 실태조사와 전문가 자문의 내용 및 각종 국가시험(수능, 공무원시험, 한국사시험 등)에서의 편의지원 기준을 바탕으로 구성한 하나의 개선방안 예시에 해당하며, 구체적인 편의지원의 내용 및 기준에 대하여는 장애인 당사자, 장애인 단체, 장애인 전문가 등의 의견을 반영하여 수정보완할 필요가 있다.

- ① 장애인 편의지원의 신청은 법학적성시험 응시원서 제출 시 [i) 편의지원 신청란 체크, ii) 필요한 편의지원 내용 선택 및 iii) 장애인증명서(또는 복지카드) 등 증빙서류 제출하는 방식으로 절차를 간소화한다.
- ② 제공되는 편의지원 항목을 장애의 정도에 따라 나누지 않고 장애의 유형별로 필요한 편의지원 항목을 공통적으로 규정하되, 그중 개별적으로 필요한 편의지원 내용을 선택하도록 한다.
- ③ 원칙적으로 장애인 편의지원 신청 시 장애인증명서(또는 복지카드) 외에 의사진단서 제출을 요구하지 않는다. 다만, 다음의 경우에는 의사진단서(또는 소견서) 등의 추가 증빙서류 제출이 필요하다. 그러나 이 경우에도 의사진단서(또는 소견서)는 그 발급기관을 ‘의료법 제3조에 의한(상급)종합병원’에 한정하지 않는다.
 - i) 뇌병변장애인과 상지지체장애인 중 장애 정도가 심하지 않더라도 시험시간연장이 필요할 경우 시간연장이 필요한 이유와 그를 뒷받침할 수 있는 서류(의사진단서, 다른 국가시험(수능 포함)에서 시간연장을 인정받은 사실을 입증할 수 있는 서류 등)를 제출하여 시간연장을 신청할 수 있다. 이 경우 제출서류의 위조 등과 같이 명백히 시간연장을 인정하기 어려운 사유가 있지 않은 한, 최대한 시간연장 신청을 인용하여야 한다.
 - ii) 일시적인 장애, 과민성 대장·방광증후군 등 증상 유무 및 내용의 확인이 필요한 경우, 의사진

단서(또는 소견서) 또는 그 사실을 입증할 수 있는 서류를 제출한다.

- ④ 편의지원 내용에 있어 시험시간 연장에 관하여는 장애의 유형 및 정도 등을 고려하여 비율로 규정한다.
- ⑤ 편의지원 항목에 규정되어 있는 사항 외에 필요한 편의지원이 있는 경우, 수험생은 응시원서 제출 시 필요한 편의지원의 내용과 필요한 이유를 기재하여 편의지원을 신청할 수 있다. 항목 외 편의지원 신청에 대한 인용 여부의 판단을 할 때에는 시험의 형평성을 크게 해치지 않는 한 필요한 최대한의 편의를 지원하는 것을 원칙으로 한다. 이 경우 ③- i), ii)의 경우를 제외하고 장애인증명서(또는 복지카드) 외 의사진단서(또는 소견서) 등 별도의 증빙서류를 요구하지 않는다.

[예시] 장애 유형 및 정도별 편의지원 항목

장애 유형 및 정도		시험시간	(선택) 편의지원 항목	증빙서류
시각 장애	장애 정도가 심한 자	선택형 2배 서답형 1.7배	<ul style="list-style-type: none"> • 확대문제지, 확대답안지 • 축소문제지(확대독서기 사용자) • 점자문제지, 점자답안지 (점자정보단말기 사용자) • 보조공학기기 지참 허용 • 음성지원 컴퓨터 • 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필) • 논술 영역 답안 작성용 컴퓨터 • 별도 시험실 배정 	장애인증명서
	장애 정도가 심하지 않은 자	선택형 1.5배 서답형 1.4배	<ul style="list-style-type: none"> • 보조공학기기 지참 허용 • 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필) • 논술 영역 답안 작성용 컴퓨터 • 휠체어 사용자용 책상 • 별도 시험실 배정 	
뇌병변 장애	장애 정도가 심한 자	선택형 1.5배 서답형 1.4배	<ul style="list-style-type: none"> • 보조공학기기 지참 허용 • 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필) • 논술 영역 답안 작성용 컴퓨터 • 휠체어 사용자용 책상 • 별도 시험실 배정 	장애인증명서 (*의 경우, 추가 증빙서류 제출 필요)
	장애 정도가 심하지 않은 자	* (선택형 1.3배 서답형 1.2배)	<ul style="list-style-type: none"> • 보조공학기기 지참 허용 • 숫자답안지(선택형 시험 답안 대필) • 논술 영역 답안 작성용 컴퓨터 • 별도 시험실 배정 	
지체 장애	상 지	장애 정도가 심한 자	선택형 1.5배 서답형 1.4배	장애인증명서 (*의 경우, 추가 증빙서류 제출 필요)
		장애 정도가 심하지 않은 자	* (선택형 1.3배 서답형 1.2배)	
	하지	-	<ul style="list-style-type: none"> • 휠체어 사용자용 책상 • 별도 시험실 배정 	
기타	청각장애		-	장애인증명서
	특수 및 중복 장애		추후결정	장애인증명서
	일시적 신체장애		추후결정	의사진단서
	임산부		-	의사소견서 또는 임신사실증명서

장애 유형 및 정도	시험시간	(선택) 편의지원 항목	증빙서류
과민성 대장·방광증후군	-	• 별도 시험실 배정 • 시험 중 화장실 사용 허용	의사진단서

(* 시간연장이 필요한 이유와 그를 뒷받침할 수 있는 서류(의사진단서, 다른 국가시험(수능 포함)에서 시간연장을 인정받은 사실을 입증할 수 있는 서류 등) 제출 시 시간연장 인정 가능)

※ 위 편의지원 내용 외의 필요한 사항은 별도의 소명자료 없이 그 내용과 필요한 이유를 기재하여 신청할 수 있으며, 시험의 형평성을 크게 해치지 않는 한 필요한 최대한의 편의를 지원하는 것을 원칙으로 함

※ 증빙서류로 요구되는 의사진단서 및 의사소견서는 '의료법 제3조에 의한 종합병원 또는 상급종합병원'에서 발급한 것에 한정하지 아니함

- (3) 편의지원 소통과정에서 장애인 수험생들의 불편·불안을 줄이기 위하여 교육부 또는 법학전문대학원협의회는 편의지원에 대한 사전 안내와 개별적인 협의, 이의절차 안내 등의 내용이 포함된 <편의지원 제공 가이드라인>을 설정한다.

[예시] 편의지원 제공 가이드라인

- ① 편의지원에 관하여 법학적성시험 응시접수기간 마감 후 2주일 내 편의지원 신청자에게 전화, 문자, 메일 등을 통해 개별적으로 안내한다.
- ② 편의지원의 구체적인 내용은 신청자와 협의하여 결정한다.
- ③ 편의지원 미제공 또는 거부 결정에 관한 이의절차를 두고 편의지원 안내 시 이의절차를 함께 안내한다.

2 법학전문대학원 입학

가. 선발기준 개선 및 기준 마련

- (1) 특별전형(사회적배려자 전형)에서 장애인과 비장애인을 동일한 정원 속에서 경쟁하게 할 경우 장애인 응시자에게 상대적 불이익이 발생할 수 있다. 따라서 교육부장관은 특별전형에서 장애인 응시자의 합격률을 제고하고, 교육적 불이익을 완화하기 위하여 필요한 기준을 수립하기 위한 연구용역 등을 진행하고 관련 기준을 시급히 제정할 필요가 있다(법학전문대학원법 제23조 제4항, 같은 법 시행령 제2항).
- (2) 법학전문대학원법은 외국어능력과 입학전형에 활용하도록 규정하고 있다. 그러나 시·청각 장애인 등은 공인외국어점수를 획득하는 것이 곤란하거나 불가능한 경우도 존재한다. 특히 외국어 성적을 제출하는 과정에 있어서도 일정 점수 미만일 경우 지원 자체가 불가능한 경우도 확인할 수 있었다. 따라서 법학전문대학원 입학전형에서 외국어성적을 요구하는 것이 불가피하더라도, 관련 기

준을 장애 유형에 따라 완화할 필요가 있다. 단, 이과정에서 일괄적으로 판단하기 어려운 경우가 존재할 수 있으므로, 그 경우에는 개별적인 판단에 따라 평가 조정 등이 이루어질 수 있도록 절차를 개선할 필요가 있다. 이와 관련하여서는 교육부에서 관련된 지침을 제정하여 각 학교에서 참고할 수 있도록 기준을 제시할 필요가 있다.

나. 입학정보 접근성 개선

기존 지원자의 합격, 불합격 기준 성적 등의 구체적인 법학전문대학원 입시정보는 모집 공고 등을 통해 확인하기 어렵고, 공동입학설명회 또는 개별 법학전문대학원의 입시 설명회를 통해 제공되고 있다. 따라서 공동입학설명회의 경우 장애인이 참여할 수 있도록 장애의 유형, 정도 등을 포괄하는 배리어 프리(BF) 기준이 적용된 시설에서 개최하는 것이 바람직하다. 특히 진행에 있어서도 시·청각 장애인 등의 정보접근을 보장하기 위하여, 사전에 필요한 편의 내용을 신청할 수 있도록 하는 등 운영 절차 개선이 필요하다.

다. 원서접수

(1) 접수사이트 접근성 인증

법학전문대학원 원서접수는 사실 인터넷 사이트에 위탁되어 있다, 그러나 해당 사이트는 장애인 접근성 인증을 받지 않아 시·청각 장애인 등의 접근성이 확인되지 않고 있다. 원서접수에 있어서 장애인 응시자의 접근을 보장하기 위하여 장애인 접근성 인증을 받은 사이트에 원서접수를 위탁하거나, 사실상 법학전문대학원 원서접수를 독점하고 있는 특정 사이트가 접근성 인증을 획득할 수 있도록 교육부 또는 법학전문대학원협의회 차원에서의 협의가 필요하다. 또한 원서접수 사이트가 접근성을 획득한다 할지라도, 개별적인 장애 특성과 정도 등에 따라 온라인 원서접수가 어려운 상황이 발생할 수 있다. 따라서 이런 상황을 대비한 별도의 현장 서류 접수 등이 가능하도록 원서접수 규정 및 절차를 보완할 필요가 있다.

(2) 장애정보제출 방식 개선

특별전형 선발을 위하여 장애 정보를 제출하는 것 자체는 문제가 된다고 보기 어렵다. 그러나 1차 합격 이후 면접시험까지 통상 1주일에 불과한 시간 동안 진단서, 특히 상급 병원의 진단서를 받아올 것을 요구하는 것은 사실상 면접에서의 편의제공을 받는데 장벽으로 작용할 수 있다. 따라서 불필요한 장애 정보 제출을 최소화하고, 필수적인 장애 관련 서류들을 적시에 준비하고 제출할 수 있도록 장애인 응시

생에 대하여는 합격일 통보 시기 또는 면접 시기를 조정할 필요가 있다.

라. 면접

(1) 편의제공 요청 등 소통 방식 개선

장애인 응시생은 면접시험에서 편의제공이 필요할 경우 법학전문대학원 행정실 등과 별도의 조정을 거쳐야 한다. 이와 관련하여서는 학교측에서 먼저 연락을 하는 경우도 있고, 응시자가 직접 요청하여야 편의제공이 가능한 경우도 있다. 그러나 대부분의 소통은 전화를 통하여 이루어지기에 청각장애인 응시생의 경우 직접 편의제공과 관련한 소통을 진행하는데 어려움이 존재한다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 편의조정과 관련하여 이메일 또는 휴대폰 텍스트메시지 등을 통하여도 소통을 진행할 수 있도록 다양한 방식을 허용할 필요가 있다.

(2) 적절한 편의 제공

면접에 필요한 편의제공은 지필 시험 응시를 위한 편의제공과는 다를 수 있으며, 개별 장애인 응시자마다 필요한 내용이 모두 다를 수 있다. 따라서 이러한 개별적인 필요가 고려될 수 있도록 최대한의 편의지원이 제공되도록 허용할 필요가 있다. 또한 장애학생이 요청한 편의를 제공하기 어려운 사유가 있을 경우 이에 대해 적시에 거부 사유를 고지하고, 이에 대해 불복할 수 있는 절차를 마련할 필요가 있다. 특히 이러한 불복절차가 실효성을 가질 수 있도록 앞서 언급한 바와 같이 충분한 준비 기간을 보장할 필요가 있다. 이러한 부분 또한 개별 법학전문대학원 차원이 아닌 교육부 또는 법학전문대학원협의회 차원에서 가이드라인을 마련하여 개별 법학전문대학원에서 면접 운영에 참고할 수 있도록 할 필요가 있다.

(3) 면접관의 장애인식 개선

법학전문대학원 면접은 지성 면접뿐만 아니라 인성면접을 포함하므로 장애인의 개인사 내지 장애에 관한 질문이 이루어질 수 있다. 이 경우 장애에 대한 이해가 부족한 면접관의 경우 장애인 차별에 해당하는 질문을 할 가능성이 존재한다. 또한 장애인 당사자의 잠재력을 부당하게 과소평가할 우려도 존재한다. 따라서 이런문제를 해결하기 위하여 교육부 또는 법학전문대학원협의회 차원에서 면접관을 위한 장애인식 개선 교육안을 마련하고, 이러한 교육이 실제로 이루어질 수 있도록 각 학교에 대하여 지원 및 지도 감독을 할 필요가 있다.

3 법학전문대학원 재학

가. 학사 일반

(1) 지원 행정

여기서의 핵심은 소통 창구를 단일화하는 데 있다. 소통 창구가 이분화되어 학생이 매번 여러 부서를 오가며 무의미한 질의를 반복하거나 심지어 부서 간 입장 차이로 인해 혼란을 겪지 않도록 해야 하기 때문이다. 그렇다면 생각해볼 수 있는 방법은, 첫째 기존 대학 내 장애학생지원센터 또는 지원 부서로 하여금 학부와 대학원을 모두 담당하게 하거나 둘째 대학원에 별도의 센터나 부서를 둬으로써 지원 체계를 분리하는 두 가지로 나뉜다. 다만, 전자를 선택할 경우에는 반드시 인력과 예산을 대폭 확대하여야 한다.

그러나 현실적으로 장애학생지원센터가 대학원, 특히 법학전문대학원의 모든 학사 일정과 특성을 반영하여 장애학생을 지원하기란 불가능에 가깝고, 부서 간 소통에 있어서도 같은 대학원에 속하여야 보다 수월한 점이 있기 때문에 법학전문대학원 내에 별도의 지원 센터 또는 부서를 신설하되 필요한 경우 대학 내 장애학생지원센터와 협의하는 방식이 좋으리라 판단된다. 뿐만 아니라 장애학생 입장에서든 같은 대학원에 지원 부서가 있는 편이 더욱 접근하기 편하고 안정적인 것이다.

하지만 법학전문대학원이 실질적으로 별도의 부서 설립 또는 담당 직원 지정에 관한 법률상 의무를 다하고 있지 않기 때문에 특수교육법 제30조 등을 통해 명시적으로 장애학생의 교육 및 생활에 관한 지원을 총괄·담당하는 장애학생지원센터를 설치·운영하도록 하되 필요에 따라 대학 내 장애학생지원센터 등과 협의할 수 있게 하는 내용이 추가되어야 한다.

이처럼 법학전문대학원 내에 별도의 부서를 둔다면 소통 창구의 일원화와 관련된 여러 문제도 자연스럽게 해결될 것으로 예상된다. 이에 아래부터는 소통 창구 일원화에 관하여 꼭 필요한 경우를 제외하고는 추가로 기술하지 아니한다.

(2) 수강신청

① 현재 장애학생 대상 우선수강제도를 운영하고 있지 아니한 경우 이를 도입하여야 하고, ② 장애학생뿐 아니라 필요시 대필도우미에게도 우선권을 부여하여야 하며, ③ 수강신청 홈페이지의 접근성을 확

보하여야 한다. ④ 아울러 각 과목 정보에는 강의 장소 및 휠체어 접근성에 관한 정보를 포함시켜 사전에 장애학생이 이를 쉽게 파악할 수 있도록 할 필요가 있다.

(3) 정규 수업을 기준으로 한 지원제도

① 대필 등 지원 인력을 구하는 데 불편이 없도록 과목 정보와 실제 시수를 일치시켜야 하고, ② 보강, 강평, 특강 등 정규 시간 외 수업에 관한 지원을 확대하여야 하며, ③ 교수자가 보강이나 강평을 진행함에 있어 사전에 지원 인력을 배치할 수 있도록 관련 부서 및 장애학생과 논의할 것을 의무화하는 한편, ④ 대학원의 경우 도우미 활동비를 인상하여야 한다. 모든 수업에 대해 한꺼번에 인상하는 것이 어렵다면 최소한 방학 중에 이루어지는 특강이나 3학년 수업에 대해서라도 우선적으로 지급의 수준을 높여야 한다.

(4) 장학금

장애학생을 위한 별도의 장학금을 마련하되 가계 곤란이나 성적과 연계하지 않는 방향으로 설계할 필요가 있다. 장애로 인해 부수적으로 발생할 수밖에 없는 비용에 대한 지원이지 경제사정에 따른 보전이나 우수한 성적에 대한 보상이 아니기 때문이다. 특히 장애학생 대상의 장학금을 운영하는 학교가 매우 적은 만큼 현재의 방향이 적절한지 반드시 재검토하여야 한다. 흔히 장학금이라 하면 돈과 관련되어 꼭 ‘가계곤란’이 주요 요건 중 하나로 들어가야 할 것 같지만 장애인을 특별전형에 포함시켜 선발하는 취지와 앞서 설명한 바와 같이 장애인이 학습 및 생활에 있어 불편을 상쇄하기 위해 지불해야 하는 여러 비용을 함께 고려한다면 전혀 다른 결론에 이를 수 있다.

(5) 휴학 및 재학연한과 이수 학점

① 휴학 사유 중 하나로 장애를 추가하고, ② 특히 1학년이라 하더라도 예외적으로 휴학을 허용하며, ③ 기간도 합리적인 범위에서 조율할 수 있도록 가급적 제한하지 않아야 한다. ④ 한편, 재학 연한을 기존보다 확대하거나 제한을 두지 않는 방안을 고려하여야 하고, ⑤ 이와 연계하여 학기당 이수 학점을 조정하는 것이 필요하다. 특히 이수 학점 조정과 관련하여 대부분의 학교가 1학년 필수 과목으로 상당히 많은 양을 지정해두고 있으므로, 장애학생에게는 최소 이수 학점을 완화하는 등의 협의가 이루어져야 한다. ⑥ 당연히 등록금도 학점 수에 따라 적절히 조율되어야 할 것이다.

나. 시험 및 수업

(1) 시험 편의 제공의 기준 및 사전 안내와 이의신청절차

해외의 선진적 사례를 보면 신청자의 장애 유형 및 정도에 따라 편의 제공의 내용을 개별화하고 있고, 실제 장애라고 하는 것이 정도, 형태, 양상 등이 매우 다양하여 일률적으로 분류하기 어렵기 때문에 개별화 방향이 바람직하기는 하나 현실적으로 당장 도입하기에 무리가 있으므로 현재의 체계를 유지함을 전제로 논의를 전개한다. 즉, 장애 유형 및 정도에 따른 지원 내용을 미리 정하여두고, 이를 기계적으로 적용하는 시스템을 뼈대로 삼는다는 뜻이다. 다만, 장기적으로는 앞에서 논의한 바와 같이 개별화 방식을 택하여야 하고, 지금도 합리적인 범위에서는 이의신청 및 조정을 보장하여야 한다. 사실 법학적성시험, 모의고사, 변호사시험과 같이 좀 더 공식적인 시험에 있어서도 편의 제공에 관한 이의신청절차나 조정이 제대로 보장되지 않고 있지만 교내 시험은 그 정도가 훨씬 심각하다. 그러므로 이의신청 절차를 마련하고, 그에 앞서 장애 관련 부서를 신설하여 편의 제공에 관한 사항을 교수자가 아닌 관련 부서에서 정할 수 있도록 재설계하여야 한다. 무엇보다 이의신청권을 보장하기 위하여는 충분한 시간을 두고 사전에 시험편의제공에 관한 안내를 구체적으로 할 필요가 있다.

한편, 기준이 될만한 정당한 시험편의제공의 척도가 필요하므로 ‘변호사시험’을 참조하였으면 한다. 이는 모의고사를 포함한 법학전문대학원의 모든 과정이 궁극적으로 변호사시험에 초점을 맞출 수밖에 없기 때문인데, 좀 더 정확히 말하자면 변호사시험에서의 편의제공 내용이 바뀌지 않는 한 교내 시험 또는 모의고사에서의 편의가 더 폭넓게 제공된다 하여 과연 학생에게 긍정적인 영향을 미칠지 확신하기 어려워진다. 가령, 변호사시험보다 교내 시험 또는 모의고사에서 더 많은 시간 연장을 받는다고 하면 이에 익숙해진 학생이 변호사시험에 충분히 대비할 수 있을까? 아니라고 생각한다. 이에 변호사시험에서의 편의제공 내용의 적절성 여부는 별론으로 하더라도 구조상 변호사시험을 기준으로 삼는 것이 가장 합당할 것으로 보인다.

(2) 모의고사와 변호사시험의 통일 및 업무 매뉴얼 제작

변호사시험을 주관하는 기관과 모의고사를 주관하는 기관이 다르고 심지어 모의고사의 경우 그 시험에 있어서는 각 학교가 역할을 맡는다. 변호사시험이 CBT 방식으로 바뀌며 막연히 이전보다 시험 간, 학교 간 편차가 줄어들 거라고 생각할 수 있으나 실상은 다르다. 시각장애 응시자에 한정된 내용이긴 하지만 해당 CBT 프로그램의 접근성이 충분한지, 음성프로그램 또는 문자 확대 프로그램과 충돌하지 않

는지 명확하게 확인된 바가 없고 따라서 이전처럼 한글 프로그램을 사용하는지 아니면 다른 응시자들과 마찬가지로 CBT를 위해 새로이 개발된 프로그램을 사용하는지 불분명한 상황이다.

그렇기에 법무부, 법학전문대학원협의회, 각 학교는 시험 진행 방식에 관한 통일된 매뉴얼을 공유하고, 나아가 감독관에게 장애 유형 및 정도 그리고 응시자가 사용할만한 여러 보조기기에 대한 교육자료를 만들어야 한다. 이 부분을 확인하기 위해 법무부에 해당 자료를 요청하였으나 비공개결정되어 현재 불복 절차를 진행 중에 있다. 법무부는 무작정 시험 업무에 관한 정보라 하여 비공개결정할 것이 아니라 실제 위 자료가 존재하는지, 없다면 어떤 기준, 어떤 내용으로 매뉴얼을 마련할 것인지 적극 논의하고, 이를 법학전문대학원협의회 등에 제공하여야 할 것이다. 자꾸만 법무부 또는 변호사시험을 언급하는 이유는 이미 밝힌 것처럼 모의고사와 변호사시험이 불가분의 관계에 있고, 결국은 변호사시험에 모든 기준을 맞추는 수밖에 없기 때문이다.

다만, 그렇다고 하여 법학전문대학원협의회와 학교의 책임이 경감되는 것은 아니다. 법무부로부터 어떤 자료가 오기를 기다리기만 해서는 안 되고, 모의고사를 시행함에 있어 변호사시험에서의 편의 제공 내용과 구체적인 감독 및 진행 방식에 관해 적극적으로 확인하고, 질의하며, 진행 과정에 미흡한 점이 없었는지 자체적으로 검토, 보완하여야 한다.

(3) 시험지 및 교재 파일 제공

비록 교재 파일은 시험에 관한 내용에 속하지 아니하나 ‘파일 제공’의 측면에서 보면 문제가 발생하고 있는 양상과 원인이 동일하여 함께 다루기로 한다. 시력의 한계 또는 손의 불편함으로 인해 종이로 된 교재나 시험지에 접근하기 어려운 경우에는 파일이 반드시 필요하고, 실질적인 학습권 보장에 있어서도 매우 중요한 부분을 차지하므로 법학전문대학원협의회 및 각 학교는 더 이상 파일 유출 등을 이유로 파일 제공을 거부하여서는 안 된다.

먼저 모의고사 기출문제에 관하여는 법학전문대학원협의회, 교내 시험지 및 교재 파일에 관하여는 교수자를 포함한 학교의 태도와 인식이 변하여야 한다. 특히 변호사시험에 관해 동일한 문제 제기가 있어 2019년부터 법무부가 기출문제를 장애인도 접근할 수 있는 형태의 파일로 제공하기 시작했음을 분명히 밝혀 둔다. 법무부의 당초 태도 역시 법학전문대학원협의회 등과 별반 다르지 않았으나 언론 및 장애 당사자들의 비판에 문제임을 인정하고 이를 개선하였다.

한편, 교재 파일의 경우 대부분 교수자가 유출 우려, 저작권 등을 이유로 제공하지 않는데 이를 해결

하기 위해서는 학교의 적극적인 개입이 필요하다. 단순히 장애학생이 각 교수자에게 요구하는 것보다는 학교 측에서 운영위원회 등을 통하여 파일 제공 의무화, 신청절차, 파일 유출 예방 및 처리 과정, 불복절차 등에 관한 내용을 규정하여야 포괄적이고 체계적인 개선이 가능할 것이다.

다. 편의시설 및 기숙사

(1) 편의시설

① 우선 건축 또는 개보수에 있어 장애학생 또는 관련 부서에 모니터링이나 자문을 요청하는 등 참여를 보장하고, ② 열람실, 휴게실, 교수 연구실, 단상, 복도의 폭, 엘리베이터 등 여러 시설을 설계, 운영할 때 접근성을 확보하고, 특히 열람실은 보조기기에서 발생하는 소음을 고려하여 장애학생 전용 공간을 구비하며, 휴게실은 성별 및 인원수를 반영해 마련하도록 한다.

(2) 기숙사

① 자칫 입사 과정에서 인터뷰 사례와 같은 장애인차별이 발생할 수 있으므로 기숙사 입사를 오로지 장애학생의 책임으로 떠넘기지 말고 대학원 내 장애 관련 부서 또는 직원이 적극적으로 협조 요청을 하는 등 노력하고, ② 기숙사 직원에 대한 장애인식개선교육을 실시하며, 교육 내용에는 장애 유형 및 정도에 따라 의사소통하는 방법을 반드시 포함하도록 한다. ③ 나아가 안내견 동반자와 같이 불가피한 상황을 대비하여 다인실이 아닌 1인 거주 장애인실을 마련하되, ④ 비용은 장애를 사유로 부득이 1인실을 택한 것이므로 합리적인 범위 내에서 부과하여야 한다.

라. 기타

(1) 실무수습/모의재판/방청

① 실무수습이 필수임을 고려하여 학교 측에서 장애학생이 충분한 편의를 제공받으며 업무 경험을 쌓을 수 있는 기관을 선제적으로 섭외, 안내하여야 하고, ② 실무수습 기관으로 등록함에 있어 시설편의를 요건화하는 등으로 접근성을 확보하는 한편, 장애 실무수습생이 지원할 경우 필요한 편의 등을 개괄적으로 안내한다. ③ 아울러 장애 유형 및 정도에 따른 의사소통 방식에 관하여도 매뉴얼을 제작하여 각 기관에 배포하고, 실무수습 공고를 냄에 있어 접근성 및 편의제공에 관한 내용을 반드시 포함하도록 한다. 국가 또는 공공기관의 경우에는 이 같은 의무가 한층 강화된다 할 것이다. ④ 모의재판은 앞서 논의

한 편의시설과 중첩되는 부분이긴 하나 이 역시 필수 과목이라는 점에서 개선 필요성을 한 번 더 언급해 둔다. ⑤ 방청에 관하여는 법원의 협조가 필요한 부분으로, 법원에서 문자통역 등 인력을 지원하거나 불가하다면 수업의 연장선상에 있는 만큼 학교가 도우미나 속기사 등을 배치하여야 한다.

(2) 스터디 및 학생활동

스터디 및 학생활동이 친목을 겸한 자치활동에 해당하여 과연 지원 인력을 별도로 배치하는 것이 가장 적절한 방안인가에 대하여는 의문이 있는 게 사실이다. 심층적인 논의가 필요하긴 하겠으나 스터디를 비롯해 민사법학회, 형사법학회 등은 학업과 밀접한 관련을 맺고 실제 여기서 공유되는 정보가 상당하므로 최소한 학업과의 관련성을 따져 필요시 함께 활동하는 동급생을 도우미로 선발하는 방안을 고려해볼 수 있다.

(3) 장애인식개선교육

동급생 중 장애학생이 있을 경우 의사소통 등에 관한 교육이 필요할 뿐 아니라 장기적으로는 장애 친화적인 법조인을 양성한다는 측면에서 관련한 내용을 수업의 일환으로 도입할 필요가 있다. 가령, ‘법조윤리’에 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 또는 장애인차별에 대한 내용을 일부 포함시킬 수 있고 한국사회가 고령화에 들어선 만큼 장애인 고객을 대하는 태도, 의사소통 방식 등에 관한 기본적 내용을 넣을 수도 있을 것이다. 혹은 장애인이 피의자·피고인·피해자인 경우 어떠한 절차와 권리를 보장받을 수 있는지 형사법 수업에서 가르치는 것도 가능하다.

4 소결

장애인이 다른 사람들과 동등하게 법조계로 진출할 수 있기 위해서는 법학적성시험, 법학전문대학원 입학 및 재학 과정 전반에 걸쳐 장애인의 시설·정보 접근성을 높이고 장애인에 대한 최대한의 개별적인 편의지원을 제공하여야 한다. 이를 위해서는 교육부, 법무부 등 관계부처뿐만 아니라 법학전문대학원협의회, 법학전문대학원(또는 법학전문대학원이 있는 대학교) 내 법학전문대학원 진학을 희망하거나 법학전문대학원에 재학 중인 장애학생 지원 업무를 전담할 전문인력을 두고, 장애학생이 편의시설 또는 편의지원에 관하여 문의·요청·이의제기할 수 있는 의사소통 창구를 일원화할 필요가 있다.

VI. 결론

1 연구의 의의

법학전문대학원에 따라 신체적·경제적 또는 사회적 배려가 필요한 사람을 대상으로 특별전형을 실시하여 입학자의 7% 이상을 선발하고 있음에도 불구하고 2021년 기준 법학전문대학원에 입학한 장애인의 수는 6명으로 정원의 0.28%에 지나지 않고 실제 법조계로 진출하는 장애인의 수는 이보다도 낮은 상황이다. 본 연구는 이러한 현상의 원인을 확인하기 위해 법제조사 및 실태조사를 통해 장애학생이 법학전문대학원 입학 과정 및 재학 과정에서 경험하는 차별 문제를 파악하고 장애인의 평등한 법학전문대학원 입학 및 재학을 저해하는 요인을 다각도로 분석하였다.

특히 입학 전부터 졸업에 이르기까지 변호사시험을 제외한 대부분의 과정을 단계별로 세분화하여 탐구함으로써 추상적인 층위에 머무르지 않고 여러 문제를 발견, 나름대로 개선 방안을 제시했다는 점에서 의의가 있다. 크게는 법학적성시험, 입학 과정, 재학으로 나누고, 세부적으로 입학 과정은 입시설명회, 원서 접수, 면접 등으로, 재학 과정은 학사일반, 시험 및 수강, 모의고사, 편의시설 및 기숙사, 실무수습, 모의재판/방청, 스터디 및 학생활동 등으로 촘촘하게 분류하여 최대한 많은 부분을 점검하고자 하였다. 이는 연구자의 편견이 개입하여 선불리 중요도를 판단, 선정할 수 있는 점을 방지하기 위한 구성이기도 한데, 이렇게 한 덕분에 자칫 놓칠 수 있는 휴학 요건 및 재학 연한과 이수 학점, 정규 수업 외 인력 지원 필요성 등 세세한 부분까지 깊이 있게 살필 수 있었다.

2 연구의 한계

그럼에도 불구하고 본 연구는 다음과 같은 한계를 갖는다.

첫째, 인터뷰 대상자를 선정함에 있어 가급적 장애 유형의 다양성을 고려하여 시각, 청각, 지체로 비교적 고르게 진행하였으나 정신적 장애를 포함하지 못하였다. 정신적 장애는 본인이 드러내지 않을 경

우 외부에서 파악하기가 어렵고 법학전문대학원 입학에 현실적 어려움이 있기 때문이다. 경증 장애에 관하여는 유형을 불문하고 대상자 파악에 제약이 많아 본 연구는 ‘장애의 정도가 심한 장애인’에 무게를 두어 진행하였다. 차후 공적인 실태조사 등을 통해 정신적 장애인을 포함한 경·중증 장애인 현황과 대상자 파악, 나아가 심층적 연구가 이루어질 필요가 있다.

둘째, 수도권 소재 법학전문대학원 위주로 인터뷰가 이루어진 측면이 있다. 섭외 과정에서 지역 소재 법학전문대학원에 재학 중인 장애학생을 찾으려 노력했으나 연구진의 인적 네트워크에 한계가 있었다. 합격자 통계에 비추어 지역 소재 법학전문대학원에 재학 중인 장애학생도 적지 않은 것으로 확인이 되므로, 추후 후속 연구를 통해 지역 소재 법학전문대학원에 재학 중인 장애학생에 대한 연구가 진행될 필요가 있다.

셋째, 질적조사와 함께 양적조사도 진행하였으나 응답자 확보의 어려움으로 인해 대표성을 보장하기 어려웠다. 특히 양적조사와 관련하여 허위응답이 다수 파악되어 이에 대하여는 2차 설문 등을 통해 정리하는 절차를 거쳤다. 그러나 최종적으로 진실한 응답으로 확인된 모수의 수가 작아 유의미한 대표성을 확보하였다고 보기 어려웠다. 유의미한 양적 연구를 위해서는 추후 공적인 실태조사 등을 통해 신뢰할 수 있는 응답을 확보할 필요가 있다.

넷째, 성별을 고려한 분석이 이루어지지 못하였다. 여기서 성별을 고려한 분석이라 함은 체력의 차이, 장애와 더불어 성별로 인해 발생하는 교차 차별의 양상 등을 파악함을 의미한다. 후속 연구에서는 그간 법학전문대학원에 입학하거나 변호사시험에 합격한 인원의 성별 분포 등을 전체적으로 살펴 교차 차별을 완화하는 방안을 찾아야 할 것으로 사료된다.

다섯째, 정보공개 청구 및 변호사회 공문 발송등을 통해 교육부, 법무부, 각 대학원에 정보를 요청하였으나 일부 공개받지 못한 부분이 있었다. 후속 연구에서는 국회의원실을 통해 자료를 확보하는 등 대안적 방안을 마련할 필요가 있어 보인다. 다만 연구진이 청구한 정보공개 등의 내용 중 다수는 장애학생의 법학전문대학원 진학에 관한 현황 및 기초 자료로서, 대중에 적극 공개되는 것이 필요한 내용이었다. 따라서 이러한 부분에 대하여는 개별적인 정보공개 등의 요청을 통해서가 아니라, 각 부처와 기간에서 사전 정보공개를 통하여 장애인 법조계 진출에 관심을 가진 연구자 및 언론인, 장애인 당사자 등 관련자들이 쉽게 확인할 수 있도록 조치를 취할 필요가 있다.

여섯째, 해외 사례 및 법제와 비교 분석이 제한되었다. 해외 사례 등의 경우 각종 편의제공의 체계 자

체가 다른 경우, 법조인 양성 시스템이 근본적으로 다른 경우, 특별히 참고할 만한 사항이 존재하지 않는 등 단순 비교·분석이 어려운 면이 존재하였다. 추후 후속연구에서는 각 나라의 장애법조인, 관련 전문가 또는 관련 단체 등과 협력하여 심도있는 분석을 진행해야 할 것으로 판단된다.

위 내용을 포함하여 전체적으로 신뢰성 담보와 정보 접근 문제 해소를 위해 국가 또는 법전문협회의 차원의 공식적인 실태조사 및 연구가 이루어져야 하고, 이때 성별, 장애유형과 정도, 지역 간 차이, 해외 사례 등을 적극 고려하여야 한다. 나아가 연구를 토대로 장애인의 실질적 법조계 진출을 보장하기 위한 정책 개선이 이루어질 필요가 있다.

〈참고문헌〉

□ 논문/연구

김남희, “법학전문대학원 도입 이후 장애인의 법조계 진입 실태”, 공익과 인권 제21권(2021)
 김주영 외 공저, 대학 장애학생 교육권 실태 및 개선방안에 관한 연구(2009)
 윤점룡 외 공저, 장애인 대학입학 특별전형제도 실행 이후 학내 지원체계 현황 및 개선방안 연구
 (2002)

□ 판결

창원지방법원 2008. 4. 23 선고 2007가단27413 판결

□ 국가인권위원회 결정례

2020. 7. 20.자 결정 18진정0251800, 19진정0097000 병합
 2019. 1. 28.자 결정 18진정0877800

□ 공공기관 등 관련 자료

법학전문대학원협의회, 2025학년도 법학적성시험 시행계획 공고(2024)
 교육부, 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 시행령」 국무회의 통과(2018), <https://www.moe.go.kr/boardCnts/viewRenew.do?boardID=294&lev=0&statusYN=C&s=moe&m=020402&opType=N&boardSeq=74141>
 교육부, 장애인 고등교육 지원 종합방안(2022)

□ 각종 시험의 편의지원 관련 자료

법학전문대학원협의회, 법학적성시험 편의지원 제공 안내,
<https://leet.uwayapply.com/>
 법무부, 2024년도 제13회 변호사시험 장애 응시자 편의지원 제공 안내(2023),
<https://www.moj.go.kr/bbs/moj/135/574730/artclView.do>
 한국교육과정평가원, 대학수학능력시험 장애인 수험생 응시,
<https://suneung.re.kr/sub/info.do?m=010301&s=suneung>
 인사혁신처 사이버국가고시센터, 2024년도 국가공무원 공채·경채 및 외교관후보자 선발시험 장애인 등 응시자 편의제공 안내(2024),
<https://www.gosi.kr/cop/bbs/selectBoardArticle.do>
 국사편찬위원회 한국사능력검정시험, 응시안내-장애인 등 편의제공,
<https://www.historyexam.go.kr/>
 한국산업인력공단 큐넷 홈페이지, 국가자격시험 장애유형별 편의지원 항목

<https://www.q-net.or.kr/rcv001.do?id=rcv00106&gSite=Q&gId=>

□ 언론 및 웹사이트

조선일보(2019. 9. 25.), [발언대] 왜 종합병원 진단서만 고집하나,

https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2019/09/24/2019092403359.html,

2024. 5. 21. 최종열람

한국경제(2022. 1. 19.), [남형두의 법과사랑] ‘장애인에 시험 편의 제공’은 특혜 아니다,

<https://www.hankyung.com/opinion/article/2022011901011>, 2024. 5. 21. 최종열람

한국디지털접근성진흥원, 정보통신접근성(웹접근성) 인증 현황,

<http://www.kwacc.or.kr/CertificationSite/WA/List>

형법 제10조 심신상실·심신미약 판단 기준에 대한 법원 판결 분석

최현정(공익인권변호사모임 희망을만드는법)

강솔지(공익인권변호사모임 희망을만드는법)

이수연(법조공익모임 나우)

이정민(법률사무소 지울 S&C)

정제형(법무법인 이공)

조혜인(공익인권변호사모임 희망을만드는법)

I. 서론

1 연구의 필요성

형법 제10조는 심신장애(心神障礙)로 인하여 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소된 사람에 대해서는 책임을 조각하거나 감경할 수 있다고 규정한다. 법원은 형법 제10조의 판단 기준에 대하여 “법원이 형벌제도의 목적 등에 비추어 판단하여야 할 법률문제”로서 “그 판단에 전문감정인의 정신감정결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, 법원이 반드시 그 의견에 구속되는 것은 아니고, 그러한 감정결과뿐만 아니라 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 여러 자료 등을 종합하여 독자적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 한다”고 실시하고 있다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658 판결).

그러나 위 판시 기준만으로는 법원이 심신장애로 인한 심신미약과 심신상실을 판단함에 있어서 정신감정결과인 의학적 판단 외에 구체적으로 어떤 요소를 어떻게 규범적으로 평가하는지, 그러한 평가방식이 일관되고 타당한 것인지를 파악하기 어렵다. 형법 제10조의 해석과 관련한 선행 연구에서도 이를 주제로 한 연구는 드물다. 기존 연구를 살펴보면 심신장애 판단의 신뢰성을 높이기 위한 형사사법적 정신감정 제도에 대한 연구, 법률적 개념인 심신장애의 개념을 확정하려는 연구, 책임능력을 판단하는 방법에 대한 이론적 연구 등이 주로 수행되었을 뿐이다.

음주나 설퍼처럼 일시적인 인지 기능 저하와 달리, 정신적 장애인¹⁾의 행위 시 심신장애 유무에 대해서는 규범적 판단 과정에서 장애특성이 중요한 기초 사실로 고려될 필요가 있다. 특히 피고인이 정신적 장애로 인하여 비장애인과 다른 인지적 특성을 가지고 있고 이러한 특성이 행위에 미친 영향이 확인되는 사례들의 경우, 그 피고인에게 자기책임의 원칙에 부합하는 형사상 책임을 묻기 위해서는 심신장애 유무에 대한 구체적이고 일관된 규범적 판단기준을 적용해야 할 것으로 생각된다.

나아가, 정신적 장애로 인한 심신장애가 인정되더라도 그로 인하여 책임을 감경할 것인지, 책임을 조

1) 장애인복지법은 장애를 크게 정신적 장애와 신체적 장애(주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등)로 구분한다. 본 연구에서 “정신적 장애”란 장애인복지법 제2조의 정의에 따라 “발달장애 또는 정신 질환으로 발생하는 장애”를 말하며, 형법 제10조의 ‘심신장애’와 구분하여 사용하였다.

각할 것인지를 판단함에 있어서도 일관되고 예측 가능한 규범적 평가가 필요할 것이다. 이러한 점에서 정신적 장애인에 대한 심신장애 유무 판단에 있어서의 법원의 구체적인 판단을 분석할 필요가 크다.

참고로, 일본에서는 이러한 문제 의식에 따라, ‘형사책임능력에 관한 정신감정서 작성안내’를 통해 정신적 장애인에 대하여 일정한 항목들(① 동기의 양해 가능성/불가능성, ② 범행의 계획성, 돌발성, 우발성, 충동성, ③ 행위의 의미·성질, 반도덕성, 위법성의 인식, ④ 정신장애로 인한 면책가능성 인식, ⑤ 평소의 인격에 대한 범행의 이질성/친화성, ⑥ 범행의 일관성·합목적성/비일관성·비합목적성, ⑦ 범행 후의 자기방어·위험회피적 행동)에 대하여 정신감정을 하도록 하고, 그 감정서를 증거로 채택하는 경우가 많이 있다. 정신적 장애에 있어서 규범적 판단의 근거가 되는 항목들을 구체화하여 이를 정신감정을 통해 확인하고, 이것을 법원의 판단에 반영하는 것이다.

2 연구의 목적

헌법재판소는 자기책임의 원칙이 “자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다”고 보면서, 이것이 “근대법의 기념이념으로 법치주의에 당연히 내재하는 원리”라고 판시한 바 있다(헌법재판소 2011. 9. 29.자 2010헌마68 전원재판부 결정).

형법 제10조는 형사 사법의 영역에서 자기책임의 원칙을 구현하기 위한 중요한 조항이다. 정신적 장애인의 경우에는 그 헌법상 기본권이 침해되지 않도록 구체적인 판단 기준에 따라 심신장애로 인한 책임의 범위를 신중히 판단해야 한다. 이에 본 연구에서는 정신적 장애인에 대한 심신상실 내지 심신미약을 인정한 판결들을 비교·분석하여, 법원이 형법 제10조를 적용할 때 정신감정 결과, 범행의 경위, 수단, 범행 전후 피고인의 행동에서 구체적으로 어떠한 요소들을 어떻게 규범적으로 평가하는지를 구체적으로 살펴본다. 나아가 외국의 사례를 참조하여 법원이 정신적 장애인에 대한 심신장애로 인한 책임의 범위를 판단함에 있어서 일관된 경향을 보이고 있는지, 법원이 장애의 특성을 충분히 고려한 합리적인 규범적 판단을 하고 있는지 등을 검토하고자 한다. 이를 통해 정신적 장애인의 책임의 범위를 판단하는데 고려되어야 할 요소를 제안하고자 한다.

3 연구 방법

본 연구는 문헌 연구를 중심으로 하면서, 외국 사례를 살펴보고 국내 법원 판결문을 질적으로 분석하는 방식으로 진행하였다. 먼저 형법 제10조의 해석과 관련한 기존의 선행연구를 분석한 다음 정신적 장애인의 심신미약·심신상실 판단 기준과 관련한 독일과 일본의 사례를 살펴보았다. 나아가 2021년부터 2023년 사이에 확정된 형사 사건 판결문 중 형법 제10조가 적용된 판결문을 수집하여 질적으로 비교·분석하였다. 수집된 판결문에 대한 기본적인 양적 분석을 수행하고, 판결문을 1차 검토하여 유의미한 지표를 추출한 다음 각 규범적 판단 기준에 대한 구체적인 설시가 담겨 있는 판결문이나 유사한 장애 특성과 사실관계를 가진 판결문을 중심으로 질적 분석을 수행하였다.

본 연구 과정에서 강태경(한국형사·법무정책연구원 연구원), 이한결(경기동료지원센터 센터장), 차승민(정신과 전문의, 前 국립법무병원 의사, 現 아몬드정신건강의학과병원 원장), A(법조경력 14년)로부터 자문을 받아 질적 분석에 참고하였다. 전체 자문의견의 요지는 보고서 부록에 정리하였다.

II. 선행 연구 검토

형법 제10조의 해석과 관련한 선행연구는 주로 심신장애 판단의 신뢰성을 높이기 위한 형사사법적 정신감정 제도에 대한 연구, 법률적 개념인 심신장애의 개념을 확정하려는 연구, 법원이 책임능력을 판단하는 방법에 대한 이론적 연구 등이 수행되었다. 법원이 정신감정결과를 비롯하여 범행의 경위, 수단, 범행 전후 피고인의 행동에서 구체적으로 어떠한 요소들을 어떻게 규범적으로 평가하는지를 구체적으로 분석하거나, 이러한 평가 방식이 일관적이고 타당한지를 검토한 연구는 많지 않다.

최이문·이혜량(2018)²⁾은 법원 내부망 코트넷에서 ‘형법 제10조 제1항’ 및 ‘형법 제10조 제2항’을 키워드로 검색하여, 2014년부터 2016년 11월 20일까지 선고된 형사 1심 판결 중 피고인의 심신장애가 쟁점이 된 판결문 1,597건을 양적 분석하였다. 이 중에서 심신상실이 인정된 사건은 4건에 불과하고, 심신미약이 인정된 사건은 301건으로 분석 대상 판결문의 약 5분의 1에 해당하였다. 심신상실이나 심신미약이 인정된 사건의 피고인은 대다수 남성이었으며, 진단 정신질환은 조현병(42.67%), 지적장애(15.64%), 정동장애(14.66%), 망상장애(7.17%), 알콜의존증(7.17%) 등이 많았고, 살인(22.62%), 폭력(29.51%), 성폭력(21.97%) 등 대인범죄가 많았다. 감정근거가 명시되어 있는 판결문들은 157건으로 10%가 채 되지 않았는데, 그중 대부분인 139건을 치료감호소 소속 정신과전문의가 작성하였다. 정신장애 범죄자가 무작위로 대인범죄를 저지를 것이라는 편견과 달리, 정신장애 피고인에 의하여 살해된 피해자의 77%가 가족이나 지인이었으며, 전혀 모르는 사람인 경우는 22.85%(16건)에 그쳤다. 오히려 정신장애인보다 비정신장애 피고인의 살인 범죄 피해자 중에서 모르는 사람의 비중이 더 높았다. 최이문·이혜량은 정신감정 시에는 피고인의 정신질환의 원인, 증상, 예후뿐 아니라, 범행 시의 사물변별능력인 의사결정능력의 존부에 더 구체적으로 집중해서 감정할 것과, ‘사물변별능력’과 ‘의사결정능력’ 중 어떤 것에서 문제가 있었으며 심신상실과 심신미약의 차이가 무엇인지를 판결문에 명시할 것, 표준화된 정신감정 제도를 마련할 것 등을 제언하였다.

2) 최이문·이혜량(2018), 정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016), 한국심리학회지: 법, 41-56

정세중·신관우(2017)의 연구³⁾는 2010년부터 2016년까지 6년간 법고를 시스템에 수록된 심신장애 관련 판결문 54건을 분석하였다(검색 키워드: “정신장애 + 심신상실 + 심신미약 + 정신질환 + 정신감정”). 이 연구는 법원의 심신장애 판단 중 일반인들이 쉽게 납득할 수 없는 사례들이 존재한다는 문제의식 하에 일반인들도 공감할 수 있는 법원의 심신장애판단이 이루어지게 하기 위한 정책적 제언을 도출할 목적으로 수행되었다.

대상 판결문 분석 결과, 정세중·신관우(2017)의 연구는 법원이 공판과정에서 적법한 증거조사를 통해 수집한 자료를 통해 나타난 ‘정신장애 등’ 생물학적 요소와 “범행동기, 수단, 방법, 경위, 전후 행동(정황), 기억, 죄질, 전과, 연령, 환경, 범행횟수, 내용, 태도, 경력, 교육정도, 성장과정, 가족관계 등” 심리적 요소를 종합하여 규범적인 판단을 내리는 ‘혼합적 방법’을 통해 심신장애인을 판단하여 책임능력의 요소와 양형의 조건으로 활용하고 있으나 이에 대한 판정방법과 판정기준을 명확하게 제시하지 못하고 있다는 결론을 내리고 있다. 특히 동일한 정신장애를 주장하는 사안에서도 신뢰성과 타당성을 담보할 수 있는 일관성을 보여주지 못한다는 점을 비판하였다. 또한 정신감정의 필요성과 관련하여 상반된 판결문이 존재하는 등 심신장애인 판단을 위한 조사방법 채택에도 일관성과 신뢰성이 없으며, 보안처분 판단을 위한 조사의 실시 여부도 법원의 재량에 맡겨져 있어 조사방법 채택에 자의성이 나타날 개연성이 높다는 점을 지적하였다. 나아가 공정한 재판을 보장하고 적법한 재판을 받을 권리 실현을 위한 상소 사유 판단을 위해 「형사소송법」에서 재판의 이유와 형식적 사항 등을 기재하도록 의무를 부여한 취지에도 불구하고, 분석 대상 판결문 54건 중 13건이 해당 심급에서 구체적인 판단의 이유 제시 없이 원심의 판결이유나 이전 심급의 증거를 통해 책임능력의 여부를 결정하는 등 책임능력에 대한 구체적인 판단의 근거와 내용을 알기 곤란한 판결이 다수 존재한다는 점 또한 확인하였다.

이러한 분석 결과를 바탕으로 정세중·신관우(2017)의 연구는 다음 세 가지 개선방안을 제안한다. (1) 공판 과정에서 심신장애를 판단하는 경우 생물학적 요소인 ‘심신장애’를 ‘정신장애’ 개념으로 보아 반드시 ‘정신감정’을 의무적으로 실시하도록 하고 심리적 요소는 생물학적 요소에 따라 일반인의 행위능력을 기준으로 비교적 계량적이고 객관적인 평가척도에 의한 평가하는 방식으로 혼합적 방법에 의한 판단 과정을 체계화할 것, (2) 생물학적 요소의 조사에 대한 표준화된 절차를 갖추고 감정 결과에 대한 타당성을 검증할 수 있는 시스템을 구축함으로써 생물학적 요소인 정신장애의 판단 기준과 검사 방법에 대한 일관성을 확보할 것, (3) 책임능력 여부를 판단한 법원이 책임능력사건의 판결이유에 반드시 심리하여야 하는 ‘필요적 심사 항목’을 법제화함으로써 심신장애인 판단기준과 그 근거를 판결문에 명시하도록 할 것. 연구는 ‘필요적 심사 항목’의 내용으로 ‘책임능력 주장의 당사자’, ‘주장 원인’, ‘생물학적 요소의 조사방법’, ‘심리적 요소의 심리사항’, ‘결론’ 등을 제언하였다.

3) 정세중·신관우(2017), 법원의 심신장애인 판단경향과 시사점 - 판결문 분석을 중심으로, 한국범죄심리연구 13(4), 167-184

신관우(2019)⁴⁾는 개별 사건에서 법원이 심신장애를 원인으로 사물변별능력 또는 의사결정능력의 정도에 대한 판단을 하는 경우 어떤 요인을 채택하여 결론에 이르렀는지 분석하는 선행연구가 부족하다는 문제의식 하에 심신장애인 판단에 대한 판결 내용 중 심신장애인 여부를 판단한 혼합적 방법의 요인 분석을 통해 규범적 판단의 실태를 파악하고자 하였다. 신관우(2019)는 2018년 법원이 법고를 시스템을 통해 통개한 형사판결 116건 중 심신장애 관련 판결을 3건 확인한 후(검색키워드: “심신장애, 심신미약, 심신상실”) 그중 2개의 판결문을 분석하였다.

첫 번째 분석 대상 판결인 교도소 수용자 상해 사건의 피고인은 ‘충동조절장애와 불안장애 등의 정신장애 내지 그 치료를 위해 복용한 약물의 부작용’으로 인한 심신미약을 주장하였고, 법원은 ‘① 정신장애로 인하여 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지’와 ‘② 약물부작용으로 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지’ 여부를 심리하여 심신미약 주장을 배척하였다. 연구는 세부적인 진단명이 확정되어야 심신장애인 여부에 대한 구체적인 판단이 가능함에도 위 판결이 세부 진단명(병적 방화, 병적 도벽, 간헐적 폭발장애 등)이 아닌 대범주인 충동조절장애라고 명시한 포괄적 진단을 통해 생물학적 요소를 인정한 점을 비판적으로 평가하고 있다. 나아가 피고인이 충동조절장애와 함께 불안장애, 발작, 불면증에 대하여 진단받은 사실을 통해 심신장애를 주장하여 충동조절장애가 다른 심신장애사유와 경합될 수 있는 가능성이 있었고, 충동조절장애가 뇌의 이상과 생리적 결함 등 기질적 요인에 의해서 발병할 여지가 있음에도 불구하고, 법원이 별도의 정신의학적 검사 등을 통해 전문가의 정신감정을 하지 않고 기록만을 근거로 심신미약에 대한 판단을 한 점을 아쉽게 평가하였다.

두 번째 분석 대상 판결인 인천 초등학교 살해사건의 경우 피고인은 ‘아스퍼거 증후군’으로 인한 심신미약을 주장하였고, 이를 심리한 법원은 ‘① 아스퍼거 증후군을 갖고 있는지 불확실하다는 요인’과 ‘② 아스퍼거 증후군이 있다는 것만으로 사물변별능력이나 의사결정능력에 어떠한 영향을 미쳤다고 볼 수 없다는 요인’을 제시하며 심신미약 주장을 배척하였다. 연구는 법률전문가인 법원은 심신장애인을 판단하는 선결 요소인 정신적 장애 등에 대해서는 정신의학 전문가의 의견을 존중하고 최종적으로 규범적 영역에 대해서만 판단하여야 함에도, 위 판결에서 피고인이 아스퍼거 증후군을 갖고 있는지 불확실하다고 판단한 것은 피고인의 생물학적 요소인 아스퍼거 증후군의 유무에 관한 판단을 한 것으로서 심신장애의 판단 법리에 부합되지 않는다는 점을 지적하였다. 반대로 이 사건 1심에서 피고인의 정신감정을 담당한 감정인이 “이 사건 범행이 치밀하게 계획된 것이라면 심신미약의 가능성이 더욱 커질 것”이라는 의견에 관해서는 규범적 관점의 심신장애 법리에 합치되지 않는 법률적 의견에 해당함을 밝히고 있다.

이상과 같은 판결문 분석을 통해 신관우(2019)는 다음과 같은 네 가지 제언을 도출하였다. (1) 충동조

4) 신관우(2019), 心神障礙人 판단에 대한 검토 -2018년 형사판결의 분석을 중심으로-, 한국공안행정학회보 28(1), 105-136

결장애와 같은 정신장애는 세부 진단기준을 통해 확정된 진단명을 통해 심리가 이루어져야 한다. (2) 충동조절장애 등 두 가지 이상의 정신장애가 주장된 경우에 전문가의 감정을 실시하여 생물학적 요소를 확정하여야 한다. (3) 생물학적 요소의 존부에 대한 법원의 판단은 자제되어야 한다. (4) 정신감정의 전문가는 법률적 판단에 대하여 의학적 범위에서 의견을 제시하여야 한다.

정혜옥(2019)⁵⁾은 법학적 관점에서 정신의학 및 심리학을 활용한 심신미약·심신상실 판단 기준을 정리하고자 형법 제10조의 구조에 따라 생물학적 요소와 심리학적 요소에 대한 판단 기준을 차례로 검토하였다. 생물학적 요소에 대한 판단 기준으로 형법 제10조 제1항 법문상 표현은 ‘심신장애’이나, 정혜옥(2019)은 판례의 ‘정신적 장애’라는 용어를 사용하면서, 그 유형을 (1) 병적 정신장애, (2) 심한 의식장애, (3) 정신박약, (4) 기타 중대한 정신적 변성 등 네 가지로 나누고 있다. 심리학적 요소의 경우, 정신장애의 유형별로 각각 증상과 특성이 다르기 때문에 행위 당시에 정신장애(심신장애)로 인하여 위법성인식능력(사물변별능력)이 상실 또는 저하되어 있었는가에 대한 판단은 정신장애의 유형별로 조금씩 달리 하여야 한다.

정혜옥(2019)의 연구에서 정신장애 판단 기준은 미국정신의학회가 제정한 진단기준 DSM-5(Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Version)이다. 정혜옥(2019)은 생물학적 요소가 의학적 관점에서 진단되는 요소를 의미한다고 하면서, 정신장애 여부와 함께 위법성인식능력이나 행위통제능력이 결여되었는가의 여부에 대한 판단은 심리학적 판단기준을 원용할 수밖에 없어 보인다고 주장한다.

그러나 정혜옥(2019)은 한편으로 이러한 판단이 형법 제10조 제1항 또는 제2항에 해당하는가에 대한 결론을 내리는 것이어서 법해석학의 영역에 속한다고 설명한다. 판례의 태도가 ‘형법 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신질환의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다’고 하고 있기 때문이다. 정혜옥(2019)은 심신상실, 심신미약 여부는 법원이 책임지고 판단하여야 할 사항이기는 하지만 심리학적 판단 기준을 잘 활용할수록 바람직하다고 결론 내리고 있다.

정숙희(2022)⁶⁾는 대법원 판결서 인터넷 열람제도를 이용해서 2019년 7월 1일부터 2021년 6월 30일까지 선고된 1심 판결 중에서 주취를 제외하고 ‘심신장애’를 키워드로 검색된 2,311건의 판례 중 214건을 대상으로 하여, 정신장애 범죄자의 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도를 분석하였다.

5) 정혜옥(2019), 책임능력의 법적·심리학적 판단기준, 중앙법학회, 중앙법학 제21집 제4호, 83-126

6) 정숙희(2022), 정신장애 범죄자의 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도 분석, 영남대학교 법학연구소, 영남법학 제55호, 245-278

심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도는 다음과 같이 정리될 수 있다. (1) 법원은 사물변별능력과 의사결정능력을 항상 명확하게 구분하고 있지 않다. 이에 대해 정숙희(2022)는 의사결정능력에 대한 판단은 행위자가 행위의 불법을 인식하였거나 인식했을 수 있었던 경우에만 비로소 이루어지고, 사물변별능력뿐 아니라 의사결정능력도 결여된 상태의 장애는 예외적인 경우라 할 수 있기 때문에 양자를 구분할 필요가 전혀 없는 것은 아니라고 지적한다. (2) 한편으로 법원은 고정적 정신질환이 있는 경우 다른 정신장애와 비교했을 때 의사결정능력의 측면에서 심신미약의 가능성을 넓게 인정하고 있다. 이에 대하여 정숙희는 규범적 판단의 결론이 다를 수 있다는 법관의 판단 존중이 법관의 독자적 권한, 자의적 판단으로 대체해서는 안 된다고 비판한다. (3) 법원이 책임능력이 인정된 행위자의 정신장애를 양형에 반영하는 태도는 첫째, “심신미약 수준에는 이르지 아니하였더라도 다소 저하된 상태에 있었던 것으로 보이는 점”, “정신병력이 이 사건 범행에 일부 영향을 미친 것으로 보이는 점” 등으로 실시하여 정신장애와 범행의 관련성을 유리한 정상으로 판단하는 것이고, 둘째, 정신장애를 단순 건강 상태로서 양형에 반영하는 것이다.

정숙희(2022)는 심신장애 판단에서 법과의 규범적 판단의 타당성을 제고하기 위해 다음을 제안한다. (1) 법원은 책임능력 존부 및 정도를 판단할 때 형법 제10조의 법문에 따라 심신장애 판단에 관한 논증을 구체적으로 명시할 필요가 있고, (2) 논증 과정이 설득력을 가지기 위해서는 심신장애 판단과정에 대한 정신의학과 법학의 협업에 따른 역할 분담을 어떻게 체계화할 것인가는 매우 중요한 문제이며, (3) 역할 분담을 체계화한 후에도 여전히 규범적 판단은 법관의 영역임을 부인할 수 없으나, 법관의 비전문 영역인 정신장애 증상의 범행 영향력에 대하여 감정인의 의견을 배척하거나 수용하는 경우 그 이유 및 근거를 원칙적으로 판결에서 언급해야 한다고 제안한다.

III. 외국 제도 검토

심신장애 판단과 관련하여 독일과 일본의 제도를 검토하였다. 두 국가 모두 우리와 유사하게 피고인에게 정신적 장애가 있는 경우 심신상실과 심신미약을 구분하여 책임능력을 검토하고 있다.

1 독일 제도 검토

가. 책임능력의 판단

독일형법은 책임능력과 관련하여 제20조와 제21조에 다음과 같은 규정을 두고 있다.⁷⁾

제20조【정신장애로 인한 책임무능력(Schuldunfähigkeit)】범행당시 병적인 정신장애, 심한 의식장애 또는 지적장애, 기타 중한 정신이상으로 인해 행위의 불법을 인식하거나 또는 그 인식에 따라 행위하는 능력이 결여된 자는 책임 없이 행위한 것이다.

제21조【한정책임능력(verminderte Schuldfähigkeit)】행위의 불법을 인식하거나 또는 이러한 인식에 따라 행위하는 행위자의 능력이 범행 당시 제20조에 나타난 이유로 인해 현저히 미약한 경우에는 제49조 제1항에 의하여 형이 감경될 수 있다.

독일형법은 책임능력 판단 시 생물학적 방법과 심리학적 방법을 모두 사용하는 혼합적 방법을 채택하고 있다. 독일형법 제20조는 우선 생물학적 요인으로서 병적인 정신장애⁸⁾, 심한 의식장애⁹⁾, 지적장

7) 법무부, 「독일형법」, 2008. 5. 21면 참조. 다만 위 법무부 번역 중 'schwachsinn'을 '정신박약'으로 번역한 부분은 '장애인복지법'상 변경된 용어인 '지적장애'로 수정하였음.

8) 입증할 수 있거나 추정할 수 있는 신체적 원인에 기인한 정신적 결함으로, 전통적인 정신적 질병개념에서 말하는 정신적 결함을 지칭한다. 외인성 정신병과 내인성 정신병이 포함된다. 최민영·유진(2017), 「형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구」, 한국형사정책연구원 연구총서, 82면 참조

9) 정상심리학적인 흐려짐 혹은 자신감이나 외계의식의 부분적 차단을 말하며 병리학적 원인을 가지지 않은 것을 말한다. 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 82면

에¹⁰⁾, 기타 중한 정신이상¹¹⁾이라는 네 가지 요인을 조문에 열거하고 있다. 그리고 이러한 생물학적 요인이 존재하는 경우 이를 기초로 하여 불법을 변별하는 인식능력과 그러한 인식에 기초하여 행위하는 제어능력이라는 심리학적 요인을 다시 평가하는 구조를 취하고 있다. 이때 생물학적 요인과 심리학적 요인은 서로 다르게 평가된다. 일반적으로 생물학적 요인이 전문가의 감정에 의해 확인되면 책임무능력이 강하게 추정되지만, 심리학적 요인은 판사에 의해 주관적으로 평가되는 것으로 어느 정도의 경험적 수준을 요구한다.¹²⁾ 한편, 독일형법 제21조는 생물학적 요인을 책임무능력과 동일하게 보면서, 심리학적 요인인 인식능력과 제어능력이 범행 당시 제20조에 나타난 이유로 인해 “현저히 미약한 경우”에 형이 감경될 수 있다고 규정하고 있다.

결국 독일형법 제20조 또는 제21조 해당 여부를 판단하기 위해서는 두 단계 심사를 거쳐야 한다. 첫째, 피고인에게 독일형법 제20조에서 열거한 생물학적 요인 즉, 정신병리학적 증상에 포함될 수 있는 정신장애가 존재하는지 확인해야 한다. 둘째, 장애의 발현 정도와 그것이 범행 시 행위자의 정신적 기능에 영향을 미쳤는지 여부를 평가해야 한다. 이 때 범행 시 존재하였던 것으로 확인된 정신장애가 구체적인 행위상황에서 어떤 방식으로 피의자 혹은 피고인의 행위에 영향을 미쳤는지, 그리고 그의 인식능력 또는 제어능력에 영향을 미쳤는지에 대해서는 구체적이고 반론의 여지없는 법관의 논증을 필요로 한다.¹³⁾

나. 정신감정 절차와 기준

독일형사소송법은 제7장에 ‘감정인과 검증’의 장을 두고 있으며 책임능력 판단을 위한 정신감정 절차 또한 이에 따른다. 감정인은 공판절차에서는 법관이, 수사절차에서는 검사가 선정한다(독일형사소송법 제73조, 제161a조). 다만 실무에서는 수사단계에서 대부분 정신감정이 이루어지기 때문에 검사가 감정인을 선정하여 감정보고서를 받는 것이 일반적이다. 책임능력과 관련하여 생물학적 요인과 심리학적 요인을 판단하기 위해서는 감정인의 감정을 받는 것이 일반적이나, 병적이지 않은 상태에 있는 피고인의 책임능력을 판단하기 위해 감정을 받을지는 사실심 법관의 의무합치적 재량사항에 속한다.¹⁴⁾ 독일 형사

10) 입증가능한 신체적 원인이 없는 선천적인 지능박약 또는 정신적 발육 흠결에 기초한 지능박약을 의미한다. 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 82면

11) 인격성장애, 노이로제 및 도착증의 가장 중한 발현형식을 말한다. 여기서 중하다는 의미는 한마디로 앞에서 열거한 정신병의 유형에 상응하는 질병으로서의 가치를 가진 것이어야 한다는 의미로 해석된다. 실제 실무에서는 이로 인한 책임무능력은 극히 예외적으로만 인정된다고 한다. 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 82면; 이인영(2010), “책임능력에 대한 판단과 정신감정절차” 『홍익법학』 11(2), 168면

12) 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 82면 참조

13) BGH v. 2016.12.21.- 1 StR 594/16; BGH v. 2017.3.30.- 4 StR 463/16; 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 83면 재인용

14) 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 84면 참조

소송법상 자유심증주의의 원칙으로 법원은 독립적으로 법과 양심에 따라 판결한다(독일 형사소송법 제 261조). 감정인은 법원의 증거조사에서 “법관의 보조인”으로서 역할을 할 뿐이며, 독일연방대법원 역시 감정인의 역할을 “법관의 보조인”(Gehilfe des Richters)으로 보고 있다.¹⁵⁾ 그러나 실무에서 전문감정인의 의견이 판결에 미치는 영향은 크다고 평가된다.¹⁶⁾

정신감정에 포함되어야 하는 최소기준과 관련하여, 최민영·유진(2017)의 선행연구는 독일에서 2000년대 중반 법조인과 연구자 등 25명으로 구성된 연구그룹이 발표한 책임능력 유무를 평가하기 위한 권고안의 내용을 자세하게 소개하고 있는데 일부 내용을 살펴보면 다음과 같다.¹⁷⁾ 먼저 권고안은 법원을 구속하는 지침이 아니며, 법정감정인이 책임능력 유무에 대한 감정서를 전문적으로 작성하고 형사절차 참가자들이 감정서의 신뢰성을 평가하는 것을 용이하게 할 목적으로 작성된 것임을 밝히고 있다.¹⁸⁾

연구그룹이 그간의 독일판례와 학제 간 연구결과로부터 도출하여 권고안에 제시한 책임능력 평가의 5가지 기본원칙은 다음과 같다. 첫째, 검사방법 선택과 관련하여, 감정인은 현재 학문의 발전 상태에 맞는 방법론적 도구를 활용하며, 승인된 절차가 다수 존재하는 경우 감정인이 의무합치적 심사에 따라 적절한 방법론적 도구를 자유롭게 선택할 수 있다. 둘째, 분류체계와 관련하여, 감정인은 일반적으로 사법심리학에서 사용하고 있는 진단 및 통계분류 체계(ICD-10 제5장(F), 국제 정신 장애의 분류, Dilling/Mombour/Schmidt [eds,])를 따른다. 셋째, 정신장애의 정도와 관련하여, 감정인은 문제되는 장애가 ICD-10 또는 DSM-IV-TR의 분류 중 하나 이상의 패턴 또는 혼합된 형태의 특성을 충족한다는 결론에 이르면 정신장애의 정도나 정신장애가 범행에 미친 영향을 결정해야 한다. 특정현상을 위 분류체계의 어느 지점에 위치시킨다는 것이 규범적으로 바로 정신장애의 정도를 의미하는 것은 아니다. 다만 이러한 분류는 일반적으로 완전히 경미한 장애는 아니라는 것을 나타낸다. 넷째, 추적성 및 투명성 원칙과 관련하여, 감정서는 어떤 사실적 근거에 기초하고 있고, 어떤 검사방법과 사고모형을 활용하여 결론에 이르렀는지를 보여주어야 한다. 다섯째, 감정서의 증거기초에 있어 사회적·개인적 요소들은 정신병리학적 현상의 시간적 지속성을 특별히 고려하면서 조사되어야 한다. 공판절차에서 감정서 작성은 이때 발견된 증거를 기반으로 해야 하며 필요한 경우 법원이 제공한 사실적 증거도 함께 제시해야 한다.

15) BGHSt 3, 27 이하; BGHSt 9, 292 이하; 신동일(2004), 「심신장애 판정의 문제점과 개선방안 - 각국의 제도 및 현황과 비교하여」, 한국형사정책연구원 보고서, 41-42면 재인용

16) 신동일(2004), 앞의 보고서, 41면; 안성훈·박학모(2019), 「심신장애 판정 및 치료감호제도 개선을 위한 비교법적 연구」, 대검찰청 연구용역보고서, 49면 참조

17) Axel Boetticher/Norbert Nedopil/Hartmut A.G. Bosinski/Henning Saß, Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten, NStZ, 2005. 57면 이하; 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 85-88면 참조. 권고안을 작성한 연구그룹은 연방법원판사 9명, 연방검사 2명, 범죄학교수 1명, 변호사 1명, 정신과학자 9명, 성의학자 2명, 법심리학자 1명 등 총 25명으로 구성되어 있었다.

18) Axel Boetticher/Norbert Nedopil/Hartmut A.G. Bosinski/Henning Saß, 앞의 논문, 57면 이하; 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 85면 참조

법관이 선고하는 판결의 기초는 공판절차에서 구두로 보고하는 감정서뿐이다. 감정인과 법원은 문서로 작성되는 감정서의 잠정적 성격을 인지하고 있어야 한다.¹⁹⁾

권고안은 또한 감정서 작성 시 포함되어야 할 최소한의 내용으로, 보고서의 구조, 구성 및 범위에 대한 형식적 최저기준과 ICD-10 또는 DSM-IV-TR에 따른 진단방법 사용에 관한 내용적 최저기준을 다음과 같이 제시하고 있다.²⁰⁾

1. 형식적 최저기준

- 1.1 감정의뢰인(검사 또는 법원)과 의뢰사항의 표시
- 1.2 검사의 장소, 시간, 범위에 관한 언급
- 1.3 수집된 정보의 문서화
- 1.4 특별한 검사방법과 문서화방법을 사용한 경우 그에 관한 언급 (예: 영상녹화, 녹음, 통역, 다른 사람을 통한 관찰 등)
- 1.5 정확한 기재 및 인식의 근원들을 상호 분리시킨 재현
 - a.기록, b.감정대상자의 주관적 입장, c.관찰과 검사, d.추가적으로 실시한 검사
- 1.6 해석적·주석적 견해를 명백하게 알 수 있도록 하고, 정보와 발견한 사항의 재구성을 명백히 구분하여 인식할 수 있게 할 것
- 1.7 의학적(정신의학, 정신병리학, 심리학적) 지식과 감정인의 주관적 견해와 추측을 구분할 것
- 1.8 불명확한 점과 난해한 점의 공개와 그로부터 도출되는 결과의 공개 및 필요한 경우 적절한 시점에 감정의뢰인에게 추가적 정보가 필요하다고 고지할 것
- 1.9 참여한 감정인과 그 조력자들의 담당임무와 책임영역을 알 수 있도록 할 것
- 1.10 문헌을 활용한 경우에는 일반적인 인용관행을 유의할 것
- 1.11 명백하게 개관할 수 있도록 목차와 내용을 구성할 것
- 1.12 서면 감정서의 내용이 잠정적이라는 점을 언급할 것

2. 내용적 최저기준

- 1.13 조사의 완전성, 특히 해당되는 특정범죄 및 진단영역에 대한 조사의 완전성 (예: 성범죄의 경우,

19) Axel Boetticher/Norbert Nedopil/Hartmut A.G. Bosinski/Henning Saß, 앞의 논문, 57면 이하; 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 86면 참조

20) Axel Boetticher/Norbert Nedopil/Hartmut A.G. Bosinski/Henning Saß, 앞의 논문, 59면 이하; 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 87-88면, 표 4-6 참조

상세한 성적 병력, 범행에 관한 상세한 서술)

- 1.14 검사방법의 명시. 각각의 방법을 활용하여 획득한 인식내용의 상세한 서술. 일반적으로 보편화되어 있지 않은 방법론이나 도구를 사용한 경우에는 인식의 가능성과 그 한계를 상세히 설명할 것
- 1.15 기초되는 진단체계(일반적으로 ICD-10 또는 DSM-IV-TR)와 관련하여 진단을 실시할 것. 이러한 진단체계와 다른 경우에는 왜, 어떤 다른 체계를 활용했는지를 상세하게 언급할 것
- 1.16 감별 진단적 고려를 한 경우, 그에 관한 내용을 언급할 것
- 1.17 진단된 장애를 통하여 일반적으로 결부된 기능저해가 감정문제에 관련될 수 있다고 판단되는 경우 그 기능저해를 언급할 것
- 1.18 이러한 기능저해가 감정대상자에게 범행 시 존재하고 있었는지, 이를 인정한다면 어느 정도에 달했는지를 검토할 것
- 1.19 정신진단을 형법 제20조 및 제21조에 명시된 생물학적 요소에 정확하게 위치시킬 것
- 1.20 장애의 강도에 관한 평가를 투명하게 기재할 것
- 1.21 인식능력과 제어능력 간의 차이를 고려하면서 범행과 관련되는 기능저해를 언급할 것
- 1.22 달리 판단할 가능성에 관하여 언급할 것

다. 책임능력 판단에 관한 독일연방법원 판례

(1) 인식능력과 제어능력의 판단²¹⁾

독일연방법원은 인식능력 결여의 의미와 관련하여, 확인된 장애상태로 인해 구체적 상황에서 자신의 행위의 외적 상태 또는 가벌성의 기초를 이루는 의미 내용을 인지하지 못한 것을 인식능력의 결여로 보면서 이는 개별적으로 논증되어야 한다고 판시하였다.²²⁾ 또한 인식능력과 제어능력의 관계와 관련하여, 제어능력에 대한 심사는 피의자가 행위의 불법을 인식하였거나 인식했을 수 있었던 경우에만 비로소 이루어지는 것이므로, 책임의 배제는 원칙적으로 불법인식의 결여 및 제어능력의 결여에 의해 동시에 뒷받침될 수 없다는 입장을 취하고 있다. 다만 인식능력뿐만 아니라 제어능력도 결여된 상태의 장애는 예외라고 한다.²³⁾

21) Wolfgang Pfister, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NSTZ-RR, 2017, 161면 이하; 최민영(2019), “정신장애 범죄인의 책임능력 판단과 정신감정”, 『의료법학』 제20권 제2호, 91면 재인용

22) BGH v. 2016.10.13. - 1 StR 445/16.

23) BGH v. 2016.6.21. - 5 StR 214/16.

(2) 정신감정과 사실심 법관의 논증의무²⁴⁾

사실심 법관이 책임능력에 관한 전문감정인의 의견에 제한적으로 동의하는 경우, 법관은 판결에서 자신의 결론과 감정서와의 관계, 자신의 결론을 도출하게 된 과정에 대한 설명을 상세히 하여야 한다.

(3) 정신장애에 관한 입증책임²⁵⁾

독일연방법원은 책임능력 판단에 “의심스러울 때에는 피고인의 이익으로” 원칙을 적용해야 한다는 입장이다. 독일연방법원은 피고인의 병적인 관심 및 행동의 양태에 비추어 피고인에게 정신분열적 인격장애가 존재한다고 볼 근거가 존재한다는 전문가의 의견이 있었으나 피고인이 인격 영역에서의 심리 진단 테스트를 받지 않아 이에 관해 확실한 판정을 내릴 수 없었던 사건에서, 원심법원이 제어능력의 완전한 상실을 가져왔을 수도 있는 조현형 인격장애의 존재에 대한 명백한 증거가 제시되지 않았다는 이유로 책임무능력을 배제한 것은 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙에 부합하지 않는 것이라고 보았다. 위 법원은 “원심법원이 형법 제20조에 따라 피고인의 책임능력을 완전히 배제시킬 것인가에 대한 판단을 내림에 있어 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙을 위반한 것은 아닌지에 대한 의심이 존재한다. 즉, 증거에 대한 평가를 마친 후에도 정신적 예외상태의 유형과 정도에 대하여 여전히 제거되지 않는 객관적 의심이 남아 있다면 행위자에게 유리하게 판단해야만 한다”고 판시하며 원심법원 판결 중 형량 부분을 파기하였다.

2 일본 제도 검토

가. 심신장애 규정 및 의료관찰법

일본에서 심신장애인의 형사책임과 관련된 규정은 형법 제39조에 있다. 일본 형법 제39조의 조문 제목은 ‘심신상실 및 심신모약²⁶⁾’으로 제39조 제1항은 ‘심신상실자의 행위는 벌하지 아니한다’, 제2항은 ‘심신모약자의 행위는 그 형을 감경한다’라고 규정한다. 일본 형법은 심신미약자에 대해서도 필요적 감경을 하도록 하고 있어 전체적인 내용은 2018. 12. 18. 개정 전의 우리 형법 제10조 제1항 및 제2항과

24) BGH v. 2016.4.20.-1 StR 62/16. ; 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 85면 재인용

25) BGH v. 2016.6.14. - 1 StR 221/16; 최민영·유진(2017), 앞의 보고서, 99-100면 참조

26) 우리나라의 ‘심신미약’과 같은 개념으로 볼 수 있으므로 이하에서는 일본어 원문의 심신모약을 심신미약이라고 표기하였다.

유사하다고 할 수 있으나, 심신상실과 심신미약의 개념이나 판단 기준과 관련된 내용을 전혀 규정하고 있지 않다.

심신상실과 심신미약의 개념을 이해하기 위하여 선행연구를 살펴보면²⁷⁾ 일본의 통설은 행위자에 대한 도덕적 비난 및 형사책임을 부담시키기에 족한 인격적 적성이 결여된 경우를 심신상실이라 하고, 이것이 현저하게 감소된 경우를 심신미약이라고 한다. 일본 판례는 정신장애에 기인한 것으로 시비선악을 식별할 능력이 없거나 그 식별에 따라 행동할 능력이 없는 상태를 심신상실로, 정신장애는 아니나 상술한 능력이 결여한 정도에 달하거나 그 능력이 감퇴된 상태를 심신미약으로 정의하고 있는 것으로 보인다. 그리고 책임능력의 판단은 생물학적 요소로서의 정신장애와 변식능력 및 제어능력이라는 심리학적 요소를 기준으로 하여 이루어지고 있다. 여기에서 말하는 사리의 ‘변식능력’이란 우리 형법 제10조에서 말하는 ‘사물을 변별할 능력’을, ‘제어능력’이란 ‘의사를 결정할 능력’을 의미하는 것으로 통상 이해된다.

심신장애 혹은 정신장애인과 관련된 일본의 법률 중 본 연구와 관련하여 참고할 만한 법률로는 ‘심신상실 등의 중대한 타해 행위를 실시한 사람의 의료 및 관찰 등에 관한 법률’(의료관찰법)을 들 수 있다. 의료관찰법은 2003년 7월 16일 법률 제100호로 제정되어 2005년 7월 15일부터 시행되었다. 시행 목적은 심신상실 등의 상태에서 중대한 타해행위를 행한 자에 대하여 그 적절한 처우를 결정하기 위한 절차 등을 정함으로써 지속적이고 적절한 의료 및 그 확보를 위해 필요한 관찰 및 지도를 실시하여 그 병리의 개선 및 유사한 행위의 재발 방지를 도모하고, 사회 복귀를 촉진하는 것이다.

의료관찰법²⁸⁾의 적용 대상자는 6가지 중대한 타해행위(살인, 방화, 강도, 강간, 강제추행, 상해(상해 외에는 미수를 포함))를 저지른 자로 형법 제39조의 심신장애가 인정되어 불기소처분을 받았거나 형법 제39조 제1항에 따라 무죄의 확정판결을 받았거나 동조 제2항에 따라 형이 감경되어 실형을 선고받지 않은 사람이다. 법원은 검사가 대상자에 대한 의료관찰법에 따른 처우를 신청할 경우 감정입원을 명하게 되며, 처우를 결정하기 위한 심판은 지방법원의 재판관 1명과 ‘정신보건심판원’이라고 불리는 정신과 의사 1명(감정의와는 다른 의사)의 합의체에서 결정된다. 법원은 이 과정에서 ‘정신보건참여원’이라는 정신보건복지사에게 정신보건복지의 관점에서 처우의 필요 여부와 내용에 대해 의견을 요청하도록 하고 있다.

이처럼 의료관찰법은 우리나라의 ‘치료감호 등에 관한 법률’과 그 시행 목적 등에 있어서는 유사한 측면도 있으나 대상자의 범위가 협소하고, 감정입원 절차가 명시되어 있으며, 판사와 정신과 의사의 합의체에서 처우가 결정된다는 점 등에서 상당한 차이를 나타내고 있다.

27) 최민영·유진(2017), 「형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구」, 한국형사정책연구원, 55-56면

28) 의료관찰법의 전반적인 내용을 확인하고자 할 경우 최민영·유진(2017) 59-63 참조

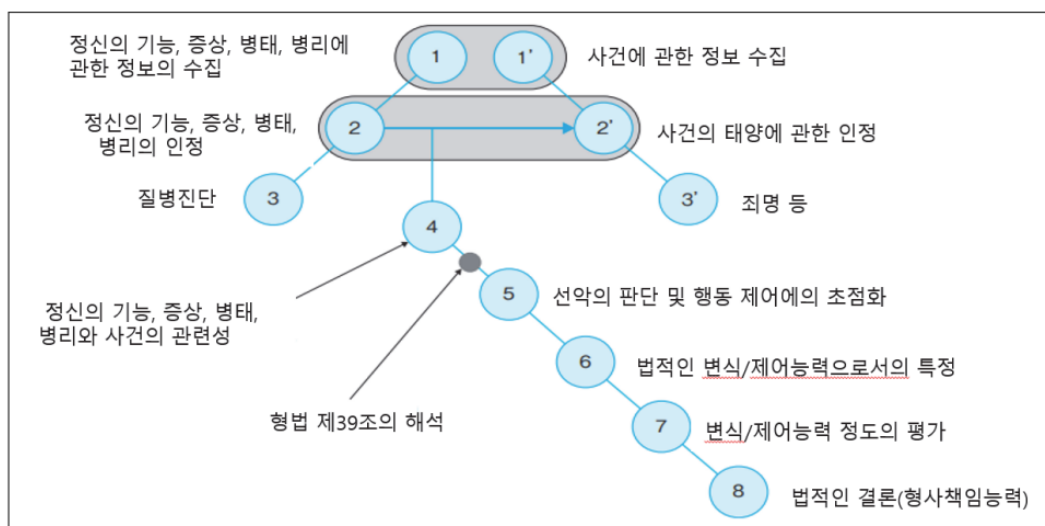
나. 책임능력 판단구조와 정신감정에서의 착안점

(1) 8단계 책임능력 판단구조

일본은 책임능력의 판단에 있어 8단계 판단구조를 고안하여, 현재 공판절차뿐 아니라 공판 전 준비절차에서도 일부 활용되고 있는 것으로 알려져 있다.²⁹⁾

이를 차례로 살펴보면, 먼저 일본의 책임능력판단구조는 정신과 진단에서 최종 판단까지를 8단계로 나눈다. 책임능력의 판단은 1~4단계의 의학적 판단을 기초로 5~8단계의 법률적 판단을 거쳐 이루어지게 된다. 이 중 1~3단계의 좌측은 전문감정인이, 우측은 법관이 담당하게 되는데 1~2단계는 완벽하게 독립되지 않으며 상호 협력을 요하는 절차이다.

〈형사책임능력의 판단 구조를 나타내는 8단계 모델〉³⁰⁾



이 8단계 모형을 제안한 타카유키 오카다(岡田 幸之, 독립행정법인 국립정신·신경의료연구센터 정신보건연구소 소속)는 2013년 발표한 논문에서 각 단계에 관하여 다음의 표와 같이 설명하고 있다.³¹⁾

29) 김잔디·엄주희(2023), “일본의 책임능력 판단 구조 및 기준에 관하여”, 『형사법의 신동향』, 통권 제81호, 136면

30) 김잔디·엄주희(2023), 137면

31) 岡田 幸之(2013), “責任能力判断の構造と着眼点-8ステップと7つの着眼点-”, 『精神神経学雑誌』 115권 10호, 1065면

〈책임능력판단의 구조〉

단계	내용
① 정신기능이나 정신증상에 관한 정보 수집	정신 기능과 정신 증상에 관한 다양한 정보를 수집하고 정리한다. 가족력, 생활력, 병력, 심리학적·의학적 검사, 면접기록 등 감정서의 대부분이 이에 해당한다.
② 정신기능이나 정신증상(건강 ³²⁾ 부분 포함)의 인정	①을 정신의학적으로 평가하여 정신기능의 평가나 정신증상을 특정한다. 무엇을 어떤 이상이나 정상이라고 보는가라는 증후학의 적용이 행해진다.
③ 질병 진단	②에 전통적 진단의 ‘질병 개념’이나 조직적 진단의 ‘진단 기준’을 적용하여 진단을 특정한다. 의학적 타당성을 확인하는 의미가 있지만 질병 개념이나 진단 기준은 절대 보편적 진리와 같은 것은 아님에 주의가 필요하다.
④ 정신의 기능, 증상, 병태, 병리(건강부분 포함)와 사건의 관련성	②(③이 아님)가 사건에 어떻게 영향을 마쳤는지를 구체적인 이야기로 묘사한다. 감정이라는 사실 판단의 핵심 부분이며, 그 요지가 감정주문이 될 수 있는 것이다.
⑤ 선악의 판단이나 행동의 제어에의 초점화	④ 중 선악의 판단이나 행동의 제어에 관계되는 부분에 주목하여 정리한다. 예를 들어, 동기의 어떤 부분에 정신 증상과 정상 심리가 어떻게 영향을 미쳤는지 등에 초점을 맞추어 정리를 한다.
⑥ 법적인 변식·제어능력으로서의 특정	⑤에 다시 법적인 해석과 맞추어 ‘변식 능력’, ‘제어 능력’으로 보아야 할 요소를 구체적으로 특정한다.
⑦ 변식·제어능력 정도의 평가	손상 정도가 ‘상실’, ‘현재’ 혹은 그것에 도달하지 않았는지에 대해 법적으로 평가한다.
⑧ 법적인 결론	⑦을 최종적인 책임능력의 법적 결론, 즉 ‘심신상실’, ‘심신미약’, ‘완전책임능력’의 3분류로 정리한다.

(2) 감정서 작성시의 7가지 착안점

타카유키 오카다는 이 논문에서 형사책임능력은 ①②③⑧이 아니라 ①②④⑤⑥⑦⑧의 흐름으로 결정되며 감정의견의 핵심은 ④임을 강조하였다. 그리고 이 ④ 단계에서 감정의가 정신장애와 사건의 관련성에 대해 설명을 할 때 이른바 ‘7가지 착안점’을 이용할 수 있다고 한다.³³⁾

7가지 착안점 개념이 상세하게 정리되어 있는 자료가 「형사책임 능력에 관한 정신감정서 작성 안내」이다.³⁴⁾ 이 정신감정서 작성 안내는 2005년에 처음 만들어졌는데 후생노동과학연구비 보조금 사업(마음건강 과학 연구 사업)의 “촉법행위를 한 정신장애인의 정신의학적 평가, 치료, 사회복귀 등에 관한 연구” 중 “책임 능력 감정에 있어서의 정신 의학적 평가에 관한 연구”에서 처음 정리되었다. 이후 2006년~2008년 후생노동과학연구비 보조금 사업(마음건강 과학 연구 사업)의 “타행위를 한 정신 장애인의

32) 健康: 심신에 병이나 장애가 없는 것, 건강, 정상을 뜻한다.

33) 岡田 幸之(2013), 1067, 1069

34) <https://www.ncnp.go.jp/nimh/chiiki/tool/07.html>, 鑑定書作成の手引き(ver.4.0)

진단, 치료 및 사회복귀 지원에 관한 연구”의 분담 연구반 “타해행위를 실시한 자의 책임능력 감정에 관한 연구”를 통해 매년 개정되었고 2008년에 총판관(ver. 4.0)이 만들어졌다. 이 연구들이 실시된 동기는 ‘감정의 표준화’와 우리나라의 배심원 제도와 유사한 ‘재판원 제도’에 대한 대비가 필요하다고 보았기 때문인데 앞서 살펴본 의료관찰법의 시행 역시 영향을 끼친 것으로 보인다.

7가지 착안점은 정신장애와 사건과의 관계를 정리하고 법정에서의 추궁에 대비하기 위한 목적으로 만들어졌다. 즉, 법률가가 아닌 정신과 의사인 감정인이 법률가에게 받은 법한 질문을 상정해 법률가가 납득할 수 있는 감정서의 로직, 정리 도구로서의 의미를 가지고 있으며 총판관에서 ‘권장’ 사항에서 ‘참고’ 사항으로 위치가 변경되었다.

〈정신감정서 작성을 위한 7가지 착안점〉³⁵⁾

착안점	내용	설명
A. 동기의 이해가능성/불가능성	범행동기(그 이해할 수 없음)로 보는 정신의 장애와 그 외의 영향	어떤 동기에 의한 범행인지를 묘사하고, 그 동기에 정신 병리가 어떻게 영향을 미치는지, 혹은 정신 병리라고는 할 수 없는 보다 일반적인 심리로 설명되는 것에 어떻게 영향을 주는지를 설명한다.
B. 범행의 계획성/돌발성/우발성/충동성	범행에 이르는 행동(그 계획성이나 충동성 등)로 보는 정신의 장애와 그 외의 영향	사건의 구체적인 형태로 볼 수 있는 계획성, 돌발성, 우발성, 충동성 등의 면에 정신 병리가 어떻게 영향을 미치는지, 혹은 정신 병리라고는 할 수 없는 보다 일반적인 심리로 설명되는 것에 어떻게 영향을 주는지를 설명한다.
C. 행위의 의미·성질, 반도덕성, 위법성의 인식	자신의 범행의 의미나 도덕이나 법률에 의한 선악의 이해 등으로 보는 정신의 장애와 그 외의 영향	해당 행위에 어떤 의미를 붙이는가, 그것에 대해 법적 혹은 도덕적으로 어떤 인식을 가지고 있었는가, 그러한 인식에 정신 병리가 어떻게 영향을 미치는지, 혹은 정신 병리라고는 할 수 없는 보다 일반적인 심리로 설명되는 것에 어떻게 영향을 주는지를 설명한다.
D. 정신장애로 인한 면책가능성 인식	범행에 대한 “정신장애를 이유로 처벌을 면할 수 있다”는 생각의 영향	자신의 정신 상태를 어떻게 이해하고 있는가, 이른바 병식이나 병감은 어떠했나, 정신장애에 의한 면책의 가능성을 인식하고 있었는가, 그 인식이 동기에 어떻게 영향을 미쳤는가.
E. 원래 또는 일반 인격에 대한 범행의 이질성·친화성	범행에 대한 본래의 성격이나 평소의 성격의 영향	이 항목에서는 범행이 당사자의 인격과 비교하여 이질적인 것인지 친화적인 것인지를 검토한다. 다음 두 가지 관점이 필요하다. (1) 원래의 인격을 비교의 대상으로 하여 조현병이나 만성 각성제 사용의 결과로 보이는 소위 발병 후 인격변화가 있는 경우에 발병 전과 비교하여 인정되는 인격(성격)의 변화가 사건과 어

35) 岡田 幸之(2013), 1068

착안점	내용	설명
		<p>떻게 관련되어 있는가.</p> <p>(2) 범행이라는 비교적 단기간의 인격이나 정신기능 전반을 그 이전이나 이후의 비교적 긴 시간의 그것과 비교했을 때에 이질적이거나 단절되어 있는 듯한 모습이 있고 그러한 사정에 의해 시사되는 인격의 상태나 정신 기능이 사건과 어떻게 관련되어 있는가, 예를 들면 약물의 급성 중독이나 조현병의 급성 착란으로 보일 가능성이 있는가.</p>
F. 범행의 일관성·합목적성/비일관성·비합목적성	범행시의 행동(그 일관성, 합리성, 합목적성 등)으로 보는 정신장애와 그 외의 영향	<p>범행의 일관성이나 합목적성에 문제가 있을 때 거기에 정신의 장애가 어떻게 영향을 미치고 있는가, 범행 의도의 형성이 불명확하고 충동적, 우발적인 행동의 결과로서 범행이 돌출한 것(급성 정신병에 의한 혼란의 외중에 생긴 범행 등)으로, 비합목적적인 행동이나 기묘함이 보인다고 평가되는지 등, 단기적인 시점과 장기적인 시점으로 나누어 논하는 편이 좋은 경우도 있다.</p> <p>또 어떠한 범행을 완수하였다면(법률상으로는 ‘미수’라고 하더라도) 어떠한 점에서 합목적적인 행동을 취할 수 있다. 예를 들어 망상에서만 유래하는 병적인 목적을 달성하기 위한 범죄라도 그 행동에는 합목적성이 반드시 발견된다. 합목적성을 지나치게 추구하는 것은 피해야 한다.</p>
G. 범행 후의 자기 방어·위험 회피적 행동	범행 후의 행동(자신의 몸을 지키는 행동, 도주, 은폐 등)으로 보는 정신장애와 그 외의 영향	범행 후의 도주나 증거인멸 등의 행동에 정신 장애가 어떻게 영향을 주고 있는가. 사후 행동을 보기 때문에 범행 시점에서의 능력을 그대로 반영하지 않는 경우가 있으므로 주의가 필요하다.

7가지 착안점의 활용과 관련해서는 다음과 같은 주의사항이 붙어 있다.³⁶⁾

- 7가지 착안점에 대해서는 ① 항목 간에 그 중요도가 동등하지 않다는 점, ② 각 항목은 독립적인 것이 아니라 항목 간에 서로 겹치는 경우도 있다는 점, ③ 어느 하나의 항목에 해당한다거나 몇 항목에 들어맞는다는 것으로 형사 책임 능력을 판단하는 것은 아니라는 점, ④ 각 항목에 대해 한 방향으로만 보는 것이 아니라, 중립적(neutral) 시점에서 평가할 필요가 있다는 점(예를 들어 동기의 양해 가능성뿐만 아니라, 양해 불가능성에도 눈을 돌릴 것), ⑤ 사건에 따라서는 전혀 검토할 필요가 없는 것도 있다는 점, ⑥ 검토를 해도 명확하게 말하기가 어려운 경우가 있을 수도 있다는 점 등에 주의해야만 한다.

36) <https://www.ncnp.go.jp/nimh/chiiki/tool/07.html>, 7つの着眼点整理表

- 이들 항목은 어디까지나 ‘관점’으로서 제시하는 것으로 ‘기준’과 같이 취급되어야 하는 것이 아니다. 변식능력이나 제어능력의 정도, 혹은 형사책임능력에 대한 결론을 이끄는 것도 아니다. 이들 항목 중 어느 하나라도 누락되거나 충족되면 형사책임능력이 인정된다거나 상실되었다고 판단할 수 있는 것이 아니다.

한편 일본 최고검찰청 정신감정연구회는 「형사책임 능력에 관한 정신감정서 작성 안내」를 참고로 하여 수사단계에서의 본 감정³⁷⁾에서 활용할 수 있는 정신감정보고서 예시를 개발하여 공개하고 있다.³⁸⁾ 이 정신감정보고서 서식은 본 보고서 부록 2.에서 확인할 수 있다.

다. 일본의 심신장애 인정 판례

일본의 판례를 통해 발달장애인의 형사책임능력과 양형판단을 살펴본 선행연구³⁹⁾에서는 심신미약이나 심신상실이 인정된 판례와 인정되지 않은 판례를 나누어 살펴보고 있다. 이 연구에서 소개하고 있는 심신미약이나 심신상실이 인정된 판례를 인용하면 다음과 같다.

먼저 심신미약이 인정된 판례로 東京立川地判 平成23年5月30日 소위 ‘多摩川連屬ホームレス襲撃事件(타마가와 연속 노숙자 습격사건)’을 들고 있다. 이 사건은 피고인이 2009년 1월 2일, 고속도로 고가 아래에서 71세의 남성 노숙자의 머리를 철 파이프로 때려 사망하게 하고 2007년 6월, 2008년 6월에도 같은 방식으로 60대 노숙인에게 상해를 입힌 사건이다.

법원은 피고인에게 경도 지적장애와 중증도 자폐성장애가 있음을 인정하고 범행동기의 이해 가능성에 관하여 자폐성장애의 특성 등을 고려하지 않으면 이해하기 어렵다고 보았다. 다음으로 위법성의 인식에 관하여는 경찰에 붙잡히고 싶지 않다거나 교도소나 병원에 갇혀 버린다는 정도의 인식에 그칠 뿐, 피해자의 고통이나 범행의 사회적 의미는 인식하지 못한다고 보았다. 이러한 점들을 통해 피고인의 사리변식능력의 감퇴는 현저한 정도에 이르렀다고 판단하였으나 행동제어능력의 경우 범의의 발생 시점부터 실행까지 상당한 시간적 간격이 있었고 범행에 일정 정도의 계획성이 있었으며 체포를 피하기 위한 어느 정도 합목적적인 행동을 취하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 행동제어능력의 감퇴는 현저한 정도에 이르지 않았다고 보아 심신미약을 인정하였다.

37) 일본의 정신감정은 수사단계에서 이루어지는 기소 전 간이감정과 본감정, 기소 후 이루어지는 공판 감정으로 구분된다.

38) https://www.kensatsu.go.jp/saiban_in/shiryousyuu.htm

39) 홍태석·권양섭(2020), “일본에 있어 발달장애인의 형사책임능력과 양형판단”, 『의생명과학과 법』, 제24권, 97-101면

그러나 이 판결의 항소심(東京高判 平成24年 3月5日)에서는 원심을 파기하고 피고인의 심신미약을 인정하지 않았다. 먼저 위법성의 인식과 관련하여 범죄가 노출되면 경찰에 잡혀 감옥에 갇히는 행위라는 인식이 있었다면 위법성의 인식이 있었다고 판단하였다. 범행 동기의 이해 가능성과 관련해서는, 조바심을 해소하기 위한 것이라는 동기는 자폐성장애를 고려하지 않더라도 이해가 가능하다고 판단하였다. 이에 따라 피고인에게 미필적 고의를 인정했고, 자폐성장애로 사리변식능력 및 행동제어능력이 어느 정도 감퇴하고 있었던 것은 분명하나 현저히 감퇴하지는 않았다고 보았다.

東京地判 平成20年5月27日 判時 第2023號 158頁 판결은 아스퍼거 장애와 이 장애를 기반으로 하는 해리성 장애를 겪는 피고인이 여동생을 살해하고 시신을 절단한 사안으로 법원은 살인죄에 대해서는 심신장애를 인정하지 않았으나 사체손괴죄에 대해서는 해리성 장애로 인한 심신상실상태에 있었다고 무죄로 판단하였다. 사체손괴죄와 관련된 법원의 판단을 보면 피고인이 해리성 동일성 장애로 인하여 본래 인격과는 다른 인격상태에 있었을 가능성이 있어 피고인은 사체손괴시의 기억이 거의 없고 본래 인격과는 다른 인격 상태의 존재에 대하여 인지하고 있지 못하여 행동제어능력이 없다고 보았다. 이러한 판단은 7가지 착안점 중 특히 'E. 원래 또는 일반 인격에 대한 범행의 이질성·친화성'과 밀접하게 관련된 것으로 생각된다. 다만 이 판결 역시 항소심에서 파기되어 사체손괴에 대해서도 책임능력이 인정되었다.

大阪高判 平成21年3月24日 사례는 아스퍼거증후군과 현저한 환각망상 등 정신질환을 가지고 있었던 학원강사가 강의실에서 초등학생인 피해자를 칼로 찔러 살해한 사건의 항소심이다. 법원은 범행 상황에 특별히 부자연스럽거나 불합리한 점은 없었고(범행의 합목적성) 계획적으로 범행의 준비를 하고(범행의 계획성), 피해자 살해의 동기가 이해 불가능하다고 할 수 없고(동기의 양해 가능성), 위법성도 인식하고 있었다(위법성 인식)고 보았다. 반면 흉기의 사용 상황에 관한 피고인의 인식 또는 기억에 중대한 변형이 있었다는 점, 진짜 피해자라는 초현실적 존재를 상정하고 피해자를 죽이면 현실의 피해자도 없어질 것이라는 등의 비현실적인 인식(평소 인격에 대한 범행의 이질성)을 가지고 있었던 점 등을 들어 사리변식능력 및 행동제어능력이 현저하게 감소하였다고 보아 피고인의 심신미약을 인정하였다.

이러한 판례들은 모두 피고인이 발달장애인인 판례이기는 하나, 일본은 정신감정서 작성에서 참고하고 있는 7가지 착안점을 실제 책임능력 판단의 요소로 삼고 있다는 점을 확인할 수 있다.

IV. 국내 판결 분석

이하에서는 먼저 형법 제10조 판단 기준에 관한 대법원 판시들을 살펴본 후, 2021년부터 2023년 사이에 확정된 형사판결문들을 구체적으로 분석한다.

1 형법 제10조 판단 기준에 관한 대법원 판시

형법 제10조 제1항은 “심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다”고 규정하고, 제2항에서 “심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다”라고 명시하여 심신장애로 인한 범행의 경우 책임능력 판단의 기준을 제시하고 있다. 제1항에 해당하는 ‘심신상실’은 책임조각사유, 제2항에 해당하는 ‘심신미약’은 책임감경사유에 해당한다.

우리 법원은 ‘심신장애’ 여부를 판단하기 위해서 1차적으로 정신적 장애라는 생물학적 요소를 확인하고 ‘사물변별능력 및 의사결정능력’과 같은 심리적 요소를 검토해야 한다는 소위 ‘혼합적 방법’을 취하고 있다. 이에 따라, 정신장애가 있는 행위자라고 하여도 범행 당시 사물변별능력이 있거나 의사결정능력(또는 행위통제능력)이 있었다면 책임능력이 있는 것으로 평가한다.

이렇듯 심신장애로 인한 책임능력의 조각 또는 감경 사유 존부는 순수한 생물학적 요소에 따른 것이 아니라 생물학적 요소와 심리학적 요소가 혼합되어 있는 규범적 판단 영역이라는 관점에서, 대법원은 ‘전문감정인의 의견에 기속되는 것이 아니라 감정 결과를 포함하여 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 제반 자료 등을 종합하여 법원이 독자적으로 심신장애의 유무를 판단할 것’을 명시하고 있다.

대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1425 판결

형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 판별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물판별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다.

대법원 1996. 5. 10. 선고 96도638 판결

형법 제10조 소정의 심신장애의 유무는 법원이 형벌제도의 목적 등에 비추어 판단하여야 할 법률문제로서, 그 판단에 있어서는 전문감정인의 정신감정결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, 법원으로서서는 반드시 그 의견에 기속을 받는 것은 아니고, 그러한 감정 결과뿐만 아니라 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 제반 자료 등을 종합하여 독자적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 할 것이다.

법원이 판례를 통해 심신상실 및 심신미약 판단에 있어서 참고하여야 하는 요소와 기준으로 제시한 내용을 살펴보자면 다음과 같다.

- 피고인의 심신장애 유무에 대한 판단은 법적 판단이므로 법원은 전문감정인의 감정결과를 중요한 참고자료로 삼되, 그 의견에 반드시 기속되는 것이 아니라 감정결과를 포함하여 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 제반 사정을 종합하여 독자적으로 판단하여야 한다(대법원 1996. 5. 10. 선고 96도638 판결 등 참조).
 - 이때 법원이 고려하여야 할 구체적인 사정에는 “정신질환의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등”이 포함된다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결 등 참조).
 - 생물학적 요소와 관련하여, 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 원칙적으로 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 않는다고 판단하며 그러한 성격적 결함이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있다든지, 또는 다른 심신장애사유와 경합된 경우에 심신장애를 인정할 여지가 있다(대법원 1995. 2. 24. 선고 94도3163 판결, 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도 12689 판결 등 참조).
- 반면, 정신적 장애가 조현병과 같은 고정적 정신질환인 경우에는 범행의 충동을 느끼고 범행에 이

르게 된 과정에 있어서의 범인의 의식상태가 비정신장애인과 같아 보이는 경우에도 범행의 충동을 억제하지 못한 것이 흔히 정신질환과 연관이 있을 수 있고, 이러한 경우에는 정신질환으로 말미암아 행위통제능력이 저하된 것이어서 심신미약이라고 볼 여지가 있다(대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1425 판결 참조).

- 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없는 것이고(대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1425 판결 등 참조), 특단의 사정이 없는 한 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하고, 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유와 경합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있을 것이며(대법원 1995. 2. 24. 선고 94도3163 판결 등 참조), 이 경우 심신장애의 인정 여부는 소아기호증의 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변소의 방법과 태도, 소아기호증 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결 등 참조).
- 심리학적 요소인 ‘사물변별능력’과 ‘의사결정능력’과 관련하여, 판례는 사물변별능력을 ‘사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력’으로, 의사결정능력은 ‘사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력’을 의미한다고 명시한 바 있다. 위 사물변별능력이나 의사결정능력은 판단능력 또는 의지능력과 관련된 것으로서 사실의 인식능력이나 기억능력과는 반드시 일치하는 것은 아니다(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결 참조).

2 분석 대상 판결

가. 분석 대상 판결 선정

본 연구 목적에 따라 분석 대상 판결을 선정하였다. 대법원 인터넷 판결서 열람 페이지⁴⁰⁾를 통해 2021. 1. 1.부터 2023. 12. 31.까지 확정된 형사 사건의 판결문을 검색하였다. 형법 제10조 심신미약과 심신상실에 대한 판단이 모두 실시된 판결문을 검색하되, 피고인이 심신장애가 아니라 범행 당시의 주취 상태를 이유로 심신미약과 심신상실을 주장한 사건은 제외하였다. 이에 “형법&제10조&심신미약&심신상실!음주”를 키워드로 1차 검색하고, 심신상실이 인정되어 무죄 판단을 받은 판결문이 누락되지 않도록 “형법&제10조&심신상실&무죄!음주” 키워드로 2차 검색하였다. 2024. 2. 22. 기준,⁴¹⁾ 위 3년 사이 확정된 판결문은 1차 검색 키워드로 327건, 2차 검색 키워드로 38건 검색되었다. 양쪽에서 중복 검색된 판결들을 하나로 정리하고, 판결문을 수집하여 확인한 후 음주·마약 등을 이유로 심신미약·심신상실 주장을 한 사건들을 제외하였다. 추가로 내용 파악이 필요한 경우 2021년 전에 선고된 1심 판결문이라 하더라도 분석 대상에 포함하였다. 이렇게 해서 총 349건의 판결문을 검토하였다(부록 3. 분석 대상 판결 목록 참조).

판결문을 1차 검토하여 분석 항목을 결정한 다음 2차 검토를 거쳐 판단 이유 실시 정도에 따라 판결문을 A, B, C 세 종류로 구분하였다. 판단 이유를 길게 서술하고 있어 질적 분석이 필요한 판결문을 A로, 판단 이유를 전혀 실시하지 않았거나 대법원 판시만 인용하고 구체적인 사안에 대한 언급 없이 판단한 판결문을 C로, 질적 분석할 정도의 이유 실시는 없지만 시사점이 있는 판결문을 B로 구분하였다. 사건수가 비교적 많은 범죄들인 살인, 상해, 공무집행방해 및 폭행, 성폭력, 절도, 방화 사건 판결문을 질적 분석하였다. 양적 분석에는 총 349건의 판결문을 모두 포함하였지만, 질적 분석은 A로 구분된 판결문을 중심으로 해당 사건의 1, 2심 판결문을 살펴보았다.

나. 분석 항목 결정

수집한 판결문들을 1차 검토하여 분석할 항목을 결정하였다. 먼저 기본 정보로서 범죄 유형의 분포, 피고인의 정신적 장애 유형, 정신감정 여부, 심신미약·심신상실 인정 여부, 형의 결정 내용, 보호관찰·

40) https://www.scourt.go.kr/portal/information/finalruling/peruse/peruse_status.jsp

41) 대법원 인터넷 판결서 열람 페이지의 경우, 민사나 행정 사건과 달리 형사 사건은 판결이 확정되었을 때 검색이 가능하다. 이 때문에 선고 기간을 똑같이 지정해서 검색하더라도 검색 시점에 따라 검색되는 판결문의 수가 달라질 수 있다.

치료감호·치료명령 부과 여부 등 양적 정보를 파악하였다.

1차 검토 후 심신미약과 심신상실에 대한 구체적인 판단 내용이 있는 판결문들을 추려서 그 판단 이유를 질적으로 분석하였다. 질적 분석한 항목은 아래 표와 같다.

〈판결문에 대한 질적 분석 항목〉

구분	질적 분석 항목
심신장애의 인정	어떤 자료를 근거로 정신적 장애를 인정하는가? 의학적 근거를 기초로 판단하는가? 장애와 범행과의 인과관계 판단에서 장애 특성이 어떻게 고려되고 있는가?
대법원 판시 요소	대법원이 판시한 아래의 판단 요소들을 어떤 방식으로 반영하고 있는가? “정신병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 및 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무”(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결)
심신상실	법원은 위의 요소 외에 심신미약을 인정하거나 부정할 때 어떠한 요소들을 고려하는가? 의사가 심신상실 소견을 냈지만 이를 받아들이지 않는 경우 그 근거는 무엇인가?
심신미약	법원은 위의 요소 외에 심신미약을 인정하거나 부정할 때 어떠한 요소들을 고려하는가? 심신미약을 인정하면서도 감경하지 않은 경우 그 이유를 어떻게 설시하고 있는가?
판단의 일관성	심신상실과 심신미약에 대한 판단 요소와 판단 내용은 일관적인가, 아니면 범죄에 따라 달라지는가? 달라지는 경우 어떤 요소 때문에 판단이 달라졌는가?

3 수집된 판결에 대한 양적 분석

먼저 수집한 판결문의 전반적 현황을 살펴본다. 349건의 판결문에서 범죄 유형의 분포, 피고인의 정신적 장애 유형, 정신감정 여부, 심신미약·심신상실 인정 여부, 선고형의 종류, 보호관찰·치료감호·치료명령 부과 여부 등은 아래와 같았다.

가. 범죄 유형의 분포

질적으로 분석할 범죄 유형인 살인, 상해, 폭행, 성폭력, 절도, 방화 범죄별 분포를 살펴보았다. 한 명의 피고인이 여러 범죄를 저지른 경우도 있는데, 전체적 경향을 파악하기 위해 각 범죄들을 중복 집계하였다. 또한 같은 사건의 1, 2심도 중복 집계하였다. 이에 범죄 유형 분포의 합계는 판결문 총수와 같지

않다.

살인 범죄에는 살인, 살인미수, 존속살해, 존속살해미수와 결과적 가중범인 치사 사건(1건)도 포함하였다. 살인미수로 기소됐으나 상해만 인정된 2건⁴²⁾은 제외하였다.

상해 범죄는 기본구성요건에 해당하는 상해죄에 더하여, 특수상해, 존속상해, 상습·존속상해와 결과적 가중범인 치사 사건도 포함하였다. 그러나 행위 유형이 다른 특별법상 치상죄(예컨대 도로교통법위반(도주치상))는 제외하였다. 앞서 보았듯이 살인미수로 기소됐으나 상해만 인정된 2건⁴³⁾을 포함하였다.

폭행 범죄 또한 폭행, 상습·특수·존속·폭행을 모두 포함하였으며, 피해자만 다른 (특수)공무집행방해 범죄도 모두 포함하였다.

성폭력 범죄는 형법상 성폭력범죄(공연음란도 포함)뿐만 아니라 특별법상의 범죄 즉 성폭력처벌법위반⁴⁴⁾, 아동법위반⁴⁵⁾ 등도 포함하였다. 양적 분석 과정에서는 피고인과 피해자와의 관계를 알기 어려워서 스토킹처벌법위반⁴⁶⁾은 제외하였다.

절도 범죄는 형법상 절도(특수절도, 주거침입절도, 상습절도 등)뿐만 아니라 특가법위반(절도)⁴⁷⁾ 등도 포함하였다.

방화 범죄는 형법상 방화만 나타났다.

그 외의 범죄는 모두 기타 범죄로 분류하였다.

분석 결과는 아래 표와 같다. 기타 범죄에 포함되는 범죄 유형이 워낙 다양하기 때문에 기타범죄가 가장 많은 152건으로 나타났다. 기타 범죄를 제외하면 폭행 범죄가 94건 성폭력 범죄 70건, 살인 범죄 65건, 절도 범죄 52건, 방화 범죄 17건의 순으로 나타났다.

〈분석 대상 판결의 범죄 유형(중복 집계)〉

	2021년	2022년	2023년	합계
살인 범죄	36	20	9	65
상해 범죄	16	22	16	54
폭행 범죄	33	28	33	94
성폭력 범죄	24	30	16	70

42) 인천지방법원 2020. 7. 7. 선고 2020고합212 판결 및 같은 사건의 2심인 2021. 9. 9. 선고 서울고등법원 2020노1317 판결

43) 인천지방법원 2020. 7. 7. 선고 2020고합212 판결 및 같은 사건의 2심인 2021. 9. 9. 선고 서울고등법원 2020노1317 판결

44) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반

45) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반

46) 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」 위반

47) 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반

	2021년	2022년	2023년	합계
절도 범죄	17	14	21	52
방화 범죄	3	5	9	17
기타 범죄	55	54	43	152
합계	184	173	147	

나. 피고인의 정신적 장애 유형

전체 판결에서 나타나는 피고인 장애 유형 및 질적 분석하는 범죄 유형별(살인, 상해, 폭행, 성폭력, 절도, 방화) 장애 유형을 살펴보았다. 역시 전체 경향을 파악하기 위해서 피고인에게 장애가 두 개 이상 중복되어 있었던 경우(예를 들어 지적장애인이면서 조현병이 있는 경우) 신체 장애를 제외하고 중복으로 집계하였다. 범죄 유형별 장애 유형도 같다. 따라서 장애 유형 합계는 판결문 총수와 일치하지 않는다.

(1) 전체 판결의 피고인 장애 유형 분포

먼저 전체 판결에서 피고인의 장애 유형 분포는 아래 표와 같다. 조현병·조현정동장애가 155건으로 가장 많았고, 양극성 정동장애가 59건, 기타 장애가 55건, 지적장애가 44건, 알츠하이머·치매가 29건, 우울장애가 20건, 충동(분노)조절장애가 14건, 자폐스펙트럼장애가 13건, 뇌전증이 7건으로 나타났다. 미상도 9건 있었는데, 이 경우는 피고인의 심신미약 주장에 대해서 판단을 하면서도 정작 피고인에게 어떤 심신장애가 있는지를 명시하지 않은 경우이다.

〈전체 판결에서 나타나는 피고인의 정신적 장애 유형(중복 집계)〉

	2021년	2022년	2023년	합계
조현병·조현정동장애	65	56	34	155
양극성 정동장애	28	16	15	59
우울장애	13	3	4	20
충동(분노)조절장애	7	3	2	12
알츠하이머·치매	4	9	16	29
지적장애	22	9	12	43
자폐스펙트럼장애	4	4	5	13
뇌전증	6	1	1	8
기타	21	18	15	54
미상	1	5	3	9
합계	171	124	107	

(2) 살인 범죄

살인 범죄 피고인의 정신적 장애 유형은 아래 표와 같다. 조현병·조현정동장애가 가장 많아서 42건으로 나타났고, 그 다음은 양극성 정동장애가 11건으로 나타났다. 우울장애 6건, 알츠하이머·치매가 4건, 지적장애와 자폐스펙트럼장애가 각 1건이었고, 그 외 기타가 9건, 미상이 1건이었다.

〈살인 범죄 피고인의 정신적 장애 유형 분포〉

	2021년	2022년	2023년	합계
조현병·조현정동장애	22	16	4	42
양극성 정동장애	6	3	2	11
우울장애	5	1	0	6
충동(분노)조절장애	0	0	0	0
알츠하이머·치매	2	0	2	4
지적장애	1	0	0	1
자폐스펙트럼장애	1	0	0	1
뇌전증	0	0	0	0
기타	5	3	1	9
미상	0	1	0	1
합계	42	24	9	

(3) 상해 범죄

상해 범죄 피고인의 정신적 장애 유형은 아래 표와 같다. 살인 범죄와 비슷하게, 조현병·조현정동장애가 23건으로 가장 많고, 그 다음이 양극성 정동장애 9건으로 나타났다. 지적장애 6건, 우울장애 4건, 알츠하이머·치매가 3건, 충동(분노)조절장애 2건, 자폐스펙트럼장애와 뇌전증이 각 1건씩이었고, 기타장애가 12건, 미상이 1건이었다.

〈상해 범죄 피고인의 정신적 장애 유형〉

	2021년	2022년	2023년	합계
조현병·조현정동장애	5	10	8	23
양극성 정동장애	4	3	2	9
우울장애	1	0	3	4
충동(분노)조절장애	1	1	0	2
알츠하이머·치매	0	0	3	3
지적장애	4	2	0	6
자폐스펙트럼장애	0	1	0	1

	2021년	2022년	2023년	합계
뇌전증	1	0	0	1
기타	6	4	2	12
미상	0	1	0	1
합계	22	22	18	

(4) 폭행 범죄

폭행 범죄의 경우에도 조현병·조현정동장애가 36건으로 가장 많이 나타났고, 그 다음이 양극성 정동장애로 25건이었다. 지적장애 10건, 알츠하이머·치매가 5건, 우울장애와 뇌전증이 각 4건, 충동(분노)조절장애와 자폐스펙트럼장애가 각 2건씩 나타났으며, 기타가 20건, 미상이 2건이었다.

〈폭행 범죄 피고인의 정신적 장애 유형〉

	2021년	2022년	2023년	합계
조현병·조현정동장애	12	11	13	36
양극성 정동장애	10	6	9	25
우울장애	3	0	1	4
충동(분노)조절장애	1	1	0	2
알츠하이머·치매	0	1	4	5
지적장애	4	4	2	10
자폐스펙트럼장애	0	0	2	2
뇌전증	5	0	0	5
기타	8	8	3	19
미상	1	1	0	2
합계	44	32	34	

(5) 성폭력 범죄

성폭력 범죄 피고인의 정신적 장애 유형은 아래 표와 같다. 조현병·조현정동장애가 19건, 지적장애가 17건, 알츠하이머·치매가 13건, 양극성 정동장애가 8건, 자폐스펙트럼장애가 6건, 충동(분노)조절장애가 4건, 우울장애가 3건, 뇌전증이 1건으로 나타났다. 기타 4건과 미상이 1건 있었다.

〈성폭력 범죄 피고인의 정신적 장애 유형〉

	2021년	2022년	2023년	합계
조현병·조현정동장애	9	9	1	19
양극성 정동장애	3	1	4	8
우울장애	1	2	0	3
충동(분노)조절장애	1	3	0	4
알츠하이머·치매	2	6	5	13
지적장애	7	5	5*	17
자폐스펙트럼장애	2	3	1	6
뇌전증	0	0	1	1
기타	2	1	1	4
미상	0	1	0	1
합계	27	31	18	

* 2023년 사건 피고인 중 한 명이 정신감정에서 지적장애인이 아니라는 결과가 나와 지적장애로 집계하지 않았다. 이 피고인은 전체 피고인 중에서 유일하게 소아기호증 진단을 받았는데, 소아기호증은 원칙적으로 심신장애가 아니라는 대법원 판단 취지에 따라 기타장애로도 집계하지 않았다.

(6) 절도 범죄

절도 범죄 피고인의 정신적 장애 유형은 아래 표와 같다. 조현병·조현정동장애가 16건, 양극성 정동장애가 11건, 지적장애가 8건, 알츠하이머·치매가 7건, 충동(분노)조절장애가 5건, 우울장애, 자폐스펙트럼장애, 뇌전증이 각 1건이었으며, 기타가 9건, 미상이 2건으로 나타났다.

〈절도 범죄 피고인의 정신적 장애 유형〉

	2021년	2022년	2023년	합계
조현병·조현정동장애	6	5	5	16
양극성 정동장애	5	1	5	11
우울장애	1	0	0	1
충동(분노)조절장애	1	0	2*	3
알츠하이머·치매	0	2	5	7
지적장애	4	2	2	8
자폐스펙트럼장애	0	1	0	1
뇌전증	1	0	0	1
기타	4	3	2	9
미상	0	1	1	2
합계	22	15	22	

* 2023년 사건에서 피고인이 충동조절장애를 주장했던 사건은 3건이었으나, 그중 1건에 대하여 법원은 충동조절장애 자체를 인정하지 않았고,⁴⁸⁾ 이에 위 표에서는 제외하였다.

48) 광주지방법원 순천지원 2023. 11. 2. 선고 2022고단1439 판결

(7) 방화

방화 범죄의 경우 피고인의 정신적 장애는 조현병·조현정동장애 8건, 지적장애 3건, 자폐스펙트럼장애 2건, 양극성 정동장애와 알츠하이머·치매가 각 1건, 기타 6건으로 나타났다.

〈방화 범죄 피고인의 정신적 장애 유형〉

	2021년	2022년	2023년	합계
조현병·조현정동장애	1	4	3	8
양극성 정동장애	0	0	1	1
우울장애	0	0	0	0
충동(분노)조절장애	0	0	0	0
알츠하이머·치매	0	0	1	1
지적장애	1	0	2	3
자폐스펙트럼장애	0	0	2	2
뇌전증	0	0	0	0
기타	2	1	3	6
미상	0	0	0	0
합계	4	5	12	

다. 정신감정 실시 여부

분석 대상 판결 349건 중에서 정신감정을 실시한 판결은 총 92건(26.4%)으로 나타났다. 약 4건 중 1건에 대해서만 정신감정을 실시하는 셈이다.

〈분석 대상 판결에서 정신감정 실시 여부〉

	2021년	2022년	2023년	합계
정신감정 실시	38(27.7%)	28(24.3%)	26(26.8%)	92(26.4%)
[분석 대상 판결수]	(137)	(115)	(97)	(349)

라. 심신미약·심신상실 인정 여부

분석 대상 판결 349건 중에서 피고인의 심신상실을 인정한 사건은 6건(1.7%)이었고, 심신미약을 인정한 사건은 287건(82.2%)이었다. 둘 다 부정하고 심신건재로 판단한 사건도 52건(14.9%) 있었다.

〈심신미약·심신상실 인정 여부〉

	2021년	2022년	2023년	합계
심신미약	116	98	73	287
심신상실	3	1	2	6
심신건재	17	15	20	52
미상	1	1	2	4
합계	137	115	97	349

마. 선고형의 유형

전체 판결 349건에서 무죄가 선고된 사건은 7건이었고, 선고유예도 10건 있었다. 가장 많은 선고형은 징역형으로 151건, 징역형 집행유예가 118건이었다. 벌금형 43건, 벌금형 집행유예가 15건이었다.

〈선고형의 유형〉

	2021년	2022년	2023년	합계
무죄	3	1	3	7
선고유예	4	2	4	10
벌금형	20	11	12	43
벌금형 집행유예	6	5	4	15
징역형	65	48	38	151
징역형 집행유예	38	47	33	118
미상(2심 판결문의 경우)	1	1	3	5
합계	137	115	97	349

바. 보호관찰·치료감호·치료명령 부과 여부

349건 중에서 부가처분으로 보호관찰처분을 한 사건이 93건, 치료감호처분을 한 사건이 42건이었고, 치료명령을 한 사건은 54건으로 나타났다.

〈보호관찰·치료감호·치료명령 부과 여부〉

	2021년	2022년	2023년	합계
보호관찰	32	33	28	93
치료감호	20	14	8	42
치료명령	25	17	12	54
[분석대상 판결수]	(137)	(115)	(97)	

4 질적 분석

다음은 판결 분석 결과이다. 앞서 언급한 것처럼, 판결문을 세 종류로 구분하여 검토하였는데, A로 구분한 판결들 중에서 특히 살펴볼 만한 판결을 선정하여 질적 분석하였다. 질적 분석을 할 정도는 아니지만 A와 B의 판결문에서 반복적으로 나타나는 경향을 간략히 살펴본 후, 살인, 상해, 폭행, 성폭력, 절도, 방화 사건 순서로 질적 분석 내용을 살펴본다.

가. 판결문에서 확인되는 경향

본 연구에서는 판결문 외에 증거기록 등 사건기록을 살펴보지 않았는데, 판결문만으로 모든 사실관계를 파악하는 것에는 당연히 한계가 있다. 법원은 2014. 8. 1.부터 시행된 대법원 재판예규 제1474호 ‘형사판결서 작성방식 적정화에 관한 예규(재형 2014-1)’를 통해 법정 중심의 충실한 심리를 도모하고 형사소송절차에서 공판의 기능을 강화한다는 취지에서 형사 판결서를 짧은 문장을 사용하여 간결하게 작성하도록 하고 있기도 하다.

그러나 사건관계자의 입장에서 판단의 이유가 지나치게 간결하거나 사실상 전혀 기재되어 있지 않은 경우 정확한 논지를 파악하거나 판결을 받아들이기 어려워진다. 연구자의 입장에서도 이러한 판결문은 질적 분석의 대상으로서 전혀 기능할 수 없다. 본 연구를 통하여 확인한 분석 대상 판결문에서 전반적으로 다음과 같은 경향이 나타났다.

(1) 심신장애 주장을 배척하면서도 구체적 이유 설시가 생략되는 점

상당수의 판결문에서 심신장애 주장을 배척하면서도 판단의 요소만 몇 가지 열거할 뿐 이유 설시를 거의 생략하는 경향이 나타났다.

예컨대 피고인과 변호인이 심신상실을 주장한 사건에서 심신미약에 따른 법률상 감경을 하면서 “이 사건 각 범행 전후 경위, 피고인의 정신과 진료 내역, 수사기관과 이 법정에서의 태도와 언행 등을 종합하여 보면 피고인은 범행 당시 정신질환으로 인한 심신미약의 상태에 있었고 ‘심신미약 상태를 넘어서 심신상실 상태였다고 보기는 어렵다’고 판시하는 방식이다(서울북부지방법원 2022. 2. 10. 선고 2019고단2871, 2019고단4873(병합) 판결 등). 이 경우 피고인이 범행 당시 심신상실 상태가 아니었다는 점에 대한 구체적 판단의 이유는 전혀 확인할 수가 없다. 또한 피고인이 자신이 대통령 당선인이라 정권을 인수받기 위해 왔다고 말하며 총 3차례 퇴거불응, 특수진조물침입미수 범행을 한 사건에서도, 법원은 피고인에게 동종 전과가 있어 징역형의 집행유예 외에 보호관찰과 정신질환에 대해 치료명령까지 선고하

면서도 심신상실 주장을 배척한 이유를 “피고인이 조현병 진단을 받고 치료를 받은 적이 있으나, 이 사건 범행 당시 피고인에게 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 전혀 없었다고 보이지는 아니하므로, 피고인과 변호인의 위 주장은 받아들이지 않는다”고만 설시하였다(대전지방법원 천안지원 2023. 9. 14. 선고 2023고단80 판결).

심신미약 주장을 배척하여 심신장애를 전혀 인정하지 않는 경우에도 자세한 이유 설시가 없는 경향이 나타났다. 예를 들어, “피고인이 2015. 9.경부터 알코올 의존증후군, 우울장애, 충동장애 등 진단을 받아 약물치료를 받아 온 사실, 피고인에 대한 정신감정결과 양극성 정동장애로 진단된 사실을 인정할 수 있기는 하다. 그러나 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 동기와 경위, 범행 방법 및 태양, 수사기관과 이 법정에서의 진술 내용 및 태도, 범행 이후의 정황 등을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건범행 당시 정신질환의 영향으로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었다거나 미약한 상태에 있었다고 보이지는 아니한다(설령 피고인이 이 사건 범행 당시 심신미약의 상태에 있었다 하더라도 이는 형법 제10조 제2항에 따라 형을 임의적으로 감경할 수 있는 사정에 불과하다)”와 같이 판단하는 경우다(창원지방법원 2022. 10. 27. 선고 2022고합116 판결).

특히 이 사건에서는 피고인에 대해 정신감정을 실시한 것으로 보이는데, 정신감정에서 심신장애 여부에 대한 의료적 판단을 받았는지, 그 판단의 내용이 어떠했는지에 대해 아무런 설명이 없고, 피고인의 심신장애 주장을 전면적으로 배척한 구체적인 근거는 전혀 확인할 수가 없다. 이러한 경향은 이 사건뿐만 아니라 여러 사건에서 공통적으로 나타났다.

아울러 심신미약의 경우 임의적 감경 사유에 불과하다고 하더라도 감경 여부는 심신미약 여부와는 별개로 판단되어야 하는 쟁점이다. 심신장애 주장의 판단에 관한 내용 중 심신미약이 임의적 감경 사유임을 적시하는 것은 논리적으로도 타당하지 않고, 설사 심신미약이 인정되더라도 감경하지 않겠다는 판단을 보여주는 것일 뿐이어서 적절한 것으로도 생각되지 않는다.

(2) 심신장애와 범행과의 인과관계를 충분히 살피지 않는 점

상당수의 판결문에서 정신적 장애와 범행과의 인과관계에 대한 판단을 찾아보기 어려웠다. 피고인의 정신적 장애를 살펴 심신미약이나 심신상실에 해당하는지 여부를 판단하기는 하나 이러한 피고인의 정신적 장애가 범행에 어떠한 영향을 미쳤는지, 정신적 장애로 인하여 범행이 발생한 것인지에 대한 판단이 생략되는 것이다. 피고인에게 장애가 있는 경우 장애인으로 등록되어 있는 점, 장애의 정도나 장애로 인한 특성 등만을 기준으로 하여 심신장애가 있는지 여부와 그 정도를 판단하고 범행과의 인과관계에 대한 판단은 실시되는 않는 경우, 피고인에게 정신질환이 있는 경우 질환명과 증상, 병력 등을 단순히

나열하여 판단하는 방식이 대표적이다.

피고인에게 정신질환이나 지적장애, 자폐성장애, 정신장애 등이 있는지 여부는 의료적인 판단에 더 가까울 수 있으나 피고인의 정신적 장애가 범행에 영향을 끼쳐 피고인이 범행 당시 심신장애 상태에 있었는지 여부와 그 정도는 법률적 판단으로 책임의 조각 내지 감경 여부에 직접적으로 영향을 끼친다. 동일한 정신질환이나 동일한 수준의 지적장애를 가지고 있다고 하더라도 각 범행에 따라 심신장애 인정 여부는 달라질 수밖에 없다. 민사법에서 의사능력의 유무가 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 하는 것과 마찬가지로(대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다29358 판결, 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결 등).

정숙희(2022)도 이 부분을 동일하게 지적하고 있다. “같은 질환에 의해 범죄를 저질렀다 하더라도, 또는 동일한 진단이라 하더라도 범죄의 원인이 된 핵심 증상이나 그 증상이 행동에 미치는 영향에 따라 심신장애 판단 결과는 달라질 수 있다. 이런 의미에서 정신장애의 진단명이 아니라 정신 증상 등이 범행에 미친 영향의 메커니즘을 파악하는 것이 책임능력 판단의 기초라 할 수 있다.”⁴⁹⁾ 정숙희(2022)는 정신장애 사실을 양형에 반영할 때 다른 유리한 정상들과 함께 단순 병렬하여 표기하는 것에 대해서도 “정신장애의 범행 관련성을 유리한 정상으로 판단하는 실무의 태도를 살펴보면 정신장애의 범행 관련성을 여러 다른 유리한 정상들과 함께 병렬적으로 나열하여 그 중요도를 확인할 수 없고, 정신장애의 범행 관련성만 언급할 뿐 구체적으로 정신장애가 어떻게 범행에 영향을 끼쳤는지는 설명하지 않고 있다. 결국 양형 과정에서 정신장애의 범행 관련성을 파악하기 위해서는 심신장애 판단과정을 거슬러 올라가 살펴볼 수밖에 없지만, 구체적 논증 과정이 생략된 심신장애 판단과정은 정신장애의 양형책임을 묻는 데 한계가 있을 수밖에 없다”고 하여 그 문제점을 지적하고 있다.⁵⁰⁾ 타당한 지적이라고 생각한다.

(3) 심신미약에 따른 감경을 하지 않았으나 그 판단 이유가 생략된 경우

심신미약은 필요적 감경의 대상이 아니므로 법원은 자유롭게 법률상 감경 여부를 결정할 수 있다. 그러나 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술이 있는 때에는 이에 대한 판단을 명시하도록 하고 있고(형사소송법 제323조 제2항) 피고인이나 변호인이 심신미약에 따른 감경을 주장한다면 이에 대한 판단뿐만 아니라 그 판단의 이유도 밝혀주는 것이 바람직하다.

법원은 심신미약이 인정되는 경우 법률상 감경 여부를 결정할 때 범행의 경위, 위험성, 결과 등을 고려하는 것으로 보인다. 심신미약에 따른 법률상 감경을 하지 않기로 결정한 경우 단순히 법률상 감경을

49) 정숙희(2022), 앞의 논문, 249면

50) 정숙희(2022), 앞의 논문, 251면

하여 처단형의 하한을 낮출 필요성이 없다는 정도의 이유가 기재된 예가 있는 반면(대구지방법원 김천지원 2022. 7. 15. 선고 2022고합25, 2022감고2 판결 등), 아무런 이유의 기재가 없는 경우도 있다(춘천지방법원 2022. 1. 18. 선고 2021고단538 판결 등).

임의적 감경이라고 하더라도 심신미약에 따른 감경은 법률상 감경에 해당하므로, 간단하게라도 법률상 감경을 하지 않는 이유가 명시되는 것이 바람직하다고 생각된다.

(4) 장애에 대한 부적절한 표현과 불충분한 이해

심신장애에 대한 판단에 있어 예컨대 ‘정신상태가 온전하지 않다’는 식의 부적절한 표현이 확인되는 경우가 있었다(서울남부지방법원 2022. 6. 16. 선고 2021고단4373 판결 등). 이러한 표현은 소위 ‘정상’에 대한 기준을 상정하여 그에 도달하지 못하는 것을 ‘비정상’ 내지 ‘온전치 않은 것’으로 보는 것일 뿐 아니라 가치판단이 포함된 표현으로, 실제 피고인이 어떠한 정신적 장애를 가지고 있는지를 보여주지 못한다는 문제가 있다. ‘정상’은 평균치를 의미하는 것일 뿐 이를 벗어나는 것이 ‘이상’을 뜻하는 것은 아니다. 이러한 표현은 정신적 장애에 대한 중립적 표현이라고 하기 어렵다.

서울고등법원 2023. 7. 13. 선고 2022노3200 판결(원심: 서울동부지방법원 2020고합43 판결)의 경우 피고인이 자폐성장애와 지적장애를 가지고 있음이 명백하나 ‘지체장애 2급’이라고 판결문에 표시되어 있다. 공소장에 이와 같이 기재되어 있었을 것으로 추정되는데 여전히 현재의 ‘지적장애’를 뜻하는 과거의 ‘정신지체장애’라는 용어와 ‘지체장애’ 사이에 혼동이 발생하고 있는 것이 아닌지 의심된다. 피고인이 지적장애나 자폐성장애와 같은 정신적인 장애 없이 오직 신체적 장애에 해당하는 지체장애만을 가지고 있다면 심신장애가 문제가 될 이유가 없을 것이다. 또 다른 사건 중 피고인이 “중증 자폐로 인한 심한 지적장애가 있고 이 때문에 국립정신건강센터 등에서 장기간 입원 치료를 받은 사실이 인정”된다는 판시가 있었다. 자폐성장애가 지적장애의 원인이 아닌데, 마치 인과관계가 있는 것처럼 서술한 것이다. 피고인에게 중증 자폐성장애 및 중한 지적장애의 중복장애가 있다는 것이라 추정된다.

장애에 대한 법원의 이해가 불충분하지 않은가를 의심하게 하는 사건으로 지적장애인인 피고인에게 치료명령을 선고한 사건이 있다. 이 사건의 피고인은 지적장애인으로, 피해자가 분실한 체크카드로 편의점에서 결제를 하여 사기, 여신전문금융업법위반, 점유이탈물횡령으로 기소되었는데 징역 4월 및 집행유예 2년, 보호관찰 및 지적장애 등에 대한 치료명령이 선고되었다(의정부지방법원 고양지원 2023. 7. 13. 선고 2023고단134 판결). 판결문에는 치료명령을 필요로 하는 사유에 대하여 ‘피고인은 위와 같은 지적장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 위와 같은 행위를 하였는바 통원치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있다’고 명시되어 있다.

그러나 지적장애는 치료될 수 있는 질환이 아니다. 따라서 지적장애가 있는 피고인에게 통원치료를 받을 것을 명하는 것은 피고인에게 단순히 불편이나 고통을 주는 것일 뿐 치료의 효과를 기대할 수는 없는 불필요하고 부적절한 것이 아닐 수 없다.

제도적으로는 법원이 그 필요성을 인정할 경우 피고인이 이 같은 범행을 다시 하지 않도록 하는데 필요한 적절한 교육이나 훈련 등을 명할 수 있도록 개선될 필요성이 있다고 생각된다. 이 경우 당연히 적절한 프로그램의 개발과 전문 인력의 확보가 우선되어야 할 것이다.

이러한 사례들은 여전히 수사기관과 법원이 정신적 장애에 대해 다소간의 편견이나 차별적 인식을 가지고 있다는 점, 장애에 대한 이해가 불충분하다는 점을 보여주는 사례라 할 수 있다.

(5) 심신장애 해당 여부에 대한 적극적 판단의 부족

대법원은, ‘항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다’는 형사소송법 제362조 제2항을 들어, 피고인이 항소이유서에서 명시적으로 심신장애 주장을 하지 않았다고 하더라도, 원심법정에서 국선변호인이 피고인의 심신장애를 주장하는 내용의 진술을 하였고, 그 주장에 부합하는 진단서 등의 자료들이 상당수 제출되어 있었다면, 원심은 직권으로도 피고인의 병력을 상세히 확인하여 그 증상을 밝혀보는 등의 방법으로 이 사건 범행 당시 피고인이 심신미약 등의 상태에 있었는지 여부를 가려보았어야 한다고 판시하고 원심 판결을 파기환송한 바 있다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도870 판결).

그런데 1심에서 피고인의 심신장애를 시사하는 자료들이 제출되어 양형에서 피고인의 정신질환 등이 고려된 경우에도 1심 법원이 직권으로 피고인의 심신장애 여부를 판단한 경우는 거의 찾아보기 어려웠다. 이런 사건의 경우 항소심에서야 피고인의 심신장애가 인정되었다. 예를 들어 서울남부지방법원 2023. 8. 10. 선고 2023노765 사건에서는 피고인이 양극성 정동장애 증상으로 2016년 7월경부터 AH 정신건강의학과의원 등에서 치료를 받아온 사실, 이 사건(2023고단610 사건)으로 응급입원되어 치료를 받은 사실을 인정하고 있다. 그러나 이 사건의 1심에서는 양형 판단에서 ‘다만 피고인이 범행을 인정하고 있고, 양극성 정동장애 등 정신질환을 앓고 있는 것으로 보이는 점’이라고 하여 피고인에게 정신질환이 있음을 분명히 인식하였음에도 심신장애에 관한 판단은 전혀 하지 않았다(서울남부지방법원 2023. 5. 17. 선고 2023고단610, 2023고단668(병합), 2023고단1339(병합), 2023고단1666(병합) 판결).

피고인이나 그 변호인이 심신장애 주장을 전혀 하지 않은 경우에도 1심 법원이 피고인의 심신장애 여부를 반드시 직권으로 판단하여야 한다거나, 형사소송법 제362조 제2항이 1심 재판에서도 적용되어야 한다고 주장하는 것은 아니다. 그러나 형사재판의 이념이라고 할 수 있는 실체적 진실의 발견, 적법절차

원칙의 준수, 형사사법 정의의 실현 전반에는 인권보장이라는 가치가 깔려있다. 피고인의 정신적 장애가 현출된 경우라면 변호인을 통하여 심신장애의 주장을 하지 않는 것인지를 확인하고, 그에 대한 판단을 하는 것이 보다 바람직하다.

예외적으로 피고인의 심신장애 여부를 직권으로 판단한 판결이 있었고(청주지방법원 2022. 7. 13. 선고 2022고합28 판결), 반대로 1심 법원에서 심신장애 주장에 대한 판단을 누락하여 항소심에서 원심을 파기하고 피고인의 심신미약을 인정한 예가 있었다(인천지방법원 2023. 7. 7. 선고 2023노954 판결). 위 청주지방법원 2022고합28 판결 사건의 피해자는 수사절차에서, 피고인이 범행 당시 알 수 없는 말을 하여 피고인의 정신상태를 의심했다고 진술하였다. 이에 법원도 피고인의 심신장애 여부를 직권으로 판단하고자 하였던 것으로 보인다. 그러나 정작 당사자인 피고인과 변호인이 법정에서 심신장애를 주장하며 정신감정을 받지 않겠다고 하였고, 특히 피고인은 법정에서 명확하게 ‘이런 일은 처음이고, 나는 심신미약 등 정신상태의 문제가 없었다. 다만 이 사건에서 절제력을 잠시 잃었을 뿐이다’라는 취지로 진술하였다. 이에 따라 법원은 정신감정을 실시하지 않고 심신장애를 인정하지 않았는데, 피고인과 변호인이 모두 심신장애를 주장하는 상황에서 피고인에게 정신감정을 받게 하기는 현실적으로 어려웠을 것이라 짐작된다. 그러나 피고인의 위 법정에서의 진술은 범행 당시로부터 시간이 흐른 후의 진술이며, 피고인에게 병식이 없거나 자신의 정신적 장애를 부정할 가능성도 있고, 범행 당시 피고인 정신적 상태에 대한 피해자의 진술도 현출되었다는 점에서, 정신감정을 하였다면 어떤 결과가 나왔을지 궁금한 사건이다.

(6) 정신질환에 대한 불충분한 이해를 기초로 심신미약에 따른 감경을 인정하지 않은 사례

피고인이 정신질환으로 인한 심신장애를 주장하는 경우, 법원이 피고인의 심신미약을 인정하면서도 피고인이 장기간 치료를 받지 않은 사정을 두고 형법 제10조 제3항에서 규정하는 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위’인 것처럼 판시하며 형을 감경하지 않은 사례가 있었다.

법원이 피고인의 정신질환으로 인한 심신장애의 정도가 심신미약에 이르렀다고 판단하거나 가정적으로 피고인이 심신미약이라 판단하는 경우에도, 심신미약이 임의적 감경사유로 규정된 점, 피고인이 임의로 정신과 약 복용을 중단하였다거나, 피고인이 치료를 통해 위 정신질환이 일정 부분 개선이 가능하다는 점, 피고인이 위험을 충분히 알았거나 알 수 있었음에도 스스로 치료를 중단한 채 범행을 야기한 것으로 보이는 점 등을 이유로 설시하며 피고인의 형의 감경을 인정하지 않은 경우가 있었다. 피고인이 치료를 받지 않은 사정을 형법 제10조 제3항에서 규정하는 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위’인 것처럼 판단한 것이다(광주고등법원(전주) 2023. 1. 11. 선고 2022노120 판결 원심, : 전주지방법원 군산지원 2022. 7. 7. 선고 2021고합42 판결, 부산지방법원 2023. 5. 25. 2023고

합61 판결),

형법 제10조 제2항에서 심신미약을 임의적 감경사유로 규정하고 있으므로, 법익 침해의 중대성, 범행의 경위 및 수법, 범행의 내용, 범행 전후 피고인의 행동 등 제반 사정 등을 고려하여 감경하지 않을 수 있다. 그러나 피고인이 치료를 받지 않은 사정을 피고인의 귀책 또는 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애 상태를 야기하였다고 보아 감경을 하지 않는 것은, 정신장애의 특성에 대한 불충분한 이해에서 기인한 것으로 생각된다.

정신질환은 당사자의 의사와 무관하게 발병하는 것이어서 정신질환을 가진 피고인이 자의로 이를 야기하였다고 볼 수 없고, 치료를 받아도 그 상태가 쉽게 호전되지 않을 수 있다. 이런 특성 때문에 장애인복지법에서는 만성화된 정신질환자를 정신장애인으로 등록할 수 있도록 하여 이들을 특별히 보호하고 있기도 하다. 무엇보다 정신질환은 그 자체만으로 타인에게 범죄행위를 저지를 위험성이 곧바로 발생한다 볼 수 없으며, 피고인이 장래 불특정 시점의 범죄행위 위험의 발생을 예견하고 고의적으로 장기간 치료를 받지 않았거나 약을 복용하지 않았다고 볼 수도 없다. 이를 자의로 만취하여 심신상실을 유발한 경우 등과 유사하게 보아 형을 감경하지 않은 사유로 삼는 것은 바람직하지 않다 생각된다.

나. 살인 범죄

(1) 분석 대상 사건의 개요

분석 대상 사건은 조현병을 가진 피고인의 (존속)살인 및 (존속)살인미수 사건 8건, 조현병이 아닌 다른 정신질환이나 정신적 장애를 가진 피고인의 살인 및 살인미수 사건 4건, 합계 총 12건이다.

먼저 조현병을 가진 피고인이 우발적으로 직계존속을 살해한 사건으로 ① 의정부지방법원 2020고합593 판결, ② 서울고등법원 2021노2425 판결(원심 : 의정부지방법원 고양지원 2021고합141 판결), ③ 의정부지방법원 2022고합83 판결, ④ 대전지방법원 2020고합495 판결을 선정하였다.

〈조현병을 가진 피고인이 직계존속을 살해한 사건〉

	①	②	③	④
죄명	존속살해	존속살해	존속살해	존속살해
범행의 내용	피고인이 평소 원만하게 지내던 모친을 우발적으로 살해	피고인이 평소 원만하게 지내던 모친을 우발적으로 살해	평소 갈등 관계에 있던 모친이 집을 떠나겠다고 말하자 화가 나 보도블럭을 수회 내리쳐 살해	피고인이 평소 사이가 좋지 않던 모친을 충동적으로 살해함
정신적 장애	조현병	조현병	조현병	조현병
인정된	심신상실	1심 심신미약	심신미약	심신미약

	①	②	③	④
심신장애		2심 심신상실		
선고형	무죄	1심 6년 / 2심 무죄	8년	12년
부가처분	치료감호	치료감호(2심)	치료감호, 부작명령	

조현병을 가진 피고인이 피해자를 살해하거나 살해하려다가 미수에 그친 사건들로는 ⑤ 서울서부지방법원 2020고합219 판결, ⑥ 서울중앙지방법원 2020고합1006 판결, ⑦ 부산고등법원 2021노155(원심 : 부산지방법원 2020고합332 판결), ⑧ 광주고등법원 2021노164 판결(원심 : 광주지방법원 목포지원 2020고합115 판결) 사건을 선정하였다.

〈조현병을 가진 피고인이 피해자를 살해하거나 미수에 그친 사건〉

	⑤	⑥	⑦	⑧
죄명	존속살해	살인미수	살인, 주거침입	살인미수, 특수주거침입, 특수재물손괴
범행의 내용	평소 피해자(부친)가 국가로부터 사주를 받고 자신을 감시한다고 생각하고 집에 몰래카메라가 설치되었다고 소란을 피우며 폭력 행위. 그 후 범행 계획하여 부친 살해	피고인이 모르는 남자들로부터 피해자(배우자)를 죽이라는 환청을 듣고 살해하려다 미수에 그침	옆집에 거주하던 피해자가 나쁜 기운을 보내고 부적을 붙여 피고인이 아프다는 망상에 의해 피해자 살해	‘네가 사람을 죽이지 않으면 내가 뒤집어쓴다’는 환청을 듣고 피해자들(일부는 전혀 모르는 사람)에게 낫을 휘두르거나 찌름.
정신적 장애	조현병	조현병	조현병	조현병
인정된 심신장애	심신미약	심신미약	심신미약	심신미약
선고형	10년	징역2년, 집행유예3년	1심15년/2심18년	12년
부가처분	-	-	부작명령	치료감호

조현병이 아닌 정신질환이나 정신적 장애를 가진 피고인이 피해자를 살해한 사건들로는 ⑨ 광주고등법원 2020노440 판결(원심 : 광주지방법원 순천지원 2020고합127 판결), ⑩ 수원지방법원 평택지원 2021고합33 판결, ⑪ 서울고등법원 2020노2128 판결(원심 : 서울동부지방법원 2020고합126 판결), ⑫ 청주지방법원 충주지원 2023고합9 판결을 선정하였다.

〈기타 정신질환·정신적 장애를 가진 피고인이 피해자를 살해하거나 미수에 그친 사건〉

	⑨	⑩	⑪	⑫
죄명	살인	살인미수, 아동복지법위반	살인	살인
범행의 내용	혼자 아들인 피해자(15세)를 양육하던 피고인이 우울증으로 인해 양육이 불가능하다고 생각하여 칼로 찔러 살해	피고인이 알 수 없는 이유로 딸인 피해자(3세)를 살해하기로 마음 먹고 칼로 찔렀으나 미수에 그침	피고인이 아들인 피해자(0세)에게 장애가 생겼다고 상상하며 자책하다가 질식시켜 살해함	배우자인 피해자가 '병원에 약을 받으러 가는데 함께 가자'는 피고인의 요구를 거절하자 격분하여 가위로 피해자를 찔러 살해
정신적 장애	우울증	우울증, 양극성 정동장애	우울증, 양극성 정동장애	만기발병을 수반한 알츠하이머병
인정된 심신장애	1심 심신건재 2심 심신미약	심신미약	심신미약	심신미약
선고형	1심16년/2심10년	징역2년, 집행유예3년	징역3년, 집행유예5년	12년
부가처분	-	-	2심 보호관찰	-

(2) 정신적 장애의 인정 근거

살인이나 살인미수 사건은 범죄의 중대성 때문에 대부분 정신감정을 할 것이라고 예상한 것과 달리, 정신감정 자체를 하지 않은 사건도 있었다. 사건별로 정신감정 여부 및 그 외에 피고인의 정신상태와 관련하여 참고한 증거, 상세 진단 내용 등은 아래 표와 같다.

정신감정 자체를 하지 않은 사건들(⑥, ⑨, ⑫)의 경우, 피고인이 범행 전부터 범행 직전까지 오랫동안 정신과 진료를 받아왔거나(⑥, ⑫), 1심에서 징역형을 선고받은 후 구금되어 치료를 받은 경우로(⑨), 정신감정을 하지는 않았지만 그간의 진료기록 및 치료한 전문의의 의견은 반영하였다.

분석 대상이 된 모든 사건에서 법원은 피고인의 정신과병원 진료기록은 참고하였다. 이 경우 해당 정신과병원의 담당 의사 소견을 반영하는 경우도 많았다. ② 사건의 경우 1심과 2심에서 각각 정신감정을 하였다. 그 외의 사건은 1심에서 정신감정을 한 경우 2심에서는 정신감정을 하지 않았다(⑦, ⑧, ⑪).

〈사건별 정신감정 여부 및 의사 소견, 상세진단내용 등〉

순번	심급	정신감정	의사소견	법원판단	그 외 증거	상세진단내용
①	1심	○	심신상실	심신상실	진료기록	조현병(피해망상, 관계망상, 환청 등 동반)
②	1심	○	심신상실/ 미약	심신미약	진료기록, 감정의 외 전문의 소견	조현병(정서적 불안정, 현실 검증력의 혼란, 충동 조절의 어려움 지속, 망상, 환각 등)

순번	심급	정신감정	의사소견	법원판단	그 외 증거	상세진단내용
	2심	○	심신상실	심신상실		
③	1심	○	심신미약	심신미약	진료기록, 군 면제, 감정의 외 전문의 소견	우울증, 망상성 장애, 편집성 조현병(망상, 환청 등)
④	1심	○	미상	심신미약	-	조현병(피해망상)
⑤	1심	○	심신상실/ 미약	심신미약	진료기록	편집성 조현병(피해망상, 과대망상, 공격적 행동 등)
⑥	1심	×	-	심신미약	진료기록, 진료기록 감정의 의견	우울증, 불면, 공황장애, 편집성 조현병(사건 후 진단)
⑦	1심	○	심신상실	심신미약	진료기록, 감정의 외 전문의 소견	편집 조현병(고착화된 비현실적, 기이한 망상)
	2심	×	-	심신미약		
⑧	1심	○	심신미약	심신미약	진단서, 입원확인서, 진료기록	조현병(환청, 극도로 와해된 행동 증상 존재)
	2심	×	-	심신미약		
⑨	1심	×	-	심신전재	진료기록, 전문의 소견	우울증
	2심	×	심신상실	심신미약	상동, 진료기록 감정의, 구금 후 치료 의사 소견서	정신병적 증상이 동반된 주요우울장애
⑩	1심	○	미상	심신미약	진료기록	우울증(일시적인 정신병적 증상 동반)
⑪	1심	○	심신상실	심신미약	진료기록	중증도 우울에피소드, 상세불명의 양극성 정동장애
	2심	×	-	심신미약	진료기록	
⑫	1심	×	-	심신미약	진료기록, 전문의 소견	만기발병을 수반한 알츠하이머 병(판단력 장애, 망상, 이상행동 동반)

무죄가 선고된 ①과 ② 사건(1심 유죄, 2심 무죄)의 피고인들은 모두 조현병으로 인해 사건 발생일 몇 년 전부터 정신과치료를 받았는데, 피고인의 상태 때문에 범행 직전과 직후에 피고인에 대한 정신과진료가 이루어졌다는 특징이 있다. 그중 ①의 피고인은 사건 발생일 새벽 피해자에 대한 망상으로 피해자를 폭행하여 사건 발생일 오전 평소 다니던 정신과병원에서 진료를 받았다. 그 직후 집에 돌아와 모친을 살해했는데, 범행 후에도 이상행동을 하여 수사절차 중에도 정신과치료를 받았다. ②의 피고인은 범행 직후 아파트 6층에서 투신했고, 이로 인해 병원으로 호송되어 범행 발생일 2~3일 사이에 골절 등에 대한 진료 외에 정신과진료도 받아서 그 기록이 있었다.

정신감정을 했음에도 불구하고 감정의의 소견이 심신상실이었는지 심신미약이었는지를 명시하지 않은 사건이 있었는데(④, ⑩), 판단의 근거가 명확하지 않다는 점에서 아쉬움이 있다.

(3) 심신장애 주장의 인정, 배척 근거

(가) 심신미약을 인정하는 근거 설시가 미흡한 경우

심신상실을 인정한 ①의 사건과 ②의 사건 2심 판결을 제외하고, 모든 사건에서 최종적으로는 피고인의 심신미약을 인정하였다. ⑨번 사건의 경우에도 1심 법원은 피고인의 상태를 심신미약으로 보지 않았지만, 2심 법원은 심신미약을 인정하였다.

앞서 보았듯이, 대법원은 “형법 제10조 제1항 및 제2항 소정의 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니”라고 하면서, “정신질환의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있는 것”이라고 본다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결 등 참조). 살인죄 사건의 경우, 법원은 심신상실 의견을 낸 감정의의 의견을 받아들이지 않을 때 주로 위 법리를 원용하는 것으로 보인다(위 대법원 94도581 사건도 감정의의 의견은 심신상실이었으나 법원은 심신미약만 인정하였다).

위와 같이 심신장애의 유무 및 정도의 판단을 법원이 하는 것이라면, 심신상실이나 심신미약을 인정하거나 부정할 때는 각각에 대한 이유를 명확히 밝힐 필요가 있다. 그런데 분석 대상 판결을 보면, 피고인이 정신적 장애로 인해 심신미약 상태에 있었다는 정신감정 의견과 같은 결론을 내면서도 감정의견 외에 어떤 이유로 심신미약으로 판단하였는지를 명확히 서술하는 경우가 드물었다. 이 때문에 피고인이 정신적 장애를 가지고 있다는 사실 외에 그 정신적 장애가 범행에 어떠한 영향을 주었기에 심신미약을 인정한 것인지 이해하기 어렵다. 바꾸어 말하면, 피고인에게 정신적 장애가 있다는 사실만으로 곧바로 심신미약을 인정한 것처럼 보이는 것이다.

예를 들어 ④ 사건의 경우, 피고인에게 조현병이 있다는 것을 제외하면 심신미약을 인정한 근거가 무엇인지 분명하지 않다. 이 사건은 피고인이 평소 게임과 담배 등으로 학업을 제대로 이어가지 못하면서 피해자인 모친과의 사이에 갈등이 있었는데, 어느 날 ‘피해자가 악마 같다’는 생각을 하여 주방용 가위로 ‘A를 죽이려고 해, 돈이 그렇게 중요해, 악마, 악마’ 등으로 소리를 지르며 피해자를 수십 회 찔러 살해한 사건이다. 법원은 “조현병으로 인한 피해망상 등에 사로잡혀 이 사건 범행을 저지른 것”이라고 언급하였지만, 판결문에 기재된 내용만으로는 특별히 조현병이 범행 동기에 준 영향이 무엇인지 알기 어렵다. 이 사건에서 법원은 심신상실을 부정하면서, “최초 경찰 조사에서 이 사건 범행에 이르게 된 경위와 내용 등에 대해 상세히 진술한 점, ... 자신의 행동에 관한 인지나 판단에서 특별히 비논리적인 부분

이 발견되지 않는 점, 이 사건 범행 직후 직접 119로 3회 전화를 걸었고 피해자의 가방 안에 있던 자동차 키홀더와 지갑에서 현금만을 챙겨 피해자의 차량을 이용하여 대전 외곽을 돌아 서울로 이동한 점, 이 사건 범행은 피고인이 사건 당일 서울 G다리에서 뛰어내린 후 출동한 119대원들에게 스스로 이를 이야기함으로써 드러나게 된 점 등을 이유로 들었다. 그런데 이러한 사정들은 그대로 심신상실뿐 아니라 심신미약을 부정하는 근거로 들어도 이상해 보이지 않는 요소들이기도 하다. 즉 판결문의 기재만으로는 피고인의 심신장애가 위 사정들에 어떻게 영향을 주어서 심신미약을 인정하였는지 명확히 알기 어렵다. 판단의 일관성과 신뢰성 확보를 위해서는 보완이 필요한 부분이다.

(나) 심신상실의 인정 또는 배척 근거

①부터 ⑫까지의 모든 사건에서 피고인에게서는 정신질환이나 정신적 장애가 있었다. 그 중에서 법원은 ①과 ②(2심) 사건에서 피고인의 심신상실을 인정하고 무죄를 선고하였다. 특히 ② 사건의 경우, 1심 법원은 심신미약만을 인정했으나 2심 법원이 심신상실을 인정하였다는 점에서 자세히 살펴볼 필요가 있다. 또한 ②(1심) 사건과 ⑤ 사건에서 감정의는 ‘심신미약 또는 심신상실이었던 것으로 보인다’는 의견을 냈으나 법원은 심신미약으로 판단하였고, ⑦, ⑨, ⑪ 사건에서는 감정의견이 ‘심신상실’이었음에도 법원은 심신미약으로 판단하였다는 점에서 구체적으로 검토할 필요가 있다.

1) ① 및 ②(2심) 사건의 경우

①, ②(2심) 사건에서 법원은 피고인의 심신상실을 인정하고 무죄를 선고하였다. ① 사건 정신감정 결과는 ‘심신상실’이었고, ② 사건 1심의 정신감정 결과는 ‘심신미약 또는 심신상실’이었으며, ② 사건 2심에서의 정신감정 결과는 ‘심신상실’이었다.

①, ②(2심) 사건 법원이 주요하게 고려한 요소로 먼저 피고인과 피해자의 평소 관계와 범행 동기 및 행위 태양과의 이질성을 살펴볼 필요가 있다. 법원은 ① 사건에서는 피고인이 피해자인 모친과 오랫동안 함께 교회를 다녔고 피해자가 수술을 받았을 때 병간호를 할 정도로 원만한 사이였다는 점을, ② 사건에서는 피고인이 모친인 피해자와 여행을 가거나 피해자의 권유에 따라 종교를 바꾸기도 할 만큼 피해자를 신뢰하였다는 점을 고려하였다. 그런데도 ① 사건의 피고인은 뚜렷한 이유 없이 갑자기 방에 있던 향아리 등으로 피해자를 수회 내리쳐 사망에 이르게 하였고, ②의 피고인은 철학이나 위인들에 대해 생각하던 중 피해자가 ‘뭘 먹고 싶냐’라고 계속 질문하자 화가 나 피해자를 칼로 20회 이상 찔러 사망하게 하였다.

①과 ②(2심) 사건에서 법원은 대법원 판시 요소인 ‘범행 전후 태도’를 고려할 때 피고인의 장애에서 기인한 것으로 보이는 행동을 구체적으로 살폈다. ① 사건에서는 피고인이 범행 후 경찰이 올 때까지 사

망한 피해자 옆에 누워 있다가 피해자의 머리를 감싸 안아 그 얼굴 부위에 자신의 얼굴을 붙이고 엎드리는 등의 모습을 보여 경찰이 피해자로부터 피고인을 분리하여야 했던 사정, 사건 경위를 묻는 경찰관의 질문에 “모든 것을 시인합니다”, “다 알고 있느니라, 스마트폰에 다 있느니라”는 등의 알 수 없는 말을 하거나 허공을 바라보고, 경찰 조사에서도 자신의 이름을 아버지의 이름으로 진술하는 등 이상 행동을 한 점을 살폈다. ② 사건의 경우 피고인은 범행 당일 오전 피해자에게 갑자기 “당신 누군지 안다. 당신 정체를 안다. 속이려 하지마라.”라고 소리 지르면서 의자를 들어 피해자를 폭행하여, 곧바로 정신건강의학과 병원에 방문하여 약을 처방받은 후 주거지로 돌아왔다. 이때 병원에서는 ‘내가 사랑하는 엄마를 공격하려 했다. 나는 이제 어떻게 살아야 하나’고 자책하기도 하였으나, 병원에서 집에 돌아와 거의 직후인 같은 날 정오경 피해자를 살해하였다. 피고인은 범행 당시 피해자를 칼로 찌른 다음 주거지 밖으로 나갔다가 입고 있던 옷을 전부 벗은 뒤 나체 상태로 다시 주거지로 돌아와 재차 피해자를 찔렀고, 범행 종료 직후 주거지 아파트 6층에서 지상으로 투신하였다.

② 사건 2심 법원은 피고인의 범행 동기에 정신질환·정신장애의 증상이 영향을 준 측면도 고려하였다. 피고인은 “범행 당시 피해자가 엄마의 모습이었지만 악마였고, 그 악마를 죽여야만 세상을 구원할 수 있기 때문에 범행을 저질렀으며, 자신의 죽음으로써 대가를 치러야 영웅이 되고 세상이 구원될 것 같아서 거주지 아파트 6층에서 죽으려고 뛰어내렸다고 진술”하여, 망상으로 인해 어머니를 죽였다고 진술한 바 있다.

뒤에서 살펴볼 다른 사건들과 비교할 때, ①과 ② (2심) 사건에서 두드러진 점은, 법원이 대법원 판시 요소들을 고려할 때 단순히 피고인의 정신질환·정신장애의 증상들을 나열하기보다는, 피고인의 정신질환·정신장애의 증상들이 각 판단 요소에 끼친 영향을 구체적으로 파악하고 있다는 점이다. 즉 ‘피고인과 피해자의 관계’가 평소에 원만하거나 좋았고 특별한 범행 동기가 없음에도 잔인하게 피해자를 살해한 행위 양상, 피해자를 살해한 직후 일견 이해할 수 없어 보이는 행동 등은 피고인의 심신장애가 범행에 영향을 준 것으로 보이는 부분이다. 또한 ② 사건에서 범행 직전 피고인이 피해자를 폭행하였다가 정신과병원에 방문해서 범행에 대해 자책하는 모습을 보였던 사실에 대해서 1심과 2심 법원이 정반대의 관점에서 고려한 점도 심신상실 판단에 영향을 준 것으로 보이는데, 이에 대해서는 후술한다.

2) 1심과 2심의 판단이 달랐던 이유 : ② 사건의 경우

② 사건에서 1심 법원은 심신미약만 인정하고 피고인을 징역 6년에 처했으나 2심 법원은 심신상실을 인정하여 무죄를 선고하였다. 그 내용을 구체적으로 살펴보면, 선입견과 고정관념(예컨대 ‘정신질환자는 24시간 내내 착란 상태에 있을 것이다’)이 작동하는 것으로 보이는 부분이 있다.

② 사건의 1심 법원이 심신미약을 인정하면서도 심신상실을 부정했던 근거는, ① 수사기관부터 법정

에 이르기까지 범행 경위와 범행 전후 상황에 대해 피고인의 진술이 구체적이고 일관된 점, ㉠ 사건 당일 새벽의 폭행 사건 후 정신과 병원 진료 시 자신의 행동에 대해 자책한 점, ㉡ 진료 후 사건 발생 전까지 피고인의 상태를 악화시킬 만한 특별한 사건이 없었던 점, ㉢ ‘범행일 당시 심신상실과 미약 상태를 오가고 있었던 것으로 보인다’는 정신건강의학과 사실조회 회신 내용만으로는 피고인이 당시 심신상실 상태였다고 단정할 수 없다는 점 등이었다.

그런데 ㉠의 요소는 피고인의 기억력이나 인식능력을 기초로 한 판단이라는 점에서 대법원 판시⁵¹⁾와 정면으로 배치된다. 특히 이 사건 피고인은 범행 직후부터 다시 정신과 치료와 입원치료를 받았으므로, 범행 직후 치료에 의하여 범행 당시와는 정신적 상태가 달라졌을 가능성도 있다. 따라서 이러한 사정을 피고인의 심신상실을 부정하는 근거로 보는 것은 부적절한 측면이 있다. 1심 법원과 달리 2심 법원은 피고인의 수사절차에서의 진술 태도보다는 범행 당시 피고인의 정신적 상태가 악화와 회복을 급격히 오가는 상태였다는 정신과 전문의의 소견들을 주요하게 살폈다.

한편 1심 법원이 근거로 든 ㉠의 경우, 정신장애나 정신질환을 가진 사람은 24시간 내내 증상이 나타나고 있을 것이라는 고정관념과 편견에 기초한 판단이라고 할 수 있다. 이러한 인식에 따르면 24시간 증상이 나타난 게 아니라면 심신상실이 아니라는 결론으로 이어질 수 있다. ㉡의 경우에도, ‘스트레스 요인 없이 증상이 악화될 리 없다’는 고정관념이 작용하는 것으로 보인다. ㉢의 경우에는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 대원칙과 맞지 않는 부분이 있다는 점에서 추가적인 고민이 필요하다.

1심 법원과 달리 2심 법원은 특히 ㉠, ㉡과 관련하여, 범행 당시 피고인이 특별한 이유 없이도 심신미약과 심신상실을 오갈 수 있는 상태였다는 정신의학적 소견을 주요하게 고려하고 이 부분을 자세히 제시하고 있다. 이 사건에서 피고인은 2019. 10. 29.경부터 지속적으로 조현병 상담 및 약물치료를 받아왔는데 범행일 무렵 위 증상이 급격히 악화되다가, 범행 당일 새벽에는 피해자를 악마로 오인한 나머지 “당신 누군지 안다. 당신 정체를 안다. 속이려 하지 마라.”고 소리 지르면서 의자로 피해자를 폭행하였다. 이에 같은 날 오전 정신과 병원에서 상담치료를 받았고, 상담치료시에는 ‘내가 사랑하는 엄마를 공격하려 했다. 나는 이제 어떻게 살아야 하나.’라고 자책하기도 하였다. 그러다가 같은 날 정오 무렵 사소한 사실로 격분하여 피해자를 잔인하게 살해한 것이다. 피고인은 범행 중 그리고 범행 직후에도 이상 행동을 하다가 아파트에서 투신하였다. 범행 이후 피고인을 폐쇄병동에 입원시켜 진료한 서울대학교 정신

51) “형법 제10조 제1항 소정의 심신상실자는 사물변별능력, 즉 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력이 결여되거나 의사결정능력, 즉 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여, 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력이 결여된 상태에 있는. 자를 말하며, 같은 조 제2항의 심신미약자는 위와 같은 사물변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도는 아니고 미약한 상태에 있는. 자를 말하는 것인바, 위 사물변별능력이나 의사결정능력은 판단능력 또는 의지능력과 관련된 것으로서 사실의 인식능력이나 기억능력과는 반드시 일치하는 것이 아니다.”(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결)

건강의학과 전문의는 ‘범행 당시 피고인은 피해자를 피고인의 어머니로 지각하지 못하고 악마로 인식하여 이를 물리쳐 세상을 구하고자 하는 망상과 환각에 빠져 심신상실 상태에 있었던 것으로 보이고, ... 범행 당일 심신미약과 심신상실 상태를 오가는 급격한 변동이 있었던 것으로 보인다’라고 하면서, ‘병력 조사 및 의무 기록에 의거할 때 피고인은 범행 수일 전부터 급격하게 정신병적 증상이 악화되는 일이 반복되고 있었던 것으로 보이고, 피고인의 정신병적 상태에서는 급격한 악화를 초래할 특별한 사건이 없이도 갑자기 심신상실에 빠져버리는 악화가 가능할 것으로 사료된다’는 의견을 제시하였다. 또한 피고인이 투신한 직후 골절상을 치료하기 위해 입원했던 병원에서 범행 며칠 만인 2021. 3. 29. 및 같은 달 31. 피고인에게 행한 정신건강의학과 상담 기록에는 ‘범행 당일 오전(정신과 병원 상담시)에는 심신장애 상태였을 것으로 보이나 범행 당시에는 피고인이 심신상실에 이를 정도의 심각한 정신병적 상태에 있었던 것으로 판단된다’, ‘피고인은 기분증상의 급격한 변화가 동반되는 경과를 보여 왔는데 이런 경우 단기간 내의 급격한 정신병적 증상의 악화 내지 회복이 가능하다’는 취지의 의견이 기재되어 있었다. 2심 법원의 정신감정촉탁에 따라 피고인에 대한 정신감정을 실시한 국립법무병원 소속 감정원은 ‘피고인이 심신미약의 상태에서 피해자를 악마로 인식하고 범행했을 것으로 보이며, 당일 오전 상담에서 심신상실에 이르지 않았더라도 이미 이 시기에 증상 악화 과정에 있었을 것으로 보이고, 추가적인 요인이 없이 급성으로 심신상실로 악화될 가능성이 있었을 것으로 보인다’는 의견을 제시하였다.

정리하면, 2심 법원은 1심 법원과 달리 범행 당시 피고인의 정신적 상태를 추정할 수 있는 사실들을 면밀하게 검토하면서, 그러한 정신적 상태가 범행에 어떻게 영향을 미쳤을지를 매우 구체적으로 살피고 있다. 이러한 판단이 가능했던 현실적 이유도 주목할 필요가 있다. 이 사건에서는 피고인의 정신 상태의 급변, 범행 후 투신 등의 행위가 겹치면서, 피고인의 정신적 상태에 대한 진단이 빠르게 이루어졌다. 즉 범행 직전에도 상담기록이 있었고, 범행 후 2~3일 안에 정신과진료를 받아 그 기록도 있었다. 이러한 점에서 ② 사건은 정신적 장애가 있는 피고인의 정신감정을 최대한 빨리 해야 하는 이유를 보여주는 사례이기도 하다.

3) 심신상실이라는 감정의견과 다른 판단을 한 사례

위에서 살펴본 ①과 ② 사건을 제외하면, 나머지 사건에서는 모두 최종적으로 심신미약만이 인정되었다. 그중 일부 사건은 정신감정을 한 정신과의사의 소견이 심신상실이었음에도 심신미약을 인정하였다. ② (1심) 사건과 ⑤ 사건에서는 감정의견이 ‘심신미약 또는 심신상실’이었고, ⑦, ⑨, ⑪ 사건에서는 감정의견이 ‘심신상실’이었으나 법원은 위 네 사건 모두 심신상실 주장을 배척하고 심신미약만을 인정하였다. ② 사건에 대해서는 앞에서 1, 2심 판단이 바뀐 이유를 살펴보았으므로, 여기서는 감정의견과 다른 판단을 한 나머지 ⑤, ⑦, ⑨, ⑪ 사건을 순서대로 검토한다.

① ⑤ 사건의 심신상실 배척 이유

⑤ 사건의 피고인은 2015년 경부터 부친인 피해자가 국가로부터 사주를 받고 자신을 감시한다고 생각하는 등 피해망상, 관계망상, 환청 등의 정신병적 증상을 보였다. 이에 집에 몰래카메라가 설치되었으며 소란을 피우고 피해자에게 식갈을 휘두르는 등으로 특수폭행하여 입원치료를 받은 적이 있었다. 그 후 피고인은 입원 또는 통원 치료를 받아왔는데, 2019. 10. 26.을 마지막으로 치료를 중단하였고 2020. 1.경부터는 피해자의 재입원 권유를 거부하고 집을 나와 혼자 거주하여 왔다. 그러던 중 2020. 8. 22. 피해자가 평소 국가 등으로부터 사주를 받아 집에 몰래카메라를 설치하는 등 자신을 감시한다고 생각하고 피해자를 찾아가 피해자의 머리를 망치로 수회 내리치고 목을 조르고 흥기로 찔러 살해하였다.

이 사건에서 정신감정 결과는 ‘심신미약 또는 심신상실’이었다. 정신감정을 실시한 정신과전문의는 피고인을 조현병으로 진단하면서, 피고인이 약물 복용 중단에 의해 정신병증이 재발 반복하는 사람으로, 이 사건 범행 당시에도 상당 기간 치료를 받지 않아 피해망상, 과대망상, 환청 등의 증상이 재발하고 더욱 악화하였을 가능성이 크고, 이에 ‘정상적인 현실 인식과 판단능력이 심각하게 저해된 상태였으리라 생각되기 때문에 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태에 있었을 것으로 판단된다’는 소견을 밝혔다.

이 사건에서 법원은 심신미약을 인정하고 심신상실 주장을 배척하였는데, 각각의 판단 근거를 명시하고 있어 의미가 있다. 우선 심신미약을 인정하는 근거로는 과거 치료 이력, 과거에도 같은 망상에 사로잡혀 피해자를 찌르려고 했던 사정, 위 정신감정의 소견과 함께, 피고인이 범행 전후 일관되게 병식이 없는 듯한 태도를 보인 점, 법정에서도 앞뒤 맥락이 잘 닿지 않는 말을 반복하는 모습을 보인 사정을 들었다.

반면 법원은 심신상실 주장을 배척하였다. 피고인이 망상에 의해 피해자를 살해하게 되었지만, 피해자를 살해하려는 분명한 목적의식을 가지고 그에 부합한 방식의 도구 및 행위를 통해 범행한 점, 범행의 동기 외에는 행동을 수행하는 과정에서의 인지나 판단에 특별히 비논리적인 부분이 발견되지 않는 점, 범행 후 각종 대중교통을 이용하여 도주하였고 그 과정에서 물건을 사거나 대중교통 이용료를 지급하는 등의 행동을 문제없이 하였던 점을 고려할 때 사물변별능력이나 의사결정능력이 완전히 결여된 상태였다고 보기는 어렵다는 것이다.

② ⑥ 사건의 심신상실 배척 이유

⑥ 사건의 피고인은 피해자(61세, 남)와는 1988. 4. 17. 혼인한 부부사이었다. 피해자가 2002년경 다니던 회사를 그만두고 집을 담보로 대출을 받아 사업을 시작했다가 망하게 되면서, 피고인은 주변 친지들로부터 빌린 돈으로 생계를 유지하였다. 이 때문에 피고인은 2002년경부터 우울증, 불면, 공황장애

등으로 정신과 치료를 받아오다가, 월세를 3개월 이상 체납하고 집주인으로부터 2020. 6. 말경까지 퇴거해달라는 요구를 받게 되자 피해자에 대한 분노로 피해자를 살해하기로 마음먹었다. 피고인은 2020. 6. 8. 03:40경 안방에서 자고 있던 피해자의 왼쪽 가슴 부위를 과도로 4회 찔러 살해하려고 했으나 피해자가 잠에서 깨어 저항하여 미수에 그쳤다.

이 사건에서 법원은 피고인에 대한 정신감정을 하지 않고 진료기록을 감정한 후 아래의 이유를 들어 심신미약을 인정하였다.

- 피고인은 이 사건 발생 전부터 20년 이상 우울증·공황장애 등을 앓아왔고, 이 사건 발생 무렵엔 피해자에게 ‘나도 모르게 목을 매달았는데, 정신 차려서 목을 매단 사실을 알게 되었다’, “죽어라, 죽어라.”라고 하는 환청이 들려 나도 모르게 손목을 그었다’는 말을 하고, 우울증약을 먹어도 잠을 잘 자지 못하고 수시로 악몽을 꾸는 상태였다.
- 범행 직후 이루어진 경찰조사에서 피고인은 범행 당시 상황을 기억하지 못하였다.
- 범행 후인 2020. 6. 17. 정신건강의학과 상담을 받으면서도 ‘이 사건 당시 기억을 잘 못한다’, 이 사건 범행 직전 모르는 남자들로부터 죽이라는 환청을 들었다고 말하였다.
- 범행 후 심한 환청, 피해망상 증상을 보여, 범행 후 약 두달 후인 2020. 8. 4. ‘편집분열성 조현병’, ‘정신병적 증상이 있는 중증의 우울에피소드’ 진단을 받고, 2022. 5.경까지 입원치료를 받았는데, 당시 간호일지의 기재를 보면 환청, 피해망상 등의 증상이 심각하여 일상생활 자체가 불가능하고 인지능력이 저하된 상태로, 사람들과의 정상적인 대화가 불가능한 정도였다.
- 진료기록 감정의는 피고인이 정신질환 증상을 거짓으로 꾸며냈을 가능성은 없는 것으로 보이며, ‘오랫동안 우울증, 불면증 치료를 받아오던 중 사건 당시 부근에 조현병 발발이 급속히 나타나면서 지시적 환청, 망상 등에 의해 곁에 있던 과도를 휘두르며 사건으로 이어졌다고 보는 것이 타당하겠다. 피고인의 범행은 정신질환 증상의 발현에 따른 것으로 사물의 선악과 시비를 합리적으로 구별하고 자신의 의사를 결정할 능력이 있는 것으로 볼 수는 없고, 정신질환 증상의 심각한 발생으로 인해 심리적, 물리적으로 저항하기 불가능하거나 현저히 곤란한 경우로 보는 것이 타당하다’는 감정의견을 제시하였다.

그러면서도 법원은 심신상실은 부정하였고, 그 근거를 아래와 같이 명시하였다.

- 피고인은 2005년경부터 경제적인 문제로 남편인 피해자와 갈등을 빚어왔고, 이 사건 발생 무렵에는 거주지의 월세가 밀려 집주인이 퇴거를 요구하자 이 문제로 피해자와 잦은 말다툼을 하였으며, 이 사건 발생 당일에도 피해자와 이 문제로 말다툼을 하였던바, 위와 같은 상황에 대한 스트레스와 경

- 제적으로 무능력한 피해자에 대한 분노 등이 이 사건 범행을 저지르게 된 계기가 된 것으로 보이는 점
- 피해자가 잠을 자던 중 가슴 부위가 따끔거리려 눈을 뜨고 일어났고 피고인에게 “뭘 하는 짓이냐?”며 큰소리를 치자 피고인이 곧바로 과도를 떨어뜨리고 벌벌 떨면서 울며 피해자에게 “미안하다.”는 말을 반복적으로 하였다는 것으로, 이러한 반응을 보면 피고인에게 어느 정도 자신의 행위의 위법성을 의식할 능력은 존재하였다고 보이는 점
- 이 사건 발생 후에는 병증이 악화되어 입원치료를 받는 등 그 증세가 심각해졌으나, 이 사건 발생 전까지는 피고인의 조현병 증세가 심각할 정도는 아니었던 것으로 보이는 점
- 이 사건 발생 직후 이루어진 경찰 조사에서도 피고인은 피해자를 칼로 찌른 상황만 기억나지 않는다고 진술하였을 뿐, 이 사건 발생 전후 상황에 대해서는 구체적이고 명료하게 진술한 점

그런데 이 사건의 경우 경제적으로 무능력한 피해자에 대한 분노나 경제적 상황에 대한 스트레스는 단순한 범행 동기라기보다는 피고인의 정신적 장애의 발병 원인이자 악화의 요인이기도 하다. 범행 직전 피고인은 자해를 하거나, 피해자를 죽이라는 환청을 듣기도 하는 등 증상이 급격히 악화되었는데, 범행 후 두 달도 지나지 않아 입원치료가 필요하고 일상생활과 대화가 불가능할 정도로 악화되었다. 이런 점을 보면 피고인의 정신적 상태가 범행에 영향을 주었을 가능성이 있어 보이는데, 법원은 범행 전후를 기억하고 있다는 점과 범행 중간에 피고인이 ‘미안하다’는 말을 하였다는 사정을 들어 심신미약만을 인정하였다. 그러나 범행 전후를 기억하고 있다는 사실을 든 점은 대법원 판시와 배치되는 면이 있고, 피고인에게 사물변별능력과 의사결정능력이 모두 있었다고 하기 위해서는 범행 중간에 피고인이 ‘미안하다’는 말을 하였다는 사정 외에 다른 이유들이 더 필요했던 것은 아닌가 의문이 남는다.

③ ⑦ 사건의 심신상실 배척 이유

이 사건의 피고인은 편집 조현병이 있었고, 옆집에 거주하던 피해자(76세, 여)가 피고인에게 나쁜 기운을 보내고 부적을 붙여 피고인이 기운이 없고 몸이 아프다는 망상을 가지고 있었다. 피고인은 이사를 했음에도 불구하고 피해자가 계속 나쁜 기운을 보낸다고 생각해서 부적이 붙어있는지 여부를 확인하기 위하여 2020. 6. 27. 피해자의 집 베란다 창문을 열고 피해자의 집 거실까지 침입하였다. 그리고 피해자가 계속해서 자신에게 나쁜 기운을 보낸다고 생각해서 같은 해 7. 2. 과도와 목장갑을 소지하고 다시 피해자의 주거에 침입해 50회 가량 피해자를 찔러 살해하였다.

1심 재판 진행 중 피고인을 정신감정한 정신과 전문의는 “피고인은 망상에 의한 사회적 판단력이 손상되어 있는 것으로 보이고 (망상에 대한) 현실 검증력 등을 상실한 것으로 보인다. 피고인이 앓고 있는 병명은 편집 조현병이고 판시 범행 당시 편집 조현병으로 인한 사물변별능력 및 의사결정 능력을 상실

한 것으로 판단된다.”는 심신상실 의견을 제시하였다.

1심 법원은 아래와 같은 이유를 들어 피고인과 변호인의 심신상실 주장을 배척하고 심신미약만을 인정하였고, 2심 법원도 이 부분은 이유를 추가하거나 제외하지 않고 그대로 심신미약을 인정하였다.

- 정신감정회보 기재 내용으로 보아 피고인이 의지적 부분을 관장하는 모든 정신능력에 치명적인 문제가 있다거나 그 기능이 현저히 저하된 상태에 있었다고 단정하기 어렵다. (판결문에 인용된 정신감정 회보 기재 내용은, “① 피고인에게 두드러진 걱정, 불안, 우울감, 고양감 등과 환각의 징후, 사고과정의 이완, 가속, 지체 등은 발견되지 않았고, 면담 과정에서 피고인은 질문과 관련된 내용에 적절히 대답하였다. ② 피고인의 의식 수준은 명료하였고, 피고인의 시간, 공간, 사람에 대한 지남력을 유지되었다. ③ 피고인의 주의집중력이 유지되며 단기 및 장기 기억력도 유지되어 있는 모습이 관찰되었다. ④ 피고인은 기본적 상식에 대한 질문에 비교적 적절히 답하였고, 공통성 발견 등 추상적 사고 능력이 유지되었다. 피고인은 자신이 저지른 범죄에 대하여 인정하였고, 피고인의 거부로 신경심리검사는 시행하지 않았다.”는 것이다.)
- 범행 당일 피고인의 침입 경로 및 이에 대한 수사과정에서의 피고인 진술로 보아도 피고인이 범행 당시 의사결정능력을 완전히 상실한 것으로 여겨지지 않는다. (피고인은 아파트 2층으로 올라가 피해자의 주거지 베란다 사이로 연결된 외벽 난간 구조물로 뛰어내려 난간을 통해 피해자의 주거지 베란다 앞까지 이동해 베란다 창문을 열고 주거지로 침입하였고, 검찰 수사 과정에서 “처음에는 제가 자살을 하려고 생각했는데, 피해자의 주거지에 들어가는 방법을 알고, 피해자가 베란다 창문을 안 잠그고 있다는 사실을 알고 난 이후에는 피해자를 죽여야겠다는 생각으로 바뀌었다. 그리고 위와 같은 경로로 이 사건 아파트 C호로 들어가 피해자를 살해하고 (같은 경로로) 나왔다.”는 취지로 진술하였다.)
- 피고인이 살인자가 되지 않기를 바랐다가 범행의 발생 원인을 피해자에게서 찾는 모습을 보아 사물변별능력이 없었다고 볼 수 없다. (피고인은 2020. 6. 27.경 피해자의 주거지에 침입했으나 피해자를 만나지 못했고, 같은 해 6. 29.경에는 베란다 앞까지 가 창문을 열었으나 창문 뒤에 물건이 쌓여 있어 돌아왔으며, 같은 해 7. 1.경에는 베란다 앞까지 가 창문을 열어보았으나 창문이 잠겨 있었고 그 다음 날인 7. 2. 피해자를 살해하였다. 범행 당일에 대하여 피고인은 “살인자가 되지 않기 위해 제발 피해자가 베란다 창문을 테이프나 열쇠로 잠가 놓았기를 바라며 같은 방법으로 베란다 앞으로 갔지만 피해자가 들어오라는 듯이 베란다 창문을 열어 놓아서 범행의 유혹을 이기지 못하였다.”고 진술하였다.)
- 피고인이 범행 후 범행을 은폐하기 위하여 보인 태도를 보아도 심신상실로 보기 어렵다. 피고인은

피해자의 주거지에 침입한 방법으로 위 주거지를 빠져나왔고, 피가 묻은 과도를 곳곳에 분산하여 버렸다.

- 피고인의 망상에 따르더라도 당장 피고인이 급박한 위험에 처해 있었다거나 그런 망상으로부터 벗어나기 위해서는 피해자를 살해하는 방법밖에 없었다고 보기도 어렵다. (피고인은 검찰 조사 과정에서 “피해자가 ‘살’ 기운을 계속해서 보내 도저히 이대로는 살 수가 없어 피해자의 집을 찾아가 피해자를 칼로 찔렀다. ‘살’이란 상대방의 기운에 의해서 기력이 빠지고 몸이 아픈 상태를 의미한다.”고 진술하였다.)
- 검찰 수사과정에서 판시 살인 범행을 자백하면서 범행 시간은 물론 그와 같은 범행 시간을 선택한 이유, 구체적인 범행 경위와 수법, 범행 도구 및 당시 의복, 신발을 버린 이유, 침입 경로 등을 대체로 뚜렷하게 기억하여 진술하였다.

앞서 본 다른 사건처럼, 위 요소들 중 범행 과정에 대한 뚜렷한 기억과 이에 대한 진술을 심신상실의 배척 근거로 실시한 부분은 대법원 판시와 배치되는 내용이다. 한편 ‘정신감정을 위한 면담에서의 피고인의 태도’는 범행으로부터 시간이 흐른 뒤의 태도이므로 범행 당시 피고인의 심신장애 상태와 동일하지 않을 수 있다. 또한 피고인의 망상에 따르더라도 피고인이 급박한 위험에 처해 있었다거나 그런 망상으로부터 벗어나기 위해서는 피해자를 살해하는 방법밖에 없었다고 보기 어렵다고 본 부분은, 피고인에게 사물변별능력이나 의사결정능력이 있다는 전제에서 할 수 있는 판단이라는 점에서 부족함이 있다.

그 외의 요소는 주의 깊게 살펴볼 필요가 있다. 법원은 범행 당일 피고인의 침입 경로를 볼 때 피고인에게 의사결정능력이 있었다고 보았고, 피고인이 살인자가 되지 않기를 바랐거나 범행의 발생 원인을 피해자에게서 찾는 모습, 범행을 은폐하기 위하여 증거물을 버린 점 등으로 보아 사물변별능력이 있다고 보았다.

이 사건의 경우 1심 법원은 징역 15년을 선고했으나, 2심 법원은 그보다 가중하여 18년을 선고하였다. 2심 법원은 피고인에게 편집성 조현병이 있으며 제대로 치료받지 못한 상태에서 범행에 이르렀다는 점을 유리한 사정으로 고려하였다. 2심 법원이 불리한 정상으로 든 사정은 범행 수법의 잔혹성, 범행의 계획성, 피해 회복을 위한 진지하고 적극적인 노력의 부족, 범행 은폐를 위한 적극적인 행동, 재범을 억제할 가족적·사회적 유대관계의 부족 등이었다.

④ ⑨ 사건의 심신상실 배척 이유

이 사건 피고인은 피해자(15세, 남)의 친모이다. 피고인은 피해자의 친부 C와 이혼하고 D와 재혼하였으나, D와의 사이에서 낳은 둘째 아들 E가 2016년경 교통사고로 사망한 것을 계기로 우울증이 발병하

였다. 피고인은 2018년 D와 이혼하고 피해자를 양육하던 중 자신이 우울증으로 인하여 사회생활이 곤란하므로 피해자가 성인이 될 때까지 정상적으로 양육하는 것이 불가능하다고 비관하여, 피해자에게 수면제를 먹이고 칼로 찢러 살해한 후 자신도 투신하는 등의 방법으로 자살하기로 마음먹었다. 피고인은 2020. 8. 25. 투신자살이 용이해 보이는 고층 아파트를 물색한 후 정신의학과 의원에서 수면제 49정을 처방 받고 마트에서 식칼 1개와 박스테이프 1개를 구입한 다음 차량 뒷좌석 바닥에 숨겨 놓았다. 그리고 편의점에서 구입한 생수에 수면제를 녹이고 여기에 참웃진액 1포를 섞어 차량 안 컵홀더에 꽂아두었다.

피고인은 같은 날 19:00경 학원 수업이 끝난 피해자를 조수석에 태우고 위 음료를 건네주어 피해자로 하여금 전부 마시도록 하였다. 피해자가 “몸이 이상하다, 어지럽다”고 호소하자 뒷좌석에 누워서 자라고 권유하고 한적한 장소에 차량을 주차하였는데, 피해자가 차문을 열고 나가려고 시도하자 피해자를 죽일 기회라고 생각하고 뒷좌석으로 넘어가 바닥에 숨겨 놓은 식칼을 집어 들고 피해자를 수십 회 찢러 살해하였다.

이 사건의 경우 1심 법원에 피고인에 대한 정신건강의학과의원 소견서 및 진료차트는 제출되었지만, 수사절차나 재판절차에서 정신감정을 하지는 않은 것으로 보인다. 이에 1심 법원은 심신미약이나 심신상실 여부에 대해서는 판단하지 않았고, 심신미약 감정도 하지 않았다. 그리고 피고인의 삶의 이력이나 병력을 고려하더라도 범죄의 중대성 및 반인륜적·반사회적 성격, 범죄의 계획성과 치밀성, 범행의 잔혹성과 대담성을 볼 때 비난가능성이 높다는 이유를 들어 징역 16년을 선고하였다.

2심 법원도 피고인에 대한 정신감정을 실시하지는 않았다. 대신 피고인의 정신과 진료기록을 감정하도록 하였는데, 진료기록을 감정한 감정원은 심신상실 소견을 냈다. 2심 법원은 피고인의 심신상실 주장은 배척했으나 심신미약을 인정하여, 1심 판결보다 감경한 징역 10년을 선고하였다. 2심 법원은 심신상실 주장을 배척하는 이유를 명시하지는 않았고, 심신미약을 인정하는 이유만을 제시하였는데 그 요지는 아래와 같다.

- 피고인은 둘째 아이가 교통사고로 사망한 뒤 우울한 기분, 반복되는 자살 충동 및 자살사고, 환청 및 환시, 불면 등의 증상을 보였고, 범행 당시 피고인의 정신상태는 정신병적 증상이 동반된 주요우울장애에 해당되며, 환청과 환시 등의 정신병적 증상과 지속되는 심한 우울감, 자살충동, 자살사고로 인해 망상 수준에 준하는 사고장애를 보였을 가능성이 있다는 것이었다. 이에 범행 당시 피고인의 현실검증력과 판단력이 심신상실 수준이었을 가능성이 있다.
- 감정원은, “피고인의 동반된 정신병적 증상과 2차례의 자살시도를 고려할 때 피고인의 상태는 정신병적 증상이 동반된 주요우울장애로 판단되고 그 정도는 고도라고 생각된다. 정신병적 증상이 동반된 주요우울장애가 피해자를 살인하겠다는 생각을 통제하지 못한 것에 영향을 미쳤을 가능성을 배

제할 수 없다고 판단된다.”고 하였다.

- 피고인은 2020. 5. 18.까지 정신건강의학과의를 방문하여 치료를 받다가 임의로 치료를 중단하였다.
- 피고인은 마지막으로 위 병원에 방문한 당시 ‘약을 끊어보기로 생각했다’고 말하고 그 후로 약 3개월 동안 약물을 복용하지 않은 것으로 보인다.
- 약 3개월간 불면증에 시달려 잠을 거의 자지 못한 상태에서 2020. 7. 9.경 신호대기 중인 차량을 추돌하여 교통사고를 일으켰을 뿐만 아니라, 2020. 7. 11. 다량의 수면제를 복용하여 자살을 시도하였다.
- 2016. 10. 18.부터 2020. 5. 18.까지 피고인을 치료했던 정신과전문의는 피고인이 치료 중 극심한 감정기복과 활동량 변화 등 조울증 증상을 보이기도 했고, 피해자 사이의 불안정한 애착관계로 인하여 피고인의 자살사고가 피해자를 데리고 함께 세상을 등지겠다는 극단적인 생각으로 확장되었을 것으로 보인다는 의견을 냈다.
- 피고인은 구금된 후에도 정신과 진료를 계속 받고 있는데, 담당 의사는 “최근 경과에서 환자 보고상 우울, 죄책감, 자살사고 등의 기분 증상과 환청, 환시 등의 정신증상이 지속”된다고 보고하였다.

1심 법원과 달리 2심 법원은 피고인의 심신장애의 정도, 심신장애가 범행 동기에 미친 영향, 피고인이 치료 및 약물 복용을 중단함으로써 피고인의 상태가 더 악화되었던 상황, 구금 후 피고인의 정신적 상태를 구체적으로 검토하였다. 그런데 판시 내용만으로는 위 요소들을 통해 왜 심신상실이 아니라 심신미약만 인정할 수 있는지를 명확히 이해하기가 어려워 아쉬움이 있다. 1심과 유사하게 범죄의 중대성이나 계획성, 잔혹성 등이 전반적으로 영향을 준 것으로 짐작되는데, 앞서 심신상실이 인정된 사건들도 범죄가 중대했고 행위 태양도 잔혹성을 띄었다는 점과 함께 생각해 보면, 이 사건에서 심신상실을 배척하는 데 영향을 준 중요한 요소는 범죄의 계획성으로 보인다.

⑤ ⑪ 사건의 심신상실 배척 이유

이 사건의 피고인은 피해자(0세, 남)의 친모이다. 피고인은 피해자 생후 3주 무렵 새벽시간경 분유를 주어야 할 시간을 10분 정도 맞추지 못한 실수로 피해자가 울다 지쳐 몸이 처져 있는 것을 보고 피해자의 뇌손상을 의심하며 발달이 멈추었다고 믿고 피해자가 평생 장애인으로 누워서 살게 될 것이라고 상상하며 이를 자책하다가, 피해자가 날이 갈수록 큰 소리로 자주 칭얼대자 더 이상 못 키우겠다고 생각해 피해자를 죽이기로 마음먹었다.

피고인은 2020. 1.경부터 인터넷을 통해 ‘아파트 투신’, ‘한강 투신’, ‘목줄라 죽이기’, ‘경동맥 절단’,

‘아사’, ‘아기 질식사’와 같은 내용을 검색하며 피해자를 어떻게 죽여야 할지 고민하다가, 2020. 2. 초순 03:00경 남편이 자고 있는 틈을 타 피해자를 데리고 투신하고자 하였으나 아파트 옥상에 접근할 수 없는 구조임을 확인하고 집으로 돌아오고, 2020. 2. 중순경부터 2020. 3. 하순경까지 사이에 피해자의 목을 조르려는 시도를 수회 하였으며, 2020. 3. 중순경에는 휴대용 접이식 칼로 피해자의 경동맥을 절단하기 위해 목 부위를 찔러 상처를 내는 등 지속적으로 살해 방법을 모색하였다. 2020. 4. 14. 11:00경, 피고인은 ‘어린이집 이불 질식사’를 검색하여 얻은 정보를 바탕으로 피해자를 살해하고자 하였으나 괴로운 마음이 들어 그만두었다. 그러나 같은 날 17:30경 피고인은 다시 피해자를 죽이려고 하다가 실패하자, 재차 거실 탁자 위에 놓인 화장솜을 가위로 작게 잘라 피해자의 양쪽 콧구멍에 끼우고 테이프를 뜯어 피해자의 코와 입 부위를 막은 다음 오른손으로 피해자의 코와 입 부위를 3분 정도 눌러, 피해자를 질식케 하여 살해하였다.

1심 진행 중 피고인에 대한 정신감정이 실시되었고, 정신감정의는 피고인을 ‘상세불명의 양극성 정동장애’로 진단하고 심신상실 의견을 냈다. ‘출산 후 받은 피고인의 스트레스는 다시 심한 우울감과 불안감으로 진행되었고, 심한 불안을 동반한 우울증이 점점 악화되면서 이성을 지배하여 현실검증력까지 마비되었던 것으로 보인다. 어느 순간 2009년 우울증처럼 망상까지 진행된 것으로 보이며, 내가 잘못해서 아이에게 장애가 생겼고 내가 책임져야 한다는 망상에 기인된 생각이 피고인을 지배한 것으로 보인다. 피고인의 극단적 행동은 우울증이 극도로 심한 상태에서 발생하는 정신병적 증상(망상, 환청)에서 발생한 행동으로 보인다. 따라서 심신장애로 인한 심신상실 상태였을 것으로 판단된다.’는 것이다.

1심 법원은 심신상실 주장을 배척하고 심신미약만 인정하여 징역 3년에 집행유예 5년을 선고하였다. 그 이유는 피고인이 계획적으로 범행한 점, 수차례에 걸쳐 피해자를 살해하기 위해 시도를 반복한 점, 피고인이 범행 직후 보인 태도(피고인은 범행 직후 ‘설거지를 하고 아이를 보기 위해 방으로 갔는데 아이가 옆드려서 숨을 쉬지 않고 있어 곧바로 119로 신고했다’고 진술하였다가, 이후 거주지에서 현장 감식을 하던 중 담당 경찰관에게 이 사건 범행을 시인하였다) 때문이었다.

2심 법원도 1심과 같이 징역 3년에 집행유예 5년을 선고하면서, 2년간의 보호관찰명령을 추가로 부과하였다. 2심 법원은 추가로 정신감정을 실시하지는 않았다. 그리고 심신상실 주장을 배척하는 이유로, 1심 법원의 판단 이유에 더하여 아래와 같은 사정을 추가하였다.

- 치밀한 범행 수법과 계획적인 이 사건 범행의 내용
- 피고인이 2020. 1.경부터 피해자를 죽이기 위해 여러 시도들을 하는 과정에서 피해자가 고통스러워하며 자지러지게 울자 괴로운 감정을 느끼고 범행을 중단하여 기수에 이르지 않은 적이 수차례 있는 등, 이 사건 범행 직전까지 피해자의 고통에 공감하면서 가해행위를 중단할 수 있을 정도의 판단

력을 가지고 있었던 것으로 보이는 점

- 3개월가량의 시간 동안 여러 차례 범행 방법을 바꾸어 피해자를 살해하려다가 결국 다른 방법을 취하지 않고 이 사건 살해방법을 선택하고 살해하게 된 경위
- 조사 과정에서 “다시 생각해보니 지나치게 성급하고 독단적인 판단으로 인해 이런 일을 저지르게 되었다는 생각이 들고 조금만 남편을 포함한 주변 사람들과 상의하고 인내심을 갖고 기다려줬더라면 이러한 행동을 멈출 수 있었으리라는 생각이 든다.”는 자필 진술서를 작성하는 등 이 사건 범행 후 취한 행동

앞서 본 다른 사건들처럼 2심 법원도 치밀한 범행 수법, 범행의 계획성, 수차례 반복하여 범행을 시도한 경위를 주요하게 고려하였다. 조사 과정에서 범행을 인정하고 후회하는 듯한 모습을 보인 점을 심신상실을 부정하는 근거로 든 것은 범행으로부터 시간이 지난 후의 진술이라는 점, 3개월가량의 시간 동안 범행을 시도했으나 미수에 그친 점은 피고인의 심신장애의 영향일 수 있다는 점에서 다소 의문이 남는 부분이다.

4) 심신상실 주장을 배척한 사례

심신상실 주장을 배척한 사례로, 이 부분에서는 나머지 ③, ⑥, ⑧, ⑩, ⑫의 사건의 판단을 살펴본다.

① ③ 사건의 심신상실 배척 이유

③ 사건의 피고인은 피해자(60세, 여)의 아들로, 2007년 무렵부터 중증 우울증을 앓고 있었고 피해자의 보호하에 정신건강의학과에서 통원치료를 받았다. 피고인은 평소 집 안에 쓰레기를 모아두고 외출을 하지 않은 채 집에만 있다는 등의 이유로 피해자와 잦은 말다툼을 하거나 몸싸움을 하였고, 2020. 11. 경 피해자와 단둘이 거주하게 되면서 다툼이 반복되자 서로 감정이 더욱 나빠지게 되었다. 피고인은 2021. 12. 18. 10:00경 피해자가 피고인과 대화를 거절하고 반복되는 다툼으로 지쳐 위 주거지에서 떠나겠다는 취지로 말하자 분노가 치밀어 올랐고, 같은 날 21:00경 피해자와 대화를 하기 위해 피해자에게 말을 걸었으나 피해자가 대화를 거부하고 안방으로 들어가버리자 피해자를 살해하기로 마음먹었다. 그리고 같은 날 22:25경 평소 피고인 방 장롱 안에 보관하던 보도블럭을 가지고 나와 피해자의 방으로 들어가서 약 15분 동안 위 보도블럭으로 피해자의 머리 부위를 수십회 내리쳐 피해자를 살해하였다.

이 사건에서 피고인은 범행 약 열흘 후인 2021. 12. 28.경 편집성 조현병이라는 소견을 받았다. 다만 그 진단 경위는 분명하지 않다.

법원은 이 사건에서 피고인과 변호인의 심신상실 주장을 배척하고 심신미약만 인정하였는데, 그 이유

는 아래와 같다.

- 2022. 5. 31.부터 2022. 6. 30.까지 피고인을 정신감정한 감정의는 정신의학적 면담, 정신상태검사, 두부 CT 및 MRI 촬영 등을 거쳐 범행 당시 피고인의 상태를 심신미약으로 판단하였다.
- 정신감정의는 위 자료 외에도 피고인이 처음 정신건강의학과위원회에 내원하기 전까지의 경과와 이후 피고인의 상태나 치료내역을 확인할 수 있는 진료기록부 및 이 사건 범행의 구체적인 상황을 확인할 수 있는 현장파일보고서 등을 모두 확인하였다.
- 피고인은 법정에서 ‘(어머니와) 다투던 중에 제가 옥해가지고 참았어야 할 화를 참지 못해가지고...’, ‘그때로 돌아가게 된다면 절대로 다투거나 그러기보다는 저 혼자서 생각하고 참고 그래야 한다고 생각합니다.’라고 진술하였고, ‘피해자가 자신의 어머니가 아닌 다른 사람으로 보였다’거나 ‘피해자를 죽여야 한다는 소리가 계속 들렸다’는 등의 진술은 전혀 하지 않았는바, 피고인은 자신이 어머니를 살해한다는 것을 인식하고 이 사건 범행을 저지른 것으로 보이고, 조현병 등의 영향으로 화를 참기 어려웠다고 하여도 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력이 완전히 결여되었던 것으로 보이진 않는다.
- 피고인이 이 사건 범행 직후 범행도구인 보도블럭을 들고 현장을 떠난 것도 자신이 어머니를 살해하였다는 것을 명확히 인식하고 두려움에 스스로 결정하여 행동하였던 것으로 판단된다.

정리하면, 법원은 정신감정의의 감정의견, 피고인의 법정에서의 진술, 환시나 환청의 영향이 아닌 점, 범행 직후 범행도구를 들고 현장을 떠났던 사정을 근거로 심신상실을 부정하였다. 그런데 피고인이 법정에서 범행을 후회하는 취지의 말을 했더라도 이는 범행으로부터 시간이 지난 후의 진술이라는 점에서 범행 당시의 심신장애 정도를 판단하는 근거로는 부적절한 측면이 있다. 한편 범행 당시 어머니를 어머니로 인식했다거나 환청의 영향이 없었다는 점은 다른 사건에서는 잘 언급하지 않는 요소인데, 심신장애의 유형이나 특성에 따라 꼭 환청이 동반되지는 않는다는 점에서 위 요소가 충분한가에 대한 의문이 남는다.

② ⑧ 사건의 심신상실 배척 이유

피고인은 2020. 9. 19. 10:30경 “네가 사람을 죽이지 않으면 다른 사람이 죽인 걸 네가 다 뒤집어쓴다”는 환청을 듣고 다른 사람을 살해하기 위해 낫을 들고 집 밖으로 나왔다. 피고인은 길가에서 피해자 C(52세, 여)가 탄 승용차의 앞을 가로막아 세운 뒤 낫으로 차량 앞 유리창과 운전석 유리창을 내리쳐 깨뜨리고 운전석 문을 강제로 연 다음, 피해자의 목 부위, 허벅지와 종아리 부위를 낫으로 수회 내리쳤으나 8주간 치료가 필요한 상해를 입히는 미수에 그쳤다. 옆 공사현장에서 범행을 목격한 F가 이를 제지하기 위해 소리를 치자, 피고인은 공사현장으로 걸어가 피해자 E(41세, 남)를 살해하려고 피해자의 목

과 배 부위를 내리쳤으나 10주간 치료가 필요한 상해를 입히는 미수에 그쳤다. 계속하여 피고인은 집으로 돌아가 다른 낫을 들고 피해자 G(79세, 여)의 집으로 걸어가 낫으로 피해자를 찔렀으나 전치 8주 상해를 입히는 데 그쳤고, 범행을 제지하는 G의 딸 H(51세, 여)를 살해하고자 H의 등 부위를 낫으로 내리쳤으나 전치 6주간의 상해를 입히고 미수에 그쳤다.

이 사건에서 1심 법원은 정신감정 의견만을 근거로 들어 피고인에게 심신미약을 인정하고 징역 12년을 선고하였다. 2심 법원도 피고인과 변호인의 심신상실 주장을 배척하고 항소를 기각하였다. 1심과 달리 2심 법원은 심신미약을 인정하는 근거와 심신상실을 배척하는 근거를 구분하여 기재하고 있다. 심신미약을 인정하는 근거는 다음과 같다.

- 피고인은 2008. 6. 6.부터 2008. 7. 11.까지 조현병을 이유로 입원치료를 받았고, 2008. 8. 12.부터 2009. 7. 3.까지 통원치료 및 약물치료를 받았다.
- 위 치료 이후에도 피고인은 몸이 힘들거나 스트레스 등으로 잠을 잘 자지 못할 경우 많게는 1년에 2회 정도 환각이나 환청 증세를 경험했는데, 이런 증상은 충분한 휴식을 취하거나 일정 시간이 경과하면 약물을 복용하지 않더라도 회복되었다.
- 이 사건 범행 무렵 피고인은 뇌경색으로 쓰러진 부친의 병간호와 고된 농사일로 상당 기간 잠을 제대로 자지 못하였고, 범행 전날 저녁 ‘너는 죽지도 못하냐, 나 같으면 죽는다’는 환청을 듣고 과도로 목을 긋는 자해를 하기도 하였다.
- 피고인은 범행 전날부터 범행 당일 오전까지 한숨도 못 잔 상태에서, 이 사건 범행 직전 다시 ‘내가 사람을 죽이지 않으면 내가 뒤집어쓴다’는 환청을 듣고 범행에 이르렀다.
- 피고인은 피해자들에게 다가가 별다른 말도 없이 무차별적으로 피해자들을 향하여 낫을 휘두르거나 찔렀는데, 피해자들 중 일부는 전혀 모르는 사람이었고, 나머지 피해자들을 살해할 만한 뚜렷한 이유나 동기도 없어 보인다.
- 피고인은 범행 직후 출동한 경찰관과 대치하고 있는 상황에서 들고 있던 낫으로 목과 배를 긋는 자해를 하여 병원 응급실로 후송되었다.

심신상실을 배척하는 근거는 다음과 같다.

- 원심 정신감정 시 ‘두부 및 흉부 방사선 검사, 뇌파 검사’ 결과 정상, ‘뇌 자기공명검사’ 결과 특이소견이 관찰되지 않았으며, ‘심리 검사’ 결과 기억력은 평균하 수준, 지능은 72로 경계선 수준이나, 의식은 명료하고 지남력은 보존되어 있었다.
- 감정의는 심신미약 소견을 밝혔다.

- 피고인은 범행 후 6일이 경과한 2020. 9. 25. 퇴원하여 처음 경찰조사를 받았는데, 피해자들과의 관계, 범행 순서와 장소, 범행 방법 및 도구, 범행에 이르게 된 경위와 상황 등에 관하여 실제 사실 관계에 맞게 자신의 기억에 따라 진술하였고, 검찰 조사에서도 대체로 일관된 진술을 하였다.
- 피고인은 수사절차에서 피해자들에게 죄송하다는 의사를 표시하고, 재판절차에서도 여러 차례 자필로 작성한 반성문을 제출하였는바, 자신이 한 행동의 의미와 결과를 충분히 인식하고 있는 것으로 보인다.
- 피고인의 옆집에 거주하던 G, H는 경찰에서 ‘피고인이 말수가 적기는 하였으나 서로 인사는 하였고, 정신이 이상하다는 말은 들어보지 못하였다’는 취지로 진술하였는바, 간헐적으로 조현병 증세를 겪으면서도 큰 어려움 없이 독자적으로 일상생활을 영위해온 것으로 보인다.

이 사건의 2심 법원은 드물게 심신상실을 부정하는 이유와 심신미약을 인정하는 이유를 따로 밝히고 있다는 점에서 의미가 있다. 심신미약과 심신상실 정신감정 결과와 무관한 모두 규범적 판단 결과라면, 어떤 기준으로 규범적 판단이 이루어졌는지를 명확히 할 필요가 있다. 판결의 일관성과 신뢰성 확보, 피고인의 방어권 보장을 위해 필요한 것이다.

그런데 2심 법원이 심신상실 주장을 배척하면서 든 이유들, 즉 치료 후 피고인이 범행 전후 상황과 경위, 범행 방법 등을 기억해서 진술하였다는 점, 수사 및 재판절차에서 범행을 후회하는 태도를 보였다는 점, 일상생활을 하는데 어려움이 없었다는 사정 등은 좀 더 살펴볼 필요가 있다. 우선 피고인은 범행 당시 심신장애 상태 때문에 곧바로 입원치료를 받았고 6일 후 퇴원한 뒤부터 경찰조사를 받으면서 형사절차가 진행되었다. 즉 피고인은 이미 경찰조사를 받을 때부터 치료로 인해 증상이 진정된 상태였기 때문에, 그 이후의 피고인의 안정된 진술이나 반성하는 태도가 범행 당시 피고인의 심신장애 상태를 보여주는 것은 아닐 수 있다. 이 역시 ‘정신장애인이란 24시간 내내 착박 상태에 있을 것’이라는 편견과 연결되는 판단이기도 하다. 또한 피고인이 무리 없이 일상생활을 해왔다는 이웃사람의 진술도 피고인의 상태를 온전히 설명해주지는 않는다. 오히려 이런 진술은 정반대의 규범적 결론을 지지할 수도 있는데, 평소 피고인이 특별히 폭력적이지 않고 무난하게 일상생활을 해온 것으로 이해할 수도 있기 때문이다. 앞서 심신상실을 인정했던 ①, ②(2심) 사건에서도 피고인들은 병력이 있기는 했으나 평소 일상생활을 무리 없이 하다가 범해 즈음 갑작스럽게 상태가 악화되어 범행에 이르렀다. 또한 이 사건 피고인이 환청에 의해 범행에 나아가게 된 점은 피고인의 정신장애가 범행 동기에 영향을 준 측면을 보여준다. 피해자를 특별히 해칠 이유가 없었다는 점에서도 ①, ② 사건 내용과 유사하다.

③ ⑩ 사건의 심신상실 배척 이유

⑩ 사건의 피고인은 피해자(3세, 여)의 친모로 남편 C와의 사이에 피해자를 출산하였다. 피고인은 2018. 2. 하순경 C를 ‘아저씨’, 피해자는 ‘아저씨 딸’이라고 부르며 방안을 돌아다니고 칼로 손목에 자해를 하는 등의 이상 행동을 보여 정신건강의학과 병원에 입원하였다. 피고인은 중증 우울에피소드, 양극성 정동장애, 현존 경증 또는 중증도의 우울증 등의 정신병적 증상에 대한 치료가 끝나지 않았음에도 피해자가 보고 싶다는 이유로 병원 측에 책임이 없다는 취지의 각서를 쓰고 퇴원하였다. 피고인은 2021. 1. 16. 19:00경 알 수 없는 이유로 피해자를 살해하기로 마음먹고, 주방에 있던 과도로 피해자의 대와 등 부위를 찔렀으나 미수에 그쳤다.

법원은 심신상실은 부정하고 심신미약만 인정했는데, 각각에 대한 판단 근거를 명시하고 있다. 이 사건의 경우 정신감정을 했지만 정신감정의 의견이 심신미약이었는지 심신상실이었는지는 판결문에 명시되어 있지 않다. 심신미약을 인정한 근거는 다음과 같다.

- 피고인이 깊은 유대감을 갖고 있던 모친이 직장암으로 사망하여 큰 정신적 충격을 받았고, 모친의 사망 이후 다혈질적이고 집착적인 부친과 단둘이 살면서 우울증을 앓아온 점 및 2016. 2.경 남편 C를 만나 결혼했는데, 2016. 11. 9.경 C가 뇌출혈로 쓰러져 약 1년 6개월간 C의 치료와 재활을 전적으로 뒷바라지하면서 우울감과 불안감이 심해진 점
- 피해자를 출산한 후 우울감이 심화되어 기억력 감퇴, 언어능력 및 인지능력 저하 등의 증상을 겪다 칼로 자신의 손목을 그어 자해하여 2018. 3. 1.부터 2018. 3. 9.까지 일산 소재 F에 입원하여 치료를 받기도 한 점
- 피고인이 이 사건 2주 전부터 C에게 불안감과 무력감을 호소하고 환청이나 환시 등의 증상을 보여 2021. 1. 8. 신경안정제를 처방받아 복용한 점
- 이 사건 당일 피해 아동 및 둘째 아이를 목욕시킨 다음부터는 이 사건 범행 후 O병원 중환자실을 거쳐 P병원 입원병동에서 깨어나 안성경찰서 소속 경찰관으로부터 이 사건 범행에 관하여 듣기 전까지 이 사건 범행을 기억하지 못하였다고 진술한 점

심신상실을 부정한 근거는 다음과 같다.

- 피고인이 이 사건 범행 직후 2021. 1. 16. 19:22경 C에게 직접 전화하여 자신이 피해 아동을 다치게 한 것 같다며 피해 아동이 다쳤음을 알렸던 점
- 피고인에 대한 진료기록이나 심리평가결과를 보더라도 인지적 자원은 평균 수준으로 적절한 수준이나 우울감 등으로 인하여 효율적이고 기민하게 운용하는 능력이 떨어진 상태로 평가되었을 뿐 두뇌

의 기질적인 손상 등 영구적이거나 지속적인 손상은 존재하지 않는 것으로 보이는 점

- 피고인에 대한 청구전조사 결과에 의하더라도 보호관찰관의 피고인과의 면담 내용, 진술 태도, 학력, 언어적 반응, 성장과정 등 제반 사정을 종합적으로 고려하였을 때, 피고인의 인지능력이 정상 범주에 속하는 것으로 평가되는 점
- 피고인은 범행 후인 2021. 1. 30.부터 2021. 4. 2.까지 P병원에서 입원치료를 받았는데, 위 병원의 2021. 4. 2.자 진단서에 의하면 피고인이 불안, 우울증상으로 일시적인 정신병적 증상(주변 사물이 평소와 다르게 느껴지고 시간이 정지된 느낌이나 주변 사람의 말과 행동에 대한 의심과 망상적 해석, 극도의 불안, 공포)을 보인 것으로 보이고 입원 후 약물치료와 정신치료를 통해 증상이 상당히 개선되었다고 평가한 점
- 피고인의 수사기관이나 법정에서의 태도에 의할 때 본인의 의견을 차분하게 밝히고 있고 이 사건 범행의 법적인 의미나 지금 본인의 현 상황에 대하여도 대체로 잘 파악하고 있는 것으로 보이는 점

앞서 본 사건과 마찬가지로 이 사건에서도 심신미약과 심신상실을 구분하여 각각에 대한 판단 근거를 밝힌다는 점에서는 의미가 있다. 하지만 각 요소들이 병렬적으로 나열되어 있어, 정작 피고인의 심신장애가 범행동기나 행위 태양, 범행 직후 보인 태도와 어떻게 관련이 있기에 심신미약을 인정하고 심신상실을 부정할 것인지를 알기는 어렵다. 또한 다른 사건들에서도 나타났던 것처럼, 범행 후 입원치료를 받아 증상이 가라앉은 결과적 사실들(범행 후 증상 개선, 수사기관 및 법정에서의 태도)을 들어 심신상실을 부정한 점은 재고할 필요가 있다.

④ ⑫ 사건의 심신상실 배척 이유

⑫ 사건의 피고인은 피해자(78세, 여)의 배우자이다. 피고인은 과거 신장 수술 등으로 인해 건강 상태가 악화되어 요양병원에 입원했으나 병원 생활에 적응하지 못하여 퇴원하여, 그 이후 주거지에서 피해자의 보살핌을 받고 있었다. 피해자도 고령에 건강 상태가 악화됨에 따라 더이상 집에서 피고인을 보살피기 어렵게 되었고, 피해자를 비롯한 피고인의 가족들은 피고인을 요양병원 등 의료시설에 입원시키고자 하였다. 이에 병원 생활을 싫어한 피고인은 강한 불만을 품게 되었다. 2023. 2. 15. 05:08경 피고인은 피해자가 ‘병원에 약을 받으러 가는데 함께 가자’는 피고인의 요구를 거절하자 순간적으로 격분하여 피해자를 살해하기로 마음먹고, 가위로 피해자를 수십 회 찔러 살해하였다.

법원은 심신미약은 인정했으나 심신상실은 배척했고, 각각에 대한 판단 근거를 명시하였다. 심신미약을 인정한 근거는 아래와 같다.

- 피고인은 ‘만기발병을 수반한 알츠하이머병 등’을 앓고 있는 사람인 점

- 피고인을 진료했던 담당의사는 피고인의 상태에 대해 “중증도 치매상태로 기억장애 이외에 판단력 장애, 망상, 이상행동과 같은 정신증상을 동반한 상태”라고 진단하고 있는 점
- 피고인은 이 사건 직후 현장에 출동한 경찰이 사건의 경위에 관하여 묻자 사건과 관련이 없는 알 수 없는 말을 되풀이하였고, 수사기관에서 조사를 받을 당시에도 이 사건과 관련이 없는 내용을 횡설수설하기도 하는 등 비정상적인 언행을 보였던 점

심신상실을 배척한 근거는 아래와 같다.

- 피고인은 이 사건 직후 119에 ‘살인 사건이 났으니 빨리 와 달라’는 취지로 수차례신고를 하였던 점
- 피고인은 수사기관 조사 당시 사건과 관계없는 내용을 횡설수설하기도 하였으나, 자신이 피해자인 처를 살해하였다는 사실과 그 이유, 범행 과정 등을 자신의 기억에 따라 비교적 구체적으로 진술
- 수사기관 및 법정에서 보인 언동이나 피해자 가족들의 진술내용(구체적 진술내용은 판결문에 명시되어 있지 않음)

이 사건도 심신미약을 인정하고 심신상실을 배척한 이유를 각각 구분하여 명시한 점은 의미가 있다. 이 사건에서 흥미로운 점은 피고인이 범행 직후 출동한 경찰에게 알 수 없는 말을 되풀이하고 수사기관에서도 마찬가지로 모습을 보였음에도, 일부 구체적 진술이 포함되어 있었다는 이유로 심신상실을 부정한 점이다. 이는 범행에 대해 기억하고 있다는 이유로 심신상실을 부정한 것으로 볼 수 있다. 또한 범행 후 직접 신고한 사실도 심신상실을 부정하는 근거로 명시되었다.

(4) 소결

살인이나 살인미수 범죄의 경우 중범죄이므로 당연히 정신감정을 할 것이라는 예상과 달리, 정신감정을 하지 않고 다른 자료들만으로 심신장애 주장을 판단한 사건들이 있었다(⑥, ⑨, ⑫). 또한 정신감정을 했더라도 감정의견을 명시하지 않거나(④, ⑩), 피고인에게 정신적 장애가 있다는 사실만으로 특별한 근거 없이 혹은 대법원 판시 요소에 따른 사실관계를 단순 나열한 뒤 심신미약을 인정하는 사례가 존재하였다(④). 전체 분석 대상 판결문 중에서 드물게 발견되는데, 심신상실을 부정하는 근거와 심신미약을 인정하는 근거를 각각 밝히는 판결들(⑤, ⑥, ⑧, ⑩, ⑫)은 의미 있다고 생각한다. 다만 그 판단의 기준들에 대해서는 좀 더 살펴보고 평가하면서 정립해나갈 필요가 있다.

최종적으로 피고인의 심신상실을 인정해서 무죄로 판단한 사건들(①, ②)에서 법원은 대법원 판시 요소들에 해당하는 사실관계나 피고인의 정신질환·정신장애의 증상이나 치료 이력들을 단순히 나열하기보

다는, 피고인의 정신질환·정신장애가 범행의 동기나 행위 태양, 범행 전후의 태도 등에 어떠한 영향을 미쳤는지를 파악하는 점이 큰 차이이다. ② 사건의 경우 1심 법원은, 다른 많은 사건들에서 반복적으로 나타나는 심신상실 부정 근거인 ‘수사기관부터 법정에 이르기까지 범행 경위와 범행 전후 상황에 대해 피고인의 진술이 구체적이고 일관된 점’을 심신상실을 부정하는 사유로 들었으나, 2심 법원은 그보다 범행 당시 피고인의 상태가 특별한 스트레스 요인 없이도 급격히 악화될 수 있는 상태였고, 심신미약과 심신상실을 오가는 상태였을 것으로 보인다는 정신과전문의의 소견들을 주요하게 고려했다는 점이 특기할 만하다. 또한 ②의 1심 판단에 영향을 준 정신장애인에 대한 고정관념과 선입견(‘정신장애인은 24시간 내내 착란 상태일 것’이라는 전제)도 재고할 필요가 있다. ①과 ② 모두 사건 전개과정에서 우연히 범행 전후 피고인의 정신상태에 대한 진료가 이루어졌던 사건들이라는 점은, 범행 후 최대한 빨리 정신감정이 이루어지는 것이 중요하다는 점을 나타낸다.

분석 결과 감정의견이 심신상실이었음에도 이를 부정한 사건들이 있었는데(⑥, ⑦, ⑨, ⑪), 이 사건들을 포함하여 법원이 심신상실을 부정하는 대표적인 요소들은 △ 범행의 계획성, △ 범행의 잔혹성, △ 범행 시도를 반복하다가 범행에 이른 점, △ 범행 직후의 태도 - 특히 범행을 은폐하려는 시도 혹은 범행 현장을 떠난 사실(도주 목적인지 여부 불문, 떠난 사실 자체를 요소로 들고 있음), △ 범행 직후 직접 119에 신고하거나 지인에게 범행을 알린 점, △ 수사절차 혹은 재판절차에서 범행을 후회하는 듯한 태도를 보이는 점, △ 범행 전후 경위를 기억한다는 점 및 이와 유사하게 범행 전후 경위를 일관되게 진술한다는 점 등이었다. 드물지만, 범행 당시 환청이 없었다는 점을 드는 판결도 있었다(③).

이때 범행 후 시간의 흐름에 따라, 혹은 범행 후 받은 치료로 인해 피고인의 증상이 완화시킬 수 있다는 점을 고려하지 않거나, 범행 전후의 기억력을 근거로 들어 심신상실 또는 심신미약을 부정하는 것은 정신장애의 특성을 충분히 고려한 판단이라고 보기는 어렵다. 특히 기억력은 대법원이 이미 심신장애의 판단 요소로 부적절하다고 판시하였다는 점에서도 부적절하다.

정신감정의 소견이 어느 한쪽으로 결론 내리지 못한 채 ‘심신미약 또는 심신상실’이라고 나온 경우, “심신상실이었음을 단정할 수 없다”고 보아 심신상실을 배척하는 판단이 있었다(②의 1심, ⑤). 형사법의 대원칙인 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로” 원칙을 적용하지 않고 심신상실을 부정한 것인데, 이러한 경우 어떻게 판단해야 하는지에 대해서는 앞으로 심도 깊은 논의가 필요하다.

한편 피고인을 직접 만나거나 증거기록을 모두 검토한 것이 아니므로 단언할 수는 없지만, ⑥, ⑧, ⑩ 사건의 경우 판결문이 기재된 사건의 내용이나 피고인의 상태가 심신상실을 인정한 ①, ② 사건과 매우 유사해 보인다. 그럼에도 불구하고 법원은 이 사건들에서 피고인의 심신상실 주장을 배척하였다. 이때 심신상실을 부정한 근거가 대법원 판시에 배치되거나(사건에 대한 기억 유무), 범행 후의 요소이거나(범행 후 피고인의 태도), 심신장애와 범죄와의 관련성에 반드시 영향이 있다고 할 수 없는 요소들(예를 들

어 인지능력)로 보인다는 점에서 판단기준을 마련해나갈 필요가 있다.

또한 형법 제10조 제1항은 사물변별능력 “또는” 의사결정능력이 없는 자의 행위를 별하지 아니한다고 규정하고 있지만, 판결에서는 사물변별능력 “그리고” 의사결정능력이 없어야 심신상실을 인정하는 것으로 보이는데, 이에 대해서도 향후 좀 더 깊은 연구와 고민이 필요하다.

다. 상해 범죄

(1) 분석 대상 사건의 개요

분석대상으로 삼은 상해 사건은 ① 부산지방법원 2023노279 판결(원심 : 부산지방법원 2022고단 1990 판결), ② 서울북부지방법원 2022고합515, 2022감고4(병합) 판결 ③ 서울중앙지방법원 2019고합726, 2019감고8(병합) 판결 ④ 서울남부지방법원 2022고합92 판결, ⑤ 부산지방법원 2023노268 판결(원심 : 부산지방법원 동부지원 2021고단2322 판결)이다.

위 사건 중 ①~④ 사건에서 피고인들의 심신장애는 모두 인정되었으나 그 심신장애의 장애 정도는 다르게 인정되어 ② 사건의 경우 심신상실로 인한 무죄가 인정되었다. ⑤ 사건에서 법원은 피고인의 심신미약 주장을 받아들이지 않았다. ③ 사건에서는 피고인에게 보호관찰 및 치료감호처분이 부가되었다.

	①	②	③	④	⑤
죄명	특수상해	특수존속상해	존속상해, 특수공무집행방해 치상	폭력행위등처벌에관 한법률위반(상습특수 상해), 폭력행위등처벌에관 한법률위반(상습주거 침입), 폭력행위등처벌에관 한법률위반(상습재물 손괴), 절도미수	특수상해
상해 범행 내용	건물 앞 노상에서 등산용 칼을 휘두르거나 찔러, 지나가던 행인들의 목, 오른손, 배, 어깨, 팔목 등에 상해	모친인 피해자가 무국에 오뎅을 넣지 말라고 하자, 부엌칼로 피해자 목을 긋고 귀를 찌름	부친인 피해자가 차 열쇠를 주지 않자 화가 난다고 피해자의 지팡이를 뺏어 수 회 내리쳐 상해, 같은 날 출동한 경찰관이 신분확인을 요청하자 커터칼로 상해	술을 마시던 중 포커를 하지 않고 집에 가겠다는 피해자의 손을 가위로 찔러 상해, 다른피해자가 관리하는 건조물 침해, 다른 피해자의 주거지 유리창을 깨뜨리고 잠금장치를 열고 주거침입	피해자 B과 술을 마시던 중 피해자가 술자리에 함께 있던 남자 2명을 귀가시켰다는 이유로 화가 나 그곳에 있던 위험한 물건인 소주병으로 이마를 내리쳐 상해

	①	②	③	④	⑤
정신적 장애	극도의 피해망상 및 조현병	조현병	미분화조현병	우울증 삽화, 알코올 의존 증후군에 따른 섬망 증상(환청, 환시)	정서불안성 인격장애, 정신병적 증상없는 중증 우울 에피소드
인정된 심신장애	심신미약	심신상실	심신미약	심신미약	없음
선고형	징역 3년	무죄	징역 1년 6월, 집행유예 2년	징역 2년	징역 10월
부가처분	몰수	없음	보호관찰, 치료명령	없음	

(2) 정신적 장애의 인정 근거

분석 대상 상해 사건의 피고인들은 모두 정신질환을 앓고 있었다는 점에서 공통된다. 그러나 각 사건에서 피고인의 정신적 장애로 인한 심신장애를 판단하는 근거는 일관되지 못하다.

모든 사건에서 과거와 현재의 정신과 진료기록, 진단서 등이 피고인의 정신적 장애를 인정하는 기초 근거로 활용되었다. 다만 그 정신적 장애로 인한 심신장애를 인정함에 있어서는 그 근거로 정신감정 결과를 활용하였는지 여부 등이 각 사건마다 다르게 나타났다. ①, ② 사건에서는 기존의 정신질환 병력에 대한 기록에 더하여 추가적인 정신감정을 실시하였으나 ③, ④, ⑤ 사건에서는 정신감정을 실시하지 않았다. ② 사건에서는 심리평가보고서 등 추가적인 자료도 제출되었다. 결국 정신감정은 5건 중 ①, ② 사건에서만 실시되었고, ③, ④, ⑤ 사건은 정신감정 없이 기존의 진단서 등의 자료만으로 피고인의 정신적 장애를 인정하였다.

(3) 심신장애 주장의 인정 또는 배척 근거

①, ②, ④ 사건에서 피고인은 심신상실 상태에서 범행을 저질러 행위에 대한 책임이 없음을 주장하였다. ①, ④ 사건에서 법원은 피고인의 심신상실 주장을 배척하고 심신미약만을 인정하였으나, ② 사건에서 법원은 피고인의 심신상실을 인정하여 피고인에게 무죄를 선고하였다. ⑤ 사건의 피고인은 항소심에 이르러 심신장애 중 심신미약으로 인한 감경을 주장하였으나, 법원은 피고인이 심신상실에 이르지 않았다고 판단하며, 피고인의 심신장애 주장을 전부 배척한 것으로 보인다.

피고인이 알코올 의존증후군으로 인한 섬망, 성격장애 등을 이유로 심신미약 내지 심신상실을 주장한 ④, ⑤ 사건에서는, 법원이 제출된 증거자료만으로 피고인의 정신적 장애로 인한 심신장애를 인정할 수

있는지 여부, 심신장애의 정도가 심신상실에 이르렀는지 등을 판단한 반면, 환청과 환시 등을 증상으로 하는 조현병 진단이 비교적 명확한 ①, ② 사건에서는 피고인이 정신적 장애로 인하여 심신상실에 이르렀는지를 판단하기 위하여 정신감정을 실시하였다.

①, ② 사건의 경우 피고인이 범행 당시 정신적 장애로 심신상실 상태에 있었음을 이유로 무죄를 주장한 사정이 공통되고, 실제로 각 피고인이 범행 전부터 정신질환으로 인하여 치료를 받고 있었다. 이에 법원이 피고인 주장의 당부를 판단함에 있어, 정신감정의 결과를 정신적 장애의 상태가 심신상실에 이르렀는지를 판단하는 주요한 기준으로 삼은 것으로 보인다. 한편, ③ 사건의 경우 피고인이 조현병 진단을 받았음에도 법원은 정신감정을 하지 않고, 범행 이틀 뒤에 피고인이 입원하여 판결에 이르기까지 입원치료를 받고 있는 사정 등을 근거로, 피고인의 심신미약을 인정하여 형을 감경한 것으로 보인다.

상해 사건에서도, 다른 유형의 범죄와 유사하게 법원은 피고인이 심신상실을 주장하는 경우 심신미약 인정과 심신상실의 배척 근거를 별도로 구분하지 않고 심신장애의 정도가 심신상실에 이르렀는지를 기준으로 판단하는 경향을 보이고 있다. 심신장애의 정도에 관하여는 대법원에서 심신장애의 유무 및 판단 근거로 삼고 있는 요소 중 정신병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위, 범행 전후의 피고인 행동, 기억의 유무 및 정도 등의 몇 가지 요소만을 주된 판단 요소로 판시하고 있다.

(가) ① 사건의 심신상실 배척 및 심신미약 인정 근거

법원은 피고인이 극도의 피해망상 및 조현병 증상으로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 상실된 심신상실 상태에서 이 사건 범행을 했다는 취지로 무죄를 주장하자, 아래 근거를 들어 피고인이 사리를 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태이지 심신상실의 상태까지 이르렀다고 보기 어렵다고 판단하였다.

- 감정인은 ‘이 사건 범행이 조현병 증상에 의한 범행으로 보이고, 피고인이 이 사건 범행 당시 심신미약의 상태에 있었을 것으로 추정된다’는 취지로 감정하였다.
- 피고인은 범행 일시로부터 약 3년 전부터 입원치료를 받으며 조현병진단을 받았다.
- 피고인은 2022년초부터 환청과 환시, 피해망상과 관계망상, 피조정망상, 피독망상 등을 나타내면서 이 사건 당시에도 피해망상으로 인해 자신을 방어하려고 먼저 선수를 친 것이라고 동기를 설명하는 등 조현병 증상을 보이고 있다.
- 이 법정에 이르기까지 피고인은 범행 동기에 관하여 주장을 반복적으로 하고 있다.
- 그러나 원심 정신감정 당시 피고인의 의사는 명료하고 지남력은 건재하였고, 기억력의 장애는 보이지 않고 자능이나 지식수준은 보통 수준으로 판단되었다.

- 그 밖에 수사시 및 원심 및 당심 법정에서의 피고인의 진술태도와 내용에 비추어볼 때 피고인의 상태가 심신상실의 상태에까지 이르렀다고 보기 어렵다.

위와 같은 법원의 판단에는 원심에서의 의학적 감정의 결과가 주된 근거로 활용된 것으로 보인다. 특히 법원은 범행 당시 피고인이 심신미약의 상태에 있었을 것으로 추정된다는 감정결과와 함께, 정신감정 시점에 피고인의 의사가 명료하고 지남력이 존재하다고 감정된 점, 기억력 장애가 없고, 지능이나 지식 수준이 보통이라고 판단된 점 등을 근거로 사물을 변별할 능력이 완전히 상실된 상태는 아니었다고 판단한 것으로 보인다.

(나) ② 사건의 심신상실 인정 근거

법원은 아래의 근거를 들어 피고인이 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력을 상실하였다고 보아 피고인에게 무죄를 선고하였다.

- 정신과 전문의는 피고인이 조현병의 대표적인 양성증상인 지시환청 및 피해망상으로 인하여 피해자에 대한 공격적 행동이 출현하였을 가능성이 ‘매우 높다’는 감정의견을 제시하였다.
- 피고인은 출동한 경찰관에게 문을 열어 준 후 체포되어 나오기 전까지 상해를 입고 누워 있는 피해자 우측 측면에 앉아 일어나지 않고 있었다.
- 피고인은 1, 2차에 걸친 피의자신문 당시 질문에 대답하지 않고 알 수 없는 말로 혼자 중얼거리기만 하였으며, 고지확인서, 피의자신문조서, 수사과정 확인서, 진술녹음확인서 등 수사서류에 기명날인 및 서명을 낙서하듯 쓰거나 생략하거나 하지 않았다.
- 피고인이 응급입원한 전문의도 피고인이 환청, 불안, 불면, 병식결여 등의 증상으로 진단적 인상이 상세불명의 조현병이라는 소견을 밝혔다.
- 피고인이 과거에도 식칼로 피해자를 위협하여 특수존속협박의 범죄사실로 기소유예 처분을 받았다.

이는 환청과 환각으로 인한 범행 동기를 주장한 ① 사건에서 법원이 심신상실을 인정하지 않은 것과 대비되는데, 이와 같은 판단에는 피고인이 범행 직후 사건을 은폐하거나 자신을 방어하기 위한 어떠한 행동도 하지 않은 점, 사건 직후의 조사 태도에 비추어본 정신질환의 상태, 환청 환시로 인하여 이 사건 범행이 발생되었을 가능성이 높아보인다는 의학적 감정 결과 등이 영향을 미친 것으로 보인다. 특히 정신과 감정의가 심신미약 내지 심신장애의 판단을 명시적으로 하지 않은 상황에서 법원이 규범적 판단으로 나아가 피고인이 ‘범행 당시’ 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 상실된 상태에서 범행을 한 것으로 판단할 수 있었던 것으로 생각된다.

(다) ③ 사건의 심신미약 인정 근거

이 사건에서는 피고인이 범행을 전부 인정하였다는 설시가 있고, 법원이 피고인의 심신상실 주장 여부를 명시하지 않고 심신상실에 미치지 않은 것으로 판단한 것으로 보아 피고인이 심신상실의 주장을 하였는지가 다소 불명확하다.

이 사건에서 피고인에 대한 정신감정이 이뤄지지도 않았으며 피고인의 범행의 동기, 피고인의 범행 직후의 행동, 수사과정에서의 진술 등에 대하여 어떤 인정사실을 근거로 심신미약으로 판단하였는지 자세한 내용이 실시되지 않아 법원이 어떠한 기준을 가지고 피고인의 심신장애 상태를 심신미약이라 판단하였는지 파악하기 어렵다.

법원은 특별한 이유 실시 없이 피고인의 정신질환의 내용과 정도, 치료 경과, 평소 성행, 각 범행의 동기, 경위 및 내용, 피고인의 태도와 언행 등을 고려하여 피고인에게 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 범행을 저질렀으나 심신상실의 상태에 이를 정도는 아니었다고 보인다고 판단하였다.

(라) ④ 사건의 심신미약 인정 근거

법원은 아래의 이유를 들어 피고인이 범행 당시 알코올 의존에 따른 섬망 증상 등으로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었던 것으로 보이나, 이를 넘어 사물의 변별력이나 의사결정능력을 상실한 상태에까지 이르렀다고 볼 수 없다고 판단한다.

- 피고인은 이 사건 범행 전 우울증 삽화, 알코올 의존 증후군 진단을 받고 통원치료를 받다가 치료를 중단하고 있던 중 범행을 저질렀다.
- 입원치료를 받는 동안 환시와 환청이 의심되는 이상행동을 하는 등 알코올 의존으로 인한 섬망 증상을 보였다.
- 섬망 증상이 있는 경우 인지기능의 저하 및 환각, 착각, 비현실감과 같은 지각의 장애가 동반될 수 있다.
- 피고인은 특별한 동기 없이 건조물에 침입하는 등 납득할 수 없는 행동을 하고, 본인의 행적을 기억하지 못하고 있다.
- 피해자의 진술서에 의하여도 피고인이 횡설수설하였다.

법원은 범행 전후에 피고인이 보인 행동, 범행 경위, 피고인이 앓고 있는 질환의 정도와 양상, 이 범행에서 보인 피고인의 태도 등을 종합하여 피고인의 심신미약을 인정한 것으로 보인다. 다만, 심신상실

을 배척한 부분에 있어서 어떤 근거로 피고인이 심신상실에는 이르지 못한 것으로 판단한 것인지에 대한 이유의 설시는 미비하였다.

(마) ⑤ 사건의 심신미약 배척 근거

이 사건에서 피고인은 항소심에 이르러 성격장애, 우울 에피소드 등의 진단 내용을 제출하며 심신미약으로 인한 형의 감경을 주장하였다. 그러나 법원은 아래와 같은 이유로 피고인이 심신상실 상태에 있었다고 보기 어렵다고 판시하면서 피고인의 주장을 배척하였다.

- 피고인이 범행 당시 정서불안성 인격장애, 정신병적 증상이 없는 중증 우울 에피소드 등의 정신질환을 앓고 있었던 사실은 인정된다.
- 위와 같은 정신질환이 있다고 하여 곧바로 피고인이 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 있었다고 추단할 수 없다.
- 피고인이 수사기관에서 이 사건 범행 당시의 상황을 자세하게 진술하는 등 범행 당시의 상황을 기억하고 있는 것으로 보인다.
- 범행에 이르게 된 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 피고인의 언행 등에 비추어볼 때 이 사건 당시 심신상실상태에 있었다고 보기 어렵다.

위 사건에서 법원은 심신장애 인정 여부와 심신장애의 정도에 따른 심신미약 내지 심신상실 인정 여부를 혼동했거나, 심신장애를 심신상실로 오기하여 판시한 것으로 보인다. 법원은 피고인의 심신미약 주장에 대하여 대법원의 심신장애 여부 및 정도에 대한 판단기준을 설시하면서, 피고인이 심신상실에 있었다고 보기 어렵다고 판단하여 피고인의 심신미약에 의한 감경 주장을 배척하였다. 심신상실과 심신미약은 모두 심신장애의 태양에 관한 것으로 그 정도를 달리하는 차이가 있을 뿐이긴 하나(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도361 판결 등), 각 인정 여부에 따라 법률적 효과가 달라지게 된다. 그럼에도 불구하고 법원은 피고인이 심신상실에 아니라고 판단하며, 심신미약으로 인한 감경 주장에 대하여 심신미약 해당 여부를 판단하지 않았다.

(4) 부가처분 및 양형 관련 판단

③ 사건에서 법원은 검사의 치료감호청구를 기각하면서 피고인의 정신장애 상태와 치료상태에 대하여 상세히 판단하였다. 법원은 아래의 사실인정을 근거로 치료감호처분이 시설에 강제로 수용하는 자유박탈적 성격을 가지고 있는 점을 고려하여, 당사자와 보호자의 의사를 존중하고 범행 이후의 치료 경과 등

을 종합하여 검사의 치료감호청구를 기각하고 대신 피고인에게 치료명령 및 보호관찰 명령을 하였다.

- 피치료감호청구인(피고인)은 30여 년 전에 조현병 진단을 받았지만 어머니의 반대로 적절한 치료를 지속적으로 받지 못하여 증상이 악화되었다.
- 피치료감호청구인(피고인)은 현재 스스로의 병에 대한 인식이 전혀 없다.
- 피치료감호청구인(피고인)은 이 사건 범행 이틀 뒤부터 정신건강의학과 전문병원에 입원한 이래로 현재까지 해당 병원에서 4년이 넘는 기간동안 입원치료를 받고 있다.
- 피치료감호청구인(피고인)의 가족은 치료 및 보호를 관리 감독하며 피치료감호청구인을 돌볼 것을 피력하고 있고, 성년후견인인 동생도 원만히 관계를 유지하고 있다.
- 안정적인 환경에서 치료받고 있다면 가족과 사회로부터 격리하여 감호하기보다는 주가족 등 주변인들의 보살핌 아래 치료가 이루어지도록 함이 적절하다고 판단된다.

(5) 소결

상해 사건을 분석한 결과, 법원은 범행 전 피고인의 병력 및 이에 대한 의학적 감정결과, 범행 당시의 상황에 대한 인식, 범행 이후의 행동, 수사과정에서 드러난 피고인의 인지능력과 소통가능성 등을 주된 판단 요소로 삼는 것으로 보인다. 한편, 피고인이 범행 당시 본인의 행동의 의미를 이해하고 행동했는지, 선악과 시비를 구분할 수 있었는지, 위법성을 인지했는지 등은 심신장애 인정 내지 그 정도 판단의 요소로 크게 고려하지 않는 것으로 보인다.

상해 사건에서의 심신장애의 정도 판단에 있어서, 피고인의 사물변별능력이나 의사결정능력이 상실된 상태인지를 판단하는 시점을 ‘범행 당시’를 기준으로 해야 하는지, 행위 자체의 의미를 이해하면 사물변별능력과 의사결정능력이 있다고 보아야 하는지 등에 대한 기준은 일관되지 않았다. ① 사건과 ② 사건 모두 피고인의 조현병으로 인한 환청과 환각이 주된 동기가 되어 범행이 발생했으나, 피고인의 심신장애의 정도는 다르게 판단되었다.

② 사건의 경우에는 이후 감정 단계에서는 피고인이 어느 정도 의사소통이 되는 상태였음에도(감정의에게 어머니가 본인을 찌르라고 하여 찔렀고 자신이 왜 그렇게 행동했는지 모르겠다고 진술), 범행 직후 피고인이 범행을 인식하지 못하고 직후 아무런 대처를 수사에도 전혀 임하지 않은 점을 주되게 고려하여 사건 범행 당시를 기준으로 심신상실 상태에 있었다고 판단하고 피고인에게 무죄를 선고하였다. 반면 ① 사건의 경우는 타인의 공격으로부터 자신을 방어하려고 선수를 치고 있다는 피고인의 범행 동기의 진술에서 피고인에게 최소한 타인을 공격하는 상해 행위 자체에 대한 인지는 있었다고 판단하고 심신상실을 인정하지 않은 것으로 보인다.

한편, 법원이 심신장애 정도를 판단함에 있어서 심신미약의 경우 정신감정 없이 이를 인정하기도 하는 반면, 심신장애의 상태가 심신상실에 이르렀는지를 판단함에 있어서는 의학적 감정의 결과를 주된 판단의 근거로 활용하고 있는 것도 확인되었다. 나아가 감정의가 심신장애의 정도에 대하여 구체적 결론을 내렸는지 여부에 따라서 법관의 판단이 달라지는 듯한 경향도 발견되었다. ① 사건에서 피고인이 심신상실에 이르지 않았다는 법원의 판단은 감정의의 범행 당시 심신미약에 있었을 것으로 보인다는 감정결과에 기초했으며, ② 사건의 경우에는 감정의가 심신미약인지 심신장애인지를 판단함에 있어서 감정의가 심신미약 내지 심신상실에 대한 판단 없이 ‘지시 환청 및 피해망상으로 인하여 피해자에 대한 공격적 행동이 출현하였을 가능성이 매우 높다는 의견을 제시한 점’을 근거로 법관이 자유심증하에 규범적 판단을 더하여 ‘범행 당시’ 피고인이 심신상실 상태에 있었다고 판단하였다.

라. 폭행 범죄

(1) 분석 대상 사건의 개요

분석 대상 판결로 선정한 폭행 및 공무집행방해 사건은 ① 수원지방법원 2020노3123 판결(원심: 수원지방법원 2019고단5453 판결), ② 전주지방법원 정읍지원 2022고합14 판결, ③ 전주지방법원 정읍지원 2023고합4 판결, ④ 서울중앙지방법원 2021노2280 판결(원심: 서울중앙지방법원 2021고단3143 판결), ⑤ 서울남부지방법원 2023노765 판결(원심: 서울남부지방법원 2023고단610, 2023고단668(병합), 2023고단1339(병합), 2023고단1666(병합) 판결), ⑥ 서울남부지방법원 2023노331 판결(원심: 서울남부지방법원 2022고단3479 판결), ⑦ 광주고등법원 2022노437 판결(원심: 광주지방법원 장흥지원 2022고합20 판결)이다.

①, ⑤ 사건의 피고인들은 심신장애가 인정되지 않았다. 나머지 사건의 피고인들은 심신미약이 인정되었는데 그중 ②, ③, ⑦ 사건의 피고인들에게는 치료감호처분이 부과되었다.

	①	②	③	④
죄명	공무집행방해	공무집행방해, 존속폭행(공소취소)	특수공무집행방해, 특수협박	공무집행방해
범행의 내용	PC방 직원 폭행 사건의 신고를 받고 출동한 경찰관을 폭행함	모친 폭행 사건의 신고를 받고 출동한 경찰관을 폭행함	체인으로 피해자를 위협한 사건의 신고를 받고 출동한 경찰관을 폭행함	순찰차를 보고 길에 앉아 울고 고함을 지르던 중 귀가를 종용하는 경찰관에게 욕설을 하고 신문지 뭉치를 휘두름

	①	②	③	④
정신적 장애	상세불명의 지남력장애 및 혈관미주신경성 실신, 주상병 상세불명의 우울에피소드, 부상병으로 비기질 불면증, 측두엽 간질의증	조현병	조현병, 경계선 지능	조현양상장애, 범불안장애
인정된 심신장애	없음	심신미약	심신미약	심신미약
선고형	벌금 300만 원 (원심 징역 6월)	징역 8월, 집행유예 2년	징역 1년 6월	벌금 200만 원, 집행유예 1년 (원심 벌금 200만 원)
부가처분	없음	치료감호	치료감호	없음

	⑤	⑥	⑦	
죄명	업무방해, 공무집행방해, 스토킹범죄의처벌등 에관한법률위반, 도로교통법위반, 폭행	특수폭행	상습존속폭행, 노인복지법위반	
범행의 내용	카페 운영 업무 방해 신고를 받고 출동한 경찰관을 폭행하고, 피해자를 따라다녀 스토킹을 하였으며 노상에서 만난 피해자를 폭행함	시내버스 안에서 피해자의 머리카락을 가위로 자르고 머리채를 잡아 흔드는 등 폭행함	피해자를 폭행함	
정신적 장애	양극성 정동장애	편집분열성 조현병	조기발병 알츠하이머	
인정된 심신장애	없음	심신미약	심신미약	
선고형	징역 2년	징역 8월	징역 10월	
부가처분	없음	없음	치료감호	

(2) 정신적 장애의 인정 근거

위 사건의 피고인들은 조현병, 양극성 정동장애, 알츠하이머 등을 가지고 있는데 장애인복지법 등에 따른 장애등록 여부는 확인되지 않는다.

정신적 장애를 인정한 의학적 근거로는 치료감호를 청구한 ②, ③, ⑦ 사건의 경우에만 정신감정이 실

시되었고, 나머지 사건에서는 과거 및 현재의 진료기록, 소견서 등이 활용되었다. 그러나 ⑥ 사건과 같이 구체적인 근거를 제시하지 않은 채 정신질환 진단을 받은 사실만을 언급한 경우도 있었다.

(3) 심신장애 주장의 인정 또는 배척 근거

(가) ① 사건의 심신상실 배척 근거

이 사건 1심에서 피고인은 심신상실 주장을 하지 않았으나, 2심에서는 피고인은 ‘측두엽 뇌전증’으로 인한 간질 발작으로 인해 사건 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력을 상실한 상태였다는 심신상실 주장과 더불어 공무집행방해의 고의가 없었다는 주장을 하였다.

이에 대하여 2심 법원은 피고인이 이 사건 당시 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력 없이 이 사건 범행에 나아갔다고는 인정되지 않는다고 하여 심신상실 주장을 배척하는 한편 공무집행방해의 고의에 대해서는 판단하지 않았다.

구체적으로 법원은 이 사건 범행 이전에 ‘상세불명의 지남력장애 및 혈관미주신경성 실신’ 진단을 받은 사실과 이 사건 범행 이후 ‘주상병 상세불명의 우울에피소드, 부상병으로 비기질성 불면증, 측두엽 간질 의증’으로 입원치료를 하고 현재 외래 치료 중인 사실 등을 인정하였으나, 다음과 같은 이유로 심신상실을 인정하지 않았다.

- 피고인이 이 사건 범행 전에 측두엽 간질 진단을 받았다는 자료는 없는 점
- 피고인이 I병원에서 측두엽 간질 의증 진단을 받았으나 이는 이 사건으로부터 한참 뒤의 진단이고 확정진단도 아닌 점
- 피고인은 이 사건 범행으로 인해 현행범 체포되었고 당시 현장에 있던 119구급대원이 피고인의 모에게 전화를 걸어 병원에 갈 것이냐고 물어보니 가지 않아도 된다고 하여 피고인은 곧바로 병원이 아니라 파출소에 인계된 것으로 보이는 점
- 이 사건 당시 현장에 출동한 경찰관의 당심 법정 진술 및 사건 당시에 작성된 수사보고에 의하면 피고인이 위 경찰관을 폭행하기 전에 그와 어느 정도의 대화가 가능한 상태였던 것으로 인정되는 점
- 그 밖에 이 사건 범행의 경위, 범행의 수법, 이 사건 범행을 전후한 피고인의 언행, 범행 당일 경찰 조사 당시 피고인의 진술 내용과 진술태도 등

한편 법원은 심신미약에 대해서는 별도로 판단하지 않았으나, 양형에서 “피고인이 정신질환을 앓고 있고 이러한 피고인의 상태가 위 범행에 어느 정도 영향을 미쳤던 것으로 보이는 점” 등을 고려하여 징역 6월을 선고한 원심과 달리 벌금 300만 원을 선고하였다. 법원이 피고인의 정신질환이 이 사건 범행

에 영향을 미쳤다고 인정하면서도 이를 양형에서만 반영한 것은 피고인이 ‘이 사건 범행 이후 진단’을 받은 ‘측두엽 뇌전증으로 인한 간질 발작’을 원인으로 하는 ‘심신상실’만을 주장하였기 때문으로 보인다.

(나) ④ 사건의 심신상실 배척 및 심신미약 인정 근거

이 사건에서 피고인은 이 사건 범행은 조현양상장애 등으로 인한 망상으로 사물변별능력이나 의사결정능력이 상실된 상태에서 저지른 것이어서 책임이 조각된다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 다음과 같은 이유를 들어 심신상실 주장을 배척하였다.

- 범행 직후 피고인에 대한 수사 내용을 보면 피고인은 범행 전후의 상황을 대체로 기억하고 있을 뿐만 아니라, 혐의 내용과 담당 수사관의 질문 내용을 충분히 이해하고 답변하고 있는 것으로 보이는 점
- 피고인은 원심에서 심신미약 주장만을 하였으나, 공무집행방해죄로 유죄판결이 확정되는 경우 보훈 급여의 지급이 정지될 것을 우려하여 당심에 이르러 비로소 심신상실 주장을 하기에 이른 것으로 보이는 점

한편 피고인은 심신상실 주장과 더불어 경찰관이 자신에게 위해를 가하기 위하여 나타난 것으로 믿고서 경찰관들을 저지하고 자신을 보호해야 한다는 생각으로 행위한 것이므로 경찰관의 정당한 공무집행을 방해한다는 고의가 없었다고 주장하였다.

이에 대하여 법원은 피고인은 범행 당시 길거리에서 울고 고함을 지르고 있었고, 이를 목격한 사람이 112 신고를 하여 경찰관들이 출동을 하게 되었던 사실, 경찰관들은 피고인에게 계속하여 ‘소리를 질러서 신고가 들어와서 출동했다’, ‘다른 사람들에게 미안하지도 않느냐’고 하면서 귀가할 것을 종용했던 사실이 확인되는바, 피고인에게 적어도 미필적으로나마 피해 경찰관의 정당한 112 신고 사건 처리 업무집행을 방해한다는 인식과 의사가 있었던 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

위와 같이 법원은 심신상실은 배척하였으나 심신미약을 이유로 법률상 감경을 했는데, 이는 원심법원이 다음과 같은 이유로 심신미약을 인정한 것으로 보인다.

- 진단서에 더하여 이 사건 범행 전후 피고인의 행동 등을 종합하여 보면, 피고인은 조현양상장애 NOS, 범불안장애로 정신건강의학과 치료를 받았고 여전히 그 치료가 필요한 점

(다) ⑤ 사건의 심신상실 및 심신미약 배척 근거

이 사건 1심 판결문상 피고인은 심신장애 주장을 하지 않은 것으로 보이며, 1심 법원은 양형에서만

피고인이 “양극성 정동장애 등 정신질환을 앓고 있는 것으로 보이는 점”을 고려하였다.

이 사건 2심에서 피고인은 이 사건 범행 당시 양극성 정동장애 등으로 인하여 심신상실 혹은 심신미약 상태에 있었다고 주장하였다. 이에 대하여 2심 법원은 피고인이 양극성 정동장애 증상으로 2016년 7월경부터 AH정신건강 의학과의원 등에서 치료를 받아온 사실, 이 사건으로 응급입원되어 치료를 받은 사실을 인정하면서도 구체적인 근거를 제시하지 않고 다음과 같은 이유로 심신장애 주장을 배척하였다.

- 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 후의 정황, 수사기관에서의 진술 내용과 태도 등

한편 이 사건 2심 법원은 양형에서 피고인의 양극성 정동장애 등 정신건강상태가 사건 발생에 어느 정도 영향을 준 것으로 보이는 점은 유리한 정상으로 보았으나, 피고인이 폭력범죄 등으로 여러 차례 처벌받은 전력이 있음에도 누범기간 중에 재차 범행한 점을 불리한 정상으로 주요하게 판단한 것으로 보인다.

(라) ⑦ 사건의 심신상실 배척 및 심신미약 인정 근거

이 사건에서 피고인은 이 사건 범행 당시 피고인이 치매로 인한 심신상실 상태에 있었다고 주장하였다. 이에 대하여 1심 법원은 피고인이 치매 진단을 받은 뒤 치매환자로 등록되었고, 이 사건 범행 경위나 당시 상황을 제대로 기억하지 못하는 것으로 보이기는 한다는 점을 인정하면서도 다음과 같은 이유로 심신상실 주장을 배척하였다.

- 피고인이 수사기관에서 조사받으면서 일상적 질문에 대답하는 등 간단한 의사소통에는 문제가 없는 것으로 보이는 점
- 피고인은 이 사건 범행 동기에 관하여 ‘피해자가 욕을 하고 성질나게 한다. 피해자가 주먹으로 쥐어박으면 피하다가 나도 쥐어박는다’는 취지로 진술하기도 한 점

이 사건 2심에서도 피고인은 심신상실을 주장하였다. 이에 대하여 2심 법원은 다음과 같은 이유로 심신미약을 인정하였다.

- 피고인은 이 사건 범행일(2021. 11. 중순경)로부터 수일이 지나지 않은 2021. 11. 25. 치매검사를 받았는데 F의원 의사 H는 피고인이 ‘조기발병 알츠하이머병에서의 치매’에 해당한다는 소견을 밝혔고, 그 무렵 치매환자로 등록된 점

- 이 사건 범행으로 경찰이 2021. 12. 8. 피고인의 주거지를 방문하여 처음 피고인을 면담하였을 때 피고인은 경찰의 질문에 제대로 대답을 하지 못하고 횡설수설하거나 자신의 이름(A)을 'I'이라고 하고 나이(만 65세)를 '32살'이라고 하는 등 비정상적인 언행 을 보였던 점
- 피고인은 이 사건 범행 전후의 경위나 범행 당시 상황을 구체적으로 기억하지 못하고 있는 것으로 보이는 점
- 원심에서 피고인에 대한 정신감정을 시행한 감정의사 E은 '피고인은 만성 알코올 중독에 의해 앞당겨진 알츠하이머 치매로 추정되고 그 단계는 실외 사회활동이 거의 제대로 이루어지기 힘든 중기 치매 초입부에 해당될 것으로 보인다. 피고인은 이 사건 범행 당시 치매로 인한 심한 인지장애로 인해 의사결정, 판단, 감정 및 행동조절 능력이 현저히 저하 또는 결여된 상태에 있던 것으로 추정된다.'는 소견을 밝힌 점

한편 2심 법원은 다음과 같은 이유로 심신상실 주장을 배척하였다.

- 피고인은 이 사건 범행 이후 약 한 달이 경과한 2021. 12. 17. 경찰조사를 받았는데, 가족관계, 학력, 종교, 직업, 피해자와의 관계 등을 묻는 경찰의 질문에 대체로 실제 사실관계에 맞게 자신의 기억에 따라 진술하는 등 일상적이고 간단한 의사소통이 이루어졌다.
- 피고인은 경찰 조사과정에서 '피해자를 자주 때리는 이유가 무엇인가요'라는 질문에 '피해자가 피고인에게 욕을 자주 하고 성질나게 한다. 참다가 때리는 경우가 있었다.'고 대답하였고, '사람을 때리면 처벌을 받는 사실을 알고 있나요'라는 질문에 '그렇죠'라고 대답하였으며, '피해자가 또 피고인에게 욕을 하면 어떻게 할 것인가요'라는 질문에 '욕만 하면 피해요. 상대도 안 할라고'라고 대답하였다. 이에 비추어 볼 때 피고인은 자신이 한 행동의 의미와 결과를 인식하는 것이 불가능하지 아니한 것으로 보인다.

(4) 심신미약 인정과 임의적 감경

(가) ② 사건의 심신미약 인정 근거 및 양형에서의 고려

이 사건에서 피고인은 이 사건 범행 당시 조현병으로 인해 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 전혀 없는 심신상실의 상태에 있었다고 주장하였다.

이에 대하여 법원은 다음과 같은 이유로 심신미약을 넘어 심신상실 상태에 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

- 피고인의 모친은 피고인과 집에 단둘이 있는 새벽 시간에 벌어진 피고인의 폭행에서 벗어나고자, 피고인이 부친에게 전화하도록 유도하였다. 이에 피고인은 부친에게 전화를 걸어 통화하였다. 그 후 피고인 부친의 신고로 출동한 경찰이 현관문을 두드리자 피고인은 문을 열어주지 않다가, 마침 부친에게서 전화가 와 ‘아빠니까 문 열어라.’고 말하니 그제야 현관문을 열어주기도 하였다. 이와 같은 범행 당시의 상황을 보면, 피고인은 주변의 상황 변화를 인식하고 그에 대처하거나 반응하는 능력이 미약하게나마 있었던 것으로 보인다.
- 국립법무병원 소속 정신건강의학과 및 신경과 전문의는, 피고인에 대한 정신의학적 면담과 임상병리검사, 영상의학적 검사, 신경학적 검사, 그리고 관계인 면담을 거쳐 피고인이 이 사건 범행 당시 일시적으로 종교 망상적 사고를 겪는 등 심신미약 상태에 있었을 것으로 보면서도, 심신상실 상태에는 이르지 않았을 것으로 판단하였다.
- 피고인에 대한 그간의 치료 경과, 진단 내용, 국민연금의 장애등급에 의하더라도, 피고인의 정신장애 정도가 아주 중한 것으로 평가되지는 않았다.
- 비록 피고인이 수사 과정에서는 조현병으로 인한 이상 행동으로 제대로 조사를 받지 못하였으나, 이 법정에서는 이 사건 범행방법과 경위, 범행 당시의 상황, 조사를 받지 못한 이유 등에 관하여 자신의 기억에 따라 비교적 구체적으로 진술하였고, 이는 피고인 모친 및 피해 경찰관들의 진술과도 대체로 들어맞는다. 특히 피고인은 경찰관들이 자신을 강압적으로 체포한다고 생각하여 폭행한 것이라며 이 사건 범행 동기를 설명하기도 하였다.

법원은 위와 같이 심신상실 주장은 배척하였으나 치료감호의 필요성 및 재범의 위험성 부분 판단에서 다음과 같은 이유를 들어 심신미약을 인정하였다.

- 피고인은 2017년부터 ‘기타 비기질성 정신병력 장애’ 및 조현병으로 정신의학적 치료를 계속 받아 온 점
- 피고인은 위 정신장애로 인한 심신미약 상태에서 망치를 들고 일면식도 없는 피해자들을 상대로 손괴, 협박 및 상해를 가하였다는 등의 범죄사실로 2017. 7. 12. 징역 1년 및 치료감호를 선고받고, 2017. 8.부터 2019. 6.까지 치료감호를 받았던 점
- 피고인은 2022. 2. 초경 모친이 모르는 사이에 정읍시 B에 있는 ○○유치원에서 아이들에게 욕설을 하는 등 이상행동을 보였던 점
- 피고인이 모친을 폭행할 특별한 동기나 이유를 찾기 어렵고, 이 사건 당시 피고인의 언동에 비추어 피고인은 망상 상태에 있었던 것으로 보이는 점

- 피고인은 2022. 8. 16.부터 2022. 9. 15.까지 국립법무병원에 감정유치되어 정신의학적 면담과 임상병리검사, 영상의학적 검사, 신경학적 검사 등을 받았는데, 그 결과 조현병으로 진단된 점
- 국립법무병원 소속 정신건강의학과 및 신경과 전문의는, 피고인이 이 사건 범행 당시 일시적으로 종교 망상적 사고가 나타나는 등 심신미약 상태에 있었을 것으로 판단한 점
- 비록 피고인이 모친의 보호 아래 적극적, 자발적으로 조현병 치료를 받아왔고, 현재는 이 사건 범행 당시보다 꽤 호전된 것으로 보이는 하나, 피고인과 모친의 노력만으로 이 사건 범행을 막기에는 충분치 않았고, 피고인의 생활환경이나 가족관계에 비추어 치료감호보다 덜 침해적인 방법으로는 피고인이 가진 병증을 제대로 치료하기는 어려워 보이는 점

법원은 위와 같이 치료감호의 필요성 및 재범의 위험성 판단에 있어서 심신미약을 인정하면서도 법률상 감경을 하지 않고, 양형에서 “조현병으로 인한 심신미약 상태에서 이 사건 범행을 저질렀다”고 하면서 심신미약을 고려하였다.

(나) ③ 사건의 심신미약 인정 근거 및 양형에서의 고려

이 사건에서 피고인은 심신상실 상태에 있었으므로 무죄라고 주장하였다. 그러나 법원은 다음과 같은 이유를 들어 심신미약을 넘어서 심신상실 상태에 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

- B병원 소속 정신건강의학과 전문의는 피고인에 대한 정신감정을 시행한 후 피고인이 사건 당시 심신미약 상태라고 판단하는 한편, 감정 조절의 어려움으로 인해 공격성이 쉽게 나타난 것으로 보인다는 의견을 밝힌 점
- 피고인은 사건 당시 출동한 경찰관들은 사실 조직폭력배들로서, 아무런 근거 없이 자신을 체포하려는 것이 부당하다고 생각하여 이에 저항하였다고 진술한바, 피고인에게 주변의 상황 변화를 인식하고 그에 대처하거나 반응하는 능력이 미약하게나마 있었다고 보이는 점

법원은 위와 같이 심신미약 상태는 인정하면서도 법률상 감경은 하지 않았으나, 양형에서 “조현병으로 인한 심신미약 상태에서 이 사건 각 범행을” 저질렀다고 하면서 심신미약을 고려하였다.

(다) ⑥ 사건의 심신미약 인정 근거 및 임의적 감경

⑥ 사건에서 피고인은 이 사건 당시 심신장애 상태에 있었다고 주장하였다. 이에 대하여 1심 법원은 구체적인 근거를 제시하지 않고, 피고인이 정신장애로 이 사건 범행 당시 심신미약 상태에 있었다고는

보았다. 그러나 1심 법원은 형법 제10조 제2항이 심신미약을 임의적 감경사유로 두고 있고, 이 사건에서 이 사건 범죄의 처단형의 하한을 낮출 필요가 없고, 심신미약으로 인한 법률상 감경을 적용하지 않더라도 그 처단형의 범위 내에서 적절하게 형을 정하면 족하다고 보이므로 심신미약에 따른 법률상 감경을 하지 않았다.

이 사건 2심 법원은 피고인이 편집분열성 조현병 진단을 받은 사실과 수사기관에서의 진술 내용을 종합하여 보면 피고인이 범행 당시 정신질환으로 인하여 심신미약 상태에 있던 것으로 보이기는 한다고 보았다. 그러나 그와 같은 사정만으로 피고인이 범행 당시 심신상실 상태에 이르렀다고 보이지는 않는다고 하면서 구체적인 근거를 제시하지는 않았다. 또한 2심 법원은 형법 제10조 제2항은 임의적 감경 규정이므로 피고인에 대하여 심신미약으로 인한 법률상 감경을 하지 않았다는 사정만으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 수는 없다고 판단하였다.

(5) 소결

공무집행방해 및 폭행 사건에 있어서 심신상실 주장을 배척하는 근거로 제시된 요소들은 △ 범행 전후의 상황을 대체로 기억하고 있는 점, △ 수사기관에서 질문에 대한 답변을 했거나 간단한 의사소통에는 문제가 없었던 점, 범행 동기에 대해서 진술한 점 등이 있었다. 한편 구체적인 근거를 제시하지 않고, “이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 후의 정황, 수사기관에서의 진술 내용과 태도 등”을 이유로 심신상실 및 심신미약을 함께 배척한 경우도 있었다.

또한 심신미약 주장을 인정하는 근거로 제시된 요소들은 △ 진단서, △ 범행 전후의 행동, △ 수사기관에서 질문에 대답을 하지 못하고 횡설수설했던 점, △ 범행 전후의 경위나 범행 당시 상황을 구체적으로 기억하지 못하고 있는 점, △ 감정 의사 및 전문 의의 소견 등이 있었다.

법원은 피고인이 심신장애 주장을 한 것에 대해서 심신미약은 인정하나 법률상 감경을 하지 않고 양형에서만 고려하거나 치료감호의 필요성 및 재범의 위험성에서 심신미약을 인정하고 양형에서 반영하는 경우도 있었다. 또한 법원은 피고인이 심신상실을 주장하는 경우 심신상실 여부와 함께 심신미약 여부에 대해 판단하기도 하지만, 심신상실 주장을 배척하면서도 심신미약에 대해서는 판단하지 않는 등 일관된 판단을 보이고 있지 않았다.

마. 성폭력 범죄

(1) 분석 대상 사건의 개요

성범죄 사건 중 분석대상으로 삼은 사건은 ① 서울고등법원(춘천) 2021. 7. 7. 선고 2020노171 판결(원심 : 춘천지방법원 영월지원 2020. 10. 15. 선고 2020고합6 판결), ② 청주지방법원 2023. 4. 6. 선고 2022고합141, 2022보고4, 2022전고4 판결, ③ 광주고등법원 2022. 12. 8. 선고 2022노195 판결(원심 : 광주지방법원 2022. 6. 10. 선고 2020고합94, 2020전고8(병합) 판결) ④ 서울고등법원 2022. 7. 14. 선고 2022노225(원심 : 의정부지방법원 2021고합280) ⑤ 서울고등법원 2021. 6. 4. 선고 2021노435 판결(원심 : 서울서부지방법원 2021. 2. 16. 선고 2020고합317 판결)이다.

5건의 사건 중 4건에서 피고인의 심신미약이 인정되었고, 나머지 1건(② 사건)에서는 법원이 피고인의 심신미약 주장을 배척하였다. 한편, 심신미약이 인정되지 않은 ② 사건과 더불어, 심신미약을 인정한 사건 ①, ④, ⑤에서 피고인에 대하여 실형이 선고되었다.

	①	②	③	④	⑤
죄명	성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만 미성년자강제추행)	미성년자의제강간	강제추행	성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입 유사강간)·주거침입	성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입 강제추행)
주요 범행내용	길거리에서 피해자들을 발견하여 뒤쫓아가다가 빌라 복도 등에서 피해자들로하여금 피고인의 입에 강제로 수회 입 맞추게 함	카카오톡 오픈채팅방에 피해자가 자신을 소개하는 글을 발견하고 접근하여 고민을 상담해 주는 방법 등으로 심리적으로 자신에게 의지하게 한 다음, 약 1년 후 피해자와 만나 성관계를 요구하여 13세 미만의 피해자를 간음함.	터미널 지하도에서 처음 보는 피해자 D(여, 25세)가 걸어가는 것을 뒤따라가다가 갑자기 벽 쪽으로 밀치면서 입을 맞추려고 시도함	아파트 주변을 배회하다 불특정 여성을 뒤쫓아가는 수법으로 타인의 주거에 침입하고 아파트 복도에서 피해자(여, 10세)를 바닥에 넘어뜨린 다음 음부에 수회 손가락을 강제로 집어 넣음	길거리에서 초면인 피해자(여, 30세)를 발견하여 뒤쫓아가다가 다세대 주택 계단을 올라가는 피해자 뒤에서 손을 뻗어 피해자의 치마를 들어올림
정신적 장애	지적장애	지적장애, 소아기호증	자폐성 장애	편집성조현병, 양극성 조현정동성장애 등	기타 혼합형 불안장애, 우울증, 성충동조절장애

	①	②	③	④	⑤
인정된 심신장애	심신미약	인정 안됨	심신미약	1심 심신건재 2심 심신미약	심신미약 (1심 : 주장 안함)
선고형	징역형	징역형	1심 징역형 집행유예 2심 벌금형	징역형	징역형
부가처분	신상공개명령 취업제한명령 성폭력 치료프로그램 이수명령	신상공개명령 취업제한명령 위치추적 전자장치 부착명령	취업제한명령 (1심 보호관찰 1심 신상공개명령)	신상공개명령 취업제한명령 위치추적 전자장치 부착명령	신상공개명령 취업제한명령 위치추적 전자장치 부착명령

(2) 정신적 장애의 인정 근거

법원은 정신적 장애를 인정함에 있어, 장애등록 사실, 과거와 현재의 정신과 진료기록, 입원 및 통원 치료 이력, 진단서 등 의료적 진단, 치료 기록을 기초 자료로 사용하였다. 이 중 ① ~ ④ 사건은 피고인에 대한 정신감정, ⑤ 사건은 피고인에 대한 진료를 담당한 정신건강전문의를 대한 사실조회를 진행하였다.

① 사건과 ④ 사건은 항소심에서 정신감정을 진행하였는데, 두 사건 모두 1심 과정 중 피고인의 의료 기록 및 진단서가 증거로 제출되었고, 위와 같은 의료적 진단 내용에 따라 피고인에게 진단명과 같은 정신적 장애가 있다는 사실 자체는 인정되었다. 다만 피고인이 그 정신적 장애로 인하여 범행 당시 심신미약 또는 심신상실 상태에 있었는지 여부를 밝히는 것이 항소심에서 진행된 감정의 주된 취지였던 것으로 보인다.

② 사건의 피고인은 과거 지적장애 진단을 받은 사실이 있지만, 동종 사건 판결에 의한 치료감호 1회 이외에 다른 치료 이력이 존재하지 않았다. 정신감정 결과 피고인의 지능이 평균 수준이라는 결과가 나왔으며, 기존에 피고인이 받은 지적장애 진단 및 이를 기초로 한 피고인의 주장과 상충하는 감정인의 소견이 있었다.

③ 사건은 해당 법원에서 진행한 정신감정 결과와 함께 이 사건 범행 이전에 진행된 정신감정 결과가 함께 현출되어 있다. 이 사건 이전의 동종 범죄 재판절차에서 진행된 정신감정 결과서가 증거로 제출된 것으로 추측된다. 법원은 두 감정결과를 모두 판결문에 기재하고 판단에 고려하였다.

(3) 심신장애 주장의 인정 또는 배척 근거

① 사건의 심신상실 배척 및 심신미약 인정 근거

피고인은 심신장애에 대하여 1심 법원은 피고인에 대한 의료적 진단 및 치료 이력을 바탕으로 피고인이 초등학교 시절 심한 교통상해로 큰 상해를 입고 그 이후 장애의 정도가 심한 지적장애를 가지게 되었다는 사실을 인정하면서, “피고인의 장애와 이 사건 범행의 경위, 범행 전후 피고인의 행동 및 언행, 진술 태도나 내용 등을 종합”하여, 피고인이 범행 당시 심신미약에 있었다고 판단하였다.

피고인은 항소를 제기하면서 이 사건 범행 당시 피고인이 심신미약을 넘어 심신상실 상태에 있었다고 주장하였으나, 항소심 법원은 피고인의 주장을 받아들이지 않았다. 법원은 1심 판시 내용에 덧붙여 정신 감정을 진행한 감정평가사가 피고인이 “일부 영역에서 독립적인 생활이 가능하였고 현실검증력 저하를 의심할 만한 소견이 관찰되지 않는다”라고 의견을 밝힌 점을 들어, 피고인이 이 사건 범행 당시 심신미약을 넘어 심신상실에 이르렀다고 보기 어렵다고 판단하였다. 판결문상에는 심신상실 주장을 배척하는 이유가 상대적으로 짧게 기재되어 있지만, 기본적으로 심신장애 인정 요소인 사물변별능력과 밀접하게 관련되는 현실검증력이 결여되거나 손상되었다고 의심할 만한 소견이 보이지 않는다는 감정평가사의 주된 근거로 삼은 것으로 보인다.

② 사건의 심신미약 배척 근거

피고인은 소아기호증, 정신지체 등의 정신장애로 심신미약 상태에 있었다고 주장하였다. 법원은 피고인이 지적장애 및 소아기호증 진단을 받은 사실과 과거 동종 범죄로 처벌받으면서 피고인이 심신미약을 이유로 형을 일부 감경받은 사실을 인정하면서도, 정신감정 결과를 포함한 아래의 내용을 근거로 들어 피고인의 심신미약 주장을 배척하였다.

- 이 법원의 촉탁으로 진행된 정신감정 결과 피고인의 전체지능이 평균에 속하고, 대부분의 평가지수에서 평균보다 상위 수준이거나 평균 수준에 속하는 것으로 평가된다는 점
- 감정평가사가 소아기호증이 피고인의 범행에 영향을 미쳤을 것으로 평가하면서도 피고인이 심신미약 또는 심신상실의 정도에 이르렀다고 보기 어렵다고 추정된다는 의견을 제시한 점
- 피고인이 과거 동종 범죄로 치료감호를 선고받아 치료감호소에서 치료를 받은 것 이외에 지금까지 별도의 치료를 받은 적이 없다는 점
- 이 사건 범행 이후 당시의 상황이나 경위에 대해서 구체적으로 진술하고 있는 점
- 피고인이 단기간이지만 세차장이나 식품업체에서 근로한 이력이 있고, 게임 아이템을 팔아 수익을

내기도 한 점

- 이 사건 범행의 수단 자체가 1년 이상 인적 신뢰관계를 이용하여 간음까지 나아간것을 고려할 때 사물변별능력이나 의사결정능력을 기반으로 한 행위통제 없이 실행이 불가능하다는 점

③ 사건의 심신상실 배척 및 심신미약 인정 근거

법원은 피고인에 대한 의료적 진단의 내용(자폐성 장애인으로서 전체 지능이 IQ 45 미만, 사회적 연령이 만 3.62세 수준으로 평가되는 등 지적 능력이 지적장애 수준에 속한다는 점)을 인정하면서, 이를 바탕으로 피고인이 범행 당시 사물변별능력이나 의사결정능력이 미약하였다고 판단하였다. 그러나 범행의 구체적 경위나 범행 전후의 행동 등을 고려하여 피고인이 심신미약을 넘어 심신상실 상태에 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 구체적으로 판결문에 제시된 내용은 다음과 같다.

- 피고인이 골목길에서 지나쳐 간 피해자를 뒤돌아서 응시한 후 왔던 길을 되돌아가 이 사건 범행을 저지른 점
- 피고인이 비록 지적장애가 있기는 하나 반복적인 교육과 학습을 통해 행동규범을 습득하는 것이 전혀 불가능한 상태는 아닌 것으로 보이는 점

④ 사건의 심신미약 배척 근거(1심) 및 인정 근거(2심)

피고인은 편집형 조현병 등으로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 범행하였다는 취지로 주장하였다. 1심 법원은 피고인의 심신미약 주장을 배척하였으나, 항소심 법원은 이를 받아들여 형의 일부를 감경하였다.

1심 법원은 피고인이 편집성 조현병 등으로 진단받아 군대에서 조기 전역한 사실은 인정하였으나, 범행 경위, 범행 직후 피고인의 행동, 수사기관에서의 진술 등 아래와 같은 사정을 고려하여 피고인이 심신미약 상태에서 범행하였다는 주장을 배척하였다. 다만 양형에서 피고인의 정신질환이 이 사건 범행이 한 원인이 된 점을 유리한 정상으로 고려하였다.

- 피고인은 판시 범죄사실 제1항 기재 범행[주거침입] 당시 피해자와 함께 엘리베이터에 탑승한 다음 피해자를 따라 내려 말을 걸다가 피해자가 초인종을 누르고 집 안에서 가족들이 나오는 소리가 들리자 계단을 이용하면 가장 빠르게 내려갈 수 있을 것이라 생각하고 계단을 통해 급히 현장을 이탈하였던 점
- 피고인은 판시 범죄사실 제2항 기재 범행[주거침입유사강간] 당시 스스로 자신의 행동이 정상적이

지 않다고 생각하였고, 피해자가 모친에게 전화를 하자 서둘러 현장을 이탈하였던 점

- 피고인은 범행 현장을 이탈해 10분 정도 걸어 자신이 거주하는 아파트를 찾아갔고, 아파트 출입 현관 비밀번호를 정확히 입력한 다음 엘리베이터에 탑승해 귀가하였던 점
- 피고인은 수사기관에서 이 사건 범행 당시 상황에 대해 매우 구체적으로 기억하여 진술하였고, 이 사건 당시 환각이나 환청 같은 증상이 없었다고 진술하였던 점

반면, 항소심 법원은 피고인이 편집성 조현병 등을 진단받은 사실과 이에 대한 치료 이력 및 피고인에 대한 정신감정을 실시한 감정의의 소견을 바탕으로 심신미약을 인정하였다. 항소심 법원이 1심과 달리 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었다고 판단한 데에는 피고인이 편집성 조현병 및 조현정동장애 등으로 장기간 치료를 받아온 사실과 항소심에서 제출된 정신감정서의 내용이 주요한 근거가 되었던 것으로 보인다.

- 피고인은 2017. 10. 23. 군대에 입대하였으나 편집성 조현병 진단을 받고 위 정신질환으로 인하여 2018. 5. 26.부터 2018. 6. 20.까지 입원치료를 받은 후 2018. 8. 6. 전역한 점
- 피고인은 2020. 2. 25. ‘양극성장애, 현존 정신병적 증상이 있는 심한 우울병, 양극형의 조현정동성장애, 상세불명의 뇌전증 등’의 진단을 받고 이 사건 범행일까지도 통원치료를 받았던 점
- 피고인은 검찰조사에서 조현병과 뇌전증 진단을 받고 약물치료를 받고 있으며 환청·환각 등의 증세가 있으나, 이 사건 범행 당시 정신과 약을 복용하지 않았다고 진술한 점
- 피고인에 대하여 정신감정을 실시한 감정의가 ‘피고인은 현재 조현정동장애의 우울상태에 있는 것으로 판단되고, 사건 당시에는 조증의 상태에 있었을 것으로 추정되며, 이 사건 범행 당시 피고인은 조증의 영향으로 사물을 변별한 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약하였을 것으로 생각된다’라는 의견을 밝힌 점

다만, 항소심 법원은 피고인의 범행 당시에 대한 진술과 범행 이후 행적에 비추어 피고인이 범행 당시 심신미약을 넘어 심신상실 상태였다고 보이지 않는다고 판단하였다. 구체적으로 피고인이 이 사건 범행의 동기에 대해 “일주일 정도 약을 안 먹었다. 열심히 살려는 나를 사람들이 감시하는 것 같았다. 우발적으로 피해자를 쫓아갔는데 피해자도 나를 경계하는 것 같아 엘리베이터에서 이 사건 범행을 하였다”라는 내용으로 진술한 점, 각 범행 당시 피해자의 신고나 주변인들을 의식하고 현장에서 도주하였고 곧 자신의 집으로 귀가하는 등 자신의 행위가 범법행위임을 인지하고 있었다는 점을 심신상실 배척 사유로 기재하였다. 위와 같은 기재는 1심 법원이 피고인이 심신미약 상태가 아니었다고 판단하면서 제시한 내용과 상당히 유사하다.

⑤ 사건의 심신미약 인정 근거

이 사건 1심에서는 피고인이 형법 제10조에 따른 심신장애에 따른 형의 감면을 명시적으로 주장하지 않은 것으로 보인다. 이에 1심 판결문에도 심신장애 여부에 대한 판단이 포함되지 않았다. 항소심에 이르러서야 피고인은 이 사건 범행 당시 ‘성충동조절장애 등의 정신질환’으로 사물을 변별한 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었음을 주장하였고, 항소심 법원은 위 주장을 받아들여 피고인이 범행 당시 심신미약 상태였다고 판단하였다.

대법원 판시에 의하면 원칙적으로 ‘충동조절장애’와 같은 성격적 결함은 형의 감면 사유인 심신장애에 해당하지 않는다고 봄이 상당하지만, 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 심신장애로 인한 범행으로 볼 수 있다. 이 사건 피고인에 대한 정식 진단명은 ‘기분장애 범주 안에 포함되는 경도 ~ 중등도 우울증 에피소드’로서, 이에 부수적으로 충동조절장애와 같은 증상이 혼재되어 있었던 것으로 보인다.

항소심 법원은 피고인이 우울증 등으로 진단받아 치료받은 구체적인 이력과 그 내용을 살피는 동시에, 이 사건 범행 무렵 피고인이 스트레스가 높아진 상태에 있었으며 이와 같은 상황이 피고인의 충동조절장애의 수준을 심각하게 하였고, 이와 같은 상황에서 범행에 이르게 된 점을 고려하여 피고인의 심신미약 주장을 받아들였다. 항소심 법원이 피고인이 심신미약 상태에 있었다고 판단하면서 제시한 구체적 인 내용은 다음과 같다.

- 피고인은 2013. 12.경 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(공중밀집장소에서의추행)죄로 입건된 이후 G정신과의원에 내원하여 기타 혼합형 불안장애, 우울증 등으로 진단받고 치료를 받다가 2014. 7.경 동중 범행으로 구속되는 바람에 치료를 중단하였고, 출소 후 다른 정신과 병원에서 간헐적으로 치료를 받아왔으며, 2019. 5. 1. 동중 범행으로 징역 6월을 선고받아 그 형의 집행을 마치고 2019. 5. 30. 출소한 직후부터 H 정신건강의학과의원에서 우울증, 성충동조절장애 등으로 진단받고 약물치료와 주1회 심리상담을 포함한 정신과 치료를 받아온 점
- 피고인은 이 사건 범행 무렵 여자 친구와 이별하고, 아버지와 갈등을 겪는 등으로 평소보다 스트레스가 높아진 상태로 지낸 점
- 이 사건 당일 피고인은 회사 출근을 위해 준비를 하다가 특별한 이유 없이 밖으로 나간 다음 피해자를 뒤쫓아 가 뒤에서 피해자의 치마를 들어올리는 이 사건 범행을 저질렀고, 피해자와 눈이 마주치자 도망을 쳤는데, 이 사건 범행의 경위, 그 수단과 방법 및 내용, 범행 후의 피고인의 행동 등을 종합하여 볼 때, 당시 피고인의 충동조절장애 수준이 상당히 심각해 보이는 점
- 이 사건 범행 무렵 피고인을 진료했던 정신건강의학과전문의는 ‘피고인에 대한 정확한 병명은 기분

장애 범주 안에 포함되는 경도~중등도 우울증 에피소드이고, 이 사건 당시 정신상태가 심신상실 상태에 해당하는 정신병적 상태는 아니었던 것으로 보이나, 이 사건 범행 무렵에는 공격작·성적 충동이 증가하고 충동 조절 어려움의 문제가 악화되었던 시기로, 이로 인해 사물을 변별할 능력이나 의사결정할 능력이 떨어질 수 있다.’는 의견을 제시하였고, 향후의 치료에 관하여 ‘약물치료와 정신(심리)치료를 병행하는 치료가 필요하며, 공격작·성적 충동 조절의 어려움으로 인한 자타해문제의 심각성이 높은 상태로 최소 1년 이상의 정신건강의학과적 관찰과 치료가 필요하다.’는 의견을 제시한 점

- 청구 전 조사에서도, 피고인은 행동과 충동을 조절하는 능력에 어려움을 겪고 있고, 마찰도착장애 등 변태성욕장애가 의심된다는 평가를 받은 점

(4) 소결

성범죄 사건에서는 피고인의 정신장애 유형에 따라 다른 점은 있지만 전반적으로 심신장애를 인정하는 것에 상대적으로 소극적인 경향이 있다. 특히 심신상실이 인정된 사건을 찾기 어려웠다. 질적 분석 대상인 사건 5건 중 4건에서 정신감정이 이루어졌고, 1건에 대해서는 범행 시기 피고인을 진료한 정신의학과 전문의에 대한 사실조회가 진행되었다. 위 사건 모두 법원이 감정의 소견 및 정신의학과 전문의의 사실조회 회신에 담긴 소견의 내용을 주된 판단 근거로 삼았으며, 의학적 소견과 다른 판단을 하지 않았다.

실제로 5건의 사건에서 공통적으로 피고인이 받은 의료적 진단 및 치료 이력이 심신미약 또는 심신상실 판단의 주된 근거로 제시되었다. 지적장애 또는 자폐성 장애가 있는 피고인의 경우에는 의료적 진단과 더불어 장애 등록 사실이 피고인의 심신미약 상태를 추단하는 주된 요소로 작동하는 것으로 보인다. 이 경우 판결문에 기재된 판시 내용도 상대적으로 짧고 간단하다(사건 ①과 사건 ③). 반면, 지적장애에 대한 의료적 진단과 장애등록 사실이 있음에도 그 외 다른 정황에 비추어 심신미약으로 인정하기 어려운 경우 법원은 피고인의 심신미약 주장을 배척하기 위하여 보다 구체적인 사정들을 판결문에 기재하고 있다(사건 ②). 피고인의 수사기관에서의 진술 내용, 범행의 경위나 상황에 대한 피고인의 기억 여부, 위법성의 인식이 주된 내용이다. 그 외 범행의 수법, 태양 및 범행 이전의 생활에서의 피고인의 모습에서 피고인의 의사결정능력과 사물변별능력과 관련된 실제 지적장애의 정도를 판단하는 사례도 있었다. 사건 ②에서 법원은 피고인이 이전에 세차장, 식품 업체에서 근무한 이력이 있으며 게임아이템을 중고 거래하여 수익을 얻은 사실이 있다는 점을 들어 피고인의 지적장애의 정도가 경미하다는 취지로 설시하였다.

피고인의 소아기호증(사건 ③) 및 충동조절장애와(사건 ⑤) 같은 성격적 결함이 심신장애의 사유로 제

시되는 경우도 있었다. 다만 사건 ③에서는 피고인의 지적장애 정도, 사건 ⑤에서는 피고인의 기분장애(우울증)의 정도가 위 각 성격적 결함과 함께 고려되었다. 전자에서는 피고인의 지적장애 정도가 극히 경미하여 일반인의 평균 지능 수준과 크게 다르지 않다는 점이 확인되어 법원이 피고인의 심신미약 주장을 배척하였고, 후자의 경우 피고인의 충동조절장애 및 우울증의 정도가 매우 심각하다는 점을 바탕으로 심신미약이 인정되었다. 위와 같은 결론은 성격적 결함이 원칙적으로 형의 감면 사유가 되는 심신장애에 해당하지 않으며 그 외 다른 심신장애사유가 경합하거나 해당 성격적 결함의 정도가 원래의 정신병의 의미와 동등하다고 평가할 수 있는 예외적인 경우에 한하여 심신장애로 인한 범행으로 볼 수 있다는 대법원 판결의 판시와도 합치한다.

바. 절도 범죄

(1) 분석 대상 사건의 개요

피고인의 심신장애 여부를 판단하여 분석대상으로 삼은 절도 사건은 ① 대구지방법원 2021고단1349 판결, ② 서울북부지방법원 2022고단3738, 2022고단4457(병합), 2022고단4704(병합), 2022고단4775(병합), 2022고단4803(병합), 2022고단4848(병합), 2022고단5102(병합) 판결, ③ 부산지방법원 동부지원 2023고단378 판결, ④ 서울동부지방법원 2022고단2018, 2022고단2058(병합), 2022고단2201(병합), 2022고단2320(병합), 2022고단2518(병합), 2022고단2698(병합), 2022고단3422(병합), 2023고단337(병합), 2023고단600(병합), 2023고단772(병합) 판결, ⑤ 대전지방법원 2020고단561, 2020고단1178(병합), 2020고단3085(병합), 2020고단4497(병합) 판결이다.

	①	②	③	④	⑤
죄명	절도	공용물건손상, 절도	절도	절도	특수폭행, 절도, 건조물침입 등
절도 범행의 내용	매장에 진열되어 있던 화장품을 절취	편의점, 매장, 건물 복도 등에서 양말, 음료수, 생수, 화장품 등을 수차례 절취	매장에서 사과를 절취하거나 건물 안에 피해자가 잠시 두고 간 가방을 절취	매장, 편의점 등에서 화장품, 우산, 식료품 등을 수차례 절취	수차례 절취
정신적 장애	간성혼수	치매	치매	충동조절장애 등으로 유발된 정신병적 장애	뇌전증 등 뇌질환
인정된 심신장애	심신미약	심신상실	심신미약	심신미약	심신미약
선고형	징역 4월	무죄	징역 4월,	징역 2월, 징역	징역 1년 2월,

	①	②	③	④	⑤
			집행유예 1년	4월	집행유예 2년
부가처분	없음	없음	보호관찰	없음	보호관찰, 치료명령

위 사건 중 ①~⑤ 사건에서 피고인들의 심신장애는 인정되었으나 그 심신장애의 장애 정도는 다르게 인정되어 ② 사건의 경우 심신상실로 인한 무죄가 인정되고 나머지 사건들은 모두 심신미약이 인정되었다. ③ 사건에는 보호관찰이 부가되었으며, ⑤ 사건에는 보호관찰과 치료명령이 부가되었다.

(2) 정신적 장애의 인정 근거

① 사건은 피고인의 혈중암모니아 수치 기록을 근거로 피고인이 범행일을 전후하여 지속적인 간성혼수에 있었던 사실을 인정하였다. ② 사건의 경우 진단서와 의무기록사본을 근거로, ③ 사건의 경우 진단서를 근거로 각각 피고인의 치매를 인정하였다. ④ 사건의 경우 정신감정을 실시하였는지가 불분명하나 피고인의 정신적 장애 유형과 정도에 대한 전문의의 의견이 상세하게 첨부되어 있다. ⑤ 사건의 경우 감정증인의 법정진술 등을 근거로 피고인의 뇌전증 등 뇌질환을 인정하였다.

(3) 심신장애 주장의 인정 또는 배척 근거

①, ③, ④, ⑤ 사건에서 피고인은 심신상실 상태에서 범행을 저질러 책임이 없음을 주장하였으나, 법원은 피고인의 심신상실 주장을 배척하고 심신미약만을 인정하였다. ② 사건에서 법원은 피고인의 심신상실을 인정하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.

대법원은 심신상실과 심신미약은 모두 심신장애의 태양에 관한 것으로 그 정도를 달리하는 차이가 있을 뿐이라고 보고 있다(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도361 판결 등). ①, ⑤ 사건의 경우 법원은 심신상실 배척과 심신미약 인정의 근거를 별도로 실시하였으나, ③, ④ 사건에서는 심신미약 인정과 심신상실의 배척 근거를 별도로 구분하지 않고 심신장애의 정도가 심신상실에 이르렀는지를 기준으로 판단하였다.

(가) ① 사건의 심신상실 배척 근거 및 심신미약 인정 근거

법원은 피고인이 피해품을 절취할 당시 간성혼수에 빠진 상태에서 지남력 장애로 인해 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없었다는 주장에 대해, 피고인이 이 사건 범행일인 2020. 10. 22. 전후한 시점에 지속적인 간성혼수에 있었던 사실은 인정하면서도, 다음과 같은 근거를 들어 심신상실 주장을 배척하였다.

- 간성혼수는 인지장애의 징후가 없는 ‘최소 간성뇌증’, 지남력은 유지되어 있으나 경미한 인지 또는 행동 변화를 보이는 ‘불현성 간성뇌증’, 지남력 장애, 성격변화, 혼수 등이 나타나는 ‘현성 간성뇌증’ 등 다양한 증증도를 보이므로 범행 당시 피고인이 지남력 장애 등의 인지장애가 동반되는 간성뇌증을 보이고 있었는지는 불분명하다.
- 피고인은 피해품을 절취한 후 가게 바깥에 주차해 두었던 피고인의 차량을 운전하여 현장을 떠났다.
- 피고인이 수사단계에서나 이 법정에서 절취한 사실을 기억하지 못한다고 진술하고 있기는 하나 어떠한 행위를 한 사실을 기억하지 못한다는 것과 행위를 할 당시에 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 있었는지 여부 사이에는 필연적인 연관관계가 있다고 볼 수 없다. 이상에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었다고는 보이지 아니한다.

한편 법원은 ‘법령의 적용’ 중 ‘심신미약감경’에 관한 판시에서 심신미약 인정의 근거를 아래와 같이 비교적 자세하게 서술하였다.

- 이 사건 범행일을 전후한 2020. 10. 8., 2020. 10. 28. 및 2020. 11. 17. 당시 피고인의 혈중암모니아 수치는 간세포암 재발과 간기능 악화로 인하여 각각 123umol/L, 113umol/L, 110umol/L로서 피고인이 지속적인 간성혼수에 있었던 점
- 간성혼수는 의식 또는 지남력 장애 및 각종 신경학적 이상을 특징으로 하는 신경정신학적 증후군인 점 피고인은 통원치료를 받으면서 간성혼수에 대한 약물처방을 받았던 점
- 피고인은 이 사건 범행일로부터 약 한 달이 지난 2020. 11. 24. 간세포암 재발과 간기능 악화로 간 이식 수술을 받은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약하였다고 인정됨

법원이 간성혼수의 특성에 대해 자세하게 기술하고 있는 점, 이를 근거로 심신상실과 심신미약 각각에 대한 판단을 별도로 서술한 것은 특기할 만하다. 그러나 자세한 판시내용에도 불구하고 정신감정을 실시하지 않고서 심신장애의 정도를 판단할 근거가 충분했는가는 다소 의문이다. 우선 법원은 범행일 전후한 3일의 혈중암모니아 수치 기록을 들어 피고인이 지속적인 간성혼수에 있었다는 이유로 심신미약을 인정하였으나 간성혼수라는 정신적 장애가 범행 당시 피고인의 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력에 어느 정도로 영향을 미쳤는가 여부에 대해서는 특별한 논증을 하고 있지 않다. 특히 법원은 심신상실 주장과 관련하여 범행 당시 피고인이 지남력 장애 등의 인지장애가 동반되는 간성뇌증을 보이고 있었는지 불분명하다는 이유로 이러한 주장을 배척하였는데, 이러한 판시는 범행 당시가 아닌 범행일을 전후한 간성혼수 상태만으로 심신미약을 인정한 판단과 상충되는 것처럼 보이기도 한다.

한편 법원이 범행 당시 피고인이 지남력 장애 등의 인지장애가 동반되는 간성뇌증을 보이고 있었는지 불분명하다는 이유로 심신상실 주장을 배척한 것이 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’라는 형사법의 원칙과 부합하는지 또한 의문이다. 정신적 장애의 정도에 대한 객관적인 의심이 존재할 때 피고인에게 유리하게 판단한다는 원칙에 따르게 되면, 결국 판시 근거 중 심신상실을 배척하는데 사용된 적극적인 근거는 피고인이 범행 후 피고인의 차량을 운전하여 현장을 떠났다는 사실만이 남는다. 정신감정을 통해 범행 당시 간성혼수의 중증도를 판별하였더라면 심신장애의 정도에 대한 보다 충실한 논증이 가능했을 것이라는 아쉬움이 남는다.

(나) ②, ③ 사건의 심신장애 판단 근거

②, ③ 사건은 모두 치매를 진단받은 피고인들이 수차례 절도를 범한 사건들이다. 두 사건에서 각 법원은 모두 기존 치매 진단을 근거로 정신적 장애의 존재를 인정하였고, 수사기관 조사와 법정에서 기본적인 의사소통이 되었느냐를 심신장애의 정도를 판별하는 주요한 근거로 삼았다. ② 사건의 피고인은 수사단계와 법정에서 일상적인 질문에 대답하지 못하는 등 의사소통이 전혀 되지 않았고, ③ 사건의 피고인은 일상적인 질문에는 대답하는 등 기본적인 의사소통이 가능하였다. ② 사건에서 법원은 피고인이 사건 각 범행 당시 심신상실 상태였다고 보아 피고인에게 무죄를 선고한 반면, ③ 사건에서 법원은 심신상실 주장을 배척하고 심신미약만을 인정하였다. 각 사건의 구체적인 설사를 살펴보면 아래와 같다.

② 사건에서 법원은 아래의 근거를 들어 피고인이 심신장애로 인하여 이 사건 각 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력을 상실한 상태였다고 보아 피고인에게 무죄를 선고하였다.

- 피고인은 2021. 11.경 전두측두엽 치매로 진단받았고 당시 인지기능저하 및 충동조절장애, 과격한 행동, 배회 등 증상이 있다는 평가를 받았으며, 이후 현재까지 통원치료를 받고 있음에도 행동증상의 호전을 보이고 있지 않다는 전문의의 의견이 제시된바 있다.
- 피고인은 이 사건 각 범행으로 조사받는 과정에서 수사관과 전혀 대화가 이루어지지 않았고, 일상적인 질문에 답을 하지 못하였으며, 혼자서 뜻을 알 수 없는 말을 반복하거나 노래를 하는 등의 모습을 보였다. 피해자들도 수사기관 조사 당시 피고인이 사건 현장에서도 알 수 없는 말을 반복하거나 혼자서 소리를 지르는 등 정신이 이상한 사람으로 보였다고 진술하였다.
- 피고인에 대한 의무기록사본에 의하면, 2022. 7.경 이미 피고인이 일상적인 생활이 어려워 수발을 하느라 가족들이 어려움을 겪고 있고, 이에 의사는 외출시 보호자가 동반하거나 주간보호센터에 입소하도록 권고한 것이 확인된다.

- 피고인은 이 법정에서 이름, 직업, 주소 등을 묻는 일상적인 질문에도 대답하지 못하였고, 전혀 의사소통이 되지 않으며, 혼자서 뜻을 알 수 없는 말을 반복하거나 노래를 부르는 모습을 보였다.

반면 ③ 사건에서 법원은 피고인이 치매로 진단을 받았고 중등도의 인지장애 증상을 보이는 점에 비추어 심신미약을 인정하면서도, 간단한 의사소통은 가능해 보인다는 이유로 심신상실 주장을 아래와 같이 배척하였다.

- 기록에 의하면, 피고인이 2020. 7.경 치매로 진단받았고, 중등도의 인지장애 증상을 보이고 있다.
- 그러나 이 법원 및 수사기관 조사 당시 일상적 질문에는 답변하는 등 간단한 의사소통이 가능한 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 각 범행 당시 치매로 인하여 심신미약 상태에 있었음을 넘어서서 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없었다고 보기는 어렵다.

(다) ④ 사건의 심신상실 배척 근거 및 심신미약 인정 근거

④ 사건은 충동조절장애가 문제된 사건으로 판결문에는 피고인의 정신적 장애 유형과 정도에 대한 정신건강의학과 전문의의 의견이 상세하게 인용되어 있다. 전문의는 이 사건 피고인이 충동조절장애(병적도벽)를 앓고 있으며 충동적 도벽 행위 시에는 심신상실 상태일 것으로 판단된다는 의견을 아래와 같이 밝혔다.

- 피고인이 앓고 있는 충동조절장애(병적도벽)는 자신의 의지와 상관없이 충동적으로 발생되어 충동적 도벽 행위 시에는 자유의지가 상실되어 거의 심신상실 상태에서 행하는 정신과적 증상으로 본인의 자유의지 및 판단에 기하여 타인의 물건을 절취하는 행동은 아니며, 피고인에게 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없는 상태일 것으로 판단됨.
- 상기 환자는 2005. 11. 23.부터 현재까지 통원하여 약물치료 및 정신치료를 지속적 혹은 간헐적으로 시행하였음에도 환자의 증상은 병력 상 생리주기와 관련이 있고 도벽충동이 기복이 있으며, 환자의 도벽충동은 자신의 의지와 상관없이 순간적으로 자신도 모르게 하는 행위로써 전혀 도벽 의지 및 목적과는 상관없는 순간적으로 자신도 모르게 하는 행위로써 전혀 도벽 의지 및 목적과는 상관 없는 단순한 충동적 행위일 것으로 판단되며, 도벽 충동 및 행동이 발생 시에는 자유로운 의지능력 및 판단력이 상실되었을 것으로 판단됨
- 피고인의 충동조절장애(병적도벽)의 증상이 발현될 때, 피고인은 자신도 모르게 하는 행동이며 경제적 이익이 없는 물건을 훔친다는 점을 볼 때, 피고인의 도벽 충동은 피고인에게 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없는 상태일 것으로 판단됨

이에 대해 법원은 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니라는 대법원 판결을 인용하며 아래와 같은 판시를 통해 심신상실 주장을 배척하였다. 심신장애의 유무 및 정도의 판단에 대해서는 법원이 법률적으로 판단할 사항이나, 판결문에 전문의의 심신상실 소견을 상세하게 인용하면서도 그러한 소견을 받아들이지 않은 구체적인 근거는 전혀 판시하지 않아 법원이 어떠한 논증을 거친 것인지 알 수 없다는 점이 아쉽다.

- 이 사건 각 범행 직전 상황이나 범행 당시 피고인의 행위 태양, 범행 직후 상황 등을 종합하면, 피고인이 제출하는 사정 및 증거들만으로는 피고인이 심신미약 상태를 넘어서서 사물을 변별할 능력이 나 의사를 결정할 능력이 완전히 결여된 상태에서 이 사건 각 범행을 하였다고 보기는 어렵다.

(라) ⑤ 사건의 심신상실 주장의 배척 근거 및 심신미약의 인정 근거

⑤ 사건은 수회 반복된 절도 외에도 특수폭행, 특수재물손괴, 건조물침입 등이 병합된 사건이나, 피고인이 범행일을 전후한 일정 기간 동안 간질 발작이 계속 반복되는 상태에 놓여있었다는 이유로 심신미약이 인정되었다는 점에서 다른 절도 사건들과 공통점이 있어 절도 사건으로 분류하여 분석하게 되었다.

이 사건에서 법원은 감정증인의 법정진술과 교도소장의 사실조회 회신서를 근거로 심신미약을 인정하였다. 피고인이 범행일 이전부터 최근까지 뇌전증으로 인한 지속적인 간질 발작 증세를 겪고 있다는 점과 간질 발작의 자동증적인 행동으로 절도, 폭력 등이 보고되고 있다는 점이 심신미약 인정의 주된 근거로 제시되었다. 법원이 심신미약을 인정하는 근거로 실시한 사정들은 아래와 같다. 한편 법원은 심신미약을 판단한 문단 말미의 괄호 안에 심신상실 주장을 배척하는 판단을 별도로 실시하였는데 그 내용은 “각 범행의 경위와 수단, 범행 전후의 행동 등에 비추어 볼 때” 심신상실을 인정할 수 없다는 것이었다.

- 피고인은 최근 2년간 뇌전증, 경련 발작이 계속 반복되는 질환으로 신경과 외래를 다니면서 약을 복용했고, 이따금 발작 증세가 나타나 의식을 잃고 쓰러지거나 119신고로 응급실에 내원한 적이 있었던 점
- 피고인은 2019. 9.경 뇌파 검사상 간질 발작이 지속적으로 나타나는 양상을 보였던 점
- 간질 발작이 일어난 후 의식이 온전하지 않은 상태에서 환자들이 보이는 자동증적인 행동으로 절도, 폭력 등 과격한 행동들이 보고되고 있는 점
- 의무기록상 피고인은 2020. 1. 7.부터는 비교적 일정하게 한 달에 한 번 또는 두 달에 한 번 신경과 진료를 받았고, 2020. 7. 7. 구속되기 전 마지막 신경과 진료를 받은 날은 2020. 6. 9.이었는데, 위 진료일의 의무기록에는 ‘약을 열심히 챙겨 먹었는데도 쓰러짐’이라는 문구가 기재되어 있었던 점

- 대전교도소에 수용된 이후에도 피고인의 발작 증세가 지속되고 있는 점
- 그 밖에 이 사건 각 범행의 수단과 태양, 수사와 공판에 임하는 피고인의 태도 등을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 각 범행을 저지를 당시 뇌전증 등 뇌질환으로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보인다.

(4) 소결

질적 분석 대상으로 삼은 절도 사건에서 피고인의 정신적 장애 유형은 간성혼수, 치매, 충동조절장애, 뇌전증 등으로 다양하였다. 판결들은 문제되는 정신적 장애의 일반적 특성, 피고인의 병력, 치료 이력, 각 범행의 경위와 수단, 범행 전후의 행동 등을 근거로 심신장애 존재와 정도에 대한 판단을 내렸다. 판결들은 간성혼수, 충동조절장애, 뇌전증 등의 일반적 특성을 비교적 자세하게 판시하였고, 범행일을 전후한 일정한 기간 동안 피고인들이 문제되는 정신적 장애 상태에 놓여있었다는 점을 심신장애 인정의 근거로 공통적으로 제시하였다. 5건의 사례 중 감정증인의 법정증언이 이루어진 사례, 정신의학과 전문의의 소견을 자세하게 인용한 사례가 각 1건씩 있었으나, 나머지 3건의 사례에서는 정신감정 등이 실시되지 않았고 범행 당시 피고인들의 정신적 장애가 범행에 실제로 어떠한 영향을 미쳤는지에 대한 구체적인 논증을 확인하기 어려웠다. ① 사건에서 피고인이 지남력 장애 등의 인지장애가 동반되는 간성뇌증을 보이고 있었는지가 불분명하다는 이유로 심신상실 주장을 배척한 것과 관련하여 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’라는 형사법의 원칙이 어떻게 적용되어야 하는지 여부와 ④ 사건에서 피고인이 범행 당시 심신상실에 놓여있었을 것으로 보인다는 전문의의 소견을 자세하게 인용하면서도 이를 배척하게 된 구체적인 근거는 설시하지 않아 결과적으로 심신장애 판단에 대한 설득력 있는 논증이 부족해진 점 등은 개선 과제를 살필 때 검토가 필요한 지점이다.

사. 방화 범죄

(1) 분석 대상 사건의 개요

분석 대상 판결로 선정한 방화 사건은 ① 수원고등법원 2021노927 판결(원심 : 수원지방법원 성남지원 2020고합311 판결), ② 서울고등법원 2022노3200 판결(원심 : 서울동부지방법원 2020고합43 판결), ③ 인천지방법원 2022고합107 판결, ④ 대전지방법원 2023고합145, 327 판결이다.

피고인들은 모두 심신미약이 인정되었으나 보호관찰 및 정신질환에 대한 치료명령이 부가된 사건은 ①, ③밖에 없고, ④ 사건의 피고인에게에는 실형이 선고되었다. ①, ②, ③ 사건의 피고인들은 모두 방화의

고의가 없음을 주장하였으나 이 주장이 인정되어 피고인에게 무죄가 선고된 것은 ② 사건의 원심밖에 없었다. 그러나 항소심에서 검사의 공소장 변경신청이 허가되어 ② 사건의 피고인 역시 실화죄가 인정됨에 따라 벌금 300만 원을 선고받았다.

	①	②	③	④
죄명	현존건조물방화미수, 업무방해	현주건조물방화(인정된 죄명: 실화)	현주건조물방화	현주건조물방화, 건조물침입, 폭행, 공무집행방해
방화 범행의 내용	은행에서 라이터로 테이블에 놓인 알코올성 소독제에 불을 붙이려 시도하고, 전단지에 불을 붙이려고 시도	직장 작업장에서, 전기난로에 종이봉투를 집어넣어 불이 붙게 한 후 쓰레받기로 불씨를 창고에 적재된 종이에 옮겨 불을 붙임	자신의 주거지 현관문 앞에 신발과 재활용품을 쌓은 후 라이터로 불을 붙임	자신의 주거지 현관문 앞에 신문지와 옷가지를 쌓은 후 불을 붙임
정신적 장애	편집조현병	자폐성장애, 지적장애	조현정동장애	상세불명의 조현병, 알코올성 정신병
인정된 심신장애	심신미약	심신미약	심신미약	심신미약
선고형	징역 1년, 집행유예 3년	벌금 300만 원 (원심 무죄)	징역 1년, 집행유예 2년	징역 2년
부가처분	보호관찰, 치료명령	없음	보호관찰, 치료명령	없음

(2) 정신적 장애의 인정 근거

①, ③, ④ 사건의 피고인은 모두 정신질환을 앓고 있으며 ② 사건의 피고인은 장애를 가지고 있다는 점에서 차이가 있다.

정신적 장애를 인정한 의학적 근거로는 ②의 경우에만 정신감정이 실시되었을 뿐 ①, ③, ④ 모두 과거와 현재의 정신과 진료기록이 활용되었는데 이에 더하여 ①의 경우 진료기록 감정이 이루어졌으며 ③과 ④의 경우 전문의의 소견서도 제출된 것으로 보인다. 결국 정신감정은 4건 중 피고인이 장애를 가진 ② 사건에서만 실시되었고, ①, ③, ④ 사건은 모두 정신감정 없이 정신적 장애가 인정되었다.

특히 ①, ③, ④ 사건의 경우 피고인들은 범행 직후 모두 정신병원에 응급입원되었다.⁵²⁾ ① 사건에서는 가족들이 피고인을 입원시켰고, ③, ④ 사건에서는 수사기관의 의뢰로 응급입원이 이루어진 것으로 보여, 범행 직후 ①, ③, ④ 사건의 피고인들은 모두 입원치료가 필요한 정도의 정신적 상태에 있었던 것

52) ④ 사건의 경우 피고인이 2022. 8. 현주건조물방화 범행(2023고합145 사건) 직후 응급입원된 사실은 분명해보이나 2023. 5. 건조물침입등 범행(2023고합327 사건) 이후의 입원 여부는 명확하지 않다.

으로 보인다.

(3) 심신장애 주장의 인정 또는 배척 근거

모든 사건에서 피고인들은 심신상실 상태에 있었다는 점을 주장하였다. 그러나 법원은 심신상실 주장을 모두 배척하였고, 심신미약만을 인정하였다. 우리 법원은 심신상실과 심신미약은 모두 심신장애의 태양에 관한 것으로 그 정도를 달리하는 차이가 있을 뿐이라고 보고 있으므로(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도361 판결 등) 판시에서도 심신미약의 인정 근거와 심신상실의 배척 근거가 명확히 구분되기보다는 심신상실 주장의 배척 근거를 중심으로 설시되는 경우가 많았다.

(가) ① 사건의 심신상실 배척 근거 및 심신미약 인정 근거

이 사건에서 피고인은 범행 당시 편집조현병 등 정신질환의 증상발현으로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 결여된 상태였다는 심신상실 주장을 하였으며 편집조현병으로 인한 피해망상적 불안으로 인해 자신을 보호하려고 하였을 뿐 현존건조물방화의 고의가 없었다는 주장도 하였다.⁵³⁾

법원은 먼저 피고인이 심신상실 상태에 있었다고 보기 어렵고, 범행 당시 자신이 불을 붙이는 행위와 그로 인한 결과에 대하여 인식하였고 이 사건 현존건조물을 소훼하려는 의사도 있었다고 판단되므로 미필적으로나마 현존건조물 방화의 고의가 있었다고 보아 고의가 없었다는 피고인의 주장을 배척하였다.

그리고 심신상실 주장을 배척하며 피고인의 심신장애 정도가 심신미약 상태에서 더 나아가 심신상실에 이르지 않는다고 보아 결과적으로 심신미약만을 인정하였다. 구체적인 판시는 다음과 같다.

- 피고인은 이 사건 범행 당일 오전 10:22경 은행에 처음 방문하여 VIP 라운지에 가서 은행 직원에게 ‘생명에 위협을 느끼고 있다. 경찰에 신고해달라’고 말하고, “생명위협”, “살아야 돼”, “경찰 불러주세요”라고 적은 봉투를 건네주면서 도움을 요청하였으며, 은행 직원으로부터 ‘도울 수 있는 일이 아니다, 밖에 있는 청경에게 안내를 받으라’는 말을 듣자 위 봉투를 찢어서 쓰레기통에 버렸다.
- 피고인은 이 사건 범행 당시 4개의 라이터를 소지하고 있었고, 가연성이 높은 알코올성 손소독제와 전단지에 불을 붙이려고 시도하였으며, 전단지에 불을 붙이면서 ‘같이 죽자’, ‘죽는다’라고 말하며 크게 소리를 지르기도 하였다.
- 피고인은 체포 직후에 인적사항을 묻는 경찰의 질문에 대하여 ‘내 이름을 너네가 잘 알고 있을 것

53) 그 외 알코올성 손소독제에 불을 붙이려고 하지 않았고 전단지에 불을 붙인 것만으로는 현존건조물방화의 실행의 착수가 있었다고 보기 어렵다는 주장도 있었으나 이에 대한 자세한 주장과 판시는 생략한다.

아니냐? 알아서 알아봐라'라고 대답하며 인적사항을 밝히지 않았고, 범행동기를 묻는 질문에 대하여 '내가 지금 집행유예 중이고 아내가 나를 자꾸 정신병원에 입원시키려고 하는 등 불만이 많은데 들어주는 사람이 없어 그런 것일 뿐 실제로 불을 지르려 한 것은 아니다'라고 진술하였다.

- 이 사건 각 범행을 전후한 피고인의 행동과 발언에 비추어 보면, 피고인에게 질문의 취지를 이해하고 적절한 답변을 할 수 있을 만한 의사능력은 있었고, 손소독제가 인화성 물질이라는 것을 알고 있었으며, 피고인의 행위가 초래할 결과에 대하여도 인식하고 있었던 것으로 보인다. 위와 같은 사정은 이 사건 범행 당시 피고인에게 최소한의 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 존재하였음을 보여준다.

이 사건의 원심에서도 피고인의 심신미약이 인정되었고 심신상실 주장이 배척되었다. 원심 판결문에는 피고인의 심신미약 인정 근거가 상세히 설시되어 있는데 반하여 심신상실 주장의 배척 근거는 단순히 “기록에 의하여 인정되는 이 사건 각 범행의 경위, 수단과 방법 및 범행 후 피고인의 행동 등 제반 사정을 종합해 보면, 이 사건 각 범행 당시 피고인이 심신미약 상태에서 더 나아가 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 상실된 상태에까지 이르렀다고는 보이지 아니한다”라고만 설시되어 있다.

아래 내용은 원심에서 설시한 심신미약의 인정 근거이다.

- 피고인은 범행을 저지르기 전에 은행 직원에게 “생명위협”, “살아야 돼”, “경찰 불러주세요”라는 말을 하고, 해당 내용을 봉투에 적어 건네주면서 도움을 요청하기도 하였으며, 전자기기로 보이는 물건을 분해하고 입으로 씹기도 하는 등의 이상행동을 보였다.
- 피고인이 현행범인으로 체포된 직후 수사가 개시되었으나 담당 조서관은 피고인이 이상증세를 보여 조사가 어렵다고 판단하고, 이 사건 당일 22:30에 피고인을 가족들의 입회하에 ‘I병원’에 입원 조치하였다. 피고인은 해당 병원에서 ‘편집조현병’의 진단을 받았고, 이후 2020. 6. 11.부터 2020. 6. 30.까지 약물 및 정신치료를 받았다.
- 피고인의 처인 J은 경찰 조사 과정에서 ‘피고인이 이 사건 범행이 있기 전 5일 동안 자꾸 무엇이 보인다고 하면서 잠을 자지 못하였고, 집 근처 비닐하우스에 쌓인 쓰레기를 치우거나 태우는 행동을 하였으며, 몇 개월 전부터는 무병이 꼭 온 사람처럼 누군가 쫓아와서 위협을 한다거나 죽이러 온다고 하면서 자신은 들리지 않는 어떤 소리를 듣고 계속 중얼거렸다’고 진술하였다.

특히 이 사건에서는 진료기록 감정이 이루어졌고 감정의는 ‘심신상실’ 취지의 감정의견을 밝혔다. 그러나 법원은 피고인을 직접 진료한 결과가 아니라 간접적 자료를 바탕으로 작성된 의견이라는 점, 범행에 대한 자료를 제공받지 못한 상태에서 밝힌 것이므로 한계가 있다고 보아 전문의의 감정의견을 배척

하였다.

- 진료기록감정인은 'I병원 진료기록, 경찰서에서 작성된 서류 등에 의하면 피고인은 범행 당시 피해 망상증상이 심각한 수준이었고, 그에 따라 사리를 변별하거나 판단·할 능력이 부재했다고 보는 것이 타당함'이라는 의견을 밝혔다. 그러나 위 의견은 ① 피고인을 직접 진료한 결과를 바탕으로 한 것이 아니라 진료기록, 수사기관에서 작성한 피고인의 행동 등에 관한 자료와 같은 간접적인 자료를 바탕으로 한 것인 점, ② 앞서 본 바와 같은 이 사건 각 범행의 경위와 과정, 범행의 수단과 방법, 범행 전후 피고인의 행동 등에 관한 자료를 제공받지 못한 상태에서 밝힌 것인 점에서 이 사건 각 범행 당시 피고인의 상태를 인정하는 자료로는 일정한 한계가 있다.

(나) ② 사건의 심신상실 배척 근거 및 심신미약 인정 근거

이 사건에서 심신미약을 인정한 근거는 피고인의 자폐성장애 및 지적장애, 그로 인한 의사소통 능력과 인지능력(지식 수준, 판단, 상황대처, 위험 지각 등)의 부족이다. 한편 심신상실을 부정한 근거는 피고인이 불이 붙는 과정을 이해하고 불장난을 한 후 그 뒷정리도 하였고 지하철을 타고 직장에 혼자 출퇴근하였고 단순 업무 수행이 가능하다는 점이다. 이러한 판단의 근거는 피고인의 장애 특성과 정도, 일상 생활 능력에 대한 평가에 지나지 않는 것으로 범행과의 관련성은 명확하지 않다.

이 사건의 경우 당초 현주건조물방화로 기소되었다가 1심에서 무죄가 선고⁵⁴⁾되자 검사만이 항소하면서 예비적 죄명으로 '실화죄'를 추가하는 것으로 공소장이 변경되었으므로 항소심의 판단 대상은 현주건조물방화죄 외에도 실화죄의 인정 여부 및 피고인의 심신장애 여부와 정도로, 1심과는 판단의 대상이 달라지기는 하였다. 그러나 심신장애의 인정 여부와 관련하여 심신장애가 범행에 미친 영향이나 1심에서 이루어진 정신감정에 관한 언급이 전혀 없는 점은 다소 의문이다. 구체적인 설시는 다음과 같다.

- 피고인이 경도 내지 중등도의 자폐 및 경도의 지적장애가 있는 상태로서 지능지수(IQ) 50, 정신연령 9~12세, 사회연령 6세 5개월 정도인 점, 언어표현 및 사회적 의사소통 능력과 인지적 능력이 빈약하고, 교육과 경험을 통해 습득된 기본 지식이 현저히 부족한 점, 수사기관이나 법원에서도 질문을 제대로 이해하지 못하고 그에 맞는 대답을 하지 못하는 모습을 보인 점, 돌발 상황에 대한 판단 및 대처 능력과 위험 지각 능력이 부족하고, 주변의 정보에 상당히 둔감한 점은 인정할 수 있으나

54) 피고인이 심신상실의 상태였다고 인정되었기 때문이 아니라 피고인이 사람이 주거로 사용하거나 현존하는 건물에 불을 붙인다는 사실에 대하여 인식하고 그 결과까지 용인하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 입증되었다고 볼 수 없다는 점, 즉 현주건조물방화의 미필적 고의를 인정할 수 없다고 보아 무죄가 선고되었다.

- 피고인은 난로에 종이봉투를 집어넣으면 불이 붙는다는 것을 이미 알고 있었다고 보이는 점, 불장난 후 난로를 끄고 종이봉투를 치우는 등으로 스스로 뒷정리를 하였던 점
- 2013. 3. 27.부터 범행 당일인 2019. 12. 12.까지 인쇄소에서 근무하면서 단순 업무를 수행하였고, 지하철을 타고 직장에 출퇴근하는 것이 가능하였던 점 등을 고려하면, 피고인은 범행 당시 자폐성 장애 및 지적장애로 인하여 사물의 시비 등을 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력이나 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자신의 행위를 통제할 수 있는 능력이 미약한 상태에 있었다고 볼 수는 있을지언정, 나아가 그 사물변별능력이나 의사결정능력이 결여된 상태에까지 이르렀다고 보기는 어렵다.

(다) ③ 사건의 심신상실 배척 근거 및 심신미약 인정 근거

상세히 실시되지는 않았으나 이 사건에서 법원이 피고인의 심신미약을 인정한 근거는, 피고인이 앓고 있는 정신병의 종류 및 정도, 누군가 거주지에 들어와 자신을 해할 거라는 망상에 빠져 불을 놓아 침입을 막겠다는 범행의 동기 및 원인, 과거의 정신과 진료이력 범행 후 횡설수설하는 이상증세를 보여 응급 입원되어 입원치료를 받다가 현재까지 통원치료를 받고 있는 점 등으로 보인다. 법원은 범행 및 전후 상황에 대한 기억의 유무나 반성의 빛, 수사 및 공판정에서의 방어나 변소, 정신병 발병 전의 성격이나 범죄와의 관련성 등에 대해서는 언급하지 않았다.

한편 심신미약을 인정하면서도 심신상실 주장을 배척한 근거로는 ‘범행 당시의 피고인의 행동’ 외에 특별히 실시된 것이 없다. 과거의 진료기록만으로 범행 당시의 심신상실 여부를 인정하기 어렵다는 판시는 타당한 것이기는 하나 구체적 내용이 없어 어떤 점을 중요하게 살펴본 것인지 알기 어렵다. 법원에서 중요하게 판단의 기준으로 삼은 점은 피고인이 방화를 실현하기 위하여 가연성 물질을 준비하였고 불이 나자 베란다로 대피하여 연기가 나는 현장의 상황에 대처할 수 있었다는 점으로 보인다. 일본의 7가지 착안점에 대입하여 본다면 b 범행의 계획성, g 범행 후의 자기방어, 위협회피적 행동에 대응되는 점이라고 생각된다. 구체적 판시는 다음과 같다.

- 피고인에 대한 C병원의 소견서나 D의원에 대한 사실조회 결과, 피고인의 과거진료기록에 의하더라도 피고인이 이 사건 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력을 결여하였음을 인정하기는 부족하다.
- 피고인은 불이 옮겨붙기 쉬운 휴지, 신문지, 플라스틱 용기 등을 쌓아두고 불을 붙여 연소를 확대시켰고, 불을 낸 뒤에는 베란다로 나가 거실 쪽 창문을 닫아 연기를 피하였는바, 나름대로 의도를 실현하기 위한 수단을 강구하거나 현장의 상황을 파악하여 그에 따른 대처를 하였다. 이는 피고인에게

최소한의 사물변별능력 또는 의사결정능력이 존재하였음을 보여준다.

- 그 밖에 이 사건 범행의 경위, 방법 및 내용, 범행 전후에 피고인이 취한 행동, 피고인이 수사기관 및 이 법정에서 진술한 내용, 태도 등을 종합해 보면, 피고인이 이 사건 범행 당시 조현정동장애 등 정신질환으로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태를 넘어 그러한 능력을 상실한 상태에까지 이르렀다고는 볼 수 없다.

(라) ④ 사건의 심신상실 배척 근거 및 심신미약 인정 근거

④ 사건에서 법원은 범행 전후에 피고인이 보인 행동, 범행 경위, 병력, 피고인이 앓고 있는 질환의 정도와 양상, 이 법정에서 보인 피고인의 태도 등을 종합하여 피고인의 심신미약을 인정하였다. 피고인이 불상의 이유로 거주지에 불을 질렀고, 모텔에 무단으로 들어가 잠을 자고는 자신의 아내 집이라서 들어가서 잠을 잤다거나 피해자인 모텔 주인이 주인이 아닌데 자꾸 주인 행세를 한다는 등의 주장을 한 점, 상세불명의 조현병, 알코올성 정신병을 앓고 있는 병력과 진료 이력, 범행 직후의 응급입원 이력 등이 고려된 것으로 보인다. 심신미약의 인정 근거가 된 증거로는 입건전조사보고서(A 공주국립정신병원으로 응급입원), 요양(의료)급여회송서, 응급입원의뢰서, 입건전조사보고서(A 병원 진료 내역 등 확인 및 응급입원→행정입원 전환조치), 의사소견서 등이 있다. 그러나 심신미약의 인정 근거가 상세하게 설명되어 있는 것은 아니다.

동시에 법원은 피고인의 심신상실 주장을 배척하였는데, 2022. 8. 23. 현주건조물방화 범행 이후 치료를 받아 정신과적 문제가 없는 상황에서 2023. 5. 29. 건조물침입 등 범죄를 저지른 것으로 보이는 피고인의 진료이력과 진료기록, 범행 상황에 관한 기억의 유무, 수사에서의 진술 내용과 태도, 범행 당시의 상황 판단과 대처(범행 전후의 피고인의 행동) 등을 볼 때 심신상실의 정도에는 이르지 않았다는 것이다. 범행의 동기나 원인, 정신적 장애와 범행과의 인과관계 등에 대해서는 별다른 설시가 없으며 동기의 이해 가능성, 범행의 계획성 등 일본의 7가지 착안점에 해당하는 내용은 없다. 구체적인 판시는 다음과 같다.

- 피고인은 이 사건 현주건조물방화 범행 직후인 2022. 8. 24.부터 ‘알코올 금단으로 인한 섬망 의증’ 등을 이유로 국립공주병원에 행정입원 되어 약 2달간 치료를 받았고, 2022. 10. 19. 담당 의사가 ‘자기관리 능력 호전되었고, 현재 자·타해 위험성 낮은 것으로 평가된다’는 소견을 밝히 피고인은 같은 날 위 병원에서 퇴원하였다.
- 피고인은 과거 ‘알코올 사용 장애 의증’을 이유로 O병원에서 통원 치료를 받아왔고, 2021. 11.까지 행동상 문제 및 정신병적 증상이 두드러지지 않았다. 또한 피고인은 알코올·정신질환 전문병원인 P

- 병원에서도 진료를 받아왔는데 2022. 7. 29. 위 병원에 방문하여 알코올 중독, 우울증, 불면증에 따른 치료를 받았을 뿐이고, 진료기록상 정신과적으로 이상 증상이 있다는 내용은 확인되지 않는다.
- 피고인은 2022. 10. 19. 대전동부경찰서에서 피의자 조사를 받았고, 위 피의자신문조서 내용에 따르면 현주건조물방화 범행 관련 내용을 대부분 기억하지 못하고 있었으나 경찰관과의 문답을 진행하는 데 있어서는 질문에 해당하는 대답을 자연스럽게 하는 등 대화에 큰 무리가 없었던 것으로 보인다.
 - 피고인은 2023. 5. 29. H모텔에서 잠을 자다가 피해자로부터 퇴거 요청을 받자 스스로 112에 신고를 접수하며 도움을 요청하였는데, 이에 비추어 볼 때 피고인이 수사기관에 신고를 접수할 정도의 사리분별력과 최소한의 상황 대처 능력은 갖추고 있었다고 평가된다.
 - 2023. 5. 30. 대전동부경찰서에서 진행된 피의자신문 내용을 살펴보면, 피고인은 모텔 주인인 피해자를 자신의 아내라거나 피해 경찰관은 경찰이 아니라고 주장하는 등 이치에 맞지 않는 대답을 일부 하면서도 자신의 생활비 수급 방법, 주소, 핸드폰 번호, 병력, 범죄사실 인정 여부에 대해서는 정상적인 대답을 하였다. 사물변별능력이나 의사결정능력이 완전히 결여되었던 것으로 보이지는 않는다.

(4) 치료명령 등

① 사건과 ③ 사건 모두 피고인에 대한 보호관찰 및 치료명령이 선고되었다. 두 사건 모두 형법 제62조의2, 치료감호 등에 관한 법률 제2조의3 제1호, 제44조의2 제1항, 제2항을 근거로 피고인의 (건강)상태, 범행의 경위와 내용, 범행 전후의 정황 내지 치료내역 등을 볼 때 치료의 필요성과 재범의 위험성이 있다는 점을 근거로 들고 있다.

④ 사건에서는 피고인을 징역 2년에 처하면서 불리한 양형 요소에서 “피고인은 연락하는 가족 없이 혼자 생활하고 있어 사회적 유대관계가 미약하고, 정신과적 치료가 필요한 상황이나 치료 의지가 불분명하여 일정 기간 사회로부터 격리하여 교도소 내 처우를 받도록 할 필요가 있다”고 판시하고 있어 피고인에게 치료의 필요성이 있다는 점은 ①, ③ 사건과 동일하다.

문제는 피고인을 사회로부터 격리하여 수형생활을 하도록 한다고 하여 정신과적 치료가 적절히 이루어질 것인가라는 점이다. 피고인을 단순히 격리하는 것은 공동체의 안전을 위한 조치일 뿐 피고인의 재활과 재범 위험성의 감소, 사회복귀에는 크게 기여하기 어렵다.

치료명령을 이행하기 어려운 피고인의 경우 현행 제도 내에서의 대안은 피고인을 치료감호에 처하는 방법밖에 없다. 그러나 치료감호는 재범의 위험성이 있어야 하며 치료감호대상자의 신체의 자유를 제한한다는 점에서 한계가 있다. 형의 집행 과정에서 피고인의 정신질환에 대한 치료가 이루어지는 것이 필

요한데, 피고인이 치료 비용을 부담할 수 없다면 적절한 치료를 담보할 수 없다. 피고인의 경제적 능력과 상관없이 수행 중인 피고인이 정신과 치료를 제대로 받을 수 있는 적절한 방안의 마련이 필요하다고 생각된다.

(5) 소결

질적 분석 대상인 방화사건에서는 피고인들이 모두 심신상실 주장을 하였으나 심신상실이 인정된 예는 없었다. 피고인이 지적·자폐성 장애를 가진 사례 외에는 정신감정이 실시되지 않았고, 피고인이 조현병 등의 질환을 앓고 있는 3개 사례에서는 병력, 치료 이력, 범행 당시 및 범행 전후의 행동이 심신장애 판단의 주된 요소로 작동하였다. 정신감정이 실시된 사례 역시 1심에서는 고의가 부정되어 무죄가 선고되었고, 항소심에서는 실화죄가 인정되었는데 1심과 항소심 모두 정신감정 결과에 대한 구체적 언급은 전혀 없었다.

아. 소결

범죄 유형별로 심신상실 또는 심신미약을 인정하거나 배척하는 요소들을 살펴보면 다음과 같다. 살인 범죄의 경우 법원이 심신상실을 인정할 때에는 범행 동기, 행위 태양, 범행 직후의 태도 등 대법원 판시 요소들에 심신장애가 어떠한 영향을 주었는지를 면밀하게 검토하는 것으로 나타났다. 한편 심신상실을 부정하는 대표적인 요소들은 △ 범행의 계획성, △ 범행의 잔혹성, △ 범행 시도를 반복하다가 범행에 이른 점, △ 범행 직후의 태도 - 특히 범행을 은폐하려는 시도 혹은 범행 현장을 떠난 사실(도주 목적인지 여부 불문, 떠난 사실 자체를 요소로 들고 있음), △ 범행 직후 직접 신고하거나 지인에게 범행을 알린 점, △ 수사절차 혹은 재판절차에서 범행을 후회하는 듯한 태도를 보이는 점, △ 범행 전후 기억한다는 점, 유사하게 기억하고 일관되게 진술한다는 점 등이었다. 드물지만, 범행 당시 환청이 없었다는 점을 드는 판결도 있었다.

상해 사건의 경우에는 범행 전 피고인의 병력 및 이에 대한 의학적 감정결과, 범행 당시의 상황에 대한 인식, 범행 이후의 행동, 수사과정에서 드러난 피고인의 인지능력과 소통가능성 등을 주된 판단 요소로 삼는 것으로 보인다. 한편, 피고인이 범행 당시 본인의 행동의 의미를 이해하고 행동했는지, 선악과 시비를 구분할 수 있었는지, 위법성을 인지했는지 등은 심신장애 여부나 그 정도를 판단함에 있어 크게 고려하지 않는 경향이 있었다.

폭행 및 공무집행방해 사건에 있어서 심신상실 주장을 배척하는 근거로 제시된 요소들은 △ 범행 전후의 상황을 대체로 기억하고 있는 점, △ 수사기관에서 질문에 대한 답변을 했거나 간단한 의사소통에

는 문제가 없었던 점 등이 있었다. 심신미약 주장을 인정하는 근거로 제시된 요소들은 △ 진단서, △ 범행 전후의 행동, △ 수사기관에서 질문에 대답을 하지 못하고 횡설수설했던 점, △ 범행 전후의 경위나 범행 당시 상황을 구체적으로 기억하지 못하고 있는 점, △ 감정의사 및 전문의의 소견 등이 있었다.

성범죄 사건의 경우 피고인의 수사기관에서의 진술 내용, 범행의 경위나 상황에 대한 피고인의 기억 여부, 위법성의 인식이 주된 판단 요소이며, 그 외 범행의 수법, 태양 및 범행 이전의 생활에서의 피고인의 모습에서 피고인의 의사결정능력과 사물변별능력과 관련된 실제 지적장애의 정도를 판단하는 사례도 나타났다.

절도 사건에서 법원은 문제되는 정신적 장애의 일반적 특성, 피고인의 병력, 치료 이력, 각 범행의 경위와 수단, 범행 전후의 행동 등을 근거로 심신장애 존재와 정도에 대한 판단을 내렸다. 판결들은 피고인이 가지고 있는 간성혼수, 충동조절장애, 뇌전증 등의 일반적 특성을 비교적 자세하게 판시하였고, 범행일을 전후한 일정한 기간 동안 피고인들이 문제되는 정신적 장애 상태에 놓여있었다는 점을 심신장애 인정의 근거로 공통적으로 제시하였다. 다만 5건의 사례 중 감정증인의 법정증언이 이루어진 사례, 정신의학과 전문의의 소견을 자세하게 인용한 사례가 각 1건씩 있었으나, 나머지 3건의 사례에서는 정신감정 등이 실시되지 않았고 범행 당시 피고인들의 정신적 장애가 범행에 실제로 어떠한 영향을 미쳤는지에 대한 구체적인 논증을 확인하기 어려웠다.

방화 사건에서는 모두 심신상실 주장을 하였으나 심신상실이 인정된 예는 없었다. 피고인이 지적·자폐성 장애를 가진 사례 외에는 정신감정이 실시되지 않았고, 피고인이 조현병 등의 질환을 앓고 있는 3개 사례에서는 병력, 치료 이력, 범행 당시 및 범행 전후의 행동이 심신장애 판단의 주된 요소로 작동하였다. 정신감정이 실시된 사례 역시 1심에서는 고의가 부정되어 무죄가 선고되었고, 항소심에서는 실화죄가 인정되었는데 1심과 항소심 모두 정신감정 결과에 대한 구체적 언급은 전혀 없었다.

한편 법원이 의학적 요소를 최종적 판단에 반영하는 방식은 일관되기보다는, 범죄의 유형 즉 범죄의 중대성에 영향을 받는 것으로 보인다. 이를테면 법원은 상해 사건의 경우 의학적 감정의 결과를 심신상실 판단의 주된 근거로 활용하고, 심신미약의 경우에는 정신감정 없이 인정하기도 하였다. 성폭력 범죄에서는 질적 분석 대상이 된 5건 모두에서 공통적으로 피고인이 받은 의료적 진단 및 치료 이력이 심신미약 판단의 주된 근거로 제시되었으며, 의학적 소견과 다른 판단을 하지 않았다. 이와 달리 살인 사건의 경우 감정의사가 심신상실 소견을 냈던 5건의 사건에서도 법원은 감정의견과 달리 심신상실 주장을 배척하고 심신미약 판단을 하였다.

질적 분석 결과, 선행 연구에서도 여러 차례 지적된 것처럼 여전히 이유 설시가 미비하다는 점이 파악되었다. 심신상실이라는 감정의견과 다른 판단을 하면서도 이유를 설시하지 않은 판결들이 있었고, 대부분의 판결이 심신미약과 심신상실 판단 이유를 각각 설시하지 않고 있었다.

마찬가지로 선행 연구에서 드러나듯 판단의 고려 요소나 방식이 일관되지 않은 점이 파악되었다. 예를 들어 피고인의 조현병으로 인한 환청과 환각이 주된 동기가 되어 범행이 발생했더라도, 피고인의 심신장애의 정도는 다르게 판단되는 사례들이 있었다. 연구진으로서는 피고인을 직접 만나거나 증거기록을 살펴본 것이 아니므로 단언할 수는 없지만, 유사한 사건인데도 판단이 달라지는 이유에 대해서는 법원 차원에서 면밀한 검토가 필요하다고 생각한다. 특히 심신상실을 인정한 사건과 유사한 다른 사건에서, 심신상실을 부정하는 근거로써 대법원 판시에 배치되는 요소들(예를 들어 사건에 대한 기억 유무), 심신장애와 범죄와의 관련성에 반드시 영향이 있다고 할 수 없는 요소들(예를 들어 인지능력) 혹은 정신장애인에 대한 고정관념이나 선입견에 기초한 전제들(‘정신장애인은 24시간 내내 착란 상태일 것’)을 이유로 드는 사건들도 있다는 점에서 검토가 필요하다.

이와 함께, 피고인의 심신장애 정도를 인정함에 있어서 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’라는 형사법의 원칙을 어떻게 적용하여야 하는지 고민과 논의가 필요하다. 예를 들어 정신감정의 소견이 심신미약 또는 심신상실이라고 나왔을 때, 위 원칙에 따라 심신상실을 인정하는 경우는 없었고, 반대로 “심신상실이었음을 단정할 수 없다”고 보아 심신상실을 배척하는 판결들이 있었다(살인 범죄에서 ②의 1심 및 ⑤ 사건, 절도 범죄에서 ① 사건). 이러한 경우 어떻게 판단해야 하는지에 더 심도 깊은 논의가 필요하다.

또한 형법 제10조 제1항은 사물변별능력 “또는” 의사결정능력이 없는 자의 행위를 별하지 아니한다고 규정하고 있지만, 판결에서는 사물변별능력 “그리고” 의사결정능력이 없어야 심신상실을 인정하는 것처럼 보이는데, 이에 대해서도 향후 좀 더 깊은 연구와 고민이 필요할 것이다.

V. 결론 및 제언

1 결론

본 연구에서는 독일 및 일본 제도에 대한 검토와 함께 2021년부터 2023년까지 확정된 형사판결문 349건 중 56건에 대하여 형법 제10조 제1항 및 제2항의 심신미약·심신상실 판단 기준을 질적 분석하였다.

독일의 경우 독일형법 제20조 및 제21조에 따라, 정신장애로 인해 위법성의 인식이나 행위능력이 결여된 사람은 책임무능력자로서 면책되며, 위법성의 인식이나 행위능력이 현저히 미약한 사람은 한정책임능력자로서 형이 감경될 수 있다. 독일 법원도 우리와 유사하게 혼합적 방법을 택하는데, 이를 단계적으로 나누어 적용한다. 먼저 피고인에게 정신병리학적 증상에 포함될 수 있는 정신장애가 존재하는지 확인한 후, 장애의 발현 정도와 그것이 범행 시 행위자의 정신적 기능에 영향을 미쳤는지 여부를 평가한다. 감정인은 공판절차에서는 법관이, 수사절차에서는 검사가 선정하는데(독일형사소송법 제73조, 제161a조), 실무에서는 수사단계에서 대부분 정신감정이 이루어진다는 점이 특기할 만하다. 감정서를 작성할 때에는 추적성 및 투명성 원칙과 관련하여, 어떤 사실적 근거에 기초하고 있고, 어떤 검사방법과 사고모델을 활용하여 결론에 이르렀는지를 보여주어야 하며, 사회적·개인적 요소들은 정신병리학적 현상의 시간적 지속성을 특별히 고려하면서 조사되어야 한다. 사실심 법관이 책임능력에 관한 전문감정인의 의견에 제한적으로 동의하는 경우, 법관은 판결에서 자신의 결론과 감정서와의 관계, 자신의 결론을 도출하게 된 과정에 대한 설명을 상세히 하여야 한다는 점도 주목할 부분이다. 독일연방법원은 책임능력 판단 과정에서 “의심스러울 때에는 피고인의 이익으로” 원칙을 적용한다는 점도 향후 고민할 필요가 있는 지점이다.

일본의 경우 심신미약·심신상실과 관련하여 형법 제39조에 우리와 유사한 조항을 두고 있다. 일본은 심신장애에 대한 구체적인 판단 과정을 8단계로 구분하여, 1~4단계의 의료적 판단을 기초로 5~8단계의 법률적 판단을 한다. 일본은 「형사책임 능력에 관한 정신감정서 작성 안내」에 따라 정신감정 항목을 보다 구체화하여 정리한다. 표준화된 양식에 따라 ① 동기의 양해 가능성 혹은 불가능성, ② 범행의 계

확성, 돌발성, 우발성, 충동성, ③ 행위의 의미·성질, 반도덕성, 위법성의 인식, ④ 정신장애로 인한 면책 가능성 인식, ⑤ 평소의 인격에 대한 범행의 이질성 혹은 친화성, ⑥ 범행의 일관성·합목적성 혹은 비일관성·비합목적성, ⑦ 범행 후의 자기방어·위험회피적 행동에 대하여 정신감정을 하도록 하고, 그 결과를 재판에도 반영한다. 이때 주목할 부분은 각 요소 자체라기보다는, 각 요소의 구체적 내용이 심신장애가 각 요소에 미친 영향을 주의 깊게 살피도록 설정되어 있다는 점이다. 즉 각 요소와 정신적 장애 사이의 연결 지점에 대한 탐색이 강조된다는 점이 중요하다.

2021년부터 2023년까지 확정된 판결문 349건에 대한 양적 분석 결과, 정신감정을 실시한 사건은 총 92건으로 전체의 26.4%, 즉 4건 중 1건 정도에 불과하였다. 349건 중에서 6건만 피고인의 심신상실 주장을 인정하였다. 심신미약을 인정한 사건은 287건, 둘 다 부정하고 심신건재로 판단한 사건은 52건이었다. 대부분의 판결문은 심신장애 주장을 배척하면서도 구체적인 이유를 제시하지 않았고, 심신장애와 범행과의 인과관계를 충분히 살피지 않는 경우가 많았다. 장애에 대한 부적절한 표현이 나타나기도 하였고, 불충분한 이해나 고정관념 등을 기초로 판단한 사례도 있었다.

판결문 질적 분석 결과 법원은 대법원이 판시한 요소인 ‘정신적 장애의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도’ 등을 고려하는데, 피고인의 심신장애가 위 요소 각각에 미친 영향을 면밀히 살피기보다는 위 요소에 해당하는 사실관계를 단순 나열한 다음 결론으로 나아가는 경우가 많았다.

위 요소 외에도 법원은 ㉠ 범행의 계획성, ㉡ 범행의 반복성이나 잔혹성, ㉢ 범행 ‘당시’의 상황 인식과 대처, ㉣ 정상적 의사소통 가부 등을 고려하고 있었다. ㉠ 범행의 계획성은 일본의 정신감정시의 착안점에서 범행의 계획성이나 돌발성, 우발성, 충동성을 살펴보는 것과 유사하다. 다만 편집성 조현병으로 인한 망상의 경우 망상에 의하여 계획을 세울 수도 있다는 점에서 계획성 자체보다는 그러한 계획성에 장애가 미친 영향을 좀 더 면밀하게 살필 필요도 있어 보인다. ㉡ 범행의 반복성이나 잔혹성의 경우, 그 자체로 증상의 발현일 수도 있으므로 장애나 증상과의 연관성을 좀 더 검토하여야 함에도, 단순히 위 요소만을 열거하는 것은 부족함이 있다. ㉢ 범행 당시의 상황 인식과 대처 역시 범행의 경위, 태양에 포함되는 요소이기는 하나, 단순히 범행이 어떻게 이루어졌는지를 살펴보는 것이 아니라 범행 당시 피고인이 자신이 처한 상황을 어떻게 인식하였고, 특히 상황이 변화하거나 돌발적 상황이 발생하였을 때 이를 어떻게 인식하고 대처하였는지 이러한 인식과 대처가 합리적인 것이었는지를 살펴볼 필요가 있다. ㉣ 정상적 의사소통 가부는 기억의 유무와는 다소 다른 요소인데, 범행 이후 수사절차나 재판절차에서 보다 사건 발생 당시 정상적 의사소통이 가능했는지 여부가 사건 당시 피고인의 사물변별능력을 판단하

는 데에는 더 의미 있는 단서를 제공할 수 있을 것이다.

한편 법원이 정신감정 결과를 판단에 반영하는 과정에서는 범죄의 중대성도 영향을 미치는 것으로 보인다. 예를 들어 상해 사건의 경우, 정신감정 없이도 심신미약을 인정하기도 하고, 심신상실 여부의 판단은 의학적 감정의 결과를 주된 판단의 근거로 활용하는 경향이 있었다. 성폭력 범죄의 경우에도 의학 적 소견과 다른 판단을 하지 않았다. 반면 살인 사건의 경우 감정의가 심신상실 소견을 냈던 5건의 사건에서 법원은 감정의견과 달리 피고인의 심신상실 주장을 배척하고 심신미약이라고 판단하였다.

선행 연구에서도 여러 차례 지적된 것처럼, 판단의 요소나 방식이 일관되지 않은 부분도 드러났다. 예를 들어 피고인의 조현병으로 인한 환청과 환각이 주된 동기가 되어 범행이 발생했더라도, 피고인의 심신장애 정도가 다르게 판단되는 사례들이 있었다. 판결문만으로 단언할 수는 없지만, 이러한 사안의 경우 법원 차원에서 면밀한 검토가 필요하다고 생각한다. 특히 심신상실을 인정한 사건과 유사한 다른 사건에서, 심신상실을 부정하는 근거로써 대법원 판시에 배치되거나 범행 후의 요소, 심신장애와 범죄와의 관련성에 반드시 영향이 있다고 할 수 없는 요소 혹은 정신장애인에 대한 고정관념이나 선입견에 기초한 전제들을 이유로 드는 사건들도 있다는 점에서 검토가 필요하다 하겠다.

2 제언

이상의 결과를 바탕으로 본 연구에서는 크게 다섯 가지 제언을 하고자 한다. 첫째, 정신감정의 확대·체계화 및 조기 시행, 둘째, 심신미약·심신상실 판단 기준의 정비, 셋째, 심신장애에 관한 구체적 판단 근거의 명시, 넷째, 법관 교육의 실질화 및 확대, 다섯째, 보다 넓은 차원에서 피고인에게 필요한 적절한 조치 마련이다.

가. 정신감정의 확대·체계화 및 조기 시행

피고인의 심신장애 여부는 규범적 판단이지만, 이를 위해서는 피고인의 정신적 장애 유무, 정신적 장애의 유형과 정도 등에 대한 사실확정이 필요하다. 그러나 본 연구의 분석 대상 판결 349건 중에서 정신감정을 실시한 판결은 총 92건으로 전체의 26.4%에 불과한 것으로 나타났다.

여러 선행 연구와 본 연구 과정에서 진행한 자문회의에서도 피고인에게 심신장애의 의심이 있을 경우 정신감정을 의무화하거나 확대해야 할 필요성이 있다는 점이 반복적으로 지적되었다. 비용이나 절차 지연 등 여러 현실적인 이유로 전면적인 의무화가 어렵다면 단계적으로 범위를 정하여, 예컨대 우선 국민 참여재판의 대상 사건(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제5조 제1항)만이라도 피고인이 심신장애가

있음을 주장하는 경우 반드시 정신감정을 하도록 하는 방식 등을 고민할 수도 있겠다.

정신감정의 체계화도 필요하다. 정신감정서의 작성 방식이나 작성 내용도 체계화할 필요가 있다. 감정서 양식을 표준화하는 방안도 모색하면 좋을 것이다. 현재는 감정서 양식이 표준화되어 있지 않아 법원마다 다르고, 이에 대한 회신도 의사마다 다르게 이루어진다. 이에 법원과 감정의의 문제의식이나 정신적 장애 및 정신질환에 대한 이해에 따라 살펴보는 내용이 달라지는 것으로 보인다. 주요하게 고려해야 할 요소와 맥락을 감정서 양식을 통해 표준화하고, 구체적인 사안에 따라 가감하여 사용하는 방식을 고민해야 한다. 이를 통하여 감정의에 따라 다른 결과가 나오거나 법관이 명확한 근거 없이 감정의의 심신장애 판단을 배척하는 경우를 줄일 수 있을 것이다.

정신감정을 체계화할 때는 정신감정이 최대한 빨리 실시될 수 있도록 제도를 정비하여야 한다. 우리 법원은 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법이나 태도 등 사건 이후 드러나는 상황에 상당히 집중하는데, 현실적인 이유 중 하나는 정신감정이 대부분 공판단계에서 시행된다는 점일 것이다. '범행 당시' 피고인에게 정신적 장애가 있는지를 확인하기 위해 정신감정을 실시하는 것이라는 점을 고려하면 이를 조기에 시행할 수 있도록 제도를 정비할 필요가 있다. 일본과 독일에서는 대부분의 정신감정이 수사단계에서 이루어진다고 알려져 있다. 본 연구에서 심신상실이 인정된 사건들은 사건의 전개 과정에서 우연히 피고인에 대한 정신과 의사의 진료가 사건 직후에 이루어졌고, 그 진료 내용이 법원 판단에도 중요하게 반영되었다. 현재의 정신감정보다 다소 간소한 방식을 취하더라도 정신감정 시점을 앞당겨 범행 당시의 상황을 정확히 살펴보고, 기록으로 남겨둘 필요가 있다.

나. 심신미약·심신상실 판단 기준의 정비

심신건재, 심신미약, 심신상실을 구분 짓는 법원의 통일된 기준을 정립하여야 한다. 피고인에게 중증의 정신적 장애가 있고 정신감정의 의학적 감정 결과 심신장애로 감정되더라도, 심신장애 인정 및 그 정도에 있어서는 법관의 규범적 판단이 이루어져야 한다. 정신적 장애가 있다는 이유만으로 기계적으로 심신미약을 인정하는 것도 바람직하지 않고, 심신상실로 판단해야 할 사안임에도 특별한 근거 없이 심신미약으로 판단하는 것도 바람직하지 않다. 비장애인을 기준으로 둔 채 의학적 감정결과만으로 피고인의 동기 또는 행동의 합리성을 예단하거나, 장애의 특성에 대한 선입견과 편견에 의하여 피고인의 비합리성과 무능력을 쉽게 가정해도 안 된다. 의학적 판단에 기초하더라도, 그 정신적 장애를 가진 당사자의 입장에서 행위의 일관성이 설명될 수 있고 동기가 고의적이라면 그에 합당한 책임을 질 수 있도록 법관의 세심한 판단이 필요하다. 이를 위해서는 법원 내부의 통일된 기준을 마련할 필요가 있다.

우리 법원은 심신장애의 판단 기준으로 정신적 장애의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도,

반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도를 들고 있다.

그러나 그 구체적 판단 기준은 알 수 없어 판단에 어려움이 있는 것으로 보인다. 예를 들어 동기와 원인의 경우, 동기의 어떤 요소를 판단의 근거로 삼는지 알 수 없다. 일본의 경우 동기에 관해서는 그 이해 가능성이나 불가능성을 착안점으로 보는 것과 다르다. 범행의 경위 및 수단과 태양이라는 내용은 너무 포괄적이어서 판단의 기준이 되기 어렵고, 이에 실제 판결에서는 범행의 계획성, 범행 당시의 상황 인식과 대처의 합리성 등이 판단의 기준으로 작동한다. 수사 및 공판정에서의 태도, 반성의 빛과 같은 요소도 판단 기준이 될 수 있는지 재검토 필요하다. 예를 들어 심신상실로 평가되어 무죄를 받은 피고인의 경우 사건 당시 자신의 행동을 완전히 다르게 기억하지만, 급성증상이 가라앉고 이성적으로 자신의 범행을 받아들인 이후 진심으로 반성을 하는 경우도 있다. 이런 점에서 반성을 하거나 하지 않는다는 것을 판단 요소로 삼는 것은 부적절한 면이 있다.

현행 장애인복지법 규정상 지적장애 혹은 자폐성장애로 등록이 되면 무조건 '정도가 심한 장애'로 등록된다. 즉, 실제 장애의 정도와 관계 없이 '정도가 심한 장애'로 등록되는 것이다. 이러한 이유로 장애 등록 사실만으로는 개별 피의자의 장애 정도나 특성을 충분히 파악하고 판단에 반영하기 어렵다. 실제로 법원은 필요한 경우 구체적인 범행의 행위 태양, 범행 동기 등을 종합적으로 고려하여 피고인의 장애 정도 및 범행 당시의 의사결정능력과 사물변별능력 등을 판단하고 있는 것으로 보이는데, 이 과정에서 장애에 대한 선입견이나 편견이 작용하지 않도록 주의하는 것도 필요하다. 예를 들어 지하철을 타고 직장 장애 혼자 출퇴근하거나 단순 업무 수행이 가능하다는 점 등이 심신장애 판단에 활용되고 있는데 이러한 부분은 반복적 교육이나 훈련을 통해 개발될 수 있는 요소로 피고인의 정신적 장애 정도를 온전히 반영한다고 보기 어렵다. 이는 우리 법원의 현행 판단 기준이 정신질환에 보다 초점이 맞추어져 있기 때문일 수도 있다. 피고인이 자신의 한 행위의 의미, 성질, 인과관계, 위법성 등을 인식할 수 있는지 여부 등 인지능력이나 장애로 인한 피고인의 사물 인식의 특성 등 장애로 인한 심신장애 여부를 판단할 수 있는 기준이 판단 기준에 추가될 필요성이 있다.

다. 심신장애에 관한 구체적 판단 근거의 명시

본 연구에서 상당수 판결문에서 대법원의 판단 기준을 열거할 뿐 심신장애와 관련된 구체적 판단 근거를 확인하기 어려웠다. 대법원 판시 요소들을 병렬적으로 나열하기보다는 피고인의 심신장애가 범행에 미친 영향을 중심으로 검토가 이루어져야 하며, 판단 이유를 명시하도록 하는 가이드라인이 필요하다.

이 경우 정신적 장애의 특성을 충분히 고려하여야 하며, 정신적 장애에 대한 편견과 고정관념에도 주의해야 한다. 정신감정을 한 전문의의 소견이 나온 경우 이를 명시하고, 감정결과와 판단의 결과가 일치

하든 일치하지 않은 감정의견과 별도로 법원의 규범적 판단의 근거도 명시할 필요가 있다. 애초에 심신미약, 심신상실은 규범적 판단의 결과이고, 판단에 대한 일관성, 신뢰성 확보의 기초가 되기 때문이다.

라. 법관 교육의 실질화 및 확대

법관 교육을 실질화하고 확대할 필요가 있다. 현재 법원은 장애인복지법 제25조에 따라 법관들을 대상으로 매년 1회 이상, 1시간 이상의 장애인식개선교육을 실시하는 것으로 보인다. 그런데 법령상 규정된 장애인식개선교육은 장애 전반에 대한 이해를 중심에 두고 있기 때문에⁵⁵⁾ 이러한 전반적인 내용의 단시간 1회 교육만으로는 구체적인 사안에서 마주하게 될 피고인을 이해하기에는 한계가 있다. 장애인식개선교육에서 더 나아가 정신적 장애와 정신질환에 집중한 교육이 필요하고, 각 정신적 장애와 정신질환의 세부 특성을 이해할 수 있는 심화 교육도 필요하다. 피고인의 상태는 진단명만으로 추정되어서는 안 되지만, 어느 하나의 정신적 장애를 기준으로 다른 유형의 정신적 장애를 가진 피고인의 심신장애 유무를 판단하는 것도 위험하기 때문이다. 예를 들어 심신상실이 인정될 만한 정신적 장애로 조현병만을 떠올리는 경우, 우울증을 가진 피고인의 상황을 제대로 이해하기 어렵다. 본 연구에서 분석한 판결 중에는 ‘환청이나 환각이 없었다’는 이유를 들어 심신상실 주장을 배척한 사례도 있었는데, 조현병을 가진 모든 피고인이 환청이나 환각을 나타내는 것은 아니라는 점에서 부적절할 뿐만 아니라 조현병의 증상 없이 우울증만 가진 피고인의 사안을 판단하기에도 부적절한 기준이라 할 수 있다.

앞서 본 것처럼 법원 차원에서 심신장애, 심신미약, 심신상실 판단을 위한 통일된 기준을 마련하고, 그 기준을 기초로 한 교육도 필요하다. 이러한 교육을 통해 법원간 판단의 격차를 줄이고 판결의 신뢰성을 재고할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 법원 차원의 연구가 선행되어야 한다. 외부 연구자로서는 기록 접근에 한계가 있다는 점에서도 법원 차원의 연구가 절실하다.

마. 보다 넓은 차원에서 피고인에게 필요한 적절한 조치 마련

현재 심신장애로 인하여 치료가 필요하고 재범의 위험성이 있는 경우 법원은 치료명령을 하거나 치료

55) 장애인복지법 시행령 제16조(인식개선교육의 실시)

- ③ 인식개선교육에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.
 1. 장애 및 장애인에 대한 이해와 긍정적 인식의 제고
 2. 장애인의 인권과 관련한 법과 제도
 3. 장애가 가지는 다양성에 대한 존중
 4. 장애인의 자율성 및 자립에 대한 존중
 5. 장애인보조기구 및 장애인 편의시설 등의 접근성에 대한 이해
 6. 그 밖에 장애인에 대한 인식을 개선할 수 있는 내용

감호를 선고하고 있다. 그러나 피고인에게 정신과적 치료가 필요한 모든 사건에서 치료명령이나 치료감호를 선고하는 것은 불가능할 뿐 아니라 적절하지도 않다. 특히 치료감호는 피고인의 신체의 자유를 심각하게 침해하는 제도로 여러 문제점이 지적되고 있기도 하다.

무엇보다 피고인에게 장애가 있어 ‘치료’를 통해 재범을 방지할 수 없는 상황이라면 교육이나 훈련 등 다른 방안이 필요할 수 있으나 현재 장애로 인한 범죄의 재발을 방지하기 위한 적절한 대안은 마련되어 있지 않다. 또한 피고인이 치료가 필요한 상태로 실형을 선고받아 수감되는 경우 적절한 정신과 치료를 받기 어려운 문제가 발생할 수 있다. 이 경우 피고인은 수감기간 동안 증세가 악화될 수 있고 심한 경우 수용시설 내에서 또 다른 범죄를 일으키거나 자·타해 등의 문제가 발생할 수도 있다.

정신적 장애를 가진 피고인에 대한 적절한 지원의 필요성은 자문회의에서도 여러 차례 언급되었다. 형사사법 절차에서는 대부분의 논의가 유죄나 무죄냐에 국한되어 있고 심신장애 주장이 감형을 위한 꼼수 정도로 평가되는 사회적 분위기가 워낙 강하다. 그러다 보니 정작 심신장애가 있는 피고인에게 필요한 사회적 지원에 대해서는 깊이 있는 논의가 이루어지지 않는다. 현재는 재범의 방지를 위한 제도가 충분히 마련되어 있지 않을 뿐 아니라 관련 논의도 부족한 상태이다. 심신장애가 있는 피고인들의 재범 방지, 사회 복귀의 지원, 진정한 의미의 교화와 사회 안전의 확보를 위하여 보다 넓은 차원에서 입법 등 제도적 개선이 필요하다.

〈참고문헌〉

- 김잔디·엄주희(2023), 일본의 책임능력 판단 구조 및 기준에 관하여, 형사법의 신동향 통권 제81호
- 신관우(2019), 心神障碍人 판단에 대한 검토 -2018년 형사판결의 분석을 중심으로-, 한국공안행정학회보 28(1)
- 신동일(2004), 심신장애 판정의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 보고서
- 안성훈·박학모(2019), 심신장애 판정 및 치료감호제도 개선을 위한 비교법적 연구, 대검찰청 연구용역보고서
- 이인영(2010), 책임능력에 대한 판단과 정신감정절차, 홍익법학 11(2), 157-190
- 정세중·신관우(2017), 법원의 심신장애인 판단경향과 시사점 - 판결문 분석을 중심으로, 한국범죄심리연구 13(4)
- 정숙희(2022), 정신장애 범죄자의 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도 분석, 영남대학교 법학연구소, 영남법학 제55호
- 정혜욱(2019), 책임능력의 법적·심리학적 판단기준, 중앙법학회, 중앙법학 제21집 제4호
- 최민영·유진(2017), 형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구, 한국형사정책연구원
- 최민영(2019), 정신장애 범죄인의 책임능력 판단과 정신감정, 의료법학 20(2), 83-107
- 최이문·이혜량(2018), 정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016), 한국심리학회지:법, 41-56
- 홍태석·권양섭(2020), 일본에 있어 발달장애인의 형사책임능력과 양형판단, 의생명과학과 법 제24권
- 岡田 幸之(2013), 責任能力判断の構造と着眼点-8ステップと7つの着眼点-, 精神神経学雑誌 115권 10호

VI. 부록

1 자문의견

가. 자문회의 진행 방식

연구 과정에서 강태경(한국형사·법무정책연구원 연구원), 이한결(경기동료지원센터 센터장), 차승민(정신과 전문의, 前 국립법무병원 의사, 現 아몬드정신건강의학과병원 원장), A(법조경력 14년)로부터 자문을 받았다. 연구진이 자문위원들에게 미리 질문지를 전달한 후, 4월말에서 5월초 사이에 자문위원 별로 1회씩 총 4회 자문회의를 진행하였다. 자문회의는 자문위원이 사전질문지에 대해 답변한 후 연구진이 추가로 질문하여 질의응답하는 방식으로 각각 1시간~1시간 30분씩 진행하였다. 자문의견들은 연구 전반에 큰 도움이 되었다. 바쁘신 와중에 귀한 시간을 내어 의견을 나누어주신 자문위원들께 감사드린다.

시간과 역량의 부족으로 충분히 반영하지 못한 내용도 있기에, 후속 연구에서 참고할 수 있도록 답변의 요지를 정리하였다. 자문위원별로 추가 질문이 다른 경우도 있었고, 자문위원별 자문의견이 특정되지 않도록 할 필요도 있어, 공통 질문에 대한 답변을 중심으로 정리하되 답변 순서는 임의로 배치하였다.

나. 자문요청 사항에 대한 자문의견

1. 정신감정을 하지 않고 장애등록사실이나 치료 이력만을 들어 심신미약을 인정하는 판단례가 있는데, 이에 대해서 어떻게 생각하시는지요? 혹시 장애 유형이나 범죄에 따라 정신감정 여부를 달리해도 괜찮다고 생각하시는지요? (절도, 손괴, 폭행 등에서는 굳이 정신감정 필요 없지만 살인, 방화 등 중범죄에 있어서는 필요하다거나, 지적장애의 경우에는 정신감정이 필요없지만 조현병이나 정동장애의 경우에는 필요하다는 식으로요.) 아니면 모든 사건에서 정신감정이 필요하다고 생각하시는지요?

- 1) 원칙적으로는 피고인에게 정신적 장애가 있는 모든 사건에서 정신감정을 해야 한다고 생각한다. 폭행이나 절도로 끝나서 다행이지만 더 중한 상황이 되었을 수도 있고, 범죄 행위의 경중이 사건의 경중이 되어서는 안 되고, 이런 맥락에서 범죄 행위의 경중에 따라 정신감정 여부를 달리하는

것은 맞지 않다고 생각한다. 또한 지적장애인도 정신감정을 해야 범행 당시 심신미약이었는지 알 수 있다. 현실적으로 정신감정기관과 의사가 부족하기 때문에 진료기록으로 갈음하는 것 같지만, 원칙적으로는 다 봐야 한다고 생각한다.

2) 정신감정을 하지 않고 다른 자료만 보는 것이 바람직하지는 않다고 생각한다. 또한 범죄에 따라 달리 볼 것은 아니고, 같은 절차를 거쳐야 한다고 생각한다. 모든 사건에서 정신감정은 필요하다고 생각하나, 우려점은 사후 감정일 수밖에 없다는 점이다. 사건 직전에 병원에 갔다왔다는 경우가 거의 없다. 모든 사건에 감정이 필요하다고 생각하지만 당장 하자고 하기 어려운 이유는, 현행의 감정 절차 지연, 신뢰도에 대한 의문이 있기 때문이다. 절차가 개편되지 않은 상태에서는 오히려 절차만 지연되고 당사자의 고통만 지연될 우려가 있어서 신중하게 접근해야 한다는 의견이다.

3) 정신감정을 하지 않고 장애등록사실이나 치료이력만으로 심신미약을 인정하는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 악용될 소지도 있고, 정신적 상태나 독특한 현실세계를 경험하는 당사자를 부정하는 것이기 때문이다. 진단명을 정하는 과정에서 활용하는 DSM 분류체계를 보면 조현병을 가진 사람이라 하더라도 증상이 혼합적, 복합적인 경우가 많다. 그런데 정신질환 스펙트럼을 잘 모르는 법관이 오해를 할 수 있을 것 같다(‘조현병이면 다 환청 환각을 겪는 것 아니야?’). 그렇다고 정신감정을 전반적으로 하는 것이 필요하다고 생각하지는 않는다. 정신감정이라는 것이 의료적 관점에서 ‘손상을 가진 사람’, 법적 능력보다는 의료적으로 접근하기 때문에 우리나라 정신감정이 적절한지에 대해서 의구심을 가지고 있다.

4) 기본적으로 정신장애가 문제되면 정신감정이 필요하다고 본다. 심신장애 판단에 있어서 인과관계는 법관이 판단한다고 하더라도, 생물학적 원인이라고 하는 부분 즉 정신장애가 있는지는 감정을 해야한다고 본다. 이런 점에서 정신감정을 법제화해야 하지 않나 하는 생각도 있다. 장애 유형이나 범죄에 따라 정신감정 여부를 달리하는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 연구들을 보면 범죄 유형별로 어떤 정신장애를 가진 피고인이 많은 사실적인 경향성이 나타나기도 하지만, 경향일 뿐이기 때문이다. 그렇다고 모든 사건에서 정신감정이 필요하다고 생각하지는 않는다. 피고인이 주장했다거나, 법관이 보기에 검토가 필요하다고 보는 사건들에 대해서 정신감정이 필요하다.

2. 판례를 보면 심신미약 및 상실을 범행 당시가 아닌 범행 전후의 정황(수사기관 및 법정에서의 진술 등)을 기준으로 판단하는 경향이 있어 보이는데, 이러한 판단이 맞다고 보시는지요? (수사기관 및 법정에서의 진술을 할 수 있는 것으로 심신미약이나 심신상실 여부를 부정하는 것이 적절한 판단기준이라고 보시는지요?)

1) 사건 당시를 목격한 게 아니므로 정확하지 않을 수는 있다. 조울증이나 조현병의 특성상 범행 당시 짧은 순간에 에피소드 상황일 수 있고, 그 반대일 수도 있다. 드물지만 수사절차에서 정신감정을 하는 경우가 있다. 현실적으로 증상이 너무 심해서 경찰이 감당이 안 되어 치료해달라고 보내는 것인데, 수사경험이 있는 경찰이 보기에 심신상실처럼 보이는 경우다. 환자가 난리를 치면 감당이 안 돼서 보내거나, 사건이 이슈화되면 보내기도 한다. 다만, 여전히 정신감정 자체에 대해 ‘심신미약 받으려고 쇼하려고 한다’는 편견이 있는 것 같고, 현실적으로 환자를 병원으로 데려가고 데리고 오고 하는 데에도 어려움이 있는 것 같다. 수사단계에서 필요성을 못 느끼는 경우도 있는 것 같다. 경찰 수사단계에서 정신감정이 이루어지는 경우는 적고, 그 다음이 검찰 단계이고, 재판 단계에서 변호인이 신청하는 경우가 제일 많은 것 같은데, 판사가 보기에 필요하다고 보는 경우가 절반 정도 되는 것 같다. 빨리 감정하면 피고인의 범행 당시 상태를 파악하기가 훨씬 좋다. 시간이 지나면 증상이 많이 사라지기 때문이다. 사건이 있고 하루이틀 사이에 하는 경우가 제일 좋다. 정신과의사들도 사건 당시 증상의 유무를 판단할 때 어느 정도 추론의 과정을 거치게 되며, 의사들의 경험(숙련도)에 따라 판단에 있어 조금은 차이가 있는 것 같다.

2) 일정 부분은 불가피하다고 생각한다. 범행 당시, 직후의 증거가 있으면 그렇게 판단하겠지만, 다른 자료를 보고 범행 당시를 추정할 수밖에 없다고 생각한다. 다만, 수사기관 및 법정에서의 진술 태도를 기준으로 심신미약이나 심신상실을 부정하는 것은 문제라고 생각한다. 진술을 할 수 있는 것과 상황을 다 이해하는 것은 다르기 때문에, 일률적으로 ‘충분히 기억한다, 일관되게 진술한다’는 사실만을 가지고 불리한 정황으로 보는 것은 신중해야 한다고 생각한다. 개별 당사자의 상황을 봐야 한다.

3) 범행 정황들을 보는 경향이 있는데, 범행 전후의 정황만을 보는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 범행 전후 정황을 부수적으로 다루는 것은 필요할 수 있으나, 독특한 현실세계를 경험하는 분들의 경우에는 부적절할 수 있다. 왜냐하면 형사절차에서 정신장애인에 대한 조력이 제대로 보장되어 있지 않기 때문에, 수사기관이 당사자와 대화하며 수집한 정보가 오염되지 않은 정보라고 할 수 있을지 의문이 있다. 당사자가 안정된 환경에서 이야기할 수 있어야 하는데, 국내 사법체계에서는

제대로 이루어지고 있지 않다.

범행 당시 상황이 매우 중요하다고 생각한다. 당시의 어려움으로 인해서 판단할 수 있는 능력이 있는지, 현재의 상황을 어떻게 사고하고 있는지, 어떻게 기억하고 있는지를 당시 상황을 중심으로 파악할 필요가 있다. 이때 사실과의 대조, 인지가 정확한지, 정서적 반응도 고려해야 한다. 흥분, 무감정에 따라서 사건 해석에 많은 영향을 줄 수 있기 때문이다. 그리고 범행 당시의 상황은 장애 등록이나 치료와 무관할 수 있다. 형사사법, 민사 등 사건을 접했을 때 ‘당사자가 이럴 거야’ 생각 하는 것은 편견일 수 있다.

범행 당시 상황을 확인할 때에도 수사절차에 조력인이 동행했는지 등이 영향을 줄 것이다. 독일의 경우 사법입원 여부를 판단할 때, 조건 충족을 확인하기 위해 조사관을 파견하기도 한다고 알고 있다. 어떻게 하면 범행과 관련해서 당사자의 의사를 잘 파악할 수 있을까가 중심이 되어야 한다.

- 4) 법학을 하는 사람과 심리학이나 정신건강의학을 하는 사람 사이의 관점의 차이가 분명히 있는 것 같다. 정신장애와 관련해서 일하는 넓은 의미의 과학자는 일반적 상황을 이야기한다. 진단기준에 따라 장애가 있고, 심신미약이나 심신상실의 증상들이 있다는 등 진단을 한다. 그런데 법적 판단에서 제일 중요한 건 고의성 여부이고, 이는 범행 당시를 기준으로 해야 하는데, 범행 당시 심신상실이었던 상황을 기억하기는 어려울 것이다. 술에 만취한 상태에서도 영상을 보면 평소처럼 말하고 택시를 잡고 집에 가는 사람들이 있고, 이때 전후의 정황을 봐서 범행 당시의 심신상실을 판단하는 것은 어렵다. 심신상실뿐만 아니라, 고의성을 볼 때도 그러하다.

심신상실과 심신미약은 규범적 영역에서 책임능력을 보는 것인데, 사실과 규범적 영역이 섞여 있고 제3자가 범행 당시를 볼 수 없어서 어쩔 수 없이 추정해야 부분이 있다. 다만 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 봐야 할 텐데, 판결들을 보면 정황으로 잘 판단이 되지 않으면 심신상실을 부정하는 쪽으로 판결문을 쓰는 것 같다. 이에 대해서는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’ 원칙이 잘 적용이 되지 않는 것인데, 이 원칙은 명확히 적용이 되어야 할 것 같다.

3. 형법 제10조 제1항(심신미약)은 임의적 감경사유라는 이유로 심신미약을 인정하고도 형을 감경하지 않는 사례들이 있습니다. (범행의 중대성에 비추어서 감경하지 않는다거나, 피고인이 오랜 기간 치료를 받고 있지 않은 사정을 들어 감경하지 않는다고 판시한 사례들) 음주나 마약 투여가 아닌 정신장애로 인하여 심신미약이 인정되는 경우에도 임의적 감경으로 두는 것이 적절하다고 생각하시는지요?

- 1) 감경 여부 보다는 치료를 받을 수 있도록 연결되는 것이 포인트가 되어야 한다고 생각한다. 이 조항의 취지는 원인이 병이니까 병에 포커스를 두겠다는 것이다. 그렇다면 병을 치료하는 것에 해결을 두어야 하는데, 감경으로 끝내면 집으로 보내라는 것인가? 치료기관으로 보내면 좋지만 그게 아니면 환자가 방치된다. 감경에 해당되는 만큼을 치료적 조치로 연결해야 한다고 생각한다. 감경을 하나 안 하나 크게 외닿지는 않는 것 같다. 범죄 예방으로 이어지는 것도 아니고, 감경 여부보다는 다른 조치가 들어가야 한다고 생각한다.
- 2) 임의적 감경 사유로 두는 게 적절하다고 생각한다. 아래 7번 질문에 대한 답변과도 이어지는데, 이 문제가 법과 제도의 문제인가 하는 근본적인 의문이 있다. 제도가 미비해서 안 되는 건가? 아니라고 생각한다. 농아인 감경 같은 경우 필요적 감경으로 되어 있는데 그것도 임의적 감경으로 가야 한다고 생각한다. 법원 판단 재량의 범위를 어느 정도 넓혀줄 필요가 있다. 필요적 감경으로 할 때 오히려 심신미약과 심신상실 인정 자체에서 소극적일 우려도 있다.
- 3) 치료를 받지 않았다는 이유를 들어 감경하지 않는 것은 문제라고 생각한다. 다만 저는 정신질환이 곧 범죄가능성을 의미하지도 않고, 정신질환이 있다고 해서 감형되어야 한다고 생각하지는 않는다. 정신장애인의 경우 실제로는 사회적 관계(얼마나 고립되어 있으신지, 경제활동, 빈곤한지)가 더 큰 영향을 미칠 수도 있기 때문에, 이런 사회적 요소들이 범행에 대해서 더 설명력을 가지기도 한다.
- 4) 책임 개념도 사회적으로 구성되는 것 같다. 이 사람이 정신장애가 있다, 판단능력이 미약하다고 하더라도 정황을 봤을 때 범행 수법이 잔인하고, 본인이 치료를 잘 받지 않았다고 하면 범행에 책임을 지게 해야 한다고 생각하는 것 같다. 이 사람에게 실제로 책임능력이 있어서가 아니라. 책임능력과 범행 당시의 범행능력, 범죄로 인한 형벌을 받을 때 형벌 감수 능력, 소송 진행을 할 때 그 소송을 제대로 진행시킬 수 있는지에 대한 소송능력을 각기 나눠서 볼 필요가 있다. 미국은 나눠서 보고 있다. 당사자가 소송을 전혀 진행하지 못하는 상황이라면 재판을 중지하고 치료를 받아야 한다. 우리나라는 '감경할 수 있다'고만 되어 있기 때문에 어떤 부분을 감경하는지 불명확하다. 판결을 보면 어떤 사안에서는 피고인의 현재 상태를 보아 과하게 많이 감경하기도 하는데, 이

는 사실상 형벌 감수 능력을 보는 것이다. 이 경우 형법 10조가 아니라 양형의 문제가 된다. 판단의 공통적 방식이 있는 것 같은데, 법관을 대상으로 심층 인터뷰를 해보면 좋을 것 같다.

법 조문 자체를 보았을 때는 임의적 감경으로의 개정이 타당하다고 생각한다. 필요적 감경일 때 주취 상태 범행에 대한 감경으로 개정에 대한 사회적 분위기가 생겼다. 임의적 감경으로 법관의 재량이 늘어난 것은 적절하다. 다만 정신감정 여부 마저도 법관이 결정하는 것은 맞지 않는 것 같다.

4. 조현병을 가진 피고인이 계획적으로 범행한 경우 심신미약은 인정하더라도 심신상실까지 인정되기는 어려운 것 같습니다. 이러한 판단에 대해서 어떻게 생각하시는지요? (일반화시켜서 답변 주시기 어려울 수 있는데, 사례를 중심으로 말씀해주셔도 좋을 듯합니다.)

- 1) 요즘에는 판단이 달라진 것 같다. 예전에 사건 수가 많지 않았던 시절에는 ‘조현병 정도면 심신상실 아니야?’ 하는 판단이었다면 이제는 달라진 것 같다. 그리고 조현병을 가지고 있다고 해도, 심신상실이 아니라 심신미약이 맞는 경우가 많다. 환청이나 망상의 영향으로 혼란스러운 부분 때문에 판단능력이 떨어지는 것인데, 완전히 없어진다고보다는 긴가민가 헛갈리는 경우가 많다. 부담 없이 심신상실로 판단하는 경우는 자폐나 치매, 인지기능 확 떨어지는 경우인 것 같고, 조울증이나 조현증은 약간 애매한 경우가 더 많다. 정신감정의가 심신미약과 심신상실 사이에서 헛갈리는 경우는 오히려 드문 것 같다.

또한 정신감정의에게 영향을 주는 것은 계획성보다는 정신과적 증상인 것 같다. 예를 들어, 이사 와서 6개월을 지내보니까 옆집 사람이 국정원 요원이어서 나를 감시한다거나 하는 망상이 있는 경우가 있다. 그래서 범죄가 계획적이었느냐 하는 것 자체보다는 계획의 내용이 정신과적 증상이었는가를 살피게 되는 것 같다. 국정원 감시를 받는다는 망상을 가진 사람이라면 6개월 이상 범행 계획을 세울 수 있기 때문이다. 이런 점에서 범행 계획 자체보다는 그러한 계획을 세운 원인이 중요하다. 계획성에 환청이 개입하는 경우도 있다. ‘옆집 사람이 독을 탈 거야’, 하는 환청이 계속 들렸다면, 옆집 사람을 죽여야겠다는 계획을 세울 수밖에 없는 것이다.

환청이나 망상 증상에 의해서 범행을 저질렀다고 하더라도 정신감정의가 심신상실까지 판단하는 경우는 거의 없는 것 같다. 치매환자를 예로 들었을 때, 환자가 지금이 낮인지 밤인지 모르고, 여기가 병원인지 집인지 모르고, 장소, 사람, 환경에 대한 인식 자체가 망가지는 경우가 있는데, 그런 경우에 정신감정의도 심신상실로 판단하는 것 같다. 자폐가 심한 경우에도, 지금 만나는 사람이 의사인지 간호사인지, 교도관인지 변호사인지에 대한 구분이 어려운 사람이 있는데, 그 정도 될 때 심신상실로 판단하는 것 같다. 그런데 대부분의 조현병 환자들이 그 정도 되는 사람은 본 적이 없

다. 일시적으로 심한 정신과적 증상이 있을 수 있는데, 아무리 증상이 있어도, 사람, 시간, 장소에 대한 개념 정도는 있고, 그 정도라면 심신미약이라고 판단하게 된다. 그게 망가졌을 때 심신상실이 된다.

2) 일반화해서 말하기는 어렵지만, 옳고 그른지 판단할 수 있는가, 옳지 않은 걸 알더라도 충동을 도저히 억누를 수 없었느냐의 문제인데, 계획적 범행이라면 후자가 부정될 여지가 크지 않을까 싶다. 예를 들어, 충동을 억누르지 못하고 폭행에 이르렀다면 인정될 수 있겠지만, 일주일 동안 계획을 세우다가 범행에 이르렀다고 하면 심신미약은 인정하더라도 심신상실 인정은 어려울 것 같다. 계획의 동기가 정신질환에 의한 망상인 경우라면 심신미약까지는 충분히 인정할 수 있을 것 같고 심신상실이 문제인 것 같다. 결국 정도의 문제인데, 본인이 아무 결정도 할 수 없을 정도의 상태, 의사무능력과 같은 상태여야 하지 않을까 싶다. 본인이 계획을 세워서 범행한다고 하면 심신상실로 보기는 어려울 것 같다. 심신상실이면 면죄부를 주는 효과도 있는데, 예를 들어 피고인이 3년간 ‘미친 척’을 했을 때, 법원이 어떻게 판단할 수 있을까? 미국은 좀 더 절차 중심적이라고 생각하는데, 우리나라 법원은 실제적 진실, 사회적 영향을 좀 더 고려하는 면도 있는 것 같다.

3) 정신장애인의 범죄를 이해할 때 공동체로서의 책임을 어떻게 해야 하는지를 고민해야 하는데, 현재는 감형하는 방식에 대한 논의만 이루어지는 것 같다. 정신장애를 경험한다고 해서 감형되어야 한다고 생각하지 않는다. 본인이 하고 있는 행동을 이해하지 못하는 경우에 무죄가 나오는데, 어떤 방식으로든 책임을 지는 것이 맞다고 생각한다. 왜냐하면 완전히 기억이 안 나는 경우도 있지만, 본인이 인지하는 경우도 굉장히 많기 때문이다. 법원 판단에서 심신상실까지 안 나오는 이유는 정신적 어려움을 경험하더라도 무언가를 했을 때 어떻게 된다는 판단능력은 있는 경우가 많기 때문인 것 같다.

4) 진화생물학하시는 최재천 교수님의 연구 결과, 여성이 저지른 살인 범죄의 선고형이 남성보다 높았다. 여성의 범죄가 잔인해서인가? 그게 아니라 여성 피고인의 경우 피해자가 남성인데, 자신의 신체적인 열악함을 극복하기 위해서 범행을 계획하고 흉기를 사용하는 경우가 상대적으로 많고 이 때문에 죄질이 안 좋게 평가되었던 것이다. 범행 계획은 죄질과 관련해서 판단되는 것 같다. 판결문을 보면 고의성과 계획성을 보고 행위에 대한 책임능력을 판단하는 것인지, 죄질을 보거나 사회적인 측면에서 형벌을 더 주는 것인지는 모호한 면이 있다. 관련된 사실들을 나열한 후 종합적으로 보아 이렇다고 판단하는데, 후자처럼 죄질이 심신장애 판단에 영향을 주는 것이라면 문제가 있다. 범죄 체계론을 도입한 것은 최대한 피고인이 억울하지 않게 하고 행위 책임을 묻기 위한 것

인데, 그 체계와 다르게 판단하는 것이기 때문이다. 더구나 대부분의 판결문들은 이유 설시가 너무 간결하다. 신문기록들을 구할 수 있으면 비교해보면 좋을 것 같다.

5. 판결들을 보면, 정신감정과 별개로 전문심리위원을 통해 피고인의 정신적 장애를 살펴보는 경우가 있습니다. 그 신뢰도에 대해서는 어떻게 생각하시는지요?

- 1) 정신과전문의가 해야 한다고 생각한다. 전문심리위원이라고 해도, 심리학 교수라고 해도, 치료 경과 등에 대해서는 전문의보다는 경험이 적기 때문이다. 경험이 많은 의사들이 있는 병원에 감정을 보내는 게 맞는 것 같다.
- 2) 전문심리위원도 위원마다 많이 다르다. 정신과전문의이고, 경험이 충분하다면 신뢰도가 높다고 생각한다. 어설픈 감정을 하기보다 전문심리위원이 더 나은 경우도 많다. 다만 전문심리위원의 전문적인 자격, 자질 등은 사람마다 다를 수밖에 없을 것 같다.
- 3) 신뢰도가 높지 않다고 생각한다. 한 명의 개인적인 소견, 의견일 뿐이다. 피고인의 정신적 상태는 순간의 일시적, 일회적으로 발생하는 것이 아니라, 과거부터 자신의 세계관을 가지고 살아왔기 때문에, 단순히 잠시만 봐서 판단하는 것이 높은 신뢰도를 가진다고 보기 어렵다. 장애에 대한 특수성과 스펙트럼을 이해하는 것이 중요한데, 임상심리하는 사람들이 이해하실까 의문점이 있다. 또한 DSM, 병리적으로 해석하는 것은 제한점이 많다. 다양한 의견을 듣는 것이 신뢰도를 높일 수 방법이라고 생각한다.
- 4) 전문심리위원이 자료 보고 판단하는 것은 옳지 않고, 면담하고 관찰해야 한다. 판단 주체를 늘리는 것은 좋으나, 어떤 방식으로 판단하는지가 중요하다. 한편 신뢰도와 타당도를 구별해서 써주면 좋을 것 같다. 정신감정에서 신뢰도는 평가자에 상관없이 같은 결과가 나온다는 것이다. 이와 달리 타당도는 예측을 잘 하는 것을 의미한다. 정신감정을 하는 분들은 신뢰도가 높은 도구들을 사용하는데, 전문심리위원은 신뢰도가 높지는 않은 것 같다.

6. 사안에 따라 피고인의 과거 진료기록 감정하여 심신미약 여부를 판단하는 경우가 있습니다. 이에 대해서는 어떻게 평가하시는지요?

- 1) 최대한 많은 자료를 참고해야 한다고 생각한다. 사람에 따라서는 자연 경과로 증상이 좋아지는 경우가 있다. 치료를 언제까지 받았느냐, 원래의 증상이 어느 정도였느냐가 영향을 준다. 사건의 증상과 유사하면 심신미약이나 심신상실 가능성이 높다. 범죄를 계획해서 진료기록을 쌓아두지는 않았을 것이기 때문이다. 다만, 정신감정을 하지 않은 채 진료기록부만으로 판단하는 것은 위험할 것 같다. 정신과 의사들도 과거 기록만으로는 절대 이야기하지 않는다. 면담을 통해서 사건 당시 어떤 증상이 있었는지를 물어보는 등 정신의학적 판단 프로세스가 있는데, 서류만으로 보면 너무 단순해질 것 같다. 너무 명확하면 상관없을 것 같지만, 헛갈리는 경우에는 위험할 것 같다.
- 2) 불가피한 사유가 있는 경우, 예를 들어 코로나라서 3년 내에 못 한다거나, 아무 근거가 없는 상태에서는 증거로 쓸 수 있을 것 같지만, 기본적으로 바람직하지는 않은 것 같다.
- 3) 이것이 적절하지 않다고 생각한다. 과거에 심신미약 또는 심신상실의 경험이 있더라도 현재에는 그러지 않을 가능성도 있는데, 그러한 가능성을 거세하는 것은 굉장히 위험한 발상이라고 생각한다. 개인이 가지는 의사결정 능력 또한 변화하는 개념이라서 과거의 의사결정 능력과 현재의 의사결정 능력이 다를 수 있다. 정신질환을 경험한다고 해서 그리고 과거에 이런 경험이 있다고 해서 이 사람의 의사결정 능력이 고정된 것처럼 생각하는 것은 적절하지 않다. 예를 들어, 정신병원 입원 지속 여부를 결정하는 입원적합성심사위원회에서도 과거에 10년 전, 5년 전 tv를 던진 적이 있다고 타해 위험성이 높다고 볼 때도 있는데, 이런 판단은 실제와 다를 수 있다.
- 4) 기록만 보는 것이 아니라 감정을 해야 한다고 본다. 현재 상태를 확인해야 한다.

7. <정신감정의 의무화>나 <책임능력 여부를 판단한 법원이 책임능력사건의 판결이유에 반드시 심리하여야 하는 '필요적 심사 항목'을 법제화함으로써 심신장애인 판단기준과 그 근거를 판결문에 명시하도록 하자>는 정책적 제언에 대하여 어떻게 생각하시는지요?

- 1) 가능하다면 하면 좋겠으나, 현실적으로 가능할지는 모르겠다. 왜냐하면, 정신감정을 하는 기관이 몇 개 없다. 남자 피고인에 대한 정신감정의 경우 치료감호소에서 제일 많이 할 거고, 여자 피고인의 경우 치료감호소에서 정신감정을 하지는 않는다. 여자병동을 따로 만들어야 하는데 그게 불가

능하기 때문이다. 여성 피고인은 전국 몇 곳에서 나눠서 하고 있다. 범죄를 저지른 사람들이므로 감정기관에서는 크게 메리트가 되는 일이 아니어서 그리 내켜하지 않는다. 기관이 별로 없고, 치료 감호소의 경우에도 정신과 전문의가 부족하다. 일반 의료기관의 경우 응급치료하기에도 바빠서 감정이 후순위로 가게 된다. 공공 의료기관의 경우 만성적인 의료인 부족 문제를 겪다 보니 환자 진료 외에 감정까지 하기가 힘들다. 감정의 경우 증인으로 불러가는 등의 후속 업무도 많고, 보복에 대한 우려도 있어서 어려움이 있다. 또한 법무병원에 가려는 사람 자체가 별로 없고, 정신감정 비용도 너무 적으며, 자료를 얻기 쉬운 환경도 아니다. 민간 의료기관의 경우에는 편견(‘거기 범죄자들 입원한대’) 때문에 부담스러운 면도 있는 것 같다.

- 2) 위와 같이 바꿨을 때 나아질 것인가 고민이 된다. 제도를 바꾸더라도 좋은 취지와 반대되는 결과가 나오는 경우가 있다. 정신감정이 의무화가 되면 재판이 지연될 수밖에 없는데, 재판이 오래 걸리는 것을 선호하는 피고인이나 변호인이 많지 않다. 이런 점에서 무조건 의무화하는 것은 맞는 방향인지 의문이 있다. 법원이 현재 제도 자체를 잘 운용하면 충분히 심리할 수 있다고도 생각한다. 사회와 법원 모두 장애에 대한 인식이 낮은 수준이라, 제반 여건의 변화가 함께 되지 않는 이상 긍정적 일지 의문이 있다.
- 3) 어떻게 활용하는지에 따라서 다르다고 본다. 단순히 의무화되어버리면, 의료가 너무 관여하는 것이 아닌가 우려가 있다. 공공후견, 한정후견 관련해서 무연고자 발달장애인들이 요양시설에서 후견신청하면 법원에 많은 권한을 부여하는 경우가 있다. 사회생활 등 아무 것도 못하는 것으로 보는 것인데, 실제로는 그렇지 않다. 정신감정 등으로 의료적 관점이 너무 많이 개입되면 사법체계가 판단을 제대로 할 수 있을지 의문이 든다.
- 4) 타당하다고 본다. 자유심증주의를 제한해서 자의를 막는 의미가 있다. 가습기살균제 1심 재판에서 재판장은 사회과학적으로 트레이닝이 되었다고, 본인이 지적 능력이 크다고 믿고 있었는데, 이런 경우에는 오히려 자신의 고정관념을 잘 확인하지 않는다. 그 재판장은 가설검증의 논리를 전혀 받아들이지 않았다. 실험이란 가설을 검증하기 위한 것인데, 아무런 가설도 없이 어떤 결과가 나오는 것이 객관적이라고 잘못 생각하는 것이다. 외부의 전문가가 말해줘야 하는 부분이다. 정신장애에 대해서도 우리는 모종의 모델을 가지고 있다. 정신장애가 있다면 매일 증상이 있을 것이라거나, 뇌전증이나 우울증이 있다면 범죄를 저지르지 않을 것이라고 오해한다. 그런데 우울증이 심하면 정동장애 등을 동반하기도 한다. 검증되지 않은 인지적 모형이 있는데, 이에 대한 검토를 위해서는 외부 전문가가 필요하다. 필요적 심사 항목들은 애초에 법관의 자의적 판단을 막기 위한 것이므로

최대한 종합적으로 피고인의 상태를 볼 수 있는 항목들이 만들어져야 한다. 이러한 항목들에 대해서는 비교법적 자료들이 많이 있다.

8. 위와 유사한 맥락에서, 정신감정서의 작성 항목 등을 표준화하자는 제언도 있는데 이에 대해서는 어떻게 생각하시는지요?

- 1) 법무병원 내에서도 그런 의견이 많았던 것으로 알고 있다. 현재는 의사들마다 쓰는 양식도 약간씩 다르다. 하지만 굳이 표준화하지 않는 이유는, 이걸 하려면 연구를 거쳐서 근거를 만들어야 하는데 그럴 시간적 여유가 없기 때문이다.
- 2) 표준화할 필요가 있다고 생각한다. 감정 항목을 어느 정도 유형화할 수 있다고 생각한다. 민사감정보다 형사감정에 대한 논의가 적은 듯하다. 대부분 판사들이 이런 케이스를 많이 접하지 않기에 문제의식이 높지 않은데, 경험이 있는 사람은 문제의식이 있을 수밖에 없다.
- 3) 증상을 중심으로 증상과 행위 간 인과를 설명하는데, 정신감정을 왜 하는지, 무엇 때문에 필요한지에 대해서 고민을 해볼 필요가 있다. 시대가 많이 달라졌고, 정신감정의 목적에 대해서도 다시 한번 고민을 해볼 시기라고 생각한다.
- 4) 필요하다. 2017년에 정신감정 체계화에 대한 논문이 나왔다. 그 내용도 참고하셨으면 좋겠다.

9. 위 질문과 연결하여, 일본의 경우에는 정신감정 항목을 보다 구체화하여 정리하고 있습니다. 아래 항목은 일본의 「형사책임 능력에 관한 정신감정서 작성 안내」에 정리되어 있는 것입니다. 아래 항목들에 대한 의견은 어떠신지요? 심신미약이나 심신상실 판단에 있어 특히 도움이 된다고 생각하시는 부분과 도움이 되지 않는다고 생각하시는 부분, 추가되면 좋을 부분에 대한 의견이 있으실까요?

〈7개의 착안점과 그 설명 개요〉

착안점	내용	설명
A. 동기의 이해가능성/불가능성	범행동기(그 이해할 수 없음)로 보는 정신의 장애와 그 외의 영향	어떤 동기에 의한 범행인지를 묘사하고, 그 동기에 정신 병리가 어떻게 영향을 미치는지, 혹은 정신 병리라고는 할 수 없는 보다 일반적인 심리로 설명되는 것에 어떻게 영향을 주는지를 설명한다.

착안점	내용	설명
B. 범행의 계획성/돌발성/우발성/충동성	범행에 이르는 행동(그 계획성이나 충동성 등)으로 보는 정신의 장애와 그 외의 영향	사건의 구체적인 형태로 볼 수 있는 계획성, 돌발성, 우발성, 충동성 등의 면에 정신 병리가 어떻게 영향을 미치는지, 혹은 정신 병리라고는 할 수 없는 보다 일반적인 심리로 설명되는 것에 어떻게 영향을 주는지를 설명한다.
C. 행위의 의미·성질, 반도덕성, 위법성의 인식	자신의 범행의 의미나 도덕이나 법률에 의한 선악의 이해 등으로 보는 정신의 장애와 그 외의 영향	해당 행위에 어떤 의미를 붙이느냐, 그것에 대해 법적 혹은 도덕적으로 어떤 인식을 가지고 있었느냐, 그러한 인식에 정신 병리가 어떻게 영향을 미치는가, 혹은 정신 병리라고는 할 수 없는 보다 일반적인 심리로 설명되는 것에 어떻게 영향을 주는가를 설명한다.
D. 정신장애로 인한 면책가능성 인식	“정신장애를 이유로 처벌을 면할 수 있다”는 생각의 영향	자신의 정신 상태를 어떻게 이해하고 있는가, 이른바 병식이나 병감은 어떠한가, 정신장애에 의한 면책의 가능성을 인식하고 있었느냐, 그 인식이 동기에 어떻게 영향을 미쳤느냐.
E. 원래 또는 일반 인격에 대한 범행의 이질성·친화성	범행에 대한 본래의 성격이나 평소의 성격의 영향	이 항목에서는 범행이 당사자의 인격과 비교하여 이질적인 것인지 친화적인 것인지를 검토한다. 다음 두 가지 관점이 필요하다. (1) 원래의 인격을 비교의 대상으로 하여 조현병이나 만성 각성제 사용의 결과로 보이는 소위 발병 후 인격변화가 있는 경우에 발병 전과 비교하여 인정되는 인격(성격)의 변화가 사건과 어떻게 관련되어 있는가. (2) 범행이라는 비교적 단기간의 인격이나 정신기능 전반을 그 이전이나 이후의 비교적 긴 시간의 그것과 비교했을 때에 이질적이거나 단절되어 있는 듯한 모습이 있고 그러한 사정에 의해 시사되는 인격의 상태나 정신 기능이 사건과 어떻게 관련되어 있는가, 예를 들면 약물의 급성 중독이나 조현병의 급성 교란으로 보일 수도 있는 것들
F. 범행의 일관성·합목적성/비일관성·비합목적성	범행시의 행동(그 일관성, 합리성, 합목적성 등)으로 보는 정신의 장애와 그 외의 영향	범행의 일관성이나 합목적성에 문제가 있을 때 거기에 정신의 장애가 어떻게 영향을 미치고 있는가, 범행의 의도의 형성이 불명확하고 충동적, 우발적인 행동의 결과로서 범행이 돌출한 것(급성 정신병에 의한 혼란의 와중에 생긴 범행 등)으로, 비합목적적인 행동이나 기묘함이 보인다고 평가되는지 등, 단기적인 시점과 장기적인 시점으로 나누어 논하는 편이 좋은 경우도 있다. 또 어떠한 범행을 완수했다면(법률상으로는 ‘미수’라고 하더라도) 어떠한 점에서 합목적적인 행동을 취할 수 있다. 예를 들어 망상에서만 유래하는 병적인 목적을 달성하기 위한 범죄라도 그 행동에는 합목적성이 반드시 발견된다. 합목적성을 지나치게 추구하는 것은

착안점	내용	설명
		피해야 한다.
G. 범행 후의 자기 방어·위협 회피적 행동	범행 후의 행동(자신의 몸을 지키는 행동, 도주, 은폐 등)으로 보는 정신 장애와 그 외의 영향	범행 후의 도주나 증거인멸 등의 행동에 정신 장애가 어떻게 영향을 주고 있는가. 사후 행동을 보기 때문에 범행 시점에서의 능력을 그대로 반영하지 않는 경우가 있으므로 주의가 필요하다.

1) 좋은 것 같다. 기본으로 이 정도 하면 좋을 것 같고, 도움이 될 것 같다. 현재는 항목화해서 적기보다는 줄글로 풀어서 쓰는 것 같다. 한편, 우리나라 감정서는 결론(심신미약, 심신상실)을 적도록 해서 부담을 가지시는 분들도 있는 것 같은데, 저는 결론을 적는 게 나은 것 같다. 감정의가 심신미약을 염두에 두고 감정의견서를 쓰더라도 법원이 건재라고 오해하는 경우가 있기 때문이다. 정신과 의사들 사이에서는 행간을 읽으면서 이해하는 부분이 있는데, 법을 하는 사람들 사이에서는 이해하지 못하는 부분이 있는 것 같다. 예를 들어, '반사회적 성격장애'라는 진단명이 따로 있기는 하나, 법정 교과서에는 진단을 절대 붙이지 말라고 한다. 정신과 의사들 사이에서는 성격장애라고 하면 심신건재라는 의미인데, 법을 하는 사람들은 병이라고 오해하기 때문이다. 또는 일시적인 충동을 이기지 못했다는 말을 충동조절장애가 있다고 오해한다거나 하는 식이다. 사람들마다 해석을 다르게 하기 때문에, 정신감정의가 결론을 써주는 게 나을 것 같다.

2) 좋은 것 같다. 개별 사안에 따라서 추가할 항목이 있을 수도 있겠다.

3) 위 항목 중 A의 동기 관련해서, 그동안 의료적 관점에서는 오랫동안 당사자들이 겪는 정신세계나 독특한 현실세계를 비합리적이라고 판단해왔다. 그런데 인간의 행위 자체를 합리성으로 판단하는 것은 위험한 접근일 수 있다. 의료적 관점에서는 비합리적이라는 것들이 그 사람이 살아온 맥락을 봤을 때는 이해가 되는 경우가 많다. 사회적 요인을 함께 고려했을 때에는 더 그러하다. 진주 아파트 방화 사건 범인의 경우 사회적으로 고립되었고, 산재 처리를 못 받았던 경험이 있으며, 그 과정에서 누구 하나 도와주지 않아 사회에 대한 불만이 많았다. 심신미약을 인정받기는 했으나, 살아온 과정을 고려한다면 피고인의 증상이 충분히 이해가 갈 수 있다.

B의 충동성 관련하여 생각해 보면, 어떤 정신적 상태를 경험할 때, 그 상태가 지배적인 경우도 있지만, 24시간 경험하는 경우나 어느 순간 잠깐 경험하는 경우 등 너무나 다양하다. 이런 점에서 단순히 계획성, 충동성을 가지고 판단하는 것은 적절하지 않다. 비장애인 중심의 사고에서 비롯된 요소라고 할 수 있겠다.

C에서 자신의 행위가 어떤 의미를 가지고 있는지를 확인하는 것은 중요한 작업이라고 생각한다. 단순히 증상이 있어서 범행을 했다고 보는 것은 위험하고, 정신장애인 당사자가 그 행위의 의미를 어떻게 이해했는지를 파악하는 것은 필요하다. 의료적 관점이 아니라 전인적 관점, 인간에 대한 관심으로 파악할 필요가 있다.

D의 병식은 모호하고 주관적인 영역이다. 단순히 약을 잘 먹고 의사의 말을 잘 들으면 병식이 있고 그렇지 않으면 병식이 없는 것인가? 병식이 있고 없음은 본인만 알 수 있다. 개인의 내적 경험을 객관화하는 것은 한계가 많다는 것을 인정해야 한다.

E를 보면서도 의문이 들었다. 인격장애를 염두해 두고 쓴 것 같은데, 범죄 친화적인 성격을 판단하는 것인지? 정신질환의 영향을 받지 않는 평소 인격, 성격이라는 것을 따로 파악할 수 있을까? 예를 들어, 약물로 인한 부작용 때문에 환청이 생기거나 공격성이 생길 수 있다. 약을 먹는 것 그리고 정신질환이라는 진단을 받는 것은 삶에 있어서 굉장히 큰 의미를 가진다. 내가 평생 먹어야 되는 존재, 병든 사람으로 살아가야 된다는 생각을 하게 하고, 주변의 피드백도 그런 식으로 오게 된다. “이제 너는 아픈 환자야. 너는 100% 안 해도 돼 50%만 해도 돼” 이런 피드백들을 주로 하는데, 그러면 과연 이게 정신질환으로 인한 인격의 변화인 건지 아니면 사회적 상호작용에 의한 인격의 변화인 것인지? 이런 부분을 탐색하기가 굉장히 어려운 것 같다.

그리고 F. 범행의 일관성과 관련해서, 모든 행위는 의식적이든 무의식적이든 목적성을 가진다고 생각한다. 이 목적성을 파악하는 것은 의미가 있는데, 이것을 의료적으로 해석하게 되면 굉장히 이제 이상한 행동이 되어버린다.

G의 경우, 범행 후의 행동을 탐색하는 거는 의미가 있을 것 같다. 다만, 단순히 존속 폭행을 하고 갑자기 현장을 벗어났다 이런 사실만 확인하는 것이 아니라, 왜 벗어났는지 본인 스스로가 정의 내린 의미를 찾는 것이 굉장히 중요하다고 생각한다.

- 4) 사물변별능력, 의사결정능력이라는 말은 너무 모호하다는 점에서 이런 구체화가 필요하다. 한편 임상심리전문가의 관심은 진단, 증상이다. 범행과 관련하여 판단하는 것은 익숙하지 않다. 판단 못하는 것은 판단 불가라고 써야 한다. 판단 불가와 인과없음은 다른 것이다. 의심스러운 상황에서는 피고인의 이익으로 판단한다는 것에 근거로 사용할 수 있을 것이다.

10. 저희가 질문드린 것 외에, 그동안 법원의 판단례를 보시면서 문제라고 생각하셨거나, 의미 있다고 생각하셨던 사례가 있으신지요?

1) 법원이 심신미약으로 판단했다는 것은 정신장애가 범죄의 원인이라는 게 명확히 된 건데, 그럼 치료를 어떻게 할 것인가가 중요한 것 같다. 심신미약이라고 했을 때 재발을 어떻게 막을 것인가, 사회 시스템과 연결되는 게 필요한데 그 부분은 관심 밖인 것 같다. 15년 형을 받았다가 나왔으면 그 후에는 어떻게 할 것인가? 3년 형을 받았다가 나왔으면 그 후에는? 자신이 어머니를 죽인 게 맞다(죽였어야 했다)고 생각하고 평생을 사는 사람들이 있다. 법을 엄격히 집행한다고 해서 망상이 바뀌지는 않는다. 완전히 나아지지는 않더라도 최대한 치료를 받을 수 있어야 한다. 이런 피고인들을 교도소 안에서는 어떻게 할 것인가? 진주 아파트 방화 사건을 보면서 안타까웠다. 당시 범인은 누가 보든 조현병 환자였는데, 재판 과정에서는 나쁜놈 만드는 걸로 끝났다. 감경 안 된 걸로 환호하고. 그런데 이런 분들이 형기 마치고 나오면 어떻게 할 것인가? 어떻게 할 것인가에 대한 근본적인 대책이 전혀 없는 것이다. 이런 부분에 사각지대가 없도록 할 수 있는 게 무엇인가를 고민하고 법원에서도 옵션이 있으면 좋을 텐데, 그걸 잘 모르겠고 안타깝다. 치료로 어떻게 이어질 것인가. 너무 관심이 적은 것은 아닌가.

치료명령의 경우도 보호관찰관이 데리고 다니는 것이기에 인력 문제가 있다. 외래치료지원제도 등이 확대되어야 할 것 같다. 법무부와 보건복지부만이라도 협조가 잘 되면 좋을 텐데 그렇지 않다.

2) 형사재판에서 심신미약이나 심신상실 판단이 소극적이라는 점에 있어서 우려되는 점이 있다. 장애에 대한 인식도 영향을 주는 것 같다. 과연 병이 있다고 약하게 처벌해야 할 것인가. 조현병의 경우, 법원에서 볼 때 절차 진행 자체도 힘든 분들인데 이 분들을 똑같이 판단하는 것에 대한 문제의식이 기본적으로는 있는 것 같다. 다만 이제는 인식 교육 수준을 넘어서 장애 관련 전반적인 교육이 필요한 것 같다. 1심 법원에서는 과감하게 판단하기가 어려울 수 있는데, 2심에서는 무죄 판결이 꽤 있다. 법원에서도 감정의견과 다른 판단을 할 때는 부담이 있는 것 같다.

3) 법원의 판단은 증거에 기반한다고 생각한다. 그런데 경찰, 검찰에서 정신장애인에 대한 조력권이 보장되지 않아서 피고인에게 불리하게 증거가 수집되는 경우가 많다. 형사가 하라는 대로 하지 않으면 더 크게 처벌받을 것 같고, 위축되고, 말로는 괜찮다고 하지만 환경과 물리적 공간이 주는 위압감이 있다. 그럴 때 어떻게 지원할 수 있을지를 고민해야 한다. 그 사람과 잘 대화할 수 있는, 정신적 장애의 특수성을 이해하는 조사관이 필요하다. 일본의 예와 같은 항목을 파악하더라도, 당

사자의 관점에서 조사관이 정보를 수집할 필요가 있다. 계획을 했는지, 충동적으로 한 것인지? 왜 그랬는지? 어떤 의미가 있었는지? 이런 것들을 복합적으로 물어보는 것이다. 면담의 형식으로 일종의 프로파일링을 하는 것이다. 그 자료를 종합적으로 판사가 판단해야 할 것 같다.

발달장애인이 영아를 던져서 영아가 사망했던 사건에서 법원이 심신상실을 인정해 무죄 판결이 나왔다. 그런데 이런 판결이 나오면 사회적 논의는 ‘발달장애인들은 어떤 행동을 해도 괜찮은 거냐’ 이렇게 흘러간다. 우리가 사회적으로 어떻게 무엇을 할 수 있을지를 고민해야 되는데, 책임 능력, 유죄나 무죄나에만 너무 논의가 집중된다. 우리 법 체계 안에서 처벌할 수는 없지만 이분이 한 행위에 대해서 이분이 이해할 수 있는 범위 내에서 이해할 수 있는 방식으로 어떻게 설명할 것인가 고민해야 되는데 그냥 책임 능력만 보고 우리는 이게 끝이야 이러는 느낌을 받는다.

법원이 지금은 너무 의학적 기준으로 판단하고 치료감호명령을 하는데, 대안적 제도가 없는 상태에서 무엇을 할 수 있을까? 사실 없다. 많은 당사자들이 실행 대비 치료감호 기간이 길다. 한국과 달리 독일의 경우 지역사회 서비스 명령을 내리기도 한다. 예를 들어, ‘동료 지원가를 100시간 이상 만나라’와 같은 것이다. 이런 대안에 대한 고민이 더 필요하다.

- 4) 정신장애에 대한 검토되지 않은 사회의 표상이 부지불식간에 작용하고, 그로 인해 법관들이 정신 감정서를 너무 확신하거나 배척하게 된다. 피고인의 정신장애가 쟁점이 되었을 때 필수적 감정 항목들을 법제화하여 감정 내용을 항목별로 적고, 판결이유도 상세히 적도록 하는 것이 필요하다. 전문법원 또는 전문재판부를 만드는 것도 좋을 것이다.

분업의 원리 같다. 정신의학과와의 분업이 이루어져야 한다. 화학적 영역에서는 감정인을 불러서 확인하는 것이 자연스러운데, 정신장애 영역은 우리가 잘 안다고 생각한다. 그런데 실질적으로는 법 감정을 신경 쓰고, 양형의 문제처럼 다루어지고 있다. 일본의 과학적 증거에 관한 지침들을 보면 일반적 경험칙으로 이해될 수 없고 과학자들이 갖고 있는 특수한 경험칙에 의해서 판단되는 내용이 있다면 그 부분에서는 법관이 가지고 있는 상식으로서의 일반적 경험칙이 과학적 경험칙에 양보해야 한다고 한다. 특히 정신건강의학이나 임상심리학은 여전히 형성되는 과학이라는 점에서, 더욱 전문가와의 분업이 필요하다.

[추가 질문] 법원이 심신상실과 심신미약을 판단함에 있어서 위법성 인식, 고의를 명확하게 나누어서 판단하고 있다고 보시는지요? 또한 심신상실이나 심신미약 판단기준이 분명하다고 보시는지요?

- 1) 명확하지는 않은 것 같다. 판단의 항목을 만들어서 쓰도록 하면 자연히 해결되지 않을까 생각한다. 양형기준과 비슷하다. 법원간 판단의 편차를 줄이고 신뢰도를 높이기 위해 필요하다. 실제로 양형기준이 도입된 후 법원 간 양형 차이가 줄었다. 국민참여재판에서 배심원 평의 결과와 다른 판단을 할 때 이유를 쓰는 것처럼, 전문감정인의 의견과 다를 때 그 이유를 쓰도록 해야 한다. 참고로 미국의 경우, 구두 감정을 꼭 듣도록 한다. 감정서는 감정서대로 제출되지만, 판결할 때 법관이 꼭 구두로 감정 내용을 듣는다. 증거의 성격 때문이다. 정신감정서는 물증은 될 수 없고, 인증이기에 구두 변론을 듣는 게 맞는 것 같다. 증언의 방식으로 들으면, 듣다가 필요한 부분들을 질문해서 답을 들을 수도 있기 때문이다.
- 2) 고의는 구성요건이니까 범죄의 계획성과도 이어질 것 같은데, 나눠서 판단하고 있다고 생각한다. 다만 심신미약과 심신상실 판단 기준은 분명하지 않아서 계량화, 객관화할 필요는 있다고 생각한다. 그레이드(등급)를 나누는 연구가 선행되어야 하지 않을까? 장애등급제를 반대하고 장애를 개별적으로 봐야 할 필요가 있지만, 심신미약과 심신상실은 스펙트럼인데 어느 지점에서 잘라 판단하는 것이기도 하다. 예를 들어 우리가 1부터 10 사이에서 5를 기준으로 심신미약과 심신상실을 구분한다고 설정했을 때, 어떤 사안에서 개별적 상황까지 모두 고려했을 때 4-6을 상실로 볼 것인지, 7로 볼 것인지의 문제인데, 그러려면 추상적인 기준들을 최대한 객관화하는 작업이 선행되어야 한다. 판단 기준이 모호하다는 이유만으로 판단을 피할 수는 없지 않을까?

[추가 질문] 정신감정을 하실 때, 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 저하된 상태의 정도(심신미약, 심신상실)를 어떤 기준으로 판단하시는지요?

- 사물변별능력이란 나무를 나무로, 어머니를 어머니로 보는 능력이다. 그런데 엄마를 보고 '이건 엄마가 아니야 이상한 외계인이 엄마로 변신할 거야'라고 생각하는 경우면 사물변별능력이 저하된 것이다. 의사결정능력이라는 부분은, '엄마가 나를 죽일 거야'라고 생각하면 모든 판단 능력이 저하되는 것으로 이해할 수 있다. 예를 들어, 조현병 환자 중에서 "엄마는 진짜 엄마가 아니고 나를 죽이려고 자꾸 음식에 독을 넣어."라는 망상이 있으면 미약으로 볼 수 있다. 똑같이 조현병인데, 예를 들어 카드값을 게임머니로 썼는데 엄마가 안 갚아줘서 화가 나서 엄마를 폭행하는 경우가 있을 수 있다.

엄마라는 걸 알고 평소에도 엄마와 사이가 좋지 않다가 엄마를 폭행한 것이다. 이런 경우에는 심신 건재일 수 있다. 더 나아가 “엄마 폭행한 것에 대해 어떻게 생각해요?”라고 질문하면, 악어의 눈물 이든 진짜든 “반성하고 있어요”라고 말할 수 있고, 이때 ‘반성한다고 하면 감경이 되겠지?’라는 판단이 있으면 심신건재인 것이다. 그런데 끝까지 “엄마가 독을 넣어서 그런 거예요.”라고 답을 한다면 (반성이 없음) 심신미약이라는 판단이 나갈 것이다. 대화를 나누면서 포인트가 되는 지점을 물어보고 판단을 하게 된다.

이 과정에서 범행이 잔혹하다거나 하는 것은 판단에 큰 영향을 주지는 않는 것 같다. 범행이 잔혹하더라도 망상인 경우가 많기 때문이다. 10년 넘게 입원하고 있어도, 면담을 해보면 “엄마를 잘 죽였다, 엄마가 아니었다”고 하는 환자들이 있다. 증상이 너무 심하고, 망상이 고착화되어서 좋아질 가능성이 없어진 것이다.

같은 맥락에서, 사건 당시를 기억하고 있느냐 아니냐는 크게 그렇게 포인트로 두지는 않는다. 기억이 안난다고 해서 믿을 수 있는 것은 아니다. 참고할 수 있는 부분은 되겠지만, 기억이 나는지를 질문을 하거나 따로 확인을 하지는 않는다.

정신과 의사 입장에서는 증상이 너무 명확하게 사건의 내용과 연결되면 심신미약으로 가는 것 같다. 증상이 있었느냐, 없었느냐, 증상이 사건에 영향을 주었느냐 아닌가가 포인트다. 어차피 규범적 판단을 법원이 할 거니까, 그 외의 요소는 보지 않고, 보지 않는 게 맞다고 생각한다. 책임능력이 있느냐 없느냐에 대해서는 정신과 의사들이 비슷한 입장일 것이라고 생각한다.

[추가 질문] 법원이 감정 결과를 규범적 판단으로 배척할 때, 어떤 요소들을 고려해야 한다고 생각하시는지요?

- 정신감정의견을 받아들이지 않아도 상관은 없지만, 근거가 있으면 좋겠다고 생각한다. 근거가 있어야 감정에서도 발전이 있지 않을까. 법에서의 판단과 의학적 판단이 다르다면 가능하면 일치성을 도모하는 게 필요하지 않을까 싶다. 사법정신의학에 대해서 논문 등을 찾아봤을 때, 다른 나라에서는 입원을 결정하거나, 정신질환자가 치료를 받게 할 거냐 수감할 것이냐 결정할 때 정신과 의사가 있다고 한다. 정신의학적 요소들을 규범적 판단으로 배척하려면, 한 번 더 정신과 의사와 상의하거나 감정을 한 번 더 하라는 방식의 절차적 보완도 생각해 볼 수 있을 것 같다.

[추가 질문] 정신과 증상이 있었는데, 치료를 받지 않았다는 사정을 가지고 책임을 더 묻기도 하고 아닌 경우도 있는데 어떻게 생각하시는지요?

- 애매한 것 같다. 중증정신질환의 경우 병식(병에 대한 인식)이 없는 경우가 있기 때문이다. 그래서 치료를 받지 않는 것을 가지고 책임을 묻기 어렵다. 술은 스스로 마신 것이기에 건재이지만, 병식이 없어서 치료를 못 받은 것을 건재라고 할 수 없다.

2 일본 수사단계 정신감정보고서 예시

정신감정서

1. 피의자	성명 ○○○	성별	생년월일	만 세
2. 감정사항	범행 당시 피의자의 정신장애의 존부(존재하는 경우 그 병명) 1이 긍정되는 경우 그 정신장애는 본건 범행에 어떤 영향을 주었는가 1이 긍정되는 경우 범행 당시 피의자의 선악의 판단능력 및 그 판단에 따라 행동할 능력의 유무와 그 정도			
3. 감정주문	피의자는 범행당시 ○증이 있었다. 본건 범행은 ○○증에 의한 망상이나 환각 등에 직접적으로 영향을 받은 것은 아니다. 피의자의 선악의 판단능력 및 그 판단에 따라 행동할 능력은 상실되지 않았으나 현저하게 감소되어 있었다.			
4. 진단 (주문 1 관련)	○○증(○○형) ※진단의 근거 등에 관한 자세한 사항은 별지1 참조			
5. 종합평가 (주문 2 관련) (주문 3 관련)	(1) 정신장애가 범행에 미친 영향 (2) 범행시의 선악의 판단능력·행동통제능력 ※범행전후의 경위 등에 관해서는 별지2 참조 ※범행시의 선악의 판단능력·행동제어능력에 관한 착안점에 관해서는 별지3 참조			
6. 감정일자 감정인 서명	이상과 같이 감정합니다. 년 월 일			
※ 첨부별지	(별지1) 진단의 근거 등(‘○○(주: DSM-IV등)에 의한 ○○증의 진단기준’을 포함) (별지2) 범행전후의 경위 등 (별지3) 범행시의 선악의 판단능력·행동제어능력에 관한 착안점의 정리			

[별지 1]

진단의 근거등

범행시진단: ○○증(○○형) (코드:) 현재시진단: ○○증(○○형) (코드:)	진단기준:) 진단기준:)
상기 진단을 지지하는 주요 소견 등	
피병의 가능성에 대하여	
병력 등	
치료의 필요성 기타 참고사항	
감정경과 등 1. 감정일시 2. 감정조수	
○○(주: DSM-IV-TR등)에 의한 ○○증의 진단기준	

[별지 2]

범행전후의 경위 등

- 1.
- 2.

[별지 3]

범행시의 선악의 판단능력·행동제어능력에 관한 착안점의 정리

a	동기의 이해가능성/불가능성	
b	범행의 계획성·돌발성	
c	행위의 의미·성질, 반도덕성, 위법성의 인식	
d	정신장애에 의한 면책 가능성의 인식	
e	범행의 인격 이질성	
f	범행의 일관성, 합목적성	
g	범행후의 자기 방어, 위험 회피적 행동	

3 분석 대상 판결 목록⁵⁶⁾

가. 2021년 판결

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심정보
1	2021.01.07.	창원지방법원	2020고합147	살인	
2	2021.01.14.	수원지방법원	2020노3123	공무집행방해	수원지법 2019고단5453
3	2021.01.15.	대전고등법원	2020노384	살인, 살인미수	대전지법 2020고합149
4	1심 추가	대전지방법원	2020고합149	살인, 살인미수	
5	2021.01.20.	대구고등법원	2020노246	존속살해	대구지법 서부지원 2019고합263
6	1심 추가	대구지방법원 서부지원	2019고합263	존속살해	
7	2021.01.28.	대구지방법원 포항지원	2020고합63	살인	
8	2021.01.29.	서울남부지방법원	2020고단740	공연음란	
9	2021.02.02.	대전지방법원 홍성지원	2020고단933	공무집행방해	
10	2021.02.10.	수원지방법원 안산지원	2020고단3485	특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(도주치상), 도로교통법위반(사고후미조치)	
11	2021.02.16.	서울남부지방법원	2020고단1340	폭행, 공무집행방해	
12	2021.02.17.	광주지방법원	2020고합365	강제추행	
13	2021.02.17.	서울남부지방법원	2020고단4014	공용물건손괴등	
14	2021.02.17.	서울남부지방법원	2020고단2567	공용물건손상, 업무방해, 특수협박, 퇴거불응, 폭행, 모욕, 경범죄처벌법위반, 절도, 폭력행위등처벌에관한법률위반 (상습폭행)	
15	2021.02.18.	대구지방법원	2020고단4569	특수협박, 주거침입	
16	2021.02.19.	부산지방법원	2020고합332	살인	
17	2021.03.25.	서울동부지방법원	2020고단3946	주거침입, 공연음란	
18	2021.03.25.	서울북부지방법원	2020고단4320	폭행, 재물손괴, 공무집행방해	
19	2021.03.26.	서울중앙지방법원	2020고단8588	특수공무집행방해	

56) 본 연구에서 분석한 판결 목록이다. 대법원 인터넷 판결서 열람 페이지를 통해 2021. 1. 1.부터 2023. 12. 31.까지 확정된 형사 사건의 판결문을 두 종류의 키워드(“형법&제10조&심신미약&심신상실!음주” 및 “형법&제10조&심신상실&무죄!음주”)로 검색하였다. 중복 검색된 판결들을 정리하고, 수집한 판결문 내용을 확인하여 피고인이 음주·마약 등을 이유로 심신장애 주장을 한 사건들을 제외하였다. 판결문을 검토하는 과정에서 정확한 사실관계와 판단 이유를 파악하기 위해 원심 판결문이 필요한 사건들이 있었는데, 이 경우 2021년 전에 선고된 1심 판결이라 하더라도 분석 대상에 포함하였다. 이렇게 추가된 1심 판결문의 경우 위 목록에는 선고일자를 별도로 적지 않고 해당 항소심 판결 아래에 “1심 판결 추가”로 정리하였다.

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심정보
20	2021.04.08.	서울남부지방법원	2021노5	특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(절도)	서울남부지법 2020고단5151
21	2021.04.09.	수원지방법원 안양지원	2021고합41	상해, 특수상해, 치료감호	
22	2021.04.12.	부산지방법원	2020고단4825	공연음란	
23	2021.04.14.	서울서부지방법원	2019고단2640	강제추행	
24	2021.04.15.	대전지방법원	2020고단5304	성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(성적목적다중이용장소 침입), 공연음란	
25	2021.04.15.	광주고등법원	2020노127	공연음란, 치료감호	광주지법 2019고합353, 2019감고15(병합)
26	2021.04.15.	서울서부지방법원	2020노1462	특수협박	서울서부지법 2019고단3380
27	2021.04.15.	부산지방법원 서부지원	2021고합19	존속살해미수, 보호관찰명령	
28	2021.04.16.	서울서부지방법원	2020고합219	존속살해	
29	2021.04.30.	서울남부지방법원	2020고합456	업무방해, 공무집행방해, 건조물침입, 특수건조물침입, 특수공용물건손상, 특수공무집행방해	
30	2021.05.07.	서울남부지방법원	2021고합107	특수존속상해, 치료감호	
31	2021.05.11.	서울남부지3방법 원	2020노2527	공무집행방해	서울남부지법 2020고단3372
32	1심 추가	서울남부지방법원	2020고단3372	공무집행방해	
33	2021.05.12.	대전지방법원	2020노4368	특수협박	대전지법 2020고단1593
34	1심 추가	대전지방법원	2020고단1593	특수협박	
35	2021.05.13.	서울동부지방법원	2020노1201	강제추행	서울동부지법 2020고단1685
36	1심 추가	서울동부지방법원	2020고단1685	강제추행	
37	2021.05.13.	부산고등법원	2021노109	존속살해, 부작명령	울산지법 2020고합208
38	1심 추가	울산지방법원	2020고합208	존속살해, 부작명령	
39	2021.05.24.	서울북부지방법원	2021고정93	폭행, 동물보호법위반	
40	2021.05.28.	춘천지방법원	2019노954	절도	춘천지법 원주지원 2018고정100, 260(병합)
41	2021.05.28.	울산지방법원	2020고합372	현주건조물방화	
42	2021.05.31.	서울남부지방법원	2020노1552	금융실명거래및비밀보장에관한 법률위반방조	서울남부지법 2020고정670
43	2021.06.02.	서울북부지방법원	2020고정173	특수재물손괴	
44	2021.06.03.	청주지방법원	2020노1317	화학물질관리법위반(환각물질 흡입)	청주지법 2020고단1459
45	2021.06.03.	대구고등법원	2021노145	살인, 사체손괴, 상해, 폭행	대구지법

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심정보
					2020고합522
46	2021.06.04.	서울고등법원	2021노435	성폭력처벌법(주거침입강제추행)	서울서부지법 2020고합317
47	2021.06.07.	서울북부지방법원	2021고정249	특수협박	
48	2021.06.09.	서울중앙지방법원	2020고단8906	야간건조물침입	
49	2021.06.11.	서울중앙지방법원	2021노977	폭행	서울중앙지법 2020고단2603
50	2021.06.16.	창원지방법원	2020고단2923	절도, 재물손괴	
51	2021.06.22.	전주지방법원	2020고단559	아동복지법위반	
52	2021.07.01.	서울남부지방법원	2021노703	공용물건손상, 업무방해, 특수협박, 퇴거불응, 폭행, 모욕, 경범죄처벌법위반, 절도, 폭처법위반(상습폭행)	서울남부지법 2020고단2567
53	2021.07.01.	의정부지방법원	2020고합593	존속살해등	
54	2021.07.02.	서울동부지방법원	2020고정1163	응급의료에관한법률위반	
55	2021.07.02.	수원고등법원	2021노207	현주건조물방화	수원지법 여주지원 2020고합73
56	2021.07.06.	광주고등법원	2020노440	살인	광주지법 순천지원 2020고합127
57	1심 추가	광주지방법원 순천지원	2020고합127	살인	
58	2021.07.07.	서울고등법원 (춘천)	2020노171	성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강제추행)	춘천지법 영월지원 2020고합6
59	2021.07.07.	부산고등법원	2021노155	살인, 주거침입	부산지법 2020고합332
60	2021.07.08.	부산지방법원 동부지원	2020고단2445	공무집행방해	
61	2021.07.08.	제주지방법원	2021고합61	특수공무집행방해, 상해	
62	2021.07.08.	대전지방법원	2021고단596	공무집행방해	
63	2021.07.14.	대전지방법원	2020고합495	존속살해	
64	2021.07.14.	대구고등법원	2021노111	살인	대구지법 포항지원 2020고합63
65	2021.07.16.	부산지방법원	2020고합400	강제추행, 업무방해, 재물손괴, 폭행, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(공중밀집장소에서추행), 공무집행방해	
66	2021.07.22.	광주고등법원	2021노164	살인미수, 특수주거침입, 특수재물손괴	광주지법 목포지원 2020고합115
67	1심 추가	광주지방법원 목포지원	2020고합115	살인미수, 특수주거침입, 특수재물손괴	
68	2021.07.22.	대구지방법원	2021노1426	공용물건손상, 공무집행방해, 업무방해, 재물손괴, 폭행	대구지법 안동지원 2020고단786
69	2021.07.23.	대전지방법원	2020고단561	특수폭행, 특수재물손괴, 절도,	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심정보
				건조물침입	
70	2021.07.23.	대전지방법원	2020고단6122	특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(도주치상)	
71	2021.07.23.	대전고등법원	2021노28	살인	대전지법 논산지원 2020고합22
72	1심 추가	대전지방법원 논산지원	2020고합22	살인	
73	2021.08.11.	대구고등법원	2021노137	존속살해미수	대전지법 포항지원 2020고합55
74	2021.08.12.	서울북부지방법원	2021고단627	절도 등	
75	2021.08.12.	수원지방법원	2021노206	성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(통신매체이용음란)	수원지법 2020고단5511
76	2021.08.25.	인천지방법원 부천지원	2021고단381	공연음란	
77	2021.08.26.	서울고등법원	2020노2128	살인	서울동부지법 2020고합126
78	1심 추가	서울동부지방법원	2020고합126	살인	
79	2021.08.26.	수원지방법원	2020노7417	특수존속상해	수원지법 안양지원 2020고단840
80	2021.08.27.	광주지방법원	2020고단4523	주거침입 등	
81	2021.08.27.	수원지방법원 평택지원	2021고합33	살인미수, 아동복지법위반(아동학대)	
82	2021.08.27.	인천지방법원 부천지원	2021고합98	특수공무집행방해	
83	2021.09.01.	수원지방법원	2021노2837	특수존속상해	수원지법 2021고단728
84	2021.09.02.	서울동부지방법원	2021고단1492	공무집행방해	
85	2021.09.09.	서울고등법원	2020노1317	살인미수(인정된 죄명 : 특수상해)	인천지법 2020고합212
86	1심 추가	인천지방법원	2020고합212	살인미수(인정된 죄명 : 특수상해)	
87	2021.09.10.	인천지방법원	2021고단3334	공무집행방해	
88	2021.09.16.	대구지방법원	2021고단1349	절도	
89	2021.09.17.	서울동부지방법원	2021노23	재물손괴 등	서울동부지법 2020고단3077
90	2021.09.29.	대전고등법원	2021노85	특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(보복협박등), 절도, 업무방해, 특수폭행, 모욕, 협박, 상해, 성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(성적목적다중이용장소 침입)	대전지법 2020고합317, 448(병합)
91	2021.09.29.	서울서부지방법원	2021고정423	절도 등	
92	2021.10.05.	수원고등법원	2021노417	특수공무집행방해치상, 특수상해, 특수공무집행방해	수원지법 2021고합11

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심정보
93	1심 추가	수원지방법원 평택지원	2021고합11	특수공무집행방해치상, 특수상해, 특수공무집행방해	
94	2021.10.06.	전주지방법원 군산지원	2020고단1566, 2020고단1992(병합) 2021고단150(병합) 2021고단327(병합) 2021고단365(병합) 2021고단528(병합) 2021고단612(병합) 2021고단737(병합) 2021고단944(병합)	야간주거침입절도(인정된 죄명 : 주거침입, 재물손괴), 절도, 재물손괴, 건조물침입, 주거침입, 절도미수, 야간건조물침입절도 야간주거침입절도미수, 특수절도, 특수 재물손괴	
95	2021.10.11.	수원지방법원	2021고합306, 2021고합451(병합)	폭행, 재물손괴, 업무방해, 상해	
96	2021.10.14.	부산지방법원	2020노4030	절도	부산지법 동부지원 2020고정34
97	1심 추가	부산지방법원 동부지원	2020고정34	절도	
98	2021.10.14.	서울남부지방법원	2021노1055, 1568(병합)	사기, 여신전문금융업법위반, 점유이탈물횡령	서울남부지법 2020고단6481, 2021고단661, 842(각 병합), 서울남부지법 2021고단1865
99	1심 추가	서울남부지방법원	2020고단6481, 2021고단661, 842(각 병합)	사기, 여신전문금융업법위반, 점유이탈물횡령	
100	1심 추가	서울남부지방법원	2021고단1865	사기	
101	2021.10.18.	서울중앙지방법원	2021노1491	협박, 재물손괴, 가정폭력범죄의처벌등에관한특 례법 위반	서울중앙지법 2020고정1435, 1436(병합)
102	1심 추가	서울중앙지방법원	2020고정1435, 1436(병합)	협박, 재물손괴, 가정폭력범죄의처벌등에관한특 례법위반	
103	2021.10.20.	서울고등법원	(춘천)2021노72	존속살해	춘천지법 2020고합141, 2021전고1(병합)
104	1심 추가	춘천지방법원	2020고합141, 2021전고1(병합)	존속살해	
105	2021.10.20.	창원지방법원	2021고단1211, 2312(병합)	성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(성적목적다중이용장소 침입)	
106	2021.10.22.	의정부지방법원	2021고합220	존속살해	
107	2021.10.27.	수원지방법원	2021고단2677	업무방해	
108	2021.10.29.	부산지방법원	2021고합246	강제추행	
109	2021.11.03.	대전지방법원 서산지원	2021고단519, 2021고단624(병합)	특정범죄가중처벌등에관한법 률위반(절도), 주거침입	
110	2021.11.04.	서울고등법원	2021노1267	존속살해, 치료감호	의정부지법 2020고합593,

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심정보
					2021감고2(병합)
111	2021.11.11.	서울남부지방법원	2021노1487	상해	서울남부지법 2021고단941
112	1심 추가	서울남부지방법원	2021고단941	상해	
113	2021.11.11.	서울남부지방법원	2021노1593	특수협박, 폭행, 절도	서울남부지법 2021고단1932, 2021고단 1193(병합), 2021고단1976(병합)
114	1심 추가	서울남부지방법원	2021고단1932, 2021고단1193(병합) , 2021고단1976(병합)	특수협박, 폭행, 절도	
115	2021.11.11.	서울서부지방법원	2021고단770 2021고단1415(병합) 2021고단1514(병합) 2021고단1622(병합) 2021고단2253(병합)	절도, 재물손괴, 폭행, 절도, 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(도주치상), 도로교통법위반(사고후미조치), 건조물침입, 폭행, 성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(성적목적다중이용장소 침입)	
116	2021.11.12.	서울남부지방법원	2021고합261	존속살해	
117	2021.11.17.	대구지방법원 포항지원	2019고합40, 2019고합87(병합)	아동·청소년의성보호에관한법 률위반(강제추행), 성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(13세미만미성년자강제 추행), 아동복지법위반(아동에대한음 행강요·매개·성희롱등), 공연음란	
118	2021.11.17.	서울남부지방법원	2021고합33	일반자동차방화	
119	2021.11.18.	서울남부지방법원	2021고합318	살인미수	
120	2021.11.18.	의정부지방법원	2021고합303	성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(장애인강제추행)	
121	2021.11.19.	서울북부지방법원	2021고합117	준강도	
122	2021.11.25.	제주지방법원	2021고합165	특수협박, 특수건조물침입	
123	2021.11.25.	청주지방법원 충주지원	2021고합34	성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(장애인강제추행)	
124	2021.11.26.	인천지방법원	2021고합216	성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(주거침입강제추행), 감금	
125	2021.11.30.	수원지방법원	2021고단3071, 4160(병합)	공무집행방해, 폭행	
126	2021.12.01.	청주지방법원	2021노1002	상해, 주거침입, 특수상해, 특정범죄가중처벌등에관 한법률위반(운전자폭행등)	청주지법 충주지원 2020고단741, 2021고단59(병합), 2021고단258(병합)
127	1심 추가	청주지방법원	2020고단741,	상해, 주거침입, 상해,	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심정보
		충주지원	2021고단59(병합), 2021고단258(병합)	특수상해, 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(운전자폭행등)	
128	2021.12.08.	의정부지방법원 고양지원	2021고합141	존속살해	
129	2021.12.14.	서울북부지방법원	2021노1031	특수주거침입, 특수폭행	서울북부지법 2021고단116
130	1심 추가	서울북부지방법원	2021고단116	특수주거침입, 특수폭행	
131	2021.12.15.	부산고등법원	2021노184	존속살해미수, 살인미수	부산지방법원 2020고합545, 2020감고9(병합), 2020전고30(병합), 2020보고25(병합)
132	1심 추가	부산지방법원	2020고합545	존속살해미수, 살인미수	
133	2021.12.21.	대구지방법원 서부지원	2020고정624	강제추행	
134	2021.12.21.	춘천지방법원	2021고단610	성폭력범죄의처벌등에관한특례 법위반(통신매체이용음란)	
135	1심 추가	서울북부지방법원	2021고합156	존속살해미수, 치료감호	
136	2021.12.22.	수원지방법원 안양지원	2021고단1506	강제추행	
137	2021.12.23.	서울북부지방법원	2021고단2089, 2021고단2914(병합)	특수협박, 특수주거침입미수	

나. 2022년 판결

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
1	2022.01.12.	광주고등법원	2021노198	아동청소년의성보호에관한법률위 법(성착취물 제작·배포등, 아동복지법위반(아동에대한음행 강요·매개·성희롱등), 강요	전주지법 2021고합105
2	2022.01.13.	수원지방법원 여주지원	2021고합108, 109(병합)	아동복지법위반(아동에대한음행 강요·매개·성희롱등), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(통신매체이용음란)	
3	2022.01.18.	춘천지방법원	2021고단538	특수공무집행방해, 경범죄처벌법위반	
4	2022.01.20.	부산지방법원 동부지원	2021고정303	업무방해, 사기	
5	2022.01.21.	춘천지방법원	2021노940	경범죄처벌법위반	춘천지법 영월지원 2021고단344
6	2022.01.21.	대전고등법원	2021노280	존속살해	대전지법 2020고합495
7	2022.01.26.	서울북부지방법원	2021고정1078,10 79(병합)	재물손괴, 상해, 절도	
8	2022.02.10.	서울북부지방법원	2019고단2871,20 19고단4873(병합)	폭행	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
9	2022.02.14.	춘천지방법원	2021고단710	특수협박	
10	2022.02.15.	인천지방법원	2021노2839	폭행, 협박	인천지법 부천지원 2019고단2505, 2589
11	2022.02.15.	서울북부지방법원	2021고합314	특수강도미수, 특수협박, 마약류관리에관한법률위반(대마)	
12	2022.02.16.	부산지방법원	2021고단2418	특수폭행	
13	2022.02.24.	서울남부지방법원	2021고합342, 2022전고2(병합), 2022보고3(병합)	살인	
14	2022.03.17.	광주지방법원	2021고단3519	특수재물손괴, 특수협박	
15	2022.03.18.	인천지방법원	2021노4025	특수상해, 특수공무집행방해	인천지법 2020고단9025
16	2022.03.23.	전주지방법원	2021노1972	상해, 협박, 폭행, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(통신매체이용음란), 아동복지법위반(아동에대한음행 강요·매개·성희롱등)	전주지법 2021고단163, 2021고단322(병합), 2021고단1050(병합), 2021고단1858(병합)
17	2022.03.25.	부산지방법원	2022노30	강제추행, 건조물침입, 절도	부산지법 2021고단2897, 2021고단2996(병합)
18	2022.04.13.	인천지방법원 부천지원	2021고단1131	강제추행, 주거침입미수, 재물손괴, 공연음란	
19	2022.04.13.	대구고등법원	2021노510, 2021전노38(병합), 2022감노3(병합)	아동청소년의성보호에관한법률위 반(강제추행), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(13세미만미성년자강제추행) , 아동복지법위반(아동에대한음행 강요·매개·성희롱등), 공연음란	대구지법 포항지원 2019고합40, 87(병합), 2020전고4(병합)
20	2022.04.14.	전주지방법원 남원지원	2021고합23, 2021감고1(병합)	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(공중밀집장소에서추행), 주거침입	
21	2022.04.14.	인천지방법원	2021고합1018	현주건조물방화미수	
22	2022.04.15.	대전지방법원	2021고합382	현주건조물방화	
23	2022.04.21.	대전지방법원	2021고단3895	공무집행방해	
24	2022.04.29.	부산지방법원 서부지원	2021고정467	특수재물손괴	
25	2022.05.04.	대구지방법원	2020고단2218	상해, 폭행, 준강제추행, 성폭력범죄 의처벌등에관한특례법위반(통신 매체이용음란)	
26	2022.05.12.	춘천지방법원 원주지원	2022고합5	강제추행치상	
27	2022.05.12.	수원지방법원	2021노5043,	노인복지법위반	수원지법 성남지원

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
			2887(병합)		2021고단1351, 수원지법 성남지원 2020고단3138
28	2022.05.12.	서울고등법원	2021노2326, 2021감노29(병합)	존속살해미수	서울북부지법 2021고합156, 2021감고6(병합)
29	1심 추가	서울북부지방법원	2021고합156 판결, 2021감고6(병합)	존속살해미수	
30	2022.05.18.	수원지방법원 안산지원	2021고정790	공연음란	
31	2022.05.18.	부산고등법원	2021노481	성폭력범죄의처벌및피해자보호등 에관한법률위반(주거침입강간등), 성폭력범죄의처벌및피해자보호등 에관한법률위반(13세미만미성년 자강간등), 강제추행	부산지법 서부지원 2021고합94, 2021전고6(병합)
32	2022.05.25.	수원지방법원	2021고단7075, 2021고단7463(병 합), 2022고단129 ,2022고단559(병 합), 2022고단1814(병 합), 2022고단2131(병 합)	절도, 도로교통법위반(무면허운전), 자동차손해배상보장법위반, 재물은닉, 횡령, 건조물침입	
33	2022.05.25.	광주고등법원	2021노131	살인미수	제주지법 2021고합159
34	2022.05.26.	춘천지방법원	2021고단781	특수재물손괴	
35	2022.05.27.	대전지방법원	2022고단235	특정범죄가중처벌등에관한법률위 반(도주치상), 도로교통법위반(사고후미조치)	
36	2022.05.27.	의정부지방법원 고양지원	2021고합266, 2022고합37(병합)	살인미수, 사기	
37	2022.06.08	의정부지방법원 고양지원	2021고합211	마약류관리에관한법률위반(대마)	
38	2022.06.10	광주지방법원	2020고합94	강제추행	
39	2022.06.10	인천지방법원 부천지원	2021고합278	살인, 살인미수	
40	2022.06.10	서울중앙지방법원	2021노2280	공무집행방해	서울중앙지법 2021고단3143
41	1심 추가	서울중앙지방법원	2021고단3143	공무집행방해	
42	2022.06.14	대구지방법원 포항지원	2021고합114	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(13세미만미성년자강제추행)	
43	2022.06.14	서울북부지방법원	2021고단4764	상해, 재물손괴	
44	2022.06.15	의정부지방법	2021고합539	특정범죄가중처벌등에관한법률위 반	
45	2022.06.16	서울남부지방법원	2021고단4373	야간건조물침입절도	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
46	2022.06.16	의정부지방법원	2022노685	특수상해	의정부지법 2020고단3805
47	1심 추가	의정부지방법원	2020고단3805	특수상해	
48	2022.06.22	수원지방법원	2021노8233	절도, 절도미수	수원지법 안산지원 2020고단3865
49	1심 추가	수원지방법원 안산지원	2020고단3865	절도, 절도미수	
50	2022.06.22	청주지방법원	2022고합86	강제추행	
51	2022.06.23	서울남부지방법원	2022고합92	폭력행위등처벌에관한법률위반(상습상해등)	
52	2022.06.24	대전지방법원	2022고합70	아동청소년성보호에관한법률위반(강제추행)	
53	2022.07.07	인천지방법원	2021고합996	존속살해미수, 강제추행	
54	2022.07.07	서울남부지방법원	2021고단4299	공무집행방해, 특수공무집행방해	
55	2022.07.08	서울남부지방법원	2021고단3038	폭행	
56	2022.07.13	청주지방법원	2022고합28	존속살해미수, 재물손괴	
57	2022.07.13	수원지방법원 안산지원	2022고단1037	사기, 공문서위조, 위조공문서행사, 사문서위조, 위조사문서행사	
58	2022.07.14	대전지방법원 홍성지원	2021고합92	살인미수, 아동복지법위반(아동학대)	
59	2022.07.14	서울고등법원	2022노225	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(주거침입유사강간), 주거침입	의정부지법 2021고합280, 2021전고17(병합)
60	1심 추가	의정부지방법원	2021고합280, 2021전고17(병합)	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(주거침입유사강간), 주거침입	
61	2022.07.14	수원지방법원 평택지원	2022고정73	특수협박	
62	2022.07.15	대구지방법원 김천지원	2022고합25	특수공무집행방해, 특수공용물건손상	
63	2022.07.19	의정부지방법원	2022고합83	존속살해	
64	2022.07.21	인천지방법원 부천지원	2021고단1376	공무집행방해, 상해, 특수재물손괴, 특수절도, 특수폭행, 재물손괴	
65	2022.08.10	서울고등법원 (춘천)	2022노72	특수강도, 협박	춘천지법 강릉지원 2022고합11
66	1심 추가	춘천지방법원 강릉지원	2022고합11	특수강도, 협박	
67	2022.08.11	대전지방법원	2021고합471	강도	
68	2022.08.12	창원지방법원	2022고단723	강제추행, 폭행	
69	2022.08.17	수원고등법원	2021노927	현존건조물방화미수, 업무방해	수원지법 성남지원 2020고합311
70	2022.08.17	서울고등법원 (춘천)	2022노52	살인미수	춘천지법 강릉지원 2021고합91

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
71	1심 추가	춘천지방법원 강릉지원	2021고합91	살인미수	
72	2022.08.17	대구고등법원	2022노169	상해, 특수협박, 국가보안법위반(잠입·탈출)미수, 군사기지및군사시설보호법위반, 재물손괴, 존속살해	대구지법 김천지원 2020고합66, 72(병합), 2021고합71(병합), 2020감고2(병합), 2020감고3(병합), 2022감고1(병합), 2021전고7(병합)
73	1심 추가	대구지방법원 김천지원	2020고합66, 72(병합), 2021고합71(병합), 2020감고2(병합), 2020감고3(병합), 2022감고1(병합), 2021전고7(병합)	상해, 특수협박, 국가보안법위반(잠입탈출)미수, 군사기지및군사시설보호법위반, 재물손괴, 폭행, 존속살해	
74	2022.08.18	서울남부지방법원	2022고단330	상습절도	
75	2022.08.19	수원지방법원 평택지원	2022고합128	아동청소년성보호에관한법률위반 (강제추행)	
76	2022.08.26	서울동부지방법원	2021고단3553	특수상해, 특수공무집행방해, 특수폭행, 폭행	
77	2022.08.26	인천지방법원	2022고합192	성폭력범죄의처벌등에관한법률위 반(13세미만미성년자강제추행)	
78	2022.08.31	서울서부지방법원	2022고단1298	절도, 특수상해	
79	2022.09.14	인천지방법원	2022고단974	공무집행방해	
80	2022.09.14	인천지방법원	2022고합85	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(13세미만미성년자강제추행)	
81	2022.09.15	의정부지방법원	2021고합558	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(주거침입준강제추행)	
82	2022.09.16	서울남부지방법원	2022고합119	특수공무집행방해치상, 특수협박	
83	2022.09.16	인천지방법원	2022고합107	현주건조물방화	
84	2022.09.21	대구고등법원	2022노158	사기, 유사강간	대구지법 2021고합420, 510(병합), 546(병합), 2021전고28(병합)
85	2022.09.21	수원지방법원	2022고단2039	도로교통법위반(사고후미조치), 특정범죄가중처벌등에관한법률위 반(도주치상)	
86	2022.09.21	수원지방법원	2022고단3883	절도	
87	2022.09.21	청주지방법원	2022노750	의료법위반	청주지법 2022고단79
88	2022.09.23	광주지방법원	2022고합140	강도상해, 절도, 건조물침입	
89	2022.09.30	울산지방법원	2022고단1101	업무방해, 공무집행방해	
90	2022.10.06	대전지방법원	2022고합99	특정범죄가중처벌등에관한법률위 반(보복상해 등), 특수재물손괴,	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
				특수폭행,	
91	2022.10.07	전주지방법원 정읍지원	2022고합14	공무집행방해, 존속폭행(공소취소)	
92	2022.10.11	서울북부지방법원	2022노1073	상해	서울북부지법 2022고단1074
93	2022.10.14	서울중앙지방법원	2022고합279	일반물건방화(인정된 죄명 : 자기소유일반물건방화)	
94	2022.10.19	대구지방법원 김천지원	2022고단662	준강제추행	
95	2022.10.20	수원지방법원	2022고단1898	강제추행	
96	2022.10.21	수원지방법원	2021고합638	강도강간, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(카메라등이용촬영·반포등), 절도, 주거침입, 상해	
97	2022.10.26	서울서부지방법원	2022고단1455, 2022고단1923(병 합)	특수협박, 절도	
98	2022.10.26	수원지방법원	2021고합614	폭행	
99	2022.10.27	창원지방법원	2022고합116	무고	
100	2022.10.28	서울고등법원	2022노1180	마약류관리에관한법률위반(대마)	의정부지법 고양지원 2021고합211
101	2022.11.04	수원지방법원 안양지원	2022고합74	존속살해	
102	2022.11.10	춘천지방법원 강릉지원	2021고합34, 75(병합), 2022고합32(병합), 65(병합)	특수공무집행방해치상, 공연음란, 강제추행, 공무집행방해	
103	2022.11.10	서울고등법원	2022노2001	존속살해	
104	2022.11.17	부산지방법원 서부지원	2021고단2158, 2263(병합), 2514(병합)	특수절도, 도로교통법위반(무면허운전), 특수절도미수, 횡령	
105	2022.11.18	서울북부지방법원	2022고단3132	공용물건손상, 재물손괴	
106	2022.11.18	춘천지방법원	2022고합79	살인미수	
107	2022.11.23	서울남부지방법원	2022고단2835, 3900(병합)	특수폭행, 특수재물손괴, 공무집행방해	
108	2022.11.24	인천지방법원	2021고합441	준강간	
109	2022.11.30	서울고등법원 (춘천)	2022노145	특수중상해, 특수협박	춘천지법 강릉지원 2022고합34
110	2022.12.06	광주지방법원 장흥지원	2022고합20	상습존속폭행, 노인복지법위반	
111	2022.12.08	광주고등법원	2022노195	강제추행	광주지법 2020고합94, 2020전고8(병합)
112	2022.12.09	의정부지방법원 고양지원	2022고합252	특수공무집행방해치상, 특수공무집행방해	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
113	2022.12.14	창원지방법원 마산지원	2022고합46	존속살해미수	
114	2022.12.15	광주지방법원 목포지원	2022고합101	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(장애인강제추행)	
115	2022.12.23	서울고등법원	2021노2425	존속살해	의정부지법 고양지원 2021고합141

다. 2023년 판결

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
1	2023.01.11.	광주고등법원	2022노120	성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(강간등살인), 사체유기, 야간건조물침입절도, 강제추행, 절도, 공무집행방해, 업무방해, 모욕	전주지방법원 군산지원 2021고합42, 2021고44, 2021고합45, 2021고59, 2021전고5
2	1심 추가	전주지방법원 군산지원	2021고합42	강제추행치사, 사체유기, 야간건조물침입절도, 강제추행, 절도, 공무집행방해, 업무방해, 모욕	
3	2023.01.13.	서울중앙지방법원	2021고합458	현주건조물방화, 특수협박	
4	2023.01.27.	서울북부지방법원	2022고합515, 2022감고4	특수존속상해, 치료감호	
5	2023.02.02.	수원고등법원	2022노847	아동·청소년의성보호에관한법 률위반(강제추행)	수원지방법원 평택지원 2022고합128
6	2023.02.03.	울산지방법원	2022고합205	살인미수	
7	2023.02.07.	서울북부지방법원	2022고정264, 2022고정625(병합), 2022고정674(병합), 2022고정 1010(병합)	절도	
8	2023.02.07.	서울북부지방법원	2022고단3738, 2022고단4457(병합) , 2022고단4704(병합) , 2022고 단4775(병합), 2022고단4803(병합) , 2022고단4848(병합) , 2022고단5102(병합)	공용물건손상, 절도	
9	2023.02.08.	청주지방법원	2022고합255	현주건조물방화(일부 인정된 죄명: 현주건조물방화 미수)	
10	2023.02.08.	대전지방법원	2022고합31	존속살해미수	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
		공주지원			
11	2023.02.09.	울산지방법원	2022노287	사기, 절도, 건조물침입, 점유이탈물횡령	울산지방법원 2021고정570
12	2023.02.09.	울산지방법원	2022노266	사기, 폭행	울산지방법원 2021고정569
13	1심 추가	울산지방법원	2021고정569	사기, 폭행	
14	2023.02.09.	대구지방법원 안동지원	2022고합55	아동·청소년의성보호에관한법 률위반(강제추행)	
15	2023.02.15.	서울남부지방법원	2022고합446	현주건조물방화미수	
16	2023.02.16.	인천지방법원	2022고합809	살인미수, 특수재물손괴, 스토킹범죄의처벌등에관한법 률위반, 재물손괴, 폭행	
17	2023.02.16.	의정부지방법원 남양주지원	2022고합75	현주건조물방화미수	
18	2022.02.17.	울산지방법원	2021고정570	사기, 절도, 건조물침입, 점유이탈물횡령	
19	2023.02.23.	서울고등법원	2022노2402	현존건조물방화미수, 재물손괴, 절도, 특수협박	서울남부지법 2021고합502, 2022고합48(병합), 49(병합), 115(병합)
20	1심 추가	서울남부지방법원	2021고합502, 2022고합48(병합), 49(병합), 115(병합)	현존건조물방화미수, 재물손괴, 절도, 특수협박	
21	2023.03.08.	전주지방법원 정읍지원	2023고합4	특수공무집행방해, 특수협박	-
22	2023.03.15.	서울북부지방법원	2022고단3165	특수공무집행방해, 공무집행방해	-
23	2023.03.22.	부산지방법원	2022고단145	특수주거침입	-
24	2023.03.23.	광주고등법원	2022노437	상습존속폭행, 노인복지법위반	광주지법 장흥지원 2022고합20
25	2023.03.23.	부산지방법원 서부지원	2022고단1742	절도, 특수폭행, 폭행	-
26	2023.03.30.	수원지방법원 성남지원	2023고합23	특정범죄가중처벌등에관한법 률위반(도주치상), 특수공무집행방해, 도로교통법위반(사고후미조치)	-
27	2023.04.04.	전주지방법원 정읍지원	2022고정7	전자금융거래법위반	-
28	2023.04.06.	부산고등법원(울 산)	2022노111	아동·청소년의성보호에관한법 률위반(강간)	울산지법 2021고합402
29	1심 추가	울산지방법원	2021고합402	아동·청소년의성보호에관한법 률위반(강간)	
30	2023.04.06.	청주지방법원	2022고합141	미성년자의제강간	-
31	2023.04.12.	청주지방법원	2022고합325	성폭력처벌법위반(장애인강제 추행)	-

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
32	2023.04.14.	광주지방법원	2022고합457	성폭력처벌법위반(13세미만미성년자강제추행)	-
33	2023.04.19.	부산지방법원 등부지원	2023고단378	절도	-
34	2023.04.19.	제주지방법원	2022고단2146	위계공무집행방해	-
35	2023.04.20.	서울동부지방법원	2022고단2018	절도	-
36	2023.04.20.	부산지방법원	2023노279	특수상해	부산지법 2022고단1990
37	2023.04.20.	의정부지방법원	2022고합348	성폭력처벌법위반(13세미만미성년자강제추행)	-
38	2023.04.26.	대전지방법원	2022노3629	절도, 업무방해	대전지법 서산지원 2022고단3
39	2023.04.27.	제주지방법원	2023노142	공갈, 업무방해, 폭행	제주지법 2022고단1885, 2107 (병합)
40	2023.05.04.	대전지방법원 서산지원	2022고단830	특수재물손괴	
41	2023.05.10.	청주지방법원	2023노178	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)	충주지법 2022고단816
42	2023.05.16.	울산지방법원	2019고단4767	공무집행방해	
43	2023.05.16.	서울북부지방법원	2023고합147	절도, 재물손괴, 공연음란, 치료감호	
44	2023.05.17.	대구지방법원	2022고단5507	특수상해	
45	2023.05.18.	서울남부지방법원	2023노331	특수폭행	서울남부지원 2022고단3479
46	1심 추가	서울남부지방법원	2022고단3479	특수폭행	
47	2023.05.19.	창원지방법원	2023노643	업무방해, 폭행	통영지원 2022고단862
48	2023.05.23.	전주지방법원 남원지원	2023고단5	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주치상) 등	
49	2023.05.23.	서울중앙지방법원	2023고정496	절도	
50	2023.05.25.	부산지방법원 서부지원	2022고합353	존속살해미수, 치료감호	
51	2023.05.25.	의정부지방법원	2022노1715	경범죄처벌법	의정부지법 2021고정902
52	2023.05.25.	청주지방법원 충주지원	2023고합9	살인	
53	2023.05.25.	부산지방법원 서부지원	2023고합61	살인미수, 특수공무집행방해치상, 특수공무집행방해, 부작명령	
54	2023.05.25.	인천지방법원	2023고합128	준강도, 재물손괴	
55	2023.06.01.	부산지방법원	2021고단4632	특수상해, 마약류관리에관한법률위반(향정), 사기	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
56	2023.06.01.	대전지방법원	2022고합474, 2023고합11(병합)	강도상해, 특수공무집행방해치상, 특수협박, 특수폭행, 특수재물손괴, 특정범죄가중처벌등에관한법 률위반(도주치상), 도로교통법위반(사고후미조치, 무면허운전)	
57	2023.06.07.	서울북부지방법원	2022고단3813	특정범죄가중처벌등에관한법 률위반(절도)	
58	2023.06.08.	의정부지방법원	2022고합68	성폭력범죄의처벌등에관한특 례법위반(장애인추행)	
59	2023.06.16.	인천지방법원	2023노737	절도, 주거침입, 폭행, 절도미수	인천지방법원 2022고단5904, 2022고단6194(병합), 2022고단6947(병합)
60	2023.06.22.	부산지방법원 서부지원	2023고정18	강제추행미수, 폭행	
61	2023.07.07.	부산지방법원	2023노268	특수상해	부산지방법원 동부지원 2021고단2322
62	1심 추가	부산지방법원 동부지원	2021고단2322	특수상해	
63	2023.07.07.	인천지방법원	2023노954	특수협박, 스토킹범죄의처벌등에관한법 률위반, 특수재물손괴, 재물손괴	인천지방법원 부천지원 2022고단3054
64	1심 추가	인천지방법원 부천지원	2022고단3054	특수협박, 스토킹범죄의처벌등에관한법 률위반, 특수재물손괴, 재물손괴	
65	2023.07.13.	서울고등법원	2022노3200	현주건조물방화(인정된 죄명: 실화)	서울동부지법 2020고합43
66	1심 추가	서울동부지방법원	2020고합43	현주건조물방화	
67	2023.07.13.	의정부지방법원 고양지원	2023고단134	사기, 여신전문금융업법위반, 점유이탈물횡령	
68	2023.07.18.	전주지방법원 정읍지원	2022고단350	특수폭행	
69	2023.07.18.	서울남부지방법원	2023고단387	특수공무집행방해	
70	2023.08.10.	서울남부지방법원	2023노765	업무방해, 공무집행방해, 스토킹범죄의처벌등에관한법 률위반, 도로교통법위반, 폭행	서울남부지법 2023고단610, 2023고단668(병합), 2023고단1339(병합), 2023고단1666(병합)
71	1심 추가	서울남부지방법원	2023고단610, 2023고단668(병합), 2023고단1339(병합), 2023고단1666(병합)		
72	2023.08.18.	의정부지방법원 고양지원	2023고합170	절도	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
73	2023.08.22.	춘천지방법원	2022고단1490	공무집행방해	
74	2023.08.24.	인천지방법원	2022노2456	절도, 주거침입	인천지방법원 부천지원 2021고정883
75	1심 추가	인천지방법원 부천지원	2021고정883	절도, 주거침입	
76	2023.08.25.	광주지방법원	2023고합187	특수공무집행방해	
77	2023.08.29.	서울중앙지방법원	2023고정441	의료법위반	
78	2023.09.06.	대전지방법원	2022고단4667	특수상해	
79	2023.09.06.	인천지방법원	2022노371	외국환거래법위반	인천지법 2021고정1247
80	2023.09.07.	울산지방법원	2022노1306	존속상해	울산지방법원 2022고단2011
81	2023.09.14.	서울동부지방법원	2022고합400	성폭력범죄처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)[인정된 죄명: 건조물침입], 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강제추행)	
82	2023.09.14.	대전지방법원 천안지원	2023고단80	특수건조물침입미수, 퇴거불응	
83	2023.10.13.	대전지방법원	2023고합145,327	현주건조물방화, 건조물침입, 폭행, 공무집행방해	
84	2023.10.13.	서울고등법원	2023노2323	특수공무집행방해치상, 폭행	서울중앙지법 2023고합311
85	2023.10.18.	대구지방법원	2023고단1313	폭행치상	
86	2023.10.20.	서울북부지방법원	2022고단5071	공무집행방해, 상해	
87	2023.10.26.	부산지방법원	2023노1071	특수주거침입	부산지법 2022고단145
88	2023.11.02.	광주지방법원 순천지원	2022고단1439	특정범죄가중처벌등에관한법 률위반(절도)	
89	2023.11.09.	청주지방법원	2023고단492	공무집행방해	
90	2023.11.09.	대구지방법원	2023고정643	폭행치상	
91	2023.11.17.	수원지방법원 평택지원	2023고합191	아동·청소년의성보호에관한법 률위반(성착취물제작·배포등)	
92	2023.11.23.	서울중앙지방법원	2019고합726	존속상해, 특수공무집행방해	
93	2023.11.23.	서울중앙지방법원	2020고합1006	살인미수	
94	2023.11.29.	창원지방법원	2023고정476	폭행, 재물손괴	
95	2023.12.01.	수원지방법원	2023노5798	강제추행, 교통사고처리특례법위반(치상) , 자동차손해배상보장법위반	수원지방법원 2022고단1981, 2023고단 1703(병합)
96	2023.12.14.	광주지방법원	2023고단4487, 2023고단4557(병합)	사기, 컴퓨터등사용사기, 컴퓨터등사용사기미수, 절도, 여신전문금융업법위반, 점유이탈물횡령, 절도, 절도미수	

순번	선고일	법원	사건번호	죄명	1심/2심 정보
97	2023.12.20.	서울남부지방법원	2023고단2552, 2730(병합), 2844(병합), 3123(병합), 3223(병합), 3485(병합), 3613(병합)	공무집행방해, 절도, 폭행, 상해	

제8회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서

인 쇄 2024년 9월
발 행 2024년 9월
발 행 처 서울지방변호사회
발 행 인 회장 김 정 욱
주 소 06595 서울시 서초구 법원로1길 21(서초동, 변호사회관)
전 화 02) 6200-6200
홈 페이지 [http : //www.seoulbar.or.kr](http://www.seoulbar.or.kr)
인 쇄 경성문화사(02-786-2999)
* 비 매 품

제8회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서



서울지방법변호사회

06595 서울시 서초구 법원로1길 21 변호사회관
대표번호 02)6200-6200 www.seoulbar.or.kr