



제9회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서



서울지방변호사회

발 간 사



안녕하십니까.

서울지방법원 변호사회 회장 조순열 변호사입니다.

우리회는 변호사의 공익활동 참여 기회를 확대하고, 이를 체계적으로 지원하기 위해 프로보노지원센터를 설립하여 운영하고 있습니다.

그중 공익·인권 분야 연구활동 지원사업은 프로보노지원센터에서 진행하고 있는 주요 사업 중 하나로, 우리 사회의 인권 증진과 공익 실현을 위해 필요한 제도 및 정책을 연구하고자 하는 회원들을 격려하고 재정적으로 지원하는 사업입니다.

이번 ‘제9회 공익·인권 분야 연구활동 지원사업’에는 총 17개 팀이 지원하였고, 엄정한 심사를 거쳐 4개 팀이 최종 선정되었습니다.

권영실 변호사 외 5인은 ‘한국 국적 자녀를 양육하는 이주여성에 관한 연구’를, 김동현 변호사 외 3인은 ‘평화집회(peaceful assembly)의 의미와 보장 방안에 대한 연구’를, 이상현 변호사 외 8인은 ‘외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준 연구’를, 이상희 변호사 외 3인은 ‘돌봄 관련 제반 법률들의 현황과 쟁점에 관한 연구’를 각각 진행하였습니다.

각 연구팀은 현재 우리 사회가 직면한 핵심 과제들을 법제도적 관점에서 조명하였습니다. 국제결혼 증가로 불거진 이주가족의 법적 지위 문제부터 헌법상 평화집회 권리의 실질적 보장 방안, 외국인 구금 이주민의 처우 개선을 위한 인권기준 제시, 돌봄 관련 법률들의 종합적 검토를 통한 법적 연계 방안 제시에 이르기까지 각자의 전문 영역에서 심도 있게 다루었습니다.

이는 현장의 절실한 필요에서 출발한 연구로서, 단순한 학술적 탐구를 넘어 실제 법제도 발전에 기여할 수 있는 실용적 대안을 제시하고 있습니다. 이에 이러한 귀중한 연구 결과를 회원 여러분과 공유하고자 ‘제9회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서’를 발간하게 되었습니다.

본 사업에 참여하여 연구에 힘써주신 모든 분들께 깊은 존경과 감사를 표합니다.

서울지방법변호사회는 앞으로도 인권과 공익의 가치가 우리 사회 구석구석까지 스며들 수 있도록 회원 여러분의 연구와 실천을 아낌없이 지원할 것입니다. 이번 보고서가 더 많은 변호사들이 인권의 사각지대에 눈을 돌리고 제도 개선과 정책 제안을 위한 발걸음을 내딛는 소중한 이정표가 되기를 기대합니다.

감사합니다.

2025년 9월

서울지방법변호사회장 **조 순 열**

“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 제도의 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	2024. 10. 21. ~ 11. 29.	- 서울지방변호사회 및 프로보노지원센터 홈페이지 게시 - 전 회원 이메일 공지
심사 기간	2024. 12. 4. ~ 12. 19.	- 1차 심사 : 프로보노지원특별위원회 - 2차 심사 : 상임이사회
결과 발표	2024. 12. 19.	선정 회원에게 개별 연락
중간보고서 접수	2025. 3. 31.	프로보노지원특별위원회에서 중간보고서를 검토한 후 연구자에게 보완을 요청
최종보고서 접수	2025. 5. 30.	

6. 최종 선정팀 및 선정 이유

연구팀	연구 주제	선정 이유
권영실 변호사 외 5인	한국 국적 자녀를 양육하는 외국인 한부모 관련 실태조사 및 제도개선 연구	한국인과 외국인 사이의 혼인 외 자녀의 경우 여러 법적 어려움을 직면하게 됨. 특히 모가 외국인인 경우 자녀는 곧바로 한국 국적을 취득하지 못하고 인지, 출생신고, 외국인등록, 국적 취득 절차를 거쳐야 하는데, 모의 국적국에 따라 절차가 어려운 경우가 존재함. 또한 부 또는 모가 다른 법률혼 관계에 있는 경우 이주민 지원단체에서도 진행해야 하는 법적 절차에 대해 모르는 경우가 종종 있음. 이에 한국 국적 자녀를 양육하기 위해 국내에 체류하고자 하는 외국인 한부모가 겪는 어려움을 단계별 및 유형별로 분석하고, 관련 제도 개선 방안을 검토함으로써, 정부와 국회에 법제 개선의 필요성을 제시하기 위한 정책 기초자료로 활용될 뿐만 아니라, 관련 단체들이 당사자들에게 절차 및 한계 사항을 전달하기 위한 안내자료로도 활용될 것으로 기대되어 선정함.
김동현 변호사 외 3인	‘평화집회 (peaceful assembly)’의 의미와 보장 방안 에 대한 연구	헌법과 국제인권법은 집회의 자유를 기본권으로 보장하고 평화적인 집회를 중요한 요소로 인정하지만, 실제 현장에서는 집회의 자유의 범위에 대한 논란이 존재함. 특히 경찰과 지방자치단체가 집회를 불법으로 간주하고 강제 해산이나 체포를 하는 경우가 많으며, 이는 평화집회의 개념과 충돌할 수 있음. 평화집회가 소음이나 교통 체증과 같은 불편을 초래하더라도 폭력적인 행위가 아닌 한 평화집회로 인정되어야 한다는 국제적 기준이 있지만, 국내 법과 일부 언론에서는 이를 협소하게 해석하여 불법집회로 간주하는 경향이 있기도 함. 이에 본 연구는 평화적 집회의 정의와 그 적용을 논의하고, 국내 사례를 통해 문제점과 해결 방안을 제시함으로써 집회의 자유 침해에 대응하는 소송, 입법, 정책적 자료로 활용될 뿐만 아니라, 시민과 활동가 교육에 활용되어 인식 제고에 기여할 것으로 기대되어 선정함.

연구팀	연구 주제	선정 이유
이상현 변호사 외 8인	외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준 연구	구금된 사람의 인권 보호는 중요한 문제로, 구금처우가 수용자에게 달려 있어 인권침해가 발생하기 쉽고 외부에 알려지기 어려운 특성이 있음. 국제사회는 이를 해결하기 위해 만델라 규칙 등을 제정했으나, 외국인보호시설에 대한 논의는 부족했음. 또한, 외국인보호시설은 내국인과 문화적 차이가 있으며 난민심사나 출입국 문제와 연관된 특수성을 고려해야 하므로 독자적인 인권 기준이 필요하다는데 공감함. 이에 인권위와 법원, 시민사회는 외국인보호시설의 처우 개선을 위한 활동을 이어왔고, 이를 체계적으로 정리하고, 국제인권법과 해외 사례를 바탕으로 더 인권적이고 깊이 있는 기준을 제시하는 연구가 필요하다는데 동의하고, 동 연구 결과가 추후 다양한 방식으로 활용될 수 있을 것으로 기대되어 선정함.
이상희 변호사 외 3인	돌봄 관련 제반 법률들의 현황과 쟁점에 관한 연구	오늘날 돌봄은 의료, 복지, 주거 등 다양한 분야와 밀접하게 연결되어 있으며, 이를 효과적으로 다루기 위해서는 다학제적 연구와 기관 간 협력이 필요함. 그러나 현재 돌봄 관련 실천이 서로 연계되지 않은 채 분산되어 있어, 이를 규율하는 법률의 역할이 매우 중요함. 2024년 2월 통과된 ‘지역사회통합돌봄’ 관련 법률은 여전히 시행령과 규칙 마련을 위한 논의가 남아있고, 다른 법률들과의 관계도 신중하게 고려해야 함. 또한, 간병인 관련법이나 장례 관련 법률 등 돌봄과 직접 연결되지 않은 법률들 역시 돌봄과 깊은 연관이 있음. 이에 본 연구가 이러한 법률적 쟁점을 종합적으로 다루어 돌봄을 법적으로 연계할 수 있는 방안을 제시하고, 각계 전문가와 당사자들의 의견을 반영해 한국 사회의 돌봄 인식과 실천에 기여할 것으로 기대되어 선정함.

목 차

01 보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리 : 이주여성과 혼인 외 출생 한국 국적 자녀의 삶을 위한 정책 제언

I. 서론	12
II. 실태조사 개요 및 진행 경과	15
1. 서면 수집 사례	15
2. 인터뷰 대상자	17
III. 현행 규정 및 관련 사례	20
1. 자녀 출생신고 및 인지	20
2. 자녀의 체류 및 국적취득	32
3. 양육자의 체류자격	47
4. 사회보장제도	60
IV. 개선 방향 - “보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리”	67
1. 출생등록 및 신분 증명 절차 개선	67
2. 체류자격 및 국적 취득	70
3. 사회안전망 부분	74
4. 외국인아동 출생등록제도 도입	75
5. 국적법이 나아갈 방향 - 속지주의	75

목 차

02 ‘평화집회(peaceful assembly)’의 의미와 보장 방안에 대한 연구

I. 서론	78
1. 연구의 필요성 및 목적	78
2. 연구 방법	79
3. 선행 연구 검토	79
4. 용어의 사용	81
5. 연구의 구성	81
II. 평화집회에 관한 한국의 법제와 적용	82
1. 집회의 자유의 헌법적 의의와 기능	82
2. 한국의 법제상 집회·시위의 개념과 평화성의 의미	83
3. 평화 집회의 문제사안과 해외사례 분석을 통한 구체화의 요청	85
III. 해외의 평화집회의 개념과 적용	92
1. 유엔자유권규약상 평화집회의 개념과 적용	92
2. 유럽인권협약에서의 평화집회의 개념과 적용	101
3. 독일 기본법 및 연방헌법재판소 결정	111
4. 평화집회의 내용에 대한 기타 국제기구 문서	112
5. 평화집회에 대한 해외 판례 분석	116
6. 소결	123
IV. 평화집회의 보장 방안	125
1. 개관	125
2. 입법 : 법률 개정방안	126
3. 행정 : 경찰행정상 개선 방안	130
4. 사법 : 교통방해의 죄 적용의 문제	131
V. 결론	135
[붙임] 활동가 인터뷰	137
〈참고문헌〉	145

03 외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준 연구

제1장 들어가며	148
제1절 연구의 필요성 및 목적	148
제2절 연구의 범위 및 방법	150
제2장 외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준 - 쟁점별 검토	151
제1절 물리적 환경	151
제2절 시설 내 처우와 활동	193
제3절 의료와 건강	213
제4절 외부교통권	236
제5절 소수자 인권	264
제6절 질서유지 과정에서의 인권침해 방지	293
제7절 권리구제절차	315
제8절 구금의 장기화 방지	327
제3장 결론: 외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준(안)	343

목 차

04 돌봄 관련 제반 법률들의 현황과 쟁점에 관한 연구

I. 들어가며	354
1. 연구의 배경	354
2. 이론적 배경	356
II. 인터뷰와 간담회	366
1. 인터뷰	366
2. 인터뷰 내용에 대한 간담회 논의	381
III. 관련 법률의 개괄과 동향	385
1. 관련법 개괄	385
2. 세부 조항 분석	411
IV. 나가며	437
〈참고문헌〉	440

01

보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리 : 이주여성과 혼인 외 출생 한국 국적 자녀의 삶을 위한 정책 제안

고명숙 (이주와 가치)

권영실 (재단법인 동천)

김민정 (남서울이주여성상담소)

이은혜 (아시아의 창)

이진혜 (이주민센터 친구)

허오영숙 (한국이주여성인권센터)

I. 서론¹⁾

1) 한국사회는 비혼 출생률이 매우 낮은 나라로, 결혼을 통한 법률혼을 기본으로 그 안에서 자녀를 낳아 가족을 이루는 것을 이른바 ‘정상가족’으로 전제하는 제도적 관행이 매우 강하다. 이 제도적 관행이 국제결혼과 맞물렸을 때 다문화가족이 된다. 2) 한국에서 제도적으로 권리의 주체는 한국 국적자인 ‘국민’이다. 그래서 사회복지 지원체계는 기본적으로 국민을 대상으로 한다. 외국인은 한국인과 법적 혼인 관계, 한국 국적자의 부모 등 제한적인 경우에 한하여 사회복지 지원체계에 편입된다. 법률혼 중심의 제도 구성은 그 자체로 혼인 여부에 따른 차별을 발생시킬 뿐만 아니라 정상가족 이데올로기를 강화하는데 기여한다.

이 보고서는 위의 1)과 2)가 맞물리지 않는 경우를 다룬다. 한국남성과의 사이에서 자녀를 낳았으나 법률혼 관계가 아닌 이주여성과 그 자녀가 대상이다. 한국에서 비혼출산하는 ‘한국 국적자 + 외국 국적자’의 자녀 수가 얼마나 되는지 확인할 수 있는 통계는 없다. 통계청이 발표하는 출생통계에는 법적 혼인상태별로 구분된 통계를 포함하고 있는데, 외국인에 대한 별도의 언급이 없다. 참고로 2023년 출생아 비중은 혼인 중이 95.3%, 혼인 외가 4.7%이다(통계청, 2023년 출생통계 보도자료). 한편 2023년 다문화 인구동태 통계에 따르면 전체 출생에서 다문화 출생이 차지하는 비중은 5.3%이다(통계청, 2023년 다문화 인구동태통계 보도자료). 이 통계에서 다문화 부모는 부모 중 한 명이 외국인 또는 귀화자인 경우 또는 부모 모두 귀화자인 경우를 다루고 있지만, 법적 혼인상태별로 구분하여 제공하지 않는다. 따라서 얼마나 많은 이주여성들이 한국남성의 아이를 비혼 출산하는지 알 수 없다. ‘통계 없음’은 정책의 부재와도 연결된다. 이주여성의 비혼 출산, 재생산권과 관련된 제도와 정책은 공백 상태나 다름없다. ‘제도 없음’은 정책 의지의 중요한 표현이기도 하다. 제도적 공백을 개인의 힘으로 돌파해야 하기 때문이고, 여기에 국가의 책임이 존재하기 어렵기 때문이다. 한편, 한국 정부는 2~30대 이주여성이 생애주기에서

1) 연구팀은 2025.5.30. ‘보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리: 이주여성과 혼인 외 출생 한국 국적 자녀의 삶을 위한 정책 제안’ 공개 토론회를 개최하였다. 이날 토론회에서 토론자로 참석하신 박수진 변호사(법무법인 혜석), 김순남 공동대표(가족구성권연구소), 장주영 연구위원(이민정책연구원)의 의견을 반영하여 보고서를 수정, 보완하였다.

결혼, 임신 혹은 임신중지, 출산 및 양육의 시기와 맞물린다는 것을 고려하지 않는다. 김순남은 생애주기 관점의 부재가 이주여성이 한국에서 함께 살고, 돌보고, 출산을 하고, 가족을 만들 수 있고, 나이 들어가는 이주민의 생애에 대해 제도적인 지원이나, 체계에 대한 공백을 정당화 해왔고, 오직 체류관리의 대상으로만 분류되어져 왔다고 비판한다.

한국 정부가 1991년에 비준한 UN 아동권리협약은 ‘아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적취득권을 가진다’고 규정하고 있다. 하지만 한국에서 비혼출생 이주배경 아동들은 출생등록은 물론 국적 취득권을 향유하지 못하고 있다. 출생등록부터 난관이기 때문이다. 이주여성들의 비혼출산은 법률혼 밖에서 출산하였다는 이유로 출생등록 절차가 복잡하고 어렵다. 혈통에 따른 국적 부여를 원칙으로 하는 속인주의 국가인 한국에서 자녀 생부의 한국 국적 여부는 매우 중요하다. 국적자의 자녀로서 한국 국적을 취득해야 한다면, 그 자녀가 한국인의 아이임을 입증할 책임을 기본적으로 여성이 가지게 된다. ‘아직 한국 국적자가 될 수 없는 신생아’에 대한 양육지원과 사회복지 지원이 없는 상태임은 물론, 체류마저 안정적이지 않은 상태에서 신생아의 출생등록부터 필요한 행정절차에 대한 책임은 1차적으로 이주여성에게 전가된다. 출산 직후로 생계를 유지할 수 없는 상태가 되는 것은 말할 것도 없다. 제도밖이라는 이유로 국가를 비롯하여 누구도 정책적, 사회적 관심과 책임을 지지 않기 때문이다. 출산한 순간, 이주여성은 어머니라는 이유로 모든 것을 개인적으로 해결해야 할 책임만 강조되는 상황이 발생한다. 이러한 상황은 모든 아동이 차별받지 않아야 하는 비차별의 원칙을 명백하게 위배하는 것이기도 하다.

‘제도적 공백’의 상황에서도 이주여성과 자녀들의 삶은 지속된다. 이주여성과 현장 활동가들이 공백이나 다름없는 제도에 벽을 두드려가며 이주여성과 자녀의 삶을 안정화하기 위한 노력을 한다. 그러나 절차를 밟는 과정에서 만나게 되는 각각의 공공기관들은 제도를 모르거나 방어적으로 해석하여, 이들의 어려움을 가중시키기도 한다. 이 모든 과정을 거쳐야 하는 비혼 출산 이주여성들에게 시간과 돈, 관계망이라는 자원은 필수적이다. 자원이 없는 여성들은 이 과정을 포기할 수밖에 없고, 그 결과 여성과 아동은 더 힘겨운 사각지대에서 보이지 않는 존재로 살아가게 된다. 이것은 누구의 책임인가?

이 보고서는 비혼출산 이주여성을 지원하며 문제의식을 가졌던 활동가들이 현장을 기록하는 작업의 일환이다. 제도적 공백이나 다름없는 상황에서 좌충우돌하며 돌파하고자 했던 과정에서 알게 된, 현장 지원에 도움되는 정보들을 정리하고 알리는 작업이기도 하다. 또한, 비혼출산 이주여성에 대한 ‘제도 없음’ 상태를 유지하는 한국 정부에 대한 비판적 기록이기도 하다. 동시에 지원과정에서 마주했던 제도적, 정책적 한계와 대안을 다른 현장 활동가들과 함께 토론하고 싶은 의지의 표현이기도 하다.

이 글은 서론을 포함하여 4장으로 구성하였다. 다음 장에서는 조사의 개요를 다룬다. 3장은 한국인의 자녀를 출산하는 비혼 이주여성에 대한 현행 규정 및 관련 사례, 4장은 제도 개선에 대한 제안을 다루고 결론으로 마무리한다.

II. 실태조사 개요 및 진행 경과

1 서면 수집 사례

비혼 이주여성이 한국 국적 남성과의 사이에서 출산한 다양한 사례를 표집하기 위해 전국에서 사례를 수집하였으며, 이주여성의 출신국도 다양하게 하기 위해 노력하였다. 실태조사에 담은 사례는 2024년 12월부터 2025년 2월까지 전국의 폭력피해이주여성쉼터, 이주여성 상담소, 이주여성 지원기관에 협조 요청하여 수집하였다. 사례 수집은 국민의 혼인 외 자녀를 양육하는 외국인 한부모 관련하여 법률지원을 하였거나 현재 진행중인 사건을 대상으로 하였으며, 그 중에서 본 연구에 적합하고 공개가 가능한 사례를 선택, 표본으로 하였다.

이주여성들의 체류자격은 결혼이민(F-6)으로 입국하였다가 미등록이 되거나, 단기방문(C-3), 유학(D-2) 체류자격으로 입국하였다가 미등록²⁾이 된 사례 등 다양한 입국 경로를 담으려고 노력하였다. 사례자 대부분이 미등록 상태에서 아이를 출산하였으며, 현재도 미등록으로 있는 경우가 많다. 법률지원을 통하여 현재는 방문동거(F-1) 또는 기타(G-1) 체류자격으로 변경한 경우도 포함하였는데 어떠한 과정을 거쳐서 체류자격을 취득하게 되었는지 알아보고자 하였다. 또한 사례자 모두 아이를 양육하면서 어려움은 없는지에 대해서 알아보고자 하였다. 개인정보 보호를 위해 A, B 등으로 표기하였다.

순번	체류자격	이름	개요
〈사례 1〉	미등록	A	미등록 체류 중 자녀 친부를 만나 임신함. 자녀 출산후 폭력등으로 별거함. 별거 중 자녀의 친부가 사망함. 아이 친부의 전처와 사이에서 태어난 한 아이의 유전자 검사를 통하여 인지청구 등을 통해 자녀의 출생신고 후 국적취득 절차 진행중. 자녀 의료보험, 정부 지원 없음. 여성은 혼자서 양육도 해야 하는 상태여서 아르바이트를 하면서 생계와 양육을 병행. 출입국관리사무소를 찾아가서 범칙금이 얼마인지도 물을 수도 없는 상황이라며 절망하고 있는 상황.

2) 출입국관리법상의 체류기간을 어긴 것은 사실이나 노동이나 그 삶이 불법인 것은 아니기에 인권을 무시하는 ‘불법 체류자’라는 표현보다는 출입국관리법상 등록이 되지 않았다는 의미의 ‘미등록 이주민’이라는 표현을 사용한다.

순번	체류자격	이름	개요
〈사례 2〉	미등록 → F-6	B	미등록 체류 중 자녀 친부를 만나 동거함. 친부가 수감된 이후 미혼모 시설에서 출산함. 이후 유전자 검사를 하고 수감되어 있는 친부와 혼인신고함. 출입국에서는 수감을 이유로 직접 유전자 검사를 다시 해야 하는데 인력부족으로 출소 진행해야 한다고 했다가 다시 외국인 등록 및 국적신고함. 범칙금 50% 감면해줌. 주변의 지인들에게 돈을 빌려서 범칙금을 납부하고 F-6 비자를 받음.
〈사례 3〉	미등록 → F-6	C	전남편과 협의이혼 후 미등록으로 있다가 자녀 친부를 만남. 친부는 낙태를 강요했다가 연락두절. 출산 후 친부가 찾아와 폭행으로 쉼터 입소. 자진출국신고 후 인지소송 진행을 이유로 출국기간을 연장하다가 인지신고 완료. 범칙금 감면 탄원서 제출하고 출입국청에서 외국인 인권보호 및 권익증진협의회에 상정되어 F6체류자격 받음.
〈사례 4〉	C-3 → 미등록	D	C-3 비자로 입국하여 미등록 상태에서 한국 남자를 만나서 동거를 하다가 아이 출산. 자녀의 출생신고가 본국에서만 이루어졌고 친부가 미등록 신분을 이유로 여성을 협박하였고 자녀의 한국국적 취득문제와 친모의 비자 발급 문제를 해결을 목적으로 시설에 입소함. 이후 인지소송 통해 한국 국적 신고함. 친모 초과 체류에 대한 범칙금 2500만 원 중 30% 감면받아 1750만 원 납부함. 자녀 보육료 지급에 필요한 국민행복카드 발급 등 어려움.
〈사례 5〉	미등록	E	일하러 입국하였다가 한국 남성을 만나서 동거를 하였고 명의 자녀를 출산 함. 첫째 아이만 본국에 출생신고를 하였고 둘째와 셋째는 신고조차 못하여 무국적으로 남아있는 상황. 자녀 친부는 방임. 현재는 인지청구 소송 중. 아이들이 어려서 친모가 일을 할 수도 없는 상황 이어서 범칙금은 전혀 납부 불가능한 상황.
〈사례 6〉	F-1 → 미등록	F	F-1으로 입국하였다가 친언니가 이혼을 하게 되면서 경제적 활동을 같이 하다가 미등록이 됨. 미등록 중 한국남성을 만나서 혼인하고 임신한 상황에서 자녀의 친부가 사망함. 시어머니와 섬에서 살고 있다가 보호시설로 연계됨. 범칙금이 많이 나올것이라는 두려움 때문에 여성은 출입국관리사무소에 가서 문의를 해볼 생각도 못했었다고 함. 출산에 따른 병원비에 대한 우려도 큰 상황에서 시설의 도움을 받아서 출입국에서 출산을 위해 G-1 발급, 미등록 체류 범칙금은 면제, 여권신고기간 경과는 출입국에서 일부 지원을 받음.
〈사례 7〉	미등록 → F-6	G	미등록 상태에서 자녀 친부를 만나 임신 중인 상태에서 자녀 친부가 수감됨. 쉼터에 입소하여 쉼터에서 자녀 출생등록과 국적 신청 등 지원. 자녀 출생등록과 국적 신청을 위해 유전자 검사 등 출입국에서 교도소에 협조 요청하여 유전자 채취함. 과정에서 출생등록 기간이 초과하여 관련 과태료 납부. 미등록 기간에 대한 범칙금은 50% 감면 받음. 자녀의 보호자 중 친부는 수감 상태, 모든 비공개 시설인 쉼터 거주 중이라 자녀의 주민등록 주소지가 불분명한 문제가 발생함.
〈사례 8〉	D-2 → 미등록 → G-1-3	H	유학비자로 한국에 입국, 한국 남성과 교제 중 임신. 자녀 친부는 임신사실 알게 된 후 연락두절 됨. 무슬림이 지배적인 국가 출신으로 혼인의 임신에 대한 원가족의 비난을 받으며, 원가족의 지원을 기대할 수 없는 상태가 됨. 미혼모 시설에서 출산 후 쉼터 입소. 출신국은 미혼모의 출생등록이 어려운 국가로 대사관에서 출생등록이 안되어 현지에서 가족이 출생신고 진행함. 인지청구 소송을 통해 출생등록 후 한국 국적 신청하였음. 이후 이주여성의 체류자격 변경 예정.

순번	체류자격	이름	개요
〈사례 9〉	E-9 → G-1	I	고용허가제 E9 노동자로 입국. 한국 남성의 성폭력으로 임신. 쉼터 입소 후 출산 지원. 그 사이 자녀 친부는 다른 불법촬영 사건으로 수감중. 여성의 출신국은 지자체마다 미혼여성의 해외 자녀 출생등록 절차가 달라, 시간이 오래 걸리고 어려웠음. 친부를 상대로 인지청구 소송 진행. 이후 자녀 한국 국적 취득. 비공개 시설인 쉼터 생활인으로서 자녀 주민등록 주소지 문제가 됨. 쉼터에 입소해 있으면서 생활 지원은 가능했으나 자녀 및 여성의 의료비, 어린이집 지원 등 정부 지원이 불가능하여 외부 기금과 후원으로 의존해야 하는 어려움.
〈사례 10〉	F-6	J	한국 남성과 교제 중 임신을 하여 서둘러 결혼을 하게 됨. 직업적인 이유로 부부는 각각 다른 지방에 거주하는 상태였음. 자녀 출생 후 결혼비자 연장을 위해 간 출입국에서 부부 별거를 이유로 자녀의 유전자 검사를 요구 받음. 유전자 검사 결과 현 남편의 자녀가 아님을 알게 됨. 자녀 친부를 찾는데 시간이 오래 걸림. 자녀 친부의 소재가 불명확하거나 모르는 경우에 대한 국내 출생신고 방법이 없음. 자녀 친부 확인 후 여성 출신국에 출생신고 하였고, 남편은 친생부인소송을 제기하였음.

2 인터뷰 대상자

본 연구에서 다루고자 하는 문제점을 잘 드러나게 할 수 있는 사례자에 대해서는 심층 인터뷰를 진행하였다. 심층 인터뷰는 2025년 2월부터 4월까지 총 8명을 인터뷰 하였으며, 6명은 이주여성 당사자이고, 2명은 미등록 이주여성이 한국인 자녀를 양육하는 사례를 직접 지원하였던 활동가이다. 활동가 인터뷰를 통해 현장의 실태와 더불어 제도적 대안을 모색하고자 하였다. 인터뷰는 본 연구의 목적을 정확히 인지하고 있는 연구팀의 구성원들이 직접 진행하였으며, 개인정보 보호를 위해 구체적인 정보는 비공개로 하였다. 심층 인터뷰 내용의 사례별 쟁점을 간단히 키워드로 정리하면 아래의 표와 같다. 당사자들은 대부분 ‘미등록 기간 동안의 범칙금 면제’와 ‘일할 수 있는 체류자격 부여’가 공통적으로 절실한 상황이었다.

〈당사자〉

순번	체류자격	이름	개요
〈사례11〉	미등록	K	혼인으로 입국하였으나 곧 협의이혼 하였고 본국에는 이혼신고를 할 수 없었음. 체류자격이 있는 동안 만난 다른 한국인 남성과 관계가 지속되었고, 그 사이에서 자녀가 둘이 생김. 첫째 자녀는 출생 후 친부와 함께 필리핀 대사관에 가서 출생신고를 하였고 이후 본국의 지인을 통해 출생증명서를 받았음. 둘째 자녀는 혼자 대사관에 가서 친부에 대한 정보 없이 출생신고를 하였으나 출생증명서를 받지 못함. 여성은 친부가 한국인인 경우 자녀들이 한국 국적을 받을 수 있다는 사실을 알게 되어 친부에게 아이들이 한국 국적을 받을 방법이

순번	체류자격	이름	개 요
			있다고 알렸지만, 친부는 계속 아이들을 본국으로 보내자고만 했기에 결국 헤어졌고, 현재 시설에 입소한 후 인지청구 및 양육비 청구 소송 진행 중. 친모 범칙금 문제, 자녀 국적 취득 전 보육료 문제 등으로 힘든 상태임.
〈사례12〉	미등록	L	미등록 상태에서 혼인중인 남성과의 사이에서 아이 2명 출산. 첫째만 사랑이법 ³⁾ 으로 출생신고가 되어 있어서 외국인 친모와 친생관계존재 확인의 소 진행중이고 둘째는 인지소송 중. 현재는 아이들 친부와 헤어진 상태여서 양육비도 못받으면서 아이들 양육하고 있어서 범칙금 부담이 너무 큼.
〈사례13〉	E-9 → F-1	M	E-9노동자로 체류하던 중 한국 남성을 소개받고 잠시 만나다가 헤어진 후 다시 만나자는 연락이 와서 결혼준비를 하면서 동거하던 중 임신함. 임신 사실을 안 남자친구가 낙태를 강요하여 헤어지게 됨. E-9이었으나 당시 회사가 폐업하고 임신도 하여 G-1으로 변경함. 출산 후 본국으로 돌아가기 위해 자녀의 여행증을 만들려고 하였으나, 아이 생부가 한국인이라고 하니 안된다고 하여 귀국하지 못함. 친부에게 도움을 요청했으나 거절해서 결국 인지청구 소송하면서 G-1연장하고 아이도 F-1받았음. 인지 후 아이는 국적취득 했으나 본인은 F-1과 체류자격외 활동허가를 받음. 헤어지고 다시 만나는 사이 친부가 베트남 여성과 혼인했었기에 중혼적 사실혼으로 F-6 거부됨. 체류자격외 활동허가로 일을 하고 있지만 힘든 점이 많음. 자녀 인지절차 및 국적취득을 통해 아이를 한국에서 안정적으로 양육하고 싶어함.
〈사례14〉	미등록	N	사랑이법으로 친부가 아이 출생신고를 함. 그러나 친모는 미등록 상태이고 폭력적인 친부와 더 이상 살고 싶지 않아서 혼자서 시설의 도움을 받으며 체류문제를 해결하고자 하지만 출입국관리사무소는 여성이 전혼인이 해소되기 전에 아이를 가졌다는 이유와 여성의 이혼을 도왔던 법률사무소를 신뢰할 수 없다는 이유로 여성을 의심하는 상황임. 여성은 아이를 양육하면서 일할 수 있는 비자를 받아서 양육하고 싶은 것이 소원임.
〈사례15〉	미등록	O	자녀 인지청구 이후 친자확인부터 국적취득까지 비협조적인 출입국, 행정복지기관으로 인해 어려움을 많이 겪음. 지원하는 기관의 도움 없이 혼자서는 힘들었던 상황. 아이는 어렵게 한국국적을 받았으나 양육자인 엄마는 여전히 미등록 상태로, 아이의 아파와는 사실혼 관계에서 헤어졌고 아이의 아빠는 재혼한 상태이기에 아이를 만나지도 않고 양육비 지급에 대해서는 언급도 하지 않음. 여성은 앞으로 한국에서 안정된 비자를 받아서 아이를 양육하고 싶어하지만 현재로서는 범칙금 납부도 못하는 상황임. 일할 수 있는 비자 발급이 시급하며 이후에도 양육비 등 실질적 보장에 대한 빠른 지원대책 필요.
〈사례16〉	난민신청자 (G-1)	P	한국인 남성 사이에 아이가 생겨 임신 중. 혼인신고를 하고자 하였으나 미혼증명서가 없다는 이유로 혼인신고수리 거부됨. 난민 신청중인 상황에서 본국에 갈 수 없는데도 예외없이 미혼증명서를 요구해서 혼인신고를 못하고 있는 상황.

3) 2021년 6월 시행된 민법 개정안으로, 미혼부가 직접 자녀의 출생신고가 가능하도록 만든 법이다. 모의 인적사항 없이 출생신고를 할 방법이 없어 자녀의 출생등록 될 권리가 침해된 상태가 유지되는 문제를 해결하기 위해 도입된 제도이다.

활동가 인터뷰는 상담소와 보호시설에서 활동하고 있는 활동가를 대상으로 함으로써 당사자들이 이용하는 기관의 성격이 겹치지 않도록 하였다. 인터뷰에 응했던 활동가들은 당사자 사례에 속해 있는 사건을 맡아서 진행했거나 진행 중이기 때문에 사건진행 중 나타났던 문제점을 이야기해줄 수 있는 적합한 대상자로 보았다. 활동가 2명에 대한 인터뷰를 진행하였으며, 이들 또한 개인정보 보호를 위해 구체적인 활동기관과 이름은 비공개하였다.

〈활동가〉

순번	단체	이름	개요
〈사례17〉	상담소	Q	한국인의 혼인외자를 양육하고 있는 이주여성은 체류여부와 무관하게 한국사회가 제공하고 있는 사회 전달체계 또는 법적 보호장치로 들어오는 과정에서 어려움을 겪음. 모든 사회 제도가 한국 국적자 중심으로 되어 있으며, 특히 가족관계 등록과 관련된 법은 한국 사회가 얼마나 외국 국적자들에 대해 준비가 안 되어 있는지를 보여줌.
〈사례18〉	보호시설	R	아동 지원 체계가 한국 국적자 중심으로 되어 있는 것에 대한 답답함. 법원, 변호사 모두 이주여성, 이주아동의 상황에 대한 배려가 없는 것처럼 느껴지고, 법원과 관공서 모두 보호시설에 대한 이해가 부족함. 사랑이법이 좋은 의도로 만들어졌는데도 불구하고 악용되는 것을 알고 놀람.

Ⅲ. 현행 규정 및 관련 사례

1 자녀 출생신고 및 인지

가. 출생신고

1) 아동의 출생등록

아동이 태어나면, 가장 먼저 출생신고를 해야 한다. 출생신고란 아동의 출생과 관련한 사실을 등록 관서에 신고하는 행위이다. 외국국적의 모가 자녀를 출산한 후 한국에서 출생신고를 할 수 있는 방법에는 두 가지가 있다. 1) 자녀의 출산 당시 모가 한국 국적인 부와 법률혼, 즉 혼인신고를 완료한 상태이거나, 2) ‘태아인지’ 즉 자녀가 출생하기 전 한국 국적의 부가 출생할 자녀가 자신의 친생자임을 미리 신고한 경우에는 친부가 자녀가 출생하였을 때 출생신고를 할 수 있다(태아인지에 대해서는 아래에서 보다 상세히 설명한다).

출생신고를 하기 위해 필요한 서류 중 하나는 병원의 ‘출생증명서’다(가족관계등록법 제44조 제4항). 의사 외에 조산사도 출생증명서를 발급할 수 있다. 119를 불러 도움을 요청한 경우, 119의 구조구급활동상황일지를 첨부하는 것도 가능하다. 북한이탈주민의 경우, 통일부장관이 발행한 북한이탈주민 신원 사실관계 확인서를 첨부할 수 있다. 국외에서 출생한 경우, 외국 관공서 등에서 발행한 출생신고사실을 증명하는 서면을 첨부할 수 있다.

출생증명서 또는 이에 갈음하는 첨부서류를 발급받을 수 없는 경우에는 가정법원에 출생사실의 확인을 구하여야 한다(가족관계등록법 제44조의2). 가정법원은 지방자치단체, 경찰 등 필요한 행정기관 및 단체, 사람 등으로부터 자료를 제출받아 출생사실의 확인을 할 수 있으며, 그 절차는 ‘비송사건절차법’을 준용한다.

[가족관계등록예규 제429호 ‘한국인과 외국인 사이에서 출생한 자녀에 대한 출생신고 처리방법’]
한국인과 외국인 사이에서 출생한 자녀에 대한 출생신고는 아래 예에 따라 처리해야 한다.

1. 한국인 남자와 외국인 여자 사이의 출생자

가. 혼인중의 자인 경우

부(부) 또는 기타 출생신고 의무자(국내에 거주하는 외국인 모를 포함한다)의 신고로써 가족관계등록부를 작성한다(특정등록사항란에 부모의 성명을 기록하여야 한다).

나. 혼인외의 자인 경우

부(부)의 출생신고만으로 가족관계등록부를 작성할 수 없으며 따로 외국인(대한민국 국민이 아닌 사람)에 대한 인지절차에 따라 부(부)가 인지신고를 한 다음 자녀가 국적법에 따라 법무부장관에게 신고함으로써 국적을 취득하거나(미성년인 경우) 법무부장관으로부터 귀화허가를 받은 후(성년인 경우), 국적취득 또는 귀화허가통보가 된 때 가족관계등록부를 작성할 수 있다. 따라서 외국의 국적을 취득하지 않은 출생자에 대한 출생신고를 수리하여 특종신고서류편철장에 편철한 후 자녀가 우리나라 국적을 취득하여 그 가족관계등록부를 작성할 때 출생사유를 기록한다. 다만, 태아인지 신고된 피인지는 그 부(부)의 출생신고로써 가족관계등록부를 작성할 수 있다.

외국국적의 모가 한국국적의 남편과 혼인 후 이혼이 성립하기 전 기간 중 제3의 한국국적 남성과의 사이에서 자녀가 출생한 경우, 혹은 이혼신고 후 얼마 되지 않아 자녀가 출생한 경우에는 민법상 친생추정에 의해 출생아동은 (전)남편의 자녀로 추정된다. 이 때 모는 (전)남편의 자녀로 아동을 출생신고할 수 있다. 그러나 이후 친생부인의 소, 친생부인허가청구 등을 거쳐 아동의 친생부를 인지하는 과정에서 자녀의 가족관계등록부가 폐쇄될 수 있음을 염두에 두어야 한다.

[타인의 자녀로 친생추정 되는 경우 인지청구 사례]

이주여성 K는 2010년 한국인 남편을 만나 결혼했지만 얼마 되지 않아 이혼하였다. 한국에서 협의이혼 하였지만 국적국에는 이혼 제도가 없어 이혼 사실을 등록하지 못하였다. 2011년경, 체류자격이 만료되고 미등록 체류자가 되었다. K는 2011년 직장에서 아이들의 친부를 만나 12년간 교제하였다. 2019년 첫째가 태어나고, 2024년 둘째가 태어났다. 친부는 알고 보니 결혼한 상태였고, 자녀들에 대한 인지신고를 하지 않고 아이들을 국적국으로 보내라고 하여 헤어졌다.

K는 친부를 상대로 인지청구의 소를 제기하여 승소하였다. 그러나 국적국을 기준으로 전남편과 혼인한 상태에서 자녀를 낳았으므로, 자녀의 친부가 전남편으로 추정되는 상태였다. 따라서 전남편이 친부가 아니라는 내용의 소송을 하여야 했다. 인지청구의 소를 통한 자녀의 인지신고 시에는 모의 미혼증명서를 제출할 필요가 없다고 알려져 있지만, 해당 구청에서는 모의 미혼증명서 내지는 모의 서류상 남편에 대한 친생부인판결을 요구하였다. 이에 K는 인지청구에서 승소한 이후에도 친생자관계부존재확인 소를 진행 중이다. <사례 11>

[타인의 자녀로 친생추정 되는 경우 미혼부 출생신고한 사례]

이주여성 N은 한국 국적의 전남편과 별거 및 이혼 소송을 진행하던 중, 아이의 아버지 김씨를 만나 연애하고 임신하게 되었다. 이혼이 완료되지 않은 상황에서 임신한 자녀에 대해서는 친생추정이 미치므로 전남편의 자녀로 출생신고 하여야 한다는 것을 알고, 김씨는 이주여성이자 어머니 N의 존재를 숨긴 채 자신의 자녀로 미혼부 출생신고를 하였다.

N은 현재 쉼터에서 아이를 키우며 일을 하고 있다. 미등록 상태라 너무 불안하지만, 아이는 한국 국적이 있어 보육료 지원을 받아 어린이집에 갈 수 있다. N이 아이의 친모로 체류자격을 부여 받기 위해서는 가족관계를 인정받아야 하는데, 그러기 위해서는 아이의 가족관계등록부를 폐쇄한 후 인지 국적취득으로 재창설해야 한다. 그러나 이미 출생신고가 되어 있어 부에 대해 인지청구를 할 수 없다. <사례14>

2) 모의 국적국에 대한 출생신고

외국국적의 모가 한국국적의 부와 혼인신고를 하지 않은 상태에서 자녀를 출산한 경우, 해당 아동의 출생신고는 모의 국적국에 하여야 한다. 현재까지는 외국인 아동의 출생등록제도가 마련되어 있지 않기 때문이다.

문제는 한국에 체류하면서 미혼모부가 자녀를 출생신고 하는 것이 어려운 국가가 많다는 점이다. 대한민국을 포함한 여러 국가에서 혼인 외 자녀(child out of wedlock)에 대해 속인주의 방식으로 모의 국적을 부여한다고 알려져 있으나 그렇지 않은 국가도 다수 존재한다.⁴⁾ ‘플랜 인터내셔널의 보고서에 따르면, 라오스, 네팔, 파키스탄의 일부 지역에서는 출산한 여성이 아닌 집안의 가장이 출생신고 의무자이며, 브라질, 도미니카 공화국, 에콰도르와 수단에서는 어머니가 아닌 아버지가 출생신고의 일차적 의무자이며 아버지가 없는 경우에만 모가 출생신고를 할 수 있다.⁵⁾ 그 외에도 문화적으로 미혼모에 대해 수치심과 낙인을 부여하는 것으로 알려진 국가들도 다수 존재한다. 이런 국가의 주한 대사관에서는 법 제도상 미혼모가 출생신고를 할 수 있더라도 신고 수리를 거부하는 일이 종종 발생한다.

[국가별 출생신고 제도]

<중국>

중국의 국적법은 복수국적을 허용하지 않는다. 한국에 정착하여 살고 있는 한국인 부 - 중국인 모 사이의 법률혼 관계에서 출생한 자녀의 경우, 출생에 의하여 한국 국적을 취득하므로 중국 국적은 갖지 못한다. 그러나 중국인 모의 혼인 외 자녀로 출생한 경우에는 중국 국적을 취득할 수 있다. 중국인의 출생신고는 대사관에서 할 수 없고, 출생 아동이 대사관에서 여행증명서를 발급 받아 부 또는 모의 호구 지역 관할 파출소에 직접 방문하여야 한다.

<캄보디아>

캄보디아 국적의 여성은 외국인과 혼인하고자 하는 경우 외국에 먼저 혼인신고를 할 수 없고, 반드시 캄보디아에 먼저 혼인신고를 하여야 한다. 그로 인해 해외에서 만난 배우자와 혼인을 하기 전 자녀를 출산하게 되는 경우가 많다. 출생신고 역시, 대사관에서는 출생신고를 할 수 없으며 중국과 마찬가지로 직접 관할 관공

4) 가령 아랍에미리트의 경우, 2022년 비로소 미혼모가 자녀를 출생신고할 수 있는 법안을 통과시켰다.
<https://uaelegislation.gov.ae/en/legislations/1595> 참조.

5) 플랜 인터내셔널(Plan International), Mother to child, 2012, 9쪽.

서를 방문하여야 하며, 재량에 따라서 본국 거주중인 친척 등의 대리 신고를 받아 주기도 한다.

〈네팔〉

네팔인 모와 외국국적자 부 사이에서 출생한 자녀의 경우, 2023년 네팔 개정 시민권법에 의하면 아버지가 외국국적자인 경우 혈통에 의한 시민권 취득은 불가하며 귀화에 의한 시민권 획득만 가능하다. 이런 사유로 UN아동권리위원회에서 2016년 발간한 네팔 아동 권리에 관한 보고서에도 외국인국적 남성과 네팔국적 여성사이에 태어난 자녀가 성인이 될 때까지 무국적 상태에 놓일 위험이 있다는 우려를 표한 바 있다.

미혼모부의 상황으로 인하여 국적국에 출생신고를 하지 못하는 경우도 있다. ‘난민법’에 따른 난민신청자의 경우가 대표적이다. 본국의 박해를 피해 한국에 입국하여 박해를 받을 공포를 입증하여야 하는 난민신청자에 대해 국적국은 조력을 거부하기도 하며, 한국에 입국하여 체류 중이라는 사실 자체가 알려지는 경우 본국의 가족 등에게 박해가 가하여질 위험에 처하는 국가도 존재한다. 이런 경우, 미혼모부는 국적국 대사관을 통해 출생신고를 할 수 없다.

대한민국에 대사관, 영사관 등이 없어 출생신고를 하지 못하는 국가도 있다. 대한민국에 상주 공관이 없는 국가로는 라이베리아, 레소토, 말라위, 말리, 모잠비크, 몰도바, 베냉, 보스니아 헤르체고비나, 보츠와나, 북마케도니아, 아이슬란드, 아이티, 에리트레아, 예멘, 우간다, 자메이카, 지부티, 자메이카, 지부티, 코소보, 팔라우, 팔레스타인, 기니비사우, 나미비아, 도미니카연방, 모리셔스, 바하마, 부룬디, 사모아, 소말리아, 시리아, 알바니아, 적도 기니, 콩고 공화국, 키프로스, 토고, 몬테네그로, 세인트루시아, 나우루, 키리바시, 세인트빈센트 그레나딘 등이 있다. 인근 국가, 즉 중국 또는 일본에서 대한민국 관련 업무를 겸임하는 곳도 있지만, 인근 국가에도 재외공관이 없는 국가도 있다.

3) 인지의 효력이 있는 친생자 출생신고

가) 친생자 출생신고의 의미와 효력

혼인 외의 자에 대해서는 모, 즉 어머니가 1차적 신고의무자이다. 부가 혼인 외의 자녀에 대해서 친생자 출생신고를 하는 경우, 그 신고는 인지의 효력이 있다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제57조 제1항). 부가 하는 친생자 출생신고에는 원칙적으로 모의 인적사항, 즉 모의 이름, 국적, 주소, 주민등록번호, 그리고 모의 미혼증명서 등이 포함되어야 한다. 혼인 외의 자녀의 출생 당시 모가 외국국적인 경우, 부가 인지의 효력이 있는 친생자 출생신고를 하더라도 가족관계등록부가 바로 창설되지는 않는다. 부가 인지의 효력이 있는 친생자 출생신고를 한 이후 국적법에 따라 법무부에 그 인지에 의한 국적취득 신고를 하고, 국적취득사실이 출생신고 소관 부서에 통보된 이후 비로소 친생자 출생신고서의 내용에 따라

가족관계등록부가 창설된다(‘가족관계등록예규 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제57조에 따른 가정법원의 확인절차 및 신고 등에 관한 사무처리지침’ 참조).⁶⁾

친생자 출생신고는 모가 국적국에 자녀의 출생신고를 하는 것이 불가능한 경우에도 활용할 수 있다. 인지신고는 자녀의 인적사항이 국적국의 출생증명서, 여권 등을 통해 특정되어야 할 수 있지만, 친생자 출생신고는 ‘출생신고’이기 때문에 본국 여권 제출 등은 불필요하다. 외국국적 모의 인적 사항이 기재되고, 이를 증명하는 첨부 서류를 갖춰 제출하면 수리증명원을 발급받을 수 있으며, 이 친생자 출생신고 수리증명원을 법무부에 인지에 의한 국적취득 신고시 제출할 수 있다. 그러나 친생자 출생신고 수리증명원은 신고인 본인만이 재발급 신청을 할 수 있어, 국적취득 신고 과정에서 필요한 서류를 발급받는 데 어려움을 겪기도 한다.

친생자 출생신고는 인지신고서와 달리 친권자 지정 협의사항을 기재할 수 없다. 민법 제909조에 의하면 혼인 외의 자가 인지된 경우 부모의 협의로 친권자를 지정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이뤄지지 않을 때에는 가정법원이 직권 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정하여야 한다. 혼인 외의 자에 대하여 친권을 지정하지 않는 경우 자녀의 기본증명서에 친권에 대한 사항이 기록되지 않고, 모가 자녀를 단독 양육하고 사실상 친권을 단독 행사하는 경우에도 공동친권자로 간주되어 법정대리인의 동의를 요하는 여권 발급, 해외 출국 등 과정에서 부의 동의를 요하는 문제가 발생한다. 따라서 출생신고서와 별도로 친권자지정신고서를 제출하여야 하며, 부와 협의가 불가능한 경우 가정법원에 친권자 지정 청구를 하여야 한다.

나) 부 단독 출생신고

‘사랑이법’이라고도 하는 이른바 ‘부 단독의 출생신고’는 모가 출산 직후 자녀를 맡기고 사라진 이후 아이를 혼자 양육하는 미혼부는 모의 인적사항 없이 출생신고를 할 방법이 없어 자녀의 출생등록 될 권리가 침해된 상태가 유지되는 문제를 해결하기 위해 도입된 제도이다. 현행 가족관계등록법 제57조에 따르면 1) 모가 특정됨에도 불구하고 부가 본문에 따른 신고를 함에 있어서 모의 소재불명 또는 모가 정당한 사유없이 출생신고에 필요한 서류제출에 협조하지 않는 등의 장애가 있는 경우, 2) 모의 성명, 등록기준지 및 주민등록번호의 전부 또는 일부를 알 수 없어 모를 특정할 수 없는 경우 3) 모가 공적 서류, 증명서, 장부 등에 의하여 특정될 수 없는 경우 가정법원의 확인 절차를 거쳐 부 단독의 출생신고를 할 수 있다.

6) 출생신고서 서식은 <https://efamily.scourt.go.kr/cs/CsBltnWrt.do> 에서 다운로드 받을 수 있다.

출생자가 대한민국 국적이 아님이 명백한 경우, 즉 출생 당시 모의 국적이 외국 국적이고, 부와 모가 혼인한 상태가 아닌 경우에는 친생자 출생신고는 수리하되 특종서류편철장에 편철하여 보존한다. 그러나 모의 공적서류, 즉 모의 국적 등을 증명할 수 없는 경우에는 부 단독의 출생신고를 할 수 있어 모의 특징이 불가능한 사유를 소명하면 모가 외국국적임이 '추정' 되더라도 부 단독의 출생신고가 가능하다.

대법원 2020. 6. 8.자 2020스575 결정

【판시사항】

- [1] 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 가지는지 여부(적극)
- [2] 외국인인 모의 인적사항은 알지만 자신이 책임질 수 없는 사유로 출생신고에 필요한 서류를 갖출 수 없거나, 모의 소재불명이나 모가 정당한 사유 없이 출생신고에 필요한 서류 발급에 협조하지 않는 경우에도 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제57조 제2항이 적용되는지 여부(적극)

【결정요지】

- [1] 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 절차가 복잡하고 시간도 오래 걸려 출생신고를 받아주지 않는 것과 마찬가지로 결과가 발생한다면 이는 아동으로부터 사회적 신분을 취득할 기회를 박탈함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 아동의 인권권을 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).
- [2] 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제57조 제2항의 취지, 입법연혁, 관련 법령의 체계 및 아동의 출생등록될 권리의 중요성을 함께 살펴보면, 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제57조 제2항은 같은 법 제57조 제1항에서 생부가 단독으로 출생자신고를 할 수 있게 하였음에도 불구하고 같은 법 제44조 제2항에 규정된 신고서의 기재내용인 모의 인적사항을 알 수 없는 경우에 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 신고를 할 수 있게 하기 위한 것으로, 문언에 기재된 '모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우'는 예시적인 것이므로, 외국인인 모의 인적사항은 알지만 자신이 책임질 수 없는 사유로 출생신고에 필요한 서류를 갖출 수 없는 경우 또는 모의 소재불명이나 모가 정당한 사유 없이 출생신고에 필요한 서류 발급에 협조하지 않는 경우 등과 같이 그에 준하는 사정이 있는 때에도 적용된다고 해석하는 것이 옳다.

다) 모의 존재를 숨기고 부 단독 출생신고를 한 경우

자녀의 출생 이후 외국국적의 모가 자녀를 양육함에도 불구하고 자녀에 대해 출생신고를 하기 위해 모의 존재를 숨기고 부 단독의 출생신고를 하는 경우가 있다. 국적법에 출생신고를 하기가 어렵거나, 모의 전혼관계가 단절되지 않아 미혼증명서가 발급되지 않는 경우, 친생자 추정으로 인하여 친생부인의 소 등 추가적 법적 절차를 거쳐야 하는 등의 경우 이러한 선택을 하기 쉽다. 그러나 이 경우 모와

의 관계가 한국 가족관계등록부에 드러나지 않아, 자녀에 대해 친권자 및 양육권자로서 권한을 행사하는 것이 불가능하다. 가령 미성년 자녀를 동반하여 출국할 때 가족관계증명서를 제출할 수 없거나, 어린이집 등원을 위한 자녀 등록 절차에 있어서도 모자 관계의 입증이 불가능해 부의 협조가 필요한 식이다. 친생부와와의 관계가 단절되거나 갈등을 빚고 있는 경우, 협조를 얻지 못하게 되어 어려움을 겪기도 한다.

모의 존재를 특정할 수 있는 공적 서류를 제출할 수 있고, 모가 외국인임이 명백한 경우에는 출생신고 의무자(혼인 외 출생자의 경우 모)는 가족관계등록부 정정을 신청하여야 한다. 신청을 받은 시읍면의 장은 동일인 확인 후 가족관계등록부를 폐쇄한다. 이후 자녀의 가족관계등록부를 다시 창설하기 위해서는 모의 국적국에 출생신고, 부의 인지 후 인지에 의한 국적취득 절차를 거쳐야 한다. 이 과정을 수행하기 어렵다고 생각하는 경우, 자녀의 가족관계등록부 폐쇄를 위한 등록부 정정 신청을 꺼리기도 한다.

[모가 있음에도 부 단독의 출생신고를 한 사례]

“이혼 판결을 기다리던 중에 아이 친부를 만나 아이를 낳았어요. 아이가 8개월 되었을 때 아버가 단독으로 법원에서 친생자 출생 신고 허가를 받아서 출생신고를 했어요. 저는 그 사실을 몰랐어요” 〈사례 14〉

“남편이 무언가를 자꾸 검색해 보았어요. 애기 혼자서 키우면 나라에서 지원을 받을 수 있으니까...엄마 없이 혼자 키워요. 엄마가 도망갔어요... (큰 아이) 출생신고 했어요. ... 동사무소에서 신청해서 돈받았어요... 동사무소에서 자주 집에 사람이 와요. 도와 주기 위해서요. 저는 아기(둘째) 함께 카페나 옥상으로 도망가요.” 〈사례 12〉

“한국인 전남편과 이혼한 필리핀 여성인데 전남편과 이혼하고 아이들 친부를 만나 동거를 하다 아이들이 태어났어요. 필리핀에 이혼 등록이 되어 있지 않아, 미혼증명서를 가지고 오지 못했어요. 아이 친부는 모두 사랑이 법으로 출생신고를 했어요. 여성은 어떻게 출생신고했는지 몰라요. 아이들 가족관계증명서에 엄마인 자신의 이름이 없는 것은 알았어요.” 〈사례 18〉

‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제57조에 따른 가정법원의 확인절차 및 신고 등에 따른 사무처리지침 (가족관계등록예규 제482호)

제1조 (목적)

이 예규는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제57조, 「가족관계의 등록 등에 관한 규칙」(이하 “규칙”이라 한다) 제87조의2 에 따른 가정법원의 확인절차 및 신고 등에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (신청서의 제출)

- ① 법 제57조제2항 의 가정법원 확인을 신청하려는 부는 등록기준지 또는 주소지 관할 가정법원에 친생자 출생신고를 위한 확인 신청서(별지 제1호 서식)를 제출하여야 한다.
- ② 제1항의 신청서에는 신청인이 사건본인의 모의 성명·등록기준지·주민등록번호를 알 수 없는 사유를 기재하고, 그 사유를 소명할 수 있는 자료와 신청인과 사건본인 사이에 혈연관계가 있음을 소명할 수 있는 자료를 첨부하고, 가정법원의 관할을 증명할 수 있는 가족관계증명서 1통 또는 주민등록표등·초본 1통을 첨부하여야 한다.

제3조 (가정법원의 심리)

- ① 가정법원은 신청인이 사건본인의 모의 성명·등록기준지·주민등록번호를 알 수 없는 경우에 해당하는지 여부 및 신청인과 사건본인 사이에 혈연관계가 있는지 여부를 확인하여야 한다.
- ② 가정법원은 제1항에 따른 확인을 위하여 필요한 사항을 직권으로 조사할 수 있고, 지방자치단체, 국가경찰관서 및 행정기관이나 그 밖의 단체 또는 개인에게 필요한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- ③ 가정법원은 필요하다고 인정할 경우에는 신청인과 사건본인을 심문할 수 있다.
- ④ 가정법원은 신청서와 첨부서류, 제3항의 심문에 의하여도 사실관계에 의문이 있을 때에는 참고인 심문을 할 수 있다.
- ⑤ 심문은 공개하지 아니한다. 다만, 가정법원은 심문을 공개함이 적정하다고 인정하는 자에게는 방청을 허가할 수 있다.

제4조 (친생자출생의 신고)

- ① 법 제57조제2항 에 따라 출생신고를 하는 경우에는 가정법원의 확인서 등본으로 출생증명서를 갈음한다.
- ② 제1항의 신고를 하는 경우 출생장소를 알 수 없는 때에는 출생신고서에 출생장소를 기재하지 않을 수 있다.

제5조 (등록부 정정 신청 등)

- ① 신고의무자는 법 제57조제4항제1호 또는 규칙 제87조의2제3항 에 해당하는 경우에 이를 소명하는 자료를 첨부하여 출생신고 및 등록부 정정을 신청하여야 한다.
- ② 시·읍·면의 장은 제1항의 경우에 법 제57조제2항 의 출생신고에 의하여 작성된 등록부의 기록과 법 제57조제4항 의 출생신고의 내용이 동일하다고 인정되는 때에는 등록부정정신청서 여백에 그 취지를 기재하고 날인하여야 한다.

제6조 (등록부 정정 방법 등)

- ① 법 제57조제4항 의 출생신고를 할 때에는 법 제57조제2항 의 출생신고에 의하여 작성된 가족관계등록부의 등록사항별 증명서를 첨부하게 하고, 출생신고서 양식(「가족관계등록사무의 문서 양식에 관한 예규」 별지양식 제1호) 중 “기타사항란”에 법 제57조제4항 에 따라 출생신고를 한다는 뜻을 기재하게 하여 수리한다.
- ② 출생신고를 수리한 시·읍·면의 장이 법 제57조제4항 에 따른 등록부정정신청을 받은 때에는, 제5조제2항에 따라 동일인 여부를 확인한 후 동일인이 틀림없으면 법 제57조제2항 의 출생신고에 의하여 작성된 가족관계등록부를 폐쇄한다.
- ③ 제2항의 등록부정정신청을 할 때에는 법원의 허가를 요하지 아니한다.
- ④ 모의 인적사항을 알 수 있게 된 경우, 법 제57조제4항 에 해당하지 않는 때에는 모에 관한 사항을 추후보완신고에 의해 등록부에 기록할 수 있다.

부 칙 (시행일) 이 예규는 2015년 11월 19일부터 시행한다.

라) 2023. 3. 23. 2021헌마975 헌법불합치 결정의 의미

헌법재판소는 혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대한 생부의 출생신고를 허용하지 않는 가족관계등록법 제46조 제2항, 제57조 제1항 및 제2항이 혼인 외 출생자인 아동의 태어난

즉시 출생등록될 권리를 침해한다고 판단하고, 2025. 5. 31. 까지 개선입법을 명하였다.

헌법재판소는 ‘신고기간 내에 모나 그 남편이 출생신고를 하지 않는 경우 생부가 생래적 혈연관계를 소명하여 인지의 효력이 없는 출생신고를 할 수 있도록 하거나, 출산을 담당한 의료기관 등이 의무적으로 모와 자녀에 관한 정보 등을 포함한 출생신고의 기재사항을 미리 수집하고, 그 정보를 출생신고를 담당하는 기관에 송부하여 출생신고가 이루어지도록 한다면, 민법상 신분관계와 모순되는 내용이 가족관계등록부에 기재되는 것을 방지하면서도 출생신고가 이루어질 수 있다.’고 하여 혼인 외 자의 출생신고 의무자를 모로 한정된 가족관계등록법이 위헌임을 밝혔다.

출생통보제가 도입되기 이전의 결정이나, 현행 출생통보제 역시 출생신고를 촉구하는 의미를 가질 뿐 출생신고가 완료되는 구조가 아니기 때문에 헌법재판소의 결정을 반영하기 위해서는 가족관계등록법 개정이 필요하다. 또한 모가 외국인인 경우에 출생등록이 될 수 있도록 하기 위해서는 외국인 아동에 대한 출생등록제도 도입이 전제되어야 한다. 외국인아동에 대한 출생등록 시스템이 없는 상황에서는 출생신고의무자를 부로 한다 하더라도, 모가 외국인임이 명백하다면 출생신고로 가족관계등록부를 창설하지는 않을 것이기 때문이다. 현재 입법안이 발의되어 통과를 기다리고 있는 상황이다.⁷⁾

나. 인지

1) 인지의 의미

‘인지(認知, recognition)’란 혼인 외에 출생한 자녀에 대하여 친부나 친모가 자신의 자식임을 확인하는 일을 말한다. 민법 제855조는 ‘혼인 외의 출생자는 그 생부나 생모가 이를 인지할 수 있다’고 규정한다. 부 또는 모가 사망한 경우 자와 그 직계비속 혹은 그 법정대리인은 그 사망을 안 때로부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기하는 방식으로 인지가 가능하다(민법 제864조). 부는 포태 중인 자, 즉 출생 전 태아인 상태에 있는 경우에도 이를 인지할 수 있다(민법 제858조).

모자관계, 즉 어머니와 자녀의 관계는 생모가 인지하거나 출생신고 하기를 기다리지 않고 모의 출산으로 당연히 발생하는 친자관계이다. 반면 부자관계는 자녀가 부모 간 법률혼 관계에서 출생하여 친생자 추정이 되지 않으면 당연히 발생하는 것이 아니라 인지를 통하여 성립된다.

7) 외국인아동출생등록법안(김남희 의원 등 11인, 의안번호 2204526), 외국인아동의 출생등록에 관한 법률안(서미화 의원 등 11인, 의안번호 2206753)

2) 인지의 방식

가) 임의인지

부가 혼인 외 자녀를 자신의 자녀로 인지할 의사가 있는 경우, 부는 인지신고의 방식으로 임의인지를 할 수 있다. 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제55조에 따라 인지신고서를 작성하여 시(구)·읍·면의 장에게 제출한다. 인지의 효력은 신고함으로써 발생한다(민법 제859조). 인지는 유언으로도 할 수 있는데, 이 때는 유언집행자가 신고하여야 한다.

태아인지, 즉 출산 전 태아에 대해 자신의 자녀임을 인지하는 것은 임의 인지로만 가능하다. 인지 신고서의 양식은 일반적 인지신고서와 동일하며, 성명란에 ‘임신○개월 중의 태아’라고 기재한다. 태아를 인지하는 경우, 인지에 의한 국적취득절차를 밟을 필요없이 부의 출생신고로 가족관계등록부가 창설된다.

[태아인지 시도 사례]

“제가 사실 저번 주도 계속 연락을 해봤는데 구청인가 시청에서, 이제 그때 태아인지 관련해서 여쭙봤는데 똑같이 이제 무조건 외국인이면 이제 미혼 증명서가 꼭 필요하다, 그래서 미혼 증명서가 필요하고 사실 태아 인지는 할 필요가 없다고 안내를 해 주시더라고요. 미혼 증명서는 이집트 관할 관공서에 직접 가서 발급을 받아야 되는 걸로 안내를 해 주셨어요. 대사관에서도 그렇고 이집트에 있는 어머니 친척들도 저 대신 직접 이집트 관공서에 가서 문의를 많이 해주셨는데, 거기서도 직접 발급하는 게 맞다고 했어요. 이집트 본국에서 발급하는 서류가 맞고 해당 서류를 발급하기 위해서는 주민등록증 사본이나 주민등록증이 있어야 된다고 얘기를 주셨어요. 근데 저는 이집트에 주민등록증이 없고 지금 이집트를 갈 수 없는 상황입니다. 제가 당장 뭘 어떻게 해야 될지도 모르겠고요. 왜냐하면 대사관이랑 시청에서는 어쨌든 결론적으로 안내해 주는 내용으로 는 저한테 이제 이집트에 갔다 올 수밖에 없다고밖에 해석이 안 됐거든요. 그래서 이제 그러면 나는 이집트를 갔다 오라고 하는 건가? 나를 뭔가 보호해 줄 사람도 없는 채로 갔다 오라는 건 뭐지? 그냥 뭐 아기를 낳지 말라고 하는건가? 이게 무슨 의미지?라는 생각이 되게 많았는데... 사실 아직까지도 잘 모르겠어요.”
〈사례 16〉

나) 강제인지(재판상 인지)

부가 인지신고를 할 수 없거나 거부하는 경우, 혼인 외 자녀 또는 자녀의 법정대리인인 모가 부를 상대로 인지청구의 소를 제기할 수 있다(민법 제862조). 인지청구의 소를 제기할 수 있는 사람은 혼인외 자녀 자신, 혼외자의 직계비속 또는 혼외자의 법정대리인(친권자, 미성년후견인, 성년후견인)이다.

현실적으로 친부의 인적사항을 전혀 파악하지 못하는 경우에는 인지청구의 소 제기가 어렵다. 정확한 이름조차 알지 못하는 경우, 이름 외에 주소나 전화번호 등 최소한의 개인정보를 파악하지 못하는 경우

등 모가 친부의 정보를 파악하고 있지 못하면 인지 청구를 시작하기가 불가능하다. 친부가 소재불명으로 공시송달 절차로 진행되거나, 친부가 재판에 불출석하는 경우, 혹은 법원의 수검명령에 의한 유전자검사를 거부하는 경우, 가사소송법 제21조 및 민사소송법 제349조 감정거부의 효과에 따라 감정 결과에 관한 추정 규정을 적용할 수 있지만, 재판부의 성향에 따라 추정 규정의 적용 기준에 차이가 발생하고 있다는 지적이 있다.⁸⁾ 한 재판부는 친부가 2회 재판에 불출석하고 유전자검사를 거부하면 바로 친자관계를 인정하는 반면, 다른 재판부는 추가증거를 요구하거나 청구를 기각하기도 한다는 것이다.

모의 국적국에 출생신고를 하기 전에는 병원에서 출생한 경우 자녀의 출생증명서를 제출하는 방식으로 법정대리인의 입증이 가능하다. 국적국에 출생신고를 하여 가족관계를 증명하는 서류를 발급받을 수 있다면 해당 서류를 번역하여 법원에 제출할 수 있다.

인지청구의 판결문을 가지고 인지신고를 하는 경우, 모의 미혼증명서를 제출을 요구하는 경우가 있으나 이는 불필요한 서류의 요구이다. 인지청구 후 인지에 의한 국적취득을 할 때에도, 출입국관서에서 친부와 유전자검사 결과를 제출할 것을 요구하는 경우가 있으나 판결문을 제출하면 유전자검사 결과서는 제출이 불필요하다.

Q. 필리핀에 전혼 배우자와의 이혼신고가 되어 있지 않아 미혼증명서를 발급 받을 수 없는 상황에서 인지판결 후 자녀들의 인지신고가 가능한지?

A. 2025년 3월 법원행정처 가족관계등록과 청구인의 정보공개청구 취지는 인지판결을 받은 후 인지신고시 「가족관계등록사무의 문서 양식에 관한 예규」(가족관계등록예규 제634호) 양식 제2호의 뒷면 첨부서류 2.항 중 “모가 피인지자의 출생 당시 유부녀가 아니었음을 공증하는 서면 또는 2명 이상의 인우인보증서의 제출”부분의 근거에 대한 문의로 보입니다. 3. 해당 부분은 부의 임의인지신고에 관련된 것(민법 제855조 제1항 제1문 및 제859조 제1항)으로서 모의 혼인관계증명서를 제출할 수 없는 경우에 이를 대신할 수 있는 서면임을 안내해 드립니다(가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제44조, 가족관계등록예규 제412호 제8조 및 제590호 2항; 대법원 1978. 10. 10. 선고 78므29 판결 등 참조). 4. 한편, 청구인의 사안은 필리핀 여성과 한국인 남성 사이에 출생한 혼인 외 자녀가 그 한국인 남성과 인지판결을 받은 후 강제인지신고를 하려는 경우로 보입니다. 이와 관련하여 현행 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제58조 제1항은 “인지의 재판이 확정된 경우에 소를 제기한 사람은 재판의 확정일부터 1개월 이내에 재판서의 등본 및 확정증명서를 첨부하여 그 취지를 신고하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 “소의 상대방도 재판서의 등본 및 확정증명서를 첨부하여 인지의 재판이 확정된 취지를 신고할 수 있다.”라고 규정하고 있습니다. 따라서 귀하의 경우에는 위 법조항에 따라 ‘재판서의 등본 및 확정증명서’를 첨부하면 되고, 미혼증명서를 비롯한 앞서 언급한 양식 제2호의 뒷면 2.항의 첨부서류는 귀하의 사안과는 무관하기 때문에 전혀 필요하지 않음을 안내해 드리오니 참고하시기 바랍니다.

8) 박수진, ‘보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리’ 토론회, 2025. 5. 30.

〈참고: 2020 다문화가정 가족관계등록 이해 길잡이, p.27〉

혼인관계 종료일로부터 300일 이내에 자녀가 출생하였고, 이후 그 생부와 재혼한 경우' 자녀는 전남편의 친생자로 추정을 받기에 인지의 확정판결이 있다 하더라도 바로 인지신고를 할 수 없으며, 전남편을 상대로 친생부인의 소나 친생자관계부존재확인 소를 제기하여 친생자가 아님을 확인받은 후에야 인지신고가 가능합니다.

하지만 '전남편과 별거 중 자녀를 출산하고, 이후 이혼 및 그 생부와 재혼한 경우', 형식적으로 혼인 중이라 하더라도 별거 중임이 외관상 명백하므로 전남편의 친생추정이 미치지 않는다고 보아 인지의 재판이 확정됨으로써 전남편과의 친자관계가 부정된다고 본 선례도 있습니다. 이 선례에서는 인지재판의 판결문과 확정증명서를 첨부하여 자녀를 생부의 자녀로 출생신고 및 인지신고 하여야 한다고 판단하였습니다.

유사한 두 선례에서 다른 결론이 나온 것으로 미루어 전자는 인지청구의 소에서 친생부와의 관계 확인만을 구했으나, 후자는 전남편과의 친생추정 여부까지 다투었고 그 결과가 판결문에 기재된 것은 아닐까 추측됩니다. 그랬기에 인지의 재판이 확정됨으로써 전남편과 자녀의 친자관계가 부정되었다고 보는 것이겠지요. 두 선례 모두 미혼증명서를 명시적으로 언급하고 있지는 않습니다. 하지만 미혼증명서가 친생추정 여부를 확인하기 위해 필요한 서류라는 점에서 후자와 같이 인지판결의 확정으로 전남편과 자녀의 친자관계가 부정되는 경우라면 굳이 미혼증명서를 제출할 필요가 없을 것으로 보입니다.

다) 친생부인의 소

임의인지를 하거나 재판상 인지를 청구하기 전 친생부인의 소를 제기하여야 하는 경우가 있다. 앞서 언급한 '친생자 추정'이 적용되는 경우이다. 인지신고를 할 때 '모의 미혼증명서'를 제출할 것을 요구하는데, 미혼증명서란 모가 다른 남성과 법률혼 관계에 있지 않음을 증명하는 서류로 국적국에서 발급을 받아야 한다. 국적국에 이혼사실이 신고되어 있지 않거나, 이혼 절차를 밟지 않은 경우 미혼증명서의 발급이 불가능하다. 이 경우 법률상 부를 상대로 친생부인의 소를 제기하여 판결문을 받아 인지신고시 첨부해야 한다.

'친생자 추정'이란 1) 아내가 혼인 중에 임신한 자녀, 2) 혼인한 날로부터 200일 후에 출생한 자녀, 3) 혼인이 종료된 날로부터 300일 내에 출생한 자녀에 대해서는 혼인관계에 있는/있었던 남편이 친생부로 추정되는 것을 말한다. 친생자 추정이 되는 법률상의 부가 있다면, 친생부인의 소를 거쳐 친생자 추정을 받지 않도록 하여야 인지가 가능하다. 친생부인의 소 없이 재판상 인지를 청구하면 각하된다.

Q. 친생부인의 소 제기 기간인 2년을 지난 경우, 친생자관계부존재 확인의 소를 제기할 수 있는 것 아닌지?

A. 친생자관계부존재 확인의 소란 친생부인의 청구권자 등이 다른 사유를 들어 제기할 수 있는 소송이다. 친생부인의 소 대신 이 소송을 제기하려면 '친생자 추정'을 받지 않는 경우라야 하는데, 대법원은 민법상 정한 기간 내 출생한 경우에도 해외주재나 장기복역과 같은 장기 별거, 실종신고 받은 경우 실종기간, 3년 이상의 생사불명, 사실상의 이혼 등 '동서의 결여' 즉 부부가 함께 살지 않았음을 입증하는 경우에 한하여 친생자 추정의 예외로 보고 친생자관계부존재 확인의 소를 제기할 수 있다고 본다. 유전자검사결과 친자가 아니라는 것만으로는 친생자 추정의 예외를 적용할 수 없다는 것이 현재까지 대법원의 입장이다.

혼인관계 종료일로부터 300일 이내에 출생한 자녀의 경우, 출생신고를 하기 전이라면 ‘친생부인 허가 청구’와 ‘인지 허가청구’를 통해 전남편에게 알릴 필요 없이 가족관계를 정리하고 인지를 할 수 있다(민법 제854조의2). 다만 이 경우 유전자검사를 사전에 하여야 하니, 친부의 협조가 필요하다.

3) 인지와 출생신고의 관계

모의 국적국에 출생신고를 완료하기 전 인지신고를 하거나 재판상 인지를 청구하는 것은 가능하다. ‘인지 허가청구’는 출생 자녀의 출생신고를 하기 전 신청하여야 함을 요건으로 하고 있으며, 병원 발급 출생증명서 등을 통해 출생 자녀의 인적 사항을 특정하고 인지를 청구할 수 있다. 유전자검사를 할 때에도, 법정대리인의 동의를 얻어야 할 때 모가 출생증명서를 보여줌으로써 자녀의 법정대리인임을 증명할 수 있다.

그러나 모의 국적국에 출생신고를 완료하고 여권 등 ‘자녀가 외국인임을 증명하는 공적 서류’를 발급받지 않으면 이하에서 살펴본듯 인지에 의한 국적취득 신고를 할 수 없다. 이 경우 아동의 외국인 등록과정(인지판결에 따라 모의 체류자격과 상관없이 거주(F-2)로 외국인등록 가능)에서 국적국에 출생신고를 할 수 없는 사유를 소명하고 무국적으로 국적취득신고를 하여야 한다.

2 자녀의 체류 및 국적취득

국민의 혼인 외 자녀는 시·군·구청에 인지신고를 한 후 바로 한국국적자가 되는 것이 아니며 국적법에 규정한 인지에 의한 국적 취득 신고 등의 절차를 거쳐야 한다.

실태조사에 응답한 대부분의 사례자들은 한국인 친부가 자녀에 대한 인지신고를 거부하여 ‘인지 등 청구 소송’을 통해 강제 인지가 이루어진 경우였다. 강제 인지의 경우, 임의로 인지된 경우보다 자녀가 한국국적자의 신분을 갖는데 2개월에서 1년 이상의 오랜 기간이 소요되며, 체류자격 부여와 국적취득에 필요한 서류 발급 및 과태료 문제 등 제도적, 경제적으로 높은 장벽을 경험하게 된다.

본 장에서는 인지신고 된 국민의 혼인외자가 겪는 체류자격 부여, 국적 취득, 주민등록 부여 등의 절차를 살펴보고 그 과정에서 나타나는 구조적 어려움과 제도적 문제점을 분석하고자 한다.

가. 자녀의 체류자격부여- 외국인등록

1) 관련 법규정

출입국관리법 제23조에 따르면 대한민국에서 출생한 외국인인은 그가 출생한 날부터 90일 이내에 체류 자격을 받아야 하고, 동법 제31조에 따르면 90일을 초과하여 체류하는 경우 체류지를 관할하는 출입국 관서에 외국인등록을 하여야 한다. 따라서 한국에서 출생하였으나 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득 하지 않는 한국인 부와 외국인 모의 혼인 외 자녀의 경우, 출생한 날부터 90일 이내에 체류자격을 받고 외국인등록도 하여야 한다.

제23조(체류자격 부여) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인이 제10조에 따른 체류자격을 가지지 못하고 대한민국에 체류하게 되는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따른 기간 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류자격을 받아야 한다.

1. 대한민국에서 출생한 외국인: 출생한 날부터 90일
2. 대한민국에서 체류 중 대한민국의 국적을 상실하거나 이탈하는 등 그 밖의 사유가 발생한 외국인: 그 사유가 발생한 날부터 60일

② 제1항에 따른 체류자격 부여의 심사기준은 법무부령으로 정한다.

제31조(외국인등록) ① 외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 대한민국에 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장에게 외국인등록을 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인의 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2014. 3. 18.>

- ③ 제23조에 따라 체류자격을 받는 사람으로서 그 날부터 90일을 초과하여 체류하게 되는 사람은 제1항 각 호 외의 부분 본문에도 불구하고 체류자격을 받는 때에 외국인등록을 하여야 한다.

그러나 출생과 동시에 외국인등록을 하려면 모가 출입국관리법상 외국인등록이 되어 있는 합법 체류 자녀야 하며, 이 또한 자녀를 외국인 등록할 수 있는 체류자격이 정해져 있다.

방문동거(F-1)	- 합법출생자녀(F-1-8): 합법체류자의 국내출생자녀 - 동포배우자등(F-1-9): F-4의 미성년자녀 - 지역특화형 동포가족(F-1-9R): 지역특화형 재외동포의 미성년자녀 - 방문취업자녀(F-1-11): H-2의 미성년자녀 - 거주배우자등(F-1-12): F-2의 미성년자녀 - 난민인정자의 가족(F-1-16): 난민인정자의 미성년자녀 - 국적신청가족(F-1-71): 국적신청자(외국국적동포)의 자녀 - 영주신청가족(F-1-72): 영주자격(F-5-7)을 신청한 자의 자녀 - 지역특화형 지역우수인재 동반가족(F-1-R): 지역우수인재(F-2-R)의 자녀
거주(F-2)	- 영주자가족(F-2-3): 영주자격 소지자의 미성년자녀 - 점수제가족(F-2-71): 점수제 해당자의 미성년자녀 - 부동가족(F-2-8): 부동산 투자 이민자의 미성년자녀

동반(F-3)	- 지역인재가족(F-3-1R): 지역우수인재의 미성년자녀 - 유학 자녀(F-3-3): 유학(D-2)의 미성년자녀 - 문화예술(D-1)부터 특정활동(E-7)까지, 거주(F-2), 재외동포(F-4) 및 방문취업(H-2)의 체류자격에 해당하는 사람의 자녀
기타(G-1)	- 인도적체류자, 난민신청자 등의 자녀

대한민국 국민에게 인지된 혼인외 자녀는 국적법에 따라 법무부장관에게 신고한 때에 대한민국 국적을 취득한다(국적법 제3조 제1항 및 제2항). 대한민국 국적 취득 전, 한국인 부와 혼인외의 자녀 사이에 인지를 통해 법률상 친자관계가 인정되면 아들은 한국인 부의 자녀로 거주(F-2) 체류자격을 신청한다.

거주(F-2)	- 국민의 미성년 외국인 자녀(F-2-2) - 국민과 혼인관계(사실상의 혼인관계를 포함한다)에서 출생한 사람으로서 법무부장관이 인정하는 사람

2) 모가 미등록자인 경우 자녀의 체류자격 부여(외국인등록)

본 실태조사에 참여한 사례자들의 대다수는 출입국관리법에 외국인등록증이 없는 미등록자들이다. 인지된 자녀들이 외국인 등록을 신청하려면, 출입국 관리당국에서 ‘인도적인 사유’로 인정할 만한 사유가 있어야 하는 것으로 보인다. 이에 따라 대부분의 사례자들의 자녀는 강제 인지가 이루어진 후, 인지신고를 통해 한국인의 친생자로 친부의 가족관계등록부에 기록된 뒤 외국인등록을 신청하게 된다.

출입국관리당국의 국민의 혼인외자의 외국인등록을 하는 절차에 친모가 반드시 외국인등록을 먼저 해야 한다는 규정은 없다. 그러나 외국인 친모가 ‘미등록 체류자’의 신분으로 혼자 자녀의 외국인등록을 위해 출입국관리사무소에 방문하는 것은 쉽지 않다.

(섬터에 왔었을 때 말고는 출입국 사무소에 직접 간 적은 없었다는 거죠?)
“네..... 무서워서 저 진짜 (출입국에) 못가요.” <사례14>

참여 사례자들의 대부분은 상담소와 보호시설의 지원을 받고 있기에 미등록자인 친모가 출입국 관리당국에 자녀의 외국인 등록을 신청하기 위해 방문할 수 있었다.

법원 판결이 나오기 전에도 자녀의 외국인등록을 시도한 사례는 있었다. 보호시설에서 도움을 받고 있던 <사례 3> C는 인지 등 청구소송 중 법원 명령에 의해 유전자 검사가 나온 이후 자녀와 함께 외국인등록신청을 시도할 수 있었다. <사례 12> L 역시 인지 등 청구 소송 중 보호시설의 적극적인 탄원을 통해 자녀가 외국인등록을 할 수 있었다. 유전자검사는 이루어 지지 않았지만 자녀의 친부가 자신의 자

녀임을 인정할 수밖에 없는 여러 사정을 서면으로 제출하고, 이를 출입국 관리 당국에서 검토한 이후 법무 장관이 필요하다고 인정되는 경우에 한시적으로 기타(G-1) 체류자격을 받을 수 있었다.

대부분의 미등록 자녀들은 한국인의 친생자로 법원에 의해서 인정되었고, 인지에 의한 국적취득 신고를 할 예정인데, 왜 외국인등록 절차가 필요할까?

“외국인등록을 하면 되지… 라고 생각할 수 있잖아요. 그런데 어차피 모든 서류를 구비해서 인지에 의한 국적취득신고를 출입국관리당국에 할 건데, 왜 굳이 외국인등록하는 절차가 필요할까 하는 의문이 들어요. 몇 년 전에 출입국 사법과에 물어본 적이 있어요. 자녀 미등록기간 과태료만 내면 안되냐고 물어보았더니, 외국인등록신청 접수 없는 사법심사는 없다고 하더라고요. 자녀와 친모가 본국에 거주하는 동안 인지판결 판결문 등으로 단기비자로 입국한 사례가 있었어요. 한국에 입국한 직후 인지신고 하고, 약 2주 기다린 후에 바로 외국인등록 없이 바로 인지에 의한 국적신청을 한 사례들이 있어요. 그때 조마조마 했어요. 외국인등록 하고 오라고 할까요. 즉, 인지에 의한 국적취득신고를 위해 반드시 외국인등록을 해야 하는 것은 아닌 거죠. 힘들게 여기까지 온 사람들인데 조금이라도 절차를 간소화 해 주었으면 좋겠어요.” <사례 17>

3) 외국인등록 구비 서류

자녀의 외국인등록을 위해 필요한 서류는 자녀 본국 출생증명서, 자녀 여권, 모의 외국인등록증 사본 등이다. 국민의 혼인외자의 경우는 출입국관리당국이 요구하는 추가 서류를 준비해야 한다. 예를 들면 친생자로 인지된 판결문, 인지사실이 드러나는 친부의 기본증명서와 인지 사유서 등을 제출하고, 상황에 따라 출입국관리당국 담당자가 추가 서류를 요구하기도 한다.

그러나 몇몇 사례에서 외국인등록신청을 위한 본국 출생증명서 그리고 자녀 여권을 구비하는 절차가 쉽지 않거나 본국법에 의해 출생신고가 안되는 경우도 발견된다.

모의 출신국 법령이나 제도에 의해 여권을 발급받기 어려운 경우, 여권에 준하는 서류도 인정하고 있으나 이에 대한 안내가 부족하다.

출입국관리당국은 원칙적으로 자녀가 외국인등록을 하려면 여권을 요구한다. 그러나 예외적으로 여행자 증명서로 외국인등록이 가능하다.

[국민신문고 질의 결과]

3. 귀하의 질의사항에 대해 검토한 의견은 다음과 같습니다.

- ① 원칙적으로 여행증명서로 외국인등록은 불가합니다. 다만, 책자형식의 여행증명서의 경우 예외적으로 여권에 준하여 외국인등록 등 관련 민원업무 처리가 가능합니다.

캄보디아의 경우는 주한 캄보디아 대사관에서 자녀 출생신고를 할 수 없다. 출생신고를 하려면 직접 본국에서 출생신고를 하고 캄보디아 정부가 발급한 출생증명서가 있어야 한다. 미등록체류자인 친모는 본국에 출생신고를 하러 갈 수 없기에 본국에 있는 친지들이 대신하여 출생신고를 해야 하지만, 이 과정도 여의치는 않다. 주한 캄보디아 대사관은 여권발급 업무를 하지 않고 임시여권만 발급한다.

캄보디아 출신 실태 조사 참여사례자 M은 본국에 있는 어머니에게 출생신고를 부탁하였고, 출생신고를 받은 후에 주한 캄보디아 대사관에서 임시여권을 발급 받아 자녀의 외국인등록을 할 수 있었다.

“(대사관에서 출생신고 할 수 있어요?) 출생 신고를 못해요. 원래는 못해요. 못해 못해요. 안 되는 거 원래 못해요. 출생신고 하려면 여기 우리나라에서 가서 직접 가서 해야 돼요. 아니면 서류 있으면 괜찮은 동네 좀 그 동네 마을이 동네 장이 괜찮으면 만들어 주는데 안 되면 직접 가서 해야 돼요.
(대사관에서 여권은 만들어 줘요?) 여권 아니에요 여권 아니고 그냥 (여행자증명서?) 네 네
만약에 자기 출생신고는 무조건 캄보디아 해야 돼요. 근데 자기가 못 간다고 한다면 여권처럼 여기 내 여행 증명서는 대사관에서 확인해보고 만들어오면 이거 가지고 가서 출생 할 수 있어요. 캄보디아에서 할아버지 나 친척이..(도와주는 사람이 없으면?)힘들어요. 어편, 우리가 아까 말씀 우리가 법이 좀 좀 그래 좀 좀 한국 처럼 강하고 이런 게 아니고 우리가 동네마다는 틀려요. 근데 만약 그분이 괜찮아서 그분이 좀 만들어 줄 수도 있는데 근데 좀 까다로운 사람도 있어요. 이거는 직접 가야 해요. 안 그러면은 안 그러면 만들 수 있는 사람도 있고 그럼 중에 따라 틀려요. (생략)
(임시)여권도 돈 100만 원 들었어요. 돈이 없어 그때 빌렸어요.” <사례 13>

캄보디아 출신 실태조사 참여 사례자 L은 보호시설에 입소하기 전까지 캄보디아에서 자녀 출생신고 하는 방법을 몰랐다. 주한 캄보디아 대사관에 문의는 한 적이 있지만 출생신고는 안된다고 했고, 동거남에 의한 가정폭력으로 주변 친구들과의 연락이 차단되어 출생신고 방법을 알아볼 수 없었다.

(출생증명서 만들어서 출생 신고하는 방법은 원래 알고 있었어요?) “아니요. 저는 그냥 거기 연락했어요. 대사관에서 한 번 더 전화 물어봤어요. 처음에는 제가 첫째 낳고 2주 후에 거기 음성에 있는 출입국사무소에 가서 아기 출생에 대해 한 번 가봤어요. 왜냐면 외국 사람은 한국 동사무소는 가면 안 되잖아요. 그래서 갔는데 거기는 지금 아빠 엄마 혼인 신고 안되니까 대사관에 가서 알아봐라고 했어요. 그래서 저는 그 대사관 통과하고 했는데 거기는 여권 연장 하고 만든 거는 하는데, 출생신고는 안해줘. 직접 캄보디아에 가서 하는 거예요. 그래서 그냥 뭐, 아까 그 증명서 그거만 내줄 수 있는데 출생은 안 돼요.” (다른 친구들이 뭐 이렇게 해야 돼 뭐 이런 거 알려주는 그런 사람은 없어요?) “다른 친구는 저는 거의 남편 같이 있을 때는 여자친구나 남자친구들과 연락하면 안 돼요. 뭐 뭐 뭐 이것 때문에 알아보고 이것 때문에 하고 안 돼요. 그때 집에 있을 때 저는 아는 분인데 한국 목사님이라는 분인데, 그냥 그분도 캄보디아 사람만 도와주는 분인데, 알아보고 했는데, 화장실 안에서 통화하는데 남편이 들었어요. 그래서 그때부터 핸드폰 뺏고 못하게....” <사례 12>

참여 사례자 L은 보호시설 입소후에 자녀 출생신고 하는 방법을 알게 되었고, 본국 여동생의 도움으로 자녀 출생신고를 마친 상태이다. 외국인 등록 신청을 위해서는 주한 캄보디아 대사관에서 임시여권

발급 받는 절차를 밟아야 하고, 몇 달의 시간이 더 필요할 것으로 보인다.

“(여기 쉼터 오고 나서 애들 출생 신고를 했잖아요. 캄보디아 대사관에는 할 수 있는데 못하고 있었던 이유가 있어요?)

캄보디아 대사관에는 아기 출생신고 하는 거는 안 해줘요. 거기는 여권만 확인 해요. 출생신고는 자기 알아서 해요.

(근데 쉼터로 오고 나서 지금 애들 둘 다 캄보디아에 출생 신고했잖아요?) 네. 그거는 그는 저, 제 동생한테 부탁해서 저 대신에 동사무소 직접 가서 하는 거예요. (아, 대사관에서 하는게 아니에요?) 네. 대사관은 그런 출생하는 거는 다른 나라는 해주지만 우리 캄보디아 대사관은 그 출생하는 건 자기 알아서 해요. 동생이 했어요. (캄보디아 출생신고서) 아직은 안 보내와서 동생에게 있어요.

(근데 그 남편이랑 같이 살 때는 왜 출생 신고를 안 했어요?) 거의 남편은 맨날 거의 대부분 일들은 다 나중에 하라고. 자기 그때 직장 생기고 나중에 하자 그러는 거야. 자꾸 저한테 또 저도 그때 핸드폰도 없고 자꾸 저한테 또 뭐 알아 하는 것도 필요없다, 나기 알아서 한다고 나중에. oo이도 초등학교 하기 전에도 자기 출생 해줄 수 있다고 그렇게. 기다려라 그렇게 해서... 계속 그렇게 하면 저는 그 남편이 자꾸 너가 자꾸 뭐라고 하면, 너가 한국을 떠나는 수 밖에 없어 그렇게. 네. 아기와 같이 한국에 살고 싶다면 그냥 자기 말대로 해라 이렇게 이렇게 많이 얘기했어요.” <사례 12>

중국의 경우 해외 출생 자녀에게 여권을 발급하지 않아, 주한 중국대사관에서 발급하는 여행증명서를 여권에 준하는 서류로 인정하고 있으며, 한국인 부와 말레이시아 모의 사실혼 관계에서 출산한 자녀는 말레이시아 국적을 취득하지 못하기에 말레이시아 정부 확인절차를 거쳐 여권제출 없이 국적취득 신고를 수리하고 있다.

네팔의 경우는 네팔인 모와 외국국적자 부 사이에서 출생한 자녀의 경우, 2023년 네팔 개정 시민권법에 의하면 아버지가 외국국적자인 경우 혈통에 의한 시민권 취득은 불가하며 귀화에 의한 시민권 획득만 가능하다. 이런 사유로 UN아동권리위원회에서 2016년 발간한 네팔 아동 권리에 관한 보고서에도 외국인국적 남성과 네팔국적 여성사이에 태어난 자녀가 성인이 될때까지 무국적 상태에 놓일 위험이 있다는 우려를 표현 바 있다.

사례참여자 Q가 지원한 네팔 국적 이주여성의 경우에 이에 해당된다. 자녀가 출생한지 2년 가까이 될 때까지 자녀를 네팔에 출생신고를 하지 못하던 중 네팔 시민법에 대한 근거로 출입국관리당국에 질의를 통해 ‘무국적자’ 신분으로 외국인등록이 가능했다.

<사례 4> D는 자녀의 대사관을 통한 출생신고와 여권발급에 시간이 오래 소요되었다. 조사 참여 사례자 Q에 의하면 관련 대사관은 특히 미등록자 출생신고와 여권발급신청을 위해서는 온라인으로 예약을 하면 자녀 출생신고와 여권발급을 신청하는데 약 3-4달 이상 기다려야 하고, 또 여권 발급받기까지 1-2달 기다리는 것으로 관찰된다고 한다.

4) 미등록 체류자 친모의 필요한 서류 발급 과정

국민의 혼인외자가 인지신고를 하면 한국의 기본증명서와 가족관계증명서에 피인자의 이름과 생년월일이 기입된다. 출입국관리당국은 자녀의 외국인등록과 국적신고를 할 때 자녀가 인지되었는지 알 수 있는 서류로 한국인 친부의 기본증명서와 가족관계증명서를 제출할 것을 요구한다. 국민의 혼인외자의 친권자로 친모는 관련 서류 발급 신청을 동사무소에 하게 된다.

조사 참여 사례자들이 동사무소에서 관련 서류를 발급 신청할 때 부딪치는 주요 어려움은 두가지이다. 첫번째는 친부의 개인 기본증명서를 발급 신청할 수 있는가? 두번째는 외국인등록증 없이 본국 여권으로 신청인의 신분증명이 인정되는가? 하는 것이다.

미성년자 자녀의 인지 사실이 기재되어 있는 친부의 기본증명서는 자녀의 민법상 법정대리인인 친모가 발급 신청할 수 있다.

[등록사항별 증명서의 발급 등에 관한 사무처리지침]

제4조 (외국인의 경우) ① 외국인은 그 배우자, 직계혈족의 등록사항별 증명서의 교부를 청구할 수 있고, 한국인과의 신분관계가 해소되더라도 외국인 본인 또는 배우자, 직계혈족은 외국인 본인의 기록사항이 기재된 등록사항별 증명서(영문증명서는 제외한다)의 교부를 청구할 수 있다.

그러나 조사참여사례자 O는 친부 동의 없이는 발급해 줄 수 없다는 말을 구청에서 들었다고 한다.

외국인 등록증이 없거나 만료가 된 경우에도 자녀 친부의 기본증명서 발급에 어려움을 겪는다. 관련 사무처리 지침에는 주민등록증, 운전면허증, 여권, 외국인등록증, 국내거소신고증, 주민등록번호 및 주소가 기재된 장애인등록증 등이 신분확인에 필요한 서류이다.

외국인 등록증이 없는 이주여성들은 본국 여권만으로 구청 등에서 신청인의 법정대리인임을 인정받기가 쉽지 않은 사례들이 발견된다. 관련 사무처리지침에서는 여권이 신분증명서로 명시되어 있으나 외국 여권이기에 때문에 안된다는 것이다.

[등록사항별 증명서의 발급 등에 관한 사무처리지침]

제2조 3항 본인 등의 대리인이 청구하는 경우에는 신청서에 「가족관계등록사무의 문서 양식에 관한 예규」 별지 제12호 서식에 따라 본인 등이 서명 또는 날인한 위임장과 신분증명서(주민등록증, 운전면허증, 여권, 외국인등록증, 국내거소신고증, 주민등록번호 및 주소가 기재된 장애인등록증 등을 말한다).

그러나 법원 행정처는 신분증명서의 여권은 ‘우리나라 여권 또는 외국에서 발급받은 여권’을 구분하고 있지 않다고 밝히고 있다.

귀하의 문의는 신분증명서에 외국여권이 포함되는지 여부로 보입니다.
가족관계의 등록 등에 관한 법률에서 신분증명서 중 여권은 우리나라 여권 또는 외국에서 발급받은 여권을 구분하지 않고 있음을 알려드립니다.

〈사례 15〉 O는 자녀의 외국인 등록에 필요한 서류 발급을 위해 혼자 동사무소를 방문했을 때 서류 발급을 할 수 없었다. 이후 상담소 상담원이 동행한 후 관련 서류를 발급받을 수 있었다.

“한국국적 신청하기 전에 출입국 가서 OO이를 외국인 등록증 만들어야 한다고 했어요. 출입국에서는 아바의 가족관계증명서, 등본, 아바 동의서가 필요하다고 해서 OO 구청 가서 해달라고 했어요. 그랬더니 아이 아바 동의 없이는 발급 못해준다고 했어요. 아이 아바에게 전화하고 문자해도 안해줬어요. 그렇게 3~4개월 쯤 지났어요 (중략) 변호사님 통해서 인지청구 판결문 가지고 주민센터 가서 발급받을 수 있었어요.” 〈사례 15〉

“최근에는 친권자임을 알 수 있는 판결문과 본국 여권으로 피인지자 이름이 나와 있는 인지자 기본증명서와 가족관계증명서 발급을 해 주더라고요. 저희 사무실 근처에 있는 동사무소와 구청에서는 별 말 없이 발급이 가능한데, 외국인등록증이 없다는 사유로 기본증명서 발급이 안된다는 사례가 있기는 했어요. 관할 법원에 문의를 한 후에 발급해 주시더라고요. 이주여성 혼자 가더라도 자신의 이름이나 자녀 이름이 나와 있는 서류를 발급 가능했으면 좋겠어요.” 〈사례 17〉

5) 과태료 납부

외국인이 외국인등록을 하지 않거나 체류기간 연장허가를 받지 않고 정해진 기간을 초과하여 체류하는 등 법령을 위반한 경우 출입국관리법 제94조 및 제95조에 따라 미등록의 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고, 체류자격과 관련된 의무를 하지 않을 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

다만 17세 미만인 아동의 외국인 등록은 출입국관리법 제79조 및 동법 시행령 제89조에 따라 부모 등이 해야 하고, 이를 위반한 경우 출입국관리법 제100조 제2항에 따라 아동 본인이 아닌 허가신청 등의 의무자에게 100만 원 이하의 과태료가 부과된다.

제79조(허가신청 등의 의무자) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람이 17세 미만인 경우 본인이 그 허가 등의 신청을 하지 아니하면 그의 부모나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사람이 그 신청을 하여야 한다.

1. 제20조에 따라 체류자격 외 활동허가를 받아야 할 사람
2. 제23조에 따라 체류자격을 받아야 할 사람
3. 제24조에 따라 체류자격 변경허가를 받아야 할 사람

4. 제25조에 따라 체류기간 연장허가를 받아야 할 사람
5. 제31조에 따라 외국인등록을 하여야 할 사람
6. 제35조에 따라 외국인등록사항 변경신고를 하여야 할 사람
7. 제36조에 따라 체류지 변경신고를 하여야 할 사람

제100조(과태료)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제35조나 제37조를 위반한 사람

2. 제79조를 위반한 사람

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 부과·징수한다. <개정 2014. 3. 18.>

⑤ 법무부장관은 출입국사범의 나이와 환경, 법 위반의 동기와 결과, 과태료 부담능력, 그 밖의 정상을 고려하여 이 법 위반에 따른 과태료를 면제할 수 있다.

출입국관리법 시행령

제102조(과태료의 부과기준) ① 법 제100조제4항에 따른 과태료의 부과기준은 별표 2와 같다.

가. 법 제79조에 따른 신청의무를 위반한 경우	법 제100조 제2항제2호	1년 미만	10만원
		1년 이상 2년 미만	30만원
		2년 이상 3년 미만	50만원
		3년 이상	100만원

조사 참여 사례들의 경우 체류자격 부여 과정에서 자녀들이 출입국 관리 당국 사범과에 납부하는 과태료에 대해서는 어려움을 토로하지는 않았다. 이는 미등록 체류자인 친모가 납부해야 하는 최대 3000만 원 미만으로 규정되고 있는 범칙금에 비교할 때 비교가 되지 않을 정도로 낮은 금액으로 본인이 감당할 수 있는 금액이기 때문이다. 그러나 인지에 의한 국적 신고로 한국국적자가 되는 자녀들에게 과태료 처분이 꼭 필요한지는 의문이다.

참여 사례들의 경우 출입국 관리당국에서 담당자의 직권으로 20% 감면된 과태료를 내는 것으로 보인다.

“아이는 벌금 80만 원 내고 외국인 등록하였어요.” <사례 15>

출입국관리법은 사안에 따라 과태료 50%감경과 면제에 관한 규정이 있다.

출입국관리법 제100조 ⑤ 법무부장관은 출입국사범의 나이와 환경, 법 위반의 동기와 결과, 과태료 부담능력, 그 밖의 정상을 고려하여 이 법 위반에 따른 과태료를 면제할 수 있다.

출입국 관리법 시행령 별표2

청장·사무소장 또는 출장소장은 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제2호에 따른 과태료 금액의 2분의 1의 범위에서 그 금액을 줄일 수 있다 … 위반행위의 정도, 위반행위의 동기 및 그 결과, 위반행위자의 연령·환경 및 과태료 부담능력 등을 고려하여 과태료를 줄일 필요가 있다고 인정되는 경우

〈사례 3〉은 보호시설의 도움으로 인지신고 후 미등록기간 동안의 과태료를 100% 감면받았다. 인도적인 사유로 벌금을 감면해 달라는 적극적인 탄원서 제출 등을 하였고 ‘외국인 인권보호 및 권익증진협의회’를 통해 벌금을 감면받을 수 있었다.

나. 자녀 국적취득신고에서 주민등록번호 부여까지

국민의 혼인외자는 출입국관리당국 체류과에서 외국인등록 신청을 하고 사범과에서 사범심사를 한 후 과태료를 납부하고, 인지에 의한 국적취득 신고를 해야 한다. 국적취득 신고가 수리되면 자녀의 가족관계등록부가 생성되고, 본국국적 포기 등의 절차를 거쳐 거주지 동사무소에 주민등록신고 절차를 통해 주민번호 뒷자리가 생성된다. 이 과정은 본국의 국적 관련 법에 따라 짧게는 2개월에서 1년 6개월까지 걸리는 기간이다.

국민의 혼인외자는 국적신고 수리와 함께 한국국적자의 지위는 갖게 된다. 그러나 보육료, 국민건강보험 가입 등 사회제도에 접근하려면 주민번호가 존재해야 한다. 즉 한국국적자이지만 한국 정부에서 보호받을 수 없는 ‘국민’으로 2개월에서 1년 6개월 기간을 지내야 하는 모순된 상황에 놓인다.

자녀의 국적취득신고에서 주민등록번호 부여까지 실태조사 사례자들이 경험하는 어려움들을 나열해 보면 다음과 같다.

1) 관련 법규정

대한민국 국민인 부에 의하여 인지된 자는 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 취득하게 된다. 인지신고는 친자(親子)관계를 형성하지만, 출생에 의한 대한민국 국적을 취득하지 못하므로 별도로 국적취득 절차를 밟아야 하는 것이다. 이때 대한민국 국적의 취득 시점은 신고한 시점이다. 인지신고를 통해 국민인 부의 기본증명서에 자녀 인지가 사실이 기재된다고 하더라도, 법무부 및 출입국외국인관서에서는 친자관계를 다시 확인하고 있다. 이를 위해 재판에 의한 인지를 제외한 모든 인지에 의한 국적취

득 신고 접수 시, 당사자의 동의 하에 유전자 검사를 실시하고 있다.

1. 외국인 모(母)의 본국법에 따른 출생신고
2. 한국인 부(父)의 민법 및 가족관계등록법에 따른 인지신고
3. (미성년인 경우) 국적법에 따른 인지에 의한 국적취득신고
4. 법무부장관의 국적취득 통보
5. 가족관계등록부 작성

한편, 대한민국 국적을 취득한 외국인으로서 외국 국적을 가지고 있는 자는 대한민국 국적을 취득한 날부터 1년 내에 그 외국 국적을 포기하여야 하고, 이를 이행하지 아니한 자는 그 기간이 지난 때에 대한민국 국적을 상실하게 된다. 본인의 뜻에도 불구하고 외국의 법률 및 제도로 인하여 1년 내에 외국 국적을 포기하기 어려운 자를 포함하여 일부 예외적인 경우에는 법무부장관에게 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 않겠다는 외국국적 불행사서약을 할 수도 있다. 만약 정해진 기한 내 외국 국적을 포기하지 못하여 대한민국 국적을 상실한 경우에는 그 후 1년 내에 그 외국 국적을 포기하면 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 재취득 할 수 있다.

국적법 제3조(인지에 의한 국적 취득) ① 대한민국의 국민이 아닌 자(이하 “외국인”이라 한다)로서 대한민국의 국민인 부 또는 모에 의하여 인지(認知)된 자가 다음 각 호의 요건을 모두 갖추면 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 취득할 수 있다.

1. 대한민국의 「민법」상 미성년일 것
2. 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민이었을 것
- ② 제1항에 따라 신고한 자는 그 신고를 한 때에 대한민국 국적을 취득한다.
- ③ 제1항에 따른 신고 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제10조(국적 취득자의 외국 국적 포기 의무) ① 대한민국 국적을 취득한 외국인으로서 외국 국적을 가지고 있는 자는 대한민국 국적을 취득한 날부터 1년 내에 그 외국 국적을 포기하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 대한민국 국적을 취득한 날부터 1년 내에 외국 국적을 포기하거나 법무부장관이 정하는 바에 따라 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 법무부장관에게 서약하여야 한다.

1. 귀화허가를 받은 때에 제6조제2항제1호·제2호 또는 제7조제1항제2호·제3호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 자
2. 제9조에 따라 국적회복허가를 받은 자로서 제7조제1항제2호 또는 제3호에 해당한다고 법무부장관이 인정하는 자
3. 대한민국의 「민법」상 성년이 되기 전에 외국인에게 입양된 후 외국 국적을 취득하고 외국에서 계속 거주하다가 제9조에 따라 국적회복허가를 받은 자
4. 외국에서 거주하다가 영주할 목적으로 만 65세 이후에 입국하여 제9조에 따라 국적회복허가를 받은 자
5. 본인의 뜻에도 불구하고 외국의 법률 및 제도로 인하여 제1항을 이행하기 어려운 자로서 대통령령으로 정하는 자
- ③ 제1항 또는 제2항을 이행하지 아니한 자는 그 기간이 지난 때에 대한민국 국적을 상실(喪失)한다.

- 제11조(국적의 재취득)** ① 제10조제3항에 따라 대한민국 국적을 상실한 자가 그 후 1년 내에 그 외국 국적을 포기하면 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 재취득할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 신고한 자는 그 신고를 한 때에 대한민국 국적을 취득한다.
- ③ 제1항에 따른 신고 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

인지에 의한 국적취득 신고가 국적과에서 수리되면 주민등록번호 뒷자리가 없는 자녀의 가족관계등록부(기본증명서와 가족관계증명서)가 생성된다. 자녀가 원 국적 포기서 또는 본국 국적법 등에 의해 미성년자의 원 국적 포기가 허락되지 않는 나라 등의 경우는 외국국적불행사서약을 관할 출입국관리당국 국적과에 제출하고 포기확인서 또는 외국국적불행사 확인서를 발급한다. 이 확인서를 거주지 행정관서에 제출하고 주민등록 신고를 하면 자녀의 주민등록번호 뒷자리가 부여되고, 자녀의 주민등록등본이 만들어진다.

2) 인지에 의한 국적취득 신고 필요 서류 구비

인지에 의한 국적취득 신고는 국적취득을 신고하려는 사람이 15세 미만인 경우 법정대리인이 대신할 수 있으며, 법정대리인이 신고를 대신할 때에는 신고서에 대리인의 성명과 주소를 적고, 신고자와의 관계를 증명하는 서류를 첨부해야 한다.

실태 조사 참여 사례자들의 경우 그 자녀들이 15세 미만이었기에 친권자인 친모들이 국적취득 신고를 한다. 출입국 관리 당국이 안내하고 있는 국적취득 신고를 위해 필요한 서류는 아래와 같다.

- ① 국적취득 신고서 (별지1호), 사진 1장 부착(3.5cm×4.5cm)
 - 수입인지 2만원, 연락처 2곳이상 기재
- ② 피인지자가 외국인임을 증명하는 서류
 - 자녀(피인지자) 외국여권
 - 생모의 신분을 증명하는 서류
 - 신분증 사본(외국인등록증, 여권 등)
 - 인지자(한국인 父)와 생모가 혼인하지 않은 경우 생모의 관계를 입증하는 서류(결혼, 이혼, 미혼여부가 나타나는 서류) 첨부
 - ※ 생모가 행방불명이거나 신분증명서류를 확보할 수 없는 경우에는 그 사유를 증명하는 서류(사유서 등) 제출
 - 피인지자가 외국인 생모에게서 출생한 사실을 증명하는 서류
 - 출생증명서 사본(원본 대조, 번역자 서명·연락처 기재된 번역문 첨부)
- ③ 대한민국 국민인 父에 의하여 인지된 사실을 증명하는 서류
 - 인지자의 가족관계증명서 및 혼인관계증명서 (3개월 이내 발급된 '상세증명서'로 제출해야 합니다.)
인지자 명의로 작성된 인지경위서

- : 인지자가 피인지자를 인지하기까지 경위를 6하 원칙에 따라 상세히 기술(인지자의 자필 서명 기재)
- ※ 가족관계등록관서에 인지신고가 아닌 ‘친생자출생신고’한 경우에는 출생신고 ‘수리증명서’ 추가
- ④ 출생 당시에 父가 대한민국 국민이었음을 증명하는 서류
 - 인지자(父)의 기본증명서 (3개월 이내 발급된 ‘상세증명서’로 제출해야 합니다.)
- ⑤ 가족관계통보서

안내된 구비 서류들은 한국인 친부가 임의인지를 한 후 한국인 친부와 함께 국적신고를 하는 사례를 전제로 하고 있다. 그러나 대부분의 조사 참여사례자들은 피인지자의 친권자로 인정된 판결문을 가지고 있지만 외국인 등록이 안되어 있는 경우가 많았다. 이런 사정으로 자녀 국적취득신고 서류 발급에 어려움을 겪은 사례가 있다. 또한 국적취득 신고에 필요한 서류 구비 등에 어려움이 있었다고 토로한다.

“절차도 좀 복잡해요. 서류도 다시 떼고. 그 지금 판결문 왔어요. 끝났어요. 애기가 한국 사람 인정받았는데 근데 ooo은 국적은 아직 못 받아요. …, 번역할 서류도 있고 그냥 좀 복잡해요. 저는 그때 판결문 받아서 시청 갔더니 시청도 인정 안 하고 출입국도 한 번 더 갔다 왔어요. 그때 아니 이거 하면 안 된다고. 그래서 출입국에서 뭐 조사하고 이렇게 했더니 출입국은 어떤 서류 줬어요. 그래서 시청 다시 가서 출생신고 하고 저는 또 다시 출입국도 갔다 왔거든요. 두 번 세 번 정도. 그래서 절차도 어려워요.” <사례 13>

“한국국적 신청하기 전에 출입국 가서 OO이를 외국인 등록증 만들어야 한다고 했어요. 출입국에서는 아바의 가족관계증명서, 등본, 아바 동의서가 필요하다고 해서 OO 구청 가서 해달라고 했어요. 그랬더니 아이 아바 동의없이 발급 못해준다고 했어요. 아이 아바에게 전화하고 문자해도 안해줬어요. 그렇게 3~4개월쯤 지났어요 (중략) 변호사님 통해서 인지청구 판결문 가지고 주민센터 가서 발급받을 수 있었어요.” <사례 15>

<사례 17> Q에 의하면 출입국 관리 당국은 이런 사실을 알고 있기에 인지자의 혼인관계증명서는 요구하지 않는다고 한다. 인지경위서도 피인지자 친모가 작성해서 제출했다. 그러나 최근에 경험한 사례 중에서 안내문과 다른 내용을 요구 받은 경우도 있었다고 한다.

“(인지에 의한 국적신고서 제출할때) 본국 미혼증명서를 한국어로 번역하고 출입국 안내문에 나와 있는 대로 번역자 확인서를 제출했는데, 친모의 본국 미혼증명서 영사인증 받아 오라고 하더라고요. 이런 경우는 처음이었어요. 영사인증은 본국에서만 가능하고 대행업체를 통해 해야 하니 시간과 돈이 더 들었어요. 출입국 콜센터 1345를 통해 안내문을 받았는데 영사인증에 대한 언급은 전혀 없었어요.” <사례 17>

3) 유전자 검사

출입국관리당국의 안내문에 의하면 “재판에 의한 인지를 제외한 모든 인지에 의한 국적취득 신고 접수 시 당사자 사전 동의 하에 유전자 검사를 실시하므로, 생부 및 자녀가 동반하여 접수”를 해야 한다.

B는 자녀는 친부가 인지신고를 한 후 인지에 의한 국적신고 전에 교도소에 수감되어 출입국 국적과에서 인지신고할 때 친부가 동행할 수 없었다. 국적과에서는 자녀 친부가 출소한 이후에 국적신고를 하라고 했지만, 이후 딱한 상황을 인정하여 출입국관리당국의 출장 유전자검사로 인지에 의한 국적신고가 가능했다. <사례 2>

조사 참여 사례자들의 경우는 대부분 판결을 통해 친생자임을 인정받은 사례들이다. 판결문이 나오려면 소송 중에 유전자검사를 하게 된다. 이런 경우 출입국관리당국은 유전자검사를 요구하지 않는다. 그러나 유전자검사가 없이 친부가 자신의 자녀임을 인정하여 조정조서로 소송이 끝난 경우에 출입국관리당국에서 친부와의 유전자검사결과를 요구한 사례도 있다.

“조정으로 끝난 사례가 있었는데 출입국에서 유전자검사결과 없는 것을 문제 삼겠다 싶더라고요. 아니나 다를까 유전자 검사결과 가져 오라는데 친부가 인지를 안 해 주려고 했던 건인데 유전자 검사를 해 주겠어요?” <사례 17>

유전자검사 없는 조정조서를 제출할 때 유전자검사 결과지 제출 관련 출입국관리당국의 입장은 아래와 같다.

3. 귀하의 질의사항에 대해 검토한 의견은 다음과 같습니다.
- 우선 법원에 의해 자녀가 부의 인지대상이라고 결정을 내렸다면, 부의 유전자검사 부동의가 있다하더라도, 법원의 판결을 근거로 인지에 의한 국적취득신청을 할 수 있음을 알려드립니다.(신청시 부 동반 불필요)

다. 외국국적포기절차에서 주민등록신고까지

인지에 의한 국적신고를 하면 대법원 통보 등의 절차를 거쳐 약 20일-30일후에 수리통지서를 우편으로 받게 된다.

가족관계등록법 제93조(인지 등에 따른 국적취득의 통보 등) ① 법무부장관은 「국적법」 제3조제1항 또는 같은 법 제11조제1항에 따라 대한민국의 국적을 취득한 사람이 있는 경우 지체 없이 국적을 취득한 사람이 정한 등록기준지의 시·읍·면의 장에게 **대법원규칙**으로 정하는 사항을 통보하여야 한다.
② 제1항의 통보를 받은 시·읍·면의 장은 국적을 취득한 사람의 등록부를 작성한다.

구청 등 행정관서를 방문하여 자녀의 기본증명서(상세)내의 정보가 정확한지 확인하고, 수리통지서 등을 번역 공증하고 영사확인을 받은 후 본국대사관에서 국적포기신고를 해야 한다.

인지에 따라 대한민국 국적 신고를 한 후 관련 법상 1년 내에 외국 국적을 포기하여야 하므로, 정해진 기한까지 외국 국적을 포기하지 못할 시 대한민국 국적을 상실할 위험이 있다. 외국 국적 포기가 어려운 자에 대해 국적법 시행령은 아래와 같이 규정하고 있다.

제13조(외국 국적 포기가 어려운 자 등) ① 법 제10조제2항제5호에서 “대통령령으로 정하는 자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다. <개정 2017. 8. 29.>

1. 외국의 법률 및 제도로 인하여 외국 국적의 포기가 불가능하거나 그에 준하는 사정이 인정되는 사람
2. 대한민국 국적을 취득한 후 3개월 이내에 외국 국적의 포기절차를 개시하였으나 외국의 법률 및 제도로 인하여 법 제10조제1항에 따른 기간 내에 국적포기절차를 마치기 어려운 사정을 증명하는 서류를 법무부장관에게 제출한 사람

이에 따라 외국국적 불행사 서약을 하기 위해서는 1년 내 외국 국적 포기가 어렵다는 내용을 해당 국가 대사관에서 접수증을 받아 3개월 내에 법무부장관에게 제출해야 한다. 대표적인 나라가 베트남으로 알려져 있다. 출입국관리당국에 외국국적 불행사 서약서를 제출하고, 서약확인서를 받아 구청 등 행정관서에 제출해야 자녀의 주민등록신고가 가능하다. 주민등록신고가 되어 있더라도 1년 이후 본국국적포기 절차가 끝나면 대사관에서 발급 받은 서류를 반드시 출입국관리당국에 제출해야 한다. 그렇지 않을 경우 한국국적을 상실할 수 있다.

“저희 사례 중에 베트남분이 있었는데, 외국국적불행사 서약서를 내고 주민번호 받았대요. 한국국적을 가지고 있는 것을 알고 있었는데 한참 후에 어린이집 보내려 서류발급하러 동사무소에 갔다가 국적이 없어진 것을 알았다고 해요. 같이 동사무소를 방문해서 그 이유를 물어 보았더니 본국 국적포기서를 제출하지 않아 한국국적이 없어 졌던 거죠. 나중에 행정사 도움으로 국적회복을 했다고 해요.” <사례 17>

필리핀, 태국, 몽골, 인도네시아, 이슬람권 국가들의 경우 미성년자는 선천적으로 주어진 국적을 포기할 수 없다. 이 경우 해당 국가의 대사관에서 관련 내용의 영문서면을 받아 출입국관리당국 국적과에 제출하고 외국국적불행사 서약서를 제출하면 된다. 이 경우는 자녀가 성년이 되면 국적을 선택해야 하고, 출생에 의한 선천적 복수국적 대상자는 아니다. 필리핀, 태국, 몽골 등은 자녀들이 본국국적을 포기할 수 없다는 서면을 받는데 비교적 짧은 시간(1주 - 4주)이 소요되는 것으로 관찰된다.

출입국관리당국에서 발급 받은 외국국적불행사 서약서 확인서를 행정관서에 제출하면 자녀는 비로소 주민등록신고가 가능하고 주민등록번호 뒷자리 번호를 부여받게 된다. 그리고 외국인등록증은 반납해야 한다. 주민등록신고를 할 때 외국국적자 친모와 살고 있는 경우 한국국적자 미성년자 자녀가 세대주가 된다.

[2021년 주민등록 질의.회신 사례집- 행정안전부]

미성년자가 단독으로 세대주로 전입신고하는 경우 처리가 가능한지?

주민등록은 주민의 거주이동실태를 기록·관리하는 제도이므로 미성년자인 어린이가 거주 목적으로 거주지를 이동한 것이 사실이면 단독으로 전입신고가 가능. 이 경우 미성년자의 전 세대주 확인은 읍·면·동장의 사실 조사로 갈음할 수 있음.

본 실태조사 조사 사례들 중 다수는 자녀가 한국국적자가 된 이후에도 친모는 미등록기간 동안 발생되는 고액의 과태료를 납부하지 못해 오랜 시간동안 미등록 체류자로 남게 된다.

O는 자녀는 이미 한국국적자이다. 그러나 자녀는 정부로부터 보육료 지원을 받지 못하고 있다. O가 외국인 등록을 하기 위해 납부해야 할 범칙금은 50% 감면을 받더라도 1,500만 원에 이른다. O는 이를 납부하지 못하여 여전히 미등록 체류자이다. <사례 15>

라. 소결

국민의 혼인외자는 인지신고 이후에도 체류자격 부여와 국적 취득을 위한 복잡한 행정 절차와 다양한 제도적 장벽을 경험하고 있다. 이 과정에서 모의 체류자격, 경제적 여건, 출신 국가 등의 요인이 관련 사회제도 접근을 제한하는 요인으로 작용하고 있다. 국적과 주민등록제도는 아동의 생존권과 복지권을 실현하는 기초적 장치로, 현재의 지연된 행정처리 및 차별적 규정은 시급히 개선되어야 한다. 국적신고 및 주민등록 절차 간소화, 이주여성 등에게 정보 제공 체계 정비, 과태료 면제, 실무 관행 개선 등 제도적 보완을 통해 국민의 혼인외자인 아동의 권리가 보장될 수 있도록 해야 한다.

3 양육자의 체류자격

아동이 한국국적을 취득하였다고 해서 양육자에게 곧바로 체류자격이 주어지는 것은 아니다. 양육자는 기존의 체류 상태에 따라 체류자격 변경 혹은 외국인 등록 및 범칙금 납부 등을 거쳐 체류자격을 취득할 수 있다.

가. 양육자에게 부여되는 체류자격

1) 결혼이민(F-6)

출입국관리법 시행령은 결혼이민(F-6)을 아래와 같이 3개로 분류하고 있다. 그 분류에 따라 출입국은 결혼이민(F-6) 체류자격을 국민의 배우자(F-6-1), 자녀양육(F-6-2), 혼인단절(F-6-3)로 나눠 관리한다.

각각의 세부적인 내용은 아래와 같다.

출입국관리법 시행령 별표 1의2 장기체류자격(제12조 관련)

27. 결혼이민 (F-6)	가. 국민의 배우자 나. 국민과 혼인관계(사실상의 혼인관계를 포함한다)에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 부 또는 모로서 법무부장관이 인정하는 사람 다. 국민인 배우자와 혼인한 상태로 국내에 체류하던 중 그 배우자의 사망이나 실종, 그 밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인관계를 유지할 수 없는 사람으로서 법무부장관이 인정하는 사람

사증민원 자격별 안내 매뉴얼 (법무부 출입국·외국인정책본부 2025. 4.)

구분	체류자격 세부약호 부여에 대한 기준
F-6-1 (국민의 배우자)	한국에 혼인이 유효하게 성립되어 있고, 우리 국민과 결혼생활을 지속하기 위해 국내 체류를 하고자 하는 외국인
F-6-2 (자녀양육)	국민과 혼인관계(사실상의 혼인관계를 포함)에서 출생한 미성년 자녀를 혼인관계 단절 후 국내에서 양육하거나 양육하려는 부 또는 모
F-6-3 (혼인단절)	국민인 배우자와 혼인한 상태로 국내에 체류하던 중 그 배우자의 사망·실종, 그 밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인관계를 유지할 수 없는 사람

대한민국 국적 자녀를 양육하는 미혼모부는 위의 자녀양육(F-6-2)에 해당할 수 있다. 국민과 법률혼 관계에 있었던 것은 아니나 사실혼에 해당할 여지가 있기 때문이다. 혼인신고로 확인할 수 있는 법률혼과 달리 사실혼의 판단기준은 명확하지 않지만 통상적으로 출입국은 국민과 사이에 자녀가 있는 경우 사실혼으로 인정하여 자녀양육(F-6-2)을 부여한다.

[미등록에서 자녀양육(F-6-2) 체류자격 취득한 사례]

자진출국신고 후 인지소송 진행을 이유로 5차례 출국기한을 연장함. 인지신고 완료 후 출입국에서 3, 400만 원 가량의 범칙금이 나온다고 하여 컴퓨터에서 탄원서 제출. 출입국에서 외국인인권보호 및 권익증진협의회에 상정되어 자녀양육(F-6-2) 체류자격 받음. <사례 3>

양육자가 자녀양육(F-6-2) 체류자격을 취득하게 되면 자유롭게 취업이 가능하며, 자녀 양육을 이유로 부모 등 가족을 초청(결혼이민자본국가족, F-1-5)할 수도 있다. 자녀양육(F-6-2)은 자녀 양육을 위한 체류자격이므로 자녀가 성인이 될 때까지만 부여되며, 자녀가 성인이 된 후에는 생계유지능력(중위소득의 40%), 기본소양(사회통합프로그램 4단계 이상) 등 일정한 요건을 갖춘 경우에 한하여 거주(F-2-15) 자격으로 변경할 수 있다.

거주(F-2-15)는 자녀양육(F-6-2) 자격으로 체류하던 이주민이 본인의 체류자격을 변경하는 방식이지만, 본질적으로는 한국인 성인 자녀의 생활을 위해 부모가 체류하며 양육하도록 하는 것이기 때문에 한

국인 자녀가 초청하는 관계로 볼 수 있다. 하지만 그 조건이 결혼이민자나 귀화자가 그 자녀의 양육을 위해 부모를 초청하는 것(F-1-5, F-1-28), 대학원 유학생, 우수인재, 투자자 등의 부모초청(F-1-15)보다 훨씬 까다롭다는 문제가 있다.

2) 방문동거(F-1)

일반적으로 대한민국 국적 자녀를 양육하는 경우 사실혼으로 보아 자녀양육(F-6-2) 체류자격을 받게 되나 부모 중 일방에게 법률상 배우자가 있다면 난관에 봉착한다. 결혼이민(F-6)은 그 명칭에서 알 수 있듯이 대한민국 국민과의 혼인을 전제로 한 체류자격이다. 우리 민법 제810조는 ‘배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다’고 명시적으로 중혼을 금지하고 있으므로 일방에게 법률상 배우자가 있는 경우에는 비록 그 사이에 자녀가 있다 하더라도 결혼이민(F-6) 체류자격을 부여할 수 없다는 것이 출입국의 태도이다.

비록 자녀양육(F-6-2) 체류자격에는 해당하지 않더라도 자녀가 대한민국 국적을 취득하였기에 양육자가 대한민국에 체류해야 할 필요성은 분명하므로, 이러한 경우 출입국은 관행적으로 방문동거(F-1) 체류자격과 취업이 가능하도록 체류자격 외 활동허가를 부여해 왔다.

이러한 출입국의 원칙으로 인해 상대방 남성에게 배우자가 있다는 사실을 알지 못했던 여성들은 피해를 입기도 한다. <사례13>의 M은 한국 국적의 남성과 교제하다가 이별을 통보받았고, 몇 개월 후 남성이 사과하여 다시 교제하며 동거하던 중 자녀를 임신하였다. 남성은 M과 이별한 기간 동안 다른 여성과 혼인신고를 하였으나 이를 M에게 알리지 않았다. 이 연구에서 직접 사례로 인용할 수는 없지만 M 외에도 여러 여성들이 상대방의 혼인 사실을 알지 못한 채 교제, 임신, 출산을 겪기도 한다.

[남성이 법률상 혼인 중이어서 자녀양육(F-6-2)을 받지 못하고 방문동거(F-1)를 받은 사례]

“9월달에 결혼하자고 했어요. 캄보디아에 가서. 돈은 아마도 1200 정도 들어갈 것 같아서 다 이야기하고 상견례하는 거 다 했어요. 같이 있는 동안 그때 임신했어요. 처음에는 아기 원하고 싶어서 근데 임신했더니 아기 낙태 하라고 헤어진다고 그렇게. (같이 산 기간이) 3, 4개월 정도? 많지 않아서 그렇기 때문에 출입국은 F6 못 준다고 했어요. 우리가 연락하는 거는 몇 개월인데 근데 같이 사는 거는 그냥 잠깐이에요. (중략) 본부장님은 F1은 준다고 혼인 신고 못하니까 자기가 법에 F6 동거 이게 1년 2년 이상이면 F6, F2 받을 수 있다고. 근데 아무 것도 없어요. 자기도 잘못했어요. 혼인신고 중인데 만나서 얘기 있으면 말도 돼요? 이렇게 말하는 거예요. (남자가 혼인신고 했는지) 저는 몰랐어요.” <사례 13>

3) 방문동거(F-1) 체류자격의 문제점-체류자격 외 활동허가 등

명칭에서 알 수 있듯이 방문동거(F-1) 체류자격은 한국에 있는 가족을 방문하는 외국인에게 주어지는 체류자격으로 원칙적으로는 취업조차 할 수 없다. 체류자격 외 활동허가는 어디까지나 예외적인 허가에

불과하며, 취업이 가능한 분야가 제한되어 있고 그 기간마저 매년 1년의 단기에 그쳐 양육자는 안정적인 일자리를 구하기 어렵다. ‘허가’라는 말이 무색하게 체류자격 외 활동허가를 신청하기 위해서는 사전에 고용주와 작성한 근로계약서 및 사업자등록증을 첨부하여야 하는데, 사전 취업허가가 없는 상황에서 자신을 고용하겠다는 고용주를 찾아 근로계약서를 작성하는 것은 쉽지 않으며, 신청 후 허가가 나기까지의 기간도 통상 1개월 이상 소요된다.

[체류자격 외 활동허가의 문제점이 드러나는 사례]

“저는 보통 F1은 일 못 하는데 뭐지 허가 활동을 받으니까 그럼 할 수 있다고요. 하지만 가족센터에는 1년마다 전 직원이 근로자 계약서 작성해요. 다 팀장님이든 팀원이든. 그래서 저는 12월까지 끝났어요. 그럼 지금 1월 2월 이 두 달은 그냥 일하고 허가 안 받은 거예요.
근데 저는 몰랐어요. 저는 옛날에 다니는 회사가 한 번만 계약하고 그냥 똑같은 회사니까 서류 안 썼어요. 그냥 그대로 그냥 연장할때 똑같은 회사 다니고 오는 거예요?
“네 그렇게 하면 끝나는 거예요. 근데 이번에 갔더니 안 돼요. 이렇게 하면 안 된다고 그래서 벌금 내려면 300만 원. 3개월 미만. 근데 그 선생님이 좀 알려줬어요. 다른 사람 알리지 말고 국장님이랑 좀 논의하고 계약서 3월 4일부터 하면 어떻겠냐고.” <사례 13>

또 다른 문제는 방문동거(F-1)에서 거주(F-2), 영주(F-5)나 국적 취득으로 나아가는 것이 불가능하다는 점이다. 이 말은 자녀가 19세로 성년에 이르면 ‘미성년 자녀의 양육자’ 자격으로 체류하던 양육자는 더 이상 대한민국에 체류할 수 없게 되어 본국으로 돌아가야 한다는 뜻이다.

이에 대해 국가인권위원회도 2022. 10. 대한민국 국적 자녀의 양육을 위해 국내에 체류하고자 하는 외국인이 안정적으로 취업하고 사회보장제도의 수급대상에 포함될 수 있도록 해당 외국인의 체류자격을 개선할 것을 권고한 바 있다. 국가인권위원회는 방문동거(F-1)를 소지한 외국인이 체류자격 외 활동허가를 받아 경제활동이 가능하더라도 제한된 분야에서만 취업이 가능하며, 2년마다 비용을 납부하고 체류자격을 변경해야 하는 부담이 있으며, 향후 영주자격(F-5)으로 변경할 수 없고, 방문동거는 일반적으로 단순 ‘가족동거’를 목적으로 체류하는 자에게 부여되고 있는 점 등을 고려할 때 자녀를 양육하는 한부모 가정 외국인에게 방문동거(F-1)를 부여하는 것은 적절하지 않다고 보았다. 또한 대한민국 국적 자녀를 홀로 양육하고 있음에도 ‘국민과 혼인한 자’가 아니라는 이유로 각종 사회보장제도 적용 대상에서 제외되는 점도 합리적이지 못하며, 혼인단절(F-6-3)의 ‘자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인관계를 유지할 수 없는 사람’에 준하는 경우로 볼 수도 있다고 판단하였다.

그 외에도 방문동거(F-1) 체류자격 소지자는 한국 국적의 자녀를 양육하고 있음에도 ‘결혼이민자’에 해당하지 않는다는 이유로 자녀양육 지원을 위한 부모초청(F-1-5)을 할 수 없으며, 건강보험 등 각종 사회보장제도에서 자녀양육(F-6-2)과 같은 혜택을 받지 못하고 있다.

나. 미등록 양육자의 범칙금 납부

출입국관리법에 의하면 외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위 내에서만 대한민국에 체류할 수 있으며, 외국인이 90일을 초과하여 대한민국에 체류하기 위해서는 외국인등록을 하여야 한다.

제17조(외국인의 체류 및 활동범위) ① 외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서 대한민국에 체류할 수 있다.

제31조(외국인등록) ① 외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 대한민국에 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장에게 외국인등록을 하여야 한다.

출입국관리법 시행규칙에 의하면 체류기간을 초과하여 체류한 외국인에게는 초과하여 체류한 기간에 따라 최대 3천만 원의 범칙금이 부과된다.

출입국관리법 시행규칙 [별표 7] 범칙금의 양정기준(제86조제1항 관련)

거. 법 제17조제1항을 위반하여 체류자격이나 체류기간의 범위를 벗어나서 체류한 사람	법 제94조 제7호	1개월 미만	200만원
		1개월 이상 3개월 미만	300만원
		3개월 이상 6개월 미만	400만원
		6개월 이상 1년 미만	700만원
		1년 이상 2년 미만	1,000만원
		2년 이상 3년 미만	1,500만원
		3년 이상 5년 미만	2,000만원
		5년 이상 7년 미만	2,500만원
		7년 이상	3,000만원

대한민국 국적의 자녀를 가진 미등록 양육자인 경우 임신과 출산 기간을 고려하면 원래의 체류기간을 초과하여 체류한 기간이 2년을 넘어가는 경우가 대부분이며, 규정에 의하면 1500만 원 이상의 범칙금을 납부해야 한다. 고액의 범칙금으로 인해 자녀는 대한민국 국적을 취득하였음에도 양육자는 외국인 등록조차 하지 못하고 미등록으로 남는 상황이 발생하게 된다.

[범칙금을 납부할 여력이 없는 사례]

한국 남성과의 사실혼 관계에서 3명의 자녀 출생. 남성은 경제력이 없어 여성과 아이들을 방임하였음. 남성을 상대로 인지 청구의 소를 진행 중. 판결을 받은 후 여성의 체류자격을 취득해야 하나 미등록 기간이 6년이 넘고, 아이들이 어려 일을 하지 못해 범칙금을 납부할 여력이 없음. <사례5>

출입국관리법과 시행규칙에 의하면 범칙금을 2분의 1의 범위 안에서 경감하거나 면제까지도 가능하다. 위 규정에도 불구하고 대한민국 국적의 자녀를 양육한다는 사정만으로 출입국에서 선제적으로 당사자에게 범칙금을 감면해 주는 경우는 거의 없으며, 이주여성 상담소나 보호시설에서 탄원서 제출 등으로 조력하여 범칙금을 감면받은 사례들은 있었다. 하지만 범칙금을 50% 감경받더라도 여전히 적지 않은 금액이기에 여성들은 이를 마련하기 위해 모금을 하거나 친구 및 본국의 가족들에게 돈을 빌리기도 하였다.

출입국관리법

제103조(범칙금의 양정기준 등) ① 범칙금의 양정기준(量定基準)은 법무부령으로 정한다.

② 법무부장관은 출입국사범의 나이와 환경, 법 위반의 동기와 결과, 범칙금 부담능력, 그 밖의 정상을 고려하여 제102조제1항에 따른 통고처분을 면제할 수 있다.

출입국관리법 시행규칙

② 범칙금은 청장·사무소장·출장소장 또는 보호소장이 당해출입국사범의 나이와 환경, 범위반의 동기와 결과, 범칙금부담능력, 위반횟수등을 참작하여 제1항에 따른 기준액의 2분의 1의 범위안에서 이를 경감하거나 가중 할 수 있다.

③ 청장·사무소장·출장소장 또는 보호소장은 부득이하다고 인정하는 경우 법무부장관의 승인을 얻어 제1항 및 제2항에 따른 기준과 달리 범칙금을 정할 수 있다. 법 제103조제2항에 따라 범칙금을 면제하는 경우에도 또한 같다.

[범칙금을 면제받은 사례 1]

자진출국신고 후 인지소송 진행을 이유로 5차례 출국기한을 연장함. 인지신고 완료 후 출입국에서 3, 400만 원 가량의 범칙금이 나온다고 하여 쉼터에서 탄원서 제출. 출입국에서 외국인인권보호 및 권익증진협의회에 상정되어 범칙금을 면제받고 자녀양육(F-6-2) 체류자격 받음. <사례 3>

[범칙금을 면제받은 사례2]

미등록 중 임신한 상황에서 아이의 친부 사망. 친부의 어머니와 살던 중 보호시설로 연계됨. 여수출입국에서 출산을 위해 기타(G-1) 자격을 받았고, 범칙금은 면제됨. <사례 6>

[범칙금 50% 감경 후 쉼터에서 모금을 통해 납부한 사례]

“제가 오기 이전인데 탄원서를 일단 많이 쓰셨더라고요. 탄원서 쓰고 그리고 본인도 그 자술서하고 내용을 많이 쓰고 그게 이제 증빙 자료도 있긴 한데 그리고 후원, 개인적으로 후원을 많이 했어요. 후원을 많이 이분 같은 경우는 정말 어쩔 수 없었던 상황이었고 이런 게 또 납득이 됐던 것 같아요. 그래서 뭐 성당이나

그리고 교회나 뭐 이런 개인적인 후원들 후원금으로 그걸 다 해결을 했죠. 그리고 이제 그런 부분들을 해결을 했는데 그렇다고 해서 여기 있는 모든 이주 여성들을 해결해 줄 수 있는 건 아니고 좀 특별한 상황이었던 것 같아요.” <사례 12>

[범칙금 50% 감경 후 여성이 돈을 빌려서 납부한 사례]

여성의 미등록 기간이 3년 미만이라 범칙금이 1,500만 원이었는데 사유서를 제출하고 50% 감경을 받았음. 여성의 딱한 사정을 여러차례 어필하였지만 더 이상 감면해 줄 수 없다는 출입국의 입장. 남편마저 교도소에 수감되어 있어 여성은 더욱 어려운 상황이었음. 그러나 A국가는 커뮤니티가 잘 형성되어 있어 다행히 돈을 빌려 납부를 하고 F-6를 받음. 그리고 그 돈을 갚기 위해 일을 해야 했음. <사례 4>

[범칙금 30% 감경받은 사례]

출입국관리사무소에 범칙금 30% 감경된 17,500,000원을 납부함. 여성은 범칙금 납부를 위해 식당에서 일을 함. <사례 7>

[범칙금 마련을 위해 본국의 가족에게 돈을 빌린 사례]

“아기 아빠랑 출입국 갈 때 저는 수유실 있어야 했기 때문에 저는 알지 못했지만 쉼터 들어가면서 선생님들이 대신 듣고 저한테 1500만 원 벌금 이야기해줬어요. 왜냐하면 3년 저는 3년 안 돼서 1500만 원. 1500만 원이라고 들었는데 올해 6월..6월 지나면 벌금도 늘어나요. 무서워서 저 진짜 (출입국에) 못가요. 그 벌금을 1500만 원 정도 내야 돼서 본국에 있는 부모님께 반을 빌렸고 한국에서 식당 설거지하면서, 쉼터에서 부업하면서 돈을 모으고 있어요.” <사례 14>

과거에는 고액의 범칙금을 내기 어려운 외국인이 자진출국 후 본국의 대한민국 대사관에서 비자를 받아 다시 대한민국에 입국하는 방법을 이용하기도 하였으나, 최근에는 법무부의 자진출국기간이 아닌 한 자진출국시에도 범칙금을 내야 하는 것으로 출입국외국인사무소가 강제하고 있어 위 방법은 더 이상 이용하기 어렵게 되었다. 결국 체류자격을 얻기 위해서는 범칙금을 마련하거나 자진출국기간을 이용하여 본국을 다녀와야 한다. 하지만 자진출국기간은 상시적으로 운영되지 않아 예측하기 어렵고, 본국을 다녀오는 비용 또한 범칙금보다는 적더라도 결코 만만한 금액은 아니다. 무엇보다 법무부에 의하면 입국규제가 면제된다고 하나 본국의 대한민국 대사관에서 바로 비자를 발급받을 수 있다는 확신이 없는 외국인들은 자진출국을 꺼릴 수밖에 없다.

다. 양육자가 외국인 보호소에 보호된 경우

체류기간의 범위를 초과하여 체류하거나 입국한 날부터 90일이 초과하였음에도 외국인등록을 하지 않은 외국인은 강제퇴거 대상이 된다. 출입국관리공무원은 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 해당 외국인을 보호할 수 있다.

제46조(강제퇴거의 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

- 8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람
- 12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람

제51조(보호) ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 보호명령서의 발급을 신청할 때에는 보호의 필요성을 인정할 수 있는 자료를 첨부하여 제출하여야 한다.
- ③ 출입국관리공무원은 외국인이 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 긴급한 경우에 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받을 여유가 없을 때에는 그 사유를 알리고 긴급히 보호할 수 있다.
- ④ 출입국관리공무원은 제3항에 따라 외국인을 긴급히 보호하면 즉시 긴급보호서를 작성하여 그 외국인에게 내보여야 한다.
- ⑤ 출입국관리공무원은 제3항에 따라 외국인을 보호한 경우에는 48시간 이내에 보호명령서를 발급받아 외국인에게 내보여야 하며, 보호명령서를 발급받지 못한 경우에는 즉시 보호를 해제하여야 한다.

양육자가 이미 외국인 보호소에 보호된 경우라면 대한민국 국적 자녀를 양육하고 있다는 사실을 들어 보호에 대한 이의신청, 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 강제퇴거명령에 대한 이의신청 또는 보호 일시해제를 신청할 수 있다. 보호에 대한 이의신청과 강제퇴거명령에 대한 이의신청은 동시에 가능하나, 출입국외국인사무소는 위 두 신청과 보호 일시해제신청은 동시에 받지 않는다.

제55조(보호에 대한 이의신청) ① 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다.

- ② 법무부장관은 제1항에 따른 이의신청을 받은 경우 지체 없이 관계 서류를 심사하여 그 신청이 이유 없다고 인정되면 결정으로 기각하고, 이유 있다고 인정되면 결정으로 보호된 사람의 보호해제를 명하여야 한다.
- ③ 법무부장관은 제2항에 따른 결정에 앞서 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있다.

제60조(이의신청) ① 용의자는 강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 하려면 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출하여야 한다.

제65조(보호의 일시해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 직권으로 또는 피보호자(그의 보증인 또는 법정대리인등을 포함한다)의 청구에 따라 피보호자의 정상(情狀), 해제요청사유, 자산, 그 밖의 사항을 고려하여 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 보호의 일시해제 청구, 보증금의 예치 및 반환의 절차는 대통령령으로 정한다.

대한민국 국적 자녀를 양육하고 있더라도 체류기간을 도과한 것은 사실이기에 출입국관리법상 강제퇴거 대상에 해당한다는 이유로 보호에 대한 이의신청, 강제퇴거명령에 대한 이의신청은 받아들여지지 않을 가능성이 높다. 그러나 양육자로서 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있으므로 보호 일시해

제는 받아들여지는 편이며, 특례에 의해 체류허가가 주어지기도 한다.⁹⁾

제61조(체류허가의 특례) ① 법무부장관은 제60조 제3항에 따른 결정을 할 때 이의신청이 이유 없다고 인정되는 경우라도 용의자가 대한민국 국적을 가졌던 사실이 있거나 그 밖에 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되면 그의 체류를 허가할 수 있다.
 ② 법무부장관은 제1항에 따른 허가를 할 때 체류기간 등 필요한 조건을 붙일 수 있다.

이의신청이 받아들여지는 경우와 달리 보호 일시해제는 보증금을 조건으로 하는 경우가 많아 이 또한 양육자에게 경제적인 부담이 된다. 일단 보호 상태에서 벗어났다면 동일하게 위 나.의 절차를 밟아 체류 자격을 취득해야 한다.

라. 양육자에게 다른 체류자격이 있는 경우

양육자에게 체류자격이 있다면 체류자격의 종류와 본인의 상황에 따라 기존 체류자격을 연장하거나 자녀 양육에 관한 체류자격으로 변경할 수 있다. 비전문취업(E-9)이나 유학(D-2) 등 임신으로 인해 기존 체류자격을 연장하기 어려운 경우 일단 기타(G-1)로 변경한 다음 자녀가 한국국적을 취득한 후 방문 동거(F-1)나 결혼이민(F-6)으로 변경할 수 있다. 마등록 기간 없이 체류자격을 변경할 경우 범칙금은 묻 제되지 않는다.

[임신 후 비전문취업(E-9)에서 기타(G-1)로 체류자격 변경한 사례]

“왜냐면은 E9은 일해야 돼요. 저 임신해서 일 못해서. 또 문제는 저 회사가 망했어요.(중략) 만약에 E9 하고 싶으면은 회사에 들어가야 하는데, 그런데 임신했으니까 그냥 출입국에 제출하면은 G1, 나쁜 비자 아니고 그냥 임신 비자라고 했어요. 그렇게 해야 한국에서 일 안해도 살 수 있어요.” <사례 13>

출입국관리법 시행령

[별표 1의2] 장기체류자격(제12조 관련)

30. 기타(G-1)	별표 1, 이 표 중 외교(A-1)부터 방문취업 (H-2)까지 또는 별표 1의3의 체류자격에 해당하지 않는 사람으로서 법무부장관이 인정하는 사람
<법무부장관이 인정하는 사람의 범위> - 임신, 출산 등 인도적 체류허가자 (법무부 출입국외국인정책본부, 외국인체류 안내매뉴얼)	

9) 체류허가의 특례에 대한 명확한 기준을 알기위해 법무부에 질의하였으나 비공개 정보에 해당하여 답하기 어렵다는 답변을 받았다.

마. 영주자격 및 귀화

1) 영주자격(F-5)

가) 현행규정

자녀양육(F-6-2) 체류자격을 소지한 양육자는 출입국관리법 제10조의3 요건을 갖추어 영주(F-5) 자격을 신청할 수 있다.

출입국관리법

제10조의3(영주자격) ① 제10조제2호에 따른 영주자격(이하 “영주자격”이라 한다)을 가진 외국인은 활동범위 및 체류기간의 제한을 받지 아니한다.

② 영주자격을 취득하려는 사람은 대통령령으로 정하는 영주의 자격에 부합한 사람으로서 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어야 한다.

1. 대한민국의 법령을 준수하는 등 품행이 단정할 것
2. 본인 또는 생계를 같이하는 가족의 소득, 재산 등으로 생계를 유지할 능력이 있을 것
3. 한국어능력과 한국사회·문화에 대한 이해 등 대한민국에서 계속 살아가는 데 필요한 기본소양을 갖추고 있을 것

품행단정 여부는 범죄경력으로 확인하며, 생계유지능력은 본인 또는 생계를 같이하는 가족의 소득이 전년도 일인당 국민총소득(GNI) 이상이거나 자산합계가 중위수준 이상일 것을 요구한다. 기본소양 요건을 만족하기 위해서는 사회통합프로그램을 이수하였거나 영주용 또는 귀화용 종합평가에서 60점 이상을 얻어야 한다. 생계유지능력과 기본소양 요건은 신청인이 자녀를 양육하는 경우 완화된 기준을 적용할 수 있으며, 신청인이나 자녀 중 중증질환이나 중증장애가 있고 신청인이 5년 이상 국내에 체류하였다면 면제도 가능하다.

자녀양육자에 대한 생계유지능력 요건완화 기준

구분	국내 체류 기간		
	2년~5년	6년~9년	10년 이상
자녀 1명	기준금액의 20% 경감	기준금액의 30% 경감	기준금액의 40% 경감
자녀 2명	기준금액의 30% 경감	기준금액의 40% 경감	기준금액의 50% 경감

자녀양육자에 대한 기본소양 요건완화 기준

구분	국내 체류 기간		
	2년~5년	6년~9년	2년~5년
자녀 1명	중간평가(4단계) 합격	중간평가(4단계) 합격	사전평가 60점
자녀 2명	중간평가(4단계) 합격	사전평가 60점	사전평가 50점

나) 문제점

외국인이 한국에서 혼자 자녀를 양육하며 영주자격에서 요구하는 생계유지능력을 갖추고 사회통합프로그램까지 이수하는 것은 쉽지 않다. 하이코리아에 공지된 2024년 1인당 국민총소득(GNI) 기준금액은 49,955,000원이며, 20% 경감 시 39,964,000원, 30% 경감 시 34,968,500원, 40% 경감 시 29,973,000원으로 결코 적은 금액이 아니다. 주로 단순 노무에 종사하는 한부모 양육자로서는 야근이나 주말 출근을 하여야 이 기준을 충족시킬 수 있는데, 그 와중에 사회통합프로그램까지 수강하여야 하는 이중고에 처하게 된다.

앞에서 서술한 바와 같이 방문동거(F-1) 체류자격을 가진 양육자는 출입국관리법 시행령에서 규정한 '대통령령으로 정하는 영주의 자격에 부합하는 사람'에 해당하지 않아 영주자격을 취득할 수 없다.

출입국관리법 시행령

제12조의2(영주자격 요건 등) ① 법 제10조의3제2항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 영주의 자격에 부합하는 사람"이란 별표 1의3에 해당하는 사람을 말한다.

[별표 1의3] 영주자격에 부합하는 사람(제12조의2 제1항 관련)

법 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하지 않는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람
대한민국 「민법」에 따른 성년으로서 별표 1의2 중 10. 주재(D-7)부터 20. 특정활동(E-7)까지의 체류자격이나 별표 1의2 중 24. 거주(F-2) 체류자격으로 5년 이상 대한민국에 체류하고 있는 사람
국민 또는 영주자격(F-5)을 가진 사람의 배우자 또는 미성년 자녀로서 대한민국에 2년 이상 체류하고 있는 사람 및 대한민국에서 출생한 것을 이유로 법 제23조에 따라 체류자격 부여 신청을 한 사람으로서 출생 당시 그의 부 또는 모가 영주자격(F-5)으로 대한민국에 체류하고 있는 사람 중 법무부장관이 인정하는 사람

2) 귀화

가) 현행규정

자녀양육(F-6-2) 체류자격을 가진 양육자는 국적법 제6조 제2항 제4호의 '그 배우자와의 혼인에 따라 출생한 미성년의 자를 양육하고 있거나 양육하여야 할 사람'에 해당하여 영주(F-5)자격 없이도 간이귀화를 통해 대한민국 국적을 취득할 수 있다. 간이귀화의 생계유지능력(5호)을 입증하기 위해서는 본인 또는 생계를 같이 하는 가족의 3천만 원 이상의 자산 또는 재직증명서 등이 요구된다. 기본 소양(5호) 요건을 위해서는 사회통합프로그램을 이수하거나 귀화용 종합평가에서 60점 이상을 취득하여야 한다.

국적법

제5조(일반귀화 요건) 외국인이 귀화허가를 받기 위해서는 제6조나 제7조에 해당하는 경우 외에는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.

1. 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것
- 1의2. 대한민국에서 영주할 수 있는 체류자격을 가지고 있을 것
2. 대한민국의 「민법」상 성년일 것
3. 법령을 준수하는 등 법무부령으로 정하는 품행 단정의 요건을 갖추는 것
4. 자신의 자산(資産)이나 기능(技能)에 의하거나 생계를 같이하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것
5. 국어능력과 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양(素養)을 갖추고 있을 것
6. 귀화를 허가하는 것이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 해치지 아니한다고 법무부장관이 인정할 것

제6조(간이귀화 요건) ② 배우자가 대한민국의 국민인 외국인으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 제5조제1호 및 제1호의2의 요건을 갖추지 아니하여도 귀화허가를 받을 수 있다.

1. 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 2년 이상 계속하여 주소가 있는 사람
2. 그 배우자와 혼인한 후 3년이 지나고 혼인한 상태로 대한민국에 1년 이상 계속하여 주소가 있는 사람
3. 제1호나 제2호의 기간을 채우지 못하였으나, 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 주소를 두고 있던 중 그 배우자의 사망이나 실종 또는 그 밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인 생활을 할 수 없었던 사람으로서 제1호나 제2호의 잔여기간을 채웠고 법무부장관이 상당(相當)하다고 인정하는 사람
4. 제1호나 제2호의 요건을 충족하지 못하였으나, 그 배우자와의 혼인에 따라 출생한 미성년의 자(子)를 양육하고 있거나 양육하여야 할 사람으로서 제1호나 제2호의 기간을 채웠고 법무부장관이 상당하다고 인정하는 사람

나) 문제점

자녀양육(F-6-2) 체류자격을 소지한 양육자는 국적법 제6조 제2항 제4호에 의해 간이귀화가 가능하지만, 국적법 제6조 제2항 제1호, 제2호가 적용되는 혼인을 유지한 상태로 간이귀화를 신청하는 결혼이민자(국민의 배우자, F-6-1)와는 다르게 취급된다. 국민의 배우자(F-6-1)는 간이귀화 시 사회통합프로그램이나 귀화용 종합평가를 면제받을 수 있으나 자녀양육자(F-6-2)는 면제대상에 해당하지 않아 혼자 자녀를 양육하면서도 사회통합프로그램을 이수해야만 한다.

국적법 시행령

제4조의2(귀화허가 신청자에 대한 종합평가 등) ① 법무부장관은 법 제4조제2항에 따라 귀화 요건을 심사하기 위하여 귀화허가 신청자에 대한 「출입국관리법 시행령」 제48조제2항제3호에 따른 종합평가(이하 “종합평가”라 한다)와 면접심사(이하 “면접심사”라 한다)를 실시한다. 다만, 귀화허가 신청자의 연령 등을 고려하여 법무부령으로 정하는 사람에 대해서는 법무부령으로 정하는 바에 따라 종합평가 또는 면접심사를 면제할 수 있다.

국적법 시행규칙

제4조(종합평가 및 면접심사) ① 영 제4조의2제1항 단서에 따라 영 제4조의2제1항 본문에 따른 종합평가(이하 “종합평가”라 한다)를 면제할 수 있는 사람은 다음 각 호와 같다.

5. 「출입국관리법」 제39조제1항에 따른 사회통합 프로그램을 이수한 사람
6. 그 밖에 법무부장관이 인정하는 특별한 사유가 있는 사람

국적업무처리지침

제2조(정의) 이 지침에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. “종합평가”라 함은 「출입국관리법」 제39조제1항에 따른 사회통합프로그램에서 실시하고 있는 귀화용 종합평가를 말한다.

[별표 3] 종합평가 면제 대상자 등(제18조 관련)

종합평가 면제 대상자

다. 배우자가 대한민국의 국민인 외국인으로서 법 제6조 제2항 제1호 또는 제2호에 의하여 귀화허가를 신청한 자

또한 국적을 취득한 후에도 국민의 배우자(F-6-1)는 외국국적 불행사 서약을 하고 자신의 원 국적을 보유할 수 있으나(복수국적 허용), 자녀양육자(F-6-2)는 원래의 국적을 포기해야만 한다.

국적법

제10조(국적 취득자의 외국 국적 포기 의무) ① 대한민국 국적을 취득한 외국인으로서 외국 국적을 가지고 있는 자는 대한민국 국적을 취득한 날부터 1년 내에 그 외국 국적을 포기하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 대한민국 국적을 취득한 날부터 1년 내에 외국 국적을 포기하거나 법무부장관이 정하는 바에 따라 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 법무부장관에게 서약하여야 한다.

1. 귀화허가를 받은 때에 제6조 제2항 제1호·제2호 또는 제7조 제1항 제2호·제3호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 자

영주(F-5)자격과 마찬가지로 방문동거(F-1) 체류자격을 가진 양육자는 국적법상 간이귀화 대상에 해당하지 않는다. 외국인이 일반귀화를 통해 대한민국 국적을 취득하기 위해서는 국적법 제5조 제1호의2에 따라 영주자격을 보유해야 하는데, 앞서 살핀 바와 같이 방문동거(F-1) 체류자격을 가진 양육자는 영주자격을 취득할 수 없으므로 일반귀화를 통해서 대한민국 국적을 취득할 수도 없다.

4 사회보장제도

가. 보육료 등 지원

한국 국적 아동의 경우 영유아보육법 및 유아교육법에 따라 소득수준과 무관하게 무상보육 및 교육의 대상이 된다. 또한 아동수당법에 따라 한국 국적의 아동은 아동수당의 대상이 된다. 그러나 이는 대한민국 국적을 가지고 주민등록법에 의해 주민등록번호를 부여받은 0~5세 아동 아동에 한정된 것으로, 난민인정을 받은 아동을 제외한 외국 국적 또는 무국적 아동은 대상이 되지 않는다. 따라서 한국인 부의 자녀라고 하더라도 국적 신고 절차가 마무리 되기 전까지는 한국 국적 아동을 대상으로 하는 보육료 등을 받을 수 없다.

	아동수당, 부모급여	영유아보육료, 가정양육수당	유아학비
근거법령	아동수당법	영유아보육법	유아교육법
	제4조(아동수당의 지급 대상 및 지급액) ① 아동수당은 8세 미만의 아동에게 매월 10만원을 지급한다. ⑤ 제1항에도 불구하고 2세 미만의 아동에게는 매월 50만원 이상으로서 대통령령으로 정하는 금액을 추가로 지급한다.	제34조(무상보육) ① 국가와 지방자치단체는 영유아에 대한 보육을 무상으로 하되, 그 내용 및 범위는 대통령령으로 정한다.	제24조 초등학교 취학직전 3년의 유아교육은 무상으로 실시하되, 무상의 내용 및 범위는 대통령령으로 정한다.
대상	한국 국적 아동, 난민인정 아동	한국 국적 아동, 난민인정 아동	한국 국적 아동, 난민인정 아동
지자체별		안산시 2018년 최초 어린이집 재원 중인 만3세-5세 보육료 22만원 지원 이후 다수 지자체 지원 중	2022년 서울, 인천, 광주, 경기, 전북, 경북 6개 교육청 외국 국적 아동에게 유아학비(사립유치원 월 35만 원, 공립유치원 월 15만 원 지원).

다만 한국인 부의 자녀임을 인지를 통해 확인받고 거주(F-2) 체류자격을 부여 받은 아동의 경우, 일부 지자체에서 시행하는 이주아동 대상 보육료 지원은 받을 수 있다. 2018년, 경기도 안산시가 최초로 어린이집에 재원 중인 3세-5세 이주아동에게 보육료를 지원하기 시작한 이후, 몇몇 지방자치단체에서 이주아동에 대해서도 보육료를 일부 지원하고 있으며, 일부 시도교육청은 외국 국적의 아동에게 유아학비를 지원하고 있다. 그러나 이 역시 체류자격이 있는 이주아동에 한정되며, 지자체별로 지원금액이 상이하다. 체류자격을 받기 전 미등록 아동에 대한 제도적인 보육료 지원은 마련되어 있지 않아, 민간지원에 의존할 수밖에 없다.

[자녀가 미등록이어서 집에서 멀리 떨어진 어린이집에 보낼 수 밖에 없던 사례]

“일반 어린이집은 못보내고 아이를 OO구에서 수녀님이 운영하시는 어린이집에 보냈어요. 원래 월 20만 원 인데, 어린이집에서 감액해줘서 15만 원 냈어요. 그 어린이집은 다문화 아이들만 다니는 곳이었어요. 근데 집에서 너무 멀었어요. O호선 타고 애기를 데리고 다니느라 너무 힘들었어요. 쉼터에 오고 나서부터 가까운 곳으로 보내고 있어요.” <사례 11>

한편, 자녀가 한국 국적을 받은 이후에도 외국인 모가 미등록 체류자인 경우 보육비 지원을 받는데 어려움을 겪기도 한다. 보육료 지원을 신청하려면 친모 명의의 국민행복카드를 발급해야 하는데 외국인등록이 없는 외국인 모는 시중 은행에서 자신 명의의 카드를 발급 받기 어렵기 때문이다.

[자녀가 한국 국적을 취득한 이후에도 보육료 지원을 받지 못했던 사례]

“혼자서 OO이 키우면서 월세내고 어린이집 보내려니까 너무 힘들었어요. 주민센터에 가니까 보육비 받으려면 엄마의 통장과 신용카드가 안되니까 지원 못해준다고 했어요. 또 선생님들과 이야기 하다가 후견인을 찾아서 오면 해준다고 했어요.” <사례 15>

친모의 외국인등록증이 없어 시중 은행에서 국민행복카드를 발급 받지 못하는 경우, 구청에서 직접 어린이집으로 보육료를 지급 할 수 있는 ‘예외급여’¹⁰⁾ 지급 방식을 통해 지원이 가능하다. 그러나 Q는 각 구청이나 시청의 보육료 지급 담당자에 따라 예외급여 지급이 가능여부가 달라지는 경우를 경험하였다고 한다.

[친모 명의의 통장은 없지만 예외급여를 통해 보육료 지원을 받은 사례]

“몇년전에 보건복지부에 질의를 해 예외급여 지급 제도가 있다는 사실을 알게 되었어요. 경상남도 한 시청 담당자에게 전달했더니 별 다른 어려움 없이 보육료가 어린이집으로 지급 가능했어요. 올해 초에 서울의 한 구청에 같은 내용을 설명했더니 자녀 명의의 통장이라도 만들어 오라고 했고, 시중은행에 질의 했더니 최소한 친모와 자녀의 관계를 알 수 있는 본국가족관계증명서 아포스티유를 받아 오라는 답을 받았어요. 다행히 구청 직원이 더 알아 보고 ‘예외급여’ 지급이 가능하게 되었어요. 예외지급 대상자는 동사무소에서 신청서를 작성하면 된다고 하더라고요.” <사례 17>

나. 기초생활수급제도, 긴급복지지원제도 및 공공임대주택 신청권

국민기초생활보장제도는 보장의 단위를 ‘개별가구’로 하고 있으나(국민기초생활보장법 제2조 제8호), 외국인에 대해서는 특례 규정을 두어, “국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 본인

10) ‘예외급여’란 고령자, 장애인 및 기타 가정환경 문제로 국민행복카드 발급이 어려운 대상자에 한하여 이용권으로 결제하지 않고 보육서비스 제공기관에 비용을 지급할 수 있도록 해당 시군구가 예외적으로 요청하여 지급하는 제도를 말한다.

또는 배우자가 임신 중이거나 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있거나 배우자의 대한민국 국적인 직계존속(直系尊屬)과 생계나 주거를 같이하고 있는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람이 이 법에 따른 급여를 받을 수 있는 자격을 가진 경우에는 수급권자가 된다”고 규정하고 있다(제5조의 2). 즉 외국인이 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있다고 하더라도 ‘대한민국 국민과 혼인’ 요건을 충족하지 못한 경우에는 이 법 및 이에 근거한 타법에 따른 생계급여, 주거급여, 의료급여, 교육급여, 자활급여 등의 수급권자가 될 수 없다. 따라서 자녀가 한국 국적을 아직 취득하지 못한 경우에는 외국인 모는 물론이거니와 자녀도 수급대상이 되지 않는다.

보건복지부 지침은 외국인 특례를 통해 수급권자가 될 수 있는 외국인에 대해 아래와 같이 기재하고 있다(보건복지부, 2025 국민기초생활보장 사업안내, p.33).

외국인에 대한 특례 : 수급권자가 될 수 있는 외국인은 「출입국관리법」 제31조에 따라 외국인 등록을 한 사람으로서 다음의 경우에 한함(다만, (가)와 (나)의 경우에는 제(1)항에 해당하는 사람과 생계나 주거를 같이 하여야 함)

(가) 대한민국 국민과 혼인 중인 사람으로서 다음 중 어느 하나에 해당하는 사람

- ① 본인 또는 대한민국 국적의 배우자가 임신 중인 사람
- ② 대한민국 국적의 미성년 자녀(계부자·계모자 관계와 양친자 관계를 포함)를 양육하고 있는 사람
- ③ 배우자의 대한민국 국적인 직계존속과 생계나 주거를 같이 하는 사람

(나) 대한민국 국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 사람으로서 대한민국 국적의 미성년 자녀(계부자·계모자 관계와 양친자 관계를 포함)를 양육하고 있는 사람

※ 미성년 자녀는 19세 미만인 사람을 의미함(「민법」 제4조 참조). 양육이란 생계나 주거를 같이 하는 경우로 보장시설에 자녀를 위탁하는 경우에는 양육에 해당하지 않음에 주의

(다) 대한민국 국민인 사망한 배우자의 태아를 임신하고 있는 사람

(라) 「난민법」 제2조제2호에 따라 법무부장관이 난민으로 인정한 사람으로 국내에 체류 중인 외국인

(마) 「재한외국인 처우 기본법」 제14조의2에 따라 법무부장관이 아프간 특별기여자로 인정한 사람으로 국내에 체류 중인 외국인

자녀가 국적취득 신고를 한 이후에는 아동은 수급권자가 될 수 있다. 수급가구로 선정되기 위해서는 소득재산 기준이 일정 수준 이하여야 하고, 부양의무자 기준을 충족해야 한다. 외국인 모와 한국 국적 자녀로 이루어진 가구의 수급대상 여부를 결정함에 있어, 외국인 모는 동일 보장가구원으로 포함이 되어 조사대상에는 포함되나, 조사결과 보장가구로 판정이 되더라도 수급권자가 아니기 때문에 보장가구원에서 제외된다(2025 국민기초생활보장 사업안내 p.38). 즉, 국민과의 혼인관계 없이 한국 국적의 미성년 자녀를 양육하는 외국인 모의 경우, 소득 및 재산 파악을 위한 조사대상에는 포함되나 보장가구에 포함될 수 없다. 이 경우 외국인 모에 대한 소득 및 재산 조회가 이뤄지고, 해당 소득 중에서 1인 가구 기준 중위소득 50%를 초과하는 금액만 남은 가구원의 정기지원 사적이전소득으로 반영된다. 외국인

모의 소득재산 기준은 수급자 선정기준에 반영될 뿐만 아니라 부양의무자 기준 조사에도 또다시 반영이 된다. 수급권자와 생계와 주거를 같이하는 외국인인 1촌 이내의 직계혈족은 동일가구원에 포함되어야 함에도 외국인이므로 수급자의 보장가구원으로는 포함이 될 수 없고, 대신 수급자의 부양의무자로 판단하게 된다는 것이 보건복지부의 지침이다. 이에 외국인 모가 자녀의 부양의무자가 되어, 부양의무자의 소득 및 재산 기준에 따라 수급권자인 자녀의 수급 여부가 결정된다.

외국인 모와 한국 국적의 미성년 자녀로 구성된 2인 가구를 상정해 보았을 때, 해당 가구의 소득인정액이 수급자 선정 기준을 충족하더라도 국민과 혼인하지 않은 외국인 모는 보장가구에 포함되는 사람에서 제외된다. 결국 해당 가구는 한국 국적의 아동 1인 가구로 평가되어 실제 가구원 수에 부합하지 않는 급여만 받게 되는 것이다. 이로 인해 이주여성쉼터나 성폭력, 가정폭력 피해자 시설에 외국인 모가 한국 국적의 자녀와 입소한 경우에도, 자녀만 보장시설 수급자로 지원이 가능하다.

[모는 제외하고 자녀만 수급자가 된 사례]

사랑이법으로 친부가 아이를 출생신고해서 N의 자녀는 한국국적이 있다. N은 자신의 체류문제를 해결하기 위해 행정사무소와 출입국사무소도 찾아가 봤지만 결국 아이에 대한 기본적인 서류(가족관계증명서, 기본증명서 등)가 필요하다는 답변을 받았다. 하지만 N이 행방불명 되었다며 인지소송을 통해 출생등록을 하였기에 아이의 가족관계증명서에는母的 존재가 없는 상황이다. 현재 N은 아이와 함께 쉼터에 입소하여 지원을 받고 있다. 가정폭력으로 경찰에 신고한 이력도 있고 관할 지자체의 도움으로 시설수급 범위 내에서는 여성이 아이의 모임을 인정받아, 아동양육비를 N이 받고 있다. 그리고 한국 국적이 있는 아이는 시설수급 혜택도 받고 있어, 쉼터 입소가 그나마 법의 테두리 안에서 N이 보호를 받을 수 있는 유일한 방법이다. <사례 14>

[모는 제외하고 친부와 자녀만 수급자가 된 사례]

L은 E-9으로 입국하여 성실근로자로 재입국 하였다. 일하던 중 같은 공장에서 한국 남성을 만나 교제하다 동거하게 되었다. 혼인신고 하려 했으나 캄보디아 법에 따라 캄보디아에 직접 가서 먼저 혼인신고 해야 하는데 경제적 어려움으로 인한 비용 부담, 임신, 코로나19 등을 이유로 하지 못하였다. 첫째 자녀가 태어난 후 친부는 사랑이법으로 친모가 도망갔다고 하고 출생신고를 하였다. 둘째 자녀는 병원에도 가지 못하고 가정에서 출산하였고, 이후 출생신고도 하지 못하였다. 친부는 혼인신고와 출생신고 모두 다음에 돈을 벌면 해주겠다고 미루기만 하였다. 친부는 첫째 자녀와 자신만을 수급가구로 하여 기초생활수급을 비롯하여 주민센터 등에서 많은 도움을 받았고, 공무원들이 가정을 방문할 때마다 L은 둘째 자녀를 데리고 옥상에 숨어 있었다. <사례 12>

한편 보육료 지원과 마찬가지로 자녀가 생계급여 수급권자로 인정되더라도 외국인 모에게 체류자격이 없는 경우, 수급받는 과정에서 절차적 어려움이 존재하기도 한다. 급여 수급을 위해 자녀인 아동 명의의 통장을 발급해야 하는데, 개별 시중은행에서 모가 미등록인 경우 아동 명의의 통장을 개설할 수 없다고 하기도 한다. 은행 담당자는 보호자의 외국인등록증을 가지고 오라는 원칙적인 답변만 계속 하거나 모가 미등록인 경우 후견인이 필요하다고 한 사례도 있었다.

위기상황에 처한 가구에 대해 신속하게 지원을 하는 긴급복지지원제도 역시 마찬가지다. 긴급복지지원법령은 외국인에 대한 특례 규정을 두어 “대한민국 국민과 혼인 중인 사람” 또는 “대한민국 국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 사람으로서 대한민국 국적의 직계존비속을 돌보고 있는 사람”만 긴급지원대상자로 포함하고 있어, 국민과 혼인관계가 없는 이 사건 외국인은 지원에서 배제된다(법 제5조의2, 동법 시행령 제1조의2).

한편, 공공임대주택의 경우 난민인정자를 제외한 외국인은 신청권이 없다. 원칙적으로 미성년자의 경우 공공임대주택을 신청할 수 없으나, 부 또는 모가 외국인인 한부모가족으로서 미성년자녀(내국인)가 세대주¹¹⁾인 경우에는 별도 예외 규정을 두어 미성년 자녀가 공급신청이 가능하다. 따라서 국민인 자녀의 명의로 공공임대주택을 신청할 수 있으나 이 경우 역시 모가 미등록인 경우 어려움이 따를 것으로 예상된다.

다. 건강보험

결혼이민자(F-6)의 경우 재산과 소득기준이 일정 수준 이하이면 한국 국적 자녀와 함께 의료급여 대상자가 된다(의료급여법 제3조 제1항). 만약 의료급여 대상이 아닌 경우에도 건강보험 의무가입 대상이며, 직장건강보험 가입자가 아닌 경우 지역가입자로 부과되는 보험료도 내국인과 동일한 기준으로 보험료가 산정된다(국민건강보험법 제109조 제9항, 동법 시행령 제76조의4 제1호).

그러나 혼인관계가 없는 방문동거(F-1) 체류자격을 소지한 외국인 모의 경우 한국 국적의 자녀가 세대주가 되는데, 해당 가구의 재산과 소득이 의료급여 수급대상인 경우에 외국인 모는 수급자격이 없고 아동만 의료급여 대상이 된다. 외국인 중 의료급여 수급권자가 될 수 있는 사람은 앞서 살펴본 국민기초생활보장 대상과 동일하다. 이 경우 외국인 모는 별도로 건강보험에 가입해야 되는데, 소득과 재산이 없더라도 지역가입자 건강보험료로 전년도 평균 보험료가 적용된다(보건복지부고시 제2025-69호, 장기체류 재외국민 및 외국인에 대한 건강보험 적용기준 별표2). 만약 해당 가구의 소득평가액이 의료급여 수급대상이 아니라면, 국민인 자녀도 함께 건강보험 가입대상이 되며 내국인과 외국인으로 이뤄진 세대가 되어, 이 경우에도 전년도 평균 보험료가 부과된다. 이는 자녀가 거주(F-2) 체류자격을 소지하고 있을 때도 마찬가지이다.

11) 현행 주민등록법 제6조에 따라 외국인은 주민등록을 할 수 없으므로 세대주로 등록될 수 없다. 이에 따라 내국인과 외국인이 함께 있는 세대는 연령에 관계없이 내국인이 세대주가 된다.

만약 외국인 모가 체류자격이 없는 경우라면, 한국 국적 아동이 홀로 의료급여 대상자가 되거나 단독 세대의 세대주가 되어 건강보험료가 면제 된다. 모의 경우 건강보험에 가입할 수 없는 미등록 이주민을 대상으로 하는 보건복지부의 ‘외국인근로자 등 의료비 지원사업’이 있기는 하지만 예산이 한정되어 있고, 지원 대상이 될 수 있는 자격 요건이 까다로워 이를 통한 지원은 받기 어렵다.

[방문동거(F-1) 체류자격인 모의 건강보험료가 과도하게 부과되는 사례]

M의 자녀는 인지 후 한국 국적을 취득했으나 본인은 방문동거(F-1) 체류자격과 체류자격외활동허가를 받았다. 자녀를 출산한 후 친부와 헤어졌다가 다시 만나는 사이, 남성은 베트남 여성과 혼인했었기에 중혼적 사실혼으로 결혼이민(F-6) 체류자격은 거부되었다. 체류자격부여거부처분에 대해 취소소송까지 제기하였으나 패소하였다. 자녀에 대해 건강보험료가 별도로 부과되지 않으나 M은 일을 하지 않는 동안에도 월 12만 원 정도씩 납부해야 했다. <사례 13>

라. 한부모가족지원법 및 다문화가족지원법

과거 한부모가족지원법은 “대한민국 국민과의 혼인”을 요건으로 하여 외국인에 대한 지원대상을 선정 하였으나, 2021. 4. 21. 특례규정을 개정하여 대한민국 국민과의 혼인 여부와 관계없이 대한민국 국적 의 아동을 양육하는 부 또는 모인 외국인도 지원대상에 포함되었다(제5조의 2 ③ 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국적의 아동을 양육하고 있는 모 또는 부로서 대통령령으로 정하는 사람이 제5 조에 해당하면 이 법에 따른 지원대상자가 된다). 이로 인해 혼인관계 없이 국민인 아동을 양육하는 외 국인 모도 한부모가족지원법 대상이 되나, 모가 미등록인 경우에는 지원대상이 안된다.(시행령 제10조 (외국인에 대한 특례) 「한부모가족지원법」(이하 “법”이라 한다) 제5조의2제3항에 따른 외국인에 대한 특 례 대상자는 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국적의 아동을 양육하고 있는 모 또는 부로서 「출입국관리법」 제31조에 따른 외국인 등록을 마친 자를 말한다.)

한부모가족지원법 제5조의2(지원대상자의 범위에 대한 특례)

③ 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국적의 아동을 양육하고 있는 모 또는 부로서 대통령령으로 정하는 사람이 제5조에 해당하면 이 법에 따른 지원대상자가 된다.

<개정 전>

③ 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 아동을 양육하고 있는 사 람으로서 대통령령으로 정하는 사람이 제5조에 해당하면 이 법에 따른 지원대상자가 된다.

다문화가족지원법상 다문화가족은 재한외국인처우기본법 제2조 제3호의 결혼이민자와 국적법 제2조 내지 제4조 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족 또는 국적법 제3조 및 제4조에 따 라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족을 말한다. 따라서 결혼이민자 또는 국적을 취득하지 않

은 외국인과 대한민국 국적의 자녀로 이루어진 가족은 다문화가족에 포함되지 않으며, 이에 따라 다문화가족지원제도를 통해 지원하는 서비스의 대상이 되지 않는다.

마. 부모 등 국내 초청

결혼이민(F-6) 체류자격 소지자의 경우 한국 국적의 자녀의 양육 지원을 위해 본국의 부모 또는 4촌 이내의 혈족을 한국에 초청할 수 있다. 그러나 그 외 체류자격의 외국인 부모는 아동 양육 지원을 위해 부모나 가족을 초청할 수 없다. 특히 한부모의 경우 보육료 지원은 미비하고 양육으로 인해 경제활동도 어려워, 자녀만 취학연령이 될 때까지 본국에 있는 가족들에게 보내는 것을 고민하는 것으로 나타났다.

[결혼이민(F-6)과 달리 친정부모로부터 양육지원을 받을 수 없는 사례]

N은 체류자격을 받는다 할지라도 결혼이민(F-6)은 받지 못할 가능성이 크다고 출입국관리사무소로부터 답변을 받았다. N은 한국에서 아이와 생활하기 위해서는 경제활동을 하여야 한다. 그러나 아이가 어리기에 N은 혼자서 자녀양육을 하면서 경제활동을 함께 하기에는 어려움이 많다. 자녀 양육을 위해서는 베트남에 있는 친정부모님의 도움을 받아야 하는데 부모님 초청을 위해서는 F-6을 받아야만 가능하다. <사례 14>

IV. 개선 방향 - “보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리”

이 실태조사의 연구자들이자 현장 활동가들인 연구팀이 가졌던 기본적인 문제의식은 두 가지였다. 혼인 여부에 따른 차이가 삶의 지속가능성을 위협할 정도의 차별을 정당화할 수준의 문제인가? 모든 아동에 대한 비차별 원칙은 왜 이주배경 아동 앞에서 멈추는가?

앞서 살펴보았듯이 한국인과 비혼출산한 이주여성이 아동과 함께 한국사회에서 안정적으로 살아갈 방법을 찾기는 매우 어렵다. 정책이나 제도가 공백이나 다름없고, 시도해 볼 수 있는 절차 자체가 복잡하고 어렵다. 관련 공공기관이 오히려 제도를 모르거나 방어적이기 때문에 이주여성이 혼자의 힘으로 접근하는 것은 불가능에 가깝다. 때문에 자원이 취약할 수밖에 없는 비혼출산 이주여성들이 정책과 제도의 장벽을 뚫기 위해 행정사, 법무사, 변호사 등 시장화된 사법 시스템에 의존하게 된다. 때로 사법 시장에서 원하는 결과를 얻기도 하지만, 큰 돈을 지불하고도 원하는 결과를 얻지 못할 수 있다. 제도 자체가 공백이나 다름없는 상황에서는 사법 시장에서도 달리 방법이 있는 것은 아니기 때문이다.

연구팀은 기본적으로 혼인여부에 대한 차별 철폐와 모든 아동에 대한 비차별 원칙이 구현되는 방향으로 정책과 제도가 마련되고 구성되길 바란다. 자원이 없는 이주여성들도 스스로의 힘으로, 어렵지 않은 행정절차를 통해 자녀의 출생등록부터 체류 안정까지 진행할 수 있어야 한다. 행정기관은 그에 상응하는 절차가 준비되어야 하고, 민원인인 이주여성들에게 안내할 수 있어야 한다. 이 당연해 보이는 요구가 허황된 꿈이 아니라 가까운 미래에 실현될 수 있기를 바라면서 현행 제도에서 구체적으로 검토 가능한 개선 방향을 중심으로 아래와 같이 제안한다.

1 출생등록 및 신분 증명 절차 개선

가. 인지의 효력이 있는 친생자 출생신고 시 문제점 해소

인지의 효력이 있는 친생자 출생신고는 부가 혼인 외의 자녀에 대하여 출생신고를 함으로써 인지의 효력까지 부여하여 한 차례의 신고 만으로 출생신고와 인지를 할 수 있도록 한 것이다. 그러나 외국인

모의 자녀의 경우, 한국인 부가 인지의 효력이 있는 친생자 출생신고(이하 ‘친생자 출생신고’)를 하더라도 국적법상 인지에 의한 국적취득 신고를 하고 국적취득사실이 출생신고 부서에 통보되어야 비로소 가족관계등록부가 창설되며, 그 기간은 최소 1개월~2개월 이상 소요된다.

친생자 출생신고를 하면 신고를 한 부는 수리증명원을 발급받을 수 있다. 그런데 신고인이 친생부라는 이유로, 수리증명원의 발급 신청권 역시 부에게만 있으며, 모는 수리증명원의 발급을 신청할 수 없다. 인지에 의한 국적취득 신고 과정에서 친생자 출생신고의 수리증명원 제출을 요하는데, 부의 협조가 없으면 서류 제출은 불가능하다. 신고권자는 부라 하더라도, 출생신고 과정에서 모의 인적사항을 모두 확인하는만큼 특정이 가능한 모의 경우 수리증명원 발급이 가능하도록 절차를 개선할 필요가 있다.

친생자 출생신고 시에는 친권자 지정 협의사항을 기재할 수 없어, 부모가 공동친권자로 간주되는 것 역시 실제 모가 단독 양육함에도 불구하고 부에게 공동친권이 있어 발생하는 문제가 있다. 여권발급, 해외 출국 등 외국인인 모에게는 꼭 필요한 과정에서 부의 동의를 구하여야 하며, 부와 연락이 되지 않거나 부의 협조를 받지 못하면 자녀를 위한 행위를 할 수 없게 된다. 출생신고 및 인지 절차가 처리된 이후 재차 친권자지정신고서를 제출하거나 친권자 지정 심판을 청구하여야 하는 것이다. 이는 친생자 출생신고 시 출생신고서에 친권자 지정 협의사항을 기재하도록 함으로써 간편하게 해결이 가능하다.

나. 부 단독 출생신고 후 정정절차 개선

부 단독 출생신고는 모의 인적사항을 알 수 없거나 출생신고에 필요한 서류를 제출하기 어려울 때 부 단독 명의로 자녀에 대해 출생신고 할 수 있도록 하는 제도이다. 아동의 출생등록될 권리를 보다 두텁게 보호한다는 측면에서 필요성이 있다. 그러나 외국 국적의 모의 국적국에 출생신고하고 부가 인지하는 절차를 거치는 과정에서 친생부인의 소를 먼저 거쳐야 한다든가 미등록 체류자인 모가 국적국에 직접 출생신고하는 것이 어렵다든가 하는 문제가 있을 때 이를 회피하는 방편으로 모가 실제 자녀를 양육하고 있음에도 실종되었다고 신고하고 부 단독 출생신고를 하는 사례도 발생하고 있다. 이는 실제 자녀의 양육권자로서 친권을 행사하여야 하고, 자녀 양육수당, 보육료 등을 정부로부터 수급하여야 할 친모가 그 권리를 행사하지 못하게 되는 문제가 있다.

가족관계등록예규 제482호는 가정법원의 확인 및 신고에 관한 사항을 정하고 있다. 이 예규에 따르면, 친생자 출생신고를 위한 확인 절차를 거쳐 부 단독 출생신고를 하는 과정에서 가정법원은 신청인과 사건본인 사이에 혈연관계가 있는지 여부를 확인하도록 하고 있으며, 출생자가 제3자로부터 친생자 추

정을 받고 있거나 출생자가 대한민국 국적이 아님이 밝혀진 경우에는 등록부 정정 신청을 받아 가족관계등록부를 폐쇄하도록 한다. 이 때 등록부 정정신청을 할 때에는 법원의 허가를 요하지 아니한다고 되어있지만(예규 제6조 제3항), 실제 외국인인 모가 부 단독 출생신고에 대하여 등록부 정정 신청을 하는 경우 받아들여지지 않아, 자녀의 가족관계등록부에 모와의 가족관계를 기재하기 위해서는 법원에 인지청구를 하는 등 불필요한 절차를 거쳐야 한다.

가정법원에서 진행되는 친생자 출생신고를 위한 확인이 인지의 효력이 있는지 여부에 대해 아직 명확한 선례는 존재하지 않는다. 그러나 신청인, 즉 부와 자녀 간 혈연관계 존부를 유전자검사 등을 통해 확인하고 심문 절차 및 유관 행정 기관 등의 사실 확인 절차를 거쳐 이루어지는 친생자 출생신고를 위한 확인을 거친 경우, 적어도 사건본인이 제3자의 친생자로 추정되지 않는 이상, 위 확인에 대해 친부의 인지의 효력을 인정하고 국적취득 신고 절차를 간이화하여 재차 유전자검사결과 내지 인지청구의 판결문을 요구하지 않는 것이 바람직하다. 또한 가족관계등록부의 폐쇄 후 재작성 절차를 거치는 대신 정정 절차로서 모와의 관계를 기재하도록 함으로써 아동의 신분관계상 불안정성을 최소화하여야 한다.

다. 재판상 인지 후 인지신고 시 미혼증명서 제출 요구 중단

재판상 인지는 부가 임의로 인지신고를 하지 않거나 할 수 없는 경우, 혼인 외 자녀 또는 자녀의 법정 대리인인 모가 부를 상대로 인지청구의 소를 제기하여 인지를 하는 절차이다. 재판 과정에서 사건본인이 제3자에게 친생자 추정을 받고 있는지 여부, 피고인 부가 친생부가 맞는지 여부 등을 모의 신분에 관한 증명, 모의 국적국의 제도, 친생부와 사건본인 간 유전자검사 수검명령 등을 통해 확인한다. 따라서 인지청구의 소의 승소한 판결문에 따라 인지신고를 하는 과정에서는 임의 인지와는 달리 모의 미혼증명서를 제출할 필요, 즉 사건본인의 친생자 추정 여부를 확인할 필요가 없다.

그러나 실무상 재판상 인지 후 인지신고를 하는 과정에서 모의 미혼증명서를 필수 서류로 요구하는 경우가 존재하는 바, 사실관계에 따라서 모의 미혼증명서를 서류로 제출하기 어려운 사정이 존재하는 경우, 법원에서 여러가지 정황을 파악하여 사건본인이 제3자의 친생자로 추정될 가능성이 없다고 판단하여 인지판결을 내리는 경우가 존재할 수 있는데, 이러한 구체적 사실관계에 따른 사안별 결정을 하였음에도 불구하고 기계적으로 서류를 요구하여 법원의 판결의 집행력을 형해화하는 문제가 있다. 모의 미혼증명서를 기계적으로 요구하는 것은 불필요한 절차일 뿐만 아니라 행정청이 법원의 판결에 따른 인지 신고의 이행 의무를 다하지 못하도록 하는 월권적 행위이다. 대법원 가족관계등록과 역시, 재판상 인지 후 인지신고 시 미혼증명서 제출은 불필요하다는 입장이다.

2 체류자격 및 국적 취득

가. 자녀

실태조사를 통해 드러난 사례자들의 경험은, 국민의 혼인외자가 체류자격 부여에서부터 국적 취득, 주민등록에 이르기까지 복잡하고 시간이 오래 소요되는 절차를 밟아야 한다. 특히 부모 중 한 명이 미등록 외국인인 경우, 제도 접근성의 제약으로 인해 아동의 권리가 심각하게 침해받는 현실이 확인되었다. 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여 이들 자녀가 사회 안전망에 빠르게 포섭될 수 있도록 제도 보완이 필요하다.

1) 출입국관리당국의 필요 서류관련 구분된 정보 제공

법원 판결에 의한 인지자의 외국인등록과 국적신고 관련 서류 안내가 미흡하다. 현재는 일반적인 안내만 제공되거나 담당자에 따라 불필요한 서류까지 요구되는 경우가 있어 혼란을 겪고 있다. 출입국관리당국은 해당 사례에 필요한 서류를 임의인지 경우와 구별하여 별도로 안내해야 한다.

외국 국적 확인 서류 구비 곤란에 대한 정보 제공이 필요하다. 일부 국가는 본국 법률에 따라 출생신고, 여권 발급 등 자체 절차가 어렵거나 불가능한 경우가 있으며, 이에 따라 국적신고를 위한 서류를 구비하는 데 큰 어려움이 있다. 출입국관리 당국은 이러한 국가별 정보(서류발급의 난이도, 대체 서류 가능 여부 등)를 정리하여 공개하길 바란다.

2) 과태료 면제

미등록 이주여성들이 양육하는 자녀들은 대부분 경제적으로 매우 취약한 상황에 처해 있다. 출입국관리법 위반 사실이 있더라도, 아동복지 우선 원칙에 따라 과태료는 면제되어야 한다.

3) 외국인 등록 없이 국적취득 신고 가능 조치

현행 제도상 국적신고를 위해 외국인등록을 반드시 거쳐야 한다는 법적 근거는 없다. 그러나 미등록 자녀의 경우 사범심사를 위한 외국인등록을 선행 절차로 요구함으로써 자녀의 국적 취득이 지연되고 있다. 자녀들이 한국 사회제도 보호망으로 포섭될 수 있는 조치가 필요하다.

4) 외국국적불행사 서약의 선조치 필요성

현재 일부 국가는 외국국적을 포기하는 데 1년 이상의 기간이 소요되기 때문에, 출입국관리당국은 외국국적불행사 서약서를 제출받은 후 주민등록을 허용하고 있다. 그러나 외국국적 포기 절차가 1년 미만으로 비교적 짧은 국가의 경우, 자녀가 실질적으로 한국 국적자임에도 주민등록번호 없이 지내는 모순된 상황이 발생한다.

외국국적 포기 소요 기간과 관계없이, 외국국적불행사 서약서 제출 시 주민등록을 우선 허용하는 제도 개선이 필요하다. 이는 국적을 취득한 아동이 법적 권리를 온전히 누릴 수 있도록 보장하고, 국적자임에도 불구하고 행정적 공백 상태에 놓이는 상황을 방지하기 위한 최소한의 조치이다.

5) 혼인 외 자녀에 대한 국적 선택권의 차별 개선

혼인 중 출생자는 출생 시 복수국적을 인정받고 만 22세까지 국적 선택의 기회를 부여받는다. 반면, 혼인 외 출생자는 인지에 따른 국적취득 과정에서 외국국적을 반드시 포기해야만 하는 차별적 상황에 놓여 있다(국적법 제10조). 혼인 여부에 따라 국적 선택의 권리가 차별적으로 적용되지 않도록 아동의 권익 및 평등권을 보장하는 방향으로 국적 제도의 개선 검토가 필요하다.

나. 친모

1) 체류권 보장

가) 범칙금 면제

아동의 친모가 미등록인 경우, 외국인 등록을 위해서는 미등록 체류기간에 따라 1개월 미만의 경우 최소 200만 원, 7년 이상인 경우 최대 3000만 원의 범칙금을 납부하여야 한다(출입국관리법 시행규칙 별표7). 범칙금 감면 규정이 있으나 앞에서 살펴본 바와 같이 대한민국 국적의 자녀를 양육한다는 사정만으로 출입국에서 선제적으로 당사자에게 범칙금을 감면해 주는 경우는 거의 없다. 범칙금 감면 규정의 존재 자체를 모르는 외국인들도 많아 실제로 범칙금 감면의 혜택을 받은 사람들은 이주여성상담소나 보호시설의 조력을 받은 경우가 대다수이다.

양육자에 대한 범칙금이 감면되지 않을 경우 아동은 한국 국적을 취득했더라도 범칙금을 마련하지 못한 양육자는 미등록으로 남게 된다. 양육자는 미등록임에도 생계를 위해 일자리를 구할 수밖에 없는데,

미등록 외국인의 취업은 그 업종과 보수 등 모든 면에서 취약할 수밖에 없다. 이러한 양육자의 취약성은 고스란히 아동의 양육환경에 영향을 미치게 된다.

법무부는 2022. 1. 20. 외국인 아동 교육권 보장을 위한 체류자격 부여 대상을 확대하면서 아동의 부모에 대한 범칙금을 ‘원 범칙금액의 30% 부과, 다만, 아동의 체류 허가 신청 관련 실태조사에서 범칙금 납부 능력이 부족하거나, 없는 사유가 있는 경우 범칙금 감면 적극 시행’이라고 명시하여 안내한 바 있다. 외국국적 아동의 양육자에 대해서는 70% 경감을 원칙으로 하면서, 대한민국 국적 아동의 양육자에 대해서는 유사한 원칙이 적용되지 않고 있을뿐더러 감면의 기준조차 공개하지 않고 있다.

양육자의 범칙금 감면이 아동의 교육권 보장을 위함이라는 법무부의 입장에 비추어 볼 때, 최소한 외 국인 아동의 양육자와 동일하게 70%의 경감은 필요하다. 더 나아가 아동이 ‘한국 국적’임을 고려하여 양육자의 범칙금 면제를 원칙으로 할 필요가 있다.

나) 안정적 체류자격

현재 아동의 양육자들은 상황에 따라 자녀양육(F-6-2)이나 방문동거(F-1) 자격을 부여받고 있다. 출입국은 일방 당사자에게 법률혼 배우자가 존재하는 경우 중혼을 금지하는 우리 민법상 결혼이민(F-6) 체류자격을 부여할 수 없다는 근거를 들고 있다. 하지만 다수의 여성들은 상대방 남성에게 배우자가 있다는 사실을 알지 못하고 임신과 출산에 이르게 된다. 이러한 상황을 고려하면 이 여성들은 중혼을 저지른 범법자가 아니라 상대방의 위계에 속은 피해자로 보는 것이 타당하며, 피해자에게 책임을 물어 불리한 체류자격을 부여하는 정책은 파기되어야 마땅하다.

비록 결혼이민(F-6) 체류자격에 속하긴 하지만 현재 한국국적 혼외자의 양육자에게 주어지는 자녀양육(F-6-2) 자격은 그 본질이 ‘결혼’이 아닌 ‘한국 국적 자녀를 양육’하는 것에 있다. 출입국은 한국인과 의 사이에 자녀가 있는 경우 ‘사실혼 관계’에 있었던 것으로 간주하여 결혼이민(F-6)에 속하는 자녀양육(F-6-2) 자격을 부여한다고 하나, ‘법률혼 배우자’의 존재여부를 제외한 사실혼 성립의 다른 요건을 문 제삼아 자녀양육(F-6-2) 자격 부여를 거부한 경우는 거의 없다. 이는 곧 ‘사실혼’ 여부가 아니라 ‘자녀’에 의해 자녀양육(F-6-2) 자격이 부여되고 있음을 의미한다. 이러한 본질을 고려하여 한국 국적 혼외자 를 양육하는 모든 외국인에게 차별없이 자녀양육(F-6-2) 체류자격이 부여되어야 한다.

다) 영주 및 귀화

현재 자녀양육(F-6-2) 체류자격을 가진 양육자는 영주(F-5)자격 취득 및 간이귀화도 가능하나 방문동

거(F-1) 체류자격을 가진 양육자는 두가지 모두 취득이 불가능하여 자녀가 성인이 되면 본국으로 돌아가야 한다.

미성년자의 한부모 양육자로 갖은 노력을 다해 온 사람을 자녀가 성년이 되었다는 이유로 본국으로 추방하는 것은 양육자에게도 그 자녀에게도 납득하기 어려운 일이며, 보편적 권리인 가족결합권에도 반한다. 비록 자녀양육(F-6-2) 자격을 부여받지 못하더라도 한국 국적자의 부모라는 지위를 고려하여 이들에게 영주(F-5)자격 취득이나 귀화가 가능한 길을 열어주어야 한다.

라) 국민의 부모 체류자격 신설

장기적으로는 여기서 더 나아가 ‘국민의 부모’ 체류자격을 신설해야 한다는 의견도 있다.¹²⁾ 모든 양육자에게 차별없이 자녀양육(F-6-2) 자격을 부여하더라도 이는 자녀가 미성년인 동안에만 한정된다. 자녀가 성년에 이를때까지 영주자격(F-5)을 취득하거나 간이귀화를 통해 국적을 취득하지 못한 양육자는 거주(F-2-15) 자격으로 변경해야 하는데, 그 조건을 충족하는 것 역시 현실적으로는 쉽지 않다.

한국인의 부모가 외국인이라는 이유만으로 가족생활이 제한받는 현실은 개인의 문제를 넘어 이주배경 가족정책 전반의 구조적 모순을 드러낸다. 이는 헌법이 ‘국민’에게 보장하는 가족생활의 권리라는 측면에서 바라보아야 하며, 국민인 자녀가 있는 가족은 한국인과 혼인관계가 있는지, 자녀가 미성년자인지 여부와 무관하게 모두 동등한 권리를 누릴 수 있어야 한다.

2) 노동권 보장

방문동거(F-1) 체류자격을 가진 양육자는 출입국으로부터 체류자격 외 활동허가를 받아야만 합법적인 취업이 가능하다. 하지만 체류자격 외 활동허가는 체류자격별로 취업이 가능한 분야가 한정되어 있으며, 그 기간마저 대부분 1년의 단기에 그쳐 양육자는 매년 체류기간을 연장하면서 새로 활동허가를 받아야 한다. 사전 허가로 보이는 명칭과 다르게 체류자격 외 활동허가 신청 시 근로계약서 및 사업자등록증을 첨부하여야 하는데, 취업허가가 없는 상황에서 근로계약서를 작성하는 것은 쉬운 일이 아니다.

양육자의 체류자격 파트에서 언급했듯이 방문동거(F-1) 체류자격은 한국에 있는 가족을 방문하는 외국인에게 주어지는 체류자격으로 정주가 아닌 임시거주를 염두에 두고 만들어진 자격이다. 그렇기 때문에 기본적으로 1년 이내의 단기의 체류기간이 주어지며, 체류자격 외 활동허가를 받더라도 체류기간에

12) 장주영, ‘보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리’ 토론회, 2025. 5. 30.

맞춰 1년 이내로 그 기간이 제한된다. 이는 기본적으로 자녀가 성년에 이를때까지 18년간 한국에서 체류해야 하는 양육자에게는 전혀 맞지 않는 체류자격인 것이다.

앞서 제안했듯이 모든 양육자들에게 차별없이 자녀양육(F-6-2) 체류자격이 주어져야 하나, 그것이 어렵다면 최소한 거주(F-2)와 같이 기간과 업종에 상관없이 자유로운 취업이 가능한 체류자격이 주어져야 한다. 당장은 한 번에 주어지는 방문동거(F-1) 체류자격의 기간을 최대한으로 부여하고, 양육자에게는 예외적으로 체류자격 외 활동허가 없이도 자유로운 취업이 가능하도록 즉각 조치를 취해야 할 필요가 있다.

3 사회안전망 부분

우리나라 사회보장 정책은 기본적으로 국민만을 대상으로 하고 있어, 비국적자는 개별적 정체성과 그에 따른 필요에도 불구하고 마땅히 누려야 할 권리를 보장받지 못하고 있다. 보육료 지원 등은 보편적 아동의 권리로 접근하여 아동과 그 아동을 양육하는 사람이라면 누구나 대상이 될 수 있어야 한다. 즉, 아동이 한국 국적을 받기 전, 나이가 체류자격을 받기 전이라고 하더라도 모의 체류자격과 무관하게 아동수당, 보육료, 양육수당, 유아학비 등을 받을 수 있도록 법개정과 실무적 제도의 정비가 필요하다. 보육과 관련한 지원은 특히 경제활동을 해야만 하는 한부모에게 필수적이라는 점에서 더욱 시급히 이루어져야 한다.

생활이 어려운 사람의 최저생활을 보장하고자 하는 국민기초생활보장제도 역시 궁극적으로는 한국 사회에 거주하고 있는 모든 사람을 대상으로 확대되어야 하지만, 단기적으로는 적어도 혼인관계와 무관하게 국민인 아동을 양육하는 외국인 부모로 이뤄진 가구를 포섭할 수 있도록 조속히 개정되어야 한다. 이미 공공임대주택이나 한부모가족지원제도에서 제도개선이 이루어져, 외국인 부 또는 모의 국민과의 혼인관계와 무관하게 작동 중이다. 의료급여 및 건강보험 등은 비차별원칙에 따라 모든 아동이 대상이 되어야 하며, 특히 건강보험료나 부모 초청 등에 있어 방문동거(F-1) 체류자격을 소지한 외국인 모가 결혼 이민(F-6) 체류자격자와 다르게 취급함으로 인해 겪는 어려움을 해소하기 위한 노력이 필요하다.

궁극적으로 법률혼 여부와 무관하게 실질적으로 함께 살아가는 사람에 대해 가구구성을 인정하고, 그 구성원의 국적과 체류자격을 따지지 않는 ‘생활동반자법’의 제정이 필요하다. 2024년 대법원은 동성동반자에 대한 국민건강보험 피부양자 인정 사건을 통해 법적 혼인여부와 무관하게 피부양자 자격을 실질을 중심으로 판단하였다. 가족상황과 무관하게 가족을 구성할 성원권을 가지고, 체류자격과 무관하게 생애를 가진 시민으로서 살아갈 수 있는 첫 걸음은 차별금지법 제정과도 결국 연결된다.¹³⁾

13) 김순남, ‘보이지 않는 가족, 인정받지 못한 권리’ 토론회, 2025. 5. 30.

4 외국인아동 출생등록제도 도입

아동의 출생등록될 권리는 유엔아동권리협약(UN Child Rights Convention) 제7조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제24조에서 명시적으로 기본적 인권 중 하나로 규정하고 있고, 우리 헌법 재판소에서도 헌법상 기본권 중 하나로 판단하였다(2023. 3. 23. 2021헌마975). 그러나 우리 법제는 여전히 외국인 모에게서 출생한 자녀에 대하여 한국인과 법률혼 관계에서 출생한 경우가 아니면 출생신고를 할 수 없다는 한계가 있다. 그로 인해 대사관을 통한 출생신고가 불가능한 국가, 미혼모의 출생신고를 거부하는 국가 등 출신의 외국인 모가 출생한 아동의 출생신고에 어려움을 겪고, 출생신고가 되지 않은 아동은 모와의 관계 증명, 국적국의 증명 등을 할 수 없고 더 나아가 자신의 신분 증명을 할 수 없어 사회생활상 여러가지 문제를 겪게 된다. 뿐만 아니라 한국인 부, 외국인 모 사이에서 출생하였으나 혼인 외의 자녀라는 이유로 곧바로 한국 국적을 취득할 수 없는 아동에 대해서는 출생신고를 할 수 없도록 한 현행 제도는 아동의 출생등록권이라는 기본권 침해 외에도 혼인 중 자녀와 혼인 외 자녀 간 차별에 해당하여 평등권 침해가 발생한다.

이를 해결하기 위하여는 대한민국 내 출생한 모든 아동에 대하여, 그 국적을 따지지 않고 출생등록을 할 수 있도록 제도를 마련하여야 한다. 이미 22대 국회에 세 건의 외국인아동 출생등록 법안이 발의되었으나, 국회 내에서 논의 및 의결이 이루어지지 않고 있다(220456, 김남희 외 13인, 외국인아동출생등록법안 / 2206753, 서미화 외 11인, 외국인아동의 출생등록에 관한 법률안 / 2208000, 이강일 주호영 등 11인, 외국인아동의 출생등록 등에 관한 법률안).

5 국적법이 나아갈 방향 - 속지주의

우리나라의 국적법 제 2조 출생에 의한 국적 취득에 의하면 혈통주의를 바탕으로 출생지주의가 가미되었다. 출생 당시에 부(父) 또는 모(母)가 대한민국의 국민인 자(혈통주의), 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자(출생지주의)는 모두 대한민국 국적을 획득할 수 있다. 국가 구성원으로서의 지위로 혈통주의를 기반으로 하는 민족주의의 양면성이 야기될 수 있는데 대한민국 근현대사에 정체성과 단결을 통한 성장의 원동력이 되었던 것은 부인할 수 없는 사실이지만 반대로 이념과 이데올로기의 패러다임으로 정치적 수단으로 악용되어 폐쇄적이고, 배타적 인종주의로 변질되기도 하였다. 그 예로 우리나라는 일제 식민지 지배이후 해방을 맞이하고 좌우 대립과, 군사정권 시기에 역사적 맥락에서 민족주의가 강조되기도 하였다. 헌법 전문 ‘민족의 단결을 공고히 하고’ 헌법

제 9조 ‘전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.’ 등을 통해 한민족으로 구성된 민족국가임을 규정하여 혈통주의를 고수하여 정책적으로 고수되기도 하였다. 그러나 지나친 속인주의로 인해 이주민 사이에 태어난 자녀들이 미등록으로 간주될 소지가 있고, 결혼이주민의 국적취득 요건이 여전히 까다롭다는 문제가 있다.

2021년 영주자격 소지자의 국내 출생자녀에 대해 간이하게 국적을 부여하는 내용을 골자로 국적법 개정안이 입법 예고되었으나 혈통주의를 훼손하며 국민부담 증가 및 병역의무 회피, 복지먹튀 가능성 제기 등이 사회적으로 큰 이슈가 되면서 국민 여론은 찬성과 반대로 분열되었다. 당시 국민과의 소통, 전문가 토론회, 반대단체 설득 등 다양한 자구 노력을 하였지만 2022년 대선정국과 맞물려 사실상 국적법 개정은 요원해졌다.

글로벌 시대 국제적 이주는 필연적으로 발생함에 따라 대한민국에서 영주자격이나 국적(시민권) 취득을 통해 영구적으로 정착하고자 하는 이주민의 수가 지속적으로 증가할 것으로 예상된다. 이에 반해 2개 이상의 국적을 가진 복수국적인 자들이 국적선택의 기간이 도래한 시점에서 대한민국 국적을 이탈하거나 상실하는 규모도 매년 2만 명 이상 발생하고 있다. 한국은 이미 저출산·고령화 사회에 진입하여 생산인구의 감소가 진행중이다.

속지주의는 한 국가의 영토 내에서 출생한 사람에게 해당 국가의 국적을 자동으로 부여하는 방식이다. 속지주의는 특히 미국, 캐나다, 브라질 등 이민자의 수가 많은 국가에서 흔히 채택되고 있으며, 국가의 경계를 넘어 많은 사람들에게 자국민으로 인정받을 수 있는 기회를 제공한다. 속지주의의 장점은 이주민의 자녀가 자동으로 시민권을 획득함으로써 사회에 원활하게 통합될 수 있다는 점이다. 이는 출생 시부터 그들이 해당 국가의 법적 보호를 받으며, 경제적, 정치적 권리 또한 보장받을 수 있다는 의미다. 이러한 제도는 특히 다문화 사회에서 중요한 역할을 하며, 다양한 민족과 인종이 한 사회에서 공존하는데 기여한다. 또한 단순하고 명확한 국적 부여 기준을 제공한다. 이는 부모의 국적이나 출신 국가에 관계없이 출생한 장소만으로 국적을 결정하기 때문에 행정적 절차가 간소화되며, 복잡한 법적 분쟁을 피할 수 있다.

우리 사회가 역동성과 사회 통합을 유지하기 위해서 민주주의를 강화하는 것은 필수이다. 혈연 중심적 사고가 여전하고 다름에 대한 편견이 만연한 문화를 바꾸는 정책과 사회적 노력 없이는 장차 경제적 어려움과 사회적 갈등의 반복이라는 악순환에 빠질 수 있다. 관계 중심이 아닌 가치 중심의 사회로 나아가면서, 다원성이 존중될 때 우리 사회는 지속 가능할 것이다.

‘평화집회(peaceful assembly)’의 의미와 보장 방안에 대한 연구

강솔지 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)

김동현 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)

박한희 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)

신은영 (고려대학교)

I. 서론

1 연구의 필요성 및 목적

이 연구는 헌법과 국제인권법이 보장하는 평화집회의 의미와 그 보장 방안에 대해 심도 있게 탐구하고자 한다. 헌법상 집회의 자유는 기본권으로 명시되어 있지만, 실제 집회 현장에서는 집회의 자유의 구체적인 보장 범위와 그 한계에 대한 논란이 빈번하게 발생하고 있다. 특히 최근에는 대통령 집무실 앞 집회 금지, 도심 광장에서의 집회 제한, 소음을 이유로 한 확장기 탈취, 지하철 역사의 집회에 대한 체포 등 경찰과 지자체에 의한 집회 방해가 점점 더 노골적으로 이루어지고 있는 실정이다. 이러한 현상은 집회의 자유가 보장된다고 하더라도 현실에서는 이를 적극적으로 행사하는 데에 여러 가지 법적, 사회적 장벽이 존재함을 시사한다.

이 연구의 주요 목적은 '평화집회(peaceful assembly)'의 개념을 명확히 정의하고, 이를 헌법과 국제인권법의 관점에서 어떻게 해석하고 적용해야 하는지를 구체적으로 분석하는 것이다. 우리 헌법은 집회의 자유를 기본권으로 보장하고 있으며, 헌법재판소는 이에 대해 집회란 '평화적'이어야 한다는 해석을 내리고 있다. 또한 시민적 규약을 포함한 국제인권규범은 집회의 자유를 보장하며, 그 안에서 '평화집회'의 개념을 명확히 규정하고 있다. 이러한 국제적 기준을 바탕으로 평화집회가 무엇을 의미하는지, 그리고 그것이 어떤 조건에서 이루어져야 하는지에 대한 구체적인 분석이 필요하다.

한편, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 집회를 적법한 집회와 불법적인 집회로 구분하고 있으며, 경찰과 검찰은 이를 더 협소하게 해석하여 평화적인 집회임에도 불구하고 불법집회로 간주하고 강제해산이나 체포를 진행하는 경우가 많다. 특히 교통체증, 소음 등 일부 불편을 초래하더라도 그것이 심각한 폭력으로 발전하지 않는 경우까지도 불법집회로 취급되는 경우가 많다. 이는 UN 자유권위원회 일반논평 제37호에서 명시한 평화집회의 정의와 어긋나는 부분이 있다. 평화집회가 반드시 폭력적이지 않고, 일부 불편을 초래할 수 있다는 점을 고려해야 하며, 이를 지나치게 협소하게 이해하는 현재의 법적 해석은 문제의 소지가 있다.

따라서 본 연구는 헌법 및 국제인권법에서 보장하는 평화집회의 의미를 재조명하고, 이를 현행 법체

제와 비교하여 평화집회의 정의가 과연 충분히 보호받고 있는지, 그리고 이를 보장하기 위한 구체적인 방안을 제시하고자 한다. 또한, 국내에서 이루어진 평화집회에 대한 국가와 지방자치단체의 적용사례를 분석하고, 그에 따른 문제점들을 지적하며, 이를 해결할 방안을 모색하고자 한다. 이를 통해 평화집회의 권리를 보다 확고히 보장하고, 민주적인 사회에서 집회의 자유가 제대로 실현될 방안을 제시하려 한다.

2 연구 방법

이 연구는 평화집회에 대한 의미와 그 보장 방안을 구체적으로 분석하기 위해 세 가지 주요 방법론을 채택한다. 첫 번째로, 문헌 연구를 통해 집회의 자유에 관한 법학적, 사회학적 논문과 판례, 국제인권기구의 문서를 폭넓게 검토한다. 특히 UN 자유권위원회 일반논평 제37호를 중심으로 평화집회에 대한 해석을 분석하며, 국내에서는 이에 관한 선행 연구가 부족하다는 점을 고려해 이를 깊이 있게 다룬다. 두 번째로, 비교법 연구를 진행하여 평화집회의 의의가 쟁점이 된 다른 국가들의 판례를 검토하고, Columbia University의 “Caselaw on Peaceful Protests (2023)” 등 국내에 소개되지 않은 외국 문헌을 분석한다. 이를 통해 다른 국가에서 평화집회에 대한 법적 해석과 적용 사례를 비교하고, 국제적인 관점에서 평화집회의 의미와 법적 보장 방안을 탐구한다. 마지막으로, 심층 면접을 통해 집회 현장에서 국가기관의 탄압을 경험한 인권활동가 3인과 면접을 진행하여, 평화집회에 대한 탄압 실태를 파악하고 연구 내용을 보완한다. 이를 통해 이론적 분석과 실제 상황 간의 간극을 좁히고, 보다 현실적인 해결 방안을 도출하는 데 중점을 둔다. 이러한 방법론을 바탕으로 평화집회의 개념을 명확히 하고, 그 법적 보장 방안을 제시하는 데 필요한 기초 자료를 확보할 것이다.

3 선행 연구 검토

집회의 자유 또는 집시법에 대한 국내 연구는 심도 깊게 이루어지고 있음에도, 평화집회에 대한 연구 성과는 많지 않은 편이다. 선행연구 검토는 다음과 같다.

먼저, 헌법상 집회의 자유에서 보장하는 집회가 내재적으로 평화적이어야 하는지를 여부를 둘러싸고 독일 연방헌법재판소의 결정과 독일의 논의를 주로 소개하는 연구들이 있다.

이부하(2011)¹⁾는 집회의 자유의 중첩적인 한계로서 ‘평화성’과 ‘비무장성’ 요소가 있는데, 평화집회

1) 이부하, “집회의 자유에 대한 헌법적 해석 및 관련법률의 비례성심사”, 한양법학 제22권 제2호, 2011.

와 비평화적 집회를 구별하는 기준으로 ① 심리적 폭력설과 ② 물리적 폭력설이 대립하고 있으며, 독일 연방헌법재판소의 판결에 의하면, 비평화적 집회이기 위한 '폭력'이란 사람과 사물에 대한 물리적 폭력 행위가 가해져야 함을 요건으로 한다고 밝힌다.

장영수(2016)²⁾는 복면을 집회 참가자를 처벌하는 집시법 개정안에 대한 헌법적 평가를 위하여 헌법상 보장되는 집회의 자유의 의미를 살피면서 집회를 평화집회와 비평화적 집회로 분류한 다음, 우리 헌법은 독일 기본법과 같이 평화성과 비무장성을 명문으로 규정하고 있지 않으나 집회의 자유를 보장하는 목적에서 평화집회에 반대되는 폭력적 집회·시위는 보호되지 않는다고 본다. 다만, 이 문헌에서 평화집회가 어떠한 것인지에 대한 설명은 없다.

다음으로 평화집회에 대한 유럽차원의 논의를 소개하는 연구들도 있다. 김종서(2017)³⁾는 유럽안보협력기구(OSCE)와 민주제도와 인권 사무소(ODIHR)가 2010년에 발표한 “평화적 집회의 자유에 관한 지침”을 옮겼다. 이 지침은 집회 개최에 유리한 추정, 국가의 적극적 의무, 합법성, 비례성, 비차별, 좋은 행정과 규제 당국의 책임 등 집회의 자유를 보장하기 위한 지도 원칙들을 제시한다. 또한, 집회 규제의 가능성과 한계, 평화적 집회의 자유 보장을 위한 입법의 이행 문제를 다룬다. 다양한 국가들의 입법례와 유럽인권법원의 판례를 통해 집회의 자유에 대한 법 해석을 제시하며, 이를 통해 집회의 자유가 민주주의를 실현하는 핵심 요소임을 강조한다.

한국의 집시법에 대한 비판적인 연구들도 있다. 김선일(2024)⁴⁾은 제21대 국회에서 발의된 집시법 개정안에 대해 비판적인 평가를 내린다. 연구자는 현재 집시법이 집회와 시위의 자유를 제대로 보장하지 못한다고 주장한다. 특히 집회와 시위의 허용 조건을 너무 엄격하게 규제하며, 평화적인 집회임에도 불구하고 불법집회로 간주되는 경우가 많다는 점을 지적한다. 집시법이 평화집회의 자유를 보호하기보다는 과도한 규제와 통제를 강화하고 있다는 문제를 제기하며, 인권 친화적인 개정의 필요성을 강조한다. 이 외에도 김선일(2018)⁵⁾은 경찰개혁위원회의 권고 이후, 집회 및 시위에 관한 법률(집시법)의 개정 필요성을 국제인권기준에 비추어 검토한 바 있다. 이 논문상의 일부 참가자의 위법 행위나 불법적 요소가 전체 집회의 평화성을 자동적으로 부정하지 않는다는 점은 본 연구의 관점과 같다. 또한 집회의 맥락과 목적, 참가자들의 태도 등을 종합적으로 고려하여 집회의 '평화성'을 판단해야 한다는 본 연구의 문제의식과 접점을 가진다. 다만 김선일의 연구는 집시법상 개별 조항들의 개정 쟁점에 보다 초점을 맞추고 있다.

2) 장영수, “집회의 자유의 본질과 복면집회의 헌법적 문제점” 헌법학연구, 제22권 제3호, 2016.

3) 김종서, 옮김, “평화적 집회의 자유에 관한 지침.” 민주법학 제64호, 2017.

4) 김선일, “인권친화적 집시법 개정을 위한 제언: 제21대 국회 입법안에 대한 비판적 평가를 중심으로”, 경찰법연구 제22권 제2호, 2024.

5) 김선일, “국제인권기준에 비춰본 한국의 집회·시위 대응”, 치안정책연구 제32권 제1호, 2018.

김병록(2024)⁶⁾은 집회의 자유에 관한 헌법적 해석과 집시법의 개정방향을 다룬다. 집회의 자유는 헌법에 보장된 기본권으로, 특히 평화적인 집회와 시위에 대한 보호가 강조된다. 그러나 법원과 경찰의 해석에 따라 평화집회가 불법집회로 간주되는 경우가 많고, 이에 따른 법적 대응도 불완전하다는 문제가 있다. 연구자는 이러한 문제를 해결하기 위한 법적, 제도적 개선 방안을 제시하며, 집시법의 민주적 개정이 필요함을 강조한다.

4 용어의 사용

용어의 사용과 관련하여, 우선 본 연구보고서에서 “집회”라는 의미는 집회와 시위를 모두 의미한다. 집시법은 집회와 시위를 개념적으로 구별하고 법적 효과를 다르게 하고 있으나, 본 연구보고서가 중점적으로 살피는 국제규범에서는 시위를 집회의 한 유형으로 보고 있기 때문이다. 또한 우리 법에서 구별하고 있는 집회와 시위 모두 평화성이 문제가 된다는 점에서 집시법과 같이 집회와 시위를 엄격하게 구별하여 검토할 필요도 없다. 따라서 본 연구보고서에서는 집시법상 집회와 시위 모두를 그 대상으로 하되, 그 대상으로 하되, “특히 구별할 필요가 있는 경우를 제외하고는” 이를 포괄하는 용어로서 “집회”라는 용어를 사용한다.

5 연구의 구성

본 연구는 총 다섯 장으로 구성된다. 제1장은 연구의 필요성과 목적, 연구 방법, 선행연구 검토를 통해 본 연구가 다루고자 하는 핵심 문제의식과 연구구성방안을 제시한다. 제2장에서는 집회의 자유에 대한 헌법적 의미와 기능을 분석하고, 평화집회의 개념 및 구성요소, 그간의 해석상 한계를 정리한다. 제3장은 유엔 자유권규약위원회 일반논평 제37호, 유럽인권재판소 판례, 독일 연방헌법재판소 결정 등 국제인권기준과 해외 사례를 바탕으로 평화집회의 개념과 적용 방식에 대한 비교법적 논의를 제시한다. 제4장에서는 한국에서 반복적으로 문제된 평화집회의 침해 사례를 법적 관점에서 분석하고, 이에 대한 입법·행정·사법적 개선방안을 체계적으로 검토한다. 마지막으로 제5장 결론에서는 연구 결과를 종합적으로 정리하고, 연구의 한계 및 후속 연구방향을 제안한다.

6) 김병록, “집회의 자유의 쟁점과 집시법의 개정방향” 조선대 법학논총 제31권 제3호, 2024.

II. 평화집회에 관한 한국의 법제와 적용

1 집회의 자유의 헌법적 의의와 기능

우리 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라고 규정하고 있다. 집회·결사의 자유의 헌법적 의의는 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 하나의 문장에서 병렬적으로 위치짓고 있는 구조에서부터 찾을 필요가 있다. 언론·출판의 자유는 근대국가가 등장하는 단계에서 체제에 항의하는 자신의 견해를 자유롭게 표출하고자 하는 것에서부터 출발하였는데, 여기서 자신의 견해를 언어의 형식을 빌려 표출하는 것이 언론과 출판이라고 한다면 그것을 집단적 행동으로 표출되는 것이 집회와 결사에 해당하는 점에서 양자는 기본적으로 그 보호법익이 같은 것이다. 이와 같이 집회와 결사의 자유를 언론·출판의 자유와 연결지어 항의하는 견해의 집단적인 표출이라는 점에 착목한다면 당연히도 언론 출판의 자유는 민주주의 헌법질서를 구축하는 중요한 수단에 해당한다는 점에서 민주주의원리의 실현의 수단이라는 측면이기도 하다.⁷⁾

현대사회에서 집회와 시위가 수행하는 기능은 무엇일까.

한상희는 집회와 시위의 자유의 현대적 기능을 다음과 같이 열거한다. (1) 건전한 여론형성과 여론 표현의 수단 혹은 문화생활의 한 과정으로서의 의미. (2) 국민의 정치적·사회적·문화적 의사형성. 특히 대의제 민주주의를 근간으로 하는 현대 정치 사회에 있어서는 집회의 자유는 주로 대의과정에서 누락되거나 간과되는 소수자 민중의 이해관계를 표출하고 이를 정치과정에 투입시킴으로써 그것을 보완하는 기능 수행. (3) 궁극적으로는 국가로부터 자유롭고 자율적인 시민사회 내지는 생활영역을 형성하고 발전시키는 전제로서 작용. (4) 궁극적으로는 집회를 통하여 자신의 사회적 정체성을 모색하는 계기를 마련하고 이로써 인격의 실현(제10조), 민주주의 및 국민주권의 실현(제1조)이라는 점에서 헌법적 의미를 가짐.⁸⁾

7) 한상희, “집회 및 시위의 자유 - 그 헌법상 의미-”, 일감법학 제11호, 2007, 30면.

8) 한상희, 전제논문, 33면.

장영수는 집회의 자유의 기능을 다음의 세 가지로 나눈다. (1) 커뮤니케이션을 통한 자기실현을 가능케 하고, (2) 집회를 통해 의사를 수렴하고 집단적으로 표현한다는 점에서 민주주의 실현에 중요한 역할을 하며, (3) 대중매체의 접근이 제한되어 있는 소수자 집단이 단체를 결성하거나 집회나 집단 시위 등과 같은 단체행동을 통해 스스로 의사표현의 장을 만들고 그들의 의견이나 요구를 표명하고 전달할 수단을 찾는다는 점에서 소수자의 보호에서 중요한 의미를 가진다고 한다.⁹⁾

2 한국의 법제상 집회·시위의 개념과 평화성의 의미

(1) 집회의 개념

그렇다면 헌법상 보장되는 기본권인 집회시위의 자유의 보호대상인 집회와 시위는 무엇을 의미하는가. 헌법은 명문으로 제21조에서 집회시위에 대한 자유를 규정하고 있지만 집회와 시위에 대한 정의를 두고 있지 않다. 규범체계상 헌법상 집회시위의 자유에 대한 하위 법률인 「집회 및 시위에 대한 법률」(이하 “집시법”이라 함)은 우리 법질서에서 구체적으로 집회와 시위의 자유가 어떻게 보장되고 제한되는지를 주로 규율하고 있으므로, 이 집시법으로부터 집회와 시위의 개념을 찾을 필요가 있다. 집시법은 “옥외집회”란 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서 여는 집회라고 정의하고 있으며, “시위”란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이通行할 수 있는 장소를 행진하거나 위력(威力) 또는 기세(氣勢)를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압(制壓)을 가하는 행위를 말한다고 규정하고 있다(집시법 제2조 제1호 및 제2호). 이처럼 옥외집회나 시위에 대한 정의 규정은 있으나 정작 집회가 무엇인지는 집시법에서도 정의되어 있지는 않으므로 집회에 대한 정의는 해석의 영역에 있다 할 수 있다.

집회의 개념에 대해서는 헌법재판소는 “우리 헌법이 규정하고 있는 집회는 일반적으로 일정한 장소를 전제로 하여 특정 목적을 가진 다수인이 일시적으로 회합하는 것을 말하며 그 공동의 목적은 내적인 유대관계로 족하다”고 한다.¹⁰⁾ 대법원도 집시법상의 집회란, “특정 또는 불특정 다수인이 특정한 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것을 말하고 그 모이는 장소나 사람의 다수에 제한이 있을 수 없다”고 판시하고 있다.¹¹⁾

9) 장영수, 전계논문, 303-304면.

10) 헌재 2009.5.28. 2007헌바22 결정.

11) 대판 1983.11.22. 선고 83도2528 판결.

(2) 집회의 개념표지로서 평화성의 인정

집회의 개념은 그 구성 요소를 어떻게 하느냐에 따라 보호영역의 범위에서부터 차이가 발생하고 기본권의 제한과 정당화(형량) 과정에서도 영향을 미친다는 점에서 그 획정이 중요한 문제가 된다. 이와 관련하여서는, 집회 개념의 표지로 주로 집회의 참가자의 수와 집회 참가자 사이의 연관성 등의 요소를 어떠한 범위까지로 할 것인가에 대하여 많은 논의가 이루어져 왔다.¹²⁾ 그에 비하여 본 연구보고서에서 다루는 평화성의 문제에 관해서는 그동안 많은 논의가 이루어지지 않아 왔음은 앞서 설명한 바와 같다.

우선 규범 간의 차이에서부터 평화성의 문제에 대한 논의의 실익과 쟁점을 파악할 필요가 있다. 가령 우리가 주로 참고하는 해외법제 중 하나인 독일 기본법에서는 문언상 집회의 자유의 대상인 집회에 “평화적”이라는 수식어가 붙는다. 국제인권규범인 자유권규약(ICCPR)이나 유럽인권협약(ECHR)도 마찬가지다. 이에 비하여 우리 헌법은 집회에 대한 별도의 수식어가 없다. 이러한 문언상 차이에도 불구하고 평화성을 집회의 개념표지로 많은 견해들이 인정하고 있으며, 우리 헌법재판소도 평화성을 개념 표지 중 하나로 인정하면서 집회의 자유의 개념내재적 한계로 인정하고 있다.

헌재 2003.10.30. 2000헌바67 등, 판례집 15-2하, 41: “집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있는 것이다.”

(3) 평화성의 의미에 대한 종래의 논의와 한계

이와 같이 “평화성”을 집회의 자유의 보호대상인 집회의 개념 표지 중 하나로 승인하면서 이를 집회의 자유의 내재적 한계로 인정하게 될 경우 무엇이 평화적인 집회인지에 따라 집회의 자유의 보호범위가 최종적으로 획정되게 된다. 이와 관련하여 이부하는 독일 기본법상 “평화성”(Freiheit)에 대한 논의

12) 집회의 참가자의 수 및 집회 참가자 사이의 연관성에 대한 종래 논의의 정리는, 이육한, “집회의 자유와 헌법적 기능과 보호범위에 관한 연구”, 강원법학 제38권, 2013, 513-515면 참조.

를 소개한다. 그에 따르면, 평화집회와 비평화적 집회를 구별하는 기준으로 (1) 심리적 폭력설과 (2) 물리적 폭력설이 대립하며, 독일연방헌법재판소는 비평화적 집회에 해당하기 위한 ‘폭력’이란 사람과 사물에 대한 물리적 폭력행위가 가해져야 함을 요건으로 한다고 한 다음,¹³⁾ 폭력이란 사람이나 사물에 대한 행위자의 적극적인 신체적 영향력의 행사이고, 이러한 폭력의 개념에 심리적 폭력까지 포함시키면 집회의 자유의 보호영역이 협소해지기 때문에 ‘물리적 폭력’으로 국한함이 타당하며, 이러한 견지에서 집회의 자유에서 의미하는 폭력은 물리적 폭력에 국한하여야 하므로 공공도로상에서의 연좌(連坐) 시위는 교통소통을 방해함으로써 법적인 평온을 깨뜨리고 다른 교통이용자들의 불편을 초래함으로써 심리적 고통을 유발한다 할지라도 사람이나 사물에 대한 물리적 폭력이 없는 한 평화적 시위로 보아야 한다고 한다.¹⁴⁾

폭력을 물리적 폭력과 심리적 폭력으로 구분한 뒤 물리적 폭력이 수반된 집회를 비평화적 집회로, 심리적 폭력이 수반되는 집회를 평화집회로 포섭하는 이 논의는 일응 명쾌한 것으로 보여지기도 하나 실상은 그러하지 아니하다. 물리적 폭력과 심리적 폭력의 구분이 어려운 사안들이 발생하기 때문이다. 또한 이부하는 여기서 말하는 “물리적 폭력” 개념은 합헌적 해석을 위해 형법상 일반적인 폭력의 개념을 원용할 수 없다는 전제하에, 집회의 목적이나 집회의 집행이 생명, 신체, 자유 또는 그 밖의 제3자의 중요한 법익이나 공익에 대해 범죄의 실행이나 범죄의 시도를 수반하지 않는 한 그 집회는 평화적이라고 할 수 있다고 주장하는데, 형법상 일반적인 폭력개념이 아닌 별도의 폭력의 개념을 사용하여 평화집회의 범위를 확정하고자 한다면 이러한 입장을 고려한다면 평화집회의 범위는 더욱 모호해진다고 할 수 있다.

3 평화 집회의 문제사안과 해외사례 분석을 통한 구체화의 요청

이러한 모호한 범위의 문제는 문제사안에 대한 집시법 및 관련 규정의 적용을 통해 더욱 명확히 드러난다.

(1) 문제사안

1) 집회 참가자의 일시적 도로 점거에 대한 일반교통방해죄 적용

「형법」 제185조 일반교통방해죄는 “육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로

13) BVerfGE 69, 315 (360)

14) 이부하, 전제논문, 295-296면.

로 교통을 방해한 자를 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금”에 처하도록 규정하고 있다. 도로는 국가기반시설로서 이를 손괴하거나 불통하게 한 경우 사회적 법익 침해가 중대하기에 중범죄로 규정한 것이다. 문제는 수사기관과 법원이 집회에서의 도로 점거에 대해서도 ‘기타 방법으로 교통을 방해’한 것으로 보아 일반교통방해죄를 적용한다는 점이다. 장기 10년형까지 규정한 이 조항으로 인해 집회 참가자들이 현행범으로 체포되고 중대한 처벌을 받는 경우들이 여럿 발생하였다. 심지어 대법원은 2016년 단 5분의 도로점거에 대해서도 일반교통방해죄 유죄를 인정한 바 있다.¹⁵⁾

대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도4122 판결

■ 사건 개요 : 이 사건의 피고인은 2012. 6. 16. 쌍용차 대책위 등이 주최한 ‘걷기 대회’ 집회에 참가하여 다른 참가자들과 함께 2012. 6. 16. 16:19경부터 16:24경까지 서소문 고가차도로 분리된 서소문 고가차도 옆 도로의 우측 진행방향 차로를 점거하고 행진하여 일반교통방해죄로 기소되었다. 1심에서는 유죄로 인정되어 벌금 500만원이 선고되었으나 2심에서는 해당 혐의에 대해 무죄가 선고되었다. 그러나 대법원은 짧은 시간이라고 해도 교통방해가 발생할 정도였다면 교통방해죄가 성립한다고 보아 유죄 취지 파기환송을 하였다.

■ 주요 판시 : ① 피고인은 ‘걷기 대회’에 참가하여 다른 참가자들과 함께 2012. 6. 16. 16:19경부터 16:24경까지 서소문 고가차도로 분리된 서소문 고가차도 옆 도로의 우측 진행방향 차로를 점거하고 행진한 점, ② 위 서소문 고가차도 옆 도로는 철도와 차도가 교차하는 일부 구간에 인도가 설치되어 있지 않을 뿐 그 외의 구간은 차도와 구분된 인도가 설치되어 있는 점, ③ 그럼에도 피고인을 포함한 약 500명의 집회참가자가 3개 차로 전부를 점거하면서 행진하여 그 차도를 통행하려는 차량의 교통을 방해한 것으로 보이는 점, ④ 위와 같은 행진은 관할 경찰서장에 대한 신고 없이 이루어진 점 등에 비추어 보면, 피고인 등 집회참가자들의 위와 같은 도로 점거로 인해 비록 단시간이나마 일반 차량의 교통이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태가 발생하였던 것으로 보인다.

한편 일반교통방해죄와 유사한 죄로서 「형법」 제186조 기차, 선박 등의 교통방해죄가 있다. 아직 기차, 전차, 자동차, 선박 또는 항공기의 교통을 집회를 통해 방해한 것에 대해 유죄로 판결한 사례는 없다. 다만 경찰이 전국장애인차별철폐연대의 지하철 탑승 시위를 기차교통방해로 보아 박경석 전국장애인차별철폐연대 대표를 체포한 사례가 있고,¹⁶⁾ 이후 검찰이 대량 기소를 하여 현재 재판이 진행 중에 있다.

15) 파이낸셜 뉴스, 2016. 3. 15. “대법 “5분 미만 도로점거도 ‘일반교통방해죄’ 성립””
<https://www.fnnews.com/news/201603151437179038>

16) 안전신문, 2023. 3. 17. “기차교통방해죄 등 체포된 전장연 대표 “불법 아닌 차별저항한 것”
<https://www.safetynews.co.kr/news/articleView.html?idxno=220367>

2) 기자회견에 대한 미신고 집회 유죄 판단

집시법은 집회의 규모와 시간에 따라 규율을 차등하여 두고 있지 않고 따라서 규정만을 보자면 2인 이상의 모임은 모두 집시법상의 집회신고를 요구한다. 그러나 관행적으로 짧은 시간 소규모로 이루어지는 기자회견의 경우에는 집회신고를 하지 않고 이루어져 왔으며, 이에 대해 수사기관도 문제 삼지 않아 왔다. 그러나 2020년 대법원은 기자회견이라 하더라도 피켓과 구호를 든 경우에는 사전신고를 하지 않고 이를 위반 시에는 미신고 집회로 처벌된다고 판단하였다. 해당 판례 이후 수사기관에 의해 기자회견에 대한 자의적인 수사와 처벌이 이루어지고 있다.¹⁷⁾

대법원 2020. 5. 28. 선고 2019도16885 판결

■ 사건 개요 : 이 사건의 피고인들은 2016. 12. 6. 정당 당사 앞에서 기자회견을 개최하였다. 10여 명이 참여하여 45분간 진행된 이 기자회견은 구호와 피켓팅, 퍼포먼스로 구성되었다. 이에 대해 검찰은 미신고집회 혐의로 피고인들을 기소하였고 1심에서 50만 원의 벌금이 선고되었으나, 항소심에서는 이를 뒤집고 무죄를 선고했다. 그러나 대법원은 1심과 같이 해당 기자회견은 신고대상인 옥외집회라 보고 유죄 취지 파기환송을 하였다.

■ 주요 판시 : 집시법이 옥외집회에 관하여 신고제도를 둔 취지는 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편, 그로 인한 공공의 안녕질서에 대한 위험을 예방하는 등 공공의 안녕질서를 함께 유지하기 위한 조치를 마련하고자 하는 데 있으므로(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도9471 판결 참조), 공공의 안녕질서에 대한 위험을 사전에 예방할 필요가 있는 옥외집회가 집시법상 신고의 대상이 된다. (중략) 이 사건 행사 진행 과정에서 일반 시민들과의 구체적 충돌이나 교통방해 등의 결과가 발생하지는 않았으나, 이 사건 행사 장소의 현황, 참여자의 수, 진행방식 및 시간, 피켓팅과 구호제창 및 퍼포먼스의 대상에 일반 시민들도 포함되어 있던 점 등을 고려하면, 결과적으로 공공의 안녕질서에 대한 위험이 발생하지 않았다고 하여, 애초부터 공공의 안녕질서에 대한 위험을 사전에 예방할 필요조차 없었다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 행사는 집시법상 사전 신고 대상이 되는 옥외집회에 해당한다.

3) 소수자 단체의 집회에 대한 미신고 집회 유죄 판단

앞서 살펴본 것과 같이 대법원은 미신고 집회라 하더라도 평화집회로서 공공의 안녕과 질서에 중대한 위험이 없다면 해산명령의 대상이 되지 않는다고 보고 있다. 그러나 공공의 안녕과 질서에 중대한 위험이 없는 경우에도 해당 집회가 사전 신고를 하지 않으면 미신고 집회로 처벌이 이루어진다. 문제는 현재

17) 한국일보, 2021. 7. 4. “구호 외치면 범법자? 기자회견과 미신고집회, 그 모호한 경계”
<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2021070217100000428>

적법과 불법으로 나누어 집회를 관리하는 경찰의 관행상 도로 점거 등 사회적으로 불편을 초래하는 집회는 신고 자체가 불가능함에도 법원에서 이 부분이 고려되지 않는다는 점이다. 대표적으로 전국장애인차별철폐연대가 장애인 이동권 보장을 요구하며 시내버스 앞을 막고 집회를 한 것에 대해 법원은 미신고 집회 유죄 판결을 내렸다.¹⁸⁾

대법원 2024. 6. 27. 선고 2024도9816 판결

■ 사건 개요 : 이 사건의 피고인은 전국장애인차별철폐연대 대표로 20여 명의 참가자들과 함께 2021. 4. 28. 버스 정류장 앞에서 23분간 버스 운행을 막고 장애인 이동권 보장을 요구하는 집회를 개최하였다. 이에 대해 검찰은 미신고 집회 개최 혐의로 기소를 하였고, 1심, 2심, 3심 모두 유죄 판결을 내렸다.

■ 주요 판시 : (제1심 판결) 신고되지 않고 이루어진 집회를 처벌하는 위 규정이 공공의 안녕질서에 대한 '직접적인' 위험을 '명백하게' 초래하는 집회에 한정하여 적용된다고 볼 근거가 없다. (중략) 피고인의 범행으로 버스가 정상적으로 운행되지 못함에 따라 퇴근길의 승객들에게 상당한 불편이 초래되었다. 대한민국 헌법은 국민들에게 표현의 자유와 집회를 개최할 권리를 보장하지만, 시민들이 이용하는 버스나 지하철이 제대로 운행되지 못하게 부당하게 방해하는 행위는 헌법에서 보장한 자유와 권리를 남용하여 타인의 기본권을 침해하는 범죄행위이고 어떠한 명분을 내세우더라도 정당화될 수 없다.

4) 과거의 폭력 집회 전력을 이유로 한 집회 방해에 대한 용인

어떠한 집회가 평화적인지 여부는 당해 집회의 목적, 방법, 내용 등을 기준으로 판단하여야 하며 설령 어떠한 단체가 과거에 폭력적 집회를 하여 처벌된 전력이 있다 하더라도 해당 단체의 모든 집회가 평화 집회가 아니라 볼 근거는 없다. 그럼에도 2013년 경찰은 덕수궁 대한문 앞 쌍용차 해고자와 시민단체의 집회에 대해 과거 몇 차례 소란행위가 있었음을 이유로 해당 집회의 개최를 막고 참가자들을 강제 해산 시켰다. 그럼에도 대법원은 이러한 경찰의 행위가 적법하다고 보아 집회 주최 측이 제기한 국가배상 청구를 기각하였다.¹⁹⁾

18) 연합뉴스, 2025. 3. 18. “‘버스운행 방해시위’ 박경석 전장연 대표, 징역형 집유 확정”
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20250318066600004>

19) 연합뉴스, 2022. 10. 19. “대한문 앞 쌍용차 집회 막은 경찰…법원 “적법””
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20221028104100004>

대법원 2021. 10. 28. 선고 2017다219218 판결

■ 사건 개요 : 2013. 5. 29. 쌍용차 대책위 덕수궁 대한문 앞에서 서울 중구청이 행정대집행으로 쌍용차 추모 분향소를 철거하고 화단을 설치한 것을 규탄하는 집회를 개최했다. 이에 대해 경찰은 대한문 앞에서 다수의 공무집행방해와 손괴 행위가 발생했던 것을 이유로 집회 개최를 막고 참가자들을 강제해산시켰다. 이에 대해 대책위에서 경찰을 상대로 국가배상 청구를 하였고 1심에서는 기각되었으나 2심에서 일부 손해배상책임이 인정되었다. 그러나 대법원은 경찰의 행위가 적법하다고 보아 원심 판결을 파기환송하였다.

■ 주요 판시 : 갑 등이 그들이 속한 단체가 개최한 집회와 기자회견에서 있었던 을 등 경찰의 집회 장소 점거 행위와 을의 해산명령이 위법한 공무집행에 해당하고 이로 인해 집회의 자유가 침해되었다며 국가와 을을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 사건 당일 발생한 상황뿐만 아니라 위 집회 장소에서 점거와 농성이 시작된 이후 천막 등 철거의 행정대집행에 이르기까지 다수의 공무집행방해와 손괴행위가 발생하였고 장기간 불법적으로 물건이 설치되었던 일련의 과정을 고려하여 보면, 을 등 경찰의 집회 장소 점거 행위는 불법적인 사태가 반복되는 것을 막기 위한 필요 최소한도의 조치로 볼 수 있다.

5) 집회 일부 참가자의 폭력행위에 대한 주최자의 공동책임

유엔 자유권위원회 일반논평 제37호는 “일부 참여자의 개별적 폭력 행위를 다른 참여자, 주최자 또는 집회 자체의 책임으로 돌려서는 안 된다”고 강조하고 있다. 그러나 대규모 집회에서 일부 참가자에 의해 폭력, 소란 행위가 발생한 것에 대해 경찰과 지자체가 전체를 불법집회로 낙인찍고 주최자에 책임을 물리는 경우들이 종종 발생하고 있다. 2009년 청주지방법원은 노동조합이 개최한 집회의 참가자들 중 일부가 경찰관들을 폭행하여 상해를 입히고 경찰버스를 손괴한 사안에 대해 주최자의 공동불법행위 책임을 인정하여 손해배상 판결을 하였고, 항소심에서도 동일한 판단이 이루어졌다.

청주지방법원 2010. 5. 28. 선고 2009나7022 판결

■ 사건 개요 : 2007. 6. 28. 전국금속노동조합이 공장 앞에서 400여 명 규모의 집회를 개최하였다. 참가자 중 100여 명이 공장 후문으로 진입을 시도하다 경찰에 저지당하자 경찰관들을 일부가 폭행하고 경찰 버스에 돌을 던져 손괴하였다. 이에 대해 국가가 전국금속노동조합 등을 상대로 손해배상을 청구하였고, 1심 법원은 공동불법행위책임을 인정하면서 다만 손해를 70%로 제한하였다. 피고가 항소했으나 2심에서는 원고의 손해를 더욱 인정하면서 피고의 항소를 기각했다.

■ 주요 판시 : 피고들의 주장과 같이 집회주최자 및 질서유지인의 집회질서유지에 본질적인 한계가 존재한다 하더라도, 그 한계 안에서 질서유지인무를 다하지 아니한 과실이 있다 하여 집회주최자인 피고 금속노조에게 손해배상책임이 있음을 인정한 이상 그 손해배상책임의 범위는 당해 과실과 인과관계가 있는 전부에 미치는 것이고, 위와 같은 한계가 있다는 이유로 다시 그 책임범위를 제한할 수는 없고, 또한 피

고 금속노조는 이 사건 폭력행위로 인한 원고의 손해가 발생한 이후 뒤늦게 질서유지를 위한 조치를 취하였다고 하지만 이는 이 사건 손해의 발생에 아무 영향을 미치지 못하는 것이므로 손해배상책임을 제한할 사유가 되지 못하는 것이므로, 피고 금속노조는 원고가 입은 손해 전부를 배상할 의무가 있다.

6) 타인의 불편을 이유로 한 평화집회에 대한 규율

집회는 그 본질상 일정 정도 소음을 내거나 이를 동의하지 않는 방식에 거부감을 줄 수 있다. 그러나 그 집회가 평화집회인 이상 이를 이유로 집회의 자유를 침해해서는 아니 된다. 대법원 역시 “집회나 시위는 다수인이 공동목적으로 회합하고 공공장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로서 그 회합에 참가한 다수인이나 참가하지 아니한 불특정 다수인에게 의견을 전달하는 과정에서 어느 정도의 소음이 발생하는 것은 부득이하므로 집회나 시위에 참가하지 아니한 일반 국민도 이를 수인할 의무가 있다”고 판시한 바 있다.²⁰⁾

그러나 현재 수사기관에서 지나치게 낮은 수준의 소음을 설정하고 이를 위반 시 기소하고 처벌이 이루어지는 일들이 계속 발생하고 있다. 현재 집회에서의 소음기준은 「집회 및 시위에 관한 법률」 시행령에 규정되어 있는데, 일반 지역에서 야간 60dB²¹⁾로 사실상 확성기를 이용한 집회를 금지하는 수준이다. 이러한 지나치게 낮은 소음 기준에 대해 헌법소원이 제기되었으나 헌법재판소는 전원일치로 합헌결정을 내렸다.

헌법재판소 2024. 3. 28. 선고 2020헌바586 결정

■ 사건 개요 : 집회 또는 시위의 주최자가 확성기 등을 사용하여 타인에게 심각한 피해를 주는 소음으로서 대통령령으로 정하는 기준을 위반하는 소음을 발생시키는 것을 금지 및 처벌하는 집회 및 시위에 관한 법률 제14조, 제24조 제4호에 대한 헌법소원으로 쟁점은 소음 기준을 시행령에 위임한 것의 위헌성과, 지나치게 낮은 소음 기준이 집회의 자유를 침해하는지 여부이다.

■ 주요 판시 :

가. 집회 또는 시위에서 발생하는 소음의 제한과 관련하여 세부적인 사항은 대상지역, 시간대, 측정방법 등을 고려하여 탄력적으로 정할 필요가 있다. 「집회 및 시위에 관한 법률」 제14조 제1항은 ‘타인에게 심각한 피해를 주는 소음’으로 대통령령이 규정할 소음기준을 정하고 있고, 이에 따라 대통령령에서 대상지역이나 시간대 등을 고려하여 소음기준이 정해질 것임을 충분히 예측할 수 있으므로, 「집회 및 시위에 관한 법률」 제14조 제1항은 죄형법정주의 및 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.

20) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4467 판결

21) 60dB은 보통 크기의 대회에서 발생하는 소음 수준이다.

나. 심판대상조항은 집회의 자유와 국민의 평온한 생활의 조화를 도모하기 위한 것으로, 집회의 목적 달성의 범위를 넘는 심각한 피해를 주는 소음까지 감내해야 할 의무가 있다고 보기는 어렵고, 기준을 초과하는 소음을 발생시킬 뿐 아니라 소음유지명령 등을 위반한 경우에 한하여 형사처벌하도록 정하고 있으므로 과잉금지원칙에 위배되어 집회의 자유를 침해하지 않는다.

한편 집회 과정에서 건물이나 도로에 낙서를 하거나 스티커를 붙이는 등의 행위 역시 참가자들이 자신의 주장을 보다 분명히 드러내기 위해 주로 사용하는 수단이다. 그러나 이에 대해 수사기관에서 재물손괴 혐의를 적용하여 기소하고 처벌이 이루어지거나, 건물 관리자 등이 집회 주최자와 참가자에게 민사상 손해배상을 청구하는 사례가 있다.

이에 대해 대법원은 기후활동가들이 회사 앞 조형물에 수성 페인트를 칠한 사안에 대해 무죄취지 파기환송을 하며 “기후위기를 알리는 표현의 수단으로 이 사건 조형물에 수성 스프레이를 분사한 직후 바로 세척하는 행위를 한 것에, 여기에 형법상 재물손괴죄를 쉽게 인정한다면 표현의 자유를 억누르게 될 위험이 있다”고 판시한 바 있다.²²⁾ 그러나 이러한 대법원의 판시에도 불구하고 집회에 대해 재물손괴 책임을 적용하는 일은 여전히 이어지고 있다. 대표적으로 2024년 12월 학생 참여 없이 남녀공학 전환을 논의하는 것에 항의하는 동덕여대 학생들이 학교 건물과 도로 등에 래커칠을 한 것에 대해 학교 측이 고소를 한 사안이 있다. 이후 학교에서 고소를 취하하였으나 여전히 수사는 진행 중에 있다.²³⁾

(2) 비교법 연구를 통한 구체화의 요청

위 사안들은 현재 우리 집회 및 시위 현장에서 가장 논란이 되고 있는 사안들이며, 모두 비무장한 집회이지만 다소간의 폭력이 수반되거나 사회적인 불편이 초래되는 평화집회에 포섭될 수 있는 집회 시위의 유형에 해당한다. 그러나 위 집회들에 대한 법적 평가에 있어 국제인권규범 및 헌법재판소가 인정하고 있는 “평화성”이 어떠한 영향을 미치는지는 식별되지 않는다. 그 원인 중 하나는 “평화성”이라는 개념이 넓은 의미폭을 가지고 있기 때문이며, 이를 해결하기 위한 초석은 평화성을 명문으로 인정하고 있는 국제인권규범인 주요국의 해석례를 사례별로 분석하는 것이다. 이를 통해 우리의 문제사안에 대한 법적 평가가 문제점이 있는지 여부를 진단하고 개선방안 등의 해법을 모색해볼 수 있을 것이다.

22) 대법원 2024. 5. 30. 선고 2023도5885 판결

23) 뉴스1, 2025. 5. 25., “고소 취하에도 수사 계속…동덕여대생들 ”편파 수사 즉각 중단”
<https://www.news1.kr/society/incident-accident/5793570>

III. 해외의 평화집회의 개념과 적용

1 유엔자유권규약상 평화집회의 개념과 적용

(1) 유엔자유권규약상 집회의 자유에 대한 규정의 개관

유엔 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 약칭 '자유권규약')²⁴⁾ 제21조는 “평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 국가안보, 공공안전, 공공질서, 공중보건 또는 공중도덕의 보호, 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요하며 법률에 합치되게 부과되는 제한 이외의 어떠한 제한도 부과될 수 없다.”²⁵⁾라고 하여 평화집회에 관한 권리를 명시해두고 있다.

위 규정의 해석 및 이에 따른 국가의 구체적인 이행의무에 관하여는 자유권규약위원회의 일반논평 제37호를 참고할 필요가 있다. 자유권규약위원회는 자유권규약을 해석하고 실시하는 데 있어 문제가 되거나 될 소지가 있는 부분을 발견해 유권적 해석을 함으로써 당사국에게 규약의 국내적 이행을 돕는다.²⁶⁾ 2025. 3. 기준 자유권규약위원회는 총 37건의 일반논평을 발표했다. 그 중 집회의 자유에 관한 일반논평 제37호는 2020. 7. 23. 채택되었고, 2020. 9. 17.부터 발효되었다.²⁷⁾

24) 유엔 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 약칭 '자유권규약')은 개인의 시민적 및 정치적 권리를 보호하기 위해 유엔 총회에서 1966년 12월 16일 채택된 국제인권 조약이다. 이 규약은 1976년 3월 23일 발효되었으며, 현재까지 다수의 국가가 가입한 법적 구속력을 가진 문서다. 우리나라는 위 규약에 1990. 4. 10. 가입하여 1990. 7. 10부터 위 규약의 적용을 받았다.

25) “The right of peaceful assembly shall be recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.”

26) 자유권규약위원회의 절차규정(Rule of Procedures) 제76조와 제77조 참조. “The Committee may decide to prepare and adopt general comments on specific topics addressing aspects of the Covenant or its Optional Protocols with a view to assisting States parties in fulfilling their obligations under the Covenant and its Optional Protocols.”

27) 자유권규약위원회, 일반논평 37호 (2020): 제21조(평화적 집회의 권리)

(2) 유엔자유권규약상 집회의 자유의 내용

자유권규약 제21조는 “평화적인 집회의 권리가 인정된다”고 규정한다. 그러나 규약 자체에서 “평화집회”의 명확한 정의는 제공하지 않으며, 자유권규약위원회 또한 이를 구체적으로 정의하지 않고 있다. 일반적으로 “집회”는 공동의 목적과 의사를 가진 다수의 참여를 전제로 하며, 우연한 만남이나 개인적인 성격의 모임은 포함되지 않는다. 행진, 시위, 온라인 참여 등 다양한 형태와 방법으로 개최될 수 있으며, 옥내 또는 옥외, 공로 및 공공장소, 광장을 비롯해 사유 재산 건물 등 장소를 불문하고 이루어질 수 있다.

개인의 집회 참여 또는 조직 행위 등이 “평화집회”에 해당된다면 당사국은 참여자의 권리를 보장하고 이를 존중할 구체적인 이행의무를 부담한다. 이는 단순히 집회에 대한 제한 또는 방해의 제거뿐만 아니라 집회를 용이하게 하고 참여자들이 자신의 목표를 달성할 수 있도록 하는 적극적 의무까지 포함하는 것이다. 필요한 경우 국가는 사적 주체(일반 대중, 반대 시위자, 민간 용역보안업체)가 참여자에게 가할 수 있는 간섭이나 폭력으로부터 참여자를 보호해야 한다. 특히 국가는 평화집회의 권리를 향유함에 있어 인종, 피부색, 민족, 나이, 성별, 언어, 재산, 종교나 신념, 정치적 또는 기타 의견, 국가적 또는 사회적 배경, 출생, 소수민족, 원주민, 장애인, 성적 취향 또는 성적 정체성, 혹은 그 외 기타 지위에 근거하여 차별적인 결과를 가져오지 않도록 보장해야 한다.

한편, 조항의 제2문에 따르면 평화집회의 권리는 절대적인 권리는 아니며, 당사국에 의하여 제한될 수 있다고 밝히고 있다. 이와 같은 규정 체계상 당사자가 제21조에 따른 보호를 받는지 여부는 2단계로 검토하게 된다. 먼저 집회가 위에서 밝힌 “평화집회”에 해당하는지 여부를 살핀다. 만약 평화집회에 해당한다면, 당사국은 특별한 사정이 없는 한 당사자의 집회의 자유를 보장하여야 한다. 두 번째로 당사국이 집회의 자유에 어떠한 제한을 가하고 있는 경우, 그러한 제한이 제2문에서 정한 한계에 부합하는지 여부에 대해서 심사한다. 집회의 자유는 법률에 의하여, 정당한 목적에 따라(국가안보, 공공안전, 공공질서, 공중보건 또는 공중도덕의 보호, 또는 타인의 권리 및 자유의 보호) 민주사회에서 필요한 범위 내에서 이루어져야 한다. 즉, 국가는 모든 제한이 제21조 제2문에 열거된 제한 근거 중 최소 하나에 대하여 필요성과 비례원칙을 모두 충족하고 있음을 입증하여야 한다.²⁸⁾ 또한 특정 집회의 금지 조치는 최후의 수단으로서만 고려될 수 있다. 국가는 모든 위험을 방지하기 위한 목적으로 사전에 집회에 대한 규제 조치를 취하기보다는, 집회 개최 허용을 고려한 후 그 다음에 집회 행사 동안 발생할 수 있는 범죄에 관하여 조치를 취할 것인가 여부의 결정을 고려해야 한다.²⁹⁾

28) 자유권규약위원회, 전계문서, 36항.

29) 자유권규약위원회, 전계문서, 37-38항.

(3) 유엔자유권규약상 평화집회의 개념과 적용 사례

“평화적”이라는 용어는 대체로 “비폭력(non-violent)”과 동의어로 해석된다. 집회 참가자의 폭력적인 행위(재산 파괴, 신체적 상해 등)가 없는 경우를 의미한다. 제21조의 맥락에서 “폭력”은 주로 상대방에 대한 참여자의 물리적 힘의 사용을 의미하는 것으로서 부상이나 사망 또는 심각한 재산상의 피해를 초래할 가능성이 있는 것을 말한다. 단순히 누르기나 밀치기, 차량 혹은 보행자의 흐름을 방해하는 행위 또는 일상적 행동은 “폭력”에 해당하지 않는다.³⁰⁾

어떤 집회에서 참여자의 행위가 평화적이라면, 주최자나 참여자가 집회의 관련된 일정한 국내법상 요구사항을 충족하지 못했다는 이유로 곧바로 제21조의 보호범위에서 제외할 수 없다³¹⁾. 이는 각국의 집회 및 시위에 관한 법률 규정을 위반하였다고 하더라도, 그것이 비폭력적으로 추정되는 한³²⁾ 평화집회로서 보호되어야 한다는 점을 시사한다.

집회가 평화적인지 아닌가 하는 문제는 개별 사례별로 신중하게 판단하여야 한다. 판단 기준은 참여자로부터 비롯되는 폭력이 존재하는지이다. 이는 특정 참여자가 집회 전 또는 집회 진행 중 폭력 사용을 선동하고 있고, 그러한 폭력의 행동 계획이 존재하거나 그 폭력이 행사가 임박했다는 증거가 있으며, 이러한 행동이 집회 내에 명백하게 만연해 있는 경우일 것을 요구한다.³³⁾ 그 외 집회참여자 행위가 아닌, 외부의 폭력적 대응을 이유로는 집회의 평화성을 부정할 수 없다. 가령 집회의 참여자에게 가해지는 정부 당국이나 이들을 대신한 선동공작원 등에 의한 폭력, 또는 집회를 표적으로 가해지는 일반 대중 및 반대 시위 참여자에 의한 폭력은 대상 집회의 평화성을 부정하는 근거가 될 수 없다.³⁴⁾

유엔자유권규약위원회는 다수의 개인진정(Individual Communication)³⁵⁾ 사건에서 당사국의 평화적 집회권 보장 여부를 심사하고 위원회의 법적 견해를 밝혀왔다. 아래에서는 구체적 결정례를 통해 위원회가 집회의 평화성을 판단하는 기준과 이 권리 보장을 위한 국가의 의무를 어떻게 제시했는지 살펴보고자 한다.

30) 자유권규약위원회, 전계문서, 15항.

31) 자유권규약위원회, 전계문서, 16항.

32) 자유권규약위원회는 평화집회와 비평화적 집회를 명확히 구분하기 어려운 경우가 종종 있으나, 원칙적으로 집회는 우선 평화적인 것으로 추정되어야 한다고 밝히고 있다. 전계주, 17항.

33) 자유권규약위원회, 전계문서, 19항.

34) 자유권규약위원회, 전계문서, 18항.

35) 개인진정제도는 해당 당사국이 자유권규약의 제1선택의정서(Optional Protocol)에 가입한 경우에만 가능하며, 진정을 제기하고자 하는 개인은 사전에 국내 구제 절차를 모두 소진해야 한다. 자유권규약에 의해 보장된 권리를 침해당한 개인이 자유권규약위원회에 진정을 제기하면, 위원회가 사건을 심리하고 당사국에 대하여 준사법적 성격의 결정을 내린다. 이러한 결정을 개인진정에 대한 위원회의 ‘견해(Views)’라고 통칭한다. 개인이 국제적 차원에서 인권 침해를 구제받을 수 있는 중요한 메커니즘이며, 각 사건에 대한 자유권규약위원회의 결정은 규약 조항을 둘러싼 해석과 당사국의 이행 의무에 관한 중요한 참조사항이 된다.

1) 히메네즈(Gimenez) 대 파라과이³⁶⁾

(가) 사실관계

농촌 노동자 조직의 지도자인 진정인은 2008년 폐쇄된 지역 병원의 재개설을 요구하는 집회를 주도했다. 병원 건물이 매각된 후 철거될 위기에 처하자, 그는 동료들과 함께 해당 사유지 앞에 캠프를 설치하고 건물을 점거했다. 이에 건물주는 무단 침입으로 형사 고발했고, 진정인은 집회에 관한 법률 위반 및 공공질서 문란(disturbance of public peace) 혐의로 2년의 구금형을 선고받았으나, 3인 이상 집회 참석 금지 등의 조건으로 형 집행이 유예되었다.

(나) 유엔자유권규약위원회의 판단

위원회는 집회 주최자에게는 일반적으로 참여자들과 집회의 대상 청중이 보고 들을 수 있는 장소를 집회 장소로 선택할 권리가 있으며, 이는 폐쇄된 장소, 개방된 공간, 공공 또는 사유지 등을 불문하고 모두 가능하다는 점을 명시했다. 본 사건에서 위원회는 파라과이 당국이 저자의 3인 이상 집회 참여를 2년간 금지한 제한이 왜 필요하고 비례적인지, 그리고 사유지 무단 침입을 이유로 한 형사 처벌이 어떻게 규약 제21조에 명시된 정당한 목적에 부합하는지 설명하지 못했다고 지적했다. 위원회는 당사국이 진정인의 집회 참여가 타인의 권리나 공공질서 등을 위태롭게 할 것임을 입증하지 못했다고 판단하여 당사국이 제21조를 위반하였음을 인정했다.

(다) 이 결정의 의의 : 집회 주최자는 집회 장소를 선택할 자유가 있음

이 결정은 집회의 자유가 사유지를 포함한 다양한 장소에서 보장될 수 있음을 명확히 하였다. 나아가, 국가가 사유지 침입과 같은 사유로 집회의 자유를 제한하거나 형사 처벌을 가할 때, 해당 제한이 규약 제21조의 '필요성 및 비례성' 원칙에 철저히 부합해야 한다는 점을 강조했다. 즉, 집회 제한이 정당한 목적을 위해 반드시 필요하고 그 정도가 비례적이어야 한다는 점을 국가 당사국에게 입증할 의무를 부여함으로써, 시민의 기본권 보호에 있어 국가의 자의적인 권한 행사를 견제하는 선례를 확립했다.

36) CCPR/C/123/D/2372/2014.

2) 폴리아코프(Poliakov) 대 벨라루스³⁷⁾

(가) 사실관계

진정인은 벨라루스 국적의 시민운동가로, 2008년 총선 보이콧을 촉구하는 피켓 시위를 위해 시 당국에 시위 개최를 신청했다. 그러나 당국은 시위 방식이 명확하지 않으며, 시위 전후 질서 유지·의료 지원·청소를 보장하겠다는 3개 행정 부서의 서면 확약이 제출되지 않았다는 이유로 허가를 거부하였다. 청구인은 국내 법원에 항고했으나 모두 기각되었고, 이후 유엔 인권위원회에 진정을 제기하였다.

(나) 유엔자유권규약위원회의 판단

위원회는 당국이 요구한 3개 행정 부서의 서면 확약 요건이 과도하며, 이는 청구인의 집회의 자유 행사를 사실상 불가능하게 만드는 결과를 초래할 수 있다는 점에 주목했다. 당국은 이러한 제한이 국가안보, 공공안전, 공중보건 등 자유권규약 제21조상 정당한 목적에 부합하며, 민주사회에서 필요한 조치였다는 점을 입증하지 못했다.

또한, 당국이 불충분한 신청 내용에 대해 보완이나 협의의 기회를 제공하지 않은 점 역시 문제로 지적하였다. 이에 따라 위원회는 청구인의 규약 제21조상 평화집회의 권리가 침해되었다고 판단하였다.

(다) 이 결정의 의의 : 청소, 질서유지 비용을 집회 주최자의 책임으로 전가할 수 없음

이 결정은 국가가 집회 개최와 관련해 질서유지, 의료지원, 청소 등 공공서비스 제공을 주최자의 책임으로 전가하거나, 그에 대한 사전 확약을 요구하는 것은 과도한 제한이라는 점을 분명히 하였다. 자유권규약위원회 일반논평 제37호 역시 “치안이나 안전, 의료지원이나 청소 기타 공공서비스에 들어가는 비용을 주최자에게 준비하게 하거나 부담시키는 요건은 제21조와 양립하지 않는다”는 점을 명시한 바 있다. 이는 집회의 평화성을 전제로 할 때, 국가는 그러한 집회를 방해하기보다 적극적으로 보호하고 지원할 책무를 지닌다는 원칙을 다시금 강조한 것이다.

37) CCPR/C/111/D/2030/2011

3) 포포바(Popova) 대 러시아연방³⁸⁾

(가) 사실관계

진정인은 2011년 12월 5일 상트페테르부르크의 거리에서 열린 우발적인 정치 시위 현장에서 체포되었다. 당시 시민들은 하루 전 실시된 총선 결과가 조작되었다고 의심하며 평화적으로 항의하고 있었다. 경찰은 해당 시위가 사전 신고되지 않은 ‘무단 집회’라고 판단하고 진정인을 포함한 일부 참가자를 체포했다. 러시아 법에 따르면 집회 개최자는 행사 10일 전까지 지역 당국에 사전 신고(notice)를 해야 하며, 이를 이행하지 않으면 제재를 받을 수 있다. 포포바는 시위의 주최자 또는 구호 제창자라는 이유로 1,000루블의 행정벌을 부과받았고, 항소심에서도 이를 유지되었다.

(나) 유엔자유권규약위원회의 판단

위원회는 자발적으로 일어난 평화적 시위에 대해 ‘사전 신고 미이행’을 이유로 체포·처벌한 것은 과도한 개입이라 판단하였다. 특히 러시아 당국은 진정인의 행위가 실제로 공공의 질서를 방해했는지, 평화성을 상실했는지에 대해 전혀 설명하지 않았고, 단순히 신고 요건을 충족하지 않았다는 형식적 이유만으로 제재를 가했다. 위원회는 이러한 조치가 자유권규약 제21조에 따른 평화집회의 권리를 침해한 것이라 판단했다.

(다) 이 결정의 의의: 사전 신고 요건만으로 집회 자유를 제한할 수 없음

이 결정은 평화집회에 대해 사전 신고 요건을 이유로 형사처벌하거나 벌금을 부과하는 것이 국제인권법상 비례성과 필요성 원칙을 충족하지 못할 경우 부당한 침해가 된다는 점을 분명히 하였다. 신고 요건의 이행이 그 자체로 목적이 되어서는 안 되며 신고 미이행을 이유로 행정적 제재를 가하는 경우에는 당사국에게 그 소명의 책임이 있다. 특히 우발적 집회(Spontaneous assembly)의 경우, 그 특성상 사전 신고가 어려울 수 있음을 고려해, 국가가 사전 신고 제도를 집회 제한의 수단으로 삼아서는 안 된다고 강조했다.

38) CCPR/C/122/D/2217/2012.

4) 알렉세예프(Alekseev) v. 러시아연방³⁹⁾

(가) 사실관계

러시아 국적의 인권운동가이자 성소수자인 진정인은 2008년 7월 19일 오후 1시부터 2시까지 모스크바 주재 이란 대사관 앞에서, 이란 내 성소수자 및 미성년자 처형에 반대하는 취지의 집회를 개최하고자 했다. 그는 모스크바 중앙 행정구청장에게 집회 개최 목적, 일시, 장소, 예상 인원(30명 이하)을 명시한 사전 신청서를 제출했다. 그러나 구청은 “사회적으로 부정적인 반응을 유발하고 공공질서 위반 위험이 있다”며 이를 불허하였다. 이에 진정인은 국내법상 평화집회는 그 목적이 헌법 가치에 부합한다면 금지될 수 없으며, 위험 가능성이 있다면 당국은 보호 조치를 강구해야 한다는 점을 들어 행정소송을 제기했다. 그러나 러시아 법원은 공공질서 유지 곤란을 이유로 당국의 결정이 정당하다고 판단했고, 상급심에서도 기각되었다.

(나) 유엔자유권규약위원회의 판단

위원회는 러시아 당국이 시위 허가를 거부한 유일한 근거가 ‘시위 주제가 성소수자 인권 옹호라는 점에서 대중의 부정적 반응이 예상된다’는 것이었음을 지적했다. 이는 장소나 방식이 아닌 표현 내용 자체를 이유로 한 금지로, 위원회는 이를 “집회의 자유에 대한 가장 심각한 형태의 침해”라고 보았다. 위원회는 집회의 자유는 다른 사람에게 불쾌하거나 충격적인 견해를 포함하더라도 보호 대상이며, 이러한 경우 국가가 해야 할 일은 집회를 억제하는 것이 아니라, 참가자를 제3자의 폭력으로부터 보호하는 책임을 명확히 했다. 또한 폭력적 반대 시위 가능성이나 공공질서 훼손 위험성만으로는 집회를 금지할 정당한 사유가 될 수 없으며, 국가가 경찰력 등의 수단을 통해 질서 유지 능력이 없음을 입증하지 않는 한 금지는 정당화되지 않는다고 판단했다.

(다) 이 결정의 의의: 집회를 향한 ‘사회적 반발’은 집회 금지 사유가 될 수 없음

이 결정은 사회적 편견이나 부정적 여론이 존재하더라도, 국가가 소수자의 집회를 보호할 의무가 있다는 점을 분명히 한 결정이다. 국가는 모든 형태의 차별적 폭력과 공격으로부터 참여자를 보호할 의무를 가진다. 특히 집회의 주제나 내용이 불편함을 줄 수 있다는 이유만으로 국가가 시위를 사전 차단하는 것은 국제인권기준에 어긋난다고 지적함으로써, 성소수자 등 소수자 집회의 보호 기준을 구체화하였다. 또한 폭력의 가능성을 이유로 한 금지조치의 경우, 국가가 집회를 보호할 수단이 부족함을 증명하지 않

39) CCPR/C/109/D/1873/2009.

는 이상 정당화될 수 없다는 원칙을 재확인하였다.

5) 푸가치(Pugach) 대 벨라루스⁴⁰⁾

(가) 사실관계

진정인은 2009년 8월 22일 유기동물 보호와 동물학대 반대, 그리고 국영기관 ‘City Fauna’의 업무 방식에 항의하는 평화적 피켓 시위를 50명 규모로 개최하고자 민스크 시 당국에 신청을 제출했다. 장소는 해당 기관 건물 앞 보행자 광장이었고, 시위는 오후 3시부터 6시까지 계획되었다. 그러나 당국은 해당 장소에서의 시위가 기관 업무와 인근 사업장, 차량 통행을 방해한다는 이유로 이를 불허했다. 이에 푸가치는 행정 결정에 대해 1심 및 항소를 거쳐 헌법 및 자유권규약 제19조(표현의 자유), 제21조(평화적 집회의 자유) 위반을 주장하며 소송했으나 기각되었다.

(나) 유엔 자유권규약위원회의 판단

위원회는 벨라루스가 푸가치의 표현의 자유와 평화집회의 자유를 침해했다고 판단하였다. 위원회는 우선 벨라루스 당국이 시위 허가를 거부한 주된 근거(시위가 기관 업무와 교통을 방해할 수 있음)에 대해 구체적이고 합리적인 설명을 제공하지 않았음을 지적했다. 푸가치가 제시한 사진 자료 등은 해당 장소가 교통을 방해하지 않는다는 점을 보여주었음에도, 국가 당국은 이를 반박하지 않았고 제한이 자유권규약 제19조 제3항 또는 제21조의 요건(법률에 따른 제한, 민주사회에서의 필요성, 비례성)을 충족하는지에 대한 설명도 없었다.

(다) 결정의 의의 : 단순한 행정 편의나 추상적 우려만으로는 집회를 제한할 수 없음

이 결정은 단순한 행정 편의나 추상적 우려만으로는 표현의 자유와 집회의 자유를 제한할 수 없음을 분명히 하였다. 국가가 타인의 권리 및 자유 보호를 목적으로 집회를 제한하는 경우, 해당 집회가 타인에게 지나친 부담을 강요하는 것이 아니라면 방해는 수용되어야 하며, 지나친 부담이라는 점에 대해서는 당사국이 구체적인 정당화 사유를 제시하여야 한다. 이 사건에서는 집회의 장소가 보행자 전용구역이었고, 명백한 안전 위협이 없었음에도 이를 거부한 조치는 비례성을 결여한 것으로 판단되었다. 이 결정은 표현과 집회의 자유가 실질적으로 보장되기 위해 국가가 해당 권리를 촉진하려는 태도를 가져야 하며, 위축시키는 방식으로 운영되어서는 안 된다는 기준을 재확인하였다.

40) CCPR/C/114/D/1984/2010.

6) 아르한겔스키(Arkhangelskiy) 대 카자흐스탄⁴¹⁾

(가) 사실관계

2014년 2월 카자흐스탄 정부가 자국 통화를 30% 평가절하하자, 이에 항의하는 시민들이 2월 15일 알마티 시 도심에 자발적으로 모여 평화적 시위를 벌였다. 청구인 5인은 시위에 참여하거나 현장을 지나며 동참했고, 한 명은 기자로서 시위를 취재 중이었다. 이들은 모두 경찰에 의해 현장에서 체포되었고, 같은 날 법원으로부터 「행정위반법」 제373조 제1항 위반 혐의로 벌금형을 선고받았다. 해당 조항은 「평화적 집회 및 시위에 관한 법률」상 지방 행정부의 사전 허가 없이 집회를 개최하는 경우를 행정위반으로 규정하고 있다.

(나) 유엔자유권규약위원회의 판단

위원회는 해당 시위가 사전 허가를 받지 못한 형태였더라도 전반적으로 평화적이었다고 보았다. 참가자들이 경찰과 물리적으로 충돌한 정황은 없었고, 국가는 단지 일부 참가자가 공사장 구조물을 이동시키려 했다는 점 외에는 공공질서에 실질적 위협이 있었다는 증거를 제시하지 못했다. 따라서 위원회는 제21조에 따라 국가가 제한을 정당화하려면 법률에 근거하면서도, 민주사회에서 필요하고 비례적인 조치였음을 입증해야 한다고 강조했다. 그러나 본 사건에서는 단지 사전 허가가 없었다는 형식적 이유만으로 집회를 처벌했을 뿐, 그 제한이 정당한 목적을 달성하기 위해 필요하고도 최소한의 수단이었는지를 국가가 입증하지 못했다고 보았다.

위원회는 특히 카자흐스탄이 집회 허가제를 실질적으로 정치적 성격의 시위를 특정 장소(사리 아르카 영화관 뒤 광장)로만 제한하는 방식으로 운영하고 있으며, 이는 평화집회의 본질을 침해하는 구조적 문제라고 지적했다. 또한 “공공질서”라는 모호한 개념을 근거로 평화집회를 일반적으로 금지하거나 처벌하는 것은 국제인권규범상 허용될 수 없다고 강조했다.

(다) 이 결정의 의의 : 형식적 절차 위반을 이유로 평화집회 처벌 불가

이 사건은 사전 허가를 받지 않았다는 이유만으로 평화집회를 범죄화하고 처벌하는 것이 국제인권법상 허용되지 않음을 명확히 한 판례다. 특히 국가가 시위가 실질적으로 평화로웠음에도 불구하고 형식적 절차 위반만을 근거로 처벌한 것은 권리의 본질을 침해한 것으로 판단하였다는 점에서 주목할 만하다.

41) CCPR/C/137/D/2538/2015-2539/2015.

2 유럽인권협약에서의 평화집회의 개념과 적용

(1) 유럽인권협약상 집회의 자유에 대한 규정의 개관

유럽인권협약⁴²⁾ 제11조는 “모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위해 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 포함하여, 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리의 행사에 대해서는 국가 안보 또는 공공의 안전을 위해, 무질서나 범죄의 방지를 위해, 보건이나 도덕의 보호를 위해 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위해 민주사회에서 필요하고 법이 정하는 경우를 제외하고는 어떠한 제한도 가할 수 없다. 이 조항에도 불구하고 국가의 군대, 경찰 또는 행정부 구성원이 이러한 권리를 행사하는 것에 대해서는 합법적인 제한을 부과할 수 있다”라고 하여 평화적 집회의 자유를 보장하고 있다. 다른 한편, 유럽인권협약은 표현의 자유를 제10조⁴³⁾에서, 종교의 자유를 제9조⁴⁴⁾에 별도로 규정하고 있는데, 특정 집회가 표현의 자유, 집회의 자유, 종교의 자유 등 어떠한 조항에 적용되는지 여부는 해당 사건의 구체적인 상황과 청구인의 청구취지에 따라 달라진다. 예컨대 해당 집회가 “집회”에 해당하지 않거나 평화집회에 해당하지 않는다면 집회의 자유가 아니라 표현의 자유에 따라 검토된다.⁴⁵⁾

42) 참고로 유럽인권협약의 기구인 유럽평의회와 유럽연합이 구별되는 기구이며 가입국이 다름에 주의할 필요가 있다. 유럽평의회(The Council of Europe)는 1949년 설립된 국제인권기구로서, 46개국을 회원국으로 하고 있다. 회원국들은 1950년에 제정된 ‘인권과 기본적 자유의 보장을 위한 협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 이하 “유럽인권협약”이라 함)’에 서명을 한 국가들이다. 유럽평의회는 중심적 가치는 ‘인권’, ‘민주주의’, ‘법의 지배’이고, 특히, 표현·언론·결사의 자유와 평등 및 소수자 보호를 지지한다. 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 유럽평의회 대표적 기구인데, 1959. 1. 21. 유럽인권협약 제19조에 근거하여 설립되었다. 모든 자연인, 비정부기관, 사단은 유럽인권협약 제34조에 따라 회원국에 의한 유럽인권협약 및 그 부속의정서에 포함된 권리의 침해를 이유로 유럽인권재판소에 재판을 청구할 수 있다. 유럽인권재판소의 판결은 유럽인권협약 제46조에 의해서 회원국에 대하여 구속력을 갖고 각료위원회가 그 판결의 집행을 감독한다. 관련한 설명은 문영화, “유럽인권협약상 ‘합리적 기간 내에 재판을 받을 권리’와 그 실현을 위한 ‘사법의 효율을 위한 유럽위원회 (CEPEJ)’의 활동”, 성균관법학 제35권 제1호, 2023, 161-162면 참조.

43) 제10조(표현의 자유) 1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조항이 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다. 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.

44) 제9조(사상·양심·종교의 자유) 1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다. 2. 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

45) 최인화, “집회의 자유의 제한에 대한 유럽인권재판소의 일반원칙”, 유럽헌법연구 제40호, 2022, 253-254면.

(2) 유럽인권협약상 집회의 자유의 내용

유럽인권협약에서도 집회의 개념을 정의하거나 열거하고 있지는 않다. 따라서 뒤에서 살펴볼 집회의 '평화성'만이 집회의 개념을 제한하는 명문의 요건이며 그 외에는 유럽인권재판소의 결정례에 의하여 보호범위가 확장되어 왔다. 이를 대략적으로 살펴보면 다음과 같다. 우선, 집회의 형식과 유형을 살펴보면, 집회의 자유는 정지 상태인지 행진 형식(시위)인지 불문한다. 또한 집회의 목적이 정치적인 주장 여부와 모두 관계가 없으며, 사적인 모임과 공개적인 장소에서의 여부도 가리지 않는다. 마지막으로 집회의 자유는 개별 참가자와 주최자 모두 행사할 수 있다.

이와 같이 보호범위가 확장된 집회의 자유는 제2항에서 규정된 바와 같이 제한될 수 있다. 첫 번째로 법률상의 근거를 요한다. 즉 집회의 자유에 대한 제한은 법률유보원칙을 준수하여야 한다. 이를 통해 명확성 원칙도 준수될 수 있다. 두 번째, 국가안전, 공공의 안녕과 질서유지 등을 목적으로 제한할 수 있다. 이러한 제한 사유는 열거된 것으로 협약에서 언급되지 않은 새로운 제한의 목적은 허용될 수 없다.

다음으로 집회의 자유가 제한된다면 어떠한 유형으로 제한될 수 있는지와 관련하여 유럽인권협약은 집회의 금지, 제한, 강제해산을 명문으로 규정하고 있다. 첫 번째로, 집회의 일반적 금지는 집회로 인해 발생할 수 있는 공공질서에 대한 위험이 실질적으로 존재하고 이러한 위험이 어떠한 다른 조치를 통해서도 피하기 어려운 경우에 가능하다. 다음으로 집회의 제한은 집회를 허용하되 쏫불화환 등 특정한 물품의 휴대를 금지하는 것을 조건으로 하는 경우를 말한다. 마지막으로 집회의 해산은 이미 개최되어 진행 중인 집회를 공권력에 의하여 강제로 종료시키는 것을 말한다.⁴⁶⁾

마지막으로 유럽인권협약은 집회가 제한된다고 하더라도 “민주사회에서 필요한 경우(necessary in a democratic society)”라고 하여 그 제한에 대한 일정한 명문의 한계를 둬으로써 남용의 가능성을 최소화한다. 협약상 집회의 자유에 대한 제한이 민주사회에 필요한 것으로 볼 수 있는지를 검토할 때 회원국은 일정한 판단 재량이 있지만 협약과의 양립 가능성에 대한 최종 판단은 유럽인권재판소의 권한이며, 문제가 되는 조치는 강력한 사회적 필요에 대응하는 것이어야 하고 정당한 목적에 비례해야 하며 국가기관이 해당 조치의 정당성을 제시한 사유는 적절하고 충분해야 한다.⁴⁷⁾

(3) 유럽인권협약상 평화집회의 개념과 적용 사례

앞서 언급한 바와 같이 협약 제11조는 “평화집회”에 대한 권리만을 보호하며, 주최자와 참가자가

46) 유럽인권협약상 집회의 자유의 제한 및 그 한계에 대한 내용은 황문규, “유럽인권협약상 집회의 자유와 그 한계-유럽인권재판소 판례를 중심으로-”, 경찰학연구 제9권 제3호, 2009, 12-19면을 참조.

47) 최인화, 전제논문, 259면.

폭력적 의도를 가지고 개최한 시위는 평화집회의 개념에 포함되지 않는다. 따라서 제11조의 보장은 주최자와 참가자가 폭력적 의도를 가지고 있거나 폭력을 선동하거나 민주사회의 기본적인 가치를 거부하는 경우를 제외한 모든 집회에 적용된다. 여기서 해당 집회가 평화적인지 여부가 쟁점이 되는데, 유럽인권재판소는 이를 사안에 따라 집회의 개념에 대한 부분에서 심사하기도 하며 제한 및 정당화의 부분에서 판단하기도 하며, 혹은 양 부분 모두에서 판단하기도 한다. 이 중 제한의 정당화 부분에서 판단되는 방식은 문제된 집회가 평화적이었는지 여부를 직접 판단하는 것이 아니라 이러한 집회를 제한하는 당사국 정부의 조치가 민주사회에 필요한 것이었는지를 여부를 판단하는 비례성심사의 일부로 이루어진다.

유럽인권재판소에서 평화집회로 판단된 주요 결정례를 살펴보면 다음과 같다.

1) Kudrevičius and Others v. Lithuania⁴⁸⁾

(가) 사실관계

리투아니아에서 농민들이 정부의 농업 정책에 항의하는 시위를 벌였고, 이 시위는 도로를 차단하는 형태로 이루어졌다. 경찰은 도로를 막은 시위자들에게 경고를 하고, 나중에는 이들을 처벌하였다. 시위자들은 경찰이 자신들을 해산시키지 않은 점을 이유로 항의하며, 자신들의 시위가 평화적이었다고 주장했다.

(나) 유럽인권재판소의 판단

유럽인권재판소는 경찰이 적절한 대응을 했고, 시위의 영향으로 발생한 교통 혼잡을 관리하기 위해 충분한 조치를 취했다고 판단했다. 따라서, 이 시위의 해산을 요청하지 않은 경찰의 행동은 규정에 맞았으며, 시위자들이 도로를 차단한 것에 대한 처벌은 유럽인권협약 제11조에 위반되지 않는다고 결정했다. 재판소는 공공 질서와 다른 사람들의 권리를 보호하려는 노력은 필요하지만, 경찰이 적절히 대응한 점을 인정했다.

(다) 이 결정의 의미 : 도로의 교통을 방해하는 행위가 평화집회에 해당하는지 여부

이 결정에서 유럽인권재판소는 시위의 일환으로 교통 중심지를 막는 행위는 그 자체로는 평화적인 것이며, 다만 현대 사회에서 집회의 자유를 행사하는 과정에서 드물게 발생하는 일은 아니지만, 타인이 수

48) Kudrevičius and Others v. Lithuania (GC), no. 37553/05, ECHR 2015.

행하는 활동에 심각한 지장을 초래할 목적으로 교통과 일상생활을 고의로 방해하는 물리적 행위는 협약 제11조의 보호를 받는 자유의 핵심을 구성하지 않는다고 판단하였고, 이러한 상황은 제11조 제2항에 따른 “필요성” 심사에도 영향을 미친다고 판단하였다.

2) Cisse v. France⁴⁹⁾

(가) 사실관계

1996년 프랑스 파리에서 약 200명의 서아프리카 출신 이주민들이 체류 허가 문제를 해결해달라고 요구하며 교회 안에서 평화적으로 점거 농성을 벌였다. 이들은 장기간의 행정절차로 인해 불안정한 상태에 놓여 있었고, 종교적 공간인 성당을 점거하여 자신들의 처우에 대한 정부의 대응을 촉구했다. 약 한 달 후 프랑스 경찰은 공공보건상 이유(비위생적 환경과 집단 건강 위험)를 들어 이들을 강제로 퇴거시켰고, 이 과정에서 Cissé를 포함한 참가자들이 연행되었다.

(나) 유럽인권재판소의 판단

재판소는 신청인이 주장한 유럽인권협약 제9조(양심·종교의 자유) 위반에 대하여 인정하지 않았고, 사건의 핵심은 제11조(집회의 자유) 위반 여부에 있었다. 유럽인권재판소는 해당 점거가 평화적으로 이루어졌으며 정치적·사회적 메시지를 표현하려는 목적이 있었음을 인정하면서도, 국가가 공공보건과 질서 유지를 위한 정당한 목적하에 개입했으며 그 방식도 비례적이었다고 판단하였다. 이에 따라 재판소는 제11조의 제한이 필요성과 비례성 요건을 충족하였다고 보고 위반이 없다고 결정하였다.

(다) 이 결정의 의미 : 공공건물의 점거가 평화집회에 해당되는지 여부

이 판결은 유럽인권재판소가 공공장소에서의 평화적 방식에 의한 집회 또는 점거행위가 집회의 자유로 보호될 수 있음을 확인하였다. 다만 집회의 자유가 제한될 수 있는데 회원국이 공공보건이나 질서 유지를 명분으로 개입할 수 있는 여지를 인정하면서, 특히 종교적 공간에서의 점거행위에 대해 국가가 일정한 제한을 둘 수 있음을 명확히 하였다.

49) Cissé v. France, no. 51346/99, ECHR 2002-III.

3) *Tuskia and Others v. Georgia*⁵⁰⁾

(가) 사실관계

이 사건은 조지아 트빌리시의 국회의사당 인근에서 벌어진 평화적 시위에 관한 것이다. 신청인들은 공공정책에 대한 반대 의사를 표현하기 위해 도로를 점거하고 철제 울타리를 설치하는 등의 방법으로 시위를 벌였다. 조지아 당국은 교통 혼란과 공공질서 문제를 이유로 시위대를 강제 해산하고 신청인들을 연행하였다. 이후 시위 참가자들은 유럽인권재판소에 제소하여, 자신들의 집회의 자유가 침해되었다고 주장했다.

(나) 유럽인권재판소의 판단

유럽인권재판소는 시위가 본질적으로 평화적이었으며, 공공장소에서 정치적 의사를 표현하는 중요한 수단임을 인정하였다. 재판소는 국가가 교통 혼잡이나 공공질서 유지를 이유로 집회를 제한할 수 있음을 원칙적으로 인정하면서도, 본 사건에서는 당국이 즉각적이고 무리하게 시위를 해산하고 시위자들을 체포한 것이 과도하다고 판단했다. 특히 국가가 평화집회에 대해 최소한의 간섭 원칙을 준수하지 않았으며, 비례성과 필요성 요건을 충족하지 못했다고 보아 유럽인권협약 제11조(집회의 자유) 위반을 인정하였다.

(다) 이 결정의 의미 : 공공건물의 점거가 평화집회에 해당하는지 여부

이 결정은 평화집회가 일시적인 도로 점거 등 공공공간의 일부 제한을 수반하더라도, 단지 교통이나 공공 편의의 불편만으로는 강제 해산을 정당화할 수 없다는 원칙을 명확히 한 판례이다. 유럽인권재판소는 집회의 자유가 민주사회의 핵심 가치임을 재확인하면서, 국가 개입이 최소한의 방식으로 이뤄져야 하고, 사전에 적절한 고려와 대화의 노력이 동반되어야 함을 강조하였다. 이는 유럽 전역에서 시위 통제를 이유로 한 과도한 경찰력 행사의 정당성을 판단하는 데 중요한 기준으로 기능하게 되었다.

50) *Tuskia and Others v. Georgia*, no. 14237/07, 11 October 2018.

4) Annenkov and Others v. Russia⁵¹⁾

(가) 사실관계

이 사건은 2007년 러시아 예카테린부르크에서 열린 평화집회와 관련된다. 신청인들은 정치적 의견을 표현하기 위해 시내 광장에서 집회를 열었으며, 이 과정에서 경찰은 시위가 허가되지 않았다는 이유로 시위자들을 체포하고 경찰서로 연행하였다. 일부 신청인들은 수 시간 동안 억류되었고, 경찰에 의해 폭력적 대우를 받았다고 주장하였다. 또한, 이들은 사법절차에서 자신의 주장을 제대로 다룰 기회를 얻지 못했다고 호소하였다.

(나) 유럽인권재판소의 판단

재판소는 신청인들의 집회가 평화적이었고 공공질서를 위협한 증거가 없음에도 불구하고 당국이 불필요하게 강제력을 행사한 점에 주목하였다. 유럽인권재판소는 러시아 당국의 체포와 억류 조치가 유럽인권협약 제11조(집회의 자유)를 위반했으며, 집회의 자유에 대한 과도한 제한이라고 판단하였다. 또한 일부 신청인이 주장한 경찰의 폭력 및 억류 환경에 대해서는 제3조(고문 및 비인도적·굴욕적 처우 금지) 위반을, 사법절차상의 결함에 대해서는 제6조(공정한 재판을 받을 권리) 위반도 인정하였다.

(다) 이 결정의 의미

이 판결은 유럽인권재판소가 허가되지 않은 집회라고 해서 자동적으로 국가의 강제력이 정당화되는 것은 아니라는 점을 명확히 한 판례이다. 유럽인권재판소는 집회의 자유는 허가제와 무관하게 본질적으로 보장되어야 하며, 공공질서에 실질적 위협이 없는 한, 국가의 개입은 최소한에 그쳐야 한다고 강조하였다. 아울러, 공권력에 의해 이루어진 체포·구금·폭력행위에 대해 적절한 사법적 통제가 이루어지지 않은 점을 문제 삼아, 국가의 책임을 폭넓게 인정한 사례로 평가된다. 이는 집회의 자유와 함께 절차적 권리 보장의 중요성을 부각시킨 결정이다.

51) Annenkov and Others v. Russia, no. 31475/10, judgment of 25 July 2017, ECHR 2017.

5) *Ezelin v. France*⁵²⁾

(가) 사실관계

신청인 Ezelin은 프랑스령 과들루프에서 활동하던 변호사로, 1980년 현지 공무원 단체가 주최한 거리 시위에 참여하였다. 해당 시위는 당초 허가되었고 평화적으로 시작되었으나, 일부 참가자들이 과격한 행동을 하면서 경찰과 충돌하는 상황이 발생했다. Ezelin 본인은 불법행위에 가담하지 않았지만, 변호사 협회는 그의 집회 참가를 문제삼아 징계절차를 개시했고, 이로 인해 그는 변호사로서의 직업적 명예를 훼손당했다는 이유로 유럽인권재판소에 제소하였다.

(나) 유럽인권재판소의 판단

재판소는 사건의 핵심이 유럽인권협약 제11조(집회의 자유)의 침해 여부에 있다고 보고, Ezelin이 참가한 시위가 금지되지 않았고 본인이 그 과정에서 불법행위를 저지르지 않았다는 점에 주목하였다. 유럽인권재판소는 § 53에서 “금지되지 않은 평화집회에 참여한 것만으로 개인에게 징계 등 제재를 가하는 것은 집회의 자유에 대한 부당한 침해”라고 판시하였다. 특히, 공공전문직 종사자(예: 변호사)라고 하여 이러한 자유가 제한되어야 할 이유는 없으며, 국가가 공공질서를 이유로 개인의 권리를 제한할 경우 반드시 필요성과 비례성 원칙을 충족해야 한다고 강조하였다.

(다) 이 결정의 의미 : 집회에서 개별적으로 발생한 폭력행위의 효과

이 판결은 국가가 집회 중 발생한 소수의 폭력행위를 근거로 전체 참가자를 일률적으로 처벌하거나 제재해서는 안 된다는 점을 판시하였다는 점에서 의미가 있다.

6) *Frumkin v. Russia*⁵³⁾

(가) 사실관계

2012년 5월 6일, 러시아 모스크바에서는 푸틴 대통령의 3선 취임에 반대하는 대규모 평화적 시위가 벌어졌다. 이 시위는 당국의 허가를 받아 조직되었고, 시민 수천 명이 참가하였다. 그러나 시위 당일, 경찰은 시위 장소의 동선을 갑자기 변경하고, 일부 구역에 대한 접근을 차단하였다. 이로 인해 혼잡과 긴

52) *Ezelin v. France*, no. 11800/85, 26 April 1991, Series A no. 202; (1992) 14 EHRR 362.

53) *Frumkin v. Russia*, no. 74568/12, judgment of 5 January 2016, ECHR 2016.

장이 유발되었고, 일부 참가자들과 경찰 간에 충돌이 발생하였다. 이후 수많은 시위 참가자들이 체포되었으며, 그중 한 명인 Frumkin은 평화적으로 시위에 참여했음에도 불구하고 체포·구금되었고, 이에 대해 유럽인권재판소에 제소하였다.

(나) 유럽인권재판소의 판단

재판소는 “집회의 자유(제11조)”와 함께 자유권(제5조) 및 공정한 재판을 받을 권리(제6조) 침해 여부도 함께 심리하였다. 유럽인권재판소는 시위의 전체적 성격이 평화적이었고, Frumkin 본인도 평화적으로 행동하였음에도 불구하고 경찰의 현장 통제 실패와 예고 없는 경로 변경이 혼란의 주된 원인이었음을 지적하였다. 또한, Frumkin의 체포는 임의적이었고 필요성이나 비례성을 결여하였으며, 사법심사 과정 또한 불공정했다고 판단했다. 결과적으로 제5조(자유권), 제6조(공정한 재판), 제11조(집회의 자유) 모두의 위반을 인정하였다.

(다) 이 결정의 의미 : 집회에서 개별적으로 발생한 폭력행위의 효과

재판소는 시위 중 다른 사람들이 어떤 행위를 저질렀다고 하더라도, 당사자가 스스로 평화적으로 행동했다면 그 사람은 여전히 평화집회의 권리를 누릴 수 있음을 다시 강조하고, 다른 사람으로부터 폭력 발생의 위험이 존재하더라도, 그것만으로 해당 개인이 폭력에 가담하지 않은 경우에 그에 대한 조치를 정당화할 수는 없다고 판시하였다. 앞서 설명한 판례와 같은 취지라 할 수 있다.

7) Primov and Others v. Russia⁵⁴⁾

(가) 사실관계

2006년 러시아 블라디보스토크에서 “기독교 평화주의 단체” 소속인 신청인들은 정부 정책에 대한 종교적·정치적 비판을 담은 평화집회를 계획하고 이를 사전에 신고하였다. 그러나 당국은 공공안전과 교통 혼잡을 우려한다는 이유로 집회를 불허하였고, 그럼에도 불구하고 신청인들이 집회를 강행하자 경찰은 신청인들을 현장에서 체포하고 구금하였다. 이후 신청인들은 행정벌을 부과받았고, 이에 대해 자신들의 집회의 자유(제11조)와 종교의 자유(제9조)가 침해되었다고 주장하며 유럽인권재판소에 제소하였다.

54) Primov and Others v. Russia, no. 17391/06, Judgement of 12 June 2014, ECHR 2014.

(나) 유럽인권재판소의 판단

유럽인권재판소는 본 사건에서 집회의 성격이 비폭력적이며, 신청인들이 자신의 신념을 표현하기 위한 종교적·정치적 메시지를 담은 평화집회를 계획하고 실행했음을 확인하였다. 재판소는 집회가 단순히 허가받지 않았다는 이유만으로 강제 해산되고 참가자가 처벌된 것은, 제11조에 따른 집회의 자유에 대한 과도한 침해라고 판단하였다. 특히 허가제 또는 신고제의 미이행만으로 집회의 평화성을 문제삼아 강제력을 동원하는 것은 민주사회에서 정당화될 수 없다고 명확히 하였다. 또한, 집회의 메시지가 종교적 내용을 담고 있었다는 점에서 제9조(종교의 자유) 위반 역시 성립한다고 보았다.

(다) 이 결정의 의미 : 집회에서 개별적으로 발생한 폭력행위의 효과

Primov 판결은 허가되지 않았다는 이유만으로 평화집회를 강제 해산하거나 처벌하는 것이 정당화될 수 없다는 원칙을 재확인하였다. 이는 집회의 실질적 평화성과 참가자의 행위에 대한 개별적 평가가 반드시 선행되어야 하며, 절차적 요건의 위반만으로 기본권을 침해해서는 안 된다는 점을 분명히 한 결정이다. 또한, 종교적·정치적 표현이 결합된 집회의 경우 더욱 높은 수준의 보호가 필요하다는 점에서, 종교의 자유와 집회의 자유의 교차점에 대한 기준을 제시하였다.

8) *Gülcü v. Turkey*⁵⁵⁾

(가) 사실관계

신청인 Gülcü는 터키의 한 대학교에서 진행된 정부 정책 비판 시위에 참여하였다. 해당 시위는 원래 평화적으로 조직되었지만, 현장에서 일부 참가자들이 폭죽을 터뜨리는 등 다소 과격한 행동을 하였다. Gülcü는 그러한 폭력행위에 직접 가담하지 않았음에도 불구하고, 당국은 시위 현장에서 체포한 뒤 ‘불법집회 참가 및 공공질서 위반’ 혐의로 형사처벌하였다. 이에 대해 그는 자신이 평화적으로 표현의 자유와 집회의 자유를 행사했을 뿐이며, 폭력에 관여하지 않았음에도 불이익을 받았다고 주장하며 유럽인권재판소에 제소하였다.

(나) 유럽인권재판소의 판단

유럽인권재판소는 집회의 자유(제11조) 침해 여부를 중심으로 심리하면서, 신청인이 폭력행위에 직접 가담했다는 어떠한 결정적 증거도 없음을 주목하였다. 또한 재판소는, 단지 시위에서 폭력행위가 발생했

55) *Gülcü v. Turkey*, no. 17526/10, judgment of 19 January 2016, ECHR 2016.

다는 이유만으로 전체 참가자에게 연대책임을 부과하는 것은 집회의 자유를 형해화하는 결과를 초래한다고 판단하였다. 이에 따라 유럽인권재판소는 터키 당국이 제11조를 위반했다고 판결하였다.

다만, 재판소는 집회 중 개인이 폭력행위에 직접 가담한 경우 그 개인은 형벌을 부담할 수 있고, 이 과정에서 책임과 형벌의 비례성을 검토할 때 집회의 자유에 대한 사항이 함께 검토된다고 하였다. 그리고 재판소는 개인이 폭력행위에 연루되는 경우, 국가기관은 집회의 자유를 제한할 필요성을 검토할 때 더 폭넓은 판단 재량을 행사하며, 비난받을 만한 행위에 대해 제재를 부과하는 조치는 협약 제11조의 보장과 양립할 수 있는 것으로 볼 수 있다고 인정한다. 다만, 무기를 소지하지 않은 채 경찰과 대치하거나, 경찰에 큰 부상을 입히지 않고 돌이나 다른 물건을 던진 행동에 대해 장기의 징역형을 선고한 많은 사건에서 재판소는 그 형벌이 비례적이지 않다고 보았다

(다) 이 결정의 의미 : 집회에서 개별적으로 발생한 폭력행위의 효과

Gülçü 판결은 유럽인권재판소가 연좌적 책임을 명확히 부정하고, 개별책임 원칙에 따라 평화적 시위 참가자를 보호해야 한다는 입장을 다시 한 번 확인한 중요 판례이다. 특히 § 97은 시위 중 일부의 폭력행위가 발생하였다고 해도, 그에 가담하지 않은 개인의 권리는 온전히 보호되어야 한다는 기준을 분명히 제시하였다. 이는 앞선 Ezelin (1991), Frumkin (2016) 등의 판결과 함께, 유럽인권협약 제11조의 실질적 보호범위를 구체화하는 데 결정적인 역할을 하였다. 이 판결은 시위 현장에서 국가가 불특정 참가자를 포괄적으로 제재하거나 처벌할 경우, 그것이 자의적 권한 남용이자 기본권 침해로 간주될 수 있음을 명확히 경고하고 있다.

9) Shmorgunov and Others v. Ukraine⁵⁶⁾

(가) 사실관계

2013년 말부터 2014년 초까지 우크라이나 전역에서는 유럽연합과의 연대와 정부의 반부패 개혁을 요구하는 대규모 '유로마йд안' 시위가 벌어졌다. 신청인들은 이 시위에 평화적으로 참가한 시민들로, 일부는 체포·구금되었고, 일부는 불필요한 경찰 폭력에 노출되었으며, 나중에는 형사절차의 대상이 되기도 했다. 이들은 자신들에 대한 국가의 조치가 집회의 자유(제11조)와 자유권(제5조), 고문금지(제3조) 등을 침해했다고 주장하며 제소하였다.

56) Shmorgunov and Others v. Ukraine, nos. 15367/14 and 13 others, judgment of 21 January 2021, ECHR 2021.

(나) 유럽인권재판소의 판단

재판소는 사건의 맥락과 우크라이나 국가기관의 일련의 대응을 종합적으로 분석하였다. 유럽인권재판소는 신청인들이 참가한 시위가 전체적으로 비폭력적이고 정치적 표현의 자유를 행사하기 위한 것이었다는 점, 그리고 국가가 이를 억압하고자 형사절차, 구금, 과잉 경찰력 등을 조직적으로 동원했다는 점을 주목하였다.

(다) 이 결정의 의미

Shmorgunov 판결은 국가가 대규모 정치적 시위에 대응하는 과정에서 평화적 참가자들을 무차별적으로 탄압하는 것이 중대한 인권 침해가 될 수 있음을 확인한 판례이다. 특히 491문단⁵⁷⁾은 유럽인권재판소가 일관되게 견지해 온 원칙인 “개별적 평화성에 기반한 보호 원칙을 다시 한번 명확히 했다는 점에서 중요하다. 이 사건은 일부 참가자의 폭력적 행위를 전체 집회 또는 참가자들에게 전가하는 연좌적 사고를 명확히 부정하고, 개별 참가자의 평화성 여부를 중심으로 권리 보장의 정당성을 판단해야 한다는 기준을 확립하였다.

3 독일 기본법 및 연방헌법재판소 결정

(1) 독일기본법상 집회의 자유의 내용

독일 연방기본법(Grundgesetz, GG) 제8조는 모든 독일인에게 무기를 휴대하지 않고 평화적으로 집회할 권리를 보장하며, 옥내 집회는 제한될 수 없고 야외 집회는 법률에 따라 제한될 수 있다고 규정한다. 이는 단순한 방어적 자유권에 그치지 않고, 민주주의의 핵심 원리로서 시민의 정치적 참여와 공론형성의 수단이라는 실질적 기능을 지닌다. 연방헌법재판소는 집회의 자유를 표현의 자유와 연결된 정치적 의사 표현의 본질적 수단으로 간주하며, 이를 통해 헌정질서가 살아 있는 민주주의로서 기능한다고 본다. 특히 Brokdorf 결정(1985)은 이러한 관점을 명확히 하여, 집회의 자유를 단순한 권리가 아니라 국가가 보호하고 촉진해야 할 헌정적 가치로 자리매김시켰다.

57) “The Court reiterates that the fact that some participants in a demonstration may have engaged in acts of violence does not take away the right of others to continue to enjoy the protection of Article 11, as long as they remain peaceful themselves.” “일부 시위 참가자가 폭력 행위를 저질렀다고 하더라도, 다른 참가자들이 평화적으로 행동하는 한 그들에 대해서는 제11조의 보호가 계속 적용된다는 점을 재판소는 다시 한 번 강조한다.”

(2) 평화집회의 개념과 내용

연방기본법 제8조 제1항은 집회의 자유가 '평화적(friedlich)'이며 무기를 휴대하지 않을 것을 전제로 보장된다고 명시한다. 여기서 '평화성'은 단순한 불법성이나 질서 위반 여부와는 구분되며, 폭력이나 폭력의 실질적 위협이 수반되는 경우에만 제한될 수 있다. Brokdorf 결정은 "폭력의 가능성"이 아닌 실질적이고 구체적인 위협이 있을 경우에만 제한이 정당화된다고 판시하였다. 또한 일부 참가자의 폭력 행위가 전체 집회의 평화성을 자동으로 부정하지 않는다는 원칙을 제시하며, 국가는 전체 집회가 아니라 해당 참가자에 대해 개별적으로 대응해야 함을 강조한다. 이처럼 독일의 평화집회 개념은 비례성 원칙과 기본권 최대 보장의 원칙에 따라 엄격하게 설정된다.

(3) 연방헌법재판소 결정

가장 중요한 판례는 1985년의 Brokdorf 결정⁵⁸⁾으로, 핵발전소 건설에 반대하는 시위와 관련하여 연방헌법재판소는 집회의 자유가 '의견 형성의 전제이자 민주주의의 표현'임을 천명하였다. 결정은 집회의 사전 해산이나 금지를 위해서는 단순한 위험 가능성이나 불편함이 아니라, 실질적이고 임박한 위협이 요구되며, 이 경우에도 비례성 원칙이 엄격히 적용되어야 한다고 보았다. 또한 행정당국은 집회를 통제할 권한을 가진 "질서유지자"가 아니라, 기본권 실현을 위한 보호의 의무를 지는 자(Schutzpflichtträger)임을 강조하였다. 이후 결정들인 Sitzblockade 결정⁵⁹⁾ 등은 좌시나 소극적 저항 역시 평화집회의 범주에 포함된다고 보아 집회의 자유 해석을 확장하였으며, 2008년 Luftsicherheitsgesetz 결정⁶⁰⁾에서는 기본권 제한에 있어 비례성과 명확한 법률 근거의 중요성을 다시 한 번 확인하였다.

4 평화집회의 내용에 대한 기타 국제기구 문서

(1) 유럽안보협력기구와 베니스위원회의 「평화집회의 자유에 관한 지침」상 평화집회

1) 유럽안보협력기구와 베니스위원회의 개관

이 문서의 공동 작성 기관인 ODIHR(Office for Democratic Institutions and Human Rights)은 유럽안보협력기구(Organization for Security and Co-operation in Europe, OSCE)의 산하 기관이

58) BVerfGE 69, 315.

59) BVerfGE 104, 92.

60) BVerfGE 115, 118.

다. 유럽안보협력기구는 유럽, 북미, 중아시아 57개국이 참여하는 세계 최대의 지역 안보 기구로, 분쟁 예방, 민주주의 증진, 인권 보호 등을 주요 과제로 삼으며 그 산하 기관인 ODIHR는 선거 감시, 법치주의 평가, 소수자 권리 보호 등 분야에서 국제 기준 마련과 각국의 제도 개선을 지원하는 업무를 수행한다.

이 문서의 또 다른 작성기관인 베니스위원회(Venice Commission, 공식 명칭은, “유럽을 위한 민주주의를 통한 법률 위원회”이다)는 유럽평의회(Council of Europe) 산하의 헌법 자문 기구로, 1990년 설립되어 민주주의, 인권, 법치주의의 원칙에 부합하는 헌법 및 입법 체계 구축을 지원하는 역할을 수행하며, 특히 현재는 세계헌법재판기관의 협의체로서의 성격을 가질 정도로 국제적인 위상을 가지고 있다. 유럽 국가뿐만 아니라 중동, 북아프리카, 라틴아메리카 등 전 세계 60여 개국이 회원국 또는 관찰국으로 참여하고 있다. 위원회는 각국의 헌법, 선거법, 사법제도 등에 대한 법률적 의견을 제공하며, 국제 기준에 부합하는 입법 개정 및 제도 개선에 중립적·전문적인 자문을 제공하는 데 특화되어 있다.

2) 「평화집회의 자유에 관한 지침」의 주요 내용

「평화집회의 자유에 관한 지침」은 2007년 초판이 발간된 이후, 2010년에 제2판, 2019년에 제3판이 발간되었으며, 각 개정판은 집회의 자유에 대한 국제 인권 기준의 진전과 실천적 쟁점을 반영하여 내용을 확장·심화시켜 왔다. 특히 2019년판은 집회의 유형과 참가자의 다양성, 국가의 긍정적 의무, 디지털 기술과 집회의 접점, 경찰 대응의 비례성과 필요성 원칙 등 현대적 쟁점들을 종합적으로 다룬다.

지침은 총론적 원칙과 세부 기준을 아우르는 구조로 구성되며, 서문과 일반원칙, 법적·행정적 틀, 집회 관리의 실제적 지침, 사법적 감독 및 구제수단의 구조, 그리고 각국 입법자·사법기관·행정기관에 대한 권고사항으로 나뉜다. 각 장에서는 집회의 정의 및 적용범위, 조직자와 참가자의 권리와 책임, 사전 통지제와 허가제의 한계, 공공장소 이용 권리, 안전보장을 위한 국가의 의무, 금지 및 해산의 기준, 구금 및 과잉처벌의 방지, 사후적 사법심사의 필요성 등이 체계적으로 설명된다. 경찰의 역할에 대해서도 별도로 다루며, 무력사용의 과잉금지, 폭력 참가자와 평화적 참가자의 분리조치, 장애인을 포함한 다양한 참여자의 접근성 보장 등을 강조한다.

특히 2019년 개정판은 국가가 단순히 집회를 ‘허용’하는 수준을 넘어서 이를 실질적으로 보호하고 촉진할 적극적 의무(positive obligation)가 있다는 점을 강조한다. 집회에 대한 제한은 반드시 법률에 근거해야 하며, 민주사회에서 필요하고 정당화될 수 있는 경우에만 허용되어야 하며, 언제나 비례성의 원칙을 준수해야 한다. 또한, 국가가 특정 집회를 부정적 이미지로 낙인찍거나, 집회 참가자에게 형사처벌

이나 과도한 사법적 제재를 가하는 것은 권리 남용이 될 수 있으며, 이는 국제 인권 기준에 부합하지 않는다는 점도 지침은 분명히 하고 있다. 이 지침은 법률가뿐 아니라 입법자, 경찰, 공무원, 시민사회단체 등 집회의 자유에 관여하는 모든 주체들이 참고해야 할 국제적 기준서로 자리매김하고 있다.

3) 「평화집회의 자유에 관한 지침」상 평화 집회의 내용

지침상 집회는 그 성격상 '비폭력적'이면 원칙적으로 보호 대상이 된다. 참가자 일부의 행위가 불법적이거나 소란스럽다 하더라도 전체 집회가 비보호 대상이 되는 것은 아니다. '평화집회'란 '참가자들이 타인에게 신체적 위해를 가하지 않으며, 폭력이나 파괴를 선동하지 않는 방식으로 이루어진 집회'를 의미한다.⁶¹⁾

다음으로, 폭력의 판단을 엄격히 제한적으로 해석할 것을 권고하면서, 단순한 불편함, 교통 방해, 소음, 또는 불법성만으로는 집회의 평화성을 부정할 수 없으며, '신체적 위해'(physical harm)의 현실적 위험이 있어야 폭력으로 간주할 수 있다고 한다. 예컨대, 도로 점거로 인한 교통 정체, 정치적 구호의 확성기 사용, 상징적 저항 또는 소극적 불복종(예: 바닥에 앉기) 등은 평화집회에 해당한다.⁶²⁾

마지막으로, 지침은 일부 참가자의 폭력 행위가 전체 집회의 평화성을 해치지 않는다는 원칙을 강조한다. 국가나 경찰은 해당 참가자만을 분리하여 조치하고, 나머지 참가자의 평화적 표현권을 보호해야 할 의무가 있다. 따라서 일부 참가자의 폭력행위로 인하여 전체 집회가 비평화적 집회로의 성격으로 변하는 것임이 아님을 명확히 한다.⁶³⁾

(2) 아프리카인권위원회의 「집회의 자유에 대한 가이드라인」

1) 아프리카 인권보호체제의 개관

유럽, 미주보다는 다소 늦게 출발하였지만 아프리카 차원의 지역인권보장체제도 1960년대를 기점으로 국제기구를 설립하였고 1980년대에는 아프리카 인간과 인민의 권리헌장(이하 "아프리카인권헌장")을 채택 및 발효하였다. 아프리카인권헌장은 제3세대 인권이라고도 불리는 집단적 권리에 대해 상세히 규정하고 있다는 특징이 있다. 아프리카인권헌장은 이행을 위한 기구로 아프리카인권위원회(African Commission on Human Rights and People's Rights)를 헌장상의 기구로 규정하고 있다(아프리카

61) The term 'peaceful' should be interpreted to include conduct that may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that the assembly is seeking to promote. (para. 22)

62) para.25.

63) para.26.

인권헌장 제30조). 아프리카인권위원회는 인권보호 및 증진 업무를 수행하며 특히 개인청원을 받아 이를 심사하는 권한을 가진다.⁶⁴⁾

2) 아프리카인권위원회의 「아프리카에서의 결사 및 집회의 자유에 관한 가이드라인」의 개관

아프리카 인권위원회가 2017년에 채택한 「아프리카에서의 결사 및 집회의 자유에 관한 가이드라인(Guidelines on Freedom of Association and Assembly in Africa)」(이하 “가이드라인”)은 아프리카 대륙의 결사 및 집회의 자유를 실질적으로 보장하기 위한 규범적 지침이다. 이 문서는 아프리카 인권헌장(일명 ‘반줄 헌장’) 제10조와 제11조를 구체화하면서, 각국의 정부, 입법자, 사법부, 시민사회에 대해 결사·집회의 자유를 존중·보호·실현할 국가 의무를 명확히 하고자 한다.

가이드라인은 먼저 결사 및 집회의 자유가 개인과 집단 모두에게 보장되어야 하며, 오프라인뿐만 아니라 온라인 등 디지털 환경에서도 동일하게 적용된다는 점을 분명히 한다. 특히 이 권리들은 표현의 자유, 정치 참여, 인권옹호 활동 등과 밀접히 연관되어 있으며, 민주적 사회 질서의 핵심을 이룬다. 따라서 국가의 역할은 단순히 간섭하지 않는 수준을 넘어서, 안전하고 자유로운 행사를 적극적으로 보장하고, 관련 법제와 관행을 국제인권기준에 부합하도록 정비하는 데까지 이르러야 한다.

제한의 경우, 국가가 결사나 집회의 자유를 제한하려면 반드시 ‘법률에 의거하며(legality)’, ‘정당한 목적이 있고(legitimate aim)’, ‘필요하고 비례적인 방식이어야 하며(necessity and proportionality)’, ‘자의적이거나 차별적이지 않아야(non-arbitrariness)’ 한다는 4가지 조건을 모두 충족해야 한다. 특히 ‘공공질서’나 ‘국가안보’ 같은 추상적 개념은 협의적으로 해석되어야 하며, 자의적 집회 금지나 해산으로 남용되어서는 안 된다는 점을 강조한다. 나아가 허가제 방식의 집회 제도보다는 사전 ‘통보제’에 기초한 방식이 권리 보장에 보다 부합한다고 제시한다.

또한 가이드라인은 여성, 성소수자, 장애인, 종교·민족적 소수자, 인권옹호자 등 취약계층에 대한 특별한 보호 조치를 권고한다. 이들의 결사·집회 활동이 사회적 낙인, 폭력, 공권력에 의해 억압되는 현실을 반영하여, 국가가 이들의 권리 실현을 위해 보다 높은 보호 의무를 지닌다고 본다. 나아가 국가비상사태 상황에서도 이러한 권리는 ‘절대적’이지는 않지만 원칙적으로 유지되어야 하며, 그 제한은 명확하고 일시적인 형태에 한정되어야 한다.

64) 아프리카인권보장체제와 아프리카인권보호위원회에 대한 개관은, 송에스더, “아프리카인권체제의 피해자 구제 및 배상제도”, 외법논집 제46권 제1호, 2022, 543-544면을 참조.

3) 「가이드라인」상 평화집회의 내용

아프리카인권헌장은 평화집회에 대한 내용을 두고 있지 않으나, 가이드라인은 평화집회를 언급하면서 그 개념을 넓게 해석한다. 즉, 주최자가 평화적 의도를 표명하고 참가자들의 전반적 행위가 평온한 경우, 그 집회는 평화적인 것으로 간주되어야 한다. 여기서 “평화적(peaceful)”이라는 개념은 단순히 소란이나 불쾌감을 주지 않는 수준을 넘어, 타인의 활동을 일시적으로 방해하거나 불편을 초래하는 행위도 포함된다. 즉, 타인의 권리를 침해하지 않는 한도 내에서 사회적 불편, 소음, 도로 점거 등도 평화집회의 범주에 포함된다. 또한 참가자 일부의 고립된 폭력 행위가 전체 집회의 평화성을 부정하는 근거가 되어서는 안 된다고 명확히 하여, 국가나 공권력이 일부 행위를 이유로 집회 전체를 불법화하거나 해산하는 것을 방지하고자 한다.⁶⁵⁾

5 평화집회에 대한 해외 판례 분석

(1) 개요

이 장에서는 앞서 살펴본 판례 외에 평화집회의 의미와 국가에 의한 권리 침해 등이 쟁점이 된 주요 외국 및 유럽인권재판소 판례를 살펴보고자 한다. 여기서 다루는 판례들은 컬럼비아 대학교 국제 표현의 자유 포럼의 〈평화집회에 관한 판례집(Case Law on Peaceful Assembly)〉에 소개된 것들이다.⁶⁶⁾

(2) 국가의 평화집회 보장 의무

앞서 살펴본 바와 같이 국제인권조약은 평화집회의 권리를 기본권으로 보장하며 어떠한 집회가 평화적이라면 국가는 이를 보장할 책무를 지닌다. 이는 해당 집회가 국가의 법과 정책에 반대할 목적으로 이루어진 것이라 해도 마찬가지이다. 이와 관련하여 인도 뭄베이 고등법원은 인도 경찰이 정치적, 경제적 불만 사항을 이유로 평화집회를 불허한 것이 위법하다고 판결하였다.⁶⁷⁾

65) 70. The right to freedom of assembly extends to peaceful assembly. An assembly should be deemed peaceful if its organizers have expressed peaceful intentions, and if the conduct of the assembly participants is generally peaceful.

a. 'Peaceful' shall be interpreted to include conduct that annoys or gives offence as well as conduct that temporarily hinders, impedes or obstructs the activities of third parties.

b. Isolated acts of violence do not render an assembly as a whole non-peaceful.

66) Columbia Global Freedom of Expression, CASE LAW ON FREEDOM OF EXPRESSION, 2023.

67) High Court of Judicature at Bombay, Shaikh v. The State of Maharashtra, 2020. 2. 13.

Shaikh v. The State of Maharashtra (2020)

■ 사건 개요 : 2020. 1. 21. 인도 마잘가온시(Majalgaon) 경찰은 시민권 개정법(Citizenship Amendment Act, CAA)이 종교 차별을 조장하는 것에 반대하여 시민들이 오후 6시부터 10시까지 집회를 개최하려는 것을 불허했다. 경찰은 해당 집회로 인해 도로 점거 등 공공질서 유지에 문제가 초래될 수 있고, 해당 집회가 CAA만이 다른 정치·경제적 요구를 제기한다고 주장했다. 경찰의 주장을 받아 마잘가온 지방법원은 집회에서의 구호, 노래, 북 두드리기 등을 금지했다. 이에 시민들은 봄베이 고등법원에 항소를 제기했다.

■ 주요 판시 : 고등법원은 지방법원의 결정이 모든 항의행위를 금지함으로써 중립적으로 보이지만 실제로는 CAA에 항의하기 위해 집회를 하는 사람들을 대상으로 하며, 따라서 공정한 판결이 아니라고 지적했다. 나아가 법원은 “인도는 비폭력적인 시위를 통해 자유를 얻었으며, 이 나라 국민들은 오늘날까지 이러한 비폭력의 길을 따르고 있다”고 지적했다. 그러면서 법원은 법률에 항거할 권리를 언급하면서 시위자들이 “단지 하나의 법에 반대한다는 이유만으로 반역자나 반국민으로 불릴 수 없다”고 강조했다. 또한 정부와 관료들은 시위자들이 자신의 권리가 침해당했다고 생각할 때 항의할 권리가 있다는 사실을 유념해야 하며, “만약 시위가 허용되지 않는다면 무력 사용의 가능성이 항상 존재하며, 그 결과는 폭력, 혼돈, 무질서, 그리고 궁극적으로 이 나라의 통일을 위협할 것”이라고 지적했다. 이에 따라 법원은 공무원들이 “헌법상 기본권에 대한 적절한 교육”을 받아야 한다고 덧붙였다.

또한 해당 집회의 주최자가 과거에 몇 차례 폭력적 집회를 한 전력이 있다 하더라도 당해 집회가 평화적이라는 추정은 무너지지 않는다. 어떤 집회가 폭력적이라는 점은 국가 당국이 입증을 해야 하며 집회가 평화적으로 추정되는 한 국가는 이를 보장해야 한다. 아프리카 말라위 대법원은 과거 폭력과 범죄를 한 전력이 있더라도 특정 집회를 계속 금지하는 행정명령을 정부가 내리는 것은 위법하다고 판단하였다.⁶⁸⁾

Attorney General v. Trapence (2019)

■ 사건 개요 : 2019년 5월 말라위 대선에서 현직 대통령인 피터 무타리카가 승리했다. 그러나 두 야당 후보는 투표 집계에 부정이 있었다며 결과에 이의를 제기했다. 2019년 9월, 말라위 인권 옹호자 연합과 그 임원인 원고는 논란의 여지가 있는 선거의 결과로 선거관리위원회 위원장의 해임을 요구하는 일련의 시위를 조직했다. 이 시위는 폭력 시위로 번졌다. 해당 시위 이후 법무부 장관은 위 시위의 합법성과 2019년 대선과 관련된 사건이 법원에서 판결될 때까지 다른 시위를 열지 못하도록 하는 행정명령을 내렸다. 법무부 장관은 시위 금지를 요청한 것이 아니며, 시위에 수반되는 폭력과 범죄 행위에 대해서만 우려한다고 주장했다.

■ 주요 판시 : 대법원은 이 사건의 쟁점이 시위 금지가 아니라, 법무부 장관이 관련 재판이 확정되거나 폭력

68) MSCA CIVIL APPEAL NO. 55 OF 2019, Attorney General v. Trapence, 2019. 12. 30.

을 종식시킬 방법이 발견될 때까지 유예를 명령한 것이라는 점은 인정했다. 그러나 법원은 “법무부장관의 명령이 시위 중단을 의미하는 한, 행정부가 시위를 금지하는 것과 행정부가 사법부에게 시위 금지를 판결해 줄 것을 요청하는 것 사이에는 큰 차이가 없다”고 판시했다. 그리고 말라위법에 비추어 대법원은 이와 같이 시위를 금지하는 행정명령은 “법적으로 성립할 수 없다”고 지적했다.

한편 대법원은 법적으로 경찰에 신고가 되면 경찰은 시위에 대한 보안을 제공하고 계획된 경로가 이용 가능한지 확인해야 할 의무가 있고, 시위대와 당국이 협의, 협상 및 타협하고, 안전에 대한 논의를 할 수 있다고 정하고 있다. 또한 법은 정당한 사유가 있는 경우 당국이 시위를 금지할 수 있도록 허용하며, 시위 주최자는 법원에 이 결정에 대해 불복할 권리를 부여하고 있음을 지적했다. 이러한 법 규정들을 살펴 보았을 때, 법원은 폭력과 범죄 문제가 해결될 때까지 모든 시위를 중단하라는 법무장관의 가처분 신청을 기각하면서 “폭력과 범죄를 다루는 더 나은 방법”이 있다고 판결했다. 구체적으로 법원은 시위를 금지하는 것보다 경찰에 더 많은 자원을 제공하는 것이 더 나은 대응이라고 말하며, 법무부장관이 자원 부족이라고 하는 주장은 받아들일 수 없다고 판시했다.

(3) 평화집회에서의 사전신고 의무 완화

한편 집회에 대한 사전신고제 자체는 국제인권조약에서도 허용되지만 이것이 평화집회를 금지하는 방식으로서는 이루어질 수 없다. 이에 대해 브라질 연방 대법원은 집회 주최 측이 정보를 배포하여 정부와 경찰이 이미 집회의 개최 사실을 알고 있다면 평화집회가 별도로 사전 신고를 하지 않고 개최하더라도 적법하다고 판결하였다.⁶⁹⁾

SINDIPETRO AL SE v. Office of the General Counsel for the Federal Government(2020)

■ 사건 개요 : 2009년 브라질 사회운동 단체에서 상프란시스코강의 이양 사업에 항의하여 고속도로를 점거하는 집회를 예고했다. 이에 대해 브라질 연방정부는 경찰로부터 집회 정보를 확인하고 “브라질 국유 재산에 대한 방해 또는 강탈 위협”에 대한 가처분 신청을 제기하였다. 이에 대해 법원에서 가처분이 인용되었으나, 주최 측에서는 가처분에 항소하며 집회를 강행하였다. 그러나 가처분이 기각되고 벌금형도 확정되었고 이에 연방대법원에 상소를 제기하였다.

■ 주요 판시 : 브라질 연방헌법 제5조 제16항은 “모든 사람은 허가 여부와 관계없이 대중에게 개방된 장소에서 무기를 소지하지 않고 평화집회를 열 수 있다. 단, 이전에 같은 장소에서 소집된 다른 집회를 방해하지 않는 한, 관할 기관에 사전 통지해야 한다”고 규정하고 있다. 이 사건에서 대법원은 공개적이고 평화로운 집회를 관할 기관에 통지해야 할 의무가 어떻게 하면 이루어지는지를 쟁점으로 판단하였다. 대법원은 “민주사회에서 공공장소는 단순히 이동의 장소가 아니라 참여의 장소이기도 하다. 민주적 공존에는 적당한 비용이 따르며, 이처럼 중요한 권리에 대한 제한은 바로 이러한 비용과 연관하여 평가되어야 한다”고 판시했다. 그러면서 대법원은 해당 집회가 주최 단체의 안내 책자를 통해 널리 홍보되었기

69) Supremo Tribunal Federal of Brazil, SINDIPETRO AL SE v. Office of the General Counsel for the Federal Government, 2020. 12. 15.

때문에 당국이 이미 행사를 인지할 수 있었다고 지적했다. 따라서 대법원은 당국이 시위에 대해 통지를 받았으므로 직접 또는 등기 신고가 필요하지 않다고 판단했다. 법원은 “집회의 자유에 관한 사전 통지라는 헌법적 요건은 공권력이 평화롭게 행사되도록 보장하거나 같은 장소에서 다른 집회를 방해하지 않도록 하는 정보의 배포로 충족된다”고 판시했다.

(4) 평화집회에 대한 과도한 침해 금지

집회가 평화적으로 이루어지는 한 이에 대한 국가의 과도한 제한은 국제인권법에 보장된 집회의 권리에 대한 침해가 된다. 이는 집회가 해당 집회에 반대하는 사람들에게 충격적이거나 불쾌할 수 있는 메시지를 전파하는 경우나 사전 신고를 하지 않은 경우에도 마찬가지이다. 마케도니아 공화국 헌법재판소는 경찰이 군수산업에 반대하는 집회 주최자들을 수갑을 채우고 지하로 데려가 메시지를 전파하지 못하게 한 것이 위법하다고 판단하였다.⁷⁰⁾

Markovski and Muratovski(2018)

■ 사건 개요 : 2017년 7월 29일, 마케도니아 경찰과 군대는 NATO 대표와 협력하여 마케도니아 광장에서 군사 무기의 공개 전시회를 열었다. 이 전시회의 목적은 시민들이 마케도니아 공화국이 NATO의 회원국이 되어야 한다는 것을 고려하도록 장려하는 것이었다. 이에 대해 좌파 성향 정당 조직원들은 전쟁과 군사화에 반대한다는 현수막을 게시하고 집회를 개최하였다. 이에 대해 경찰이 광장을 떠날 것을 명령하자 주최자들은 인근 쇼핑센터로 현수막을 이전하였다. 그럼에도 경찰은 쇼핑센터에서 주최자들에게 수갑을 채우고 지하로 데려가 15분간 억류함으로써 현수막의 메시지를 대중에게 전하지 못하도록 했다.

■ 주요 판시 : 재판소는 경찰관들이 청구인들에게 수갑을 채운 행위는 평화적인 시위 구성원으로서 자신의 생각을 표현한 현수막을 게시하는 것을 방해받았기 때문에 표현의 자유에 대한 권리를 침해했다고 판결했다. 재판소는 민주사회에서 표현의 자유에 대한 권리의 중요성을 강조하고, 유럽인권재판소 판례 등을 참조하여 이 권리는 긴급한 사회적 필요, 정당한 목적, 민주사회에서 필요한 경우에만 제한될 수 있다고 판시했다.

재판소는 또한 유럽인권협약 제11조가 보장하는 집회의 자유를 인용하며, 이 조항은 집회가 장려하고자 하는 사상과 태도에 반대하는 개인에게 충격을 주거나 불쾌감을 줄 수 있는 집회도 보호한다고 판시하였다. 그리고 이러한 권리에 대한 유일한 제한은 폭력을 선동하거나 민주주의 원칙을 거부하는 경우뿐이므로, 민주주의 원칙에 대한 선동이나 위협이 없음에도 불구하고 집회의 자유 행사를 침해하는 조치는 민주주의 자체를 위태롭게 한다고 강조하였다. 또한, 재판소는 사전 허가의 부재는 자발적인 집회를 해산하는 정당한 근거가 될 수 없으므로, 그러한 해산은 집회의 자유에 대한 과도한 제한에 해당한다고 판시했다. 또한 재판소 다수의견은 경찰의 조치는 정치적 소속을 근거로 한 차별로서 국내 차별금지법에도 위반된다고 판시하였다.

70) Case of Markovski and Muratovski, 2018. 6. 27.

(5) 막연한 피해 등을 이유로 한 평화집회 침해 금지

한편 평화집회 과정에서 페인트를 뿌리거나 스티커를 붙이는 방식으로 건조물이나 공용물 등에 일부 손상을 줄 수도 있다. 그러나 이 경우에도 그러한 피해가 돌이킬 수 없을 정도로 심각하지 않은 이상 재물손괴를 이유로 평화집회를 금지하거나 처벌할 수는 없다. 유럽인권재판소는 공용 기념물에 스프레이 페인트를 칠한 혐의로 불가리아 법원이 유죄판결을 내린 것은 유럽인권협약에 위반된다고 판단하였다.⁷¹⁾

Genov and Sarbinska v. Bulgaria (2021)

■ 사건 개요 : 이 사건 청구인 2인은 불가리아 사회당이 주축이 된 불가리아 연합의 시위에 참여해 온 이들이다. 청구인들은 다른 참가자들과 함께 2013. 11. 7. 볼셰비키 혁명 기념일을 맞아 1970년대에 만들어진, “파르티잔”을 상징하는 7개의 금속 조각상으로 구성된 기념비에 새로 스프레이 페인트를 칠한 혐의로 기소되었다. 불가리아 법원은 제1심과 제2심에서 모두 무죄판결을 내렸으나 대법원은 원심을 파기하고 청구인들의 국가문화유산인 기념비에 대한 난동죄에 해당한다고 보아 유죄판결을 내렸다. 이에 청구인들은 유럽인권재판소에 제소했다.

■ 주요 판시 : 재판소는 청구인들이 기념물에 돌이킬 수 없는 피해를 입혔다는 증거가 없다는 데 동의했다. 재판소는 관련 사실을 검토한 후 스프레이 페인팅으로 인한 시각적 손상은 제거에 약간의 비용이 필요하지만 일반적으로 완전히 되돌릴 수 있다고 판단하였다. 따라서 청구인들의 행위는 기념물을 청소한 후 문화유산의 일부를 계속 형성하는 것을 방해하는 정도로 기념물에 해를 끼치지 않았고, 따라서 재판소는 청구인들의 행위가 손상시켰다고 간주하기에 충분하지 않다고 판단하였다. 또한 이전 판결의 법리를 인용하여 재판소는 청구인들의 행위가 장기간의 전국적 시위라는 맥락에서 정부에 대한 불만을 표명하는 것이었음이 분명하고, “저속하거나 무분별하게 공격적이라고 규정될 수 없다”고 판시하였다. 결론적으로 재판소는 청구인들의 표현의 자유에 대한 침해는 ‘민주사회에서 정당화될 수 없’으며, 불가리아 법원의 판단은 유럽인권협약에 위배된다고 판단하였다.

한편 평화집회에 대한 침해는 막연히 집회로 인해 재산상, 안전상 피해가 발생할 것이라고 추정해서 이루어져서는 안 되고 설령 제한을 하더라도 그 위험에 비례한 조치가 이루어져야만 한다. 유럽인권재판소는 독일에서 열린 G8정상회담에서 시민사회 활동가들이 반대 집회를 하자 이것이 폭력 집회를 초래할 수 있다며 독일 경찰이 체포한 것이 평화집회에 대한 권리를 부당하게 침해한 것이라고 판단하였다.⁷²⁾

71) ECtHR, Genov and Sarbinska v. Bulgaria, No. 52358/15, 2021. 11. 30.

72) ECtHR, Schwabe and M.G. v. Germany, 8080/08 and 8577/08, 2011. 12. 1.

Schwabe and MG v. Germany (2011)

■ 사건 개요 : 이 사건의 청구인들은 2007년 독일 하일리겐담에서 열린 G8 정상회담에 반대하는 집회를 하다가 체포되었다. 경찰은 해당 집회가 '정상회담에 대한 항의, 봉쇄, 방해할 목적으로 계획되었으며', '좌익 극단주의자들에 의한 재산 피해의 위험'이 있었다고 주장했다. 경찰은 재판 과정에서 정상회담 기간 열리는 집회에 약 25,000명이 참가할 것으로 추산했고, 그중 2,500명이 폭력을 사용할 준비가 되어 있었고, 청구인들의 집회로 그러한 위험이 증가할 수 있었다고 주장했다.

■ 주요 판시 : 재판소는 유럽인권협약 제11조가 "평화집회"의 권리만을 보호하며, 주최자와 참가자가 폭력적 의도를 가진 집회는 보호하지 않는다고 재차 강조했다. 그러나 한편 재판소는 폭력적 의도를 가진 극단주의자가 집회에 참여할 가능성만으로 그 권리를 박탈할 수 없다고 강조하였다. 재판소는 "비록 집회 주최자들의 통제를 벗어나 집회가 무질서하게 진행될 위험이 있다 하더라도 그러한 집회 자체가 제11조의 적용 범위를 벗어나지는 않는다"고 판시하였다. 따라서 경찰이 폭력적 의도를 가진 극단주의자의 참여를 예상했다 하더라도 이것이 경찰의 평화적 시위에 보장된 보호 의무 위반을 정당화하지 않는다고 지적했다.

재판소는 청구인들이 집회에 참여할 때 폭력적 의도를 가지고 있지 않았고 무기도 소지하지 않았고, "모든 수감자에게 자유를", "지금 당장 모두를 석방하라" 등의 현수막 문구 역시 폭력을 옹호하는 메시지는 아니라는 점도 지적하였다. 따라서 재판소는 청구인들이 현수막을 들고 집회를 한 것이 다른 집회 참가자들에 대한 폭력을 선동한 것이라고는 볼 수 없다고 판단했다. 나아가 설령 신청인들이 "과실로 다른 사람들을 선동"할 수 있었다 하더라도, 경찰이 6일 가까이 청구인들 구금한 것은 비례적인 조치가 아니며, 청구인들의 집회의 자유에 대한 침해라고 판단하였다.

(6) 교통 방해를 이유로 한 평화집회 침해 금지

도로를 점거하거나 운송수단의 이동을 막음으로써 집회를 하는 것은 집회 참가자들의 메시지를 효과적으로 전달하기 위해서 자주 사용되는 방법이다. 그럼에도 도로 봉쇄 등을 이유로 과도하게 처벌이 이루어지면 평화집회를 할 권리가 침해된다. 이와 관련하여 영국 대법원은 고속도로를 90분간 점거하고 집회를 한 것에 대해 무죄 판결을 선고했다.⁷³⁾

Director of Public Prosecutions v. Ziegler and others (2021)

■ 사건 개요 : 2017년 2년마다 열리는 방위 및 안보 국제(DSEI) 무기 박람회가 동런던의 엑셀 센터에서 열렸다. 박람회가 열리기 며칠 전, 이 행사에 강력히 반대했던 원고들은 센터로 이어지는 도로 한켠에 누워 잠금장치로 몸을 고정했다. 경찰의 자발적 퇴거 요구에도 원고들은 응하지 않았고, 이에 경찰은 원고들을 체포했다. 이후 잠금장치를 분해하고 도로 소통을 확보하는 데 90여 분이 걸렸다. 원고들은 이후 1980년 고속도로법 제137조 고속도로 방해 혐의로 기소되었다. 이에 대해 1심 법원은 무죄를 선고하였

73) UK Supreme Court, Director of Public Prosecutions v. Ziegler and others, 2021. 6. 25.

으나, 항소심 법원은 집회의 권리와 고속도로를 따라 지나갈 대중의 권리를 포함한 지역 사회 공공의 이익 사이에 '공정한 균형'을 고려해야 한다면, 유죄판결을 내렸다. 이에 원고들은 상고했다.

■ **주요 판시** : 대법원은 우선 이 사건의 쟁점을 1980년 고속도로법에서 금지한 고속도로 방해 행위인지, 즉, '의도적인 방해 행위가 다른 고속도로 이용자들에게 미치는 영향이 경미한 수준을 넘어 다른 이용자들이 고속도로를 통과하는 것을 방해하거나 방해할 가능성이 있는 경우'에 해당하는지를 보아야 한다고 정리하였다. 그러면서 대법원은 유럽인권재판소 판례들을 인용하며 표현의 자유 또는 평화집회의 자유에 대한 권리 행사로 인해 교통 방해를 포함하여 일상적인 불편이 초래되는 것에 대해 어느 정도의 관용이 있어야 한다고 지적했다.

이러한 점들을 고려하여 대법원은 원고들의 행위가 평화집회를 의도하였고 어떠한 형태의 무질서도 야기하지 않았다는 점, 기소된 제137조 위반 이외의 다른 범죄 행위가 수반되지 않았다는 점, 원고들이 박람회장으로 향하는 차량만을 목표로 하고 고속도로를 완전 점거하지 않았다는 점, 방해 행위가 90여 분의 제한적인 기간이었다는 점, 집회 중 대체 경로가 있어 심각한 교통 방해가 발생하였다는 증거가 없다는 점 등에 비추어, 원고들의 집회를 범죄로 처벌할 수 없다고 판단하였다.

도로 점거 외에 다른 운송수단의 운행을 막고 집회를 한 경우에도 그것이 평화적 목적하에 이루어진 것이라면 평화집회에 대한 제한은 여전히 신중하게 이루어져야 한다. 호주 퀸즐랜드 지방법원은 철도 노선의 운행을 막고 집회를 한 것에 대한 제1심의 징역형 판결을 뒤집고 벌금형으로 형을 낮추었다. 해당 사건에서 법원은 집회로 인해 폭력이나 폭력 위험이 없었다는 점을 고려했다.⁷⁴⁾

District Court of Queensland, EH v. Queensland Police Service (2020)

■ **사건 개요** : 원고들은 기후 변화의 영향에 우려하고 새로운 석탄 광산 개발에 반대하는 단체 활동가로서 2020년 퀸즐랜드 주 북쪽의 철도 노선에서 집회를 개최했다. 해당 노선은 석탄 적재 시설로 이어지는 경로에 있는데, 원고들을 비롯한 20명의 활동가들은 해당 노선에 잠금장치를 설정하여 자신들을 묶었다. 경찰이 도착하여 원고들에게 잠금장치를 해제하고 철도를 불법 침입하고 방해하는 것을 중단하라고 요구했지만 원고들은 따르지 않았다. 이에 경찰은 잠금장치를 강제로 해제하고 원고들을 체포하였다. 이후 원고들은 철도 방해, 철도 불법 침입 등으로 기소되어 제1심에서 징역 3년에 집행유예 3개월을 선고받았다. 이에 원고들은 항소했다.

■ **주요 판시** : 항소심에서의 주요 쟁점은 원고들에게 부과된 3월의 징역형이 명백히 과도한지 여부였다. 변호인은 이러한 범죄에 대해 징역형은 최후의 수단으로만 이루어져야 하며 해당 범죄 행위가 악의적인 의도에 근거한 것이 아니라 시민 불복종 또는 정치적 행위라고 설명했다. 이에 대해 검찰은 벌금형이 충분한 억제력이 되지 않는다고 주장하며, 원고들의 범죄로 호주에서 석탄 수출 철도망을 운영하는 회사인 오리존 네트워크의 사업 운영에 극심한 불편과 지장이 초래되었다고 이야기했다. 법원은 우선 원고들의 행위로 철도망이나 오리존의 사업 과정에 어느 정도 불편과 지장을 초래했는지에 대한 증거가 불충분하다는 점을 지적했다. 나아가 법원은 모든 사람은 “자신의 견해를 표현하고, 반대하

74) District Court of Queenslans, EH v. Queensland Police Service , 2020. 8. 28.

는 활동에 대해 항의할 권리가 있다. 단, 법률에 규정되고 민주사회에서 (다른 정당한 목적들 중에서도) 무질서나 범죄의 예방 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위해 필요한 경우에만 제한할 수 있다.”고 판시했다. 다만 법원은 이 사건의 위법 행위가 공공장소가 아닌 사유 재산에 대한 불법 침입과 관련이 있다는 점은 참작해야 한다고 이야기하였다.

결론적으로, 법원은 원고들이 폭력이나 폭력 위협 또는 협박을 했는지, 타인에 대한 신체적 피해 위험이 있었는지, (금전적 또는 기타) 손실이 있었는지, 대중의 혼란이 발생하였는지에 대한 증거가 불충분하다는 점과, 항소인들의 신념의 진실성, 특히 해당 범죄가 기후 위기에 대한 자신들의 관점을 추구하기 위해 행하여졌다는 점을 중요하게 고려했다. 따라서 1심의 형량은 과도하다며 벌금형 1,000만 원으로 양형을 낮추었다.

6 소결

평화집회의 권리는 다양한 국제인권규범과 국가별 헌법 질서에서 핵심적인 시민적 자유로 보호되고 있으며, 그 구체적 의미와 한계는 각국의 헌법재판소, 국제인권기구의 판례를 통해 다층적으로 형성되어 왔다. 앞서 살펴본 사례들을 유형별로 분석해 보면, 다음과 같은 공통 원칙과 법적 기준이 도출된다.

첫째, 형식적 요건 위반만으로 평화집회를 제재하는 것은 정당화될 수 없다. 자유권규약위원회와 유럽인권재판소는 반복적으로 사전신고제나 허가제의 미이행이 평화집회의 본질을 침해하지 않음을 확인해 왔다. Popova, Arkhangelskiy 사건 등은 평화적 시위가 단지 절차적 결함을 이유로 처벌되어서는 안 되며, 국가는 제한의 필요성과 비례성을 실질적으로 입증할 책임이 있음을 분명히 하였다.

둘째, 장소나 방식이 비전통적이거나 불편을 초래한다고 해서 집회의 평화성이 부정되지는 않는다. 도로 점거(Kudrevičius), 종교시설 점거(Cisse), 공공기관 인근 시위(Pugach), 사유지 점거(Gimenez), 스프레이 페인팅(Genov and Sarbinska) 등 다양한 사례에서 재판소는 집회 방식이 다소 급진적일 수 있더라도, 물리적 폭력이 수반되지 않는 한 평화집회로 간주해야 한다는 입장을 견지했다. 이는 현대 사회에서의 집회의 자유가 정치적 표현과 결합되어 다양한 방식으로 표출된다는 점을 고려한 해석이다.

셋째, 소수자 집회에 대한 사회적 반감은 제한 사유가 될 수 없으며, 오히려 국가의 보호의무가 강조된다. Alekseev, Markovski and Muratovski 사건 등에서 확인되듯이, 사회적 소수자들의 신념과 태도는 종종 사회적 반발을 야기하지만, 이러한 반발 자체는 집회를 금지하거나 제한하는 정당한 근거가 될 수 없다. 국가는 불편한 표현조차 보호해야 하며, 제3자의 폭력으로부터 집회 참가자를 보호할 책무를 가진다.

넷째, 일부 참가자의 폭력행위나 주최자의 과거 이력이 집회의 평화성을 자동적으로 부정하는 것은 아니다. Gülcü, Frumkin, Shmorgunov, Ezelin 사건 등에서 유럽인권재판소는 반복적으로 ‘개별적

평화성' 원칙을 확인하였다. 이는 참가자 일부가 폭력적 행위를 했다고 하여 전체 집회를 연좌적으로 처벌하거나, 평화적 참가자의 권리를 박탈해서는 안 된다는 점을 뜻한다. 또한 말라위의 Trapence 사건에서 볼 수 있듯, 주최자에게 과거 폭력 집회 전력이 있더라도 해당 집회가 평화적이라는 추정은 깨어지지 않는다. 즉, 일부 참가자의 폭력행위나 주최자의 과거 이력은 해당 개인에 대한 법적 책임을 묻는 근거가 될 수는 있어도, 그 자체로 집회를 제한하는 근거가 될 수 없다.

마지막으로, 국가는 단순히 집회를 허용하는 소극적 의무를 넘어서, 이를 실질적으로 보호하고 촉진할 적극적 의무를 부담한다는 점이 강조되고 있다. 유엔자유권위원회의 일반논평, 베니스위원회의 「평화 집회의 자유에 관한 지침」 등은 집회 참여자들의 안전 보장, 공공서비스 제공, 집회 참여 권리 보장 등을 위해 국가가 능동적으로 개입해야 함을 천명한다. 이는 평화집회가 단지 집회를 방해받지 않을 자유가 아니라, 실질적 행사가 가능하도록 보장받을 권리로 이해되어야 함을 보여준다.

IV. 평화집회의 보장 방안

1 개관

이상의 논의들을 바탕으로 평화집회를 보장하기 위한 개선방안을 입법·행정·사법 각 분야별로 살펴 보고자 한다. 개선방안의 도출에 있어서는 앞서 살펴본 국제인권규범과 외국 판례들과 더불어 다음 내용을 참조하였다.

첫째로, 2012년 표현의 자유를 위한 연대에서 낸 ‘표현의 자유를 위한 정책제안’⁷⁵⁾이 있다. 2008년 촛불집회에서 표현의 자유, 집회의 자유가 후퇴되는 상황을 마주하고 2011년 국내 인권시민단체들은 표현의 자유가 후퇴된 현실을 인식하고 어떤 제도적인 개선책을 낼 수 있을지 연구하고 행동하자는 취지로 ‘표현의 자유를 위한 연대’를 결성했고, 2012년 제19대 국회에 제안하는 정책보고서를 작성했다. 해당 보고서는 평화집회의 자유는 가능한 한 규제 없이 향유되어야 한다는 근본적 원리에 근거해서 집시법 전면개정안을 제시했다. 해당 개정안은 집시법의 목적을 적법집회가 아닌 평화집회 보장으로 하고 긴급집회, 우발집회에 대한 사전신고 예외, 금지통고 제도에 대한 폐지, 일몰 후 집회 금지, 국가기관 인근 집회 금지 조항의 폐지 등의 내용을 담고 있다. 또한 집시법에 따른 사항을 위반한 것에 대한 벌칙이 아니라 집회를 방해한 사람을 처벌하는 내용을 담고 있다.

둘째로, 2017년 경찰개혁위원회 권고⁷⁶⁾가 있다. 경찰개혁위원회는 문재인 정부의 공약이던 ‘인권친화적 경찰 개혁’을 실현하기 위한 기구로서 2017. 6. 16. 출범하여 1년간 활동을 하였다. 경찰개혁위원회는 인권보호, 수사개혁, 자치경찰의 3가지 분과로 운영되며 30여 건의 권고안을 발표했는데, 그 중 집회시위 자유 보장방안에 대한 권고도 있다. 이 중 본 연구와 관련한 주요한 권고 내용은 다음과 같다. ▲ 경찰은 평화적(비폭력) 집회·시위에 대해서는 최대한 보장하며 평화적(비폭력) 집회·시위는 신고 및 진행과정에서 사소한 흠결이 있더라도 경찰력 행사를 절제해야 한다. ▲ 시위의 주최자가 평화적 의도를 밝히고 집회·시위의 행위가 비폭력적이라면 그러한 집회·시위는 평화적이라고 간주되어야 한다. ▲ 집회

75) 표현의 자유를 위한 연대, 표현의 자유를 위한 정책 제안, 2012.

76) 경찰청, [보도자료] 경찰개혁위, 집회시위 자유 보장을 위한 권리장전 마련!, 2017. 9. 7.

신고서상 인원과 시위방법·진로 등 기재내용이 실제 집회시위와 다소간 차이가 있더라도 평화적으로 진행된다면 원칙적으로 보장해야 한다. ▲ 교통소통을 이유로 전면적인 금지통고나 신고한 집회·시위를 사실상 금지하는 제한통고나 조건통고는 원칙적으로 하지 않아야 한다. ▲ 집회에 대한 강제해산은 타인의 법익이나 기타 공공의 안녕질서에 대한 직접적이고 명백하며 현존하는 구체적 위험이 발생한 경우에만 할 수 있다. ▲ 원칙적으로 집회시위 참가자들을 일반교통방해죄 위반으로 내사하거나 입건하지 않아야 한다.

위와 같이 시민사회는 물론 경찰개혁위원회에서도 집회의 자유 보장을 위해 적법/불법 프레임을 벗어나 평화집회를 최대한 보장하는 방향으로 근본적인 패러다임을 변경할 것을 요구하고 있다. 이를 위해 구체적인 입법·행정·사법에서의 개선방안을 다음과 같이 제시하고자 한다.

2 입법 : 법률 개정 방안

(1) 집회 및 시위에 관한 법률 개정

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」(이하 '집시법'이라 함)은 제1조 목적에서부터 '적법한 집회(集會) 및 시위(示威)를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호'한다고 하여 적법과 위법으로 집회를 구분하고 집회의 자유를 통제하는 것에 초점을 두고 있다. 총 26개 조문의 집시법에서 집회에 대한 보호, 방해 금지는 제3조 하나에만 규정되어 있는 반면, 제5조부터 제18조까지의 대부분이 조항이 집회의 시간, 장소, 방법 등에 대한 제한과 주최자, 참가자의 준수사항으로 규정되어 있다. 그리고 이러한 제한 사항을 위반한 경우에는 모두 형벌로 규율하고 있다.

이처럼 제한과 처벌을 중심으로 규정되어 있는 집시법의 체계는 제정 당시부터 첫 방향을 잘못 잡은 결과이다. 1960년 제2공화국 당시 집회에 관하여 최초로 제정된 법률인 「집회에 관한 법률」은 단 3개 조문⁷⁷⁾만을 두고 집회 개최를 위한 기본적인 정보를 경찰에 신고하는 내용만을 두고 있었다. 그러나 1961년 5·16 군사정변으로 들어선 군부 정권은 집회를 철저히 통제하기를 원하였고, 1961. 9. 9. 사실상 모든 정치적 집회를 금지하는 「집회에 관한 임시조치법」을 거쳐, 1962. 12. 31. 18개 조문의 「집회

77) 제1조 (집회의 신고) 집회를 주최하려는 자는 그 목적, 시일, 장소, 회합예상인원과 주최자의 주소, 성명을 기재한 신고서를 늦어도 집회의 24시간 전에 소할경찰서장에게 제출하여야 한다. 단 종교, 학술, 체육, 친목에 관한 집회와 정당, 단체등의役員회 또는 이에 준하는 집회는 예외로 한다.

제2조 (평화적시위행렬의 신고) 평화적시위행렬을 주최하려는 자는 그 목적, 시일, 장소, 로순, 참가예상인원과 주최자의 주소, 성명을 기재한 신고서를 늦어도 시위의 24시간 전에 소할경찰서장에게 제출하여야 한다.

제3조 (벌칙) 제1조의 규정에 위반한 자는 2만원이하의 벌금에, 제2조의 규정에 위반한 자는 5만원이하의 벌금에 처한다.

및 시위에 관한 법률」을 제정했다. 제정법은 집회를 개최하기 전 48시간 전 경찰에 신고를 하게 하면서도 부칙에서 국가재건비상조치법이 폐지될 때까지는 ‘허가제’를 유지하는 등, 철저하게 집회를 통제할 목적으로 제정되었다. 그리고 민주화 이후 1989년 전면 개정을 거쳐 이러한 요소가 다소 완화되긴 했으나 출발부터 집회 통제를 목적으로 만들어진 법의 성격을 근본적으로 바꾸지는 못하였다.

그렇기에 평화집회를 보장하기 위해서는 국제인권법과 헌법에 합치되도록 집시법의 전면적인 개정이 요구되며, 그 주요 방향을 소개하면 다음과 같다.

1) 집시법의 목적을 ‘평화집회 보장’으로 개정

제1조 목적 조항을 “이 법률은 헌법이 보장하는 평화적 집회의 자유를 보호·신장하는 데 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다”와 같이 하여, 적법과 위법이 아닌 평화집회를 보호하는 것을 목적으로 함을 분명히 하여야 한다.

2) 평화집회의 개념 정의와 이에 대한 보호 규정

평화집회의 개념을 보다 분명히 하여 직접적인 무기를 휴대하고 직접적인 폭력을 수반하지 않는 집회는 평화집회로 간주됨을 분명히 할 필요가 있다. 또한 현행 집시법 제3조에도 평화적인 집회 또는 시위에 대한 방해 금지하고 주최자가 경찰에 보호요청을 할 수 있도록 두고는 있다. 그러나 평화집회의 권리는 헌법상 기본권이자 이를 보장하는 것은 민주사회를 위한 헌법적 결단이라는 점에서 국가의 책무를 더욱 분명하게 규정할 필요가 있다.

구체적으로 “무기를 휴대하지 않은 모든 집회 또는 시위는 평화적인 것으로 간주한다”, “누구든지 평화적인 집회 또는 시위에 대한 방해로 하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다”, “국가는 평화적인 집회 또는 시위가 최대한 보장될 수 있도록 법적·제도적 장치를 마련하고 이에 필요한 재원을 마련할 책무를 진다”와 같은 규정을 두는 방안이 있다.

3) 집회, 우발집회, 긴급집회의 개념에 대한 정의

현행 집시법에는 옥외집회, 시위에 대한 정의만이 있을뿐 ‘집회’ 자체에 대한 정의는 없다. 이에 대해 헌법재판소는 “일반적으로 집회는 일정한 장소를 전제로 하여 특정 목적을 가진 다수인이 일시적으로 회합하는 것을 말하는 것으로 일컬어지고 있고, 그 공동의 목적은 ‘내적인 유대 관계’로 족하다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 위와 같은 의미에서 집시법상 ‘집회’가 무엇을 의미하는지를

추론할 수 있으므로, 심판대상조항의 '집회'의 개념이 불명확하다고 볼 수 없다⁷⁸⁾이나, 집회의 정의는 집시법에 따른 신고 대상인지 등 관련 규정의 적용에 있어 중요한 사항이므로 법률에 명확히 규정함이 바람직하다.

한편 집회 신고와 관련하여 가장 문제되는 것이 '긴급집회', '우발집회'이다. 많은 평화집회가 급박하게 발생한 사안에 대처하기 위해 이루어지거나 현장에서 우발적으로 이루어지고 있음에도, 이들 집회에 대하여 사전 신고를 하지 않았다는 이유로 처벌이 이루어지고 있다. 따라서 긴급집회, 우발집회의 정의를 규정하고 집회 신고의 예외로 둘 필요가 있다.

4) 소규모, 긴급, 우발집회의 신고의무 면제 등 신고제 개선

집회의 일시, 장소, 인원 등을 사전에 신고하는 집회 신고제는 공공질서의 유지와 평화로운 집회를 보장하기 위한 것으로써 그 자체가 집회의 권리에 대한 침해라고 볼 수는 없다. 그러나 지나치게 많은 사항을 신고하게 하거나 사전신고 없이도 공공질서에 미치는 영향이 적은 소규모집회나 사전신고가 불가능한 긴급집회, 우발집회까지 신고의무를 두는 것은 평화집회에 대한 침해라 할 것이다.

따라서 집시법상 사전신고를 규정하더라도 신고사항은 평화집회를 보호하고 행정 목적을 달성하기 위해 필요한 최소한의 사항(목적, 일시, 장소, 주최자, 연락책임자, 예정인원)으로 한정하여야 한다. 또한 인원이 적은 소규모 집회(가령 50명 미만)나 긴급집회, 우발집회는 사전신고의 예외로 규정할 필요가 있다.

5) 교통 소통을 이유로 한 금지규정 삭제

집시법 제12조는 "대통령령으로 정하는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통 소통을 위하여 필요하다고 인정하면 이를 금지하거나 교통질서 유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다"고 규정하고 있다. 이러한 주요 도시의 주요 도로는 대도시의 사실상 도심 전체로 규정되어 있고, 이에 따라 집회에 대한 금지통고 중 가장 많이 이루어지는 것이 집시법 제12조를 근거로 한 것이다. 그러나 평화집회는 어느 정도 교통 소통에 불편을 초래할 수 있고 이것을 이유로 집회를 전면 금지하는 것은 과도하게 집회의 권리를 침해하는 것이다.

따라서 교통 소통을 이유로 한 금지통고는 불가하도록 현행 집시법 제12조의 '금지통고' 부분을 전면 삭제하고, 제한통고의 경우에도 '그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위'에서만 제한이 가능하도록 명시하며, 제한통고의 경우에 반드시 사전에 주최자의 의견을 듣도록 해야 한다.

78) 헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2011헌바174,282,285(병합) 결정.

6) 소음을 이유로 한 집회 제한

현행 집시법 제14조는 타인에게 심각한 피해를 주는 소음으로서 대통령령이 정하는 기준을 위반하는 소음을 발생시키는 경우 관할 경찰관서장은 기준 이하의 소음 유지 또는 확성기 등의 사용 중지를 명할 수 있도록 하고 있다. 이러한 소음을 이유로 한 집회 제한은 집시법 2000년 이전까지 없었던 규정이었다. 2004. 1. 29. 법률 제7123호로 개정되며 신설된 것이다. 그 이후로도 해당 규정을 이용하여 집회를 통제하는 사례가 많지 않았으나 최근 들어 점차 집회 현장에서 경찰이 소음 측정을 하고 기준 이상의 소음을 이유로 50만 원의 벌금에 처해지는 사례들이 발생하고 있다. 그러나 사회에 자신들의 주장을 알리는 집회의 특성상 일정 정도의 소리 발생은 필연적인 것이며 그것이 지나쳐서 사람들에게 극심한 피해를 주지 않는 이상 이를 단지 소음으로 보아 규제를 해서는 안 된다.

따라서 집시법 제14조의 소음 관련 규정을 전면 삭제하고, 만일 타인에게 극심한 피해를 주는 소음을 발생시킨다면 이는 경범죄처벌법 등 다른 법률로 규율함이 바람직하다.

7) 집시법 위반을 이유로 한 벌칙 규정 삭제

현행 집시법은 제22조부터 제25조까지 벌칙 조항을 두어, 신고를 하지 않거나 해산명령에 불응하거나 소음 중지 명령에 위반한 경우 등을 모두 처벌하고 있다. 그러나 평화집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 위협이 되는 것으로 간주되어서는 아니 되며, 사전신고는 공공질서와 집회의 권리를 보장하기 위한 행정적 협력이라는 점에서 이에 대한 위반을 처벌하는 것은 바람직하지 않다. 다른 집시법상의 제한 역시 집회의 권리에 대한 통제라는 점에서 삭제하는 것이 타당하고 설령 이를 위반하더라도 형벌로 처벌하는 것은 과도한 집회의 권리에 대한 침해이다.

따라서 평화집회를 방해한 사람을 처벌하는 현행 집시법 제22조 제1항을 제외하고, 집시법 위반 사항에 대해서는 형벌이 아닌 행정처분인 과태료 부과로 개정해야 한다.

(2) 형법 개정

위와 같은 집시법 개정과 더불어 평화집회에서 수반되는 도로 점거나 낙서, 스티커 부착 행위 등이 형법상 일반교통방해, 재물손괴로 처벌되는 것에 대한 개선이 필요하다. 이러한 형법상의 조항은 그 처벌의 정도가 집시법의 벌칙 조항보다 높기에 경찰이 자의적으로 법을 적용하여 집회 주최자와 참가자들을 억압하는 수단으로 작동하고 있다. 따라서 수사기관이 형법을 이용하여 평화집회를 억압하지 않도록 자제하는 것과 더불어 이러한 자의적 처벌을 가능하게 하는 현행 형법의 불확실성을 개정할 필요가 있다.

1) 일반교통방해죄 개정

현행 형법 제185조 일반교통방해는 행위태양을 손괴, 불통, 기타 방법이라고 하고 있는데 여기서 불통과 기타 방법은 정확히 어느 정도까지를 교통방해로 보는지가 불분명하다. 그 결과 집회를 위해 일시적으로 도로를 점거하는 행위까지 모두 불통 내지 기타 방법에 의한 일반교통방해라 보아 처벌이 이루어지고 있다.

이러한 문제를 개선하기 위해 2022년 제21대 국회에서는 “육로, 수로 또는 교량을 손괴하거나 장애물 설치 등의 방법으로 이를 불통하게 하거나 교통로의 표지, 그 밖의 부속물을 손괴, 제거, 변경하거나 허위의 표지나 신호를 하여 사람의 생명 또는 신체에 위험을 발생하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다”고 하여 그 구성요건을 분명히 하는 형법개정안⁷⁹⁾이 발의되었으나, 임기만으로 폐기되었는데, 위와 같은 개정이 다시 추진될 필요가 있다.

2) 재물손괴죄 개정

형법 제366조 재물손괴죄 역시 집회에서 스티커나 피켓을 부착하거나 그림, 글씨를 그리는 행위를 했을 때 처벌하는 조항으로 활용되고 있다. 이 역시 일반교통방해죄와 마찬가지로 손괴, 은닉, 기타 방법이라고 하여 그 행위태양이 지나치게 넓고 불분명하기 때문에 발생하는 문제이다.

비교법적으로 보자면 독일 형법 제303조는 “① 위법하게 타인의 재물을 훼손하거나 파괴한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 권한 없이 타인의 재물의 외관을 현저하게 그리고 오로지 일시적이지 않게 변경한 자도 마찬가지이다.”라고 하여 훼손, 파괴, 현저하고 일시적이지 않은 외관 변경으로 행위태양을 한정하고 있다. 우리 형법 역시 이와 같이 재물손괴의 행위태양을 한정함으로써 집회에서의 일시적 행위가 재물손괴로 처벌받지 않도록 해야 한다.

3) 행정 : 경찰행정상 개선방안

평화집회 보장을 위한 법률 개정 외에도 경찰권 행사의 차원에서 국내외 기관의 권고를 고려하여 다음과 같은 개선방안을 제시한다.

첫째, 경찰권 행사에 있어 평화집회의 원칙적 보호를 명확히 해야 한다. 평화집회는 강력한 반대 증거가 없는 한 평화적인 것으로 추정되어야 하며, 일부 참가자의 경미한 질서 위반이나 불일치한 행동만으로 전

79) [2116286] 형법 일부개정법률안(박주민의원 등 10인)

체 집회를 폭력적이라고 간주해서는 안 된다. 이에 따라 법령과 지침에서 경찰력 행사의 기준을 명확히 하고, 해산 요건으로서 ‘직접적이고 명백한 현존 위협’이라는 엄격한 요건을 도입해야 한다. 또한, 신고 요건 미충족 등을 이유로 한 자동적인 불법화 및 과잉대응을 지양하고, 최소 개입의 원칙을 적용해야 한다.

둘째, 형식적 요건을 충족하지 않은 집회에 대해서도 실질적인 평화성이 확인된다면 이를 보장해야 한다. 유엔 모범의정서와 경찰개혁위 권고 모두 비신고 집회에 대한 국가의 보호의무를 강조하고 있으며, 사소한 신고 흠결이 있더라도 비례적이고 유연한 대응이 요구된다. 이에 따라 비신고 평화집회에 대한 별도의 대응지침을 마련하고, 신고내용과 실제 집회 간 차이가 있더라도 실질적 평화성이 유지되는 경우 원칙적으로 보장하는 기준이 필요하다. 이는 경찰의 사전 대응뿐 아니라 현장 판단 및 이후 처리 과정에서도 일관되게 적용되어야 한다.

셋째, 평화집회 참가자에 대한 형사처벌 최소화 및 사후 인권보장 절차를 강화해야 한다. 평화집회에 참여한 시민들에게 교통방해죄 등의 일반 형사법 규정을 일률적으로 적용하는 것은 집회의 자유에 중대한 위축 효과를 초래할 수 있다. 경찰개혁위는 원칙적으로 일반교통방해죄에 의한 내사나 입건을 지양할 것을 권고하였으며, 유엔 모범의정서도 인권침해 발생 시 효과적이고 독립적인 구제절차를 마련할 것을 제시하고 있다. 이에 따라 경찰은 형사입건 최소화를 위한 내부 가이드라인을 마련하고, 사후 대응에 대한 외부 감시 및 피해 회복 시스템을 강화해야 한다.

4 사법 : 교통방해의 죄 적용의 문제

형법 제185조 [일반교통방해] 육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제186조 [기차, 선박 등의 교통방해] 궤도, 등대 또는 표지를 손괴하거나 기타 방법으로 기차, 전차, 자동차, 선박 또는 항공기의 교통을 방해한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

(1) 서설

이미 오래전부터 집회 및 시위에 형법상 일반교통방해의 죄를 적용하여 처벌하는 것에 대하여 비판의 목소리가 계속되어 왔음에도 불구하고, 이러한 잘못된 법적 관행이 여전히 계속되고 있다. 이에 더해 최근에는 기차교통방해의 죄를 적용하여 기소하는 사례까지 발견되고 있다. 형법상 교통방해의 죄를 집회 및 시위에 적용하는 것은 헌법상 집회의 자유 보장에도 어긋나고 해당 형법 규정의 취지에도 맞지 않다. 아래에서는 형법상 일반교통방해의 죄와 기차교통방해의 죄에 관한 규정상의 입법 및 해석의 문제점을

검토하고, 이를 집회 및 시위에 적용하는 것의 문제점을 지적한다. 다만, 후자를 적용한 판례가 아직 없고 해당 규정과 관련된 논의가 충분치 않으므로, 아래에서는 일반교통방해죄를 중심으로 서술한다.

(2) 형법 규정상 구성요건의 검토

일반교통방해죄에 관한 규정인 형법 제185조에서 가장 문제가 되는 부분은 행위태양으로서의 '불통', '기타 방법'의 명확성 및 적절성, 어느 정도의 결과 발생을 요구하는지, 어떠한 법익을 보호하고자 하는지와 관련된 해석론이 될 것이다. 기차 등 교통방해죄에 관한 규정인 형법 제186조에서도 '불통'을 제외한 문제가 모두 동일하게 검토를 요한다.

과거 있었던 헌법재판소의 위헌법률심판⁸⁰⁾에서도 '기타 방법' 및 '교통 방해'의 해석 문제가 쟁점이었고, 헌법재판소는 "교통방해의 유형 및 기준 등을 입법자가 일일이 세분하여 구체적으로 한정한다는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 위와 같은 예시적 입법형식은 그 필요성이 인정될 수 있으며, '기타의 방법'에 의한 교통방해는 육로 등을 손괴하거나 불통하게 하는 행위에 준하여 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 행위를 하여 교통을 방해하는 경우를 의미하는 것으로서 그 의미가 불명확하다고 볼 수 없다."고 하여 '기타 방법'이 명확성원칙에 반하지 않는다고 한 바 있다. 구체적으로는, "이 사건 법률조항에서 개별적 구성요건으로 예시하는 행위는, 육로를 손괴하여 교통을 방해하는 행위와 육로를 불통하게 하여 교통을 방해하는 행위인데, 이는 교통방해를 초래하는 가장 전형적인 행위태양을 예시한 것으로서 교통장애 유발이나 도로안전 침해에 관한 의도가 있고, 그러한 행위로 인하여 직접 교통장애가 발생하거나 교통의 안전이 위협될 수 있는 개연성이 있는지 여부에 중점을 두고 있는 것이다. 따라서 '기타의 방법'에 의한 교통방해 역시 육로 등을 손괴하거나 불통하게 하는 행위에 준하여 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 행위를 하여 교통을 방해하는 경우를 의미하는 것으로 볼 수 있다."고 하였다.

그러나 '손괴', '불통'을 예시로 보아 그에 준하는 행위만을 '기타 방법'에 의한 경우로 해석할 수 있다고 하는 헌법재판소의 근거는 대법원의 해석 관행과 일치하지 않는다는 점에서 자의적인 해석이 가능한 것으로 볼 수 있으며, 따라서 헌법재판소는 명확한 해석 지침을 내려 합헌적 법률해석을 유도하거나 명확성원칙에 반한다는 결정을 내렸어야 한다. 또한 헌법재판소의 논리에 따르더라도 '불통'은 구체적인 행위유형이 될 수 없으며, 어떠한 수단을 사용하여 통행이 불가능하게 된 결과를 의미할 뿐이므로, 형법 제185조는 충분한 예시적 입법을 한 경우에 해당하지 않는다.⁸¹⁾ '육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불

80) 헌법재판소 2010.3.25. 선고, 2009헌가2 결정.

81) 하태훈, "형법 제185조의 법리적 문제점 및 올바른 개정방향", <집회·시위의 자유와 일반교통방해죄의 개정방향> 형법 제185조 개정안 마련을 위한 공청회 자료집, 2011, 56-57면.

통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한'이라고 하는 문언은 그 자체로 정확한 문법에 맞지 않아 명확한 해석을 도출할 수 없으며, 그동안의 해석 관행이나 헌법재판소의 해석처럼 읽어낸다고 하더라도 위와 같은 문제가 존재한다는 점에서 개정되어야 한다. 이에 더해 현행 규정은 지금처럼 이를 소위 불법적인 집회 및 시위 행위에 적용할 수 있는 여지를 주고 있다는 점에서도 구체적인 행위 태양을 적시하여 개정이 이루어질 필요가 있다고 하겠다.

또한 '교통 방해'와 관련하여 헌법재판소는 "「교통방해」는 교통을 불가능하게 하는 경우뿐 아니라 교통을 현저하게 곤란하게 하는 경우도 포함하고, 현실로 교통이 방해된 일이 있거나 공공의 위험이 발생하는 등 구체적으로 어떤 결과가 생긴 것을 필요로 하지 않는다고 볼 것이며, 여기서 교통을 현저하게 곤란하게 하는 경우란 추상적·일반적으로 결정될 수 없는 성질의 것이므로 이에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없다."고 판단하였다. 그러면서, "집회 또는 시위 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당하는지 여부의 문제는 집회나 시위가 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 방법으로 이루어졌는지 여부, 집회나 시위가 이루어진 장소의 특수성과 본래적 용도 및 일반적인 교통의 흐름과 왕래인의 수인가능성 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률 해석·적용의 문제이다."라고 하여, 해당 조항이 집회 및 시위에 적용될 수 있다는 가능성을 인정하였다. 이와 관련하여 헌법재판소의 입장과 같이 '교통을 방해한'에 현실적 침해 결과를 필요로 하지는 않으나, 단순히 교통방해의 결과만이 아니라 그로 인해 사람의 생명·신체에 대한 위하나 재산에 중대한 손해가 발생할 위험은 초래될 것이 요구된다는 견해가 있다.⁸²⁾ 본죄가 사회적 법익에 대한 죄에 위치해 있는 것과 10년 이하의 징역이라는 법정형을 고려하면, 단순히 교통질서를 저해하는 경우를 처벌하기 위한 규정은 아님을 알 수 있다. 더군다나 사법부의 입장대로 일반교통방해죄를 추상적 위험범으로 새기는 경우 처벌의 범위가 지나치게 넓어지는 문제가 있는바, 본죄의 보호법익과 보호의 정도를 종합하여 '교통방해'의 해석을 해야 할 필요가 있다. 이러한 맥락에서 사람 또는 사람의 신체를 이용하여 교통을 방해한 행위는 일반교통방해죄에 해당할 수 없으며, 특히 '단순참가자'의 도로점거 내지 행진을 현저한 교통방해 행위로써 공공의 안전을 해한 경우라고 보는 것은 무리한 해석이라 보는 견해도 중요하게 시사하는 바가 있다.⁸³⁾

82) 배종대, 『형법각론』 제7전정판, 홍문사, 2010, 658면; 신은영, "집회·시위에 대한 형법 제185조 (일반교통방해죄) 적용의 문제점", 안암법학 제37권, 2012, 322면; 이호중, "집회·시위의 자유와 일반교통방해죄 적용의 문제점", 2008년 쏫불 토론회 자료집 「헌법적 관점에서 본 현행 집시법, 일반교통방해죄의 문제점과 개선방향」, 광우병위험감시 및 식품안전을위한국민행동·민주사회를위한변호사모임·인권단체연석회의 공권력감시대응팀·참여연대·한국진보연대, 2014, 56-58면.

83) 조현욱, "차량교통이 통제된 도로에서 진행된 집회·시위에 참가한 사람에 대한 일반교통방해죄 성립 여부", 저스티스 제168호, 2018, 340-341면.

(3) 소결

형법에 교통을 방해하는 행위를 처벌하는 규정을 둔 까닭은 그로 인해 인명 또는 재산상의 피해가 발생할 가능성이 있고, 또 그 규모가 커 법익침해의 위험이 높기 때문에 단지 개인적 법익에 대한 죄로 처벌하는 외에 사회적 법익에 대한 죄로서 그러한 위험을 방지하고 사회안전 및 질서를 도모하고자 하는 것이다. 따라서 그에 이르지 않는 단순한 교통방해 행위는 형법상 가벌성이 없다고 보아야 할 뿐만 아니라, 필요하다면 도로교통법상의 규정에 의해 처리하는 것이 바람직하다. 더구나 집회 및 시위의 경우는 헌법상 특히 보장하고 있는 기본권인 동시에 그 기본권 실현의 방식이 다같이 한 데 모여 큰 목소리를 내는 것인 점에서, 현대 우리 사회에서 그러한 기본권이 (효과적으로) 실현될 수 있는 장소란 교통방해 행위가 이루어지는 곳이 대부분이고, 그렇지 않은 경우까지 포함하여 누군가의 교통을 저해하거나 불편을 끼치지 않고 행해지기가 쉽지 않다. 이러한 기본권의 특성을 고려할 때, 형법상 교통방해의 죄에 관한 규정을 적용하여 집회 및 시위 행위를 규율하고 제어하고자 하는 것은 바람직하지 않으며, 그래서 안 되는 것으로 보아야 할 것이다. 집회 및 시위와 관련하여 법적 제재가 필요한 상황이 발생한다면, 개별적으로 검토하여 대응하면 될 것이고, 단지 집시법 위반⁸⁴⁾ 또는 개별 불법행위 등의 이유를 들어 이를 교통방해의 죄를 적용하는 것은 본죄의 성격에 맞지 않을 뿐더러, 헌법상 집회의 자유 보장을 위해서도 옳지 않다. 백번 양보하여 집회 및 시위에 대해 일반교통방해죄 규정을 적용할 수 있다고 하더라도, 현재 판례의 태도와 같이 집시법상 불법집회를 전제로 하는 것이 아니라 헌법상 보장하는 평화집회인지 여부를 따진 후 그렇지 않은 경우에 한정하여야 할 것이다. 그래야 전체 법질서의 차원에서 헌법상 기본권인 집회의 자유를 최대한 보장하는 통일적인 법집행이 가능해지기 때문이다. 형법상 교통방해의 죄를 개정해야 할 필요성과 별개로 이러한 적용상의 문제는 즉각 시정되어야 한다. 게다가 제186조상의 기차 등 교통방해죄의 경우 이를 일반교통방해죄보다 더 무겁게 처벌하는 이유는 현대사회의 주요 교통기관인 기차 전차 자동차 선박 또는 항공기는 일시에 많은 사람 또는 물건을 수송하므로 그 교통을 방해한 때에는 예견할 수 없는 중대한 위험이 초래될 수 있다는 점을 고려하여 해당 교통기관의 교통안전을 해하는 행위가 더욱 불법이나 위법성이 크기 때문에 형벌이 가중되는 구성요건이라고 하고 있다.⁸⁵⁾ 그렇다는 것은 더욱더 본 죄가 처벌하고자 하는 행위가 사람의 생명·신체나 재산상의 피해를 초래하는 경우를 전제로 하고 있다는 것을 의미하며, 이러한 죄를 집회 및 시위의 경우에 적용하는 것은 현저히 합리성을 잃은 것이라는 지적을 면하기 어려워 보인다.

84) 현행 집시법의 개정 문제는 별론으로 함.

85) 형법주해, 404면.

V. 결론

오늘날 한국 사회에서 집회의 자유는 헌법상 보장된 기본권임에도 불구하고, 실제 집회 현장에서는 자의적인 해석과 과도한 규제로 인해 그 실질적 보장이 제한되고 있는 것이 현실이다. 특히 비폭력 비무장 방식으로 진행되지만 시민들에게 다소 불편함은 준다는 이유로 처벌되고 있는 집회에 대한 법적 평가가 문제된다. 관련하여 국제인권규범과 외국에서 주로 논의되고 있는 이른바 ‘평화집회’의 개념과 적용 사안들은 국내의 법체계와 행정관행을 비판적으로 평가하는 준거점이 될 수 있다. 본 연구는 이러한 문제의식 하에서 평화집회의 개념과 보장방안을 비교법적 연구방법으로 검토하였다. 이를 통해 국제인권법, 해외 판례, 국내 실태, 법령 해석 및 집행 관행 등을 다각도로 검토하여 평화집회의 개념을 분석하고 그 실질적 보장을 위한 조건들을 도출하였다. 연구의 내용을 요약하면 다음과 같다.

평화집회는 무결하고 진공적인 방식의 집회를 의미하지 않는다. 유엔 자유권위원회의 일반논평 제37호는 ‘평화집회’를 집회 참가자의 일부 일탈적 행위나 소음, 불편 등을 이유로 전체가 위법화되어서는 안 된다고 명시하고 있으며, 집회는 원칙적으로 평화적인 것으로 추정되어야 함을 분명히 한다. 즉, 집회 중 발생하는 밀치기, 차량·보행 방해, 불쾌감을 주는 표현 등은 평화성을 침해하는 폭력으로 간주되지 않으며, 평화성을 부정하기 위해서는 물리적 힘의 사용, 재산 파괴, 중대한 신체적 위협 등의 요소가 확인되어야 한다. 또한 일부 참가자의 폭력이나 위법행위는 집회 전체의 평화성을 부정하는 사유가 되지 않으며, 주최자에게 자동으로 책임이 귀속되지 않으며, 국가가 집회 개최를 사전 허가제로 운영하거나, 사전 신고를 하지 않았다는 이유만으로 형사처벌하는 것은 원칙적으로 집회의 자유 침해로 간주된다. 마지막으로 공공장소뿐 아니라 일정한 조건 하에 사유지에서 이루어지는 집회도 보호 대상에 포함된다.

이에 비추어보면 형식적 불법 판단(미신고 등)에 기반하여 집회를 강제로 해산하거나 소수자의 반복적 시위를 사전예방적 이유로 금지 내지 강제 해산하거나 일부 참가자의 위법행위에 대해 주최자의 책임을 전가하거나 사소한 물리적 행사를 폭력으로 간주하는 한국의 집시법과 집회·시위에 대한 경찰의 행정관행은 이에 근본적으로 충돌함을 보여준다. 따라서 이러한 국제 기준을 집시법·형법에 반영하는 동시에, 법 집행기관과 사법부의 인식 개선을 통해 실질적인 변화로 이어가야 할 것이다.

구체적인 개선방안으로는 첫째, 입법적 개선 방안으로 집시법을 전면개정하고 형법 등의 관련 규정(일반교통방해, 손괴)들을 정비할 필요가 있다. 둘째, 행정적 개선방안으로 집회를 사실상 허가제로 운영하는 관행을 폐지하고 시간 및 장소의 제한, 질서유지선을 통한 제한, 과거 전력을 이유로 특정 단체의 집회를 제한하는 관행을 폐지하며, 소수자의 집회에 대해서는 경찰의 적극적 보호 의무 이행이 요구된다. 마지막으로 사법과 관련하여서는 일반교통방해(전차교통방해)에 대한 엄격한 해석이 요청된다.

마지막으로 본 연구의 한계와 후속 연구가 필요한 사항 들을 언급한다. 첫째, 평화집회에 대한 해외 사례 연구를 유엔 및 유럽평의회 등 국제기구 차원, 독일 등 우리가 주로 참조하는 주요국 등의 규범과 사례를 대상으로 하여 진행하였으나, 미주나 아프리카인권보장체계의 사례들도 심층적인 연구가 필요하다. 둘째, 본 연구 설계과정에서 비교법연구를 주로, 질적 연구(활동가 인터뷰)를 보조적 방법으로 채택하였으나, 한국의 현실을 진단하고 그 실천적 해법을 모색하기 위해서는 질적 연구의 대상과 범위(예컨대, 연구자, 경찰관 등)를 확장하여 추가 연구가 이루어질 필요가 있다. 셋째, 경찰행정상의 관행에 대한 연대기적 분석이 필요하다. 집회의 자유는 입법적·사법적 판단 이전에, 행정 실무 특히 경찰의 재량적 판단에 의해 1차적으로 보장되거나 제한된다. 본 연구의 심층 인터뷰 결과에서도 확인되었듯이, 경찰의 집회 대응 방식은 정권의 성격과 경찰 수뇌부의 기조에 따라 크게 달라져 왔다. 이에 따라 향후 연구에서는 정권 교체나 경찰 수뇌부 인사의 변화를 중심으로, 집회에 대한 경찰행정의 실무 관행이 어떻게 변화해왔는지를 연대기적으로 비판적으로 분석하고, 경찰 재량을 민주적 통제의 관점에서 제도화할 방안을 모색할 필요가 있다. 마지막으로, 국가는 국민의 기본권 보장에 대한 헌법적 의무를 지며, 이러한 의무는 집회의 자유에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 즉, 국가는 단순히 집회를 제한하지 않는 소극적 의무에 그치는 것이 아니라, 집회의 자유가 실질적으로 보장될 수 있도록 하는 적극적 의무를 진다. 이러한 국가의 적극적 보장 의무는 유엔 자유권규약을 비롯한 국제인권규범에서도 명시적으로 확인되고 있다. 본 연구는 주로 집회의 자유가 제한되는 현황과 그 문제점에 초점을 맞추었으나, 향후 후속 연구에서는 국가의 집회의 자유에 대한 보장 의무를 보다 적극적인 시각에서 분석하고, 이를 위한 정책적·행정적 조건과 제도적 기반에 대한 구체적인 검토가 필요하다.

[붙임] 활동가 인터뷰

1 인터뷰 개요

○ 대상

- 랑희(인권운동공간 활 상임활동가, 공권력감시네트워크)
- 서창호(대구인권운동연대 상임활동가, 대구시민인권위원회(준))
- 박철균(전국장애인차별철폐연대 상임활동가)

○ 목적

- 집회 현장에서 집회의 자유의 실제 보장 및 제한 상황에 대한 청취
- 평화 집회의 보장방안에 대한 시민사회의 의견 청취

○ 방식

- 사전 공통 질문지 송부 후 온라인 인터뷰

2 공통 질문사항

- (1) 유엔 자유권규약 등에서 보장하는 평화집회는 다소간의 불편등이 수반되는 집회도 보호되는 집회로 보고 있습니다. 한국의 집회시위와 관련해서 평화집회에 해당되지만 불법으로 처벌되는 사례는 어떠한 것이 있습니까?
- (2) 경찰이나 언론 또는 일부 시민들은 적법/불법의 프레임으로 접근하고 있습니다. 따라서 집회란 어떠한 폐도 안끼치는 것이어야 보는 것이라 할 수 있습니다. 그러나 집회의 본질은 일정 이상의 불편을 초래할 수밖에 없습니다. 이러한 한국사회의 인식 하에서 평화집회는 어떠한 의미가 있습니까?
- (3) 최근 상황을 보면 일부 집단이 민주주의를 부정하고자 하는 목적으로 집회의 자유의 권리를 행사하고 있습니다. 따라서 평화집회를 보장한다고 하는 주장은 민주주의를 부정하는 세력의 집회 및 시위의 행사

를 보장하는 효과를 낼 수도 있습니다. 이러한 상황에서 평화 집회의 담론은 어떠한 의의가 있다고 보십니까?

- (4) 많은 학자들은 집회의 자유의 기능 중 하나로 대의정치와 공적 대화공간에서 소외되고 있는 소수자의 공적 의사 및 여론의 형성과 표현의 자유의 보장을 듭니다. 하지만 정작 소수자가 집회를 개최하면 평화 집회임에도 불구하고 일각에서는 이를 폭력적인 것으로 봅니다. 만약 소수자의 평화 집회를 보장하면서 민주주의 부정세력의 집회를 제한하고자 한다면, 양자의 경계는 어떻게 설정되어야 합니까?

3 인터뷰 내용 정리

질문. 유엔 자유권규약 등에서 보장하는 평화집회는 다소간의 불편등이 수반되는 집회도 보호되는 집회로 보고 있습니다. 한국의 집회시위와 관련해서 평화집회에 해당되지만 불법으로 처벌되는 사례는 어떠한 것이 있습니까?

우리 집시법은 평화/비평화의 집회가 아니라 적법/위법으로 집회를 규율한다. 그리고 위법한 집회가 되면 불법으로 처벌된다. 그런데 위법사유를 광범위하게 규율하고 있어 평화집회가 현행법제에서 보호되고 있지 않다고 생각한다.

또 하나 집시법상 위법사유가 광범위하다는 것에 더해 경찰의 위법 판단에 대한 재량이 많다는 점도 지적해야 한다. 현장에서 집시법 위반을 결정하는 것은 결국 경찰이고 경찰이 현장에 위법집회라고 판단하고 이에 해산하라는 등의 조치를 하게 되는데 이에 불응하면 또 그 자체로 불법집회가 되어버리고 만다.

이를 집시법상 사유 하나하나씩 보면서 평화집회가 문제되는 사안들을 짚어보면 다음과 같다. 우선 형식은 신고제이지만 실질은 허가제로 운영되고 있다는 점을 우선 말하고 싶다. 또 1인시위에서 조금만 벗어난 것도 아무런 불편함이나 교통에 장애를 주지 않은 것도 처벌된다. 예컨대 1인시위를 하는 중에 다른 한 사람이 사진을 찍어주거나 옆에서 유인물을 배부하면 1인시위가 아니라고 처벌하고, 광화문광장에서 거리를 둔 3인이 각각 피켓을 들고 있었더니 1인시위가 아니라고 처벌한다.

주거지, 학교, 군사시설, 국회, 외교기관 등 집회 장소에 대한 제한도 문제다. 예외로 두고 있는 규정도 있어 큰 문제가 있다고 할 수도 있지만 집회를 실제로 진행하는 현장에서는 휴일이나 업무를 하지 않을때라고 해서 집회를 허용하거나 하지 않다.

소음과 관련한 규제도 문제이다. 집회라는 것이 다소간의 불편을 초래하는 것은 집회의 본질이고 집단적인 의사를 형성기 등을 이용해서 말하는 것은 어찌보면 당연한 귀결인데 소음 기준을 시행령 방식으로 엄격하게 규제한 다음 소음 기준 위반으로 처벌하고 있다.

질서유지선의 경우도 일방적으로 설정하고, 이에 항의하면 질서유지선 침범하였다는 이유로 불법이 된다.

집시법이 아닌 다른 법률로도 평화집회의 권리를 침해한다. 행진경로를 허락하지 않거나 차선 제한을 과도하게 부과하는 경우도 많다. 예컨대 집회 인원이 100명이 안되면 인도에서 행진하라고 한다. 그런데 사람이 수십명만 모여서 행진해도 인도의 보행자가 불편할 수 밖에 없다. 그래서 도로로 나가면 곧바로 형법상 일반교통방해죄로 처벌한다.

집회를 하는 과정에서 천막을 칠 수도 있는데 그럼 도로법 위반이 되고, 또 차량으로 시위를 하면서 서행운전을 했더니 운전면허를 박탈하고자 시도했던 사례도 있다.

이와 관련해서 지적하고 싶은 것은 이러한 집회의 자유의 보장과 제한에 대한 경찰권의 행사가 정권 또는 경찰 수뇌부의 기조에 따라 크게 바뀐다는 점이다. 예컨대, 2017년 경찰개혁위원회에서는 집회의 자유 파트가 매우 중요한 부분이었고 이와 집회와 관련하여 여러 권고를 했다. 경찰이 집회를 너무 통제 위주로 관리한다. 기본권을 침해한다. 경찰은 집회를 통제의 대상이 아니라 근본적인 인권실현의 관점에서 바라보고 접근하는 패러다임의 변화가 필요하다. 살수차 등 경찰장비의 사용의 절차와 기준과 관련한 지침을 상세히 만들라는 것 역시 이와 같은 취지였다.

주목할 부분은 당시 경찰청이 이 권고를 수용하였다는 점이다. 살수차의 가동연한이 도래한 점도 있었겠지만 살수차를 쓰지 않게 되었고, 관행이나 지침이 변경된 것도 있다. 최루액의 사용도 많이 줄었다. 당시 집회에 대한 당시 엄격한 통제기조가 바뀌었다고 노동조합에서도 많이 이야기했었다.

하지만 집시법 자체가 바뀌지는 못했다. 그리고 코로나19가 있었고 그때부터 다시 집회에 대한 통제가 가해졌고 윤석열 정부 들어서 완전히 기조가 달라졌다. 위에서 말한 소음에 대한 제한의 변화도 이러한 상황과 거의 궤를 같이 한다. 인권경찰을 말하지만 현재 집회의 자유와 관련 인권의 원칙이 준수된다고 생각되지 않는다. (이상 랑희 활동가)

내가 직접 참여하였던 관련 사례로 작년(2024년) 노동절 관련 집회에 대한 형사처벌건을 이야기하고 싶다. 대구에서 2024년 노동절 관련 집회는 2023년과 같은 장소에서 개최되었다. 그런데 2023년의 경우에는 5개 차로를 내어 주어 노동절 행사를 할 수 있었다. 그런데 2024년에는 경찰청 지침과 방침이 바뀌었다고 하였다. 본청 지침이라고 하면서 무조건 1개 차로는 교통 확보를 위해서 차로가 보장되어야 한다고 한다고 하면서 4개 차로만 허용하겠다고 하였다.

그런데 그 장소를 보면 주요도로이기는 하지만 실제로는 교통량이 그리 많지 않다. 거기다 노동절 행사한다고 5천명이 앉아 있는데 그 옆 1개 차로에 차가 다니면 위험하기도 하다.

주최하는 조직측에서는 경찰청의 방침이 이해가 되지 않았다. 같은 도로이고 장소이고 통행량도 엇비슷하다. 그런데 갑자기 방침이 바뀌어서 1개 차로를 줄인 것이다. 납득이 가지 않기 때문에 실제 노동절 행사 과정에서 노동조합의 조합원들이나 간부들과 경찰들 사이에서 실랑이가 벌어졌다. 몸싸움이 벌어진 후 공권력은 스물 세명이나 되는 사람들을 이 건으로 기소하였고, 형사처벌이 벌어졌다.

이 건을 돌아보면, 당초 1개 차로를 차로 통행을 위해 작년에 비하여 줄일 이유가 없었다. 경찰에서도 본청 지침이 바뀌었다는 것 말고 충분한 설명이 없었다. 그렇다 보니 이러한 몸싸움이 벌어진 것이었다. 과정도 문제였고 그에 대한 경찰의 대응도 문제였던 것이다. (이상 서창호 활동가)

매일 아침마다 혜화역에서 진행되는 출근길 지하철 선전전을 대표적인 사례이다. “지하철을 탑니다” 직접 행동이 아니라 혜화역사 내에서 피켓만 들고 서 있는 방식으로 우리의 목소리를 내는 말 그대로 “선전전”이다. 그런데도 경찰과 서울교통공사는 철도안전법 위반이라고 하면서 막고, 때로는 실제로 참여자들의 사지를 들어 강제퇴거를 하기도 한다.

이 출근길 지하철 선전전은 시민들 불편을 초래하는 것도 아니다. 교통의 장애도 없다. 참가자들이 시민들에게 위협을 가하는 것도 없다. 그럼에도 불구하고 막는 것이다. 여기에 저항하면 이 과정에서 신체를 접촉하였던 이유로 추행죄로 고소하는 사례도 있다.

그 외에도 평화집회를 가로막는 사례가 많이 있다. ‘포체투지(주: 오체투지가 불가능한 중증장애인이 기어가며(기어갈 포匍) 행동하는 시민불복종 행동 중 하나)’를 하는 과정에서 스티커를 붙이는 경우도 있는데, 이것을 가지고 재물손괴죄나 경범죄처벌법위반이라고 벌금을 매기는 경우도 있다. 이에 대해서 표현의 자유를 침해한다고 항의하면 기소할 것이라고 현장에서 시민들을 겁박하는 경우도 있다.

며칠 전에는 부산에서 전장연 활동에 지지하는 시민 한분이 지하철에서 스티커를 붙였다가 경찰 조사를 받았다는 연락을 받기도 하였다. 재물손괴죄라는 것이다. 스티커를 붙여서 역의 명판이 훼손되었다는 이유였다.

이러한 통제의 기조는 박근혜 정부 때의 엄정 기조와 비슷하게 느껴지기도 한다 (이상 박철균 활동가)

질문. 경찰이나 언론 또는 일부 시민들은 적법/불법의 프레임으로 접근하고 있습니다. 따라서 집회란 어떠한 폐도 안끼치는 것이어야 보는 것이라 할 수 있습니다. 그러나 집회의 본질은 일정 이상의 불편을 초래할 수밖에 없습니다. 이러한 한국사회의 인식 하에서 평화집회는 어떠한 의미가 있습니까?

기본적으로 평화집회라는 개념이 한국사회에 없다고 생각한다. 즉, 평화의 개념에 대해 오해가 있는 것이다. 평화를 아름답고 사이좋은 것이라고 생각하지만 우리나라에는 엄밀히 말하면 합법과 평화가 구

별되지 않는다. 집시법을 영터리로 만들어놓은 다음 합법집회만이 정당화된다고 한다. 이렇게 하면서도 막상 집회가 왜 중요한 가치인지에 대해서는 사회적 논의가 없다. 그렇다 보니 집시법상 불법이지만 평화집회에일 수도 있다는 사실을 사람들이 이해하지 못한다.

또 평화와 폭력의 해석을 어떻게 하는지도 문제이다. 집회의 가치를 이해한다면 평화는 폭넓게 폭력은 좁게 이해하는 것이 원칙이다. 다시 말해 사람을 불편하게 하고 시끄럽게 하고 불편하게 하는게 집회인 것이다. 이러한 집회의 본질적인 속성을 우리 나라 사람들은 이해하지 않는다.

그럼 왜 사람들은 이해하지 않을까. 집회의 권리와 이것이 왜 중요한지에 대한 교육이 없고, 인식이 없기 때문이다. 집회를 많이 하는 노동조합에 가서 조합원들 대상으로 교육을 해도 마찬가지라는 이야기이다. 집회를 하다가 교통을 방해할 수 있다는 이야기를 하면 그런 줄 몰랐다고 한다.

사회적 인식을 보면, 오히려 집회 때문에 너무 시끄럽다. 더러워졌다. 이런 프레임만 있다. 즉, 집회가 시민의 덕목에서 벗어나 있는 것이다. 이러한 인식은 재생산되며 사람들은 이를 다시 학습한다. 이 영향력이 너무 막강하다고 생각한다.

시민의 덕목은 다른 것이 되어야 한다고 생각한다. 유럽에서 이루어지는 민주시민의 교육 이런 것이 우리나라에는 별로 없다. (이상 랑희 활동가)

우선 불편함을 초래한다고 말할 때 이를 이해하는 방식과 맥락이 다르다고 생각한다. 불편함을 매우 자의적으로 이해할 수도 있다. 이게 뒤의 질문과도 연결이 되기도 한다.

기존에는 경찰이나 언론에서 사회적 소수자의 집회가 가지는 불편함에 대해서 많은 이야기를 했다. 상인들 이야기를 한다던지 소수자의 집회 자체가 혐오스럽다고 하기도 한다. 고통이 증폭된다고도 한다.

즉 불편함을 용인하여야 한다고 말할 때에도 진영의 논리가 작동하는 것이다. 소수자의 집회의 경우에는 그 불편함이 더 심각해지고 과도해진다. 그래서 더 많은 제약이 이루어지는 것이다.

내가 활동하고 있는 대구의 경우가 그렇다. 홍준표 전 대구시장의 공무원 500명을 동원해서 쿼어퍼레이드를 막았던 사례를 보면 소수자에 대한 혐오, 그리고 진영의 논리가 결합한다. (이상 서창호 활동가)

비폭력 저항운동이 이루어질 수 있어야 한다고 생각한다. 폭력시위 이런 프레임은 내가 처음에 활동했던 시기인 효순이미션이 때에도 존재했다. 이러한 프레임들이 집회와 시위의 자유를 제한한다고 생각한다.

이러한 비폭력 프레임은 타인에게 피해를 주면 안된다 이런 시각으로 이어지기도 한다. 오후 5시만 되면 퇴근시간이라고 막는다.

그런데 한번 다시 생각해 볼 필요가 있는게, 한국의 집회와 시위가 정말 폭력적인가? 최근의 탄핵 내란 사태를 보면서 전국적으로 100만명 200만명 모여서 집회 시위를 했지만 정말 큰 폭력사태가 벌어졌나. 외국 트위터를 보면, 한국 너무 얌전히 시위하는 것 아냐? 이정도면 방화 있었어야? 애플 스토어 털렸어야? 하는 것 아니냐 이런 글들도 있다. 실제로는 얌전히 집회를 하는 것이다. (이상 박철균 활동가)

질문. 최근 상황을 보면 일부 집단이 민주주의를 부정하고자 하는 목적으로 집회의 자유의 권리를 행사하고 있습니다. 따라서 평화집회를 보장한다고 하는 주장은 민주주의를 부정하는 세력의 집회 및 시위의 행사를 보장하는 효과를 낼 수도 있습니다. 이러한 상황에서 평화 집회의 담론은 어떠한 의의가 있다고 보십니까?

질문. 많은 학자들은 집회의 자유의 기능 중 하나로 대의정치와 공적 대화공간에서 소외되고 있는 소수자의 공적 의사 및 여론 형성 및 표현의 자유의 보장을 듭니다. 하지만 정작 소수자가 집회를 개최하면 평화집회임에도 불구하고 일각에서는 이를 폭력적인 것으로 봅니다. 만약 소수자의 평화 집회를 보장하면서 민주주의 부정세력의 집회를 제한하고자 한다면, 양자의 경계는 어떻게 설정되어야 합니까?

(설문 3과 4는 함께 답변)

집회의 자유에 대한 과거의 고민은 주로 국가권력에 대한 것이었다. 비국가행위자를 대상으로 하는 것이었다 하더라도 기업이 주었다. 혐의로 무장한 세력들. 어떤 특정한 목표를 갖고 집회를 통해 다른 사람을 괴롭히고 다른 사람에게 고통을 안기는 이러한 해악이 큰 집회는 새로운 고민거리가 되고 있다. 그렇다고 해서 집회의 내용을 기준으로 규제를 할 수 있나. 즉 내용 통제를 할 수 있을까 라고 한다면 그러한 접근은 바람직하다고 생각하지 않는다. 가령, 예전에 극우유튜버들이 전 대통령 사저에 몰려든 적이 있었는데, 이 극우 유튜버들이 사저 앞에 몰려드는 것을 막기 위해 민주당 의원들이 집회를 규제하는 각종 법률안을 낸 적이 있었다. 이러한 접근은 근본적인 문제를 해결하는 것이 아니어서 수용하기 어려웠다.

최근 내가 고민하는 것은 집회의 자유를 보장하는 취지가 무엇일까. 그 근본에서부터 출발하는 것이다. 자유가 무엇을 위해서 행해지는 권리일까. 자유를 위해서 얻고자 하는 것이 무엇일까. 이런 것이다. 만약 집회의 자유를 통해서 얻고자 하는 것이 민주주의의 파괴라면 그리고 다원성을 무너뜨리는 것이라면 이것을 허용할 수 있을까 이러한 고민이다.

이러한 생각의 기본 전제는 자유라는 이름으로 인간의 존엄을 파괴하는 것이라면 이것을 집회를 보호할 수 있느냐는 것이다. 우리가 보호해야 하는 자유와 권리라는 것이 다수로부터 소수의 권리를 보장하

기 위해 있는 것인데, 다수가 소수를 배제하기 위한 것이라면 이것을 권리라고 부를 수 있을까. 이런 생각을 하는 것이다.

그리고 이러한 접근은 집회의 내용 규제라기보다는 집회의 자유에 대한 본질에서부터의 접근이라고 생각한다.

물론 이러한 접근이 규제와 연결하기 위해서는 많은 논의가 필요하다고 생각한다. 규제의 형식으로 나타나면 다른 문제가 될 수 있기 때문이다.

법적 규제가 아닌 다른 규제 - 다양한 공간과 층위에서부터의 다중적 압력 - 가 필요하다. 그중 하나가 차별금지법이 될 수 있고, 학내의 집회에 대한 학생 내부 구성원의 규율이나 국가인권위원회의 권고가 될 수 있을 것이다.

그럼 집회 현장에서는 무엇을 할 수 있을까. 반대집회는 어떻게 하는 상상도 해봤다. 예컨대, 쿼퍼가 있고 쿼퍼 인근에서 쿼퍼 반대집회를 하는 사람들이 있다면 그 옆에서 다시 반대집회를 해보는 것이다. (이상 랑희 활동가)

고민스러운 부분인 것이 사실이다. 추상적으로 들릴 수 있겠지만 평화집회의 논의는 서사와 맥락이 있다. 우리가 평화집회를 어떠한 맥락에서 바라볼 것인지가 중요하다고 생각한다. 그 시대적 상황과 조건에 따라 평화집회라는 것도 달리 생각될 수 있다고 생각한다.

나는 맥락과 조건에 따라 프랑스처럼 평화집회에 물리적 행동도 동반될 수도 있다고 생각한다. 완전한 비폭력 이런 방식의 맥락은 대단히 소극적이라고 생각하며 이러한 관점에서 저항권, 민주주의라는 언어 그리고 집회 자체도 새롭게 재구성될 수 있다고 생각한다.

재구성의 방식으로서는 지역의 사례를 발굴하는 것도 도움이 될 수 있을 것이라 생각한다. 집회의 관리는 경찰청 그리고 서울청의 집회대응지침이나 내규가 전국적으로 많이 퍼진다. 서울 수도권에서 다수의 중요 집회가 많이 일어나니 그럴 수 있다고 생각한다. 하지만 지역에서는 경찰이 서울 수도권보다 집회의 자유를 축소해석해서 과잉대응하는 사례들도 많이 있다. 이러한 사례를 발굴할 필요가 있다.

딱 맞는 예는 아닐 수도 있으나 예전에 이런 일이 있었다. 2006년경에는 야간집회에 대한 제한이 살아있었다. 이 당시에는 일몰이 되면 행진이 불가능했다. 용산참사가 벌어지고 대구에서 용산참사 유가족과 야간 행진을 한 적이 있었다. 용산참사의 부당성을 시민들에게 알리기 위해 처벌을 용인하면서 시위를 한 것이었다. 이때 1심 2심 현재까지 갔고 대법원에서 최종 무죄판결을 받았다. 집시법에는 위법한 것이었지만 집회의 자유가 무엇을 의미하는지를 계속 만들어가는 과정이었다고 생각한다. (이상 서창호 활동가)

답이 있지는 않다. 극우의 시위와 우리의 시위 이에 대해서 경계를 설정한다고 했을 때 눈여겨 봐야 하는 부분은 우선 누군가를 혐오하고 배제하는 것이냐 그렇지 않느냐는 것이라 본다. 극우의 집회는 이러한 시각이 깔려 있다. 전장연을 혐오하고 배제하고 인권영화제를 막고 성소수자 옆에서 장구를 치면서 막는다. 이들의 집회에는 다른 사람들에 대한 평등과 자유의 존중이 없다. 여기서 경계가 정해져야 한다고 생각한다.

그리고 이를 규제하는 제도적 방안으로 헤이트스피치 금지조례나 차별금지법도 대안이 될 수 있다고 생각한다. (이상 박철균 활동가)

기타 답변

경찰의 집회를 관리하고 대응하는 방식에 문제가 많다. 가장 중요한 문제는 잣대가 이중적이고 통일적이지 못하다는 것이다. 퀴어퍼레이드 반대세력의 경우에는 퀴어퍼레이드 옆에서 시위를 할 수 있도록 용인해준다. 신나게 음악을 틀고 방해한다. 이렇게 하면 퀴퍼에 참여하는 사람들에게는 상처가 된다.

휠체어 장애인인 이형숙 대표를 강제퇴거를 할 때 여덟명 열명씩 달라붙고 사람의 어깨를 짓누른다. 이에 대해 저항하면 폭력이라고 몰아세운다. 여성활동가인데도 남성들이 몰려드는 것도 문제다.

경찰의 채증도 문제가 된다. 이 과정에서 싸우게 되는 경우도 많다. 예를 들면 어떠한 문제상황도 아님에도 갑자기 여러 경찰들이 채증장비를 들이밀면서 채증을 하는 경우도 왕왕있다. 수사용으로 채증을 한다고 한다. 하지만 당시는 아무런 일도 일어나지 않았다. 경찰이 서울교통공사의 채증도 용인하는 경우도 있다.

그 외에도 서울교통공사의 대응도 문제가 많다. 지금 기억이 나는 것 중 하나는 장애인의 이동을 원활하게 하기 위하여 만드는 발판을 개조해서 교통공사 직원들의 방패로 만든 일이다. (이상 박철균 활동가)

경찰에 대한 외부적 통제가 필요하지만 이러한 대응과 구조가 정말 쉽지 않다. 내부 지침도 많지만 공개되지 않는다. '인권경찰'이라는 말을 많이 한다. 인권 관련 원칙도 많이 만들었다고 들었다. 경찰청 인권영향평가도 한다. 그런데 이것이 경찰 내부의 행정력 행사에 있어서 중요한 위치에 있는지 알 수 없다. 아무도 쳐다도 안 보는 것이 아닐까 싶다.

경찰행정이라는 것이 기본적으로 인권적이기 쉽지 않다. 무기사용. 이런 것 생각해보면 명확하다. 그래서 외부의 대응과 감시 압박이 필요하지만, 이러한 것이 일어나는 구조는 경찰위원회 정도이다. 인권위원회 권고도 잘 받지 않는다. (이상 랑희 활동가)

〈참고문헌〉

배종대, 『형법각론』 제7전정판, 홍문사, 2010.

김병록, “집회의 자유의 쟁점과 집시법의 개정방향” 조선대 법학논총 제31권 제3호, 2024.

김선일, “국제인권기준에 비춰본 한국의 집회·시위 대응”, 치안정책연구 제32권 제1호, 2018.

-----, “인권친화적 집시법 개정을 위한 제언: 제21대 국회 입법안에 대한 비판적 평가를 중심으로” 경찰법연구 제22권 제2호, 2024.

김중서, 윤희, “평화적 집회의 자유에 관한 지침.” 민주법학 제64호, 2017.

문영화, “유럽인권협약상 ‘합리적 기간 내에 재판을 받을 권리’와 그 실현을 위한 ‘사법의 효율을 위한 유럽위원회 (CEPEJ)’의 활동”, 성균관법학 제35권 제1호, 2023.

신은영, “집회·시위에 대한 형법 제185조 (일반교통방해죄) 적용의 문제점”, 안암법학 제37권, 2012.

송에스터, “아프리카인권체제의 피해자 구제 및 배상제도”, 외법논집 제46권 제1호, 2022.

이부하, “집회의 자유에 대한 헌법적 해석 및 관련법률의 비례성심사” 한양법학 제22권 제2호, 2011.

이육한, “집회의 자유와 헌법적 기능과 보호범위에 관한 연구”, 강원법학 제38권, 2013.

장영수, “집회의 자유의 본질과 복면집회의 헌법적 문제점” 헌법학연구, 제22권 제3호, 2016.

조현욱, “차량교통이 통제된 도로에서 진행된 집회·시위에 참가한 사람에 대한 일반교통방해죄 성립 여부”, 저스티스 제168호, 2018.

최인화, “집회의 자유의 제한에 대한 유럽인권재판소의 일반원칙”, 유럽헌법연구 제40호, 2022.

한상희, “집회 및 시위의 자유 - 그 헌법상 의미-”, 일감법학 제11호, 2007, 30면.

황문규, “유럽인권협약상 집회의 자유와 그 한계- 유럽인권재판소 판례를 중심으로-, 경찰학연구 제9권 제3호, 2009.

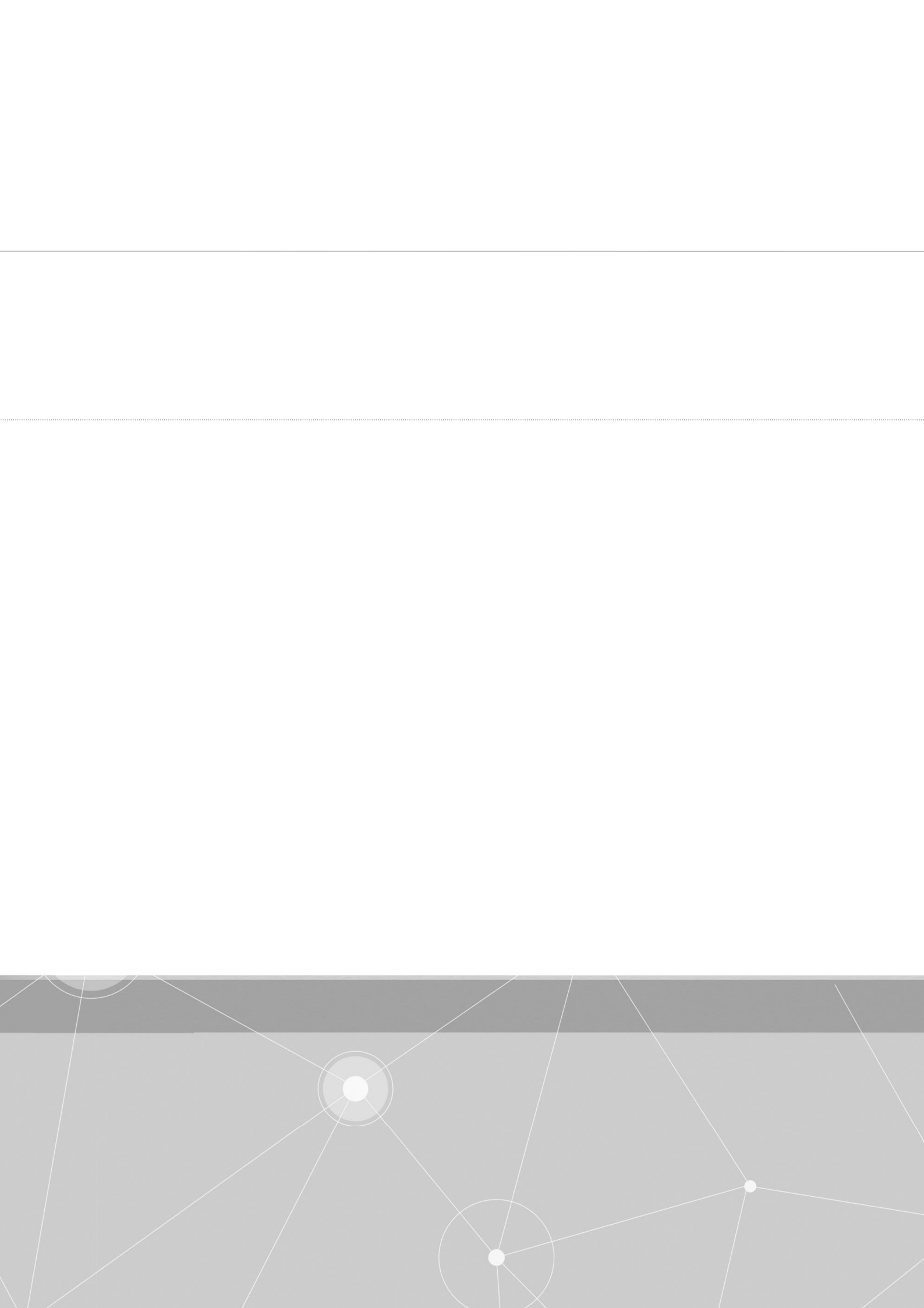
박경래, 황정인, 박노섭, 안정민. “집회·시위에 대한 경찰대응 기준과 개선방안.” 한국형사정책연구원 연구총서 09-13 (2009): 9-41.

정제용. “평화적 집회문화 조성을 위한 대화경찰 역량 강화 방안에 관한 연구.” 울산대학교 산학협력단 연구 보고서 (2021): 1-41.

Columbia University. “Case Law on Peaceful Protests.” Global Freedom of Expression, June 2023.

Gorjanc Prelević, Tea, and Šljukić, Stefan. Freedom of Peaceful Assembly in the Case Law of the European Court of Human Rights. Podgorica: Human Rights Action, 2020.

OSCE/ODIHR, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, 2nd ed. (2010).



외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준 연구

이상현 (공익법단체 두루)
강민경 [법무법인(유한) 지평]
강성준 (천주교인권위원회)
고효정 [법무법인(유한) 지평]
김명혁 [법무법인(유한) 지평]
김민주 [법무법인(유한) 지평]
염주민 [법무법인(유한) 지평]
전수윤 (소수자난민인권네트워크)
최초록 (공익법단체 두루)

제1장 들어가며

제1절 연구의 필요성 및 목적

“구금시설을 보면 그 나라의 진정한 모습을 알 수 있다. 한 나라를 판단하는 기준은 상류층이 아니라, 가장 낮은 곳에 있는 사람을 대하는 방식이 되어야 한다.”

- 넬슨 만델라

한 사회의 인권실상은 가장 소외받고 고통받는 사람들을 보면 알 수 있다. 그 기준으로 보았을 때 우리 사회의 인권상황은 아직 많이 열악하다. 단적으로, 외국인보호시설에 구금된 이주민들을 보면 알 수 있다.

외국인보호시설에는 매년 3만 명의 이주민이 구금된다. 말은 ‘보호소’이지만, 실질은 단속된 외국인을 본국으로 송환할 때까지 무기한 구금하는 ‘수용소’이다. 그곳의 사람들은 철창으로 둘러싸인, 1인당 2평도 안 되는 방에 갇혀 살고 있다. 외부로 나가는 것은 물론, 하루 30분의 운동시간을 제외하면 방 밖으로 나가는 것도 허락되지 않는다. 길게는 5년까지 구금된 사람도 있고, 세 살배기 아이까지도 예외없이 갇히고 있다.

이처럼 열악한 환경에 구금된 이주민들을 위해서 ‘인권의 기준’을 세우는 것은 이들의 인권을 보호하는 데에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다. 인권의 기준을 수립하여야 인권침해를 예방할 수 있고, 장기적·점진적으로라도 인권 상황을 개선할 수 있기 때문이다.

모든 구금시설에서는 인권침해가 발생할 수밖에 없다. 구금된 사람의 처우는 전적으로 구금시설을 운영하는 사람의 판단에 달려있어 운영의 미흡은 인권침해로 직결될 수 있기 때문이다. 또한 인권침해가 있다고 하더라도 외부로 이러한 사실이 알려지기 어렵기 때문에 문제는 쉽게 시정되지 않는다. 바로 이러한 이유에서 국제사회는 만델라 규칙(유엔 「피구금자 처우에 관한 최저기준규칙」) 등을 제정하여 구금시설의 처우에 관한 기준을 수립해왔다.

그런데 이러한 논의는 교정시설을 중심으로 이루어졌고, 외국인보호시설(이주구금시설)에 관한 논의

는 활발하지 않았다. 예를 들어 해외에서는 구금처우의 기준을 망라한 ‘Making standards work(번역서명: 국제 피구금자 처우준칙)’나 ‘Monitoring places of detention(번역서명: 수용시설 모니터링 실무가이드)’ 등이 집필되었고 국내에도 번역된 바 있으나 이러한 문헌들은 교정시설을 중심으로 작성되어 있다. 외국인보호시설의 경우 내국인과 언어, 문화적인 차이가 존재하고, 난민심사나 출입국 관련 쟁송과 연결되어 있다는 특수성이 있기 때문에, 독자적인 인권기준이 논의될 필요가 있다.

한편, 한국의 국가인권위원회는 설립 이후로 외국인보호시설에 대한 방문조사를 꾸준히 실시해왔고, 이를 토대로 여러 권고를 내려왔다. 법원과 헌법재판소도 외국인보호시설 내 피구금자의 인권과 처우에 관해 여러 판결들을 내린 바 있다. 또한 시민사회와 변호사단체도 여러 차례 외국인보호시설에 대한 모니터링을 실시하고, 인권적인 개선방안을 제시한 바 있다. 이러한 판결, 결정, 보고서, 권고문 등이 수십 년에 걸쳐서 축적됨에 따라, 이들을 체계적으로 정리할 필요도 생기게 되었다. 나아가, 국제인권법과 해외의 모범적인 사례에 대해 연구를 함으로써 기존의 논의보다 더 인권적이면서도 이론적 깊이가 있는 처우의 기준을 제시하는 작업이 필요하게 되었다.

본 연구는 바로 이러한 배경에서 추진되었다. 본 연구는 외국인보호시설에 구금된 이주민의 처우에 관한 여러 법령과 인권기준, 판결과 결정, 보고서와 정책제안, 해외의 인권적 모범사례들을 정리하고, 이를 토대로 <외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준(안)>을 제안하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구는 외국인보호시설 내 처우 전반을 다룬다. 전통적으로 구금시설 인권기준의 주된 주제가 되는 물리적 환경, 시설 내 처우와 활동, 의료와 건강, 외부교통, 소수자 인권, 질서유지 과정에서의 인권 침해 방지, 권리구제절차 등을 검토한다. 나아가, 구금의 장기화 방지나 통번역 등 다른 구금시설과 구분되는 외국인보호시설만의 고유한 주제들에 대해서도 다룬다.

다만 본 연구의 범위에 외국인보호시설 내 처우에 관한 모든 주제가 다 포함되지는 않는다. 앞서 소개한 물리적 환경 등 대주제 안에는 여러 소주제들이 있을 것이나, 본 연구에서는 그 중 한국의 외국인보호시설에서 최근 인권적으로 쟁점이 많이 되고 있는 소주제들만 선별하였다. 이에 따라 물리적 환경의 대주제 안에서, 수용거실이나 온도 및 습도, 식사 등의 주제는 본 연구의 범위에 포함되었지만, 의복, 침대와 침구, 채광 등의 주제는 본 연구에서 다루지 못하였다. 하지만 이는 본 연구에서 다루어지지 않은 주제들이 인권적으로 중요하지 않다는 것을 뜻하지는 않는다. 연구인원과 연구기간의 제약 속에서 진행된 본 연구가 가지고 있는 한계로 인하여 해당 주제들을 이번에 다루지 못한 것일 뿐이며, 이 주제들에 대해서도 차제에 깊이 있는 논의가 이루어질 필요성은 크다. 오히려 본 연구를 일부의 선별된 주제만을 다룬 미완의 연구로 보는 것이 타당할 것이다.

쟁점화되고 있는 주제들은 대체로 최근의 시민사회 실태조사보고서와 국가인권위원회 결정례를 중심으로 추출하였다. 또한 관련 인권활동가와 구금된 이주민 당사자에 대한 인터뷰를 통해서 문헌으로 추출된 쟁점들이 실무에 부합하는 것인지를 보충적으로 확인하였고, 이를 통해서 추가적인 쟁점들을 확인할 수 있었다. 이와 같이 추출된 쟁점들은 아래 제2장의 각 목차에서 ‘가. 쟁점’ 부분에 정리되어 있다.

각 쟁점에 대해서는 여러 법령과 인권기준, 판결과 결정, 보고서와 정책제안, 해외의 인권적 모범사례들을 폭넓게 조사하였다. 이러한 조사내용은 아래 제2장의 각 목차에서 ‘나. 검토기준’ 부분에 정리되어 있다.

그리고 조사한 내용들을 종합적으로 검토하고, 이를 토대로 최종적인 인권기준을 도출하였다. 이때의 결론은 ‘인권기준’과 같은 규범의 형식으로 제시하고자 하였다. 이러한 내용은 아래 제2장의 각 목차에서 ‘다. 검토’와 ‘라. 소결’ 부분에 정리되어 있다.

이하에서는 제2장에서 각 주제별로 인권기준을 살펴본 후 제3장에서 이를 종합하여 <외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준(안)>을 제안하겠다.

제2장 외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준

- 쟁점별 검토

제1절 물리적 환경

1. 수용거실

1. 적절한 수용거실 공간 보장

가. 쟁점

국가인권위원회는 2021년 외국인보호시설 방문조사 후 권고에서 “외국인보호시설 내 1인당 기준면적을 준수하고, 코로나19와 같은 감염병 상황에서 과밀수용으로 인해 인간의 존엄과 가치 등이 침해되지 않도록 보호해제 및 보호일시해제를 적극 검토할 것”을 법무부장관에게 권고한 바 있다.¹⁾

정부가 코로나19 팬데믹 종식 이후 그동안 자제하던 ‘불법체류 외국인’ 단속을 확대하면서 보호외국인²⁾의 수가 외국인보호시설의 적정 수용인원을 초과하고 있다는 우려가 제기되었다. 언론보도에 따르면, 보호외국인의 수는 코로나19 팬데믹 기간에는 △2020년 13,429명, △2021년 10,476명, △2022년 12,102명을 기록하다가 팬데믹 종식 이후에는 △2023년 38,636명, △2024년 34,735명으로 급증했다.³⁾

1) 국가인권위원회 2022. 4. 15.자 “2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고” 결정. [이하 “국가인권위원회 2021년 방문조사 권고”]

2) 보호시설에 보호되어 있는 외국인을 출입국관리법은 “피보호자”로, 외국인보호규칙은 “보호외국인”으로 지칭하고 있다. 이하에서는 법령을 그대로 기재할 때 외에는 ‘보호외국인’으로 쓴다.

3) 세계일보, “[단독] 보호 외국인 과밀에… ‘일시 해제’ 활용 목소리”, <https://www.segye.com/newsView/20241124509130> (2024. 11. 24.).

한편, 법무부는 2024. 4. 15. ~ 6. 30.(77일간) ‘1차 불법체류 외국인 정부합동단속’을 시행하여 불법체류 외국인 10,756명을 단속했다.⁴⁾ 이어 2024. 9. 30. ~ 11. 30.(62일간)에는 ‘2차 불법체류 외국인 정부합동단속’을 시행하여 불법체류 외국인 8,476명을 단속했다.⁵⁾

이처럼 정부가 미등록 외국인에 대해 정기적으로 합동단속을 함에 따라 외국인보호시설의 입소 인원은 일시적으로 급격하게 증가할 가능성이 있는 반면, 체불임금이나 여권 미발급, 난민신청 등의 사유로 출국하지 못하는 장기보호외국인의 수는 누적되므로, 특히 합동단속이 집중되는 시기에 외국인보호시설의 과밀수용 정도가 악화될 가능성이 높다.

이에 아래에서는 외국인보호시설에서 보호외국인 1인당 수용 면적의 적정성에 관한 인권기준을 검토한다.

나. 검토기준⁶⁾

○ 관련 법령

대한민국헌법⁷⁾ 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

출입국관리법 제56조의3(피보호자 인권의 존중 등) ①피보호자의 인권은 최대한 존중하여야 하며, 국적, 성별, 종교, 사회적 신분 등을 이유로 피보호자를 차별하여서는 아니 된다.

② 남성과 여성은 분리하여 보호하여야 한다. 다만, 어린이의 부양 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 피보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인인 경우에는 특별히 보호하여야 한다.

1. 환자
2. 임산부
3. 노약자
4. 19세 미만인 사람
5. 제1호부터 제4호까지에 준하는 사람으로서 지방출입국·외국인관서의 장이 특별히 보호할 필요가 있다고 인정하는 사람

④ 제3항에 따른 보호를 위한 특별한 조치 및 지원에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정한다.

4) 법무부 보도자료, “법무부, ‘24년 1차 불법체류 외국인 정부합동단속, 약 1만 8천명 출국조치”, 법무부 출입국·외국인정책본부 이민조사과, <https://www.korea.kr/docViewer/skin/doc.html?fn=a22f348c6f4f3d2fbb434a2310785996&rs=/docViewer/result/2024.07/12/a22f348c6f4f3d2fbb434a2310785996> (2024. 7. 12.).

5) 법무부 보도자료, “법무부, ‘24년 2차 불법체류 외국인 정부합동단속 실시 약 1만 8천명 출국조치”, 법무부 출입국·외국인정책본부 이민조사과, https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1734570122006100 (2024. 12. 19.).

6) 이하에서는 관련 법령 > 관련 판결례 > 관련 국제인권기준 > 관련 국가인권위원회 결정례 > 관련 해외 입법례 > 관련 해외 판결례 > 관련 해외 사례 순으로 작성하였다.

7) 이하 “헌법”

외국인보호규칙 제19조(위생) ① 청장등은 항상 보호외국인의 위생에 힘써야 하며, 보호시설의 시설 및 물품과 그 밖의 생활환경을 깨끗이 유지하도록 하여야 한다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률⁸⁾ 제4조(인권의 존중) 이 법을 집행하는 때에 수용자의 인권은 최대한으로 존중되어야 한다.

제6조(교정시설의 규모 및 설비) ① 신설하는 교정시설은 수용인원이 500명 이내의 규모가 되도록 하여야 한다. 다만, 교정시설의 기능·위치나 그 밖의 사정을 고려하여 그 규모를 늘릴 수 있다.

② 교정시설의 거실·작업장·접견실이나 그 밖의 수용생활을 위한 설비는 그 목적과 기능에 맞도록 설치되어야 한다. 특히, 거실은 수용자가 건강하게 생활할 수 있도록 적절한 수준의 공간과 채광·통풍·난방을 위한 시설이 갖추어져야 한다.

③ 법무부장관은 수용자에 대한 처우 및 교정시설의 유지·관리를 위한 적절한 인력을 확보하여야 한다.

형집행법 시행령 제12조(현황표 등의 부착 등) ① 소장은 수용자거실에 면적, 정원 및 현재인원을 적은 현황표를 붙여야 한다.

② 소장은 수용자거실 앞에 이름표를 붙이되, 이름표 윗부분에는 수용자의 성명·출생연도·죄명·형명(刑名) 및 형기(刑期)를 적고, 그 아랫부분에는 수용자번호 및 입소일을 적되, 윗부분의 내용이 보이지 않도록 해야 한다.

③ 소장은 수용자가 법령에 따라 지켜야 할 사항과 수용자의 권리구제 절차에 관한 사항을 수용자거실의 보기 쉬운 장소에 붙이는 등의 방법으로 비치하여야 한다.

○ 관련 판결례

헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정

수형자가 인간 생존의 기본조건이 박탈된 교정시설에 수용되어 인간의 존엄과 가치를 침해당하였는지 여부를 판단함에 있어서는 1인당 수용면적뿐만 아니라 수형자 수와 수용거실 현황 등 수용시설 전반의 운영 실태와 수용기간, 국가 예산의 문제 등 제반 사정을 종합적으로 고려할 필요가 있다. 그러나 교정시설의 1인당 수용면적이 수형자의 인간으로서의 기본 욕구에 따른 생활조차 어렵게 할 만큼 지나치게 협소하다면, 이는 그 자체로 국가형벌권 행사의 한계를 넘어 수형자의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다.

이 사건의 경우, 성인 남성인 청구인이 이 사건 방실에 수용된 기간 동안 1인당 실제 개인사용가능면적은, 2일 16시간 동안에는 1.06㎡, 6일 5시간 동안에는 1.27㎡였다. 이러한 1인당 수용면적은 우리나라 성인 남성의 평균 신장인 사람이 팔다리를 마음껏 뻗기 어렵고, 모로 누워 ‘칼잠’을 자야 할 정도로 매우 협소한 것이다. 그렇다면 청구인이 이 사건 방실에 수용된 기간, 접견 및 운동으로 이 사건 방실 밖에서 보낸 시간 등 제반 사정을 참작하여 보더라도, 청구인은 이 사건 방실에서 신체적·정신적 건강이 악화되거나 인격체로서의 기본 활동에 필요한 조건을 박탈당하는 등 극심한 고통을 경험하였을 가능성이 크다. 따라서 청구인이 인간으로서 최소한의 품위를 유지할 수 없을 정도로 과밀한 공간에서 이루어진 이 사건 수용행위는 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다.

[재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 보충의견]

교정시설의 수용환경, 특히 1인당 수용면적은 수형자의 인권을 보장하고 교정의 최종 목적인 재사회화를 달성하기 위한 물적 토대이자 가장 기본적인 조건이 된다. 그러나 위와 같은 헌법과 형집행법 및 국제규범의 규정에도 불구하고, 형집행법을 비롯한 관련 법령은 교정시설에 정원을 초과하여 수용하는 것을 직접적으로

8) 이하 “형집행법”

금지하는 규정이나 수형자 1인당 최소수용면적에 관한 규정을 두고 있지 않으며, 과밀수용된 수형자들은 열악한 환경에서 인간으로서 최소한의 품위조차 지키기 어려운 생활을 강요당하고 있는 실정이다. 앞서 본 바와 같이 예측이나 통제가 불가능한 수용인원의 증감변동, 예산확보의 어려움 및 넘비현상 등과 같은 현실적 어려움을 고려하지 않을 수 없으나, 국가는 수형자가 신체적·정신적 건강을 유지하고 인간이라면 누구나 가지는 인격체로서의 기본 생활을 향유할 수 있는 1인당 최소수용면적을 보장하여야 한다.

대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다266771 판결

교정시설 수용행위로 인하여 수용자의 인간으로서의 존엄과 가치가 침해되었는지는 수용 거실의 수용자 1인당 수용면적, 수용자에게 제공되는 의류, 침구, 음식, 식수 및 기타 영양 상태, 채광·통풍·냉난방 시설 및 기타 위생시설의 상태, 수용자가 거실 밖에서 자유로이 운동하거나 활동할 수 있는 시간과 장소의 제공 정도, 교정시설의 의료 수준 등 수용자의 수용 환경에 관한 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 그런데 수용자가 하나의 거실에 다른 수용자들과 함께 수용되어 거실 중 화장실을 제외한 부분의 1인당 수용면적이 인간으로서의 기본적인 욕구에 따른 일상생활조차 어렵게 할 만큼 협소하다면, 그러한 과밀수용 상태가 예상할 수 없었던 일시적인 수용률의 폭증에 따라 교정기관이 부득이 거실 내 수용 인원수를 조정하기 위하여 합리적이고 필요한 정도로 단기간 내에 이루어졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 자체로 수용자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다고 봄이 타당하다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 「피구금자 처우에 관한 최저기준규칙」⁹⁾

제12조 ① 취침설비가 각 방에 설치되어 있을 경우, 개개의 피구금자마다 야간에 방 한 칸이 제공되어야 한다. 일시적인 과잉수용 등과 같은 특별한 이유로 중앙교정당국이 이 규정에 대한 예외를 둘 필요가 있을 경우에도 방 한 칸에 2명의 피구금자를 수용하는 것은 바람직하지 않다.

② 공동침실이 사용되는 경우에는 그 환경에서 서로 원만하게 지낼 수 있는 피구금자를 신중하게 선정하여 수용하여야 한다. 이 경우에는 시설의 성격에 맞추어 야간에 정기적인 감독이 수행되어야 한다.

제13조 피구금자가 사용하도록 마련된 모든 거주설비, 특히 모든 취침 설비는 기후상태와 특히 공기의 용적, 최소건평, 조명, 난방 및 환기에 관하여 적절한 고려를 함으로써 건강유지에 필요한 모든 조건을 충족하여야 한다.

제113조 미결수용자는 기후에 따라 상이한 지역적 관습이 있는 경우를 제외하고는 개별 거실에서 혼자 자야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2022. 4. 15.자 “2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고” 결정

외국인보호시설 내 1인당 기준면적을 준수하고, 코로나19와 같은 감염병 상황에서 과밀수용으로 인해 인간의 존엄과 가치 등이 침해되지 않도록 보호해제 및 보호일시해제를 적극 검토할 것.

9) 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(넬슨 만델라 규칙) United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners(the Nelson Mandela Rules) [이하 “유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙”]. 본 규칙은 1955년 8월 30일 제네바에서 개최된 제1차 범죄예방 및 범죄자 처우에 관한 유엔회의에서 채택되었고 1957년 7월 31일 유엔 경제사회이사회 결의 663 C(24)로서 승인되었다. 1977년 5월 13일 유엔 경제사회이사회 결의 2076(62)에서 제95조가 새로 추가되었고, 2015년 12월 17일 국제연합 총회 결의로 전면 개정되었다. 국문 번역본은 국가인권위원회 국제인권정보시스템, <https://uhr.humanrights.go.kr/pub/uhrstd/1123> 참조.

다. 검토

헌법재판소는 구치소 내 과밀수용행위 위헌확인 사건에 대한 위헌 결정에서 “헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치는 국가가 형벌권을 행사함에 있어 사람을 국가행위의 단순한 객체로 취급하거나 비인간적이고 잔혹한 형벌을 부과하는 것을 금지하고, 행형(行刑)에 있어 인간 생존의 기본조건이 박탈된 시설에 사람을 수용하는 것을 금지한다. 구금의 목적 달성을 위하여 필요최소한의 범위 내에서는 수형자의 기본권에 대한 제한이 불가피하다 하더라도, 국가는 어떠한 경우에도 수형자의 인간의 존엄과 가치를 훼손할 수 없다”라고 판단한 바 있다.¹⁰⁾

헌법재판소는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등과 같이 단순히 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권 주체가 될 수 있다고 하여 인간의 권리에 대하여는 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정한 바 있음¹¹⁾을 감안하면, 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치는 국가가 행정권을 행사함에 있어 외국인을 국가행위의 단순한 객체로 취급하여 인간 생존의 기본조건이 박탈된 시설에 외국인을 수용하는 것을 금지한다고 봐야 할 것이다. 따라서 강제퇴거대상 심사결정(「출입국관리법」¹²⁾ 제51조)과 강제퇴거명령(출입국관리법 제63조)의 효율적 집행을 위한 일시적 구금이라는 보호의 목적 달성을 위하여 필요최소한의 범위 내에서는 보호외국인의 기본권에 대한 제한이 불가피하다 하더라도, 국가는 어떠한 경우에도 보호외국인의 인간의 존엄과 가치를 훼손할 수 없음은 분명하다.

이를 위해 외국인보호시설은 보호외국인의 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위해 적절한 환경과 조건을 갖추어야 한다. 그런데 외국인보호시설의 수용면적, 관리인원의 수 등 제반 사정에 비추어 적정한 수를 초과하는 수용인원이 보호시설에 수용되는 이른바 ‘과밀수용’의 경우, 보호시설의 위생상태가 불량하게 되어 보호외국인 간에 질병이 퍼질 가능성이 높아지고, 관리인원이 부족하게 되어 보호외국인의 접견·운동을 제한하게 되거나 음식·의료 등 서비스가 부실해질 수 있으며, 보호외국인들의 처우불만이 제대로 해소되지 못하고 보호외국인 간 긴장과 갈등이 고조됨으로써 싸움·폭행·자살 등 사고가 빈발하게 될 수 있다. 또한 과밀수용은 보호시설에서 근무하는 공무원들에게 과도한 직무를 부과하고 심리적 부담을 갖게 하여 직무수행능력에 악영향을 미칠 수도 있다. 이와 같이 외국인보호시설의 과밀수용은 보호외국인의 인간의 존엄과 가치를 훼손함은 물론 시설의 질서유지에 부정적 영향을 주고 보호역량을 저하시켜, 결국 보호의 목적 달성을 저해하게 한다.

10) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정.

11) 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 99헌마494 결정; 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가29 결정.

12) 이하 “출입국관리법”.

교정시설의 경우, 위 헌법재판소 위헌 결정에서 헌법재판관 4인(박한철, 김이수, 안창호, 조용호)은 보충의견을 통해 “형집행법을 비롯한 관련 법령은 교정시설에 정원을 초과하여 수용하는 것을 직접적으로 금지하는 규정이나 수형자 1인당 최소수용면적에 관한 규정을 두고 있지 않으며, 과밀수용된 수형자들은 열악한 환경에서 인간으로서 최소한의 품위조차 지키기 어려운 생활을 강요당하고 있는 실정”이라고 지적한 바 있다.

국가인권위원회도 ‘교정시설 수용자의 인권 보호를 위한 형집행 관련 법령 개정 권고’에서 “교정시설 내 수용자가 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 공간을 확보하는 것은 교정의 최종 목적인 재사회화를 달성하기 위한 가장 기본적인 조건이자 기본권 실현과 관련된 본질적인 사항에 해당하므로 기본권 제한에 관한 법률유보 원칙에 따라 국내 교정시설 수용 사정, 해외 각국의 사례 등을 고려하여 1인당 적정한 수용 면적을 법령에 규정할 필요가 있다”라고 판단한 바 있다.¹³⁾ 또한 위원회는 “독일의 「행형법 (Strafvollzugsgesetz)」 제146조 제1항은 “구금실에는 허용된 숫자 이상의 인원이 수용되어서는 아니 된다”라고 규정하고 있고, 제2항은 “이에 대한 예외는 단지 일시적으로 감독관청의 동의에 의해서만 허용된다”라고 규정하고 있다”며 “독일의 「행형법」 제146조를 참고하여 형집행법령에도 원칙적으로 과밀수용을 금지하는 명시적인 규정을 두고 극히 제한적인 상황에 대해서만 예외를 허용하도록 규정하여야 한다”라고 판단한 바 있다.¹⁴⁾

법무부는 위 권고 결정에 대해 회신한 이행계획에서 “지속적으로 1인당 기준 면적을 상향해 왔고, 수용자 1인당 면적에 대해 국제적으로 정해진 기준이 없는바, 이와 관련한 기준 면적을 법률에 규정할 필요성은 없고, 과밀수용 금지 원칙을 명시하는 경우 각종 국가배상소송이 제기될 우려가 있다”고 주장했다. 국가인권위원회는 위 법무부 회신에 대해 “인권위가 법무부의 내부 지침에 불과한 1인당 수용 면적 관련 기준을 법령에 규정하여 대외적 구속력을 확보할 것을 주문한 것은 과밀수용이 위생·의료, 교정사고, 개별 처우 저해, 미결수용자 처우 제한 등 각종 교정 문제를 유발하는 원인이 되기 때문이었다. 또한, 대법원 판결을 통해 과밀수용의 국가배상 책임이 현실화된 상황에서 과밀수용 금지 조항의 신설이 각종 소송의 단초로 작용한다고 볼 것이 아니라 교정시설 수용자의 인권을 보장하기 위한 최소한의 안전장치라고 보아야 할 것”이라고 지적하며 법무부의 불수용 사실을 공표한 바 있다.¹⁵⁾

외국인보호시설의 경우 ‘보호외국인 1인당 기준 면적’의 산출 근거는 「법무시설기준규칙」에 따라 1인당 6.6㎡(샤워실 포함)¹⁶⁾로 알려져 있으나, 「법무시설기준규칙」은 행정규칙으로 행정부 내부에서만 효

13) 국가인권위원회 2024. 2. 15.자 “교정시설 수용자의 인권 보호를 위한 형집행 관련 법령 개정 권고” 결정.

14) 국가인권위원회, 위 결정.

15) 국가인권위원회 보도자료, “「형집행법」전면 개정 권고 대부분 불수용”, 인권정책과 (2025. 1. 24.).

16) 다만, 「법무시설기준규칙」은 “국가중요시설인 법무시설 정보가 포함돼 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다”는 이유로 비공개되어 있다. 경향신문, “[단독]수형인·난민·이주민 권리는 법무부 내규에 숨겨져 있다”, <https://www.khan.co.kr/article/202011110600015> (2020. 11. 11.) 참조.

력을 가질 뿐 대외적인 구속력은 없는 실정이다. 교정시설과 마찬가지로 외국인보호시설의 경우에도 보호외국인이 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 공간을 확보하는 것은 시설의 목적을 달성하기 위한 가장 기본적인 조건이자 기본권 실현과 관련된 본질적인 사항에 해당하므로 기본권 제한에 관한 법률유보 원칙에 따라 1인당 적정한 수용 면적을 법령에 규정할 필요가 있다.

1인당 적정 수용 면적의 구체적인 수치를 정할 때는, 법무부가 수용정원 산정 시 사용하는 ‘보호외국인 1인당 기준 면적’인 6.6㎡ 보다는 넓게 규정해야 할 것이다. 취침 시 보호외국인이 실제로 사용할 수 있는 면적은 △샤워실 등 면적을 포함한 6.6㎡ 보다 좁을 수밖에 없고, △보호거실의 벽, 기둥 등의 중심선을 기준으로 한 수평투영면적에 비해 좁을 수밖에 없으며, △보호거실 내부에 보관함이 있을 경우 더 좁아지며, △보호거실 내부에 침상이 따로 있는 경우에는 침상 외 공간의 면적은 제외되기 때문이다.

한편, 정부의 미등록 외국인 정기 합동단속 시기에 과밀수용 정도가 악화될 가능성이 높으므로, 외국인보호시설의 수용 능력을 고려하여 단속 목표치를 합리적으로 조정해야 한다.

이에 더해 외국인보호시설에서 행정권의 자의적 행사를 방지하고 명확한 법적 기준을 제시함으로써 과밀수용의 위법성 여부를 예측할 수 있도록 △원칙적으로 정원을 초과하는 인원의 수용을 금지하고, △일시적으로 입소 인원이 폭증하여 상급기관의 허가를 받은 극히 제한적인 상황¹⁷⁾에서만 그 예외를 허용하는 규정을 출입국관리법에 명시할 필요가 있다.

한편, 보호외국인의 알 권리와 재판청구권을 보장하기 위해 보호실별 정원과 면적, 현재인원을 보호거실 벽면 등에 게시할 필요가 있다. 교정시설의 경우, 형집행법 시행령 제12조는 “소장은 수용자거실에 면적, 정원 및 현재인원을 적은 현황표를 붙여야 한다”라고 규정하고 있다.

라. 소결

- ✓ 보호외국인 1인당 적정한 수용 면적을 법령에 규정하고, 그 수치는 1인당 6.6㎡ 이상으로 규정해야 한다.
- ✓ 외국인보호시설의 수용 능력을 고려하여 미등록 외국인 단속 목표치를 합리적으로 조정해야 한다.
- ✓ 원칙적으로 외국인보호시설에서 정원을 초과하는 인원의 수용을 금지하고, 일시적으로 입소 인원이 폭증하여 상급기관의 허가를 받은 극히 제한적인 상황에서만 그 예외를 허용하는 규정을 두어야 한다.
- ✓ 보호실별 정원과 면적, 현재인원을 보호실 벽면 등에 게시해야 한다.

17) 독일 행형법(StVollzG) 제146조는 수용실에 허용된 인원 이상을 수용할 수 없도록 하고, 이러한 규칙에 대한 예외는 일시적으로만 허용되며 감독 기관의 동의가 있어야 한다고 규정하고 있다.

2. 독거수용의 원칙 준수

가. 쟁점

「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 “형집행법”)은 독거수용의 원칙¹⁸⁾을 규정하고 있다. 반면, 「외국인보호규칙」(이하 “외국인보호규칙”)은 혼거수용을 전제하고 있고,¹⁹⁾ 실제로도 혼거실을 위주로 운영되고 있다. 이와 관련하여 국가위원회는 보호외국인의 사생활 비밀과 자유, 그리고 독립적인 생활 보호라는 관점에서 독거수용이 바람직하고 지향하여야 하므로, 독거수용원칙을 규정함이 타당하다고 판단한 바 있다.²⁰⁾

아래에서 독거수용의 원칙에 관한 법령 및 인권기준을 검토하고자 한다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

형집행법 제14조(독거수용) 수용자는 독거수용한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 혼거수용할 수 있다.

1. 독거실 부족 등 시설여건이 충분하지 아니한 때
2. 수용자의 생명 또는 신체의 보호, 정서적 안정을 위하여 필요한 때
3. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때

외국인보호규칙 제9조(방 배정)

- ③ 청장등은 보호외국인의 국적, 성별, 종교, 질병 유무 등을 종합적으로 고려하여 방을 배정하여야 하며, 종교·생활관습·민족감정 등으로 인하여 다툼 우려가 있는 보호외국인에 대해서는 보호시설이 허용하는 범위에서 분리하여 방을 사용하게 할 수 있다.
- ④ 청장등은 형기 만료, 형 집행정지 또는 그 밖의 사유로 교도소·구치소·보호감호시설(법률 제7656호 사회보호법 폐지법을 부칙 제4조 후단에 따라 보호감호시설로 보는 교도소를 말한다)·국립법무병원 또는 소년원에서 출소한 보호외국인에 대해서는 제1항제3호의 독방을 사용하게 할 수 있다.
- ⑤ 청장등은 법 제56조의3제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 보호외국인에 대해서는 필요한 경우 제1항제4호의 특별보호방을 사용하게 할 수 있으며, 환자나 산모 등의 간호·육아 등 특별한 사유가 있다고 인정될 때에는 그 가족과 함께 사용하게 할 수 있다.

○ 관련 판결례

대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다266771 판결

“교정시설 수용행위로 인하여 수용자의 인간으로서의 존엄과 가치가 침해되었는지는 수용 거실의 수용자 1인당 수용면적, 수용자에게 제공되는 의류, 침구, 음식, 식수 및 기타 영양 상태, 채광·통풍·냉난방 시설 및

18) 형집행법 제14조.

19) 외국인보호규칙 제9조 제4항

20) 국가인권위원회, “미등록 외국인 단속 및 외국인보호시설 실태조사” (2005. 11.), 101.

기타 위생시설의 상태, 수용자가 거실 밖에서 자유로이 운동하거나 활동할 수 있는 시간과 장소의 제공 정도, 교정시설의 의료 수준 등 수용자의 수용 환경에 관한 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 그런데 수용자가 하나의 거실에 다른 수용자들과 함께 수용되어 거실 중 화장실을 제외한 부분의 1인당 수용면적이 인간으로서의 기본적인 욕구에 따른 일상생활조차 어렵게 할 만큼 협소하다면, 그러한 과밀수용 상태가 예상할 수 없었던 일시적인 수용률의 폭증에 따라 교정기관이 부득이 거실 내 수용 인원을 조정하기 위하여 합리적이고 필요한 정도로 단기간 내에 이루어졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 자체로 수용자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다고 봄이 타당하다.”

전주지방법원 2022. 6. 16. 선고 2019가소32442 판결²¹⁾ 독거수용의 원칙 위배를 이유로 국가배상을 인정한 판결례

“인간이 인간답게 살기 위해서는 자신만을 위한 시간과 생활공간이 필요하다. 수용자에게도 자신만을 위한 최소한의 시간과 생활공간은 보장되어야 한다. 수용자도 인간이기 때문이다. 그래서 사생활의 비밀을 보장하고, 인간다운 생활을 할 권리를 보장하면서, 국가에게 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 부여하고 있는 우리 헌법의 규정은 수용자에게도 당연히 적용된다. 아니 오히려 인권의 사각지대에 놓이기 쉬운 수용자에게 이 규정은 더욱 철저하게 적용되어야 한다.

이러한 정신에 따라, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하 “위 법”이라고만 한다) 제14조는 수용자의 독거 수용을 원칙으로 하면서 예외적인 경우에만 혼거 수용을 하도록 하고 있다. 비록 예외적 사유 중의 하나로 ‘독거실 부족 등 시설여건이 충분하지 아니한 때’가 규정되어 있기 하나, 앞서 본 헌법 정신에 비추어 볼 때, 이는 어디까지나 예외적으로, 불가피한 경우에만, 일시적으로 그렇게 운영되어야 하고, 일상적으로 그렇게 운영되어서는 안 된다.”

“그러나 위와 같은 헌법과 법률의 규정에도 불구하고, 오랫동안 우리나라 수용시설은 혼거 수용이 마치 원칙인 것처럼 운영되어 왔을 뿐만 아니라 매우 과밀하게 수용되어 왔으며, 이러한 문제는 여러 곳에서 오랫동안 지적되어 왔음에도 불구하고 아직까지 해결되지 않고 있다.”

“원고는 500일이 넘는 기간 중 혼거 생활을 하는 것도 모자라 과밀 수용으로 인하여 인간다운 생활을 위한 최소한의 시간과 생활공간도 확보하지 못하는 삶을 살았다. 특히 무더운 여름에 과밀 수용된 상태에서는 제대로 잠을 잘 수도 없을 뿐만 아니라, 이로 인하여 스트레스가 높아져 함께 수용된 사람들 사이에 쉽게 폭행과 욕설까지 오고 가게 된다. 그 때문에 원고는 종종 인간으로서의 존엄과 가치마저 무너지는 자괴감을 느꼈을 것으로 보인다.”

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제12조 ① 취침설비가 각 방에 설치되어 있을 경우, 개개의 피구금자마다 야간에 방 한 칸이 제공되어야 한다. 일시적인 과잉수용 등과 같은 특별한 이유로 중앙교정당국이 이 규정에 대한 예외를 둘 필요가 있을 경우에도 방 한 칸에 2명의 피구금자를 수용하는 것은 바람직하지 않다.

② 공동침실이 사용되는 경우에는 그 환경에서 서로 원만하게 지낼 수 있는 피구금자를 신중하게 선정하여 수용하여야 한다. 이 경우에는 시설의 성격에 맞추어 야간에 정기적인 감독이 수행되어야 한다.

제13조 피구금자가 사용하도록 마련된 모든 거주설비, 특히 모든 취침 설비는 기후상태와 특히 공기의 용적, 최소건평, 조명, 난방 및 환기에 관하여 적절한 고려를 함으로써 건강유지에 필요한 모든 조건을 충족하여야 한다.

21) 이후 항소심에서 결론이 달라졌고 상고기각되어 판결이 확정되었으나, 독거수용 원칙 위배에 관한 부분의 판단이 바뀐 것은 아니다(전주지방법원 2023. 6. 28. 선고 2022나6143 판결, 대법원 2023. 10. 26. 선고 2023다1269405 판결).

「유럽형사시설규칙」(European Prison Rules)

제14조 1. 수용자는 다른 수용자와 수용거실을 공동으로 사용하는 것에 이점이 있다고 간주되는 경우를 제외하고는 통상적으로 야간에 독거실에 수용되어야 한다.

2. 수용거실을 공동으로 사용할 경우 이러한 상황에서 서로 어울리기에 적합한 수용자들이 함께 수용되어야 한다. 이 경우, 구금시설의 성격에 맞는 야간감독이 있어야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문:

사. 국제인권기준에 따라 야간 독거수용의 원칙을 준수하되, 현실상 어렵다면 개인 침대 제공 등 개인별 수면공간을 마련하여, 침실문을 개방하더라도 보호소 외부 출입은 차단되어 있으므로 야간에도 침실문을 개방할 것.”

다. 검토

우리 헌법에서 규정한 기본권인 사생활의 비밀과 자유, 인간으로서의 존엄과 가치가 보장되기 위하여는 최소한 자신만을 위한 시간과 생활공간이 보장되어야 한다. 사생활의 비밀과 자유, 인간으로서의 존엄과 가치는 인간의 권리로서 외국인에게도 주체성이 인정되는 기본권이므로,²²⁾ 외국인보호시설의 보호외국인에게도 인간답게 살 수 있는 최소한의 공간이 보장되어야 할 필요가 있다. 그러므로 외국인보호시설을 독거수용의 원칙에 따라 운영하여야 하며, 1인실로 편성된 시설을 갖출 필요가 있다.

특히 국제인권법적으로 가장 바람직한 수용거실의 형식은 주간에는 다른 피구금자와 같은 공간에서 교류할 수 있는 동시에 야간에는 개인의 침실이 보장되어 독거수용되는 형태이다. 실제로, 독일의 소년 교도소는 주거그룹(Wohngruppe) 형태로 수용하여, 낮 시간에는 8-10명의 공동생활, 휴식·수면 시에는 개별 구금실(Haftraum)을 이용하는 것이 원칙이다.²³⁾ 이러한 원칙은 각 주의 소년행형법에 반영되어 있다.²⁴⁾ 제한적 조건 하에서는 공동수용이 가능하기는 하지만, 이때에도 구금실 1실당 수용인원은 3인을 초과할 수 없도록 법이 규정하고 있다.²⁵⁾ 당장 이러한 기준을 충족하기 어렵다면, 적어도 현단계에서는 2~6인실로 침실공간을 마련하고, 단계적으로 1인실 공간을 마련하여야 한다. 실제로 다수의 개방교도소는 대체로 2인실로 침실공간이 만들어져 있으며, 적어도 6인실을 제공하는 것으로 알려져 있

22) 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2009헌마358 전원재판부 결정.

23) Hessisches Ministerium der Justiz(b), Strafvollzug in Hessen -Jugendstrafvollzug.
(<https://justizministerium.hessen.de/Gerichte-Behoerden/Vollzug-in-Hessen> 참조)

24) 예컨대, 헤센주 소년행형법 제18조 제4항. 전영실 외 4, “소년원에서의 인권보호를 위한 처우개선 방안”, 한국형사법무정책연구원 (2021. 12.), 313에서 재인용.

25) 헤센주 소년행형법 제18조 제4항 제1문 단서, 제2문. 전게서, 314에서 재인용.

다. 법무부의 보고서에 따르면, 네덜란드 자이스트 외국인보호소(Zeist detention center)는 2인 1인실로 구성된 보호실에 개인침대가 2개 구비되어 있다고 한다.²⁶⁾ 또한 설령 독거실 수용이 어렵다고 하더라도, 개인 침대를 제공하는 등 개인 수면 공간을 별도로 마련할 필요가 있다. 참고로, 천안개방교도소의 경우에는 개인 침대를 구비하고 있다.²⁷⁾

라. 소결

✓ 외국인보호시설은 독거수용의 원칙에 따라 운영되어야 한다. 주간에는 다른 보호외국인과 같이 지낼 수 있되 수면공간은 1인실로 편성된 형태의 시설을 갖추어야 한다. 당장 이러한 기준을 충족하기 어렵다면, 적어도 현단계에서는 2~6인실로 침실공간을 마련하고, 단계적으로 1인실 공간을 확대해야 한다.

II 온도

1. 적절한 온도의 유지

가. 쟁점

국가인권위원회에 따르면, 이상기후로 인하여 여름철 평균기온이 높아지고, 교정시설의 과밀수용, 열악한 수용환경 속에서 수용자들이 수용시설의 고온으로 인하여 수인한도를 넘는 고통을 겪는 상황은 법령에 근거하여 사람의 신체를 구속한 목적을 넘어서는 신체적 고통을 가하는 것으로 헌법 제10조에서 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치가 침해될 개연성이 상당한 상황에 해당한다.²⁸⁾

이에 국가인권위원회는 법무부장관에게 ① 형집행법 등 관련 법령에 교정시설의 수용거실의 실내 적정온도 기준을 마련하고 교정시설에 수용거실 적정온도 유지를 위한 조치를 취하도록 하는 규정 및 ② 혹서기·혹한기에 수용거실 실내온도의 측정 방식, 측정 시간대 및 주기, 기록의 보관 의무 등과 관련된 규정을 마련하여 시행할 것을 권고한 바 있다.²⁹⁾

외국인보호시설의 보호외국인도 신체의 자유가 제한되어 있어 폭염과 한파에 더욱 취약하다는 점에서 교정시설의 수용자와 유사한 상황으로 볼 수 있다. 국가인권위원회 또한 특별계호된 보호외국인의 건강

26) 법무부, “국외 단기연수 보고서 - 네덜란드 송환청 방문을 통한 외국인 송환정책 연구” (2018. 6.), 12.

27) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 250.

28) 국가인권위원회 2019. 12. 26.자 “2019년 교정시설 방문조사에 따른 수용자 인권증진 개선 권고” 결정.

29) 국가인권위원회 2019. 12. 26.자 “2019년 교정시설 방문조사에 따른 수용자 인권증진 개선 권고” 결정.

유지를 위해 냉방장치가 설치되어 있지 않은 일부 특별계호실에 냉방장치를 설치하여 혹서기에도 적정 온도를 유지하도록 개선할 것을 권고한 바 있다.³⁰⁾

신체의 자유 제한이라는 교정시설 및 보호시설의 특성으로 인하여 시설의 적정온도 유지는 수용자 등의 기본권에 매우 중대한 영향을 미치는 사항에 해당한다. 이에 아래에서 수용 및 보호시설의 적정한 온도 유지에 관한 인권기준을 살펴보고, 외국인보호시설에서 적정한 온도 유지를 위한 조치가 취해지고 있는지 검토하고자 한다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

형집행법 제6조(교정시설의 규모 및 설비) ② 교정시설의 거실·작업장·접견실이나 그 밖의 수용생활을 위한 설비는 그 목적과 기능에 맞도록 설치되어야 한다. 특히, 거실은 수용자가 건강하게 생활할 수 있도록 적절한 수준의 공간과 채광·통풍·난방을 위한 시설이 갖추어져야 한다.

○ 관련 판결례

부산지방법원 2017. 11. 23. 선고 2016가합47921 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다75768 판결 교도소 등의 구금시설에 수용된 피구금자는 스스로 의사에 의하여 시설로부터 나갈 수 없고 행동의 자유도 박탈되어 있으므로, 그 시설의 관리자는 피구금자의 생명, 신체의 안전을 확보할 의무가 있다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제13조 피구금자가 사용하도록 마련된 모든 거주설비, 특히 모든 취침 설비는 기후상태와 특히 공기의 용적, 최소건평, 조명, 난방 및 환기에 관하여 적절한 고려를 함으로써 건강유지에 필요한 모든 조건을 충족하여야 한다.

「유럽형사시설규칙」

제18조

1. 특히 침구류를 비롯하여 수용자에게 제공되는 수용시설은 인간의 존엄성과 가능한 한 사생활의 비밀이 지켜지도록 구비되어야 하며, 건강과 위생상의 필요요건을 갖추도록 하고 기후조건과 특히 거실바닥의 넓이, 거실 공간의 용적, 조명, 난방, 환기 등을 잘 고려하여 제공하여야 한다.

○ 관련 해외 입법례

독일 「자유형 및 자유박탈이 동반되는 교정 및 보안처분의 집행에 관한 법률」

제144조 거실의 규모 및 구조

- ① 휴식시간과 자유시간을 보내기 위한 거실 및 공동 생활실과 접견실은 거주하기에 편안하거나 또는 그 밖의 목적에 상응하는 구조가 되어야 한다. 그것들은 충분한 통풍시설을 갖추고 건강한 생활을 위하여 충분한 난방 및 환기, 바닥면적 및 창문면적을 갖추어야 한다.

30) 국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정. [이하 “국가인권위원회 2022년 방문조사 권고”]

이탈리아 「행형과 자유박탈 및 제한처분의 집행에 관한 법률」

제6조 체재장소 및 거실

- ① 피구금자 및 처분피수용자의 생활이 이루어지는 장소는 작업 및 독서가 가능하도록 자연채광과 조명으로 밝게 비치는 충분한 넓이어야 하고, 기후조건에 따라 필요로 하는 때에는 통풍이 좋고 난방설비를 갖추어야 하며, 또한 품위가 있고 합리적인 종류의 위생설비를 갖춘 것이어야 한다. 이러한 장소는 양호하고 청결한 상태로 유지되어야 한다.

다. 검토

앞서 소개한 국가인권위원회 권고 및 해외 입법례에 비추어 보면, 적절한 온도의 유지를 위해서는 먼저 냉난방 장치가 설치되어야 하고, 통풍 또는 환기가 가능하여야 한다.

또한 보호거실의 실내 적정온도 기준을 마련하여야 한다. 나아가, 이러한 적정온도 기준이 준수될 수 있도록 보호거실 실내온도의 측정 방식, 측정 시간대 및 주기, 기록의 보관 의무 등과 관련된 규정을 마련하여야 한다. 국가인권위원회에 따르면, 수용자들의 혹서기·혹한기 수용생활에 적절한 처우가 이루어지고 있는지 살펴보기 위해서는 교정시설별, 측정일자별 수용거실 등의 온도 및 습도 기록을 살펴볼 필요가 있다.³¹⁾ 법무부도 국가인권위원회의 권고에 따라 아래와 같이 규정을 마련하여 시행한 바 있다.³²⁾

법무부 인권위 권고 결정에 대한 의견 및 이행계획 중 일부 발췌

2. 혹서기·혹한기에 수용거실 실내온도의 측정 방식, 측정 시간대 및 주기, 기록의 보관의무 등과 관련된 규정 마련하여 시행할 것 (수용)

- (측정 장소) 독거·혼거실 및 의료수용동 등 여름철·겨울철 실내온도 변화가 가장 심한 취락 개소를 기준으로 온도 측정
 - (측정 주기, 시간) 혹서기(낮 최고, 열대야 등), 혹한기(일일 최저기온) 기준 시간을 지정, 1일 3회 이상 측정
 - (기록 유지) 보안일일현황 기록 유지 및 수용관리 업무에 참고
 - (시행) 하절기·동절기 수용관리 대책에 내용 포함 반영 및 시달
- ※ 「2020년도 하절기 수용관리 대책(안) 시달」 (법무부 보안과-15389, 2020.06.01.)

31) 국가인권위원회 2019. 12. 26.자 “2019년 교정시설 방문조사에 따른 수용자 인권증진 개선 권고” 결정.

32) 법무부, “인권위 권고 결정에 대한 의견 및 이행계획” (2020. 7. 3.), 4.

라. 소결

- ✓ 보호거실에 냉난방 장치를 구비하여야 한다.
- ✓ 보호거실의 통풍과 환기가 원활하여야 한다.
- ✓ 보호거실의 실내 적정온도 기준을 마련하여야 하고, 보호거실 실내온도의 측정 방식, 측정 시간대 및 주기, 기록의 보관 의무 등 적정온도 기준 준수를 위한 규정과 절차를 마련하여야 한다.

III 식사

1. 충분한 급식 예산의 책정 및 편성

가. 쟁점

외국인보호시설 내 급식의 질과 관련해서는 꾸준한 문제제기가 이루어진 바 있다. 보호외국인 당사자들은 이 문제를 공통적으로 지적하고 있으며, 국가인권위원회도 급식 질 개선에 관한 권고를 내린 바 있다.³³⁾

이러한 급식의 질 문제는 충분한 급식 예산의 확보와 밀접한 관련이 있다. 급식의 질에 영향을 미치는 요소는 다양할 수 있으나, 가장 직접적이고 핵심적인 요소는 급식 예산이라고 볼 수 있다. 같은 취지에서 국가인권위원회는 급식 질 문제의 원인으로 ‘1인당 책정된 식비가 낮다는 점’을 지적한 바 있다.³⁴⁾

국가인권위원회에 따르면 2022년 보호외국인의 급식 예산은 1식에 1,835원이 배정되어 있고, 위 예산은 주식비, 부식비, 연료비로 구성되어 있다. 또한 외국인보호시설의 영양사는 공통적으로 급식 예산의 부족을 지적하였고, 급식예산의 부족으로 인해 예산을 초과해서 급식비를 지출하는 경우가 많았다고 하였다. 외국인보호시설의 급식비는 2005년 1,300원으로, 17년간 급식비가 41% 증가한 것으로 확인되었다. 같은 기간 동안 통계청 소비자물가지수를 기준으로 볼 때 물가는 45% 상승하였으므로 외국인보호시설의 급식 예산이 실질적으로는 감소하였다고 볼 수 있다.³⁵⁾

한편, 외국인보호시설의 급식 예산은 다른 급식시설에 비해서 낮게 책정되어 있는 것으로 확인된다. 국방부의 2021년도 급식방침에 따르면, 2021년 장병 1인 1일 기본급식비는 8,790원이며, 이는 모두 식재료비이다.³⁶⁾ 환산하여 보면, 한끼 급식비 예산은 2,930원이다. 소년원의 경우, 2022년에 한끼 급

33) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

34) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

35) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

36) 국방부 보도자료, “국방부, 2021년도 급식방침 발표”, 국방부 군수관리관실, <https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156429498> (2020. 12. 29.).

식비가 2,185원으로 책정되었고, 2023년에는 2,713원으로 인상되었다. 37) 서울 지역 중학교의 경우 급식비가 4,051원으로 책정되어 있다.38) 아동복지시설의 경우 1일 급식비가 8,139원으로 책정되어 있는데,39) 환산하여 보면 한끼 기준으로는 2,713원이다. 이처럼 외국인보호시설의 급식 예산은 군부대, 소년원, 학교, 아동복지시설의 급식예산에 미치지 못하는 것으로 확인된다.

이와 같이 급식 예산은 급식의 질과 관련하여 중요한 인권현안이 되고 있는바, 아래에서는 외국인보호시설에서 한끼당 급식 예산이 충분하게 책정되어 있는지와 관련한 인권기준을 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제57조(피보호자의 급양 및 관리 등) 제56조의2부터 제56조의9까지에서 규정한 사항 외에 보호시설에서의 피보호자에 대한 급양(給養)이나 관리 및 처우, 보호시설의 경비(警備)에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙 제16조(음식물 등 제공) ① 청장등은 보호외국인에게 하루 세 차례의 주식·부식 및 음료 등의 음식물을 제공하여야 한다.

② 제1항에 따른 음식물 제공은 예산의 범위에서 보호외국인 국적국의 관습을 고려하여야 한다.

③ 마실 물은 원칙적으로 끓여서 제공하여야 한다. 다만, 정수기 등을 통하여 마시기에 충분할 정도로 정화된 물은 그러하지 아니하다.

제17조(음식물의 열량) ① 보호외국인 한 사람에게 제공하는 음식물의 열량은 1일 기준으로 2천2백킬로칼로리부터 3천킬로칼로리까지로 한다.

② 제1항에 따른 음식물 중 부식의 영양기준량은 별표 6과 같다.

③ 청장등은 담당의사의 의견에 따라 환자·노약자·임산부·어린이 등에게는 특별히 마련한 주식과 부식을 제공할 수 있으며, 젓먹이에게는 분유 등의 대용식을 제공할 수 있다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제20조 ① 당국은 모든 피구금자에게 통상의 식사시간에 건강과 체력을 유지하기에 충분하고 영양가와 위생적인 품질을 갖춘 잘 조리된 음식을 급여하여야 한다.

② 음료수는 모든 피구금자가 필요로 할 때 언제나 제공되어야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문: 급식 예산을 보호외국인의 특수성, 적은 식수 인원, 식수 인원의 높은 변동성 등을 감안하여 증액할 것”

37) 법무부 보도자료, “소년범죄 종합대책 마련”, 촉법소년 연령 기준 현실화 TF (정책기획단), <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/564175/artclView.do> (2022. 10. 26.).

38) 법무부, 위 보도자료.

39) 법무부, 위 보도자료.

“급식예산이 상당 부분 증액될 필요가 있는데, 최소한 군부대, 소년원, 아동복지시설에 준해서 최소한 한 끼 당 2,700~2,900원으로 예산이 증액되는 것이 바람직하고, 더 나아가 교정시설에서는 외국인의 특수성을 고려하여 외국인수형자에 대한 급식예산을 다른 수형자 대비 20% 가량 가산해서 책정한다는 점을 추가로 감안한다면, 궁극적으로 다른 시설의 급식예산을 20% 상회하는 수준인 한 끼 당 3,200~3,500원으로 예산이 증액되어야 할 필요성이 있다.”

다. 검토

양질의 식사가 제공되어야 한다는 것은 모든 사람에게 공통적으로 적용되어야 하는 기준이다. 따라서 외국인보호시설의 급식이 다른 구금시설 내지 거주시설의 급식이나, 학교 급식보다 그 질이 떨어지거나 급식비가 낮게 책정되는 것은 인권적 측면에서 정당화될 수 없다. 만약 외국인보호시설의 급식예산이 군부대나 학교, 아동복지시설의 급식예산에 못미친다면, 외국인보호시설의 급식예산을 다른 급식시설의 예산에 준하여 증가시킬 필요가 있다.

나아가 외국인의 경우 내국인 수용자와 비교하였을 때 더 높은 급식예산이 책정될 필요가 있다. 외국인에 대한 급식에서 문화적, 종교적 다양성을 고려한 식단을 제공하기 위해서는 추가적인 비용이 들어갈 수 있기 때문이다. 실제로 교정시설에서는 외국인 수용자에 대한 급식예산을 편성할 때에는 내국인 수용자 대비 약 20%의 가산금을 적용하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.⁴⁰⁾ 「수용자 급양관리지침」도 외국인 수용자로서 국내식을 섭취하기 어려운 수용자에 대해서는 일반 수용자 급식비를 초과하는 예산 편성을 전제로 외국인 급식처우가 이루어지도록 규정하고 있다.⁴¹⁾

급식예산의 증가율은 적어도 소비자물가의 상승률을 하회하여서는 안 된다. 만약 급식예산이 소비자물가 상승률에 미치지 못하는 비율로만 증가한다면, 실질적으로는 급식의 질이 감소하기 때문이다.

라. 소결

- ✓ 양질의 급식이 제공되기에 충분한 급식 예산이 편성되어야 한다. 한끼당 급식 예산은 적어도 다른 급식시설(군부대나 학교, 아동복지시설 등)에 준하여 책정되어야 하며, 보호외국인의 문화적, 종교적 다양성을 고려한 식단을 제공하기 위해서는 외국인보호시설의 한끼당 급식 예산은 내국인을 대상으로 하는 다른 시설과 비교하였을 때 20%가량을 가산하여 책정하여야 한다. 외국인보호시설의 한끼당 급식 예산은 매년 적어도 소비자물가 상승률만큼은 증액되어야 한다.

40) 국가인권위원회, “별당형 구금시설 시설구조의 인권보호기능 방문조사 결과보고서” (2011. 11.), 10. 이에 따르면, 일반 수용자 급식비는 2009년 3,250원, 2010년과 2011년은 각각 3,430원이었는데, 외국인 가산금이 2009년과 2010년에는 830원, 2011년에는 400원이었다.

41) 「수용자 급양관리지침」 제15조.

2. 식단의 다양성, 자율성 보장과 문화적, 종교적 관습의 존중

가. 쟁점

외국인보호시설에서는 돼지고기나 소고기를 금기시하는 무슬림, 힌두교인 등의 문화적, 종교적 관습을 고려하여 급식에서 돼지고기나 소고기를 제공하고 있지 않고 있다. 그 결과 육류로는 닭고기와 생선만 제공되고 있고, 식단이 획일적이라는 지적이 제기되고 있다.⁴²⁾ 한편, 외국인보호시설에는 보호외국인이 사용할 수 있는 조리설비가 없고, 보호외국인이 직접 조리를 할 수는 없다고 알려져 있다.

보호외국인의 문화적, 종교적 관습을 존중하는 동시에, 식단의 다양성을 보장할 필요가 있다. 이를 위해서는 식사에 있어서 보호외국인의 자율성을 보장하는 것이 효과적인 수단이 될 수 있다. 사전에 정해진 음식을 제공하는 ‘급식’의 방식으로는 식사의 다양성을 확보하는 데에 한계가 따를 수 있기 때문이다. 이에 이하에서는 식단의 다양성과 보호외국인의 자율성이 보장되는 동시에 문화적, 종교적 관습이 존중될 수 있는 방안에 대하여 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제57조(피보호자의 급양 및 관리 등) 제56조의2부터 제56조의9까지에서 규정한 사항 외에 보호시설에서의 피보호자에 대한 급양(給養)이나 관리 및 처우, 보호시설의 경비(警備)에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙 제16조(음식물 등 제공) ① 청장등은 보호외국인에게 하루 세 차례의 주식·부식 및 음료 등의 음식물을 제공하여야 한다.

② 제1항에 따른 음식물 제공은 예산의 범위에서 보호외국인 국적국의 관습을 고려하여야 한다.

③ 마실 물은 원칙적으로 끓여서 제공하여야 한다. 다만, 정수기 등을 통하여 마시기에 충분할 정도로 정화된 물은 그러하지 아니하다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제6조 ① 본 규칙은 공평하게 적용되어야 한다. 피구금자의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 국적, 사회적 신분, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위에 의하여 차별이 있어서는 안된다.

② 한편, 구금자가 속하는 집단의 종교적 신조 및 도덕률은 존중되어야 한다.

제20조 ① 당국은 모든 피구금자에게 통상의 식사시간에 건강과 체력을 유지하기에 충분하고 영양가와 위생적인 품질을 갖춘 잘 조리된 음식을 급여하여야 한다.

② 음료수는 모든 피구금자가 필요로 할 때 언제나 제공되어야 한다.

42) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

유엔 「외국인 수용자의 처우에 관한 권고(Recommendations on the Treatment of Foreign Prisoners)」⁴³⁾
5. 외국인 수용자의 종교상의 계율과 관습은 존중되어야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문: 보호외국인에게 다양한 식단을 제공하여 보호외국인이 식단을 선택할 수 있도록 하되, 적어도 외국인 전문 교정시설인 천안교도소를 참고하여 한식, 양식, 이슬람식 식단을 제공하도록 하고, 채식 식단도 마련할 것”

“주문: 보호외국인의 자율적 조리를 통한 식사의 다양성 보장과 보호외국인의 문화적 종교적 관습 존중을 위해, 보호외국인이 스스로 조리할 수 있는 ‘다문화 주방’을 검토할 필요가 있으며, 적어도 전자레인지 등 간편조리 기구를 보호동마다 갖추어 줄 것”

국가인권위원회 2022. 3. 11.자 20진정064770 “구치소의 채식주의 수용자에 대한 채식주의 식단 미제공” 결정

“어떤 이유에서든지 육식을 거부하고 채식을 식생활의 기본으로 하는 수용자의 경우, 그것을 존중해 주지 않으면 그 삶은 피폐해지고, 건강까지 잃을 가능성이 있으며, 그것은 결국 자신의 소신마저 포기하는 상황에 이르게 할 수 있다. 이것은 인간의 존엄성과 양심의 자유 등을 보장하는 우리 헌법과 국제인권법에 배치된다. [...] 이에, 법무부장관에게, 채식주의 신념을 가진 수용자가 인간의 존엄성 및 양심의 자유 나아가 건강권 등을 보장받을 수 있도록 채식주의 식단을 마련하고, 반입가능한 식품 품목 확대 등을 위한 관련 법령의 개정이나 정책을 마련하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한다.”

다. 검토

첫째, 보호외국인에게 다양한 식단을 제공하고, 그 중에서 식단을 선택할 수 있도록 하여야 한다. 특히 채식에 대한 선택권을 부여할 필요가 있고, 이슬람식과 비이슬람식을 구분하여 식사를 제공할 필요가 있다.

관련하여 영국의 규정을 참고할 필요가 있다. 영국의 구금시설 규칙 Rule 13. (3)에 따르면, ‘합리적으로 다양(reasonably varied)’한 음식이 제공되어야 한다.⁴⁴⁾ 그리고 영국의 구금 처우 운영 표준매뉴얼에 따르면, 구금시설은 매일 최소 2개 이상의 주요리 중에서 메뉴의 선택이 가능한 식단을 제공하여야 한다.⁴⁵⁾ 같은 매뉴얼에 따르면, 구금시설은 매일 채식 식단을 선택할 수 있도록 보장해야 한다.⁴⁶⁾ 위

43) 1985년 밀라노에서 개최된 제7차 범죄예방 및 범죄자 처우에 관한 유엔회의에서 채택된 것.

44) The Detention Centre Rules 2001, SI 2001/238.
<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/238/article/13/made>

45) UK Home Office, Detention Services Operating Standards Manual, Sec1:16.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257352/operatingstandards_manual.pdf

46) Ibid.

와 같은 규정에 따라 운영이 이루어진 결과, 실제로 영국의 독립감시위원회가 2020년 실시한 이주구금 시설 Brook House에 대한 방문조사에 따르면, 설문조사 응답자 중 84%가 식사의 다양성이 만족스럽다고 답변하였다고 한다.⁴⁷⁾

식단선택권이 보장되고 있는 해외 구금시설의 실제 운영사례들도 참고할 필요가 있다. 영국의 이주구금시설 Brook House에서는 매일 최소 2개 이상의 주요리 중에서 메뉴의 선택이 가능하여야 하고 매일 채식 식단을 선택할 수 있어야 한다는 메뉴얼을 준수하기 위해 피구금자가 키오스크를 통해 식단선택을 하도록 하고 있다. 주문은 최소한 3일 전에 이루어져야 하며, 그보다 늦게 주문하는 경우에는 기본 채식 식사를 제공하독 있다고 한다.⁴⁸⁾ 영국의 이주구금시설 Yarl's Wood에서는 채식과 비건식, 할랄식을 제공하고 있다.⁴⁹⁾ 영국의 이주구금시설 Heathrow의 경우, 피구금자의 요청에 따라 할랄 식단, 코셔(kosher) 식단, 비건(vegan) 식단, 해산물 채식주의(pescatarian) 식단, 글루텐 없는 식단, 저탄수화물 식단, 무지방 식단, 무유당(lactose free) 식단, 맵지 않은 식단, 당뇨병 환자 식단 등이 제공되고 있다.⁵⁰⁾ 미국의 경우에도, South Texas Detention Center에서는 종교적, 문화적 특성과 개인적 선호(채식 등)를 고려하여 배식이 되고 있다고 한다.⁵¹⁾

한편, 국내에서도 외국인 수형자의 비율이 높은 천안교도소에서는 한식, 양식, 이슬람식 중에서 식사를 선택할 수 있도록 하고 있다고 알려져 있다. 돼지고기를 제외하고 식단을 구성하는 이슬람식과 그렇지 않은 일반식을 구분하는 것은 특히 의미가 있다고 판단된다.

둘째, 자율조리를 통해 보호외국인의 자율성이 보장될 수 있어야 한다. 보호외국인이 스스로 조리를 할 수 있는 '다문화 주방'이 갖추어져야 하고, 적어도 전자레인지를 자유롭게 이용할 수 있도록 하여야 한다. 조리를 위한 식재료의 주문도 가능해야 한다.

관련하여 영국의 사례를 참고할 필요가 있다. 영국의 이주구금시설 Brook House에서는 '다문화 주방(cultural kitchen)'이 운영되고 있다. 신청에 따라 주방기구(오븐, 가스레인지, 그릴 등)를 사용하여 직접 조리가 가능하며, 식재료의 주문이 가능하다.⁵²⁾ 영국의 이주구금시설 Yarl's Wood와 Heathrow

47) UK Independent Monitoring Boards, Annual Report of the Independent Monitoring Board at Brook House IRC (for Reporting Year 1 January – 31 December 2020) (2021.05.), p. 19.

48) Serco, Brook House Immigration Removal Centre, House Rules, SER000026, Ver.1 (2021).

49) UK Her Majesty's Inspectorate of Prisons, Report of an Unannounced Inspection of Yarl's Wood Immigration Removal Centre (5–7, 12–16 June 2017) (2017), pp. 43–44.

50) UK Independent Monitoring Board, Annual Report of the Independent Monitoring Board at Heathrow Immigration Removal Centre (for Reporting Year 01 January 2020 – 31 December 2020) (2021.06.); UK Independent Monitoring Board, Annual Report of the Independent Monitoring Board at Heathrow Immigration Removal Centre (for Reporting Year 1 January 2021 – 31 December 2021) (2022. 6.).

51) 법무부, “2019 공무국외출장 결과 보고 - 미국의 불법이민자에 대한 효율적 단속체계 연구” (2019. 6.), 28.

52) Serco, Brook House Immigration Removal Centre, House Rules, SER000026, Ver.1 (2021).

에서도 다문화 주방이 운영되고 있으며, 일반 수용동의 경우 하루 3회, 가족 수용동의 경우 매주 3회 사용이 가능하다.⁵³⁾⁵⁴⁾ 영국의 이주구금시설 Dungavel House에서는 다문화 주방을 운영하고 있으며, 주 5일 사용이 가능하다고 한다.⁵⁵⁾

위와 같은 영국 이주구금시설의 다문화 주방에 대하여, 영국의 이주구금시설에 대한 독립조사보고서는 “피구금자가 직접 음식을 마련할 수 있는 더 많은 기회를 제공하는 것은 피구금자가 음식에 관하여 겪는 어려움을 완화하고, 피구금자에게 적절한 식사를 할 것을 장려하는 시설 직원을 돕는다. 이는 또한 피구금자를 고양시키고, 구금시설 내 생활에서 더 큰 자유와 자결권을 제공하려는 시설 관리자의 목적에도 부합한다”고 평가하기도 하였다.⁵⁶⁾

한편, 영국의 이주구금시설 Brook House에는 시설의 모든 동에 전자레인지가 배치되어 있어 자유시간 중에 사용이 가능하다고 한다.⁵⁷⁾

라. 소결

- ✓ 보호외국인에게 복수의 식단을 제공하고, 그 중에서 식사를 선택할 수 있도록 하여야 한다. 채식에 대한 선택권을 부여해야 하고, 이슬람식과 비이슬람식을 구분하여 식사를 제공하여야 한다. 적어도 주 요리에 대해서는 보호외국인에게 복수의 선택지 중에서 메뉴를 고를 수 있는 선택권이 부여되어야 한다.
- ✓ 보호외국인이 스스로 조리할 수 있는 여건을 마련함으로써 보호외국인의 자율성을 보장하여야 한다. 보호외국인이 스스로 조리를 할 수 있는 ‘다문화 주방’이 갖추어져야 하고, 적어도 전자레인지를 자유롭게 이용할 수 있도록 하여야 한다. 조리를 위한 식재료의 주문도 가능해야 한다.

3. 음식물 구매 및 반입의 보장

가. 쟁점

다양한 종류의 음식이 급식으로 제공되지 않는다고 하더라도, 보호외국인이 본인의 관습과 기호에 맞는 음식물을 구매, 반입, 보관할 수 있다면, 이는 급식 식단이 획일적인 문제를 보완할 수 있는 수단이 될 수 있다.

53) K Her Majesty's Inspectorate of Prisons, Report of an Unannounced Inspection of Yarl's Wood Immigration Removal Centre (5-7, 12-16 June 2017) (2017), pp.43-44.

54) UK IMB Heathrow Report 2020, p. 35; UK IMB Heathrow Report 2021, p. 39.

55) UK Her Majesty's Inspectorate of Prisons, Report on an Unannounced Inspection of Dungavel Immigration Removal Centre (19 - 21 July and 2 - 5 August 2021), (2021. 9.), p. 27.

56) Lampard K. & Marsden E., Independent Investigation Into Concerns About Yarl's Wood Immigration Removal Centre (2016. 1.) p. 131.

57) Serco, Brook House Immigration Removal Centre, House Rules, SER000026, Ver.1 (2021).

그러나 국가인권위원회의 실태조사에 따르면 보호외국인이 구매 및 반입할 수 있는 음식물의 품목이 제한적이라고 한다. 보호외국인이 물품을 구매할 수 있는 매점을 운영하고 있으나, 매점에서 판매하고 있는 품목이 다양하지 않다고 한다. 과일이나 분식류는 판매하지 않고 있고, 과자류와 음료류를 중심으로 판매하고 있다고 한다. 그리고 국가인권위원회는 매점에서 판매하고 있는 물품의 가격이 교정시설이나 인터넷 쇼핑몰에 비해서 높다고 보고하였다.⁵⁸⁾

또한 외국인보호시설에서는 외부 음식물의 반입 및 소지를 포괄적으로 제한하고 있다고 한다. 현행 법령은 ‘과자류 등 무해한 기호품 소량’의 소지만 허용하는 ‘포지티브 방식(소지가 가능한 물품의 품목을 정하는 방식)’의 규정을 두고 있다. 한편, 보호외국인은 냉장고를 사용할 수 없어서 음식물의 보관에도 어려움을 겪는다고 한다.⁵⁹⁾

이하에서는 음식물의 구매 및 반입, 보관에 관한 인권기준에 대하여 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법

제56조의5(신체 등의 검사) ① 출입국관리공무원은 보호시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하면 피보호자의 신체·의류 및 휴대품을 검사할 수 있다.

제57조(피보호자의 급양 및 관리 등) 제56조의2부터 제56조의9까지에서 규정한 사항 외에 보호시설에서의 피보호자에 대한 급양(給養)이나 관리 및 처우, 보호시설의 경비(警備)에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙

제10조(물품 사용허가와 보관) ① 보호외국인은 보호시설에서 생활하는 동안 다음 각 호의 물품을 소지하고 사용할 수 있다. 다만, 다른 보호외국인의 안전 또는 보호시설의 질서를 해칠 우려가 있거나 선량한 사회풍속에 반하는 물품은 제외한다.

1. 보호시설 생활에 필요한 의류
2. 필기구와 종이
3. 책·신문·잡지 및 편지
4. 가족사진
5. 화장품
6. 시력보정용 안경, 의치(義齒), 의수·의족 등 신체보조기구
7. 그 밖에 보호외국인에게 필요하다고 인정되는 물품

② 청장등은 보호외국인의 소지품 중 제1항 각 호 외의 물품은 보호기간 동안 맡아 보관할 수 있다. 다만, 파손되거나 부패하기 쉬워 보관하기 어려운 물품은 그 외국인의 동의를 받아 폐기하거나 매각하여 현금으로 보관할 수 있다.

③ 청장등은 제2항에 따라 보호외국인의 물품을 보관하는 경우 금·은·보석·시계·반지 등 귀중품은 따로

58) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

59) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

보관하여야 한다.

④ 청장등은 보호외국인이 마약·총기류 등 소지가 금지되거나 제한되는 물품을 소지하고 있는 경우 이를 관계 수사기관에 알려야 한다.

⑤ 청장등은 보호외국인이 입소 시 소지하고 있던 의약품에 대하여 그 사용이나 복용을 제한할 수 있다. 다만, 의사의 처방전이 있는 경우에는 그 처방전에 따라야 한다.

제27조(물품의 구입 등) ① 청장등은 보호외국인이 자기 부담으로 음식물·의류·일용품 또는 그 밖의 물품 등을 구입하려는 경우에는 그 신청을 받아 구내매점에서 물품 등을 구입하여 줄 수 있다. 다만, 구내매점이 없거나 구내매점에서 구입할 수 없는 물품 등은 보호시설 밖에서 구입하여 줄 수 있다.

② 청장등이 제1항에 따라 물품 등을 구입할 때에는 보호외국인이 원하거나 필요에 알맞은 품목을 구입하여 주도록 노력하여야 한다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 물품 등을 구입하여 주어서는 아니 된다.

1. 보호시설의 안전·질서유지 또는 위생을 해칠 수 있는 것
2. 보호외국인의 안전이나 건강을 해칠 수 있는 것
3. 보호시설에서 생활하는 데 필요하지 아니하다고 인정되는 것

③ 청장등은 제1항에 따라 구입한 음식물은 휴게실이나 식당에서만 먹게 하고, 방에는 가지고 들어가지 못하게 하여야 한다. 다만, 보호시설의 안전과 질서유지 또는 다른 보호외국인의 생활을 방해하지 아니하는 범위에서 방에서 먹게 할 수 있다.

④ 청장등은 다른 사람이 보호외국인에게 물품이나 현금 등을 보내왔을 때에는 이를 검사하여 제10조부터 제12조까지의 규정에 따라 처리하여야 한다.

「외국인보호규칙 시행세칙」 제12조(보관기준) ① 보호규칙 제10조제1항제7호에서 “그 밖에 보호외국인에게 필요하다고 인정되는 물품”이란 다음 각 호의 경우를 말한다.

1. 삭제
2. 과자류 등 무해한 기호품 소량
3. 손수건
4. 삭제
5. 종교 물품
6. 그 밖에 청장등이 보호시설의 안전 또는 보호외국인의 인체에 해롭지 않다고 인정하는 물품 [이하 생략]

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문:

- 1) 보호소 매점에서 보호외국인의 선호가 반영된 품목이 적정가격에 판매될 수 있도록 개선할 것.
- 2) 보호외국인의 다양한 수요충족 및 외국인보호규칙 제27조 취지에 따라 외부의 외국 식료품 상점에서의 구매를 폭넓게 허용할 것.
- 3) 외국인보호시행세칙은 ‘과자류 등 무해한 기호품 소량’의 소지만 허용하는 ‘포지티브 방식(소지가 가능한 물품의 품목을 정하는 방식)’의 규정을 두고 있는데, 이러한 규정은 인구내침해의 우려가 크므로, ‘네거티브 방식(소지가 불가능한 물품의 품목을 정하는 방식)’으로 개정할 것.
- 4) 구매 및 외부 반입 음식물의 보관을 위해서 냉장고를 설치할 것.

국가인권위원회 2022. 3. 11.자 20진정064770 “구치소의 채식주의 수용자에 대한 채식주의 식단 미제공” 결정

“법무부장관에게, 채식주의 신념을 가진 수용자가 인간의 존엄성 및 양심의 자유 나아가 건강권 등을 보장받

을 수 있도록 [...] 반입 가능한 식품 품목 확대 등을 위한 관련 법령의 개정이나 정책을 마련하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한다.”

국가인권위원회 2021. 12. 17.자 21진정0361700 “교도소의 재판방해로 인한 인권침해” 결정
“법무부장관에게, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙」 제214조 제15호가 수용자의 기본권을 과도하게 제한하지 않도록 교정시설의 장이 허가할 수 있는 물품을 구체적으로 열거하거나 범위를 정하는 방법으로 개정할 필요가 있다는 의견을 표명합니다.”

국가인권위원회 2008. 12. 29.자 08진인1694 “보호외국인의 알 권리 침해” 결정
“보호 외국인의 통신 및 열람과 관련하여 출입국관리법상 명확한 규정이 없고, [...] 물품 담당자 및 경비과장 등에 의해서 자의적 해석이 가능한 상황이다.”
“출입국관리법 제57조(피보호자의 처우)도 보호 외국인의 ‘처우’와 관련된 내용을 예시하고 있어 이 조항이 도서 및 신문, 잡지 등의 통신 및 열람, 보관과 관련한 근거규정으로 볼 수 없을 것으로 보이고, 근거규정으로 본다 하더라도 알 권리 및 통신의 자유의 제한은 법률로서 최소한의 영역만을 제한할 수 있는바, 출입국관리법에 이를 명시하지 않는 한 이는 법률유보 원칙에 반한다 할 것이다.”
“출입국관리공무원의 자의적 판단으로 보호 외국인의 도서, 신문, 잡지 등의 정보접근 및 처리와 관련한 기본권을 과도하게 제한하지 않도록 관련규정을 개정하는 것이 타당하다고 판단된다.”

다. 검토

첫째, 보호외국인이 다양한 음식물을 구매할 수 있게 함으로써, 보호외국인의 다양한 수요를 충족할 수 있도록 하여야 한다. 내부의 매점에서 이러한 수요를 충족시킬 수 없다면, 외부의 식료품 상점으로부터의 구매절차를 마련하여야 한다. 같은 취지에서 국가인권위원회도 “보호외국인의 다양한 수요를 충족 시키기에 외국인보호시설의 내부 매점은 물품의 종류 측면에서 한계가 있다는 점을 고려하여, 외부의 외국식료품 상점에서의 구매가 폭넓게 허용될 필요가 있다”고 권고한 바 있다.⁶⁰⁾ 채식주의 식단의 보장을 위해서도 외부 구매 및 식료품 반입이 확대될 필요가 있다.

둘째, 보호외국인이 적절한 가격으로 음식물을 구매, 반입할 수 있도록 하여야 한다. 폐쇄되어 있어 독점으로 이어지기 쉬운 외국인보호시설의 특수성을 감안하여, 물품가격의 적정성을 수시로 점검하여야 한다. 나아가, 보호외국인에게 음식물 구매 바우처를 지급하는 것을 고려할 필요가 있다. 모든 식사예산을 급식의 방식으로 사용한 것보다는 그 일부로 보호외국인에게 바우처를 지급해서 보호외국인의 선택권을 보장하는 것이 보호외국인의 기호와 관습에 부합하는 식사제공에 도움이 될 수 있기 때문이다. 또한 바우처 지급은 자비로 음식물을 구매할 여력이 없는 보호외국인을 고려하였을 때에도 필요하다. 교정시설의 경우 작업을 통해서 소정의 수입이 생길 여지가 있지만, 외국인보호시설에서는 수입이 생길

60) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

여지가 없다는 점이 감안될 필요가 있다. 실제로, 영국의 이주구금시설 Brook House에서는 시설 내 외국인에게 일주일에 약 5파운드에 해당하는 매점구매 포인트를 지급하고 있다.⁶¹⁾

셋째, 식료품의 반입과 소지가 폭넓게 허용되어야 하고, 이에 대한 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다. 특히, 국가인권위원회가 지적하고 있듯이 소지가 가능한 물품의 품목을 정하는 ‘포지티브 방식’은 타당하지 않고, 소지가 불가능한 물품의 품목을 정하는 ‘네거티브 방식’의 금지만 제한적으로 이루어져야 한다. 이러한 반입의 기준은 구체적으로 미리 정해져 있어야 하고, 당사자에게 공지되어야 한다. 반입을 불허하는 경우에는 그 사유를 구체적으로 밝혀 당사자에게 통지함으로써, 불허결정에 대해서 당사자가 납득하거나 불복할 수 있도록 하여야 한다.

넷째, 국가인권위원회가 지적하고 있듯이 구매 및 외부 반입 음식물의 보관을 위해서 보호외국인이 냉장고를 사용할 수 있도록 하여야 한다. 그렇지 않으면 반입된 음식물이 쉽게 변질될 수 있고, 이는 결국 국 반입 및 소지 품목의 제한으로 이어지기 쉽기 때문이다. 냉장고의 설치는 혹서기에 온열질환의 예방에도 큰 도움을 줄 수 있다.

라. 소결

- ✓ 보호외국인이 다양한 음식물을 구매할 수 있게 함으로써, 보호외국인의 다양한 수요를 충족할 수 있도록 하여야 한다. 외국인보호시설 내부의 매점에서 다양한 수요를 충족시킬 수 있도록 하거나, 아니면 외부의 식료품 상점으로부터의 구매절차를 마련하여야 한다.
- ✓ 보호외국인이 적절한 가격으로 음식물을 구매, 반입할 수 있도록 하여야 한다. 보호외국인에게 음식물 구매 바우처를 지급하는 것이 고려될 필요가 있다.
- ✓ 식료품의 반입과 소지가 폭넓게 허용되어야 하고, 이에 대한 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다. 소지가 가능한 물품의 품목을 정하는 ‘포지티브 방식’은 타당하지 않고, 소지가 불가능한 물품의 품목을 정하는 ‘네거티브 방식’의 금지만 제한적으로 이루어져야 한다. 반입금지의 기준은 미리 구체적으로 정해져 있어야 하고, 당사자에게 공지되어야 한다. 반입을 불허하는 경우에는 그 사유를 구체적으로 밝혀 당사자에게 통지함으로써, 불허결정에 대해서 당사자가 납득하거나 불복할 수 있도록 하여야 한다.
- ✓ 구매 및 외부 반입 음식물의 보관을 위해서 보호외국인이 냉장고를 사용할 수 있도록 하여야 한다.

61) Serco, Brook House Immigration Removal Centre, House Rules, SER000026, Ver.1 (2021).

Ⅳ 개방형 시설

1. 개방형 시설의 개념과 요건에 부합하는 시설로의 패러다임 전환

가. 쟁점

법무부는 2022. 4. 보호외국인의 자율성과 권익강화를 위한 ‘개방형 외국인보호시설’의 운영계획을 발표하였다. 이후 일부 보호시설에서 시설과 운영방식을 변경하여 ‘개방형 외국인보호시설’을 운영하고 있다.

그런데 이러한 현행 개방형 외국인보호시설에 대해서는 엇갈린 평가가 존재한다. 국가인권위원회는 현행 개방형 외국인보호시설이 개방형 구금시설로서의 요건을 갖추지 못한 한계를 지적하는 동시에, 인권적인 측면에서 긍정적으로 평가하며 향후 확대될 필요가 있다고 보았다. 나아가, 국가인권위원회는 현행 개방형 외국인보호시설은 보호외국인의 권리보장이 크게 향상되었고, 처우 전반에 관한 보호외국인의 만족도가 높으며, 운영소요가 줄어들어 인력절감 효과도 있는바 경제적, 효율성 측면에서도 그 효용이 확인되었다고 보고하였다.⁶²⁾

이하에서는 개방형 시설의 개념과 요건을 중심으로 현행 개방형 외국인보호시설이 지향해야 할 바를 살펴보겠다.

나. 검토기준

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문:

- 가. 폐쇄형 외국인시설보다 인권, 경제성, 효율성 측면에서 모두 우월한 현행 ‘개방형 외국인보호시설’ 모델의 도입을 확대할 것.
- 나. 현행 ‘개방형 외국인 보호시설’의 인권친화적 운영을 위해 운영에 관한 규정들을 최대한 공개할 것.
- 다. 외국인보호시설에 입소한 모든 보호외국인은 원칙적으로 개방형 보호동에서 생활하도록 하며, 예외적으로 일정한 사유가 있는 보호외국인만 개방형 보호동의 입소에서 배제하는 ‘네거티브 방식’의 분류심사 기준을 도입할 것.
- 라. 개방형 보호실의 일관되고 독립적인 분류심사를 위해 분류심사위원회를 운영하되, 적정인원의 외부 위원 참여를 보장할 것.

62) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

- 마. 분류심사과정에서 외부전문가의 의견을 수렴하거나, 보호외국인과의 면담절차를 둘 필요가 있으며, 회의록 작성 및 정기적인 재심사 규정을 마련하고, 분류심사 결과와 이유는 당사자가 이해할 수 있는 언어로 서면통지하며, 분류심사 결과에 대한 불복 기회를 보장할 것.
- 바. 분류심사 기준에 ‘국적’ 등 차별적인 내용을 삭제하고, HIV 감염인, 성소수자의 분류심사 기준을 마련하되, 다른 보호외국과의 무조건적 격리는 지양하고, 당사자의 의사를 반영하는 절차를 마련하며, 공정하고 차별 없는 분류심사를 위해 분류심사의 모든 기준은 외부에 공개할 것.
- 사. 국제인권기준에 따라 야간 독거수용의 원칙을 준수하되, 현실상 어렵다면 개인 침대 제공 등 개인별 수면공간을 마련하여, 침실문을 개방하더라도 보호소 외부 출입은 차단되어 있으므로 야간에도 침실문을 개방할 것.
- 아. 휴대전화에 촬영 및 녹음 기능 제한 응용프로그램 설치 등을 전제로 휴대전화 사용장소를 확대하고, 사용 가능 시간도 확대할 것.”

다. 검토⁶³⁾

(1) 개방, 반개방, 폐쇄 시설의 구분과 개방형 시설의 개념

국제인권법적 관점에서 보면, 이주구금시설(immigration detention center) 및 난민수용시설(asylum seeker reception center)은 그 개방 정도에 따라 개방형 시설(open facility), 반(半)개방형 시설(semi-open facility), 폐쇄형 시설(closed facility)로 구분된다.

먼저, 반개방형 시설의 의미를 중심으로 살펴보자. 유럽인권재판소에 따르면, 반개방형 시설은 시설에 수용된 자가 시설 내에서 거주해야 하지만, 낮에는 시설을 벗어날 수 있고 밤에 돌아오도록 하는 시설,⁶⁴⁾ 또는 시설에 수용된 자가 하루 종일 외출을 할 수 있는 권리를 가지고 있는 시설⁶⁵⁾을 의미한다. 유럽인권재판소는 *J.R. and Others v. Greece* 사건에서 구금기간을 산정함에 있어서 반개방형 시설에서 머문 기간은 구금에 해당하지 않는다고 판단한 바 있다.⁶⁶⁾ 즉, 유럽인권재판소는 반개방형 시설에서의 체류가 본질적으로 구금과는 성격이 다르다는 입장이다.

유엔난민기구의 「구금에 관한 지침(Detention Guidelines)」(이하 “유엔난민기구 구금에 관한

63) 이하의 내용은 기존에 작성된 다음 문헌을 일부 수정, 보완한 것이다. 이상현, “이른바 ‘개방형 외국인보호시설’의 운영현황과 문제점”, 대안적 외국인 보호시설의 운영현황과 개선방안 토론회, 국가인권위원회·대한변호사협회·유엔난민기구 (2023. 2. 22. 발표), 10-36.

64) Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010): The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe, 28 January 2010, RES 1707 (2010), paras. 42-43. (available at: <https://www.refworld.org/docid/4b6bec802.html>)

65) *J.R. and Others v. Greece* (AFFAIRE J.R. ET AUTRES c. GRÈCE), ECLI:CE:ECHR:2018:0125JUD002269616, Council of Europe: European Court of Human Rights, 25 January 2018, paras. 86-87. (available at: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5a69edb89.html>)

66) Ibid.

지침”)⁶⁷⁾에 따르면, 반개방형 시설에서는 관리를 위해서 출입 시에 서명을 요구하는 등의 규칙을 부과할 수 있으나, 구금의 형태가 되지 않도록 시설 내부에서와 외부에서는 일반적인 이동의 자유가 준수되어야 한다.⁶⁸⁾ 다만, 반개방형 시설에서는 매일 보고를 요구하는 등 시설 내에 소재하고 있음을 확인하는 조치도 이루어질 수 있다고 한다.⁶⁹⁾ 즉, 반개방형 시설은 시설 외부로의 출입이 ‘권리’로서 보장되며, 다만 출입시간이나 출입절차에 관한 제한이 있는 시설을 의미한다고 볼 수 있다.

다음으로 개방형 시설의 의미를 살펴보자. 유엔난민기구 구금에 관한 지침에 따르면, 개방형 시설은 앞서 설명한 반개방형 시설보다 개방성을 보장하는 시설을 의미한다. 일반적으로 특정 주소 또는 특정 행정구역 내에 거주하는 조건으로 구금을 해제하는 ‘구금 대안’을 택할 때 개방형 시설로 거주지를 지정할 수 있다고 한다.⁷⁰⁾

즉, 개방형 시설은 시설 외부로의 출입을 제한하는 어떠한 물리적인 설비나 감시체계, 허가 절차를 두고 있지 않은 시설로서, 시설 외부로의 자유로운 출입이 보장되며, 다만 거주지를 특정한 시설로 제한한다는 의미로 볼 수 있다. 국내적 맥락에서 보면, 조건부 입국허가⁷¹⁾나, 긴급상륙허가,⁷²⁾ 체류허가의 특례,⁷³⁾ 보호해제,⁷⁴⁾ 보호일시해제,⁷⁵⁾ 출국명령을 하면서 거주지를 영종도에 설치된 난민지원시설인 ‘출입국외국인지원센터’로 지정하는 조건을 부과하는 경우⁷⁶⁾가 이에 해당한다.

요약하면, 반개방형 시설은 ‘일부 제약은 있을 수 있으나 외부로의 출입이 권리로서 보장되는 시설’을 의미하고, 개방형 시설은 ‘거주지가 지정되어 있을 뿐 외부로의 출입에 일체 제한이 없는 시설’을 의미한다.

67) UNHCR, “Detention Guidelines – Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention” (2012).

(available at: <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/505b10ee9.pdf>) 한국어 번역본은 https://www.refworld.org/themes/custom/unhcr_rw/pdf-js/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.refworld.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fattachments%2F5285ef6e4.pdf 참조.

68) 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 42, 부록 A 구금 대안 (v).

(available at: <https://www.refworld.org/docid/50348953b8.html>)

69) UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Refugee Protection and Mixed Migration: The 10-Point Plan in action, February 2011, p. 107.

(available at: <https://www.refworld.org/docid/4d9430ea2.html>)

70) Ibid.

71) 출입국관리법 제13조.

72) 출입국관리법 제15조.

73) 출입국관리법 제61조.

74) 출입국관리법 제63조 제3항 내지 제5항.

75) 출입국관리법 제65조.

76) 출입국관리법 제68조 제1항, 제3항.

(2) 개방교정시설 관련 국제인권기준과 개방처우의 요건⁷⁷⁾

교정시설에서의 개방처우(open treatment)란 종래의 폐쇄처우(closed treatment)에 대응되는 개념으로, 폐쇄된 교정시설 내에서 집행되어 오던 전통적인 처우에서 탈피한 일련의 교정처우를 논의하는 과정에서 그 의미가 발전되어 왔다.⁷⁸⁾

유엔 「개방교정시설에 관한 권고」(Recommendations on Open Penal and Correctional Institutions)⁷⁹⁾는 개방시설의 개념을 ‘도주 방지를 위한 물리적 시설 및 인적 경비(주벽, 쇠창살, 자물쇠, 교도관)가 없고, 피수용자의 자율성과 책임감을 기초로 운영되는 제도로서, 피수용자가 자신에게 주어진 자유를 남용하지 않고 그것을 향유할 수 있는 제도’로 규정한다. 같은 취지에서, 1957년 제2회 UN 아시아지역 범죄예방 및 범죄인 처우회의도 개방시설을 ‘주벽, 쇠창살, 자물쇠, 교도관 등 도주 방지 장치 없이 수용자의 집단생활에 대한 자율성과 책임성을 기초로 한 시설’로 정의한다.⁸⁰⁾

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙은 ‘개방시설은 도주에 대한 물리적 보안조치 없이 피구금자의 자율을 신뢰하고 있다는 바로 그 사실에 의하여 신중하게 선발된 수형자의 사회복귀를 위하여 가장 유리한 조건을 제공한다’면서,⁸¹⁾ ‘개방시설의 수용인원은 가능한 한 적어야 한다’고 규정하고 있다.⁸²⁾

위와 같은 내용을 종합하여 보면, 개방처우의 요건으로는 ① 담장, 철조망, 외벽 등 외부로의 이동을 차단하는 물리적인 시설이 없을 것, ② 수용거실에 쇠창살이 없고 출입문에 자물쇠가 없을 것, ③ 교도관이 계호자 내지는 감시자로서 역할을 하지 않을 것, ④ 피구금자에 대한 신뢰를 토대로 피구금자의 자율과 책임을 바탕으로 운영될 것이 요구된다.⁸³⁾ 나아가, ⑤ ‘폐쇄적 처우의 폐해를 최소화하여 피구금자의 생활조건을 일반 사회생활에 근접하게 할 것’을 추가적인 특징으로 보는 견해도 존재한다.⁸⁴⁾

(3) 개방교정시설 관련 국내외 논의 및 제도현황과 개방처우의 요건

형집행법은 교정시설을 개방시설, 완화경비시설, 일반경비시설, 중경비시설로 구분하고 있다. 이중 개방시설은 ‘도주방지를 위한 통상적인 설비의 전부 또는 일부를 갖추지 아니하고 수형자의 자율적 활동

77) 이하의 내용은 한국형사정책연구원(연구책임자 권수진·권창모·오영근), “개방처우제도의 개선방안에 관한 연구” (2018), 15 이하의 내용을 토대로 작성하였다.

78) 남상철, “개방처우의 효율적 시행방안”, 한국교정학회 (2002), 32.

79) 본 권고는 1955년 8월 30일 제네바에서 개최된 제1차 범죄예방 및 범죄자 처우에 관한 유엔회의에서 채택되었다.

80) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 19.

81) 제89조 제2항.

82) 제89조 제3항.

83) 같은 취지로, 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 22; 윤상로, “수형자의 개방처우에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문 (2010), 61.

84) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 16.

이 가능하도록 통상적인 관리·감시의 전부 또는 일부를 하지 아니하는 교정시설’로 정의된다.⁸⁵⁾ 즉, 시설적인 측면에서는 도주방지 시설의 최소화, 운영적 측면에서는 자율적 활동의 보장과 관리 감시의 최소화를 개방시설의 요소로 들고 있다.

시설적인 측면에서 보면, 개방교정시설에 관한 논의는 높은 주벽, 쇠창살, 자물쇠 등 전통적인 폐쇄시설의 물리적인 도주방지 수단을 최소화하는 방향으로 이루어지고 있으며, 국내에서도 이러한 취지에 따라 개방교정시설이 도입되었다. 실제로, 천안개방교도소는 일반 교도소에 설치되어 있는 주벽 대신 높이 1.5m의 외곽 펜스만 설치되어 있고, 창문에도 쇠창살 대신 강화 방충망만 설치되어 있는 등 도주방지를 위한 물리적 보안시설이 없다.⁸⁶⁾

운영적 측면에서 보면, 외부통근제, 귀휴제, 주말구금제, 부부·가족접견제, 사회견학 등이 논의되고 있으며, 실제로 귀휴제, 외부통근제, 부부·가족접견제(가족만남의 집과 가족만남의 날), 사회견학 및 사회봉사 등이 국내에서 실시되고 있다.⁸⁷⁾ 아래에서는 이 중에서 귀휴제와 주말구금제, 부부·가족접견제를 중점적으로 살펴보겠다.

귀휴제는 수형자에게 일정한 기간과 행선지를 정하여 외출 내지 외박을 허가하는 제도를 의미한다. 이 제도는 수형자의 사회적응을 촉진하거나, 가족의 경조사, 본인의 질병 치료 등 수형자의 당면 문제를 해소하는 것을 목적으로 한다. 형집행법은 가족 또는 배우자의 직계존속이 위독한 때, 질병이나 사고로 외부의료시설에 입원이 필요한 때, 천재지변 등으로 회복할 수 없는 중대한 재산상의 손해가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 때 등을 귀휴사유로 정하고 있다.⁸⁸⁾ 한편, 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙은 부모 등의 사망과 같은 직계존비속의 경조사의 경우 귀휴를 허용하도록 하고 있다. 벨기에의 경우, 소년수형자 중 반자유 처우 수형자에 대해서 외부통근과 일요일 귀휴를 허용하고 있고, 독일은 업무상, 법률상, 일신상 긴급한 방문을 요하는 일이 발생했을 때 일시외출을 허용하고 있다.⁸⁹⁾

주말구금제는 단기 자유형의 분할 집행방법으로서, 주말에만 형을 집행하여 가정 및 직장생활에 지장이 없도록 하는 것을 말한다. 수형자가 직장 및 가정생활을 원만하게 유지하면서 아울러 피해자에 대한 손해배상에도 유리하다는 점이 이 제도의 장점이다. 독일은 소년구금의 한 형태로 도입된 이후로 성인에 대해서도 적용하고 있고, 영국은 주말구금과 유사한 수강센터의 출두(attendance at an attendance center) 제도가 있으며, 벨기에에는 주말구금제도가 도입되어 있다.⁹⁰⁾

85) 형집행법 제57조 제1항.

86) 이병기·승선신, “개방처우제도에 관한 연구”, 형사정책연구원 연구총서 94-06 (1994. 12.), 61.

87) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 16-17.

88) 형집행법 제77조 제1항.

89) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 26-27.

90) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 28-29.

부부·가족접견제는 배우자가 있는 수형자가 배우자끼리 혹은 자녀가 있는 경우 자녀와 함께 부부가 만날 수 있도록 하는 제도로, 면회 시간 동안 수형자가 교정시설 구내·외에 마련된 숙박시설에서 수일간을 배우자 등 가족과 함께 생활할 수 있도록 하는 것을 말한다. 이러한 접견은 대체로 주방시설, 거실 등이 마련된 별도의 가옥에서 이루어진다. 부부·가족접견제는 미국, 아르헨티나, 브라질, 콜롬비아, 멕시코 등에서 성공적으로 운영되고 있다.⁹¹⁾ 국내에서는 가족만남의 날과 가족만남의 집의 형식으로 운영되고 있다.⁹²⁾

(4) 외국인보호시설의 특수성에 비추어본 개방형 교정시설에 관한 논의 검토

개방교정시설에 관한 논의는 교정시설과는 구분되는 외국인보호시설의 특수성을 감안하여 개방형 외국인보호시설에 적용할 필요가 있다.

먼저 행형제도와는 구분되는 외국인보호제도의 목적이 고려되어야 한다. 행형의 목적은 수형자를 교정·교화하여 건전한 사회인으로 복귀시키는 것이다. 이에 따라, 개방교정시설은 ‘수형자를 폐쇄적인 시설에 구금하는데 목적을 두기보다는 수형자로 하여금 사회화의 접촉과 교제를 가능하게 하여 사회적응능력을 향상시키고, 궁극적으로는 현대 행형의 이념과 형집행의 목적인 수형자의 건전한 사회복귀를 도모’하는 것을 목적으로 하고 있다.⁹³⁾

반면, 외국인보호제도의 목적은 ‘강제퇴거대상자를 출국 요건이 구비되어 송환할 수 있을 때까지 일정한 장소에 인치해두어, 강제퇴거명령을 신속하고 효율적으로 집행하는 것’이다.⁹⁴⁾ 또한 외국인보호제도의 ‘보호’에는 ‘강제퇴거명령의 집행확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없다는 목적상의 한계’와 ‘송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로 보호할 수 있으며 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계’가 따른다.⁹⁵⁾

그렇다면 개방형 외국인보호시설의 목적은 ‘보호외국인의 구금 그 자체에 목적을 두기보다는, 강제퇴거명령의 집행을 확보한다는 목적이 달성될 수 있는 범위 내에서 보호외국인에게 최대한의 자유를 보장하고 외부와의 접촉을 허용함으로써, 궁극적으로는 보호외국인의 인권이 보장되는 가운데 출국 장애 사유를 빠르게 해소시켜 강제퇴거명령의 신속한 집행에 이바지’하는 데에 있다고 보아야 한다.

91) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 29-30.

92) 형집행법 시행규칙 제89조. 한편, 「교정시설 경비 등급별 수형자의 처우 등에 관한 지침」 제17조는 개방처우급 수형자에 대하여는 접촉 차단 시설이 설치되지 아니한 장소에서 접견하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

93) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 17.

94) 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가29 결정 참조.

95) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결.

다음으로 외국인보호시설의 경우 보호기간이 정해져있지 않고 ‘출국장해사유’로 인해서 보호가 장기화될 수 있다는 특수성이 중요하게 고려되어야 한다. 보호외국인의 보호가 장기화되는 사유로는 여권이나 여행증명서 발급절차를 진행하고 있는 경우, 체불임금이나 산재보상을 받기 위한 절차를 진행하고 있는 경우, 난민심사 및 난민재판 절차가 진행 중인 경우, 이혼소송을 비롯한 제반소송이 진행 중인 경우, 질병을 치료받고 있는 경우, 기타 한국에서의 가족관계나 금전관계, 임대차관계 등 신변을 정리하는 데에 상당한 시간이 걸리는 경우 등이 있다. 그런데 이러한 출국장해사유는 외부와 엄격하게 차단되어 있는 구금환경에서보다는, 외부와 원활하게 소통할 수 있고 보호외국인의 자유가 보장되는 상황에서 보다 용이하게 해결될 수 있다. 예를 들어서, 체불임금이나 산재보상 관련 절차, 난민심사, 난민재판, 이혼소송 등 제반소송이 진행 중인 경우에는 변호사, 난민인권옹호활동가, 가족, 동료 노동자 등 외부와의 소통이 필수적이다. 여권이나 여행증명서를 발급받거나, 체불임금이나 산재보상을 받거나, 신변을 정리하는 데에는 대사관이나 기존 사업장, 거주지를 방문하는 등 외출을 통해서 직접 문제를 해결하는 것이 최선의 방법이 될 수 있다.

이를 고려하여 앞서 살펴본 개방교정시설의 운영방법을 검토하면, 귀휴제와 주말구금제, 부부·가족접견제는 개방형 외국인보호시설의 경우 특별히 중요한 의미를 가지며, 폭넓게 수용될 필요가 있다. 귀휴제와 주말구금제를 이용하여 대사관이나 기존 사업장, 거주지를 방문하거나 새로운 방식의 접견을 통해 난민인권옹호활동가, 가족, 동료 노동자와의 원활하게 소통한다면 출국장해사유가 보다 빠르게 해결될 수 있기 때문이다. 반면, 외부통근제, 사회견학 및 사회봉사는 그 목적이 외국인보호제도의 목적과 상이하므로, 직접적인 참고가 되기는 어렵다.

한편, 시설적인 측면에서는 외국인보호시설의 특수성이 두드러지지 않는 것이며, 대체로 개방교정시설의 시설적 요건을 그대로 차용할 수 있을 것이다.

(5) 소결론: 국제인권기준에 따른 개방형 외국인보호시설의 개념과 요건

개방·반개방·폐쇄 시설의 구분에 관한 국제인권기준에 따르면, 반개방형 시설은 ‘일부 제약은 있을 수 있으나 외부로의 출입이 권리로서 보장되는 시설’을 의미하고, 개방형 시설은 ‘거주지가 지정되어 있을 뿐 외부로의 출입에 일체 제한이 없는 시설’을 의미한다. 개방교정시설에 관한 국제인권기준과 국내외 논의, 제도 현황을 외국인 보호시설의 맥락에서 검토하면, 개방형 외국인보호시설에 대해서는 일정한 시설적, 운영적 요건이 따른다. 이와 같은 개방형 외국인보호시설의 개념과 요건을 정리하면 아래와 같다.

[개방형 외국인보호시설의 개념]

- 반개방형 시설: '일부 제약은 있을 수 있으나 외부로의 출입이 권리로서 보장될 것'
- 개방형 시설: '거주지에만 제한이 있을 뿐 외부로의 출입에 제한이 전혀 없을 것'

[개방형 외국인보호시설의 시설적 요건]

- ① 담장, 철조망, 외벽 등 외부로의 이동을 차단하는 물리적인 시설이 없을 것
- ② 보호거실에 식창살이 없고 출입문에 자물쇠가 없을 것

[개방형 외국인보호시설의 운영적 요건]

- ① 보호시설 근무자가 계호자 내지는 감시자로서 역할을 하지 않을 것
- ② 보호외국인에 대한 신뢰를 토대로 보호외국인의 자율과 책임을 바탕으로 운영될 것
- ③ 귀휴제, 주말구급제, 부부·가족접견제 등을 통해서 보호외국인의 생활조건을 일반 사회생활에 근접하게 할 것

라. 소결

- ✓ 폐쇄형 외국인보호시설을 개방형 외국인보호시설로 전환하여야 한다.
- ✓ 개방형 외국인보호시설은 거주지가 특정되어야 한다는 제한이 있을 뿐 외부로의 출입에 제한이 전혀 없어야 한다. 담장, 철조망, 외벽 등 외부로의 이동을 차단하는 물리적인 시설이 없어야 하고, 보호거실에는 식창살이 없고 출입문에 자물쇠가 없어야 한다. 보호거실에서 외국인보호시설의 정문에 이르는 모든 복도와 문을 개방하여 시설 내 전역에서의 이동이 완전히 자유롭게 하여야 한다.
- ✓ 개방형 외국인보호시설은 보호외국인에 대한 신뢰를 토대로 보호외국인의 자율과 책임을 바탕으로 운영되어야 한다. 보호시설 근무자가 계호자 내지는 감시자로서 역할이 아닌, 보조자 내지는 지원자의 역할을 수행하여야 한다. 계호를 위한 CCTV는 철거를 검토하여야 한다.
- ✓ 개방형 외국인보호시설에서는 귀휴제, 주말구급제, 부부·가족접견제 등을 통해서 보호외국인의 생활조건을 일반 사회생활에 근접하게 할 것이 요구된다. 이를 통해서 보호외국인의 신속한 신변정리 및 출국장해사유 해소를 촉진하여야 한다.

2. 인권적인 개방형 외국인보호시설의 운영**가. 쟁점**

국가인권위원회는 2023년 현행 개방형 외국인보호시설에 대한 방문조사에서 그 구체적인 운영과 관련하여 운영규정의 공개, 수용방식의 개선, 휴대전화 사용확대 등 몇 가지 개선사항을 지적하였다.⁹⁶⁾

이에 아래에서는 국가인권위원회가 지적한 내용을 중심으로 개방형 시설의 운영에 관한 세부적 인권 기준을 검토하겠다.

96) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

나. 검토기준

○ 관련 법령

「부대관리훈령」 제35조의2(병 휴대전화 사용) ① 병은「국방보안업무훈령」에서 정한 절차에 따라 개인 휴대전화를 영내에 반입하여 사용할 수 있다.

② 휴대전화사용은 평일 과업 후(18:00~21:00)와 휴무일(08:30~21:00)에 사용하며, 작전, 교육훈련, 기본과업, 취침 등에 지장이 없는 범위 내에서 중령급 이상 지휘관 재량 하 일부 조정할 수 있다.

③ 중령급이상 지휘관은 부대의 임무, 시설물 배치 등을 고려하여 군사보호구역 이외의 구역을 휴대전화 사용 구역으로 지정하여야 한다.

④ 휴대전화를 사용하지 않는 시간에는 부대별 지정된 장소에서 통합하여 보관해야 한다.

⑤ 「군인사법」제57조제2항의 군기교육 대상자는 군기교육 처분이 집행되는 기간에는 휴대전화를 사용할 수 없다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자의 처우에 관한 최저기준규칙

제54조 ① 모든 피구금자는 수용과 동시에 지체 없이 다음의 정보를 서면으로 제공받아야 한다.

(a) 교도소법 및 구금 관련 법규

(b) 규정된 방식으로 정보를 구할 권리. 법률구조 프로그램을 포함하여 법률 자문을 받을 권리. 청원 및 불복절차.

(c) 피구금자의 의무. 규율위반에 대한 처벌을 포함한다.

(d) 교도소 내 생활에 적응하기 위하여 필요한 기타 모든 사항

제55조 ① 제54조에 명시된 정보는 피구금자의 필요에 따라 가장 통용되는 언어로 제공되어야 한다. 피구금자가 해당 언어를 이해하지 못할 때에는 통역지원이 제공되어야 한다.

제55조 ① 제54조에 명시된 정보는 피구금자의 필요에 따라 가장 통용되는 언어로 제공되어야 한다. 피구금자가 해당 언어를 이해하지 못할 때에는 통역지원이 제공되어야 한다.

제89조 ① 이 지도원리를 실현하기 위해서는 처우의 개별화가 필요하며, 이 목적을 위하여 피구금자를 그룹으로 분류하는 신축성 있는 제도가 필요하다. 그러므로 이들 그룹은 각각의 처우에 적합한 개별 교도소에 배분되는 것이 바람직하다.

② 교도소가 모든 그룹에 대하여 동일한 정도의 보안조치를 할 필요는 없다. 상이한 그룹의필요에 따라 다양한 수준의 보안조치를 취하는 것이 바람직하다. 개방교도소는 도주에 대한물리적 보안조치 없이 피구금자의 자율을 신뢰하는 바로 그 사실에 의하여 신중하게 선발된 수형자의 사회복귀에 가장 유익한 상황을 제공한다.

③ 폐쇄교도소 내 수형자의 수는 개별처우가 방해받을 정도로 많지 않은 것이 바람직하다. 몇몇 나라에서는 이들 교도소의 수용인원이 500명을 넘지 않아야 하는 것으로 생각되고 있다. 개방교도소의 수용인원은 가능한 한 적어야 한다.

④ 다른 한편으로, 적당한 설비를 마련할 수 없을 만큼 작은 교도소를 유지하는 것은 바람직하지 아니하다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문:

가. 폐쇄형 외국인시설보다 인권, 경제성, 효율성 측면에서 모두 우월한 현행 ‘개방형 외국인보호시설’ 모델의 도입을 확대할 것.

나. 현행 ‘개방형 외국인 보호시설’의 인권친화적 운영을 위해 운영에 관한 규정들을 최대한 공개할 것.

[중략]

아. 휴대전화에 촬영 및 녹음 기능 제한 응용프로그램 설치 등을 전제로 휴대전화 사용장소를 확대하고, 사용 가능 시간도 확대할 것.”

다. 검토

첫째, 개방형 보호시설 내 수용인원을 소규모화 하여야 한다. 국제인권기준에 따르면, 개방형 시설의 수용인원은 가능한 적어야 한다. 이는 효과적인 개방처우를 실시하기 위해서는 수용인원이 적어야 한다는 취지이다. 관련하여, 개방형 시설의 수용정원을 100명 단위로 소규모화 하는 것이 바람직하다는 견해도 존재한다.⁹⁷⁾ 장기적으로는 이러한 취지에 따라 개방형 외국인보호시설을 소규모화하는 것이 바람직할 것이다.

둘째, 개방형 보호시설 내에서 보호외국인 개개인의 처우가 개별화되어야 한다. 국제인권기준이 피구금자의 인권을 위해 처부의 개별화가 필요하다고 강조하고 있는 것도 같은 취지이다. 그 연장선상에서 개방처우에 있어서도 개방처우의 내용 및 방법, 조건 등에 따라 다양한 처우를 개발하고 실시할 필요가 있다.⁹⁸⁾ 법무부도 “보호외국인을 대상으로 개인별 특성에 따른 처우를 시범 실시할 예정”이라는 계획을 발표한 바 있는데,⁹⁹⁾ 이러한 계획이 현실화되는 것이 필요하다.

셋째, 외부로의 이동을 차단하는 물리적인 시설이 없어야 한다는 것이 개방형 시설의 기본적인 요건이며, 적어도 야간에 침실문을 폐쇄해서는 안 된다. 참고로, 천안개방교도소는 야간에 침실문을 개방하고 있으며, 오히려 자치활동의 일환으로 수형자들이 순번제로 불침번 근무자가 되어 환자 및 화재발생 여부를 확인하고 있다.¹⁰⁰⁾ 「교정시설 경비등급별 수형자의 처우 등에 관한 지침」에 따르면, 개방시설의 거실 및 수용동의 출입문은 잠그지 않는 것이 원칙이며, 야간에도 수용동 출입문만을 폐쇄할 뿐 거실의 출입문은 폐쇄하지 않는다.¹⁰¹⁾

넷째, 개방형 보호시설의 근본취지에 부합하게 시설이 운영될 수 있도록 휴대전화의 사용이 폭넓게 보장되어야 한다. 그래야만 ‘보호외국인에게 외부와의 접촉을 최대한 보장함으로써 출국 장애 사유를 빠

97) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 433.

98) 같은 취지로, 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 18.

99) 법무부 보도자료, “인권친화적 개방형 보호시설로 탈바꿈한 화성외국인보호소 - 법무부장관, 화성외국인보호소 현장 점검 -”, 출입국·외국인정책본부 이민조사과, https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1649325160789100, (2022. 4. 7.).

100) 김하수, “한국 개방처우제도의 발전방안에 관한 연구”, 단국대학교 박사학위논문 (2001), 81-84.

101) 「교정시설 경비등급별 수형자의 처우 등에 관한 지침」 제46조.

르게 해소시킬 필요가 있다'는 제도의 근본적인 취지가 달성될 수 있다. 이를 위해서는 먼저 휴대전화 사용권이 하나의 권리로 보장될 필요가 있다. 휴대전화의 사용시간이나 장소의 제한은 원칙적으로 허용될 수 없고, 사진이나 녹음 등은 비례의 원칙에 입각하여 제한적으로만 금지되어야 한다. 또한 휴대전화 사용권이 형해화되지 않도록 시설 내에 무료 무선인터넷망을 구축하는 것이 요구된다. 유사한 취지에서, 국가인권위원회도 휴대전화 사용시간, 사용장소에 대한 제한을 축소할 것을 권고한 바 있다.

다섯째, 개방형 보호시설의 운영기준이 투명하게 공개될 필요가 있다. 나아가, 이를 통역, 번역하여 보호외국인이 운영기준을 이해할 수 있도록 하여야 한다. 유엔 피구금자의 처우에 관한 최저기준규칙도 피구금자가 구금 관련 법규의 정보를 제공받아야 하고, 이러한 정보는 피구금자가 이해할 수 있는 언어로 제공되어야 한다고 규정하고 있다.

라. 소결

- ✓ 효과적인 개방처우를 위해서 개방형 보호시설 내 수용인원을 소규모화 하여야 한다. 장기적으로는 개방형 시설의 수용정원을 100명 단위로 소규모 하는 것이 바람직하다.
- ✓ 국제인권법상 '처우 개별화의 원칙'에 입각하여 개방처우의 내용 및 방법, 조건 등 보호외국인 개개인의 처우가 개별화되어야 한다.
- ✓ 외부로의 이동을 차단하는 물리적인 시설이 없어야 한다는 것이 개방형 시설의 기본적인 요건이며, 적어도 야간에 침실문을 폐쇄해서는 안 된다.
- ✓ 휴대전화의 사용이 폭넓게 보장되어야 한다. 휴대전화 사용권은 최소한으로 제한되어야 하며, 시설 내 무료 무선인터넷망을 구축하는 것이 요구된다.
- ✓ 개방형 보호시설의 운영기준이 투명하게 공개되어야 한다. 나아가, 보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 그 정보가 제공되어야 한다.

3. 입소대상자 분류심사의 기준 및 절차 마련

가. 쟁점

국가인권위원회는 2023년 현행 개방형 외국인보호시설에 대한 방문조사에서 개방형 외국인보호시설의 입소대상자 분류 심사와 관련해서 그 기준 및 절차의 보완을 권고한 바 있다.¹⁰²⁾

이에 아래에서는 국가인권위원회가 지적한 내용을 중심으로 개방형 시설의 분류심사에 관한 인권기준을 살펴보겠다.

102) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

나. 검토기준

○ 관련 법령

형집행법

- 제59조(분류심사)** ① 소장은 수형자에 대한 개별처우계획을 합리적으로 수립하고 조정하기 위하여 수형자의 인성, 행동특성 및 자질 등을 과학적으로 조사·측정·평가(이하 “분류심사”라 한다)하여야 한다. 다만, 집행할 형기가 짧거나 그 밖의 특별한 사정이 있는 경우에는 예외로 할 수 있다.
- ② 수형자의 분류심사는 형이 확정된 경우에 개별처우계획을 수립하기 위하여 하는 심사와 일정한 형기가 지나거나 상벌 또는 그 밖의 사유가 발생한 경우에 개별처우계획을 조정하기 위하여 하는 심사로 구분한다.
- ③ 소장은 분류심사를 위하여 수형자를 대상으로 상담 등을 통한 신상에 관한 개별사안의 조사, 심리·지능·적성 검사, 그 밖에 필요한 검사를 할 수 있다.
- ④ 소장은 분류심사를 위하여 외부전문가로부터 필요한 의견을 듣거나 외부전문가에게 조사를 의뢰할 수 있다.
- ⑤ 이 법에 규정된 사항 외에 분류심사에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

형집행법 시행령

- 제84조(수형자의 처우등급 부여 등)** ① 법 제57조제3항에서 “교정성적”이란 수형자의 수용생활 태도, 상벌 유무, 교육 및 작업의 성과 등을 종합적으로 평가한 결과를 말한다.
- ② 소장은 수형자의 처우수준을 개별처우계획의 시행에 적합하게 정하거나 조정하기 위하여 교정성적에 따라 처우등급을 부여할 수 있다.
- ③ 수형자에게 부여하는 처우등급에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

형집행법 시행규칙

제63조(분류심사 사항) 분류심사 사항은 다음 각 호와 같다.

1. 처우 등급에 관한 사항
2. 작업, 직업훈련, 교육 및 교화프로그램 등의 처우방침에 관한 사항
3. 보안상의 위험도 측정 및 거실 지정 등에 관한 사항
4. 보건 및 위생관리에 관한 사항
5. 이송에 관한 사항
6. 가석방 및 귀휴심사에 관한 사항
7. 석방 후의 생활계획에 관한 사항
8. 그 밖에 수형자의 처우 및 관리에 관한 사항

제66조(정기재심사) ① 정기재심사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한다. 다만, 형집행지휘서가 접수된 날부터 6개월이 지나지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 형기의 3분의 1에 도달한 때
 2. 형기의 2분의 1에 도달한 때
 3. 형기의 3분의 2에 도달한 때
 4. 형기의 6분의 5에 도달한 때
- ② 부정기형의 재심사 시기는 단기형을 기준으로 한다.
- ③ 무기형과 20년을 초과하는 징역형·금고형의 재심사 시기를 산정하는 경우에는 그 형기를 20년으로 본다.
- ④ 2개 이상의 징역형 또는 금고형을 집행하는 수형자의 재심사 시기를 산정하는 경우에는 그 형기를 합산한다. 다만, 합산한 형기가 20년을 초과하는 경우에는 그 형기를 20년으로 본다.

제69조(분류조사 사항) ① 신입심사를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 조사한다.

1. 성장과정
2. 학력 및 직업경력
3. 생활환경
4. 건강상태 및 병력사항
5. 심리적 특성
6. 마약·알코올 등 약물중독 경력
7. 가족 관계 및 보호자 관계
8. 범죄경력 및 범행내용
9. 폭력조직 가담여부 및 정도
10. 교정시설 총 수용기간
11. 교정시설 수용(과거에 수용된 경우를 포함한다) 중에 받은 징벌 관련 사항
12. 도주(음모, 예비 또는 미수에 그친 경우를 포함한다) 또는 자살기도(企圖) 유무와 횟수
13. 상담관찰 사항
14. 수용생활태도
15. 범죄피해의 회복 노력 및 정도
16. 석방 후의 생활계획
17. 재범의 위험성
18. 처우계획 수립에 관한 사항
19. 그 밖에 수형자의 처우 및 관리에 필요한 사항

② 재심사를 할 때에는 제1항 각 호의 사항 중 변동된 사항과 다음 각 호의 사항을 조사한다.

1. 교정사고 유발 및 징벌 관련 사항
2. 제77조의 소득점수를 포함한 교정처우의 성과
3. 교정사고 예방 등 공적 사항
4. 추가사건 유무
5. 재범의 위험성
6. 처우계획 변경에 관한 사항
7. 그 밖에 재심사를 위하여 필요한 사항

제70조(분류조사 방법) 분류조사의 방법은 다음 각 호와 같다.

1. 수용기록 확인 및 수형자와의 상담
2. 수형자의 가족 등과의 면담
3. 검찰청, 경찰서, 그 밖의 관계기관에 대한 사실조회
4. 외부전문가에 대한 의견조회
5. 그 밖에 효율적인 분류심사를 위하여 필요하다고 인정되는 방법

「분류처우 업무지침」

제71조(조정된 경비처우급 고지 등) ① 신입심사 또는 재심사에 따라 분류처우위원회에서 경비처우급이 결정되거나 조정된 경우에는 재심사 담당자는 [별지 제10호 서식]의 『경비처우급 조정자 명단』을 분류심사 과장의 결재를 거친 후 관련 부서에 통보한다.

② 제1항의 『경비처우급 조정자 명단』은 해당 수형자에게 고지하고 손도장 또는 서명을 받는다.

제115조(분류처우위원회 개최시기 등) 분류처우위원회(이하 이 절에서 “위원회”라 한다)의 회의는 매월 10

일에 개최한다. 다만, 위원회 개최일이 토요일, 공휴일, 그밖에 법무부장관이 정한 휴무일인 때에는 그 다음 날에 개최한다.

제117조(위원회 구성) ① 법 제62조의 위원회는 위원장을 포함한 5인 이상 7인 이하의 위원으로 구성하고, 위원장은 소장이 되며, 위원은 소속 기관의 부소장 및 과장(지소의 경우에는 7급 이상 교도관) 중에서 임명한다.

② 제1항의 위원장과 위원의 임기는 해당 직위의 보직기간 동안으로 한다.

③ 위원장은 위원회의 사무를 처리하기 위하여 분류심사·재심사·가석방담당자 중에서 시행규칙 제100조의 간사를 둔다.

④ 제3항의 간사는 위원회의 회의록을 작성하여 유지한다.

형집행법 제5조(차별금지) 수용자는 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 병력(病歷), 혼인 여부, 정치적 의견 및 성적(性的) 지향 등을 이유로 차별받지 아니한다.

「수용관리 및 계호업무 등에 관한 지침」 제39조(성소수자 처우) ① 소장은 일반인과 다른 성적 지향, 성정체성, 신체 등을 지닌 신입수용자(이하 “성소수 수용자”라 한다)는 상담결과 및 의무관의 판단에 따라 안정된 수용생활을 유도하기 위한 별도의 상담자를 지정하여야 한다.

② 소장은 성소수 수용자 처우를 위해 필요한 경우 외부전문의 진료 등 의료처우를 실시할 수 있다.

③ 소장은 의무관 또는 외부의료시설 전문의의 의견과 상담결과 등을 종합적으로 고려하여 성소수 수용자의 성적 정체성에 적합한 수용동에 독거수용 하여야 한다. 다만, 자살 등 교정사고 예방 및 사회복귀를 위해 필요한 경우에는 혼거수용 할 수 있다.

④ 소장은 다음 각 호의 사항을 유의하여 성소수 수용자에 대해 성희롱, 성폭행 및 인권침해 논란이 발생하지 않도록 노력하여야 한다.

1. 운동·목욕 별도 실시 및 이동 시 단독 동행 등
2. 수용거실 앞 칸막이 설치 등 계호시설 보강
3. 기타 필요한 경우 다른 수용자와 분리

⑤ 소장은 성소수 수용자의 성적 정체성에 맞게 처우하되, 두발 길이 등 자신의 신체 및 의류를 청결히 유지하도록 교육하여야 한다.

○ 관련 판결례

대구지방법원 2018. 5. 9. 선고 2017구합22055 판결¹⁰³⁾

“피고는 이 사건 정기재심사에서 원고의 경비처우급을 일반경비처우급으로 결정하였으므로 원고는 위 처우등급에 따라 그에 적합한 교정시설에 수용되고, 높은 수준의 처우등급을 받은 수형자보다 더 제한된 작업기준, 물품지급, 접견, 전화통화, 사회적 처우와 중간처우 등을 받게 된다.

[...] 이 사건 처분은 피고가 공권력의 주체로서 형집행법령에서 정한 분류심사에 따라 원고의 처우등급을 결정하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 원고의 권리의무 또는 법률상 지위에 직접적으로 영향을 미치는 행위라고 할 것이다.

따라서 이 사건 처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하므로, 피고의 본안전 항변은 이유가 없다.”

103) 항소심 진행 중 소취하로 종결되었다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자의 처우에 관한 최저기준규칙

제54조 ① 모든 피구금자는 수용과 동시에 지체 없이 다음의 정보를 서면으로 제공받아야 한다.

- (a) 교도소법 및 구금 관련 법규
- (b) 규정된 방식으로 정보를 구할 권리. 법률구조 프로그램을 포함하여 법률 자문을 받을 권리. 청원 및 불복절차.
- (c) 피구금자의 의무. 규율위반에 대한 처벌을 포함한다.
- (d) 교도소 내 생활에 적응하기 위하여 필요한 기타 모든 사항

제55조 ① 제54조에 명시된 정보는 피구금자의 필요에 따라 가장 통용되는 언어로 제공되어야 한다. 피구금자가 해당 언어를 이해하지 못할 때에는 통역지원이 제공되어야 한다.

제89조 ① 이 지도원리를 실현하기 위해서는 처우의 개별화가 필요하며, 이 목적을 위하여 피구금자를 그룹으로 분류하는 신축성 있는 제도가 필요하다. 그러므로 이들 그룹은 각각의 처우에 적합한 개별 교도소에 배분되는 것이 바람직하다.

② 교도소가 모든 그룹에 대하여 동일한 정도의 보안조치를 할 필요는 없다. 상이한 그룹의 필요에 따라 다양한 수준의 보안조치를 취하는 것이 바람직하다. 개방교도소는 도주에 대한 물리적 보안조치 없이 피구금자의 자율을 신뢰하는 바로 그 사실에 의하여 신중하게 선발된 수형자의 사회복귀에 가장 유익한 상황을 제공한다.

③ 폐쇄교도소 내 수형자의 수는 개별처우가 방해받을 정도로 많지 않은 것이 바람직하다. 몇몇 나라에서는 이들 교도소의 수용인원이 500명을 넘지 않아야 하는 것으로 생각되고 있다. 개방교도소의 수용인원은 가능한 한 적어야 한다.

④ 다른 한편으로, 적당한 설비를 마련할 수 없을 만큼 작은 교도소를 유지하는 것은 바람직하지 아니하다.

요그야카르타 원칙(Yogyakarta Principles)

제9원칙: 구금상태에서 인간적인 대우를 받을 권리

자유를 박탈 당한 사람은 누구든지 인도적으로, 또 인격체로서의 천부의 존엄성이 존중되는 대우를 받아야 한다. 성적지향과 성별정체성은 각 개인의 존엄성을 구성하는 일부이다.

국가는:

- A. 구금시설을 배정할 때, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 사람들을 한층 더 주변화시키거나, 폭력이나 잔혹한 대우, 신체적, 정신적, 성적 학대에 처하게 하지 않도록 해야 한다.
- B. 생식 건강에 관련된 요구, HIV/AIDS 정보와 치료 이용, 원하는 경우 성별 재지정 시술과 호르몬요법 및 기타 치료 이용 등, 성적지향이나 성별정체성에 따른 특별한 요구에 대한 인식을 바탕으로 수감인들의 요구에 부합하는 적절한 의료와 상담 서비스를 이용할 수 있도록 해야 한다.
- C. 최대한 가능한 범위에서 모든 수감인들이 자신의 성적지향과 성별정체성에 적합한 수감시설을 결정하는데 참여하도록 보장해야 한다.
- D. 성적지향이나 성별정체성, 젠더 표현 때문에 폭력이나 학대를 당하기 쉬운 모든 수감인들을 위해 보호조치를 마련해야 하며, 합리적으로 실행 가능한 이러한 보호조치로 인해 일반 수감인들이 경험하는 수준 이상으로 권리가 제약되지 않도록 하여야 한다.
- E. 배우자 방문이 허용되는 경우, 파트너의 성별에 관계없이 모든 수감인과 억류자에게 똑같은 기준으로 방문이 허용되어야 한다.
- F. 국가 뿐만 아니라, 성적지향과 성별정체성 분야에서 활동하는 단체를 포함한 NGO들이 구금시설을 독립적으로 모니터링하도록 마련하여야 한다.
- G. 구금시설에 종사하는 공적, 사적 부문의 교도소 직원과 모든 기타 직원들을 위하여, 성적지향과 성별정

체성과 관련된 것을 포함하여 국제인권기준과 평등원칙 및 차별금지원칙에 관한 훈련 및 인식 제고 프로그램을 실시하여야 한다. 구금시설을 배정할 때, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 주변화시키거나, 폭력이나 잔혹한 대우, 신체적, 정신적, 성적 학대에 처하지 않도록 해야 함.

유엔 마약범죄 사무소 「특수한 요구를 가진 수용자를 위한 핸드북」

- 성소수자의 분류 및 수용에 있어서 다음 사항들을 원칙적으로 고려할 것을 권고함.

- ① 성소수자들이 특별한 보호조치가 필요하다는 것을 인정하는 분류체계의 도입
- ② (수용동 및 거실) 배정시 성소수자들의 의사 반영
- ③ 안전을 위협하는 타 수용자와 함께 수용하지 않을 것
- ④ 트랜스젠더 수용자들을 생물학적 성으로 분류하고 배정하는 것을 타당하다고 여기지 않으며 대신 관계자와 상담을 실시하고 성별 재지정을 위한 의료적 수술을 받은 사람, 과정 중에 있는 사람과 그렇지 않은 사람의 다양한 요구를 고려할 것
- ⑤ 성소수자들에게 제공되는 수용시설의 수준에 차별이 없도록 보장할 것

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문:

- 다. 외국인보호시설에 입소한 모든 보호외국인은 원칙적으로 개방형 보호동에서 생활하도록 하며, 예외적으로 일정한 사유가 있는 보호외국인만 개방형 보호동의 입소에서 배제하는 ‘네거티브 방식’의 분류심사 기준을 도입할 것.
- 라. 개방형 보호실의 일관되고 독립적인 분류심사를 위해 분류심사위원회를 운영하되, 적정인원의 외부 위원 참여를 보장할 것.
- 마. 분류심사과정에서 외부전문가의 의견을 수렴하거나, 보호외국인과의 면담절차를 둘 필요가 있으며, 회의록 작성 및 정기적인 재심사 규정을 마련하고, 분류심사 결과와 이유는 당사자가 이해할 수 있는 언어로 서면통지하며, 분류심사 결과에 대한 불복 기회를 보장할 것.
- 바. 분류심사 기준에 ‘국적’ 등 차별적인 내용을 삭제하고, HIV 감염인, 성소수자의 분류심사 기준을 마련하되, 다른 보호외국과의 무조건적 격리는 지양하고, 당사자의 의사를 반영하는 절차를 마련하며, 공정하고 차별 없는 분류심사를 위해 분류심사의 모든 기준은 외부에 공개할 것.”

국가인권위원회 2019. 3. 20.자 17진정0726700 “성전환 수용자에 대한 차별 및 인권침해 등” 결정
“성전환 수용자의 수용동 배치, 호르몬 치료나 외부병원 진료 등 의료적 처우, 숙옷 선택과 목욕 등 수형생활 전반에 걸쳐서 성전환 수용자의 처우가 인간의 존엄성과 기본적 인권에 부합하는지 전국적으로 실태를 파악하고 그 개선책을 종합적으로 마련할 필요가 있다.”

“개정된 「수용 관리 및 계호업무 등에 관한 지침」 제39조(성소수자의 처우) 제3항은 성소수 수용자의 성적 정체성에 적합한 수용동에 독거수용하도록 규정하고 있지만 구체적 기준과 절차가 마련되어 있지 않다. 성전환 수용자의 의사를 충분히 고려하고 외부 전문가 등이 참석하는 협의체를 구성하여 수용동과 독거수용의 필요성 여부에 대해서 결정하는 방안도 적극적으로 고려해볼 만하다.”

○ 관련 해외 입법례

몰타 「트랜스젠더, 다양한 젠더 및 인터섹스 수용자 정책」

- 수용시설은 공문서 상의 성별 또는 당사자의 신청을 반영해야 함. 성별정체성으로 인한 독거수용의 필요성은 고려되어야 하나, 다른 수용자와의 격리는 가능한 한 피해야 함.

영국 「트랜스젠더 수용자의 보호 및 관리」

- 트랜스젠더 수용자를 다른 수용자로부터 지키기 위해 보호격리하는 것은 추천되지 않으며, 교정시설은 가능한 한 수용자에게 힘이 되는 알맞은 환경을 만들어야 함.

미국 「교정강간근절법」 28 C.F.R. §115

- 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 또는 인터섹스 수용자를 정체성만을 고려하여 전용 시설, 유닛, 수용동에 수용해서는 안됨. 다만 해당 수용자의 보호를 위해 합의, 판결 등이 있는 경우는 예외로 함.

다. 검토

첫째, 외국인보호시설에 입소한 모든 보호외국인은 원칙적으로 개방형 외국인보호시설에서 생활하도록 하여야 한다. 이를 위해서 기존의 폐쇄형 외국인보호시설을 개방형 외국인보호시설로 전환하여야 한다. 개방형 외국인보호시설은 폐쇄형 시설에 비해 더욱 인권적일 뿐 아니라, 경제성과 효율성 측면에서도 우수하기 때문이다.

둘째, 일부 보호외국인을 개방형 외국인보호시설에서 배제하더라도, 이러한 분류심사에 있어서는 배제의 기준을 정하는 ‘네거티브 방식’의 심사기준을 두어야 한다. 같은 취지에서 국가인권위원회도 ‘네거티브 방식’의 심사기준 도입을 권고한 바 있다.

셋째, 개방형 보호실 분류심사의 올바른 운영과 일관되고 독립적인 분류심사를 위해 분류심사위원회를 운영하여야 한다. 이를 위해서는 분류심사위원회에서는 과반수의 외부위원이 참여하도록 하여야 한다. 만약 외부위원이 과반수가 되지 않는다면, 분류심사위원회의 결정이 온전히 내부의 출입국공무원의 뜻에 좌우될 수 있기 때문이다.

넷째, 분류심사의 절차를 투명하고, 공정하게 운영하여야 하며, 당사자의 절차적 참여를 보장하여야 한다. 구체적으로는 심사과정에서 외부전문가의 의견을 수렴할 필요가 있고, 보호외국인과의 면담절차를 두는 것이 필요하다. 분류심사 절차에서 보호외국인이 의견을 개진할 수 있는 기회도 보장되어야 한다. 분류심사위원회의 회의 내용은 회의록을 작성하여 기록하여야 한다. 분류심사의 결과와 이유는 당사자가 이해할 수 있는 언어로 서면통지 하고, 분류심사 결과에 대한 불복 기회를 보장하여야 한다. 분류심사가 이루어진 이후에도 정기적인 재심사가 이루어져야 한다. 형집행법 및 그 하위법령도 심사과정에서의 외부전문가 의견 수렴¹⁰⁴⁾, 피구금자와의 면담¹⁰⁵⁾, 회의록 작성¹⁰⁶⁾, 정기적인 재심사¹⁰⁷⁾에 관한

104) 형집행법 제59조 제4항.

105) 형집행법 시행규칙 제70조.

106) 분류처우 업무지침 제117조 제4항.

107) 형집행법 시행규칙 제66조.

규정을 두고 있다.

다섯째, 차별적이지 않은 분류심사 기준을 수립하여야 한다. 특히, 국적을 이유로 한 차별, HIV 감염인이나 성소수자에 대한 차별을 허용되지 않는다. HIV 감염인이나 성소수자 보호외국인의 경우, 다른 보호외국인과의 무조건적 격리는 지양하고, 당사자의 의사를 반영하는 절차를 마련하여야 한다.

여섯째, 분류심사의 기준을 충실하게 수립하여 사전에 공개하여야 한다. 분류심사의 기준과 절차에 관한 정보는 보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 통번역되어 제공되어야 한다.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설에 입소한 모든 보호외국인은 원칙적으로 개방형 외국인보호시설에서 생활하도록 하여야 한다. 이를 위해서 기존의 폐쇄형 외국인보호시설을 개방형 외국인보호시설로 전환하여야 한다.
- ✓ 일부 보호외국인을 개방형 외국인보호시설에서 배제하더라도, 이러한 분류심사에 있어서는 배제의 기준을 정하는 '네거티브 방식'의 심사기준을 두어야 한다.
- ✓ 개방형 보호실 분류심사의 올바른 운영과 일관되고 독립적인 분류심사를 위해 분류심사위원회를 운영하여야 한다. 이를 위해서는 분류심사위원회에서는 과반수의 외부위원이 참여하도록 하여야 한다.
- ✓ 분류심사의 절차를 투명하고, 공정하게 운영하여야 하며, 당사자의 절차적 참여를 보장하여야 한다.
 - 심사과정에서 외부전문가의 의견을 수렴할 필요가 있고, 보호외국인과의 면담절차를 두어야 한다.
 - 분류심사 절차에서 보호외국인이 의견을 개진할 수 있는 기회가 보장되어야 한다.
 - 분류심사위원회의 회의 내용은 회의록을 작성하여 기록하여야 한다.
 - 분류심사의 결과와 이유는 당사자가 이해할 수 있는 언어로 서면통지 하고, 분류심사 결과에 대한 불복 기회를 보장하여야 한다.
 - 분류심사가 이루어진 이후에도 정기적인 재심사가 이루어져야 한다.
- ✓ 차별적이지 않은 분류심사 기준을 수립하여야 한다. 특히, 국적을 이유로 한 차별, HIV 감염인이나 성소수자에 대한 차별은 허용되지 않는다. HIV 감염인이나 성소수자 보호외국인의 경우, 다른 보호외국인과의 무조건적 격리는 지양하고, 당사자의 의사를 반영하는 절차를 마련하여야 한다.
- ✓ 분류심사의 기준을 충실하게 수립하여 사전에 공개하여야 한다. 분류심사의 기준과 절차에 관한 정보는 보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 통번역되어 제공되어야 한다.

제2절 시설 내 처우와 활동

Ⅰ 실외운동

1. 충분한 실외운동의 보장

가. 쟁점

외국인보호시설에서 실외운동은 보호외국인의 신체적·정신적 건강을 유지하기 위한 최소한의 기본적인 요청이다. 국가인권위원회는 2021년 외국인보호시설 방문조사 후 권고에서 “보호외국인에 대한 실외운동 시간을 매일 최소 1시간 이상 보장하고, 감염병 상황에서도 운동시간이 보장될 수 있도록 수용 인원 조정, 같은 거실 보호외국인 간의 운동시간 배정 등 대안을 모색할 것”을 법무부장관에게 권고한 바 있다.¹⁰⁸⁾

법무부도 화성외국인보호소에 개방형 보호동을 설치하여 주 2회, 1회당 30분이던 운동시간을 상시 가능하도록 확대하고, 비가림 차양막을 설치하여 우천 시에도 운동이 가능하도록 개선한 바 있다.¹⁰⁹⁾

그러나 출입국관리법에는 보호외국인의 실외운동에 관한 규정이 부재하다. 법무부령인 외국인보호규칙 제26조 제1항은 “청장등은 보호외국인에게 운동장 등에서 운동할 수 있는 기회를 주어야 하고, 운동장 시설이 없는 보호시설의 경우에는 보호실 안에서 건강관리를 할 수 있게 배려하여야 한다”라고 규정하고 있으나 실외운동의 최소 보장 시간에 대해서는 규정하고 있지 않다. 법무부훈령인 「외국인보호규칙 시행세칙」 제30조 제1항은 “보호규칙 제25조와 제26조의 자유시간 및 운동시간은 원칙적으로 제29조의 계획표에 따라 실시한다”라고 규정하고 있는데, 위 계획표는 “운동은 자유시간 중 적절한 시간을 정하여 실시하되, 운동 시설이 없는 보호시설의 경우 운동시간을 정하지 않을 수 있다”라고 규정하고 있어, 실외운동의 최소 보장 시간에 대해서는 규정하고 있지 않다. 한편, 외국인보호규칙 제26조 제3항은 “기상 여건으로 인하여 운동장 등을 사용할 수 없을 때” 등에는 운동을 제한할 수 있도록 하고 있다.

2022년 대한변호사협회의 실태조사 결과¹¹⁰⁾에 따르면, △화성보호소 일반보호동은 월~금요일 30분

108) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

109) 법무부 보도자료, “인권친화적 개방형 보호시설로 탈바꿈한 화성외국인보호소 - 법무부장관, 화성외국인보호소 현장 점검 -”, 출입국·외국인정책본부 이민조사과, https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1649325160789100, (2022. 4. 7.).

110) 대한변호사협회, “2022년 외국인보호시설 및 출국대기실 실태조사 결과보고서” (2023. 1. 31.), 78-82. [이하 “대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서”]

씩 △청주보호소는 월~금요일 60분씩 △여수보호소는 월~금요일 30분씩 실외운동이 실시된다. 그런데 일부 언론을 통해 외국인보호시설에서 매일 20~30분가량 야외 운동이 가능한데, 그 외 나머지 시간은 철창으로 차단된 보호실 안에만 있어야 한다는 증언이 보도되었다.¹¹¹⁾ 여수보호소에서는 매주 목요일 1회 20분만 운동이 허용되고 관리인력의 부족으로 운동시간이 하루 10분도 안 되는 경우도 있다는 증언이 보도되기도 했다.¹¹²⁾

이처럼 외국인보호시설에서 실외운동은 명시적인 규정 없이 진행되고 있어 시설의 형편에 따라 운동 시간이 달리 보장되고 있고, 토요일 및 공휴일에는 실외운동이 실시되지 않으며, 우천 등 기상 여건에 따라 실외운동이 제한되고 있는 것으로 보인다. 이에 아래에서는 외국인보호시설 실외운동의 운동시간, 시설, 운동기구의 적정성에 관한 인권기준을 검토한다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

외국인보호규칙

제15조(생활용품의 지급 및 대여) ⑤ 청장등은 보호외국인에게 다음 각 호의 물품을 대여하여 사용하게 할 수 있다.

4. 운동기구

제26조(운동) ① 청장등은 보호외국인에게 운동장 등에서 운동할 수 있는 기회를 주어야 하고, 운동장 시설이 없는 보호시설의 경우에는 보호실 안에서 건강관리를 할 수 있게 배려하여야 한다.

② 보호외국인은 운동시간 중에 보호시설에 갖추어 둔 운동기구를 이용하거나 다른 보호외국인과 함께 단체운동을 할 수 있다.

③ 청장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 제1항과 제2항에 따른 운동을 제한할 수 있다.

1. 보호시설의 안전이나 질서유지에 지장이 있을 때
2. 보호외국인의 안전이나 건강에 지장이 있을 때
3. 기상 여건으로 인하여 운동장 등을 사용할 수 없을 때
4. 그 밖에 격리 보호, 퇴소 준비 등의 부득이한 사유로 운동을 제한할 필요가 있다고 판단될 때

외국인보호규칙 시행세칙

제18조(물품대여) ① 보호규칙 제15조제5항제3호부터 제5호까지에 따른 물품은 다음 각호와 같다.

2. 운동기구 : 축구공, 농구공, 배구공 및 네트, 배드민턴 라켓 및 셔틀콕, 탁구대, 라켓 및 탁구공, 요가 매트, 훌라후프 등

제30조(운동 등) ① 보호규칙 제25조와 제26조의 자유시간 및 운동시간은 원칙적으로 제29조의 계획표에 따라 실시한다.

111) 경인일보, “[외국인이 말하는 보호소의 삶 (1)] 보호시설의 24시간 - 보호복 입고 철창속 생활...구금시설과 다를바 없었다”, <https://www.kyeongin.com/article/1544288> (2021. 4. 4.).

112) 오마이뉴스, “여수출입국외국인사무소 주 1회 20분만 운동 허용”, https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002985846 (2023. 12. 14.).

- ② 보호근무자는 보호외국인의 운동시간에는 미리 보호시설의 운동장 등을 점검하여 보안상 지장이 있다고 인정할 만한 물품이나 그 밖의 이상이 있는지를 확인하여야 하며, 그 결과를 보호근무일지에 기록하여야 한다.
 - ③ 보호근무자는 보호규칙 제26조제3항 각 호의 사유로 보호외국인에게 제1항의 운동을 제한하는 경우에는 보호외국인에게 미리 그 사실을 알려주어야 한다.
 - ④ 보호근무자는 운동 실시 중 감시하기에 가장 용이한 장소에서 일정한 간격을 두고 계호하여야 한다.
- 제33조(운동기구 등의 대여)** 보호근무자는 운동시간에 제18조제1항제2호에 규정된 운동기구를 대여할 수 있으며, 사용 후 반환받아야 한다. 이때 운동기구가 파손된 경우에는 파손의 고의성, 사고 위험성 등을 판단하여 보호근무일지에 기재하고 수선 등 적절한 조치를 취해야 한다.

형집행법 제33조(운동 및 목욕) ① 소장은 수용자가 건강유지에 필요한 운동 및 목욕을 정기적으로 할 수 있도록 하여야 한다.

② 운동시간·목욕횟수 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

형집행법 시행령 제49조(실외운동) 소장은 수용자가 매일(공휴일 및 법무부장관이 정하는 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 1시간 이내의 실외운동을 할 수 있도록 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 실외운동을 실시하지 아니할 수 있다.

1. 작업의 특성상 실외운동이 필요 없다고 인정되는 때
2. 질병 등으로 실외운동이 수용자의 건강에 해롭다고 인정되는 때
3. 우천, 수사, 재판, 그 밖의 부득이한 사정으로 실외운동을 하기 어려운 때

○ 관련 판결례

헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2014헌마45 결정

실외운동은 구금되어 있는 수용자의 신체적·정신적 건강을 유지하기 위한 최소한의 기본적 요청이고, 수용자의 건강 유지는 교정교화와 건전한 사회복귀라는 형 집행의 근본적 목표를 달성하는 데 필수적이다.

○ 관련 국제인권기준유사 제도

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

- 제23조** ① 실외작업을 하지 아니하는 모든 피구금자는 날씨가 허락하는 한 매일 적어도 1시간의 적당한 실외운동을 하도록 하여야 한다.
- ② 소년피구금자 및 적당한 연령 및 체격을 가진 그 밖의 피구금자에게는 운동시간 중에 체육 및 오락훈련을 받도록 하여야 한다. 이 목적을 위하여 필요한 공간, 설비 및 용구가 제공되어야 한다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 8: 구금 환경은 인간적이어야 하며 존엄성이 지켜져야 한다.

48. 구금중인 비호신청인은 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 수 있다: [...]

(viii) 매일 실내 및 실외 여가 활동을 통해 일정 형태의 신체적 운동을 할 기회가 있어야 한다. 또한 신선한 공기와 자연광이 있는 적절한 외부 공간으로의 접근도 가능해야 한다. 여성과 아동에게 맞는 활동과 문화적 요인을 고려한 활동 또한 필요하다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2012. 11. 29.자 “외국인보호시설 보호외국인의 인권개선 방안 권고(2012년 방문조사)” 결정

보호외국인의 운동시간 확대 방안을 강구할 것.

국가인권위원회 2022. 4. 15.자 “2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

보호외국인에 대한 실외운동 시간을 매일 최소 1시간 이상 보장하고, 감염병 상황에서도 운동시간이 보장될 수 있도록 수용인원 조정, 같은 거실 보호외국인 간의 운동시간 배정 등 대안을 모색할 것.

국가인권위원회 2023. 6. 21.자 22진정0867300 등 “보호외국인에 대한 인터넷 사용 제한으로 인한 인권침해 등” 결정

보호외국인에게 매일 최소 1시간의 실외 운동을 보장할 것.

다. 검토

실외운동 시간을 국제인권기준에 따라 매일 1시간 이상 보장해야 한다. 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 제23조 제1항이 요일을 따지지 않고 “모든 피구금자는 날씨가 허락하는 한 매일 적어도 1시간의 적당한 실외운동을 하도록 하여야 한다”라고 규정하고 있는 점, 명절 등으로 연휴가 길게 이어질 경우 실외운동이 장기간 실시되지 않아 보호외국인의 건강에 악영향을 주고 있는 점, 외국인보호시설은 상시근무체제로 운영되는 시설이므로 토요일 및 공휴일 실외운동 실시를 위한 인력과 예산 확보는 시설 운영을 위해 필수적인 점 등을 고려하면, 보호외국인의 건강권 증진을 위해 평일은 물론 토요일 및 공휴일에도 매일 최소 1시간의 실외운동을 보장하고 이를 출입국관리법에 명시할 필요가 있다.

일부 외국인보호시설에서 개방형 보호동을 설치하여 운동장을 일과시간 중 상시개방함으로써 보호외국인의 실외운동 시간을 확대한 것은 바람직한 변화이다. 개방형 보호동 확대를 통해 보호외국인이 일과시간 중 운동장에 상시 접근할 수 있도록 개선할 필요가 있다.

화성외국인보호소의 개방형보호동 운동장에 천장 시설을 부분적으로 설치하여 우천 시에도 실외운동을 실시할 수 있도록 한 것은 바람직한 변화이다. 장마철이나 폭설 시기 등의 경우 실외운동이 장기간 실시되지 않아 보호외국인의 건강에 악영향을 줄 수 있으므로, 날씨에 관계없이 실외운동을 할 수 있도록 외국인보호시설의 운동장에 천장 시설을 설치할 필요가 있다.

외국인보호시설 중 빌딩형 시설의 경우 실외에 운동장이 없어 실외운동을 실시하지 않고 있는 것으로 알려져 있다. 이들 시설에서도 실외운동을 실시할 수 있도록 옥상을 포함한 야외 공간을 운동에 활용할 수 있는 방안을 모색하고, 추후 시설 신축 및 증개축 시 반드시 실외운동 공간을 두는 방향으로 설계할 필요가 있다.¹¹³⁾

113) 교정시설의 경우, 국가인권위원회는 실외 운동장이 없는 빌딩형 시설에 대해 △옥상 등 야외 공간을 운동공간으로 활용하는 방안을 모색할 것, △새롭게 건축되는 빌딩형 구금시설의 경우 처음부터 야외운동이 가능하도록 설계가 되어야 할 것, △실내 운동 시 필요한 적절한 운동기구를 제공할 것, △향후 신축하는 구금시설의 경우 빌딩형 고층건물을 지양할 것, △수용동과 관리동 사이의 실외운동공간과 옥상에 설치된 실외운동장을 활용할 것 등을 권고한 바 있다(국가인권위원회 2011. 11. 24.자 “빌딩형 구금시설내 수용자 인권상황 개선을 위한 정책 권고” 결정; 국가인권위원회 2017. 9. 8.자 17진정0155600 결정).

한편, 운동시간을 적절하게 보장하더라도 운동장에 적절한 운동기구가 없다면 보호외국인의 입장에서는 운동의 효과가 제한적일 수밖에 없다. 보호외국인이 실외운동 시 적절한 운동을 할 수 있도록 운동장에 비치하거나 대여할 수 있는 운동기구의 종류 및 수량을 확대할 필요가 있다.

라. 소결

- ✓ 보호외국인의 건강권 증진을 위해 매일 최소 1시간의 실외운동을 보장하여야 한다. 평일은 물론 토요일 및 공휴일에도 매일 최소 1시간의 실외운동이 보장되어야 한다.
- ✓ 개방형 보호동 확대를 통해 보호외국인이 일과시간 중 운동장에 상시 접근할 수 있도록 개선해야 한다.
- ✓ 날씨에 관계없이 실외운동을 할 수 있도록 외국인보호시설의 운동장에 천장 시설을 설치해야 한다.
- ✓ 실외에 운동장이 없는 빌딩형 외국인보호시설에서도 실외운동을 실시할 수 있도록 옥상을 포함한 야외 공간을 운동에 활용할 수 있는 방안을 모색하고, 추후 시설 신축 및 증개축 시 반드시 실외운동 공간을 두는 방향으로 설계해야 한다.
- ✓ 보호외국인이 실외운동 시 적절한 운동을 할 수 있도록 충분한 종류와 수량의 운동기구를 비치 및 대여하여야 한다.

II 개인물품 반입·소지

1. 폭넓은 개인물품 반입 및 소지의 보장

가. 쟁점

대한변호사협회의 2022년 외국인보호시설 실태조사에 따르면 외국인보호시설에서는 보호실 내 개인물품 개별 반입·소지를 원칙적으로 금지하고 있고, 반입·소지가 가능한 품목을 미리 정하여 그 물건만을 반입·소지할 수 있게 하고 있으며, 나머지는 보호실 밖의 공동 물품보관소에 제출하게 하여 보관한다고 한다. 보호실에 반입·소지할 수 있는 물품은 개인 침상 위에 있는 개인 사물함에 둘 수 있으며, 그 크기는 94cm×50cm 또는 70cm×70cm라고 한다. 공동 물품보관소에 제출하여 보관하는 물품은 보호외국인이 외국인보호시설 직원과 동행하여 공동 물품보관소에 방문해서 확인할 수 있는데, 그 기회도 제한적으로만 주어지고 있다고 한다.¹¹⁴⁾

그리고 국가인권위원회는 2021년 외국인보호시설 방문조사 후 권고를 통해, 보호외국인이 단속과정에서 물건을 제대로 챙기지 못하였을 수 있으므로 보호외국인이 면회 시 반입할 수 있는 물품의 종류와

114) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 127-131.

수량을 확대하여야 한다고 권고한 바 있다.¹¹⁵⁾

이처럼 외국인보호시설에는 개인물품의 반입·소지에 대한 제한 문제, 제출·보관된 물품의 사용 및 확인의 제한 문제가 있는 것으로 확인된다. 이하에서는 이 문제에 관한 인권기준을 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

「대한민국헌법」

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

출입국관리법

제56조의5(신체 등의 검사) ① 출입국관리공무원은 보호시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하면 피보호자의 신체·의류 및 휴대품을 검사할 수 있다.

제57조(피보호자의 급양 및 관리 등) 제56조의2부터 제56조의9까지에서 규정한 사항 외에 보호시설에서의 피보호자에 대한 급양(給養)이나 관리 및 처우, 보호시설의 경비(警備)에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙 제10조(물품 사용허가와 보관) ① 보호외국인은 보호시설에서 생활하는 동안 다음 각 호의 물품을 소지하고 사용할 수 있다. 다만, 다른 보호외국인의 안전 또는 보호시설의 질서를 해칠 우려가 있거나 선량한 사회풍속에 반하는 물품은 제외한다.

1. 보호시설 생활에 필요한 의류
2. 필기구와 종이
3. 책·신문·잡지 및 편지
4. 가족사진
5. 화장품
6. 시력보정용 안경, 의치(義齒), 의수·의족 등 신체보조기구
7. 그 밖에 보호외국인에게 필요하다고 인정되는 물품

② 청장등은 보호외국인의 소지품 중 제1항 각 호 외의 물품은 보호기간 동안 맡아 보관할 수 있다. 다만, 파손되거나 부패하기 쉬워 보관하기 어려운 물품은 그 외국인의 동의를 받아 폐기하거나 매각하여 현금으로 보관할 수 있다.

③ 청장등은 제2항에 따라 보호외국인의 물품을 보관하는 경우 금·은·보석·시계·반지 등 귀중품은 따로 보관하여야 한다.

④ 청장등은 보호외국인이 마약·총기류 등 소지가 금지되거나 제한되는 물품을 소지하고 있는 경우 이를 관계 수사기관에 알려야 한다.

⑤ 청장등은 보호외국인이 입소 시 소지하고 있던 의약품에 대하여 그 사용이나 복용을 제한할 수 있다. 다만, 의사의 처방전이 있는 경우에는 그 처방전에 따라야 한다.

115) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

외국인보호규칙 시행세칙

제12조(물품 소지 제외 기준과 보관절차) ① 보호규칙 제10조제1항 단서에 따라 제외하는 물품의 기준은 별표 4 보호외국인 물품 소지 제외 기준에 따른다.

1. 삭제
2. 삭제
3. 삭제
4. 삭제
5. 삭제
6. 삭제

② 삭제

③ 보호근무자는 보호규칙 제6조제1항 및 제10조제2항에 따라 물품을 보관하는 경우 서식 제13호 물품 보관대장에 정확히 기재하여야 하며 서식 제12호 물품보관증(갑)은 보관하고 물품보관증(을)을 보호외국인에게 발급하여야 한다.

④ 보호근무자는 제3항에 따른 물품을 보호외국인이 퇴소할 때까지 안전하게 보관하여야 한다.

⑤ 보호근무자는 제4항에 따른 물품은 보호외국인의 가방 등에 넣어 보관할 수 있으며 가방 등이 없을 때에는 물품보관 자루에 보관한다.

⑥ 보호근무자는 보호규칙 제10조제3항에서 규정한 금, 은, 보석, 시계, 반지 등 귀중품에 대하여는 세입 세출외 현금출납공무원(이하 “출납공무원”이라 한다)에게 통보하여 제13조제2항 및 제3항에 따라 처리하게 한다.

⑦ 보호근무자는 보호규칙 제10조제2항에 따라 보호외국인의 동의를 받아 물품을 버리거나 매각하는 경우 그 사실을 물품보관대장에 기재하여 본인의 서명 또는 손도장(이하 “서명”이라 한다)을 받아야 한다.

[별표 4] 보호외국인 물품 소지 제외 기준

□ 공통 제외 기준 : 다음 기준에 따라 소지하는 모든 물품에 적용하되, 포장·밀봉된 물품의 경우 내용물 확인 후 소지 허용 여부 결정

- 다른 보호외국인의 안전 또는 보호시설의 질서를 해칠 우려
 - 자살·자해·폭행·도주에 활용될 수 있는 금속·유리·끈·철사·날카로운 물품 금지
 - ☞ 위험한 용기에 담긴 경우 안전한 용기에 내용물 털어 반입 가능
 - 보호외국인 개별적 특성을 고려할 때 안전이 우려되는 물품 금지
 - 폭발성·인화성·유독성·부식성 위해 물품 금지
 - 분실·도난의 위험이 있는 고가의 귀중품 금지
 - ☞ 별도의 안전한 장소에 보관하도록 함
 - 물품 소지 사용의 필요성이 없는 물품 금지
 - 보관방식 및 보관공간 등이 적당하지 않은 물품 금지
- 사회풍속에 반하는 물품
 - 오락의 범위를 벗어난 사행성 도박용품·음란물 금지

□ 보호규칙 제10조제1항 각 호별 제외 기준

구분	소지 제한 기준
제1호 보호시설 생활에 필요한 의류	필요성이 없는 의류, 위생 상태가 불결한 의류 금지 ☞ 자해 등에 사용 가능한 끈 제거 후 허용
제2호 필기구와 종이	만년필 펜촉과 같이 날카로운 필기구 금지

구분	소지 제한 기준
제3호 책·신문·잡지 및 편지	금속스프링 제본된 책 금지
제4호 가족사진	유리 액자에 끼워진 사진 금지 ☞ 액자 제거 후 허용
제5호 화장품	깨지는 용기 금지
제6호 신체보조기구	의사 또는 청장등이 지정하는 자가 부적당하다고 판단하는 기구 금지
제7호 기타 필요물품	□ (과자 등 기호품 및 음식류) 유통기한 도과 등 인체에 유해한 음식·기호품 금지 ☞ 사적 외부 음식 금지(단, 공산품 등은 유통기한 및 내용물 확인 후 허용 가능) □ (의약품 및 건강보조식품) 의사 또는 청장등이 지정하는 자가 부적당하다고 판단하는 품목 금지 □ (전기 및 전자제품) 타인 및 시설을 촬영·녹화할 수 있거나, 화재 등을 일으킬 수 있는 제품 금지 ☞ 휴대폰 및 휴대폰 충전기는 타인 및 시설을 촬영·녹화할 수 없는 별도 공간에서만 소지 및 사용 허용 □ (세면·세탁도구) 깨지는 용기 금지 □ (기타 소지 필요성이 있는 물품) 공통 제외 기준과 각 호별 제외 기준에 준하여 판단

○ 관련 판결례

헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2014헌마45 결정: 금지기간 중 수형자의 물품사용제한 규정의 위헌 여부
“청구인은 이 사건 금지조항 중 제108조 제7호의 신문·잡지·도서 외 자비구매물품에 관한 부분에 의하여 자비구매물품 중 의류, 침구, 시계, 세탁용품 등을 사용할 수 없게 되므로, 일반적 행동의 자유를 제한받는다.”

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자의 처우에 관한 최저기준규칙

제54조 ① 모든 피구금자는 수용과 동시에 지체 없이 다음의 정보를 서면으로 제공받아야 한다.

- (a) 교도소법 및 구금 관련 법규
- (b) 규정된 방식으로 정보를 구할 권리. 법률구조 프로그램을 포함하여 법률 자문을 받을 권리. 청원 및 불복절차.
- (c) 피구금자의 의무. 규율위반에 대한 처벌을 포함한다.
- (d) 교도소 내 생활에 적응하기 위하여 필요한 기타 모든 사항

제55조 ① 제54조에 명시된 정보는 피구금자의 필요에 따라 가장 통용되는 언어로 제공되어야 한다. 피구금자가 해당 언어를 이해하지 못할 때에는 통역지원이 제공되어야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2022. 4. 15.자 “2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“개인물품의 소지를 제한하는 것은 헌법상 일반적 행동자유권 등을 제한하는 행위에 해당하며, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 그런데 출입국관리법에서는 물품소지를 금지하거나 제한하는 명시적인 규정을 두고 있지 않다.

외국인보호시설 내 질서유지 등을 위해서 일부 품목에 대해서는 보호외국인의 소지를 제한하더라도, 현재와 같이 포괄적으로 소지를 제한하는 방식은 개선할 필요가 있다. 특히 외국인보호규칙이 택하고 있는 ‘포지티브 방식(소지 가능한 품목 나열)’은 인권침해의 우려가 크며, ‘네거티브 방식(소지 불가한 품목 나열)’으로 개정하는 것이 바람직하다.

또한 거실 내 개인사물함에 보관할 수 있는 범위 내에서는 물품 소지 수량을 제한하지 않는 것이 타당하고, 자의적인 물품소지 제한을 방지할 수 있도록 물품소지 제한에 관한 통일된 기준을 수립하여 그 기준을 보호외국인에게 충분히 고지하여야 한다.

단속되는 과정에서 소지물품을 제대로 챙기지 못한 보호외국인은 출국시 가져갈 물품을 면회 시 전달받을 필요가 있으므로, 면회 시 반입할 수 있는 물품의 종류와 수량을 확대하여야 한다. 면회 시 반입할 물품의 경우 원칙적으로 거실 내 개인사물함에서 보관할 수 있는 물건은 거실에서 소지할 수 있도록 하고, 여행가방 등 부피가 큰 물건은 물품보관실에 보관하도록 하는 것이 바람직할 것이다.”

국가인권위원회 2008. 12. 29.자 08진인1694 “보호외국인의 알 권리 침해” 결정

“보호 외국인의 통신 및 열람과 관련하여 출입국관리법상 명확한 규정이 없고, [...] 물품 담당자 및 경비과장 등에 의해서 자의적 해석이 가능한 상황이다.”

“[출입국관리법] 제57조(피보호자의 처우)도 보호 외국인의 ‘처우’와 관련된 내용을 예시하고 있어 이 조항이 도서 및 신문, 잡지 등의 통신 및 열람, 보관과 관련한 근거규정으로 볼 수 없을 것으로 보이고, 근거규정으로 본다 하더라도 알 권리 및 통신의 자유의 제한은 법률로서 최소한의 영역만을 제한할 수 있는바, 출입국관리법에 이를 명시하지 않는 한 이는 법률유보 원칙에 반한다 할 것이다.”

“출입국관리공무원의 자의적 판단으로 보호 외국인의 도서, 신문, 잡지 등의 정보접근 및 처리와 관련한 기본권을 과도하게 제한하지 않도록 관련규정을 개정하는 것이 타당하다고 판단된다.”

다. 검토

첫째, 법률에 근거없이 보호외국인의 개인물품 반입 및 소지를 제한해서는 안 된다. 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권의 제한은 법률로써만 가능하고 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것으로서, 기본권을 제한할 때에는 법률에 근거를 두어야 하고 위임입법에 의하여 기본권제한을 할 때에는 위임의 구체성과 명확성이 요구된다.¹¹⁶⁾ 개인물품의 반입 및 소지를 제한하는 것은 헌법상 일반적 행동자유권을 제한하는 행위에 해당하므로,¹¹⁷⁾ 이러한 제한은 법률 직접 근거가 있거나 구체적이고 명확한 위임근거가 있는 경우에만 가능하다. 그러한 법률의 근거 없이 개인물품의 반입 및 소지를 제한한다면 헌법에 반하여 보호외국인의 기본권을 침해하게 된다. 참고로, 현행 출입국관리법은 명시적 근거를 두고 있는 형집행법¹¹⁸⁾과는 달리 물품 반입과 소지를 제한하는 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로,

116) 헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마289 결정 외 다수.

117) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2014헌마45 결정 참조.

118) 형집행법 제26조.

헌법에 위배될 소지가 다분하다. 국가인권위원회도 도서관입과 관련하여 출입국관리법상 근거가 없어 법률유보원칙에 반한다는 입장이다.¹¹⁹⁾

둘째, 개인물품의 반입 및 소지를 포괄적으로 제한하여서는 안 되며, 제한할 때에도 소지가 불가능한 물품의 품목을 정하는 ‘네거티브 방식’으로 제한하여야 한다. 일부의 품목에 대해서만 소지가 가능하다고 정하는 ‘포지티브 방식’의 제한은 보호외국인의 기본권을 과도하게 제한하므로 타당하지 않다. 같은 취지에서 국가인권위원회도 ‘개인물품 소지 제한을 원칙적으로 지양할 것을 권고한 바 있다.¹²⁰⁾ 참고로, 현행 외국인보호규칙은 ‘포지티브 방식’으로 개인물품의 반입 및 소지를 제한¹²¹⁾하고 있어서 문제된다.

셋째, 반입 및 소지가 제한되는 물품의 목록은 사전에 구체적으로 정해져 있어야 하며, 그 내용이 보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 공고되어야 한다. 유엔 피구금자의 처우에 관한 최저기준규칙도 피구금자가 구금 관련 법규의 정보를 제공받아야 하고, 이러한 정보는 피구금자가 이해할 수 있는 언어로 제공되어야 한다고 규정하고 있다. 이러한 기준 수립은 자의적인 물품소지의 제한을 막기 위해서도 필요하다. 같은 취지로, 국가인권위원회도 국가인권위원회 도서관입 금지에 관한 사건에서 제한에 명확한 규정이 없다면 물품 담당자 및 경비과장 등에 의해서 자의적 해석이 가능하다는 점을 지적한 바 있다.¹²²⁾

넷째, 반입하는 물품은 원칙적으로 보호실 내 개인사물함에서 보관할 수 있도록 하여야 하고, 부피가 커서 보호실 내에서 보관이 어려운 경우 등 보호실 내에서의 보관할 수 없는 사유가 분명한 경우에 한하여 공용 물품보관실에 제출 및 보관하도록 하여야 한다. 이때 공용 물품보관실에 제출된 물건에 접근할 수 있는 보호외국인의 권리가 항시 보장되어야 한다. 같은 취지에서 국가인권위원회도 ‘거실 내 개인사물함 확충 및 면회 시 반입 물품의 종류와 수량 확대’를 권고한 바 있다.¹²³⁾

라. 소결

- ✓ 법률에 근거없이 보호외국인의 개인물품 반입 및 소지를 제한해서는 안 된다.
- ✓ 개인물품의 반입 및 소지를 포괄적으로 제한하여서는 안 되며, 제한할 때에도 소지가 불가능한 물품의 품목을 정하는 ‘네거티브 방식’으로 제한하여야 한다.
- ✓ 반입 및 소지가 제한되는 물품의 목록은 사전에 구체적으로 정해져 있어야 하며, 그 내용이 보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 공고되어야 한다.

119) 국가인권위원회 2008. 12. 29.자 08진인1694 결정.

120) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

121) 외국인보호규칙 제10조 제1항 본문.

122) 국가인권위원회 2008. 12. 29.자 08진인1694 결정.

123) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

- ✓ 원칙적으로 반입하는 물품을 보호실 내 개인사물함에서 보관할 수 있도록 하여야 한다. 예외적으로 부피가 커서 보호실 내에서 보관이 어려운 경우 등 보호실 내에서의 보관할 수 없는 사유가 분명한 경우에 한하여 공용 물품보관실에 제출 및 보관하도록 하여야 한다. 이때 공용 물품보관실에 제출된 물건에 접근할 수 있는 보호외국인의 권리가 항상 보장되어야 한다.

III 사생활과 인격권

1. 영상정보처리기기(CCTV) 촬영의 최소화

가. 쟁점

출입국관리법 제56조의 7(영상정보 처리기기 등을 통한 안전대책)은 외국인관서의 장 등은 피보호자의 자살 자해 등의 생명·신체를 해치거나 보호시설 안전 또는 질서를 해치는 행위를 방지하기 위해 피보호자의 인권 등을 고려하여 필요 최소한의 범위에서 영상정보처리기기를 설치·운영하여야 하며, 외국인보호규칙 제37조는 안전대책을 위해 설치하는 영상정보처리기기는 보호외국인의 사생활, 초상권 등의 침해가 없도록 필요 최소한의 범위에서 설치되거나 운영, 시행되어야 한다고 규정하고 있다.

이러한 CCTV를 이용한 영상계호는 한편으로는 자해 사고 등의 방지와 계호 인력의 부족을 고려하였을 때 불가피한 측면이 있으나, 다른 한편으로는 보호와 외국인의 사생활이나 인격권을 침해할 수 있다는 우려가 있다. CCTV를 통한 감시는 당사자의 사생활의 비밀과 자유 등 헌법상 기본권의 제한을 수반할 수밖에 없으므로, 해당 기기의 활용은 필요 최소한의 범위에서 이루어져야 하며, 활용 시에는 관련 법령에 따른 제한을 엄격하게 준수하여야 한다.

국가인권위원회에 의하면,¹²⁴⁾ 2021년을 기준으로 (i) 외국인보호시설 내 모든 보호실에 대해서 일률적인 CCTV 촬영이 이루어지고 있고, (ii) 화장실 및 탈의공간에 대한 촬영이 이루어지는 경우가 존재하며, (iii) 외국인보호시설 내 CCTV 설치 위치를 규정한 「영상정보처리기기 운영·관리 방침」의 기재 내용이 포괄적이고 각 시설마다 영상 보관 기간이 통일적으로 규정되어 있지 않은 등 CCTV 운영·관리 방침이 부실하고, (iv) 보호외국인들이 이해할 수 있는 언어로써 외국인보호시설 내부가 CCTV로 촬영된다는 사실을 명확히 고지하지 않고 있다고 한다. 아래에서는 이와 같은 외국인보호시설 내 CCTV 운용 실태가 법령 및 국제인권기준에 부합하는지 여부 및 개선방안에 관하여 검토하겠다.

124) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

나. 검토기준

○ 관련 법령

대한민국헌법

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

출입국관리법

제56조의7(영상정보 처리기기 등을 통한 안전대책) ① 지방출입국 외국인관서의 장은 피보호자의 자살 자해 도주·폭행·손괴나 그 밖에 다른 피보호자의 생명 신체를 해치거나 보호시설의 안전 또는 질서를 해치는 행위를 방지하기 위하여 필요한 범위에서 영상정보 처리기기 등 필요한 시설을 설치할 수 있다.

② 제1항에 따라 설치된 영상정보 처리기기는 피보호자의 인권 등을 고려하여 필요한 최소한의 범위에서 설치·운영되어야 한다.

③ 영상정보 처리기기 등의 설치·운영 및 녹화기록물의 관리 등에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙

제37조(안전대책) ② 청장등은 예산의 범위에서 제1항에 따라 안전대책에 필요한 시설을 설치하여야 하며 영상정보 처리기기 등의 장비를 설치할 수 있다.

⑤ 제1항부터 제3항까지의 규정은 보호외국인의 사생활, 초상권 등의 침해가 없는 필요최소한의 범위에서 설치되거나 운영·시행되어야 한다.

개인정보보호법

제25조(고정형 영상정보처리기기의 설치·운영 제한) ② 누구든지 불특정 다수가 이용하는 목욕실, 화장실, 발한실(發汗室), 탈의실 등 개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 장소의 내부를 볼 수 있도록 고정형 영상정보처리기기를 설치·운영하여서는 아니 된다. 다만, 교도소, 정신보건 시설 등 법령에 근거하여 사람을 구금하거나 보호하는 시설로서 대통령령으로 정하는 시설에 대하여는 그러하지 아니하다.

④ 제1항 각 호에 따라 고정형 영상정보처리기기를 설치·운영하는 자(이하 “고정형영상정보처리기기운영자”라 한다)는 정보주체가 쉽게 인식할 수 있도록 다음 각 호의 사항이 포함된 안내판을 설치하는 등 필요한 조치를 하여야 한다. 다만, 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제2호에 따른 군사시설, 「통합방위법」 제2조제13호에 따른 국가중요시설, 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 설치 목적 및 장소
2. 촬영 범위 및 시간
3. 관리책임자의 연락처
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

⑦ 고정형영상정보처리기기운영자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 고정형 영상정보처리기기 운영·관리 방침을 마련하여야 한다. 다만, 제30조에 따른 개인정보 처리방침을 정할 때 고정형 영상정보처리기기 운영·관리에 관한 사항을 포함시킨 경우에는 고정형 영상정보처리기기 운영·관리 방침을 마련하지 아니할 수 있다.

개인정보보호법 시행령

제22조(고정형 영상정보처리기기 설치·운영 제한의 예외) ① 법 제25조제1항제6호에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 출입자 수, 성별, 연령대 등 통계값 또는 통계적 특성값 산출을 위해 촬영된 영상정보를 일시적으로 처리하는 경우
2. 그 밖에 제1호에 준하는 경우로서 보호위원회의 심의·의결을 거친 경우
- ② 법 제25조제2항 단서에서 “대통령령으로 정하는 시설”이란 다음 각 호의 시설을 말한다.
 1. 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 교정시설
 2. 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제3조제5호부터 제7호까지의 규정에 따른 정신의료기관(수용시설을 갖추고 있는 것만 해당한다), 정신요양시설 및 정신재활시설

제25조(고정형 영상정보처리기기 운영·관리 방침) ① 고정형영상정보처리기기운영자는 법 제25조제7항에 따라 다음 각 호의 사항이 포함된 고정형 영상정보처리기기 운영·관리 방침을 마련해야 한다.

1. 고정형 영상정보처리기기의 설치 근거 및 설치 목적
2. 고정형 영상정보처리기기의 설치 대수, 설치 위치 및 촬영 범위
3. 관리책임자, 담당 부서 및 영상정보에 대한 접근 권한이 있는 사람
4. 영상정보의 촬영시간, 보관기간, 보관장소 및 처리방법
5. 고정형영상정보처리기기운영자의 영상정보 확인 방법 및 장소
6. 정보주체의 영상정보 열람 등 요구에 대한 조치
7. 영상정보 보호를 위한 기술적·관리적 및 물리적 조치
8. 그 밖에 고정형 영상정보처리기기의 설치·운영 및 관리에 필요한 사항

○ 관련 국제인권기준

유엔 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」(이하 “유엔 자유권 규약”)

제17조 ① 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 그의 명예와 평판에 대한 불법적인 공격을 받지 않는다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제50조 피구금자와 거실의 검사에 대한 적용 범규는 국제법을 따라야 하며 구금시설 안전을 고려하여 국제 기준과 규범에 입각하여 이루어져야 한다. 검사는 인간의 존엄성과 개인의 사생활을 보호하고 비례의 원칙과 합법성, 필요성에 입각하여 실시되어야 한다.

제51조 검사는 피구금자를 괴롭히거나 위협하고 불필요하게 개인의 사생활을 침해하기 위해 실시되어서는 안된다. 교정당국은 특히 알몸수색이나 체강검사, 거실검사에 대하여 검사 사유와 검사 실시자, 검사 결과 등을 기록해야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2022. 4. 15.자 “2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문:

- 가. 모든 보호실에 대한 일률적인 영상정보처리기기 촬영을 금지하고, 사고 발생의 위험성이 높은 보호외국인을 선별한 후 이들을 집중 관리하거나, 경비 인력의 보호실 순찰 횟수를 늘리는 등의 대안을 마련할 것
- 나. 화장실 및 탈의공간 촬영을 금지하고, 불가피한 경우 차폐시설을 설치할 것과, 영상정보처리기기 설치 위치 및 촬영 범위에 대한 정보를 보호외국인들이 이해할 수 있는 언어로 명확히 고지할 것”

다. 검토

헌법 제10조에서 정하고 있는 인간으로서의 존엄성, 제17조에서 정하고 있는 사생활의 비밀과 자유는 그 문언에도 불구하고 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’에 해당하기 때문에 외국인 또한 그 기본권 주체성이 인정되는데(헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2009헌마358 결정 참조), 보호외국인이 생활하는 모든 보호실을 일률적으로 촬영하고, 특히 화장실을 비롯한 탈의공간을 촬영하는 행위는 보호외국인으로 하여금 불안감, 수치심, 모멸감 등을 느끼게 할 수 있다는 점에서 보호외국인의 사생활의 비밀과 자유뿐만 아니라 인간으로서의 존엄성까지 제한하는 행위에 해당한다.

보호외국인에 대한 CCTV 촬영은 계호를 위해 필요한 측면이 있다는 점에서 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정된다고 볼 수 있다. 그러나 보호외국인에 대한 일률적인 CCTV 촬영은 사고 위험성이 있는 보호외국인을 별도 선별하여 제한적으로 CCTV 촬영을 하는 방안, 화장실을 비롯한 탈의공간을 직접 촬영하지 않고 동작 감지 센서 등을 통하여 일정 시간 보호외국인의 동작이 감지되지 않을 경우 경보를 울려 사고 발생 여부를 확인케 하는 방안 등의 덜 침해적인 방안이 있음에도 이를 채택하지 않았다는 점에서 침해의 최소성이 인정되기 어렵다. 마지막으로 침해되는 법익은 인간으로서의 존엄성, 사생활의 비밀과 자유라는 중대한 법익인 반면, 달성되는 이익은 고작 행정기관의 편의 정도에 불과하므로 법익의 균형성 또한 인정되기 어렵다. 따라서 CCTV로 모든 보호실을 일률적으로 촬영하고, 화장실을 비롯한 탈의공간까지 촬영하는 행위는 헌법상 기본권 제한의 기본원리인 과잉금지의 원칙에 위반되어 위헌이라 할 것이다.

한편, 헌법 제6조에 따라 국회에서 비준된 자유권 규약은 국내법적 효력을 갖고, 자유권 규약 제17조 제1항에 의하면 어느 누구도 그의 사생활에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받지 않을 권리를 가지는바, 과도한 CCTV 촬영은 이와 같은 자유권 규약에도 위반된다. CCTV 촬영 근거 법령(출입국관리법 제56조의7, 외국인보호규칙 제37조) 또한 CCTV 운영 시 피보호자의 인권 등을 고려하여 사생활, 초상권 등의 침해가 없는 필요한 최소한의 범위에서 설치·운영하도록 제한하고 있고, 개인정보보호법 또한 개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 장소의 내부를 볼 수 있도록 CCTV를 설치·운영하여서는 안 된다고 규정하고 있는바(개인정보보호법 제25조 제2항), 과도한 CCTV 촬영은 이와 같은 국내 법령에도 위반된다. 해당 조항은 단서 규정을 통하여 교정시설 등을 예외로 정하고 있는데, 외국인보호시설은 예외 규정의 적용 대상에도 해당하지 않을 뿐만 아니라(개인정보보호법 제25조 제2항 단서, 동법 시행령 제22조 제2항), 무엇보다 외국인보호시설의 경우 행정적 목적에서 구금이 이루어지는 것이므로 사법부의 판결에 근거하여 형 집행 차원에서 구금이 이루어지는 교정시설과는 근본적인 차이가 있다는 점에서 당연한 귀결로 이해된다.

다음으로 외국인보호시설 내 CCTV 설치 위치를 규정한 「영상정보처리기기 운영·관리 방침」의 기재 내용이 포괄적이고 각 시설마다 영상 보관 기간이 통일적으로 규정되어 있지 않은 등 CCTV 운영·관리 방침이 부실한 것은, CCTV 운영자로 하여금 대통령령으로 정하는 바에 따라 CCTV 운영·관리 방침을 마련하도록 규정한 개인정보보호법 제25조 제7항에 위반될 여지가 있다. 또한 보호외국인들이 이해할 수 있는 언어로써 외국인보호시설 내부가 CCTV로 촬영된다는 사실을 명확히 고지하지 않은 것은, 정보주체가 쉽게 인식할 수 있도록 안내판 설치 등 필요한 조치를 하도록 규정하고 있는 개인정보보호법 제25조 제4항에 위반될 여지가 있다.

마지막으로 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 또한 피구금자 거주 공간에 대한 검사는 인간의 존엄성과 개인의 사생활을 보호하고 비례의 원칙과 합법성, 필요성에 입각하여 실시되어야 하고, 불필요하게 개인의 사생활을 침해하기 위해 실시되어서는 안 된다고 규정하고 있는바, 과도한 CCTV 촬영은 위와 같은 국제인권규약의 취지에도 정면으로 배치된다고 판단된다.

그렇다면, (i) 외국인보호시설 내 모든 보호실이 아니라 사고 발생 위험성이 높은 보호외국인을 선별하여 이들을 집중적으로 모니터링하도록 하고, (ii) 화장실 및 탈의공간에 대한 CCTV 촬영을 금지하거나 충분한 차폐시설을 마련하도록 하고, (iii) 외국인보호시설 내 CCTV 설치 위치를 규정한 「영상정보처리기기 운영·관리 방침」의 기재 내용을 구체화·내실화하고 충분한 영상 보관기관을 통일적으로 규정하도록 하고, (iv) 보호외국인들이 이해할 수 있는 언어로써 외국인보호시설 내부가 CCTV로 촬영된다는 사실을 명확히 안내하는 등의 조치를 취하는 것이 헌법, 국제인권규범 및 국내 법령 체계에 부합한다고 할 것이다.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설 내 모든 보호실에 대해 일률적으로 영상정보처리기기로 촬영하여서는 안 된다. 사고 발생 위험성이 높은 보호외국인을 선별한 후 이들에 대하여서만 모니터링하여야 한다.
- ✓ 화장실 및 탈의공간에 대해서는 영상정보처리기기 촬영이 금지된다. 불가피한 경우에도 충분한 차폐시설이 마련되어야 한다.
- ✓ 영상정보처리기기 촬영이 필요최소한의 범위에서 이루어질 수 있도록, 영상정보처리기기의 설치 목적, 설치 대수, 설치 위치, 촬영 범위, 관리책임자, 영상정보의 보관기관 및 보관방법 등의 운영방침을 사전에 구체적으로 정하여야 한다.
- ✓ 보호외국인들이 이해할 수 있는 언어로써 외국인보호시설 내부가 영상정보처리기기로 촬영된다는 사실을 명확히 안내하여야 한다.

2. 신체검사 과정에서의 인권침해 방지

가. 쟁점

출입국관리법 및 그 하위 법령인 외국인보호규칙에 의하면, 출입국관리공무원은 보호외국인에 대하여 신체검사를 할 수 있고, 특히 외국인보호시설에 입소하는 경우 또는 담당공무원이 안전 및 질서유지를 위해 필요하다고 인정하는 경우 등에는 반드시 신체검사를 하여야 한다(출입국관리법 제56조의5, 외국인보호규칙 제6조 제1항). 이 때 신체검사로 인한 인권침해를 방지하기 위해 반드시 같은 성별(보호외국인이 성소수자일 경우 그 의사를 반영한 성별)의 담당공무원이 신체검사를 실시하도록 하고, 별도 칸막이가 설치된 장소에서 보호외국인이 불필요한 고통이나 수치심을 느끼지 않도록 진행하도록 하는 등의 규정이 마련되어 있다(외국인보호규칙 제6조 제4항, 동 규칙 시행세칙 제8조 제1항).

그러나 국가인권위원회에 의하면, 2005년 보호외국인을 대상으로 한 설문 결과 탈의실 안에서 혼자 신체검사를 받았다는 응답이 35.5%에 불과하였고, 규정상 근거가 없는 알몸 검사를 받았거나 심지어 신체검사 도중 출입국관리공무원으로부터 성적인 모욕을 들었다는 등의 사례도 존재하여,¹²⁵⁾ 관련 규정이 제대로 지켜지지 않은 것으로 파악된다.

언론보도에 의하면, 이러한 상황은 2011년경에도 개선되지 않아, 조사대상 보호외국인 중 속옷 차림으로 신체검사를 받았다는 응답이 23.8%, 알몸 검사를 받았다는 응답이 4.6%, 반대 성별에게 신체검사를 받았다는 응답이 4.2% 등 제출되었다고 한다.¹²⁶⁾ 또한 대한변호사협회에 의하면, 2015년에도 탈의실 없이 커튼으로 한쪽 면만 차단한 채 신체검사 탈의장소로 활용한 사례가 확인되었다고 한다.¹²⁷⁾

아래에서는 이와 같은 신체검사가 법령 및 국제인권기준에 부합하는지 여부 및 개선방안에 관하여 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

대한민국헌법

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

125) 국가인권위원회, “미등록 외국인 단속 및 외국인 보호시설 실태조사” (2005. 11.), 110.

126) 조선일보, “‘바지에 소변보고’… ‘알몸검사하고’… 외국인보호소 인권침해 백태”, https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2012/03/14/2012031400439.html (2012. 3. 14.).

127) 대한변호사협회, “외국인보호소 실태조사 결과보고서” (2015. 2.), 89. [이하 “대한변호사협회 2015년 실태조사 보고서”]

제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

출입국관리법

제56조의5(신체 등의 검사) ① 출입국관리공무원은 보호시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하면 피보호자의 신체·의류 및 휴대품을 검사할 수 있다.

② 피보호자가 여성이면 제1항에 따른 검사는 여성 출입국관리공무원이 하여야 한다. 다만, 여성 출입국관리공무원이 없는 경우에는 지방출입국·외국인관서의 장이 지명하는 여성이 할 수 있다.

외국인보호규칙

제8조(신체검사 및 보호복 등 지급) ① 보호규칙 제6조제1항에 따른 신체검사는 탈의실이나 입소자 대기실 등 별도의 칸막이가 설치된 장소에서 실시하되 보호외국인이 불필요한 고통이나 수치심을 느끼지 않도록 유의하여야 한다. 다만, 보호규칙 제6조제1항제2호에 해당하여 탈의하지 않은 상태에서 단순히 위해물품 소지 여부를 검사하는 경우에는 칸막이가 설치되지 않은 장소에서 할 수 있다.

③ 보호근무자는 제1항에 따른 신체검사를 함에 있어 체중과 신장 측정 이외의 육안관찰이 용이한 사항에 대하여 별도의 명령이나 지시를 보호외국인에게 해서는 아니 된다.

외국인보호규칙 시행세칙

제6조(신체와 소지품 검사) ① 담당공무원은 법 제56조의5제1항에 따라 보호외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 보호외국인의 신체, 의류 및 소지품을 검사하여야 하며, 검사 결과 보호시설의 안전이나 질서유지를 해지거나 보호외국인의 안전과 건강 또는 위생을 해칠 우려가 있는 물건을 발견한 경우에는 별도의 장소에 보관하여야 한다.

1. 보호시설에 입소할 경우
 2. 외출, 진료, 운동 등으로 방을 나갔다가 다시 입실하는 경우
 3. 그 밖에 담당공무원이 보호시설의 안전과 질서유지를 위해 검사할 필요가 있다고 인정하는 경우
- ② 담당공무원은 보호외국인이 보호시설에 입소할 경우 다음 각 호의 사항을 관찰하거나 질문을 통하여 검사한 후 그 검사결과를 보호외국인기록표에 기록하여야 한다.

1. 키와 몸무게
2. 신체의 특징
3. 상처와 그 흔적
4. 질병 유무
5. 그 밖의 신체 이상 유무

③ 담당공무원은 제1항 및 제2항에 따라 검사를 마친 보호외국인에게 보호외국인용 제복을 입게 한다. 다만, 청장등은 임신하거나 부상을 입은 경우 등 부득이하다고 인정하는 경우에는 소지품검사를 마친 후 보호외국인 본인의 옷을 입게 할 수 있다.

④ 제1항 및 제2항에 따른 검사는 동성(同性)의 담당공무원이 하여야 한다. 다만, 동성(同性)의 담당공무원이 없는 경우에는 청장등이 지명하는 동성(同性)이 할 수 있으며, 보호외국인이 성적(性的) 소수자인 경우에는 본인의 의사를 존중하여 청장등이 지명하는 다른 성(性)의 사람이 할 수 있다.

○ 관련 헌법재판소 결정례

헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌마775 결정

“이 사건 신체검사는 교도관이 수용자를 대면하여 수용자의 항문 부위를 눈으로 직접 관찰하던 종래의 육안 검사 방식이 수용자의 인격권 등을 침해할 소지가 있다는 이유로 이를 개선하여 수용자의 수치심 유발을 줄

이고 인격권 등의 침해를 최소화하기 위하여 도입한 것이다.

앞서 본 바와 같이, 이 사건 신체검사는 사전에 검사의 목적과 방법을 고지한 후, 다른 수용자가 볼 수 없는 차단된 장소에서 영상검사기에 올라가 검사기에 장착된 카메라에 짧은 시간 향문 부위를 보이도록 하고, 검사실과 분리된 통제실에서 전담 교도관 1인만이 다른 사람이 볼 수 없도록 모니터 주변에 가림막을 설치하고 출력된 영상정보로 은닉물의 존재 여부를 관찰하며, 영상정보를 녹음·녹화할 수 없도록 하는 등 가능한 한 청구인의 모욕감 내지 수치심 유발을 최소화하고, 개인정보가 남용·유출될 수 없도록 하는 방법으로 실시하고 있으므로, 기본권 침해의 최소성 요건을 충족하였다 할 것이다.”

○ 관련 국제인권기준

유엔 자유권 규약

제9조 ① 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 구금되지 않는다. 어느 누구도 법률로 정한 근거 및 절차에 따르지 않고는 자신의 자유를 박탈당하지 않는다.

제10조 ① 자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적인 또한 인간의 고유한 존엄성이 존중되는 대우를 받는다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제50조 피구금자와 거실의 검사에 대한 적용 법규는 국제법을 따라야 하며 구금시설 안전을 고려하여 국제기준과 규범에 입각하여 이루어져야 한다. 검사는 인간의 존엄성과 개인의 사생활을 보호하고 비례의 원칙과 합법성, 필요성에 입각하여 실시되어야 한다.

제51조 검사는 피구금자를 괴롭히거나 위협하고 불필요하게 개인의 사생활을 침해하기 위해 실시되어서는 안된다. 교정당국은 특히 알몸수색이나 체강검사, 거실검사에 대하여 검사 사유와 검사 실시자, 검사 결과 등을 기록해야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2014. 11. 25.자 14진정0158100 결정

“주문:

법무부장관에게, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」제93조 제2항의 “수용자의 신체를 검사하는 경우에는 불필요한 고통이나 수치심을 느끼지 아니하도록 유의하여야 한다.”는 조항의 취지에 맞게 수용자 신체검사에 있어 범죄의 경중, 언행 등의 특이점 유무, 출정 후 환소하는 수용자의 경우 외부와의 접촉 정도 등 신체검사가 필요한 정도에 따라 방법을 단계적으로 세분화하는 방향으로 「계호업무지침」을 개정할 것[…중략…]을 권고한다”

“이유:

교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 교정시설 수용중 검찰조사 등의 목적으로 외부에 나갔다가 다시 교정시설로 돌아오는 수용자의 신체를 검사하여야 할 목적의 정당성은 충분히 인정된다 할 것이나, 이러한 신체검사는 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서, 수용자의 인권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 행해져야 하고, 특히 수용자의 옷을 전부 벗긴 상태에서 실시하는 알몸 신체검사는 수용자의 인격권을 심하게 손상시킬 수 있으므로 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기나 소지가 금지된 물품을 은닉하고 있어서 다른 방법으로는 이를 찾아내기 어렵다고 볼 만한 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 허용된다고 할 것이다.

이러한 취지에서, 경찰청 훈령인 「피의자 유치 및 호송규칙」제8조 제4항은 경찰서 유치장에 피의자를 유치하면서 신체검사를 실시하는 경우, 죄질의 경중, 언행 등의 특이점 유무, 범죄의 유형 또는 자해 가능성 등에 따라 외표검사(신체 등의 외부를 눈으로 확인하고 손으로 가볍게 두드려 만져 검사), 간이검사(탈의막 안에서 속옷과 신체검사의의를 착용한 상태에서 검사), 정밀검사(탈의막 안에서 속옷을 벗고 신체검사의의를 착용한 상태에서 정밀하게 검사)로 단계를 나누어 실시하고 있다.”

국가인권위원회 2016. 11. 25.자 16진정0121100, 16진정01222000(병합) 결정

“사전구속영장이 청구되었지만 아직 구속 여부가 결정되지 않은 피의자들을 교도소에 유치하여 피의자들이 알몸 신체검사 등 일반 수용자와 동일한 입소 절차를 밟게 한 것은 헌법 제10조에서 보장하는 인격권을 침해[한다.]”

다. 검토

먼저, 알몸 신체검사는 보호외국인의 인격권을 침해할 소지가 다분하므로, 허용되어서는 아니 된다. 대신 보호외국인이 속옷과 신체검사의의를 착용한 상태에서 신체검사를 받도록 하여야 한다. 같은 취지에서 법무부는 2008년에 알몸 신체검사가 성적수치심을 유발하고 인권침해의 가능성이 있다는 국가인권위원회의 권고를 받아들여 교도소 및 구치소 등 교정시설에서 이루어지는 알몸 신체검사를 폐지하기로 한 바 있다.¹²⁸⁾

또한 신체검사는 필요성에 따라 단계적으로 이루어질 필요가 있다. 앞서 소개하였듯, 국가인권위원회도 같은 취지로 권고한 바 있다. 경찰청 훈령인 피의자 유치 및 호소규칙도 외표검사, 간이검사, 정밀검사로 단계를 나누어 신체검사를 하도록 규정하고 있다. 여기에서 외표검사는 탈의막 안에서 속옷을 벗고 신체검사의의로 갈아입도록 한 후에 정밀하게 위험물 등의 은닉여부를 검사하는 것, 간이검사는 탈의막 안에서 속옷은 벗지 않고 신체검사의의를 착용하도록 한 상태에서 위험물 등의 은닉 여부를 검사하는 것, 외표검사는 탈의하지 않은 상태에서 신체 등의 외부를 눈으로 확인하고 손으로 가볍게 두르려 만져 검사하는 것을 각각 의미한다. 정밀검사의 경우 인권침해의 우려가 있다는 점을 감안하여 볼 때, 외표검사나 간이검사가 정밀검사보다 우선적으로 고려될 필요가 있다.

신체검사의 단계적 정도를 판단할 때에는 구금의 장기화 여부를 고려할 필요가 있다. 대부분의 보호외국인은 외국인보호시설에 단기간 구금되었다가 출국하는데, 이 경우까지만 정밀검사를 할 필요성은 인정되기 어렵다. 따라서 막 구금되어 전문 외국인보호시설로 이송되기 전의 보호외국인에 대해서는 정밀검사를 하지 않는 것이 타당하고, 전문 외국인보호시설로 이송되는 단계에서 필요성에 대한 엄격한 판단을 거쳐서 외표검사, 간이검사, 정밀검사 중에서 적절한 방법을 택하여야 한다. 유사한 취지에서 국가인권위원회도 사전구속영장이 청구되었지만 아직 구속 여부가 결정되지 않은 피의자들을 교도소에 유치하여 피의자들이 알몸 신체검사 등 일반 수용자와 동일한 입소 절차를 밟게 한 것은 헌법 제10조에서 보장하는 인격권을 침해한다고 판단한 바 있다.

128) 법무부 정책브리핑, “교도소 ‘알몸 신체검사’ 사라진다 - 법무부, 내달 1일부터 속옷·가운 착용 상태로 진행”, <https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148650223> (2008. 3. 31.).

앞서 강조하였듯이 보호외국인에 대한 알몸 신체검사는 허용될 수 없으나, 설령 보호외국인에 대해서 알몸 신체검사를 하더라도, 이는 인권적인 방법으로 이루어져야 한다. 특히 출입국관리공무원이 보호외국인의 항문 부위를 눈으로 직접 관찰하는 방식의 육안검사는 그 자체로 인권침해적이므로 허용되어서는 아니 된다. 앞서 소개하였듯, 이러한 육안검사의 인격권 침해 우려는 헌법재판소도 지적한 바 있다. 이 경우 다른 사람이 볼 수 없는 차단된 장소에서 영상검사기에 올라가 검사기에 장착된 카메라에 짧은 시간 항문 부위를 보이도록 하고, 검사실과 분리된 통제실에서 전담 출입국관리공무원 1인만이 다른 사람이 볼 수 없도록 모니터 주변에 가림막을 설치하고 출력된 영상정보로 은닉물의 존재 여부를 관찰하며, 해당 영상정보를 녹화할 수 없도록 하는 것이 타당하다. 같은 취지에서 헌법재판소도 이러한 방식의 신체검사는 인격권을 침해하지 않는다고 판단한 바 있다.

한편, 관련 법령이 규정하고 있는 바와 같이, 검사는 동성의 담당공무원에 의하여 이루어져야 하고, 보호외국인이 성적 소수자인 경우에는 본인의 의사를 존중하여 담당공무원이 정해져야 한다.

라. 소결

- ✓ 보호외국인에 대해서 알몸 신체검사를 하여서는 안 된다. 보호외국인에 대한 신체검사가 필요할 경우 속옷과 신체검사의를 착용한 상태에서 검사가 이루어져야 한다.
- ✓ 신체검사는 필요한 정도에 따라 단계적으로 이루어져야 한다. 이때 옷을 입은 상태에서 신체 등의 외부 부위를 눈으로 확인하고 손으로 가볍게 두르려 만져 검사하는 외표검사나 탈의막 안에서 속옷은 벗지 않고 신체검사의를 착용하도록 한 상태에서 위험물 등의 은닉 여부를 검사하는 간이검사의 방법이 정밀검사보다 우선적으로 고려되어야 한다.
- ✓ 설령 보호외국인에 대해 알몸 신체검사를 하더라도, 이러한 검사는 인권적인 방법으로 이루어져야 한다. 특히 담당공무원이 보호외국인의 항문 부위를 눈으로 직접 관찰하는 방식의 육안검사는 허용되지 아니한다. 이 경우 다른 사람이 볼 수 없는 차단된 장소에서 영상검사기에 올라가 검사기에 장착된 카메라에 짧은 시간 항문 부위를 보이도록 하고, 검사실과 분리된 통제실에서 전담 공무원 1인만이 다른 사람이 볼 수 없도록 모니터 주변에 가림막을 설치하고 출력된 영상정보로 은닉물의 존재 여부를 관찰하며, 해당 영상정보를 녹화할 수 없도록 하여야 한다.
- ✓ 신체검사는 동성의 담당공무원에 의하여 이루어져야 하고, 보호외국인이 성적 소수자인 경우에는 본인의 의사를 존중하여 담당공무원이 정해져야 한다.

제3절 의료와 건강

Ⅰ 보건의료체계와 의료시설

1. 입소 시 건강검진의 실시

가. 쟁점

외국인보호시설에 수용된 외국인들이 입소 시 초기에 건강상태를 점검받는 것은 수용자의 건강권을 보장하기 위한 최소한의 조치이다. 그러나 외국인보호시설에서는 초기 건강검진이 제도적으로 명확히 보장되지 않아, 수용자의 만성질환 발견 지연 및 응급상황 발생 시 대응의 어려움 등 문제가 발생하고 있다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제56조의5(신체 등의 검사) ① 출입국관리공무원은 보호시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하면 피보호자의 신체·의류 및 휴대품을 검사할 수 있다.

② 피보호자가 여성이면 제1항에 따른 검사는 여성 출입국관리공무원이 하여야 한다. 다만, 여성 출입국관리공무원이 없는 경우에는 지방출입국·외국인관서의 장이 지명하는 여성이 할 수 있다.

외국인보호규칙

제6조(신체와 소지품 검사) ① 담당공무원은 법 제56조의5제1항에 따라 보호외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 보호외국인의 신체, 의류 및 소지품을 검사하여야 하며, 검사 결과 보호시설의 안전이나 질서유지를 해치거나 보호외국인의 안전과 건강 또는 위생을 해칠 우려가 있는 물건을 발견한 경우에는 별도의 장소에 보관하여야 한다.

1. 보호시설에 입소할 경우
2. 외출, 진료, 운동 등으로 방을 나갔다가 다시 입실하는 경우
3. 그 밖에 담당공무원이 보호시설의 안전과 질서유지를 위해 검사할 필요가 있다고 인정하는 경우

② 담당공무원은 보호외국인이 보호시설에 입소할 경우 다음 각 호의 사항을 관찰하거나 질문을 통하여 검사한 후 그 검사결과를 보호외국인기록표에 기록하여야 한다.

1. 키와 몸무게
2. 신체의 특징
3. 상처와 그 흔적
4. 질병 유무
5. 그 밖의 신체 이상 유무

③ 담당공무원은 제1항 및 제2항에 따라 검사를 마친 보호외국인에게 보호외국인용 제복을 입게 한다. 다만, 청장등은 임신하거나 부상을 입은 경우 등 부득이하다고 인정하는 경우에는 소지품검사를 마친 후 보호외국인 본인의 옷을 입게 할 수 있다.

④ 제1항 및 제2항에 따른 검사는 동성(同性)의 담당공무원이 하여야 한다. 다만, 동성(同性)의 담당공무원이 없는 경우에는 청장등이 지명하는 동성(同性)이 할 수 있으며, 보호외국인이 성적(性的) 소수자인 경우에는 본인의 의사를 존중하여 청장등이 지명하는 다른 성(性)의 사람이 할 수 있다.

제7조(환자 발견 시 조치) ① 정신질환·마약중독 등이 의심되거나 응급조치가 필요한 보호외국인은 외부의 의료기관에 격리하여 보호할 수 있다.

② 청장등은 제6조에 따른 검사에서 보호외국인에게 급히 치료받아야 할 질병·상처 또는 신체적 이상이 있음을 발견하였을 때에는 지체 없이 보호시설 안에 있는 의사(이하 “담당의사”라 한다)에게 진료를 받게 하여야 한다. 다만, 담당의사가 없는 경우에는 외부 의료기관에서 진료를 받게 하여야 한다.

③ 제2항에 따라 진료를 받는 경우 그 진료비는 보호외국인이 부담한다. 다만, 보호외국인이 그 진료비를 납부할 능력이 없을 때에는 국비로 부담할 수 있다.

④ 담당의사는 보호외국인이 질병 등으로 의료조치가 요구되거나 감염병 등으로 격리 보호가 필요하다고 진단된 경우에는 보호외국인에 대하여 적절한 조치를 하고, 소견서를 작성하여 청장등에게 보고하여야 한다. 다만, 제2항 단서에 따라 외부 의료기관에서 진료를 받게 하였을 때에는 그 기관의 의사(이하 “외부 의사”라 한다)가 발급한 진단서 등을 담당의사 소견서로 대체할 수 있다.

⑤ 청장등은 제1항 또는 제4항에 따라 격리 보호된 사람이 담당의사 또는 외부의사의 진단서 및 환자의 상태 등을 고려하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 기간 동안 외부 의료기관에 격리하여 보호할 수 있다.

⑥ 청장등은 제5항에 따라 외부 의료기관에 1개월 이상 격리 보호가 필요하다고 인정할 때 또는 1개월 이상 격리 보호하게 될 때에는 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.

제20조(건강진단) ① 청장등은 1개월 이상 보호하는 보호외국인에게 2개월마다 1회 이상 담당의사 또는 외부의사의 건강진단을 받게 하여야 한다.

② 청장등은 보호외국인이 임신부나 노약자인 경우에는 특별히 보호하여야 하고, 임신부나 노약자가 진료 신청을 하였을 때에는 우선적으로 담당의사의 건강진단을 받게 하여야 한다.

③ 청장등은 건강진단 시 담당의사로 하여금 해당 보호외국인에게 질병이나 그 밖에 신체에 이상이 있는 지를 검사하게 하여야 한다.

형집행법 제34조(건강검진) ① 소장은 수용자에 대하여 건강검진을 정기적으로 하여야 한다.

형집행법 시행령

제15조(신입자의 건강진단) 법 제16조제2항에 따른 신입자의 건강진단은 수용된 날부터 3일 이내에 하여야 한다. 다만, 휴무일이 연속되는 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 예외로 한다.

제51조(건강검진횟수) ① 소장은 수용자에 대하여 1년에 1회 이상 건강검진을 하여야 한다. 다만, 19세 미만의 수용자와 계호상 독거수용자에 대하여는 6개월에 1회 이상 하여야 한다.

② 제1항의 건강검진은 「건강검진기본법」 제14조에 따라 지정된 건강검진기관에 의뢰하여 할 수 있다.

수용자 의료관리지침

제3조(신입자 건강진단) ① 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제16조 및 같은 법 시행령(이하 “령”이라 한다) 제15조에 의한 신입자 건강진단은 신체건강진단과 정신건강진단으로 구분하여 실시한다.

② 제1항의 진단과 별도로 혈색소, 혈당, 총 콜레스테롤, AST, ALT, 감마지티피에 대한 혈액검사 및 흉

부방사선 검사를 실시하고, 신속히 관찰 보건소 또는 검사 전문기관에 의뢰하여 매독 및 후천성면역결핍증 검사를 실시한다.

③ 수용자 의료정보시스템에 제2항의 검사 결과의 이상 유무를 입력한 후 관계 서류는 전산화하여 등록한다.

④ 제2항의 혈액검사 및 흉부방사선 검사는 필요할 경우 외부의료시설에 위탁하여 실시할 수 있다.

⑤ 신입자 중 가임기(可妊期) 여성수용자에 대하여는 임신테스트를 실시하고 그 결과를 수용자 의료정보시스템에 입력하여야 한다.

제3조의2(신입자 신체건강진단) ① 신체건강진단은 신장, 체중, 시력, 청력, 혈압 측정 및 질병, 팔·다리 기타 신체상의 이상 유무를 검사한다.

제3조의3(신입자 정신건강진단) ① 정신건강진단은 질문에 대한 응답, 정서 반응의 변화 및 태도 관찰 등을 통하여 이상 유무를 진단한다.

③ 제1항에 의한 검진결과 정신건강의학적 관찰이 필요하다고 인정되는 때에는 정신건강의학과 전문의 또는 관계 전문가의 진단을 받을 수 있도록 하여야 한다.

④ 정신건강의학과 전문의 등에 의한 진단을 실시한 때에는 진단 결과 나타난 병명 또는 증상을 수용자 의료정보시스템에 입력한다.

제4조(정기 건강검진의 실시) 법 제34조 및 영 제51조에 의한 건강검진은 국민건강보험공단에 의해 검진 기관으로 지정된 외부전문기관에 의뢰하거나 교정시설에 근무하는 의사(공중보건의를 포함한다. 이하 “의무관”이라 한다)가 실시할 수 있다.

제6조(건강검진 등 결과의 관리) 수용자의 건강진단 및 건강검진 결과는 의무관 확인 후 수용자 의료정보시스템에 입력하여 관리한다.

제7조(건강검진 등 결과에 대한 조치) 수용자의 건강진단 및 건강검진 결과 필요하다고 인정되는 때에는 해당 수용자에 대한 질병 예방 조치, 건강 상담 등 의료상의 적절한 처우를 제공하여야 한다.

제14조(진료에 관한 기록의 보존) ① 진료기록부 등 수용자 진료에 관한 기록은 수용자 의료정보시스템에 입력 또는 등록하여 관련 법령에서 정하는 바에 따라 보존한다.

② 전산화하여 보관하기 어려운 문서 등은 별도 보관할 수 있다.

의료법 제22조(진료기록부 등) ① 의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록(이하 “진료기록부등”이라 한다)을 갖추어 두고 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 보건복지부령으로 정하는 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.

② 의료인이나 의료기관 개설자는 진료기록부등[제23조제1항에 따른 전자의무기록(電子醫務記錄)]을 포함하며, 추가 기재·수정된 경우 추가 기재·수정된 진료기록부등 및 추가 기재·수정 전의 원본을 모두 포함한다. 이하 같다]을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 보존하여야 한다.

③ 의료인은 진료기록부등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가 기재·수정하여서는 아니 된다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제24조

1. 국가는 피구금자의 보건의료를 책임져야 한다. 피구금자는 지역사회에서 제공하는 것과 동일한 수준의 보건의료 혜택을 누릴 권리가 있으며 법적 신분으로 인한 차별을 받지 않고 필요한 보건의료 서비스를 무상으로 이용할 수 있어야 한다.
2. 보건의료 서비스는 에이즈, 결핵 등 감염성 질환 또는 약물 의존에 대한 치료를 지속할 수 있도록 공보보건당국과 긴밀한 협조를 통해 이루어져야 한다.

제26조

1. 보건의료 서비스에 있어서 모든 피구금자에 대한 정확한, 최신의 개별 의료기록을 작성하고 관리하고 보안을 유지하여야 한다. 또한 피구금자는 요청 시 자신의 의료기록을 열람할 수 있어야 한다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 4.1.2. 공중 보건 보호

29. 개별 비호신청인의 건강 검진 시행은 개별 사례에서 정당화될 수 있거나, 특정 전염병이나 풍토병의 예방 조치로 정당화될 수 있다면 특정 기간동안 감금에 대한 합법적 근거가 될 수 있다. 출입국 관리 환경에서 이러한 건강 검진은 입국시 혹은 이후 가능한 빠른 시일 내에 시행할 수 있다. 해당 근거로 이루어지는 신체 구속 혹은 이동 제한의 연장은 자격 있는 의료진이 결정한 치료를 목적으로만 하여 정당화될 수 있는 경우에만 가능하며, 이 상황에서는 해당 치료가 완료될 때까지만 지속되어야 한다. 해당 신체 구속은 의료원, 병원, 혹은 공항/국경에 위치한 특별 의료 센터 등의 적합한 시설에서 이루어져야 한다. 최초의 건강검진 이후, 자격을 갖춘 의료진만이 사법적 감독에 따라 건강 상의 이유로 추가적인 신체 구속을 명령할 수 있다.

유엔 이주노동자권리위원회의 「일반논평 제5호(2021): 이주민의 신체의 자유, 자의적 구금으로부터 자유로울 권리 및 그 밖의 인권과의 관계」 CMW GC No. 05(2021): Migrants' rights to liberty, freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights (이하 "유엔 이주노동자권리위원회 일반논평 제5호")¹²⁹⁾

국가는 구금이 이주민에게 미치는 심리적·신체적 영향을 고려하여 구금된 이주민의 신체건강 및 정신건강을 주기적으로 점검해야 한다.

다. 검토

외국인보호시설에 수용되는 외국인은 입소 시점부터 다양한 건강 위험에 노출될 수 있으므로, 초기 건강검진 제도를 명확히 규정하고 실질적으로 시행할 필요가 있다. 초기 건강검진은 수용자의 건강상태를 정확히 파악하고, 필요시 적절한 진료나 후속조치를 통해 건강 악화를 사전에 예방할 수 있도록 하는 기초적인 의료보장 절차이다. 이는 보호시설 내 인권 보호 및 국가의 기본적 의무 이행의 출발점이라 할 수 있다.

국제기준에 따르면 보호시설 입소에 입소하는 모든 구금자는 가능한 신속히 초기 건강검진을 받아야 한다. 이는 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 등에서 반복적으로 강조되고 있으며, 초기 건강검

129) 국문 번역본은 국가인권위원회, 국제인권정보시스템 <https://uhr.humanrights.go.kr/pub/uhrstd/842> 참조.

진은 피구금자의 건강권 보장을 위한 최소한의 조치로 이해된다. 이러한 기준에 따르면, 초기 검진은 단순한 신체검사 수준을 넘어 정신건강을 포함한 포괄적인 건강상태 점검으로 이루어져야 하며, 그 결과는 치료 연계뿐만 아니라 시설 내 처우 결정에도 반영되어야 한다.

그러나 현행 외국인보호규칙은 이러한 국제기준에 부합하지 않는다. 외국인보호규칙 제20조 제1항은 ‘1개월 이상 보호하는 보호외국인에게 2개월마다 1회 이상 건강진단을 실시하여야 한다’고 규정하고 있으나, 이는 정기 건강진단에 관한 조항일 뿐 입소 직후의 초기 검진에 관한 명확한 규정은 부재하다. 아울러 현재 규정상의 ‘건강진단’은 사실상 ‘신체검사’로 이해되고 있으며,¹³⁰⁾ 이는 수용자의 건강권 보장보다는 보호시설의 보안과 질서 유지 목적에 가까운 개념으로 운용되고 있다.

교정시설의 경우, 수용자는 입소시 ① 신입자 건강진단¹³¹⁾을 받고, 이후 ② 정기 건강검진¹³²⁾을 통해 건강상태를 주기적으로 확인받을 수 있는 제도가 마련되어 있다. 또한 건강진단 및 검진 결과를 수용자 의료정보시스템에 입력하여 관리하고, 필요할 경우 질병 예방 조치 및 건강 상담 등 의료상 적절한 처우를 제공한다.¹³³⁾ 이와 달리 외국인보호소에는 초기 건강진단 절차 자체가 부재하며, 이에 따라 보호외국인의 건강 상태가 제대로 파악되지 않은 채 수용이 이루어질 가능성이 높다.¹³⁴⁾

국가인권위원회 역시 이 점을 지적하며, 보호시설 입소자 전원에 대한 건강진단이 현실적으로 어렵더라도, 보호장비 착용 여부와 같이 수용자의 신체적 상태를 고려해야 할 사안에 대해서는 정신질환 여부를 포함한 건강상태 점검이 이루어지고 그 결과가 문서로 기록되어야 한다고 권고한 바 있다.¹³⁵⁾

국가인권위원회에 따르면, 외국인보호시설에는 입소 시 건강진단 절차 자체가 마련되어 있지 않다. 다만, 외국인보호규칙 제20조 제1항은 “청장 등은 1개월 이상 보호하는 보호외국인에게 2개월마다 1회 이상 담당의사 또는 외부의사의 건강진단을 받게 하여야 한다”라고 규정하고 있을 뿐이다. 이에 대해 국가인권위원회는 입소자 전원에 대한 건강진단이 현실적으로 어렵더라도, 적어도 보호장비 착용 여부

130) 입소 신체검사는 의료적 전문성이 없는 출입국 담당공무원이 담당하고 있고, 그 결과 보호외국인이 입소한 이후 내부 또는 외부검진 과정에서 폐렴, 결핵 증상이 진단되는 사례가 확인된다. (국가인권위원회 2021. 5. 12.자 “외국인 보호시설의 보호외국인 인권 개선을 위한 권고” 결정, 8 참조.)

131) 교정시설 신입자 건강진단의 경우, 수용된 날부터 3일 이내(다만, 휴무일이 연속되는 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 예외)에 혈색소, 혈당, 총 콜레스테롤, AST·ALT(간염검사), 감마지티피에 대한 혈액검사 및 흉부방사선 검사, 매독 및 후천성면역결핍증 검사 등 신체건강진단 뿐만 아니라 정신건강진단도 실시한다(형집행법 시행령 제15조, 「수용자 의료관리지침」 제3조 및 제3조의3).

132) 교정시설의 정기 건강검진은 1년에 1회 이상, 19세 미만의 수용자와 계호상 독거수용자(형집행법 시행령 제15조 및 제51조), 노인수용자(「형집행법 시행규칙」 제47조)에 대하여는 6개월에 1회 이상 실시하고 있음. 한편, 여성수용자에 대한 건강검진에는 나이·건강 등을 고려하여 부인과질환에 관한 검사를 포함하며, 수용자가 임신 중이거나 출산(유산·사산을 포함)한 경우에는 정기적인 검진을 실시함(「형집행법」 제50조 및 제52조).

133) 「수용자 의료관리지침」 제6조, 제7조 참조.

134) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 22, 100, 105, 110.

135) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고, 15.

를 결정할 때에는 정신질환 포함 건강상태를 점검하고 이를 문서로 기록할 필요가 있다고 권고하였다.

이러한 점을 종합할 때, 국내 보호시설에서도 국제기준에 부합하는 초기 건강검진 제도를 법령에 명시하고 실질적인 수준에서 시행할 필요가 있다. 구체적으로는, 입소 초기 단계에서의 신체검사를 단순한 행정절차로 보지 않고, 보호외국인의 건강 상태를 실질적으로 점검할 수 있는 방식으로 재구성할 필요가 있다. 교정시설의 건강진단 제도를 참고하여 검사 항목을 확대하고, ‘1개월 이상 보호시 2개월마다 실시’하는 정기 건강진단의 요건을 완화하여 보호기간과 무관하게 초기 및 정기적 건강 확인이 가능하도록 개선해야 한다. 이를 통해 보호외국인의 건강권을 실질적으로 보장하고, 보호시설 내 응급상황이 발생하지 않도록 예방할 필요가 있다.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설에 입소하는 모든 보호외국인은 입소 직후 가능한 신속하게 초기 건강검진을 받을 수 있도록 하여야 한다. 초기 건강검진은 감염병 여부, 만성질환, 정신건강 상태 등을 포함하는 포괄적인 평가로 구성되어야 한다.
- ✓ 건강검진 결과는 의료기록으로 체계적으로 보관되어야 하며, 이는 지속적인 치료 연계, 보호장비 착용 여부 등 보호처우 결정, 보호해제 판단의 근거자료로 활용되어야 한다.

2. 의료인력 및 의료설비의 확충

가. 쟁점

외국인보호시설 내 의료인력이 부족하여 충분한 의료서비스가 제공되지 않고 있으며, 의료서비스 제공을 위한 진료 공간 및 의료설비가 부족하여 의료인력이 배치되더라도 실질적인 진료가 어렵다는 지적이 제기되어 왔다. 외국인보호시설에 충분한 의료인력이 배치되어 있는지, 보호시설에 배치된 의료 인력이 활용할 수 있는 의료시설과 장비가 적절히 마련되었는지를 검토할 필요가 있다.

나. 검토기준

○ 관련 국내 법령

- 형집행법 제39조(진료환경 등) ① 교정시설에는 수용자의 진료를 위하여 필요한 의료 인력과 설비를 갖추어야 한다.
- ② 소장은 정신질환이 있다고 의심되는 수용자가 있으면 정신건강의학과 의사의 진료를 받을 수 있도록 하여야 한다.
- ③ 외부의사는 수용자를 진료하는 경우에는 법무부장관이 정하는 사항을 준수하여야 한다.
- ④ 교정시설에 갖추어야 할 의료설비의 기준에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

형집행법 시행규칙 제23조(의료설비의 기준) ① 교정시설에는「의료법」 제3조에 따른 의료기관 중 의원(醫院)이 갖추어야 하는 시설 수준 이상의 의료시설(진료실 등의 의료용 건축물을 말한다. 이하 같다)을 갖추어야 한다.

② 교정시설에 갖추어야 하는 의료장비(혈압측정기 등의 의료기기를 말한다)의 기준은 별표 3과 같다.

③ 의료시설의 세부종류 및 설치기준은 법무부장관이 정한다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제25조 ② 보건의료 서비스는 의학적으로 완전히 독립적으로 행동할 수 있는 충분한 자격을 갖춘 전문가, 그리고 충분한 수의 심리학 및 정신의학 분야의 전문가로 구성된, 즉 여러 전문영역에 걸친 팀에 의해 이루어져야 한다. 모든 피구금자는 자격을 갖춘 치과 의사의 진료를 받을 수 있어야 한다.

제27조 ① 모든 피구금자는 응급상황 발생 시 즉시 의료자원을 받을 권리가 있다. 특별한 처치(specialized treatment) 또는 수술을 요하는 피구금자의 경우 해당 의료시설이나 민간 병원으로 이송되어야 한다. 의료시설을 갖춘 구금시설의 경우 해당 의료시설은 원활한 치료와 업무를 진행할 수 있도록 적절한 인력과 장비를 갖추어야 한다.

유럽교정시설규칙

41.1 모든 교정시설은 최소한 한 사람 이상의 자격있는 일반전문의에 의한 서비스를 제공하여야 한다.

41.2. 응급상황에도 자격있는 일반전문의가 언제든지 지체없이 이용할 수 있는 준비가 마련되어 있어야 한다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

48. 구금중인 비호신청인은 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 수 있다:

(vi) 필요시 심리 상담을 포함해, 적절한 의학적 치료를 제공해야 한다. 의학적으로 주의가 필요한 피구금자는 적절한 시설로 이송하거나 해당 시설이 존재하는 장소에서 치료 받아야 한다. 도착 후 가능한 즉시, 피구금자들에게 의료검진과 정신건강검진을 시행해야 하며 이는 역량을 갖춘 의료 전문가가 담당해야 한다. 구금 중에는, 피구금자들은 신체적 정신적 안녕에 대해 주기적 평가를 받아야 한다. 다수의 피구금자는 구금이 미치는 심리적 신체적 영향으로 고통을 받으므로, 도착시 피구금자가 그런 증상을 보이지 않는 경우라도 주기적 평가를 실행해야 한다. 구금 중에 의료적 또는 정신건강상의 우려를 보이거나 진행되는 경우, 대상자들은 적절한 배려와 치료를 제공받아야 하며 이 경우 구금해제를 고려하는 것도 포함한다.

유엔 이주노동자관리위원회 일반논평 제5호

83. 이민 구금이 처벌적 성격이 아닌 시설에서 이루어지도록 보장하기 위해, 국가는 다음을 포함한 조치를 취해야 한다: (f) 피구금자에게 적절한 생활 수준을 보장하기 위한 기타 조치가 취해져야 하며, 여기에는 이주민의 신체적·건강 상태 및 종교적 신념에 부합하는 적절한 의복과 침구, 난방, 충분한 음식, 안전한 식수 및 위생설비, 그리고 보호시설 운영 주체로부터 독립된 의료 전문가를 포함한 보건의료 서비스 접근권이 포함되어야 한다.

다. 검토

외국인보호시설에서의 적절한 의료 서비스 제공은 보호외국인의 건강권 보장뿐 아니라 시설 내 감염병 예방, 긴급상황 대응 등 공공보건적 차원에서도 필수적인 요소이다. 그럼에도 불구하고, 현재 국내 외국인보호시설에는 의료 인력과 시설, 장비에 관한 명확한 기준이 부재한 상황이며, 이로 인해 보호외국인의 의료접근권이 실질적으로 제한될 우려가 있다.

먼저 충분한 의료인력이 확보되어야 한다. 국제인권기준에 따르면 구금시설에는 원칙적으로 1인 이상의 의사가 배치되어야 한다. 또한 응급상황에서도 자격있는 일반전문의가 언제든지 지체없이 진료를 할 수 있는 체계가 마련되어야 한다. 나아가, 의료진은 충분한 수의 정신의학 전문가를 포함하여 다양한 영역의 전문가를 포함하여야 한다.

그리고 의료인력이 배치되더라도, 기본적인 진료와 처치가 가능한 의료설비가 갖추어지지 않은 상태에서는 실효성 있는 의료 제공이 어렵다. 특히 의료 공간과 설비가 시설별로 상이하게 구성되어 있어 진료의 일관성과 연속성, 감염 예방 및 위기 대응 측면에서 구조적 한계가 발생하고 있다.

이와 관련하여 교정시설의 기준은 중요한 참조점이 된다. 교정시설의 경우, 형집행법 시행규칙 별표 3에 따라 청진기, 혈압계, 고압증기멸균기 등 기본 의료장비는 물론, 심전계, 엑스선 촬영기기, 심장충격기 등 진단 및 처치를 위한 장비를 갖추도록 규정하고 있다. 반면 외국인보호시설은 진료실, 약제실 등 기본적인 의료 공간의 구성에 관한 기준조차 마련되어 있지 않다. 예를 들어 화성 및 청주 보호소에는 약제실이 존재하지만 여수 보호소에는 약제실이 설치되어 있지 않으며,¹³⁶⁾ 이는약품 보관, 처방, 감염 관리 등 의료행위의 최소 조건을 충족하지 못하는 환경임을 보여준다.

의료설비 및 진료공간에 대한 기준 마련은 단순한 물리적 환경의 확보를 넘어, 치료의 질과 수용자의 안전을 동시에 보장하는 기본 인프라로 기능한다. 특히 외국인보호시설의 경우, 다양한 국적, 건강 상태, 문화·종교적 배경을 가진 외국인들이 수용되기 때문에 일반 교정시설보다 더 높은 수준의 의료설비와 진료환경이 요구된다고 할 수 있다.

일부 보호외국인의 출신국에서는 특정 감염병의 유병률이 높은 경우가 있어, 격리 진료 공간과 특수 의료장비가 사전에 준비되어야 한다. 또한 성폭력 피해 경험, 종교적 신념, 성인지 감수성 등에 따라 심리상담실의 성별 분리, 프라이버시 보호가 가능한 진료공간 구성 등 세심한 배려가 필요한 상황도 적지 않다. 이러한 복합적 요인을 고려할 때, 외국인보호시설 내 의료설비 및 진료공간에 대한 국가 차원의 명확한 기준 설정은 더 이상 미룰 수 없는 과제라 할 것이다.

136) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 109.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설에는 충분한 수의 의료인력이 확보되어야 한다. 원칙적으로 외국인보호시설 별로 1인 이상의 의사가 있어야 하고, 응급상황에서 언제든지 의사가 진료할 수 있는 체계가 마련되어야 한다. 의료진은 충분한 수의 정신의학 전문가를 포함하여 다양한 영역의 전문가를 포함하여야 한다.
- ✓ 외국인보호시설 내에서의 실질적인 의료 서비스 제공을 위해, 진료실·약제실 등 기본 의료공간과 청진기, 혈압계, 심전계, 심장충격기 등 진단 및 처치에 필요한 장비의 설치 기준을 마련하고, 이를 모든 외국인보호시설에 공통적으로 적용하여야 한다.
- ✓ 외국인보호시설의 특성을 고려하여, 감염병 유행률이 높은 출신국 보호외국인에 대비한 격리 진료 공간, 성인지 감수성을 반영한 심리상담실 구성, 종교·문화적 배려가 가능한 진료 환경 등을 마련하여야 한다.

3. 의료행위 과정에서의 통번역 제공

가. 쟁점

의료진과 보호외국인 간 소통이 원활하지 않아 진단 오류, 치료 지연 등의 문제가 발생할 수 있다. 보호시설에 상주 통역인이 없으므로, 보호외국인이 증상을 제대로 설명하지 못하거나 의료정보를 이해하지 못하는 상황이 발생할 수 있다.

나. 검토기준

○ 관련 국내 법령

외국인보호규칙 제8조(생활규칙 등 알리기) ① 청장등은 보호시설의 생활규칙 및 보호외국인의 권리구제방법 등에 관한 사항을 해당 외국인이 이해할 수 있는 언어로 미리 알려야 한다.

② 제1항에 따른 알림사항은 한국어·영어·중국어(이하 “영어등”이라 한다)로 작성하여 보호외국인이 잘 볼 수 있는 곳에 게시하여야 한다. 다만, 영어등을 이해하지 못하는 보호외국인이 원하는 경우에는 통역하여 게시 내용을 알려 주어야 한다.

○ 관련 국제인권기준

유엔난민기구 구금에 관한 지침 제48조

48. 구금된 경우, 망명신청자는 다음과 같은 최소한의 구금 조건을 보장받을 권리가 있다:

(xv) 차별 없는 불만 제기 절차(또는 고충 처리 절차)가 마련되어야 하며, 구금자는 해당 기관에 직접 또는 비밀리에 불만을 제출할 수 있어야 하고, 독립된 기관이나 감독 기관에도 제기할 수 있어야 한다. 불만 제기 절차는 제출 기한 및 이의제기 절차를 포함하여 명확히 안내되어야 하며, 여러 언어로 번역되어 구금자들이 쉽게 열람하고 이용할 수 있도록 제공되어야 한다.

유엔 이주노동자관리위원회 일반논평 제5호

66. 이민 구금 상황에서 이주노동자 및 그 가족 구성원은 법적 조언과 법률 대리인의 지원을 받을 권리가 있으며, 이를 감당할 수 없는 사람에게는 국가가 무상으로 제공해야 한다. 이는 적법절차 및 사법접근권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다. 국가는 절차 과정에서 사용하는 언어를 이해하거나 구사하지

못하는 이주노동자에게 자격 있는 통역인을 제공해야 한다. 비록 이주노동자가 해당 국가의 언어를 이해한다고 하더라도, 통역인의 도움을 받을 수 있어야 하며, 관련 정보는 전문용어를 배제하고, 이주노동자의 연령, 민족, 문화적 배경 및 기타 이해도에 영향을 미칠 수 있는 모든 요소를 고려하여 알기 쉬운 방식으로 제공되어야 한다.

다. 검토

의료행위에서의 의사소통은 진단의 정확성과 치료의 효과는 물론, 환자의 자기결정권과 법적 동의 절차의 정당성을 보장하기 위한 필수 요건이다. 보호외국인의 경우, 언어장벽으로 인해 의료 정보를 정확히 이해하지 못하거나, 의료진의 진단 및 처방 내용을 오해할 위험이 크므로, 의료통역 제공은 단순한 편의 차원을 넘어 보호외국인의 의료접근권 보장을 위한 핵심 요소로 기능한다.

국제인권기준에 따르면, 구금상태에 있는 외국인의 경우에도 언어적 차별 없이 의료서비스를 이용할 수 있도록 통역 제공을 포함한 적절한 조치를 취할 의무가 국가에 있다. 특히 의료 동의, 복약 지침, 진단 설명 등은 의료법적 책임과 직접 연결되므로, 보호외국인이 이해 가능한 언어로 충분한 설명을 받을 수 있도록 보장하는 것은 인권의 기본 전제이자 의료행위의 정당성을 확보하기 위한 최소한의 기준이다.

그러나 국내 외국인보호시설의 경우, 의료통역에 대한 제도적 기준이 마련되어 있지 않으며, 상시적인 통역 제공체계도 부재한 상황이다.¹³⁷⁾ 일부 보호시설에서는 통역이 필요한 경우 외부 통역사를 일시적으로 수배하거나, 시설 내 다른 보호외국인을 통해 임의로 통역을 시도하는 사례가 보고된다.¹³⁸⁾ 이는 의료의 전문성과 기밀성을 훼손할 우려가 있으며, 정확한 진단을 방해하고 환자의 불안감을 증폭시킬 수 있다는 점에서 제도 개선이 시급하다.

현행 구조는 주로 1345 콜센터 또는 통·번역 애플리케이션(앱)에 의존하고 있으나,¹³⁹⁾ 이 또한 의료 현장에서 요구되는 즉시성과 정확성을 충족시키기 어렵다. 통·번역 앱은 단순 일상 대화 수준에서 활용될 수는 있으나, 복잡한 의료 용어, 문맥에 따른 의미 차이, 환자의 감정 표현 등까지 적절히 전달하기에는 한계가 분명하다. 더욱이 일부 보호시설에서는 타 보호소로부터 통역 앱 정보를 ‘공유’받고 있는 것으로 확인되어, 통역 수단에 대한 표준화된 접근이나 품질 관리 체계가 미흡함을 보여준다.

이러한 상황을 고려할 때, 출입국·외국인정책본부 차원에서 의료통역 제공에 대한 명확한 기준을 마련하고, 시설 내에서 활용 가능한 통·번역 도구의 품질과 실효성을 검토한 후, 통일된 지침과 교육을 현장에 제공할 필요가 있다. 현실적으로 상주 통역인 배치가 어려운 경우에는, 즉각 대응 가능한 원격 통

137) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 163-165.

138) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 164.

139) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 168.

역 시스템의 도입이나 검증된 통역 앱의 지정·보급 등을 통해 대체수단을 제도화할 수 있을 것이다. 이와 함께, 보호시설 내 의료진 및 담당 공무원에게 통역 연계 절차, 통역 도구의 활용 방법 등에 대한 실무 매뉴얼을 제공함으로써 의료현장에서의 통역 공백을 최소화하는 것이 필요하다.

라. 소결

- ✓ 보호외국인의 정확한 이해와 의사결정을 보장하기 위해서, 의료행위의 전과정에서 보호외국인에게 통역과 번역이 제공되어야 한다.
- ✓ 24시간 이용 가능한 전화 또는 원격(화상) 통역 시스템을 구축하여야 한다. 또한 의료통역의 품질을 보장하고 통역 공백을 최소화하기 위해, 고품질 통·번역 앱을 선별하여 시설에 공식 보급하고, 실무자 대상의 활용 교육과 실무 매뉴얼을 제공하여야 하는 방안이 적극적으로 고려되어야 한다. 정부는 외국인보호시설에서 사용 가능한 통·번역 수단의 기준을 마련하고, 앱 선정, 유지관리, 예산 지원 등을 포함한 제도적 기반을 마련하여야 한다.
- ✓ 진료 동의서, 복약지도서, 안내문 등 주요 의료 문서는 보호외국인의 언어로 번역·제공되어야 하며, 의료통역이 필요한 경우 외부 통역 인력과 연계 체계를 공식적으로 제도화하여야 한다.

4. 보건의료 서비스의 무상 이용

가. 쟁점

현행 외국인보호규칙은 외부의료기관 진료 시 진료비를 원칙적으로 보호외국인이 부담하도록 하고 있다. 이는 경제적 여건이 열악한 보호외국인에게 실질적인 의료접근을 가로막는 요인으로 작용하며, 진료를 포기하거나 증상을 은폐하게 만들어 건강 상태를 악화시키는 결과를 초래할 수 있다. 실제로 보호소에서 응급상황 발생 시에도 비용 문제로 진료를 기피하는 사례가 발생하고 있어, 이러한 자비 부담 원칙의 적정성을 재검토할 필요가 있다.

나. 검토기준

○ 관련 국내 법령 외국인보호규칙

제7조(환자 발견 시 조치) ① 정신질환·마약중독 등이 의심되거나 응급조치가 필요한 보호외국인은 외부의 의료기관에 격리하여 보호할 수 있다.

② 청장등은 제6조에 따른 검사에서 보호외국인에게 급히 치료받아야 할 질병·상처 또는 신체적 이상이 있음을 발견하였을 때에는 지체 없이 보호시설 안에 있는 의사(이하 “담당의사”라 한다)에게 진료를 받게 하여야 한다. 다만, 담당의사가 없는 경우에는 외부 의료기관에서 진료를 받게 하여야 한다.

③ 제2항에 따라 진료를 받는 경우 그 진료비는 보호외국인이 부담한다. 다만, 보호외국인이 그 진료비를 납부할 능력이 없을 때에는 국비로 부담할 수 있다.

④ 담당의사는 보호외국인이 질병 등으로 의료조치가 요구되거나 감염병 등으로 격리 보호가 필요하다고

진단된 경우에는 보호외국인에 대하여 적절한 조치를 하고, 소견서를 작성하여 청장등에게 보고하여야 한다. 다만, 제2항 단서에 따라 외부 의료기관에서 진료를 받게 하였을 때에는 그 기관의 의사(이하 “외부 의사”라 한다)가 발급한 진단서 등을 담당의사 소견서로 대체할 수 있다.

⑤ 청장등은 제1항 또는 제4항에 따라 격리 보호된 사람이 담당의사 또는 외부의사의 진단서 및 환자의 상태 등을 고려하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 기간 동안 외부 의료기관에 격리하여 보호할 수 있다.

⑥ 청장등은 제5항에 따라 외부 의료기관에 1개월 이상 격리 보호가 필요하다고 인정할 때 또는 1개월 이상 격리 보호하게 될 때에는 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.

제21조(환자 진료) ① 청장등은 보호외국인이 병을 앓거나 상처를 입었을 때에는 담당의사의 진료를 받게 하여야 한다.

② 청장등은 보호시설 안의 의료설비·의약품 및 인력으로 치료할 수 없는 병을 가진 보호외국인이 자기 부담으로 외부 의료기관에서 진료받기를 요청하는 경우에는 병이나 상처의 정도와 도주 우려 등을 판단한 후 이를 허가할 수 있다. 다만, 환자의 생명이 위급하다고 판단되는 경우 담당공무원은 그 보호외국인을 지체 없이 외부의 의료기관으로 옮겨 치료받게 한 후에 그 사실을 청장등에게 보고하여야 한다.

③ 청장등은 진료시설이나 담당의사가 없는 보호시설에서 환자가 발생하였을 때에는 외부의사를 불러 환자를 치료하게 하거나 환자를 외부의 의료기관으로 옮겨 치료받게 하여야 한다.

제31조(배상) ① 보호외국인이 고의나 중대한 과실로 보호시설·물품이나 다른 사람의 신체 등에 손해를 끼쳤을 때에는 이를 배상하여야 한다.

② 제1항에 따라 보호외국인이 보호시설의 시설이나 물품에 끼친 손해를 배상하는 경우 그 배상금액은 국고로 귀속시켜야 한다. 다만, 강제퇴거 할 때까지 손해를 배상하여야 할 보호외국인의 배상능력이 없거나 부족하다고 인정되는 경우에는 보호외국인이 소지한 현금이나 유가증권의 현황, 진술서 등 소명자료를 법무부장관이 정하는 중점관리 외국인기록부에 붙인 후 배상금액을 감면할 수 있다.

형집행법

제37조(외부의료시설 진료 등) ① 소장은 수용자에 대한 적절한 치료를 위하여 필요하다고 인정하면 교정 시설 밖에 있는 의료시설(이하 “외부의료시설”이라 한다)에서 진료를 받게 할 수 있다.

② 소장은 수용자의 정신질환 치료를 위하여 필요하다고 인정하면 법무부장관의 승인을 받아 치료감호시설로 이송할 수 있다.

③ 제2항에 따라 이송된 사람은 수용자에 준하여 처우한다.

④ 소장은 제1항 또는 제2항에 따라 수용자가 외부의료시설에서 진료받거나 치료감호시설로 이송되면 그 사실을 그 가족(가족이 없는 경우에는 수용자가 지정하는 사람)에게 지체 없이 알려야 한다. 다만, 수용자가 알리는 것을 원하지 아니하면 그러하지 아니하다.

⑤ 소장은 수용자가 자신의 고의 또는 중대한 과실로 부상 등이 발생하여 외부의료시설에서 진료를 받은 경우에는 그 진료비의 전부 또는 일부를 그 수용자에게 부담하게 할 수 있다.

제38조(자비치료) 소장은 수용자가 자신의 비용으로 외부의료시설에서 근무하는 의사(이하 “외부의사”라 한다)에게 치료받기를 원하면 교정시설에 근무하는 의사(공중보건의를 포함하며, 이하 “의무관”이라 한다)의 의견을 고려하여 이를 허가할 수 있다.

수용자 의료관리지침

제15조(외부의사 진료 실시 및 비용 부담) ① 법 제37조제1항 및 영 제55조제1항에 따라 소장은 소 내

진료로는 수용자에 대한 적절한 치료가 곤란하다고 인정되는 다음 각 호의 경우 직권으로 의무관의 의견을 고려하여 외부의사 진료(이송·초빙·원격진료, 이하 동일)를 받게 할 수 있다.

1. 응급환자
2. 지체하면 추후 적절한 치료가 어렵고 수용 기간 중 중대한 심신상의 장애 또는 생명이 위태로울 것으로 예상되는 경우
3. 작업, 직업훈련, 종교행사, 교육 및 교화프로그램 운영 등과 관련하여 부상·질병 등이 발생한 때
4. 기타 필요성이 인정되는 경우

② 제1항의 진료에 따른 비용은 수용자의 고의 또는 중과실 없이 수용생활 중 부상, 질병 등이 발생한 경우 예산의 범위 내에서 국비로 지급한다.

제16조(진료비의 구상) ① 소장은 수용자가 다음 각 호의 사유에 해당되어 외부의사 진료를 받은 경우 법 제37조제5항에 따라 진료비의 전부 또는 일부를 해당 수용자에게 구상할 수 있다.

1. 자해행위, 이물질을 삼키는 행위, 난동 등 수용자의 고의로 인하여 부상 등이 발생한 경우
 2. 중과실로 인하여 부상, 질병 등이 발생한 경우
- ② 소장은 수용자 상호 간 폭행, 싸움 등으로 인하여 발생한 부상 등에 대한 진료비의 전부 또는 일부를 가해자에게 구상할 수 있다.

○ 관련 판결례

헌법재판소 2016. 5. 24. 선고 2016헌마376 결정

헌법재판소는 「국민기초생활보장법」상의 수급자로 지정되어 의료급여를 지급받다가 구치소에 구금된 후 의료급여의 지급이 중지된 청구인이 낸 헌법소원에 대해 “청구인은 여전히 필요한 경우에는 교도소장에게 국가의 부담으로 외부진료를 받게 해 줄 것을 요구할 수 있으므로, 심판대상조항이 수용자로서 생계유지의 보호를 받을 수 있는 청구인의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다”며 각하 결정을 한 바 있음.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제24조 제1항 국가는 피구금자의 보건의료를 책임져야 한다. 피구금자는 지역사회에서 제공하는 것과 동일한 수준의 보건의료 혜택을 누릴 권리가 있으며 법적 신분으로 인한 차별을 받지 않고 필요한 보건의료 서비스를 무상으로 이용할 수 있어야 한다.

제39조 제3항 규율위반에 대한 처벌을 부과하기 전에 교정당국은 피구금자에게 정신질환이나 발달장애가 있는 지 확인하고 위반사실에 대한 원인을 규명해야 한다. 교정당국은 정신질환이나 발달장애로 인한 규율위반을 처벌해서는 안된다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침 8:

48. 구금중인 비호신청인은 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 수 있다.

(vi) 필요시 심리 상담을 포함해, 적절한 의학적 치료를 제공해야 한다. 의학적으로 주의가 필요한 피구금자는 적절한 시설로 이송하거나 해당 시설이 존재하는 장소에서 치료 받아야 한다. 도착 후 가능한 즉시, 피구금자들에게 의료검진과 정신건강검진을 시행해야 하며 이는 역량을 갖춘 의료 전문가가 담당해야 한다. 구금 중에는, 피구금자들은 신체적 정신적 안녕에 대해 주기적 평가를 받아야 한다. 다수의 피구금자는 구금이 미치는 심리적 신체적 영향으로 고통을 받으므로, 도착시 피구금자가 그런 증상을 보이지 않는 경우라도 주기적 평가를 실행해야 한다. 구금 중에 의료적 또는 정신건강상의 우려를 보이거나 진행되는 경우, 대상자들은 적절한 배려와 치료를 제공받아야 하며 이 경우 구금해제를 고려하는 것도

포함한다.

유엔 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)」 제17조 (이하 “유엔 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약”¹⁴⁰⁾)

7. 취업국 또는 통과국의 현행 법률에 따라 억류 또는 구금된 이주노동자와 그 가족은 같은 상황의 당해국의 국민과 동등한 권리를 향유한다.
8. 이주노동자 또는 그 가족이 이주에 관한 법률 위반을 확인하기 위하여 억류된 경우 그는 그에 따른 비용을 부담하지 아니한다.

유엔 이주노동자권리위원회 일반논평 제5호

76. 국가는 구금된 이주민이 신체적·정신적 건강 서비스, 성 및 생식 건강 서비스, 심리적 치료를 포함한 의료 서비스에 접근할 수 있도록 보장해야 한다. 구금 시설 내에 적절한 조건이 갖춰져 있지 않은 경우, 의료 처치가 필요한 구금된 이주민은 적절한 의료시설로 이송되어야 한다. 또한 구금이 이주민에게 미치는 심리적·신체적 영향을 고려하여, 국가는 구금된 이주민의 신체적 및 정신적 건강 상태를 정기적으로 평가해야 한다. 국가는 모든 이주노동자 및 그 가족 구성원이, 이주 지위와 무관하게 자유를 박탈당한 경우에도, 국내 국민과 동일한 조건으로 의료 서비스에 접근할 수 있도록 법률상·실질적으로 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2022. 5. 13.자 21방문0000300 “2021년 교정시설 방문조사에 따른 수용자 인권증진 개선 권고” 결정

헌법과 국제인권규범에서 보장하는 기본권의 향유자로서 처우를 받아야 함은 물론이거니와 특히 모든 시민이 보편적으로 누려야 할 권리인 건강권 역시 구금시설 수용자도 예외일 수 없으며, 다른 일반 사회집단과 달리 구금시설 수용자는 건강 문제를 자율적으로 해결하기 어려우므로 교정시설에서의 건강권 보장은 수용자 개인의 책임이 아닌 국가의 책임으로 봄이 타당할 것이다.

다. 검토

보호외국인을 포함한 모든 구금자는 법적 지위와 관계없이 적절한 보건의료서비스를 제공받을 권리를 가지며, 해당 서비스는 사회 일반에서 제공되는 수준과 동등해야 하고, 경제적 부담 없이 무상으로 제공되어야 한다는 것이 국제인권기준의 명확한 원칙이다. 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 등은 의료서비스 접근에 있어 국적, 법적 지위, 경제적 상황 등을 이유로 차별받아서는 안 되며, 공공의료가 제공되는 국가라면 구금자에게도 동일한 수준의 무상서비스가 제공되어야 한다고 명시하고 있다.

이러한 기준에 비추어 볼 때, 외국인보호시설에 수용 중인 보호외국인이 외부의료기관을 포함한 보건의료서비스를 자국민과 동등한 조건에서 이용할 수 있는지에 대한 점검이 필요하다. 특히 비용 부담 방식과 관련된 명확한 기준이 부재한 상황은 의료 접근성을 실질적으로 저해할 수 있다.

140) 국문 번역본은 국가인권위원회 국제인권정보시스템, <https://uhr.humanrights.go.kr/pub/uhrstd/941> 참조.

교정시설의 경우 형집행법 등 및 관련 시행규칙에 따라 외부의료시설 진료비를 원칙적으로 국가가 부담하도록 규정하고 있다. 이는 구금에 따른 자유 제한이 수반되므로, 국가가 책임 있는 방식으로 의료보장을 제공해야 한다는 원리에 근거한 것이다.

반면 외국인보호시설의 경우, △보호외국인에게 외부의료기관 진료 비용을 원칙적으로 본인이 부담해야 한다고 안내하여 진료 자체를 포기하게 하거나, △응급상황이 발생한 경우에도 비용 마련을 보호외국인 또는 그 가족·지인에게 전가하고 있으며, △진료비를 도저히 마련할 수 없는 경우에만 극히 예외적으로 국비를 통해 비용을 지원하고 있다. 이와 같은 운용 방식은 국제인권기준에서 요구하는 ‘법적 지위와 무관한 평등한 의료 접근권’을 실질적으로 보장하지 못하는 구조로 보인다.

더욱이 외국인보호는 형벌 집행이 아닌 행정적 신병 확보를 위한 일시적 보호 조치로서, 권리 제한은 교정시설보다 더 완화되어야 하며, 이러한 점에서 의료비 지원 기준 역시 교정시설 수준 이상으로 보장되는 것이 정당하다.

따라서 외부의료기관 진료비는 국비 부담을 기본 원칙으로 삼되, 예외적인 경우에 한하여 일부 자비 부담을 허용하는 방식으로 제도 개선이 이루어져야 한다. 외국인보호시설 내 의료 접근권이 실질적으로 보장되기 위해서는, 단순한 응급대응 수준을 넘어 구조적·재정적 지원체계를 명시한 기준 마련이 필요하다.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설에 수용된 보호외국인의 외부의료기관 진료비는 원칙적으로 국가가 부담하여야 한다.
- ✓ 진료비 자비 부담은 보호외국인의 의료기피 및 증상 은폐로 이어질 수 있으므로, 국비 지원 기준은 명확히 규정되어야 하며, 응급상황 또는 중증 질환에 대한 의료이용이 지체되지 않도록 관련 절차를 간소화하여야 한다.
- ✓ 국비 지원의 실효성을 확보하기 위해, 진료비 지원 판단기준과 신청절차를 구체화하고, 의료접근권 보장을 위한 충분한 예산을 확보하여야 한다.

II 응급의료시스템

1. 응급의료 대응체계의 구축

가. 쟁점

외국인보호시설에서는 응급의료 대응체계가 미비하여 야간, 휴일 등 비상 상황 발생 시 즉각적인 대응이 어려운 문제가 반복적으로 제기되어 왔다. 2022년 부산출입국·외국인청 보호실에서는 입소 당일

이상행동을 보인 보호외국인이 보호장비 착용 후 병원으로 이송되었으나 결국 사망에 이르렀다. 2023년 수원출입국·외국인청 보호실에서는 외부진료를 허가받은 보호외국인이 같은 날 사망하였고, 2024년 1월에는 서울남부출입국·외국인사무소 보호실에서 중국 국적 보호외국인이 보호소 내에서 고통을 호소하다 심정지로 사망한 사건이 발생하였다.¹⁴¹⁾

이처럼 보호외국인이 사망에 이르기까지 응급상황에서 적절한 의료적 개입이 이루어지지 않았다는 의혹이 제기되고 있으며, 이는 응급의료 대응체계의 부재 또는 미비와 관련된 구조적 문제로 해석된다. 특히 외국인보호실 대부분은 의료인력이 상시 배치되어 있지 않고, 진료 공간과 응급장비도 마련되어 있지 않아 신속하고 적절한 조치가 어려운 상황이다. 이로 인해 보호외국인의 생명권이 심각하게 침해될 우려가 있으며, 제도적 개선이 시급한 상황이다.

나. 검토기준

○ 관련 국내 법령

외국인보호규칙 제22조(감염병자 및 정신질환자 처리) ① 청장등은 보호외국인이 감염병에 걸렸거나 걸렸다고 의심될 때에는 지체 없이 다른 보호외국인과 격리시킨 후 관할 보건소장에게 이를 알려야 한다.
② 제1항의 경우에 격리된 보호외국인이 사용한 보호시설·장비 및 물품에 대해서는 소독 등 적절한 조치를 하여야 한다.
③ 청장등은 보호외국인이 감염병·정신질환·마약중독 등이 있거나 있다고 의심되는 경우나 장기적인 외부 의료기관의 진료가 필요하다고 판단되는 경우에는 제7조제2항 및 제4항부터 제6항까지의 규정에 따른 조치를 하여야 한다.

형집행법

제30조(위생·의료 조치의무) 소장은 수용자가 건강한 생활을 하는 데에 필요한 위생 및 의료상의 적절한 조치를 하여야 한다.

제37조(외부의료시설 진료 등) ① 소장은 수용자에 대한 적절한 치료를 위하여 필요하다고 인정하면 교정시설 밖에 있는 의료시설에서 진료를 받게 할 수 있다.

○ 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 제27조

1. 모든 피구금자는 응급상황 발생 시 즉시 의료지원을 받을 권리가 있다. 전문적 치료 또는 외과수술을 요하는 피구금자는 특수 교정시설 또는 국·공립병원으로 이송되어야 한다. 교도소에 의료설비가 갖추어진 경우, 해당 의료설비는 진료를 위하여 오게 된 피구금자에게 원활한 치료와 업무를 진행할 수 있도록 적절한 인력과 장비를 갖추어야 한다.
2. 의료와 관련된 결정은 권한이 있는 보건의료 전문가가 내려야 하며 비의료분야에 종사하는 교도소 직원은 그 결정을 거부하거나 간과해서는 안 된다.

141) 국가인권위원회 2024. 4. 26.자 “2023 외국인보호시설 방문조사 결과에 따른 정책권고” 결정, 34-36. [이하 “국가인권위원회 2023년 방문조사 권고”]

유엔난민기구 구금에 관한 지침

48. 구금중인 비호신청인은 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 수 있다:

- (vi) 필요시 심리 상담을 포함해, 적절한 의학적 치료를 제공해야 한다. 의학적으로 주의가 필요한 피구금자는 적절한 시설로 이송하거나 해당 시설이 존재하는 장소에서 치료 받아야 한다. 도착 후 가능한 즉시, 피구금자들에게 의료검진과 정신건강검진을 시행해야 하며 이는 역량을 갖춘 의료 전문가가 담당해야 한다. 구금 중에는, 피구금자들은 신체적 정신적 안녕에 대해 주기적 평가를 받아야 한다. 다수의 피구금자는 구금이 미치는 심리적 신체적 영향으로 고통을 받으므로, 도착시 피구금자가 그런 증상을 보이지 않는 경우라도 주기적 평가를 실행해야 한다. 구금 중에 의료적 또는 정신건강상의 우려를 보이거나 진행되는 경우, 대상자들은 적절한 배려와 치료를 제공받아야 하며 이 경우 구금해제를 고려하는 것도 포함한다.

유엔 이주노동자권리위원회 일반논평 제5호

- 76. 국가는 구금된 이주인이 신체적·정신적 건강 서비스, 성 및 생식 건강 서비스, 심리적 치료를 포함한 의료 서비스에 접근할 수 있도록 보장해야 한다. 구금 시설 내에 적절한 조건이 갖춰져 있지 않은 경우, 의료 처치가 필요한 구금된 이주인은 적절한 의료시설로 이송되어야 한다. 또한 구금이 이주인에게 미치는 심리적·신체적 영향을 고려하여, 국가는 구금된 이주인의 신체적 및 정신적 건강 상태를 정기적으로 평가해야 한다. 국가는 모든 이주노동자 및 그 가족 구성원이, 이주 지위와 무관하게 자유를 박탈당한 경우에도, 국내 국민과 동일한 조건으로 의료 서비스에 접근할 수 있도록 법률상·실질적으로 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

○ 국가인권위원회 결정

국가인권위원회 2016. 8. 24.자 16진정0216600 “교도소의 의료조치 미흡” 결정

야간이나 공휴일에 환자가 발생할 경우 사안에 따라 유선보고 등에 의해 의무관의 진단 및 처방이 이루어질 수 있도록 대책을 수립하도록 하고, 피진정기관의 관리·감독기관인 법무부장관에게는 야간이나 공휴일에도 환자가 원칙적으로 의무관의 진단 및 처방을 받을 수 있도록 기준과 절차에 관한 구체적인 지침을 마련하도록 권고하는 것이 적절하다고 판단된다.

국가인권위원회 2023. 5. 11.자 22진정0341500·22진정0345600(병합) “구치소의 수용자에 대한 의료조치 미흡 등” 결정

국가인권위원회에 진정인과 유사한 증상을 호소하는 공황장애가 있는 수용자들의 진정 사건이 다수 접수된 바 있고, 2021년 교정시설 방문조사에서 교정시설 수용자의 정신질환 유병률은 고혈압, 당뇨 다음으로 높은 수치를 보이고 있는 것으로 확인된 점을 감안하여 볼 때, 공황장애 등 응급상황에 관련한 매뉴얼을 정비하고 수용자의 건강 상태에 관한 진료 기록이 적절하게 생산될 수 있도록 개선할 필요가 있다.

다. 검토

응급의료는 구금시설 내에서 보건의료 접근권의 핵심 영역으로, 특히 수용자의 생명과 직결되는 긴급 상황에 대해 신속하고 정확하게 대응할 수 있는 구조를 갖추는 것이 국제인권기준에서 강조되고 있다. 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙은 구금시설에 상시적인 의료서비스 제공체계가 마련되어야 하며, 응급상황에 대비하여 외부 병원 이송을 포함한 즉각적 조치를 취할 수 있어야 한다고 명시하고 있다.

국내 교정시설의 경우, 이러한 기준을 반영하여 야간과 공휴일에도 응급상황 발생 시 즉시 외부 이송이나 필요한 처치가 이루어질 수 있도록 의료인력과 응급 대응 절차가 일정 수준 확보되어 있다. 형집행법 시행령은 응급환자에 대한 적절한 응급조치 절차를 규정하고 있다.

그러나 외국인보호시설의 경우, 응급의료 대응체계에 관한 명시적 기준이 마련되어 있지 않으며, 실제 운영 수준도 국제기준에 현저히 미치지 못하고 있다. 현행 외국인보호소 운영 체계에서는 응급상황 발생 시 의료전문가의 판단 없이 일반 보호직원이 상황을 감지하고 대응하는 구조에 의존하고 있으며, 이는 응급상황의 조기 인식 및 적절한 대응을 구조적으로 제한하는 요소가 된다.

여수외국인보호소에는 상근 의사가 전혀 배치되어 있지 않으며, 화성과 청주 보호소도 각각 1명의 상근의사와 간호사가 배치된 수준에 그치고 있다. 특히 야간이나 공휴일에는 의료인력이 전혀 상주하지 않아, 의료적 판단에 기반한 관찰 및 대응이 사실상 불가능한 상황이다.¹⁴²⁾ 실제로 법무부가 제출한 동정 관찰 관련 자료에 따르면, 모든 보호시설에서 응급상황 시 초동 대응은 비의료 전문 인력인 일반 보호직원이나 상황실 담당자에 의해 이루어지고 있다.

응급상황 대응은 단순한 사후 처치에 머물러서는 안 되며, 위기 징후를 조기에 인지하고 즉시 대응할 수 있는 사전 예방 체계를 갖추는 것이 핵심이다. 특히 구금환경에서는 자·타해 위험, 심리적 위기, 약물 금단 등 다양한 의료적 위험이 급작스럽게 발생할 수 있기 때문에, 응급대응체계는 반드시 의료전문인력의 상시 참여를 전제로 구성되어야 한다. 야간 및 공휴일 포함 의료 공백이 발생하지 않도록 교대인력 편성 및 비상대응 매뉴얼이 구체화되어야 하며, 응급장비(예: 심장충격기, 산소공급기 등)의 확보와 활용 교육도 병행되어야 한다.

또한, 응급 상황 감지의 전초 단계로 기능하는 ‘동정 관찰’에 있어 의료적 소양을 갖춘 인력이 참여하지 못하는 현재의 구조는, 응급징후를 조기에 인지할 기회를 놓치게 하며, ‘골든아워(Golden Hour)’ 상실로 이어질 수 있다. 특히 과거 반복적으로 보고된 사망 사례들은 이러한 구조적 미비가 중대한 결과로 이어질 수 있음을 보여주는 사례로 해석될 수 있으며, 응급의료 대응체계에 대한 전면적 제도 개선이 필요하다.

이러한 점을 종합적으로 고려할 때, 외국인보호시설 내 응급의료 대응체계는 △의료인력의 상시 근무체계 구축, △응급장비의 시설별 표준화, △의료적 판단이 가능한 매뉴얼화된 동정 관찰 기준 마련, △야간 및 휴일 응급 이송 절차의 명확화 등을 포함하는 방향으로 기준 정비가 이루어져야 할 것이다.

142) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 99, 100, 104, 105, 109, 110.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설에는 응급상황 발생 시 신속하고 적절한 대응이 가능하도록 심장충격기, 산소공급기 등 응급장비와 외부의료기관 이송체계를 시설별로 표준화하여 갖추어야 한다.
- ✓ 응급처치 교육을 이수한 직원이 상시 배치되어야 하며, 특히 의료공백이 발생하기 쉬운 야간 및 공휴일에도 응급상황에 의료적으로 대응할 수 있도록 24시간 의료진 협력체계를 구축하여야 한다.
- ✓ 모든 보호시설에는 상근 의료인력의 배치가 기본 전제로 되어야 하며, 교대 근무 및 비상시 대기 인력을 포함한 인력 운영 체계를 마련하여야 한다.

III 정신건강 관리

1. 정신보건 프로그램의 구축

가. 쟁점

외국인보호시설 수용자 중 상당수는 구금으로 인한 스트레스, 트라우마, 우울증 등을 호소하지만 전문 정신건강 서비스를 정기적으로 제공받기 어려운 상황이다. 외국인보호시설에서 정신건강 서비스의 약화는 보호외국인의 자해 시도 등 위험 사례로 이어질 수 있다.

나. 검토기준

○ 관련 국내 법령

외국인보호규칙

제7조(환자 발견 시 조치) ① 정신질환·마약중독 등이 의심되거나 응급조치가 필요한 보호외국인은 외부의 의료기관에 격리하여 보호할 수 있다.

② 청장등은 제6조에 따른 검사에서 보호외국인에게 급히 치료받아야 할 질병·상처 또는 신체적 이상이 있음을 발견하였을 때에는 지체 없이 보호시설 안에 있는 의사(이하 “담당의사”라 한다)에게 진료를 받게 하여야 한다. 다만, 담당의사가 없는 경우에는 외부 의료기관에서 진료를 받게 하여야 한다.

③ 제2항에 따라 진료를 받는 경우 그 진료비는 보호외국인이 부담한다. 다만, 보호외국인이 그 진료비를 납부할 능력이 없을 때에는 국비로 부담할 수 있다.

④ 담당의사는 보호외국인이 질병 등으로 의료조치가 요구되거나 감염병 등으로 격리 보호가 필요하다고 진단된 경우에는 보호외국인에 대하여 적절한 조치를 하고, 소견서를 작성하여 청장등에게 보고하여야 한다. 다만, 제2항 단서에 따라 외부 의료기관에서 진료를 받게 하였을 때에는 그 기관의 의사(이하 “외부 의사”라 한다)가 발급한 진단서 등을 담당의사 소견서로 대체할 수 있다.

⑤ 청장등은 제1항 또는 제4항에 따라 격리 보호된 사람이 담당의사 또는 외부의사의 진단서 및 환자의 상태 등을 고려하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 기간 동안 외부 의료기관에 격리하여 보호할 수 있다.

⑥ 청장등은 제5항에 따라 외부 의료기관에 1개월 이상 격리 보호가 필요하다고 인정할 때 또는 1개월 이상 격리 보호하게 될 때에는 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.

제22조(감염병자 및 정신질환자 처리) ① 청장등은 보호외국인이 감염병에 걸렸거나 걸렸다고 의심될 때에는 지체 없이 다른 보호외국인과 격리시킨 후 관할 보건소장에게 이를 알려야 한다.

② 제1항의 경우에 격리된 보호외국인이 사용한 보호시설·장비 및 물품에 대해서는 소독 등 적절한 조치를 하여야 한다.

③ 청장등은 보호외국인이 감염병·정신질환·마약중독 등이 있거나 있다고 의심되는 경우나 장기적인 외부 의료기관의 진료가 필요하다고 판단되는 경우에는 제7조제2항 및 제4항부터 제6항까지의 규정에 따른 조치를 하여야 한다.

수용자 의료관리지침

제3조의3(신입자 정신건강진단) ① 정신건강진단은 질문에 대한 응답, 정서반응의 변화 및 태도 관찰 등을 통하여 이상 유무를 진단한다.

② 제1항에 의한 정신건강진단 결과는 다음 각 호 중 하나로 판정한다.

1. 특별한 이상이 없는 경우는 '이상소견 없음'
2. 정신증세가 경미하거나 장애가 일상생활에 미치는 영향이 현저하지 않은 경우는 '경증'
3. 정신증세가 심각하거나 장애가 일상생활에 미치는 영향이 현저한 경우는 '중증'

③ 제1항에 의한 검진결과 정신건강의학적 관찰이 필요하다고 인정되는 때에는 정신건강의학과 전문의 또는 관계 전문가의 진단을 실시하게 할 수 있다.

④ 정신건강의학과 전문의 등에 의한 진단을 실시한 때에는 진단결과 나타난 병명 또는 증상을 수용자 의료정보시스템에 입력한다.

제4조(정기 건강검진의 실시) 법 제34조 및 영 제51조에 의한 건강검진은 국민건강보험공단에 의해 검진 기관으로 지정된 외부전문기관에 의뢰하거나 교정시설에 근무하는 의사(공중보건의를 포함한다. 이하 "의무관"이라 한다)가 실시할 수 있다.

○ 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제31조

1. 의사 또는 자격을 갖춘 보건의료 전문가는 질환을 앓고 있거나 신체적 및 정신적인 문제를 호소하거나 각별한 주의를 요하는 모든 피구금자를 매일 확인해야 하고 모든 의료검사에 대해 철저한 보안을 유지해야 한다.

제32조

1. 의사 또는 기타 보건의료 전문가가 피구금자와의 관계는 지역사회에서 적용되는 동일한 윤리적·전문적 규범과 기준을 적용한다. 특히 다음과 같은 의무를 이행해야 한다.
 - (a) 의료적 관점에서 피구금자의 신체적 또는 정신적 건강을 포함한다.

제46조

3. 보건의료 담당자는 강제로 분리 수용된 피구금자의 건강상태나 정신 또는 지체장애가 악화되지 않도록 이를 검토하고 조정에 대한 의견을 제시해야 한다.

제78조

1. 교정시설의 인력에는 정신과 의사, 심리학자, 사회복지사, 교사 및 직업강사 등 충분한 수의 전문인력이 포함되어야 한다.

제109조

1. 범죄의 위험이 없다고 판명되거나 심각한 정신장애 또는 정신질환을 진단받은 자로서 교정시설에서 생활하는 것이 상태를 악화시키는 경우 가능한 조속히 해당 피구금자를 정신보건시설로 이송하는 조치를 취해야 한다.
2. 정신장애 또는 정신질환을 가진 피구금자들은 필요 시 자격을 가진 보건 의료 전문가의 감독 하에 특수 시설에서 관찰 및 치료를 받아야 한다.
3. 기타 정신병 치료(psychiatric treatment)를 필요로 하는 모든 피구금자에게는 해당 치료가 제공되어야 한다.

110조

필요한 경우 사회·정신학적 사후보고를 위하여 석방 후 정신치료가 계속되도록 적절한 기관과의 협의에 따라 조치를 취하는 것이 바람직하다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

48. 구금중인 비호신청인은 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 수 있다.

- (vi) 필요시 심리 상담을 포함해, 적절한 의학적 치료를 제공해야 한다. 의학적으로 주의가 필요한 피구금자는 적절한 시설로 이송하거나 해당 시설이 존재하는 장소에서 치료 받아야 한다. 도착 후 가능한 즉시, 피구금자들에게 의료검진과 정신건강검진을 시행해야 하며 이는 역량을 갖춘 의료 전문가가 담당해야 한다. 구금 중에는, 피구금자들은 신체적 정신적 안녕에 대해 주기적 평가를 받아야 한다. 다수의 피구금자는 구금이 미치는 심리적 신체적 영향으로 고통을 받으므로, 도착시 피구금자가 그런 증상을 보이지 않는 경우라도 주기적 평가를 실행해야 한다. 구금 중에 의료적 또는 정신건강상의 우려를 보이거나 진행되는 경우, 대상자들은 적절한 배려와 치료를 제공받아야 하며 이 경우 구금해제를 고려하는 것도 포함한다.

유엔 이주노동자관리위원회 일반논평 제5호

76. 국가는 구금된 이주민이 성 및 생식 건강 관련 의료 서비스와 심리 치료 등 신체적·정신적 의료 서비스에 접근할 수 있도록 해야 한다. 수용소의 여건이 충분하지 않은 상황이라면 구금된 이주민에게 진료가 필요할 경우 적절한 시설로 이송해야 한다. 이에 더하여, 국가는 구금이 이주민에게 미치는 심리적·신체적 영향을 고려하여 구금된 이주민의 신체건강 및 정신건강을 주기적으로 점검해야 한다. 국가는 체류자격에 상관없이 자유를 박탈당한 모든 이주노동자와 그 가족이 해당 당사국의 국민과 동등한 여건에서 의료 서비스에 대한 접근을 법적으로 그리고 실제로 누릴 수 있도록 하는 데 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

○ 국가인권위원회 결정

국가인권위원회 2011. 12. 23.자 11방문0001200 “구금시설 정신질환 수용자 의료처우 방문조사에 따른 개선권고” 결정

효율적인 정신과적 치료를 위해서는 환자의 행동 관찰과 약제에 대한 반응 등을 포함한 경과 관찰이 필수적이며, 환자의 가정 환경, 발병 시기, 원인, 경과 등 병력에 대한 종합적인 판단을 근거로 환자의 특성에 맞는 체계적인 치료 프로그램을 마련하여야 한다. 또한 환자로 하여금 자신의 질환에 대해 인식하도록 하는 것 역시 매우 중요하다.

상근 정신과전문의 및 정신보건 전문인력이 부재한 점과 정신질환 수용자 관련 근무자들의 정신과적 전문지식 부족은 기본적인 의료 여건을 마련하기 위해서라도 시급히 해결되어야 할 문제이다. (중략) 정신보건 전문인력을 확충하는 것이 시급하다고 판단된다.

아울러 정신질환 수용자 관련 근무자들이 정신질환에 대한 전문지식이 부족한 상태에서 근무하고 있는데, 이러한 전문지식 부족으로 말미암아 정신질환 수용자의 특성에 대한 이해도가 떨어질 수밖에 없으며, 업무 수행에 있어서도 정신질환자의 특성을 배려하기 힘든 실정이다. 구체적으로 정신질환 수용자를 보호조치 하는 경우 일반 수용자와 같은 업무처리 지침에 따라 조치하고 있는데, 이는 정신과적 치료에 도움이 되지 못한다고 할 것이다. 또한 돌발상황이 발생한 경우에도 적절히 대처하는 데 어려움이 있을 수밖에 없다. (중략) 따라서 정신질환 수용자 관련 근무자들의 전문지식을 제고할 수 있도록 이들을 대상으로 한 정신질환 관련 전문 교육을 강화하고 정신질환 수용자의 특성을 감안한 업무지침을 마련할 필요가 있다.

다. 검토

구금상태에서의 정신건강 문제는 전 세계 구금시설에서 보편적으로 발생하는 사안이며, 이에 따라 국제인권기구들은 정신건강 보호를 구금자 처우의 핵심 요소로 규정하고 있다. 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙은 정신질환을 호소하는 수용자에 대하여 자격을 갖춘 의료인의 일일 점검과 적절한 치료 조치를 명시하고 있다. 또한 유엔난민기구 구금에 관한 지침 및 유엔 이주노동자관리위원회 일반논평 제5호는 구금 상황에서의 심리상담 등 정신건강 서비스 제공을 정기적이고 시의적절하게 수행할 것을 강조하고 있다.

그러나 현재 국내 외국인보호시설에서는 정신건강 관련 정기검진이나 심리상담 시스템이 제도적으로 정립되어 있지 않으며, 전문인력 및 언어 지원 체계도 극히 제한적인 수준에 머무르고 있다. 외국인보호 시설에는 정신과 전문의가 상주하지 않으며, 정신질환이 의심되는 경우에도 일반 내과적 진료 체계 내에서 약물 처방 위주로 대응되는 사례가 다수인 것으로 파악된다. 이러한 운영은 자·타해 위험 또는 자살 고위험군을 조기에 식별하고 적절히 개입하는 데 한계를 초래할 수 있으며, 시설 내 정신건강권 보장 수준을 구조적으로 제약하는 요인이 된다.

외국인보호규칙 제7조 및 제22조는 정신건강을 포함한 의료적 개입 가능성을 열어두고 있으나, 실질적으로는 ‘외부의료기관 진료’ 또는 ‘격리조치’ 중심의 대응에 국한되어 있으며, 정신질환의 예방적·지속적 관리 체계를 정립하는 데에는 미흡하다. 특히 제7조 제2항 및 제3항에서 규정하고 있는 ‘신속하고 적절한 의료 제공 의무’는 정신건강 영역에 있어 사실상 실현되지 못하고 있다.

현재 화성, 청주, 여수 보호소에 각각 심리상담사 1명이 배치되어 있으나, 상담은 대부분 자발적 신청에 따라 단발성으로 이루어지고 있으며, 정기 프로그램화되어 있지 않다. 또한 상담 진행 시 통역 지원이 체계화되어 있지 않아 웹 번역기, 전화통역, 타 보호외국인을 통한 임의 통역 등에 의존하는 구조이며, 이는 상담 효과를 심각하게 저해하는 구조적 요인으로 작용한다.¹⁴³⁾ 심리상담은 민감한 정보를 다

143) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 112-118.

루는 특성을 갖는 만큼, 통역의 정확성과 비밀보장이 필수적이며, 이에 부합하는 다국어 기반 전문 인력의 배치가 필수적이다.

정신건강 지원 부재는 단순한 개인 심리의 문제를 넘어, 외국인보호소의 구조적 수용환경과 밀접한 관련이 있다. 특히 장기 보호자일수록 구금 환경에 대한 부정적 인식, 불확실한 출국 일정에 대한 불안, 언어 및 문화적 고립 등 복합적 요인에 노출되며, 이로 인해 정서적 고통과 심리적 불안정이 심화되는 양상을 보인다. 실제로 상담과정에서 보고된 고충은 ‘교도소와 같은 환경’, ‘해결되지 않는 민원 누적’, ‘고충 전달 경로의 부재’ 등으로 구체화되며, 이들이 반복될 경우 분노와 자해 위험으로 전이될 가능성이 있다.

청주외국인보호소의 경우, 심리상담사가 보호외국인의 고충을 중재하거나 전달하는 역할을 수행하는 사례도 있으나, 이는 개별 시설의 관행에 불과하며 제도화되어 있지 않다. 제도의 부재로 인해 보호외국인이 상담 제도의 존재 자체를 인식하지 못하거나, 상담 신청 방법을 알지 못하는 등 정보 접근성의 결여도 지속적으로 문제로 지적된다.

정신건강 관리 기준은 치료뿐 아니라 예방, 조기 발견, 심화 대응 등 단계적 관리를 포함해야 한다. 이에 따라 외국인보호시설 내에서는 △정신건강 정기 평가 체계의 도입, △심리상담의 프로그램화 및 사전안내 체계 구축, △다국어 상담이 가능한 전문 인력의 배치, △정신과 전문의의 정기적 순회 또는 협진체계 마련, △초기 입소 시 심리적 안정지원을 포함한 입소안내 패키지 개발 등이 필요하다.

이러한 기준 마련은 외국인보호시설이 단순히 신병 확보를 위한 행정구금 공간이 아니라, 최소한의 인권보장이 이루어지는 공적 공간임을 확인하는 기초이자, 국제기준 및 국내 인권 규범에 부합하는 방향으로 제도 개선이 이루어지기 위한 출발점이 되어야 한다.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설에는 정신과 전문의 또는 임상심리사 등 자격 있는 정신건강 전문가가 정기적으로 방문하거나 순회 진료할 수 있는 체계를 마련하여야 하며, 이들의 진단과 상담이 시설 전체에 걸쳐 일관되게 제공되어야 한다.
- ✓ 장기 보호외국인을 포함한 모든 수용자에 대해 정기적인 정신건강 평가를 실시하도록 의무화하고, 초기 입소 시 심리적 불안을 완화할 수 있는 안정지원 프로그램 및 사전안내 체계를 도입하여야 한다.
- ✓ 자해·자살 위험이 있는 보호외국인을 조기에 식별하고 집중적으로 개입할 수 있도록, 정신건강 위기관리 체계를 수립하고 이에 기반한 표준 매뉴얼과 교육을 실무자에게 제공하여야 한다.
- ✓ 심리상담은 단발성 대응이 아닌 정기 프로그램 형태로 운영되어야 하며, 상담이 가능한 전문 인력을 확보하고 다국어 통역체계를 병행하여 상담의 효과성과 기밀성을 확보해야 한다.

제4절 외부교통권

Ⅰ 휴대전화 및 인터넷 사용

1. 휴대전화 및 인터넷 사용의 보장

가. 쟁점

보호외국인에게 외부와의 소통은 무엇보다 중요한 요소이다. 귀국을 앞두고 있는 보호외국인은 귀국을 위한 비행기표 구매, 출국을 위한 준비 등의 과정에서 외부와의 소통이 불가피하다. 난민신청을 하였거나 소송을 수행 중인 보호외국인은 외부 법률대리인과의 원활한 소통이 필요할 뿐 아니라 관련 절차에서 필요한 증거자료 수집을 위하여서도 외부의 조력을 받아야 한다. 현행 외국인보호규칙에서는 문서와 편지의 송·수신(제35조) 및 전화 및 전보(제36조)에 관한 사항만을 규정하고 있으며, 휴대전화나 인터넷에 관한 사항은 별도로 구체적으로 규정되어 있지 않다.¹⁴⁴⁾ 그러나 통신매체 환경이 상당히 변화하였기 때문에 공중전화나 우편 등의 방식으로 필요한 조력을 받고 정보를 적시에 수집하는 것은 상당히 어렵고 매우 비효율적이기까지 하다.

변화된 통신매체 환경에 맞춘 변화가 필요하며, 이러한 변화를 위한 기준과 규정을 마련할 필요가 있다. 휴대전화나 인터넷 등의 변화된 매체에 보호외국인이 접근할 기회가 적절하게 보장되어야, 보호외국인이 외부의 법률대리인과 소통하고 법률적 절차에 필요한 증거 자료나 서류 등을 적절히 구비할 수 있을 뿐만 아니라 원활하게 본국의 상황에 대한 정확한 정보를 수집하고 귀국 준비를 할 수도 있을 것이다.¹⁴⁵⁾

외국인보호시설 내 PC 및 인터넷 접근 가능성은 상당히 제한적이다. 대한변호사협회의 2022년 실태조사 결과 보고서에 의하면, 보호외국인은 다음과 같이 제한적으로 PC 및 인터넷을 사용할 수 있다.¹⁴⁶⁾

144) 외국인보호규칙 제36조에서는 “전화”라고만 규정하고 있기 때문에 휴대전화도 제36조의 범주에 해당한다고 볼 수도 있다. 그러나 오늘날의 스마트폰은 단순히 전화의 기능만을 하는 것은 아니기 때문에 외국인보호규칙 제36조의 내용이 최근 휴대전화 사용까지 모두 포괄하는 것이라고 보기는 어렵다는 생각이다.

145) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 33-35, 68, 73, 76.

146) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 72-76.

구분	PC 및 인터넷 사용 현황
청주외국인보호소	일반보호동: PC 5대, 1인당 사용 가능시간 주1회 30분, 하루당 사용 가능 인원 최대 20명
화성외국인보호소	- 일반보호동: PC 16대, 1인당 사용 가능시간 주 1회 30분, 하루당 사용 가능 인원 최대 150명 - 개방형/준개방형 보호동: PC 7대, PC실에서 08:00~21:00 일과시간 중 자유롭게 이용 가능

이상의 내용에서 살펴볼 수 있듯이, 사용 가능 시간과 횟수의 측면에서 상당히 제한적인 양상이 나타나고 있으며, 외국인보호시설에 거주하는 외국인의 수에 따라서는 PC의 수가 충분한지에 관한 의문이 제기될 수도 있다.

물론 스마트폰이 발달하면서 상당 수의 업무를 컴퓨터를 사용하지 않고 휴대전화를 통해서 처리할 수 있게 되었기 때문에, 휴대전화를 적절히 사용할 수 있다면 PC 및 인터넷 기회가 충분하게 보장되지 않는 경우에도 보호외국인이 적절하게 외부와의 소통을 이어 나갈 수 있다고 평가해볼 수도 있을 것이다. 대한변호사협회의 2022년 실태조사에서도 보호외국인들이 PC를 통한 인터넷 사용 기회와 휴대전화 사용기회를 모두 제공받았을 때 휴대폰 사용을 좀 더 선호한다는 점이 드러나 있다.¹⁴⁷⁾ PC와 인터넷을 할 수 있는 대부분의 업무(법적 절차나 이동수단에 관한 검색, 비행기표 구매 등에 이르기까지)를 휴대전화를 통해 모두 처리할 수 있으며 개인화된 장비여서 사생활과 더 밀접한 관련¹⁴⁸⁾이 있다는 점에서, 휴대전화가 PC 및 인터넷보다 더 중요하다고 볼 수 있는 측면도 있다. 그러나 외국인보호시설 내의 휴대전화 사용 실태를 살펴보면, 일부 개선이 있기는 하지만 여전히 보호외국인의 휴대전화 사용 기회는 상당히 제한되어 있다.

법무부는 2022년 외국인 보호시설을 인권친화적으로 개선하고자 하는 목적에서 화성외국인보호소 여성보호동에 “휴대전화 사용 공간을 별도로 마련하여 외부 소통 및 정보 접근권 보장”을 하겠다는 계획을

147) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 68, 72. 휴대전화를 좀 더 선호하게 되는 이유는 여러 가지가 있을 수 있다. 우선 휴대전화는 개인의 맞춤형 전자기기이기 때문에, 개인이 사용 이력을 관리하고 외부와 소통하기에 보다 적합하고 용이하다는 점을 생각해볼 수 있다. 둘째로 보호외국인마다 자주 사용하는 언어와 인터넷 환경에 차이가 있어서 PC를 사용할 때보다 동일 시간 내에 보다 효율적인 업무처리가 가능할 수 있다는 점도 생각해볼 수 있다. PC를 사용하기 위하여서는 외국인에게 익숙한 언어를 설치하고 설정을 변경하는 등의 조치가 필요하지만, 개인의 휴대폰을 사용할 때에는 이러한 조치를 매번 다시 거칠 필요가 없다는 점을 고려해볼 수 있다.

148) 인권위는 교정시설의 수용자 전화 사용을 확대하도록 제도개선을 권고하면서 전화 사용의 중요성을 설명한 바 있다. 국제적으로 수용자와 가족 사이의 외부통화권이 수감자의 기본권 중에서도 보장의 필요성이 특별히 더 높은 지위에 있다. 그런데 전화는 이미 오래 전부터 보편화된 장거리 의사소통 수단으로 사용되었고, 육성으로 당시의 감정과 기분까지 교환할 수 있는 직접적인 의사소통 방식이며, 수용자와 가족간 교감 형성에 보다 유리한 의사소통 방식이다(국가인권위원회 2024. 2. 22.자 23진정1031200 결정).

밝힌 바 있다.¹⁴⁹⁾ 법무부의 보도자료 내용에서 짐작할 수 있는 것처럼, 외국인보호시설에서는 원칙적으로 시설의 종류를 불문하고 휴대전화가 반입금지 물품으로 분류되어 그 사용이 극히 제한된 용도만으로 허용되었다. 위 계획이 시행된 이후 이른바 법무부가 ‘개방형 보호시설’로 지칭하는 시설에서는 별도의 휴대전화 이용실이 마련되어 보호외국인이 개인 휴대전화를 제한적으로 사용할 수 있으며, 특정 장소에서 통화나 휴대전화 사용 등이 허용되는 등 휴대전화 사용 기회가 확대되는 방향으로 개선이 이루어졌다.¹⁵⁰⁾ 대한변호사협회의 2022년 실태조사에 의하면, 화성외국인보호소에서는 “WIFI가 설치된 핸드폰 존에 입장하여 하루 2-3회, 각 60분 사용 가능”하고, 100대의 휴대전화를 충전할 수 있는 고속충전기가 설치되어 있고, 다만 직원이 상시 계호를 제공하면서 영상통화를 제외한 촬영이나 녹음을 제한하고 있다.¹⁵¹⁾

그러나 이러한 휴대전화 사용 확대의 움직임에도 불구하고, 이른바 개방형 보호동이 아닌 시설에서 거주하고 있는 보호외국인의 휴대전화 사용은 여전히 제한적이다. 보호시설마다 차이가 있는 것으로 보이나, 휴대전화 사용시간 및 사용 용도가 상당히 제한되어 있다.¹⁵²⁾ 대한변호사협회의 2022년 실태조사 결과 보고서에 의하면, 다음과 같이 휴대전화 사용이 제한되는 양상이 나타난다.¹⁵³⁾

구분	휴대전화 사용 현황
청주외국인보호소	• 주1회 30분 개인 휴대전화 사용 허용(사진 촬영 및 전송금지)
화성외국인보호소	• 일반보호동에서는 사진 및 동영상 촬영 불가. 휴대 전화 사용이 제한되나 출국 준비 등 필요한 경우 고충처리 담당자의 허락 하에 사용하고 일반적으로 주1회 30분간 사용 • 개방형 보호동: 별도 마련된 휴대전화 존 내에서 일과시간 내 비교적 자유롭게 휴대 전화 사용 가능함(사용 가능시간: 오전 09:00~11:00, 오후 14:00~17:00, 저녁 19:00~21:00)

149) 법무부 보도자료, “인권친화적 개방형 보호시설로 탈바꿈한 화성외국인보호소 - 법무부장관, 화성외국인보호소 현장 점검 -”, 출입국·외국인정책본부 이민조사와, https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1649325160789100, (2022. 4. 7.); 일부 개선 전에는 휴대전화는 “원칙적으로 사용 불가”하되 “필요할 경우 상담직원의 계호를 전제로 요청하여 상담실 공간에서 5-10분 내외로 사용 가능”한 정도로 보호외국인의 휴대전화에 대한 접근성이 상당히 떨어진다는 점을 확인할 수 있다(대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 28.).

150) 법무부는 화성외국인보호소의 일부 시설을 ‘개방형 외국인 보호시설’로 부르고 있다. 그러나 국제기준에 비추어 보면 위 시설은 진정한 의미의 개방형 시설이라고 하기 어렵다. 개방형 시설은 거주지가 지정되어 있을 뿐 외부로의 출입에 일체 제한이 없는 시설을 의미하는데, 법무부가 이야기하는 개방형 보호동에서는 시설 내부에서의 이동이 일부 허용될 뿐 외출 등의 제도가 없고 외부 출입이 금지되어 있다. 국가인권위원회는 법무부의 개방형 보호동은 개방시설보다는 완화경비시설에 가깝다고 보고 있다. 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고 참조.

151) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 68, 72.

152) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

153) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

이상과 같이 법무부의 일부 개선에 따라 휴대전화 사용 가능시간이 확대되었고 접근성이 높아진 측면이 분명히 존재하지만, 위에서 살펴보는 바와 같이 이른바 개방형 보호동에서도 외국인들은 지정된 장소에 한하여, 일부 시간 단위에 국한하여 휴대전화를 사용할 수 있을 뿐이다. 개방형 보호동이 아닌 경우의 문제는 더욱 심각할 것으로 보인다. 예를 들어 준개방형 보호동에서도 핸드폰 Zone이 따로 없고 보호실 직원에게 별도 요청하여 별도 분리된 장소에서 사용할 수 있는 사례가 확인된다.¹⁵⁴⁾ 폐쇄형 보호시설에서는 여전히 사실상 휴대전화 사용이 어려울 가능성이 높아 보인다.

휴대전화 및 인터넷 사용 기회는 보호외국인이 실질적인 조력을 받고 외부와 충분한 소통 기회가 확보되었는지 판단할 수 있는 중요한 요소이다. 특히 휴대전화의 경우, 휴대전화가 발전하면서 더욱 더 그 중요성이 높아지고 있다. 휴대전화 사용이 활성화되면 PC실을 유지할 현실적 필요성이 줄어든다는 점에서 외국인보호소 관리 차원에서도 휴대전화 사용 활성화가 가지는 중요성이 더욱 크다고 본다. 이하에서는 외국인보호시설에서 휴대전화 및 인터넷 사용기회가 적절하게 보장되었는지와 관련한 인권기준과 사례를 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제57조(피보호자의 급양 및 관리 등) 제56조의2부터 제56조의9까지에서 규정한 사항 외에 보호시설에서의 피보호자에 대한 급양(給養)이나 관리 및 처우, 보호시설의 경비(警備)에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙

제36조(전화 및 전보) ① 보호외국인은 다른 사람과 전화통화를 하거나 전보를 보낼 수 있다.

② 보호외국인의 전화통화 제한에 관하여는 제33조제10항제1호·제2호·제4호 및 같은 조 제11항제3호를 준용한다. 이 경우 “면회”는 “전화통화”로 본다.

제33조(일반면회) (전략)

⑩ 청장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 면회를 제한할 수 있다.

1. 특별 계호 등으로 독방에 격리 중인 자가 보호소의 안전과 질서를 해칠 현저한 우려가 있을 때
2. 보호외국인이 면회를 거부하였을 때
3. (생략)
4. 화재, 보호외국인의 집단난동, 보호시설 안팎에서의 시위나 유형력(有形力) 행사 등 긴급사태로 인하여 청장등이 보호시설의 안전과 질서유지를 위하여 모든 면회를 중지하기로 하였을 때
5. (생략)

⑪ 담당공무원은 면회 중인 보호외국인이나 면회인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 즉시 주의를 주고, 이에 따르지 아니하였을 때에는 면회를 중지시킨 후 면회인을 퇴소시킬 수 있다.

154) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

1. (생략)
2. (생략)
3. 면회인이 집단난동·단식·자살·자해·탈주 등 보호시설의 안전과 질서유지에 반하는 행위를 보호외국인과 공모하거나 이를 교사(敎唆)하였을 때

○ 관련 국제인권기준

유엔 「모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment)」 (1988. 12. 19.)¹⁵⁵⁾ (이하 “모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙”)

원칙 18조

1. 억류 또는 구금된 자는 자신의 담당 변호사와 연락을 취하고 상담할 수 있는 권리가 있다.
2. 억류 또는 구금된 자에게는 자신의 담당 변호사와 연락하고 상담할 수 있는 합당한 시간과 시설이 주어 져야 한다.
3. 억류 또는 구금된 자는 비밀이 보장된 환경에서 어떠한 검열 없이 그의 담당 변호사와 지체 없이 연락, 방문, 상담 받을 수 있는 권리가 있고 이 권리는 사법기관 등에 의해 보안과 질서를 유지하기 위하여 반드시 필요하다고 판단되는 경우를 제외하고 항시 유지된다.
4. 억류 또는 구금된 자와 그 변호사의 접견은 법집행관에 의해 시각적으로 감시는 가능하지만 청취는 허용 되지 않는다.
5. 본 원칙에 의거하여 억류 또는 구금된 자와 그 변호사 간의 대화는 그것이 현재 진행 중이거나 모의 중인 범죄와 연루된 경우를 제외하고 억류 또는 구금된 자에게 불리한 증거로 제시될 수 없다.

원칙 19조

억류 또는 구금된 자는 법률 또는 규정에서 정한 합당한 조건과 제약에 따라 가족의 방문을 받고 가족과 연락할 수 있는 권리를 가지며, 외부와 소통할 수 있는 충분한 기회를 부여받아야 한다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제58조

1. 피구금자에게는 필요한 감독 하에 일정 기간마다 가족 또는 친지와의 의사소통이 다음과 같은 방법으로 허용되어야 한다.
 - (a) 서신 또는 통신, 전자, 디지털 등의 수단을 통한 의사소통
 - (b) 접견

제121조

법률상 채무로 인한 구금 또는 기타 비형사적 절차에 따른 법원의 명령에 의하여 구금이 허용되고 있는 국가에서 이들 피구금자는 안전한 구금과 질서를 확보하기 위하여 필요한 한도를 넘는 어떠한 속박이나 고통도 받아서는 안 된다. 이들에 대한 처우는 작업의 의무가 과하여질 수 있다는 점을 제외하고는 미결 수용자에 대한 처우보다 불리하여서는 안 된다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 8: 구금 환경은 인간적이어야 하며 존엄성이 지켜져야 한다.

48. 구금 중인 비호신청인은 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 수 있다: (전략)

155) 국문 번역본은 국가인권위원회 국제인권정보시스템, <https://uhr.humanrights.go.kr/pub/uhrstd/977> 참조.

- (vii) 구금 중의 비호신청인은 친지, 친구, 뿐만 아니라 종교, 국제기구 및/혹은 비정부기구와 정기적으로 (유선이나 가능하다면 인터넷을 통해서 등) 접촉하고, 희망 시에는 방문을 받을 수 있어야 한다. UNHCR에 대한 접근과 UNHCR의 접근이 보장되어야 하며, 당 방문을 허용하기 위한 시설을 이용할 수 있어야 한다. 그 외 다른 방법으로 안전 및 안보를 보장할 수 없는 강력한 이유가 없는 한, 당 방문은 정상적으로는 사적 만남으로 진행되어야 한다.
- (xii) 비호신청인은 가능하다면, 읽을 거리와 시기적절한 정보에 (예를 들면 신문, 인터넷, 텔레비전 등을 통해) 접근할 수 있어야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

“주문:

- 아. 휴대전화에 촬영 및 녹음 기능 제한 응용프로그램 설치 등을 전제로 휴대전화 사용장소를 확대하고, 사용 가능 시간도 확대할 것.”

○ 관련 해외 사례 (영국)

UK Detention Centre Rules 2001, 2001 No. 238

Outside contacts

- 26.—(1) In accordance with rules 27, 28 and 57, detained persons shall be entitled to enjoy family life by way of visits from, or communications with, family members living outside the detention centre, save to the extent necessary in the interests of security or safety.
- (2) A detained person shall be entitled to establish and maintain, as far as are possible, such relations with persons and agencies outside the detention centre as he may wish, save to the extent that such relations prejudice interests of security or safety.

규칙 제26조 - 외부와의 소통

- (1) 피구금인은 제27조, 제8조, 제57조에서 규정한 바에 따라 구금시설 외부에 거주하고 있는 가족구성원의 방문과 소통을 통하여 가족구성원과의 가정 생활을 영위할 권리가 있다. 단, 이는 보안과 안전을 위하여 필요한 범위 내에서 제한될 수 있다.
- (2) 피구금인은 본인이 원하는 범위 내에서 최대한 구금시설 외부에 있는 사람 및 기관과 관계를 형성 및 유지할 권리가 있다. 단, 이는 보안과 안전을 위하여 필요한 범위 내에서 제한될 수 있다.

Use of telephones

- 31.—(1) All detained persons shall have access to public telephones at the detention centre.
- (2) Information about tariffs shall be provided by the manager on request by detained persons.
- (3) A separate telephone system shall be provided for incoming calls, and the manager shall ensure that detained persons are notified promptly of such calls.
- (4) If a detained person does not have the necessary funds to do so, the Secretary of State may bear the expense of any telephone calls (within reasonable limits) which that person wishes to make.

규칙 제31조 - 전화의 사용

- (1) 모든 피구금인은 구금시설 내 공중전화에 접근할 수 있어야 한다.
- (2) 요금에 대한 정보는 피구금인의 요청이 있는 경우, 관리자에 의해 제공되어야 한다.
- (3) 외부에서 걸려오는 전화에 대해서는 별도의 전화 시스템이 마련되어야 하며, 관리자는 피구금인에게 해당 전화를 신속히 통보해야 한다.
- (4) 피구금인이 전화 통화를 위하여 필요한 자금을 보유하지 아니한 경우, 국무장관은 해당 피구금인이 통화를 희망하는 때에는 합리적인 범위 내에서 그 통화 비용을 부담할 수 있다.

- Derwentside Immigration Remove Centre¹⁵⁶⁾: 구금된 모든 사람에게 휴대전화가 제공되며, 요청 시 공중전화에 접근할 수 있음. 영국 독립감시위원회(Independent Monitoring Boards)에서 2022년 1분기 및 2023년에 진행한 방문조사 보고서에 의하면, 입소 시 피구금인에게 선불요금이 충전된 휴대전화가 제공된다고 함.¹⁵⁷⁾

- Dungavel House Immigration Removal Centre: 영국 왕립교정시설조사단의 2021년 7월 및 8월 방문조사에 의하면 피구금인은 입소 시 본인의 휴대전화를 소지할 수는 없으나 시설 차원에서 휴대전화를 지급한다고 보고. SIM 카드는 본인 것을 그대로 사용하거나 시설 측이 제공. 피구금인에게는 매주 10유로의 통화 요금 지급.¹⁵⁸⁾ 한편 영국 독립감시위원회의 2023년 연간 방문조사 보고서에 의하면 피구금인은 입소 시 가족 및 법률조력인과의 연락을 위해 카메라 기능이 없는 휴대전화를 지급받음.¹⁵⁹⁾ 접견실에서 아이패드(iPad)로 화상통화 연락이 가능하며, 방을 미리 예약할 수 있음. 친지 및 가족과 개인적인 연락을 위한 방과 법률조력인과 연락을 위한 방이 별도로 존재. 전자는 피구금인 측에서, 후자는 법률조력인 측에서 24시간 전에 예약해야 함. 화상통화는 사적인 공간에서 비밀 보장이 되는 형식으로 진행되는 것으로 파악.¹⁶⁰⁾

컴퓨터 사용의 경우, 도서관에 6개의 컴퓨터가 배치, 1일 최대 10시간까지 사용 가능. 인터넷 사용, 전자우편 확인, PDF 및 워드 문서 열람 가능. 법적 문서의 경우 필요 시 직원에게 부탁해 출력 가능. 법률 정보 및 타국 언론 웹페이지는 접근 가능하나 소셜미디어는 사용 불가.¹⁶¹⁾

○ 관련 해외 사례 (호주)

Australia Human Rights and Equal Opportunity Commission (Australian Human Rights Commission), Immigration Detention Guidelines (2000.03.)

156) UK Home Office, Derwentside Immigration Remove Centre: Factsheet, <https://www.gov.uk/government/publications/derwentside-immigration-removal-centre-factsheet/derwentside-immigration-removal-centre-factsheet>

157) UK Independent Monitoring Board, Report of the Independent Monitoring Board at Derwentside IRC (For the First Quarter 28 December 2021 – 31 March 2022) (2022.07.); UK Independent Monitoring Board, Annual Report of the Independent Monitoring Board at Derwentside Immigration Removal Centre (For Reporting Year 1 January to 31 December 2023) (2024.07.)

158) UK HM Inspectorate of Prisons, Report on an Unannounced Inspection of Dungavel Immigration Removal Centre (19-21 July and 2-5 August 2021) (2011.11.11.) [이하 “영국 왕립교정시설조사단 단계이블 보고서 2021”], para.5.11.

159) UK Independent Monitoring Board, Annual Report of the Independent Monitoring Board at Dungavel House Immigration Removal Centre (For Reporting Year 1 January 2023 to 31 December 2023) (2025.03.) [이하 “영국 독립감시위원회 단계이블 보고서 2023”], para.4.11.

160) 영국 독립감시위원회 단계이블 보고서 2023, para.7.2.3.

161) 영국 왕립교정시설조사단 단계이블 보고서 2021, paras.5.13-14.

기준 4 외부세계와의 소통

- 4.1 모든 이민 구금자는 가족, 친구 및 지역사회와 최소 주 1회 이상 연락할 수 있는 권리를 가져야 한다. 이러한 연락은 면회, 서신, 전화 이용을 통해 이루어질 수 있다. 외부 세계와의 소통은 수일 이상 차단되어서는 안 된다.
- 4.3 이민 구금자가 비공개로 방문객을 만날 수 있는 권리는 존중되고 보장되어야 하며, 이는 단지 센터의 보안 또는 형사 수사를 위한 법률이나 적법한 규정에 명시된 합리적인 조건과 제한에만 따를 수 있다.
- 4.4 모든 이민 구금자는 법률 지원을 받을 권리와 자신의 출신국 또는 국적국의 외교 또는 영사 대표와 연락할 권리를 가지며, 그러한 대표자들과 비공개로 소통하고 상담할 수 있도록 충분한 시간과 편의가 제공되어야 한다.
- 4.5 모든 이민 구금자는 신문, 정기간행물, 기타 본인의 언어로 된 출판물 열람, 라디오와 텔레비전 방송 및 영화 관람 등을 통해, 뉴스와 시사에 대한 정보를 접할 수 있는 기회를 가져야 한다.
- 4.6 각 이민 구금시설은 수용자들이 사용하는 주요 언어로 된 오락 및 교육용 도서와 정기간행물을 충분히 비치한 도서관을 갖추어야 한다.

Federal Court of Australia, ARJ17 v Minister for Immigration and Border Protection, 257 FCR 1 (2018.06.22.) (이하 “ARJ17 판결”)

호주 연방법원 전원합의체(Federal Court of Australia Full Court)가 이민 구금자들의 휴대전화 소지 금지 정책의 적법성과 사법 심사 관할권에 대해 판단한 중요한 판례임.

2016. 5. 27. 호주 내무부(Department of Home Affairs)가 Detention Services Manual을 수정하기로 결정하였음. 이러한 정책은 2016. 11. 21.에 선포되었으며, 이에 따르면 휴대전화와 SIM카드를 통제물 품으로 규정하고 시설 내 사용을 전면 금지하는 이른바 ‘blanket policy’가 시행됨. 이에 따라 구금자들의 휴대전화는 압수되었고, 이러한 조치에 대해 구금자 중 한 명인 ARJ17은 2017년 2월 19일, 자신과 유사한 상황에 있는 구금자들을 대표하여 집단소송(class action)을 제기하였음. 관련 집단소송에서 ARJ17은 이 정책의 위법성과 헌법적 권리 침해를 주장하며, 연방법원에 휴대전화 압수 금지 가처분을 신청함.

2018년 6월 22일, 연방법원 전원합의체는 내무부의 일률적인 휴대전화 압수 정책이 법적 근거 없이 시행되었으며, 이는 권한을 초과한 행위로 판단함.

- 이민국경보호부장관이 이민법의 이행에 필요한 규정을 정할 수 있으나, 이민법은 전반적으로 구금 담당관(officer)이 “합리적으로 필요한 경우”(reasonably necessary)에만 구금을 위해 필요한 행동 혹은 무력 사용이 가능하도록 규정하고 있음. 한편 이민법은 피구금인이 이주구금에서 탈출하거나 혹은 무기를 생산, 소지, 사용 혹은 배포하는 행위를 금지함.¹⁶²⁾ 하지만 이러한 규정들은 피구금인의 휴대전화를 압수하는 행동을 정당화하지 않음. 피구금인을 구금하기 위해 합리적으로 필요한 행동이 아님. 또한 이러한 정책을 모든 피구금인 개인에게 적용하는 것이 합리적으로 필요하다고 객관적으로 보여주는 증거가 없음. 이민법 하의 권한은 무엇이 합리적으로 필요한가에 대한 구금 담당관의 주관적인 믿음에 따라 규정되지 않음.¹⁶³⁾
- 이민법 제252조에 따른 피구금인 신체의 수색은 피구금인이 조항에서 규정한 물품을 숨겼는지(hidden) 확인하기 위함. 이때 “숨겼다”는 것은 사전적 정의에 따라 단순히 “물리적으로 보이지 않음”이 아니라

162) ARJ17 판례, paras.63-71.

163) ARJ17 판례, paras.72-73.

“의도적으로 은폐함”, “발견되지 않도록 은폐함”, “비밀로 함” 등을 의미한다고 봐야 함. 즉, 구금이 담당관이 발견하지 못한, 피구금인이 들리면 안 될 이유가 있는 물품을 발견하기 위해서만 수색할 수 있음. 따라서 제252조는 구금 담당관이 소지 여부를 짐작할 수 있으나 단순히 물리적으로 보이지 않는 피구금인의 휴대전화를 찾기 위해서 수색을 하도록 허가하지는 않음.¹⁶⁴⁾ 이는 이민법에 따른 권한을 선의에 따라 사용하는 것이 아님.¹⁶⁵⁾

- 또한 휴대전화가 한 개인이¹⁶⁶⁾ 이주구금에서 탈출할 때 도움을 줄 수 있다고 치더라도 이를 이유로 모든 피구금인을 수색할 권한을 이민법이 부여하지는 않음. 피고는 휴대전화를 숨긴 개인이 이를 악의적으로 사용할 가능성과 현대 사회에서 일반적으로, 악의 없이 사용되는 도구로서의 휴대전화를 동일시하는 오류를 범하고 있음. 피고의 논리에 따르자면 악의 없는 사용법을 지닌 가장 일상적인 물건일지라도 신체적 위해를 가하거나 구금에서 탈출하기 위한 물체로 사용할 수 있음 (연필이나 이불이 무기나 탈출도구로 쓰일 수 있는 것처럼).¹⁶⁷⁾ 피구금인은 전면적 금지 정책이 없다면 휴대전화를 굳이 숨길 이유나 의도가 없을 것임. 사유물로서 휴대전화는 합법적이고, 악의가 없으며 예외적일 것 없는 일상적인 물건이기 때문.¹⁶⁸⁾
- 구금 내에서도 법적 근거 없는 사유물의 수색은 위법 행위로 이어질 수 있음. 피구금인의 합법적인 사유물인 휴대전화를 수색 및 압수하기 위해서는 이민법에서 명시한 근거가 필요할 것.¹⁶⁹⁾ 하지만 이민법에는 이러한 법적 근거가 없으므로 휴대전화의 전면적 금지 정책은 무효임.

다만 호주 이 판결 이후 호주 이민법은 2024년 일부 개정되었고¹⁷⁰⁾ 휴대전화를 사용 금지할 수 있는 근거 규정이 신설 및 추가할 예정이라고 함.¹⁷¹⁾

- 이주구금 내 금지 물품의 정의와 이와 관련한 수색에 관하여 규정이 신설(제251조의 A)됨
- 피구금인의 통신수단을 압수한 경우, 대안적 통신수단을 제공해야 한다는 규정 신설(제251조의 AB)됨

○ 관련 해외 입법례 (독일)¹⁷²⁾

- 법률에 보호소(detention center)에 관한 일반 규칙이 규정되어 있지 않으며, 각 보호소마다 규모와 설비가 상이하기 때문에 일반적인 기준이 존재하지는 않는다고 함. 다만 대원칙으로서 각 보호소의 수용 조건이 수감시설의 구금상태보다 악화된 조건이어서는 안 된다는 원칙이 적용된다고 함.

164) 제252조의 수색은 법정 조건을 충족하지 못할 경우 사적 소유권의 침해일 수 있기 때문. ARJ17 판례, paras.76-78.

165) ARJ17 판례, paras.80-81.

166) 법원은 여기서 “한 개인”(a person)과 “특정 개인”(the person)을 구분하고 있음. ARJ17 판례, para.78.

167) ARJ17 판례, para.79.

168) ARJ17 판례, para.82.

169) ARJ17 판례, paras.84-89.

170) 유사한 개정안이 2017년, 2020년 발의되었으나 하원과 상원 전부를 통과한 것은 이번이 처음인 것으로 파악.

171) 2024년 12월 6일 왕실 재가를 받았으므로 그로부터 6개월 후인 2025년 6월 초에 효력이 발생할 것으로 예상.

172) Teresa Fachinger 외 2인, “Germany – Country Report: Conditions in detention facilities”, (2024. 10. 7.), https://asylumineurope.org/reports/country/germany/detention-asylum-seekers/detention-conditions/conditions-detention-facilities/#_ftn13. AIDA(Asylum Information Database)는 유럽 지역 난민 관련 NGO의 연합체인 European Council on Refugees and Exiles (ECRE)에서 관리하고 있는 데이터베이스로, 유럽 각 지역의 보호소(detention center) 현황을 소개하고 있다. 이하에서 독일에 관한 내용은 위 Country Report의 내용을 참조하였다.

○ 관련 해외 사례 (독일)¹⁷³⁾

- Darmstadt-Eberstadt, Hesse 보호시설: 피구금인(Detainee)은 휴대전화 사용이 허용되나 카메라 기능을 활용할 수 없음. 매월 휴대전화 요금은 억류된 자가 부담함.
- Büren, North Rhine-Westphalia 보호시설: 통상적인 수감시설과 유사한 제한을 가한 상태에서 휴대전화를 사용할 수 있음.
- Pforzheim, Baden-Württemberg 보호시설: 시설 내의 '레저' 공간으로 자유롭게 이동할 수 있으며 해당 공간에서 휴대전화를 사용할 수 있음.

○ 관련 해외 판결례 (에스토니아)¹⁷⁴⁾

- 에스토니아 대법원은 2023. 6. 경 이민과 관련한 피구금인들의 휴대전화 사용을 금지하는 것은 헌법에 반한다고 판결을 내렸음. 피구금인들은 휴대전화 사용이 제한되고 매월 전화카드를 지급받았으며, 인터넷 사용에 제한을 받았음.
- 대법원은 휴대전화 사용 금지가 헌법에 반한다고 판단하면서, 인터넷을 사용할 수 있는 개인 장비를 폭넓게 금지하는 것은 많은 기본권을 침해할 수 있다고 봄. 현대에는 기본권 행사의 상당 부분이 인터넷 사용과 밀접한 관련이 있다고 봄.

다. 검토

휴대전화 및 인터넷 사용 기회가 적절하게 보장되는지 여부는 보호외국인이 휴대전화 및 인터넷 이용 가능 장비에 얼마나 자유롭게 접근할 수 있는지, 휴대전화 및 인터넷 사용 횟수와 시간이 충분하게 보장되는지, 휴대전화 및 인터넷 이용 가능 장비를 사용하고자 할 때 다른 제약은 없는지(통신망 접근이 제한되는지, 충전 등 휴대전화 사용에 기본적으로 필요한 요건들이 갖추어졌는지), 보호외국인이 사생활을 보호받으면서 휴대전화를 사용하고 싶을 때 이러한 요구가 반영될 수 있는지 등 다양한 요소에 의하여 결정된다. 특히 보호외국인은 도움을 청할 수 있는 가족, 친지 등이 해외에 있는 경우가 있는데, 시차 제한 등이 있는 경우에는 사용 가능 시간이 제한되었을 때 신속하고 정확한 연락을 통해 필요한 조력을 받기 어려워질 수 있고, 이는 보호 상태의 장기화로 이어질 수 있다. 특히 시차가 큰 국가가 본국인 보호외국인의 경우 시차 문제로 인하여 야간에 휴대전화나 인터넷을 사용할 필요성이 매우 높을 수 있는데, 현재에는 이상과 같은 상황에서 휴대전화나 인터넷에 원활하게 접근하기 어렵다고 생각된다.

173) Teresa Fachinger 외 2인, "Germany - Country Report: Conditions in detention facilities", (2024. 10. 7.), https://asylumineurope.org/reports/country/germany/detention-asylum-seekers/detention-conditions/conditions-detention-facilities/#_ftn13. AIDA(Asylum Information Database)는 유럽 지역 난민 관련 NGO의 연합체인 European Council on Refugees and Exiles (ECRE)에서 관리하고 있는 데이터베이스로, 유럽 각 지역의 보호소(detention center) 현황을 소개하고 있다. 이하에서 독일에 관한 내용은 위 Country Report의 내용을 참조하였다.

174) "Estonia's Detainee Mobile Phone Ban Ruled Unconstitutional"(2023. 8. 15.), <https://www.globaldetentionproject.org/estonia-s-detainee-mobile-phone-ban-ruled-unconstitutional>

국내의 경우, 보호외국인의 휴대전화나 인터넷 사용을 명시한 법령은 확인되지 않았으며, 각 외국 인보호시설의 시설 및 인력 상황의 한계, 내부 지침 등에 의하여 휴대전화 및 인터넷 사용 기회가 제한적으로 주어지고 있다. 해외의 사례들을 찾아보았으나, 구금에 관한 기준들 중 상당 수가 스마트폰이나 인터넷이 현재처럼 활성화되기 전에 수립된 것이기도 하였고, 주로 전화와 접견 등의 내용을 중심으로 규정되어 있어서 스마트폰이나 인터넷에 관한 직접적인 논의를 찾아보기는 어려웠다. 다만 스마트폰을 명시하지 않더라도 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준 규칙이나 「구금에 관한 지침」에서는 인터넷과 디지털을 통한 소통을 언급한 부분이 확인된다. 스마트폰 기술 등 통신매체가 계속하여 급격하게 발달하고 있고 보호외국인의 적절한 권리 보장 및 귀국을 위하여서는 통신매체 활용이 불가피하다는 점을 고려하였을 때, 전통적인 외부 소통 방식은 전화나 편지 이외의 통신매체의 사용에 관한 규정을 법제화하는 방식을 고려해볼 필요가 있다. 위에서 살펴본 에스토니아 판결에서도 현대 사회에서는 인터넷 사용을 통하여 기본권을 확보할 수 있는 부분이 충분히 많다는 사실이 하나의 고려 요소였다.

한편 실제 다른 나라에서 피구금인의 휴대전화 및 인터넷 사용 실태에 비추어 보면 구금인과 외부 사이의 소통을 보장하기 위하여 스마트폰 사용이나 인터넷 사용을 상당 부분 허용한 사례들이 확인된다. 많은 국가에서 카메라 기능의 사용을 제한하지만, 그 이외의 휴대전화의 전화 기능이나 인터넷 접속 기능 등은 허용하는 것으로 보인다. 한국의 경우에도 개방형/준개방형 보호동에서는 다른 국가들과 유사하게 휴대전화의 사용이 비교적 허용되는 편으로 보이나 여전히 부족한 것으로 보인다.¹⁷⁵⁾ 휴대전화는 사유물로서 일상적인 물건이기 때문에, 원칙적으로는 그 사용을 허용하되 예외적으로 사용을 제한하여야 하는 사유와 방식을 정하는 것이 바람직하다.

물론 보호외국인에게 휴대전화 사용 기회를 확대는 것과 관련하여 여러 우려의 목소리가 발생할 수 있다. 호주 ARJ 17 판결은 이러한 우려만으로 휴대전화를 압수하는 것이 적절하지 않다는 점을 보여준다. 휴대전화의 사용을 제한하려면 사용을 제한하는 이유, 적절한 방식에 관한 고민이 있어야 하고 정당한 목적을 달성하는 범위 내에서 그 제한이 가해져야 한다.

국내에서 외국인보호소에서 휴대전화 사용을 허용하면서 가장 크게 우려되는 부분 중 하나는 외국인 보호소가 국가보안시설이기 때문에 휴대전화 사용 기회를 확대할 경우 자칫 국가안보가 침해될 수 있다는 것이다. 이에 대하여서는 기술적인 방법으로 해결이 어느 정도 가능할 것으로 보인다. 국가안보에 있어서 가장 중요하다고 볼 수 있는 군사시설에서 또한 사병의 휴대전화 사용이 허용되고 있다. 병사들은 평일에는 일과시간(오후 6-9시), 휴일에는 오전 8시 30분 ~ 오후 9시에 휴대폰을 사용할 수 있으며, 고

175) 2022년 국가인권위원회 조사에 의하면, 개방형 보호동의 정원이 77명인데 핸드폰 Zone의 사용가능 인원은 16명 정도에 불과하였다고 한다. 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고 참조.

립감 해소 등을 위하여 주말과 공휴일에 하루 1시간씩 휴대폰 사용을 허용하고 있다.¹⁷⁶⁾ 이미 군 시설에서는 특정 모바일 앱(국방모바일앱)을 설치하도록 하여 스마트폰의 일부 기능을 작동하지 못하도록 한 바가 있어 기술적으로 휴대전화를 통제하는 것은 충분히 가능할 것으로 생각된다. 국방모바일앱은 1차 차단으로는 카메라 기능을 사용할 수 없게 하고, 2차 차단으로는 와이파이, 녹음, 테더링, USB 연결 등 외부로 유출될 수 있는 기능을 추가로 사용할 수 없게 하는 기능을 가지고 있다.¹⁷⁸⁾

휴대전화 사용이 보호외국인의 실질적 권리 확보 또는 행사에 상당히 중요한 역할을 수행할 수 있다는 점을 고려하였을 때, 국가안보에 대한 우려라는 이름 하에서 보호외국인의 휴대전화 사용을 전면적으로 제한하는 것은 적절하지 않을 수 있다. 앞서 설명한 바와 같이 휴대전화는, 보호외국인이 외부의 법률대리인이나 가족, 친지 등으로부터 적절한 조력을 받을 수 있고, 보호외국인이 보다 용이하게 필요한 정보를 수집하고 출국을 준비하는 등 보호외국인의 권리 확보에 있어서 상당히 중요한 역할을 하고 있다. 외국인보호소 운영 과정에서 휴대전화 확대하였을 때 우려되는 지점이 무엇인지에 대한 논의가 이루어질 필요가 있고, 우려가 있다고 하여 휴대전화 사용을 극도로 제한하는 것이 아니라 그 우려사항을 불식할 수 있는 기술적인 보완책의 도입이 필요하다. 나아가 설령 일정한 제한이 이루어진다고 하더라도, 이러한 제한의 사유와 방식은 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 근거를 둔 하위법령에 의하여 사전에 구체적으로 규정되어야 한다.

라. 소결

- ✓ 보호외국인의 자유로운 휴대전화 및 인터넷 사용은 보호외국인의 권리로서 인식되어야 하고, 이러한 권리는 최대한 보장되어야 한다.
- ✓ 보호외국인의 휴대전화 사용은 원칙적으로 허용되어야 하며, 예외적으로만 필요최소한의 범위 내에서 사용방법과 사용시간, 사용장소가 제한될 수 있다. 이러한 제한의 사유와 방식은 법률에 근거를 둔 하

176) 서울경제, “병사, 휴대폰 사용 시간 안 늘린다…일과 후에만 허용하기로”, <https://www.sedaily.com/NewsView/2DCXCNYSDY> (2024. 8. 7.).

177) 다만 국방부는 사병의 휴대전화 사용행위를 허용하되, 타인 권리 침해, 이적 행위, 사용수칙 위반(휴대전화 미반납, 사용시간 미준수, 허용된 장소 이외에서 사용), 보안위규, 사이버도박·영리행위, 모욕, 협박 등 품위유지의 무 위반 사례를 제재하고 있다. 2022. 5. 24. 시행 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령, 국방부훈령 제 2656호, [별표 8의2] 참조. 다만 보호외국인의 경우, 지시 불응이나 규칙을 위반하는 경우에 특별계호가 빈번하게 이루어지고 있는 것으로 보이는 하나 원칙적으로는 군인과는 달리 규칙 위반에 따른 사후 제재(징계)가 어렵다는 점에서 국가안보의 필요성(또는 휴대전화 전면 사용 허용 시 되는 점)과 기술적으로 가능한 조치에 대한 담구가 보다 활발하게 논의될 필요가 있다.

178) 한겨레, “전 장병에 ‘국방 보안앱’ 강제 설치…인권위 ‘기본권 제한’”, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1133243.html (2024. 3. 21.); 그러나 국가인권위원회는 이러한 국방모바일앱 설치의 필요성은 인정하면서도, 개인 휴대전화가 개인정보 및 사생활에 관한 정보를 저장하는 개인장비라는 점에 주목하여 그 설치를 필수인원과 장소에 국한하도록 권고한 바 있다. 국가인권위원회 군인권보호위원회 2024. 1. 30.자 23진정0213900 등 5건 결정.

위법령에 의하여 사전에 구체적으로 규정되어야 한다.

- ✓ 휴대전화의 사용시간 및 사용장소에 대한 제한은 최소화되어야 한다. 사용시간의 제한에 있어서는 보호외국인의 본국과의 시차문제가 고려되어야 한다.
- ✓ 보호외국인의 휴대전화 사용권이 실질적으로 보장될 수 있도록 외국인보호시설에는 무선인터넷망과 충전할 수 있는 시설이 갖추어야 한다.
- ✓ 개인 휴대전화를 통하지 않은 인터넷 사용권을 보장하기 위해서 외국인보호시설에는 인터넷 사용이 가능한 컴퓨터가 구비되어야 한다. 보호외국인에게는 충분한 컴퓨터의 사용 횟수와 시간이 보장되어야 한다.

II 접견

1. 일반접견의 보장

가. 쟁점

접견은 보호외국인이 외부와 교류할 수 있는 가장 핵심적인 방법 중 하나이다. 폐쇄형 외국인보호시설의 보호외국인은 외국인보호시설을 출·퇴근하거나 자유롭게 출입할 수 없기 때문에, 외부로부터 직접적인 조력을 받기 위하여서는 접견이 필요하다. 보호외국인을 도와줄 수 있는 사람은 가족, 친지, 변호사, 시민단체 등 다양할 수 있는데, 접견은 적시에 주변의 조력을 받고 가족, 친지 등 중요한 인간관계를 유지하면서 유대감을 형성할 수 있는 중요한 방법이다.

출입국관리법과 외국인보호규칙에서는 “접견” 대신 “면회”라는 표현을 사용한다. 보호외국인이 외부인을 접촉할 수 있는 면회는 일반면회와 특별면회로 구별된다. 특별면회는 영사, 변호사, 국가인권위원회 등 일정한 자격을 갖춘 사람으로부터 면회 신청을 받은 경우를 의미하고, 일반면회는 그 외의 모든 종류의 면회를 지칭하는 의미로 사용된다(외국인보호규칙 제33조, 제34조). 가족이나 친지 등 지인을 만나기 위하여서는 일반면회를 진행하게 된다.

외국인보호규칙 제33조에서는 일반면회에 관하여 상당히 상세하게 정하고 있다. 실제로 보호외국인의 가족, 친지 등에 대한 접견은 위 외국인보호규칙에 따라 진행되고 있는데, 보호외국인에게 실질적인 면회 기회를 보장할 수 있는 것인지에는 의문이 있다. 보호외국인이 형사범이 아니고, 외국인보호 절차는 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위한 집행활동(출입국관리법 제2조 제11호)일뿐 그 자체로 형 집행 행위가 아니다. 그럼에도 불구하고 억류된 보호외국인의 인권 보장을 위하여서는 가족, 친지 등과 실질적으로 면회를 할 수 있는 기회는 상당히 제한되어 있다.

우선, 허용되는 일반면회의 횟수가 상당히 적으며, 현재 외국인보호소 운영 현황상 일반면회는 평일에 주로 가능하기 때문에 보호외국인의 지인들이 접견을 하려면 상당한 어려움을 겪는다. 면회인은 같은 보호외국인에 대하여 하루 한 번만 면회를 할 수 있으며(외국인보호규칙 제33조 제7항), 보호외국인은 1일 최대 2회 면회를 할 수 있다(외국인보호규칙 제33조 제8항).

면회시간은 주로 평일로 제한된다. 국가공무원 복무규정에 따른 근무시간(평일 오전 9시 ~ 오후 6시) 중 오전 9시30분에서 11시 30분, 오후 1시 30분에서 오후 4시 30분 사이로 제한되기 때문이다(외국인보호규칙 제33조 제3항). 또한, 면회는 한 사람씩 하는 것이 원칙이고, 면회실에서 이루어져야 한다(외국인보호규칙 제33조).

코로나19 시기에는 사회적 거리두기에 따라 면회가 더욱 제한되었으며, 화성외국인보호소에서는 토요일 면회가 사라지기도 했다.¹⁷⁹⁾ 이후에도 주말에는 면회는 불가능하고 주중에만 면회가 가능한 것으로 보인다.¹⁸⁰⁾

한편 면회의 방식도 상당히 제한되어 있으며, 면회 장소에도 제약이 많다. 외국인 보호시설마다 특별 면회실과 일반면회실을 따로 두고 있는 경우가 많은데, 면회공간이 부족한 경우도 발생하는 것으로 알려져 있다. 면회실의 수가 충분하지 않다면 실제 면회를 신청하더라도 면회인이 장기간의 기다림을 마주하여야 하고, 원활한 면회가 어려울 수도 있다. 면회시설에서 외부 소음에 대한 방음 처리 등 면회가 원활하게 이루어질 수 있도록 하는 여러 환경적인 여건이 제대로 갖추어지지 못했다는 지적도 있었다.

일반면회가 이루어지는 장소 또한 면회의 방식을 제약한다. 개방형 면회시설보다는 폐쇄형 면회시설이 주를 이루고 있다. 예를 들어, 화성외국인보호소의 경우, 일반면회실에서 이루어지는 면회에서는 면회자와 보호외국인 사이에 유리벽이 있고 인터폰이나 스피커폰을 통하여 대화가 이루어져 있는 것으로 알려져 있다.¹⁸¹⁾ 대부분의 보호외국인은 일반면회 시 투명아크릴 창으로 막혀 있어 전화를 통해서만 대화가 가능하고, 직접 악수 또는 포옹하면서 인사를 할 수 없다는 점을 아쉬워하기도 하였다.¹⁸²⁾ 즉, 면회를 하더라도 일상적인 형태의 교류는 어렵고, 전화와 유사한 방식으로 이야기를 나눌 수 있을 뿐이다.

국제인권기준은 모두 억류되거나 구금된 자에게 적절한 접견과 면회 기회를 보장할 필요가 있음을 설명하고 있다. 이하에서는 가족, 친지 등과의 접견 기회가 적절하게 보장되었는지, 즉, 접견의 횟수, 시간, 방식 등에 관한 인권기준과 사례를 검토하겠다.

179) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 67, 70.

180) 국가인권위원회 2023년 방문조사 권고, 24.

181) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 67, 70.

182) 국가인권위원회 2023년 방문조사 권고, 24.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제56조의6(면회등) ① 피보호자는 다른 사람과 면회, 서신수수 및 전화통화(이하 “면회등”이라 한다)를 할 수 있다.

② 지방출입국·외국인관서의 장은 보호시설의 안전이나 질서, 피보호자의 안전·건강·위생을 위하여 부득이하다고 인정되는 경우에는 면회등을 제한할 수 있다.

③ 면회등의 절차 및 그 제한 등에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙 제33조(일반면회) ① 청장등은 제34조 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 사람이 보호외국인에 대하여 면회를 신청한 경우 준수사항을 알리고 면회하게 하여야 한다.

② 면회신청인은 면회 당일 본인의 신분을 증명하는 서류(대한민국 국민인 경우에는 주민등록증·운전면허증·공무원증, 외국인인 경우에는 여권 등을 말한다)를 제시하고 법무부장관이 정하는 면회신청서를 작성하여 담당공무원에게 제출하여야 한다.

③ 면회의 신청·접수 및 면회시간은 「국가공무원 복무규정」에 따른 근무시간 중 오전 9시 30분부터 11시 30분까지와 오후 1시 30분부터 4시 30분까지로 한다. 다만, 긴급하거나 부득이한 사정으로 청장등이 허가한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 면회는 한 사람씩 한다. 다만, 청장등은 보호시설의 안전과 질서유지에 반하는 경우를 제외하고는 보호외국인의 가족·형제자매·직계친족이 동시에 면회하게 할 수 있다.

⑤ 면회는 면회실에서 하여야 한다. 다만, 청장등은 면회실 외의 장소에서 면회가 필요하다고 인정하는 경우 그 장소를 지정하여 면회를 하게 할 수 있다.

⑥ 면회시간은 30분 이내로 한다. 다만, 청장등은 면회인이 면회시간의 연장을 요청하였을 때에는 다른 면회인의 면회에 방해가 되지 아니하고 면회 연장이 부득이하다고 판단되는 경우에 면회시간을 연장할 수 있다.

⑦ 면회인은 같은 보호외국인에 대하여 하루에 한 번만 면회를 할 수 있다. 다만, 청장등은 다른 면회인의 면회에 방해가 되지 아니하고 면회 횟수 연장이 부득이하다고 판단되는 경우에 면회 횟수를 늘릴 수 있다.

⑧ 보호외국인의 면회 횟수는 1일 2회로 한다. 다만, 청장등은 보호시설의 안전과 질서유지에 지장을 주지 아니하고 면회 횟수의 증가가 부득이하다고 판단되는 경우에 면회 횟수를 늘릴 수 있다.

⑨ 면회에 참여하는 담당공무원은 다음 각 호의 직무를 수행하여야 한다.

1. 면회실 내부의 사전 보안 검색
2. 면회신청인과 면회신청인이 소지한 물품에 대한 보안 검색
3. 면회 시의 준수사항 불이행 시 주의 또는 중지 명령
4. 면회신청서의 공용란 작성

⑩ 청장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 면회를 제한할 수 있다.

1. 특별 계호 등으로 독방에 격리 중인 자가 보호소의 안전과 질서를 해칠 현저한 우려가 있을 때
2. 보호외국인이 면회를 거부하였을 때
3. 면회신청인이 제2항부터 제8항까지의 규정을 위반하여 면회를 신청한 경우, 그 신청의 보정이 가능하다고 판단하여 보정요청을 하였음에도 보정하지 아니하였을 때
4. 화재, 보호외국인의 집단난동, 보호시설 안팎에서의 시위나 유형력(有形力) 행사 등 긴급사태로 인하여 청장등이 보호시설의 안전과 질서유지를 위하여 모든 면회를 중지하기로 하였을 때
5. 그 밖에 보호시설의 안전·질서유지나 보호외국인의 안전·건강·위생을 위하여 부득이하다고 인정될 때

⑪ 담당공무원은 면회 중인 보호외국인이나 면회인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 즉시 주의를 주고, 이에 따르지 아니하였을 때에는 면회를 중지시킨 후 면회인을 퇴소시킬 수 있다.

1. 면회인 또는 보호외국인이 면회에 참여하는 공무원의 정당한 직무집행을 거부하거나 방해하였을 때
2. 면회인이 흉기, 도주용 물품, 점화성 물질 등 보호시설의 안전과 질서유지 또는 위생에 반하는 물품을 보호외국인에게 주거나 주려고 하였을 때
3. 면회인이 집단난동·단식·자살·자해·탈주 등 보호시설의 안전과 질서유지에 반하는 행위를 보호외국인과 공모하거나 이를 교사(敎唆)하였을 때

형집행법

제41조(접견) ① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 접견금지의 결정이 있는 때
 3. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때
 4. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때
- ② 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 접촉차단시설이 설치되지 아니한 장소에서 접견하게 한다.
1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인(변호인이 되려는 사람을 포함한다. 이하 같다)과 접견하는 경우
 2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우 등 수용자의 재판청구권 등을 실질적으로 보장하기 위하여 대통령령으로 정하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우
- ③ 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 접촉차단시설이 설치되지 아니한 장소에서 접견하게 할 수 있다.
1. 수용자가 미성년자인 자녀와 접견하는 경우
 2. 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우
- ④ 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.
1. 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때
 3. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때
- ⑤ 제4항에 따라 녹음·녹화하는 경우에는 사전에 수용자 및 그 상대방에게 그 사실을 알려 주어야 한다.
- ⑥ 접견의 횟수·시간·장소·방법 및 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제42조(접견의 중지 등) 교도관은 접견 중인 수용자 또는 그 상대방이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 접견을 중지할 수 있다.

1. 범죄의 증거를 인멸하거나 인멸하려고 하는 때
2. 제92조의 금지물품을 주고받거나 주고받으려고 하는 때
3. 형사 법령에 저촉되는 행위를 하거나 하려고 하는 때
4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 거짓사실을 유포하는 때
5. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 행위를 하거나 하려고 하는 때
6. 시설의 안전 또는 질서를 해하는 행위를 하거나 하려고 하는 때

형집행법 시행령

제58조(접견) ① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규

정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 삭제

⑤ 법 및 이 영에 규정된 사항 외에 수형자, 사형확정자 및 미결수용자를 제외한 수용자의 접견 횟수·시간·장소 등에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.

⑥ 소장은 교정시설의 외부에 있는 사람의 수용자 접견에 관한 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 시행령 제19조에 따른 주민등록번호, 여권번호, 운전면허의 면허번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

제59조(접견의 예외) ① 소장은 제58조제1항 및 제2항에도 불구하고 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정하면 접견 시간대 외에도 접견을 하게 할 수 있고 접견시간을 연장할 수 있다.

② 소장은 제58조제3항에도 불구하고 수형자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 접견 횟수를 늘릴 수 있다.

1. 19세 미만인 때
2. 교정성적이 우수한 때
3. 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때

③ 법 제41조제3항제2호에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 수형자가 제2항제2호 또는 제3호에 해당하는 경우
2. 미결수용자의 처우를 위하여 소장이 특별히 필요하다고 인정하는 경우
3. 사형확정자의 교화나 심리적 안정을 위하여 소장이 특별히 필요하다고 인정하는 경우

○ 관련 판결례

헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2009헌마341 전원재판부 보충의견

수용자처우법 시행령 제102조에 의해 접견 시간대(평일 공무원의 근무시간대) 이외의 시간대에서도 미결수용자가 변호인과 접견할 수 있는 제도는 마련되어 있으나, 토요일 또는 공휴일이라는 이유만으로 미결수용자와 변호인의 접견을 원칙적으로 불허하고 있는 것이 교정시설의 현재 실무 관행인바, 접견의 시간대를 평일에 비해 단축하거나(예컨대 오전 중에만 실시하거나, 오후에만 실시하는 방법), 그 횟수를 미결수용자별로 제한하는 방법(예컨대 미결수용자별로 토요일이나 공휴일에 접견할 수 있는 총 횟수를 제한하는 방법) 또는 미결수용자가 처음 실시하는 변호인접견에 한하여 원칙적으로 허용해 주고 그 이후에는 필요하다고 인정되는 경우에만 허용해 주는 방법 등을 통해서라도 미결수용자와 변호인의 접견은 특별한 사정이 없는 한 토요일과 공휴일에도 허용해 줄 필요가 있다. 토요일 또는 공휴일이라는 이유만으로 미결수용자와 변호인의 접견을 원칙적으로 불허하고 있는 교정시설의 현재 실무 관행은 시정될 필요가 있다.

○ 관련 국제인권기준

유엔 모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙

원칙 15조

원칙 16조 4항과 원칙 18조 3항에서 정한 예외의 경우라도 억류 또는 구금된 자는 외부(특히 그의 가족과 변호사)와의 연락이 수일간 거부되어서는 안 된다.

원칙 19조

억류 또는 구금된 자는 법률 또는 규정에서 정한 합당한 조건과 제약에 따라 가족의 방문을 받고 가족과 연락할 수 있는 권리를 가지며, 외부와 소통할 수 있는 충분한 기회를 부여받아야 한다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙**제58조**

1. 피구금자에게는 필요한 감독 하에 일정 기간마다 가족 또는 친지와의 의사소통이 다음과 같은 방법으로 허용되어야 한다.

(a) 서신 또는 통신, 전자, 디지털 등의 수단을 통한 의사소통

(b) 접견

제121조 법률상 채무로 인한 구금 또는 기타 비행사적 절차에 따른 법원의 명령에 의하여 구금이 허용되고 있는 국가에서 이들 피구금자는 안전한 구금과 질서를 확보하기 위하여 필요한 한도를 넘는 어떠한 숙박이나 고통도 받아서는 안 된다. 이들에 대한 처우는 작업의 의무가 과하여질 수 있다는 점을 제외하고는 미결수용자에 대한 처우보다 불리하여서는 안 된다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 8: 구금 환경은 인간적이어야 하며 존엄성이 지켜져야 한다.

지침 48. 구금 중인 비호신청인은 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 수 있다: (전략)

(vii) 구금 중의 비호신청인은 친지, 친구, 뿐만 아니라 종교, 국제기구 및/혹은 비정부기구와 정기적으로 (유선이나 가능하다면 인터넷을 통해서 등) 접촉하고, 희망 시에는 방문을 받을 수 있어야 한다. UNHCR에 대한 접근과 UNHCR의 접근이 보장되어야 하며, 당 방문을 허용하기 위한 시설을 이용할 수 있어야 한다. 그 외 다른 방법으로 안전 및 안보를 보장할 수 없는 강력한 이유가 없는 한, 당 방문은 정상적으로는 사적 만남으로 진행되어야 한다.

(xii) 비호신청인은 가능하다면, 읽을 거리와 시기적절한 정보에 (예를 들면 신문, 인터넷, 텔레비전 등을 통해) 접근할 수 있어야 한다.

유럽형사시설규칙(The European Prison Rules)

24.1 수형자는 가족, 외부인 및 외부 기관의 대표자들과 서신, 전화 또는 기타 통신 수단을 통해 가능한 자주 연락할 수 있어야 하며, 이들로부터 방문을 받을 수 있어야 한다.

24.4 방문 관련 조치는 수형자가 가족 관계를 가능한 한 정상적인 방식으로 유지하고 발전시킬 수 있도록 마련되어야 한다.

24.5 교정당국은 수형자가 외부 세계와 적절한 연락을 유지할 수 있도록 적절한 복지 지원을 제공해야 한다.

60.4 가족과의 접견을 금지하는 징벌은 허용되지 않는다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2005. 2. 28.자 “휴무일 실외운동 및 접견 미실시로 인한 인권 침해” 결정

가. 사람의 신체와 생명은 인간의 존엄과 가치의 근본이며, 건강에 대한 권리는 그 전제가 되는 것이다. 수용자들 역시 구금목적의 특성상 일정한 기본권이 제한될 뿐, 건강권을 포함한 기본권은 최대한 보장되어야 한다.

또한, 접견·통신과 같이 외부와 교통할 수 있는 권리는 수용자들의 재사회화라는 교정목적의 달성을 위하여 특히 중요한 권리라고 할 것이다.

나. 위 관계법령 및 인정사실에 의하면, 교도소는 상시근무체제 유지기관으로서 휴무토요일을 포함하여 상시 행정서비스를 제공할 의무가 있고, 대체휴무 부여가 곤란한 교도소 등 상시근무체제 유지기관 소속 공무원에 대해서는 기관실정에 맞게 다른 보상 방안을 강구할 수 있도록 되어 있으며, 나아가 관공서의 공휴

일에 관한 규정 및 공무원 복무 규정에 의하면 토요일은 휴무일로 할 수는 있으나 공휴일 개념에 포함되어 있지 않다. 따라서, 교도소는 토요일에도 실외운동 및 접견을 실시하는 등 상시근무체제를 유지하는 것이 타당하다고 판단된다.

- 라. 한편, 직장을 가진 가족 등이 수용자를 접견하고자 할 경우 주로 토요일 등 휴무일을 이용해야 하는데, 전국 교정시설에서 원거리 민원인 등 특별한 경우를 제외하고 휴무토요일에 일반 접견을 제한하는 것은 교도관의 휴식권 보장, 계호인력의 부족, 예산 등의 문제를 감안하더라도 행형의 가장 큰 목적인 수용자의 재사회화 등을 고려하지 아니한 것으로 보인다.
- 마. 따라서, 피진정인들이 휴무토요일에 실외운동 및 일반접견을 실시하지 아니한 것은 수용자들의 건강권 및 접견권을 침해하는 행위로서, 헌법 제10조 및 제12조제1항, 제37조제1항의 규정이 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 건강권을 침해한 것으로 판단된다.

○ 관련 해외 입법례 (영국)

UK Detention Centre Rules 2001, 2001 No. 238

Regular visits by ministers of religion

23.—(1) The manager shall make arrangements for a minister of religion to visit detained persons of his religion as often as he reasonably can and to the extent that the detained person so wishes.

(2) Where a detained person belongs to a religion for which no minister of religion has been appointed the manager will do what he reasonably can, if so requested by the detained person, to arrange for him to be visited by a minister of that religion as often as he reasonably can and to the extent that the detained person so wishes.

종교 지도자의 정기 방문

23.—(1) 시설장은 종교 지도자가 자신의 종교에 속한 구금자를 가능한 한 자주 방문할 수 있도록, 그리고 구금자가 그것을 원할 경우 그 범위 내에서, 조치를 취해야 한다.

(2) 구금자가 어떤 종교에 속해 있으나 해당 종교의 종교 지도자가 임명되어 있지 않은 경우, 시설장은 구금자의 요청이 있을 경우 가능한 한 자주, 그리고 구금자가 그것을 원하는 범위 내에서, 그 종교의 종교 지도자가 구금자를 방문할 수 있도록 합리적인 노력을 해야 한다.

규칙 제28조 - 방문

28.—(1) 모든 구금자는 국무장관이 일반적으로 또는 특정한 경우에 지시하는 합리적인 한도 및 조건 내에서, 원하는 만큼의 방문을 받을 수 있다.

(2) 보안 및 안전을 위해, 모든 방문은 직원의 시야 내에서 이루어져야 하며, 국무장관이 달리 지시하지 않는 한 그렇다.

(3) 모든 방문은 직원의 청취 범위 밖에서 이루어져야 하며, 국무장관이 특정한 경우 보안 또는 안전을 이유로 달리 지시하는 경우에는 예외가 된다. 이 경우, 구금자에게는 그 지시에 대한 사유가 사전에 제공되어야 한다.

(4) 구금자를 방문하는 사람은, 국무장관의 허가 없이, 구금센터 내에서 사진을 찍을 수 없다.

Visits

28.—(1) Every detained person may receive as many visits as he wishes within such reasonable limits and subject to such reasonable conditions as the Secretary of State may direct, either generally or in a particular case.

(2) In the interests of security and safety, every visit to a detained person shall take place within sight of an officer, unless the Secretary of State otherwise directs.

(3) Every visit to a detained person shall take place out of the hearing of an officer unless the Secretary of State otherwise directs in a particular case in the interests of security or safety (in which case the detained person shall be given reasons for the direction in advance).

(4) No person visiting a detained person at a detention centre shall be permitted to take a photograph whilst there without the permission of the Secretary of State.

○ 관련 해외 입법례 (호주)

Australia Human Rights and Equal Opportunity Commission (Australian Human Rights Commission), Immigration Detention Guidelines (2000.03.)

기준 4 외부세계와의 소통

4.1 모든 이민 구금자는 가족, 친구 및 지역사회와 최소 주 1회 이상 연락할 수 있는 권리를 가져야 한다. 이러한 연락은 면회, 서신, 전화 이용을 통해 이루어질 수 있다. 외부 세계와의 소통은 수일 이상 차단되어서는 안 된다.

4.3 이민 구금자가 비공개로 방문객을 만날 수 있는 권리는 존중되고 보장되어야 하며, 이는 단지 센터의 보안 또는 형사 수사를 위한 법률이나 적법한 규정에 명시된 합리적인 조건과 제한에만 따를 수 있다.

4.4 모든 이민 구금자는 법률 지원을 받을 권리와 자신의 출신국 또는 국적국의 외교 또는 영사 대표와 연락할 권리를 가지며, 그러한 대표자들과 비공개로 소통하고 상담할 수 있도록 충분한 시간과 편의가 제공되어야 한다.

4.5 모든 이민 구금자는 신문, 정기간행물, 기타 본인의 언어로 된 출판물 열람, 라디오와 텔레비전 방송 및 영화 관람 등을 통해, 뉴스와 시사에 대한 정보를 접할 수 있는 기회를 가져야 한다.

4.6 각 이민 구금시설은 수용자들이 사용하는 주요 언어로 된 오락 및 교육용 도서와 정기간행물을 충분히 비치한 도서관을 갖추어야 한다.

기준 5 종교

자격을 갖춘 종교 대표자는, 수용 시설의 보안 또는 범죄 수사를 위한 법률이나 적법한 규정에 명시된 합리적인 조건 및 제한에만 따르는 것을 조건으로 하여, 이민 구금자에게 정기적인 종교 예배를 집전하고 사적인 묵회 방문을 할 수 있어야 한다.

다. 검토

가족, 친지 등과의 접견 기회가 실질적으로 보장되었는지는 접견의 횟수, 시간, 방식 등 다양한 요소에 의하여 결정이 된다.

우선, 접견 횟수나 시간이 어느 정도 보장되어야 하는지에 관하여 국제인권기준에서 구체적인 수치를 명시하지는 않고 있으나, 공통적으로 접견이 정기적으로 허용되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙에서는 일정 기간마다 접견이 허용되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 유엔난민기구 구금에 관한 지침에서도 정기적으로 접촉이 이루어질 필요가 있음을 밝히고 있다. 유엔 모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙에서는 가족과의 연락이 수 일간 거부되

어서는 안 된다고 밝히고 있는데, 원칙적으로 가족과의 연락은 매일 이루어질 수 있다고 전제하고 있다고 생각된다.

접견 시간에 관하여 구체적인 기준이 있는 것은 아니지만, 접견의 목적이 외부와의 충분한 소통 및 가족, 친지와의 유대감 유지와 관계 형성에 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 유럽형사시설규칙에서는 감옥에 수감된 수형자의 경우에도 가능한 가족 관계를 정상적인 방식으로 유지·발전시킬 수 있도록 방문 관련 조치가 이루어져야 한다고 하며, 접견을 금지하는 징벌을 허용하지 않고 있다. 이러한 국제기준과 사례에 비추어 보았을 때 접견을 현실적으로 매우 어렵게 하거나 상당하게 제한하는 조치는 적절하지 않으며, 접견시간이 충분히 보장되어 가족, 친지 등과의 관계가 정상적으로 형성될 수 있도록 하는 조치가 필요하다. 보호외국인이 외국인보호소 밖으로 출입할 수가 없기 때문에 기존의 가족, 친지와의 인간 관계를 유사하게 유지하는 것은 상당히 어렵다. 접견이 가족, 친지와 대면으로 소통할 수 있는 중요한 방법 중 하나인데, 시간이 충분히 주어지지 않는다면 원하는 목적을 달성하기가 매우 어렵다고 생각된다.

보호외국인은 1인당 면회 시간은 30분으로 제한되므로(외국인보호규칙 제33조 제6항), 보호외국인이 1일 면회 가능한 시간은 1시간(면회 횟수가 1일 2회 허용됨을 고려)으로 제약된다(외국인보호규칙 제33조 제8항). 1회당 면회시간 30분이라는 제약은 수용자의 접견에 준하는 수준으로 보이는데(형집행법 시행령 제58조 제2항), 보호외국인이 형사범이 아님을 고려하면 지나치게 짧은 시간이 기준시간은 아닌지 고민해볼 필요가 있다.

주말 접견이 허용되어야 한다. 직장을 가진 가족, 친지 등이 접견을 하고자 할 경우 현실적으로 평일에 접견이 매우 어려워진다. 보호외국인의 일반 접견 가능성을 높이기 위한 차원에서 주말 접견이 허용되어야 한다. 같은 취지에서 헌법재판소도 보충의견을 통해 토요일 또는 공휴일이라는 이유만으로 미결 수용자와 변호인의 접견을 원칙적으로 불허하고 있는 교정시설의 현재 실무 관행은 시정될 필요가 있다고 판단한 바 있다. 나아가 통상 단기간만 보호외국인이 구금되는 외국인보호시설의 특성을 감안할 때 출국을 목전에 두고 있는 보호외국인에 대해서는 특히 주말 접견이 허용될 필요성이 크다.

일반면회 장소의 개선 또한 필요하다. 형집행법에서는 수용자의 접견을 접촉 차단이 설치된 장소에서 하도록 하되, 수용자가 미성년자인 자녀와 접견하는 경우 등 일정한 사유가 있을 때에는 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 접견을 할 수 있도록 허용하고 있다. 보호외국인은 형사범이 아님을 고려하면, 현재 일반면회가 유리벽을 사이에 두고 이루어지는 조치는 적절하지 못하다. 수용자보다 상황이 더 나쁘다고 볼 수 있는 지점이, 미성년 자녀를 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 만날 수 있는 근거도 따로 마련되지 않은 것으로 보인다. 보호외국인이 가족과 직접 악수 또는 포옹을 하면서 인사를 하는 등 일상적인 교류를 할 수 있도록 유리벽이나 스피커폰, 인터폰을 통한 면회 방식을 전면 재검토할 필요가 있다. 위험이 예상되는 경우에만 현재의 방식으로 일반면회를 진행하고, 위험이 따로 없다면 보호외

국민과 그 가족은 적어도 별도의 제한이 없는 방식으로 일반면회를 진행하면서 일상적인 교류나 신체적 접촉이 가능하도록 보장하는 것을 고려해볼 수 있다.

한편 다른 나라의 규범을 통해 한 가지 생각해보아야 할 점은 종교에 대한 강조이다. 유엔난민기구 구급에 관한 지침에서는 정기적으로 종교와 관련한 접촉을 할 수 있어야 한다고 정하고 있으며(지침 48), 영국이나 호주의 경우에는 종교 지도자의 방문을 허용하고 있다. 보호외국인은 국적과 종교적 신념이 다양할 것으로 예상된다. 종교적 신념에 따라서는 종교지도자(목사, 이맘 등)와의 접견 가능성이 매우 중요할 수 있으며, 인권의 측면에서도 적절한 종교 활동의 기회는 중요하다고 생각된다. 외국인보호시설 내에서 종종 종교행사가 이루어진다고 하더라도 이러한 행사는 통상 일상적이지 않은 것으로 보이며, 소수종교의 경우에는 이러한 종교행사의 참여가 사실상 불가능하다는 점도 감안되어야 한다. 따라서 일반면회와 관련한 기준을 수립할 때에는 목회 방문이나 종교활동 등을 이유로 접견이 필요한 상황이 고려되어야 한다.

라. 소결

- ✓ 가족, 친지와와의 접견은 정기적으로 충분하게 이루어질 수 있어야 한다. 접견 횟수 및 시간에 대한 제한은 최소화되어야 한다.
- ✓ 토요일 및 공휴일의 접견을 일률적으로 금지하여서는 안 된다. 특히 출국을 앞두고 있거나 가까운 시일 내에 송환될 우려가 있는 보호외국인에 대해서는 토요일 및 공휴일의 접견이 폭넓게 허용되어야 한다.
- ✓ 원칙적으로 가족, 친지와와의 접견은 접촉 차단 시설이 없는 접견실에서 이루어져야 한다. 예외적으로 보호외국인과 가족, 친지 간의 접촉을 차단하여야 할 필요성이 있거나 개방형 접견실이 부족한 경우에 한해서 접촉 차단 시설이 없는 접견실에서 접견이 이루어질 수 있다. 개방형 접견을 최대한 보장할 수 있도록 외국인보호시설에는 충분한 수의 개방형 접견실이 설치되어야 한다. 보호외국인이 미성년 자녀와 접견하는 경우에는 반드시 접촉 차단 시설이 없는 접견실에서 접견이 이루어져야 한다.
- ✓ 종교활동의 자유 보장을 위하여 종교활동을 이유로 하는 접견에 대한 고려가 필요하다.

2. 변호사 접견에 대한 특별한 보호

가. 쟁점

변호사 접견은 보호외국인의 권리를 보장하기 위하여 필수적인 사항이다. 보호외국인에 따라서는 난민 지위 신청 사건이 진행되거나 한국에서의 체류 자격과 관련된 법적 쟁점을 해소하여야 하는 등 변호사의 조력이 누구보다 절실할 수 있다. 체류자격과 반드시 연관된 문제가 아니라고 하더라도, 임금 체불 등 금전 채권과 관련한 소송이 원활하게 진행되어야 본국 귀국이 가능한 경우가 생길 수도 있다. 또한,

보호외국인이 외국인보호제도에 관하여 잘 알지 못하거나, 언어의 장벽으로 인하여 필요한 조력을 적시에 받지 못하는 경우가 발생할 수도 있으므로, 변호사를 접근할 수 있는 기회를 제공하여 조력을 할 수 있도록 하는 것이 매우 중요하다.

보호외국인이 외국인보호소 밖으로 자유롭게 출입하기 어렵다는 점을 고려하면, 변호사를 외국인보호시설 내에서 더욱 원활하게 접견할 수 있어야 한다. 전화나 편지 등의 방법으로 사안을 설명할 수도 있겠지만, 사건 당사자인 본인이 사안을 변호사에게 충분히 설명하고 조력을 받을 기회가 보장될 필요성이 생긴다. 특히 비밀유지의 관점에서도 변호사를 만나서 직접 의사소통을 할 수 있어야 한다. 전화나 이메일 등의 통신 수단을 통해서 비밀유지의 목적을 달성하기 어려울 수 있고, 원하는 바를 완전히 전달하기 어려울 수 있기 때문이다.

일반면회와 마찬가지로 변호사와의 접견 또한 외국인보호규칙에 근거하여 진행된다. 변호사와의 접견은 특별면회의 방식으로 진행된다(외국인보호규칙 제34조). 일반면회와 달리 특별면회에 관하여서는 외국인보호규칙에서 상세하게 정하고 있지 않고 근무시간 내에 면회를 진행한다는 점 외에는 별다른 제한을 가하고 있지 않은데, 실제 운영도 일반면회보다 자유롭게 진행되고 있는 편이다.

우선, 면회시간대는 제한되지만 면회의 횟수 제한이 따로 없다. 일반면회와 달리 보호외국인이 1일 최대 2회 변호인과 접촉할 수 있다거나, 면회인이 같은 보호외국인에게 하루 한 번만 면회를 할 수 있다는 등의 제약은 따로 없다. 또한, 면회 장소도 일반면회에 비하여 자유롭다. 형집행법에 의하면, 미결수용자는 변호인과 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 접견을 할 수 있다(법 제41조 제2항 제1호).

외국인보호규칙상으로는 변호사 접견에 시간 제한이 따로 있는 것은 아니다. 그러나 외국인보호소마다 특별면회를 위한 장소가 제한적으로 마련되어 있어 현실에서는 시간 제한이 발생하기 쉽다. 특별면회를 신청한 면회인이 여러 명이라면 접견 시간이 대폭 감소하는 효과가 발생할 수 있다.

국제기준과 사례에서도 변호사와의 접견을 상당히 중요한 요소로 보고 있다. 변호사로부터 조력을 받을 권리 중 중요한 부분이라고 보는 것이다. 이하에서 살펴보기로 한다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제56조의6(면회등) ① 피보호자는 다른 사람과 면회, 서신수수 및 전화통화(이하 “면회등”이라 한다)를 할 수 있다.

② 지방출입국·외국인관서의 장은 보호시설의 안전이나 질서, 피보호자의 안전·건강·위생을 위하여 부득이하다고 인정되는 경우에는 면회등을 제한할 수 있다.

③ 면회등의 절차 및 그 제한 등에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙

제34조(특별면회) 청장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로부터 보호외국인에 대한 면회신청을 받았을 때에는 「국가공무원 복무규정」에 따른 근무시간 내에서는 면회시간을 제한하지 아니한다. 다만, 면회신청인은 청장등이 요구한 면회장소나 그 밖의 준수사항을 지켜야 한다.

1. 보호외국인의 국적이나 시민권이 속하는 국가의 영사
2. 보호외국인의 변호인인 변호사(변호인이 되려는 사람을 포함한다)
3. 보호외국인의 진정사건을 맡은 국가인권위원회의 위원 및 직원

○ 국내 수용자의 경우

형집행법

제41조(접견) ① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 접견금지의 결정이 있는 때
3. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때
4. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때

② 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 접촉차단시설이 설치되지 아니한 장소에서 접견하게 한다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인(변호인이 되려는 사람을 포함한다. 이하 같다)과 접견하는 경우
 2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우 등 수용자의 재판청구권 등을 실질적으로 보장하기 위하여 대통령령으로 정하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우
- ③ 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 접촉차단시설이 설치되지 아니한 장소에서 접견하게 할 수 있다.
1. 수용자가 미성년자인 자녀와 접견하는 경우
 2. 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우
- ④ 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.
1. 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때
 3. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때
- ⑤ 제4항에 따라 녹음·녹화하는 경우에는 사전에 수용자 및 그 상대방에게 그 사실을 알려 주어야 한다.
- ⑥ 접견의 횟수·시간·장소·방법 및 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제42조(접견의 중지 등) 교도관은 접견 중인 수용자 또는 그 상대방이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 접견을 중지할 수 있다.

1. 범죄의 증거를 인멸하거나 인멸하려고 하는 때
2. 제92조의 금지물품을 주고받거나 주고받으려고 하는 때
3. 형사 법령에 저촉되는 행위를 하거나 하려고 하는 때
4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 거짓사실을 유포하는 때
5. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 행위를 하거나 하려고 하는 때
6. 시설의 안전 또는 질서를 해하는 행위를 하거나 하려고 하는 때

형집행법 시행령

제58조(접견) ① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 삭제 <2019. 10. 22.>

⑤ 법 및 이 영에 규정된 사항 외에 수형자, 사형확정자 및 미결수용자를 제외한 수용자의 접견 횟수·시간·장소 등에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.

⑥ 소장은 교정시설의 외부에 있는 사람의 수용자 접견에 관한 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 시행령 제19조에 따른 주민등록번호, 여권번호, 운전면허의 면허번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

제59조의2(변호사와의 접견) ① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.

1. 소송사건의 대리인인 변호사

2. 「형사소송법」에 따른 상소권회복 또는 재심 청구사건의 대리인이 되려는 변호사

② 수용자가 제1항 각 호의 변호사와 접견하는 횟수는 다음 각 호의 구분에 따르되, 이를 제58조제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.

1. 소송사건의 대리인인 변호사: 월 4회

2. 「형사소송법」에 따른 상소권회복 또는 재심 청구사건의 대리인이 되려는 변호사: 사건 당 2회

③ 소장은 제58조제1항과 이 조 제1항 및 제2항에도 불구하고 소송사건의 수 또는 소송내용의 복잡성 등을 고려하여 소송의 준비를 위하여 특히 필요하다고 인정하면 접견 시간대 외에도 접견을 하게 할 수 있고, 접견 시간 및 횟수를 늘릴 수 있다.

④ 소장은 제1항 및 제2항에도 불구하고 접견 수요 또는 접견실 사정 등을 고려하여 원활한 접견 사무 진행에 현저한 장애가 발생한다고 판단하면 접견 시간 및 횟수를 줄일 수 있다. 이 경우 줄어든 시간과 횟수는 다음 접견 시에 추가하도록 노력하여야 한다.

⑤ 수용자가 「형사소송법」에 따른 상소권회복 또는 재심 청구사건의 대리인이 되려는 변호사와 접견하는 경우에는 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 한 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 접견하게 한다.

⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 제1항 각 호의 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

○ 관련 국제인권기준유사 제도 (유엔)

유엔 「모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙」(1988. 12. 19.)

원칙 15조

원칙 16조 4항과 원칙 18조 3항에서 정한 예외의 경우라도 억류 또는 구금된 자는 외부(특히 그의 가족과 변호사)와의 연락이 수 일간 거부되어서는 안 된다.

원칙 18조

1. 억류 또는 구금된 자는 자신의 담당 변호사와 연락을 취하고 상담할 수 있는 권리가 있다.

2. 억류 또는 구금된 자에게는 자신의 담당 변호사와 연락하고 상담할 수 있는 합당한 시간과 시설이 주어져야 한다.

3. 억류 또는 구금된 자는 비밀이 보장된 환경에서 어떠한 검열 없이 그의 담당 변호사와 지체 없이 연

락, 방문, 상담 받을 수 있는 권리가 있고 이 권리는 사법기관 등에 의해 보안과 질서를 유지하기 위하여 반드시 필요하다고 판단되는 경우를 제외하고 항상 유지된다.

4. 억류 또는 구금된 자와 그 변호사의 접견은 법집행관에 의해 시각적으로 감시는 가능하지만 청취는 허용되지 않는다.
5. 본 원칙에 의거하여 억류 또는 구금된 자와 그 변호사 간의 대화는 그것이 현재 진행 중이거나 모의 중인 범죄와 연루된 경우를 제외하고 억류 또는 구금된 자에게 불리한 증거로 제시될 수 없다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

규칙 제61조

1. 피구금자는 자신이 선택한 법률자문가 또는 법률구조 제공자와 접견, 소통, 상담할 수 있는 적절한 기회와 시간, 장소가 지체 없이 주어져야 하며 자국의 법규에 따라 검열 또는 차단받지 않고 기밀이 유지되어야 한다. 법률상담 진행 시 교정직원의 감시는 허용되나 감청은 불가능하다.
2. 피구금자가 자국 언어를 구사하지 못하는 경우 교정당국은 독립 통역사의 지원을 허용해야 한다.
3. 피구금자는 효과적인 법률 조력을 받을 권리가 있다.

규칙 제119조

1. 미결피구금자는 자신이 구금된 이유와 혐의를 즉시 알 권리가 있다.
2. 미결피구금자가 스스로 선임한 법률자문가가 없는 경우, 사법기관 또는 관계기관에서 법률자문가를 선임하고 미결피구금자가 비용을 지불할 수 없을 경우 무상으로 법률자문을 제공해야 한다. 법률자문가의 조력을 거부하는 경우에는 지체 없이 별도의 심의를 거쳐야 한다.

규칙 제120조

1. 미결피구금자의 변호를 위한 법률자문가 또는 법률구조 제공자에 대한 권리와 지원 방식은 제61조에 명시된 원칙에 입각하여 결정되어야 한다.
2. 미결피구금자는 자신의 변호를 준비하기 위해 필기도구를 제공받을 것을 요청할 수 있으며 자신의 법률자문과 또는 법률구조 제공자에게 기물로 요구사항을 전달할 수 있어야 한다.

규칙 제121조 법률상 채무로 인한 구금 또는 기타 비형사적 절차에 따른 법원의 명령에 의하여 구금이 허용되고 있는 국가에서 이들 피구금자는 안전한 구금과 질서를 확보하기 위하여 필요한 한도를 넘는 어떠한 속박이나 고통도 받아서는 안 된다. 이들에 대한 처우는 작업의 의무가 과하여질 수 있다는 점을 제외하고는 미결수용자에 대한 처우보다 불리하여서는 안 된다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 47: 구금될 가능성에 직면했을 때뿐만 아니라 실제 구금 중에도, 난민 신청자는 다음의 최소한의 절차적 보장을 받을 권리가 있다:

- (i) 체포 또는 구금 시, 그 사유와 해당 명령에 관련된 권리(예: 심사 절차)에 대해, 이해할 수 있는 언어와 방식으로 통지받을 권리.
- (ii) 법률대리인에 대한 권리를 통지받을 권리. 유사한 상황에 있는 자국민에게도 제공되는 경우에는, 무료 법률지원이 제공되어야 하며, 체포 또는 구금 직후 가능한 한 빨리 제공되어야 하며, 구금자가 자신의 권리를 이해할 수 있도록 돕는 역할을 해야 한다.

법률대리인과 난민 신청자 간의 의사소통은 변호사-의뢰인 간 비밀보장 원칙의 적용을 받아야 하며, 변호인은 의뢰인과의 접견, 의뢰인에 관한 기록 접근, 그리고 안전하고 비공개적인 장소에서의 면담이 가능해야 한다.

유럽형사시설규칙(The European Prison Rules)

23.2 수형자는 자신이 선택한 법률대리인과, 자신의 비용으로, 어떤 법적 사안에 대해서도 상담할 수 있다.

23.4 수형자와 그들의 법률대리인 간의 법적 문제에 관한 상담 및 서신을 포함한 모든 소통은 비밀로 유지되어야 한다.

23.5 사법 당국은 예외적인 상황에서, 중대한 범죄를 예방하거나 교도소의 안전 및 보안을 심각하게 해치는 행위를 막기 위해, 위 비밀성에 대한 제한을 승인할 수 있다.

○ 관련 해외 입법례 (영국)

UK Detention Centre Rules 2001, 2001 No. 238

30. 법적 절차에서 구금된 자의 법률대리인 또는 대표자는, 그와 비밀리에 면담할 수 있는 합리적인 편의(facilities)를 제공받아야 하며, 단, 해당 면담은 직원의 시야 내에서 이루어질 수 있다.

○ 관련 해외 입법례 (호주)

Australia Human Rights and Equal Opportunity Commission (Australian Human Rights Commission), Immigration Detention Guidelines (2000.03.)

기준 2.7 이민 구금 당국은 모든 이민 구금자들이 법률 자문, 법률 서비스 및 기타 법적 자원에 접근할 수 있도록 효과적인 절차와 제도를 제공해야 한다. 법률 자문인이 자신의 직업적 기능을 수행하기 위해서는, 방해, 괴롭힘 또는 부당한 간섭 없이 구금된 의뢰인에게 합리적으로 접근할 수 있어야 한다.

기준 3.6 모든 이민 구금자는 법률 대리인, 가족, 친구, 지역사회 단체와의 소통에 대해 합리적인 접근권과 비밀 유지권을 누려야 하며, 이는 센터의 보안이나 형사 수사를 위한 적법하고 합리적인 제한에만 따를 수 있다. 법률 대리인과의 소통의 경우, 비밀성은 오직 예외적인 상황에서만 중단될 수 있다.

기준 4.4 모든 이민 구금자는 법률 지원을 받을 권리가 있으며, 자신의 출신국 또는 국적국의 외교 또는 영사 대표와 연락할 수 있는 권리가 있다. 또한, 그러한 대표자들과 비공개로 소통하고 상담할 수 있도록 충분한 시간과 편의가 제공되어야 한다.

다. 검토

구금된 외국인이 변호인을 접견할 권리는 헌법상 인정되는 권리이다.¹⁸³⁾ 따라서 보호외국인이 변호인을 접견할 권리는 최대한 보장되어야 한다. 이러한 권리는 법률에 의하여만 제한될 수 있으며 그 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다.

또한 변호사와의 접견 기회 보장은 보호외국인이 변호사로부터 조력을 받을 권리를 실질적으로 실현함에 있어서 상당히 중요한 요소이고, 국제기준이나 사례들에서도 일관되게 변호사와의 접촉을 중요한 요소로 다루고 있다.

국제기준에서 가장 중요하게 생각하는 요소 중 하나는 비밀유지가 가능하여야 한다는 점이다. 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙에서는 감시나 감청이 허용되지 않고 접견, 소통, 상담할 수 있는 적절한 기회와 시간, 장소가 제공되어야 한다는 점을 강조하고 있으며(제61조), 유엔난민기구의구금에 관

183) 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2014헌마346 결정. 이에 따르면 헌법상 변호인 조력권은 사법절차에서 이루어진 구속 뿐 아니라, 행정절차에서 이루어진 구속에 대해서도 보장된다.

한 지침에서도 안전하고 비공개적인 장소에서 면담이 가능하여야 한다는 점을 강조하고 있다. 이러한 점에서 특별면회실을 통해 변호인과 보호외국인이 별도로 소통할 수 있도록 하는 조치는 적절하다. 다만 비밀성이 보다 보장될 수 있도록 특별면회실에 방음장치를 설치하거나 시설을 개선하는 등의 조치는 고려해볼 수 있을 것이다.

한편 변호사의 접견이 효과적으로 이루어질 수 있도록 필요한 편의를 제공하여야 한다. 현재 외국인 보호규칙상으로 접견시간이 제약되는 것은 아니지만, 물리적 한계로 인하여 실질적으로 변호사 면담시간이 줄어들거나 많은 기회를 보장받지 못하는 경우들이 있다. 변호사와의 상담이 실질적으로 진행될 수 있도록 시간이 보장될 필요가 있다.

라. 소결

- ✓ 변호사와의 접견은 비밀로 유지될 수 있어야 하며, 이를 위한 적절한 접견장소가 제공되어야 한다.
- ✓ 변호인과의 접견이 효과적으로 이루어질 수 있도록 필요한 편의가 제공되어야 한다.

제5절 소수자 인권

1 성소수자

이주구금 내의 모든 피구금인은 인권 침해 및 부당한 처우 등 여러 위험에 노출되지만, 성소수자¹⁸⁴⁾ 피구금인은 그 특수성으로 인해 더욱 취약한 상황에 놓일 수 있다. 성소수자 피구금인이 이주구금 내에서 경험하는 위험으로는 신체적 폭력, 성·성별기반폭력, 언어적 및 정신적 학대, 분리 수용 및 물리적·정신적 고립, 성소수자 정체성의 법적 인정 부재, 불충분한 취약성 심사 체계, 성별·성별정체성에 적절치 않은 신체 수색, 의료접근성 부재 등이 있다.¹⁸⁵⁾

국내 이주구금 체계는 전반적으로 성소수자 피구금인에 관한 정책과 조치가 부족한 것으로 보인다. 교정시설의 경우, 형집행법 내 성별 및 성적지향을 사유로 하는 차별의 금지를 명시하고 있으며, 수용관리 및 계호업무 등에 관한 지침 및 성소수자 수용처우 및 관리 방안 등 관련 내부 지침을 두고 있는 것으로 파악된다. 반면 외국인보호시설은 성소수자 피구금인의 처우에 관하여 세부적인 지침을 마련해두지 않은 것으로 파악된다.

이주구금시설 내 성소수자는 성소수자 정체성에 무관하게 국제인권규범인 차별금지의 원칙에 따라 여타 모든 개인이 지니는 신체의 자유와 안전에 관한 권리를 동등하게 지니므로, 최소한 피구금인 처우에 관한 기준의 적용을 받는다고 보아야 한다. 나아가 요그야카르타 원칙 및 여타 국제기구의 문서들은 성소수자 피구금인의 특수한 취약성을 고려하는 기준을 제시하고 있다.¹⁸⁶⁾

184) “성소수자” 혹은 “성적 소수자”(sexual minority)는 국내 담론에서 “이성애자 및 시스젠더(cisgender)가 아닌, 다양한 정체성 혹은 특성을 지닌 사람”을 지칭할 때 흔히 사용되는 용어이지만, 문화, 언어와 맥락에 따라 “퀴어”(queer), “LGBT”, “LGBTI+”, “LGBTAIQ+” 등 용어 사용이 상이할 수 있다. 국제인권규범의 경우, 해당 개인을 특정 집단으로 규정하기보다는 “성적지향, 성별정체성 및 성별표현, 성특징”(sexual orientation, gender identity and expression, sex characteristics, SOGIESC)의 정체성 및 특성을 명명하는 경향 또한 있다. 한국어로 작성된 본 연구에서는 “성소수자”라는 용어를 사용한다; 또한 본 연구에서 “성소수자 정체성”은 성적지향, 성별정체성 및 성별표현 및 성특징을 가리킨다. 각 용어의 정의는 다음 참조: “The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity” (2007. 3.) [이하 “요그야카르타 원칙”], Preamble; “The Yogyakarta Principles Plus 10: Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement Yogyakarta Principles” (2017. 11. 10.) [이하 “요그야카르타 원칙 +10”], Preamble.

185) 전반적으로 다음 참조: International Detention Coalition, “LGBTI Persons in Immigration Detention, Position Paper” (2016. 6.), 10–16; UN Human Rights Council, “Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence Against Individuals based on Their Sexual Orientation and Gender Identity”, UN Doc. A/HRC/19/41 (2011. 11. 17), paras.5–7, 34–37.

186) 요그야카르타 원칙, Principle 9; 요그야카르타 원칙 +10, Additional State Obligations, Principle 9; 유엔 난민기구 구금에 관한 지침.

1. 취약성 심사절차의 마련

가. 쟁점

국제인권규범은 자의적 구금을 금지하며,¹⁸⁷⁾ 구금이 자의적이지 않기 위해서는 법으로 정한 한도 내에서, 적법한 목적을 위해 그리고 개별 사건에 있어서 필수적이고 비례적일 경우에만 시행되어야 한다고 규정한다.¹⁸⁸⁾ 특히 이주 맥락에서 구금은 최후의 수단이어야 한다는 입장을 취한다.¹⁸⁹⁾ 이러한 배경에서 성소수자처럼 특수한 취약성을 지닌 개인의 구금은 그 자체로 지양해야 한다. 부득이하게 구금을 진행해야 한다면 구금 당국이 취약성을 파악해 구금의 필요성 및 비례성을 지속적으로 심사해야 하며, 구금이 진행되는 동안 적절한 처우를 제공해야 한다.

취약성 심사(vulnerability screening) 혹은 위험 평가(risk assessment) 등 절차는 구금을 시행할 때 그리고 구금 내에서 피구금인의 특수한 취약성을 파악하고 이에 따라 구금의 지속 여부 및 구금 내 처우를 결정하는 도구이다. 국제기구 및 시민사회는 이러한 심사의 도입을 권장하며 일부 해외 국가에서는 이를 도입하고 있는 것으로 파악된다.

대한변호사협회의 2022년 실태조사에 의하면 국내 외국인보호시설의 경우, 일차적으로 보호를 의뢰한 출입국사무소의 보고에 따라 성소수자임을 식별하고, 입소 시 이차적으로 설문 작성 및 신분증 등을 통한 육안으로 성별 확인 등의 식별을 진행하는 것으로 보이나, 별도의 체계적인 절차는 마련하지 않은 것으로 보고된다.¹⁹⁰⁾

참고로 법무부는 2022년 4월, 화성외국인보호소에서 “인권친화적 개방형 보호시설”을 시범 운영하고 이를 확대, “보호외국인을 대상으로 개인별 특성에 따른 처우를 시범 실시할 계획”을 밝힌 바 있다.¹⁹¹⁾ 인권위원회의 2022년 개선 권고에 의하면¹⁹²⁾ “개방형 외국인보호시설”은¹⁹³⁾ 입소 대상자의 분류 및

187) 대표적으로 유엔 자유권규약 제9조 등.

188) 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 지침 4: 18, 21항; UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, “General Comment No. 2 on the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families”, UN Doc. CMW/C/GC/2 (2013. 8. 28.), paras.23, 46.

189) 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 지침 4: 34, 39항.

190) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 188-189.

191) 법무부 보도자료, “인권친화적 개방형 보호시설로 탈바꿈한 화성외국인보호소 - 법무부장관, 화성외국인보호소 현장 점검 -”, 출입국·외국인정책본부 이민조사과, https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1649325160789100, (2022. 4. 7.).

192) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고.

193) 다만 이는 국제인권기준에 의하면 실질적인 “개방형” 시설보다는 “완화경비시설”에 해당한다고 볼 여지가 상당하다. 위의 글, 32-33; 추가적인 논의는 다음 참조. 이상현, “이른바 ‘개방형 외국인보호시설’의 운영현황과 문제점”, 대안적 외국인 보호시설의 운영현황과 개선방안 토론회, 국가인권위원회, 대한변호사협회, 유엔난민기구 공동주최 (2023. 2. 22. 발표).

선정 시 고려사항에서 성적지향을 언급하고는 있다고 보고된다. 하지만 인권위원회는 분류심사 기준 및 심사 결과에 대한 불복절차, 재심사 등에 관한 규정 등이 마련되어 있지 않음을 지적했다.¹⁹⁴⁾ 나아가 분류심사에 있어서 적정인원의 외부 위원이 포함된 분류심사 위원회를 운영할 것, 분류심사에서 외부 전문가 의견 수렴, 보호외국인과의 면담 절차, 회의록 작성 및 정기적인 재심사 규정 마련, 심사의 결과와 이유를 당사자가 이해할 수 있는 언어로 서면 통지, 심사 결과에 대한 불복 기회 제공 등을 권고했다. 특히 성소수자의 분류심사에 관하여는 타 보호외국인과의 무조건적인 격리를 지양하고 당사자의 의사를 반영하는 절차를 마련할 것, 그리고 분류심사의 모든 기준을 공개할 것을 권고했다.¹⁹⁵⁾

또한 국내법은 교정시설에 있어서는 수형자의 개별적 특성에 알맞은 처우를 위해 수형자에 대한 분류 심사를 진행, 이를 토대로 개별처우계획을 수립하는 규정 및 정책을 두고 있으므로 참고가 가능할 것이다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제56조의3(피보호자 인권의 존중 등) [...]

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 피보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인인 경우에는 특별히 보호하여야 한다.

1. 환자
2. 임산부
3. 노약자
4. 19세 미만인 사람
5. 제1호부터 제4호까지에 준하는 사람으로서 지방출입국·외국인관서의 장이 특별히 보호할 필요가 있다고 인정하는 사람

④ 제3항에 따른 보호를 위한 특별한 조치 및 지원에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙 제4조(외국인의 보호 등) ① 청장등은 외국인을 보호시설에 보호할 때에는 보호시설 안에 근무하는 출입국관리공무원(이하 “담당공무원”이라 한다)에게 보호명령서 발급확인 등에 의하여 그 외국인의 보호가 적법한지를 확인하도록 하고, 다른 출입국·외국인청, 출입국·외국인사무소 또는 출장소로부터 의뢰받은 외국인을 보호할 때에는 담당공무원에게 보호명령서 사본과 보호의뢰서를 송부받은 후 입소 시키도록 하여야 한다. [...]

⑤ 청장등은 법 제56조의3제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 보호외국인에 대해서는 특별보호를 위하여 전담공무원을 지명하여야 한다.

⑥ 제5항에 따라 지명된 전담공무원은 해당 보호외국인을 2주일에 1회 이상 면담하여야 하며, 면담 결과 방 배정, 교육, 운동, 급식, 진료 등에 있어서 특별한 조치가 필요하다고 판단되는 경우 이를 문서로 청장 등에게 보고하여야 한다.

194) 국가인권위원회 2022년 방문조사 권고, 35-36.

195) 위의 글, 4-5.

외국인보호규칙 시행세칙 제6조(특별보호대상 보호외국인을 위한 전담공무원 지명) 청장등은 보호규칙 제4조제5항에 따라 출입국관리법 제56조의3제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 보호외국인을 특별히 보호하기 위해 3년 이상의 근무경력이 있는 출입국관리공무원을 지명하되, 되도록이면 외국인 보호 경험이 있거나 심리학 상담 등을 전공한 직원을 우선적으로 지명하여야 한다.

형집행법

제56조(개별처우계획의 수립 등) ① 소장은 제62조의 분류처우위원회의 의결에 따라 수형자의 개별적 특성에 알맞은 교육·교화프로그램, 작업, 직업훈련 등의 처우에 관한 계획(이하 “개별처우계획”이라 한다)을 수립하여 시행한다.

② 소장은 수형자가 스스로 개선하여 사회에 복귀하려는 의욕이 고취되도록 개별처우계획을 정기적으로 또는 수시로 점검하여야 한다. [...]

③ 수형자에 대한 처우는 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 교정성적에 따라 상향 조정될 수 있으며, 특히 그 성적이 우수한 수형자는 개방시설에 수용되어 사회생활에 필요한 적절한 처우를 받을 수 있다.

제59조(분류심사) ① 소장은 수형자에 대한 개별처우계획을 합리적으로 수립하고 조정하기 위하여 수형자의 인성, 행동특성 및 자질 등을 과학적으로 조사·측정·평가(이하 “분류심사”라 한다)하여야 한다. 다만, 집행할 형기가 짧거나 그 밖의 특별한 사정이 있는 경우에는 예외로 할 수 있다.

② 수형자의 분류심사는 형이 확정된 경우에 개별처우계획을 수립하기 위하여 하는 심사와 일정한 형기가 지나거나 상벌 또는 그 밖의 사유가 발생한 경우에 개별처우계획을 조정하기 위하여 하는 심사로 구분한다.

③ 소장은 분류심사를 위하여 수형자를 대상으로 상담 등을 통한 신상에 관한 개별사안의 조사, 심리·지능·적성 검사, 그 밖에 필요한 검사를 할 수 있다.

④ 소장은 분류심사를 위하여 외부전문가로부터 필요한 의견을 듣거나 외부전문가에게 조사를 의뢰할 수 있다.

⑤ 이 법에 규정된 사항 외에 분류심사에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(분류처우위원회) ① 수형자의 개별처우계획, 가석방심사신청 대상자 선정, 그 밖에 수형자의 분류처우에 관한 중요 사항을 심의·의결하기 위하여 교정시설에 분류처우위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 위원장을 포함한 5명 이상 7명 이하의 위원으로 구성하고, 위원장은 소장이 되며, 위원은 위원장이 소속 기관의 부소장 및 과장(지소의 경우에는 7급 이상의 교도관) 중에서 임명한다.

③ 위원회는 그 심의·의결을 위하여 외부전문가로부터 의견을 들을 수 있다.

④ 이 법에 규정된 사항 외에 위원회에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

형집행법 시행령 제84조(수형자의 처우등급 부여 등) ① 법 제57조제3항에서 “교정성적”이란 수형자의 수용생활 태도, 상벌 유무, 교육 및 작업의 성과 등을 종합적으로 평가한 결과를 말한다.

② 소장은 수형자의 처우수준을 개별처우계획의 시행에 적합하게 정하거나 조정하기 위하여 교정성적에 따라 처우등급을 부여할 수 있다.

③ 수형자에게 부여하는 처우등급에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

형집행법 시행규칙

제63조(분류심사 사항) 분류심사 사항은 다음 각 호와 같다.

1. 처우등급에 관한 사항
2. 작업, 직업훈련, 교육 및 교화프로그램 등의 처우방침에 관한 사항
3. 보안상의 위험도 측정 및 거실 지정 등에 관한 사항
4. 보건 및 위생관리에 관한 사항

5. 이송에 관한 사항
6. 가석방 및 귀환심사에 관한 사항
7. 석방 후의 생활계획에 관한 사항
8. 그 밖에 수형자의 처우 및 관리에 관한 사항

제65조(재심사의 구분) 개별처우계획을 조정할 것인지를 결정하기 위한 분류심사(이하 “재심사”라 한다)는 다음 각 호와 같이 구분한다.

1. 정기재심사: 일정한 형기가 도달한 때 하는 재심사
2. 부정기재심사: 상벌 또는 그 밖의 사유가 발생한 경우에 하는 재심사

제69조(분류조사 사항) ① 신입심사를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 조사한다.

1. 성장과정
2. 학력 및 직업경력
3. 생활환경
4. 건강상태 및 병력사항
5. 심리적 특성
6. 마약·알코올 등 약물중독 경력
7. 가족 관계 및 보호자 관계
8. 범죄경력 및 범행내용
9. 폭력조직 가담여부 및 정도
10. 교정시설 총 수용기간
11. 교정시설 수용(과거에 수용된 경우를 포함한다) 중에 받은 징벌 관련 사항
12. 도주(음모, 예비 또는 미수에 그친 경우를 포함한다) 또는 자살기도(企圖) 유무와 횟수
13. 상담관찰 사항
14. 수용생활태도
15. 범죄피해의 회복 노력 및 정도
16. 석방 후의 생활계획
17. 재범의 위험성
18. 처우계획 수립에 관한 사항
19. 그 밖에 수형자의 처우 및 관리에 필요한 사항

② 재심사를 할 때에는 제1항 각 호의 사항 중 변동된 사항과 다음 각 호의 사항을 조사한다.

1. 교정사고 유발 및 징벌 관련 사항
2. 제77조의 소득점수를 포함한 교정처우의 성과
3. 교정사고 예방 등 공적 사항
4. 추가사건 유무
5. 재범의 위험성
6. 처우계획 변경에 관한 사항
7. 그 밖에 재심사를 위하여 필요한 사항

제70조(분류조사 방법) 분류조사의 방법은 다음 각 호와 같다.

1. 수용기록 확인 및 수형자와의 상담
2. 수형자의 가족 등과의 면담
3. 검찰청, 경찰서, 그 밖의 관계기관에 대한 사실조회
4. 외부전문가에 대한 의견조회
5. 그 밖에 효율적인 분류심사를 위하여 필요하다고 인정되는 방법

분류처우 업무지침

제71조(조정된 경비처우급 고지 등) ① 신입심사 또는 재심사에 따라 분류처우위원회에서 경비처우급이 결정되거나 조정된 경우에 담당자는 [별지 제10호 서식]의 「경비처우급 조정자 명단」을 분류심사과장의 결재를 거친 후 관련 부서에 통보한다.

② 소장은 제1항에 따라 경비처우급이 결정되거나 조정된 때에는 이를 해당 수형자에게 고지하고 처우등급이 반영된 수형자 번호표를 지급하여야 한다.

제117조(위원회 구성) ① 법 제62조의 위원회는 위원장을 포함한 5인 이상 7인 이하의 위원으로 구성하고, 위원장은 소장이 되며, 위원은 소속 기관의 부소장 및 과장(지소의 경우에는 7급 이상 교도관) 중에서 임명한다.

② 제1항의 위원장과 위원의 임기는 해당 직위의 보직기간 동안으로 한다.

③ 위원장은 위원회의 사무를 처리하기 위하여 분류심사·재심사·가석방담당자 중에서 시행규칙 제100조의 간사를 둔다.

④ 제3항의 간사는 위원회의 회의록을 작성하여 유지한다.

법무부 성소수자 수용처우 및 관리 방안(수정) 2020. 04. 20.

VI. 성소수 수용자 처우 가이드라인(수정)

□ 처우의 기본 원칙

- 수용동 및 거실지정, 운동·목욕, 동행 등 처우 관련 성소수 수용자 본인 의견 수렴
- 성소수 수용자의 성(性) 정체성 존중을 바탕으로 다른 수용자 및 근무자의 편견과 유형·비유형적 폭력으로부터 보호

□ 처우별 가이드라인

- 입소 및 성소수 수용자 처우 대상 결정 절차
 - 수용자 입소 시 성소수자로 인지한 경우 다른 수용자와 즉시 분리, 개별 상담을 통한 수용자 본인의 진술과 의견을 청취, 당직교감에게 상담결과 보고, 거실지정, 고충처리팀, 의료과 등 관련 부서에 통보
 - 평일 주간의 경우 수용자와의 상담결과, 의무관 진료 등을 종합적으로 고려하여 성소수 수용자 처우 대상 여부 결정, 야간 또는 휴일 등 의무관 진료가 어려운 경우 수용자의 진술·범죄개요 등 관련사항을 확인 후 분리수용하고, 추후 지체없이 의무관 진료를 실시한 후 성소수 수용자 처우 대상 여부 결정
 - 성소수 수용자 처우 여부가 수용자 본인의 의견과 상반되는 등 필요한 경우 외부의료시설 비뇨기과, 산부인과, 정신과 전문의 진료·상담 등 외부 전문가 의견을 고려하여 결정
 - 신체 및 소지품 검사, 환복, 목욕 등 신입수용자 입소절차는 수용자의 의견과 성(性) 정체성, 신체적 성(性) 등을 종합적으로 고려하여 그에 상당한 근무자가 실시

○ 관련 국제인권기준

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 4: 구금은 자의적이지 않아야 하며, 모든 구금 결정은 개인의 특정한 상황 평가를 바탕으로 이루어져야 한다

18. [...] 국제법은 불법적 (지침 3 참조) 그리고 자의적 구금으로부터의 실질적 보호조치를 규정하고 있다. “자의성”은 불법성분 아니라 부적절성, 부당성, 예측가능의 부재 등 요소까지 포함해 광범위하게 해석되어야 한다. 자의성을 방지하기 위해 모든 구금은 개별 사건에 있어서 필요성이 존재해야 하며, 모든 상황을 고려했을 때 합리적이고 합법적인 목적에 비례하는 상당성이 있어야 한다 (지침 4.1과 4.2 참조). 이에 더해 강압성 혹은 침해성의 강도가 낮은 수단에 대한 고려가 없었다면 이 또한 자의적 구금이 될 수 있다 (지침 4.3 참조).

19. 기본권의 보장으로서, 구금 결정은 구금의 필요성에 대한 세부적, 개별적 평가를 기반으로 해야 하며, 합법적인 목적을 따라야 한다. 이런 맥락에서 적절한 심사 혹은 평가 도구는 의사결정자를 도울 수 있으며, 이때 비호신청자의 특수한 상황이나 특정 범주에 해당하는 비호신청자의 특수한 필요성을 고려해야 한다 (지침 9 참조). [...]

요그야카르타 원칙 제9조 자유를 박탈당한 모든 사람은 누구든지 인도적으로, 그리고 모든 인간에게 내재적인 존엄성을 존중하는 처우를 받아야 한다. 성적지향과 성별정체성은 모든 개인의 존엄성을 구성하는 필수적인 요소이다.

국가는:

- A. 개인의 구금이 당사자의 성적지향 혹은 성별정체성을 이유로 추가적인 주변화를 초래하거나 폭력, 부당한 처우 혹은 신체적, 정신적, 성적 학대의 위험에 노출되지 않도록 보장해야 한다. [...]
- C. 모든 수형자가 성적지향 및 성별정체성에 적절한 구금시설 배치의 결정에 가능한 한 참여할 수 있도록 보장해야 한다.

요그야카르타 원칙 +10 제9조

국가는:

- I. 다양한 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 지닌 모든 개인의 필요와 권리를 반영하는 자유를 박탈당한 사람의 구금 내 배치와 처우에 관한 정책을 도입 및 시행해야 하며, 모든 당사자가 구금시설의 배치에 관한 결정에 참여할 수 있도록 보장해야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2019. 3. 20.자 결정 17진정0726700 성전환 수용자에 대한 차별 및 인권침해 등 “개정된 「수용관리 및 계호업무 등에 관한 지침」 제39조(성소수자의 처우) 제3항은 성소수 수용자의 성적 정체성에 적합한 수용동에 독거수용하도록 규정하고 있지만 구체적 기준과 절차가 마련되어 있지 않다. 성전환 수용자의 의사를 충분히 고려하고 외부 전문가 등이 참석하는 협의체를 구성하여 수용동과 독거수용의 필요성 여부에 대해서 결정하는 방안도 적극적으로 고려해볼 만하다.”

다. 검토

이주구금 내 성소수자의 권익을 보호하고 정당한 처우를 보장하기 위해서는 우선적으로 체계적인 취약성 심사의 마련이 선행되어야 할 것이다. 현행 체계도 이미 환자, 임산부 등 특별히 보호할 필요가 있다고 인정하는 사람에게는 특별한 조치와 지원을 적용하도록 규정을 두고 있다. 그러나 성소수자는 특별보호의 대상으로 명시하고 있지 않으며 나아가 특별보호 대상을 인지, 심사 및 분류하는 기준이 미흡하다. 구금 결정 시 대상의 취약성에 관한 체계적인 심사의 부재는 자의적 구금으로 이어질 수 있을 뿐 아니라 구금 내에서의 적절한 처우 계획 수립에도 영향을 미친다.

국내 교정시설은 개별처우계획을 수립하기 위해 분류심사를 진행하고, 관련 중요 사항을 심의 및 의결하기 위해 분류처우위원회를 운영하고 있다. 다만 이주구금은 행정적 조치이며 처벌 및 수형을 위한

제도가 아니므로,¹⁹⁶⁾ 교정시설 분류심사와 동일한 관리대상으로서 분류와 위험 관리보다는 피구금인의 인권 보호를 위한 취약성의 인지와 이에 따른 처우를 정하기 위한 취약성 심사 절차를 구비하는 것이 적절할 것이다.

나아가 성소수자는 생존을 위해 정체성을 은폐하는 경향이 있으며 본인의 정체성을 언어화하지 못하는 경우 또한 있다. 이러한 장벽을 고려했을 때 취약성 심사 절차는 최소한 1) 성소수자 정체성을 취약성의 일부로 명시하고, 2) 심사에서 당사자가 의견을 개진하거나 재심사를 요청할 수 있도록 하며, 3) 심사 주체의 전문성을 보장하기 위한 성소수자 인권 교육의 의무화, 4) 심사의 공정성과 투명성을 보장하기 위한 심사 기준 공개 및 구금시설 외부의 전문가에 의한 감시 등을 명시해야 할 것이다.

국내 취약성 심사의 절차 제작에서 참고할 수 있는 예시는 다음과 같다:

○ 유엔난민기구 및 국제구금연맹 공동제작 취약성 심사 도구¹⁹⁷⁾

세계 각국의 이주구금 비정부기구의 연결망인 국제구금연맹(International Detention Coalition, IDC)과 유엔난민기구에서 제작한 취약성 심사 도구. 당사자와의 면담을 통해¹⁹⁸⁾ 취약성을 파악하며 위험에 노출될 가능성에 따라 개입 필요성을 저, 중, 고로 분류한다. 이 내용을 기반으로 1) 구금 대안(alternative to detention, ATD)을 포함해 가능한 제한적이지 않은 구금 배정의 고려; 2) 적용가능한 지원 체계의 고려; 3) 당사자의 회복성(resilience) 강화 방안의 고려; 4) 최종 결정을 내리는 절차를 제한한다.

특히 성소수자의 경우, 안전을 위해 본인의 정체성을 숨기는 경향이 있으므로 취약성 판단이 어려울 수 있음을 강조한다. 당사자가 자발적으로 정체성을 공개하고 지원을 구하기 위해서는 1) 당사자가 안전과 신뢰감을 느낄 수 있어야 하며; 2) 담당관과 지원제공자가 관련 문화적 감수성을 보유하고 성소수자 당사자와 그 가족구성원을 공개적으로 지지해야 한다고 언급한다.

○ 영국 내무부 이주구금 내 위험에 노출된 성인 정책¹⁹⁹⁾

영국 이주구금 체계는 개인이 구금되거나 혹은 구금이 지속될 경우 특히 위해에 취약할 것인지 여부를 판단하는 “위험에 노출된 성인”(adults at risk, AAR) 정책을 시행하고 있다.²⁰⁰⁾ 당사자의 주장, 의료적 및

196) “출입국 관련 사유로 인한 비호신청자의 구금은 본질적으로 징벌적이어서는 안 된다.” 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 지침 8: 48항 (iii).

197) UNHCR & International Detention Coalition, “Vulnerability Screening Tool, Identifying and Addressing Vulnerability: A Tool for Asylum and Migration Systems” (2016).

198) 유엔난민기구에서는 당사자와의 면담 및 점검표를 이용한 보호대상자의 위험 요소를 판단하는 도구를 제작한 바 있다: UNHCR, “Heightened Risk Identification Tool”, Ver.2 (2010. 6.); UNHCR, “Heightened Risk Identification Tool (User Guide)”, Ver.2 (2010. 6.); 유럽연합 또한 당사자의 취약성을 파악할 수 있는 지표와 취약성에 따라 고려해야 하는 필요성을 제시하는 온라인 도구를 운영하고 있다. European Union Agency for Asylum, “Tool for Identification of Persons with Special Needs” <https://ipsn.eu/ipsn-tool> (2025. 5. 27. 확인).

199) UK Home Office, “Adults at Risk in Immigration Detention”, Ver.10.0. (2024. 5. 21. 갱신) [“영국 내무부 AAR 법정 지침”]; UK Home Office, “Detention Services Order 08/2016, Management of Adults at Risk in Immigration Detention”, Ver.6.1. (2024. 12. 갱신) [“영국 내무부 AAR 관리 구금운영명령”].

200) 내무부가 관련 지침을 수립하도록 2016년 이민법을 통해 규율하고 있다. UK Immigration Act 2016 (UK Public General Acts 2016 c. 19), Section 59; 영국 내무부 AAR 법정 지침, 5-6; 영국 내무부 AAR 구금운영명령, paras.11-12.

전문적 증거, 시설 직원의 관찰 등을 기반으로 당사자가 구금 내에서 특히 위해에 취약하다고 판단되면 위험 평가를 진행한다. 이때 당사자가 위해에 취약한지 여부를 나타내는 위험 요소(risk factors) 중에는 트랜스젠더 및 인터섹스 정체성이 포함된다.²⁰¹⁾ 위험 평가는 당사자가 겪을 수 있는 위해의 가능성을 뒷받침하는 증거를 그 종류에 따라 차등적인 효력(weight)을 주어 분류하고,²⁰²⁾ 이를 이민통제 요소 등과 비교해 평가하는 방식으로 진행한다.²⁰³⁾

취약성 심사와 위험 평가는 당사자가 이주구금시설 입소 전 수용실(holding room)에서 대기하는 동안 내무부 구금예방관리팀(Detention Gatekeeper Team)²⁰⁴⁾이 구금의 적절성을 판단하는 구금 초기 단계에서부터 이주구금시설 입소 후 48시간 내에 진행하는 내무부 구금관계팀(Detention Engagement Team, DET)²⁰⁵⁾과의 구금 안내 면담, 입소 후 2시간 내에 진행하는 의료전문가에 의한 상담 및 24시간 내에 진행하는 건강검진 단계에서 등 계속적으로 진행한다.²⁰⁶⁾

당사자의 취약성 혹은 위해의 가능성에의 변동을 발견한 경우, 구금시설은 취약한 성인 처우 계획(Vulnerable Adult Care Plan, VACP)을 수립한다. 계획의 수립에는 다부서간(multi-disciplinary) 접근법을 적용하며, 피구금인 당사자의 상황과 필요성에 따라 구금시설, 사례관리자, 구금관계팀, 종교담당관, 의료진, 복지담당관, 피구금인 당사자 등이 참여할 수 있다. 처우 계획에는 일반적인 처우 기준을 일괄적으로 적용해서는 안 되며, 당사자의 특수한 필요성을 반영하는 추가적인 지원 및 처우의 합리적인 조정을 명시해야 한다. 처우의 조정 예시로는 시설 배정, 장애 보조기구 등 제공, 추가적인 일대일 면담, 의료적 지원 등이 언급된다.²⁰⁷⁾

○ 캐나다 이주구금 내 취약한 개인 정책

캐나다 이민난민시민부(Immigration, Refugees and Citizenship Canada, IRCC)의 구금 운영지침은²⁰⁸⁾ “구금이 특히 고난을 초래할 수 있는 개인”인 취약한 개인(vulnerable persons)에 대하여는 공공의

201) 이외에도 심각한 신체적 장애, 심각한 신체적 건강 상태 혹은 질병(특화된 치료를 받고 있는 심각한 질환이 있는 경우 등), 정신건강 상태, 고문 경험, 인신매매 혹은 현대노예제 경험, 연령, 임신 여부 등을 포함한다. 성적 지향은 위험 요소로 명시되지는 않으나, 해당 위험 요소의 목록은 제한적인(exhaustive) 목록은 아니며, 구금 될 경우 당사자를 취약하게 만들 수 있는 요소를 전부 위험 요소로 봐야 한다고 강조한다. 영국 내무부 AAR 법정 지침, 6-14; 영국 내무부 AAR 구금운영명령, paras.13-14.

202) 증거와 위해의 가능성은 1단계에서 3단계로 구분한다: 1단계는 당사자에 의한 위험 요소의 자기선언; 2단계는 당사자가 구금 내에서 위험에 노출될 수 있다는 전문적 증거 (예를 들어 사회복지사, 의료종사자, 비정부기구 의견) 혹은 공식 문서상의 증거; 3단계는 당사자가 구금 내에서 위험에 노출될 가능성이 높다는 전문적 증거 혹은 공식 문서상의 증거 등. 영국 내무부 AAR 법정 지침, 15-16; 영국 내무부 AAR 구금운영명령, paras.19-23.

203) 이민통제 요소(immigration control factors)로는 구금의 기간(퇴거가 얼마나 신속히 가능한지 등), 공공 안전(범죄 경력, 국가안보 등), 이민법 준법 여부(자발적 출국 의사, 협조 여부, 무단이탈 여부 등) 등을 고려한다. 영국 내무부 AAR 법정 지침, 20-22.

204) 2016년 6월 신설된 내무부 산하의 독립적인 팀으로, 이주구금이 개시되기 전에 구금의 적법성 및 적절성을 판단하는 업무를 담당한다. UK Home Office, “Detention: General Instructions”, Ver.3.0. (2023. 9. 28.), 30.

205) 내무부 이민집행국(Home Office Immigration Enforcement) 소속으로 시설마다 담당관을 배치하며, 전반적으로 피구금인과의 직접적인 소통을 담당한다. 영국 내무부 AAR 구금운영명령, para.5.

206) 영국 내무부 AAR 법정 지침, 25-26; 영국 내무부 AAR 구금운영명령, paras.25-42.

207) 영국 내무부 AAR 구금운영명령, paras.50-61; 영국 내무부 AAR 구금운영명령 Annex B, Vulnerable Adult Care Plan, Ver.1.3.

208) Immigration, Refugees and Citizenship Canada, “Operational Manual, Enforcement (ENF) 20: Detention” (2023. 1. 16. 갱신) [이하 “캐나다 IRCC 구금 운영지침”]; 캐나다의 이주구금은 크게 국경관리국(CBSA)이 직접 운영하는 이주구금시설(Immigration Holding Centres, IHC)과 주정부가 운영하는 주정부 교정시설(provincial correctional facilities)에서 진행하며, 후자의 경우 후술할 구금 위험 평가에서 범죄 성향이 높다고 여겨지는 당사자를 구금하는 것으로 파악된다. 캐나다 IRCC 구금 운영지침, 26-27, 36.

위험이 존재하지 않는 경우 구금을 가능한 한 피하는 원칙을 적용할 것을 강조하며, 취약한 개인의 예시로 “성적 혹은 성별 기반 사유로 인해 고난을 경험할 수 있는 개인”을 언급한다.²⁰⁹⁾ 캐나다 국경관리국(Canada Border Services Agency, CBSA)의 이주구금기준²¹⁰⁾ 또한 동일한 정의를 적용하며 취약한 개인의 구금은 최후의 수단으로만 고려하고, 구금이 반드시 필요하다면 그 기간이 가능한 한 짧아야 한다는 원칙을 두고 있다. 또한 구금 내 취약한 개인에 대하여는 그 신체적 및 정신적 안녕을 보장하기 위해 추가적인 관리와 지원을 신중하게 적용할 것을 강조한다. 이 기준은 구금 내 성소수자 관련 기준과 병행해 적용한다.²¹¹⁾ 캐나다의 구금 정책은 피구금인이 겪을 수 있는 위험, 취약성 요소, 그리고 타 피구금인, 직원, 시설 및 공공에 대한 안전과 보안을 고려해 당사자를 분류하여 관리한다. 이 분류 및 배정 과정은 투명하고 객관적이며 문서화되어야 하며, 온전히 정당화가 가능해야 한다. 이를 위해 담당관은 구금 위험 평가(National Risk Assessment for Detention, NRAD)를 진행한다.²¹²⁾ 구금 위험 평가는 당사자의 형사범죄기록, 범죄와의 연관성, 구금 탈주 시도 등 당사자가 초래할 수 있는 위험 요소와 동시에 당사자의 취약성을 파악하여 시설 배정을 고려한다. 이때 절차적 형평성을 위해 구금 위험 평가의 결과 그리고 특히 당사자가 초래할 수 있는 위험 요소 및 취약성 중 무엇이 결정에 영향을 미쳤는지가 공유되어야 하며, 당사자가 이에 대해 의견을 제시하거나 새로운 정보를 제공할 수 있는 기회가 제공되어야 한다. 그 결정은 구금 위험 평가, 피구금인의 의료필요성, 개인적 경험 및 행위(이민법 준수 및 협조 포함), 피구금인과의 면담 내용 등을 총체적으로 고려해 내려야 한다.²¹³⁾ 또한 구금 위험 평가는 새로운 사건이나 정보가 나타남에 따라 동적으로, 그리고 지속적으로 재검토를 진행해야 한다. 재검토는 피구금인이 신청할 수도 있다.²¹⁴⁾ 한편 캐나다 이민난민보호규정(Immigration and Refugee Protection Regulation)은 구금과 구금 해제 결정에서 고려해야 할 요소를 명시하고 있다.²¹⁵⁾ 구금 지속의 적절성과 해제 여부를 판단하는 구금 심사(detention review)는 캐나다 이민난민위원회(Immigration and Refugee Board of Canada)에서 담당하는데, 위원회는 구금 심사에서 당사자의 취약성을 고려해야 한다는 지침을 두고 있다.²¹⁶⁾ 특히 당사자의 취약성이 파악되면 위원회에게는 구금 대안의 적용을 고려할 높은 단계의 의무(heightened obligation)가

209) 취약한 개인의 다른 예시로는 임신 중이거나 모유 수유 중인 여성, 18세 미만 미성년자, 심각한 질환을 앓고 있거나 장애를 지닌 사람, 거동이 제한적인 사람, 정신 질환을 앓고 있다고 의심되거나 진단받은 사람, 인신매매 생존자, 성별기반폭력(gender-based violence) 생존자 등을 포함한다. 지침은 또한 해당 예시의 목록은 제한적이지 않다고 강조한다. 위의 글, 24.

210) Canadian Border Services Agency, “National Immigration Detention Standards” [이하 “캐나다 CBSA 이주구금기준”]
<https://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/standards-normes/menu-eng.html>
(2025. 5. 27. 확인) Chap.4.0: Care (2025. 3. 13. 갱신) 참조.

211) 캐나다 CBSA 이주구금기준, Chap.4.8 Vulnerable Persons 참조.

212) 캐나다 CBSA 이주구금기준, Chap.6.0: Administration and Management (2025. 4. 9. 갱신) 6.1.3. & 6.1.5.

213) 이러한 기회가 제공되지 않았다면 그 이유를 위험 평가 서식에 기록해야 한다. 캐나다 IRCC 구금 운영지침, 33-36; 캐나다 CBSA 이주구금기준, Chap.6.1.5(2)(a).

214) 새로운 정보가 발견되거나 상황이 변동될 때마다 재검토를 진행하며, 주정부교정시설 구금의 경우 최소한 60일 에 1회 진행해야 한다. 캐나다 IRCC 구금 운영지침, 37.

215) 명시되는 요소로는 구금의 사유, 구금의 기간, 구금이 지속될 경우의 기간을 결정할 때 도움이 되는 모든 요소, 구금 당국 혹은 당사자에 의한 이유 없는 지연 혹은 부주의, 구금 대안의 가능 여부, 구금에 직접적으로 영향을 받는 18세 미만 아동 최선의 이익이 있다. Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, Section 248.

216) Canada Immigration and Refugee Board, “Chairperson Guideline 2: Detention” (2021. 4. 갱신), para.1.1.11.

부과되며, 구금 심사를 신속하게 진행할 것이 권장된다.²¹⁷⁾ 또한 위원회는 구금 심사에서 당사자의 장애 여부, 취약성 혹은 개인적 특성을 고려해 합리적인 절차상 편의(procedural accommodations)를 반드시 제공해야 한다. 이때 취약성에는 성적지향, 성별정체성 및 성별표현, 성특징이 포함된다.²¹⁸⁾

라. 소결

- ✓ 특수한 취약성을 가진 사람의 구금은 그 자체로 지양해야 한다. 부득이하게 구금을 진행해야 한다면 구금 당국이 취약성을 파악해 구금의 필요성 및 비례성을 지속적으로 심사하여야 하며, 구금이 진행되는 동안 적절한 처우를 제공해야 한다.
- ✓ 취약성은 제도적으로 정의되어야 하고, 취약성의 정의는 성소수자 정체성(성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징)을 포함해야 한다.
- ✓ 체계적인 취약성 심사 절차를 전달하는 위원회를 마련하고, 위원 중 구금시설 외부의 성소수자 인권 전문가를 포함시켜야 한다. 취약성 심사는 구금의 필요성 및 비례성을 심사하고 구금 대안의 가능성을 검토하며 구금이 불가피할 경우, 보호외국인의 취약성에 따라 특수한 처우 계획을 수립해야 한다. 또한 취약성 심사는 구금 초기 단계부터 구금이 해제될 때까지 계속적으로 진행해야 한다.
- ✓ 취약성 심사에는 보호외국인 본인의 의견이 반영되어야 하며, 불복 및 재심사 절차가 마련되어야 한다. 처우 계획의 수립 과정에서도 당사자가 의견을 개진할 수 있어야 한다.
- ✓ 투명성과 공정성을 위해 취약성 심사의 기준과 절차는 공개되어야 하며, 구금시설 외부의 전문가, 인권단체 등에 의한 감시가 지속적으로 진행되어야 한다.

2. 성별정체성 등에 따른 적절한 처우 보장

가. 쟁점

“성소수자”라는 범주는 균질한 집단이 아니며, 이에 해당하는 개인은 국적, 인종, 장애 등 여타 교차성을 지닐 뿐만 아니라 성소수자로서의 정체성조차도 가지각색이다. 구금 맥락에서 특히 성별정체성, 성별표현 및 성특징은 성적지향과는 별도의 세부적인 처우 정책을 필요로 하며, 이는 트랜스젠더, 인터섹스, 논바이너리 등 다양한 정체성을 지닌 개인의 안전과 권익 보장에 직결된다. 관련 의제로는 피구금인의 신체 수색, 방 배정, 세면시설 및 화장실 사용, 의복 등이 존재한다.

국내 법령은 신체 수색 및 방 배정에 관하여서는 “성적(性的) 소수자”를 명시하고 있으나, 그 외의 보호외국인의 구금과 관련한 사항은 규정하고 있지 않다. 2022년 대한변호사협회의 실태조사에 의하면

217) 위의 글, paras.5.1.4-5.1.7.

218) 제공되는 편의에는 절차의 우선적인 진행, 절차에 가족, 친지, 사회복지사, 법률조력인 등이 동행할 수 있도록 배려, 가능한 한 신속한 결정 등이 있다. Canada Immigration and Refugee Board, “Chairperson’s Guideline 8: Accessibility to IRB Proceedings — Procedural Accommodations and Substantive Considerations” (2023. 10. 31.), paras.9.1-10.2.

2019년 1월부터 2022년 6월 사이 화성, 청주 및 여수 외국인보호소에 입소했으며 성소수자로 파악된 피구금인 105명 중 104명은 트랜스젠더였다. 방 배정의 경우, 트랜지션 여부와 피구금인이 정체화하는 성별정체성 등을 고려하여 보호실을 배정하지만 전반적으로 특별보호실이나 가족실에 우선적으로 배정하고 있는 것으로 파악된다. 또한 화성 및 청주 외국인보호소의 경우, 입소 후 공무원과 생활 및 고충 면담을 진행하고 있다고 보고된다. 호르몬 투여 등 의료적 필요성에 관하여는 보고된 사례가 없었다.²¹⁹⁾

현행법에서 규정하는 부분과 방문조사 등을 통해 파편적으로 알려진 현황 외에 이주구금 체계가 트랜스젠더, 인터섹스 등 다양한 정체성을 지닌 피구금인에 관하여 구체적인 기준과 절차를 두고 있는지는 불분명하다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

외국인보호규칙 제6조(신체와 소지품 검사) ① 담당공무원은 법 제56조의5제1항에 따라 보호외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 보호외국인의 신체, 의류 및 소지품을 검사하여야 하며, 검사 결과 보호시설의 안전이나 질서유지를 해치거나 보호외국인의 안전과 건강 또는 위생을 해칠 우려가 있는 물건을 발견한 경우에는 별도의 장소에 보관하여야 한다.

1. 보호시설에 입소할 경우
 2. 외출, 진료, 운동 등으로 방을 나갔다가 다시 입실하는 경우
 3. 그 밖에 담당공무원이 보호시설의 안전과 질서유지를 위해 검사할 필요가 있다고 인정하는 경우
- ② 담당공무원은 보호외국인이 보호시설에 입소할 경우 다음 각 호의 사항을 관찰하거나 질문을 통하여 검사한 후 그 검사결과를 보호외국인기록표에 기록하여야 한다.

1. 키와 몸무게
2. 신체의 특징
3. 상처와 그 흔적
4. 질병 유무
5. 그 밖의 신체 이상 유무

③ 담당공무원은 제1항 및 제2항에 따라 검사를 마친 보호외국인에게 보호외국인용 제복을 입게 한다. 다만, 청장등은 임신하거나 부상을 입은 경우 등 부득이하다고 인정하는 경우에는 소지품검사를 마친 후 보호외국인 본인의 옷을 입게 할 수 있다.

④ 제1항 및 제2항에 따른 검사는 동성(同性)의 담당공무원이 하여야 한다. 다만, 동성(同性)의 담당공무원이 없는 경우에는 청장등이 지명하는 동성(同性)이 할 수 있으며, 보호외국인이 성적(性的) 소수자인 경우에는 본인의 의사를 존중하여 청장등이 지명하는 다른 성(性)의 사람이 할 수 있다.

제9조(방 배정) ① 보호시설의 방 배정은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 남자전용방
2. 여자전용방

219) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 188-189.

3. 독방

4. 환자·임산부, 성적(性的) 소수자 등을 위한 특별보호방

② 청장등은 보호외국인 중 남자는 제1항제1호의 남자전용방을, 여자는 제1항제2호의 여자전용방을 사용하게 하여야 한다. 다만, 14세 미만의 어린이나 성적 소수자 등 특별한 사정이 있다고 청장등이 인정하는 사람에 대해서는 그러하지 아니하다.

③ 청장등은 보호외국인의 국적, 성별, 종교, 질병 유무 등을 종합적으로 고려하여 방을 배정하여야 하며, 종교·생활관습·민족감정 등으로 인하여 다들 우려가 있는 보호외국인에 대해서는 보호시설이 허용하는 범위에서 분리하여 방을 사용하게 할 수 있다.

제10조(물품 사용허가와 보관) ① 보호외국인은 보호시설에서 생활하는 동안 다음 각 호의 물품을 소지하고 사용할 수 있다. 다만, 다른 보호외국인의 안전 또는 보호시설의 질서를 해칠 우려가 있거나 선량한 사회풍속에 반하는 물품은 제외한다.

1. 보호시설 생활에 필요한 의류
2. 필기구와 종이
3. 책·신문·잡지 및 편지
4. 가족사진
5. 화장품
6. 시력보정용 안경, 의치(義齒), 의수·의족 등 신체보조기구
7. 그 밖에 보호외국인에게 필요하다고 인정되는 물품

제13조(의류의 종류 및 착용 시기) ① 청장등은 보호외국인에게 다음 각 호에서 정한 의류를 대여하여 보호기간 동안 사용할 수 있게 하여야 한다.

1. 일상복: 남·여의 구분에 따른 겨울옷, 여름옷 및 봄·가을옷
2. 특수복: 환자복·임부복·방한조끼 등
3. 신발: 고무신·운동화·슬리퍼 등

법무부 성소수자 수용처우 및 관리 방안(수정) 2020. 04. 20.

VI. 성소수 수용자 처우 가이드라인(수정)

□ 처우별 가이드라인 [...]

○ 수용동 및 거실지정

- 수용동 지정 시 개별상담을 통한 성소수 수용자 본인의 의견·진술 기회 부여, 법률적 성별, 신체적 성(性), 다른 수용자로부터의 위해 우려 등을 종합적으로 고려하여 결정
- 거실지정 시 수용자의 의견을 고려하되 독거수용 원칙 예외적으로 혼거수용
- 성소수 수용자 거실 주변 통행 제한, 거실 출입문 시찰구와 창문을 통한 시선 노출 방지, 다만 수용자의 의견, 자살·자해 우려 등을 고려하여 결정 [...]
- ※ 성소수자 본인이 혼거수용을 요청하는 경우 해당 수용자의 개별적 특성, 교정사고 가능성 등을 종합적으로 검토하여 결정

○ 의료처우

- 성소수 수용자가 호르몬 투여 등으로 외부의료시설 진료를 요청하는 경우 의무관 진료·상담 등을 통해 필요성, 건강에 미치는 영향 등을 고려하여 결정
- ※ 자비부담으로 하는 호르몬 투여(교정시설 내)는 특별한 경우를 제외하고는 허용
- ※ 의료처우 등에 필요한 경우 본인 동의하에 입소 전 수술 또는 치료(호르몬 투여 등) 병원에 관련 사항 확인 [...]

○ 의류 및 생활용품 지급 등

- 수용자복 : 지정된 수용동 기준에 따라 평상복 지급, 다만 속옷·화장품 등은 해당 수용자의 의견, 성

(性) 정체성 등을 고려하여 필요한 물품 지급

- 생활용품, 영치품, 자비구매물품, 소송 서류 등 교부 시 담당직원이 직접 전달하고, 속옷 등 이성의 물품이 다른 수용자와 수수하는 사례가 없도록 주의

○ 운동, 목욕, 접견(전화), 이발 및 동행 등

- 성소수 수용자 본인의 의견 및 다른 수용자로부터의 위해 우려 등을 고려하여 단독 동행 및 개별 실시 [...]

○ 거실 및 신체검사

- 성적 수치심을 느끼지 않도록 감독자 입회
- 신체검사 시 반드시 2명의 직원이 입회
- 거실 검사 시 허가 품목을 사전 숙지 후 검사

○ 관련 국제인권기준

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 8: 구금 환경은 인도적이어야 하며 존엄성을 지켜야 한다

48. 구금이 될 경우, 비호신청자는 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 권리를 지닌다: [...]

(ij) 비호신청자는 인간 존엄에 따라 국제적 기준에 따라 처우받아야 한다. [...]

(vi) 필요 시 적절한 의료적 조치가 제공되어야 하며, 이는 심리적 상담을 포함해야 한다. [...] 피구금인은 입소 후 가능한 신속히 의료 및 정신건강 검진을 받아야 하며, 이는 역량을 갖춘 의료전문가가 담당해야 한다. 구금 중에는 피구금인의 신체적 및 정신적 안녕을 주기적으로 평가해야 한다. [...] 구금 중 의료적 혹은 정신건강상의 우려가 발견되거나 혹은 발생하는 경우, 당사자에게는 적절한 치료와 조치가 제공되어야 하며 이는 구금 해제의 고려를 포함한다. [...]

(x) 구금 중인 비호신청자에게는 침상, 기후에 적절한 침구류, 세면 시설, 기본적 위생용품 및 청결한 의복 등 기본적 일용품이 제공되어야 한다. 당사자는 시설의 안전 관리와 일치하는 선에서 본인 소유의 의복을 입을 권리와 세면 및 화장실 시설 사용 중 사생활을 존중받을 권리를 지닌다.

요그야카르타 원칙 제9조 [...]

국가는: [...]

B. 구금 내 개인의 필요성에 따라 적절한 의료 및 상담에 있어 충분한 접근권을 제공하고, 재생산 건강권, HIV/AIDS 관련 정보 및 의료적 조치에의 접근성, 당사자가 원하는 경우 호르몬 투여 혹은 여타 요법 그리고 성별재지정 관련 의료적 조치에의 접근성 등 성적지향 혹은 성별정체성으로 인한 특수한 필요성을 인지해야 한다. [...]

D. 성적지향, 성별정체성 혹은 성별표현을 사유로 하는 폭력 혹은 학대에 취약한 모든 수형자를 위한 보호적 조치를 마련하고, 이러한 보호적 조치가 당사자의 권리를 일반 수형자가 경험하는 수준보다 강력한 제한으로 작용하지 않도록 합리적으로 실행 가능한 선에서 최대한 보장해야 한다.

요그야카르타 원칙 +10 제9조 [...]

국가는: [...]

H. 자유를 박탈당한 사람이 경험하는 성적지향, 성별정체성, 성별표현 혹은 성특징을 사유로 하는 폭력, 차별 혹은 여타 위해를 퇴치하기 위한 정책을 도입하고 시행해야 하며, 이는 시설 배정, 신체 혹은 여타 수색, 성별을 표현하기 위한 물품, 성별확정 관련 의료적 조치 및 복지 접근권과 연속성, 소위 “보호를 위한” 분리 수용 등에 관한 정책을 포함한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2022. 5. 9.자 결정 2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고

“성소수자 관련 국제인권기준을 총 29가지의 원칙으로 나열·기술한 「요그야카르타 원칙」(Yogyakarta Principles, 2006) 및 유엔 「특수한 요구를 가진 수용자를 위한 핸드북」등 국제기준이나 외국 구금 관련 법제 및 가이드라인에서는 성소수자라는 이유만으로 격리 수용을 허용하지 않는다. 성소수자 보호외국인에 대한 보호 장소 지정은 원칙적으로 피보호자의 성적정체성을 고려하면서, 성별 재지정을 위한 의료적 수술을 받은 사람 및 과정 중에 있는 사람과 그렇지 않은 사람의 다양한 요구, 범죄 이력, 다른 피보호자로부터의 위해 우려, 본인의 심리적 상황 등을 개별적으로 검토하여 결정하여야 한다.

성소수자 보호외국인의 분류 및 처우와 관련해서는 보호소 내에서 자체적으로 판단하여 결정하기보다, 외부 전문가로부터 청취한 의견을 충분히 고려하여 결정하는 것이 바람직하다고 판단된다.”

다. 검토

현행 성별정체성 등 관련 처우 정책의 문제점은 크게 트랜스젠더 등 다양한 정체성을 지닌 보호외국인에게 적용되는 세부적인 정책의 부재와 현존하는 관련 처우 정책의 구체성 부족이 있다. 트랜스젠더 등 피구금인의 처우에는 방 배정, 신체 수색, 세면시설의 사용, 의복 및 성별표현을 위한 물품 사용, 의료 등이 명시되어야 하나, 국내 정책은 이 중 일부만 규정하고 있다. 현존하는 규정 또한 전반적인 원칙만 언급할 뿐 세부적인 지침으로서는 부족한 점이 상당하다.²²⁰⁾ 만일 구금 당국에서 세부적인 내부 지침을 보유하고 있다면 정책의 공정성과 투명성을 위해 이를 공개해야 하며, 구금시설 외부의 성소수자 인권과 의료 전문가에게 자문을 통해 개선해야 한다.

이러한 문제점은 취약한 보호외국인에 관한 처우 계획을 수립하는 절차의 부재로 악화된다. 트랜스젠더, 논바이너리, 인터섹스 등 피구금인의 취약성을 인지하고, 개별적인 처우 계획을 수립해 관련 지원 및 편의를 제공하기 위해서는 체계적인 취약성 심사 절차가 마련되어야 할 것이다.

한편 국내 교정시설은 “성소수 수용자 처우 가이드라인”에서 방 배정, 의료, 의류 및 생활용품, 신체 검사, 운동, 목욕 등을 규정하며 특히 당사자의 의견을 반영할 것을 명시한다. 앞서 언급하였듯 이주구금은 행정적 조치일 뿐 형법적인 처벌이 아니므로 이주구금에서의 처우는 최소한 교정시설에서의 처우 이상의 수준이어야 바람직할 것이다.

영국과 캐나다는 트랜스젠더, 논바이너리 및 인터섹스 등 다양한 정체성을 지닌 피구금자의 처우와 관련해 상당히 세부적인 절차를 구비해두고 있으므로 참고 가능할 것이다.

220) 예를 들어서 신체 수색의 경우, 교정시설은 2인의 직원이 입회하는 정책을 두고 있으나 이주구금시설은 담당공무원의 성별만 규정하고 있다. 수색을 진행할 담당공무원을 결정하는 과정 또한 세부적으로 규정되어 있지 않다. 의복의 경우, 외국인보호시설 내 일상복은 법정 규격에 따라서는 성별에 따라 색깔로 구분되는데, 트랜스젠더 등 피구금인에게는 어떤 일상복이 지급되고 그 기준과 결정 절차는 무엇인지 등이 명시되지 않는다.

○ 영국 내무부 성별정체성 관련 정책

영국의 내무부 성별정체성 정책은 위험에 노출된 성인(AAR) 정책을 따르나, 트랜스젠더 및 인터섹스 피구금인의 처우에 관하여는 별도의 세부적인 지침을 두고 있다. 2024년 11월 이전 정책은²²¹⁾ 피구금인이 “생활하는” 그리고 스스로 여기는 성별에 따라 생활할 수 있도록 허가해야 한다고 명시했다. 특히 당사자가 표현하는(presenting) 성별에 따라 피구금인을 대우해야 하며 성별이 불분명한 경우, 당사자에게 본인을 어떤 성별로 여기는지 질문하고 이에 따라 처우하도록 규정을 두었다.²²²⁾ 추가로 내무부는 트랜스젠더 피구금인이 서면으로 동의를 표시하는 경우, 방 배정, 복장, 시설 사용과 신체 수색 등에 관해 처우 계획(care plan)을 수립하는 규정 또한 두었다. 당사자의 동의는 처우 계획의 이점에 관한 설명을 들은 후 자발적으로 표시되어야 하며, 당사자는 어느 시점에서든 동의를 철회할 수 있었다.²²³⁾

방 배정의 경우, 원칙적으로는 구금시설규칙(Detention Centre Rules 2001) 제10조에²²⁴⁾ 따라 원칙적으로는 법적성별에 따라 방을 배정했으나,²²⁵⁾ 성별정체성 및 신체적 특징이 법적성별과 다른 경우 등 문제가 발생한 경우에는 관계자간(내무부 담당자, 시설 관리자, 의료진 등) 논의와 다부서간 위험 평가를 통해 적절한 방 배정을 모색하도록 규정했다. 이때 당사자의 개별적 상황과 다음 요소를 고려했다: 당사자에 대한 타 피구금인에 의한 위험; 타 피구금인에 대한 당사자에 의한 위험; 어느 시설에서 가장 편안하고 안전하게 지낼 수 있을지에 관한 당사자의 의견과 그 이유; 당사자가 성별정체성에 따라 배정될 경우 장기간 격리될 가능성; 성별위화감 진단 여부와 성별정체성에 따라 2년 이상 생활한 경험이 있는지 여부.²²⁶⁾ 이때 당사자를 법적성별이 아닌 성별의 시설에 배정하는 경우에는 개인실을 제공했다.²²⁷⁾

신체 수색에 있어서는 피구금인의 존엄을 최우선적으로 고려하며, 성별을 판단하기 위한 수단으로 신체

221) 내무부는 2024년 11월 15일, 기존 트랜스젠더 관련 구금운영명령을 철회, 신규 지침을 발간하겠다고 발표했으며 2025년 1월 20일, 관련 임시운영지침을 발간했다. 임시운영지침은 2쪽 분량으로 간략하므로, 본 연구에서는 철회된 구금운영명령에 관하여 개괄한다. UK Home Office, “Detention Services Order 11/2012, Care and Management of Transsexual Detainees” (2017. 6 수정; 2024. 11. 15. 철회) [이하 “영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령”]; UK Home Office, “Interim Operational Instruction 01/2025, Care and Management of Transgender Individuals in the Immigration Removal Estate” (2025. 1. 20.) [이하 “영국 내무부 트랜스젠더 임시운영지침”].

222) 당사자가 특정 성별로 대우받기를 원한다는 의사를 표시한다면 이를 기록으로 남기고 기록에 당사자의 서명을 받아야 한다. 한편 성별이 불분명하고 피구금인이 본인의 성별을 밝히기를 거부하는 경우에 한해서 공식 문서(여권, 출생증명서 등)상의 성별로 대우한다. 영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령, paras.1.3-1.6; 한편 임시운영지침은 “모든 트랜스젠더 피구금인은 존중받을 권리와 본인의 의사를 존중받을 권리를 지닌다”고만 언급하며 성별정체성에 따른 처우는 명시하지 않는다. 영국 내무부 트랜스젠더 임시운영지침, 1.

223) 영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령, paras.2.1-2.4; 임시운영지침에서는 상술한 취약한 성인 처우 계획(VACP)을 적용하도록 변경되었다. 내무부 트랜스젠더 임시운영지침, 1.

224) UK Detention Centre Rules 2001 (UK Statutory Instruments 2001 No. 238), Rule 10.

225) 따라서 기존 구금운영명령에 의하면 성별재지정(gender reassignment)을 진행한 트랜스젠더 여성은 여성용 시설에, 트랜스젠더 남성은 남성용 시설에 배정받을 권리가 있었다. 영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령, paras.4.1-4.4; 임시운영지침은 외과적 수술 여부와 성기의 상태에 따라 추가적인 조건을 규정한다. 다만 트랜스젠더 정체성을 입증하거나 확인하기 어려운 예외적인 경우에만 확정성별(affirmed gender) 대신 지정성별(sex assigned at birth)을 기반으로 결정한다. 내무부 트랜스젠더 임시운영지침, 1-2.

226) 영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령, paras.4.5-4.6; 임시운영지침에서 예시로 언급하는 고려 요소는 성별승인 관련 문서 보유 여부, 확정성별로 살아온 기간, 성별확정수술 경력, 호르몬 투여 중인지 여부 등이 있다. 내무부 트랜스젠더 임시운영지침, 2.

227) 영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령, para.4.5; 개인실 제공은 임시운영지침에서도 마찬가지로 적용하고 있는 것으로 파악된다.

수색을 진행해서는 안 된다고 강조했다.²²⁸⁾ 전신 수색(full search)은 법적성별 및 신체적 특징과 성별정체성의 일치 여부에 따라 진행하나, 전반적으로 개별 사건에 따라 그리고 처우 계획하에 동의한 사항에 따라 진행하도록 했다.²²⁹⁾ 민감한 신체 부위를 피해 의복 위로 진행하는 몸수색(rub down search)의 경우, 피구금인과 담당관의 성별에 따른 취약성을 고려하는 방식을 도입했다.²³⁰⁾ 이외에도 성별표현과 패싱(passing)을 위해 트랜스젠더 당사자가 사용하는 물품인 압박붕대(binder), 가발, 보형물 등을 수색에서 고려해야 한다고 언급했다.²³¹⁾

트랜스젠더 피구금인에 대한 세부적인 처우로는: 타 피구금인과 동일한 활동 등에서의 접근성 보장²³²⁾; 성별 정체성에 따른 의복 제공 및 착용과 성별표현을 위한 물품 및 화장품 사용 보장²³³⁾; 배정된 방에 세면 혹은 목욕 시설이 없는 경우, 특정 시간에 타 피구금인과 분리되어 세면 시설을 사용할 수 있는 기회 제공; 속옷 등 개인용품을 별도로 세탁할 수 있도록 편의 제공 등이 있다.²³⁴⁾

○ 캐나다 이주구금 내 성별정체성 정책

캐나다는 이주구금 관련 공식 문서의 (예를 들어 상술한 구금 위험 평가(NRAD) 등) 성별을 기입하는 란에는 성별을 남성, 여성뿐만 아니라 비-이분법적(non-binary)인 “X”로 표기할 수 있도록 허용하고 있다.²³⁵⁾ 또한 시설 입소 시 피구금인의 성별이 불분명하거나 문서상 성별이 남성이나 여성이 아닌 “다른 성별”(other) 등으로 표기된 경우, 당사자에게 성별을 묻고 그 답에 따라 처우하도록 하고 있다.²³⁶⁾

트랜스젠더 및 논바이너리 등 피구금인의 방 배정은 원칙적으로 구금 담당관이 간주하는 성별이 아닌 당사자 본인이 선언한 성별정체성에 따라 진행하며, 방 배정 절차에 피구금인 당사자가 가능한 참여할 수 있어야 한다. 방 배정에는 각 사건별로 당사자 혹은 타 피구금인에 대한 위험, 당사자의 성별정체성, 당사자가 어디서 가장 안전할 것이라 생각하는지 본인의 의견 등 요소를 고려한다. 나아가 타 피구금인과의 분리 수용은 당사자 보호를 위해서 혹은 당사자 안전과 보안상 문제로 인해 요청이 있는 경우에만 진행하며, 이는 적절한 대안이 정해질 때까지 제한적이지 않은 생활실에서, 타 피구금인과 동일한 활동과 혜택 접근성이 보장되는 방식으로, 짧은 기간 동안만 진행되어야 한다.²³⁷⁾

228) 또한 구금시설은 영국법에 따른 성별재지정 여부를 나타내는 증명서 성별승인증명서(Gender Recognition Certificate)의 제출을 요구해서는 안 된다 (당사자가 자발적으로 제출하는 경우에는 무관하다). 영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령, paras.3.1-3.2, 4.8.

229) 당사자의 성별정체성과 일치하지 않는 경우, 법적성별 및 신체적 특징에 따라 수색을 진행; 신체적 특징이 성별 정체성과 일치하나 법적성별은 다른 경우, 성별정체성에 따라 수색을 진행하는 식. 위의 글, paras.3.3-3.8.

230) 예를 들어 남성 담당관이 비-트랜스젠더 여성의 수색을 진행할 때 해당 여성이 겪을 수 있는 취약성과 트랜스젠더 피구금인의 취약성을 비교한다. 따라서 남성 담당관에 의한 수색은 피구금인 당사자의 취약성을 고려하며, 남성 담당관의 수색이 가장 적절하며 당사자를 위한다고 판단되거나 처우 계획에서 사전에 동의한 경우가 아니라면 몸수색을 진행하지 않는다. 반면 여성 담당관은 당사자가 종교적 및 문화적 특성으로 이를 거부하지 않는 한 피구금인의 성별에 무관하게 몸수색을 진행할 수 있다. 위의 글, paras.3.9-3.12.

231) 위의 글, para.3.13.

232) 위의 글, para.4.15.

233) 위의 글, paras.4.17-4.20.

234) 지침 본문에서는 언급하지 않으나 보호계획 예시 서식에서 언급한다. 위의 글, 15-17, Annex A.

235) 또한 공식 문서의 서식은 다양한 성별정체성을 반영하기 위해 주기적으로 갱신하는 정책을 두고 있다. 캐나다 IRCC 구금 운영지침, 14.

236) 캐나다 CBSA 이주구금기준, Chap.2.0: Security (2024. 9. 25. 갱신) 2.8.5(2)(a)(iii); 캐나다 CBSA 이주구금기준, Chap.4.9.5(2)(a).

237) 캐나다 CBSA 이주구금기준 Chap.4.9.5(2)(b); 이주구금시설(IHC) 내 분류와 방 배정은 주기적으로 그리고 동적으로 재검토를 진행하며, 이때 보호실의 용도 및 종류에 따른 재검토의 조건과 기간이 달라진다. 특별보호실(special purpose units) 중 피구금인의 안전과 보호를 위해 사용하는 탄력적 보호실(flex units)은 최소 주 1회 그리고 새로운 정보를 인지할 때마다 재검토를 진행한다. 캐나다 CBSA 이주구금기준 Chap.6.1, Annex A 참조.

캐나다 이주구금에서의 신체 수색은 기본적으로 당사자의 취약성을 고려해 피구금인과 동성인 담당관이 몸 수색(frisk search)을 진행하지만²³⁸⁾ 트랜스젠더 및 인터섹스 당사자에 관하여는 별도의 정책을 두고 있다. 당사자의 별도 요청이 없는 한 입소 시 공식 문서상에 (구금 위험 평가(NRAD) 등) 당사자가 기입한 성별에 따라 2명의 담당관이 신체 수색을 진행한다. 문서상 성별이 공란이거나 “다른 성별”(other)로 표기된 경우에는 당사자에게 본인이 정체화하는 성별을 질문하고 그 답에 따라 수색을 진행한다. 당사자가 성별정체성을 밝히기를 거부하는 경우, 별도 요청이 없는 한 외부에서 보이는(perceived) 성별에 따라 진행한다. 또한 트랜스젠더, 인터섹스 등 다양한 성별정체성을 지닌 피구금인은 분리 수색(split search)을 요청할 수 있으며, 이 경우 남성과 여성 담당관이 1명씩 신체의 상체와 하체를 나누어 수색한다. 나아가 신체 수색은 개인의 성별정체성 혹은 지정성별을 파악하기 위한 수단으로 사용되어서는 안 된다.²³⁹⁾ 생활 방면에 있어서는 모든 피구금인은 본인의 성별정체성에 따라 의복 및 개인 물품을 수령, 소유 및 착용할 수 있으며, 특히 트랜스젠더 및 인터섹스 피구금인은 성별정체성을 표현하기 위한 물품을 (압박 붕대, 보형물, 속옷 등) 수령, 소유 및 착용할 수 있다는 지침을 두고 있다.²⁴⁰⁾ 또한 의료 지원의 경우, 피구금인은 연방임시 보건사업(Interim Federal Health Program) 대상에 해당하며 의료복지 제공자가 해당 사업에 따라²⁴¹⁾ 트랜스젠더 및 인터섹스 피구금인의 진료 연속성(continuity of care)을 보장해야 한다고는 언급하고 있다.²⁴²⁾

라. 소결

- ✓ 트랜스젠더, 논바이너리, 인터섹스 등 다양한 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 지닌 보호외국인의 처우에 관하여 세부적인 정책을 수립해야 한다. 이러한 정책은 최소한 방 배정, 신체 수색, 의복 제공, 성별 표현을 위한 물품 사용의 허용, 세면 및 세탁 시설 사용에의 편의, 호르몬 투여 등 트랜지션 의료를 포함한 의료 접근성 등에 관한 내용을 포함해야 한다.
- ✓ 성별정체성 등 정체성의 인지와 파악은 당사자 면담을 통해 혹은 문서의 확인을 통해 진행되어야 한다. 신체 수색을 통해 성별을 판단하여서는 안 된다.

238) Canada, Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, Section 139(2); 캐나다 CBSA 이주구금기준 Chap.2.8.5(2)(a)(i).

239) 캐나다 CBSA 이주구금기준 Chap.2.8.5(2)(a)(iii); Immigration, Refugees and Citizenship Canada, “Operational Manual, Enforcement (ENF) 12: Search, Seizure, Fingerprinting and Photography” (2022. 11. 18. 갱신), 19-20.

240) 캐나다 CBSA 이주구금기준 Chap.4.9.5(2)(c); 이주구금시설 내 의복은 시설 측에서 제공하는 의복과 금지 물품을 (신발끈, 머리끈, 허리띠, 옷 등을 졸라매는 끈, 목도리 등 안전상 문제로 압수하는 물건) 제거한 피구금인 본인의 사복 중 선택할 수 있다. 캐나다 CBSA 이주구금기준 Chap.2.4.3.

241) 연방임시보건사업은 캐나다 내에서 주정부, 지역적 혹은 민간 의료보건 복지에 접근할 수 없는 집단을 대상으로 제한적 및 일시적인 의료보건 복지를 제공하는 사업이다. 난민, 난민신청자 및 피구금인이 해당 사업 대상에 포함된다. Immigration, Refugees and Citizenship Canada, “Interim Federal Health Program: Who is eligible” (2025. 2. 19. 갱신)
<https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/refugees/help-within-canada/health-care/interim-federal-health-program/eligibility.html> (2025. 5. 27. 확인).

242) 캐나다 CBSA 이주구금기준 Chap.4.9.5(1)(c); 다만 해당 사업이 성별확정(gender affirmation) 의료 복지를 어느 정도까지 보장하는지는 불확실하다. 이미 처방을 받은 호르몬 투여에의 접근 혹은 호르몬 투여의 시작은 가능하지만 성별확정 외과적 수술은 지원이 되지 않는다는 자료도 있으나, 세부적인 사항은 지역 및 의료복지 제공자 등에 따르는 것으로 파악된다. Trans Care BC, Provincial Health Services Authority, “Accessing Gender-Affirming Care on the Interim Federal Health Program” (2024. 4.).

- ✓ 전반적인 성별정체성 등 정책 마련과 동시에 보호외국인의 개별적인 상황, 특성 및 당사자 의견 등을 고려한 개별적인 처우 계획을 수립하고 특정한 처우를 제공하는 절차가 마련되어야 한다.
- ✓ 트랜스젠더 등 보호외국인의 처우 결정 절차와 관련하여 결정시한, 결정권자와 참여자, 결정 기준, 이의 절차 등이 사전에 정해져야 한다. 처우 결정 절차에서는 당사자에게 의견을 개진할 수 있는 기회가 제공되어야 한다.

3. 차별금지 및 다양성 정책의 수립

가. 쟁점

성소수자 정체성을 사유로 하는 차별의 명시적인 금지는 성소수자의 권익을 보호할 뿐 아니라 여타 세부적인 정책의 기반으로 작용한다. 이러한 정책은 선언적 의미 또한 지니며, 성소수자에게 친화적이며 다양성 전반을 포용하는 “안전한 환경”(safe space)의 조성을 돕는다. 특히 성소수자는 생존을 위해 정체성을 은폐하고 자발적으로 보호를 구하지 못하는 경향이 있기 때문에 안전한 환경의 조성은 정책 전반의 효용성에 지대한 영향을 미친다.

성소수자의 권익 보호에 관한 다양성 정책의 예시로는 성소수자 정체성을 사유로 하는 차별 및 괴롭힘의 명시적 그리고 실질적인 금지, 성·성별기반폭력 방지 및 대응, 성소수자 및 다양성 관련 정책의 게시 및 가시화, 구금시설 관계자 및 타 피구금인을 대상으로 하는 성소수자 인권 교육 등이 있다.

2025년 5월 기준, 국내 법체계는 포괄적 차별금지법을 제정하고 있지 않으며,²⁴³⁾ 이주구금 관련 현행법 또한 차별금지의 사유로 성소수자 정체성을 명시하지 않는다. 그 외의 성소수자 친화적 정책이 어떤 식으로 운영되고 있는지는 불분명하다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제56조의3(피보호자 인권의 존중 등) ①피보호자의 인권은 최대한 존중하여야 하며, 국적, 성별, 종교, 사회적 신분 등을 이유로 피보호자를 차별하여서는 아니 된다.

외국인보호규칙 시행세칙 제69조(보호근무시 유의사항) [...]

③ 보호근무자는 보호외국인의 인권을 존중해야 하며 직권을 남용해서는 아니 된다.

243) 대한민국 헌법 제11조는 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 평등의 원칙을 명시하며, 남녀고용평등법, 장애인차별금지법 등 현행법상 차별금지를 규정하는 현행법은 존재한다. 그러나 성소수자 정체성을 차별금지의 사유로 명시하는 차별금지법은 존재하지 않으며, 국가인권위원회법상 “평등권 침해의 차별행위”의 정의에 성적지향을 포함시키고 있을 뿐이다.

- ④ 보호근무자는 보호외국인을 처우함에 있어 엄정하고 공정하게 하여야 하며, 특정 보호외국인에게 특혜를 제공하는 등의 차별을 해서는 아니 된다.

형집행법

제4조(인권의 존중) 이 법을 집행하는 때에 수용자의 인권은 최대한으로 존중되어야 한다.

제5조(차별금지) 수용자는 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 병력(病歷), 혼인 여부, 정치적 의견 및 성적(性的) 지향 등을 이유로 차별받지 아니한다.

수용관리 및 계호업무 등에 관한 지침 제35조(성소수자 처우) ① 소장은 일반인과 다른 성적 지향, 성정체성, 신체 등을 지닌 신입수용자(이하 “성소수 수용자”라 한다)는 상담결과 및 의무관의 판단에 따라 안정된 수용생활을 유도하기 위한 별도의 상담자를 지정하여야 한다.

- ② 소장은 성소수 수용자 처우를 위해 필요한 경우 외부전문의 진료 등 의료처우를 실시할 수 있다.
- ③ 소장은 의무관 또는 외부의료시설 전문의의 의견과 상담결과 등을 종합적으로 고려하여 성소수 수용자의 성적 정체성에 적합한 수용동에 독거수용 하여야 한다. 다만, 자살 등 교정사고 예방 및 사회복귀를 위해 필요한 경우에는 혼거수용 할 수 있다.
- ④ 소장은 다음 각 호의 사항을 유의하여 성소수 수용자에 대해 성희롱, 성폭행 및 인권침해 논란이 발생하지 않도록 노력하여야 한다.
 1. 운동·목욕 별도 실시 및 이동 시 단독 동행 등
 2. 수용거실 앞 칸막이 설치 등 계호시설 보강
 3. 기타 필요한 경우 다른 수용자와 분리
- ⑤ 소장은 성소수 수용자의 성적 정체성에 맞게 처우하되, 두발 길이 등 자신의 신체 및 의류를 청결히 유지하도록 교육하여야 한다.

법무부 성소수자 수용처우 및 관리 방안(수정) 2020. 04. 20.

VI. 성소수 수용자 처우 가이드라인(수정)

□ 처우별 가이드라인 […]

○ 상담 […]

- 전담 상담직원 및 감독자 등은 성소수자의 일반적인 특성 및 해당 수용자의 개별적 특성을 이해할 수 있도록 관련 지식을 습득하고, 상담 등 처우 시 성적 수치심을 유발하지 않도록 유의 […]

○ 작업·직업훈련 및 교육·교화프로그램

- 성소수 수용자 본인의 의견 및 나이·건강상태·성격·취미·경력·장래생계, 해당 작업장 특성 등을 종합적으로 고려하여 작업(직업훈련) 부과 가능, 다만 다른 수용자와 공동생활 가능 여부를 면밀히 판단하여 결정
- 성소수 수용자의 개별적 특성, 본인의 의견, 해당 교육장 특성 등을 종합적으로 고려하여 교육, 문화 프로그램 및 가족관계회복프로그램 등 실시 가능
 - ※ 작업·직업훈련 부과 및 교육·교화프로그램 사항은 교도관회의에서 심의

○ 기타 사항

- 성소수 수용자 처우에 필요한 경우 외부전문가(의사·상담자 등), 관계 직원 및 교정위원 의견 반영
- 작업·직업훈련 및 교육·교화프로그램 실시 등으로 일반수용자와 공동생활을 하는 경우 혼거수용 등 일반수용에 준하여 처우 가능
- 수용동정, 상담, 진료 등 경과관찰 등을 통해 성소수자가 아님이 확인되는 경우 일반수용자로 처우

□ 성소수자 관련 인권교육 강화

- 성소수자에 대한 편견과 부정적 인식 개선을 위한 교육 과목을 법무연수원 교정공무원 교육과정에 편성
- '20년 상반기부터 교정공무원 대상 직무교육 실시, 인권감수성 향상

○ 관련 국제인권기준

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 8 [...]

48. 구금이 될 경우, 비호신청자는 최소한 다음의 구금 환경을 누릴 권리를 지닌다: [...]

(xv) 비차별적인 진정 제도가 (혹은 고충처리 절차가) 확립되어 있어야 하며, 해당 절차를 통해 직접적으로 혹은 비밀보장에 따라 구금 당국 그리고 독립적인 혹은 감시감독 당국에 진정할 수 있어야 한다. 진정 절차 및 그 시한과 이의 제기 절차 등을 포함한 관련 사항은 다국어로 게시되어야 하며, 피구금인은 해당 절차를 다양한 언어로 이용할 수 있어야 한다.

(xvi) 피구금인과 일하는 모든 직원은 적절한 훈련을 받아야 하며, 이는 비호, 성·성별기반폭력, 정신적 외상 그리고 혹은 정신적 고통 증상의 인지, 구금 관련 난민 및 인권 기준 등을 포함해야 한다. 직원과 피구금인 사이의 비율은 국제 기준을 충족해야 하며, 모든 직원은 윤리 강령에 서명하고 이를 존중해야 한다.

지침 9: 비호신청자의 특수한 상황과 필요성을 고려해야 한다 [...]

지침 9.7: 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 혹은 인터섹스 비호신청자

65. 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더 혹은 인터섹스 비호신청자를 구금할 경우, 다음 사항을 보장하기 위한 조치를 취해야 할 수 있다: 당사자가 폭력, 부당한 처우 혹은 신체적, 정신적, 성적 학대의 위험에 노출시키지 않도록 보장할 것; 당사자가 가능하면 적절한 의료 복지와 상담에 접근할 수 있을 것; 구금시설의 모든 직원과 공공 및 민간 부문의 관계자가 성적지향 혹은 성별정체성과 관련한 내용을 포함해 국제인권기준과 평등 및 차별금지의 원칙에 관하여 훈련을 받고 자격을 갖추는 것. 구금 내에서 당사자의 안전을 확보할 수 없다면 구금 해제 혹은 구금 대안으로의 전환을 고려해야 한다. 분리 수용은 당사자의 보호를 관리 또는 보장하기에 적절한 방법이 아니다.

요그야카르타 원칙 제9조 [...]

국가는: [...]

F. 국가 그리고 성적지향 및 성별정체성 관련 분야에서 종사하는 단체를 포함한 비정부기구에 의한 구금시설의 독립적인 감시감독을 규정해야 한다.

G. 교정시설 직원 및 여타 구금시설에 관계하는 공공 및 민간 부문의 모든 관계자를 대상으로 국제인권기준 및 평등과 차별금지의 원칙 관련 훈련 및 의식 향상 교육을 진행해야 하며, 이는 성적지향 및 성별정체성 관련 내용을 포함해야 한다.

요그야카르타 원칙 +10 제9조 [...]

국가는: [...]

J. 모든 개인의 안전과 안위를 보장하고 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징과 연관된 특수한 취약성에 대응하기 위해 공공 및 민간 부문의 구금을 모두 포함한 구금시설에서 대한 효과적인 관리감독을 규정해야 한다.

다. 검토

현행 이주구금 체계는 전반적으로 성소수자 정체성 및 다양성에 관한 고려가 부족한 것으로 보인다. 이주구금 내 성소수자의 권익 보호가 실질적으로 이루어지고 있는지 여부를 차치하더라도, 관련 정책이 형식적이고 공개적인 형태로 명문화조차 되지 않았다는 지점은 상당히 우려스럽다. 한편 이주구금시설이 내부적으로 정책을 보유하고 있으나 이를 공개하지 않는 것이라면 이는 정책의 감시와 검증 측면에 있어서 문제적이다. 전자의 경우라면 성소수자의 특수성을 고려한 정책이 수립되어야 할 것이며, 후자라면 내부 정책을 공개하여 그 공정성과 투명성을 보장해야 할 것이다.

한편 국내 교정시설 관련 현행법은 명시적으로 성적지향을 사유로 한 차별을 금지하며 실효성은 차치하더라도 명문상으로는 성소수자의 처우 및 다양성 관련 정책을 두고 있으므로, 향후 이주구금 체계의 정비와 개선에서 참고할 수 있을 것이다.

또한 앞서 언급한 국제인권기준 외에도 다음 해외 사례를 통해 현행 이주구금 체계의 개선점을 도출할 수 있다.

○ 유엔마약범죄사무소 특수한 필요성을 지닌 수형자에 관한 편람²⁴⁴⁾

사법체계 및 교정시설에서 특수한 취약한 성소수자에 관한 정책과 지침의 방향을 제시하는 편람이며, 이주구금 맥락에도 적용가능한 사항을 논의하므로 시설 운영 및 관리 전략 수립에 있어서 참고가 가능할 것이다. 편람은 전반적인 시설 정책 및 전략 관리에서 성소수자의 처우와 보호를 명시할 것을 권고한다. 특히 현존하는 성소수자 혐오에 문제를 제기하고, 이를 철폐하기 위한 지침을 개발하며 성소수자 정체성을 사유로 하는 차별의 불관용을 명시해야 한다고 강조한다. 이는 당사자의 정체성에 적용되는 비밀엄수의 원칙과 성폭력 대응 절차를 포함해야 한다. 특히 효과적인 진정 및 고충처리 체계가 갖춰지더라도 성소수자는 추가적인 피해자화를 피하기 위해 절차를 이용하지 않을 가능성이 존재하므로, 시설 당국 측에서 절차 운용에서 더 높은 수준의 책임을 져야 한다. 편람은 나아가 적절한 정책의 수립을 위해 시설 외부의 성소수자 단체 및 공동체의 참여를 권장하며, 정책의 결과를 평가하기 위한 측정가능한 기준의 개발, 정보 수집과 평가 절차의 마련이 필수적이라고 언급한다.²⁴⁵⁾ 성소수자 정체성을 사유로 하는 차별 그리고 성소수자를 대상으로 하는 성적 학대 및 폭력을 감시감독하기 위한 시설과 독립적인 체계 또한 의무화해야 한다고 강조한다.²⁴⁶⁾

시설의 직원 및 담당관 등 관계자에 관하여는 전반적으로 성소수자 관련 국제인권기준, 평등 및 차별금지의 원칙, 성폭력과 자살·자해 위험 인지, 예방 및 대응 등의 교육이 필요하다고 언급한다. 한편 편람은 시설 관계자의 성소수자 대표성(representation) 즉, 관계자 중 성소수자인 개인을 포함시키는 것이 중요하다고 강조한다. 성소수자 수형자가 마찬가지로 성소수자인 관계자와 소통하기 수월할 뿐만 아니라 성소수자 개인을 고용함은 강력한 차별금지의 선언으로 작용하기 때문이다.²⁴⁷⁾

244) UNODC, "Handbook on Prisoners with Special Needs, Criminal Justice Handbook Series", Criminal Justice Handbook Series, (2009. 3.).

245) 위의 글, 113-114.

246) 위의 글, 119.

247) 위의 글, 114-115.

이외에도 편람은 성소수자에게 불균형하게 적용되며 차별로 성립하는 행정적 분리 수용의 악용 금지; 성소수자 조력단체와의 연결 및 접근 등 사법접근권 보장; 혼인평등과 다양한 가족 형태를 고려하는 외부교통권 보장; 시설 내 다양한 활동 참여에서의 차별금지와 보호, 성소수자에 특화된 상담 제공 등을 권고한다.²⁴⁸⁾

○ 영국 내무부 차별금지 정책

영국 내무부의 정책은 2010년 평등법(Equality Act 2010)을 기반으로²⁴⁹⁾ 성적지향 및 성별재지정 여부를 사유로 하는 차별을 금지한다.²⁵⁰⁾ 구금시설은 피구금인이 본인의 성적지향 및 성별정체성을 자발적으로 밝힐 수 있는 기회를 제공해야 하며, 밝힌 정보에 대해서는 비밀엄수 원칙을 적용해야 한다. 정체성을 밝힌 당사자에게는 시설 내 복지 담당관과 성소수자 단체 등 구금시설 내외부의 복지와 지원을 안내하며, 성소수자 당사자에게 특화된 복지와 편의를 제공할 수 있어야 한다.²⁵¹⁾ 또한 구금시설은 교육 활동 진행, 관련 유인물 부착 등을 통해 다양성을 권장할 뿐만 아니라, 성소수자에 대한 부정적 태도와 언행에 대응하고 안전한 환경을 조성하기 위한 행동을 취해야 한다.²⁵²⁾ 관련 정책으로는 시설 내 성소수자 혐오 및 괴롭힘 방지,²⁵³⁾ 시설 직원 및 내무부 담당관 등을 대상으로 한 다양성 교육,²⁵⁴⁾ 동성 배우자 관계의 차별 금지 등이 있다.²⁵⁵⁾

○ 캐나다의 차별금지 정책

캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)은 성, 성적지향, 성별정체성 혹은 성별표현을 사유로 하는 차별을 금지하며,²⁵⁶⁾ 이주구금기준 또한 “모든 피구금인은 성적지향 혹은 성별정체성에 무관하게 존엄, 존중, 공정성 및 직업의식에 따라 처우해야 한다”고 명시한다.²⁵⁷⁾ 해당 기준은 또한 성별확정을 진행 중인 당사자의 처우 및 성소수자 혐오 방지를 위한 담당관 훈련, 성소수자 혐오 관련 사건의 감시 및 대응 책임을 다할 것 또한 강조한다.²⁵⁸⁾

248) 상술한 성별정체성 등 정체성을 고려한 방 배정과 신체 수색, 트랜지션 관련 의료적 지원에 관한 사항도 권고한다. 위의 글, 115-118.

249) 영국 2010년 평등법은 “보호받는 특성”(protected characteristics)을 규정하고, 다양한 영역에서 해당 특성을 사유로 하는 직간접적 차별을 금지한다. 보호받는 특성에는 성, 성적지향, 성별재지정 여부가 포함된다. UK Equality Act 2010 (UK Public General Acts 2010 c. 15) Section 4; 영국의 평등법상 “성별재지정”(gender reassignment)이란 “본인의 성에 있어 생리적 혹은 다른 측면을 재지정하기 위한 과정을 진행할 의도가 있거나, 진행 중이거나 이미 완료한” 모든 트랜스젠더 당사자를 포함하는 용어로, 영국 평등법 등의 맥락에서 사용된다. UK Equality Act 2010, Explanatory Notes, Commentary on Sections, Section 7.

250) UK Home Office, “Detention Services Order 02/2016: Lesbian, Gay and Bisexual Detained Individuals”, Ver.2.0. (2023. 7.) [이하 “영국 내무부 LGB 구금운영명령”] para.6; 영국 내무부 트랜스젠더 구금운영명령 paras.5.1.1-5.1.2.

251) 영국 내무부 LGB 구금운영명령, paras.9, 11, 14-15.

252) 위의 글, paras.9-10.

253) 성소수자 차별 및 혐오에 대한 불관용 정책을 모든 피구금인에게 다양한 언어로 안내, 시설 내 괴롭힘 방지 정책에 성적지향을 사유로 하는 괴롭힘을 포함, 그리고 고충 상담 절차를 통해 성소수자 혐오와 괴롭힘을 신고할 수 있음을 안내 등. 위의 글, paras.12-13.

254) 담당관과 직원이 성소수자 혐오를 감지, 평가 및 감시할 수 있는 방법론 및 이러한 혐오에의 대응법 등을 안내하고, 성소수자 의제를 민감성 있게 다루기 위한 평등과 다양성 관련 교육 등을 진행해야 한다. 위의 글, paras.12, 17-18.

255) 동성 배우자 관계도 이성 배우자 관계와 동등한 처우를 받아야 하며, 피구금인은 성별에 무관하게 구금 내에서 혼인 혹은 시민동반자 관계를 맺을 수 있어야 한다. 위의 글, paras.19-20.

256) Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, Section 3(1).

257) 캐나다 CBSA 이주구금기준, Chap.4.9.3(1).

258) 위의 글, Chap.4.9.5(1)(a).

○ ORAM 성소수자 안전한 공간 점검표²⁵⁹⁾

국제 성소수자 이주난민 인권단체인 ORAM(Organization for Refugee, Asylum & Migration)에서 제작한, 기관이 성적·성별소수자 난민 및 비호신청자에게 안전한 공간을 제공하고 있는지 확인하기 위한 점검표. 이주구금시설의 안전한 환경 적절성을 판단할 때 참고할 수 있을 것이다:

기관 관행 및 환경

성소수자의 사생활 보호 및 비밀유지 원칙이 엄수되며 당사자가 이를 확신할 수 있는가?
 실무자가 성소수자를 대함에 거리낌이 없고 당사자와 공감할 수 있는가?
 실무자가 성소수자와 일함에 대한 개인적인 어려움을 극복할 수 있도록 교육과 지지가 제공되는가?
 몸짓 언어, 표정, 어조 등 비언어적 소통이 당사자의 안전감에 영향을 미침을 실무자가 이해하고 있는가?
 성소수자를 존중하는 효과적인 면담 진행에 필요한 도구 및 수단이 실무자에게 제공되는가?

기관 내 문서 및 전문 자료

당사자 등록 및 내부 문서 서식이 성소수자 정체성을 민감하게 다루는가?
 내부 문서 서식의 취약성 및 보호 관련 우려 란이 성소수자 정체성을 포함하는가?
 성소수자 정체성에 관한 구체적인 업무 지침이 존재하는가?
 윤리강령이 성소수자 정체성을 민감하고 명시적으로 다루는가?
 실무자가 성소수자 정체성 관련 교육 및 정보제공용 자료에 쉽게 접근할 수 있는가?
 통역인 등 면담에 참여하는 실무자가 성소수자 정체성 관련 전문용어집 등 안내서에 접근할 수 있는가?

안전한 공간에 대한 신호

기관이 안전한 공간임을 알리는 벽보, 유인물 혹은 여타 가시적인 신호가 시설 내에 게시 및 비치되어 있는가?
 실무자가 안전한 공간을 나타내는 표식, 장신구 등 성소수자 친화적임을 알리는 개인물품을 소지 및 착용하고 있는가?

훈련 및 역량강화

모든 실무자 및 주요 계약·용역 관계자가 성소수자 정체성 관련 심도 있는 훈련을 받는가?
 훈련의 영향력 및 비용 대비 효과는 훈련의 구체적인 목적에 따라 평가되는가?
 훈련이 경험 기반 교육 및 쌍방향 교육 등 효과적인 학습법을 사용하는가?
 훈련이 참가자의 실무적 필요성과 실무 환경에 맞추어 준비되고 진행되는가?
 보수 교육이 주기적으로 제공되는가?
 훈련이 성소수자로 정체화하는 당사자와의 만남을 포함하는가?
 훈련 참가자가 본인의 관점과 신념을 표현할 때 안전감을 느낄 수 있는가?
 훈련 자료가 기관의 문화권에 적합하고 민감하게 전달되는가?
 실무자가 성소수자 정체성 관련 문화, 민족 및 종교적 관점과 신념에 관해 훈련받는가?

259) ORAM, "Sexual and Gender Minority Refugees Safe Space Checklist" (2015). 국문 번역은 소수자난민인권네트워크, "무지개는 국경을 넘는다 2편: 성소수자 난민 심사 과정에서의 인권 보장" (2020. 6. 20.) 부록 3 참조.

라. 소결

- ✓ 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 사유로 하는 차별을 금지하는 ‘차별금지의 원칙’이 외국 인보호시설의 운영 전반에 적용되어야 한다. 차별금지의 원칙을 구체화하는 정책이 수립되어야 하고, 시설 관계자에 대한 윤리강령에도 이 원칙의 내용이 포함되어야 한다. 괴롭힘과 혐오적 언행 등을 방지하기 위한 대응 정책도 마련되어야 한다.
- ✓ 외국인보호시설의 내부 기록 및 문서 서식에서 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징 관련 사항, 특히 당사자의 취약성 관련 사항을 명시하되 비밀엄수가 보장되도록 관련 정책을 정비해야 한다.
- ✓ 성소수자 보호외국인이 자발적으로 정체성을 공개할 수 있도록 성소수자에게 안전하고 친화적인 환경을 조성하고, 보호외국인에게 다양성 정책을 당사자가 이해할 수 있는 언어로 안내해야 한다.
- ✓ 시설 직원은 물론 통역인, 의료전문가, 복지관계자 등 시설의 모든 관계자를 대상으로 성소수자 인권 관련 역량 강화와 민감성 증진을 위한 교육을 진행해야 한다. 이러한 교육은 시설 외부의 성소수자 인권단체 등과 연계하여 진행되는 것이 바람직하다.
- ✓ 시설 직원 등 관계자가 성소수자 대표성을 지니도록 관계자로 성소수자 개인의 영입, 성소수자 인권 및 조력단체와의 연계 등 관계자 인력의 다양성을 증진하는 방안을 강구해야 한다.

II HIV 감염인 인권

1. 부당한 격리수용 금지 및 감염사실 누설 방지

가. 쟁점

인간면역결핍바이러스(HIV)는 혈액 등을 매개로 해서 전파되는 바이러스로 체외 공기에 노출될 경우 사멸하므로 일상적인 생활접촉을 통하여 전염될 우려가 없는데, 그럼에도 불구하고 HIV 감염인을 비감염인과 분리하거나 독거 수용하는 등 격리하는 것은 불합리한 편견에 근거한 낙인 및 배제에 해당한다. 또한 일반적으로 HIV 감염인의 감염 사실이 알려질 경우 차별, 따돌림, 폭력 등에 노출되기 쉽기 때문에, HIV 감염인의 감염 사실을 본인의 의사에 반하여 타인에게 누설 및 전파하는 것은 감염인의 인권을 중대하게 침해하는 행위에 해당한다. 특히 본인의 의사에 반하여 HIV 감염인만을 격리 수용할 경우, 격리 수용 중이라는 사실 그 자체로부터 다른 보호외국인들이 감염 사실을 추단할 수 있으므로 격리 수용은 HIV 감염사실의 누설로도 이어질 가능성이 높다.

언론보도에 의하면, 화성외국인보호소에서는 어느 보호외국인을 HIV 감염인이라는 이유만으로 창문 없는 독방에 10개월 동안 격리수용한 사례가 있다고 한다.²⁶⁰⁾ 또한 국가인권위원회에 의하면, 2021년

260) 오마이뉴스, “구금시설서 외국인보호소로 흘러간 끔찍한 차별의 맨얼굴”, https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0003116451 (2025. 4. 4.).

경에도 감염에 대한 막연한 우려를 이유로 같은 거실을 사용하는 보호외국인이 항의함에 따라 HIV 감염인을 격리하는 등의 사례가 있었다고 한다.²⁶¹⁾ 대한변호사협회 2022년 외국인보호소 실태조사 결과 보고서에 의하면, 특히 화성외국인보호소, 여수출입국·외국인사무소는 감염인을 특별보호방에 우선적으로 배정하고 있다고 하나, 상기 언론보도에 의하면 특별보호방은 VIP룸, 가족실 등 온정적 별칭과는 달리 실제로는 창문 없는 방에 감염인을 독거 수용하는 형태로 운영되고 본인 의사를 고려하지 않고 배정된다고 하므로(단, 여수출입국·외국인사무소의 경우 본인 요청이 있을 경우 일반실에 개별 보호),²⁶²⁾ 사실상 격리수용과 다름없는 것으로 이해된다.

대한변호사협회에 의하면, 2022년 조사 결과 HIV 감염인의 감염 사실은 보호를 의뢰하는 출입국사무소를 통해 보호소로 통보되며, 또한 보호소 입소 시 설문 작성에 따른 질병 여부 확인을 통하여 확인되는 경우, 보호소 내 의무과 정기 진료 및 건강진단 시 확인되는 경우도 있다고 한다. 그러나 앞서 살펴본 것처럼 같은 거실을 사용하는 보호외국인이 이를 알고 항의하는 경우가 있다는 것으로 보아 감염 사실에 관한 비밀이 누설되는 경우가 있는 것으로 추정되고, 또한 격리 수용 중이라는 사실 그 자체로부터 다른 보호외국인들이 감염 사실을 추단하게 되는 경우도 있을 것으로 예상된다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

대한민국 헌법

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

후천성면역결핍증 예방법 제7조(비밀 누설 금지) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 다른 법령에서 정하고 있는 경우 또는 본인의 동의가 있는 경우를 제외하고는 재직 중에는 물론 퇴직 후에도 감염인에 대하여 업무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

1. 국가 또는 지방자치단체에서 후천성면역결핍증의 예방·관리와 감염인의 보호·지원에 관한 사무에 종사하는 사람
2. 감염인의 진단·검안·진료 및 간호에 참여한 사람
3. 감염인에 관한 기록을 유지·관리하는 사람

출입국관리법 제56조의3(피보호자 인권의 존중 등) ①피보호자의 인권은 최대한 존중하여야 하며, 국적, 성별, 종교, 사회적 신분 등을 이유로 피보호자를 차별하여서는 아니 된다.

② 남성과 여성은 분리하여 보호하여야 한다. 다만, 어린이의 부양 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그러

261) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

262) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서.

하지 아니하다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 피보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인인 경우에는 특별히 보호하여야 한다.

1. 환자
2. 임산부
3. 노약자
4. 19세 미만인 사람
5. 제1호부터 제4호까지에 준하는 사람으로서 지방출입국·외국인관서의 장이 특별히 보호할 필요가 있다고 인정하는 사람

④ 제3항에 따른 보호를 위한 특별한 조치 및 지원에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정한다

외국인보호규칙

제7조(환자 발견 시 조치) ④ 담당의사는 보호외국인이 질병 등으로 의료조치가 요구되거나 감염병 등으로 격리 보호가 필요하다고 진단된 경우에는 보호외국인에 대하여 적절한 조치를 하고, 소견서를 작성하여 청장등에게 보고하여야 한다. 다만, 제2항 단서에 따라 외부 의료기관에서 진료를 받게 하였을 때에는 그 기관의 의사(이하 “외부의사”라 한다)가 발급한 진단서 등을 담당의사 소견서로 대체할 수 있다.

제22조(감염병자 및 정신질환자 처리) ① 청장등은 보호외국인이 감염병에 걸렸거나 걸렸다고 의심될 때에는 지체 없이 다른 보호외국인과 격리시킨 후 관할 보건소장에게 이를 알려야 한다.

외국인보호규칙 시행세칙 제27조(감염병 등 예방) ① 담당의사는 제25조 및 제26조에 따른 진단결과, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 규정된 감염병(이하 “감염병”이라 한다)에 걸렸거나 걸렸다고 의심되는 자가 있는 경우에는 곧바로 청장등에게 보고하여야 한다.

② 제1항의 보고를 받은 청장등은 즉시 해당 보호외국인을 다른 보호외국인과 격리하고 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률이 정하는 바에 따라 조치하여야 한다.

③ 감염병에 걸린 자가 퇴소한 경우에는 그가 사용하던 시설, 보호복 및 물품 등은 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙」 제35조를 준용하여 소독한다.

④ 삭제

○ 관련 국제인권기준

유엔 자유권 규약

제10조 ① 자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적인 또한 인간의 고유한 존엄성이 존중되는 대우를 받는다.

유엔 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(이하 “유엔 사회권 규약”)

제12조 ① 이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.

② 이 규약당사국이 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취할 조치에는 다음 사항을 위하여 필요한 조치가 포함된다.

- (a) 사산율과 유아사망률의 감소 및 어린이의 건강한 발육
- (b) 환경 및 산업위생의 모든 부문의 개선
- (c) 전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방, 치료 및 통제
- (d) 질병 발생시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제30조 의사 또는 자격을 갖춘 보건의로 전문가는 입소한 모든 피구금자들에 대하여 조속한 면담과 의료 검사를 실시해야 한다. 이 경우 다음과 같은 사항에 각별한 주의를 기울여야 한다.

- (a) 특별한 의료 지원이나 치료가 필요한 지 여부
- (b) 입소 전에 학대를 받았는지 여부
- (c) 구금으로 인한 정신적 스트레스로 인하여 자살 또는 자해의 위험이 있는 지 여부 또는 약물 또는 알코올 중독으로 인한 금단증상, 기타 모든 개인적으로 필요한 조치 또는 치료 확인
- (d) 감염성 질환으로 인하여 격리와 적절한 치료가 필요한 지 여부
- (e) 작업, 운동, 기타 활동에 참여할 수 있는 지를 파악하기 위한 건강상태의 확인

유엔「HIV/AIDS에 관한 약속 선언」

13. 더 나아가 낙인, 침묵, 차별 및 거부, 그리고 비밀 보장 결여가 예방, 관리 및 치료 노력을 저해하고 개인, 가족, 지역사회 및 국가에 대한 이 전염병의 영향을 증가시키며 따라서 이 문제 역시 해결해야 한다는 점을 주목하며,

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2022. 4. 15.자 “2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고” 결정

주문:

전염 우려가 없는 HIV 감염인 등을 단순한 우려를 이유로 격리하지 않도록 하고, 입소절차 및 생활전반에서 피보호자의 감염사실이 노출되지 않도록 특별한 주의를 기울일 것”

이유:

외국인보호규칙에서는 감염병에 걸린 사람을 격리수용할 수 있도록 규정하고 있으나, 이는 감염병의 확산을 막기 위한 조치일 뿐이므로 그러한 우려가 없는 사람을 대상으로 격리수용을 하는 것은 적절하지 않다. HIV 감염인과 일상적인 생활이나 접촉을 한다고 하여 감염이 일어나는 것은 아니므로, 감염에 대한 막연한 우려를 이유로 외국인보호시설에서 HIV 감염인을 차별·격리하는 행위는 인간의 존엄성과 평등권을 침해하는 것이다.

같은 거실을 사용하는 보호외국인의 항의를 이유로 HIV 감염인을 격리수용하는 것은 HIV 감염인에 대한 사회적 편견과 부당한 차별을 방조하는 것이다. 다만 혼거수용으로 인해 HIV 감염인의 감염 사실이 노출될 우려가 있다면 본인의 의사에 반해 감염사실이 노출되는 것이므로 이 역시 주의를 기울일 필요가 있다. 따라서 HIV 감염인을 보호할 때에는 당사자의 의사를 고려하되 혼거수용을 원칙으로 하여야 하며, 입소절차 및 생활 전반에서 HIV 감염 사실이 노출되지 않도록 특별한 주의를 기울일 것이 요구된다.

다. 검토

인간면역결핍바이러스(HIV)는 혈액 등을 매개로 해서 전파되는 바이러스로 체외 공기에 노출될 경우 사멸하므로 일상적인 생활접촉을 통하여 전염될 우려가 없는데, 그럼에도 불구하고 HIV 감염인을 비감염인과 분리하거나 독거 수용하는 등 격리하는 것은 불합리한 편견에 근거한 낙인 및 배제에 해당한다. 또한 일반적으로 HIV 감염인의 감염 사실이 알려질 경우 차별, 따돌림, 폭력 등에 노출되기 쉽기 때문에, HIV 감염인의 감염 사실을 본인의 의사에 반하여 타인에게 누설 및 전파하는 것은 감염인의 인권을

중대하게 침해하는 행위에 해당한다. 특히 본인의 의사에 반하여 HIV 감염인만을 격리 수용할 경우, 격리 수용 중이라는 사실 그 자체로부터 다른 보호외국인들이 감염 사실을 추단할 수 있으므로 격리 수용은 HIV 감염사실의 누설로도 이어질 가능성이 높다.

같은 취지에서 국가인권위원회도 전염 우려가 없는 HIV 감염인 등을 단순한 우려를 이유로 격리하지 않도록 할 것과 입소절차 및 생활전반에서 피보호자의 감염사실이 노출되지 않도록 특별한 주의를 기울일 것을 권고한 바 있다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 및 「HIV/AIDS에 관한 약속 선언」에 의하더라도, 감염성 질환으로 격리가 필요한지 여부는 보건의로 전문가의 면담 후 각별한 주의 하에 개별적으로 판단하여야 하고, 낙인이나 차별 및 거부, 그리고 비밀 보장 결여는 오히려 감염병 예방을 방해한다는 점에 유의하여야 한다.

결론적으로, HIV 감염인을 격리 대상에서 제외하고, 오히려 격리 여부를 외부 인사들(정신건강 전문가 등 포함)로 구성된 위원회에서 결정하게 하거나 격리 후 주기적으로 격리 적부심사를 거치도록 하는 등 격리 행위를 적절히 통제할 수 있는 절차 규정을 신설하는 것이 헌법, 국제인권규범 및 국내 법령 체계에 부합한다고 할 것이다.

라. 소결

- ✓ HIV 등 일상적인 생활접촉으로 감염될 가능성이 없는 감염병의 경우, 감염병에 감염되었거나 감염이 의심된다는 이유로 해당 보호외국인을 격리하여서는 안 된다. HIV 감염인 등을 구금할 때에는 당사자의 의사를 고려하되 원칙적으로는 다른 보호외국인과 함께 생활할 수 있도록 하여야 한다.
- ✓ HIV 감염 사실로 인한 차별이 발생하지 않도록, 보호외국인의 HIV 감염 사실이 노출되지 않도록 하여야 한다. 나아가, 다른 사람이 HIV 감염인의 감염사실을 추단할 수 없도록, 수용 장소, 의복, 의료 절차 등 외국인보호시설 운영 전반에서 특별한 주의가 필요하다.

제6절 질서유지 과정에서의 인권침해 방지

Ⅰ 보호장비 사용

1. 보호장비 사용의 최소화 및 사용방식에 대한 제한

가. 쟁점

2021년 화성외국인보호소에서 보호외국인에게 보호장비를 사용하면서 두 다리를 포승으로 묶고 포승과 뒷수갑을 연결하여 묶는 등 법령에 근거가 없는 방식(속칭 ‘새우깡기’)으로 사용한 사실 및 법률에 근거가 없는 종류의 장비를 사용(발목보호장비, 박스테이프, 케이블타이)한 사실이 확인되어 사회적 관심을 받은 바 있다.²⁶³⁾

법무부는 2021. 11. 위 사건의 진상조사 결과를 발표하면서 개선방안으로 △보호장비 사용 관련 외국인보호규칙 등을 개정하여 보호장비의 사용 요건 및 방법 등 가이드라인을 제공함으로써 그 남용을 방지하고, △보호장비 사용이 불가피한 경우 사용 가능한 보호장비의 종류를 한정적으로 명시함과 동시에 규칙상 나열된 보호장비 이외 장비 등 사용금지 규정을 명문화하겠다고 밝혔다.²⁶⁴⁾

법무부는 2022. 5. 현행 출입국관리법에 규정된 보호장비(수갑, 포승, 머리보호장비) 중 포승을 삭제하고 새로운 보호장비로 발목보호장비, 보호대, 보호의자를 추가하는 등의 내용으로 「외국인보호규칙 일부개정령안」을 입법예고했다.²⁶⁵⁾ 법무부장관은 2022. 7. “인권 측면에서 여러 우려가 제기되고 있는 것으로 알고 있”다며 발목보호장비, 보호의자를 도입하는 부분은 개정안에서 제외하라고 재검토를 지시했다.²⁶⁶⁾

법무부는 2022. 12. 5. “보호외국인의 인권 보호를 강화하기 위하여, 보호시설에서의 인권침해 신고의 접수·조사 등을 담당하는 인권보호관을 지정하도록 하고, 도주·난동 등의 행위를 하는 보호외국인에

263) 한겨레, “[영상] 손은 뒷수갑, 발엔 포승줄…화성외국인보호소 ‘새우깡기’ 가혹행위”, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1013105.html (2021. 9. 28.).

264) 법무부 보도자료, “화성외국인보호소 인권침해 사건 진상조사 결과 및 개선방안”, 인권국 인권조사와, 출입국·외국인정책본부 이민조사과, https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1635743419582100 (2021. 11. 1.).

265) 법무부, “외국인보호규칙 일부개정령안 입법예고”, <https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/ogLmPp/68436> (2022. 5. 25.).

266) 법무부 보도자료, “법무부에서 알려드립니다. “법무부장관, ‘외국인보호규칙’ 재검토 지시”, 대변인실, https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1657254285287100 (2022. 7. 8.).

대하여 예외적으로 사용되는 수갑 등 보호장비의 규격과 사용기준 등을 명확히 정하는 한편, 보호외국인을 별도의 장소에 격리하여 보호하는 특별계호의 절차를 구체화하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것”이라며 외국인보호규칙을 개정(법무부령 제1038호)하고 2023. 3. 6. 시행했다.

개정된 외국인보호규칙은 보호장비의 사용기준 등을 구체화하기 위해 △수갑을 양손수갑과 한손수갑으로 구분하고, △포승을 상체용 벨트형포승·하체용 벨트형포승·조끼형포승으로 구분하며, △보호장비의 종류별로 규격을 세부적으로 정하고, △수갑·보호대 및 포승은 보호장소의 변경 등을 위한 보호시설 밖에서의 호송에 필요한 경우 등에 사용할 수 있도록 하며, △머리보호장비는 보호장비를 사용할 필요가 있는 경우로서 머리를 자해하였거나 자해할 우려가 있는 경우에 사용할 수 있도록 하고, △담당의사 등은 보호장비를 착용한 보호외국인의 건강상태를 수시로 확인하도록 하고, 특이사항을 발견한 경우에는 이를 반드시 기록하도록 했다.

국가인권위원회는 2022년 외국인보호시설 방문조사 후 권고에서 △보호장비는 보호외국인의 신체의 자유를 심각하게 침해할 소지가 있으므로 법률유보 원칙을 반드시 준수하고, 법령에 근거가 없는 보호장비는 폐기할 것, △보호장비의 종류를 법무부령으로 추가할 수 있도록 위임하고 있는 출입국관리법제56조의4 제4항 제4호를 삭제하고, 보호장비의 종류 및 사용요건은 기본권 침해의 중대성에 비추어 법에서 스스로 정해야 하므로, 출입국관리법에 규정할 것, △보호장비를 착용한 보호외국인의 목욕, 식사, 용변, 치료, 취침 시 보호장비 사용을 원칙적으로 일시 중지하거나 완화하도록 관련 규정을 개정할 것, △보호장비 사용의 정당성 확보 및 보호외국인에 대한 사후 권리구제 및 알권리 보장을 위해 보호외국인에 대한 보호장비 사용 시 CCTV 등의 기록을 90일 이상 보관하고, 보호외국인의 요구가 있거나 필요성이 있는 경우, 그 기간을 더욱 확대하여 보관하도록 할 것 등을 법무부장관에게 권고한 바 있다.²⁶⁷⁾

보호장비는 출입국관리법에 따라 보호외국인이 △자살 또는 자해행위를 하려는 경우, △다른 사람에게 위해를 끼치거나 끼치려는 경우, △도주하거나 도주하려는 경우, △출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 사유 없이 거부 또는 기피하거나 방해하는 경우, △보호시설의 질서유지를 위하여 필요한 경우, △강제퇴거를 위한 호송 등을 위하여 필요한 경우에 사용될 수 있다(제56조의4 제1항 및 제4항).

그런데 보호장비는 보호외국인의 신체의 자유를 심각하게 침해할 수 있어 징계의 목적으로 사용할 수 없도록 규정되어 있으나(외국인보호규칙 제43조 제2항), 보호장비의 사용 권한이 출입국관리공무원에게 있어(출입국관리법 제56조의4 제4항) 시설의 질서유지를 명분으로 보호장비가 남용될 우려가 있다.

267) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

최근 언론보도에 따르면, 법무부가 화성외국인보호소에 25개월째 구금돼 있던 난민신청자 V씨를 강제송환하는 과정에서 수갑을 2개 채우고 다리에는 회색 끈(로프)을 묶었다는 증언이 나오기도 했다. 이는 보호장비를 외국인보호규칙에 규정되어 있지 않은 위법한 방식으로 사용한 것일 가능성이 있다.²⁶⁸⁾

이에 아래에서는 외국인보호시설에서 보호장비 사용의 적정성에 관한 인권기준을 검토한다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제56조의3(피보호자 인권의 존중 등) ① 피보호자의 인권은 최대한 존중하여야 하며, 국적, 성별, 종교, 사회적 신분 등을 이유로 피보호자를 차별하여서는 아니 된다.

② 남성과 여성은 분리하여 보호하여야 한다. 다만, 어린이의 부양 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 피보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인인 경우에는 특별히 보호하여야 한다.

1. 환자
2. 임산부
3. 노약자
4. 19세 미만인 사람
5. 제1호부터 제4호까지에 준하는 사람으로서 지방출입국·외국인관서의 장이 특별히 보호할 필요가 있다고 인정하는 사람

④ 제3항에 따른 보호를 위한 특별한 조치 및 지원에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정한다.

제56조의4(강제력의 행사) ① 출입국관리공무원은 피보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 피보호자에게 강제력을 행사할 수 있고, 다른 피보호자와 격리하여 보호할 수 있다. 이 경우 피보호자의 생명과 신체의 안전, 도주의 방지, 시설의 보안 및 질서유지를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

1. 자살 또는 자해행위를 하려는 경우
2. 다른 사람에게 위해를 끼치거나 끼치려는 경우
3. 도주하거나 도주하려는 경우
4. 출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 사유 없이 거부 또는 기피하거나 방해하는 경우
5. 제1호부터 제4호까지에서 규정한 경우 외에 보호시설 및 피보호자의 안전과 질서를 현저히 해치는 행위를 하거나 하려는 경우

② 제1항에 따라 강제력을 행사할 때에는 신체적인 유형력(有形力)을 행사하거나 경찰봉, 가스분사용총, 전자충격기 등 법무부장관이 지정하는 보안장비만을 사용할 수 있다.

③ 제1항에 따른 강제력을 행사하려면 사전에 해당 피보호자에게 경고하여야 한다. 다만, 긴급한 상황으로 사전에 경고할 만한 시간적 여유가 없을 때에는 그러하지 아니하다.

④ 출입국관리공무원은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하거나 보호시설의 질서유지 또는 강제퇴거를 위한 호송 등을 위하여 필요한 경우에는 다음 각 호의 보호장비를 사용할 수 있다.

268) 오마이뉴스, “20명이 달려들어…난민신청자 강제송환 폭력 진압 논란”, https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0003125216 (2025. 5. 3.).

1. 수갑
2. 포승
3. 머리보호장비
4. 제1호부터 제3호까지에서 규정한 사항 외에 보호시설의 질서유지 또는 강제퇴거를 위한 호송 등을 위하여 특별히 필요하다고 인정되는 보호장비로서 법무부령으로 정하는 것
- ⑤ 제4항에 따른 보호장비의 사용 요건 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

외국인보호규칙

제43조(보호장비의 사용) ① 담당공무원은 청장등의 명령 없이 법 제56조의4제4항에 따른 보호장비(이하 “보호장비”라 한다)를 사용할 수 없다. 다만, 명령을 받을 수 없는 긴급한 사정이 있는 경우에는 이를 사용한 후 지체 없이 청장등에게 그 사실을 보고해야 한다.

② 보호장비는 징계의 목적으로 사용할 수 없다.

③ 담당공무원은 보호장비를 사용할 때에는 해당 보호외국인에게 그 사유를 고지해야 한다.

제43조의2(보호장비의 종류 및 규격) ① 보호장비의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 수갑
 - 가. 양손수갑
 - 나. 한손수갑
2. 보호대
3. 포승
 - 가. 상체용 벨트형포승
 - 나. 하체용 벨트형포승
 - 다. 조끼형포승
4. 머리보호장비

② 보호장비의 종류별 규격은 별표 7과 같다.

③ 담당공무원은 제2항에 따른 규격에 맞지 않는 보호장비를 사용해서는 안 된다.

제43조의3(보호장비의 사용기준) 보호장비의 종류별 사용기준은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 수갑·보호대 및 포승: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우일 것
 - 가. 법 제56조의4제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 법 제56조의4제1항제4호에 해당하는 경우는 정당한 사유 없이 위력으로 담당공무원의 직무집행을 거부·기피 또는 방해하는 경우로 한정한다.
 - 나. 보호의뢰, 보호장소의 변경, 외출 또는 강제퇴거명령서의 집행 등을 위한 보호시설 밖에서의 호송에 필요한 경우
2. 머리보호장비: 법 제56조의4제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 머리를 자해하였거나 자해할 우려가 있는 경우일 것. 다만, 법 제56조의4제1항제4호에 해당하는 경우는 정당한 사유 없이 위력으로 담당공무원의 직무집행을 거부·기피 또는 방해하는 경우로 한정한다.

제43조의4(보호장비의 사용방법) ① 보호장비의 종류별 사용방법은 별표 8과 같다.

② 하나의 보호장비로 사용목적 달성을 수 없는 경우에는 둘 이상의 보호장비를 사용할 수 있다.

제43조의5(보호장비 사용의 기록 등) ① 담당공무원은 보호장비를 사용한 경우 법무부장관이 정하는 중점관리 외국인 기록부에 다음 각 호의 사항을 기록해야 한다.

1. 사용한 보호장비의 종류
2. 보호장비 사용의 사유·시간 및 방법

② 담당공무원은 보호장비를 사용한 경우 수시로 해당 보호외국인을 관찰해야 한다. 다만, 다음 각 호의 보호장비를 사용한 경우에는 매 시간마다 법무부장관이 정하는 보호장비 착용자 관찰부에 해당 보호외국

인에 대한 관찰 내용을 기록해야 한다.

1. 양손수갑(별표 8 제1호가목2)의 방법으로 사용한 경우로 한정한다]
2. 하체용 벨트형포승
3. 머리보호장비

③ 담당의사는 보호장비를 착용한 보호외국인의 건강상태를 수시로 확인해야 하며, 특이사항을 발견한 경우 법무부장관이 정하는 중점관리 외국인 기록부에 기록해야 한다. 다만, 담당의사가 없는 경우에는 청장 등이 지명하는 사람이 확인 및 기록을 대신한다.

제43조의6(보호장비 사용의 중단 등) ① 담당공무원은 보호장비를 사용할 사유가 소멸된 경우에는 지체 없이 보호장비의 사용을 중단하고 청장등에게 그 사실을 보고해야 한다.

② 담당공무원은 보호장비를 착용한 보호외국인의 목욕·식사·용변 및 치료 등을 위해 필요한 경우 보호장비의 사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다.

③ 담당의사 또는 제43조의5제3항 단서에 따라 청장등이 지명한 사람(이하 이 조에서 “담당의사등”이라 한다)은 제43조의5제3항 본문에 따른 확인 결과 해당 보호외국인에게 보호장비를 계속 사용하는 것이 건강상 부적당하다고 인정하는 경우 청장등에게 그 사실을 즉시 보고해야 한다.

④ 제3항에 따른 보고를 받은 청장등은 해당 보호외국인에 대한 보호장비의 사용을 즉시 중지해야 한다. 다만, 보호장비를 계속 사용할 필요가 있다고 인정되는 경우로서 담당의사등에게 건강 유지에 필요한 조치를 취하도록 한 경우에는 그렇지 않다.

외국인보호규칙 시행세칙

제73조(보호장비 사용) ① 보호근무자는 보호규칙 제43조제1항 본문에 따라 보호장비를 사용하려는 경우 서식 제50호 보호장비 사용 신청서를 작성하여 담당과장을 경유하여 청장등의 허가를 받아야 한다.

② 보호근무자는 보호규칙 제43조제1항 단서에 따라 보호장비를 사용한 경우에는 지체 없이 제1항의 신청서를 작성하여 담당과장을 경유하여 청장등의 승인을 받아야 하며 승인을 받지 못한 경우에는 즉시 보호장비 사용을 해제하여야 한다.

③ 보호근무자는 제1항 및 제2항에도 불구하고 제74조제1항제1호 및 제2호에 해당하여 수갑·보호대를 사용하는 경우에는 서식 제45호 보호장비출납부의 수령 시 결재로 보호장비 사용에 대한 허가·승인을 갈음할 수 있다.

제73조의2(보호장비 사용의 기록) 보호규칙 제43조의5제2항의 보호장비 착용자 관찰부는 서식 제51호에 따른다.

제74조(보호장비의 출납) ① 보호근무자는 다음 각 호의 경우에 보호장비를 수령하여 휴대할 수 있다.

1. 호송의 경우
2. 계호구역 이외의 지역으로 보호외국인을 동행하는 경우
3. 법 제56조의4제1항 각 호에 해당하는 경우
4. 그 밖에 계호상 특히 필요한 경우

② 보호근무자는 보호장비를 사용에 지장이 없도록 관리하고 사용 후 반납할 때에는 그 기능을 검사하여야 한다. 이때 고장난 보호장비는 별도 분리하여 신속히 수리 의뢰하여야 한다.

③ 보호근무자는 보호장비를 출납할 때에는 시간, 수량, 수령자 성명 등을 보호장비출납부에 기록, 서명 후 청장등의 결재를 받는다.

④ 보호근무자가 보호장비를 사용하려는 경우에는 보호장비의 사용목적에 위배되지 않도록 적절한 보호장비를 선택하는 등 신중을 기하여야 한다.

제75조(보호장비 사용시 건강진단) 청장등은 보호장비의 사용으로 인하여 보호외국인의 건강에 현저한 영향을 끼칠 우려가 있다고 판단될 때에는 담당의사의 의견을 들어야 한다. 다만, 담당의사가 없는 경우에는 간호사, 청장등이 지명하는 사람의 순으로 이를 대신한다.

제77조(수갑사용시 유의사항) ① 수갑은 주요 동맥이나 정맥을 압박하지 않도록 팔목 크기보다 5mm정도 크게 채워야 한다.

② 삭제

③ 삭제

④ 보호근무자는 2명 이상의 보호외국인을 계호하는 경우 계호인원, 주변상황 등을 합리적으로 고려하여 필요시 다른 보호외국인과 연결하여 수갑을 채울 수 있다.

⑤ 보호근무자는 안전핀이나 그 밖에 안전장치가 부착되어 있는 수갑은 안전장치를 채워야 한다.

⑥ 수갑을 보호규칙 별표 8 제1호 가목2)의 방법으로 사용할 경우 최대 30분 사용 후 중단하는 것을 원칙으로 하되, 난동 등의 사유로 부득이한 경우에는 1회에 한하여 연장할 수 있다.

⑦ 보호근무자는 제6항에 따른 수갑 사용이 종료된 경우 30분이 경과하지 아니하면 다시 동일한 방법으로 사용할 수 없다.

제77조의2(보호대 사용시 유의사항) ① 보호대는 보호외국인에게 불필요한 고통을 주지 않도록 적절한 강도로 체결해야 한다.

② 보호규칙 별표 8 제1호 가목2)의 방법으로 수갑을 사용한 경우에는 보호대를 함께 사용할 수 없다.

제77조의3(포승 사용시 유의사항) ① 포승은 정해진 방법으로만 채워야 하며, 보호외국인에게 고통을 줄 목적으로 임의의 방법으로 채워서는 아니 된다.

② 포승은 수갑·보호대의 사용으로는 도주, 자해, 자살 등을 방지할 수 없다고 청장등이 인정한 경우에만 사용하며, 이때에도 보호외국인에게 사용이유를 설명하여야 한다.

제78조(머리보호장비 사용시 유의사항) ① 청장등은 보호외국인에게 머리보호장비를 착용시킬 필요성이 있다고 판단되는 경우에는 6시간의 범위 내에서 착용을 허가할 수 있다. 다만, 계속 착용의 필요성이 있는 경우에는 3시간의 범위 내에서 연장 착용을 허가할 수 있다.

② 보호근무자는 머리보호장비를 착용한 보호외국인에 대해서는 호흡에 장애가 발생하지 않도록 조치하여야 하며, 착용 후 10분 동안 호흡에 문제가 없는지 대면 관찰하고 이를 보호장비 착용자 관찰부에 기록하여야 한다.

③ 삭제

제78조의2(보호장비 사용을 위한 안전교육) 보호규칙 제43조에 따라 보호장비를 사용하는 보호근무자는 별표 6 보호장비 사용을 위한 안전교육 기준에 따라 보호장비 사용을 위한 안전교육을 받아야 한다.

제78조의3(보호장비의 안전검사) 청장등은 보호장비에 대한 안전검사를 별표 7 보호장비의 안전검사기준에 따라 실시해야 한다.

○ 관련 판결례

헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마163 결정

계구는 수용자에 대한 직접강제로 착용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적·정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 계구의 사용은 무엇보다 수용자들의 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위험이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 그 경우에도 가능한 한 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 하여야 한다.

피청구인이 수용시설의 안전과 질서유지를 책임지는 교도소의 소장으로서 청구인의 도주 및 자살, 자해 등을 막기 위하여 수갑 등의 계구를 사용한 목적이 정당하고 이 사건 계구사용행위가 이를 위한 적합한 수단이라 볼 수 있다. 그러나 청구인은 1년이 넘는 기간 동안 일주일에 1회 내지 많으면 수회, 각 약 30분 내지 2시간 동안 탄원서나 소송서류의 작성, 목욕, 세탁 등을 위해 일시적으로 해제된 것을 제외하고는 항상 이중 금속수갑과 가죽수갑을 착용하여 두 팔이 몸에 고정된 상태에서 생활하였고 이와 같은 상태에서 식사, 용변, 취침을 함으로써 일상생활을 정상적으로 수행할 수 없었으므로 그로 인하여 신체적, 정신적으로 건강에 해

를 입었을 가능성이 높고 인간으로서 최소한의 품위유지조차 어려운 생활을 장기간 강요당했다. 또한 적어도 기본적인 생리현상을 해결할 수 있도록 일시적으로 계구를 해제하거나 그 사용을 완화하는 조치가 불가능하였다고 볼 수도 없고, 청구인에게 도주의 경력이나 정신적 불안과 갈등으로 인하여 자살, 자해의 위험이 있었다 하더라도 그러한 전력과 성향이 1년 이상의 교도소 수용기간동안 상시적으로 양팔을 몸통에 완전히 고정시켜줄 정도의 계구사용을 정당화 할 만큼 분명하고 구체적인 사유가 된다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 계구사용행위는 기본권제한의 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고, 나아가 인간의 존엄성을 침해한 것으로 판단된다.

대법원 1998. 1. 20. 선고 96다18922 판결

- [1] 계구의 사용은 사용 목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다.
- [2] 교도소장이 교도관의 먹살을 잡는 등 소란행위를 하고 있는 수감자에 대하여 수갑과 포승 등 계구를 사용한 조치는 적법하나, 수감자가 소란행위를 종료하고 독거실에 수용된 이후 별다른 소란행위 없이 단식하고 있는 상태에서 수감자에 대하여 계속하여 계구를 사용한 것은 위법한 행위라는 원심 판단을 수긍한 사례.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제47조 ① 굴욕을 주거나 고통을 주는 쇠사슬, 발목수갑 또는 보호장비 사용은 금지되어야 한다.

② 기타 보호장비는 법으로 정해 두고 다음 각 호의 경우에만 제한적으로 사용되어야 한다.

- (a) 호송 중 도피에 대한 예방책으로 사용되는 경우. 다만 사법 또는 행정당국에 출석할 때에는 보호장비를 해제하여야 한다.
- (b) 피구금자가 자기 또는 타인에게 침해를 가하거나 재산에 손해를 주는 것을 다른 수단으로써는 방지할 수 없어서 소장이 명령하는 경우. 이 경우 소장은 지체 없이 의사 또는 기타 자격이 있는 보건 의료 전문가에게 알리고 상급행정관청에 보고하여야 한다.

제48조 ① 제47조 제2항에 의거하여 보호장비의 사용을 허가하는 경우 다음과 같은 원칙이 적용되어야 한다.

- (a) 보호장비는 보호장비 없는 상태에서의 행동으로 인한 위험을 예방하기 위한 다른 대체수단이 없을 경우에 한하여 사용되어야 한다.
- (b) 보호장비는 위험의 정도와 유형에 따라 피구금자의 행위를 통제하기 위해 필요한 합리적인 방법으로 사용되어야 한다.
- (c) 보호장비는 꼭 필요한 시기에 한정하여 사용되어야 하며 피구금자에 대한 보호장비가 없을 때의 행동에 위험성이 더 이상 존재하지 않는다면 즉시 제거하여야 한다.

② 진통 중, 분만 중 및 분만 직후의 여성에게 보호장비를 사용하여서는 안 된다.

유엔 고문방지위원회의 대한민국 제3·4·5차 국가 보고서에 대한 최종견해 (2017. 5. 30.)

22. 당사국은 다음의 조치를 이행해야 한다.

- (c) 구속장비는 최후의 수단으로서만 사용되어야 하며 최대한 짧게 보다 덜 침입적인 통제 방식이 실패했을 경우에 한해 사용되어야 하고 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제99조 제2항의 이행에 대한 엄격한 모니터링 보장

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한

제도개선 권고” 결정

가. 보호장비

- 1) 보호장비는 보호외국인의 신체의 자유를 심각하게 침해할 소지가 있으므로 법률유보 원칙을 반드시 준수하고, 법령에 근거가 없는 보호장비는 폐기할 것.
- 2) 보호장비의 종류를 법무부령으로 추가할 수 있도록 위임하고 있는 출입국관리법제56조의4 제4항 제4호를 삭제하고, 보호장비의 종류 및 사용요건은 기본권 침해의 중대성에 비추어 법에서 스스로 정해야 하므로, 출입국관리법에 규정할 것.
- 3) 보호장비 사용을 최소화하고, 사용제한 기준 및 안정성 평가 지표와 절차를 마련하며, 그러한 사항을 법률에 반영할 것.
- 4) 보호장비 사용 시 담당의사가 의료적 적절성을 판단하여 이를 기록하고, 의료관계 직원이 일정시간마다 신체활동정후 등을 확인하도록 하며, 보호외국인의 개인별·사건별로 사용 일시 및 동정 사항, 계속 사용 의견 등을 기재하는 별도 서식을 마련할 것.
- 5) 보호장비를 착용한 보호외국인의 목욕, 식사, 용변, 치료, 취침 시 보호장비 사용을 원칙적으로 일시 중지하거나 완화하도록 관련 규정을 개정할 것.
- 6) 보호장비 사용의 정당성 확보 및 보호외국인에 대한 사후 권리구제 및 알권리 보장을 위해 보호외국인에 대한 보호장비 사용 시 CCTV 등의 기록을 90일 이상 보관하고, 보호외국인의 요구가 있거나 필요성이 있는 경우, 그 기간을 더욱 확대하여 보관하도록 할 것.

다. 검토

헌법재판소는 교정시설의 보호장비(계구)에 관해 “계구는 수용자에 대한 직접강제로 작용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적·정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 계구의 사용은 무엇보다 수용자들의 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위험이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 그 경우에도 가능한 한 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 하여야 한다”라고 판단한 바 있다(헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마163 결정). 교정시설과 유사한 보호장비를 사용하고 있는 외국인보호시설에서도 이러한 원칙이 지켜져야 할 것이다.

먼저, 보호장비는 보호외국인의 신체의 자유를 심각하게 침해할 소지가 있으므로 헌법의 기본권 제한 원칙에 따라 그 종류를 법률에서 구체적으로 규정함으로써 법률유보 원칙을 준수해야 할 것이다.

현행 출입국관리법 제56조의4 제4항은 △수갑(제1호), △포승(제2호), △머리보호장비(제3호) 외에도 “보호시설의 질서유지 또는 강제퇴거를 위한 호송 등을 위하여 특별히 필요하다고 인정되는 보호장비로서 법무부령으로 정하는 것”(제4호)을 규정하고 있다. 즉 법무부령으로 보호장비의 종류를 확대하는 것을 허용하고 있는 것이다.

2023. 3. 6. 개정 외국인보호규칙이 시행되기 전까지는 법무부령인 「출입국관리법 시행규칙」이나 외

국민보호규칙에 추가 보호장비를 규정하지 않았으므로, 당시까지 외국인보호시설에서는 보호장비로 수갑, 포승, 머리보호장비만을 사용할 수 있었다. 그런데 2023. 3. 6. 시행된 개정 외국인보호규칙은 보호대를 추가했고, 포승 또한 △상체용 벨트형포승 △하체용 벨트형포승²⁶⁹⁾ △조끼형포승으로 세분화하여 추가했다. 이를 표로 정리하면 아래와 같다.

외국인보호시설의 보호장비 종류 규정 비교

출입국관리법 (법률 제18397호)	구 외국인보호규칙 (법무부령 제204호)	2023. 3. 6. 시행된 개정 외국인보호규칙 (법무부령 제1038호)
수갑	수갑	양손수갑 한손수갑
포승	포승	상체용 벨트형포승 하체용 벨트형포승 조끼형포승
머리보호장비	머리보호장비	머리보호장비
보호시설의 질서유지 또는 강제퇴거를 위한 호송 등을 위하여 특별히 필요하다고 인정되는 보호장비로서 법무부령으로 정하는 것	-	보호대

앞에서 본 것처럼 법무부가 2022. 5. 새로운 보호장비로 발목보호장비, 보호대, 보호의자를 추가하는 내용으로 「외국인보호규칙 일부개정령안」을 입법예고할 수 있었던 것도 출입국관리법 제56조의4 제4항 제4호가 법무부령으로 보호장비의 종류를 확대하는 것을 허용하고 있기 때문이다.

이에 보호장비의 종류를 법무부령으로 추가할 수 있도록 위임하고 있는 출입국관리법 제56조의4 제4항 제4호를 삭제함으로써 법률에 규정된 보호장비만 사용할 수 있도록 제한해야 할 것이다. 또한 행정청이 보호장비의 종류를 자의적으로 확대할 수 없도록 보호장비의 개념 및 핵심적인 사용방법을 출입국관리법 등 법률에 규정할 필요가 있다.

한편, 외국인보호시설의 질서유지 등을 위해 최후의 수단으로 보호장비를 사용하더라도, 보호외국인의 목욕, 식사, 용변, 치료, 취침 등을 위해 필요한 경우에는 보호장비의 사용을 일시 중지하거나 느슨하게 하는 등의 방법으로 완화할 필요가 있다. 보호장비를 착용한 상태로 식사를 하거나 용변을 보거나 취침을 해야 한다면 이는 보호외국인에게 극도의 고통과 인격적 모멸감, 수치심을 유발하기 때문이다.

269) 일반적으로 포승은 팔과 몸통 등 상체를 구속하기 위한 목적으로 사용되는데, 하체용 벨트형포승은 이와 달리 허벅지까지 구속하므로 사실상 「출입국관리법」에 규정되어 있지 않은 발목보호장비를 법무부령으로 도입하는 셈이다. 현재 교정시설에서도 벨트형포승을 사용하고 있지만 상체 구속용으로만 사용하고 있다(형집행법 시행규칙 [별표 18의2]).

헌법재판소는 광주교도소장이 2000. 3. 7.부터 2001. 4. 2.까지 총 392일(가축수갑 388일)동안 광주교도소에 수용되어 있는 청구인에게 상시적으로 양팔을 사용할 수 없도록 금속수갑과 가죽수갑을 착용하게 한 사건에서 “한 걸음 더 양보하여 가령 청구인이 교도소에 수용되어 있는 동안 도주나 자살, 자해의 위험이 항상 매우 높았고 단기간 내에 수용시설을 보완하거나 감시를 강화하는 것이 현실적으로 불가능하였다고 하더라도 적어도 기본적인 생리현상을 해결할 수 있도록 일시적으로 계구를 해제하거나 그 사용을 완화하는 조치가 불가능하였다고 볼 수는 없다”라고 판단한 바 있다(헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마163 결정).

이에 관해 외국인보호규칙 제43조의6은 “담당공무원은 보호장비를 착용한 보호외국인의 목욕·식사·용변 및 치료 등을 위해 필요한 경우 보호장비의 사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다”라고 규정하고 있다. 그러나 이는 보호장비 사용의 일시 중지·완화 여부를 담당공무원의 재량으로 두고 있어 실효성이 의심된다. 한편, 보호장비 일시 중지 사유에 ‘취침’이 빠져 있는 점도 큰 문제이다. 보호장비를 착용한 상태로는 편안한 자세로 취침을 하기가 어려울 뿐만 아니라, 보호외국인의 취침 시간은 일반적으로 7시간(22:00~07:00, 외국인보호규칙 시행세칙 별표 2)으로 하루 중 상당한 비중을 차지하고 있다는 점을 고려하면, 보호장비 일시 중지 사유에 ‘취침’을 포함해야 할 것이다.

이에 보호외국인이 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 목욕, 식사, 용변, 치료, 취침 등을 위해 필요한 경우에는 보호장비 사용을 반드시 일시 중지하거나 완화하도록 법령을 개정해야 한다.

또 한편, 신체를 직접 구속하는 보호장비의 사용을 최소화하는 방안도 고민해야 한다. 시설 외부 호송 등으로 도주 우려가 있는 경우에 사용하는 보호장비는 별론으로 하고, 적어도 외국인보호시설 내부에서는 보호장비를 자살 및 자해 방지 등의 설비, 방음설비를 갖춘 특별계호실 수용으로 대체할 필요가 있다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙이 “보호장비는 보호장비 없는 상태에서의 행동으로 인한 위험을 예방하기 위한 다른 대체수단이 없을 경우에 한하여 사용되어야 한다”(제48조 ① (a))라고 규정하고 있는 점, 외국인보호규칙이 “보호장비는 징계의 목적으로 사용할 수 없다”(제43조 제2항), “보호장비를 사용할 사유가 소멸된 경우에는 지체 없이 보호장비의 사용을 중단”하도록 규정하고 있는 점을 감안하면, 보호장비는 규율 위반에 대한 처벌로 이해되어서는 안 될 것이다.

교정시설의 경우, 국가인권위원회는 2018년 10개 교정시설에 대한 방문조사 후 법무부에 “보호장비 사용과 관련하여, 원칙적으로 자살 및 자해 방지 등의 설비를 갖춘 보호실이나 진정실²⁷⁰⁾에 수용하여 보호장비 사용을 최소화”하라고 권고했다. 이에 대해 법무부는 “진정실·보호실 수용과 보호장비 사용 요

270) 교정시설의 경우 자살 및 자해 방지 등의 설비를 갖춘 보호실(형집행법 제95조)과 방음설비 등을 갖춘 진정실(형집행법 제96조)을 갖추고 있는데, 이는 외국인보호시설의 특별계호실과 유사하다.

건은 엄연히 다를 뿐만 아니라, 진정실 또는 보호실 수용만으로 시설의 안전과 질서유지, 수용자의 생명·신체 보호를 담보할 수 없”다고 회신했다.²⁷¹⁾ 국가인권위원회는 이를 권고 불수용으로 판단하고 공표한 바 있다.²⁷²⁾

보호외국인의 자살·자해·위해 우려에 대해 보호장비로 대처하는 것은 손쉬운 방법이나 문제를 근본적으로 해결하기는 어렵다. 보호외국인이 자해 등을 감행하는 데는 다양한 원인이 있을 수 있지만, △과밀수용 해소 △독거수용 원칙 관철 △정신질환 보호외국인에 대한 의료 처우 개선 △보호외국인간 합리적 이유 없는 차별적 처우 개선 △처우에 대한 신속·공정한 구제 절차 마련과 정보의 공개 등 외국인보호시설의 처우와 수용 환경을 개선함으로써 그 원인을 제거하려는 노력이 병행되어야 할 것이다. 보호외국인이 흥분했다는 이유로 보호장비를 사용하면 그 때문에 흥분 상태가 촉발되어 또 다시 자해 등을 유발함으로써 보호장비 남용의 악순환에 빠질 수 있다. 보호장비가 사건의 해결책이 아니라 사건의 원인 중 하나가 될 수 있다는 인식이 필요하다.

이에 보호장비 사용을 최소화하기 위해 외국인보호시설 내부에서는 보호장비를 사용하지 않고, 필요할 경우 자살 및 자해 방지 등의 설비, 방음설비를 갖춘 특별계호실 수용으로 이를 대체할 필요가 있다.

라. 소결

- ✓ 출입국 행정당국이 보호장비의 종류를 자의적으로 확대할 수 없도록, 보호장비의 종류 및 핵심적인 사용방법을 법률로 규정하여야 한다.
- ✓ 보호외국인이 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 목욕, 식사, 용변, 치료, 취침 등을 위해 필요한 경우에는 보호장비 사용을 일시 중지하거나 완화하여야 한다. 이러한 중지 및 완화가 담당 공무원의 재량에 맡겨져서는 안 되며, 사유가 발생하는 경우 예외 없이 중지 및 완화가 이루어져야 한다.
- ✓ 외부 호송과정에서 보호장비를 사용하는 것은 별론으로 하더라도, 원칙적으로 외국인보호시설 내부에서는 보호장비를 사용하여서는 안 된다. 자살 및 자해 방지가 필요한 경우에는 보호장비의 사용보다 설비, 방음설비를 갖춘 특별계호실 수용이 우선적으로 고려되어야 한다.

271) 법무부 교정본부, “권고 결정에 대한 의견 및 이행계획” 2019. 6. 20. (국가인권위원회, 정보 부분 공개 결정 통지서(20-정-0069), 2020. 4. 6.에 따른 공개자료)

272) 국가인권위원회 보도자료, “수용자 인권증진 개선방안 권고 일부, 법무부 불수용”, (2020. 2. 4.).

II 특별계호실 수용

1. 특별계호의 사유 및 방식에 대한 제한

가. 쟁점

법무부는 2021. 11. 속칭 ‘새우껍기’ 사건의 진상조사 결과를 발표하면서 개선방안으로 “특별계호 실시 사유 별로 특별계호 가능 기간의 경·중을 구분함과 동시에 사유 소멸 시 즉시 중단하도록 하는 규정을 도입하여 특별계호 남용을 방지”하겠다고 밝혔다.²⁷³⁾

법무부는 2023. 3. 6. 시행된 개정 외국인보호규칙에서 특별계호의 사유(제40조 제1항) 중 △감염병에 감염되었거나 감염되었다고 의심될 때(제5호), △정신질환·알콜중독·마약중독 증상이 있거나 그러한 증상이 의심될 때(제6호)를 삭제했다. 또한 법무부는 특별계호의 기간을 기존 5일 이내(외국인보호규칙 시행세칙 제72조 제7항, 필요한 경우에는 5일 이내의 기간을 정하여 연장 가능)에서 72시간 이내(제40조의3 제1항 및 제2항, 계속하여 특별계호를 할 필요가 있는 경우에는 1회에 한정하여 72시간의 범위에서 연장 가능)로 개정했다. 한편, 연속된 특별계호를 금지하기 위해 “특별계호 기간이 종료된 후 24시간이 경과하지 않으면 해당 보호외국인에 대해 다시 특별계호를 할 수 없다”라는 규정을 신설했다(제40조의3 제3항).

과거 외국인보호시설의 특별계호는 시설의 안전·질서유지에 위해를 가하거나 가할 우려가 있는 행위에 대한 응보 또는 예방을 위해 보호외국인에게 고통을 가하는 것이었음을 부인하기 어렵다. 그러나 2023. 3. 6. 시행된 개정 외국인보호규칙에서 “특별계호는 징계의 목적으로 할 수 없다”(제40조 제2항), “담당공무원은 특별계호 사유가 소멸된 경우에는 지체 없이 특별계호를 중단하고 그 사실을 청장등에게 보고해야 한다”(제40조의2 제7항)라는 규정이 새로 도입됨에 따라, 이제 특별계호는 시설의 안전·질서유지에 위해를 가하는 행위에 대한 징계가 아니라 이러한 행위를 중단시키기 위해 보호외국인을 다른 사람과 격리하는 것으로 자리매김 되었다. 또한 위와 같은 행위의 우려가 소멸되면 특별계호를 중단(외국인보호규칙 제40조의2 제7항)해야 하므로 그 기간 또한 일시적이어야 한다.

그러나 최근 언론보도에 따르면, 2025년 4월 화성외국인보호소에서 25개월째 구금되어 있던 나이지리아 국적의 난민 신청자 V씨가 ‘지시불응’을 이유로 72시간동안 특별계호실에 수용됐다. 앞서 V씨는 법무부의 ‘국외호송 대상자 명단’에 올라 인천공항으로 끌려갔다가 항공사 측의 탑승거부로 화성보호소

273) 법무부 보도자료, “화성외국인보호소 인권침해 사건 진상조사 결과 및 개선방안”, 인권국 인권조사과, 출입국·외국인정책본부 이민조사과,
https://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1635743419582100 (2021. 11. 1.).

로 돌아왔는데 그 직후 특별계호실에 수용됐다고 한다. 사건의 진상이 아직 밝혀지지는 않았지만, 특별계호실 수용이 여전히 징계의 목적으로 활용되고 있다는 의혹이 제기되는 대목이다.²⁷⁴⁾

한편, 특별계호의 사유 중 하나로 ‘단식’이 포함되어 있어 보호외국인이 단식을 하면 특별계호실에 수용될 수 있다. 언론보도에 따르면, 2019년 화성외국인보호소에 구금된 경험이 있는 카슈미르 출신 S씨는 보호소 측이 요구를 들어주려 하지 않고 지시에 불응할 경우 독방에 가둔다고 주장했다. 수용기간 중 7번 정도 독방에 구금되었다고 하는 그는 “난민 신청을 위해 변호사에게 서류를 팩스로 보내달라고 요청했는데 직원이 며칠간 응하지 않아 갈등을 빚었더니 곧장 독방에 가뒀다”고 말했다. 또 보호소 측이 식판을 던지면서 배식하는 바람에 음식이 엉망이 돼서 ‘식사를 하지 않겠다’고 선언했다가 독방에 구금된 적도 있다고 주장했다.²⁷⁵⁾

이에 아래에서는 외국인보호시설에서 특별계호실 수용이 징계의 목적으로 사용되지 않도록 특별계호실 수용의 적정성에 관한 인권기준을 검토한다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제56조의4(강제력의 행사) ① 출입국관리공무원은 피보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 피보호자에게 강제력을 행사할 수 있고, 다른 피보호자와 격리하여 보호할 수 있다. 이 경우 피보호자의 생명과 신체의 안전, 도주의 방지, 시설의 보안 및 질서유지를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

1. 자살 또는 자해행위를 하려는 경우
 2. 다른 사람에게 위해를 끼치거나 끼치려는 경우
 3. 도주하거나 도주하려는 경우
 4. 출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 사유 없이 거부 또는 기피하거나 방해하는 경우
 5. 제1호부터 제4호까지에서 규정한 경우 외에 보호시설 및 피보호자의 안전과 질서를 현저히 해치는 행위를 하거나 하려는 경우
- ② 제1항에 따라 강제력을 행사할 때에는 신체적인 유형력(有形力)을 행사하거나 경찰봉, 가스분사용총, 전자충격기 등 법무부장관이 지정하는 보안장비만을 사용할 수 있다.
- ③ 제1항에 따른 강제력을 행사하려면 사전에 해당 피보호자에게 경고하여야 한다. 다만, 긴급한 상황으로 사전에 경고할 만한 시간적 여유가 없을 때에는 그러하지 아니하다.

외국인보호규칙

제40조(특별계호의 실시) ① 청장등은 보호외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 법 제56조의 4제1항에 따라 해당 보호외국인을 별도의 장소에 격리해서 보호(이하 “특별계호”라 한다)할 수 있다.

274) 오마이뉴스, “‘콜플’ 콘서트날 날아온 소식…비국민의 곁에 함께 선다는 것”, https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0003123341 (2025. 5. 7.).

275) 한국일보, “외국인보호소는 감옥보다 독한 곳…폐지해야” 카슈미르 출신 난민의 호소, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2021111814560001570> (2021. 11. 18.).

1. 도주, 난동, 폭행, 시설·물품 파손, 그 밖에 보호시설의 안전이나 질서유지를 해치는 행위를 하거나 하려고 하였을 때
2. 담당공무원의 정당한 직무집행이나 명령에 따르지 아니하거나 방해하였을 때
3. 자해 또는 다른 보호외국인에게 위해(危害)를 가할 우려가 있는 물품 그 밖에 보호시설의 안전이나 질서를 해칠 목적으로 제10조제1항에 따라 소지·사용할 수 있는 물품 외의 물품을 몰래 소지하고 있거나 반입하려 하였을 때
4. 자살·자해를 꾀하거나 보호외국인을 선동하는 등 보호시설의 질서를 해칠 목적으로 단식할 때
5. 삭제 <2022. 12. 5.>
6. 삭제 <2022. 12. 5.>
- ② 특별계호는 징계의 목적으로 할 수 없다.
- ③ 삭제 <2022. 12. 5.>
- ④ 삭제 <2022. 12. 5.>

제40조의2(특별계호의 절차) ① 담당공무원은 제40조제1항 각 호에 해당하는 보호외국인에 대해 사건 경위 및 특별계호 필요성 등을 조사한 후 청장등에게 사건 발생 보고를 해야 한다.

- ② 담당공무원은 특별계호를 하려는 때에는 사전에 별지 제1호서식의 특별계호 신청서를 작성해 청장등에게 보고한 후 같은 호 서식의 특별계호 지시서(이하 “지시서”라 한다)를 발급받아야 한다.
- ③ 담당공무원은 제2항에도 불구하고 사전에 지시서를 발급받을 수 없는 긴급한 사정이 있는 경우에는 특별계호를 시작한 후에 지체 없이 지시서를 발급받아야 한다. 이 경우 지시서를 발급받지 못한 때에는 특별계호를 즉시 중단해야 한다.
- ④ 담당공무원은 특별계호를 할 때에는 해당 보호외국인에게 별지 제2호서식의 특별계호 통고서를 교부해야 한다. 다만, 사전에 통고서를 교부할 수 없는 긴급한 사정이 있는 경우에는 특별계호를 시작한 후에 지체 없이 교부해야 한다.
- ⑤ 담당공무원은 영상정보 처리기기 등을 통해 특별계호의 과정을 녹화해야 하며, 녹화된 영상물을 특별계호가 끝난 날부터 30일 동안 보관해야 한다.
- ⑥ 담당공무원은 법무부장관이 정하는 중점관리 외국인 기록부에 특별계호에 관한 사항을 기록해야 한다.
- ⑦ 담당공무원은 특별계호 사유가 소멸된 경우에는 지체 없이 특별계호를 중단하고 그 사실을 청장등에게 보고해야 한다.

제40조의3(특별계호의 기간) ① 특별계호의 기간은 72시간 이내로 한다.

- ② 제1항에도 불구하고 계속하여 특별계호를 할 필요가 있는 경우에는 1회에 한정하여 72시간의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다. 이 경우 제40조의2에 따른 절차를 다시 거쳐야 한다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따른 특별계호 기간이 종료된 후 24시간이 경과하지 않으면 해당 보호외국인에 대해 다시 특별계호를 할 수 없다.

외국인보호규칙 시행세칙 제72조(특별계호) ① 삭제

- ② 청장등은 보호외국인이 보호규칙 제40조제1항 각 호의 특별계호의 대상에 해당하더라도 사안이 비교적 경미하다고 판단되는 경우에는 경고로서 특별계호를 갈음할 수 있고, 이 경우 서식 제49호에 따른 경고를 보호외국인에게 발급하여야 한다.
- ③ 청장등은 보호근무자의 특별계호 신청이 타당한 이유가 있다고 판단되는 경우에는 특별계호의 기간, 장소 등을 정하여 특별계호를 지시할 수 있다.
- ④ 보호근무자는 보호외국인을 특별계호 할 때에는 그 사유를 보호외국인이 이해할 수 있는 방법으로 설명한 후 의견진술 할 기회를 주어야 한다. 다만, 긴급한 경우에는 특별계호 후 지체 없이 그 사유를 설명한 후 의견진술 할 기회를 주어야 한다.
- ⑤ 보호근무자는 보호외국인을 특별계호할 때 언행 등을 세밀히 관찰하여 수시로 청장등에게 보고하며, 그 내용을 중점관리 외국인 기록부에 기재하여야 한다.

⑥ 제5항의 보고를 받은 청장등은 특별계호 보호외국인의 건강이나 정상 등을 참작하여 그 특별계호의 기간을 단축하거나 연장할 필요가 있다고 판단되는 경우에는 그 기간을 조정할 수 있다.

⑦ 삭제

⑧ 특별계호중에 있는 보호외국인에 대해서는 그 특별계호 기간 중 면회, 운동 등을 제한할 수 있다. 다만, 운동을 제한하는 경우에도 6일에 1회 이상은 운동 기회를 보장하여야 한다.

⑨ 보호근무자는 보호규칙 제40조의2제4항에 따라 특별계호 통고서를 교부할 때 보호외국인 본인의 서명을 받아 그 부분을 중점관리 외국인 기록부와 함께 보관한다. 보호외국인이 서명을 거부하는 경우에는 '서명 거부'라고 적고 보관한다.

○ 관련 판결례

헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마289 결정

행형법상 징벌의 일종인 금지처분을 받은 자에 대하여 금지기간 중 집필을 전면 금지한 행형법시행령 제145조 제2항 본문 부분(이하 “이 사건 시행령조항”이라 한다)은, 금지대상자의 자유와 권리에 관한 사항을 규율하는 것이므로 모법의 근거 및 위임이 필요하다. 행형법 제46조 제2항 제5호는 징벌의 일종으로 ‘2월 이내의 금지’를 규정하고 있으나, 금지의 개념 자체로부터는 그 사전적 의미가 제시하는 징벌실 수용이라는 특수한 구금형태만을 추단할 수 있을 뿐이고 거기에 집필의 전면적 금지와 같은 일정한 처우의 제한 내지 박탈이라는 금지의 효과 내지 집행방법까지 포함되어 있다거나 동 조항으로부터 곧바로 제한되는 처우의 내용이 확정된다고 볼 수 없고, 행형법 제46조 제4항은 징벌을 부과함에 있어 필요한 기준을 법무부장관이 정하도록 규정하고 있으나, 그 위임사항이 ‘징벌의 부과 기준’이지 ‘징벌의 효과나 대상자의 처우’가 아님은 문언상 명백하므로, 모두 이 사건 시행령조항의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다. 다만 행형법 제33조의3 제1항은 수용자에 대하여 원칙적으로 집필을 금지하고 있다고 볼 수 있으나, 이 사건 시행령조항은 같은 조항에서 규정하고 있는 접견이나 서신수발 등과 달리 교도소장이 예외적으로라도 이를 허용할 가능성마저 봉쇄하고 있고, 위 행형법 제33조의3 제1항보다 가중된 제한을, 그것도 모법과 상이한 사유를 원인으로 집필의 자유를 박탈하고 있으므로 이 역시 이 사건 시행령조항의 법률적 근거가 된다고 할 수 없어 이 사건 시행령조항은 금지처분을 받은 수형자의 집필에 관한 권리를 법률의 근거나 위임 없이 제한하는 것으로서 법률유보의 원칙에 위반된다.

대법원 1998. 1. 20. 선고 96다18922 판결

- [1] 계구의 사용은 사용 목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다.
- [2] 교도소장이 교도관의 먹살을 잡는 등 소란행위를 하고 있는 수감자에 대하여 수갑과 포승 등 계구를 사용한 조치는 적법하나, 수감자가 소란행위를 종료하고 독거실에 수용된 이후 별다른 소란행위 없이 단식하고 있는 상태에서 수감자에 대하여 계속하여 계구를 사용한 것은 위법한 행위라는 원심 판단을 수긍한 사례.

○ 관련 국제인권기준

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제36조 규율 및 명령은 안전한 구금과 교도소의 안전한 운영, 그리고 질서 있는 공동체 생활을 유지하기 위하여 필요한 한도를 넘어 제한되어서는 안 된다.

제37조 다음 각 호는 항상 법률 또는 권한 있는 행정관청의 규칙으로 정하여야 한다.

- (a) 규율위반을 구성하는 행위
- (b) 부과할 징벌의 종류 및 그 기간

(c) 그 징별권을 갖는 기관

(d) 독방격리수용, 격리, 분리, 특수 관리시설, 구속시설 등 다른 피구금자들로부터 강제적으로 분리구금하는 형식. 이러한 구금방식이 규율에 따른 징별로 행해지거나 질서 유지 및 보안을 위해 행해지는지의 여부를 불문하며, 모든 강제적 분리구금 형식의 이용, 검토, 도입 및 폐지를 위한 지침제정 및 절차를 포함한다.

제38조 ① 교정당국은 규율 위반을 방지하고 갈등을 해결하기 위하여 가능한 범위 내에서 갈등예방, 중재 및 기타 대안적 분쟁해결방법을 사용하도록 장려되어야 한다.

② 교정당국은 분리구금되고 있거나 이전에 분리구금된 적이 있는 피구금자에 대하여 필요한 조치를 취하여, 분리구금이 발생시킬 수 있는 피구금자에 대한 유해한 영향, 그리고 그의 석방 이후 사회에 미칠 유해한 영향을 완화시키도록 하여야 한다.

제39조 ① 어떠한 피구금자도 제37조에서 언급된 법률 또는 규칙에 의한 경우를 제외하고는 징별을 받아서는 안 되며, 피구금자에 대한 징별은 공정의 원칙과 적법절차원칙에 따라야 한다. 피구금자는 동일한 행동 또는 규율위반에 대해 이중으로 징별받지 않아야 한다.

② 교정당국은 징별 및 그 징별의 원인이 된 규율위반 사이의 비례성을 보장할 수 있어야 하며, 부과된 모든 징별내역을 정확하게 기록하여야 한다.

③ 교정당국은 규율에 따른 징별을 부과하기 전에 피구금자의 정신질환 또는 발달장애가 그의 행동, 규율위반행위, 규율상 비난을 받아야 할 행동에 영향을 미친 것인지, 그런 것이라면 어느 정도의 영향을 미쳤는지 확인하고 위반사실에 대한 원인을 규명하여야 한다. 교정당국은 정신질환이나 발달장애로 인한 규율위반을 징별하여서는 안 된다.

제41조 ① 피구금자의 규율 위반에 대한 모든 혐의는 관련 기관에 즉시 보고되어야 하고 이를 보고받은 기관은 즉시 이에 대한 조사를 실시하여야 한다.

② 피구금자는 그가 이해할 수 있는 언어로 자신에 대한 혐의사실에 대하여 즉각적인 통보를 받고 자신을 방어할 수 있는 적당한 시간과 시설을 제공받아야 한다.

③ 피구금자는 사법행정적 이익상 필요한 경우, 특히 중대한 규율위반 사항의 경우, 자신을 직접 방어하거나 필요시 법적 지원을 받을 권리가 있다. 만일 심의절차가 피구금자가 이해하거나 말할 수 없는 언어로 진행되는 경우 전문 통역가에 의한 지원이 무상으로 이루어져야 한다.

④ 피구금자는 자신에게 부과된 징별에 대하여 사법심사를 요구할 기회를 가져야 한다.

⑤ 규율 위반이 범죄로 형사기소되는 경우 피구금자는 법률자문에 대한 장애없는 접근 등 형사소송절차에 적용되는 모든 절차적 권리를 보장받아야 한다.

제43조 ① 제한 또는 규율에 따른 징별은 어떠한 경우에도 고문 또는 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌과 다름없는 것이어서는 안 된다. 특히 다음과 같은 취급은 금지되어야 한다.

(a) 무기한 독방격리수용

(b) 장기 독방격리수용

(c) 피구금자를 암실 또는 늘 불이 켜진 공간에 구금하는 행위

(d) 체벌 또는 피구금자의 식사·식수 공급을 제한하는 행위

(e) 집단 처벌

② 규율위반에 대한 처벌로 보호장비를 사용해서는 안 된다.

③ 규율위반에 대한 처벌 또는 제한적 조치로 가족과의 연락을 금지해서는 안 된다. 가족과의 연락은 제한적 시간에 한하여, 그리고 보안 및 질서 유지를 위하여 필요한 경우에 한하여서만 제한될 수 있다.

제44조 본 규칙에서 “독방격리수용”이라 함은 1일 중 최소 22시간을 실제 타인과의 접촉 없이 격리하는 것을 의미한다. “장기 독방격리수용”이라 함은 연속 15일을 초과하여 독방 격리수용함을 의미한다.

제45조 ① 독방격리수용은 예외적인 경우에 한하여 최후의 수단으로만 이용되어야 하며, 가능한 최소한의 시간으로 한정해야 하고, 독립적인 심사를 조건으로 하며 담당기관의 승인 이후에 처분할 수 있다. 피구

금자에 대한 형사판결을 이유로 하여 독방격리수용이 부과되어서는 안 된다.

② 정신적·신체적 장애가 있는 피구금자에 대한 독방격리수용 처분으로 인하여 그 상태가 악화될 수 있다면 독방격리수용 부과는 금지되어야 한다. 범죄예방 및 형사사법에 대한 유엔 기준 및 규범 「자유를 박탈당한 소년의 보호에 관한 유엔 규칙」(결의안 45/113, 부속서) 제67조 및 「유엔 여성수용자 처우와 여성 범죄자 사회내처우에 관한 규칙」(방콕 규칙, 결의안 65/229, 부속서) 제22조 참조.

에서 규정하고 있는 여성 및 아동에 대한 독방격리수용 및 유사처분의 금지는 이 규칙에도 적용된다.

- 제46조** ① 보건의료 담당자는 규율위반에 따른 처벌 또는 기타 제한적 처분을 부과할 수 없다. 그러나 보건의료 담당자는 강제적으로 격리된 피구금자의 건강상태에 각별한 주의를 기울여야 한다. 특히 해당 피구금자를 매일 방문하여야 하며, 피구금자 또는 교도소 직원의 요청에 따라 의료지원 및 치료를 하여야 한다.
- ② 규율위반에 따른 처벌이나 기타 제한적 처분이 그 처분을 받는 피구금자의 신체적·정신적 건강상태에 부정적인 영향을 미치는 경우 보건의료 담당자는 이를 즉시 교도소장에게 보고하고, 신체적·정신적 건강을 이유로 처벌이나 처분의 종료 또는 변경이 필요한지에 대한 의견을 전달하여야 한다.
- ③ 보건의료 담당자는 피구금자의 강제적 격리에 대하여 심사하고, 피구금자의 건강상태 또는 정신적·신체적 장애가 격리로 인하여 더 악화되지 않도록 처분 변경에 대한 의견을 제시할 권한이 있다.

세계의사협회의 ‘단식 투쟁자들에 대한 몰타 선언’(WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers)

16. 의사는 단식이나 치료 거부가 개인의 자발적인 선택임을 스스로 납득할 필요가 있다. 단식 투쟁자들은 강압으로부터 보호받아야 한다. 의사는 종종 이를 달성하는 데 도움을 줄 수 있으며 강압이 당국, 또래 그룹 또는 가족과 같은 다른 사람들로부터 올 수 있음을 인식해야 한다. 의사 또는 기타 의료 인력은 단식 투쟁자에게 단식을 중단하도록 어떤 종류의 부당한 압력을 가할 수 없다. 단식 투쟁자의 치료나 보살핌은 단식 투쟁의 종단을 조건으로 해서는 안 된다. 수감 채우기, 격리, 단식 투쟁자를 침대에 묶는 것 또는 단식 투쟁으로 인한 모든 종류의 신체적 구속을 포함하여 이에 국한되지 않는 모든 구속이나 압력은 허용되지 않는다.

○ 관련 국가인권위원회 결정례

국가인권위원회 2008. 1. 28.자 07진인121 결정

법률의 근거 없는 직권이송이 피해자들의 기본권을 침해하고 나아가 징벌의 수단으로 악용될 가능성이 상존하는 한, 법률에 근거해야 할 직권이송의 사유는 신체의 자유를 제한당한 수용자에게 적용되는 징벌사유의 범위 이상으로 적용되어서는 안 될 것이다. … 피해자들이 단식한다는 이유만으로 직권이송을 하는 것 또한 부당한 처분이다.

국가인권위원회 2016. 12. 23.자 16-직권-0001900·16-진정-0688600·16-진정-0695700(병합)
“부산교도소 수용자 사망사건 의료조치 미흡 등 직권조사” 결정

1. OO교도소 수용자 사망사고 발생 당시의 OO교도소장을 징계할 것
2. 혹서기에는 조사수용실에 선풍기를 설치하는 등의 방법으로 조사수용실의 환경을 개선할 것
3. 고혈압·당뇨 등 질병이 있는 수용자의 조사수용 시 유사한 인권침해 사례가 발생하지 않도록 적절한 의료조치를 담보할 수 있는 방안을 마련할 것
4. 사망사건과 같은 중대사건 발생 시 공정하고 효과적인 조사를 위하여 CCTV 영상기록 등 관련 증거가 삭제되지 않도록 증거보전 방안을 마련할 것

국가인권위원회 2019. 1. 16.자 18방문0001500 “2018년 교정시설 방문조사에 따른 수용자 인권증진 개선 권고” 결정

마. 보호장비 사용의 정당성을 확보하기 위해 CRPT 대원들이 착용하고 있는 캡코더를 의무적으로 사용하게

하고, CCTV와 캠코더의 영상기록 보존기간을 최소 90일 이상으로 하는 규정을 마련하기 바람.

국가인권위원회 2023. 4. 20.자 “2022 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권 증진을 위한 제도개선 권고” 결정

나. 특별계호

- 1) 법무부 훈령인 「외국인보호규칙 시행세칙」 제72조 제8항은 특별계호 중 면회, 운동 등을 제한할 수 있어 보호외국인의 처우에 불이익이 가해지므로 이를 삭제하고, 원칙적으로 별도 장소 격리 외 다른 처우를 제한하지 않도록 개선할 것.
- 2) 외국인보호규칙 제40조 제1항 보호외국인에 대한 특별계호 사유 중 제4호 ‘단식’을 삭제할 것
- 3) 특별계호실 내 냉방장치 및 변기와 생활공간 사이의 차폐시설 등을 설치하고, 벽면 소재와 방음 설비 등이 자살 및 자해 방지 등의 목적에 부합하도록 하며, 보호외국인이 응급상황에서도 도움을 요청하기 쉽도록 비상벨 위치 조정 등 특별계호실 환경을 개선할 것

다. 검토

출입국관리법 제56조의4 제1항은 “출입국관리공무원은 피보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 피보호자에게 강제력을 행사할 수 있고, 다른 피보호자와 격리하여 보호할 수 있다. 이 경우 피보호자의 생명과 신체의 안전, 도주의 방지, 시설의 보안 및 질서유지를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다”라고 규정하고 있다. 특별계호실 수용의 법률적 근거는 위 조항의 “다른 피보호자와 격리하여 보호할 수 있다”라는 규정이다. 그러나 출입국관리법은 격리보호시 피보호자의 처우를 제한하거나 달리하는 규정을 두고 있지 않고, 이를 하위 법령에 위임하는 규정도 두지 않고 있다.²⁷⁶⁾

외국인보호규칙도 제40조 제1항에서 “청장등은 보호외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 법 제56조의4제1항에 따라 해당 보호외국인을 별도의 장소에 격리해서 보호(이하 “특별계호”라 한다)할 수 있다”라고 규정하고 있으나, 별도 장소 격리 외 보호외국인의 처우를 제한하거나 달리하는 규정은 두지 않고 있다. 오히려 위 규칙은 제40조 제2항은 “특별계호는 징계의 목적으로 할 수 없다”라고 규정하고 있다.

그러나 법무부 훈령인 외국인보호규칙 시행세칙 제72조 제8항은 “특별계호중에 있는 보호외국인에

276) 출입국관리법 제57조는 “제56조의2부터 제56조의9까지에서 규정한 사항 외에 보호시설에서의 피보호자에 대한 급양(給養)이나 관리 및 처우, 보호시설의 경비(警備)에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다”라고 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 특별계호 시 처우 제한까지 위임한 법률 규정이라고 볼 수 없다. 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다(헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2005헌바51 결정 참조).

대해서는 그 특별보호 기간 중 면회, 운동 등을 제한할 수 있다. 다만, 운동을 제한하는 경우에도 6일에 1회 이상은 운동 기회를 보장하여야 한다”라고 규정하고 있어, 이를 근거로 외국인보호시설에서는 특별 보호된 보호외국인의 처우에 불이익을 가함으로써 특별보호 제도를 사실상 징벌 제도로 운영하고 있다.

특별보호 시 면회와 운동 등 처우 제한은 법률이 구체적인 범위를 정하여 하위 법령에 위임한 사항이 아님은 물론 법률의 위임 자체가 없이 법무부장관이 제정한 훈령만으로 보호외국인의 기본권을 제한한 것으로 헌법상 기본권 제한의 법률유보원칙에 위반될 소지가 있다.²⁷⁷⁾

게다가 위 규정은 △특별보호 시 제한되는 처우의 종류를 구체적으로 열거하여 규정하지 않고 “면회, 운동 등”으로 예시함으로써 처우 전반에 대한 제한을 가능하게 하고, △실제 외국인보호시설에서도 인터넷 사용 등 다양한 처우를 제한하고 있으며, △처우 제한의 정도(다만, 운동의 경우 6일에 1회 이상 보장)를 규정하지 않는 등 특별보호 시 처우의 전부 또는 일부를 제한할 수 있는 재량을 소장에게 부여하고 있어 헌법상 과잉금지원칙에도 위반될 소지가 있다.

이에 특별보호 중 면회, 운동 등을 제한할 수 있도록 하고 있는 외국인보호규칙 시행세칙 제72조 제8항을 삭제하는 등 특별보호 시 원칙적으로 별도 장소 격리 외 보호외국인에 대한 다른 처우를 제한하지 않도록 개선할 필요가 있다.²⁷⁸⁾ 또한 특별보호실의 △냉난방, △환기, △변기와 생활공간 사이의 차폐시설 등 시설 환경이 열악하면 특별보호실 수용이 그 자체로 징계의 효과를 가지게 되므로, 이를 방지하기 위해서는 특별보호실의 환경이 일반보호실의 환경과 동일해야 할 것이다.

한편, 외국인보호규칙 제40조는 특별보호의 사유 중 하나로 “자살·자해를 꾀하거나 보호외국인을 선동하는 등 보호시설의 질서를 해칠 목적으로 단식할 때”(제4호)를 규정하고 있다.²⁷⁹⁾ 단식의 이유는 다양할 수 있지만, 보호외국인이 의사 표시 수단으로 단식을 하는 경우는 보호소 측에 자신의 요구 사항을

277) 과거 교정시설의 처우를 규정했던 구 행형법도 징벌의 종류와 요건만을 정하고 있을 뿐 징벌의 부과기준은 법무부령(수용자규율및징벌에관한규칙)으로, 징벌의 효과 및 집행방법은 대통령령(행형법 시행령)으로 정하고 있었다. 징벌 중 금치의 경우에도 구 행형법에는 이를 징벌의 일종으로 인정하는 규정이 있을 뿐 금치의 구체적인 효과나 집행방법에 관하여 명시하는 규정이나 이에 관하여 하위명령에서 규정할 것을 위임하는 명문규정을 구 행형법상 찾아보기 어려웠다. 헌법재판소는 금지처분을 받은 수형자에 대하여 징벌실 수용과 더불어 집필을 전면 금지하는 구 행형법 시행령조항에 대해 “금지처분을 받은 수형자의 집필에 관한 권리를 법률의 근거나 위임 없이 제한하는 것”이라며 법률유보 원칙 위반 등을 이유로 위헌 결정한 바 있다(헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마289 결정).

278) 이에 대해 「출입국관리법」이 특별보호의 개념을 “다른 피보호자와 격리하여 보호”한다고 규정하고 있음을 이유로 처우 중 공동으로 진행하는 처우는 제한할 수 있다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 대부분의 처우는 단독으로 진행할 수 있으며, 운동 등 공동으로 진행하는 처우의 경우에는 필요하다면 시간대를 배분하여 단독으로 진행할 수 있을 것이다. 한편, 이러한 처우 방식의 변경 또한 필요 최소한의 범위를 벗어나 보호외국인의 인권을 과도하게 침해해서는 안 될 것이다.

279) 한편, 면회중지 사유(「외국인보호규칙」 제33조 제11항)로도 “면회인이 집단난동·단식·자살·자해·탈주 등 보호시설의 안전과 질서유지에 반하는 행위를 보호외국인과 공모하거나 이를 교사(敎唆)하였을 때”(제3호)가 규정되어 있다.

전달하기 위한 최후의 수단이자 평화적인 수단으로 이를 선택한 것으로 봐야 할 것이다. 단식 그 자체를 시설의 안전과 질서유지에 해를 끼치는 규칙 위반 행위로 평가하는 것은 부당하므로 특별계호 사유에서 단식을 삭제할 필요가 있다.

세계의사협회의 단식 투쟁자들에 대한 몰타 선언(WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers)²⁸⁰⁾ 제16항은 “단식 투쟁자들은 강압으로부터 보호받아야 한다”며 “수갑 채우기, 격리, 단식 투쟁자를 침대에 묶는 것 또는 단식 투쟁으로 인한 모든 종류의 신체적 구속을 포함하여 이에 국한되지 않는 모든 구속이나 압박은 허용되지 않는다”고 선언하고 있다.

교정시설의 경우, 과거에는 단식을 규율 위반으로 평가하고 징벌을 부과했으나 현재는 ‘단식 금지’를 규율에서 삭제했다. 「수용자규율및징벌에관한규칙」(시행 2001. 1. 18. 법무부령 제502호)은 수용자가 준수해야 할 규율 중 하나로 “정당한 이유없이 단식하여서는 아니된다”(제3조 제2호)를 규정하고 이를 위반하면 ‘2월이내의 금지’(제4조 제1항 제3호) 징벌에 처하도록 하고 있었으나, 동 규칙이 2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 전부개정되면서 단식이 징벌 부과 사유에서 삭제되었다.²⁸¹⁾ 이에 따라 교정시설에서 단식을 이유로 수용자에게 불이익을 주는 관행이 명시적으로는 사라졌다.

대법원은 1998년 “교도소장이 교도관의 먹살을 잡는 등 소란행위를 하고 있는 원고에 대하여 수갑과 포승 등 계구를 사용한 조치는 적법하나, 원고가 소란행위를 종료하고 독거실에 수용된 이후 별다른 소란행위 없이 단식하고 있는 상태에서는 원고에 대하여 더 이상 계구를 사용할 필요는 없는 것이고, 그럼에도 불구하고 원고에 대하여 9일 동안이나 계속하여 계구를 사용한 것은 위법한 행위라는 이유로 피고는 원고에 대한 손해배상의무가 있다”라는 원심 판단을 수긍한 바 있다.²⁸²⁾ 이는 단식 행위 자체는 시설의 안전 및 질서를 해치는 행위로 인정될 수 없음을 확인한 것으로 볼 수 있다.

국가인권위원회도 ○○외국인보호소에서 단식을 이유로 보호외국인들을 다른 기관으로 이송한 것은 부당하다며 제기된 진정 사건에서 “법률의 근거 없는 직권이송이 피해자들의 기본권을 침해하고 나아가 징벌의 수단으로 악용될 가능성이 상존하는 한, 법률에 근거해야 할 직권이송의 사유는 신체의 자유를 제한당한 수용자에게 적용되는 징벌사유의 범위 이상으로 적용되어서는 안 될 것”이고 “피해자들이 단식한다는 이유만으로 직권이송을 하는 것 또한 부당한 처분”이라고 판단한 바 있다.²⁸³⁾

280) World Medical Association, “WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers”, <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers/> (2022. 12. 5.).

281) 다만, 현행 「교정본부 보고사무지침」(법무부훈령 제1422호)에서 소장이 법무부장관에게 정보보고해야 하는 대상 중 하나로 ‘집단단식…등 수용질서에 중대한 영향을 미치는 행위’(제3조 제1항 제2호 및 제5항)를 규정하고 있을 뿐이다.

282) 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다18922 판결

283) 국가인권위원회 2008. 1. 28.자 07진인121 결정.

단식은 출입국관리법에 규정된 특별계호 요건에 해당하지 않으므로 이를 이유로 특별계호를 감행하는 것은 법률의 위임 범위를 벗어나는 것이기도 하다. 특별계호는 신체의 자유를 제한하므로 법률에 그 근거가 있어야 하는데, 특별계호의 사유를 규정하고 있는 출입국관리법 제56조의4 제1항 각호 중 ‘단식’에 적용될 수 있는 사유를 찾아보면, “보호시설 및 피보호자의 안전과 질서를 현저히 해치는 행위를 하거나 하려는 경우”(제5호) 정도를 고려할 수 있다. 그러나 보호외국인이 시설 내 처우에 대한 불만을 가지고 단식을 하는 경우, 그 자체로는 시설의 안전과 질서에 어떠한 해도 끼치지 않음이 명백하다. 또한 단식에 따라 건강이 악화되면 당사자의 안전에 해가 될 여지는 있지만, 이를 이유로 하는 건강상 조치는 별론으로 하고, 특별계호를 통해 단식자를 다른 보호외국인과 격리하는 것이 보호외국인의 안전에 어떠한 이익이 되는지 의문이다.

한 보호외국인의 단식이 다른 보호외국인의 동조 단식을 불러와 집단적인 단식으로 확대된다면, 시설 관리자는 단식자를 특별계호하는 등 징벌적 조치를 감행할 것이 아니라 집단 단식을 통해 드러난 보호외국인들의 의견을 수렴하여 이를 반영하고 필요할 경우 보호외국인들의 이해를 구하는 것이 외국인보호시설의 인권친화적 운영을 위해 필요한 태도일 것이다.

한편, 특별계호실 수용 중 보호장비를 함께 사용하는 것이 일반적인데, 보호외국인의 입장에서는 사후에라도 그 위법성을 입증하기 위해서는 CCTV 등의 기록 입수가 필수적이다.

교정시설의 경우, 국가인권위원회는 2016년 부산교도소 조사수용실 수용자 2인 사망 사건에 대한 직권조사 결정에서 “교정시설에서 수용자 사망 등 중요한 사건이 발생할 경우 CCTV 녹화기록이 당시 정황이나 사실관계 등을 확인할 수 있는 증거자료로 활용될 수 있는데, 이번 부산교도소 사망사건의 경우에는 CCTV 녹화기록이 전체적으로 보전·제출되지 아니하였다”라고 지적한 바 있다. 당시 부산교도소의 수용자 거실 및 운동장 등에 설치된 CCTV 녹화기록은 15일이 지나면 순차적으로 삭제되는 방식인데, 수용자 사망 등 중요사건이 발생하거나 수사·재판 등으로 보전의 필요성이 있는 경우에는 별도의 매체에 저장하여 보관하고 있었다. 국가인권위원회는 “사망사건과 같은 중대사건 발생 시 공정하고 효과적인 조사를 위하여 CCTV 영상기록 등 관련 증거가 삭제되지 않도록 증거보전 방안을 마련할 것”을 권고한 바 있다.²⁸⁴⁾

또한 국가인권위원회는 2018년 교정시설 방문조사 후 권고에서 “현재 우리 위원회에 제기되는 상당수의 진정에서 교도관의 폭행 및 보호장비 사용의 적절성과 과잉성이 문제되고 있는 바, 법 집행의 신뢰성과 보호장비 사용의 정당성을 확보하기 위해서는 해당 상황이 녹화된 CCTV 영상의 확인이 필수적인 데도 각 교정시설별로 짧게는 2주에서 길게는 30일 정도만이 보관되고 있다. 그러나 조사실에 수용되어

284) 국가인권위원회 2016. 12. 23.자 16-직권-0001900·16-진정-0688600·16-진정-0695700(병합) “부산교도소 수용자 사망사건 의료조치 미흡 등 직권조사” 결정.

징별집행까지 마친 후 부당한 폭행 및 보호장비 사용에 대해 진정서 등을 작성하여 외부기관에 접수하기까지는 상당한 시일이 소요되므로 해당 영상은 최소 90일 이상의 보존 의무화를 명확히 규정할 필요가 있다. 또한 CRPT 대원들에게 개별적으로 지급되어 신체에 부착하고 있는 음성까지 녹음되는 캠코더를 이용하여 대원들이 출동하여 수용자를 진압하고, 보호장비를 사용하는 상황의 기록을 의무적으로 남겨 놓는 것이 필요해 보인다. 이는 CRPT 대원에 의한 폭행 등 과도한 공권력 집행이라는 오해를 스스로 해소하고, 보호장비 사용의 정당성을 입증하는 자료로서도 가치가 있다”고 판단한 바 있다.²⁸⁵⁾

현재 교정시설에서는 보호장비 사용 시 CCTV 기록²⁸⁶⁾은 90일 이상 보관하고, 바디캠 기록²⁸⁷⁾은 보관 필요성이 없을 경우는 90일 이상, 필요성이 있을 경우 5년간 보관하고 있는 것으로 알려져 있다. 이에 비해 외국인보호시설은 특별계호 과정을 녹화한 영상물을 특별계호가 끝난 날부터 30일 동안 보관한다(외국인보호규칙 제40조의2 제5항). 외국인보호시설도 교정시설과 유사한 보호장비를 사용하고 있고 교정시설의 보호실·진정실과 유사한 특별계호실을 운영하고 있으므로, 보호외국인의 사후 권리구제 및 알권리 보장을 위해 특별계호실 수용 시 CCTV 등의 기록을 90일 이상 보관할 필요가 있다. 이미 형사·민사상 증거보전신청 제도가 마련되어 있으나, 대한민국의 법 제도에 익숙하지 않은 보호외국인의 입장에서 이러한 제도를 활용하기 어려울 수 있다. 따라서 보호외국인의 요구가 있을 경우 교정시설의 바디캠의 경우와 같이 CCTV 등의 기록을 5년간 보관하도록 할 필요가 있다.

라. 소결

- ✓ 어떠한 경우에도 특별계호실 수용이 징계의 목적으로 이루어져서는 안 된다. 특별계호실 수용이 징계의 효과를 가지지 않도록 특별계호 시 원칙적으로 별도 장소 격리 외 보호외국인에 대한 다른 처우를 제한하지 않아야 하고, 특별계호실의 환경은 일반보호실의 환경과 동일해야 한다.
- ✓ 단식을 이유로 보호외국인을 특별계호실에 수용하여서는 안 된다.
- ✓ 특별계호 과정에서의 인권침해 여부가 모니터링 될 수 있고 인권침해가 발생하였을 경우에는 피해자가 원활하게 구제받을 수 있도록, 특별계호실 수용 시의 CCTV 영상은 충분한 기간 동안 보관되어야 한다. 이러한 영상은 기본적으로 90일 이상 보관되어야 하고, 보호외국인의 요구가 있을 경우에는 5년간 보관되어야 한다.

285) 국가인권위원회 2019. 1. 16.자 18방문0001500 “2018년 교정시설 방문조사에 따른 수용자 인권증진 개선 권고” 결정

286) 법무부, 교정시설 수용자 보호장비 사용 관련 개선 사항 시달(통보), 보안과-20154 (2020. 7. 10.)

287) 법무부, 교정기관 보안과장 영상회의 개최 결과 시달, 보안과-46800 (2021. 11. 11.).

제7절 권리구제절차

1 권리고지 및 정보제공

1. 정보의 충실한 제공

가. 쟁점

보호외국인에게 외국인보호시설 내에서의 생활규칙과 권리구제 절차에 관한 정보를 제공하는 것은 보호외국인의 인권을 보장하는 데 중요한 의미를 가진다.

보호외국인에게 보장된 권리구제 절차의 내용부터 살펴보면, 출입국관리법 및 외국인보호규칙, 동 시행규칙 등은 보호외국인에게 크게 1) '보호 그 자체'에 대한 권리구제 절차(보호에 대한 심사청구(출입국관리법 제55조))와 2) '보호시설 내 처우'에 대한 권리구제 절차(i) 청원(출입국관리법 제56조의8, 외국인보호규칙 제29조, 외국인보호규칙 시행세칙 제40 내지 제42조), (ii) 인권침해신고(외국인보호규칙 제28조의3, 외국인보호규칙 시행규칙 제39조의3), (iii) 고충상담(외국인보호규칙 제30조, 외국인보호규칙 시행세칙 제43조))를 두고 있다. 그 외에 보호외국인은 3) 유엔난민기구와의 교류·협력 제도(난민법 제29조 제2항) 및 4) 국가인권위원회에의 진정을 통하여 권리구제를 받을 수도 있다. 이처럼 보호외국인에게 권리구제절차가 보장되어 있음에도, 정작 보호외국인이 위 절차의 존재 자체를 알지 못한다면 위 각 절차가 유명무실하게 된다. 그러므로 보호외국인에게 권리구제 절차의 존재와 그 내용에 관한 정보가 반드시 제공될 필요가 있다.

다음으로 외국인보호시설의 생활규칙 역시 보호외국인에게 미리 안내되어야 한다. 그렇지 않으면 보호외국인으로서 이를 준수하기 어렵고, 그 때문에 보호외국인과 담당공무원 사이 불필요한 갈등과 마찰이 발생하게 될 가능성이 높다. 생활규칙은 일과기준, 자유시간 및 운동시간, 물품의 구입이나 외출 등에 관하여 정하고 있으므로 보호외국인의 복리를 위한 측면도 있는데, 보호외국인이 그 내용을 알지 못한다면 자신에게 주어진 권리를 누리지 못하게 될 수도 있다.

그러므로 출입국관리법 및 외국인보호규칙 및 동 시행규칙은 외국인보호시설의 생활규칙 및 보호외국인의 권리구제방법 등을 알리도록 정하고 있다. 다만, 위 관련 법령은 생활규칙과 권리구제절차를 어떤 내용과 방식으로 알려야 하는지 구체적으로 정하고 있지 않다. 이에 국가인권위원회는 여러 차례 보호시설 내 안내서를 비치하거나 다국어 안내 영상을 제작하고, 모든 보호외국인에게 안내서를 배부하는 등 보호시설 내 생활 및 권리구제절차에 대한 정보 제공 방법을 개선하여야 한다는 권고를

해 왔다.²⁸⁸⁾

대한변호사협회가 2022년 외국인보호시설을 방문하여 조사한 결과에 따르면, 외국인보호시설별로 아래와 같은 방식으로 생활규칙 및 권리구제 절차와 관련된 정보를 제공하는 것으로 확인된다.²⁸⁹⁾

구분	생활규칙 안내 ²⁹⁰⁾	권리구제 절차 관련 정보 제공 ²⁹¹⁾
화성 외국인보호소	• 입소 시 안내 동영상(3개국어·한국어, 영어, 중국어) 상영 • 입소 대기실 벽면에 생활규칙 안내문(6개국어·한국어, 영어, 중국어, 태국어, 베트남어, 러시아어)로 작성되어 벽면에 부착	• 입소 시 안내 동영상(3개국어·한국어, 영어, 중국어) 상영 • 보호실 내에 붙어있거나 비치된 안내문(6개국어·한국어, 영어, 중국어, 태국어, 베트남어, 러시아어)로 작성되어 벽면에 부착 • 각종 지원단체별 연락처 안내(상담가능시간 잘못 안내된 경우가 있음)
청주 외국인보호소	• 입소 시 안내 동영상(3개국어·한국어, 영어, 중국어) 상영 • 보호실 철창에 보호외국인 생활안내책자가 묶여 있음	• 입소 시 안내 동영상(3개국어·한국어, 영어, 중국어) 상영 • 보호실 내에 붙어있거나 비치된 안내문(2개국어·한국어, 영어)로 작성되어 벽면에 부착 • 각종 지원단체별 연락처 안내(상담가능시간 잘못 안내된 경우가 있음)

그러므로 아래에서는 보호외국인에게 제공되어야 하는 정보의 내용과 그 제공 방법에 관하여 참고할 만한 검토 기준을 살펴본 후, 향후 바람직한 기준을 제시한다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법(2025. 3. 18. 법률 제20794호로 일부개정된 것)

제56조의9(심사청구 절차 등의 게시) 지방출입국·외국인관서의 장은 제55조에 따른 보호에 대한 심사청구, 제56조의6에 따른 면회등 및 제56조의8에 따른 청원에 관한 절차를 보호시설 안의 잘 보이는 곳에 게시하여야 한다.

제66조의2(보호의 일시해제 절차 등의 게시) 지방출입국·외국인관서의 장은 제65조 및 제66조에 따른 보호의 일시해제 및 그 취소에 관한 절차를 보호시설 안의 잘 보이는 곳에 게시하여야 한다.

외국인보호규칙

제8조(생활규칙 등 알리기) ① 청장등은 보호시설의 생활규칙 및 보호외국인의 권리구제방법 등에 관한 사

288) 국가인권위원회 2011. 11. 3.자 “외국인보호시설 보호외국인 인권개선 방안 권고” 결정; 국가인권위원회 2012. 11. 29.자 “외국인보호시설 보호외국인의 인권개선 방안 권고” 결정; 국가인권위원회 2019. 1. 16.자 “2018년도 외국인보호소 방문조사에 따른 권고” 결정.

289) 여수외국인보호소의 경우 서면 답변에 그쳐 그 내용이 구체적이지 않으므로 정리를 생략한다.

290) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 87-91.

291) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 151-162.

향을 해당 외국인이 이해할 수 있는 언어로 미리 알려야 한다.

② 제1항에 따른 알림사항은 한국어·영어·중국어(이하 “영어등”이라 한다)로 작성하여 보호외국인이 잘 볼 수 있는 곳에 게시하여야 한다. 다만, 영어등을 이해하지 못하는 보호외국인이 원하는 경우에는 통역하여 게시 내용을 알려 주어야 한다.

외국인보호규칙 시행세칙

제10조(생활규칙 등 게시) 청장등은 보호규칙 제8조제2항에 따라 다음 각 호의 사항을 게시하여야 한다.

1. 보호규칙 제28조의3에 따른 인권침해 신고절차, 보호규칙 제29조에 따른 청원, 국가인권위원회에의 진정, 기타 청장등이 필요하다고 인정하는 권리구제 방법
2. 보호규칙 제24조에 따른 계획표 및 제32조에 따른 생활규칙
3. 그 밖에 시설안전 및 위생관리에 관한 사항 등 청장등이 필요하다고 인정하는 사항

○ 관련 국제인권기준

유엔 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약

제16조

5. 체포당하는 이주노동자와 그 가족은 체포 시에 가능한 한 그들이 이해할 수 있는 언어로 체포이유를 통고받으며, 그들에 대한 피의사실을 그들이 이해할 수 있는 언어로 신속히 통고받는다.

제33조

1. 이주노동자와 그 가족은 출신국, 취업국, 통과국으로부터 각각 해당하는 경우에 따라 다음 사항에 관하여 통지받을 권리를 가진다.
 - (a) 이 협약에 의하여 발생하는 권리.
 - (b) 입국 조건, 해당국의 법률과 관행에 따른 그의 권리와 의무 및 해당국의 행정절차 또는 기타 절차를 준수할 수 있도록 하는 기타의 사항.
2. 당사국은 위의 정보의 보급 또는 고용주, 노동조합 및 기타 적절한 단체나 기관에 의한 정보제공을 보장하는 데 적절하다고 생각하는 모든 조치를 취하여야 한다. 적절한 경우에는 다른 관계국과 협력하여야 한다.
3. 이주노동자와 그 가족이 요구하면 그러한 적절한 정보는 무료로 제공되어야 하며, 가능한 한 그가 이해할 수 있는 언어로 제공되어야 한다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

〈정보 및 불복신청〉

제54조

모든 피구금자에게는 입소 즉시 다음과 같은 정보가 서면으로 제공되어야 한다.

- (a) 구금시설에 대한 관련 법규
- (b) 정보 검색, 법률구조를 통한 법률자문을 받을 권리 등 피구금자의 권리와 불복 또는 요구절차
- (c) 피구금자의 의무사항과 규율위반에 대한 처벌
- (d) 구금시설에서의 생활에 적응하는데 필요한 기타 모든 사항

제55조

1. 제54조에 명시된 정보는 피구금자의 필요에 따라 가장 통용되는 언어로 제공되어야 한다. 피구금자가 해당언어를 이해하지 못하는 경우 통역지원이 제공되어야 한다.
2. 피구금자가 문맹인 경우 해당 정보를 구두로 제공해야 한다. 만일 피구금자가 감각장애를 가지고 있는 경우 가능한 방식으로 해당 정보를 전달해야 한다.
3. 교정당국은 해당 정보의 개요를 구금시설 내의 공용지역에 비치해야 한다.

유엔 모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙

원칙 13조

체포 당시와 억류 또는 구금의 시작 시점이나 그 즉시 체포 또는 억류, 구금을 집행하는 기관은 피구금자에게 그의 권리 및 권리의 행사 방법을 설명해주어야 한다.

원칙 14조

체포 또는 억류, 구금을 집행하는 기관이 사용하는 언어를 제대로 이해하지 못하거나 구사할 수 없는 자는 그가 이해할 수 있는 언어로 원칙 10조, 원칙 11조 2항, 원칙 12조 1항, 원칙 13조에 관한 정보를 즉시 고지 받을 권리를 갖고 체포 후 법률절차에 관하여 필요 시 무료로 통역을 제공받을 권리가 있다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 7: 구금 또는 구금 연장에 관한 결정은 최소한의 절차적 보장 장치에 따라 이루어져야 한다.

- (i) 체포 또는 구금 시, 구금 사유 및 구제 절차를 포함한 권리에 대해 이해할 수 있는 언어와 방식으로 정보가 제공되어야 한다.
- (vi) 구금된 사람은 난민 절차에 접근할 수 있어야 하며, 구금이 난민 신청 절차 진행의 장애물이 되어서는 안 된다. 절차 접근은 실질적이고 효과적이어야 하며, 증빙자료 제출 기한도 구금 상태를 고려해 합리적이어야 하고, 법률적 및 언어적 지원도 제공되어야 한다.
- (ix) 문맹 여부는 조기에 확인되어야 하며, 문맹 상태의 난민 신청자가 변호사, 의사, 방문자와의 면담 요청이나 불만 제기를 할 수 있도록 지원 체계가 마련되어야 한다.

○ 관련 국가인권위원회 결정

국가인권위원회 2011. 11. 3.자 “외국인보호시설 보호외국인 인권개선 방안 권고” 결정

“보호외국인에게 시설 생활규칙, 보호외국인의 권리구제방법, 고충처리상담 등에 대한 안내를 강화하고, 보다 다양한 언어로 정보를 제공할 것”, “외국인보호소의 각 보호거실에는 보호외국인의 ‘권리구제절차 및 고충상담’과 관련한 안내문이 부착되어 있지만 해당 안내문이 한국어, 영어, 중국어 등 3개 언어로만 안내되고 있고, 국가인권위원회에 진정 가능한 사안과 그 절차에 대한 설명도 충분히 이루어지지 못하고 있다. 안내문이 개별 시설에서 자체 제작하다보니 해당 안내문에 포함되어 있는 내용에 통일성이 없고, 꼭 포함되어야 할 중요한 내용이 누락되는 경우가 발생하고 있다.”, “안내문에 사용되는 언어를 현재의 한국어, 영어, 중국어 3개 국어에서 보호외국인 중 다수를 점하는 국가의 언어를 우선순위로 한 7~8개국 언어로 확대할 필요가 있다. 법무부차원에서 통일된 ‘보호외국인 생활규칙 및 권리구제 안내’(가칭)를 작성하여 모든 보호외국인이 소지하면서 볼 수 있도록 할 필요가 있다.”

국가인권위원회 2012. 11. 29.자 “외국인보호시설 보호외국인의 인권개선 방안 권고” 결정

“법무부장관에게 보호외국인 ‘권리구제 및 생활안내서’를 보호실 내부에 상시 비치할 것을 권고한다.”

“위원회가 실시한 2012년 5월 방문조사를 기준으로 각 외국인보호소는 자체 제작(화성 4개국 언어, 청주 7개국 언어, 여수 7개국 언어)한 안내서를 ‘보유’하고 있으며, 관련 내용은 권리구제 절차 안내와 보호소 생활안내로 구성되어 있다. 또한 각 보호소의 복도에 한국어, 영어, 중국어로 제작한 안내서를 ‘부착’하고 진정함을 설치하고 있다. 그럼에도 불구하고 위원회의 2012년도 방문조사 설문지 분석결과, 보호외국인의 35.9%만이 이해할 수 있는 언어로 권리와 의무사항을 청취할 수 있었다고 응답하였으며, 부당하게 권리가 침해될 경우, 국가인권위원회를 통해 도움을 요청할 수 있다는 사실을 39.5%의 보호외국인들만이 인지하고 있는 것으로 나타났다. 또한 34.5%의 보호외국인은 관련 사항에 대해 알지 못한다고 응답하였다.”

“권리구제 절차에 대한 보호외국인의 접근권을 좀 더 향상하기 위해서는 보호소에서 제작한 안내 책자를 보호거실 내부에 상시 비치하여 언제든지 열람이 가능할 수 있도록 할 필요가 있다.”

국가인권위원회 2019. 1. 16.자 “2018년도 외국인보호소 방문조사에 따른 권고” 결정

“법무부장관에게 외국인보호소 입소 시 보호소 생활 및 처해진 상황, 입소 후 진행절차, 보호해제의 가능성과 절차 등에 대한 구체적 정보를 다국어영상 등으로 안내 받을 수 있도록 표준화하여 제공할 것을 권고한다.”, “여수출입국외국인청의 경우, 보호외국인 대상 다국어안내 영상을 만들어 입소 시 효과적으로 보호소 생활 및 이후 진행절차 등 구체적 정보를 제공하고 있다. 보호해제 절차 및 권리구제 절차 등에 대한 정보를 추가하여 다른 보호소들도 표준화하여 공통의 매뉴얼로 마련 운영하는 것이 필요할 것으로 보인다.”

다. 검토

1) 생활수칙 등 정보의 충실한 제공

입소자 대기장소의 게시물, 입소자 안내영상, 보호실 내 게시물, 보호실 밖 복도의 게시물, 종합안내서에는 비교적 보호외국인에게 필요한 정보가 충실히 기재되어 있는 것으로 보인다.

그러나 외국인 보호시설별, 그리고 보호시설 내 장소별로 게시된 내용의 범위가 상이하여 특정 시설의 특정 장소에서는 정보제공이 충실하지 못할 우려가 있다. 외국인 보호시설에서 제공되는 정보의 내용 및 그 방식을 표준화하고, 공통의 매뉴얼을 마련·운영함으로써 어느 보호시설의 어느 장소에 있든 동일한 수준의 정보를 제공받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

2) 다양한 방식의 정보 제공

현재 정보가 제공되는 방법은 크게 ① 입소 시의 안내동영상, ② 벽면에 붙어있거나 비치되어 있는 안내문, ③ 안내책자로 나뉜다. 이를 좀 더 효과적으로 개선하여, 보호외국인의 이해도를 높일 필요가 있다.

구체적으로, ① 입소자 대기장소에서 안내영상을 시청하도록 하는 방식은 다양한 언어로, 필수적인 정보를 전달할 수 있다는 점에서 효과적인 수단이다. 그러나 지나치게 빠르게 재생되며 입소 직후 영상을 보는 외국인들 입장에서 그 내용을 잘 따라가며 이해하기 쉽지 않을 것으로 보인다는 지적이 있다. 보호외국인의 이해를 높이기 위해 안내 동영상의 내용, 재생속도 등을 조정하고 좀 더 다양한 언어를 지원할 필요가 있다. 입소자 대기장소는 보호외국인이 막 보호시설에 입소를 한 상황에서 잠시 대기하는 협소한 장소이다 보니, 보호외국인이 많은 정보를 한 번에 이해하기에 적합하지 않을 수 있다. 입소자 대기장소 외 보호시설 내 다양한 장소에서 안내영상이 상영될 수 있도록 할 필요도 있다.

② 벽면에 안내문을 부착하는 방법은 보호되어 있는 외국인이 수시로 그 내용을 확인할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 그러나 공간의 한계로 한정된 내용만 담을 수 있고, 언어의 종류에도 제한이 따를 수 있다. 훼손의 우려도 있으며, 내용을 수시로 수정 및 변경하는 데에도 불편함이 따를 수 있다.

③ 이러한 점을 감안할 때 안내문을 부착하는 방법보다는 다양한 언어로 번역본을 미리 준비한 생활규칙을 종이인쇄물이나 책자의 형태로 배포하는 방식을 좀 더 활발하게 사용할 필요가 있다. 다양한 언어로, 풍부한 내용을 담을 수 있다는 점에서 장점이 있기 때문이다.

3) 보호외국인들이 이해 가능한 방식의 정보 제공

보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 필요한 정보가 제공되어야 하므로, 좀 더 다양한 언어로 정보를 제공하기 위한 방안을 모색하여야 한다. 생활규칙 및 권리구제 안내 동영상은 3개 국어(한국어, 영어, 중국어)로만 제작·제공되고 있고 안내문 역시 6개 국어(한국어, 영어, 중국어, 태국어, 베트남어, 러시아어)에 그치고 있어 그 이외 언어를 사용하는 다수의 보호외국인이 그 내용을 이해하는 데 한계가 있다.

외국인보호규칙 제8조 제2항 단서는 ‘영어 등을 이해하지 못하는 보호외국인이 원하는 경우에는 통역하여 게시 내용을 알려 주어야 한다’고만 정하고 있을 뿐, 안내동영상, 안내문, 안내책자 등에 기재된 언어를 이해하지 못하는 보호외국인에게 어떤 방식으로 게시 내용을 알려주어야 하는지 구체적으로 정하고 있지 않다. 보호외국인이 원하는 경우에 한하여 게시 내용을 알려 주어야 한다고 정하고 있으므로, 해당 내용을 통역하여 전달받을 권리가 있다는 사실 자체를 인식하기 어려운 보호외국인으로서의 해당 정보를 제공받지 못하는 결과가 발생하게 된다. 그러므로 입소 당시부터 보호외국인의 국적 및 구사 언어를 파악하고, 선제적으로 통역 지원을 제공하도록 하는 구체적 매뉴얼이 정해질 필요가 있다. 운영상 한계로 선제적으로 통역 지원을 제공하는 것은 어렵다 하더라도, 적어도 보호 외국인에게 통역 지원이 제공될 수 있다는 사실을 미리 알려 보호 외국인이 필요한 경우 통역 지원을 요청할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

현재 보호외국인에게 정보가 제공되고 있는 방식은 모두 보호외국인이 문맹이거나 시각에 장애가 있지 않음을 전제로 한 것으로 보인다. 보호외국인이 문맹이거나 시각에 장애가 있는 경우를 대비하여 (i) 입소 시 보호외국인이 가지고 있는 장애를 조기에 파악하도록 하고, (ii) 보호외국인에게 제공되어야 하는 정보를 미리 준비된 음성이나 구두로 전달할 수 있는 방안을 강구하여야 한다.

라. 소 결

- ✓ 보호외국인이 어느 보호시설의 어느 장소에 있든 동일한 수준의 정보를 제공받을 수 있도록 외국인보호시설의 정보 제공 방식을 표준화하고, 공통의 매뉴얼을 마련 및 운영하여야 한다.
- ✓ 안내동영상, 안내문, 안내책자 등 다양한 수단을 통해서 생활규칙 등의 정보를 보호외국인에게 효과적으로 제공하여야 한다.
- ✓ 보호외국인이 이해할 수 있도록 다양한 언어로 정보가 제공되어야 한다. 입소 당시부터 보호외국인의 국적 및 구사 언어를 파악하고, 안내동영상, 안내문, 안내책자에 기재된 언어를 이해하지 못하는 보호

외국인인에게는 선제적으로 통역지원을 제공하거나 적어도 통역 지원이 제공될 수 있다는 사실을 미리 알려야 한다.

- ✓ 보호외국인이 문해력이 부족하거나 시각장애가 있는 경우를 대비하여 입소 시 소통에 있어서의 장애 사유를 조기에 파악하고, 특별한 필요가 있는 경우에는 보호외국인에게 제공되어야 하는 정보를 미리 준비된 음성자료 등을 통해 전달하여야 한다.

II 변호인 등의 조력을 받을 권리

1. 변호인 등의 조력을 받을 권리의 실질적 보장

가. 쟁점

우리 헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있다. 이는 구속을 당한 사람은 자연권적 속성을 가지는 신체의 자유가 심각하게 제한된 상황에 처하고, 구속에 따른 육체적·정신적 제약이 커서 스스로의 힘만으로는 자신의 자유와 권리를 제대로 방어하기 어렵기 때문이다. 구속의 당부를 다투려면 법적 절차를 거쳐야 하므로, 이러한 측면에서도 법률전문가인 변호인의 조력이 즉시 제공될 필요도 있다.

변호인의 조력을 받을 권리의 적용 범위를 살펴보면, 이는 성질상 단순히 ‘국민의 권리’가 아니라 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 해당하므로, 외국인 또한 그 주체이다.²⁹²⁾ 다음으로 헌법 제12조 제4항 본문 자체의 문리해석의 측면뿐 아니라 변호인 조력권의 속성, 우리 헌법이 제12조 제1항 제1문에 명문으로 신체의 자유에 관한 규정을 두어 신체의 자유를 두텁게 보호하는 취지, 헌법 제12조의 체계적 해석 및 목적론적 해석의 관점을 종합할 때 헌법 제12조 제4항 본문이 형사절차뿐 아니라 행정절차에도 적용되는 것이 정당하다는 것이 헌법재판소의 입장이다.²⁹³⁾

위와 같은 전제 하에 헌법재판소는 ‘난민인정신청을 하였으나 입국불허결정을 받은 후 송환대기실에 수용된 외국인’에게는 헌법 제12조 제4항 본문에 따라 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 판단한 바 있다.²⁹⁴⁾ 그렇다면 외국인보호시설에 수용된 보호외국인에게도 헌법 제12조 제4항 본문에 따라 변호인

292) 헌법재판소는 ‘인천공항출입국·외국인청장이 2014. 4. 25. 수단 국적 외국인의 변호인의 접견신청을 거부한 행위가 난민인정심사불회부 결정을 받은 후 인천국제공항 송환대기실에 수용중인 위 외국인의 기본권을 침해하는지 여부’가 심판대상이 된 사건에서 청구인적격을 인정한 바 있다(헌법재판소 2018. 5. 31.자 2014헌마346 전원재판부 결정).

293) 헌법재판소 2018. 5. 31.자 2014헌마346 전원재판부 결정.

294) 헌법재판소 2018. 5. 31.자 2014헌마346 전원재판부 결정.

의 조력을 받을 권리가 있다고 봄이 타당할 것이다.

우리 형사소송법은 피의자 또는 피고인이 구속되었거나 듣거나 말하는 데 모두 장애가 있는 사람인 때 등에는 피의자 또는 피고인이 변호인을 선임하지 않았더라도 법원이 직권으로 국선변호인을 선정하도록 정하고 있다.²⁹⁵⁾ 빈곤이나 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에도 피고인이 청구하면 법원에 소명자료를 제출하여 국선변호인의 선정을 청구할 수 있다.²⁹⁶⁾

외국인보호시설에 있는 보호외국인 역시 신체의 자유가 심각하게 제한된 상황에 처해 있고 구속의 당부를 다루려면 법적 절차를 거쳐야 한다는 점에서 구속된 피의자 또는 피고인과 유사한 지위에 있다고 볼 수 있다. 그럼에도 아래 살펴볼듯 출입국관리법 등 법령은 필요적·임의적으로 국선변호인을 선정하도록 하고 있지 않으며, 외국인보호시설 내 보호외국인에게 어떤 방식으로 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되어야 하는지 구체적으로 정하고 있지도 않다. 보호외국인의 변호인인 변호사 등에 대해서는 근무시간 내 면회시간을 제한하지 아니한다는 규정만을 두고 있으나(외국인보호규칙 제34조), 외국인보호시설 방문조사 결과 일반 면회실 이외에 국가인권위원회 직원 및 변호사, 가족과 미성년 자녀 등의 면회를 위한 특별면회실은 갖추고 있지 않다는 사실이 지적된 바 있다. 요컨대, 대부분의 보호외국인은 사실상 변호인의 조력을 받을 수 없는 상황에 처해 있다.

이에 아래에서는 변호인의 조력권을 중심으로, ‘보호외국인에게 충분한 조력을 받을 권리가 보장되고 있는지’와 관련한 기준을 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

외국인보호규칙

제33조(일반면회) ① 청장등은 제34조 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 사람이 보호외국인에 대하여 면회를 신청한 경우 준수사항을 알리고 면회하게 하여야 한다.

제34조(특별면회) 청장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로부터 보호외국인에 대한 면회신청을 받았을 때에는 「국가공무원 복무규정」에 따른 근무시간 내에서는 면회시간을 제한하지 아니한다. 다만, 면회신청인은 청장등이 요구한 면회장소나 그 밖의 준수사항을 지켜야 한다.

1. 보호외국인의 국적이나 시민권이 속하는 국가의 영사
2. 보호외국인의 변호인인 변호사(변호인이 되려는 사람을 포함한다)
3. 보호외국인의 진정사건을 맡은 국가인권위원회의 위원 및 직원

295) 형사소송법 제33조 제1항·제3항, 제201조의2제8항, 제214조의2제10항, 제438조제4항, 제2항 및 「치료감호 등에 관한 법률」 제15조제2항.

296) 형사소송법 제33조제2항 및 형사소송규칙 제17조의2 본문.

○ 관련 국제인권기준 등

유엔 모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙

원칙 17조

1. 억류된 자는 변호사의 도움을 받을 권리가 있다. 관계 기관은 체포 즉시 그 권리에 대하여 고지하고 그 권리를 행사할 수 있도록 적절한 수단을 제공해야 한다.
2. 억류된 자가 특정 변호사를 지정하지 않는 경우 사법기관 등으로부터 변호사를 선임 받을 권리가 있으며 어떠한 경우든 억류된 자가 변호사 비용을 지불할 능력이 없으면 무상으로 변호사의 도움을 받을 수 있다.

유엔난민기구 구금에 관한 지침

지침 7: 구금 또는 구금 연장에 관한 결정은 최소한의 절차적 보장 장치에 따라 이루어져야 한다.

(ii) 법률 상담을 받을 권리에 대해 안내받아야 하며, 국내 국민에게 유사한 상황에서 무상 법률 지원이 제공되는 경우 외국인에게도 동일하게 제공되어야 한다.

(vi) 구금된 사람은 난민 절차에 접근할 수 있어야 하며, 구금이 난민 신청 절차 진행의 장애물이 되어서는 안 된다. 절차 접근은 실질적이고 효과적이어야 하며, 증빙자료 제출 기한도 구금 상태를 고려해 합리적이어야 하고, 법률적 및 언어적 지원도 제공되어야 한다.

유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

제2부 특별한 범주에 적용되는 규칙

C. 미결 피구금자

규칙 제119조

1. 미결피구금자는 자신이 구금된 이유와 혐의를 즉시 알 권리가 있다.
2. 미결피구금자가 스스로 선임한 법률자문가가 없는 경우, 사법기관 또는 관계기관에서 법률자문가를 선임하고 미결피구금자가 비용을 지불할 수 없을 경우 무상으로 법률자문을 제공해야 한다. 법률자문가의 조력을 거부하는 경우에는 지체 없이 별도의 심의를 거쳐야 한다.

규칙 제120조

1. 미결피구금자의 변호를 위한 법률자문가 또는 법률구조 제공자에 대한 권리와 지원 방식은 제61조에 명시된 원칙에 입각하여 결정되어야 한다.
2. 미결피구금자는 자신의 변호를 준비하기 위해 필기도구를 제공받을 것을 요청할 수 있으며 자신의 법률자문과 또는 법률구조 제공자에게 기물로 요구사항을 전달할 수 있어야 한다.

유엔 이주노동자권리위원회 일반논평 제5호

D. 사법적 보장

56. 위원회는 이주노동자와 그 가족이 구금 중 적절한 안전장치의 부재로 인해 국내 법원에 접근하고 모니터링 및 진정제도를 활용하는 데 심각한 지장을 받는 일이 많다는 점을 절실하게 인식하고 있다. 장벽에는 법적 대리 및 법률구조 서비스의 부재, 아동 친화적인 과정 및 안전장치의 부재, 불충분한 영사 보호, 통역사와 번역가 또는 정보를 제공받고 의사소통하기 위한 다른 접근 가능한 형식이나 방법에 대한 이용 제한, 구금의 적법성에 이의를 제기하기 위한 실효성 있는 구제책의 부재, 이주민의 인권 침해를 제재하거나 이에 대해 배상할 법원의 의무에 관한 구체적인 규칙의 부재 등이 포함된다.
57. 위원회는 협약에 따라 법률과 정책, 관행이 이주노동자와 그 가족의 체류자격 또는 국제 보호 지위와 관련한 모든 행정적·사법적 절차에서 이들에 대한 절차상 안전장치를 완전히 존중하도록 당사국이 보장해야 한다는 점을 상기시키고자 한다. 여기에는 난민 지위를 위한 망명 또는 결정 절차, 모든 형태의 추가적 보호, 무국적 결정 절차, 이주노동자와 그 가족에게 적용될 수 있는 그 밖의 특별 보호 제도와 정책이 포함된다.

58. 아래 상세히 나열된 적법절차 보장장치는 구금 상태에 놓인 이주노동자와 그 가족의 사법 접근을 존중하기 위한 것이며 당사국에 의해 보장되어야 한다.

2. 구금에 대한 사법 검토

61. 위원회는 자유를 박탈당한 모든 이주노동자와 그 가족이 법원에 소송을 제기할 권리가 있으며, 이에 따라 법원은 구금의 정당한 목표, 적법성, 필요성 및 비례성을 포함해서 구금의 합법성 또는 자의성에 대해 지체없이 판결을 내릴 수 있음을 재차 확인한다. 이러한 보장은 자유의 박탈이 자의적 구금이 되는 것을 방지하려는 노력이다. 이주노동자와 그 가족이 형법적 맥락에서 구금된 경우에는 즉시 판사 앞이나 법정에 회부되어 구금의 적법성과 비자의성을 평가받아야 한다. 그러한 평가가 공정한 분석을 가로막는 한낱 형식적인 절차로 전락하는 상황을 방지하기 위해서 구금의 적법성을 평가하는 당국은 구금을 명령했거나 이행했던 기관과는 독립적인 곳이어야 한다. 해당 평가는 또한 법률에 의해 사법기능을 행사할 권한을 부여받았으며 해당 이주노동자의 석방을 명령할 권한이 있는 담당자에 의해 수행되어야 한다.
62. 자유의 박탈이 이주민의 인권에 미치는 영향을 고려하여, 위원회는 일반 규칙으로서, 이주민의 구금을 명령하는 절차와 결정이 반드시 판사 또는 법원에 의해 이행되고 지시되어야 한다고 생각한다. 이에 더하여, 국가는 이주민에게 상급법원에 항소할 권리를 보장해야 한다. 그러한 권리는 자유 박탈이 발생하는 순간에, 그리고 구금 기간에 걸쳐 주기적으로 보장되어야 한다. 어떠한 구금이라도 구금이 지속될 필요성은 적정 간격으로 법원에 의해 자동적으로 검토되어야 한다. 사법 검토의 범위는 개인의 체류자격에 대한 공식적인 평가에만 국한되지 않아야 하며, 해당 조치의 자의성과 관련한 요소에 대한 개별적인 평가도 필요하다. 위원회는 이주노동자와 그 가족이 구금의 자의성 또는 강제추방이나 추방명령의 적법성에 이의를 제기할 수 있도록 법적 구제책이 반드시 마련되어 있어야 한다는 점을 강조한다. 국가는 사법적 구제책에 이주노동자의 권리를 실효성 있게 보호하기 위해서 구금, 강제추방 또는 추방명령 집행을 정지할 권한이 포함되도록 보장해야 한다. 강제송환금지원칙은 반드시 엄격하게 존중되어야 한다.

4. 무료 법률 및 통역 지원

66. 이민 구금 맥락에서 이주노동자와 그 가족은 법률 자문과 법적 대리에 대한 권리가 있으며, 국가는 이를 형편이 어려운 개인에게 무료로 제공하여 적법절차와 사법 접근에 대한 권리가 진정으로 활용될 수 있도록 해야 한다. 국가는 절차가 진행되는 동안 사용되는 언어를 이해하거나 말할 수 없는 이주노동자가 자격을 갖춘 통역사를 이용할 수 있게 해야 한다. 현재 거주하고 있는 국가의 언어를 이해하는 이주노동자에게도 통역사를 제공받는 것과, 전문성 없이도 이해할 수 있으며 연령, 민족적 배경과 문화적 배경 및 그들의 이해 수준에 영향을 미칠 수 있는 다른 사정에 맞춰진 용어와 형식으로 정보를 제공받는 것이 중요하다.
67. 위원회는 이주민의 법적 대리에서 특히 비정부 기구, 대학의 법률 상담소와 공익활동 변호사의 중요한 역할을 인정한다. 그러나 위원회는 그들의 노력이 있다고 해도 이주민에게 무료 법률 지원과 대리를 제공해야 하는 국가의 책임이 줄어들지 않는다는 점을 상기시키고자 한다. 이에 더하여, 국가는 언제나 비정부 기구, 대학의 법률 상담소와 공익활동 변호사가 제약없이 역할을 수행할 수 있도록 허용해야 한다.

○ 관련 해외 사례

1) 프랑스²⁹⁷⁾

프랑스 외국인 입국·체류 및 망명법(CESEDA)은 행정구금센터(Centre de Rétention Administrative,

297) Forum Réfugiés, “Legal Assistance for Review of Detention – France”, <https://asylumineurope.org/reports/country/france/detention-asylum-seekers/procedural-safeguards/legal-assistance-review-detention/#:~:text=As%20for%20the%20assistance%20given,or%20request%20one%20be%20appointed> (2025. 5. 30. 확인).

CRA)에 행정구금된 보호외국인이 자신이 선임한 변호사를 통해 조력을 받을 수 있도록 하고 있으며, 보호외국인이 지정을 요청할 경우 행정법원 및 민사법원이 직권으로 국선변호인을 지정하여, 무료로 변호사의 조력을 받을 수 있도록 하고 있다(Article R. 776-22 CJA, Article R. 552-6 Ceseda).

- La Cimade, France Terre d'Asile 등 6개 NGO가 내무부와 협정을 맺고 행정구금센터(CRA)에 상주하며 보호외국인에게 법률정보 제공 및 권리옹호를 지원하는 제도를 운영한다. 구체적으로, 보호외국인 도착 시 정보를 제공하고, 재판 동석, 항소서 작성 지원, 법률구조 신청 지원 등을 수행한다.

2) 영국²⁹⁸⁾

- 행정구금에 대한 국선변호인 제도는 없으나, 법률 구조(Legal Aid)를 통해 일정한 이민 사건에 무료 법률 대리를 지원한다. 구금시설 내에는 법률구조(Legal Aid) 협약을 맺은 변호사들이 정기적으로 방문하여 재정 평가 없이 30분 무료 법률 상담을 제공하고, 이후 사건을 맡는 경우 재정 평가를 거쳐 법률 원조를 지원한다.
- 비영리단체 등이 운영하는 무료법률상담 프로그램(detention duty advice scheme)이 있어 구금자들이 NGO 법률상담가를 접견할 수 있다.

3) 캐나다²⁹⁹⁾

- 주별 법률구조(legal aid)를 통해 구금 외국인에게 무료 변호사가 제공될 수 있다. 캐나다 국경서비스청(CBSA)은 구금자에게 “자격이 된다면 법률구조를 받아 무료로 변호사의 도움을 받을 권리가 있다”고 명시하고, 이용 가능한 법률구조 서비스 정보를 제공한다.
- 변호인이 아니더라도 신뢰하는 지인이나 NGO 관계자를 대리인으로 지정하여 도움을 받을 권리를 인정하고, 지역사회 또는 종교 단체 등 NGO 방문자들이 구금자를 면회하고 정보 및 지원을 제공할 수 있다.

4) 독일³⁰⁰⁾

2024. 2. 27.부터 시행된 「송환 절차 개선법(Act on the Improvement of Removals)」을 통해 추방대기 구금에 있는 외국인이 아직 변호인을 선임하지 않은 경우 법원이 구금 영장 심리에서 직권으로 변호인을 지정해 주도록 규정했다.

다. 검토

앞서 살펴본 것처럼 외국인에게도 헌법 제12조 소정의 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되어야 한다. 그런데 출입국관리법상 ‘보호’는 신체의 자유를 심각하게 제한한다는 점에서 그 실질은 형사 절차상

298) Sonia Lenegan, “Legal Assistance for Review of Detention – United Kingdom”, <https://asylumineurope.org/reports/country/united-kingdom/detention-asylum-seekers/procedural-safeguards/legal-assistance-review-detention/#:~:text=Detention%20centres%20provide%20legal%20surgeries,before%20they%20can%20obtain%20an> (2025. 5. 30. 확인).

299) Canada Border Services Agency, “Information for people detained under the Immigration and Refugee Protection Act” (2015), <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/pub/bsf5012-eng.pdf#:~:text=Your%20Rights%20y%20You%20have,or%20a%20representative%20of%20your>.

300) Lena Riemer, Lea Rau and Ronith Schalast, “Legal Assistance for Review of Detention – Germany”, <https://asylumineurope.org/reports/country/germany/detention-asylum-seekers/legal-framework-k-detention/grounds-detention/#:~:text=,8>.

구속과 다르지 않은 ‘구금’에 해당한다. 그러므로 외국인보호시설에 구금되어 있는 보호외국인에게는 형사절차상 구속에 준하는 수준으로 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되어야 한다.

구체적으로, 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 구현되기 위해서는 단순히 자비로 변호사를 선임하여 그 조력을 받을 권리를 보장하는 것에 그쳐서는 안 된다. 형사소송법은 피의자 또는 피고인이 구속된 경우 변호인을 선임하지 않았다면 법원이 직권으로 국선변호인을 선정하도록 정하고 있다. 외국인 보호시설 내 보호외국인에게도 보호외국인이 변호인을 선임하지 않은 경우에도 국선변호인을 지정하도록 출입국관리법 등 관련 법령을 개선할 필요가 있다. 예컨대, 보호에 대한 심사(출입국관리법 제55조)를 청구하기 위해서는 그 사유와 근거를 기재한 서류를 제출하여야 하는데, 한국어를 자유롭게 구사하지 못하고 출입국관리법상 ‘보호’의 요건을 이해하기 어려운 외국인이 변호인의 조력 없이 제대로 된 내용으로 심사를 청구할 것을 기대하기 어렵다. 프랑스나 독일의 사례에 비추어 보더라도, 적어도 보호의 적법성 및 강제퇴거 사유의 존부를 다룰 때에는 국선변호인이 선임되는 것이 바람직할 것이다. 국선변호인을 일괄 지정하도록 하기 어렵다면, 영국과 캐나다의 사례와 같이 법률 구조를 통해 일정한 조건을 갖춘 보호외국인에 대해서라도 무상으로 법률 대리를 지원하도록 할 필요가 있다.

외국인이 외국인보호시설 내 부당한 처우, 인권침해 등에 불복하는 과정에도 적절한 조력이 필요하다. 변호인이 아니더라도 보호외국인에게 법률 상담이나 조언 등을 제공할 수 있는 단체나 사람이 조력을 제공할 수 있도록 제도적으로 보장하는 것이 바람직하다. 예컨대, 법무부장관에 대한 청원은 서면으로 작성하여 봉한 후 제출할 것이 요구되는데(출입국관리법 제56조의8 제2항), 이 경우에도 보호외국인에게 변호인 내지는 보조인의 조력이 필요하다. 프랑스나 영국의 사례처럼 정부가 비영리단체나 변호사 단체, 개별 변호사 등과의 협약을 통해 외국인보호시설에 정기적으로 방문하여 보호외국인에게 법률 정보·자문을 제공하고 권리구제절차를 지원하도록 하는 제도를 운영하는 것이 실효적 대안이 될 것이다.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설 내 보호외국인에게 형사절차상 구속된 피의자, 피고인에 준하여 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되어야 한다.
- ✓ 보호 및 강제퇴거의 적법성을 다투는 보호외국인에 대하여서는 국선변호인 제도나 법률구조 제도를 통하여 무상으로 법률조력을 받을 권리가 보장되어야 한다.
- ✓ 변호인 외에도 보호외국인에게 법률 상담이나 조언 등을 제공할 수 있는 단체나 사람이 적절한 조력을 제공할 수 있도록 제도를 마련하여야 한다.

제8절 구금의 장기화 방지

1 구금 장기화 방지를 위한 대응 체계

1. 출국 가능성에 대한 정기적인 평가절차와 출국 지원프로그램의 구축

가. 쟁점

보호 기간의 장기화 방지는 근본적으로 보호 기간의 상한을 설정하고, 정기적인 사법심사를 통해 이뤄질 수 있다. 2025년 개정된 출입국관리법³⁰¹⁾은 외국인 보호기간에 대해 최장 9개월, 특별한 사정이 있는 경우 최대 20개월로 상한을 설정하였다. 이는 이전까지 법적으로 기간의 제한이 없었던 상황에서 큰 변화로 볼 수 있다. 하지만, 여전히 행정청의 재량에 의존할 수밖에 없는 구조로 인해 실제로는 20개월까지의 장기 구금이 가능하고, 재보호 규정으로 인해 사실상 무기한 구금도 가능하다는 점에서 비판이 제기된다.³⁰²⁾ 또한, 보호연장을 결정하는 주체가 법무부 산하의 외국인보호위원회이기 때문에 사법적 심사나 독립적인 통제장치가 마련되었다고 보기 어렵다. 따라서 법 개정에도 불구하고 여전히 구체적인 인권보장이 이뤄지지 않는다면 구금 장기화 방지라는 본래의 취지가 제대로 실현되지 않을 수 있다.³⁰³⁾

구금의 장기화를 방지하기 위하여는 무엇보다 보호외국인 개개인별로 출국 가능성을 확인하고, 이를 정기적으로 확인하며, 담당 공무원의 면담 등을 통해 출국을 적극적으로 지원하는 것이 필요하다. 그러나 출입국관리법은 외국인보호시설에 수용된 이들의 출국 가능성을 적극적으로 평가하는 절차에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다.

출입국관리법 개정에도 불구하고, 오히려 실무에서는 보호외국인 개개인별로 출국 가능성을 검토하고 적극적으로 출국을 지원하는 등 장기 구금을 방지하기 위한 노력을 기울이기보다는, 장기구금일수에 따라 송환을 강제하는 형태로 실무를 운영할 가능성이 크다. 최근 개정된 출입국관리법의 시행을 앞두고, 법무부는 20개월 이상 보호하고 있어 곧 보호를 해제하여야 하는 보호외국인들에 대해 송환

301) 2025. 3. 18. 법률 제20794호로 개정된 것). 이하에서는 2025. 5.말 기준의 현행 출입국관리법과 구별하기 위하여 ‘개정 출입국관리법’이라 한다.

302) 경향신문, “‘외국인 20개월 구금법’ 국회 통과 후폭풍…시민사회 ‘기만적’ 비판”, <https://www.khan.co.kr/article/202503021922001> (2025. 3. 2).

303) 아직 개정된 출입국관리법이 시행되기 전이므로, 이하에서는 보호기간의 상한 설정이나 정기적인 사법심사 이외에 법 개정 없이 실무에서 도입할 수 있는 운영상 조치를 위주로 검토하겠다.

을 종용하고 무리하게 강제퇴거를 집행하여³⁰⁴⁾ 논란이 되었다.³⁰⁵⁾ 이에 대해 이하에서 자세히 검토 하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람이 여권을 소지하지 아니하였거나 교통편이 확보되지 아니하는 등의 사유로 그 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우에는 2개월의 범위에서 그 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 보호할 수 있다. ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 해당하는 사람이 송환에 협조하지 아니하는 등의 사유로 2개월이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우에는 매 3개월의 범위에서 미리 외국인보호위원회의 보호기간 연장 승인을 받아 그 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호기간을 연장할 수 있으며, 이 경우 연장기간을 포함한 총 보호기간은 9개월을 넘을 수 없다. 다만, 송환하려는 사람을 9개월이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 매 3개월의 범위에서 미리 외국인보호위원회의 보호기간 연장 승인을 받아 그 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호기간을 연장할 수 있으며, 이 경우 연장기간을 포함한 총 보호기간은 20개월을 넘을 수 없다.

1. 송환하려는 사람이 강제퇴거명령을 받은 이후에 「난민법」에 따라 난민인정 신청을 하거나 「난민법」에 따른 법무부장관 또는 지방출입국·외국인관서의 장의 결정에 대하여 소송을 제기하여 송환 절차가 지연된 경우
2. 송환하려는 사람이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우
 - 가. 「국가보안법」에 규정된 죄를 범한 사람
 - 나. 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」에 규정된 죄를 범한 사람
 - 다. 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」에 규정된 죄를 범한 사람
 - 라. 「형법」 제2편제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄, 제4장 국교에 관한 죄 또는 제5장 공안을 해하는 죄를 범한 사람
 - 마. 그 밖에 공공질서나 국민의 안전을 해치는 범죄로서 살인, 상해, 강간, 추행, 강도 등 대통령령으로 정하는 범죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받은 사람
- ③ 외국인보호위원회는 제2항에 따른 보호기간 연장 승인 신청을 심사하는 경우에는 송환의 가능성, 보호의 필요성, 송환국의 협조 여부 등을 고려하여야 하며, 보호기간 연장을 승인하는 경우에는 피보호자의 송환을 위하여 필요한 최소한의 기간으로 연장기간을 정하여야 한다.
- ④ 법무부장관은 제1항 및 제2항에 따른 피보호자의 송환업무 등을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 법무부령으로 정하는 바에 따라 피보호자를 다른 보호시설로 이송하도록 지방출입국·외국인관서의 장에게 명할 수 있다.
- ⑤ 제1항에 따른 보호에 관하여는 제53조부터 제55조까지, 제56조의2부터 제56조의9까지 및 제57조를 준용하고, 제2항에 따른 보호에 관하여는 제56조의2부터 제56조의9까지 및 제57조를 준용한다.

304) 법무부 보도자료, “법무부, 출국 거부 장기 보호외국인 국외호송 집행 - 출국을 장기간 거부하는 보호외국인에 대해 국외호송 지속 실시 예정”, 이민조사과 (2025. 4. 25.).

305) 경향신문, “난민인정자를 그가 고문당했던 나라로 강제송환하려는 법무부…‘인권은 나몰라라’”, <https://www.khan.co.kr/article/202505051832001> (2025. 5. 5.).

제66조의4(외국인보호위원회의 설치) ① 외국인 보호·재보호에 대한 이의 심사, 보호기간 연장 승인 등에 관한 업무를 수행하기 위하여 법무부에 외국인보호위원회를 둔다.

② 외국인보호위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.

외국인보호규칙 제30조(고충상담) ① 청장등은 법 제56조의8제1항에서 규정하고 있는 청원 사유가 아닌 보호외국인의 고충사항에 대해서는 법무부장관이 정하는 외국인 고충상담에 관한 구체적 사항과 절차에 따라 처리할 수 있다.

② 청장등은 제1항에 따른 업무를 수행하기 위하여 소속 공무원 중에서 고충상담관을 지정하여야 한다.

외국인보호규칙 시행세칙

제26조(환자 진료) ③ 청장등은 정신질환자, 퇴거집행 불응자, 그 밖에 심리상담이 필요하다고 인정되는 자 등에 대해서는 심리상담사 등에 의한 상담 또는 치료를 받도록 하여 안전한 강제퇴거 집행이 이루어질 수 있도록 노력하여야 한다.

제43조(고충상담관 지정) ① 청장등은 보호규칙 제30조제2항에 따른 고충상담관을 아래 기준에 따라 지정하여야 한다.

1. 4급 이상 기관장 지방출입국·외국인관서 : 6급

2. 5급 이하 기관장 지방출입국·외국인관서 : 7급 이상 (단, 7급이 없는 경우에는 8

② 청장등은 필요한 경우 보호외국인의 고충사항이 원활하게 처리될 수 있도록 고충상담관 이외에 보호외국인 개인별 고충처리담당자를 지정할 수 있다.

③ 고충처리담당자가 독자적으로 해결하기 어려운 사안은 고충상담관과 협의하여 처리한다.

④ 고충상담관 및 고충처리담당자는 다음 각 호의 사항에 대해 고충상담을 실시한다.

1. 질병 등 생명·신체장애

2. 산업재해보상

3. 소송수행

4. 체불임금, 전세보증금 등 채권에 관한 사항

5. 그 밖에 청장등이 필요하다고 인정하는 사항

⑤ 고충상담관 및 고충처리담당자는 보호외국인의 고충사항과 그에 대한 처리 결과를 출입국관리정보시스템에 입력하여야 한다.

다. 검토

개정 출입국관리법은 외국인 보호기간에 대해 9개월(특별한 사정이 있는 경우 최대 20개월)이라는 상한을 신설하였다. 또한 3개월마다 거의 자동적으로 법무부장관의 연장승인을 받던 것과 달리, 3개월마다 외국인보호위원회의 보호기간 연장 승인을 받아 보호기간을 연장하도록 정하고 있다. 이러한 연장 승인 과정에서는 ① 송환의 가능성 ② 보호의 필요성 ③ 송환국의 협조 여부 등을 고려하게 된다. 이는 이전까지 보호기간에 대한 법적 제한이 전혀 없었던 것에 비해 진전된 조치로 평가할 수 있다.

반면 보호시설 내에서 출국을 적극적으로 지원하는 체계는 미비한 것으로 보인다. 우선 보호시설에 입소할 때 보호외국인에게 안내되는 사항은 화성, 청주, 여수, 울산 등 보호시설마다 그 내용이 조금씩

다르다. 일반적으로 시설에 대한 종합 안내, 난민인정신청절차, 청원, 이의신청, 국가인권위원회, 유엔난민기구 등 각종 지원단체 등에 대한 안내가 이루어지는데, 정작 출국 방법이나 출국 지원에 대한 안내는 잘 이루어지지 않고 있다.³⁰⁶⁾

외국인보호규칙 제30조 제2항은 보호외국인의 고충사항에 대해서는 청장등이 소속 공무원 중에서 고충상담관을 지정하여 고충상담을 진행하도록 하고 있고, 그 범위는 외국인보호규칙 시행세칙 제43조 제4항에서 △질병 등 생명·신체장애, △산업재해보상, △소송수행, △체불임금, 전세보증금 등 채권에 관한 사항, △그 밖에 청장 등이 필요하다고 인정하는 사항으로 규정되어 있다. 실제로 화성, 청주, 여수, 울산 등 전문보호시설에는 고충상담관과 고충처리담당자가 지정되어 있다. 나아가 시행세칙 제43조제5항은 “고충상담관 및 고충처리담당자는 보호외국인의 고충사항과 그에 대한 처리결과를 출입국관리정보시스템에 입력하여야 한다”라고 규정하고 있다.

실제로 고충상담의 진행 여부나 횟수, 출입국관리정보시스템에서 고충상담의 결과가 얼마나 잘 관리되고 있는지 여부 등은 구체적으로 알 수 없으나, 고충상담관과 보호외국인 사이에 정기적으로 출국을 지원하기 위한 고충상담이 진행되지는 않는 것으로 보인다. 외국인보호규칙 시행세칙 제26조에는 고충상담 이외에 정신질환자 및 퇴거집행 불응자에 대한 ‘심리상담’이 규정되어 있는데, 심리상담사가 보호외국인의 고충 해결에 중요한 역할을 하는 경우도 있다고 보고되고 있다.³⁰⁷⁾ 보호시설 내에 통역 인력이 없어 대부분 한국어로 소통하거나 한국어를 할 수 있는 보호외국인이 통역을 담당하고 있다는 점도³⁰⁸⁾ 제대로 된 고충처리 상담이 이루어지지 않을 것으로 보이는 요소이다.

반면, EU의 송환 지침은 자발적 출국을 우선시하며, 이를 위해 필요한 정보를 제공하고, 출국 준비를 지원하는 절차를 마련하도록 권고한다. 담당공무원과의 정기적인 면담을 통해 출국 가능성을 평가하고, 지원이 필요한 경우 적극적으로 개입할 것을 규정하고 있다. 이는 출국 준비가 제대로 이루어지지 않을 경우, 구금 기간이 불필요하게 장기화되는 문제를 예방하는 중요한 장치로 기능한다. 반면, 한국에서는 출국 지원 서비스가 일관되지 않으며, 담당공무원과의 면담이 단기적이고 제한적인 경우가 많다. 이에 따라 출국 지원 절차와 담당공무원 면담을 강화할 필요가 있다.

영국은 이주구금 시설에 입소하였을 때, 시설 생활을 안내할 때 피구금자에게 자진출국에 관하여 고지를 하도록 지침을 두고 있다.³⁰⁹⁾ 구금시설에 배치된 구금관계팀(Detention Engagement Team.

306) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 153-162 참조.

307) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서 112-115 참조.

308) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 163-165 참조.

309) UK Home Office, Detention Services Order 06/2013: Reception, Induction and Discharge Checklist and Supplementary Guidance, Ver.4.1. (2024. 7. 갱신) [이하 “영국 내무부 입소출소안내 구금시설명령”, Annex D, 29.

DET)³¹⁰⁾ 담당관은 피구금인의 시설 도착 48시간 내에 개별적으로 구금 안내 면담을 진행한다.³¹¹⁾ 이 담당관은 자발적 출국을 권장하는 역할을 하고,³¹²⁾ 구금 시설 차원에서도 피구금인에게 자발적 출국 절차의 정보를 전달하고 구금관계팀과 자발적 출국 제도에 관하여 논의할 것을 권고하라고 강조한다.³¹³⁾

호주 역시 피구금인이 시설에 도착하면 구금의 적절성에 대해 검토하고,³¹⁴⁾ 동시에 24시간 이내에 이민지위해결 담당관(status resolution officer)과 상담을 진행한다. 담당관은 피구금자의 개인정보를 파악하고, 이민지위 관련 절차의 계획을 수립한다. 피구금인이 출국 의사가 있을 경우, 출국을 위한 정보를 수집하고 절차를 진행한다. 피구금인이 출국을 거부하거나 혹은 출국 과정이 복잡하거나 상당한 시간이 소요될 가능성이 높을 경우, 5일에서 14일 내에 이민지위해결을 위한 추가 상담 및 심사를 진행한다. 이 과정에서 피구금인의 정보를 추가 수집 및 어떤 형태의 구금을 적용할지, 어느 시설에 배치하는 것이 가장 적절할지를 결정한다.³¹⁵⁾ 이주구금이 지속되는 경우, 이민지위해결 담당관은 피구금인의 구금 사건을 1개월에 1회 검토하고, 공동체 내 구금이 가능한지는 3개월에 1회 검토하며,³¹⁶⁾ 사건 검토는 매달 구금검토위원회(Detention Review Committee)에 회부된다. 이 절차는 체류자격이 부여되어 피구금인의 구금이 해제되거나, 피구금인이 출국할 때까지 반복된다.³¹⁷⁾

한국에서도 위와 같은 외국의 사례를 참고하여 출국 지원 절차를 강화할 필요가 있다. 이에 앞서 외국인보호규칙과 그 시행세칙에 따라 고충상담이 체계적으로 운영되고, 고충사항과 그 처리결과가 출입국관리정보시스템에 입력되어 관리될 수 있다면 장기보호 사유의 해소에 큰 도움이 될 것으로 보인다. 특히 단순한 상담에 그치지 않고 상담 후 처리 현황을 관리하여 고충상담의 실효성을 높이고, 장기보호 사유별 해소 방안 마련에 참고할 수 있는 통계를 확보하는 것이 중요하다. 이에 보호외국인 고충상담의 실

310) 내무부 이민집행국(Home Office Immigration Enforcement) 산하의 부서로 시설마다 담당관을 배치하며, 전반적으로 피구금인과의 직접적인 소통을 담당한다.

311) 영국 내무부 입소출소안내 구금시설명령, para.51.

312) 영국 내무부 입소출소안내 구금시설명령, Annex E, 32.

313) 영국 내무부 입소출소안내 구금시설명령, Annex E, 35.

314) 구금검토관리관(Detention Review Manager)에 의한 초기 구금 검토로, 피구금인의 구금 결정이 법률 및 규정을 준수했는지 판단한다. 24시간 내지 영업일 기준 2일 내에 일차 검토를 완료, 추가 조사가 필요할 경우 14일 내에 이차 검토를 완료한다. 이 절차는 이민지위해결담당관 상담과는 별도로 하지만 동시에 진행된다. Australia Commonwealth Ombudsman, Preventing the Immigration Detention of Australian Citizens: Investigation into the Department of Home Affairs' Implementation of the Recommendations of the Thom Review, Report No. 07/2018 (2018.12.) [이하 “호주 연방 행정감찰관 보고서 2018”], para.1.16-1.19.

315) 호주 연방 행정감찰관 보고서 2018, para.1.20.

316) 체류자격 요건 중 인성 요건(character requirements)을 충족하지 못하여, 즉 중대한 범죄 경력이 있거나 혹은 안보 위협으로 분류되는 경우 체류자격이 취소되는 경우가 있는데, 이 경우에는 6개월에 1회 공동체 내 구금을 검토한다.

317) 호주 연방 행정감찰관 보고서 2018, para.1.21.

효성을 높이고 장기보호 사유 해소 방안 마련에 참고할 수 있도록 고충상담 후 그 처리 현황을 △접수, △처리 중, △처리 완료, △처리 중 출국 등으로 구분하는 등 고충 해결 여부를 확인할 수 있는 방법으로 관리하여야 한다.

한편, 출국 가능성이 낮고, 구금이 장기화될 가능성이 있는 경우 일시해제 제도를 적극적으로 활용할 수 있다. 이를테면 영국은 일시해제(bail) 제도를 두고 있고, 4개월 이상 구금된 피구금인은 내무부에서 자동으로 일시해제 절차를 진행한다.³¹⁸⁾ 내무부 공식 통계 자료에 의하면, 2024년 이주 구금된 피구금인은 총 20,604명으로 구금이 해제되는 사유 중 51%가 일시해제, 44%가 출국(returns)로 파악된다.³¹⁹⁾

라. 소결

- ✓ 즉시 송환할 수 없는 보호외국인을 구금하여서는 안 된다.
- ✓ 불필요한 구금의 장기화를 방지하기 위하여, 보호외국인의 출국 가능성이 구금개시 단계에서부터 평가되어야 하고, 구금이 개시된 이후에도 정기적으로 평가되어야 한다.
- ✓ 구금 기간을 최소화할 수 있도록, 출국 지원 체계가 구축되어야 한다. 담당 공무원은 보호외국인과의 정기적인 면담을 통해서 출국장해사유를 파악하고, 출국장해사유의 해소를 위해서 노력하여야 한다.

II 구금 장기화 사유별 구금 장기화 방지 방안

1. 난민인정 심사 절차의 신속한 진행

가. 쟁점

외국인보호시설 내 구금이 장기화되는 구체적인 사유로는 △항공권 미확보, △난민 심사 진행 중, △재판 등 권리구제 절차 진행 중, △체불임금 등이 있다. 장기 구금자 중에서도 3개월 미만 구금되는 경우는 항공권을 확보하지 못한 경우가 많으나, 3개월 이상 구금되는 경우에는 난민 심사가 진행 중이거나, 임금을 받지 못한 경우 등 보호외국인 본인의 의사와 관계없이 구금되는 경우가 많다.³²⁰⁾

318) GOV.UK, "Immigration Bail", <https://www.gov.uk/bail-immigration-detainees/apply-for-bail> (2025. 5. 20. 확인); 상세한 지침은 UK Home Office, Caseworker Guidance, Immigration Bail, Ver.21.0. (2025.01.31.) ["영국 내무부 구금 일시해제 지침"] 참조.

319) GOV.UK, "How many people are detained under immigration powers in the UK?", <https://www.gov.uk/government/statistics/immigration-system-statistics-year-ending-december-2024/how-many-people-are-detained-under-immigration-powers-in-the-uk> (2025. 5. 20. 확인).

320) 대한변호사협회 2022년 실태조사 보고서, 170-171 참조.

특히 이 중에는 난민의 문제가 심각하다. 출입국 당국은 난민협약과 난민법의 강제송환금지원칙에도 불구하고, 강제퇴거명령 및 보호명령의 심사 과정에서 보호대상 외국인이 난민인지 여부를 고려하지 않고 있다. 이 때문에 난민인정자, 인도적체류허가자, 난민신청자가 모두 외국인보호시설에 구금되고 있으며, 외국인보호시설에 최장기(4년 8개월) 구금된 사람도 난민신청자였다.³²¹⁾ 난민인정자나 인도적체류허가자는 본국으로 돌아갈 수 없는 사람들이기 때문에 사실상 무기한 구금되어 왔고,³²²⁾ 출입국 당국의 시혜적인 일시보호해제가 아닌 이상 구금에서 해제될 방법은 없었다. 난민신청자는 난민인정절차를 모두 거쳐 난민인정을 받아야만 보호가 해제되는데,³²³⁾ 통상 난민 심사는 4년 이상 소요되므로³²⁴⁾ 이 기간 동안 계속해서 구금될 수밖에 없다.

국가인권위원회는 최근 난민신청자의 장기구금 방지를 위하여 난민인정신청을 하였거나, 난민인정과 관련한 행정심판 및 행정소송을 진행 중인 사람에 대해서는 보호의 일시해제 등 구금 대안을 적극적으로 시행할 것을 권고한 바 있다.³²⁵⁾ 또한 난민심사절차의 진행으로 상당 기간 내에 사실상 강제퇴거 전망이 없는 외국인에 대해, 구금 대안적 방안을 적극 시행하는 것이 바람직하다는 의견을 표명하거나,³²⁶⁾ 난민인정불허처분 취소소송이 진행 중인 난민신청자가 불법취업을 하였다는 사유로 보호시설에 보호되거나 강제퇴거되지 않도록 해당 소송 절차가 종료될 때까지 강제퇴거명령을 보류할 것을 권고하기도 하였다.³²⁷⁾

아래에서는 구금이 장기화된 난민의 구금 문제를 해결을 위한 조치가 마련되어 있는지 여부를 검토하겠다.

321) 법조신문, “감옥인가…‘구금 상한 없는 외국인보호소’ 도마에”,

<https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=25883> (2022. 2. 17.).

322) 개정 출입국관리법에 따르면 구금 기한의 상한이 신설되었으므로, 더 이상 무기한 구금이 되지는 않을 것이다. 그러나 개정 출입국관리법에 따르더라도 난민은 20개월까지 구금될 수 있고, 재구금의 가능성도 남아 있으므로, 이하에서 서술되는 내용은 여전히 유효하다.

323) 난민업무 지침에 따르면, 난민인정 여부를 결정한 경우에는 보호의뢰 청장등 및 보호소장에게 결정 당일 즉시 심사결과를 통보하도록 되어 있고, 난민인정자와 인도적체류자에 대해서는 보호해제 의뢰서를 보호소장에게 송부하여 보호를 해제토록 조치하고 있다. [법무부, “난민업무 지침”, 난민정책과 (2022. 9.), 43 참고.]

324) 2024. 12. 기준 난민인정신청 심사의 평균 심사 소요기간은 1차 심사 14개월, 이의신청 심사 17.9개월, 행정소송 22.4개월로 4년이 넘는다. [법무부 보도자료, “난민제도 시행 30년, 누적 난민신청 12만 건 상회”, 난민정책과 (2025. 2. 3.)]

325) 국가인권위원회 2024. 8. 21.자 23진정1042500 “외국인보호소의 난민신청자 장기 보호 등에 따른 인권침해” 결정.

326) 국가인권위원회 2019. 8. 29.자 19진정0117700등(병합) “난민인정신청 보호외국인에 대한 장기구금으로 인한 인권침해” 결정.

327) 국가인권위원회 2009. 2. 23.자 “난민신청자에 대한 강제퇴거명령 및 보호에 관한 개선 권고” 결정.

나. 검토기준

○ 관련 법령

난민법

제18조(난민의 인정 등) ④ 제1항 또는 제2항에 따른 난민인정 등의 결정은 난민인정신청서를 접수한 날부터 6개월 안에 하여야 한다. 다만, 부득이한 경우에는 6개월의 범위에서 기간을 정하여 연장할 수 있다.

제29조(유엔난민기구와의 교류·협력) ② 법무부장관은 유엔난민기구나 난민신청자의 요청이 있는 경우 유엔난민기구가 다음 각 호의 행위를 할 수 있도록 협력하여야 한다.

1. 난민신청자 면담
2. 난민신청자에 대한 면접 참여
3. 난민인정 신청 또는 이의신청에 대한 심사에 관한 의견 제시

출입국관리법

제62조(강제퇴거명령서의 집행) ④ 제3항에도 불구하고 강제퇴거명령을 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송환하여서는 아니 된다. 다만, 「난민법」에 따른 난민신청자가 대한민국의 공공의 안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정되면 그러하지 아니하다.

1. 「난민법」에 따라 난민인정 신청을 하였으나 난민인정 여부가 결정되지 아니한 경우
2. 「난민법」 제21조에 따라 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 아니한 경우

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람이 여권을 소지하지 아니하였거나 교통편이 확보되지 아니하는 등의 사유로 그 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우에는 2개월의 범위에서 그 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 보호할 수 있다.

② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 해당하는 사람이 송환에 협조하지 아니하는 등의 사유로 2개월이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우에는 매 3개월의 범위에서 미리 외국인보호위원회의 보호기간 연장 승인을 받아 그 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호기간을 연장할 수 있으며, 이 경우 연장기간을 포함한 총 보호기간은 9개월을 넘을 수 없다. 다만, 송환하려는 사람을 9개월이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 매 3개월의 범위에서 미리 외국인보호위원회의 보호기간 연장 승인을 받아 그 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호기간을 연장할 수 있으며, 이 경우 연장기간을 포함한 총 보호기간은 20개월을 넘을 수 없다.

1. 송환하려는 사람이 강제퇴거명령을 받은 이후에 「난민법」에 따라 난민인정 신청을 하거나 「난민법」에 따른 법무부장관 또는 지방출입국·외국인관서의 장의 결정에 대하여 소송을 제기하여 송환 절차가 지연된 경우

제65조(보호의 일시해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 직권으로 피보호자의 정상(情狀), 해제요청 사유, 자산 및 그 밖의 사항을 고려하여 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한, 정기 보고, 신원보증인의 지정 등 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.

② 외국인보호위원회는 피보호자(피보호자의 보증인 또는 법정대리인등을 포함한다)의 신청을 받아 피보호자에 대한 보호의 일시해제를 결정할 수 있다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 피보호자가 제2항에 따라 보호의 일시해제 결정을 받으면 그의 보호를 일시해제하여야 한다. 이 경우 보증금의 예치 및 주거의 제한 등 조건의 부가에 관하여는 제1항을 준용한다.

④ 제1항부터 제3항까지에 따른 보호의 일시해제 신청, 보증금의 예치 및 반환 등의 절차는 대통령령으로 정한다.

출입국관리법 시행령 제79조의2(보호 일시해제 심사기준) ① 청장·사무소장·출장소장 또는 보호소장은 법 제65조제1항에 따라 직권으로 또는 청구에 따라 보호의 일시해제를 하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 심사하여야 한다.

1. 피보호자의 생명·신체에 중대한 위협이나 회복할 수 없는 재산상 손해가 발생할 우려가 있는지 여부
2. 국가안전보장·사회질서·공중보건 등의 국익을 해칠 우려가 있는지 여부
3. 피보호자의 범법사실·연령·품성, 조사과정 및 보호시설에서의 생활태도
4. 도주할 우려가 있는지 여부
5. 그 밖에 중대한 인도적 사유가 있는지 여부

② 제1항에 따른 보호 일시해제의 세부 기준과 방법에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.

외국인보호규칙 제30조(고충상담) ① 청장등은 법 제56조의8제1항에서 규정하고 있는 청원 사유가 아닌 보호외국인의 고충사항에 대해서는 법무부장관이 정하는 외국인 고충상담에 관한 구체적 사항과 절차에 따라 처리할 수 있다.

② 청장등은 제1항에 따른 업무를 수행하기 위하여 소속 공무원 중에서 고충상담관을 지정하여야 한다.

외국인보호규칙 시행세칙 제43조(고충상담관 지정) ② 청장등은 필요한 경우 보호외국인의 고충사항이 원활하게 처리될 수 있도록 고충상담관 이외에 보호외국인 개인별 고충처리담당자를 지정할 수 있다.

③ 고충처리담당자가 독자적으로 해결하기 어려운 사안은 고충상담관과 협의하여 처리한다.

④ 고충상담관 및 고충처리담당자는 다음 각 호의 사항에 대해 고충상담을 실시한다.

1. 질병 등 생명·신체장애
2. 산업재해보상
3. 소송수행
4. 체불임금, 전세보증금 등 채권에 관한 사항
5. 그 밖에 청장등이 필요하다고 인정하는 사항

⑤ 고충상담관 및 고충처리담당자는 보호외국인의 고충사항과 그에 대한 처리 결과를 출입국관리정보시스템에 입력하여야 한다.

보호일시해제업무 처리규정 제4조(기본 심사기준) ① 청장등은 직권으로 또는 청구에 따라 일시해제를 하는 경우에는 영 제79조의2에 따라 다음 각 호의 사항을 심사하여야 한다.

1. 피보호자의 생명·신체에 중대한 위협이나 회복할 수 없는 재산상 손해가 발생할 우려가 있는지 여부
2. 국가안전보장·사회질서·공중보건 등의 국익을 해할 우려가 있는지 여부
3. 피보호자의 범법사실·연령·품성, 조사과정 및 보호시설에서의 생활태도
4. 도주할 우려가 있는지 여부
5. 그 밖에 중대한 인도적 사유가 있는지 여부

② 청장등은 제1항의 사항을 심사하는 경우 다음 각 호의 사항을 우선적으로 고려하여야 한다.

1. 법 제56조의3 제3항 각 호에 따른 환자, 임산부, 노약자, 미성년자 등에 해당하는지 여부
2. 피보호자의 건강 상태 등을 고려할 때 피보호자를 보호하는 것이 적절한지 여부
3. 피보호자가 18세 미만의 아동을 부양하고 있는 경우 피보호자 외 그 아동을 부양할 사람이 있는지 여부
4. 즉시 송환할 수 없는 사유의 유무 등 대한민국 밖으로의 송환가능성

○ 관련 국제인권기준

난민협약 제31조 피난국에 불법으로 있는 난민

1. 체약국은 그 생명 또는 자유가 제1조의 의미에 있어서 위협되고 있는 영역으로부터 직접 온 난민으로서 허가없이 그 영역에 입국하거나 또는 그 영역안에 있는 자에 대하여 불법으로 입국하거나 또는 불

법으로 있는 것을 이유로 형벌을 과하여서는 아니된다. 다만, 그 난민이 지체없이 당국에 출두하고 또한 불법으로 입국하거나 또는 불법으로 있는 것에 대한 상당한 이유를 제시할 것을 조건으로 한다.

다. 검토

난민협약은 난민이 불법 입국 또는 체류에 대해 처벌받지 않도록 규정하고 있고, 유엔난민기구는 난민의 구금을 원칙적으로 피해야 하고, 최후의 수단으로서만 고려해야 한다는 입장을 지속적으로 밝히고 있다.³²⁸⁾ 또한 중요한 원칙은 구금이 최소한의 기간 동안만 이루어져야 한다는 것이다.³²⁹⁾ 현행 제도 하에서 난민에 대한 구금 기간이 장기화되지 않도록 하기 위하여는 난민인정 절차를 공정하고 신속하게 진행하고,³³⁰⁾ 구금 대체 방안(ATD)를 확대하는 것이 필요하다.

현행 제도상 외국인보호시설에 보호되어 있는 난민신청자를 위한 별도의 심사절차가 마련되어 있지는 않다. 오히려 우리나라의 난민에 대한 신속 심사는 임의적인 기준에 의하여 특정 요건에 해당하는 난민 신청자를 심사에서 신속히 배제하는 절차에 가깝다.³³¹⁾ 특히나 난민업무 지침은 보호 중 난민신청한 경우, ‘가급적 15일 이내에 심사결정 하되, 통역 섭외 곤란 등 지체 사유가 있는 경우에 한하여 1개월 이내에 심사’하도록 정하고 있는데, 15일 이내에 구체적인 심사가 불가능하다는 점을 고려하면, 이는 취약한 지위에 있는 난민을 보호하기보다는 배제하기 위한 절차임이 분명하다. 보호되어 있는 난민신청자의 취약성을 고려하여 이들을 보호하기 위한 제도의 마련이 필요하다. 이를테면 유엔난민기구는 아동, 미성년 동반자, 폭력 및 트라우마 생존자, 긴급 의료 지원이 필요한 사람 등 취약한 난민신청자의 난민인정 절차를 우선적으로 처리하도록 지침을 제시하고 있고, 이들의 필요를 신속하게 파악하고 해결하기 위한 특정 절차의 필요성을 강조하고 있다.³³²⁾

328) 유엔난민기구 구금에 관한 지침. 유엔난민기구는 이 가이드라인에서 난민에 대한 구금은 신원 확인, 안보 우려, 도주 위험 방지 등 제한적인 사유 하에서만 허용되며, 이러한 구금은 합법적인 목적에 따라 개인별 평가를 거쳐 필요하고 합리적이며 비례적인 방식으로 이루어져야 한다고 강조한다. 또한 유엔난민기구는 초기 구금 후 24-48시간 이내에 자동적이고 독립적인 사법적 검토를 권장하며, 이는 부당한 구금을 방지하고 적법절차를 보장하는데 필수적이다.

329) 장기 구금을 방지하기 위하여 근본적으로는 구금 기간을 최소한으로 제한하고, 구금의 계속에 대한 사법 심사를 받는 것이 필요하다. 그러나 이는 외국인보호시설의 처우보다는 외국인보호의 근본적인 제도 설계에 관한 것으로 전체 연구의 주제에서 벗어나는 측면이 있어 여기서는 다루지 않는다.

330) 난민인정 심사의 적체를 해소하고 효율성을 개선하기 위한 구체적인 방안으로는 청구 유형에 따른 차별화된 절차 시행, 숙련된 난민 심사관 및 지원 인력 증원, 사건 관리를 위한 기술 투자, 신청자에게 명확하고 접근가능한 정보 제공 등이 있다. 그러나 이는 전체 연구의 주제에서 벗어나는 측면이 있어 여기서는 다루지 않는다.

331) 법무부, 앞의 지침, 40-41 참고.

332) UNHCR, UNHCR’s Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers (1999), 7-9, <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1999/en/21223>, (2025. 5. 20. 확인).

난민불인정결정에 대한 행정소송이 신속하게 진행될 수 있도록 하는 방안도 마련될 필요성이 있다. 법무부 통계에 따르면 이러한 행정소송에는 통상 22.4개월이 소요된다고 하는데,³³³⁾ 적어도 구금되어 있는 난민신청자에 대해서는 소송기간이 대폭 단축될 필요가 있다. 이를 위해서 법원의 예규를 개정하여, 빠르게 변론기일을 지정하도록 하거나 재판의 기한을 정하는 등 다른 행정소송보다 신속하게 재판이 진행될 수 있도록 하는 방안을 마련할 필요가 있다. 예컨대, 구금된 사람에 대해 진행되는 재판인 ‘인신구제청구 사건’의 경우 인신보호법은 ‘법원이 지체 없이 심리를 개시할 것’을 규정하고 있다.³³⁴⁾ 또한 대법원은 규칙을 통해서 청구가 있는 날부터 2주일 내에 심문기일을 열어야 한다고 정하고 있다.³³⁵⁾ 직접적인 비교는 어려울 수 있으나, 공직선거법은 공직선거법 위반 사건의 재판은 1심은 6개월, 2심과 3심은 각각 3개월 이내에 선고하도록 규정하고 있기도 하다. 형사보상의 경우에도 보상청구를 받은 법원은 6개월 이내에 보상결정을 하여야 한다.

보다 실효적인 구제를 기대할 수 있는 방안은 구금을 대체할 방안을 마련하는 것이다. 구금 대체 방안(ATD)은 다양한 형태로 나타난다. 캐나다, 영국, 호주 등 여러 국가에서는 사례 관리, 주거 지원, 사회 서비스 등을 제공하는 지역사회 기반 지원 프로그램을 운영하여³³⁶⁾ 난민 신청자들이 지역사회 내에서 필요한 지원을 받으며 절차에 참여할 수 있도록 돕는다. 캐나다와 미국 등 일부 국가에서는 전자 감시 장치를 사용하기도 하지만, 이는 사생활 침해, 낙인 효과, 정신 건강에 부정적인 영향 등 우려를 낳고 있다.³³⁷⁾ 호주³³⁸⁾와 영국에서는 정기적인 출석 의무나 지정된 거주지에서의 거주와 같은 조건이 부과될 수 있다. 나아가 구금 대체 방안은 높은 수준의 규정 준수율을 보이고, 구금보다 비용도 절감할 수 있어 성공적으로 평가된다.³³⁹⁾ 외국의 사례를 참고하여 난민에 대해서는 구금을 최후의 수단으로 제한

333) 법무부 보도자료, “난민제도 시행 30년, 누적 난민신청 12만 건 상회” (2025. 2. 3.).

334) 인신보호법 제8조 제1항.

335) 인신보호규칙 제10조.

336) Human Rights Watch, Considering Alternatives to Immigration Detention, <https://www.socialconnectedness.org/wp-content/uploads/2022/11/Waghma-Final-Report-Considering-Alternatives-to-Immigration-Detention.docx.pdf>, (2025. 5. 20. 확인); UNHCR, “Alternatives to Detention in the United Kingdom”, <https://www.unhcr.org/uk/sites/uk/files/2023-08/UNHCR%20-%20Alternatives%20to%20Detention%20-%202023%20August%202023%20-%20for%20publication.pdf>, (2025. 5. 20. 확인).

337) Canadian Council for Refugees, “Alternatives to Detention Program – CCR input into the review of the program”, 13–14, <https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/2022-08/CCR%20ATD%20comments%20August%202022.pdf>, (2025. 5. 20. 확인).

338) 다만 호주의 ‘지역사회 구금’은 지역사회 내 특정 거주지에서 거주하도록 요구하는 것인데, 법적으로는 여전히 구금으로 간주된다.

339) 호주의 파일럿 프로그램은 94%의 준수율을 보였다[IDC, “Detention reform and alternatives in Australia”, 2, https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2014/10/Briefing-Paper_The-Australian-Experience-

하고, 특히 아동, 임산부, 건강 문제를 가진 난민 등 취약한 난민에 대해서는 비구금적 대안을 우선적으로 고려하는 것이 바람직하다.

라. 소결

- ✓ 외국인보호시설에 구금된 난민신청자에 대해서는 다른 난민신청자보다 우선적으로 난민인정 절차가 진행되도록 하여, 절차가 최대한 신속하게 진행되도록 하여야 한다.
- ✓ 외국인보호시설에 구금된 난민신청자에 대해서는 난민소송이 신속하게 진행되어야 한다. 이를 위해서 빠르게 변론기일이 지정되도록 하거나, 재판의 기한을 정하는 등의 내용으로 법령 또는 재판 예규가 마련되어야 한다.
- ✓ 비구금적인 대안적 보호조치를 적극적으로 활용하여 난민에 대한 불필요한 구금을 최소화하여야 한다.

2. 체불임금의 신속한 수령 방안 마련

가. 쟁점

임금체불로 보호시설에 장기 구금되는 보호외국인에 대해서도 여러 기관에서 그 해결을 권고한 바 있다. 감사원은 ‘외국인 출입국 등 관리실태’ 감사 후 “법무부장관은 고용노동부장관과 협의하여 외국인 보호시설에 보호 중인 외국인에 대하여 고충상담을 실시한 후 임금을 지급받지 못한 외국인이 관할 지방고용노동청 등에 진정사건 제기를 원하는 경우 근로감독관을 통해 이를 지원하는 등 임금이 체불된 외국인에 대한 실효성 있는 지원방안을 마련”하라고 통보했다.³⁴⁰⁾ 국가인권위원회도 2021년 외국인보호시설 방문조사 후 권고에서 “장기보호외국인들에 대해 정해진 시간과 장소에서 정기적으로 면담을 진행하여 임금체불 등 해결 가능한 고충은 해소할 수 있도록 지원하고, 난민심사, 재판진행 등의 사유로 출국이 어려울 경우에는 보호일시해제 등을 적극 검토할 것”할 것을 법무부장관에게 권고한 바 있다.³⁴¹⁾

임금체불 등 금전 문제를 이유로 장기 구금되어 있는 경우는 대부분 법제도를 충분히 이해하지 못하여 담당 공무원에게 권리구제절차를 안내받더라도 실효적인 권리구제가 이루어지지 못하는 경우가 많다.³⁴²⁾ 이에 대해 국가인권위원회는 현실적으로 보호시설 내에서 임금체불 문제를 해결하기는 어려우며

2009-1.pdf, (2025. 5. 20. 확인)]; 영국의 파일럿 프로그램 역시 높은 준수율과 비용 효율성을 보였다 [UNHCR, “Alternatives to Detention in the United Kingdom”, <https://www.unhcr.org/uk/sites/uk/files/2023-08/UNHCR%20-%20Alternatives%20to%20Detention%20-%202023%20August%202023%20-%20for%20publication.pdf>, (2025. 5. 20. 확인)].

340) 감사원, “감사보고서 - 외국인 출입국 등 관리실태 -” (2021. 7), 27-31,

<https://www.bai.go.kr/bai/result/branch/detail?sno=2609>, (2025. 5. 20. 확인).

341) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

342) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

로 고용노동부 지방고용노동관서와의 협로를 통해 임금체불 문제를 해결할 수 있도록 협의하는 등 실효성 있는 지원 방안을 마련하고, 시설 내에서 해결이 불가할 경우 보호외국인에 대한 보호일시해제를 적극적으로 검토할 필요가 있다고 제시한 바 있다.³⁴³⁾ 이하에서는 임금체불 문제를 해결할 수 있는 실효적인 방안이 마련되어 있는지 여부를 검토하겠다.

나. 검토기준

○ 관련 법령

출입국관리법 제65조(보호의 일시해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 직권으로 피보호자의 정상(情狀), 해제요청 사유, 자산 및 그 밖의 사항을 고려하여 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한, 정기 보고, 신원보증인의 지정 등 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.

② 외국인보호위원회는 피보호자(피보호자의 보증인 또는 법정대리인등을 포함한다)의 신청을 받아 피보호자에 대한 보호의 일시해제를 결정할 수 있다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 피보호자가 제2항에 따라 보호의 일시해제 결정을 받으면 그의 보호를 일시해제하여야 한다. 이 경우 보증금의 예치 및 주거의 제한 등 조건의 부가에 관하여는 제1항을 준용한다.

④ 제1항부터 제3항까지에 따른 보호의 일시해제 신청, 보증금의 예치 및 반환 등의 절차는 대통령령으로 정한다.

출입국관리법 시행령 제79조의2(보호 일시해제 심사기준) ① 청장·사무소장·출장소장 또는 보호소장은 법 제65조제1항에 따라 직권으로 또는 청구에 따라 보호의 일시해제를 하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 심사하여야 한다.

1. 피보호자의 생명·신체에 중대한 위협이나 회복할 수 없는 재산상 손해가 발생할 우려가 있는지 여부
2. 국가안전보장·사회질서·공중보건 등의 국익을 해칠 우려가 있는지 여부
3. 피보호자의 범법사실·연령·품성, 조사과정 및 보호시설에서의 생활태도
4. 도주할 우려가 있는지 여부
5. 그 밖에 중대한 인도적 사유가 있는지 여부

② 제1항에 따른 보호 일시해제의 세부 기준과 방법에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.

외국인보호규칙 제30조(고충상담) ① 청장등은 법 제56조의8제1항에서 규정하고 있는 청원 사유가 아닌 보호외국인의 고충사항에 대해서는 법무부장관이 정하는 외국인 고충상담에 관한 구체적 사항과 절차에 따라 처리할 수 있다.

② 청장등은 제1항에 따른 업무를 수행하기 위하여 소속 공무원 중에서 고충상담관을 지정하여야 한다.

외국인보호규칙 시행세칙 제43조(고충상담관 지정) ② 청장등은 필요한 경우 보호외국인의 고충사항이 원활하게 처리될 수 있도록 고충상담관 이외에 보호외국인 개인별 고충처리담당자를 지정할 수 있다.

③ 고충처리담당자가 독자적으로 해결하기 어려운 사안은 고충상담관과 협의하여 처리한다.

④ 고충상담관 및 고충처리담당자는 다음 각 호의 사항에 대해 고충상담을 실시한다.

1. 질병 등 생명·신체장애
2. 산업재해보상

343) 국가인권위원회 2021년 방문조사 권고.

3. 소송수행
4. 체불임금, 전세보증금 등 채권에 관한 사항
5. 그 밖에 청장등이 필요하다고 인정하는 사항
- ⑤ 고충상담관 및 고충처리담당자는 보호외국인의 고충사항과 그에 대한 처리 결과를 출입국관리정보시스템에 입력하여야 한다.

보호일시해제업무 처리규정

제4조(기본 심사기준) ① 청장등은 직권으로 또는 청구에 따라 일시해제를 하는 경우에는 영 제79조의2에 따라 다음 각 호의 사항을 심사하여야 한다.

1. 피보호자의 생명·신체에 중대한 위협이나 회복할 수 없는 재산상 손해가 발생할 우려가 있는지 여부
2. 국가안전보장·사회질서·공중보건 등의 국익을 해할 우려가 있는지 여부
3. 피보호자의 범법사실·연령·품성, 조사과정 및 보호시설에서의 생활태도
4. 도주할 우려가 있는지 여부
5. 그 밖에 중대한 인도적 사유가 있는지 여부
- ② 청장등은 제1항의 사항을 심사하는 경우 다음 각 호의 사항을 우선적으로 고려하여야 한다.
1. 법 제56조의3 제3항 각 호에 따른 환자, 임산부, 노약자, 미성년자 등에 해당하는지 여부
2. 피보호자의 건강 상태 등을 고려할 때 피보호자를 보호하는 것이 적절한지 여부
3. 피보호자가 18세 미만의 아동을 부양하고 있는 경우 피보호자 외 그 아동을 부양할 사람이 있는지 여부
4. 즉시 송환할 수 없는 사유의 유무 등 대한민국 밖으로의 송환가능성

제7조(심사 절차 및 확인사항) ⑥ 청장등은 일시해제 사유가 체불임금과 관련된 때에는 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는지 여부를 확인하여야 한다.

1. 체불임금이 1천만원 이상일 것
2. 고용주의 임금 체불확인서 또는 지불각서, 노동부 발급 체불금품확인원 중 하나가 있을 것
3. 피보호상태에서는 체불임금의 청구 및 수령을 기대하기 곤란한 경우일 것

다. 검토

체불임금 해결을 위한 실효적인 방안으로는 근로감독관이 외국인보호시설에 정기 방문하는 제도를 마련하는 것을 고려할 수 있다.

국가인권위원회는 2007년 여수보호소 화재사고 직권조사에 따른 개선 권고에서 “이 사건 발생 당시 보호외국인 수는 총 55명이었고, 이중 최장기 보호외국인의 보호기간은 1년 3개월, 평균 보호수용 기간은 약 11개월이었는데, 그와 같이 수용기간이 길어진 이유의 대부분은 체불된 임금을 받기 위하여 대기 중이었던 것으로 조사되었다”, “여수노동사무소는 2005. 8. 여수출입국 보호외국인 고충처리 방문지원 계획을 수립하였고 이에 따라 주 1회 근로감독관이 출장하여 임금체불 등 노동관계법령에 대한 고충상담 및 권리구제를 위한 민형사적 절차를 안내한바 있다고 답변하였지만, 실제 정기적으로 여수출입국사무소를 방문한 것은 2005년도에 14회였으며, 2006년, 2007년에는 객관적인 서류나 자료(예: 출장복명서, 출장일지 등)를 제출하지 못하였다”고 밝혔다. 이에 따라 위원회는 “임금체불 등으로 인한 권리구제

를 받지 못한 외국인노동자들이 장기간 외국인보호소에 보호 수용되는 것을 방지하기 위하여 필요한 실질적 권리구제 체계 수립 및 근로감독업무를 강화할 것"을 노동부장관 및 광주지방노동청여수지청장에 게 권고하였다.³⁴⁴⁾

한편, 법무부는 2007년 4월 체불임금의 원활한 해결을 위하여 근로감독관을 외국인보호시설에 정기적으로 방문 상담하도록 노동부와 협의를 완료했다고 밝힌 바 있다.³⁴⁵⁾ 법무부는 “대다수 보호외국인들의 가장 큰 관심사인 체불임금의 원활한 해결을 위하여 근로감독관을 화성·청주보호소와 여수출입국관리사무소에 정기적으로 방문 상담하도록 노동부와 협의를 완료하였”고, “노동 관련 법규 위반에 대한 처벌만을 받은 후, 체불임금 지급을 기피하는 악덕 고용주에 대해서는 법률구조공단의 무료법률서비스를 받을 수 있도록 할 예정이며, 이를 위하여 법무부에서는 금년부터 운영하고 있는 ”민간 인권담당관“ 또는 시민단체 관계자 등과 협조하여 이들이 체불임금 관련사항을 위임 받아 법률구조공단에 법률구조를 신청할 수 있도록 함으로써 보호외국인의 권리구제에 최선을 다할 방침”이라고 밝혔다.

감사원은 2021년 7월 '외국인 출입국 등 관리실태' 감사 후 “법무부장관은 고용노동부장관과 협의하여 외국인 보호시설에 보호 중인 외국인에 대하여 고충상담을 실시한 후 임금을 지급받지 못한 외국인이 관할 지방고용노동청 등에 진정사건 제기를 원하는 경우 근로감독관을 통해 이를 지원하는 등 임금이 체불된 외국인에 대한 실효성 있는 지원방안을 마련”하라고 통보하였다.³⁴⁶⁾ 위 감사보고서에 기재된 관계기관 의견에 따르면, △법무부는 외국인보호소에 보호 중인 외국인의 대부분은 불법체류자 신분으로 근로계약서가 없거나 임금도 현금으로 지급받고 있어 고충상담관이 체불임금 사건에 직접 개입하여 문제를 해결하는 데 한계가 있으며, 이에 따라 보호 중인 외국인이 고용노동부에 진정사건 제기를 원하는 경우 지방고용노동청의 근로감독관이 직접 외국인보호소를 방문하여 사건을 조사할 수 있도록 법무부와 고용노동부 간의 업무협조가 필요하다는 의견을 제시했고, △고용노동부는 강제퇴거 대상 외국인에 대한 체불임금 해소방안 마련 필요성에 공감하며, 앞으로 법무부 관할 외국인보호소와 고용노동부 지방고용노동관서 간의 협조를 통해 외국인 임금체불을 해소할 수 있도록 법무부와 협의하겠다고 답변했다.

344) 국가인권위원회 2007. 4. 7.자 07직인2 “여수출입국관리사무소 보호실 화재사고 직권조사에 따른 개선 권고” 결정

345) 법무부 보도자료, “「여수참사 대책」 인권은 없고 통제만」 제하 보도관련”, 조사집행과 (2007. 4. 16.),

346) 감사원, 앞의 보고서, 27-31 참조.

이에 근로감독관이 정기적으로 외국인보호시설을 방문하여 보호외국인의 체불임금 관련 상담과 업무를 처리하도록 고용노동부와 협의하도록 제도를 개선하여야 한다. 또한 체불임금 사실이 확인되지만 고용주의 비협조로 해결이 어려운 경우에는 보호외국인이 대한법률구조공단의 법률구조 제도를 활용할 수 있도록 연계하고, 체불임금 해결에 일정 기간 이상이 소요될 경우 필요적으로 보호일시해제를 결정하도록 「보호일시해제업무 처리규정」을 개정할 필요가 있다.

라. 소결

- ✓ 보호외국인이 체불임금을 수령하는 절차가 지연되어 구금이 장기화되지 않도록, 근로감독관의 외국인 보호시설 정기방문하여 체불임금 문제를 해결하는 등의 실효적인 해결책이 마련되어야 한다.

제3장 결론: 외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준(안)

이상의 내용을 종합하여 최종적으로 도출되는 〈외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준(안)〉은 아래의 표와 같다.

본 연구를 계기로 하여 외국인보호시설의 처우에 관한 인권기준에 관한 논의가 활성화되기를 기대한다. 궁극적으로는 보호외국인 당사자와 시민사회, 각계 전문가, 국가인권기구 등의 충분한 논의를 통해서 최종적인 ‘외국인보호시설 처우 인권기준’이 도출될 필요가 있을 것이다.

외국인보호시설 처우 인권기준 (안)

제1편 물리적 환경

제1장 수용거실

적정한 수용거실 공간 보장

1. 보호외국인 1인당 수용거실 면적을 법령에 규정하고, 그 수치를 정할 때는 현행 수용정원 산정 시 사용하는 6.6㎡ 보다는 넓게 규정해야 한다.
2. 외국인보호시설의 수용 능력을 고려하여 미등록외국인 단속 목표치를 합리적으로 조정해야 한다.
3. 원칙적으로 외국인보호시설에서 정원을 초과하는 인원의 수용을 금지하고, 일시적으로 입소 인원이 폭증하여 상급기관의 허가를 받은 극히 제한적인 상황에서만 그 예외를 허용하여야 한다.
4. 보호실별 정원과 면적, 현재인원을 보호실 벽면 등에 게시해야 한다.

독거수용의 원칙 준수

5. 외국인보호시설은 독거수용의 원칙에 따라 운영되어야 한다. 주간에는 다른 보호외국인과 같이 지낼 수 있되 수면공간은 1인실로 편성된 형태의 시설을 갖추어야 한다. 당장 이러한 기준을 충족하기 어렵다면, 적어도 현단계에서는 2~6인실로 침실공간을 마련하고, 단계적으로 1인실 공간을 확대해야 한다.

제2장 온도 및 습도

적정한 온도의 유지

6. 보호거실에 냉난방 장치를 구비하여야 한다.
7. 보호거실의 통풍과 환기가 원활하여야 한다.

8. 보호거실의 실내 적정온도 기준을 마련하여야 하고, 보호거실 실내온도의 측정 방식, 측정 시간대 및 주기, 기록의 보관 의무 등 적정온도 기준 준수를 위한 규정과 절차를 마련하여야 한다.

제3장 식사

충분한 급식 예산의 책정 및 편성

9. 양질의 급식이 제공되기에 충분한 급식 예산이 편성되어야 한다. 보호외국인의 문화적, 종교적 다양성을 고려한 식단을 제공하기 위해서는 외국인보호시설의 한끼당 급식 예산은 내국인을 대상으로 하는 다른 시설과 비교하였을 때 20% 가산하여 책정하여야 한다.

식단의 다양성, 자율성 보장과 문화적, 종교적 관습의 존중

10. 보호외국인에게 복수의 식단을 제공하고, 그 중에서 식사를 선택할 수 있도록 하여야 한다. 채식에 대한 선택권을 부여해야 하고, 이슬람식과 비이슬람식을 구분하여 식사를 제공하여야 한다. 적어도 주요리에 대해서는 보호외국인에게 복수의 선택지 중에서 메뉴를 고를 수 있는 선택권이 부여되어야 한다.
11. 보호외국인이 스스로 조리할 수 있는 여건을 마련함으로써 보호외국인의 자율성을 보장하여야 한다. 조리를 위한 식재료의 주문도 가능해야 한다.

음식물 구매 및 반입의 보장

12. 보호외국인이 다양한 음식물을 구매할 수 있게 함으로써, 보호외국인의 다양한 수요를 충족할 수 있도록 하여야 한다. 외국인보호시설 내부의 매점에서 다양한 수요를 충족시킬 수 있도록 하거나, 아니면 외부의 식료품 상점으로부터의 구매절차를 마련하여야 한다.
13. 보호외국인이 적절한 가격으로 음식물을 구매, 반입할 수 있도록 하여야 한다. 보호외국인에게 음식물 구매 바우처를 지급하는 것이 고려될 필요가 있다.
14. 식료품의 반입과 소지가 폭넓게 허용되어야 하고, 이에 대한 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다. 소지가 능한 물품의 품목을 정하는 '포지티브 방식'은 타당하지 않고, 소지가 불가능한 물품의 품목을 정하는 '네거티브 방식'의 금지만 제한적으로 이루어져야 한다.
15. 구매 및 외부 반입 음식물의 보관을 위해서 보호외국인이 냉장고를 사용할 수 있도록 하여야 한다.

제4장 개방형 시설

개방형 시설의 개념과 요건에 부합하는 시설로의 패러다임 전환

16. 폐쇄형 외국인보호시설을 개방형 외국인보호시설로 전환하여야 한다.
17. 개방형 외국인보호시설은 거주지가 특정되어야 한다는 제한이 있을 뿐 외부로의 출입에 제한이 전혀 없어야 한다. 담장, 철조망, 외벽 등 외부로의 이동을 차단하는 물리적인 시설이 없어야 하고, 보호거실에는 쇠창살이 없고 출입문에 자물쇠가 없어야 한다. 보호거실에서 외국인보호시설의 정문에 이르는 모든 복도와 문을 개방하여 시설 내 전역에서의 이동이 완전히 자유롭게 하여야 한다.
18. 개방형 외국인보호시설은 보호외국인에 대한 신뢰를 토대로 보호외국인의 자율과 책임을 바탕으로 운영되어야 한다. 보호시설 근무자가 계호자 내지는 감시자로서 역할이 아닌, 보조자 내지는 지원자의 역할을 수행하여야 한다. 계호를 위한 CCTV는 철거를 검토하여야 한다.
19. 개방형 외국인보호시설에서는 귀휴제, 주말구금제, 부부·가족접견제 등을 통해서 보호외국인의 생활조건을 일반 사회생활에 근접하게 할 것이 요구된다. 이를 통해서 보호외국인의 신속한 신변정리 및 출국장해사유 해소를 촉진하여야 한다.

인권적인 개방형 외국인보호시설의 운영

20. 효과적인 개방처우를 위해서 개방형 보호시설 내 수용인원을 소규모화 하여야 한다. 장기적으로는 개방형 시설의 수용정원을 100명 단위로 소규모화 하는 것이 바람직하다.
21. 국제인권법상 ‘처우 개별화의 원칙’에 입각하여 개방처우의 내용 및 방법, 조건 등 보호외국인 개개인의 처우가 개별화되어야 한다.
22. 외부로의 이동을 차단하는 물리적인 시설이 없어야 한다는 것이 개방형 시설의 기본적인 요건이며, 적어도 야간에 침실문을 폐쇄해서는 안 된다.

입소대상자 분류심사의 기준 및 절차 마련

23. 외국인보호시설에 입소한 모든 보호외국인은 원칙적으로 개방형 외국인보호시설에서 생활하도록 하여야 한다. 이를 위해서 기존의 폐쇄형 외국인보호시설을 개방형 외국인보호시설로 전환하여야 한다.
24. 일부 보호외국인을 개방형 외국인보호시설에서 배제하더라도, 이러한 분류심사에 있어서는 배제의 기준을 정하는 ‘네거티브 방식’의 심사기준을 두어야 한다.
25. 개방형 보호시설 분류심사의 올바른 운영과 일관되고 독립적인 분류심사를 위해 분류심사위원회를 운영하여야 한다. 이를 위해서는 분류심사위원회에서는 과반수의 외부위원이 참여하도록 하여야 한다.
26. 분류심사의 절차를 투명하고, 공정하게 운영하여야 하며, 당사자의 절차적 참여를 보장하여야 한다. 관련하여 다음과 같은 절차가 마련되어야 한다.
 - (1) 심사과정에서 외부전문가의 의견을 수렴할 필요가 있고, 보호외국인과의 면담절차를 두어야 한다.
 - (2) 분류심사 절차에서 보호외국인이 의견을 개진할 수 있는 기회가 보장되어야 한다.
 - (3) 분류심사위원회의 회의 내용은 회의록을 작성하여 기록하여야 한다.
 - (4) 분류심사의 결과와 이유는 당사자가 이해할 수 있는 언어로 서면통지 하고, 분류심사 결과에 대한 불복 기회를 보장하여야 한다.
 - (5) 분류심사가 이루어진 이후에도 정기적인 재심사가 이루어져야 한다.
27. 차별적이지 않은 분류심사 기준을 수립하여야 한다. 특히, 국적을 이유로 한 차별, HIV 감염인이나 성소수자에 대한 차별은 허용되지 않는다.

제2편 시설 내 처우와 활동**제1장 실외운동****충분한 실외운동의 보장**

28. 보호외국인의 건강권 증진을 위해 매일 최소 1시간의 실외운동을 보장하여야 한다. 평일은 물론 토요일 및 공휴일에도 매일 최소 1시간의 실외운동이 보장되어야 한다.
29. 개방형 보호동 확대를 통해 보호외국인이 일과시간 중 운동장에 상시 접근할 수 있도록 개선해야 한다.
30. 날씨에 관계없이 실외운동을 할 수 있도록 외국인보호시설의 운동장에 천장 시설을 설치해야 한다.
31. 실외에 운동장이 없는 빌딩형 외국인보호시설에서도 실외운동을 실시할 수 있도록 옥상을 포함한 야외 공간을 운동에 활용할 수 있는 방안을 모색하고, 추후 시설 신축 및 증개축 시 반드시 실외운동 공간을 두는 방향으로 설계해야 한다.
32. 보호외국인이 실외운동 시 적절한 운동을 할 수 있도록 충분한 종류와 수량의 운동기구를 비치 및 대여하여야 한다.

제2장 개인물품 반입·소지

폭넓은 개인물품 반입 및 소지의 보장

33. 법률에 근거없이 보호외국인의 개인물품 반입 및 소지를 제한해서는 안 된다.
34. 개인물품의 반입 및 소지를 포괄적으로 제한하여서는 안 되며, 제한할 때에도 소지가 불가능한 물품의 품목을 정하는 ‘네거티브 방식’으로 제한하여야 한다.
35. 반입 및 소지가 제한되는 물품의 목록은 사전에 구체적으로 정해져 있어야 하며, 그 내용이 보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 공고되어야 한다.
36. 원칙적으로 반입하는 물품을 보호실 내 개인사물함에서 보관할 수 있도록 하여야 한다. 예외적으로 부피가 커서 보호실 내에서 보관이 어려운 경우 등 보호실 내에서의 보관할 수 없는 사유가 분명한 경우에 한하여 공용 물품보관실에 제출 및 보관하도록 하여야 한다. 이때 공용 물품보관실에 제출된 물건에 접근할 수 있는 보호외국인의 권리가 항상 보장되어야 한다.

제3장 사생활과 인격권

영상정보처리기기(CCTV) 촬영의 최소화

37. 외국인보호시설 내 모든 보호실에 대해 일률적으로 영상정보처리기기로 촬영하여서는 안 된다. 사고 발생 위험성이 높은 보호외국인을 선별한 후 이들에 대하여서만 모니터링하여야 한다.
38. 화장실 및 탈의공간에 대해서는 영상정보처리기기 촬영이 금지된다. 불가피한 경우에도 충분한 차폐시설이 마련되어야 한다.
39. 영상정보처리기기 촬영이 필요최소한의 범위에서 이루어질 수 있도록, 영상정보처리기기의 설치 목적, 설치 대수, 설치 위치, 촬영 범위, 관리책임자, 영상정보의 보관기관 및 보관방법 등의 운영방침을 사전에 구체적으로 정하여야 한다.
40. 보호외국인들이 이해할 수 있는 언어로써 외국인보호시설 내부가 영상정보처리기기로 촬영된다는 사실을 명확히 안내하여야 한다.

신체검사 과정에서의 인권침해 방지

41. 보호외국인에 대해서 알몸 신체검사를 하여서는 안 된다. 보호외국인에 대한 신체검사가 필요할 경우 속옷과 신체검사의의를 착용상태에서 검사가 이루어져야 한다.
42. 신체검사는 필요한 정도에 따라 단계적으로 이루어져야 한다. 이때 옷을 입은 상태에서 신체 등의 외부를 눈으로 확인하고 손으로 가볍게 두르려 만져 검사하는 외표검사나 탈의막 안에서 속옷은 벗지 않고 신체검사의의를 착용하도록 한 상태에서 위험물 등의 은닉 여부를 검사하는 간이검사의 방법이 정밀검사보다 우선적으로 고려되어야 한다.
43. 설령 보호외국인에 대해 알몸 신체검사를 하더라도, 이러한 검사는 인권적인 방법으로 이루어져야 한다. 특히 담당공무원이 보호외국인의 항문 부위를 눈으로 직접 관찰하는 방식의 육안검사는 허용되지 아니한다. 이 경우 다른 사람이 볼 수 없는 차단된 장소에서 영상검사기에 올라가 검사기에 장착된 카메라에 짧은 시간 항문 부위를 보이도록 하고, 검사실과 분리된 통제실에서 전담 공무원 1인만이 다른 사람이 볼 수 없도록 모니터 주변에 가림막을 설치하고 출력된 영상정보로 은닉물의 존재 여부만을 관찰하며, 해당 영상정보를 녹화할 수 없도록 하여야 한다.
44. 신체검사는 동성의 담당공무원에 의하여 이루어져야 하고, 보호외국인이 성적 소수자인 경우에는 본인의 의사를 존중하여 담당공무원이 정해져야 한다.

제3편 의료와 건강

제1장 보건의료체계와 의료시설

입소시 건강검진의 실시

45. 외국인보호시설에 입소하는 모든 보호외국인은 입소 직후 가능한 신속하게 초기 건강검진을 받을 수 있도록 하여야 한다. 초기 건강검진은 감염병 여부, 만성질환, 정신건강 상태 등을 포함하는 포괄적인 평가로 구성되어야 한다.
46. 건강검진 결과는 의료기록으로 체계적으로 보관되어야 하며, 이는 지속적인 치료 연계, 보호장비 착용 여부 등 보호처우 결정, 보호해제 판단의 근거자료로 활용되어야 한다.

의료인력 및 의료설비의 확충

47. 외국인보호시설에는 충분한 수의 의료인력이 확보되어야 한다. 원칙적으로 외국인보호시설 별로 1인 이상의 의사가 있어야 하고, 응급상황에서 언제든지 의사가 진료할 수 있는 체계가 마련되어야 한다. 의료진은 충분한 수의 정신의학 전문가를 포함하여 다양한 영역의 전문가를 포함하여야 한다.
48. 외국인보호시설 내에서의 실질적인 의료 서비스 제공을 위해, 진료실·약제실 등 기본 의료공간과 청진기, 혈압계, 심전계, 심장충격기 등 진단 및 처치에 필요한 장비의 설치 기준을 마련하고, 이를 모든 외국인보호시설에 공통적으로 적용하여야 한다.
49. 외국인보호시설의 특성을 고려하여, 감염병 유병률이 높은 출신국 보호외국인에 대비한 격리진료공간, 성인지 감수성을 반영한 심리상담실 구성, 종교·문화적 배려가 가능한 진료 환경 등을 마련하여야 한다.

의료행위 과정에서의 통번역 제공

50. 보호외국인의 정확한 이해와 의사결정을 보장하기 위해서, 의료행위의 전과정에서 보호외국인에게 통역과 번역이 제공되어야 한다.
51. 24시간 이용 가능한 전화 또는 원격(화상) 통역 시스템을 구축하여야 한다. 또한 의료통역의 품질을 보장하고 통역 공백을 최소화하기 위해, 고품질 통·번역 앱을 선별하여 시설에 공식 보급하고, 실무자 대상의 활용 교육과 실무 매뉴얼을 제공하여야 하는 방안이 적극적으로 고려되어야 한다. 정부는 외국인 보호시설에서 사용 가능한 통·번역 수단의 기준을 마련하고, 앱 선정, 유지관리, 예산 지원 등을 포함한 제도적 기반을 마련하여야 한다.
52. 진료 동의서, 복약지도서, 안내문 등 주요 의료 문서는 보호외국인의 언어로 번역·제공되어야 하며, 의료통역이 필요한 경우 외부 통역 인력과의 연계 체계를 공식적으로 제도화하여야 한다.

보건의료 서비스의 무상 이용

53. 외국인보호시설에 수용된 보호외국인의 외부의료기관 진료비는 원칙적으로 국가가 부담하여야 한다.
54. 진료비 자비 부담은 보호외국인의 의료기피 및 증상 은폐로 이어질 수 있으므로, 국비 지원 기준은 명확히 규정되어야 하며, 응급상황 또는 중증 질환에 대한 의료이용이 지체되지 않도록 관련 절차를 간소화하여야 한다.
55. 국비 지원의 실효성을 확보하기 위해, 진료비 지원 판단기준과 신청절차를 구체화하고, 의료접근권 보장을 위한 충분한 예산을 확보하여야 한다.

제2장 응급의료시스템

응급의료 대응체계의 구축

56. 외국인보호시설에는 응급상황 발생 시 신속하고 적절한 대응이 가능하도록 심장충격기, 산소공급기 등

응급장비와 외부의료기관 이송체계를 시설별로 표준화하여 갖추어야 한다.

57. 응급처치 교육을 이수한 직원이 상시 배치되어야 하며, 특히 의료공백이 발생하기 쉬운 야간 및 공휴일에도 응급상황에 의료적으로 대응할 수 있도록 24시간 의료진 협력체계를 구축하여야 한다.
58. 모든 보호시설에는 상근 의료인력의 배치가 기본 전제로 되어야 하며, 교대 근무 및 비상시 대기 인력을 포함한 인력 운영 체계를 마련하여야 한다.

제3장 정신건강 관리

정신보건 프로그램의 구축

59. 외국인보호시설에는 정신과 전문의 또는 임상심리사 등 자격 있는 정신건강 전문가가 정기적으로 방문하거나 순회 진료할 수 있는 체계를 마련하여야 하며, 이들의 진단과 상담이 시설 전체에 걸쳐 일관되게 제공되어야 한다.
60. 장기 보호외국인을 포함한 모든 수용자에 대해 정기적인 정신건강 평가를 실시하도록 의무화하고, 초기 입소 시 심리적 불안을 완화할 수 있는 안정지원 프로그램 및 사전안내 체계를 도입하여야 한다.
61. 자해·자살 위험이 있는 보호외국인을 조기에 식별하고 집중적으로 개입할 수 있도록, 정신건강 위기관리 체계를 수립하고 이에 기반한 표준 매뉴얼과 교육을 실무자에게 제공하여야 한다.
62. 심리상담은 단발성 대응이 아닌 정기 프로그램 형태로 운영되어야 하며, 상담이 가능한 전문 인력을 확보하고 다국어 통역체계를 병행하여 상담의 효과성과 기밀성을 확보해야 한다.

제4편 외부교통권

제1장 휴대전화 및 인터넷

휴대전화 및 인터넷 사용의 보장

63. 보호외국인의 자유로운 휴대전화 및 인터넷 사용은 보호외국인의 권리로서 인식되어야 하고, 이러한 권리는 최대한 보장되어야 한다.
64. 보호외국인의 휴대전화 사용은 원칙적으로 허용되어야 하며, 예외적으로만 필요최소한의 범위 내에서 사용방법과 사용시간, 사용장소가 제한될 수 있다. 이러한 제한의 사유와 방식은 법률에 근거를 둔 하위법령에 의하여 사전에 구체적으로 규정되어야 한다.
65. 휴대전화의 사용시간 및 사용장소에 대한 제한은 최소화되어야 한다. 사용시간의 제한에 있어서는 보호외국인의 본국과의 시차문제가 고려되어야 한다.
66. 보호외국인의 휴대전화 사용권이 실질적으로 보장될 수 있도록 외국인보호시설에는 무선인터넷망과 충전할 수 있는 시설이 갖추어야 한다.
67. 개인 휴대전화를 통하지 않은 인터넷 사용권을 보장하기 위해서 외국인보호시설에는 인터넷 사용이 가능한 컴퓨터가 구비되어야 한다. 보호외국인에게서는 충분한 컴퓨터의 사용 횟수와 시간이 보장되어야 한다.

제2장 접견

일반접견의 보장

68. 가족, 친지와의 접견은 정기적으로 충분하게 이루어질 수 있어야 한다. 접견 횟수 및 시간에 대한 제한은 최소화되어야 한다.
69. 토요일 및 공휴일의 접견을 일률적으로 금지하여서는 안 된다. 특히 출국을 앞두고 있거나 가까운 시일

- 내에 송환될 우려가 있는 보호외국인에 대해서는 토요일 및 공휴일의 접견이 폭넓게 허용되어야 한다.
70. 원칙적으로 가족, 친지와 접견은 접촉 차단 시설이 없는 접견실에서 이루어져야 한다. 예외적으로 보호외국인과 가족, 친지 간의 접촉을 차단하여야 할 필요성이 있거나 개방형 접견실이 부족한 경우에 한해서 접촉 차단 시설이 없는 접견실에서 접견이 이루어질 수 있다. 개방형 접견을 최대한 보장할 수 있도록 외국인보호시설에는 충분한 수의 개방형 접견실이 설치되어야 한다. 보호외국인이 미성년 자녀와 접견하는 경우에는 반드시 접촉 차단 시설이 없는 접견실에서 접견이 이루어져야 한다.
71. 종교활동의 자유 보장을 위하여 종교활동을 이유로 하는 접견에 대한 고려가 필요하다.

변호사 접견에 대한 특별한 보호

72. 변호사와의 접견은 비밀로 유지될 수 있어야 하며, 이를 위한 적절한 접견장소가 제공되어야 한다.
73. 변호인과의 접견이 효과적으로 이루어질 수 있도록 필요한 편의가 제공되어야 한다.

제5편 소수자 인권

제1장 성소수자 인권

취약성 심사절차의 마련

74. 특수한 취약성을 가진 사람의 구금은 그 자체로 지양해야 한다. 부득이하게 구금을 진행해야 한다면 구금 당국이 취약성을 파악해 구금의 필요성 및 비례성을 지속적으로 심사하여야 하며, 구금이 진행되는 동안 적절한 처우를 제공해야 한다.
75. 취약성은 제도적으로 정의되어야 하고, 취약성의 정의는 성소수자 정체성(성적지향, 성별정체성, 성별 표현 및 성특징)을 포함해야 한다.
76. 체계적인 취약성 심사 절차를 전담하는 위원회를 마련하고, 위원 중 구금시설 외부의 성소수자 인권 전문가를 포함시켜야 한다. 취약성 심사는 구금의 필요성 및 비례성을 심사하고 구금 대안의 가능성을 검토하며 구금이 불가피할 경우, 보호외국인의 취약성에 따라 특수한 처우 계획을 수립해야 한다. 또한 취약성 심사는 구금 초기 단계부터 구금이 해제될 때까지 계속적으로 진행해야 한다.
77. 취약성 심사에는 보호외국인 본인의 의견이 반영되어야 하며, 불복 및 재심사 절차가 마련되어야 한다. 처우 계획의 수립 과정에서도 당사자가 의견을 개진할 수 있어야 한다.
78. 투명성과 공정성을 위해 취약성 심사의 기준과 절차는 공개되어야 하며, 구금시설 외부의 전문가, 인권 단체 등에 의한 감사가 지속적으로 진행되어야 한다.

성별정체성 등에 따른 적절한 처우 보장

79. 트랜스젠더, 논바이너리, 인터섹스 등 다양한 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 지닌 보호외국인의 처우에 관하여 세부적인 정책을 수립해야 한다. 이러한 정책은 최소한 방 배정, 신체 수색, 의복 제공, 성별표현을 위한 물품 사용의 허용, 세면 및 세탁 시설 사용에의 편의, 호르몬 투여 등 트랜지션 의료를 포함한 의료 접근성 등에 관한 내용을 포함해야 한다.
80. 성별정체성 등 정체성의 인지와 파악은 당사자 면담을 통해 혹은 문서의 확인을 통해 진행되어야 한다. 신체 수색을 통해 성별을 판단하여서는 안 된다.
81. 전반적인 성별정체성 등 정책 마련과 동시에 보호외국인의 개별적인 상황, 특성 및 당사자 의견 등을 고려한 개별적인 처우 계획을 수립하고 특정한 처우를 제공하는 절차가 마련되어야 한다.
82. 트랜스젠더 등 보호외국인의 처우 결정 절차와 관련하여 결정시한, 결정권자와 참여자, 결정 기준, 이의 절차 등이 사전에 정해져야 한다. 처우 결정 절차에서는 당사자에게 의견을 개진할 수 있는 기회가 제

공되어야 한다.

차별금지 및 다양성 정책의 수립

83. 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징을 사유로 하는 차별을 금지하는 ‘차별금지의 원칙’이 외국인 보호시설의 운영 전반에 적용되어야 한다. 차별금지의 원칙을 구체화하는 정책이 수립되어야 하고, 시설 관계자에 대한 윤리강령에도 이 원칙의 내용이 포함되어야 한다. 괴롭힘과 혐오적 언행 등을 방지하기 위한 대응 정책도 마련되어야 한다.
84. 외국인보호시설의 내부 기록 및 문서 서식에서 성적지향, 성별정체성, 성별표현 및 성특징 관련 사항, 특히 당사자의 취약성 관련 사항을 명시하되 비밀엄수가 보장되도록 관련 정책을 정비해야 한다.
85. 성소수자 보호외국인이 자발적으로 정체성을 공개할 수 있도록 성소수자에게 안전하고 친화적인 환경을 조성하고, 보호외국인에게 다양성 정책을 당사자가 이해할 수 있는 언어로 안내해야 한다.
86. 시설 직원은 물론 통역인, 의료전문가, 복지관계자 등 시설의 모든 관계자를 대상으로 성소수자 인권 관련 역량 강화와 민감성 증진을 위한 교육을 진행해야 한다. 이러한 교육은 시설 외부의 성소수자 인권단체 등과 연계하여 진행되는 것이 바람직하다.
87. 시설 직원 등 관계자가 성소수자 대표성을 지니도록 관계자로 성소수자 개인의 영입, 성소수자 인권 및 조력단체와의 연계 등 관계자 인력의 다양성을 증진하는 방안을 강구해야 한다.

제2장 HIV 감염인 인권

부당한 격리수용 금지 및 감염사실 누설 방지

88. HIV 등 일상적인 생활접촉으로 감염될 가능성이 없는 감염병의 경우, 감염병에 감염되었거나 감염이 의심된다는 이유로 해당 보호외국인을 격리하여서는 안 된다. HIV 감염인 등을 구금할 때에는 당사자의 의사를 고려하되 원칙적으로는 다른 보호외국인과 함께 생활할 수 있도록 하여야 한다.
89. HIV 감염 사실로 인한 차별이 발생하지 않도록, 보호외국인의 HIV 감염 사실이 노출되지 않도록 하여야 한다. 나아가, 다른 사람이 HIV 감염인의 감염사실을 추단할 수 없도록, 수용 장소, 의복, 의료절차 등 외국인보호시설 운영 전반에서 특별한 주의가 필요하다.

제6편 질서유지 과정에서의 인권침해 방지

보호장비 사용의 최소화 및 사용방식에 대한 제한

90. 출입국 행정당국이 보호장비의 종류를 자의적으로 확대할 수 없도록, 보호장비의 종류 및 핵심적인 사용방법을 법률로 규정하여야 한다.
91. 보호외국인이 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 목욕, 식사, 용변, 치료, 취침 등을 위해 필요한 경우에는 보호장비 사용을 일시 중지하거나 완화하여야 한다. 이러한 중지 및 완화는 담당 공무원의 재량에 맡겨져서는 안 되며, 사유가 발생하는 경우 예외 없이 중지 및 완화가 이루어져야 한다.
92. 외부 호송과정에서 보호장비를 사용하는 것은 별론으로 하더라도, 원칙적으로 외국인보호시설 내부에서는 보호장비를 사용하여서는 안 된다. 자살 및 자해 방지가 필요한 경우에는 보호장비의 사용보다 설비, 방음설비를 갖춘 특별계호실 수용이 우선적으로 고려되어야 한다.

특별계호의 사유 및 방식에 대한 제한

93. 어떠한 경우에도 특별계호실 수용이 징계의 목적으로 이루어져서는 안 된다. 특별계호실 수용이 징계의 효과를 가지지 않도록 특별계호 시 원칙적으로 별도 장소 격리 외 보호외국인에 대한 다른 처우를 제한

하지 않아야 하고, 특별계호실의 환경은 일반보호실의 환경과 동일해야 한다.

94. 단식을 이유로 보호외국인을 특별계호실에 수용하여서는 안 된다.
95. 특별계호 과정에서의 인권침해 여부가 모니터링 될 수 있고 인권침해가 발생하였을 경우에는 피해자가 원활하게 구제받을 수 있도록, 특별계호실 수용시의 CCTV 영상은 충분한 기간 동안 보관되어야 한다. 이러한 영상은 기본적으로 90일 이상 보관되어야 하고, 보호외국인의 요구가 있을 경우에는 5년간 보관되어야 한다.

제7편 권리구제절차

제1장 권리고지 및 정보제공

정보의 충실한 제공

96. 보호외국인이 어느 보호시설의 어느 장소에 있든 동일한 수준의 정보를 제공받을 수 있도록 외국인보호 시설의 정보 제공 방식을 표준화하고, 공통의 매뉴얼을 마련 및 운영하여야 한다.
97. 안내동영상, 안내문, 안내책자 등 다양한 수단을 통해서 생활규칙 등의 정보를 보호외국인에게 효과적으로 제공하여야 한다.
98. 보호외국인이 이해할 수 있도록 다양한 언어로 정보가 제공되어야 한다. 입소 당시부터 보호외국인의 국적 및 구사 언어를 파악하고, 안내동영상, 안내문, 안내책자에 기재된 언어를 이해하지 못하는 보호외국인에게는 선제적으로 통역지원을 제공하거나 적어도 통역 지원이 제공될 수 있다는 사실을 미리 알려야 한다.
99. 보호외국인이 문해력이 부족하거나 시각장애가 있는 경우를 대비하여 입소 시 소통에 있어서의 장애사유를 조기에 파악하고, 특별한 필요가 있는 경우에는 보호외국인에게 제공되어야 하는 정보를 미리 준비된 음성자료 등을 통해 전달하여야 한다.

제2장 변호인 등의 조력을 받을 권리

변호인 등의 조력을 받을 권리의 실질적 보장

100. 외국인보호시설 내 보호외국인에게 형사절차상 구속된 피의자, 피고인에 준하여 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되어야 한다.
101. 보호 및 강제퇴거의 적법성을 다투는 보호외국인에 대하여서는 국선변호인 제도나 법률구조 제도를 통하여 무상으로 법률조력을 받을 권리가 보장되어야 한다.
102. 변호인 외에도 보호외국인에게 법률 상담이나 조언 등을 제공할 수 있는 단체나 사람이 적절한 조력을 제공할 수 있도록 제도를 마련하여야 한다.

제8편 구금의 장기화 방지

출국 가능성에 대한 정기적인 평가절차와 출국 지원프로그램의 구축

103. 즉시 송환할 수 없는 보호외국인을 구금하여서는 안 된다.
104. 불필요한 구금의 장기화를 방지하기 위하여, 보호외국인의 출국 가능성이 구금개시 단계에서부터 평가되어야 하고, 구금이 개시된 이후에도 정기적으로 평가되어야 한다.
105. 구금 기간을 최소화할 수 있도록, 출국 지원 체계가 구축되어야 한다. 담당 공무원은 보호외국인과의

정기적인 면담을 통해서 출국장해사유를 파악하고, 출국장해사유의 해소를 위해서 노력하여야 한다.

난민인정 심사 절차의 신속한 진행

106. 외국인보호시설에 구금된 난민신청자에 대해서는 다른 난민신청자보다 우선적으로 난민인정 절차가 진행되도록 하여, 절차가 최대한 신속하게 진행되도록 하여야 한다.
107. 외국인보호시설에 구금된 난민신청자에 대해서는 난민소송이 신속하게 진행되어야 한다. 이를 위해서 빠르게 변론기일이 지정되도록 하거나, 재판의 기한을 정하는 등의 내용으로 법령 또는 재판 예규가 마련되어야 한다.
108. 비구금적인 대안적 보호조치를 적극적으로 활용하여 난민에 대한 불필요한 구금을 최소화하여야 한다.

체불임금의 신속한 수령 방안 마련

109. 보호외국인이 체불임금을 수령하는 절차가 지연되어 구금이 장기화되지 않도록, 근로감독관의 외국인 보호시설 정기방문하여 체불임금 문제를 해결하는 등의 실효적인 해결책이 마련되어야 한다.

돌봄 관련 제반 법률들의 현황과 쟁점에 관한 연구

곽지영 (송실사이버대 사회복지학과)

류은숙 (인권연구소 '창')

서선영 (법무법인 도담)

이상희 (법무법인 지향)

I. 들어가며

1 연구의 배경

기후위기와 노동위기, 고령화와 돌봄 결핍, 그로 인한 인권 문제 등은 유엔을 중심으로 한 국제공론장에서 대표적인 지구적 이슈로 꼽힌 것들이다. 각각의 문제는 고립되지 않고 긴밀하게 연결돼 있다.¹⁾ 생태계 파괴는 생계와 노동, 사회관계의 위기를 부르며, 특히 돌봄 결핍의 위기를 심화시키고 이런 사회적 위기와 재난은 사회적으로 취약성을 불평등하게 배분받는 이들을 더 위험에 빠뜨린다.

한국 사회 또한 이런 위기들을 당면해왔다. 위기를 어떤 식으로 이해하느냐와 관계없이 분명 이 문제들과 연루되어 있으며 그에 대한 윤리적 의무를 안고 있다. 이들 위기로 인한 고통을 더 불평등하게 경험하는 이들의 위치에서 기존의 부정의한 관계를 재협상하고 바로잡을 정치적 과제 또한 도출된다. 문제는 위기들을 다루는 언어와 해석하는 관점, 그 바탕에 깔린 철학과 가치가 무엇이냐이다.

가령 돌봄 위기를 단지 ‘양적’인 결핍의 문제로 해석하는 언어와 관점으로는 사회경제적 취약집단에 대한 손쉬운 ‘동원’으로 돌봄서비스의 양적 확대를 꾀하는 정책밖에 만들어내지 못할 것이다. 돌봄을 ‘집안 일’, ‘사적인 일’로 말하는 것과 ‘공적인 사안’, 모든 구성원의 ‘보편적인 책임’으로 말하는 것, ‘일부 특수’한 사람들의 ‘필요’로 말하는 것과 ‘모두’의 근본적인 ‘존재조건’으로 말하는 것의 차이는 크다. 위기의 원인이 된 방식으로 위기를 모면하려 들면 문제는 심화될 것이다. 그게 아니라 돌봄 위기를 상호 연결된 구조적 부정의의 문제들로 해석하고 전환을 도모하는 것이라면, 돌봄에 대한 새로운 가치 부여에 기초해 어떤 대안을 선택할지를 정하는 정치적 과정이 가장 중요할 것이다. 하던대로의 틀에서 대상자와 서비스를 단순 추가하는 식이 아니라 우리 삶을 근본적으로 다르게 생각하고 새로운 배치를 설계할 것이다. 돌봄을 단지 사회서비스의 일환으로서가 아니라 더 큰 전체의 근본조건으로 보면 체계적인 전환을 위한 정책 꾸러미가 요구된다. 가령 보편주의에 기초한 사회정책, 자원 마련을 위한 세제 개혁, 기본소득, 의료·교육·돌봄·교통서비스 등 기본적인 인프라와 사회서비스에 대한 보편적 접근, 노동시간 단축, 돌봄 책임의 정의로운 분배 등을 포괄적으로 다루는 것이다. 이런 꾸러미에서 법제도의 마련과 개

1) <https://globalallianceforcare.org/en/>

혁 요구는 어김없이 등장한다.

이 글의 목적은 돌봄 관련 법제도를 둘러싼 국내의 논의 동향을 살펴보는 데 있다. 앞서 말한 바와 같이 돌봄에 대한 새로운 가치 인정과 포괄적인 접근이 필요하다는 전제 속에서 이를 다루려 한다. 돌봄과 관련한 법의 얼굴은 다면적이다. 법은 단순히 현상을 추인하고 기존의 주체와 대상의 자리를 고정화하는 식으로 작동할 수 있다. 법이 누구의 위치를 강조하고 어떤 식으로 호명하며 누구의 목소리를 법에 기입하느냐에 따라 일정한 돌봄 관계가 구축된다. 법의 매개를 통해 돌봄 노동은 시장과 사회로 연결된다. 법의 지향은 돌봄을 재가족화·여성화·시장화로 조직화하거나 공적 의제화와 공공성 강화로 조직화한다. 법은 제도와 정책의 실질적인 실현을 뒷받침하는 조직과 예산 지원의 근거가 된다. 권리를 확인하고 정당화하며 돌봄 책임의 정의로운 분배의 규범을 정하기도 한다. 이런 다면적인 법의 얼굴에서 어느면을 강조하느냐에 따라 돌봄 위기를 다루는 공론장에서는 ‘법이 없어서 못한다’와 ‘법 때문에 못한다’ 혹은 ‘입법이 시급하다’와 ‘성급한 법제화를 반대한다’는 논의들이 공존한다.

돌봄 법제화를 요구하는 주장은 헌법상 기본권으로 직접 규정해야 한다는 것에서부터 핵심기본법의 제정, 구체적인 제도의 안정적 추진을 위한 행정법제와 재정 투입의 근거 마련, 다양한 행위자(돌봄당사자²⁾, 지역사회조직, 사회적 기업 등)의 의사결정 참여권 보장에 관한 것 등이다. 기존의 사회보장법은 사회보험과 공공부조를 주축으로 사회적 위험 대비와 최소한의 생활 보장을 중심으로 했기에 상대적으로 최근에는 사회서비스 관련법에 대한 요구가 늘어나고 있다. 사회서비스의 개념과 쓰임새가 불분명하기에 그 개념을 정립하는 것 또한 법의 과제로 제기된 상황이다. 2024년 3월 지역사회 중심의 돌봄을 천명한 ‘(약칭)돌봄통합지원법’의 제정은 관련된 논의에 불을 지폈다. 또한 법이 제도의 대상으로 호명하여 ‘대상자’가 되지 못하면 정책적 의미에서 무존재화되기 때문에 취약집단의 이름으로 제정이 요구되는 법률들은 계속 출현한다. 가령, 2025년 2월 ‘가족돌봄 등 위기아동·청년지원에 관한 법률’ 제정안이 국회 본회의를 통과했다. 이른바 ‘영 케어러’나 집 밖에 나오지 않는 고립·은둔 청년을 지원하기 위함으로 알려져있다.

반면 ‘법 때문에 못한다’와 ‘성급한 법제화를 반대한다’는 의견의 바탕에 깔린 것은 철학과 가치에 대한 충분한 정치적 토론 과정이 없는 법제화가 돌봄에 대한 기존의 인식과 법제도에 담긴 구조적 폭력을 답습하고 재생산할 것이라는 우려이다. 법은 돌봄에 대한 사회구성원들의 도식화와 예측 능력과 관계된

2) 여성학자 김영옥과 인권활동가 류은숙은 공저 『돌봄과 인권』, 『돌봄의 상상력』에서 돌봄의존자와 돌봄제공자란 용어를 사용했다. 돌봄은 최소한 두 행위자, 돌봄의존자와 돌봄제공자로 구성되며 이들을 묶어 돌봄당사자라 한다. ‘의존’이란 단어에 담긴 낙인에 저항하며 의존이 보편적인 인간의 존재 조건이라는 것을 강조하기 위해서 돌봄수혜자나 대상자란 말 대신에 돌봄의존자라 썼다. 돌봄 제공자는 유·무급의 돌봄자를 포괄한다. 그러나 맥락에 따라, 환자, 돌봄 대상자, 돌봄자, 보호자, 당사자 등의 용어가 사용될 수 있다. 권리와 의무 관계의 맥락에서는 돌봄제공자가 돌봄의무자로 쓰일 수 있다.

다. 지금의 법은 돌봄과 관련하여 구성원들이 무엇을 기대하고 상상하게 하는가? 관련법이 단편적인 사회서비스의 나열에 그친다면, 사회구성원들은 그것을 넘는 돌봄에 대한 상상력을 발휘할 수 있을까? 법 제도화의 논의가 돌봄 위기의 구조적 원인이나 사회서비스의 제도적 한계에 대한 논의는 밀어내고 돌봄 서비스에 대한 논의로 축소하는 것을 지양해야 한다는 것이다.³⁾

‘당장 정책화하기 곤란하다’ 또는 ‘돌봄 이론은 너무 많고 추상적이다’는 등의 이유로 철학과 가치에 대한 토론이 방기되는 경향을 우려하는 것이 법이 필요없다는 얘기는 아니다. 돌봄에 대한 비판적 기준점이나 규범적 관점이 없다면 때로 명백한 해악으로 작용하는 것이 돌봄이다. 위해하고 억압적인 돌봄을 어떻게 할 것인가에 대한 규율이 필요하다. 바람직하다고 믿는 사회적 관계를 재생산하고 사회가 돌봄 책임의 정당성을 구축하려면, 기존의 위계와 차별을 공고히 해온 사회적 재생산의 부정의를 강화하는 법제도가 아니라 관계를 재배치하는 정치화가 요청된다. 다른말로 하면, 돌봄을 둘러싼 사회적 관계를 재구성하는 것이다. 가령 생산노동과 재생산 노동의 관계, 성역할과 젠더 질서를 새로 짜기 등이다. 법의 이념이자 목적이 정의의 추구와 실현에 있다면, 돌봄 관련 법의 목적은 돌봄 정의의 구현이어야 한다. 돌봄 정의는 사회적 관계, 구체적으로는 돌봄의존자와 돌봄제공자의 관계, 돌봄당사자를 둘러싼 동심원으로서의 가족(대안적 형태 포함)·지역·국가·지구 차원의 관계 속에서 드러난다. 돌봄의존자를 단지 수혜 대상이 아니라 권리를 가진 법주체로서 인정하는 것이 무엇보다 중요하다. 인간의 취약성과 의존성에 대한 완전히 다른 이해를 근간으로 개별적 능력이나 경쟁에 의한 것이 아닌 사회연대의 원칙과 방식으로 돌봄을 보장하고 사회적 역량으로서 돌봄 책임을 분배하는 것이 요구된다. 이 과정에서 사회는 단지 재생산되는 것이 아니라 재구성돼야 하고, 지금과는 다른 우리로 함께 되어가는 돌봄과의 새로운 관계맺기가 필요하다.

2 이론적 배경

익숙한 개념과 척도들이 과연 돌봄 관계를 적절하게 분석할 수 있는지를 성찰하고 돌봄을 둘러싼 고정관념과 낡은 규범들을 정의와 민주주의 문제로 전환시키려면 돌봄을 둘러싼 그간의 통념이 변화돼야 한다. 이에 이론적 배경으로서 돌봄윤리 및 돌봄의 정치경제학과 유엔의 원칙을 살펴보았다. 돌봄윤리 및 정치경제학은 돌봄의 패러다임을 전환할 원리를 제공하며 유엔은 인권의 관점에서 돌봄의 핵심 원칙을 조망하는 문건을 채택했으므로 개념과 용어의 적절성에서 참조점이 크다고 판단했기 때문이다.

3) 백영경. (2024.06). 돌봄이 정치적 기획이 되려면. 창비 52(2).

(1) 돌봄윤리와 돌봄정치경제학

돌봄윤리에서 인간은 취약하며 돌봄 없이 생존할 수 없기 때문에 관계적이고 상호의존적 존재로 상정된다. 기존의 정의윤리가 인간을 비의존적이며 자율적이며 합리적인 행위자, 다른 말로 하면, 비장애 성년 남성을 계약의 주체로서 설정한 사회계약론에 입각한 것에 대한 페미니스트의 비판에서 돌봄윤리가 시작됐다.

길리건, 나딩스 등은 추상적 원칙과 일반 규칙에 대한 정의론의 강조점과 달리 관계적 도덕성, 특수한 개인에 기초한 지향으로서 돌봄윤리를 강조했다. 이들의 접근은 개인적이고 비정치적인 것으로 특정 돌봄관계를 형성하는데 필수적인 사회제도 및 정책의 역할을 인식하지 못하게 한다는 비판과 사회정의 이슈에 관심없는 개인적 돌봄에 대한 강조는 여성과 소수자 집단에게 부정의하게 돌봄을 부담지우는 기존 질서를 정당화할 수 있다는 비판을 키테이나 헬드 등으로부터 받았다.

한편, 오킨, 부백, 클레멘트, 잉스터 등 다양한 논자들은 돌봄윤리와 정의윤리를 통합하려는 시도 또는 정의윤리와 돌봄윤리를 동등한 지위로서 양립시키려는 시도를 했다. 이에 트론토와 세븐휴이젠은 돌봄윤리와 정의윤리에 대한 이분법적 구분에 근거한 접근을 비판하며, 돌봄을 정의를 위한 전제조건이라고 보았다. 특히 트론토는 정치적 역학과 돌봄부정의의 근원에 천착하지 않은 돌봄윤리를 비판하면서 돌봄의 분배를 둘러싼 권력관계를 부각시키며 돌봄의 민주화 없이는 민주주의가 실현될 수 없다는 ‘돌봄 민주주의’를 주창한다. 돌봄에 대한 필요를 인정하고, 돌봄에 대한 책임을 맡기로 결정하고, 돌봄을 제공하며, 돌봄을 받는 사람으로부터의 반응을 살피는 돌봄 4단계를 넘어 돌봄에 대한 분배와 연대를 포함하는 ‘함께 돌봄’을 제시한다. 이를 통해 트론토는 돌봄을 사회구성원 누구나 해야 하는 일로 규정하고 취약한 사람의 필요에 응답하는 사회의 책임을 인정하며 그 책임을 분배하는 일은 민주적인 과정과 공적 논의가 수반되어야 한다고 강조한다.⁴⁾

트론토의 구분법에 대하여 역량과 실천적 차원에서의 여러 돌봄의 형태를 모두 포함하지는 못한다고 비판한 것은 <더 케어 컬렉티브>이다. <더 케어 컬렉티브>는 다학제간 학술 모임 단체로서 이들이 공동 집필한 <돌봄선언>은 돌봄담론을 정치, 친족, 공동체, 국가, 경제, 세상의 차원으로 확장함으로써 궁극적으로 ‘퀴어-페미니즘-반인종차별주의-생태사회주의’의 정치적 비전으로서의 ‘보편적 돌봄’ 개념을 제시함으로써 변화를 촉구하는 것을 목적으로 한다.

무관심(carelessness)이 지배하고 돌봄의 흔적을 지워버리는(care washing) 신자유주의적 자본주의를 강하게 비판하며, 돌봄을 우리 삶과 정치의 중심에 놓아야 한다고 주장한다. 이들은 care의 어원이 ‘보살핌, 관심, 염려, 슬픔, 비판, 곤경(care, conceren, anxiety, sorrow, grief, trouble)’을 의미하

4) 조안 C. 트론토 지음. 김희강·나상원 옮김. (2014). 돌봄민주주의. 아포리아.

는 고대영어 caru에서 왔음을 지적하며, 돌봄을 ‘사회적 역량’이자 삶의 복지와 번영에 필요한 모든 것을 보살피는 ‘실천’ 두 가지 측면에서 접근해야 하는 중요성에 대해 역설한다. 또한 ‘어떤 형태로 나타나든 모든 돌봄이 우리의 가정에서만 아니라 친족에서부터 공동체, 국가, 지구 전체를 포함한 모든 영역에서 우선시되는 것’을 의미하는 보편적 돌봄(universal care) 모델을 제안함으로써 돌봄의 의미를 확장한다.

마사 너스바움에 따르면 혐오란 우리의 동물적인 몸의 취약함과 유한함을 상기시키는 무엇에게 갖는 감정이다. 혐오라는 감정 속에는 동물적 속성에서부터 벗어나고 싶은 인간의 욕구와 결부된 오염으로부터의 회피가 내재되어 있으며, 인간이 동물적 육체를 갖고 있다는 사실에 대해 느끼는 불쾌함은 취약한 사람들과 집단에게 투영된다고 설명한다. <더 케어 컬렉티브>는 바로 이 육체의 취약성을 인지하고 상호의존성을 긍정하는 것이 돌봄의 위기에서 벗어날 수 있는 가장 중요한 첫걸음이라고 역설한다. 여기서 돌봄노동은 비천한(abject) 육체를 다루는 일이기에 열등한 사람들이 하는 일이라는 묵은 인식을 공고히 하는 경향이 있음을 상기하게 된다. 일종의 다름을 넘나드는 돌봄, ‘인간, 비인간을 막론하고 모든 생명체간에 이루어지는 모든 형태의 돌봄이 필요와 지속가능성에 따라 공평하게 그 자치를 인정받고 사용되어야 한다’는 의미의 ‘난잡한 돌봄’(promiscuous care)의 가능성을 상상한다.⁵⁾

마지막으로 살펴볼 것은 교차성(intersectionality)에 주목하며 돌봄과 연대의 중요성을 강조한 폴브레이다. 그에 따르면, 가부장제의 쇠락은 재생산에 대한 협상을 요구할 것이고, 이는 필연적으로 생산에 대한 협상을 수반하여 집단 간 동맹을 촉발하는 잠재력을 내포한다. 이러한 동맹은 억압과 취약성의 교차적 본질을 진정으로 이해할 때만 성공할 수 있다.

전통적인 마르크스주의 이론이 너무 협소하게 경제와 착취를 정의했다고 주장하며 착취와 계급의 개념을 확장하여 다양한 형태의 불공정과 불평등을 포괄할 것을 제안한다. 교차성 이론은 인종, 민족, 성별, 계급에 초점을 맞추던 기존 접근 방식을 넘어 시민권, 성적 정체성, 종교, 연령 및 기타 다양한 사회 환경에서 종속의 차원을 통합하는 데 적용하는 접근방식으로 다양한 사회적 정체성이 상호 교차하여 개인의 경험과 사회적 위치를 형성하는 방식을 설명하는 개념이다.

폴브레이는 ‘생산’이라는 개념이 시장가치의 창출을 넘어 인간 역량의 생산과 발전, 유지를 포함하는 것으로 확장되어야 한다고 주장한다. 인간 노동력은 인간에 의해서 ‘생산’되는 시장의 상품 생산보다 앞서 존재하는 상품이다. 재생산과 사회적 재생산까지 포함하여 ‘경제’를 확장하면, ‘착취’ 개념도 잉여가치의 몰수만이 아니라 다른 사람이나 집단을 부당하게 이용한다는 의미의 보다 일반적인 정의로 확장된다.⁶⁾

이 글의 목적은 돌봄윤리나 돌봄의 정치경제학에 대한 상세한 이론적 검토를 하는 것이 아니기에 배

5) 더 케어 컬렉티브. 정소영 역. (2021) 돌봄선언: 상호의존의 정치학. 니케북스.

6) 낸시 폴브레이 지음. 윤자영 옮김. (2023) 돌봄과 연대의 경제학. 에디토리얼.

경으로서 논의의 전개과정을 간략히 축약했을 뿐이다. 이 글에서 주목하고자 하는 것은 한국 사회의 돌봄의 법제도와 논의에서 취해야 할 원칙이나 어떤 지향점에 관한 참조점이다.

돌봄 윤리 이론은 관계와 구체적 맥락에 주목하기 때문에 추상적인 규범적 원칙을 정당화하거나 이로부터 돌봄에 대한 책임을 도출하려는 시도를 거부했기에 좁은 친밀성 관계안에 돌봄이 국한될 우려가 있다. 돌봄이 보편적인 책임으로 설명돼야 적극적으로 국가 정책 및 법제도와, 인권 이론과 접목될 수 있다.

하지만 보편적인 취약성과 상호의존성의 사실에 대한 비판적 기준을 망각해서는 안된다. 의존이 그 자체로 긍정·옹호될 수는 없는 것이 의존관계에 내재된 권력격차가 있으며 비대칭적 권력관계로부터 형성되는 의존은 억압의 효과를 갖는 경우가 존재한다. 국가 정책 및 법제도가 억압의 효과를 구조화할 수 있다는 점에 유념해야 한다. 돌봄을 사적 문제·가족문제로 구분해온 오랜 역사 또한 의존관계를 부정 의하게 구조화해왔고, 돌봄이 공적 문제로 다뤄진 지금에도 가족문제로 취급하고 전가하는 기조는 여전히 남아있다. 돌봄의 법제화에서 돌봄이론의 과제는 구체적인 사회적 조건들 속에서 교차하는 여러 부정의들이 어떤 의존관계와 돌봄노동을 형성하고 있는가를 비판적으로 분석하는 것이다.

(2) 유엔의 원칙

유엔을 중심으로 한 국제기구들의 돌봄과 지원(care and support)에 관한 움직임은 2024년에 발간된 정책보고서에 집약돼 있다.⁷⁾ 이것은 유엔여성기구(UN Women), 유엔중남미카리브위원회(ECLAC), 국제노동기구(ILO), 유엔인권최고대표사무소(OHCHR), 유엔개발계획(UNDP) 등 유엔 기구들의 협력하에 작성한 문서다. 돌봄 노동의 중요성을 강조하며 지속가능한 발전과 성평등을 성취하기 위하여 돌봄 시스템을 전환할 필요성을 강조하고 있다.

이 문서에서 정의한 ‘돌봄 시스템’이란 성평등과 사회정의를 가능케 하기 위한 것으로서 법과 정책 구조, 서비스, 재정, 사회적 및 물리적 인프라, 프로그램, 기준과 훈련, 거버넌스와 행정, 사회규범을 망라하는 ‘포괄적인 돌봄 시스템’이다.

돌봄 시스템 전환의 밑바탕이 되는 핵심 원칙은 1) 인권에 기반하기, 2) 국가의 책무성, 3) 보편성, 4) 전환적·변혁적, 5) 누구도 배제하지 않기다.

7) United Nations.(2024). Transforming Care Systems in the Context of the Sustainable Development Goals and Our Common Agenda. UN System Policy Paper.

1) 인권에 기반하기

돌봄 시스템은 세계인권선언과 유엔의 9대 핵심 국제인권법(여성차별철폐협약, 장애인권리협약, 아동 권리협약 등)에 담긴 권리와 원칙들을 따라 돌봄제공자, 돌봄 노동자, 돌봄과 지원을 필요로 하는 이들의 존엄성과 자율성을 존중하고 증진해야만 한다. 핵심 국제인권법과 여타의 장치들(ILO 원칙 등)은 개인의 타고난 존엄성을 인정하며 돌봄을 주고받는 사람의 인권을 존중, 보호, 실현할 의무와 젠더 불평등을 줄이며 그들의 행위성, 존엄성, 교육, 사회적 유대, 심리적 지원, 사회적 참여와 웰빙을 보장할 의무를 국가에 부여하고 있으며 이는 인간과 지구행성 사이의 상호연관성을 인정한다.

‘인권에 기반한다’는 문장이 의미하는 바는 모든 정책의 대상을 권리의 적극적인 주체로 봐야지 정책의 수동적인 수혜자로 보서는 안된다는 것이다. 권리의 주체인 사람들은 이 목적을 위한 주요 장치로서 사회적 참여와 집행가능성을 위한 메커니즘의 창조와 더불어 돌봄 정책의 설계, 이행과 평가에서 목소리를 가져야만 한다. 권리 보유자에게는 또한 자신들의 인권이 침해될 때 정의와 효과적인 구제를 추구할 수 있는 권리가 주어져야만 한다.

2) 국가의 책무성(accountability)

국가의 책무성 원칙은 국제인권법하에서 인정된 인권을 존중, 보호, 실현할 일차적인 책임이 국가에게 있다는 것을 확인한다. 이 책임에 포함되는 것은 (돌봄서비스의) 급부를 정하고 돌봄서비스의 질을 규정하는 것, 돌봄서비스 시장과 돌봄 노동자 노동시장을 효과적으로 규제하는 것, 국가가 법령에 따른 핵심 재정(funding) 주체로서 행위하는 것으로 일부 국가에서는 국가가 직접적인 돌봄 제공자이자 공공 부문 돌봄노동자의 고용주로서 행위하는 것을 가리킨다. 국가는 권리가 제정법으로 보장될 수 있도록 하고, 보편적이며 연대에 기반하며, 포괄적이고 지속가능한 사회적 보호와 돌봄 시스템의 일환으로서 급부와 서비스가 적절하고 집단적으로 재정지원될 수 있도록 보장할 책임이 있다. 수급 자격에 대한 접근 보장은 보다 포괄적인 사회를 건설하려는 기본적인 목적에 기반해야만 한다. 또한 국가의 책임은 돌봄 노동자에게 존엄한 노동 조건을 보장할 의무이고, 빈약하게 설계되어 빈약한 재정지원으로 이행되어 불평등을 영속시키는 돌봄 정책을 방지할 의무를 의미한다.

3) 보편성의 원칙

보편성은 양질의 돌봄 관련 서비스, 인프라, 규제하는 틀, 급부가 전체 인구(여남, 소녀와 소년, 모든 다양성 속에서, 장애가 있거나 없거나, 가난하거나 그렇지 않거나 도시와 농촌, 인종과 관계없이, 젊거

나 고령이거나)에게 닿을 수 있어야만 하며, 특히 배제될 가능성이 있는 사람들에게 가용성, 접근성(감당성 포함), 적절성, 시설·서비스와 재화의 질(AAAQ: availability, accessibility, adequacy and quality of facilities, service and goods)을 보장함으로써 그래야만 한다. 돌봄과 지원에 관련된 많은 경제·사회·문화적 권리는 국가가 가용성, 접근성, 적절성, 시설과 서비스와 재화의 질을 보장할 것을 요구한다. AAAQ의 형성은 각 권리마다 약간 달라질 수 있다.

4) 전환적·변혁적(transformative)

전환적이며 변혁적이어야 한다는 원칙은 돌봄 시스템이 젠더 평등과 비차별을 진전시키고 불평등의 구조적 장벽을 다루는 걸 목적해야 한다는 의미다. 돌봄의 저가치화와 불평등한 분배를 변화시키기 위해 현 상황을 적극적으로 전환해야만 한다. 또한 돌봄 받는 이를 의존자로서 종속화하는 것과 일차적인 돌봄제공자로서 여성에 대한 구조적 의존을 전환해야 한다. 돌봄 정책은 자율성, 존엄성, 돌봄 받는 이의 행위성을 지지해야 하고 성평등적이거나 성평등적 결과를 확보해야만 한다. 가령, 유연한 노동 배치는 가정 내의 돌봄 책임의 평등한 공유를 증진해야 하고, 돌봄휴직정책은 돌봄 노동의 한 측면만을 다르고 다른 측면들을 무시함으로써 ‘남성 가장’과 ‘여성 돌봄제공자’라는 젠더화되고 이분법적인 개념을 강화해서는 안된다.

5) 누구도 배제되지 않는 세상(Leaving no one behind)

이 원칙은 유엔의 ‘지속가능발전그룹’(UN SDG)의 기본원칙에서 가져온 것이다. 돌봄시스템을 전환하려는 노력은 적극적이고 체계적으로 비차별과 성평등을 가정, 일터, 사회에서 성취할 것을 장려한다. 여성, 장애를 가진 사람, 아동, 청년, 고령자, 선주민, 인종적 및 민족적 소수자 집단, LGBTQIA+와 이주민 집단은 더욱더 돌봄 제공에 책임이 있으면서 돌봄을 필요로 할 것이기에 고려를 요구한다.

‘누구도 배제되지 않는 세상’의 원칙은 배제 또는 차별받는 사람이 누구이며, 어떻게 왜 그러하며, 누가 복합적이고 교차적인 형태의 차별을 경험하고 있는지를 규명할 것을 요구한다. 이는 돌봄 결과와 기회에서 불평등을 규명하는 것과 연루된다. ‘가장 뒤쳐진 이에게 가장 먼저 도달하는 것’이 ‘누구도 배제되지 않는 세상’ 원칙의 두 번째 파트로서 비가시화된 이들을 가시화하고, 당기 힘든 이들을 지원할 뿐만 아니라 이 일을 우선순위로 할 의무를 국가 행위자에게 부과한다.

이상에서 열거된 비전의 실현을 위한 핵심들과 접근법은 다음과 같다:

- ① 돌봄을 공공재로 위치시키기
- ② 상황맥락적으로 구체적인 접근하기

- ③ 전 생애 과정을 관통하는 접근하기
- ④ 돌봄과 젠더 평등 둘 다를 가능케 하는 정책과 개입을 보장하기
- ⑤ 정부부처들과 다양한 차원(지자체, 국가, 지역, 지구적 차원)을 횡단하는 작업하기
- ⑥ 국내법과 국제법, 규범적 구조 내에 정책들을 안착시키기
- ⑦ 긴급성과 장기적인 것 둘 다에 배분되는 투자 사례를 만들기
- ⑧ 여러 분야가 제휴하는 접근 취하기

이를 통해 지향하는 정책 결과는 다음과 같다:

- ① 돌봄 노동의 가치, 그리고 돌봄 수혜자와 제공자의 권리를 인정하기
- ② 저임금, 간접·부불의 돌봄 노동 줄이기
- ③ 부불의 돌봄 노동을 가구, 국가, 기업, 지역사회간에 그리고 젠더간에 재분배하기
- ④ 임금을 받는 돌봄 노동자에게 보상하기
- ⑤ 돌봄제공자와 수혜자 및 돌봄자 조직의 대표성과 의미있는 참여

이 모든 게 교차되는 정책 결과는 포괄적인 돌봄 시스템을 위한 자원제공이다. 돌봄 투자의 비용을 계산하고 추적하기, 돌봄과 젠더 감수성 있는 예산, 재정여력(Fiscal space)을 확장하기가 핵심이다.

유엔의 보고서에서 사용된 주요 용어를 국내법에 사용된 용어와 비교해볼 필요가 있다. 이 보고서에서 사용된 주요 용어는 다음과 같다:

① 돌봄(Care)

돌봄은 모든 생명태를 유지하며 인간과 지구의 웰빙에 핵심이다. 이 보고서에서도 조안 C 트론토의 용어를 인용하며, 돌봄을 “우리의 세계를 유지, 지속, 수선하기 위해 우리가 행하는 모든 것을 포함하는 종(species) 활동”으로 이해하고 있다.

동시에 돌봄의 4개 국면은 “마음을 쓰고, 몸으로 돌보고, 돌봄 제공과 돌봄받기”라고 말한다.⁸⁾ 돌봄에 대한 확장적인 개념화와 정의에 기반하는 돌봄에는 자신을 돌보는 행위와 타자와 지구행성을 돌보는 행위가 포함된다.⁹⁾ 이런 돌봄은 존엄성과 자율성을 갖고 사회에 참여하는 것을 가능하기 위해 필요로

8) UN Human Rights Council. (2023). Centrality of care and support from a human rights perspective. A/HRC/54/L.6/Rev.1

9) ECLAC(유엔중남미카리브경제위원회). (2022). The care society:a horizon for sustainable recovery with gender equality. LC/CRM.15/3. Santiago.

하는 이들에게 지원과 보조(support and assistance)를 제공하는 것을 포함한다.

② 돌봄 사회

돌봄사회란 집단적이고 다차원적인 태도로 형성되는 지평으로, 생명과 지구의 지속가능성을 우선시하며 돌봄을 필요로 하는 이와 제공하는 이들의 권리를 보장하는 사회, 자기 돌봄을 참작하는 사회, 돌봄 분야에 침투된 일자리 불안을 줄이기 위해 노력하는 사회, 웰빙에 기반한 돌봄경제의 다중적 효과와 평등과 지속가능성을 가진 전환적인 회복력을 추동할 수 있는 부문으로 돌봄경제에 대한 인식을 고양하는 사회를 말한다.

③ 돌봄 노동

유급 및 부불 노동, 직접적으로 돌보는 것(신체적, 정서적, 심리적, 발전적으로) 뿐 아니라 간접적 돌봄(물건기, 빨감 마련하기 등을 포함한 가사 노동, 이동과 운송 등), 집 안팎에서 벌어지는 노동을 포괄한다.

(a) 숙련 노동, (b) 젠더, 소득, 연령, 인종, 이주 신분, 장애, 지리적 위치 등으로 인한 불평등과 결합된 노동, 둘 다를 돌봄노동으로 인정하며, (c) 둘 다가 마찬가지로 이유로 가치절하됐다고 본다.

유급 노동과 부불 노동의 유사성을 인정하는 동시에 둘을 구별하는 것 또한 중요하다. 왜냐하면 둘은 똑같이 대체될 수 없기 때문이다. 가령 유급 돌봄 서비스(데이케어센터, 장기요양서비스, 개인적인 돌봄 지원)는 부불/무급노동을 하는 가족 돌봄자가 전문적인 서비스의 병행을 통해 소진을 줄이고 돌봄수혜자의 필요와 권리에 집중하도록 함으로써 더욱 배려하고 지속가능한 돌봄을 제공하는 것을 가능케한다.¹⁰⁾ 따라서 유급돌봄노동과 부불노동은 보충적인 방식으로 작동하며, 다르지만 상호연관된 기능을 제공한다.¹¹⁾

④ 돌봄 경제(Care economy)

보건, 고용, 교육을 포함하여 모든 영역에서 돌봄 제공을 지원하는 유급 및 무급 노동과 서비스를 언급하는 용어다. 돌봄 시스템은 이보다 더 광의의 총체적인 비전으로 사회와 경제의 기능과 삶의 지속가능성에서 돌봄의 중요성을 인정하는 것을 말한다.

10) UN Women.(2020). Putting Care for People at the Centre of a Sustainable and Just Economy. Expert Group Meeting Report.

11) 참고로 이 보고서의 26쪽 각주 41.에서는 양로원 등의 시설에서의 유급돌봄노동 관련하여 특별히 언급한다: 유엔장애인권리협약은 장애인의 시설화를 금지하고 있고 유엔아동권리협약은 최후의 수단으로서 고려. 반면 많은 돌봄 노동자들은 현재 시설에서 일하고 있기에 노동자로서의 권리는 보호돼야만 한다. 하지만 노동자 보호 조치는 탈시설화의 맥락에서 취해져야지 시설의 영구적인 존속 또는 시설화된 돌봄의 확장을 초래해서는 안된다.

국제노동기구에 따르면, ‘존엄한 일’이란 ‘자유, 형평, 안전과 인간 존엄성의 조건에서 모든 성별에게 생산적인 일’이다. 일반적으로, 일(work)은 다음과 같을 때 ‘존엄한’ 것으로 간주된다:

공정한 임금의 지불, 고용의 안정적인 형태와 안전한 노동조건을 보장, 동등한 기회와 처우를 모두에게 보장, 노동자와 그 가족을 위한 사회적 보호를 포함, 개인적 발전의 전망을 제공하고 사회적 통합을 장려, 노동자가 자신의 관심사를 표현하고 조직화할 자유가 있을 때.

6) 기타 참조할 만한 돌봄 관련된 유엔의 활동

① 중요한 국면이었던 코로나19 팬데믹;

2020년 8월, 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 코로나19 위기 상황에서 그간 인권조약 기구들이 내온 성명을 모아 발표했다.¹²⁾ 이중 대표적인 것이 유엔여성차별철폐위원회(UN CEDAW)의 지침이다.

팬데믹이 여성 건강에 끼치는 불균등한 영향을 다룰 것, 성적(sexual) 및 출산 관련 의료서비스를 필수서비스로 제공할 것, 젠더 기반한 폭력으로부터 여성과 여아를 보호할 것, 의사결정과정에 여성의 동등한 참여를 보장할 것, 교육 지속성을 보장할 것, 여성에 대한 사회경제적 지원을 제공할 것, 특히 취약하고 주변화된 여성 집단을 겨냥한 조치를 취할 것, 인도적 지원에서 여성과 여아를 보호할 것, 제도적 대응, 정보의 확산, 데이터 수집을 강화할 것이다. 이를 참조하여 한국의 인권사회단체들도 <코로나19인권대응네트워크>란 이름으로 협업하여 위기상황에서 도전받는 권리영역과 사회적 약자들의 권리상황을 집약하여 발표하였다.¹³⁾ 한국사회운동에서 돌봄에 주목하게 된 계기라 할 수 있다.

② 국제노동기구(ILO)

ILO 2018년 보고서(Care Work and Care Jobs for the future of decent work)는 돌봄노동을 포괄적으로 다룬 지침서이다. 유급 및 부불의 돌봄 노동, 돌봄노동과 변화하는 일의 세계와의 관계를 포괄적으로 조망하고 있다. 이 보고서의 핵심은 가사와 노동시장에서의 끈질긴 성 불평등이 돌봄 노동과 밀접하게 연결돼 있다는 것, 따라서 성 불평등을 극복해야만 돌봄 노동을 존엄하게 만들 수 있고 어느 성별에게나 존엄한 노동의 미래를 보장할 수 있다는 것이다. 또한 ILO는 2024년 6월 존엄한 노동과 돌봄 경제에 관한 결의안 채택하여 돌봄경제에 투자할 필요성과 탄탄하고, 회복력있고, 성인지감수적이며, 장애 포용적이며, 연령 인지 감수성있는 돌봄과 지원 시스템을 만들 필요성을 강조한바 있다.¹⁴⁾

12) https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/COVID19/External_TB_statements_COVID19.pdf

13) 코로나19인권대응네트워크. (2020.6.11). 코로나19와 인권-인간의 존엄과 평등을 위한 사회적 가이드라인.

14) <https://www.ilo.org/resource/record-decisions/resolution-concerning-decent-work-and-care-economy>

③ 국제 돌봄과 지원의 날 선포

유엔 총회는 2023년, 10월 29일을 국제 돌봄과 지원의 날로 선포하고 준수하기로 결정했다.¹⁵⁾ 국제 돌봄과 지원의 날은 유엔이 정하기 이전부터 존재했는데 유엔이 이를 수용한 것은 돌봄과 지원에 대한 인식향상과 대중 교육을 위한 기회로 삼고 다양한 분야의 이해당사자를 모아 매년 돌봄 시스템을 점검하고, 정치적 의지와 자원을 동원하기 위함이다. 국내 시민사회에서도 이 날을 적극적으로 받아들여 돌봄공공성 강화를 위한 캠페인과 법안 발의 등의 계기로 삼고 있다.

15) <http://undocs.org/A/RES/77/317>

II. 인터뷰와 간담회

1 인터뷰

돌봄 현장의 활동가 3인의 인터뷰와 두 차례의 전문가 간담회를 진행했다.

인터뷰이 1. 변호사, 파킨슨과 인지저하가 있는 고령의 어머니 돌봄과 아동 양육을 병행해왔고, 소속 단체에서는 이주 배경 아동 등의 권리를 지원하는 활동을 하고 있다.

인터뷰이 2. 장애권리활동가, 장애인권리입법운동을 해왔다.

인터뷰이 3. 변호사, 노인장기요양법 개정운동을 비롯해 요양보호사·가시돌봄영역에서 법제도적 개선을 위한 활동을 해왔다.

돌봄 관련법과 직접 관련된 활동을 벌여온 3인과 각각 2시간여의 인터뷰를 했다.¹⁶⁾ 현장에서의 경험을 통해 돌봄관련법의 현실을 파악하고 문제의식을 찾아내는 렌즈로 삼으면, 현행법 체계와 현실에 대한 인식의 해상도를 높이는데 도움이 될 수 있을 것이라 판단했기 때문이다. 아래에 기술할 인터뷰 내용은 전체를 소개하는 것이 아니라 현실 파악과 문제의식으로의 연결에 참조점이 될 중점사항을 발췌해 가독성 있게 정리했다. 이 과정에서 경어체를 평어체로 바꾸었다. 인터뷰이를 익명으로 한 것은 프라이버시 보호의 차원도 있지만 인터뷰이가 참여하고 있는 단체의 공식 입장으로 여겨질 수 있다는 인터뷰이의 우려를 피하기 위해서이다.

두 차례의 전문가 간담회는 김영옥(여성학자이자 노년연구자), 최홍조(예방의학자), 랑희(노동인권활동가), 그리고 본 연구진의 토론으로 진행했다.¹⁷⁾

16) 인터뷰 날짜는 차례로 2025년 3월 5일, 4월 9일, 4월 25일이다.

17) 간담회는 2025년 4월 30일, 5월 15일에 각 3시간 정도이다.

(1) 인터뷰이 1.

- 질문: 돌봄 당사자는 법을 어떻게 만나게 되는가?

“나는 일단 변호사이기 때문에 법을 만나는 순간을 인지한다. 그렇지만 내가 현장에서 만나는 많은 분들은, 법 전문가가 아닌 이상, 사회복지사라 하더라도 곤란한 그런 순간에 법을 만나고 있다는 것을 느끼지 못하는 것 같다.

가령 내가 장애를 가진 고령의 엄마에 대해 노인장기요양서비스나 장애인활동지원서비스를 선택할 때, 스스로 조사해 볼 수가 있고 어떤 서비스인지를 찾아내고 비교할 힘이 있는데, 대부분은 그렇지가 못하다. 자신에게 필요한 정보를 파악할 수 없거나 주변 사람들이 알려주고 어찌어찌해서 신청서를 동사무소에 갖고 간다. 그럼 거기 직원이 자기네 전산 시스템에 입력해본 다음에 ‘(자격이) 안 돼요’, ‘그냥 가세요’라고 한다. 그 순간이 법을 만나는 순간인데 왜 안 되는지도 모른채 그냥 돌아오는 경우가 훨씬 많다. 그럴 때 내가 변호사라는 걸 밝히지 않고, ‘이게 왜 안되느냐’고 질문하면, 전산시스템에서 입력한 정보를 어떤 로직(logic)에 따라 검토했을 때 안된다는 거다. 그 담당 공무원도 왜 안 되는 것인지 사실은 잘 모른다. 뭐가 안 된다고 선언하는 그 순간이 법의 순간인데, 그게 법의 순간이라고 느끼지는 못할 것 같다.”

“장기요양에 들어가면 장애인활동지원을 못받게 되는 것에 대해 사실 10년 전에 엄마를 원고로 소송을 해서 다뤄보려고 했다. 그런데 결국 안한 이유는 엄마 자신이 원치 않아서였다. 왜냐면 신청서를 접수하러 갔는데 직원이 그냥 서류를 가져가라는 거였다. 접수증이라도 받겠다고 했는데 현장에서 반려되는 거다. 많은 당사자들이 반려되면 그냥 뒤돌아선다. 굉장히 에너지가 있는 분들이나 여기저기 전화를 해보거나 옹호기관에 알아보거나 하시지 사실 포기하게 된다. 저희 엄마도 포기하신 거다.”

- 질문: 신청 자격과 판정의 문제, 이의 신청의 문제가 얹혀 있는 것 같다. 등급 자체가 문제인 것이고, 필요한 사회서비스를 구체적인 장애나 필요에 따라 받을 수 있어야 하는 것 아닌가?

“장기요양등급 신청을 할 때 영국 영화 <나-다니엘 블레이크>의 첫 장면이 떠올랐다. 사회복지급여 신청을 하는데 AI같은 목소리가 전화를 받아 그냥 정해져 있는 질문을 계속하는 거다. 물어보는 게 정해져 있는데 사실 당사자인 우리 입장에서는 다른 게 중요하다. 맨날 100에서 97 빼보세요, 오른손 잡아 보세요. 왼손 들어보세요. 이렇게 하면 엄마는 그걸 바로는 따라할 수 있다. 엄마는 파킨슨으로 다리도 불편하지만 상체를 움직일 수가 있으니까 등급이 낮게 나왔다. 단기 기억 장애가 심해서 혼자서는 일상

생활을 도저히 할 수가 없는데 현재의 등급판정 관련 질문들로나 그런 기준으로는 그만큼의 돌봄서비스를 받을 수가 없다. 등급변경신청을 최근 5년간 두 번 더 해봤지만 안됐다.

이의 신청을 했을 때 깜짝 놀란 경험을 한 바가 있다. 그 순간이 법을 만나는 순간인데, 노인장기요양 등급신청 등급에 대한 변경 신청을 했는데, 변경 안 된 경우에 대개가 이의 신청을 안 한다는 거였다. 이의 신청을 하는 경우가 굉장히 드물다. 왜 드문가 봤더니 담당 공무원에게서 전화가 온다. 이거를 취하하고 다시 변경 신청하는 시간이나, 이의 신청해서 결과를 기다리는 거나 시간이 똑같이 걸린다 하면서 이의 제기의 취하를 종용하더라.”

- 질문: 어쨌든 어머니를 지역사회에서 계속 돌보고 있는 것인데, 어떻게 가능했나?

“‘재가’를 불가능케 하는 내모는 시스템이다. 잠깐 요양시설에 모신 적이 있는데, 엄마가 내가 아는 엄마가 아니게 되더라. 되게 생기있는 사람인데 생기가 사라졌다. 그래서 힘들지만 다시 모시게 됐다. 동거는 힘든 것이라 집 근처에 엄마가 사신다. 낮에는 데이케어센터에 다니고 그후에는 요양보호사가 상주한다. 공적서비스 이용가능한 시간 외이기 때문에 다 사비로 지불한다.

엄마의 노화 플러스 장애가 깊어져서 최근엔 데이케어센터의 송영차량 이용이 불편해진 상황이다. 그래서 센터에서 장쿨(장애인콜택시)을 엄마만을 위해 신청했다. 그러니까 그 주간보호센터가 얼마나 어떤 인권 감수성이 있는 센터인지를 알 수가 있는 거다. 왜냐하면 장애가 있는 노인은 웬만한 센터에서 받아주지 않는다. ‘그만 나오셔도 될 텐데’ 하고 눈치 주는 데가 많다고 알고 있다.”

“최근 ‘돌봄통합지원법’이 제정되어 의료와 요양을 통합한다고 하는데, 별 기대없다. 의료-요양이라 하면, 사회적 활동을 무시하고 요양만 강조하는 시스템이다. 이렇게 되면은 결국에는 그냥 그 사람은 가만히 집에 있고, 가만히 집에 있는 사람만 돌보겠다, 이런 시각이 강한 것 같다. 노인장기요양보험의 경우는 노인이 사회생활을 지속한다라는 그런 개념 자체가 법에 너무 없다. 장애인은 활동 지원 중심인데 노인은 진짜로 요양 중심이다. 노인들도 사회 활동을 해야 되지 않는가? 굉장히 문제다.”

- 질문: 어머니 돌봄뿐 아니라 어린아이 양육을 병행해왔는데 둘 다 힘든 돌봄이다. 어떤 공적돌봄서비스가 이용가능했나?

“사람 중심이 아닌 분리된 시스템이다. 공적인 아이돌봄서비스를 받을 수 없었다. 내 소득은 거의 다 엄마 간병비로 쓰는데(월 260여만 원) 그걸 다 소득으로 잡히고 남편과 맞벌이이기 때문에 아이돌봄서비스 신청자격이 안됐다. 어린아이 돌봄과 인지저하 파킨슨 엄마 돌봄이 겹치는 상황이었었는데 해당 서

비스는 다 따로따로였다. 결국 아이돌봄서비스도 다 사비로 해결했다.”

- 질문: 법이 있어도 재정이 투입되지 않아서 실제 없는 법이라는 비판이 많은데 그에 대한 생각은?

“사회보험에다가 재정을 플러스 하는 게 가장 기본적인 체계인데, 재정 투입을 안하고 사회보험만으로 하려고 하다보면, 사회보험을 내는 사람이 돈 버는 사람들 아닌가? 그러니까 돈 안 버는 사람들은 소외될 수밖에 없다. 그러니까 재정 투입이 돼야 되는 거다.

노인장기요양보험만 하더라도 건강보험 안에 장기요양료가 들어가 있어서 재원은 대부분 사회보험료인 거다. 그것만으로 불충분하니까 재정투입이 약간 되어지는 거고, 장애인 같은 경우는 재정으로 해야 되는 거고.

재원에 따라 해당서비스에 관련된 사람을 늘리는 것에 제약이 많이 생긴다. (제도가) 가족 중심으로 하니까 한편으론 가족이 있어서 자격 안되고 다른 한편으론 가족이 없어서 자격 안되고, 또 공적제도로는 불충분하니까 가족들은 간병인이나 그런 사적서비스를 또 늘려야 하고, 노인장기요양보험하고 장애인활동지원서비스간의 문제도 그렇고. 우리나라 사회보험이나 이런 지원에서 중복급여 같은 것에 엄청나게 가혹한 부분이 있다.”

- 질문: 지역에서 이주 배경 아동이나 무연고 장애인 등을 지원하는 활동도 해온 것으로 알고 있다. 그런 경우 돌봄 위기에 대한 경험은?

“한마디로 법은 없다. 다 인맥과 발품으로 해결해 왔다. 내가 속한 단체가 지원한 경우인데, 미등록 이주 아동이 대한민국에서 6년 이상 체류하면 아동한테 체류 자격을 준다. 그리고 아동의 동반자로 부모한테도 주게 되는데, 문제는 부모가 그 체류 자격을 신청하려면 그 미등록 기간 동안의 범칙금을 내야 한다(1인당 9백만 원, 부모인 경우 1,800만 원). 그런 배경에서 그 엄마가 미등록인 상황이니까 아이돌봄서비스 신청도 할 수 없고 통장을 만들 수가 없어서 교육급여 신청도 할 수 없었다. 그래서 우리가 아는 지역의 모든 은행의 인맥을 동원하여 당은 은행장님에게 읍소 끝에 내가 보증하겠다고 해서 간신히 그 엄마의 통장을 만들었다. 겨우 교육급여는 신청했지만 아이돌봄서비스는 아이가 학년이 바뀌어도 아직까지 안 되고 있다. 그 엄마는 새벽부터 일 나가고 아이는 혼자 통학해야 하는 등 어려움이 많다.

법에서 그냥 국민에 대해서만 돌봄이 제공되는 게 아니라 모든 아이에게, 이주배경이 있는 모든 사람한테 그냥 다 똑같이 제공된다고 하면은 이걸 이렇게 힘들게 해야 할 일인가 하는 생각을 하게 된다. 그러니까 헌법에서 돌봄 얘기를 끌어낼 때, 딱 그 돌봄의 범만 얘기할 수가 없다. 헌법에 일단은 국민의 기본권이라고, 국민이라고 써있지 않은가?

기본적으로 나에게 힘든 사람은 안 돌보고 싶어 하는 거, 내 동료 시민만, 그중에서도 내가 딱 불쌍하다고 생각하는 사람만 돌보려고 하는데, 그 사람은 일단 한국인이어야 되는 것 같다.”

- 질문: 한국인이라도 가족 관계 때문에 문제되는 경우가 있지 않나? 귀 단체에서 무연고 장례 치르느라 고생한 것에 대한 기사를 봤다.

“잘못하면, 서비스 신청과 관련해 이게 행정 절차로 사람한테 모멸감을 준다고 이해되고, 잘못 이해하다 보면, 관련 직원이 ‘친절하면 된다’가 될 수 있는데, 그게 아니다. 아무리 친절하더라도 그걸 담당 공무원이 신청할 권한이 없다. 발달장애인지원법 말고는 결국에는 당사자 아니면 당사자의 가족이어야 한다.

우리 단체가 지원했던 장애인 당사자들 중 한 분이 돌아가셨다. 가족이 없었는데, 이분이 경계성이기 때문에 지적 장애로 등록도 못했고, 그러니까 공공후견도 될 수가 없었다. 이분이 병원에서도 진짜 너무 힘들고 모멸적인, 이루 말할 수 없이 힘든 과정을 겪었다. 아무튼 우리 단체 활동가가 간병을 다했다. 그런데 병세가 안 좋아졌는데, 병원에서 연락이 와서 곧 돌아가실 것 같으니 장례 방법을 강구해 오라는 거였다. 이분이 가족이 없고 우리가 계속해서 돌봄을 해왔다고 아무리 말해도 소용이 없었다. 장례비 지원받는 것도 쉽지 않았고, 이분하고 관계가 있다는 것을 증명하기도 어려웠다. 어쨌든 우리가 어찌어찌 해서 장례를 치르려 했는데 화장장에서 그냥 돌아가라는 거였다. 운구차 타고 영정사진까지 들고 왔는데...우리 활동가가 거기 쓰러져 울고 그랬다. 또 어떻게 인맥으로 여기저기 연락하고 그래서 간신히 화장은 했다. 이런 상황, 돌봄이라는 것이 사는 동안에도 죽음 이후까지 이렇게 가족과 연결되고, 법으로 는 안 되고, 다 인맥으로 됐다. 법에서 이것을 개인의 권리 중심이라기보다는 뭔가 서류를 갖추고 뭐를 갖추고 할 능력, 관계적인 자격도 있어야 하고 능력도 있어야 된다고 하는 것 같다. 과정 내내 ‘넌 관계 없으니까 빠져’, ‘너는 신청할 자격이 없어’란 느낌을 받았는데, 내가 변호사라고 밝히면서 ‘왜 그래야 되는거냐고 근거를 밝히라고 하니까 ‘다 아시면서 왜 그래요?’라고 하는데...사실 아무도 왜 그래야 하는지 모른다는 거다.¹⁸⁾

그분은 진단서 끊을 능력이 없었고, 병원을 몇 개월 이상 다녀야지 진단서 받을 수 있는데, 병원을 그렇게 오래 다닐 능력도 없는데 무슨 지원을 신청하려면 진단서가 있어야 된다고 하면 그 사람은 뭘 할 수가 있지 않은가? 그러면 누군가 관계자나 관계 당국이 ‘이 사람은 이런 도움이 필요한 사람이다. 자격

18) 장사 등에 관한 법률 제2조 16호에 따르면, 장사를 지낼 권한을 가진 사람은 혈연 가족 바깥에 달기가 어렵다. 시민단체들이 요구해온 결과 더디게 법은 바뀌고 있다. 2023년부터는 법적 연고자가 아니어도 ‘장례주관자’로 지정을 받아 장례를 치를 수 있으나 그보다 우선 고인이 무연고자라는 것이 확인돼야 하고, 의료법은 사망진단서 발급을 직계가족만 할 수 있도록 했다. 사망진단서 없이는 장례도 없다. 현장에선 개정 법안의 적용이 충돌하고 있다. 복잡한 서류의 확인서들의 제출과 지자체 내부 심의 등 거쳐야 할 장벽이 많다.

이 충분하다'라고 해주면 뭐가 돼야 되는 데, '진단서 없으면 안돼'로 끝인 게 시스템이다. 그냥 일상적인 언어로 듣고 지원을 신청해주는 그런 서비스는 없는 건가?"

(2) 인터뷰이 2.

- 질문: 법 제정 운동에 공을 들이는 이유는 무엇인가?

“법 제정을 해야 예산 지원 근거들이 마련이 된다. 비장애인의 경우는 굉장히 다양한 영역들에서 법들이 세세한데, 장애인의 현실은 장애인복지법으로 통칭되고 있는 상황이기에 체계를 만들기 위해 법 제정 운동을 한다. 복지로 통칭되는 법들은 굉장히 얇고 내용이 없다. 그냥 전달 체계 정도만 있고 구체적인 게 거의 담겨져 있지 않다.

가령 이동권과 관련해 교통약자법이 있다 하지만 버스랑 장애인콜택시 밖에 없다. 이걸 확대해서 이동지원서비스, 인적 서비스가 필요한데 그런 것에 대한 전면 개정안이 필요하다. 또 노동의 영역에서도 기존의 노동법에서의 노동이랑 그 일자리와 관련된 법률들이 비장애인 중심이다. 그것을 장애당사자의 입장에서 아주 새로운 일자리형태로 만들어가는 것이 ‘권리중심 중증장애인 맞춤형 공공일자리 지원 특별법’이란 것이다. 교육과 관련해서 장애인 평생교육법이나 장애여성특별법 같은 요구도 기존의 비장애인 중심의 법체계에서 장애의 특수성을 고려한 내용이 없기 때문에 필연적으로 할 수밖에 없다. 법에 규정되지 않아서 안 되는 게 너무 많다.

이런 얘기하면 많은 분들이 기존 법률 안에 그런 요구를 녹여내면 되지 않냐고 하는데, 법 자체가 가진 역사성이라는 게 있다. 처음부터 장애 특수성을 고려하지 않고 제정된 법 자체가 계속 부딪치는 문제들을 만든다. 그래서 진보적 장애운동은 어떤 지향, 가치, 목적, 이런 나침반 같은 게 필요하다고 보고, 그런 지향하는 가치들을 법에 충직이나 정의 부분에 담고, 특히 권리들로 조항화하려는 법 제정 운동을 하고 있는 거다.”

- 질문: 장애권리운동에서는 ‘돌봄’이라는 단어를 거부하고 ‘지원’을 택하고 있는데 그 이유는?

“고민 지점은 돌봄을 어디까지로 정의 내릴 것이냐이다. 일상생활의 지원이든 돌봄이 필요한 것은 당연히 연하다. 그런데 어디까지를 돌봄의 영역으로 보고 돌봄의 정도를 정할지에 따라 달라진다. 탈시설의 문제가 핵심이다. 장애인이 돌봄이 필요하다, 아프거나 건강에 문제가 있거나 보조기기가 망가졌거나 그런 영역들 안에서 진짜 돌봄이 필요하다고 했을 때, 그 ‘돌봄’(논의)에서 가장 쉽게 얘기가 되는 건 시설로 들어가서 전문화된 인력이라 말해지는 사람의 돌봄을 받는 거다. 장애인은 언제든지 그제(시설화 논의)

확 열려버릴 수가 있는 거다. 장애인은 늘 그런 시설화에 대한 경계가 있다. ‘돌봄통합법’도 통과가 됐는데 그 법이 사실 노인 중심이어서 장애인의 내용은 거의 없다. 그럼에도 불구하고 지역사회에서 살아야 된다는 정책의 방향이긴 한데, 그럼에도 장애에 해당하는 사람들은 사실은 시설을 전제로 하고 있지 않은가? 사실은?”

“돌봄을 재정리 해야된다. 돌봄의 관계들이 다 다르지 않은가? 여성과 남성의 관계, 가부장제에서 여성이 돌봄에 더 취약하게 노출된다고 하지만 그래도 상호돌봄이 가능한 형태이다. 그 관계와 장애인과 활동지원사를 둘러싼 관계는 또 다를 수밖에 없다. 권력관계가 기본적으로 다르다. 활동지원사도 굉장히 부족하고 활동지원사를 통제할 수 있는 방식이 해고나 바꿔달라고 요청하거나 그런 것뿐인데 그게 사실 작동이 어려운 상황들 안에서 상호돌봄이 적절할까?

일상적으로 활동지원사에게 받는 ‘난 널 돌봐주는 사람이야’라는 입장과의 지난한 싸움들...그런 것 때문에 돌봄은 반감을 가질 수밖에 없는 영역이다. 거리에서 지하철에서 엄청 멋있게 싸우는 활동가가, 따로 사석에 가면, 활동지원사가 ‘그냥 이거 먹어라’라고 하든가, 그런 방식들을 계속 마주하는 일상... 그래서 장애인들에게 ‘돌봄’이 아니라 ‘지원’의 언어는 ‘동등한 관계로 가고 싶다’는 언어다.”

- 질문: 돌봄 개념이나 정의에 대한 다른 방식의 이해들도 많다. 방금 말한 ‘지원’의 개념을 아우르는, 그럼에도 돌봄은 안 되는가?

“돌봄의 ‘대상’으로 운동을 조직할 수는 없다. 주체이려면 권리투쟁이어야 한다.

장애라는 의제가 가지고 있는 특성상(당사자) 조직화를 하는 게 가장 중요하다. 이걸 진짜 운동의 영역인데, 장애당사자 주체들을 역량화, 운동의 주체로서 전면에서 드러내는 방향들을 계속 추구하는데, 이제 그 조직화를 할 때, ‘너는 도움 받아야 되는 존재니까, 돌봄 받아야 되는 존재니까, 우리 돌봄 받는 법을 만들자’와는 달리 권리가 중심에 등장할 수밖에 없다. 돌봄을 받을 권리는 너무 축소가 되니까... 주체적 권리들을 얘기하는 게 운동적으로도 더 필요하다는 고민이다. ...

다른 사람이 ‘너 돌봄이 필요해’가 아니라 나로부터 이제 시작하는 게 필요한데, (돌봄 담론은) 사실, 다 장애인을 기본적으로 돌봄으로 막 포섭하려고 하지 않나? 근데 장애당사자 입장에서는 이렇다. 비장애인의 관점에서 봤을 때 내 몸은 돌봄을 받아야겠지만, 난 이미 이렇게 살고 있는거다. 그리고 뭐 힘들어도, 가령 뇌병변 장애인들 같은 경우는, 집에서 기어 다닌다. 집 안에서는 휠체어에서 내려서 기어 다닌다. 비장애인이 봤을 때는 저렇게 기어다닐 바에야 내가 갖다 주면 되지, 그런 게 필요한 게 아닌가라고 생각하지만, 그 당사자는 그게 오히려 그 사람의 정당성 있는 몸의 활용인데 그것을 돌봄이 필요하다고 규정하느냐 필요하지 않다고 규정할 것이냐의 차이 같은 거다.

진보적 장애운동의 거의 유일한 당사자 조직으로서 장애 대중을 조직할 때 돌봄이라는 용어는 적절하지 않은 용어인 거다. 그럼 돌봄이란 용어를 사용했을 때 노인이나 다른 사람들은 더 조직하기가 쉽나? 그것도 아니라고 생각한다. ‘우리는 돌봄이 필요한 사람이야’가 아니라 조직화하는 과정에서 우리의 권리를 지키는 방식에 대한 논의들, 결국에 운동을 통해서 법들을 바꾸고 권리들을 강화시켜 나가는 과정에서 돌봄이라는 용어가 과연 정말 효과적인가 파워풀하게 조직화나 설득에 있어서 법제화와 제도화에서 돌봄이라는 용어가 부적절하다.

...그러니까 돌봄의 시대에 우리의 목소리를 어떻게 낼지나라고 했는데, 사실은 집행에 있어서도 이동권 토론, 탈시설 토론이 먼저지 돌봄이 먼저가 될 수는 없다. 법제화 투쟁을 하는데. 이동권처럼 명확하게 의제화하고 당사자를 조직화할 수 있는 그런 언어로는 운동이 가능한데 돌봄권? 이런 거는 아직 아니라는 거다... 당사자들이 주체화해서 나와야 되는데, 돌봄은 기본적으로 관계성을 전제하고 있는 용어라서 효과적이지는 않은 것 같다.

...사실 돌봄(논의)하는 쪽에서 장애당사자의 의견을 묻지 않는다. 교수라든가 공무원들이라든가, 시설 복지관장들을 중심으로 논의가 됐을 때 사실상 우리를 끼워주진 않는다. ... 대부분이 그런 것 같다. 다들 정책 개발할 때 주민 참여 얘기하지만, 사실상 결정적인 최종 순간에 당사자들은 다 배제되지 않는가. 청년의 문제도 그렇고... 사실상은 그런 공고함, 그들의 카르텔이라고 그래야 되나, ... 그리고 우리가 거부하기 이전에, 사실 ‘돌봄 얘기하자’라고 한 번도 손을 내미는 걸 받아본 적이 없다.”

• 질문: 법 제정 운동에서 무엇이 제일 주안점인가?

“‘복지법’이 아닌 ‘권리법’으로 기본 세팅을 하는 것이다. 전두환 정권 때 심신장애자복지법으로 처음 시작할 때, 그 법의 역사성, 법의 뿌리가 있다...사실상 장애인복지법을 근간으로 대부분의 장애인 정책들이 세팅이 되니까, 이게 보호받아야 되는, 복지, 그렇게 계속 모든 영역이 포섭돼버리는 문제가 있다. 근데 장애인복지법이 장애인 정책의 가장 기본법이기도 하고 실질법이기도 하다. 그래서 그럼 이것들을 아예 없애는 건 너무 어렵다. 장애인복지법의 내용이 너무 방대하기도 하고 그걸 중심으로 쌓은 제도들이 다 무너질 수가 있으니까 고민이 됐다.

그래서 선택한 방식이 장애인 권리 보장법을 만들어서 그게 기본법적인 성격을 갖도록, 그러니까 복지법의 상위법을 만들어서 유엔장애인권리협약에 있는 모든 권리들이 다 들어가도록 하자는 것, 그리고 장애인복지법 전부 개정, 그렇게 세트로 같이 가는 전략이다.

권리보장법 제정이 되면, 복지법에 있는 그런, 권리가 아니라 복지로 맞춰져 있는 부분들이 기본법에 따라서 다시 세팅이 돼야 되는 거니까. 장애에 대한 개념부터 시작해서, 다 다시 세팅해야 하니까.”

“거의 다 제정법 투쟁들을 많이 해왔는데...나쁜 법이 있어도 없애기가 쉽지 않다. 왜냐면 기존법이 여타 장애인단체들의 이권과도 사실 많이 얽혀있다. 그게 소유권이 아니겠는가? 그래서 쉽지 않다. 어떤 법을 없애고 한다는 게.

그리고 장애계 내에서도 관점의 차이가 많이 있다. 사실 많이 다르긴 하다. 가령 특별교통수단 장애인 콜택시 예약제를 논하는데, 우리는 명확하게 반대한다. 일부 필요시에는 소량으로 예약제를 할 수 있지만 기본적으로 원칙은 ‘즉시콜’이란 전제가 있다. 근데 많은 장애인 단체들에서는 예약제를 도입해야 한다고 오히려 주장한다. 학교를 가거나 이럴 때 필요하지 않나라고 이야기한다. 우리 입장은 그것은 공급의 문제지 예약제로 해결해야 될 문제가 아니라고 말한다. 시민권이라든가 사회권이라든가 동등한 권리를 보장받는 것에 초점이 있는 것과 장애 특성을 기반으로 조금 더 돌봄 받는 걸 강조하는 입장인 경우가 계속 대치가 되기 때문에 쉽지는 않다.”

- 질문: 기본법을 제정함으로써 기대되는 구체적인 변화는?

“그렇게 하면 장애 개념이 바뀌니까, 그 안에는 장애등록을 바꿔야 된다는 이런 얘기도 있다. 우리가 최근 독일이나 프랑스나 노르웨이를 가봤지만, 장애 등록의 영역이 사라지면 돌봄에 대해서 사람들이 수용할 수 있는, (다른 말로) 거부감이 낮아질 수도 있겠다란 생각이 들었다. 그런 나라들에서는 장애 등급을 받는 것이거나 장애 등록이 아니니까. 그냥 ‘너도 장애인이 될 수 있어.’ 그러니까 돌봄이 필요한 자격이 되는 게 아니라 그냥 누구나 돌봄에 대해서 그냥 수용할 수 있게 되는 거다. 독일인가에서 한 자폐장애인을 봤는데, 중증장애뿐 아니라 공황이라든가 다른 우울증 이런 것도 다 인정을 받으니까, 그렇게 되면 돌봄에 대한 감각도 조금 나아지지 않을까, 그러니까 등급이 아니라 그냥 내가 가서 ‘나, 이런 장애가 있어’ 이러면, 다 (우리식 용어로는) 등록인데, 우리나라는 정부가 정한 등급에 따라서 그러는데, 외국에서는 서비스별로 다 따로 받더라. 휠체어나 보행기를 이용해서 이동지원이 필요하다고 하면 거기에 대해서 장애를 인정받는 개념인 거다. 활동지원이 필요하면 거기에 대해서 활동지원 인정받는 개념이고. 동시다발적으로 필요한 것들이 중첩될 수는 있으나, 사실 장애인이라고 해서 그게 다 필요한 건 아니다. 그러니까, 장애가 우리나라 개념의 장애인이 아니라 ...이게 (사회서비스가) 필요하면 그게 장애로 인정되는 거니까 장애가 완전 사회적 의미다. 장애가 발생하게 됐을 때, 사적인 것이 아니라. 근데 우리나라는 완전히 장애 등록을 하고 그것들을 묶어버리면서 낙인찍어버리는 방식들이다.”

- 질문: 여러 법을 만들어왔고 지금도 제정 요구 투쟁 중인데, 법안은 누가 어떻게 만드나?

“현장에서 활동가들이 직접 만든다. 조직 안에서 면담을 진짜 많이 한다. 일상의 현장들을 무수하게

마주하게 된다. 무수한 면담 속에서 어떤 과정, 전달 체계를 이해하고, 아이디어를 얻는다. 일상에서 마주한 것들에 대한 십수년의 경험들이 누적된 활동가들이 (법안의) 기본 뼈대를 다 잡는다. 탈시설지원법도 그랬고 가령 교통약자법 전부 개정안은 내가 썼다.

법 만드는 싱크탱크가 따로 없다. 그렇게 활동가들이 법안 만들면 학자나 변호사 그룹의 의견을 구하기는 하는데 대개는 그냥 법제처에 맡긴다. 같이 할 국회의원실 끼고.

어차피 절차상으로 법제처를 거쳐야 하나까. 그렇다고 우리가 법제처 의견을 완전히 따라야 되는 건 아니고, 법리적으로 맞지 않아도 그냥 일부러 강행하는 경우도 많다. 우리가 내놓는 법안은 가치적으로 강행하는 경우도 많고 어찌 보면 법리적으로 맞지 않는 게, 한국 사회가 아직까지는 수용하기 어려운 내용이기 때문에 어차피 법리적으로 가면 해석이 안 된다. 축소가 될 줄 알면서 하는 거다.

그런 식으로 단초들을 마련했다. 그러니까 지금 또 다른 법의 제정 투쟁을 할 수 있는거다. 앞서 만든 법들이 새로운 제도들을 제안하는 근거가 됐음은 분명하다. 교통약자법 같은 경우도 반쪽짜리라고는 말했지만 그 법을 만듦으로 인해 이동권이라는 것이 보장되어야 하게 됐다. 이동권은 헌법에 없지 않은가.

그걸 법으로 명시할 당시에는 저상버스, 장애인콜택시 둘 다 제도적 근거가 아예 없어서 못한다고 했었던 거다. 진보적 장애인운동이 2000년대 초반부터 왔던 길, 만들었던 법들은 사실상 다 한국사에 처음 만들어진 제도들을 던진 것이다. 저상버스도 장애인콜택시도 활동지원도 마찬가지다. 지금 제안 중인 권리중심 일자리 그런 것들이 다 한국 사회에서 사실 또 제정법이기도 하겠다. 없었던 것들을 다 처음 만든 거니까. 새로운 것들을 던졌기 때문에 더 확장될 수 있는 시작이었던 것 같다. 장애등급제 폐지라든가 종합조사 도입이나 이런 것들을 이야기할 수 있었다. 아무것도 없었던 진짜 광야에서 인제는 그래도 집은 한 채 지어놓은 느낌이다. 그 집을 토대로 이제 넓혀가야겠다.. 만약에 그 법들이 통과되지 않았더라면 장애인 차별금지법을 포함해서 계속 만들기 위해 싸우고 있었을 것이다. 되게 아이러니가 우린 평소에 법에 맞서 싸우지 않는가. 근데 또 법을 만들기도 하지 않는가.”

(3) 인터뷰이 3.

- 질문: 광의의 의미로 보면 돌봄과 관련 없는 법은 없지만, 실제 돌봄이 주개념이 되는 법은 없는 것 같다. 사회보험, 공적부조, 그리고 사회서비스를 다룰 때 일부 등장하는 것 같다.

“돌봄, 돌봄노동에 대한 개념이 법에 없다. 돌봄이라는 것 자체가 어쨌든 나는 아무래도 직업적인 성격 때문에 어디 법에서 어떻게 정하고 있느냐가 굉장히 중요한 문제고 특히 제도와 관련해서는 어쨌든 돌봄 노동에 대한 정의가 있어야 그걸 가지고 근거법도 찾고 할 텐데, 사실 그게 없다. 돌봄이라는 용어가 여러 법에 등장을 하긴 하지만 돌봄 노동이 무엇인지에 대해서는 설명이 없다. 돌봄도 소위 말하는

대상에 따라서 근거법이 모두 다르고, 사회복지냐 또는 사회보장 서비스냐에 그런거에 따라서도 다 다르다.

돌봄에 대한 이야기가 없지만 이게 막 겹치는 부분들이 있고, 가사 노동까지도 사실 돌봄영역에 들어올 수가 있는데, 가령 가사근로자의 고용 개선 등에 관한 법률을 보면은 가족구성원의 보호·양육이 가사 서비스로 열거가 된다. 그리고 아이 돌봄 서비스에서도 아이에 대한 돌봄을 보호와 양육이라고 하고 있다. 기준이 되는 법은 없다. 다 흩어져 있으니 어떤 원칙과 체계에 따라서 지금 법이 돌봄을 다루고 있지 않다. 그냥 그때그때 주먹구구식으로 편의에 따라서 돌봄을 쓰고, 그 영역에서 돌봄을 제공하는 노동자들을 우리가 돌봄노동자라고 표현을 한다고 나는 이해를 하고 있다.”

“돌봄 노동 영역이 모호한게, 가사노동 포함 여부다. 가령 가사노동의 경우 사적으로 고용해서 개인서비스로 할 때는 가사노동이었다가 국가 차원에서 복지정책이나 제도를 만들어서 분류를 하면 돌봄 노동이 되는 거다. 지자체 차원에서 가사서비스를 하는 경우들도 있다. 가사지원이 바우처 사업으로 하게 되면은 또 돌봄 사업, 돌봄 노동이 돼버린다. 사회서비스의 영역이라는 것 자체가 굉장히 경계가 모호하다. 구분하기도 쉽지는 않겠지만 구분하는 게 맞을까란 고민도 든다.”

“내 활동의 성격상 노동자의 관점에서 좀 더 제도를 바라볼 수밖에 없다. 그런데 지금 현행법들은 어쨌든 돌봄을 제공 받는 사람들 중심으로 돼있다. 그러니까 돌봄 노동자는 사실 제도에 있어서 그냥 보이지 않는 존재, 그러니까 약간 객체 같은 존재가 되는 거다. 그러다 보니 그냥 서비스의 일환으로 사람이 언급될 뿐이다. 실제로 소위 말하는 돌봄서비스를 제공하는 것은 결국 사람인데, 그 사람은 보이지 않고, 다만 서비스를 제공받는 어떤 돌봄의 주체에 대한 것들로 이뤄지는 것에 대해 근본적인 문제의식이 있다.”

- 질문: 그래서 돌봄노동자에 관한 기본법을 제정하자는 운동이 있는 것으로 알고 있다.

“돌봄 노동은 소위 말하는 제조업 노동, 공장에서의 노동과는 차원이 다른 느낌이 있다. 그런 맥락에서 지금 근로기준법 같은 게 노동에 관한 기본법이라고 할 수 있는데, 그 근로기준법이 돌봄 노동에 사실 딱 안 맞아떨어지는 측면도 있다. 돌봄 노동의 어떤 특성을 고려한, 어쩌면 새로운 노동법이 필요한 게 아닌가라는 생각을 하고 있다. 기본 노동법이 따로 필요하고, 돌봄 노동의 가치를 실현하고 돌봄 노동자가 주체가 되는 법이 있으면 좋겠다는 생각을 한다. 근로기준법이 제정된 것은 1953년이고, 노동을 둘러싼 환경 변화에 따라 수차례 개정돼왔다. 그중에서도 산업구조에 있어 패러다임적 변화까지 내포하고 있고 사용자와의 관계가 복잡한 게 돌봄 노동이다. 근로계약체결 주체와 제공 대상이 다르다.

... 그런데 이렇게 돌봄 노동에 대한 기본법 얘기를 하면서도 한편으론 어폐가 있기도 하다. 장단점이

있는 게, 모든 게 다 완벽하지는 않기 때문에, 방금 돌봄에 대한, 돌봄 노동에 대한 기본법이 어쨌든 필요하고 돌봄 노동자들이 주체가 돼야 된다, 관심을 가져야 된다는 측면에서 필요하다고 이야기를 했지만 또 다른 한편으로는 예컨대 가사 노동자에 관한 별도 법이 있고, 그다음에 사회복지 그쪽도 사회복지사의 처우 개선 등에 관한 별도의 법이 있고, 이렇게 계속 직종별로 다 법들이 만들어지는 거에 대해서는 또 근본적인 문제의식이 들기도 한다. ... 왜냐하면 이게 결국에는 소위 말하는 ‘노동자는 하나다’라는 어떤 가치가 있는데, ‘우리 노동은 달라’, 이런 식의 구분을 짓고 차이를 둔다는 그런 측면에서 기존에 나와 있는 처우 개선에 관한 법률 또는 특별 직종에 관한 법률이 가지는 한계는 분명히 존재하는 것 같다. 비슷한 맥락에서 기본법이 가지는 한계도 분명히 있는 것 같다. 그래서 최근 벌어지는 각종 기본법 제정 운동에 대해서는 취지는 좋은데라고 하면서도 내가 선뜻 다가가지가 쉽지는 않다.”

- 질문: 돌봄노동자가 주체가 된 노인장기요양법 개정 투쟁에 참여한 것으로 알고 있다.

(이 부분에 대한 응답은 기억의 부정확성을 고려하여 인터뷰이가 제공한 미발표글에 토대해 보완했다)
“2010년대 초반부터 한 오랜 투쟁이다. 공공성이 지켜지려면 노인돌봄을 민간에게만 맡길 것이 아니라 국가와 지방자치단체가 직접 기관을 운영하며 노인돌봄을 제공해야 하는데 그 비율이 극히 낮은 것도 문제였다. 이런 문제들을 이야기 나누다 보니 해결책도 보였다. 노인을 위해서든, 요양보호사를 위해서든, 혹은 건강한 요양기관을 위해서든 공공성을 확립하고 정부의 관리감독책임을 강화하는 것이 근본적인 해법이였다. 그리하여 몇 차례의 회의를 통해 대략의 해결 방안을 마련했고, 나는 그 내용을 법안에 구체적으로 반영하는 작업을 했다. 아무래도 법을 많이 다루니 법체계에 원하는 내용을 어떤 문장으로 구성해야 하는지 잘 알기 때문이었다. 예컨대 비영리법인만 장기요양기관을 운영할 수 있도록 해야 한다는 결론을 가지고서 그런 문구를 노인장기요양보험법에 신설하도록 안을 만들었다.

마찬가지로 현재 사실상 신고제로 운영되는 것을 막고 지정제로 운영하도록 함으로써 장기요양기관의 과잉 공급을 막고 충분히 자격을 갖춘 곳만 기관을 설립할 수 있도록 법 문구를 수정하고 노인장기요양보험법은 노인복지법과 연결되어 있기 때문에 노인복지법도 같이 수정하도록 문구를 만들었다.

그러나 공공성 확보만으로 요양보호사의 노동조건이 완전히 개선되는 것은 아니었다. 요양보호사의 노동조건을 개선하려면 별도의 조치가 필요했다. 원래 근로계약서에는 일의 시작과 종료 시각, 근무일, 휴일·휴가, 근무장소, 업무의 내용이 구체적으로 적혀야 한다. 그 이유 중 하나는 예측 가능성과 규칙성이다. 언제부터 언제까지 어디에서 무슨 일을 하는지 알아야 이에 맞춰 생활을 정돈할 수 있고, 계약이 지켜지지 않을 때 근로계약서의 내용은 중요한 기준이 되기 때문이다. 그러나 집에 가서 일하는 요양보호사들의 근로계약서에는 근무일수, 근무시간이나 근무장소, 하는 일들이 적혀져 있지 않다. 적어야 맞

는데 안 적는 게 관행이었다. 부르면 가고 오지 말라 하면 일을 잃어버리는 게 당연히 여겨지기 때문이었다. 근무일, 근무시간, 근무기간 모든 것들이 불안정했다. 악화가 양화를 구축한다고 이런 관행은 근로기준법 위반인 데도 요양기관은 단 한 번도 처벌을 받지 않았다. 근로기준법이 현장에서는 무력화된 셈이다. 근로기준법을 지키라고 하는 것만으로는 부족했다. 요양기관에 근로계약을 제대로 쓰게 할 의무를 주고 안 지키면 요양기관 활동을 제한하는 등의 강력한 조치가 필요했다. 비단 근로계약서 미작성 뿐만 아니라 요양기관장에게 사용자로서 요양보호사의 권리를 존중하고 요양보호사를 보호해야 할 구체적인 의무를 부과할 필요가 있었다. 그리하여 노인장기요양보험법 개정안과 별도로 「요양보호사 처우 및 지위 향상에 관한 법률」도 만들었다. 이런 법률은 애초에 없는 것이어서 새롭게 제정해야 한다는 취지로 법률 제정안 하나를 만들었다.

이렇게 내가 노인장기요양보험법 개정안과 요양보호사의 처우 및 지위 향상에 관한 법률 제정안을 만들면 그걸 가지고서 모여서 다시 논의를 하고, 논의 내용을 바탕으로 수정하기를 몇 차례 반복했다. 결과물을 가지고서 여러 지방 도시에 가서 요양보호사들을 상대로 설명회를 하고 의견을 수렴하기도 했다. 어떤 의미에서는 매우 번거로운 작업이었으나 재미있었다.

소송은 당사자에게만 그 효과가 미치고, 문제가 발생하고 나서 사후적으로 해결하는 것이기 때문에 사후약방문일 때가 많지만 법 개정은 그 효과가 국민 전체에 미치고, 문제를 사전에 예방하고 일거에 해결하는 것이기 때문에 그 나름의 매력이 있었다. 현업에 종사하는 사람들을 만나서 그분들의 생생한 이야기를 듣는 것도 재미있고 그분들의 의견을 법에 푹푹 반영하는 것도 재미있었다. 법을 개정하겠다고 처음에 모인 사람들은 내내 함께 했고, 함께 하겠다는 사람들은 계속 늘어서 노인장기요양보험법 전면개정 공동대책위원회라는 것을 꾸렸다. 노동계, 여성계, 시민단체, 요양기관까지 30여 개가 넘는 단체들이 공동대책위원회에 참여했다. 그리고 2011년 가을 노인장기요양보험법 개정안, 요양보호사 처우 및 지위 향상에 관한 법률 제정안을 완성했다.

이렇게 국회가 아니라 국회밖의 사람들이 노력하여 법안이 만들어진다. 법안을 발의해서 통과시키는 전 과정을 국회의원들이 담당하지만 국회의원만 일하는 것이 아니다. 국회의원들이 알아서 문제적인 법을 바꿔 주면 좋겠지만 2024년 7월 1일 기준 현존하는 법률만 1,635건이다. 그 중 문제적인 법을 찾기란 여간 어려운 일이다. 국회가 통과시킨 법은 결국 현실에서 집행되기 때문에 현장에서 그 법을 경험하는 사람들이 어떤 문제가 있는지 가장 잘 알기 마련이다. 그런 사람들이 법을 개정해야 한다고 목소리를 낸다. 목소리를 내는 방법은 다양하다. 기자회견을 해서 언론을 통해 알리기도 하고, 집회나 시위를 통해 공론화시키기도 한다. 토론회를 열어 문제를 논의하고 관심을 환기하기도 한다. 국회의원실을 찾아가 호소하기도 하고 직접 법안을 만들어 국회의원실에 가져다 주기도 한다. 그리고 입법청원이라는 것도 한다. 입법청원은 헌법에 근거한다.

2011년 11월 우리는 국회에 우리가 만든 내용대로 노인장기요양보험법을 개정하고 요양보호사 처우 및 지위 향상에 관한 법률을 제정해 달라고 청원했다. 그리고 국회 보건복지위원회 소속 국회의원실을 찾아다니며 보좌관이나 비서관들을 만나 법안을 발의해 달라고 요청했다. 그러나 선뜻 나서는 의원이 없었다. 내용에는 동의하지만, 시간적으로 지금 발의하더라도 통과를 기대하기는 어렵다는 것이었다. 법안은 국회 임기가 만료될 때까지 통과되지 못하면 자동으로 폐기되는데 선거가 코앞이라 시간이 없다고 했다. 결국 우리의 입법청원은 그대로 물거품이 되었다.

그렇다고 포기한 건 아니었다. 18대 국회가 끝나는 시점에 19대 국회가 시작되기 때문이다. 2012년 국회가 시작되자마자 곧바로 법 개정 운동에 돌입했다. 팜플렛을 만들어 배포하고 길거리 선전전도 했다. 전국요양보호사협회와 노동조합, 그리고 여성단체들이 소속 조합원, 회원들을 적극적으로 조직하기도 했다. 국회에서 토론회도 열고 할 수 있는 것들은 다 동원했다. 우여곡절 끝에 전면 개정이라고 하기에는 미흡했고, 우리가 처음 요구한 것보다 많이 후퇴했지만 그래도 기본적인 내용은 반영된 법안이 발의되었다.

발의되었다지만 이게 끝이 아니었다. 우선 보건복지위원회를 통과하기 위해서는 보건복지위원회의 다른 의원들이 이 법안에 동의해야 했다. 그들을 설득하는 것도 우리의 몫이었다. 반대당이야 그렇다 치더라도 같은 당 의원마저도 법안에 반대하고 있었다. 법을 통과시키지 말아달라는 요양기관장들 로비가 만만치 않았기 때문이다. 힘에서 밀리는 상황이었다. 그런데 요양보호사들이 나서기 시작했다. 요양시설에서 밤새 근무한 요양보호사들이 비번일마다 국회로 왔다. 가정을 방문해 일하는 요양보호사들도 겨우 잠을 내 국회로 왔다. 멀리 지역에서도 국회로 왔다. 그들이 직접 의원들을 찾아다니며 호소했다. 그러나 국회에서는 거의 1년 가까이 법안을 묵혔다. 이때도 요양보호사들이 나섰다. 엉망진창인 현장 상황을 방치하는 것은 직무유기라고 때로는 강하게 말하고 때로는 우리 좀 봐달라고 어른 끝에 결국 2016년, 법개정 운동을 시작한 지 거의 6년 만에 법이 통과됐다.

법 개정으로 노인 돌봄과 무관한 허드렛일을 요양보호사에게 요구할 수 없고, 요양기관의 불투명한 회계 처리가 금지되고, 요양기관은 정부로부터 받은 급여비용의 일정 비율을 요양보호사 등의 인건비로 지급해야 한다. 전국에 장기요양요원지원센터가 설치되어 요양보호사의 건강과 처우 개선을 위한 활동을 벌이고 있고 정기적으로 실태조사도 이루어지게 됐다.

사실 불만이 많다. 그렇게 어렵게 개정했는데 바뀐 것이 별로 없다는 얘기도 많다. 요양기관 설립 요건을 강화하는 게 핵심이라고 요구했건만 정작 이 요구는 받아들여지지 않았다. 공공성을 강화하기 위한 어떠한 요구사항도 받아들여지지 않았다. 그럼에도 불구하고 우리의 힘으로 국회를 움직였고 법을 개정시켰다는 것은 뿌듯하다. 국회의원은 국민이 뽑아준 사람이고 국가와 인민을 위해 일해야 하는 사람이니 그들이 만드는 법률도 대한민국의 인민을 위한 것이어야 한다. 그 역할을 제대로 하도록 다그치

고 이끄는 것도 우리의 몫이다. 그런데 더 뿌듯한 것은 이렇게 중요한 역할을 한 장본인이 요양보호사, 중고령의 여성들이라는 사실이다. 현장에서 일하던 그들이 국회로 갔고, 국회의원들을 설득했다.”

- 질문: 돌봄 관련 논의에서 돌봄종사자 양성과 보수교육의 개혁과 강화 얘기가 빠지지 않는데, 만나 본 돌봄노동자들은 교육에 대해 어떻게 생각하는가? 활동지원사 교육을 받은 어떤 사람이 이 정도 교육으로 자기가 장애인 돌보면 절대 못할 것 같다고 했다. 그리고 장애도 천차만별이기 때문에 발달장애인에 특화되는 등 전문 교육이 필요할 텐데 그런 게 전혀 안 되고 있다. 돌봄 노동자 교육과 양성 과정에 관한 법이 따로 있어야 될 것 같다는 생각에 대해서는?

“그러니까 돌봄 노동에 따라서, 돌봄 노동이 워낙 다양하기 때문에 그에 따라서 양성 과정도 제각각인 것 같고 그냥 막 흩어져 있는 것 같고, 교육 참여 의무 여부도 다 흩어져 있는 것 같다. 근데 실제로 일하시는 분들은 어쨌든 교육에 대한 필요성을 또 많이들 느끼시는 것 같다.

근데 개별법에 흩어져 있기는 하다. 현재는. 그러니까 그런 것들도 좀 모아서 통합해서 하면, 왜냐하면 지역 간 서로 업무에 대한 이해도 필요하지 않은가? 그래서 어떤 공통 가치나 윤리에 대한 교육이나 이런 것들이 어떤 공통 과정이나 지역 간 이해에 관한 거나 이런 식으로, 교육 과정에 대한 뭐가 있어야 될 것 같다.

아까 기본법 이야기를 했었는데, 사실 사회서비스원법이 그런 역할을 할 수도 있었고 거기에 교육에 관한 것도 넣을 수 있었다. 사회서비스원이 국가가 주도하는 공공 중심의 돌봄노동 체계를 갖추려는 법으로 시도되었는데...결국은 민간 주도의 돌봄, 민간의 영역을 침범하지 않는 수준에서 돌봄을 다루려다 보니까 그 가치가 너무 떨어졌다. 아쉽다.

그리고 이걸 다른 각도의 얘기인데, 교육 강화가 자칫 잘못하면, 교육 받는 사람 입장에서는 교육을 못 받으면 자격 없음으로 된다는 거 결국에 또 자기 책임으로 돌아오게 되지는 않을까, 뭔가 전문가 자격증 경쟁처럼 또 흘러가고, 교육을 통해서 역량이나 지위가 올라가기도 하지만, 또 자기 잘못이자 책임으로 돌려질까 봐 교육을 강제하기가 그렇게 쉽지는 않겠다 싶기도 한다. 결국 교육의 내용도 아주 중요하고, 의무 강제 교육이라 했을 때 그게 돌봄노동자 입장에서는 또 부담으로 돌아오는 것도 맞다.

이게 돌봄서비스 고도화의 문제와도 연결된다. 고도화는 굳이 따진다면 질을 높인다는 것인데, 그게 박근혜, 그리고 이명박 정부 때 직업서비스 고도화라고 해가지고 직업소개소들이 너무 영세하고 막 하니까 그 규모를 키워서 규모와 실력으로 고도화된 곳이 직업서비스의 질을 높여서 제공할 수 있도록 기관들을 규제하자라는 취지였다. 오히려 그러니까 대기업들이 막 뛰어들었다. 그런데 윤석열 정부에서도 요양과 관련해서 고도화 얘기를 했다. 지금은 너무 난립하고 있으니까 좀 더 규모있는 자본이 뛰어들어

그런 기반을 만들고 서비스하도록 한다는 것인데, 가령 대기업이 하는 요양병원, 요양서비스 같은 거다.

지금 요양 시장이 문제인데 또 시장으로 문제를 풀려는 거다. 우리가 공급 관리를 하자라고 했던 맥락이 아주 이상하게 돼버리는 거다. 제도 개선이 참 어려운 것 같다. 법률만으로 안 되는 부분들이 존재하고 어쨌든 정책적인 부분으로 커버를 해야 될 것 같은데, 그것까지는 잘 모르겠고 돌봄통합지원법 논의가 나오면서는 정말 모르겠다. 참 혼란스럽다.”

2 인터뷰 내용에 대한 간담회 논의

- 인터뷰이 1의 내용에서 신청주의 문제, 재가급여의 부족, 중복급여금지, 장애와 노년의 교차성에 대한 무시 등 인터뷰이가 지적하는 사항은 평소 많이 논의된 것이다. 주목할 것은 이주배경의 아동에 관한 것이다. 돌봄법 관련 논의에서 아주 많이 부족하고 비어있는 것이 이주배경이 있는 주민에 관한 것이다. 출생 신분, 국적 신분이 아니라 현재 이곳에서 살아가고 있다는 사실만으로 지원 대상의 자격이 되고, 특히 아동에 대해서는 체류자격과 관계없이 기본적인 돌봄과 교육이 가능해야 한다. “이주민을 ‘체류관리’ 대상이 아닌 태어나고, 성장하고, 일을 하고, 가족을 만들고, 늙고 아픈 존재일 수 있다는 생애주기 관점을 고려하는 이주정책을 요구한다”¹⁹⁾는 요구에 부응하는 근본적인 변화가 있어야 할 것이다.
 - 돌봄이라는 용어 자체가 한국 사회에서의 위상이나 담론화가 얼마 안됐기 때문에 아직까지는 법적 용어로 정의하기가 쉽지 않을 것 같다. 돌봄이 법적 용어가 되는 것에 뜨악해하는 법조인들도 많을 것 같다. 왜냐하면 아주 시시해 보일 수 있고, 돌봄이 법 세계안에 들어가야 되는지 의아할 수 있다. 한국어에서 돌봄의 지위가 너무 낮고 의미가 빈약하다. 영어권 등에서 케어(Care)라는 용어 자체가 굉장히 무게감을 갖고 있고 어원인 큐라(Cura)에 철학적인 의미가 있는데 비해 한국에서 돌봄은 그런 식으로 사용된 적이 없다. 사실 진보적 장애운동에서 돌봄이란 용어를 거부하는 것은 ‘기존의 돌봄 용어로는 안된다’라는 이의제기로 충분히 이해된다. 책 제목에 있듯이 ‘돌봄혁명’은 말이 되지만 ‘지원혁명’은 말이 안된다. 돌봄이 훨씬 더 큰 개념이라는 느낌을 확 받을 수 있다. 돌봄의 폄하와 인권유린의 역사와 그 역사성은 당연히 존중하고 인정하면서도 그 역사성으로 인해 돌봄이란 개념을 거부할 것이냐 아니면 그 의미를 다른 식으로 전환할 것이냐의 논의가 필요하다.
- 돌봄이라는 단어가 정착이 되고 있기 때문에 이제 와서 다른 용어를 쓸 수는 없다. 우리가 모색할

19) 이한숙. (2021.05.01). 한국에 이주민 정책은 있는가? 월간참여사회.

같은 돌봄이라는 용어를 정치적이고 윤리적이고 사회문화적인 개념으로 승격시키는 것이다. 승격시키려면 돌봄 이념에 대한 논쟁을 하면서 그 의미를 업그레이드 시켜야 한다.

- 보건의료기본법에 ‘보건의료’에 대한 정의가 돼있지만 ‘건강’에 대한 정의는 없다. 돌봄이란 용어가 그런 것과 비슷하다. 그래서 돌봄이 정의 규정에 반드시 들어가는 것이 좋은 일일까에 대해서는 의문이다. 법의 정의 규정이 돌봄의 함의를 확 줄여버릴 소지도 있다. 돌봄을 정의하는 게 아니라 방향성 정도를 밝혀야 한다고 본다. 가령 돌봄통합지원법에서 ‘살던 곳에서 여생 보내기’(Aging in Place)의 방향성이 들어가 있는 것처럼 말이다.
- 장애 운동 내에서 법률안 만들기 과정은 인상적이다. 법률 전문가가 아니라 현장의 삶 속에서 법을 만들어가는 것에 대하여 다른 사회운동단체들이나 제정법 운동을 하는 곳들에서 참조하고 고민할 필요가 있다.
- 기본법을 요구하는 사회운동의 주장들에서는 기본법이 갖는 함의를 그 분야에서의 일종의 헌법이라고 보는 것 같다. 어떤 이슈가 발생했을 때 그 이슈를 다루는 구체적인 법률이 있을 것이고 그 법률을 집행할 때 해석을 해야 한다. 그런데 해석을 할 때 a와 b의 입장이 상충될 때, 무엇을 기준으로 해서 어떻게 집행할 것인가의 문제에 부딪힌다. 이럴 때 기본법에서 권리나 원칙이나 기본계획에 대한 규정들이 해석의 기준이 될 수 있다. 말하자면, 해당 분야에서 참조하는 최고 심급이 되는 정신을 이야기하는 것으로 보면 될 것 같다. 노인, 아동, 장애인, 이런 식으로 각각의 법률들이 있는데 그 법으로 해결이 안 되는 질문들이 현장에서 생긴다는 것이다. 그 현장에서의 사건을 어떠한 기준으로 어떠한 방향성을 갖고 집행하고 요구할 것인가에 대한 고민 때문에 기본법 이야기가 나오는 것 같다.

한편으로 해당 영역에서의 목적이나 취지를 강화하기 위한 게 아닌가 싶다. 기존의 사회보장 관련 법률들에는 당사자의 권리 부분이 너무 약한 경향이 있다. 그렇다고 해서 당장의 문제를 해석하기 위해 헌법을 끌어오기에는 무리가 있다. 현장에서 헌법의 원칙은 너무 멀고 효과성이 떨어지니까 해당 문제와 보다 직접적으로 관련된, 더 가까운 기본법을 희망하는 것 같다.

이것은 늘 지적돼온 분절성과 파편성, 일명 ‘칸막이’에 대한 문제의식이기도 하다. 칸막이 안에서는 그 요건에 해당이 안 되는데 그렇다고 당사자에게 권리성이 없다고 할 수 없다. 관련서비스가 절실한 경우에 칸막이를 넘어 다룰 수 있어야 한다는 취지를 기본법이 담고 있다면 다른 시도가 가능하다. 여러 법 조항들이 논쟁의 한가운데 있을 때 어떻게 무엇을 기준으로 해석할 것인가라고 할 때 그 근간이 되는 법에서 관련 항목들을 찾아가면서 논의를 계속 진전시킬 수 있는 그런 의미의 기능

을 요구하는 것이다.

- 돌봄노동자에 대한 교육의 강화는 중요하다. 하지만 그 교육이 어느 정도 표준화가 가능한 직무의 조합으로 구성되는 서비스에만 머물게 되면, 돌봄노동자가 현장에서 습득한 앎과 기예들을 인정하지 않은 채 수동적인 교육의 대상으로만 설정할 우려가 있다. 또한 현장에서 돌봄의 역량 확장을 어렵게 하는 실천적 조건들의 문제를 고려하지 않고 돌봄노동자의 일방적인 의무와 책임의 부담만을 규범으로 요구할 위험도 있다. 돌봄노동자들이 현장에서의 실천들을 공유하고, 공동의 앎과 기예로 만들어가는 과정으로서의 교육을 보장할 필요가 있다. 이런 방식의 교육은 안정된 고용조건, 사회적 인정과 대우에 따른 협상력과 주도권 행사가 가능한 관계, 지역사회내 다른 행위자들과 연계하며 문제를 풀어나갈 수 있는 조건을 요구한다.

- 돌봄은 정치적인 것이라는 관점이 필수적이다.

특정 사회문제에 관한 운동을 보면 법제정과 개정 논의부터 시작되곤 한다. 돌봄 또한 그러하다. 돌봄의 정치학의 관점에서 돌봄 정치를 볼 필요가 있다. 정치학은 ‘무엇이 정치적인 것인가’에 대해 논증하는 과정이다. 그간 사적인 역할 분담의 문제로 다뤄졌던 돌봄 책임을 공적인 사회정의의 문제로 다루는 것은 ‘정치적인 것’을 재정의하는 일이다. 돌봄을 중심적 사회 의제로 만들려는 돌봄 정치는 사회불평등에 대한 새로운 접근법을 요구하는 것이고 생산/산업 중심의 시민 및 노동의 개념을 인간 존재에 필수적인 상호의존성 속에서 재규정하려는 시도이다. 돌봄 정의에서 핵심은 ‘관계적 상호성’이고 ‘상호의존적인 관계적 존재론’으로의 전환이다. 돌봄 위기 속에서 논해야 할 돌봄은 새로운 관계를 만드는 일이여야 한다. 돌봄의 탈가족화/사회화, 탈젠더화, 탈시장화 등을 말하는 것은 돌봄이 배타적이지 않은 연대의 관계를 구축해야 한다는 의미이지, 국가에 맡기고 사회서비스를 늘리자는 요구에 머물러는 것이 아니다. 또한 돌봄 노동의 가치에 대한 인정은 단지 처우개선의 요구 수준이 아니라 돌봄이라는 상호의존성 노동이 정의롭게 분배되고 평가돼야 한다는 것이다. 노동 개념은 의존관계 속의 돌봄노동을 포함하도록 확장돼야 하고 사회정의는 의존관계의 정의 역시 포괄해야 한다. 따라서 상호의존적인 돌봄 관계에 대한 고려 없이 어떤 일방적인 서비스 제공으로 법제화되는 것을 경계한다. 그간 돌봄 관련 법과 관련된 논의들은 ‘사회서비스를 늘린다’, ‘효과적으로 전달 체계를 바꾼다’에 집중된 경향이 있다. 또한 돌봄의 가치를 담론적으로 찬양하는 것과 달리 구체적 실천에서는 시장에 맡기는 방식으로 선회하거나 더 불리하고 취약한 지위의 사람들에게 돌봄노동을 외부화하려는 경향이 강하다. 이런 경향을 우려하기에 ‘돌봄 관계 자체를 정치적으로 문제 삼자’는 관점에서 지금 한국사회의 법 논의를 돌아볼 필요가 있다.

상호성이 없는 투쟁은 일방향의 쟁취에 머무르나 상호성이 있는 투쟁은 서로의 변화를 요구한다. 현실의 돌봄이 여러 지원과 자원의 부족으로 힘들기 때문에 당장의 서비스 확충을 이뤄내는 것은 절실하다. 하지만 현실의 돌봄을 중요한 투쟁의 현장으로 삼되 그와 동시에 돌봄을 보는 방식을 재정의하고 기존의 돌봄 방식을 해체하고 상호의존적 관계 속에서 모든 구성원이 돌봄의 제공자이나 수혜자가 되는 새로운 사회관계를 상상하는 것이 병행돼야 한다.

돌봄은 ‘정치적인 것’(the political)이라 할 때, 개념상 적대적인 두 힘의 현존을 전제로 한다. 돌봄을 미덕이나 선이라는 도덕적 개념으로 치환하지 않는다는 것이다. 돌봄은 굉장히 위험하고 적대적인 어떤 갈등 관계에서 출발한다. 친밀한 사적 관계에서도 정치가 작동하는 것으로 본다. 그래서 조율과 협상이 필요하고 분석하고 따지는 게 필요하다. 돌봄을 근본적으로 정치적인 것이라고 볼 때, 돌봄을 둘러싼 치열한 사회적 논쟁은 필수이며 돌봄의 사회적 역량을 전체적으로 높이기 위한 집단적 실천 및 조직화가 요구된다. 이러한 돌봄 정치의 내용을 구체화하기 위한 방편으로서 현행 법률을 살펴봄으로써 어떤 돌봄에 반대해야 하고, 지금과는 어떻게 다른 식으로 돌봄을 수행해야 하는지에 대한 방향을 타진해볼 필요가 있다.

III. 관련 법률의 개괄과 동향

1 관련법 개괄

(1) 최협의의 돌봄관련법

돌봄 관련 법의 범위를 정하는 것 자체가 난제이다. 무엇을 돌봄으로 볼 것이냐는 정의와 연결되기 때문이다. 너무 포괄적이거나 막연한 정의는 거의 모든 인간 활동을 돌봄에 포함시키게 되므로 무엇을 분석하고 구체적으로 다뤄야 할지에 도움이 안된다. 반면 취약성과 의존성을 일부 범주의 사람들에게만 한정하는 식으로 너무 협소하게 정의하게 되면 취약성이 불평등하게 분배되는 사회·역사적 맥락과 사회적 배치에 대한 고려를 놓칠 수 있다. 돌봄제공자의 행위로만 돌봄을 인식하거나 돌봄을 서비스 상품으로 보면, 돌봄이 복수의 행위자 사이에서 발생하는 상호행위라는 점을 놓치게 된다.²⁰⁾

돌봄이 사적인 행위로 여겨졌던 사회적 맥락과 돌봄의 사회화가 촉진되고 법제도화와 더불어 법률 용어가 됐을 때의 맥락은 아주 다르다. 지금의 한국 사회가 돌봄을 어떤 식으로 문제화하고 공론화하려는지, 돌봄 관계를 어떻게 보며 돌봄 수행을 어떻게 사회적으로 배치하는지가 법률에 나타난다고 할 수 있다. 이 글에서 ‘최협의’의 돌봄 관련 법으로 꼽아본 것은 다음과 같다.

첫째, 사회보장과 복지 영역에서부터 돌봄이란 용어를 찾으려는 일반적 통념에 따라 사회보장기본법과 사회복지사업법, 사회복지서비스이용권법에 나타난 돌봄이다. <표 1>에서 보듯 사회보장, 사회보험, 공공부조란 전통적 영역과 ‘사회서비스’란 새로운 영역이 돌봄을 다룬다. 기존의 사회보장법은 공공부조나 사회보험을 주축으로 하여 사회적 위험 대비와 최소한의 생활보장을 중심으로 한다면, 사회서비스는 서구 복지국가들에서도 가장 늦게 발전하기 시작한 것으로 대면하는 관계에서의 노동을 중심으로 한다. 여기서 엿볼 수 있는 돌봄관련법에 대한 통념은 기존의 생애주기에 맞춘 사회보장법(영육아, 청소년, 노인 등) 또는 특정 범주에 따른 법(장애인, 노숙인, 다문화가족, 한부모가족 등)에 사회서비스와 관련된 돌봄을 추가로 규정하는 정도라는 것이다. 여기서 문제는 공공부조나 사회보험과 달리 다양한 법령에서

20) 우에노 지즈코 지음. 조승미·이혜진·공영주 옮김. (2024). 돌봄의 사회학. 오월의봄. 49-58.

‘사회서비스’의 개념과 쓰임새는 불분명하고 다양하다는 것이다.

사회서비스는 서비스 제공 및 운영주체, 서비스 대상, 재원조달방식과 급여제공원리가 사회보험이나 공공부조에 비해 명확하지 않다. 사회보장법체계에서 사회서비스의 위계와 지위에 관한 이견, 사회서비스의 내용·형식·범주에 대한 서로 다른 관점들에서 혼돈이 초래된다. 사회서비스를 계약을 통해 사고파는 형태로 구성하면서 품질관리, 경영실적, 성과평가 등 사회서비스를 상품으로 보는 시각이 나타남을 우려하는 지적이 있다. 사회서비스의 범주 설정의 명확화, 모든 대면 형태의 접촉에서의 상호존중의 책임관계를 설정하는 법적 규율의 필요성, 강제적 관계에서 이루어지는 사회서비스는 제외하고 자율성과 선택권을 원칙적으로 보장할 필요성 등이 사회서비스의 법적 재구성의 과제로 제기된다.²¹⁾

두 번째는 돌봄을 돌봄의 원형으로 간주되는 육아와 같은 의미로 받아들여온 역사적 경향을 반영한 것으로 여성과 고용 관련 법률에서 나타나는 돌봄이다. ‘아이돌봄’, ‘육아휴직’ 등을 규정하고 있다. 문제점은 초점이 자녀 양육에만 맞춰지면서 가족 돌봄을 위한 제도 개선에 관한 논의는 부족하다는 것이다. 가족돌봄휴직, 가족돌봄휴가와 가족돌봄 등을 위한 근로시간 단축 제도는 모두 인지도가 현저히 낮으며 사업방 규모의 차이나 현행법상 ‘가족’의 범위가 제한적이고, 소득보전이 안되는 등의 사유로 제도 사용이 어려운 형편이다.²²⁾ 그리고 이런 가족돌봄 관련 제도에 대한 평가는 양가적인데 확충·강화될 필요성을 강조하는 한편으로 이런 정책들이 기본적으로 돌봄의 책임을 가족에게만 지우는 경향을 강화하는 것으로 귀결될 것에 대한 우려이다. 돌봄의 사회화 내지 시민적 연대를 촉진하고 강화시켜줄 정책들이 더 필요하다. 관련법에 등장하는 ‘경력단절’이나 ‘해고 등 불리한 처우’등의 표현에서 돌봄이 보편적인 시민성이 아니라 돌봄 수행이 오히려 패널티가 되는 사회적 배경이 드러난다. 전통적 성별분업을 해체하고 여성의 노동시장 참여를 지원하는 적극적인 노동사회정책 또한 돌봄 정책에 포괄된다는 것을 의미한다.

세 번째는 최근의 경향으로 돌봄통합지원법을 비롯해 위기가동청년법, 아이돌봄지원법처럼 법명에 ‘돌봄’을 직접 명시하는 것이다. 그간 비가시화된 특정 집단을 표적화하거나 새로이 등장하는 ‘문제’로서 돌봄을 다룰 때 특화된 대상에 한정된 돌봄법이 계속 제정될 것이 예상된다.

삶의 제반 조건 속에서 돌봄만 따로 떼어 생각하는 건 불합리하기에 기본적인 소득, 주거, 의료, 교육, 교통 등 관련되지 않은 분야가 없다. 돌봄은 그 자체가 가진 철학과 복합적 욕구의 속성 때문에 기존법에 몇몇 사회서비스를 단순 추가하는 것으로 돌봄 법제화의 목적을 이룬다고 말하기는 어렵다. 돌봄 체계의 변화없이 관련서비스는 계속 늘어가는 추세이기에 예시된 표의 항목은 계속 늘어날 것이다. 문제는 이렇게 서비스의 가짓수가 확대되는 것만 가지고 ‘돌봄 사회화’나 ‘국가책임제’라고 이름 붙일 수 있느냐이다. 가짓수가 아무리 늘더라도 구체적인 책임 주체가 없다면, 돌봄이 필요한 각자가 자신이 자격

21) 신권철. (2020). 사회서비스 개념의 법적 재구성. 사회보장법연구 2020년 제9권 제1호.

22) 이은주. (2025). 남녀고용평등법상 가족 돌봄 지원제도 쟁점과 과제. 한국비교노동법학회 노동법논총 63.

이 되는 서비스를 알아서 획득해야 하는 상황에는 변화가 없을 것이다. 사회서비스의 일환으로만 돌봄 서비스를 규정하는 것을 넘어서 돌봄을 가능하게 하는 조건들을 질문하고 돌봄을 공동체의 존속과 재생산을 위한 필수활동으로 배치하는 해석과 개념화가 요구된다.

〈표 1〉 최협의의 돌봄 관련법

사회보장법	관련 조항
사회보장기본법	제3조(정의) 1. “사회보장”이란 출산, 양육, 실업, 노령, 장애, 질병, 빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스를 말한다. 2. “사회보험”이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다. 3. “공공부조”(公共扶助)란 국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도를 말한다. 4. “사회서비스”란 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도를 말한다.
사회복지사업법	제2조(정의) 6. “사회복지서비스”란 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움을 필요로 하는 모든 국민에게 「사회보장기본법」 제3조제4호에 따른 사회서비스 중 사회복지사업을 통한 서비스를 제공하여 삶의 질이 향상되도록 제도적으로 지원하는 것을 말한다. 7. “보건의료서비스”란 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 보건의료인이 하는 모든 활동을 말한다. 사회복지사업법에서 정한 각 목의 법률에서 ‘돌봄’을 명시한 경우: 아동복지법(2019) 제44조의2 방과 후 돌봄서비스, 다함께돌봄센터 노인복지법(2023) 제4조의3(고령친화도시) 노인의 역량강화, 돌봄 및 안전, 제27조의 3(독거노인종합지원센터) 홀로 사는 노인에 대한 돌봄 사업 장애인복지법(2025) 제30조의 2. 장애인 가족 돌봄지원 다문화가족지원법(2025) 제6조, 아이돌봄 지원법 규정 준용 장애아동 복지지원법(2025) 제24조(돌봄 및 일시적 휴식지원 서비스 지원) 발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률(2024) 제29조의3(최중증 발달장애인 통합돌봄 지원)
사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률(약칭: 사회서비스이용권법)	제2조(정의) 1. “사회서비스”란 「사회복지사업법」 제2조제6호에 따른 사회복지서비스, 「보건의료기본법」 제3조제2호에 따른 보건의료서비스, 그 밖에 이에 준하는 서비스로서 대통령령으로 정하는 서비스를 말한다.

사회보장법	관련 조항
여성, 고용	
양성평등기본법	임신·출산·수유·육아에 관한 모성권·부성권을 보장 및 사회적 비용 부담(제25조 ①항, ②항) 방과 후 아동돌봄, 아이돌봄 서비스 확충, 출산전 휴가와 육아휴직제의 확대 (제26조 ②항) 국가, 지자체는 여성의 역량강화, 돌봄 및 안전 구현 정책을 운영하는 지역(여성친화도시) 조성 노력 (제39조 ①항)
여성의 경제활동 촉진과 경력단절 예방법(약칭 여성경제활동법)	- “경력단절 예방”이란 여성이 혼인·임신·출산·육아와 가족구성원의 돌봄 또는 근로조건 등을 이유로 경제활동을 중단하는 것을 방지하기 위하여 행하는 제반 활동(제2조 3호) - 국가와 지자체 경력단절 예방 추진시 여성의 생애주기, 모성 및 장애 특성 등 고려(제3조) - 경력단절 예방 사업 실시(제15조) 보육 지원 등 복지서비스 제공 및 연계를 위한 여성경제활동지원센터 운영 가능(제17조)
남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(남녀고용평등법)	육아휴직 1년. 일정한 경우(장애아동의 부모등 대상) 추가 6개월 사용 가능. 육아휴직 이유로 해고 등 불리한 처우 금지(제19조 1항, 2항, 3항) 가족돌봄휴직 및 가족돌봄휴가, 가족돌봄 등을 위한 근로시간 단축을 이유로 한 근로조건 불리하게 변경 금지(제22조의 2-4)
근로기준법	출산전후 휴가 90일(미숙아 100일, 한번에 둘 이상 자녀 120일) (제74조 제1항)
고용보험법	- 육아휴직급여 지급(제70조) - 출산전후휴가 급여 지급(제75조)
법명에 ‘돌봄’을 명시한 경우	
가족돌봄 등 위기아동·청년 지원에 관한 법률 (약칭: 위기아동청년법)	제2조(정의) 1. 가. “가족돌봄 아동·청년: 돌봄이 필요한 가족에게 간 호·간병 및 일상생활 관리 또는 그 밖의 도움을 제공하고 있는 사람”
아이돌봄 지원법	제2조(정의) 3. “아이돌봄서비스”란 아이의 주거지 등에서 개별적으로 제공하는 보호 및 양육 등의 서비스를 말한다.
의료·요양 등 지역 돌봄의 통합지원에 관한 법률(약칭: 돌봄통합지원법)	제2조(정의) 1. “통합지원”이란 제2호에 따른 통합지원 대상자에게 이 법에 따라 국가와 지방자치단체의 장이 보건 의료, 건강관리, 장기요양, 일상생활돌봄, 주거, 그 밖에 대통령령으로 정하는 분야의 서비스 등 (이하 “보건 의료 등”이라 한다)을 직접 또는 연계하여 통합적으로 제공하는 것을 말한다. 돌봄통합지원법에서 언급된 법률: 의료법, 보건 의료기본법, 노인장기요양보험법, 장애인활동 지원에 관한 법률, 간호법, 호스피스·완화 의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료 결정에 관한 법률, 약사법, 사회보장급여의 이용·제공 및 수급권자 발굴에 관한 법률, 국민건강보험법, 국민연금법, 사회복지사업법, 사회보장기본법, 지역보건법, 치매관리법, 저출산·고령사회기본법 등 30여 개

(2) 광의의 돌봄관련법과 현안 쟁점들

(1)에 이어서 관련법의 범위를 더 확대해 봤다. <표 2>에서 왼쪽은 법제처 법령검색센터에 관련 검색어(노인, 아동 등)를 넣었을 때 목록화되는 법률 중에서 주요한 것을 추린 것이고, 오른쪽은 관련 시민단체와 해당 분야 전문가들이 지적해 온 문제들을 일별해 본 것이다.

<표 2>에 담긴 법률은 방대하지만 이걸 일부에 불과하다. 돌봄의 가치와 철학이 미치지 않는 법 분야는 없다고 봐야 하기 때문이다. 그리고 이렇게 방대한 법 중에서 돌봄 사회의 원리가 될 만한 것이 담겨 있느냐, 돌봄을 중심으로 한 새로운 체제 구성의 원리 내지 급진적인 정책들의 근거를 품고 있느냐는 점에 대해서는 별도의 분석이 필요하다. 원리란 모든 논의의 출발점이 되는 생각인데 돌봄의 원리에서 출발하려는 사람들은 기존법의 언어 속에서 공백을 찾아내고 새롭게 구성하려 분투한다. 재가서비스 이전에 기본적인 주거의 보장, 노동시간 단축과 일자리 나누기, 모든 노동자를 돌봄을 하는 주체로 상정하기 등 일의 배치를 바꾸기, 돌봄 기본소득과 재난소득, 상병수당의 도입 요구 등이 법의 언어가 되려면 갈 길이 멀다. 이런 배경 속에서 한계가 크지만 <표 2>와 같이 일별해 본 이유는 코로나19 팬데믹 이후 시민사회운동에서 줄곧 제기해온 것처럼 ‘돌봄관련 기본법’이 필요하다고 할 때, 표에서 보이듯 다양한 대상별로 적용되는 각종 법률과의 관계와 범위가 명시적으로 제시돼야 하고 기존 사업과 다른 변화가 생길 경우에는 관련 법률이 개정돼야 하기 때문이다.²³⁾

1) 헌법

헌법에 돌봄을 조문화하자는 논의는 김희강과 구은정을 주로 인용하고 있다. 먼저 김희강은 헌법 제 10조의 인간의 존엄과 가치는 이성을 이용해 윤리적 사고와 행동을 할 수 있는 자율적인 인간을 전제로 하나, 근본적으로 누구나 돌봄이 필요한 존재라는 새로운 인간상을 바탕으로 돌봄을 인간으로서의 존엄과 가치란 헌법 이념을 실현할 핵심으로 논의할 필요가 있다는 것이다. 돌봄 윤리에 대한 기존 연구들이 그 가치를 어떻게 제도화할 것인가에 대한 논의가 미흡했음을 비판하며, 돌봄을 개인 책임으로 해결할 수 없는 사회구성원 전체의 연대책임으로 규정한다. 돌봄이라는 가치의 근본적인 성격에 비추어 단지 기본권 체계의 일부로 편입시키거나 사회보장의 목록을 확대하는 식으로 사회권 확대를 주장하는 것으

23) 일본의 경우 2014년 「지역에 있어서의 의료 및 간호의 종합적인 확보를 추진하기 위한 관계 법률의 정비 등에 관한 법률」(약칭: 의료개호종합확보추진법) 제정. 19개의 관련 법률을 일괄 개정한 패키지 법률을 통해 지자체가 의료병상을 관리하고(기능별 균형 유지), 의료인력확보 책임을 가지며 개호보험 급여 일부를 지자체 사업으로 이전하고(재정과 함께), 개호인력 확보 대책 등을 세우게 했으며 소비세 인상으로 확보한 기금으로 이들 사업을 할 수 있도록 했음. 양난주. “[돌봄]있는 사회보장, 어떻게 실현할 것인가?”(2025.04.23.) 돌봄복지국가 실현을 위한 국회대토론회 토론문.

로는 부족하다고 본다. 이에 헌법 제1장 총강에 “국가는 돌봄의 가치와 돌봄관계를 수호하기 위하여 노력하여야 한다.”라는 조항을 신설하거나, 헌법 ‘제2장 국민의 권리와 의무’란 제목을 “돌봄에 힘입은 국민의 권리와 의무”로 수정할 것을 제안하고 있다.²⁴⁾

구은정은 돌봄 가치와 돌봄 실천을 구분한다. 정치, 시장, 공동체 모든 영역에서 수행되는 돌봄 실천이 생산하는 가치들은 다양하다. 각 영역의 돌봄 실천은 모두 필요하나 인간이 가치를 목적으로 활동한다는 행위론적 관점에서 각각의 돌봄을 실천하는 개인이 향유하려는 가치는 다르다. 돌봄 실천이 생산하는 다양한 가치들이 분명히 드러날 때, 개인이 행복을 추구하는 데 필요한 돌봄을 제공할 권리에 대해 명확히 논의할 수 있다. 누구나 돌봄 가치를 향유할 수 있도록 하는 것이 돌봄을 헌법에 보장한다는 것의 의미일 수 있다. 기존 헌법 이념에 대한 논쟁은 권리와 의무, 개인과 전체를 대립시키는 자유주의와 공화주의 논쟁으로, ‘우리’에 갇든 ‘나’의 권리이자 의무로서의 돌봄을 포착할 개념적 영역이 부재함을 지적하며 시장 대 정치, 개인 대 전체, 권리 대 의무 등의 대립에 주목했던 관점을 넘어 ‘개인의 권리이자 의무인 돌봄’을 분명히 할 필요가 있다. ‘정의’라는 정치적 가치가 개인과 개인들 ‘사이’에서 발현되고 향유되는 관계적 가치로서의 돌봄을 어떻게 개개인에게 제공할 수 있는지는 불분명하므로 가부장적 (가족)공동체 중심주의와 정치적 정의를 넘어 ‘사회적인 것’(상호신뢰, 상호배려, 공감 등)을 논의해야 한다. 상대방에게 무언가를 선물로 준다는 것이 돌봄 가치를 생산하는 핵심인데, 이와 같은 도덕적 활동에 참여하려는 의지와 능력을 발현하는 것을 통해 인간은 존엄과 가치를 지닌 개인이 된다. 이에 헌법 제2장 제10조에서 밝힌 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 실현하고 ‘행복추구권’을 보장하기 위해 헌법 제34조에 한 항목으로 “국가는 개인의 권리이자 의무로서의 돌봄을 보장할 의무를 진다”라고 명시할 것을 제안한다.²⁵⁾

돌봄이 헌법적 가치라는 점을 인정하는 것과 헌법에 조문화하는 것은 다름뿐더러 단순하지 않다. 국민주권주의, 민주주의, 법치주의, 문화국가, 사회국가 원리 등과 같은 수준에서 ‘돌봄’이 한국사회의 공론장에서 논의되고 있는지를 숙고해야 하며, 독자적인 헌법원리로서 돌봄국가원리를 만드는 것은 도전적인 과제라고 본다. 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄과 가치’를 근거로든, 제34조의 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 등 사회적 기본권의 영역에서든 돌봄을 포함하는 기본적 인권과 정의, 그리고 민주주의를 규범으로 요청할 수 있다. 또한 제37조제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 규정은 불가침의 기본적 인권이 헌법상의 기본적 인권 목록에 한정하는 것이 아님을 강조하고 있다.

24) 김희강. (2018). 돌봄:헌법적 가치. 한국사회정책 제25권 제2호. 한국사회정책학회.

25) 구은정. (2020). 돌봄 가치를 반영하는 개헌을 위하여-개인의 권리와 의무로서의 돌봄. 경제와사회. 통권 제127호. 비판사회학회.

하지만 헌법적 정의와 규범과 현실 사이의 어긋남은 불가피하다. 헌법 문서는 개략적이고 압축적이어서 불가피하게 배제와 탈락을 포함하고 있고, 해석과 실천을 둘러싼 정치적·경제적·사회적·문화적 투쟁이 벌어질 수밖에 없다. 헌법을 고치는 게 우선순위가 돼야 할까? 개헌 없이 법률 차원에서 국가·사회체제 개혁을 충분히 할 수 있으며, 문제는 헌법이 아니라 기본적 인권을 무시하고 민주주의가 작동하지 않는 ‘국가 체제’의 문제라는 관점에서 돌봄의 사회관계를 지원하는 작용으로 전환하기 위한 전체적인 정부 조직체계의 혁신이 오히려 필요한 것이 아닌가 싶다. 개헌부터가 아니라 지역에서 돌봄을 가능하게 하는 시민사회와 행정의 관계를 재설정하는 돌봄정치의 실증이 우선 필요한 것 같다.²⁶⁾

2) 돌봄기본법 제정 요구

기존법의 개정이 아니라 ‘돌봄기본법’을 제정하자는 요구는 2022년 1월 20일 국민입법청원으로 가시화됐다.²⁷⁾ 국회 임기 만료로 폐기되었지만, 22대 국회를 구성한 이후에도 제정 요구와 시도는 여전하다.²⁸⁾ 앞서 입법청원된 통칭 ‘돌봄기본법’은 돌봄정책기본법과 돌봄노동자기본법을 아우르는 것이다. 청원 내용을 보면 ‘우리 사회 돌봄 정책을 근본적으로 전환하기 위한 법’이라고 밝히고 있다. 시장중심의 돌봄서비스와 돌봄노동에 대한 국가 책임을 명확히 하고자 기본권으로서의 돌봄 인식과 돌봄(노동)의 가치 인식, 성별화된 돌봄을 벗어나 함께 돌보는 사회 실현을 위한 국가기준 마련, 기본계획 수립 등 돌봄에 대한 국가 및 지자체의 사회적 책임 명시와 돌봄 노동자 노동권 보장 등을 기본 방향으로 한다.

2024년 3월 제정된 ‘돌봄통합지원법’이 돌봄기본법의 역할을 할 수 있느냐에 대해서는 의견들이 갈린다. 기존법의 정비없이 돌봄통합지원법이 제정된 상태이므로 관련 법률을 일괄 개정한 패키지 법률 제정의 필요성이 있는데, 그것이 돌봄기본법의 역할을 할 수 있을지, 돌봄통합지원법을 시행하면서 법 개정이 이뤄진다고 할 때 그 법과 돌봄기본법과의 관계가 어떠한지에 대해서는 뭐라 판단할 수 없는 상태다.

돌봄기본법만이 아니라 <표 2>에 열거된 여러 분야내에서도 기본법 제정의 필요성에 대한 요구들이 있다. 이미 기본법을 갖춘 분야도 있지만 그렇지 않은 분야가 여전히 있기 때문이다. 가령 아동복지법이 현재 기본법 역할을 한다고 하지만 보호 대상으로서의 아동의 복지라는 것은 제한적이기 때문에 아동의 권리를 총체적으로 볼 수 있는 권리보장에 관한 ‘아동기본법’ 제정이 필요하다는 주장²⁹⁾, 노후에 대한

26) 2022.04.28. 인권연구소 ‘창’에서 개최한 <돌봄과 헌법 세미나>에서 헌법학자 오동석과 세미나 참가자들의 논의 내용

27) <https://petitions.assembly.go.kr/proceed/cmtReferred/D337FF465D1C7359E054A0369F40E84E>

28) 더불어민주당 남인순 의원·(사)보건복지지원연구원. (2024.06.04.). 돌봄사회 실현을 위한 토론회2 돌봄민주사회로 가기 위한 대안찾기. 더불어민주당 이수진 의원 등. (2025.04.23.) 돌봄복지국가 실현을 위한 국회대토론회. 이를 비롯해 ‘돌봄기본법’을 제정하자는 취지로 여러 국회의원실 주최 토론회가 계속 이어지고 있다.

29) 김희진. (2022). 아동기본법 제정을 위한 당사국의 책무. 인권연구 5(2). 67-104.

자기 책임성의 강조나 노인을 수급자 정도로밖에 보지 않는 현행법의 한계 때문에 ‘노인인권기본법’ 제정이 필요하다는 주장³⁰⁾ 등이다.

3) 대상별 이슈

〈표 2〉의 3~10에서는 대상별 핵심 이슈를 일별해본다. 각각의 이슈가 심도 깊은 논의를 요하는 것이므로 이 글의 한계상 상세한 것은 다룰 수 없고 개괄에 의미를 두고자 한다.

① 노인

근본적으로는 노년을 둘러싼 제반 법률과 제도가 노년 인권 친화적으로 재구조화될 수 있어야 한다. 존엄성, 독립성, 돌봄과 건강권, 참여권과 자아실현의 권리 영역에서의 의사결정권, 노동권, 차별받지 않을 권리 등 인권 관점의 구조적 접근이 필요하기에 여타 법률과 제도·정책 수립에 있어서 구속력을 갖는 기본법 형식의 노인인권법의 도입이 요구되고 있다.³¹⁾

돌봄과 관련해 노인장기요양보험법의 개정은 오랜 사안이다. 개정 요구의 핵심은 노인장기요양기관의 공공성 강화와 요양보호사의 노동환경 개선이다. 공공요양기관이 1%에 불과하기 때문에 공공서비스 공급비율을 적어도 30% 수준으로 높이고 국공립 장기요양기관을 충분히 확보하자는 것이다. 법조문에 국가와 지자체의 책무와 공공성 원칙을 명시하고 노인장기요양 정책을 논의하는 장기요양위원회에 장기요양요원 대표를 위원으로 포함해야 한다는 요구 등을 ‘노인장기요양공공성강화공대위’ 등이 지속적으로 해왔다. 2024년 12월 20일 노인장기요양보험법 제4조(국가 및 지방자치단체의 책무 등)가 개정되어 ‘국·공립 장기요양기관을 확충하기 위하여 노력하여야 한다’는 노력의무 조항이 신설됐다. 하지만 ‘노력의무’는 선언적 규정이므로 공공성 확보와 강화는 지속적인 과제로 제기될 것이다.

또 중요한 개정 요구 사항은 장기요양보험 급여의 확대이다. 식사지원, 병원동행, 외출, 그리고 사회 참여를 위한 생활지원 등의 급여화가 요구된다. 돌봄통합지원법 제18조(일상생활돌봄)에는 가사활동 지원 서비스, 이동지원 서비스, 보조기기에 관한 서비스, 시설·기관에 통원하여 필요한 편의를 제공받는 서비스, 인공지능·사물인터넷 등 정보통신기술에 기반한 서비스, 주거공간의 확보·제공 또는 주거환경 개선 등 주거지원 서비스, 지역사회 복귀를 지원하는 서비스, 맞춤형 급여 안내 서비스 등이 규정돼 있는데 “관계 법령과 조례에 따른 다음”이들 서비스를 “확대”한다고 되어있다. 이와 관련된 관계 법령이

30) 노인인권법제정추진연대 공동보도자료. (2025.05.08.) 모두의 존엄한 노년을 위한 노인인권기본법 제정해야. <https://www.minbyun.or.kr/?p=63542>

31) 노인인권기본법 제정 추진연대.(2025.05.08.). [라운드테이블] 노인인권기본법 제정의 필요성 및 방향. 노인인권기본법 제정 추진연대 자료집.

특정되지 않아 서비스 개념이 불분명하고 관련 법령의 개정 없이 이 법에 의해 가능한지가 의문이라는 지적이 있다.³²⁾

재가서비스의 불충분성은 오랫동안 지적돼온 문제이다. 새로운 서비스의 제도적 확충 및 서비스 공급 방식의 개선이 필요하다. 가사와 신체수발 제공 중심의 서비스를 탈피해야 한다. 북유럽 선진국에서는 전문업체에 외주화하는 추세이며 간호와 재활서비스 중심으로 제공한다. 비급여 상태인 간호사, 물리치료사, 작업치료사 등을 통한 간호와 재활서비스 제공의 활성화가 요구된다. 거동의 불편함을 고려할 때 이동지원서비스의 신규 급여화가 절실하다.³³⁾

노인장기요양보험은 전국적인 제도이나 접근성이 나쁜 곳에 거주하는 경우 등에는 요양보호사 등에 연결되지 못하여 가족이 불가피하게 돌보는 상황이 있다. 장기요양기관에 근무하는 요양보호사 중에도 이용자와 가족관계인 가족인요양보호사가 상당수 있다. 하지만 이들에 대한 노동시간 인정이나 급여는 아주 적다. 가족인 요양보호사가 받은 급여의 비율이 낮은 것은 가족돌봄을 신청한 요양보호사가 받을 수 있는 급여와 가족 아닌 자를 돌본 요양보호사의 급여 사이에 차이가 있기 때문이다. 가족노동에 의존하지 않는 사회적 돌봄을 마땅히 지향해야 하나, 불가피하게 또는 선택으로 가족을 돌보는 가족이 있다면 이들을 지원하는 시스템 역시 필요하다. 다양한 돌봄의 행위자들 중 한 요소로서의 가족인 것과 가족의 우선적인 책임으로 전가하는 것, 따라서 가족돌봄자를 상정하고 공적 돌봄을 철회할 근거로 삼는 것은 전혀 다른 문제다. 가족(장애인, 고령자 등)을 돌보는 가족이 있다 할지라도 그 돌봄이 자유로운 선택의 결과인지 아니면 대체할 선택지가 없는 상황에서의 고육지책인지에 따라 함의는 전혀 다르다. 기회비용의 상실과 맞바꾼 선택인지 소득을 보장해주는 복지제도를 기반으로 한 선택인지에 따라 선택의 함의는 다르다.³⁴⁾ 이에 가족요양인에 대한 급여 수준을 현실화하는 것은 물론이고, 다각적으로 제도를 개선해야 한다. 사회보장적 관점에서의 연구뿐 아니라 노동법 관점에서의 제도 개선도 함께 필요하다.³⁵⁾

분절성 극복을 위한 조건 중 하나로서 돌봄통합지원법에서 노인장기요양보험과 관련하여 지적되는 사항은 제22조의 통합지원정보시스템이다. 노인장기요양보험 이용 노인에 대한 국민건강보험공단의 정보, 지역사회 통합돌봄 선도사업의 노인맞춤돌봄서비스 이용 노인, 보건소·치매안심센터·정신건강복지센터·국민연금공단(장애인활동지원서비스) 등 기관들의 대상자 정보 미공유가 문제시된다. 개인정보보호 시스템 마련을 필수조건으로 하여 통합정보지원시스템 구축을 통해 시스템의 연계가 가능한 체계를 만들어야 한다는 지적이 있다.

32) 유육. (2024.06.24.) “『돌봄법』의 법률적 검토”. ‘돌봄법’의 의미와 22대 국회의 입법 과제 토론회.

33) 전용호.(2025.02). 이용자 중심 관점에서 새로운 서비스 제도적으로 확충...노인뿐 아니라 고립·은둔자도 고려해야. nara.kdi.re.kr.

34) 우에노 지즈코, 앞의 책 121

35) 윤진아. (2021.) 노인장기요양보험법상 가족요양제도의 현황과 개선방안. 법학논총. 한양대학교 법학연구소.

돌봄통합지원법의 시행 준비 과정에서 건강보험공단과 지자체의 역할 관련 논쟁이 벌어지고 있는데, 지역사회가 중심이 되려면 건강보험공단 주도가 아닌 지자체가 돌봄의 주체가 돼야 할 것이다.³⁶⁾

② 장애인

앞의 인터뷰이 2의 의견에서도 나타났듯 ‘복지법’을 ‘권리법’으로 패러다임을 변화시키는 것이 법제·개정 운동의 목적이다. 21대 국회에 이어 22대 국회에서도 다수의 장애인권리보장법안이 발의돼 있다. 21대 국회에서 쟁점사안은 ‘탈시설’ 용어에 관한 의견 충돌이었고, 이 때문에 국회에서의 논의가 제대로 이어지지 못하고 관련법안들은 자동폐기됐다. 국회뿐 아니라 장애계 내에서도 ‘탈시설’에 대한 논쟁은 계속되고 있다. 노인 관련 법제에서는 ‘살던 곳에서 여생을 보내기’(Aging In Place)를 당연한 원리이자 용어로 채택하고 있는 반면에 ‘탈시설’은 그렇지 못하다. 유엔장애인권리협약과 유엔장애인권리위원회의 2022년 ‘긴급상황을 포함한 탈시설가이드라인’(Guidelines on deinstitutionalization, including in emergencies)과는 동떨어진 국내 법제화의 현실이다.

장애 운동 당사자들이 말하는 ‘탈시설’의 정의는 ‘시설에서 벗어나 거주인들이 자유로운 삶을 회복할 수 있는 사회적, 정책적 여건을 마련해가는 과정’을 의미한다. 시설은 물리적 공간만을 뜻하지 않는다. 시설의 핵심은 ‘한 사람이 권력적 통제의 대상이 돼 자신의 삶을 스스로 실현해가는 권능을 상실한 상태에서 살아가게 되는 사회적 조건’이다. 그렇기에 ‘탈시설은 시설거주 장애인들의 지역사회 전환을 포함해 이 사회 전반의 시설성을 완화하고 더 고양된 민주주의를 지향하는 운동’이다.³⁷⁾

탈시설권리실현 3대 입법 추진법안은 장애인 탈시설 지원에 관한 법률, 장애인 거주시설의 단계적 축소 및 폐쇄에 관한 법률, 장애인 거주시설 피해생존자 배보상에 관한 법률이다. 그밖에 전국장애인차별철폐연대, 전국장애인부모연대 등이 추진하고 있는 7대 장애인권리법안은 교통약자의 이동편의 증진법 전면 개정, 권리중심 중증장애인 맞춤형 공공일자리 지원법 제정, 장애인평생교육법 제정, 장애인권리보장법 제정, 장애인복지법 전면 개정(장애인자립생활권리보장법), 발달장애인법 전면 개정, 장애인 등 특수교육법 개정이다.

돌봄통합지원법에서 장애인과 관련돼 주로 지적되는 사항은 노인 중심이라는 우려이다. ‘요양’이 아니라 ‘사회 활동 지원’을 포함해야 하고, 물리치료사·작업치료사 등에 의한 재활서비스를 보편화하고 장애인 필수 급여로 편입할 것 등이 제안되고 있다.

장애인 건강주치의제도는 2015년 장애인 건강권 및 의료접근성 보장에 관한 법률 제16조에 명시되

36) 비판과 대안을 위한 사회복지학회 외 7개 사회복지학회 공동성명서. (2025.03.13.) 지자체 중심의 제대로 된 통합돌봄 시행하라.

37) 김남희 외. (2025). 공존을 위한 탈시설 이야기: 장애, 시설을 나서다. 진실의 힘. 7-9.

면서 관련 시범사업이 2018년부터 시행됐다. 하지만 수요자 및 공급자 모두의 참여율이 저조했기에 제도 개선의 필요성이 제기됐다. 인센티브 부족, 본인부담금에 대한 부담 등의 문제가 지적됐다.³⁸⁾

장애인 내부의 다양한 차이들이 존재하기에 장애인, 장애청년, 농촌거주 장애인, 장애여성 등과 관련된 세부적인 법규정이 요구되고 있다. 몇가지 사례를 들면, 장애노인의 권리가 제도 속에서 단절되는 것에 문제를 제기하며 2024년 12월 17일 '전국장애노인연대'가 출범했다. 이 단체가 문제 제기하는 것은 65세가 되면 노인장기요양보험에 강제 편입돼 이전에 받던 활동지원서비스나 보조기기 등에 관한 서비스가 위축되는 상황이다. 노인장기요양 등급 조건에서 탈락하면 활동지원서비스 등은 유지하지만 등급 조정에 의한 서비스 변동을 우려할 상황이다. 당사자의 선택권을 보장하는 방식으로 제도를 개편할 필요가 있으며 관련하여 장애인활동지원법 개정을 요구하고 있다.³⁹⁾

농촌거주 장애인의 기본권 문제도 심각하다. 일례로 농촌거주 장애인 이동권 실현과 관련해 장애인이 이용가능한 이동수단은 '저상버스와 장애인 콜택시 등의 '특별교통수단' 뿐인데, 그마저도 '예외노선 신청 조항' 때문에 유명무실하고, 장애인 콜택시의 법정대수를 충족시키지 못하는 지자체가 상당수이며 지자체가 이동도 못하게 돼있다.⁴⁰⁾

장애여성 관련 독자적인 법률의 부재도 오래 지적돼온 문제다. 관련하여 장애여성지원법안이 국회에 발의된 상태다.⁴¹⁾

38) 최은희 외. (2022). 장애인 건강주치의 활성화 방안. 2022 한국사회복지학회 공동학술대회 자료집. 468-480.

39) 이재민. (2024.12.17.) 장애노인의 권리와 제도의 단절 그리고 전국장애노인연대. 전국장애노인연대 출범식 발제문.

40) 강선일. (2023.05.28.). 아직은 갈 길 먼 '농촌 거주 장애인 이동권 실현'. 한국농정신문. 이 기사를 포함하여 한국농정신문은 장애인기본권 연재기획을 진행했다.

41) 서미화의원 등 15인. 2024.12.3. 장애여성지원법안 발의. 제안 이유와 내용은 다음과 같다:
장애여성은 교육, 고용 등 여러 분야에서 비장애인뿐만 아니라 남성장애인에 비해서도 다중적인 차별구조 속에서 취약한 상황에 처해 있어 생애주기별로 특별한 지원이 필요한 실정임. 그런데 「장애인복지법」 등 기존의 법률로는 충분한 지원을 하기에 미흡하고 전반적인 장애인 정책에서도 장애여성이 소외와 배제 되어 있어, 장애여성에 대한 종합적인 지원을 위한 법률을 별도로 제정할 필요가 있다는 의견이 있음. 이에 장애여성을 지원하기 위한 종합계획 수립 및 장애여성정책조정위원회의 설치 근거를 마련하고, 교육, 고용, 폭력 피해 지원, 고령 장애여성 지원 등 종합적인 지원서비스 체계를 구축함으로써 장애여성의 삶의 질을 향상시키려는 것임.

주요내용

- 가. 이 법은 장애여성 지원에 관한 종합적인 계획 및 시책을 수립·추진하도록 하여 장애여성의 인권을 보장하고 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 함(안 제1조).
- 나. 보건복지부장관은 장애여성의 권익과 복지증진을 위하여 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 5년마다 장애여성정책종합계획을 수립·시행함(안 제6조).
- 다. 장애여성을 위한 종합정책을 수립하고 관계 부처 간의 의견을 조정하며, 그 정책의 이행을 감독·평가하기 위하여 장애인정책조정위원회에 장애여성정책조정위원회를 둠(안 제7조).
- 라. 장애여성을 위한 교육 지원, 모성보호와 보육 지원, 성·재생산 건강 지원, 고용 지원, 성폭력·성매매·가정 폭력·학대 피해 지원, 성인권교육 지원, 가족 지원, 고령장애여성 지원, 문화예술 지원에 대한 근거를 마련함(안 제9조부터 제19조까지).
- 마. 국가와 지방자치단체가 장애여성에 대한 종합적인 지원을 수행하는 장애여성종합지원센터를 설치·운영할 수 있도록 함(안 제23조).

③ 아동·청소년

다른 돌봄도 그렇지만 코로나19 팬데믹 상황은 아동 돌봄에 대한 근본적 질문을 던졌다. 돌봄 기관이 문을 닫는 상황에서 다시 돌봄이 ‘재가죽화’, ‘재여성화’되는 문제가 컸고, 돌봄 공백은 취약성의 불평등한 분배로 다양한 처지의 아동을 배제하고 위험에 빠트렸다. 집에서 돌볼 수 있는 상황과 사회적 돌봄을 이용해 온 상황 등이 달랐고, 아동의 배경과 조건에 관계없이 보편적으로 돌봄 받을 수 있도록 아동이 중심이 되는 돌봄 논의가 필수적이라는 과제가 제기됐다. ‘온종일 돌봄’을 키워드로 초등학생 돌봄을 공공의 영역에서 책임질 수 있도록 하는 과제와 양육자의 노동권과 돌볼 권리 보장의 문제만이 아니라 아동이 돌봄의 주인공이며 어떠한 돌봄의 형태가 아동의 권리를 보장하는가의 논의를 필요로 했다.

하지만 현실에서의 논의는 ‘학교에서 돌봄을 제공하는 것이 옳은가?’ ‘돌봄 주체는 누가 되어야 하는가?’ 등의 질문으로 쏠렸다. 법적 근거와 재원 지원 등을 위한 통일된 법적 기반의 부재가 교원단체와 돌봄전담사들 간의 갈등을 비롯해 다양한 이해관계자들의 갈등을 불렀기 때문이다. 이는 운영주체에 대해 명확한 사회적 합의를 기반으로 한 명문화, 해당 정책의 소관 부처·실행주체에 대한 근본적인 논의를 건너뛴 정치의 부재 탓이다. 이해당사간의 갈등과 이해관계의 대립에서 정작 아동의 권리는 뒤로 제쳐지는 것이 아닌가에 대한 근본적인 성찰이 필요했다.⁴²⁾

법과 관련된 쟁점으로는 통일된 법 제정의 요청이 있다. 2004년도에 방과후 교실 정책의 일환으로 시작된 초등돌봄교실은 뚜렷한 법적 근거 없이 초·중등학교 교과과정 고시와 같은 행정명령(초·중등학교 교육과정 총론)에 기초해 운영됐고, 학교밖 돌봄 시설인 보건복지부의 지역아동센터(아동복지법 제50조~제52조), 여성가족부의 청소년방과후아카데미(청소년기본법 제48조의2), 보건복지부와 지자체 공동 추진 중인 다함께돌봄센터, 학교돌봄터(아동복지법 제44조의2), 거점통합돌봄센터 등은 각기 다른 법적 근거에 기초해 운영중이다. 여러부처에서 운영하고 근거법과 이용대상·종사자·재원 등이 모두 다르기 때문에 이용자의 혼란가중, 서비스 대상과 내용의 중복, 이로 인한 돌봄기관 간 경쟁 과열과 사각지대 발생, 서비스 이용의 계층화 등 분절적이고 연계·협력이 어려운 문제가 지적됐다.⁴³⁾

또한 시간 차원의 돌봄 공백 해소를 위해서 돌봄기관의 운영시간 연장에만 초점을 둔 정책을 넘어 이른 아침, 늦은 저녁, 주말 등 다각적인 돌봄 공백을 해소하기 위한 노력, 비정규 시간대 돌봄이 필요한 계층의 특성을 고려한 돌봄 지원, 노동자 처우 및 시설 환경 개선도 고려해야 한다. 노동시간 조정, 돌봄권 및 돌봄시간 보장 등 사회구조 전반의 개선 노력이 함께 이뤄져야 한다. 돌봄기관에서의 활동이 아동

42) 이윤진. (2020.11) 코로나19이후 초등돌봄정책-관련 법률안 분석과 초등돌봄기본법의 대안제시를 중심으로-. 한양법학. 31-4.(통권 제72). 173-202.

43) 김건아(2024.11). 늘봄학교 법제화를 위한 쟁점 분석-초등돌봄 정책 관련 법제화 동향을 중심으로. 한국교육행정학회 학술연구발표회 논문집.

에게 또다른 학습(노동)이 되지 않도록 아동권, 특히 아동의 참여권과 놀 권리 보장을 위한 운영 내실화가 요구된다.⁴⁴⁾

최근 논의가 집중되고 있는 돌봄통합지원법은 돌봄이 필요한 주민을 ‘노인, 장애인, 정신장애인 등’으로 규정하여 아동이 빠져있다. 아동·청소년 돌봄은 학교 내에서만 또는 학교밖에서만 해결할 수도 없다. 지역사회 내의 포괄적인 돌봄을 상정해야 한다. 지역사회 돌봄논의는 간과하고 학교 돌봄 체계 논의만으로는 한계가 크다. 이와 관련해 최근 국회에서는 돌봄통합지원법과 별도로 아동 돌봄체계 구축을 위한 입법 과제 토론회가 있었다. 그 주요 내용은 아동을 권리주체로 보아 국가 및 사회 등의 책무를 명확히 하는 아동기본법의 제정, 인구변화나 감염병 대유행 등 사회적 변화를 아동복지시설 종사자 배치·자격·면적 기준 등에 반영하는 법개정, 지역형 돌봄과 학교 내 돌봄 시설 운영 등의 통합적 지원근거 마련, 농어촌지역 아동돌봄에 대한 근거규정(농어촌 아동돌봄특별법) 마련 등이다.⁴⁵⁾

아동기본법 제정 논의는 2022년 5월 어린이날 100주년을 기념하여 보건복지부가 아동기본법 제정을 추진할 것이라 밝힌 바 있고, 그보다 더 오랫동안 시민사회운동(2018년 결성 촛불청소년인권법제정연대 등)에서 유엔아동권리협약 이행의 관점에서 아동·청소년을 아우르는 보편적 아동정책 추진의 근거법 마련의 필요성을 말해왔다. 아동기본법만이 아니라 아동돌봄기본법 제정에 관한 목소리도 있다. 기본법 제정 요구는 일부 보호 대상 아동에 중점을 두고 있는 아동복지법의 한계, 아동과 청소년, 그밖의 부처별, 같은 부처인 경우에도 부서별 관심사에 따라 분절된 개별법들이 체계적으로 시행되지 못하면서 권리 보장에 공백이 발생하는 문제 때문이다.⁴⁶⁾

④ 여성

‘여성=돌봄자’라는 인식과 그에 기초한 정책을 뒷받침하는 법제화는 돌봄의 오랜 부정의이다. 이런 오랜 인식에 기초할 때, 국가가 돌봄 제공자로 나서고 돌봄의 사회화 정책을 추진한다고 해서 기존의 부정의가 해소되는 것은 아니다. 국가가 돌봄의 사회화를 명목으로 일부 집단, 특히 불리한 처지에 있는 이주여성이나 중장년 여성 등을 착취적으로 동원하는 방식은 돌봄 정책의 이상과는 거리가 멀다. 대개의 돌봄 정책은 명시하지 않아도 돌봄을 가족의(다른 말로 여성의) 책임하에 있는 것을 전제로 한다. 공적인 돌봄 수준은 노동자성을 유지하면서 돌보는 일을 유지할 수 있게 하는 정책을 적극적으로 취하기보다는 돌봄의 재가족화와 여성화에 대한 미련을 떨쳐버리지 않기 때문에 언제나 가족으로 책임을 전가하

44) 김송이.(2025.03) 놀봄학교, 초등 돌봄의 해법인가 또 다른 미봉책인가. 복지동향.

45) 이학영 외. (2025.05.13.) 지속가능한 아동 돌봄체계 구축을 위한 입법 과제 국회토론회. 이 토론회는 영케어러 문제 등으로 계속 이어질 계획으로 알려져 있다.

46) 김희진. (2022). “아동기본법 제정을 위한 당사국의 책무” 『인권연구』 5(2):67-104.

는 경로의존성에서 벗어나지 않는다.

이런 까닭에 한국의 돌봄 관련 정책은 주로 여성과 관련한 정책으로 논의돼왔다. 양성평등정책기본계획, 여성의 경제활동 촉진과 경력단절 예방법, 남녀고용평등과 일·가정 양립 기본계획, 저출산·고령사회 기본계획, 건강가정기본계획 등 다양한 정책에 분산되어 있다. 여성 정책 흐름에서 돌봄 논의의 특징은 돌봄이 생산을 위한 수단적 가치로서 여성 노동자 대상의 일·가족 양립의 관점에서 시작됐다는 것이다. 산전후휴가나 육아휴직 같은 제도적 지원은 여성임금노동자를 중심으로 마련되어 있어 제도 밖의 여성들에게는 도움이 되지 못하였다. 성별에 관계없이 육아휴직제도를 신청할 수 있지만 ‘모성 패널티’의 불이익을 감수하고 신청하는 대다수는 양육자 어머니다. 또한 대다수의 비임금·비정형 노동자들은 배제된다. 남녀 모두 일하고 돌봄 권리의 균형을 증시하는 것으로 정책 기조가 변화해왔다고는 하지만 그것을 뒷받침하는 사회적 환경의 개선은 더디기만 하다.⁴⁷⁾

가령 보육과 육아휴직 등에서 아동의 권리와 젠더 평등의 관점에서 남성의 육아 참여가 지니는 가치와 중요성을 환기시키는 것은 평등과 존중이라는 원칙 위에서 동반자 관계의 실현과 동료애적 관계의 가치를 강조할 수 있다. 그런데 젠더 평등과 돌봄 책임의 평등이라는 목적의식이 불분명할 때, 육아휴직 제도·유연근무제 등이 여성에게 오히려 직장 내 불이익과 돌봄노동 부담을 가중시키며 성불평등을 심화시키는 악순환을 초래하는 것이 현실이다.⁴⁸⁾ 돌봄의 여성화 문제를 간과하고 일·생활 균형이라는 사회적 목적을 위한 수단적 가치로 인식되어 노동과 돌봄의 불평등이 강화 재생산되는 것에 경각심을 가져야 한다.

낸시 폴브레를 비롯한 돌봄 이론가들이 강조하듯이 돌봄을 제공한 보상을 보장받을 수 없지만 한번 돌봄 업무에 투입되면 빠져 나오기 어려운 불이익을 겪는 여성의 협상력은 사회 여러 부문에서 악화된다. 또한 젠더만이 아니라 유색인종 여성 등 특정 집단에게 돌봄을 값싸게 전가할 수 있는 집단 권력 구조의 설계와 실행은 교차적 불평등의 원인이다.

돌봄은 젠더 이슈가 아니며, 돌봄의 가치는 어떤 성별이 하느냐의 문제가 아니다. 돌봄은 ‘여성 문제’라는 인식은 돌봄노동에 대한 오해이자 부정의의 뿌리이다. 돌봄의 가치와 젠더는 분리돼야 한다. 돌봄을 성역할로 합리화하지 말고 성별 관계없이 누구나 수행해야 할 노동이 돼야 한다. 돌봄 노동에 대한 정당한 처우, 가정 내 돌봄 노동의 공동 책임, 유급 돌봄 휴가 등이 구체적 정책이 돼야 한다.⁴⁹⁾

47) 송민이·강정한. (2024). 한국사회는 돌봄의 가치를 어떻게 평가하고 있는가: 2013~2023년의 언론기사를 중심으로. 한국사회학 제58집 제3호. 89~130.

48) 이은주. (2025). 남녀고용평등법상 가족 돌봄 지원제도 쟁점과 과제. 한국비교노동법학회 노동법논총 63.

49) 정희진. (2021.07.21.). ‘아이 돈 케어’의 세계. 한겨레21.

돌봄법제화는 여성정책으로서가 아니라 다양한 양태의 돌봄을 위한 공공서비스 확충, 근로시간 단축, 넉넉하게 지급되는 유급양육휴가 등으로 생산과 재생산 간의 관계를 대대적으로 재구조화하는 수준에 필적하는 변화를 요구한다. 모든 사람에게 사회 재생산 활동이 안전하고 흥미롭고 보상을 제대로 받는 노동과 결합된 형태로 주어질 수 있는 사회적 배치가 필요한 것이다.

⑤ 가족

가족을 다루는 법률에서 취하는 입장은 모순적이다. 한편으론 돌봄과 부양의 책임을 가족에게 전가한다는 것이고, 다른 한편으론 ‘그 가족’의 규정이 제한적이라 이미 서로를 돌보고 있는 관계들을 배제한다는 것이다.

국민기초생활보장법에서는 부양의무자의 부양이 해당법률에 따른 급여에 우선하도록 정하고 있으며, 민법에서는 친족의 부양의무를 규정하고 있다. 부양의무제 폐지를 위한 사회운동이 지속돼왔고, 제한적으로나마 부양의무자 기준이 폐지(주거급여의 경우)되거나 완화되고 있으나 생계급여와 의료급여에는 부양의무자기준이 남아있다.

‘결혼, 혈연, 입양’에 따른 것으로 규정된 법적 가족의 정의 문제가 제기되고 있다. 가족 형태의 다양성이 증가하고 있고, 기존의 가족 정의가 실제적인 친밀한 관계 속에서 돌봄을 공유하려는 사람들의 삶에 상당한 제약을 초래하고 있기 때문이다. 가령 의료기관 방문 시 법률 근거는 없지만 관행적으로 이루어지고 있는 ‘보호자 동의’ 같은 문제가 계속 나타나며, 제도밖 가족을 병리화하고 문제화하고 있으며, 법률상 가족과 연락과 교류가 없는 사람들, 법률상 가족으로 칭할 자가 애초부터 존재하지 않는 사람 등을 고려하고 있지 않다.

노동자의 가족 돌봄 관련 법률 규정에서도 유사한 문제가 나타난다. 해외에서는 가족돌봄휴가 법률에서 가족 범주를 확대하는 경향이 관찰된다. 가령 미국 일부 주정부에서는 가족돌봄휴가법에 ‘가족과 같이 친밀한 자’가 포함되며, 스웨덴의 경우 ‘친밀한 관계에 있는자(closely-related person)’는 말 그대로 돌봄을 받는 이와 매우 가까운 관계에 있는 사람을 가리키기에 혈연이 아닌 친구나 이웃도 포함되며, 돌볼 경우 돌봄수당을 지급받을 수 있다. 캐나다의 경우에도 노동자가 가족돌봄을 하는 경우 임금을 일부 보전해주는데, 이때 돌보는 대상이 반드시 가족이거나 함께 사는 자일 필요는 없다. 단 하나의 요건은 노동자가 돌봄을 제공하려는 자를 가족으로 여기고 있는가의 여부이다.⁵⁰⁾

국내에서는 동성혼 인정을 위한 민법 개정 요구, 생활동반자등록법 제정 요구(2023년 발의)가 이어져

50) 허민숙. (2022.05.19.). 가족다양성의 현실과 정책 과제: 비친족 친밀한 고나계의 가족 이념○ 필요성. 국회입법조사처 현안분석.

왔다. 또한 기존의 가족 규범에 추가되거나 예외 규정으로 포함되는 방식을 넘어 ‘기존의 가족 규범을 해체하고 재구성하는 개념’으로서 ‘가족구성권’을 제기하는 운동도 있다. 가족구성권 운동에서 대안으로 제시하는 ‘사회적 가족’은 ‘이성에 핵가족의 전형적인 틀에서 벗어나 다양한 형태로 가족을 구성하여 살아가는 시민들의 실질적인 가족 형태’를 지칭한다.⁵¹⁾

⑥ 고용·노동

방문요양보호사 등 돌봄노동자의 열악한 노동조건은 상당부분 노동법을 적용하지 않는 데서 비롯하기에 노동법을 적용하고 장기요양기관은 사용자로서 노동법상 사용자 책임을 져야 한다. 그러나 이런 당위적 접근의 한계와 어려움이 크다. 과소한 근로시간, 그로 인한 저임금, 소정 근로 시간의 하한이 없는 현행법으로는 해결하기 어렵다. 휴가, 퇴직급여, 사회보험 미적용 등의 문제도 초단시간 노동자의 권리를 제한하는 법령을 개정해야 해결 가능하다. 영세한 장기요양기관과 5인 미만 사업장에 노동법의 적용을 배제하는 법령을 개정해야 한다.⁵²⁾

한편 문제를 현행 노동법제도 체계가 돌봄노동의 속성을 충분히 반영하지 못하기 때문에 초래된 것이라고 파악하면, 돌봄노동의 사회적 기능과 필요성 등을 직시하여 돌봄노동의 실질적 보호에 기여하는 세밀한 맞춤형 노동법 규율체계 구축이 필요하다. 현행 노동법 체계는 돌봄노동의 실질을 잘 반영하지 못하기에 이러한 모호성으로부터 분쟁이 발생하게 되면, 소송을 통해 그 권리를 구제받도록 돌봄노동자에게 번거로운 절차를 강요하는 것은 잘못이며, 돌봄노동에 있어 사용자의 노동법으로부터의 도피를 막을 수 있는 돌봄노동의 특성을 충분히 반영한 새로운 단행 노동법제의 마련이 불가피하다는 주장도 있다.⁵³⁾

150만에 이르는 돌봄노동자는 10여 개가 넘는 돌봄 직종에 분포된 상황으로 같거나 비슷한 형태의 돌봄노동을 하지만 돌봄 서비스 이용자 대상이 다르거나 소관 부처 등에 따라 수 개의 법령으로 규율되고 있는 현실이다. 이에 공통 법령을 제정하여 노사정 통합논의기구를 통해 관계를 규율하며, 지역공동위원회와 분과위원회를 두어 다양한 형태에 따른 노동 당사자의 의견을 모으자는 제안이 오래되었다. 구체적으로는 이동시간과 대기시간 등의 노동시간 인정 문제, 상시고용원칙, 최소 주15시간 이상의 근로시간과 적정임금의 보장 등이 주된 요구 내용이다.⁵⁴⁾ 이같은 내용을 담은 ‘돌봄노동자 권리보장 기본

51) 김순남. (2022). 가족을 구성할 권리. 오월의 봄.

52) 윤지영·강은희. (2021.10.) 방문요양보호사, 불안정 노동 실태와 해법 연구. 공감연구보고서.

53) 김재현·권혁. (2025). 돌봄노동에 대한 노동법적 보호 필요성과 규율체계의 괴리-아이돌보미를 중심으로-. 노동법포럼 통권 44호. 243-272. 노동법이론실무학회.

54) 노동과 세계. (2024.03.08.) “제각기 다른 돌봄노동자 처우...더이상 ‘각개격파’ 말고 기본법 제정으로 노동권 확보해야.”

법'은 21대 국회 임기종료 막바지에 발의되었다가 자동폐기됐고, 2024년 10월 29일 국제돌봄의 날을 맞아 다시 발의됐다.⁵⁵⁾

민간중심 공급구조의 폐해와 돌봄노동자에게 제한적인 노조할 권리 등의 한계 속에서 돌봄노동기본법의 제정은 '사회적 돌봄과 돌봄노동에 대한 정의를 확립하고 돌봄서비스에 대한 국가 공급 책임과 민간 공급 서비스에 대한 국가의 관리감독 책임을 천명'해야 할 과제를 안고 있다.⁵⁶⁾

2022년 6월 16일 가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률(가사근로자법)이 시행됨으로써 1953년 근로기준법 제정 이후 68년만에 가사노동자도 법적 보호를 받게 되었다. 하지만 이는 만들어질 때부터 뚜렷한 한계를 가진 법이다. 가사서비스 제공기관이 가사노동자를 직접 고용하고 이용자와 계약을 체결해 서비스를 제공하도록 하는 내용이지만, 중개 플랫폼 등을 통해 일하거나 정부 인증을 받지 않은 서비스 제공기관에서 일하는 가사노동자는 법 적용을 받을 수가 없다.⁵⁷⁾ 법 시행 3년이후 진단으로는

55) 법률 속의 돌봄노동자 명칭(2024.10.29. 발의된 「돌봄노동자의 권리보장과 처우개선 등에 관한 법률안」)

법률	돌봄노동자 명칭
가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률	가사근로자
국가보훈기본법	국가보훈대상자에 대하여 재가복지서비스를 제공하는 사람
노인복지법	홀로 사는 노인에 대하여 방문요양·돌봄등의 서비스를 제공하는 사람 및 재가노인복지시설에서 돌봄서비스를 제공하는 사람
노인장기요양보험법	장기요양요원 중 요양보호사
사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률, 모자보건법	서비스제공자에 소속된 사람, 산후조리도우미
사회복지사업법, 사회복지서비스이용 및 이용권관리에 관한 법률	가사·간병을 위한 가정 방문 지원사업에 종사하는 사람으로서 '사회복지사 등의 처우 및 지위 향상을 위한 법률'에 따른 사회복지사 등이 아닌 사람
아동복지법	다함께돌봄센터의 종사자, 지역아동센터의 종사자
아이돌봄지원법	아이돌보미
영유아보육법	보육교직원 중 어린이집의 원장을 제외한 사람
장애인활동 지원에 관한 법률	활동지원인력
초·중등교육법, 유아교육법	학교에서 방과 후 활동을 담당하는 사람, 방과후 과정을 담당하는 사람 중 교원이 아닌 사람
정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률	정신건강복지센터, 정신요양시설 또는 정신재활시설 종사자 중 대통령령으로 정하는 사람
장애인 등에 대한 특수교육법	학교의 특수교육 지원 및 돌봄 인력
기타	돌봄서비스를 알선·중개하는 사업자(온라인 플랫폼 포함)를 통하여 돌봄서비스를 제공하고 대가를 받는 사람 및 대통령령으로 정하는 사람

56) 박영민. (2025.04.23.) “돌봄 노동자 실태와 권리보장 방안” 돌봄국지국가 실현을 위한 국회대토론회 자료집.

57) 일다.(2021.07.15.) 정부인증 업체에 고용된 가사노동자만 노동권 보장? <https://ildaro.com/9092>

실제 가사근로자법의 적용을 받는 가사노동자는 1%에 불과하다. 이에 가사근로자법의 적용을 받을 수 있는 가사노동자를 늘리는 것뿐 아니라 애초에 근로기준법에서 ‘가사사용인 적용 제외’ 조항을 폐지해야 하는 과제가 있다. 근로기준법뿐 아니라 최저임금법, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 역시 가사사용인에 대한 적용을 배제하는 규정을 두고 있다. 대다수의 가사노동자들이 기본적인 노동법의 보호에서 배제되어 광범위한 사각지대가 형성되어 있는 것은 사실상 성차별로 봐야 한다. 한편 정부는 국제노동기구(ILO)가 2011년 채택한 ‘가사노동자를 위한 양질의 일자리 협약’(제189호)을 비준하고 있지 않으며, 논란속에 외국인 가사관리사제도를 도입하여 이주여성 노동자를 값싼 돌봄서비스 제공자로 대상화하고 가사노동자의 권리보장에 역행하는 모습을 보였다.⁵⁸⁾

⑦ 보건의료

보건의료체계에서 민간의 공급이 90%이고 공공병원 병상 비중이 10%에 남짓한 현실은 어제오늘의 문제가 아니다. 과도한 시장화와 영리화가 보건의료위기의 근본원인이라 지적되고 민간병원의 공공성 강화, 공익적 민간 의료기관의 육성과 연대, 공공의료의 강화가 근본적 대안으로서 얘기돼왔다. 공공보건의료를 상당한 수준으로 강화하려면 인력, 시설, 재정, 관리 등 체계를 구성하는 모든 요소들이 공공성 강화 목표에 부응하도록 정책 개입이 이뤄지기 위해서는 시민과 보건의료인 모두의 참여와 노력이 요구한다.⁵⁹⁾

그런데 최근 몇 년 간 ‘공공보건의료’ 대신에 ‘필수의료’란 말이 정부의 용어로 사용돼왔다. 이에 대해 ‘필수’라는 용어의 오남용 실체는 보건의료 공공성 약화라는 지적이 있다. 필수의료 개념의 모호성을 활용해 그 범위를 좁게 규정하는 방식으로 정부가 책임져야 하는 영역을 최소화하려 한다는 경향에 대한 역제가 필요하다.⁶⁰⁾ 보건의료 영역에서 ‘필수’는 중요한 규범적 힘을 가진다. 그런데 규범적 당위성을 가진 개념이 모호하게 활용될 때 가질 수 있는 권력 효과를 염두에 두고 한국의 법률을 살펴보면 건강을 보장하기 위해 국가가 취할 수 있는 조치를 국가의 책의무로 부여하고 있지 않고, 보건의료 영역의 법정 계획문서는 개인에게 교육 의무를 부과하거나, 인력, 시설, 장비 등의 물적 조건을 지시하기 위해 필수 개념을 사용하며, 그 실체가 모호한 경우가 많다. ‘필수’라는 개념을 활용하여 국가가 힘을 발휘하는 제도적 배열이 사람들의 필요에 응답하는데 불충분한 방식으로 놓여있다.⁶¹⁾

58) 일다.(2025.06.23.) 근로기준법에 가사노동자 제외한건 사실상 ‘성차별’. <https://m.ildaro.com/10211>

59) 백재중. (2022). 공공의료 새롭게. 한뼘문고. 건강미디어협동조합.

60) 정성식. (2025.05.08.) ‘의사 증원’ 외에, 윤정부가 은밀히 건드린 것...국미 생명 위험. 오마이뉴스.

61) 김진환·김창엽.(2022). 보건의료에서 필수 의의:한국에서의 비판적 분석. 비판사회정책 제76호. 155-187.

보건의료에서 돌봄과 관련해 대표적으로 거론되는 법은 의료법이다. 1962년 제정 이래 오래된 법체계를 유지해 온 의료법의 문제가 제기된다. 시민사회운동에서는 의료복지사회적협동조합이나 마을운동의 활동 등이 의료기관 밖에서의 의료행위를 활성화하는데 한계가 있으므로 의료·요양·돌봄체계 구축을 위한 법적체계 정비를 요구해왔다. 2023년 4월 2일 출범한 재택의료학회도 의료기관을 개설하지 않으면 의료업이 불가능한 현행 의료법의 문제를 지적하며 의료법을 개정해 재택의료 개념과 범위, 지원조직을 명확히 해야 한다고 주장했다.⁶²⁾ 정부에서도 의료법 체계를 바꾸겠다는 선언을 했다. 2023년 9월 보건복지부는 ‘의료법 체계연구회’의 운영 시작을 알렸다. 보도자료에 따르면 “의료법은 1962년 제정 당시의 체계를 그대로 유지하고 있어, 고령화에 따른 의료 수요나 의료기관 밖에서의 의료·돌봄의 통합적 제공에 대응하기 어렵고, 보건의료인의 업무의 다양화·전문화를 반영하지 못하고 있다.”고 밝히고 있다.⁶³⁾

위와 같은 문제는 의료법과 돌봄통합지원법과의 관계에서도 나타난다. 현행 의료법상 간호사는 의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조를 수행(제2조 제2항 제5호), 돌봄통합지원법 제15조 제2호(「간호법」제12조에 따른 간호사가 통합지원 대상자의 가정과 사회복지시설에서 제공하는 간호서비스)의 법적 한계로 작용한다. 「의료기사 등에 관한 법률」에서 물리(작업)치료는 의사 또는 치과의사의 지도하에서만 수행(제1조의 2 제1호, 제2조 제2상 제3호 및 제4호), 돌봄통합지원법 제15조의 제3호(통합지원 대상자의 신체적·정신적·사회적 기능의 유지·회복을 위한 재활서비스)의 법적 한계로 작용한다. 의료법 제33조 제1항이 방문진료를 예외적으로 허용하기 때문에 통합지원 대상자의 가정과 사회복지시설에서의 방문진료가 허용되도록 의료법을 개정할 필요가 있다. 또한 방문진료가 요양급여에 포함되도록 건강보험요양급여규칙을 개정하거나 보건복지부 고시로 규정할 필요가 있다.⁶⁴⁾

위의 지적과 관련해 간호법 제정에 대해 살펴본다. 오랜 사회적 갈등 끝에 2024년 8월 28일 간호법 제정안이 국회에서 가결되고 9월 20일 공포됐다. 기존 의료법에 간호 관련 규정이 미비하다는 오랜 지적 끝에 법이 통과됐지만 법적으로나 간호간병의 가치와 철학에 대한 사회문화적 인식의 차원에서나 남은 과제는 많다.

간호법 제정은 간호사 등의 지위, 권한, 근무환경 개선을 위한 것으로 관련 당사자들의 오랜 투쟁의 결실이다. 간호사의 적정배치와 우수한 간호인력 양성과 확보를 도모하며, 간호종합계획수립과 간호정

62) 청년의사. (2023.04.03.) 만년 시범사업중인 재택의료... ‘미친의사’만 하지 않으려면? 데일리메디. (2023.11.08.) “재택의료 정의 재정립·사업 연계 컨트롤타워절실”

63) 보건복지부 보건의료정책과 보도참고자료. (2023.09.15.) 선진화된 의료·요양·돌봄시스템 구축 위해 의료법 체계 혁신 논의 착수.

https://www.mohw.go.kr/board.es?mid=a10503010100&bid=0027&act=view&list_no=378244&tag=&nPage=1

64) 유육.(2024.06.24.) 『돌봄법』의 법률적 검토. 의료·요양 등 지역 돌봄의 통합지원에 관한 법률의 의미와 22대 국회의 입법과제 토론회 발제 2.

책임의위원회를 제도화하고, 불법의료행위로 내몰렸던 간호사 업무와 진료지원업무에 대한 법적 보호를 하는 것이 제정의 의의로 말해진다. 간호법 제정 전 기존 의료법에 따른 간호의 업무범위는 간호행위(간호요구 환자 관찰, 자료수집, 간호판단 및 요양을 위한 간호), 진료보조(의료법에 따른 의사, 치과의사, 한의사의지도하에 시행하는 진료의 보조), 보건활동(간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행, 그밖에 대통령령으로 정하는 보건활동), 간호지도(간호조무사가 수행하는 제1호부터 제3호까지의 업무보조에 대한 지도)다. 간호법 제12조는 이 4가지의 업무 범위를 그대로 수용하면서 병원급에 적용하는 진료지원업무를 추가했다. 일상 간호 활동을 통한 ‘간호 판단’과 돌봄을 포함한 관계 개념인 ‘요양을 위한 간호’가 간호사의 독자적인 간호 업무임에도 ‘의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조’라는 법문은 의사-간호사의 관계를 일방향적인 관계로 고정시킬 위험이 있으므로 재고할 필요가 있다. ‘보건활동’과 관련해 대통령령이 정한 간호사의 보건활동만 일부 의료행위가 가능하고, 동주민센터에 근무하는 경우에는 숙련된 간호직 공무원이 시급한 주민에게 필요한 보건활동을 하려해도 활력징후 측정행위조차 대통령령이 없다면 위축될 수 있기에 개선이 필요하다. 장기요양 등 방문간호의 업무범위 쟁점도 향후 과제이다. 돌봄은 사람을 중심으로 해야지 장소(소속기관)에 따르는 것이 아니어야 하는데, 노인 주간보호센터, 직장, 학교는 주거가 아니라는 이유로 가정방문간호는 위법이 된다. 반면에 요양 시설 내 가정간호는 소속 기관의 의사의 지시를 받았다는 이유로 활성화된 모순이 벌어지고 있다. 또한 의료법과 간호법 모두 지역사회에서 의료인의 역할에 대한 명확한 강조가 없다는 문제를 해결해야 한다. 간호사는 일차보건의료인이며, 일차보건의료인으로써 제공해야 하는 서비스 등을 규정하는 법문이 필요하다. ‘간병’은 법적으로 정의된 것이 없고 간병비 지급규정도 미비하나 삶에 큰 자리를 차지하고 있다. 간호는 간병과 돌봄을 포괄하는 개념이므로, 간호사가 간병을 포괄하고 관리·감독하는 역할을 가지면서 간호·간병통합서비스를 팀접근으로 가능하도록 할 수 있어야 한다.⁶⁵⁾

⑧ 주거

지역사회 통합돌봄에서 가장 결정적인 것은 주거다. 지역사회에서 계속 살 수 있으려면 현재 살고 있는 집에서 생활할 수 있는 여건을 만들거나 현재 집에서 살기 어려워도 지역사회에서 계속 살 수 있는 주거 대안을 만드는 것이다. 그래야 어쩔 수 없이 시설이나 병원으로 밀려가지 않을 수 있다. 주택개조 지원은 많은 나라에서 효율적인 재정 지출이라 판단하고 가능한 보편적으로 지원하려는 것이다.

하지만 기존 주거 정책에서 <장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률>에 따른 정책은 공공임대

65) 장숙량. (2024.09.30.) “간호법 제정의 의의와 향후 과제”. 이수진 의원실 외. 간호법 제정 이후의 과제, 간호간 병통합서비스를 말하다 토론회 발제문.

주택의 일부를 노인이나 장애인에게 배분하는 정도다. 주택 개조 지원에 대한 조항도 있지만 그에 따른 집행성과는 미진하다. 기초자치단체별로 보면 한 해에 세 가구에서 수십가구 정도 지원으로 규모가 매우 작고 형식적인 수준이며, 그래서 까다로운 선정과정을 거치게 된다.

국토교통부가 돌봄을 위한 주거 정책을 자신들의 정책 과제로 다룰 수 있도록 하는 정치가 필요하다. 주택에 ‘유니버설 디자인’을 적용할 수 있는 관련법(민법, 주택임대차보호법) 개정이 필요하다. 임차가구도 주택개조 지원을 받을 수 있어야 한다. 주택개조는 주택에서 정상적인 주거생활을 영위하기 위한 것으로 임대인에게 재정적으로 상당한 부담을 초래하지 않고 구조적인 문제가 없음에도 주택개조를 거부하는 것은 부적절하다. 근본적으로는 유니버설 디자인을 주택의 설계와 건설 단계에 의무화하는 것도 필요하다. 그간 한국 사회에서 시도된 것들로 노인복지주택, 고령자복지주택, 케어안심주택, 지원주택 등이 있는데 각각의 개념과 내용, 그것들 사이의 관계 등은 정리될 필요가 있다. 정부는 배제되는 사람이 없는 지역사회 계속 거주를 위한 주거 우선 모델로 패러다임을 전환하고, 주거와 서비스를 결합한 ‘지원주택’(Supported Housing)을 확보해야 한다.⁶⁶⁾

⑨ 농어촌지역

농어촌지역 돌봄에서 가장 어려운 지점은 의료의 부재이고 의료의 불평등은 돌봄의 불평등으로 확장된다. 농어촌의 주민들은 도시에 있는 병원에 나가기도 만나러 올 의료진을 구하기도 매우 어렵다. 구조적 불평등과 권력관계, 인식론적 불평등을 넘어 돌봄을 위한 지역의 거버넌스와 의료의 민주적 통제가 어떤 건강 정책을 필요로 하느냐는 질문을 낳는다. 인구학적 위기 국면에서 지역주도의 보건·의료 시스템 구축과 공동체 돌봄의 구축은 핵심과제가 아닐 수 없다.⁶⁷⁾

‘지역사회’를 지리적으로 또는 역사적으로 고정된 실체로 파악할 때 현재 지역사회의 문제를 다룰 때 별다른 도움이 되지 않는다. 지역사회를 일정한 장소 범위 안에 사는 사람들이 공동의 문제를 찾아내고 그것을 해결하려고 끊임없이 상호작용하는 장으로 이해할 때야 지역사회의 역동성을 포착할 수 있다. 지역사회 안의 다양한 행위자들 사이에 관계망을 끊임없이 재구성하면서 전체를 조망하는 공동의 목표를 설정하고 여러 활동을 조율하는 일, 이렇게 지역사회를 지속시키는 것은 페달을 쉬지 않고 밟듯이 자전거를 계속 타는 일에 비유된다.⁶⁸⁾

66) 서종균. (2024.06.24.) “지역돌봄을 위한 주거정책 프로그램”. 의료·요양 등 지역 돌봄의 통합지원에 관한 법률 제정의 의미와 22대 국회의 법령 정비 방향 토론 3. 서종균. (2025) “국토교통부, 바뀌어야 한다”. 김진석 외. 우리는 어떻게 서로를 돌볼 수 있는가. 헤이북스. 184-204.

67) 김새롬. (2024). 농어촌의 지역사회 통합돌봄에서 의료를 생각하기. 2024년 사회정책연합학술대회 건강정책학회 세션 발표문. 김영희.(2023). 지방소멸 대응 핵심 과제, 지역주도 공동체 돌봄. 민위방본 제105호. 지역재단.

68) 김정섭. (2024.06.18.). 농촌 지역사회 혁신의 경로: 보건·돌봄을 중심으로. 마을학회 일소공동 월례세미나 발표문.

현재 농촌 지역사회 주도 노인 돌봄과 관련하여 작동할 수 있는 법률로는 ‘돌봄통합지원법’과 ‘농촌지역공동체 기반 경제·사회서비스 활성화에 관한 법률’(농촌경제사회서비스법)이 있다. 전자는 전반적으로 ‘지역사회의 주도성’이 거론되지 않는다는 비판을 받고 있다. 후자는 농촌 지역의 주도성을 크게 강조한다는 평가이다. 법률 제1조에 “농촌 주민 등이 자조, 자립 및 사회적 책임성을 토대로 자발적으로 농촌 경제·사회 서비스 부족 문제 등을 해결하는 데 기여할 수 있도록 지원”한다고 목적으로 밝혀두고 있다. 주민 역량 강화 지원(제8조), 서비스 지역 공동체의 지정 등(제9~제14조), 경제사회서비스 활성화 추진체계(제16조~제18조) 등이 농촌뿐 아니라 도시에서도 지역주민 참여와 관련해 시사점이 많은 법률이다. 농촌경제사회서비스 법에서 다루는 경제·사회서비스는 노인 돌봄에 국한되지 않고 아주 광범위하다. 노인장기요양보험제도로 감당되기 어려운 기초 생활서비스 확충을 위해 주민 주도적 실행 지침과 체계를 마련할 필요가 있다. ‘사회적 경제를 농촌에 안착하는 것’을 과제로 ‘공공/민간의 분법’을 극복할 ‘제3의 길’을 모색하려는 정책구상과 추진의 논리를 확보할 필요성이 있다.⁶⁹⁾

〈표 2〉 광의의 관련 법률과 현안 쟁점들

관련 법률	현안 쟁점
1. 헌법 제10조, 제34조, 제37조 등	• 돌봄을 헌법에 명시할 필요성 강조 • 기존 조항들에 대한 해석을 통해서 헌법적으로 보호되는 권리로 이해함에 무리가 없음
2. 사회보장 / 복지 관련 관련 사회보장기본법: 사회보장급여의 이용·제공 및 수급권자 발굴에 관한 법률(약칭 사회보장급여법) 사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률(사회서비스이용권법) 사회서비스 지원 및 사회서비스원 설립·운영에 관한 법률(약칭 사회서비스원법) 농촌 지역 공동체 기반 경제·사회 서비스 활성화에 관한 법률(약칭 농촌경제사회서비스법) 의료·요양 등 지역 돌봄의 통합지원에 관한 법률(약칭 돌봄통합지원법) 노인·장애인 등 사회복지시설의 급식안전 지원에 관한 법률(약칭 사회복지시설급식법) 보건복지부 소관 비상대비에 관한 법률 시행규칙 사회복지공동모금회법 사회복지사 등의 처우 및 지위 향상을 위한 법률 사회복지사업법	• 돌봄기본법 제정 요구. 언제할 것인가, 시기의 문제와 관련해 돌봄통합지원법 시행하는 과정에서 법 개정 사항으로 반영할 수도 있다는 의견도 있음. • 기존법의 정비 없이 ‘신법’인 돌봄통합지원법이 제정된 상태가 문제. • 생애말기 돌봄 정책의 부족: 말기 기준의 제도화로 인한 배제(서로 다른 두 명의 전문의로부터 말기 진단을 받아야)의 문제; 생애말기 판단을 의료기관이 아닌 지역이 수행하려면 판단 기준과 제공 체계 둘 다의 재설계 요망 • 공공돌봄 위한 사회서비스원법 개정요구: 시·도 사회서비스원 설립·운영 의무화가 중심

69) 김정섭. (2025) 농촌정책의 전환 방향과 과제. 마을학회 일소공도 2025년 4월호. 19-30.

관련 법률	현안 쟁점
3. 노인 노인복지법: 노인 일자리 및 사회활동 지원에 관한 법률(약칭 노인일자리법) 노인장기요양보험법 노인·장애인 등 사회복지시설의 급식안전 지원에 관한 법률(약칭 사회복지시설급식법) 어린이·노인 및 장애인 보호구역의 지정 및 관리에 관한 규칙(도로교통법 제12조, 제12조의2부터 제12조의4 근거) 장애인·노인 등을 위한 보조기기 지원 및 활용촉진에 관한 법률(약칭 장애인보조기기법) 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률(약칭 장애인등편의법) 치매관리법	• 새로운 서비스의 제도적 확충 및 서비스 공급방식의 개선 필요: 가사와 신체수발 제공 서비스 탈피. 북유럽 선진국에서는 전문업체에 외주화 추세. 대신에 비급여 상태인 간호사, 물리치료사, 작업치료사 등을 통한 간호와 재활서비스 제공의 활성화 필요. 이동지원서비스의 신규 급여화 필요. • 필수적인 서비스를 전국 어디에서나 이용할 수 있도록 제도적으로 보장해야. • 분절성 극복해야: 노인장기요양보험 이용 노인 에 대한 국민건강보험공단의 정보, 지역사회 통합돌봄 선도사업의 노인맞춤돌봄서비스 이용 노인, 보건소·치매안심센터·정신건강복지센터·국민연금공단(장애인활동지원서비스) 등 기관들의 대상자 정보 미공유 문제 • 건강보험공단 주도가 아닌 지자체가 돌봄의 주체가 돼야: 건강보험공단(보험자)의 역할 재정립 필요 • 사회참여 서비스의 중요성: 돌봄을 ‘사회적 처방’으로 접근해야 • 노인장기요양보험법 개정: 공공성 확대와 신규 급여 확충, 장기요양요원의 권리 증진 등 • 가족인요양보호사에 대해 차별적인 제도의 개선
4. 장애인 장애인복지법: 노인·장애인 등 사회복지시설의 급식안전 지원에 관한 법률(약칭 사회복지시설급식법) 발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률(약칭 발달장애인법) 어린이·노인 및 장애인 보호구역의 지정 및 관리에 관한 규칙(위임 법률: 도로교통법 제12조, 제12조의2부터 제12조의4) 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률(약칭 장애인등편의법) 장애물 없는 생활환경 인증에 관한 규칙(위임 법률 장애인등편의법과 교통약자의 이동편의 증진법) 교통약자의 이동편의 증진법(약칭 교통약자법) 장애아동 복지지원법(약칭 장애아동복지법) 장애영유아를 위한 어린이집의 설치 및 운영 등에 관한 규칙(약칭 장애아어린이집규칙)[위임법률 장애아동복지법] 장애예술인 문화예술 활동 지원에 관한 법률(약칭 장애예술인지원법) 장애인 건강권 및 의료접근성 보장에 관한 법률(약칭 장애인건강권법) 장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률(약	• ‘복지법’을 ‘권리법’으로 패러다임의 변화. 장애인권리보장법 등 제정 추진 • 돌봄통합지원에 ‘사회활동 지원’을 포함해야 • 물리치료사, 작업치료사 등에 의한 재활 서비스의 보편화 필요성, 장애인 필수 급여로 편입 필요 • 장애를 가진 채 고령화된 이들(AWD:aging with disability)의 배제: 연령으로 구별하는 서비스 기준은 장애인의 조기노화 특성을 무고려: 노인 중심, 장애 관련 조치는 단편적으로 다루는 문제 • 장애인 건강주치의제: 장애인과 의료기관 모두 낮은 참여율, 제한적인 서비스, 전달체계 미흡, 수가문제 등 • 장애인 청년의 독립/자립: 독립을 지원하는 돌봄 • 장애등급제 폐지가 경증증 체계와 장애인서비스 지원종합조사 도입 정도로 귀결. 이용자 중심 전달체계구축 미흡. • 장애인활동지원제도: 장애 정도에 따른 장애인 활동지원 단가 차이 없음. 중증이나 발달장애 등 서비스 제공 기피현상. 시설화 유도 경향. • 농촌 거주 장애인 이동권 실현 • 장애여성 관련 독자적인 법률의 부재, 장애여성 지원법 제정 촉구

관련 법률	현안 쟁점
청 주거약자법) 장애인고용촉진 및 직업재활법(약칭 장애인고용법) 장애인기업활동 촉진법(약칭 장애인기업법) 장애인·노인 등을 위한 보조기기 지원 및 활용촉진에 관한 법률(약칭 장애인보조기기법) 장애인 등에 대한 특수교육법(약칭 특수교육법) 장애인연금법 장애인의 지역사회 자립 및 주거 전환 지원에 관한 법률 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(약칭 장애인차별금지법) 장애인활동 지원에 관한 법률(약칭 장애인활동법) 중증장애인생산물 우선구매 특별법(약칭 중증장애인생산물법) 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률	
5. 아동/ 영유아 아동복지법 가족돌봄 등 위기아동·청년 지원에 관한 법률 아이돌봄 지원법 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(약칭 아동학대처벌법) 아동수당법 아동의 빈곤예방 및 지원 등에 관한(약칭 아동빈곤예방법) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(약칭 청소년성보호법) 위기 임신 및 보호출산 지원과 아동 보호에 관한 특별법(약칭 위기임신보호출산법) 위기 임신 및 보호출산 지원과 아동 보호에 관한 특별법에 의한 가족관계등록사무처리규칙 장애아동 복지지원법(약칭 장애아동복지법) 영유아보육법 장애영유아를 위한 어린이집의 설치 및 운영 등에 관한 규칙(근거 법률 : 「장애아동 복지지원법」 제22조, 제32조 및 같은 법 시행령)	• 아동은 돌봄통합지원법에서 누락: 통합돌봄 논의가 주로 성인 돌봄 중심인 상황. 지역사회 내 포괄적인 돌봄 상정해야. • 초등 돌봄의 주체의 문제 논란: 학교인가 지자체인가, 주양육자인가 등: 교육부, 여성가족부, 보건복지부 등 다수의 부처관련 각기 다른 법적 근거에 근거: 법률이 아닌 행정규칙(교육부 고시)에 초등 돌봄 명시 • 초등돌봄기본법 제정 등 통일된 법안의 제정 필요성 • 아동권 보장의 측면에서 접근해야: 돌봄의존자(수혜자)로서 아동 중심성 논의 부족, 교육과 보육의 이분법적 논의 지양해야 • 돌봄 기관 운영시간 확대로의 접근 지양: 노동시간 조정, 돌봄권 및 돌봄 시간 보장 등 사회구조 전반의 개선 노력의 동반 필요성
6. 청소년 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(약칭 청소년성보호법) 청소년 기본법 청소년 보호법 청소년복지 지원법(약칭 청소년복지법) 청소년활동 진흥법(약칭 청소년활동법) 학교 밖 청소년 지원에 관한 법률(약칭 학교밖청소년법)	• 학교밖 돌봄시설, 여성가족부의 ‘청소년방과후아카데미’ 말고는 별다른 체계없음. 수요에 비해 공급이 부족한 실정.

관련 법률	현안 쟁점
7. 여성 양성평등기본법 여성가족부 소관 비상대비자원 관리법 시행규칙 [위임 법령 : 비상대비자원 관리법 및 시행령] 여성의 경제활동 촉진과 경력단절 예방법(약칭 여성경제활동법) 여성폭력방지기본법	• 돌봄은 젠더이슈-여성문제가 아님. ‘돌봄정책=여성정책’ 기조를 탈피, 평등하게 일하고 돌봄할 권리로
8. 가족 가족돌봄 등 위기아동·청년 지원에 관한 법률 위기 임신 및 보호출산 지원과 아동 보호에 관한 특별법에 의한 가족관계등록사무처리규칙 한부모가족지원법 건강가정기본법 다문화가족지원법	• 민법상 가족 범위 규정이 다양한 사회보장 법제 등에 원용, 다양한 형태의 가족을 법적으로 수용하는 데 걸림돌이 되는 건강가정기본법(혼인, 혈연, 입양에 의한 가족형성 규정), 의료 법제나 장사에 관한 법률에서도 법적 가족에게만 일정한 권한이나 자격 인정. 다양한 형태의 생활공동체 관계를 법제도에서 소외시켜. 부양·양육·보호 기능을 하는 생활공동체 요소를 고려하여 법적으로 수용할 필요성. • 가족을 경유하지 않는 돌봄 논의, ‘연결’을 불가능하게 하는 단속적 노동, 임금노동 중심/성별분업 기반으로 한 가족을 답습한 채 대안적 노동과 돌봄이 가능한가. 돌봄관계의 확장 필요. • 생활동반자법, 포괄적 차별금지법 제정 등 요구 • 효자효녀가 아닌 호명. ‘영케어러’ ‘청년케어러: 18세미만의 아동이 성년이 되는 순간 책임질 수 있는가, 법제도의 사각지대가 되는 ‘청년 어러’의 개념 필요. • 1인 가구의 증가, 원룸·월세 거주, 집이 아닌 ‘방’으로 집약되는 청년의 주거, 돌봄의 기본 공간인 주거 현실 • 불안정노동, 한국의 높은 청년 자살률, ‘자기관리’로 오도되는 자기돌봄 • 청년의 돌봄을 위한 조건, 돌봄서비스에 접근할 수 있고 돌봄제공을 위한 권리가 인정되는 관계의 확장 필요
9. 고용 가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률(약칭 가사근로자법) 고용보험법 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(약칭 고령자고용법) 고용정책 기본법 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(약칭 남녀고용평등법) 근로기준법 근로복지기본법 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(약	• 돌봄노동 기본법 제정 요구: 현재 노동관계법령 및 각 제도에 대한 개별법만으로는 노동권 보장이 미비. 사회적 돌봄과 돌봄노동에 대한 정의를 확립하고 돌봄서비스에 대한 공급 책임과 민간 공급서비스에 대한 국가의 관리감독 책임을 천명해야 함. • 근로기준법 외에 주로 지침으로 대응하고 있는 돌봄노동자의 문제 • 5인 미만 사업장에 근로기준법 전면 적용해야. 5인 미만 사업장에 15시간 미만 초단시간 노동자와 52시간 초과 초장시간 노동자가 가장 많아. 하루연장근로 상한 규정을 제도화.

관련 법률	현안 쟁점
칭 기간제법) 파견근로자 보호 등에 관한 법률(약칭 파견법) 필수업무 지정 및 종사자 보호·지원에 관한 법률(약칭 필수업무종사자법)	• 자영업자, 특수형태근로종사자 등 사각지대 해소를 위한 방안 필요 • 남녀고용평등법상 가족 돌봄 지원제도의 한계: 가족돌봄의 초점이 자녀양육에만 맞춰져. 대상 가족 범위를 확대할 필요성
10. 보건의료 공공보건의료에 관한 법률(약칭 공공보건의료법) 보건의료기본법 보건의료인력지원법 의료법 간호법	• 1962년 제정 이래 오래된 법체계를 유지해온 의료법의 문제. 의료기관 밖에서의 의료행위 활성화에 한계. 의료·요양·돌봄체계 구축을 위한 체계 정비 필요 • 공공인프라 확충: 공공의료 중심의 일차의료 확대와 공공 재가 요양 인프라 확대/지속적이고 포괄적인 서비스를 제공할 수 있는 일차의료기관의 부족 • ‘공공보건의료’대신 ‘필수의료’라는 개념의 모호성 활용, 정부 책임을 최소화 하려는 경향에 대한 억제 필요. • 통합돌봄 선도사업에서 보건의료부분의 참여가 매우 부족. 의료복지사회적협동조합 등 환자중심의료기관 증대 • 의료서비스와 장기요양서비스 간 연계시스템 구축, 통합적인 건강관리 지원 • 시행중인 간호간병통합서비스의 한계:한정된 건강보험재정을 이유로 간병 급여화에 대한 의견 대립. 간병서비스 제도화를 위한 국민건강보험법 개정으로 ‘간호’를 추가하고 지불보상체계 확충 필요. 의료법상 ‘간호’와 국민건강보험법상 ‘간호’의 불일치 문제 해소. 간병서비스의 공식적인 제도화를 위한 법적 기반 마련해야. • 다학제적 보건의료서비스 제공을 위한 장치의 필요.
11. 주거 주거기본법 공공주택특별법 주거약자법	• 주거지원의 낮은 충족율, 돌봄통합지원법에 ‘주거급여’항목을 신설해야 함 • 돌봄주거공간에 대한 규정과 돌봄주거 기본계획이 요구됨. 주거공간 발굴 및 신규공급 계획, 리모델링 및 주거 환경 개선 방안, 최저주거기준 마련, 돌봄주거 관련 서비스 연계 방안 등을 신설. • LH와 지자체의 협력 강화; 획일적인 주택공급에서 벗어나 주거복지서비스를 강화해야. • 주택과, 도시계획과, 주거복지과, 정비사업과 등 주택업무부서와 유기적 협력 체계 강화
12. 지역 농촌지역 공동체 기반 경제·사회 서비스 활성화에 관한 법률(농촌경제사회서비스법)	• 주민 역량 강화 지원(제8조), 서비스 지역 공동체의 지정 등(제9~제14조), 경제사회서비스 활성화 추진체계(제16조~제18조) 등 농촌뿐 아니라 도시에서도 지역주민 참여와 관련 시사점이

관련 법률	현안 쟁점
	많은 법률임. • 이 법에서 다루는 경제·사회서비스는 노인 돌봄에 국한되지 않고 광범위함. 사회적 경제를 농촌에 정착하는 것을 과제로 하는 제3의 길의 모색 필요. • 지방소멸 대응 핵심과제는 지역주도 공동체 돌봄. • 농어촌의 지역사회통합돌봄에서 의료가 채워야 할 공백이 상당한 것이 핵심문제.
돌봄통합지원법과 관련된 여타 법률들의 공통 문제	• 담당인력의 부족, 법률들의 전문 인력 양성 조항이 단지 선언에 가까움: 케어매니저·다학제 케어 코디네이터 관련 조항 신설 필요. • 실행 인프라 부족 • 주민 배제·행정 위주 타개, 사회연대경제, 주민 자치회, 참여예산 운영 등 실행경험을 인정하고 제도에 반영. 참여를 법에 명시할 필요성 • 당사자의 권리·당사자 주권의 미비·부실 • 전달 체계 개편과 공급구조 개선: 민간 중심 공급구조로부터 공급의 공공성 강화로, 지자체 중심 기반 강화 • 지역성의 추상화·형해화 문제, 지역 격차 • 법령 차원을 넘는 가치와 철학의 누락 • 권리의 실효성 확보를 위한 재정 확보와 지원

2 세부 조항 분석

‘관련 법제에 대한 면밀한 검토 및 조정이 필요하다’는 것은 돌봄통합지원법의 제정 전후로 생산된 문헌들과 토론회의 결론적 요지다. 그런데 관련 논평과 결론을 읽는 것으로는 기존 법안의 구체적 양상이 그려지지 않았다. 이에 현행법들이 주로 어떤 용어를 사용하며 어떤 양상으로 규정되고 있는지를 파악할 필요성을 느꼈다. 아래의 표들은 이 목적을 위하여 관련법들에서 예시가 될만한 조항들을 추려서 본보기(샘플)로 작성한 것이다.

(1) 목적과 기본이념

돌봄 사회의 지향과 방향에 대해 단초가 될 만한 규정이 있는지, 그리고 법률에 사용된 용어가 돌봄정치가 추구해야 할 가치에 부합되는지 여부를 살펴보려 한다.

〈표 3〉 목적과 기본이념에서의 문제 조항

관련 법	관련 조항
사회보장기본법	제2조(기본 이념) 사회보장은 모든 국민이 다양한 사회적 위험으로부터 벗어나 행복하고 인간다운 생활을 향유할 수 있도록 자립을 지원하며, 사회 참여·자아실현에 필요한 제도와 여건을 조성하여 사회통합과 행복한 복지사회를 실현하는 것을 기본 이념으로 한다. 제6조(국가 등과 가정) ① 국가와 지방자치단체는 가정이 건전하게 유지되고 그 기능이 향상되도록 노력하여야 한다. ② 국가와 지방자치단체는 사회보장제도를 시행할 때에 가정과 지역공동체의 자발적인 복지활동을 촉진하여야 한다. 제7조(국민의 책임) ① 모든 국민은 자신의 능력을 최대한 발휘하여 자립·자활(自活)할 수 있도록 노력하여야 한다. ② 모든 국민은 경제적·사회적·문화적·정신적·신체적으로 보호가 필요하다고 인정되는 사람에게 지속적인 관심을 가지고 이들이 보다 나은 삶을 누릴 수 있는 사회환경 조성에 서로 협력하고 노력하여야 한다.
사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률(사회서비스이용권법)	제1조(목적) 이 법은 사회서비스 이용 및 이용권(利用券) 관리에 필요한 사항을 정함으로써 사회서비스의 이용을 활성화하고 이용자의 선택권을 보장하도록 하여 국민의 복지증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다.
노인복지법	제2조(기본이념) ① 노인은 후손의 양육과 국가 및 사회의 발전에 기여하여 온 자로서 존경받으며 건전하고 안정된 생활을 보장받는다. ③ 노인은 노령에 따르는 심신의 변화를 자각하여 항상 심신의 건강을 유지하고 그 지식과 경험을 활용하여 사회의 발전에 기여하도록 노력하여야 한다. 제3조(가족제도의 유지·발전) 국가와 국민은 경로효친의 미풍양속에 따른 건전한 가족제도가 유지·발전되도록 노력하여야 한다. *관련법으로 '효행 장려 및 지원에 관한 법률'(약칭: 효행장려법)이 있다.
노인장기요양보험법	제1조(목적) 이 법은 고령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인 등에게 ... 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함을 목적으로 한다.
치매관리법	제1조(목적) 이 법은 치매의 예방, 치매환자에 대한 보호와 지원 및 치매퇴치를 위한 연구 등에 관한 정책을 종합적으로 수립·시행함으로써 치매로 인한 개인적 고통과 피해 및 사회적 부담을 줄이고... 제3조(국가 등의 의무) ② 국가와 지방자치단체는 치매환자를 돌보는 가족의 부담을 완화하기 위하여 노력하여야 한다.
장애아동복지법	제1조(목적) ... 장애아동가족의 부담을 줄이는데 이바지함을 목적으로 한다.
저출산·고령사회기본법	제1조(목적) 이 법은 저출산 및 인구의 고령화에 따른 변화에 대응하는 저출산·고령사회정책의 기본방향과 그 수립 및 추진체계에 관한 사항을 규정함으로써 국가의 경쟁력을 높이고 국민의 삶의 질 향상과 국가의 지속적인 발전에 이바지함을 목적으로 한다. 제5조(국민의 책무) ② 국민은 가정 및 지역사회의 일원으로 상호연대를 강화하고 각자의 노후생활을 건강하고 충실하게 영위할 수 있도록 노력하여야 한다.

1) 생산주의와 시민의 연대에 관하여

돌봄과 자주 같이 쓰이는 단어는 ‘재생산’이다. 노동력을 재생산하고 세대를 재생산하는 노동으로서 돌봄이 흔히 언급된다. 그래서 국가가 임·출산과 양육 등과 관련된 사회서비스로 돌봄에 관여하는 양상은 노동력 확보와 관련된 정책의 일환으로 이해되기도 한다. 하지만 모든 돌봄이 노동력의 재생산과 관련되는 것은 아니다. 가령 고령자 돌봄이나 만성질환자나 중증장애인에 대한 돌봄이 그러하다. 인간 존재의 취약성과 의존성의 문제에 주목하는 돌봄은 태어나고 자라는 상황만이 아니라 질병과 노쇠 등의 상황도 응당 다뤄야 한다. 그렇다면 사회적 재생산의 문제를 그저 새로운 노동자의 충원만을 의미하는 것이 아니라 더 포괄적인 것으로 의미화할 필요가 있다. 그것은 모든 구성원이 공유하는 삶의 토대이자 사회적 조건에 대한 재생산, 사회라는 것을 만들고 유지하는 행위의 재생산이라는 의미일 수 있다. 사회 구성원은 ‘내가 어떤 상태이든지 어떤 변화를 겪든지 나를 돌봐줄 사회에 대한 신뢰와 믿음’을 가질 수 있어야 하고, 돌봄은 그런 사회를 구축하는 가장 근본적인 관계적 활동이어야 한다. 고령자 등에 대한 돌봄은 단지 돌봄 부담과 비용을 사회가 치른다는 의미를 넘어서 우리가 살고 있는 사회에서 서로 어떤 관계를 맺으며 연대를 지속적으로 재생산하느냐의 문제이다.

이런 배경에서 돌봄관련 법의 목적과 기본이념을 살펴보면, ‘지속적인 관심’, ‘자발적인 복지 활동’, ‘상호연대’ 같은 표현의 정도가 시민 연대의 단초로 보이나 미약하다. 생산주의 틀 아래서 나타나는 ‘상호연대’란 표현은 맥락상 시민연대의 가치를 우선시하기 보다는 국가의 보완적 역할을 말하는 보충주의의 성격으로 보인다. ‘자아실현’, ‘복지사회실현’을 넘어 ‘돌봄사회실현’을 향한 원리를 더 보완하고 강조할 필요가 있다. 반면, ‘국가의 경쟁력’, ‘국가의 지속적인 발전’이란 표현에서 보이듯 생산주의나 발전주의 틀에서는 돌봄이 도구적으로 이용될 경향이 크다. 도구주의적 정책 패러다임은 일자리 창출, 새로운 성장전략의 수단으로서의 돌봄 산업 활성화를 암묵적으로 전제하는데, 이는 효율성, 경쟁력, 생산성을 우선적 가치로 삼기에 보편적 인간활동으로서의 돌봄 활동과 생태적 가치를 중시하는 사회로의 전환과는 거리가 멀다.

현실에서 돌봄의 책임과 자원은 불평등하게 분배되며, 특히 노년 돌봄의 필요 증가, 돌봄 노동의 저평가, 공적 돌봄 시스템의 한계로 인해 심각한 불평등이 초래되고 있다. 앞서 유엔의 원칙에서 살펴봤듯이 국제사회는 돌봄을 개인의 책임이 아닌 사회적 권리이자 구조적 문제로 인식해야 하며, 돌봄 경제와 돌봄 정책을 기반으로 새로운 돌봄 체계를 구축하려 하고 있다. 그런데 현재 법률에서의 논의는 돌봄을 사회적 연대와 협력의 문제로 충분히 다루고 있지 못하다. 돌봄 윤리에서는 돌봄 책임의 분배라는 평등의 문제를 돌봄 윤리의 핵심이라 보는데 근원적 연대 의식을 강조하고 돌봄에 대한 의무를 사적인 도덕 개념과 구별하여 시민적 책임으로 공공성을 부여하는 식으로 연대를 재정의하는 것을 공론화했으면 한다.

이와 관련하여 트론토는 민주주의의 핵심을 ‘민주주의 돌보기’로 규정하며 돌봄 책임의 평등을 민주 정치의 의제로 만들어야 한다고 말한다. 돌봄 책임을 분담할 때 민주 시민의 실질적인 정치 참여가 가능하기 때문이고 결국 돌봄 민주주의의 목적은 공화국을 돌보는 것이다. 민주주의를 돌보는 일과 사람을 돌보는 일은 서로 순환관계에 놓이게 되었으므로 돌봄 책임이 공론장의 정치적 의제가 될 수 있다.⁷⁰⁾

2) ‘자립’에 관하여

‘자립’이라는 단어가 어떤 맥락에서 사용됐느냐를 따져봐야 한다. 자기책임을 강조하고 국가의 책임을 뒤로 물리는 것이라는 맥락에서 해석한 의견 중에는 노인인권법제정 요구를 배경으로 한 것이 있다. 이에 따르면, 헌법상의 인권 규정에도 불구하고 실제 권리는 법률을 통해서 규범화와 공법상의 급부 청구권으로 작동된다. 그런데 헌법상의 인권과 실정법상의 괴리가 크다는 것이 문제이다. 가령 사회보장기본법 제2조는 “기본이념”을 규정하면서 ‘자립을 지원’하는 것을 이념으로 하고 있으며, 제 7조에서는 “국민의 책임”을 규정하면서 그 중 제1항에서 “모든 국민은 자신의 능력을 최대한 발휘하여 자립·자활(子活)할 수 있도록 노력하여야 한다”라고 규정하여 국민의 자기책임성을 우선하고 있으며, 사회보장을 받을 권리는 사회보장 관계법령이 정하는 바에 따라 받을 수 있고(제9조), 급여 수준은 건강하고 문화적인 수준을 유지할 수 있도록 국가의 사회보장급여 수준 향상 노력 의무를 규정(제10조)하고 있다. 이는 헌법상의 인권보장 규정에도 불구하고, 사회보장기본법에서는 고령을 이유로 한 소득상실이든 이유 여하를 불문하고 일단 자기책임하의 자립·자활을 우선적 책임으로 명시하고, 국가는 2차적으로 지원할 책임이 있음을 분명히 하고 있는 것이다. 사회보장기본법제와 개별 사회보장에 관한 법률들에서 일관되고 있는 1차 자기책임, 2차 국가 재량하의 보충책임 원칙이 강고하게 작동하고 있는 한, 현행 사회보장기본법은 인권 증진을 재정과 연계하여 강력히 통제하는 규제입법으로 작동되고 개선을 기대하기 어렵다는 지적이다.⁷¹⁾

돌봄 윤리는 자립과 의존을 이분법적으로 보지 않으며 우리 존재의 상호의존성에서 출발한다. 돌봄에 있어서 새로운 형태의 의존적 행위주체성을 구성하는 것이 도전과제이다. 상호주관성이나 상호적 행위주체성은 타인들과의 상호작용 및 교동을 통해 우리 자신을 경험한다는 것을 의미한다. 돌봄에 의존하는 것은 모든 인간 존재에게 보편적인 것이며, 돌봄에 좀 더 강도높게 의존한다고 해서 그밖의 모든 이들과 다르지 않은 존재로 여겨질 때 돌봄은 평안하게 다가올 수 있다. 돌봄에 의존한다는 인간의 실존성이 권리 박탈에 대한 조건으로 여겨지는 식으로 법률에서 다뤄져서는 안된다. 인지저하(치매), 정신장애

70) 조안 C. 트론토. 앞의 책.

71) 이찬진. (2024.7.8.) 노인인권기본법 제정의 필요성. 제16회 노인인권포럼 자료집. 아셈노인인권정책센터.

등의 상태나 연명의료의 결정 등과 관련된 상황에서도 삶의 자율성을 존중받는 것은 전환적 가치로서의 돌봄이 가져와야 할 중요한 변화이다. 이를 위해서는 목적이나 이념 조항에 담긴 ‘자율’이나 ‘자립’에 대한 이해가 변화해야 한다. 스스로 수행할 수 있는가와 관련된 기능이 아니라 어떤 일을 일어나게 만들거나 야기할 수 있는가와 관련된 기능으로 본다면, 자율성이 단지 개인으로서의 능력이 아닌 관계론적인 성취로 이해돼야 한다. 권리가 부재한 가운데 선택과 기회에 노출되어 ‘예’ 또는 ‘아니오’ 식의 동의 여부를 확인하는 데 그치는 것을 선택의 의미로 제한해서는 안된다. 의미있는 선택을 할 수 있는 환경이 사회적으로 구조화될 필요가 있으며, 돌봄 관련 의사결정 지원 등 구체적인 지원이 선택의 발판 또는 비계가 돼줘야 한다. 이성적 능력이 아닌 성원권과 참여라는 개념이 전제된 새로운 시민권 모델이 도전과제다.

3) 부담? ‘가족의 부담을 덜어주기 위하여’란 표현의 문제점

돌봄의 관계와 문화적 맥락 안으로 법이 개입할 때, 또는 돌봄을 분담하는 생활세계와 행정 체계간의 관계를 새롭게 재설정하고자 할 때, 무엇이 어떻게 바뀌어야 하는지에 대한 충분한 숙고와 성찰이 필요함을 보여준다. 우리가 의식하든 안하든간에 돌봄에 대해 특정한 관점을 갖거나 특정한 행위를 하는 주변에는 돌봄에 대한 사고와 실천을 형성하는 법체계가 놓여있다. ‘부담’이라는 단어가 이처럼 법에 등장하는 것은 돌봄 민주주의의 추구로서 ‘함께 돌봄’(caring with)의 지향이 보이지 않는다.

‘부담’이라는 단어에는 돌봄의존자의 권리주체성이 보이지 않거나 돌봄제공자의 위치에서 보더라도 돌봄의 단면만을 부각시킨다. 돌봄에 힘듦과 고됨이 없다는 것이 결코 아니다. 하지만 법률로서 ‘부담’으로 지칭할 때, 돌봄을 둘러싼 고정관념과 낡은 규범들을 반복할 우려가 크다. 돌봄의존자와 돌봄제공자 모두의 존엄성을 핵심가치로 둔다면, ‘부담’이란 표현은 아주 부적절하다. 또한 여타 아동관련 법률에서는 ‘부담’이란 표현이 등장하지 않다가 장애아동의 경우에만 ‘가족의 부담’이란 표현이 등장하는 것도 문제적이다.

돌봄의존자, 특히 노년의 사람이나 장애를 가진 사람을 ‘사회적 부담’으로 여기기에 사회적 의존 가능성을 억제하고 자조를 격려하는 이념을 지향할 경우 ‘인적자원’으로 보는 인간관을 깔고 법을 제정하고 정책을 실시할 우려가 있다. 사회적 짐이 되지 않고 독립적인 삶을 살라는 압박으로도 느껴질 수 있다.

또한 ‘부담’이란 표현은 돌봄노동의 가치를 재평가하라는 요구에도 부합되지 않는다. 돌봄노동의 가치에 대한 인정은 보수를 받는 돌봄노동자의 열악한 처우 개선(반드시 필요하지만)에 국한되는 것이 아니라 돌봄노동을 공공재로 여기고, 돌봄의 책임을 모두의 것으로 만들고, 민주주의적으로 분배하는 데서 시작되기 때문이다.

4) 어떤 가족인가

또한 ‘가족의 부담’이라는 표현에서 그 ‘가족’은 어떤 가족을 의미하는가가 문제된다. 2004년 건강가정기본법이 통과되고 2005년 호주제가 폐지되면서 가족등록법으로 마무리됐는데, 사회의 기본단위가 부계혈통에 기반을 둔 친인척에서 이성애 핵가족으로 변동된 정도의 선에서 한국의 가족정치는 타협된 것이다. 현행법으로 인정되는 가족은 이성애 가족이자 핵가족이라는 가족제도에 국한돼 있다고 볼 수 있다. 그리고 그런 가족 관계와 결부된 돌봄은 이미 성별화돼있다고 봐야 한다. ‘집안에서의 무급의 돌봄노동자’를 상징하고 있기 때문이다. 가부장제 하에서 성별분업으로서의 돌봄은 인간의 보편적 윤리가 아니라 여성 억압적인 윤리가 된다. 전환적 가치로서의 돌봄에서는 돌봄 책임이 개인이나 가족의 것이 아니라 사회적 역량으로 봐야 하기에, 이런 표현은 삭제되고 다른 식으로 바뀌어야 한다.

가족 내 돌봄책임자가 있다는 전제가 아니라 부재한 상황을 전제하고 개인에 대한 것으로 설계되어야 한다. 돌봄의존자가 가족의 부담으로 여겨지는 상황은 돌봄의존자의 존엄성과 기본적 인권에 부합되지 않는다. 돌봄의존자 자신의 권리로서 돌봄을 누리고 누구에게 어떤 돌봄을 받을 것인가를 선택할 수 있는 환경을 추구해야 한다.

돌봄에 대한 책임을 지는 사회적 단위 중의 하나로서 가족이 포함될 수는 있다. 이것은 소위 ‘정상가족’을 돌봄의 우선적인 1차 책임자로 설정하여 ‘정상가족’ 밖에 있는 이들에게는 각종 사회안전망이 닿지 않는 상황을 야기하거나 전통적 가족주의에 기반하여 돌봄 책임을 전가하는 것과는 다른 접근이어야 한다.

현실 사회에서 돌봄을 이야기할 때 가족중심주의로 묶어놓은 것은 타파해야 하지만, ‘친밀한 돌봄자’(흔히 ‘보호자’라고 지칭되는) 자리를 아예 없앨 수 있을까가 중대한 질문이다. 사적 돌봄을 다 제거하고 불특정 다수, 고용된 돌봄노동자가 전부 돌본다고 할 수는 없다. ‘보호자’의 자리에 누구든지 올 수 있어야 하고, 가족이든 보호자든 돌봄노동을 독박으로 전담하게 되거나 완전히 사적으로 부담하게 되는 경우가 없어야 한다. 즉, 공공의 영역을 확장하고 지향하는 것이 목적 조항으로 오고 그 결과로서 사적인 부담이 적어지는 결과를 지향하는 것이지, 사적인 부담 경감을 목적 조항에 쓰는 것은 전혀 다른 의미인 것 같다.

가족은 차별적이지 않은 대안적이고 포괄적인 의미의 것이어야 하고, 이때 돌보는 가족에 대한 지원 또한 당연하다. 나아가 가족 관계가 아닌 비공식 돌봄자에 대한 지원의 제도화가 요구된다. 기존의 가족 개념은 혼인과 혈연을 주원인으로 하지만, 돌봄을 하는 생활공동체라는 요소를 함께 살펴서 법적으로 수용하는 것을 적극 고려해야 한다. 가족돌봄자 또는 비공식 돌봄자에 대한 지원을 충실하게 강화하는 법 조항은 필요하나 ‘가족의 부담을 덜어주기 위하여’라는 전제에서가 아니라 그 돌봄노동이 가치 있고

사회적 보상을 제대로 받는 노동으로서 할 수 있는 사회적 배치가 필요한 것이다.

(2) 보편성과 포용성

헌법은 ‘국민’의 권리와 의무로 이뤄져 있기에 국민에 해당하지 않은 이주 배경의 사람들이 배제돼 있다. 오히려 국민 아닌 사람의 돌봄노동에 의존하고 있으면서 우리 사회가 감당해야 할 부담을 외부화하고 있는 것에 대해서는 별도의 더 심도 깊은 논의가 필요하다. 또한 국민이라고 해서 다 같은 국민은 아니다. 가령 대한민국 헌법에서 국민의 4대 의무는 교육·근로·납세·국방의 의무다. 이는 주로 공적이거나 생산영역에서 활동할 것으로 전제되는 사람들에게만 해당된다. 이 규정에 의하면 적지 않은 여성 및 장애인이 국민으로서의 기본 의무를 온전하게 수행하지 못하는 예외 집단으로 분류된다. 결국 헌법의 의무 규정은 상당한 사람들을 배제 시킬 가능성을 함축하고 있으며 필수불가결한 재생산 영역의 돌봄에 대해 깊이 있게 다루지 못했다는 한계가 분명하다.

우리의 삶이 장애인과 비장애인으로 나뉘고, 건강과 비건강, 젊음과 늙음 등으로 나뉘어져 있다고 보는 관념은 잘못됐다. 돌봄의 정치학에 따르면, 우리는 항상 돌봄의 관계망 속에서 살아가고 있고 상호돌봄은 우리에게 공기나 물과 같음을 인정하는 데까지 나아가야 한다. 삶은 연속적이며 특정 상태에 따라 돌봄 요구의 정도와 강도가 달라질 뿐인데, 특정 상태에 따라 그 사람의 삶에 대한 기대와 법이 유념하는 목적에 편차가 큰 것은 문제적이다.

가령 노인, 장애인, 아동 관련 대표적 법률에서 드러나 보이는 차이는 이런 것이다. 노인에 대해서는 ‘사회참여’라는 생각이 희박해 보인다. 반면 장애인과 아동 관련 조항에서는 ‘완전한 사회참여’와 ‘평등권 실현’, ‘비차별의 원칙’, ‘아동의 이익의 최우선 원칙’ 등이 나타난다. 유엔장애인권리협약과 유엔아동권리협약이 국내법에 끼친 영향으로 보인다. 반면 노인의 경우에는 관련 국제협약이나 국내인권법도 존재하지 않는 형편이다. 65세 이후로도 20~30여년을 더 살아가고 이런 노년기를 생애를 마무리하는 단계로만 규정할 수는 없다. 노년의 재구성이 고령화 시대 정책의 과제가 돼야 한다. 그러려면 취약성의 원인을 당사자의 고령이나 건강에서 찾는 것이 아니라 사회경제적 지원 네트워크나 취약성의 불평등한 분배에서 찾아야 한다. 취약성과 상호의존성은 몸을 가진 모든 사람의 보편적 성격인데, 고령자 등 특정 인구를 더 위태롭게 만들고 더 취약하게 만드는 불평등한 사회구조와 정책이 법률에 가시화된 것으로 보인다. 교통약자법의 예에서처럼 “사람 중심의 교통체계” 구축이라는 보편적 접근과 “사회참여”를 명확히 하는 식으로 해당 법률들이 가치지향적인 용어를 사용했으면 한다.

〈표 4〉 대상별 목적/기대의 차이

관련 법	관련 조항
노인장기요양법	제1조(목적) 이 법은 고령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등에게 제공하는 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 장기요양급여에 관한 사항을 규정하여 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함을 목적으로 한다.
노인복지법	제1조(목적) 이 법은 노인의 질환을 사전예방 또는 조기발견하고 질환상태에 따른 적절한 치료·요양으로 심신의 건강을 유지하고, 노후의 생활안정을 위하여 필요한 조치를 강구함으로써 노인의 보건복지증진에 기여함을 목적으로 한다.
장애인 활동 지원에 관한 법률(장애인활동법)	제3조(국가와 지방자치단체의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 적절한 활동지원급여를 제공하여 장애인이 일상생활과 사회생활을 원활히 할 수 있도록 시책을 마련하여야 한다.
장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(장애인차별금지법)	제1조(목적) 이 법은 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다.
아동복지법	제2조(기본 이념) ① 아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다. ② 아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안전한 가정환경에서 행복하게 자라나야 한다. ③ 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다. ④ 아동은 아동의 권리보장과 복지증진을 위하여 이 법에 따른 보호와 지원을 받을 권리를 가진다.
교통약자의 이동편의증진법(교통약자법)	제1조(목적) 이 법은 교통약자(交通弱者)가 안전하고 편리하게 이동할 수 있도록 교통수단, 여객시설 및 도로에 이동편의시설을 확충하고 보행환경을 개선하여 사람중심의 교통체계를 구축함으로써 교통약자의 사회 참여와 복지증진에 이바지함을 목적으로 한다.

앞서 II에서 살펴본 유엔의 보편성의 원칙에 따르면, 가용성, 접근성, 적절성, 시설과 서비스와 재화의 질을 보장할 것을 요구한다.

한국 사회에서 보편적인 돌봄에 장벽이 되는 요인들에 관한 논의는 2026년 3월 시행을 앞두고 있는 돌봄통합지원법의 실행성을 둘러싼 토론에 집약되는 경향이 있기에 공통된 지적사항을 〈표 5〉와 같이 정리해보았다.⁷²⁾

72) 돌봄과 미래. (2025.02.13.). 지역돌봄통합지원법 성공적 시행을 위한 법령 제안 토론회. 사회적경제미디어이론넷 외. (2025.04.11.). 돌봄통합지원법 국회 토론회-정책에서 실행으로, 돌봄통합지원법의 실효성을 말한다. 이수진 의원 외.(2025.04.23.). 돌봄복지국가 실현을 위한 국회 대토론회 자료집. 사회적경제미디어이론넷. 기획특집-돌봄. (2024.07.01.부터 1~41회 연재 기사)

〈표 5〉 보편성 관련 돌봄통합지원법에 대한 의견들

지역 격차	지역사회에서 서비스 전달주체를 찾기 어렵다 지역사회 요구에 부합되는 서비스 전달 주체 육성이 가장 중요한 과제다 돌봄제공인력의 안정적인 수급과 교육과 훈련 등에 대한 근본적인 대안이 마련되지 않으면 적절성 원칙을 달성하기 어렵다 지자체마다 급여 제공의 격차가 발생하지 않도록 공통적인 필수서비스는 전국에서 모두 제공해야 농어촌 노년에게 심각하게 부족한 이동지원서비스를 신규 급여화할 필요 지역에서 이용가능한 재활서비스를 신규 급여화해야
서비스의 내용	재가서비스가 빈약하다 방문간호, 방문의료, 재활서비스와 연계통합돼야
배제	대상자별로 너무 나뉜 체제다 돌봄통합지원법은 노인과 장애인으로 크게 제한돼 있다 중증장애인, 접근성이 매우 나쁜 곳에 있는 고령자의 경우 활동지원사 등의 미연계 문제가 크다. '사회적 고립'이 새로운 과제 정신장애인, 은둔형 청년외톨이 등 새로운 돌봄요구에 대한 계획 수립이 필요하다 생애말기돌봄에서 심각한 수준의 접근성 격차가 존재한다. '생애말기 및 임종기'가 돌봄통합지원법의 목적조항에 반영되지 못했다.

유엔의 보편성과 포괄성의 원칙에서는 서비스의 질을 포함하고 있고, 서비스의 질은 돌봄노동자가 처한 환경을 고려하지 않을 수 없다. 이는 국가의 책무성과도 연결되는 것으로 돌봄 노동자에게 존엄한 노동 조건을 보장할 것을 의미한다.

나아가 더 생각해볼 문제는 방향의 전환이다. 돌봄의 보편성을 단지 돌봄에서 배제되는 사람들을 더 포괄하는 방향이나 돌봄에 대한 보상확대를 요구하는 수준에서 벗어날 필요가 있다. 돌봄의존자나 제공자 모두를 특수한 집단이 아닌 '보편적 시민'으로 접근하는 방식으로의 전환, 특정 집단만이 아닌 구성원 모두가 돌봄의존자이자 돌봄제공자로서 돌봄을 수행하며 살아가도록 하는 방향으로의 전환을 돌봄의 보편화라 할 수 있다. 다시 말해, 분담이라는 문제들에서 나아가 돌봄을 중심 원리로 삼을 수 있을지를 적극적으로 고민하는 게 보편적 돌봄의 기획이다. 보편적 돌봄의 지평은 인간 사이만이 아니라 인간과 비인간 사이, 생태적 조건이 지구로까지 확장된다.

(3) 책임 주체의 문제: 중앙정부와 지방자치단체를 중심으로

의료든 돌봄이든 공급이 민간에 치우쳐 있는 현실이기에 '국가의 역할과 책임'이란 제목하에 중앙정부와 지자체의 책임 조항을 두자는 제안은 반복적으로 강조돼왔다. 기존 법제에 책임관련 규정이 없는 것이 아니지만 국가의 '책무와 공공성 원칙'을 명시적으로 강화하자는 취지이다.

중앙정부와 지자체의 책무성을 구별하는 것도 중요하다. 지역 돌봄은 지자체 권한이 필수적이기에 법률로 중앙과 지방의 역할을 명확히 나눠야 한다.⁷³⁾ 책임의 문제를 다루기 위해서는 그 범위가 정교하게 정의되어야 한다. 책무(accountability)라고 말해지는 것은 범위가 명확하게 규정되는 책임이고, 흔히 우리가 보통 책임이라고 말하는 도덕적 책임(responsibility)은 응답의 의무다. 책임의 범위를 정교하게 설정하고 그것을 법률로 정해야 책임의 범위와 한계를 예상할 수 있다. 인력과 예산에 대한 책임, 인프라 구축에 대한 책임은 중앙정부와 광역 지자체가 지고, 기초 지자체는 돌봄당사자에 대한 구체적 돌봄 보장에 대한 책임을 지는 것으로 규정할 필요가 있다. 돌봄제공기관의 공공 공급 총량에 대한 최저기준을 마련하고, 지역별로 공립시설 설립을 촉진시키는 등 수원지의 원류를 공공으로 바꾸는 일이 필수이다.

기초지자체가 돌봄을 전담하는 역할을 할 수 있도록 전면 전환해야 할 법 개혁 과제들에는 지방자치법과 기타 지자체의 사무 범위에 영향을 미치는 관련 법의 개정을 통해 기초지자체의 사무를 돌봄과 사회복지 관련 사무를 책임지고 전담하도록 규정하고, 기타 위임 사무 및 고유사무는 광역지자체나 국가 사무로 재조직화하는 방향으로의 법 제도 개선이 있다.⁷⁴⁾ 역할을 하려면 재정 확보가 필수인데, 이에 대해서는 아래에서 다룬다.

〈표 6〉에 나타난 국가의 책임을 준수나 위반이냐로 판단할 수는 없다. 국가의 적극적 의무에 속하는 사회권의 문제이기에 가용자원이 배분과 관계되고 정치적 의사결정과정과 이해관계에 따른 협상이 개재되기 때문이다. 돌봄과 관련된 국가의 의무는 흔히 ‘사회권’이라 불리는 내용이므로 그 내용을 확정하기 어려운 것은 사실이나 그럼에도 충족여부를 판단할 수 있는 원칙들이 존재한다. 유효성, 참여성, 책무성, 평등성 같은 원칙들이다. 원칙의 규범력은 법적·현실적 가능성을 감안하되 원칙의 내용을 최대한 실현하도록 요구할 수 있는 일관된 힘에서 나온다. 가령 건강권과 관련해 국가는 건강을 효과적으로 결정할 기본 요소들을 갖추 의무가 있다. 기초의약품 구비, 전문 의료진의 양성 등이다(유효성), 건강 관련 의사결정을 내릴 때 주민들의 참여를 보장해야 한다(참여성), 국가는 자원이 부족한 상황에서도 최적화를 달성하기 위해 최선을 다했음을 설명하고 정당화할 수 있어야 한다(책무성), 그리고 모든 사람이 저렴한 가격으로 합당한 수준의 건강·의료서비스를 받을 수 있어야 한다(평등성).⁷⁵⁾

73) (2024.06.24.). 의료·요양 등 지역 돌봄의 통합지원에 관한 법률의 의미와 22대 국회 입법 과제 토론회.

74) 김진석. (2021). 지역사회통합돌봄 전달체계 개선방안 연구. 국회사무처.

75) 샌드라 프레드먼 지음. 조효제 옮김. (2009). 인권의 대전환. 교양인.

〈표 6〉 국가와 지자체의 책임 관련

법률	관련 조항
보건의료기본법	제4조(국가와 지방자치단체의 책임) ① 국가와 지방자치단체는 국민건강의 보호·증진을 위하여 필요한 법적·제도적 장치를 마련하고 이에 필요한 재원(財源)을 확보하도록 노력하여야 한다. ② 국가와 지방자치단체는 모든 국민의 기본적인 보건의료 수요를 형평에 맞게 충족시킬 수 있도록 노력하여야 한다.
노인장기요양법	제4조(국가 및 지방자치단체의 책무 등) ① 국가 및 지방자치단체는 노인이 일상생활을 혼자서 수행할 수 있는 온전한 심신상태를 유지하는데 필요한 사업(이하 “노인성질환예방사업”이라 한다)을 실시하여야 한다. ② 국가는 노인성질환예방사업을 수행하는 지방자치단체 또는 「국민건강보험법」에 따른 국민건강보험공단(이하 “공단”이라 한다)에 대하여 이에 소요되는 비용을 지원할 수 있다. ③ 국가 및 지방자치단체는 노인인구 및 지역특성 등을 고려하여 장기요양급여가 원활하게 제공될 수 있도록 적절한 수의 장기요양기관을 확충하고 장기요양기관의 설립을 지원하여야 한다.
호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(연명의료결정법)	제5조(국가 및 지방자치단체의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하는 사회적·문화적 토대를 구축하기 위하여 노력하여야 한다. ② 국가와 지방자치단체는 환자의 최선의 이익을 보장하기 위하여 호스피스 이용의 기반 조성에는 필요한 시책을 우선적으로 마련하여야 한다.
의료·요양 등 지역 돌봄의 통합지원에 관한 법률(돌봄통합지원법)	제4조(국가와 지방자치단체의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 노쇠등으로 일상생활 유지에 어려움을 겪는 사람이 살던 곳에서 생애 말기까지 건강하고 존엄한 생활을 영위할 수 있는 여건을 조성하도록 노력하여야 한다.
지역보건법	제3조(국가와 지방자치단체의 책무) ① 국가 및 지방자치단체는 지역보건의료에 관한 조사·연구, 정보의 수집·관리·활용·보호, 인력의 양성·확보 및 고용 안정과 자질 향상 등을 위하여 노력하여야 한다. <개정 2016. 2. 3.> ② 국가 및 지방자치단체는 지역보건의료 업무의 효율적 추진을 위하여 기술적·재정적 지원을 하여야 한다. ③ 국가 및 지방자치단체는 지역주민의 건강 상태에 격차가 발생하지 아니하도록 필요한 방안을 마련하여야 한다.

(4) 당사자의 권리: 참여와 자기결정권의 문제

돌봄 관련법에서 당사자의 권리로 눈에 띄게 등장하는 것이 자기결정권이다. 법 전반적으로 당사자의 권리라고 할 것이 빈약한데, 자기결정권이 유독 강조되고 있다는 것은 돌봄 의존이라는 상황과 맞물린 참여한 이슈이기 때문일 것이다.

누구나 당연한 인권으로 여기는 자기결정권이 돌봄의존자와 관련해서는 결코 쉽지 않은 문제를 야기한다. 가령 국가의 사회보장 급여는 원칙적으로 그 수급자격이 있는 당사자에 대한 급여이지만 입원, 입

소, 진료, 영양과 같은 급여는 모두 계약의 체결과 비용부담(본인부담금)의 약정을 할 수 있는 법적 능력이 필요하기에 의사결정능력이 부족해진 노인이나 발달장애인 및 정신질환자의 입원이나 입소와 관련하여 대리 주체의 문제가 늘 잠재하고 있다. 현실적으로 의료기관이나 요양시설에서는 당사자가 아니라 가족인 보호자에게 설명을 하고, 각종 수술이나 신체적 제한조치에 대한 동의나 부동의를 가족인 보호자에게 요구하고 있다. 입원이나 입소가 본인의 의사와 무관하게 이루어지거나 의사에 반하여 이루어지는 경우 복지라는 명분만으로는 정당화되기 어려운 점이 있다.⁷⁶⁾

이와 관련해 돌봄 윤리에서 강조되는 ‘관계적 자율성’에 대해 살펴볼 필요가 있다. 사회적 활동에는 다른 사람의 참여가 포함되고, 규범·관습·사회적 구조 및 제도에 의존할 수밖에 없다. 결정권의 핵심은 그 권리를 행사할 수 있는 조건이며 결정권은 유무가 아니라 협상의 개념이다. 따라서 개인이 선택하는 것으로 결정권 행사와 자율성 실현이 종료되는 게 아니라 그 과정이 중요하다. 자율성의 능력은 사회화와 밀접한 관계가 있다. 관계적 자율성을 강조하는 이유는 결코 완전하게 독립적이지 않은 의존적인 상황에서도 ‘자기 주도’가 가능하다는 것을 인정하기 위함이다. 이는 개인의 자율성을 부정하는 것이 아니라 오히려 더 풍부하게 도움을 주고자 함이다. 자율성을 관계적으로 이해함으로써 돌봄의존자의 억압적인 삶의 조건을 변화시키는 측면으로 자기결정권이 변화되어야 한다. 노인과 중환자들의 이익은 친밀한 사람들의 이익과 우선순위와 분리되기 어려우므로 함께 하는 결정의 파트너십으로 발전될 필요가 있다.

국내 인권운동에서는 이와 관련하여 2024년 인권전략캠프에서 집중적으로 논의한 바가 있다. ‘자기 결정권’보다는 ‘의사결정권’이란 용어가 적절하며 ‘함께하는, 지속적인 과정으로서의 결정’이란 점을 강조했기에 그 내용을 상세히 살펴본다.

“...한국어로는 ‘자기결정권’이란 말을 흔히 쓰는데 영어권이나 혹은 독어권 같이 알파벳 언어를 쓰는 곳에서는 자기결정권이라는 말을 하지 않고, ‘의사결정권’이라는 말을 쓴다. 어떤 사안이 있을 때 그것을 타율적으로가 아니라 자율적으로 결정할 수 있는 권한이라는 뜻이다. 여기서 중요한 것은 ‘사안이 무엇이나?’는 것이다. 선택이나 결정을 해야 할 내용이 무엇이나가 중요한 것이고 그 내용을 결정할 때 이 결정하는 사람이 다른 모든 제도의 망들 혹은 규칙들 혹은 다른 사람들과의 관계 이런 것과 무관하게 독자적으로 존재하는 단독자일 수 있느냐를 질문하게 된다. 정체성 관점에서 취약한 사람들, 노인이든가, 아동이든가, 장애인이라든가 이주민이라든가, 이런 구조적 취약성에 있는 사람들이 결정을 할 때, 이 결정이 얼마나, 그야말로 순수하게 옳이, 자신의 결정인지 아니

76) 신권철. (2023.04.15). 노인 부양과 돌봄의 민사법적 쟁점과 과제-가족의 의무와 권한을 중심으로. 한국민사법학회 춘계학술대회 자료집.

면 자신의 결정이라는 이름을 달고 있지만, 강제에 떠밀려서 하게 되는 것인지, 이런 질문이 되게 중요한 것이다.

그래서 취약한 사람을 보호한다고 하는 차원과 취약한 사람들이 그럼에도 스스로 결정한다는 이 차원. 이 두 개의 차원이 경합하고 있는 것이다. 그래서 이 두 개의 차원이라는 갈등상황에 경합하는 상태에서, 어떻게 세심하게, 그야말로 정의롭게 균형을 잡을 것인가, 이게 서구에서는 ‘의사결정권’(decision making right)의 핵심인데, 한국에서는 왜 ‘자기결정권’(self-determination)이라는 말이 법적 용어로 정착되었는지는 모르겠다. 자기결정권이라 하면, ‘자신’(self)이 매우 중요한 것으로 무대 중앙에 서게 된다. 법률가들이 말하는 자기결정권은 자기(self)에 플러스 결정(determination)이 붙은 것으로 보고, 자기결정 내용에는 자기가 자기를 책임진다는 말이 들어간다. 그런데 이 자기결정에 ‘권’이 붙으면 권리이기 때문에, 당연히 모든 권리가 그렇듯이 의무자를 파트너로 설정하게 된다는 얘기가 된다.

그런데 이것을 생활세계의 관점에서 보면 다르게 말할 수 있다. 모든 결정은 어떤 행위가 주체로서 한다고 하지만, 그 행위자의 결정할 수 있는 권한이라고 하는 것이, 내가 의지를 갖는다고 해서, 그러니까 그 행위자가 의지를 갖는다고 해서 권한을 갖겠다, 선언한다고 해서 권한을 갖는 것은 아니라는 것이다. 어떤 방식으로 이 권한이 협상되는가? 이게 중요한 것이다.

자율이라는 것은 타율이라는 이 카운터파트(counterpart), 상대 개념이 없이는 성립하지 않는다. 그러다보니까, 당연히 이것은 행위를 지금 수행하고 있는 주체 자리의 문제일 뿐만 아니라 파트너인 소위 타율의 자리에 있는 그 사람과의 관계 속에서 뭔가가 이루어지는 것이다. 그런데 이 부분이 너무 생략된 채로 한국에서 자기결정권이 막 선언되는 것은 아닌가 염려된다. 이 ‘자기’라는 주체가 어떤 것인가 질문도 생략되고, 그다음에 자율적, 타율적이라고 하는 것이, 어떻게 그야말로, 구성적 두 요인으로써 협상 자리에 있는지 생략되고, 그리고 결정권이라고 부를 때 이 ‘권’이라고 하는 것이 무엇을, 누구를 향한 어떤 목표를 설정하는가도 생략된 상태에서, 무조건 자기결정권이 행사되어야 하는 어떤 것으로 간주하는 것은 문제적이다.

가령 노인이 요양시설을 가고 싶지 않고, 안 가겠다고 버티는 상황이 있다. 그런데 자식들이나 혹은 배우자가 의논하지 않은 상태에서 요양원에 보낸다. 이럴 때 요양원에 가기 싫다고 하는 이 노인의 자기결정권과 언제까지 ‘내가 이 돌봄을 독박으로 책임져야 하느냐, 나는 그렇게 못하겠다’라는 자식의 자기결정권이 맞붙는다고, 이렇게 말하는 것이

보통인데, 이건 진짜 틀린 말이다. 정말 자기결정이라는 것을 너무나 제대로 이해하지 못하기 때문에, 내지는 어떤 공적 자유의 행사로 이해하지 못하기 때문에 하는 말이다. 그냥 권리 타령(rights talk)인 것이다. 그래서 현재 지금 한국사회에서, 노년의 자기결정권이라는 이름 하에 주장되는 많은 것들이, 많은 문제들을 안고 있는데, 첫째, 선언이다. 그래서 추상성에 머문다. 둘째, 결정권이 권리 타령으로 타락한다. 셋째, 자율과 행위 주체에 관한 포괄적 논의를 생략하고 자기결정권을 명목론 차원에서 주장한다. 넷째, 의사결정 안에는 오토노미(autonomy)가 들어가 있는 것이다. 누구나 다 자율적으로 의사를 결정할 권리가 있다는 것을 전제로 하고, 자율적이라는 말을 빼고, 의사결정권이라고 부르는 건데, 의사결정권은 단자로서의 개인 문제가 아니라 사회 역량의 문제다. 그 말은 의사를 제대로 결정하는 것은 능력의 문제인데, 그러니까 모든 개인이 올바른 결정을 할 수 있는 능력을 가지고 있다고 보기 어렵다. 그래서 이것이 능력의 문제로 되는데, 사실 이것은 개인의, 말하자면 분리된 능력의 문제가 아니라, 이 능력을 키워내는 사회의 역량의 문제다. 그러니까 얼마나 사회가 역량을 갖추고 있는지가 그 사회구성원 개인의 결정 능력을 만든다고 봐야 되는 것이다. 결국 ‘자기결정’이라고 부르지만 ‘함께 결정’이고 자율성을 ‘관계성 자율성’으로 봐야 한다는 문제와 만나게 된다. 마지막으로 중요한 것은 의사결정에는 시간성이 매우 중요하다는 것이다. 자기결정/의사결정은 이때, 어느 시간 지점에서 발생하는 게 아니라 과정 중에서 발생하는 것이다.”⁷⁷⁾

지역사회통합돌봄에 기대하는 바는 결정권을 행사할 수 있는 사회적 역량에 대한 것이라 볼 수 있다. 가령 가족돌봄이 없더라도, 시설이 아닌, 내가 다른 돌봄을 선택할 수 있는 사회적 역량이 있을 때 결정권이라고 할 수 있다.

장애학의 관점에서도 유사한 논의를 한다. 질병과 장애 등을 해당 개인의 손상이나 개인의 실패로 보지 않고 돌봄에서 ‘자립’은 타인과 공동의 삶을 구축하는 것이다. 다른 이들과 더불어 자기 자신이 되기도. 자립이 삶에 필요한 모든 것을 혼자서 조달할 수 있는 것이라면 그것은 현실적으로 불가능한 개념이다. 자립은 자신이 필요로 하는 서비스들, 자기 삶에 필요한 의존들을 선택할 수 있고 관장할 수 있는 의미에 가깝다. 그런 의미라면 고령자나 장애인들이나 삶에 필요한 서비스를 선택하고 이용할 수 있는 한에서는 얼마든지 자립적인 삶을 살아갈 수 있다.⁷⁸⁾

핵심은 그 권리를 행사할 수 있는 조건이다. 자기결정권은 유무가 아니라 협상의 개념이다. 동의할지,

77) 김영옥. (2024.08.20) 노년 인권을 맞이하는 관점에 대하여. 인권전략캠프 제5회차. 미발간 녹취록.

78) 바버라 아네일, 낸시 J. 허시먼 역음. 김도현 옮김. (2023). 장애의 정치학을 위하여. 후마니타스

거부할지 둘 중에 하나를 선택하는 것이 아니다. 둘 중의 하나를 선택해야 하는 상황 자체가 문제적이다. 개인의 결정은 사회 혹은 상대방과의 상호작용과 사회적 맥락 안에서 형성된다.

개인에 따라 차이는 있지만, 권리의 주체로서 살아온 노인이 노년기 다양한 상실과 함께 말년의 삶을 의미없는 고통으로 느끼게 된다. 많은 노인들이 요양원, 요양병원, 중환자실과 같은 의료기관과 장기요양시설을 이용하고, 거기서 말년을 보내게 된다. 삶의 마지막 시기 돌봄을 둘러싼 의사결정의 이슈는 노인의 인권 보호를 위해 매우 중요하고도 실존적인 주제이다.

그런데 주로 임종기 연명의료 중단을 위한 자기결정권 논의에만 주목하고, 노인의 돌봄특성에 따른 다양한 의사결정에 관한 논의는 부족하다. 자기 결정권이 존중받기 어려운 상황적 맥락이 문제다. 노인의 자기결정권의 실질적 행사라는 측면에서 재고돼야 한다. 의사결정능력과 (의사결정 지원책을 통한) 의사결정역량은 구분돼야 한다. 각 노인이 가진 인지적, 신체적 능력뿐 아니라 이러한 능력이 실제로 구현될 수 있는 환경이 마련되어 있느냐와 같은 역량의 구축을 의미한다.⁷⁹⁾

마지막으로 의료인류학의 관점을 살펴본다. 의료인류학자 아네마리 몰에 따르면, 의료진과 환자 모두가 스스로를 선택하는 사람이라 여길지, 돌보는 사람이라 여길지가 큰 차이다. 선택하는 자리는 지극히 외롭다. 틀리지 않고 통달해야 하고 실수해서는 안되고 혼자 감내해야 한다. 돌보는 자리는 그렇지 않다. 그 누구도 완벽한 통제력을 발휘할 수 없다는 것을 받아들이는 일이다. 누가 어디서 무슨 잘못을 저질렀는지 따지기보다 그 다음에는 무얼할지 함께 정하고 나아가는 것, 완벽하지 못했다는 죄책감이 아니라 서로 기운을 내어 함께 나아가게 하는 적응력과 지속력을 키우는 일이 돌봄이다. 개인주의와 자율성, 자유주의적 권리개념이 선택을 중심으로 얹혀 있다면, 이를 재구성하는 다른 논리가 돌봄이다. 환자 중심주의, 전문가주의, 돌봄의존자의 권리, 전문가의 고유한 권리 주장 모두의 권리의 상호배타성을 전제하고 있기 때문인데 돌봄의 논리는 다른 방식으로 상호연결성을 상상해보자는 것이다.⁸⁰⁾

비슷한 선상에서 의료윤리학자 김준혁은 ‘최선의 이익 보장’과 ‘자기결정 존중’이라는 현장에서는 대체 어떻게 해야 할지 모르는 법 조항의 이중성에 대하여 말한다. 현실에선 최선의 이익도 환자의 결정도 모두 중요하므로 복잡한 문제를 복잡하게 다뤄야 한다. 어떤 상황으로 만난 두 사람이 서로의 좋음을 찾아가는 시도로 새롭게 정리한 것이 관계적 윤리다. 한 상황을 여러 사람의 눈으로 묘사하는 관계적 방식이다. 단독자의 단일한 관점, 모든 상황을 파악한 전지자의 시점이 아니라 관계성은 여러 사람의 시점을 함께 생각해보는 것을 말한다. 관계적으로 역량이 성취될 수 있다. 돌봄 윤리는 함께 피어남을 이루는 것이다.⁸¹⁾

79) 안경진. (2020.12.30) 삶의 마지막 시기 돌봄 의사결정과 노인인권, 법과인권교육연구 제13권 제3호)

80) 서보경. (2025). 아네마리 몰, 돌봄의 논리. 컴북스 이론총서

81) 김준혁. (2024). 돌봄의 역설. 은행나무

〈표 7〉 참여와 의사결정권 관련

법률	관련조항
보건의료기본법	제4조의④ 국가와 지방자치단체는 민간이 행하는 보건의료에 대하여 보건의료 시책상 필요하다고 인정하면 행정적·재정적 지원을 할 수 있다. 제6조(환자 및 보건의료인의 권리) ① 모든 환자는 자신의 건강보호와 증진을 위하여 적절한 보건의료서비스를 받을 권리를 가진다. ② 보건의료인은 보건의료서비스를 제공할 때에 학식과 경험, 양심에 따라 환자의 건강보호를 위하여 적절한 보건의료기술과 치료재료 등을 선택할 권리를 가진다. 다만, 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 제8조(국민의 참여) 국가와 지방자치단체는 국민의 권리·의무 등 국민생활에 중대한 영향을 미치는 보건의료정책을 수립·시행하려면 이해관계인 등 국민의 의견을 수렴하여야 한다. 제11조(보건의료에 관한 알 권리) ① 모든 국민은 관계 법령에서 정하는 바에 따라 국가와 지방자치단체의 보건의료시책에 관한 내용의 공개를 청구할 권리를 가진다. 제12조(보건의료서비스에 관한 자기결정권) 모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기이식(臟器移植) 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다.
노인장기요양법	제3조(장기요양급여 제공의 기본원칙) ① 장기요양급여는 노인들이 자신의 의사와 능력에 따라 최대한 자립적으로 일상생활을 수행할 수 있도록 제공하여야 한다.
호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(연명의료결정법)	제1조(목적) 이 법은 호스피스·완화의료와 임종과정에 있는 환자의 연명의료와 연명의료중단등결정 및 그 이행에 필요한 사항을 규정함으로써 환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하는 것을 목적으로 한다. 제2조(정의) 3. ② 모든 환자는 최선의 치료를 받으며, 자신이 앓고 있는 상병(傷病)의 상태와 예후 및 향후 본인에게 시행될 의료행위에 대하여 분명히 알고 스스로 결정할 권리가 있다.
장애인복지법	제4조(장애인의 권리) ③ 장애인은 장애인 관련 정책결정과정에 우선적으로 참여할 권리가 있다.
장애아동복지법	제3조(기본이념) ② 장애아동은 자신에게 영향을 미치는 모든 활동에 대하여 자신의 견해를 자유로이 표현할 권리를 최대한 보장받아야 한다. 제4조 ⑥ 장애아동은 의사소통 능력, 자기결정 능력 및 자기권리 옹호 능력을 향상시키기 위한 교육 및 훈련 기회를 제공받아야 한다.
발달장애인법	제3조(발달장애인의 권리) ① 발달장애인은 원칙적으로 자신의 신체와 재산에 관한 사항에 대하여 스스로 판단하고 결정할 권리를 가진다. ② 발달장애인은 자신에게 법률적·사실적인 영향을 미치는 사안에 대하여 스스로 이해하여 자신의 자유로운 의사를 표현할 수 있도록 필요한 도움을 받을 권리가 있다. ③ 발달장애인은 자신과 관련된 정책의 결정과정에서 자기의 견해와 의사를 표현할 권리가 있다.
돌봄통합지원법	제 4조 ② 4. 통합지원 대상자가 통합지원의 내용, 이용 방법 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이용 여부나 범위, 방식 등을 스스로 결정할 수 있도록 자기결정권을 보장할 것

(5) 법의 실현 가능성: 인력양성계획, 예산과 재정마련에 관한 내용, 연계와 통합

법률에 규정돼 있다 하더라도 실현가능성이 뒷받침되는 것은 아니기에 논자들은 실현가능성의 핵심요소로 크게 세 가지, 인력양성계획과 예산과 재정 마련, 연계와 통합을 꼽고 있다. 이 셋은 따로따로가 아니라 밀접하게 연관돼있다.

먼저 돌봄 인력의 부족은 어제오늘의 일이 아니고 초고령사회를 맞아 더 심화될 것으로 예측되고 있다. 돌봄은 시장원리에서 불리하기에 계속 시장원리에 맡기면 돌봄은 방치되거나 더 취약한 쪽에 불평등하게 전가되어 인구감소지역 등 시장성이 없는 곳에서는 소멸할 것이라 한다. 공공의 공급기관을 늘리는 한편, 민간과 시민사회까지 참여하여 체계를 재조직하는 방법밖에 없다는 진단은 나온 지 오래다. 문제는 누가 그 일을 하느냐이다.

이때 요구되는 사람은 단지 ‘인력’으로서가 아니라 돌봄의 가치와 철학을 실천하는 ‘공통’을 만들어가는 책임 윤리를 가진 사람이다. 개인으로서는 불가능한 일하기에 같이 일을 도모하는 다양한 전문가 집단의 일원으로 생각해야 한다. 인력 양성의 과제와 관련하여 단지 노동력으로서의 인력이 아닌 돌보는 힘을 가진 전문가 집단의 양성을 생각해야 한다.

통합돌봄에서 의료서비스의 연계가 중요하나 현재로는 참여하는 일차의료기관의 획기적 증가가 어렵고 의료진의 교육 수련과정을 개혁하여 지역사회에서 역할을 수행할 수 있도록 하는 일도 어려운 과제이다. 법률에서 돌봄 인력의 안정적인 수급과 교육과 훈련 등의 내용이 담는 것만으로 해결될 수 없기에 법률을 넘는 돌봄의 정치가 작동해야 한다.

권력 개념에 대한 페미니즘적 재해석에서 ‘돌보는 권력’은 ‘~보다 우위에 있는 힘’(power over)이 아니라 ‘~를 하는 힘’(power to)이다. 관계를 중시하고 타인의 역량을 강화시키는 힘으로서의 권력 개념(power as empowerment)에서 권력은 미래지향성과 재생산성, 그리고 이타성을 함축한다.⁸²⁾ 이러한 돌보는 권력의 형성을 저해하는 것은 다른 직역 간에, 직역 내부에서의 위계와 권위주의의 문제다. 정당한 권위와 권위주의는 다르다.

국가가 법률로서 위계나 권위주의 등의 문제를 모두 규제할 수는 없다. 사회학자 엄기호는 중간집단의 직업윤리를 강조한 바 있다. 그에 따르면, 사회학자 에밀 뒤르켐이 사회를 지탱하는 윤리로 주목한 것이 직업윤리다. 그는 유럽이 근대 자본주의 이후 경험한 위기를 경제활동의 비도덕적 성격에서 찾았으며, 이를 통제하지 못하면 공적 위험이 초래되므로 개인과 국가 사이에서 ‘의무감을 상기시키는 어떤 집단’이 있어야 한다고 봤고, 그것이 직업집단이며 이는 직업윤리에 의해 유지된다. 그 집단에 소속된

82) 신선훈. (2020.06) 불평등 서사의 정치적 효능감, 그리고 ‘돌봄민주주의’를 향하여: 김유담, 강화길, 장류진 소설에 주목하여. 창작과비평 제48권 제2호(통권 제188호). 45.

전문가는 자기 권위의 기반이 되는 ‘공통’을 보호하고 준수할 의무가 있고 문제가 있을 경우 그 전문집단 안에서 규칙을 개정하기 위해 싸우거나 부당한 국가의 규제에 맞서야 한다. 국가의 부당한 개입으로부터 집단의 자율성을 지키기 위해 합의된 ‘공통’을 지키는 것이 의무이다. 전문가 집단에 자율성이 중요한 이유는 각 영역의 문법이 다르다는 사실 때문이고 전문집단의 직업윤리를 법으로 규율하는 것은 바람직하지 않다. 가령 의사의 직업윤리 위반에 대해서는 국가의 법으로 통제하기보다 의사협회가 더 가혹하게 징계해 규율하는 것이 원칙적으로 맞다. 국가법의 통제로 당장의 범죄행위는 막을지 몰라도 자율성이 훼손되면 집단의 권위와 자정 역량은 더 떨어지며 장기적으로는 사회를 훼손하기 때문이다. 더 많은 자율성과 더 강한 윤리를 구축하는 방향이 중요하다.⁸³⁾

〈표 8〉 인력 양성 계획

법률	관련조항
보건의료기본법	제25조(보건의료인력의 양성 등) 국가와 지방자치단체는 우수한 보건의료인력의 양성과 보건의료인력의 자질 향상을 위하여 교육 등 필요한 시책을 강구하여야 한다.
지역보건법	제16조(전문인력의 적정 배치 등) ① 지역보건의료기관에는 기관의 장과 해당 기관의 기능을 수행하는 데 필요한 면허·자격 또는 전문지식을 가진 인력(이하 “전문인력”이라 한다)을 두어야 한다.
돌봄통합지원법	제24조(전문인력의 양성) ① 국가와 지방자치단체는 통합지원에 필요한 전문인력의 양성·확보 및 자질의 향상에 필요한 시책을 강구하여야 한다. ② 국가는 통합지원 전문인력을 양성하기 위하여 연구소·대학 및 그 밖에 필요하다고 인정하는 기관을 전문인력 양성 및 재교육 실시 기관으로 지정할 수 있다. ③ 보건복지부장관 및 중앙행정기관의 장은 제2항에 따라 지정된 전문인력 양성기관에 대하여 예산의 범위에서 그 양성에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

법이 ‘선언’일 뿐이라는 비판은 구체적인 예산으로 뒷받침되지 않기 때문이고 〈표 9〉에서 보듯 재정 지원에 관한 규정들이 법마다 의례적으로 들어가 있지만 구체적인 재원에 대해서는 침묵하기 때문이다.

유엔인권최고대표사무소(OHCHR)에서는 국가예산을 통해 인권을 보장해야 할 국가의 책임을 규정했고 실효성 있고 적절한 예산 편성이 정부의 인권책임의 출발점이며 시민이 정부의 예산 편성에 개입하고 의견을 내는 것 자체가 인권의 행사라 했다. 이는 유엔 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제25조가 보장한 ‘공무 행위에 참여할 권리’와 제19조의 정보에 대한 접근권과 관련된 권리이기도 하다. OHCHR이 국가예산과 관련해 낸 지침서의 주요 내용을 살펴보면, 다음과 같다.⁸⁴⁾

83) 엄기호. (2021.11.09.) 전문인·전문자 아니라 ‘전문가’인 이유. 한겨레 21.

84) UN High Commissioner for Human Rights(OHCHR) (2017). Realizing Human Rights through Government Budgets.

- 책무성의 원칙: 정부는 인권을 실현 또는 실패한 행위에 대해 시민에게 설명할 책무(accountability)가 있다.
- 모든 인권의 실현은 자원을 요구한다. 시민적·정치적 권리, 경제적·사회적 권리간의 구분은 유용하지 않다. 현실은 모든 인권의 실현이 자원을 요구한다는 것이다. 이분법이 아니라 인권을 범주화하는 더 나은 방식은 정부 예산과의 관련성을 고려할 때 구체적 권리의 실현에 있어서 자원의 중심적인 위치와 실현을 위해 요구되는 자원의 양을 검토하는 것이다. 이를 위해 정부 예산에서 적절성, 유효성, 충분성을 검토해야 한다.
- 적절성(appropriate): 가령 보건서비스의 가용성과 접근성을 보장하기 위해 적절한 것은 시민이 열거한 필요에 부응하는 해당 권리와 관련된 것으로 불필요하거나 낭비적이지 않은 것을 말한다.
- 유효성(effective): 해당하는 예산 뿐 아니라 정책, 계획, 프로그램이 문제의 권리를 최선으로 실현하기 위해 세심하게 설계·이행되어야 한다. 프로그램의 선택은 증거 기반한 것이어야 한다. 즉 평가되고 권리의 실현에 긍정적인 영향을 끼친 것으로 드러났다는 의미에서 증거 기반한 것이다.
- 충분성(adequate): 해당 권리의 실현에 충분한 예산을 의미한다. 일정 규모를 실현해야 한다. 부처와 기관들이 해당 권리를 이행하는 데 필수적인 자원을 가질 만큼의 규모를 실현해야 한다. 특정 부처와 부처와 기관의 예산의 적절성 뿐 아니라 전체 정부 예산의 규모에서도 견지해야 하는 원칙이다. 전체 예산이 늘었는데 권리실현을 위한 예산이 줄었거나 GDP또는 기타 정부 지출과 비교하여 복지관련 지출이 낮아졌다면 문제이다.
- 전향적이고 지속적으로(progressively) 실행할 의무: 이는 두 가지 상보적인 의무를 포함한다. 첫째는 조건을 지속적으로 개선할 의무이다. 정부는 가능한 빠르고 유효성있게 움직여야 한다. 둘째는 고의적으로 퇴행적인 조치를 삼가야 할 의무다. 퇴행적 조치는 권리 향유에 직접적으로 혹은 부차적으로 부정적인 효과를 미치는 입법이나 정책을 채택하는 것이다. 삭감으로 불리한 영향을 받는 사람들을 보호하기 위한 보완적 조치 없이 관련 권리에 쓰일 공적 지출을 줄이는 부당한 삭감은 책무성과 관련된다.
- 가용자원의 최대한을 사용할 의무: 비차별과 예산을 통해 평등을 향상시키려는 노력을 포함한다. 확정적이며 즉각적인 충족이 요구되는 핵심의무로 우선순위와 시간 설정의 문제에서 사회에서 가장 소외되고 배제된 계층의 기본권을 최적화하기 위해 가능한 모든 방안을 강구해야 할 것을 말한다. 가령 차별하지 않을 의무는 즉각 실현되어야 한다.

돌봄 자원과 관련하여 오래전부터 지적돼 온 구조적 문제는 건강보험과 장기요양보험의 이원화이다. 2008년 7월 시작한 노인장기요양보험은 의료비 부담을 책임지는 국민건강보험과 쌍을 이루는데, 문제

는 두 제도가 주로 보장하는 급여를 의료와 돌봄으로 나누고 재정이 둘 사이를 넘나들지 못하게 했다는 점이다. 병원치료가 필수인 노인이 경제적인 이유로 요양원에 머물거나 건강상태는 비교적 양호한데 돌봄이 필요한 노인이 요양원 입소에 필요한 해당 장기요양등급을 받지 못할 때, 의료적 처치에 대한 필요도가 낮음에도 불구하고 요양병원에 입원하는 경우가 익숙한 사례이다. 돌봄통합지원법이 의료와 요양을 통합한다고 할 때, 오랜 시간 재정의 이원화로 의해 발생했던 이런 문제들이 해소될 수 있는지는 불분명하다.

재정은 책임주체의 문제와도 연관된다. 지역사회돌봄에서는 지자체가 컨트롤타워가 되어서 역할을 하느냐가 핵심적 문제이다. 그런데 국민건강보험공단 중심의 중앙집권적인 전달체제로 이뤄지는 장기요양보험제도는 지역과 결합되지 않음에도, 돌봄통합지원법 시행 후에도 여전히 노인돌봄을 공단이 주도하겠다면, 지자체의 컨트롤타워 기능이 제대로 작동할 것인지에 대한 의구심이 크다.

한편 건강보험의 파탄 위기에 대한 우려가 높기에 돌봄통합이 강조되는 것도 현실적 이유이다. 병원으로 덜 보내고 지역사회에서 더 삶을 영위하는 것이 당사자의 인권을 위해서뿐 아니라 경제적으로도 낫다는 판단 때문이다. 하지만 미래의 장기적 이익은 현실의 이익 앞에서 잘 고려되지 않는다. 당장 대답한 재정의 투자가 필요하다. 간병비 급여화나 방문진료, 방문간호, 방문재활 등을 활성화할 수 있는 수가 설계, 재가급여를 크게 늘리고 질을 높이는 것이 우선순위로 꼽히며 지역사회의 건강자치활동이나 상호돌봄에 대한 지원 등을 통해 실질적인 지역참여와 자치를 도모해야 한다는 의견들은 하나같이 지방정부가 지역통합돌봄을 재량껏 할 수 있는 재정 투입을 필수로 한다.

돌봄통합지원법의 재원과 관련된 전문가들의 주장은 건강/장기요양보험 이외의 추가 재원을 안정적으로 마련해야 한다는 것으로 모아진다. 국세나 지방세 중 특정 항목의 세수 중 일정비율을 정해 통합돌봄의 재원기금을 마련하자는 것이다. 일본의 사례를 많이 언급하는데 일본은 소비세를 인상하여 커뮤니티 케어의 기금을 마련했다. 아울러 중앙정부는 인프라가 많이 부족한 지역에 대하여는 더 많은 재정지원을 하여 지역별 불평등을 해소해야 하고, 중앙정부는 따로따로였던 보조금 지원을 묶어서 지원하여 지자체의 자율성을 담보해줘야 한다. ‘묶는다’는 의미는 건강보험, 장기요양보험, 각종 정부 보조금으로 쪼개져 있는 돌봄 관련 재정을 통합하여 활용하면서 그 책임을 이행할 수 있도록 하자는 것이다.

재정 투입에 대한 요구는 전문가들의 토론회장만이 아니라 관련단체들의 직접행동에서 표출돼왔다. ‘예산없이 권리없다’(Nothing About Right Without Budget)는 국내 진보적 장애인운동의 직접행동에서 외쳐온 대표적인 구호다.⁸⁵⁾ 그 배경에는 이런 문제의식이 있다. 법률은 많고 그에 따른 제도가 운용

85) 전국장애인차별철폐연대. (2024.08.27.) 예산 없이 권리 없다! 25년 정부 예산안에 대한 장애인 입장발표. 보도자료[취재요청서].

되고 있는 것도 사실이다. 하지만 현실은 그렇지 않다. 그 이유는 법률 규정만 만들어놓았을 뿐, 구체적인 예산을 통해 이를 뒷받침하지 않았기 때문이고 법조문은 공허한 선언에 불과하게 된다. 여야가 관련 예산을 합의하더라도 정부가 거절해버리는 경우도 있다. 헌법 제57조에 “국회는 정부의 동의 없이 정부가 제출한 지출예산 각항의 금액을 증가하거나 새 비목을 설치할 수 없다.”로 되어 있기에 정부는 긴축재정을 편성할 때 가장 먼저 심각한 타격을 입는 취약자들임에도 정치적 대표성이 약하기 때문에 빈민, 장애인 관련 예산들을 손쉬운 표적으로 삼는다.⁸⁶⁾

논자들은 하나같이 국가재정의 투입을 늘릴 것을 요구하는 가운데 ‘공동체를 위한 증세 방안’을 제시하며 단순한 국가재정의 투입에 대한 우려를 표하는 주장도 있다. 제도의 설계와 연계하여 재정을 보자는 의견이다. 상위계층에 혜택이 돌아갈수록 역진적이며 재분배 기능이 강할수록 누진적인데 기존 제도가 역진성을 띠고 있다면, 거기에 투입되는 국가재정은 오히려 상위계층에 혜택을 주게 되므로, 국가 재정이 투입되는 게 무조건 긍정적이거나 공공적인 것만은 아니라는 주장이다. 현재 우리 제도는 사회보험을 주요 재원으로 하고 있는데, 노동시장 참여 여부에 따라 그 기여도와 수급이 달라진다. 가령 노동시장 참여여부에 따라 연금을 받을 수 있느냐가 갈린다. 주요한 돌봄제공자이자 사회가 인정하는 경제활동을 하지 못한 여성 등 노동시장 외부자들이 연금을 받을 권리에서 배제되는 현상이 대표적이다. 보험료를 내지 못한 사람은 비정규직이나 특수고용직, 저소득 자영업자 등 사각지대에 있는 불안정 노동자들이다. 이들을 표적화하여 지원을 확대하는 것이 필요하다. 가령 유럽에서는 돌봄 전담자에게 노인돌봄, 장애인돌봄 등 돌봄 크레딧을 제공하고 있고 출산 크레딧, 실업 크레딧 등도 있다. 국고 지원이 필요한 곳이 바로 여기며 사회적 연대의 가치에 부합하는 것이다. 주로 대기업과 공공부문 정규직으로 구성된 노조들은 보험료를 낸 만큼 받아가는 원리를 더 선호하고, 여기에 사회의 자원이 투자되길 원하지만 그 돈을 어려움에 처한 빈곤노인, 저소득자영업자 등 노동시장 외부자들의 기초연금 액수를 늘리는 데 쓰자고 주장할 수도 있다. 건강보험도 마찬가지다. 가입자단체 중심의 의사결정구조가 존재하는데, 양대노총이 여러 의사결정기구에 참여하고 있지만 그 단체들이 가입자를 대표하는 정치적 과정을 거치지 않는다는 점에서 한국의 사회보험은 ‘가입자 민주주의’를 구현하지 못하고 있다는 지적이다.⁸⁷⁾

86) 고병권. (2023). 포함의 정치를 넘어 공동의 삶으로-시민사회에 대한 장애운동의 도전(2021~2023). 경제와사회 통권 제139호.

87) 전해원, 오건호. (2024) 연금에 대해 말하지 않는 것들. 서해문집.

〈표 9〉 예산과 재정 마련 관련

법률	관련조항
보건의료기본법	제14조(보건의료에 관한 국민의 의무) ① 모든 국민은 자신과 가족의 건강을 보호·증진하기 위하여 노력하여야 하며, 관계 법령에서 정하는 바에 따라 건강을 보호·증진하는 데에 필요한 비용을 부담하여야 한다. 제19조(비용의 보조) 국가는 예산의 범위에서 지역보건의료계획의 시행에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 지방자치단체에 보조할 수 있다.
노인장기요양보험법	제4조 ⑤ 국가 및 지방자치단체는 장기요양급여가 원활히 제공될 수 있도록 공단에 필요한 행정적 또는 재정적 지원을 할 수 있다.
간호법	제24조(국가 및 지방자치단체의 책무 등) ① 국가 및 지방자치단체는 근무환경 및 처우 개선을 통한 간호사등의 장기근속 유도 및 숙련 인력 확보를 위하여 필요한 정책을 수립하고 그에 따른 지원을 하여야 한다. ② 국가 및 지방자치단체는 제1항에 따른 정책의 효율적 수립 및 수행에 필요한 재원을 확보하는 등 예산상의 조치를 취할 수 있다. ③ 국가 및 지방자치단체는 숙련 간호사의 확보를 위하여 예산의 범위에서 의료기관 및 관련 단체 등에 필요한 재정지원을 할 수 있다. ④ 국가 및 지방자치단체는 서울특별시·인천광역시 및 경기도가 아닌 시·도에 소재한 병원급 의료기관 중 보건복지부령으로 정하는 의료기관이 적정 수준의 간호사를 확보할 수 있도록 의료기관 등에 필요한 지원을 할 수 있다. ⑤ 간호사등을 고용하는 각종 기관과 시설의 장은 간호사등의 근무환경 및 처우 개선을 위하여 필요한 지원을 하여야 한다.
돌봄통합지원법	제4조 ③ 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 관할 지역에서의 통합지원 체계를 구축하고 확산할 수 있도록 인프라 및 재원을 확보하여 시·군·구에 대하여 필요한 지원을 하여야 한다. ④ 국가는 지방자치단체가 제1항부터 제3항까지를 실현하기 위하여 필요한 행정적·재정적 지원을 하여야 한다. 28조(비용지원 및 부담 등) ① 보건복지부장관은 시·도지사, 시장·군수·구청장에게 통합지원 시책 추진에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다. 이 경우 제9조에 따른 평가 결과를 반영하여 차등 지원할 수 있다. ② 보건복지부장관 및 관계 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 통합지원 관련기관에 대하여 그 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다. ③ 통합지원 관련기관에 「국민건강보험법」, 「노인장기요양보험법」 및 관계 법령에 따라 필요한 인력과 비용을 지원할 수 있다. ④ 통합지원에 필요한 비용을 부담한 시장·군수·구청장 및 통합지원 관련기관의 장은 보건복지부령으로 정하는 기준에 따라 통합지원 대상자에게 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다.

우선 전달체계의 연계, 조정, 통합의 개념에 대해 살펴보면, 연계(linkage)는 기관 간에 대상자를 의뢰하는 것으로 이를 위한 상시적인 의사소통체계가 구축되어 있는 상태로 기관간의 재정이나 업무의 철저한 분리가 이뤄져 있다. 조정(coordination)은 대상자에게 순차적으로 또는 다른 세팅으로의 전환하는 등의 과정에서 대상자의 이동을 관리하고 기관들 간에 업무를 조정하는 것을 말한다. 통합(integration)

은 대상자에게 여러 서비스를 함께 제공하도록 과정, 방법, 수단을 합치는 것을 의미한다. 서로 다른 제
공기관의 인력, 재정, 조직 등을 합치거나 부분적으로 합치는 등의 과정을 통해 이뤄진다.⁸⁸⁾

돌봄통합지원법에서 연계와 통합은 무엇과 무엇을 어떻게 연결하겠다는 이야기인가? 대전제는 돌봄
의존자 중심으로의 연계와 통합, 즉 당사자가 일일이 알아서 찾아다니며 서비스를 획득해야 하는 구조가
아니라 필요한 사람 중심으로 복합적인 욕구가 보장될 수 있도록 통합적으로 제공되는 구조를 말한다.

이와 관련하여 돌봄통합지원법의 각 조항은 필요에 기반한 포괄적·지속적·재가완결적 서비스 제공,
통합지원 연계·협력체계 구축, 주민참여 기반의 통합지원 생태계 조성(제4조), 5년마다 통합지원 기본계
획 수립과 시행(제5조), 5년마다 통합지원 실태조사(제 7조), 계획수립 등의 협조(제8조), 통합지원 절차
로 신청·발굴 및 조사(제 10조), 돌봄통합 퇴원환자 등의 연계(제11조), 다학제팀 접근(제14조), 사례관
리와 서비스 연계(제 14조), 일차의료, 방문의료, 방문 간호 활성화(제15조), 일상생활돌봄 지원(제18
조), 통합지원협의체의 역할과 구성(제20조), 전담조직 등의 설치·운영(제21조), 통합지원정보시스템 구
축(제22조) 등의 내용을 담고 있다.

주요한 핵심은 퇴원 후 환자의 돌봄시스템과의 연계, 정보시스템의 통합과 지역 내 정보협력의 수준
높이기, 무엇보다도 보건의료와 복지의 연계와 통합이 중요하다. 이를 위해서 취해야 할 필수조치는 연
계와 관리를 담당할 전담 코디네이터의 배치와 다학제적 접근이다.

돌봄서비스 관련 용어들은 복잡하고 정권에 따라 지역에 따라 독자적인 정책 브랜드를 사용하기도 한
다. 당사자의 입장에서 직관적으로 알아볼 수 있는 기본 용어의 통일이 필요하지 않을까 싶다. 가령 근
거법과 담당기관에 따라 방문진료, 방문간호와 가정간호, 방문요양, 또는 재활치료, 재활서비스, 재활프
로그램 등으로 용어가 다르다. 돌봄당사자 입장에서는 비슷해 보이지만 수가, 지불 체계, 자격 등이 모
두 다르다. 중복급여가 안되는 것도 많다. 이에 교통정리를 해줄 케어매니지먼트 제도에 대한 요구가 크
다. 당사자의 입장에서 필요한 자원을 체계적으로 연계해주는 역할이다. 가장 양성이 시급한 전문인력인
데 국내에는 케어코디네이터 육성 및 인정제도가 아직 없다.

케어코디네이터는 없지만 현재 통합사례관리사가 활동하는 지자체들이 있고 긍정적인 사례들이 소개
되곤 한다. 문제는 통합에 대한 책임이 자칫 개인 종사자에게 쏠릴 수 있고 담당자의 역량과 헌신에 기
대는 측면이 크다는 것이다.⁸⁹⁾ 케어코디네이터를 두는 것과 병행하여 정부 부처간 연계와 협력이 뒷받
침돼야 한다. 진정한 다학제가 되려면 다부처 협력이 요구된다.

다직종 연계를 위해서는 서로의 분야를 이해할 수 있는 교육과 연수의 장이 필요하다. 의사소통기회
가 적고 서로의 업무를 잘 모른다. 공통 기초과정을 설치해 개별 인력들이 복수의 자격을 취득하기 쉽게

88) 전용호.(2020). 커뮤니티케어와 노인장기요양보험에 관한 연구. 2020 사회복지 공동학술대회.

89) 유지안·이선화(2024) 공공 통합사례관리사의 직무 경험에 관한 내러티브 탐구. 문화와융합 Vol.46 No.01

하는 내용을 검토할 수 있어야 한다. 각 분야의 전문가들이 서로의 역할과 전문성을 이해하고 존중할 수 있도록 의료인과 사회복지인 등이 함께 참여하는 교육과정 설계가 필요하다. 국내에서는 한국커뮤니티케어보건의료협회가 자체적으로 교육과정을 개설하여 다학제 교육 프로그램을 진행해 온 것으로 알려져 있다.⁹⁰⁾

지역사회 케어코디네이터의 직무는 아주 많다. 환자전반적 건강상태 파악을 위한 포괄적 건강 사정, 케어 플랜 작성, 사례관리, 자기관리를 위한 환자 교육코칭, 가족 교육 코칭, 전환기 환자의 돌봄계획 제공, 치료적 의사소통, 상담, 정서지원, 일반주민들과의 소통과 시민사회 참여 활동, 팀 구성과 팀워크 개발, 의사 등 보건의료자원과의 소통과 시의적절한 병원 연계, 사회복지사와의 소통을 통한 복지자원 연계, 지역사회 자원연계, 인구집단 및 지역 건강상태 파악, 정보기술 습득과 활용, 정보교육, 보건사업 기획과 평가, 보고서 작성 및 사례발표, 리더십과 체계적 사고 능력, 조사 및 분석 등이다.

이렇게 다양한 직무를 수행하기 위해 요구되는 직무교육 요구도 상당하다. 최우선적으로는 보건사업 기획과 평가, 케어플랜 작성, 지역사회 자원연계, 사례관리, 전환기 환자의 돌봄 계획 제공이었다. 조정자, 정보제공자, 교육자, 옹호자 등 다양한 역할을 수행하는 역량이 요구되기 때문이다. 특히 복지자원 연계를 담당해온 사회복지사와 케어코디네이터 사이의 원활한 소통과 협력은 보다 폭넓은 지역사회 자원연계와 환자 중심의 포괄적인 서비스 제공을 가능하게 할 것이나 현재는 그렇지 못하다.⁹¹⁾

현재 양성되고 있는 보건·복지 인적 자원간의 모호한 역할을 재정립하고, 이들을 통합 관리할 수 있는 법제도 및 시스템의 필요성이 확인된다. 지역사회 돌봄의 성공적 정착을 위해서는 예방, 치료, 재활, 돌봄, 완화의료서비스 간 연계가 중요하며, 이를 위해서는 사업에 참여하는 의사, 간호사, 사회복지사, 보건교육사 등 다양한 보건인적자원에게 사업 목적에 맞는 교육 프로그램을 제공하고, 이들 전문인력간에 원활하게 연계하고 협력할 수 있는 환경을 조성하는 것이 요구된다. 하지만 현실은 급성기 병원 및 시설 서비스 중심의 인력 양성체계, 지역사회 돌봄참여 인력의 분절적 관리와 원활하지 않은 협력체계, 불안정한 고용형태와 열악한 근무환경 등의 문제가 지적된다.

인적자원 관리의 법적근거와 교육체계 분석 필요하다. 국시원에서 관장하는 국가시험의 대상이 되는 보건의료인에는 보건의료인력지원법의 보건의료인력(의료법에 따른 의료인, 간호조무사, 약사 및 한약사, 의료기사, 보건의료정보관리사 및 안경사, 응급구조사, 영양사, 위생사, 보건교육사 포함) 뿐만 아니라 요양보호사, 의지·보조기기사, 언어재활사, 장애인재활상담사 등 포괄적으로 포함되고 있다. 즉 보건의료인력의 개념은 국민의 건강유지·증진을 위한 보건의료서비스 및 돌봄서비스를 제공하기 위한 인력

90) <https://www.eroun.net/news/articleView.html?idxno=49249>

91) 박한나 외. (2022.06). 지역사회 케어코디네이터 교육과정을 위한 기초연구: 교육요구도 분석. 지역사회간호학회지 Vol.33 No2. 153-163.

자원을 아우르고 있다고 볼 수 있다. 하지만 보건사회복지업에서 정규직보다 비정규직이 더 많은 상황이다. 보건의료인력지원법의 포괄성은 부족하여 요양보호사는 해당되지 않는다. 국내지역사회 돌봄 사업에 참여하는 보건의료인력의 범위가 모호하고 이들에 대한 관리체계가 일원화되지 못하여 참여 인력을 종합적으로 관리하고 양성하는 데 어려움을 겪고 있는 실정이다.

지역사회 돌봄에 참여하는 다양한 보건인적자원의 개념 및 역할을 정의하기 위한 법제화의 역할이 요구되며, 교육지원 및 노동환경 처우개선 등 인력관리를 위한 체계적인 조직 구성 및 재정지원 방안 마련이 필요하다.⁹²⁾

〈표 10〉 연계와 협력, 통합 관련

법률	관련 조항
보건의료기본법	제7조(보건의료정책과 사회보장정책과의 연계) 국가와 지방자치단체는 보건의료정책과 관련되는 사회보장정책이 연계되도록 하여야 한다. 제13조(비밀 보장) 모든 국민은 보건의료와 관련하여 자신의 신체상·건강상의 비밀과 사생활의 비밀을 침해받지 아니한다. 제26조(보건의료인 간의 협력) 보건의료인은 국민에게 양질의 보건의료서비스를 제공하고 국민의 보건 향상에 이바지하기 위하여 보건의료서비스를 제공할 때에 그 전문 분야별로 또는 전문 분야 간에 상호 협력하도록 노력하여야 한다. 제29조(보건의료의 제공 및 이용체계) ① 국가와 지방자치단체는 보건의료에 관한 인력, 시설, 물자 등 보건의료자원이 지역적으로 고루 분포되어 보건의료서비스의 공급이 균형 있게 이루어지도록 노력하여야 하며, 양질의 보건의료서비스를 효율적으로 제공하기 위한 보건의료의 제공 및 이용체계를 마련하도록 노력하여야 한다. ② 국가와 지방자치단체는 보건의료의 제공 및 이용체계를 구축하기 위하여 필요한 행정상·재정상의 조치와 그 밖에 필요한 지원을 할 수 있다.
노인장기요양법	제3조④장기요양급여는 노인등의 심신상태나 건강 등이 악화되지 아니하도록 의료서비스와 연계하여 이를 제공하여야 한다.
돌봄통합지원법	제2조(정의) 1. “통합지원”이란 제2호에 따른 통합지원 대상자에게 이 법에 따라 국가와 지방자치단체의 장이 보건의료, 건강관리, 장기요양, 일상생활돌봄, 주거, 그 밖에 대통령령으로 정하는 분야의 서비스 등(이하 “보건의료등”이라 한다)을 직접 또는 연계하여 통합적으로 제공하는 것을 말한다. 제4조(국가와 지방자치단체의 책무) ② 1. 통합지원 대상자의 특성과 욕구에 따라 예방적 건강관리부터 생애 말기 돌봄까지 필요 서비스를 포괄적으로 제공할 수 있는 지원체계를 구축할 것 2. 통합지원 대상자가 필요에 따라 의료기관과 사회복지시설 등에 입원 또는 입소하여 이용한 이후에도 자신이 살던 곳을 중심으로 끊임 없이 필요 서비스를 이용할 수 있는 재가 완결형 통합지원 연계 체계를 마련할 것 3. 지역주민 참여를 바탕으로 하는 생활권 단위의 충분하고 지속 가능한 통합지원 생태계를 조성할 것

92) 양정연 외. (2023.12.) 지역사회 돌봄 보건 인적자원 관리 방안:한국, 일본, 영국의 사례. 한국보건복지학회 보건과 복지 제25권 제4호. 95-139.

법률	관련 조항
	제11조(퇴원환자 등의 연계) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관의 장은 해당 기관에 입원 또는 입소하고 있던 통합지원이 필요한 자가 퇴원 또는 퇴소를 하고자 할 때에는 관계 법령으로 정하는 바에 따라 동의를 받아 주소지 관할 시장·군수·구청장에게 퇴원 또는 퇴소의 여부 등을 통보하고 제10조에 따른 통합지원 신청을 안내하여 퇴원 또는 퇴소 이후에도 통합지원을 받을 수 있도록 노력하여야 한다. 1. 「의료법」 제3조제2항에 따른 의료기관 2. 「노인장기요양보험법」 제23조제1항제2호에 따른 시설급여를 제공하는 장기요양기관 3. 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 기관 또는 시설 ② 제1항에 따른 퇴원 또는 퇴소 사실 통보 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다. 제17조(장기요양) 국가와 지방자치단체는 노쇠등으로 인한 통합지원 대상자의 신체활동 또는 가사활동 지원과 관련한 다음 각 호의 서비스를 확대하고 다른 서비스와의 연계를 강화하도록 노력하여야 한다. 1. 「노인장기요양보험법」 제4조제1항에 따라 국가와 지방자치단체가 실시하는 노인성질환예방사업 2. 「노인장기요양보험법」 제23조제1항에 따른 재가급여 및 시설급여 3. 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 서비스 제18조(일상생활돌봄) 국가와 지방자치단체는 통합지원 대상자의 심신기능을 유지·향상하고 일상생활을 스스로 영위할 수 있도록 대상자별 특성을 고려하여 관계 법령과 조례에 따른 다음 각 호의 서비스를 확대하고 다른 서비스와의 연계를 강화하도록 노력하여야 한다.

IV. 나가며

돌봄을 ‘위기’나 ‘결핍’으로 여길 때 저마다의 위치와 입장에 따라 그 의미가 달라진다. 이 글은 돌봄 위기의 성격을 어떻게 규정하느냐를 출발점으로 삼았다. 쉽고 싸고 편리하게 벗어나려고 하는 접근은 돌봄을 외주화하고 시장에서의 상품으로 여기고 더 싸고 더 많은 서비스의 확대를 돌봄 위기의 타개책으로 받아들인다. 반면 위기를 사회적 연대의 정신과 실천을 확장하는 전환의 계기로 삼는 접근은 돌봄을 근본적인 존재 조건이자 기본적인 활동으로 논의한다. 이런 관점의 격차는 법을 바라보는 데서도 나타난다. 총체적인 돌봄 시스템 속에서 법을 사유하는 것과 협의의 사회서비스의 경계 내에서만 법을 보는 것의 차이이다. 돌봄과 법이 어떤 관계를 맺어야 하느냐는 한국 사회에서 복잡한 논의의 과정 중에 있다.

이 논의의 단면을 들여다보고자 돌봄 현장에서 법과 씨름해온 법조인이자 활동가 2인과 법제정운동을 해온 장애인리활동가 1인을 인터뷰했고 전문가 간담회를 통해 돌봄과 법을 바라보는 관점에 대해 토론했다.

돌봄 당사자가 법을 어떻게 대면하는가, 신청주의와 판정의 문제, 재가돌봄의 빈약함, 당사자 중심이 아닌 분절된 시스템의 문제, 사회보험 위주의 재정 체계의 문제, 이주배경 아동 등을 배제하는 문제, ‘돌봄’이라는 용어 자체에 대한 거부감과 ‘지원’을 택하는 이유, 장애당사자에게 ‘시설화’로 여겨지고 조직화를 가로막는 용어로서의 ‘돌봄’, 돌봄 개념의 재정리의 필요성, 복지법이 아닌 권리법으로 법체계를 만들려는 시도, 법제정투쟁에서 법전문가가 아닌 현장에서 법안을 만들어온 경험, 돌봄노동자가 주변화된 현행 법체계, 근로기준법 등의 적용의 어려움, 돌봄노동자가 주체가 된 노인장기요양법 개정 투쟁 등이 인터뷰에서 다뤄진 내용들이다.

인터뷰와 간담회를 통해 돌봄이라는 용어가 한국 사회에서 갖는 낮은 위상에 대해 비판적으로 돌아보게 됐고, 돌봄이 법적 용어가 되는 것에 난관임을 발견했다. 돌봄 이념에 대한 논쟁을 통해서 정치적이고 윤리적이고 사회문화적인 개념으로 돌봄을 승격시키려는 노력이 과제로 제기됐다.

이론적 배경으로는 돌봄윤리 및 돌봄의 정치경제학과 유엔의 원칙을 살펴보았다. 보편적인 취약성과 상호의존성을 인간존재의 근간으로 삼더라도, 의존관계에 내재된 권력격차와 권력관계로부터 형성되는

억압의 효과에 긴장해야 한다. 국가 정책 및 법제도화가 억압의 효과를 구조화할 수 있다는 점에 유념해야 한다. 돌봄의 법제화는 구체적인 사회적 조건들 속에서 교차하는 여러 부정의들이 어떤 돌봄관계를 형성하는지를 비판적으로 성찰하는 가운데 진행되어야 한다.

인터뷰에서 파악한 단면도를 여러 전문가들의 논문과 토론회 자료를 통해 비교하며 수렴지점을 찾아냈다. 그리고 돌봄 관련 법과 정책을 향한 지적들이 모아지는 지점들을 실제 법조항과 비교해봤다. 돌봄통합지원법을 둘러싼 토론회 등에서 주요 논자들이 밝힌 논평과 결론을 읽는 것만으론 기존 법들의 구체적 양상이 잘 그려지지 않았기에 관련 조항들을 찾아서 예시가 될 조항들을 추려서 꾸러미로 만들었다. 최협의와 광의로 나누어 돌봄 관련 법의 목록을 작성했고, 목적과 기본이념에서 돌봄의 가치와 충돌할 여지가 있는 용어를 찾아냈다. 시민의 연대에 관한 철학이 결여돼 있고, 맥락상 ‘자립’의 의미가 자기책임주의로 흐를 우려가 있으며, ‘가족의 부담’이란 표현이나 그 가족이 포섭하는 한계, 생산력과 발전주의에 치우친 용어 등에 대해 문제 제기했다.

보편성의 원칙에 비추어볼 때 배제의 문제와 돌봄노동자의 노동조건에 대해 살펴봤다. 중앙정부와 지방자치단체의 책임성에 대해 살펴봤고, 당사자의 권리에서는 자기결정권을 중심으로 관계적 자율성, ‘의사결정권’으로의 용어변경의 문제, 장애학의 관점에서의 자립, 노인 관점에서의 자기결정권의 문제, 의료인류학의 관점을 살펴봤다. 마지막으로 법의 실현 가능성에서는 인력양성계획, 예산과 재정마련에 관한 내용, 연계와 통합과 관련해 돌봄통합지원법을 둘러싸고 진행된 논의들을 축약했다.

돌봄관련 법 조항을 선언이 아닌 현실로 만들기 위해 그간 요구되온 구체적 실천사항들은 하나하나가 묵직하기만 하다. 돌봄 기본법 제정, 노인인권기본법 제정처럼 법제화로 간명하게 드러낼 수 있는 것은 극히 소수이다. 노동시간 단축 운동, 생산중심에서 돌봄중심사회로의 가치 전환, 공공돌봄을 지역주민과 함께 수행하기, 의료전달체계 개혁, 시설급여 제한과 탈원화 정책, 방문 의료·방문 간호 활성화, 말기돌봄을 포함한 지역통합돌봄체계 확립, 재가서비스의 대대적인 확충, 다학제적 관리, 인권과 평화를 존중하는 돌봄 인력 양성 등은 하나같이 지난한 노력을 요구하며 갈등하는 이해당사자들간의 조정 문제를 안고 있다. 이런 과제들을 다룰 때 법이 어떤 방향의 행동을 어렵게 하거나 불가능하게 하는지 또는 장려하거나 유인하는지에 대해서는 각각의 주제에 대한 세부적인 검토가 필요하다.

돌봄의 법제화는 돌봄의 정치와 불가분의 관계에 있다. 취약성을 불평등하게 배분하는 차별적 구조를 기반으로 한 기존 법제의 모순을 지적하는 것을 출발점으로 삼아야 한다. 이런 관점을 빠뜨린 채 추진되는 법제화와 정책의 양산은 기존의 돌봄부정의한 구조를 재생산하게 된다. 법제화를 비롯한 돌봄실천은 돌봄관계에서의 억압과 갈등의 조건, 그 자체를 전환시키는 방향으로 추진되어야 한다. 돌봄관계에서의 억압과 갈등의 조건을 전환시키는 방향으로 각각의 행위자들이 참여할 수 있는 역량을 만들어내고 강화하는 것이 돌봄의 정치이다.

독립적이고 자기완결적인 주체, 원자적 개인주의, 경쟁주의, 능력주의 등에 충실한 원리로부터 상호의존적인 관계로의 전환을 꾀하는 돌봄의 정치를 통해 취약성의 불평등한 분배를 다시 재분배하고, 소수자들의 경험과 목소리가 대안적 기획에 적극적인 위치를 차지하며, 부당한 가치 위계와 낙인에 맞서 의존과 취약성을 다르게 사유할 가능성을 열어야 한다. 돌봄이 그리는 세계는 저마다 무기로서의 개인의 권리를 들고 싸우는 것이 아니라 집합적 권리이자 책임으로서 돌봄을 사유하고 특정인이 아닌 모두의 활동으로서 돌봄을 실천하는 세계일 것이다.

〈참고문헌〉

- 고병권. (2023). 포함의 정치를 넘어 공동의 삶으로-시민사회에 대한 장애운동의 도전(2021~2023).
경제와 사회 통권 제139호.
- 구은정. (2020). 돌봄 가치를 반영하는 개헌을 위하여-개인의 권리와 의무로서의 돌봄-, 경제와 사회(비판사회학회) 통권 제127호.
- 김건아. (2024). 늘봄학교 법제화를 위한 쟁점 분석-초등돌봄 정책 관련 법제화 동향을 중심으로. 한국교육행정학회 학술연구발표회 논문집.
- 김보영. (2020). 사회서비스, 피상적 공공성이 아닌 실질적 공공성 확보를 위한 법제정과제, 복지동향 2020.6.
- 김영옥·류은숙. (2022). 돌봄과 인권. 코난북스.
- _____. (2024). 돌봄의 상상력. 코난북스.
- 김용훈. (2019). 안전 관련 법률의 제정 의의 및 실효적 입법 전략-안전기본법 제정안을 중심으로. 홍익법학 제20권 제2호.
- 김송이. (2025.03). 늘봄학교, 초등 돌봄의 해법인가 또 다른 미봉책인가. 복지동향.
- 김정희원. (2023). 반폭력으로서 돌봄 정치. 황해문화 2023 가을.
- 김준혁. (2024). 돌봄의 역설. 은행나무.
- 김재현·권혁. (2025). 돌봄노동에 대한 노동법적 보호 필요성과 규율체계의 괴리-아이돌보미를 중심으로. 노동법포럼.
- 김진석·남기철·김승연·장숙량·임준·서종균·하경환·이태수 지음. (2025). 우리는 어떻게 서로를 돌볼 수 있는가 - 지역사회 공공 돌봄을 위한 커뮤니티 케어 새판 짜기. 헤이북스.
- 김진석. (2024). 돌봄사회로의 전환을 위하여. 보다 정의 제10/11 합본호.
- _____. (2021). 지역사회통합돌봄 전달체계 개선방안 연구. 국회사무처.
- 김희강. (2018). 돌봄·헌법적 가치, 한국사회정책(한국사회정책학회) 제 25권 제2호.
- 낸시 폴브레 지음. 윤자영 옮김. (2023). 돌봄과 연대의 경제학. 에디토리얼.
- 낸시 프레이저 지음. 장석준 옮김. (2023). 좌파의 길-식인자본주의에 반대한다. 서해문집.
- _____. (2017). 자본과 돌봄의 모순. 창비.
- 더 케어 컬렉티브 지음. 정소영 옮김. (2022). 돌봄 선언: 상호의존의 정치학. 니케북스
- 권범철. (2024). 돌봄의 정치: 무엇을 돌볼 것인가?. 문화과학 2024년 겨울호 (통권 제120호).
- 돌봄과 미래. (2025.02.13.). 지역돌봄통합지원법 성공적 시행을 위한 법령 제안 토론회.
- 바버라 아네일, 낸시 J.허시먼 엮음. 김도현 옮김.(2023). 장애의 정치학을 위하여. 후마니타스.
- 박주영. (2023.1) 좋은 돌봄은 건강하고 행복한 돌봄노동자로부터 시작된다-돌봄노동자 노동권 보장의 기본방향과 정책과제에 부쳐-, 참여연대 복지동향
- 백영경. (2020). 정치적 기획으로서의 돌봄과 교육-돌봄 중심 사회로의 전환을 위한 관점과 쟁점, 교육공동체 벗, 2020 11·12.

- 백영경. (2024.06). 돌봄이 정치적 기획이 되려면. 창비 52(2).
- 사회적경제미디어이로운넷 외. (2025.04.11.). 돌봄통합지원법 국회토론회-정책에서 실행으로, 돌봄통합지원법의 실효성을 말하다.
- 사회적경제미디어이로운넷. (2024.) 기획특집-돌봄 연재기사 1~41회.
- _____. (2025.04.12.). [이로운넷현장]“돌봄통합지원법이 있어도 실현은 없다” 토론회에서 쏟아진 현장 목소리, 실행을 위한 열쇠는?
- 샌드라 프레드먼 지음. 조효제 옮김. (2009). 인권의 대전환. 교양인.
- 서보경 지음. 오숙은 옮김. (2025). 돌봄이 이끄는 자리-모두를 위한 의료와 보살피는 삶의 인류학. 반비.
- _____. (2025). 아네마리 몰. 돌봄의 논리. 컴북스 이론총서.
- 송병기·김호성. (2024). 나는 평온하게 죽고 싶습니다, 프시케의 숲.
- 신권철. (2019). 사회정의의 사회보장법적 표상, 노동법 연구 2019 상반기 제46호 서울대노동법연구회.
- _____. (2020). 사회서비스 개념의 법적 재구성, 사회보장법연구 2020년 제9권 제1호 서울대 사회보장법연구회.
- _____. (2023). 노인 부양과 돌봄의 민사법적 쟁점과 과제-가족의 의무와 권한을 중심으로. 한국민사법학회 춘계학술대회 자료집.
- 안경진. (2020.12.30.). 삶의 마지막 시기 돌봄 의사결정과 노인인권. 법과인권교육연구 제13권 제3호.
- 엄기호. (2021.11.09). 전문인·전문자 아니라 ‘전문가’인 이유. 한겨레 21.
- 우에노 지즈코 지음. 조승미·이혜진·공영주 옮김. 돌봄의 사회학. 오월의봄
- 이수진 의원 외. (2025.04.23.). 돌봄복지국가 실현을 위한 국회 대토론회 자료집.
- 이재홍. (2024). 헌법원리로서의 ‘돌봄국가원리’에 관한 연구-기후변화 소송에의 함의-, 이화여자대학교 법학논집 제28권 제3호 통권 85호. 63-100.
- 이재훈. (2025.01). 의료·요양 등 돌봄 통합지원, 제대로 준비되고 있나. 복지동향.
- 이찬진. (2024). 노인인권기본법 제정의 필요성, 제16회 노인인권포럼 자료집, 아셈노인인권정책센터.
- 이은주. (2025). 남녀고용평등법상 가족 돌봄 지원제도 쟁점과 과제. 한국비교노동법학회 노동법논총 63.
- 이윤진. (2020). 코로나19 이후 초등 돌봄 정책-관련 법률안 분석과 초등돌봄기본법의 대안제시를 중심으로. 한양법학. 제31권 제4호.
- 임선미·김계현. (2024). 의료·요양 등 지역 돌봄의 통합지원에 관한 법률의 의미와 과제. 사회법연구 제54호.
- 윤자영. (2024). 교차정치경제학의 이해. 마르크스주의연구 제21권 제3호.
- 장민선. (2022). 초고령사회의 돌봄서비스로서 커뮤니티 케어의 정착을 위한 법제도적 기반 구축 연구, 한국법제연구원 연구보고 22-09.
- _____. (2023). 가족 변화에 따른 가족 생활의 보장 법제에 관한 고찰. 이화여자대학교 법학논집

제28권 제1호 통권 83호.

장봉석. (2024.09.23.). ‘통합돌봄지원법’으로 통합돌봄이 가능할까? 프레시안.

장수정. (2024). 돌봄정의 관점에서 본 지역사회 통합돌봄 정책 방향에 대한 분석. 젠더와 문화 제 17권 2호.

전용호. (2020). 커뮤니티케어와 노인장기요양보험에 관한 연구. 사회복지공동학술대회.

_____. (2024.07.08.). 시설 대신 집에서 케어받을 수 있도록... 법은 통과됐지만. 소셜 코리아.

전혜원·오건호. (2024). 연금에 대해 말하지 않는 것들. 서해문집.

정혜옥. (2024). 주디스 버틀러와 몸의 정치윤리: 취약성, 프레카리티, 그리고 몸들의 열린 연대를 위하여. 비평과 이론 제29권 1호.

조건희. (2025.3.18.) 광장이 촉발한 공적 돌봄 요구가 휘발되지 않도록, 오마이뉴스.

조안 C. 트론토 지음. 김희강·나상원 옮김. (2014). 돌봄민주주의. 아포리아.

최시현. (2023). 가치로서의 돌봄, 노동으로서의 돌봄-가사·돌봄유니온 최영미 위원장을 만나다. 창비 201호.

최혜지. (2023) 고령사회의 인간중심 패러다임: 생산과 재생산, 경계 투쟁의 낭만적 한계와 해방적 성찰, 2023 사회복지 공동학술대회.

_____. (2020). 돌봄서비스의 공급구조 재편에 관한 복지정책의 지형. 사회과학연구 제27권 제2호.

홍지아. (2021). 코로나 시대의 돌봄을 바라보는 다양한 시선들 — ‘돌봄 위기’에 대한 『조선』, 『중앙』, 『한겨레』, 『경향』의 기사 내용분석을 중심으로. 한국여성연구소. 페미니즘 연구 제21권 제1호.

홍찬숙. (2023). 돌봄 정치론의 자유주의 비판. 기억과 전망 통권 48호.

_____. (2023). 돌봄사회로의 전환과 새로운 사회계약의 방향-세 관점의 비교를 중심으로. 사회이론 2023년 봄/여름.

희정 외. (2021) 청년 돌봄, 더 잘 돌볼 권리를 찾아서. 젠더정치연구소 여.세.연 [돌봄 민주주의X페미니즘]기획단.

유엔인권최고대표사무소 UNOHCHR 홈페이지 <https://www.un.org>

국가법령센터 홈페이지 <https://www.law.go.kr>

제9회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서

인 쇄 2025년 9월
발 행 2025년 9월
발 행 처 서울지방변호사회
발 행 인 회장 조 순 열
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

제9회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서



서울지방법변호사회

06595 서울시 서초구 법원로1길 21 변호사회관
대표번호 02)6200-6200 www.seoulbar.or.kr