

취약노인을 위한 매우 기초적인 복지서비스 이외의 나머지 부분은 민간 실버산업이 주체가 되어 제공되고 있다. 문제는 비용이다. 고령화에 따른 복지나 의료서비스 요구 증가에 대응하기 위한 대안적 복지체제로 재가중심, 혹은 지역복지서비스체계가 최근 주목되고 있다. 시설중심의 서비스 제공에서의 높은 비용부담을 줄이는데 가족과 이웃의 지원망을 이용하는 것이 훨씬 효과적이라는 이해를 전제하고 있다. 재가복지 서비스는 개호의 사회화를 제고하는 개혁적인 제도로서 상당한 조명을 받기도 하였지만 무임의 자원봉사나 가족보조원의 서비스를 전제로 한다는 점에서 기존의 가족중심 서비스체계와 다르지 않다고 비판받기도 한다.

이렇게 소득보장이나 서비스 제공에 대한 국가의 역할은 지극히 미온적이다. 재정중립, 저비용의 공공개입은 가족복지와 기업복지 그리고 시장화에 의해 지탱을 받고 있다. 이런 맥락에서 복지국가의 세대간 통합의 효과는 극히 미온적이라고 판단할 수 있다. 사회수준에서 세대간 소득이전이 크게 제약되고 가족 내의 이전에 의존하는 정도가 크다는 점에서 연령통합에 부정적으로 작용한다. 복지에 대한 구휼적 접근은 복지수혜자에 대한 부정적 이미지를 재생산한다. 취약한 공공복지, 모든 것이 가족에 의해 해결되어야 하는 상황에서 독립적 가족을 일괄 능력을 결여한 집단, 특히 아동이나 노인의 사회적 배제, 주변화가 구조적으로 창출될 수밖에 없는 것이다. 또한 사회보험이나 공적 부조를 통한 세대간 소득 이전에 대한 부정적인 이미지가 문화로 고착되어 연령불평등을 조장하고 연령갈등을 크게 하는데 일조할 수 있다.

<표 3> 세대간 소득 및 서비스 지원의 변화에 대한 가정

현대 복지제도 발전		세대간 소득지원	세대간 서비스지원	
			양육	개호
1987년 이전	가족화	*****	*****	*****
	민영화	**	***	**
	사회화	**	**	**
1987-1996	가족화	*****	*****	*****
	민영화	*****	*****	*****
	사회화	****	***	***
1997-현대	가족화	*****	*****	*****
	민영화	*****	*****	*****
	사회화	*****	****	****
복지국가의 세대 통합효과		약 혹은 부정적	약 혹은 부정적	약 혹은 부정적

라. 문화, 일상생활에서의 연령불평등

연령집단간 경제적 능력, 문화, 가치관, 정치적 이해에서 큰 차이가 목격된다. 이렇게 연령차이가 일상생활에서 친숙한 만큼이나, 우리는 이러한 연령차이가 당연한 것으로 인지하는 경향이 있다. 그러나 세대간, 혹은 연령집단간 차이가 발견되는 맥락은 매우 상황적이며 시간적으로 사회적으로 다양하다는 사실을 강조하지 않을 수 없다. 우리의 삶에는 연령차별의 내부 식민주의가 뿌리 깊게 자리 잡고 있다. 노년은 의존과 비합리적 보수지향으로 명명

되고 타자화된다. 노년의 육체, 인지능력, 태도에 대한 부정적인 편견이 너무나 자연스럽게 받아들여지고 있다. '경로효친'의 의미는 취약자에 대한 '보호'의 의미로 이해되고 있다. 이 뿐이라, 연령에 따른 각종 선발기준이 연령차별을 재생산하는 구조로 작동하고 있다.

<사례1> 일상화된 분리의 신호들, 차별인가 보호인가

경로효친의 문화적 장려의 일환으로서 교통이용이나 공공기관 이용에 할인, 우대제도가 실시되고 있다. 그런데 할인이나 우대제도를 이용하는데 색깔, 공간상에서의 표시와 분리가 지나치게 활용된다. 복지 혜택을 받을 때에도 수급자와 비수급자의 구분이 너무 공공연하게 이루어지고 있다. '보호'를 받는 사람들과 보호를 하는 사람이 시각, 공간적으로 분리된다. 이는 취약계층에 대한 차별적인 태도가 우리의 무의식에 깊게 정착되어 있음을 반영한다. 우월자에의 자애의 표시로서 보호행위가 가시화되고 있다. 또한 이러한 보호가 실제 생색내기에는 그치는 보호인 경우가 많다. 신체적으로 거동에 불편함을 느끼는 사람들에 대한 배려가 거의 없는 가운데, 구분된 승차권을 가지고 탑승하는 계층에 대한 불편한 시선이 횡행하고 있다.

<사례2> 의사소통의 불균형, 언어

2030, 386, 사오정, 오륙도와 같은 연령정체성을 가리키는 말들이 풍부하게 만들어지고 있다. '늙은게 죄냐' '나이든게 대수냐' 라는 농담이 기억난다. 동일 연령집단에 대한 엇갈린 표현이다. 나이를 폄하하는 시류와 나이를 권위로서 활용하는 관계를 빗대는 표현이다. 이는 현재 상이한 연령집단들 사이의 의사소통과 상호작용을 저해하는 연령주의를 상징하고 있다. 한편으로 권위주의적 문화와 연령주의사이에는 밀접한 관계가 있다. 나이를 통한 위계적 관계를 강조하는 권위주의 문화는 연령통합을 막는다. 남이 보기에는 작은 연령 차이인데도 선후배사이에 각뚝한 예의를 다하는 문화도 결코 좋게만 바라볼 수 없다. 다른 한편으로, 학생들과의 대화에서 학생들이 나이든 집단과 갖는 거리감을 느낀다. 노인, 그들이라는 어휘로 자신과 그들 집단을 분리한다. 학생들의 시각에서도 젊음은 찬양되고 나이들은 부정시되는 태도가 강하다. 관계를 질서지우는데 연령의 차원이 사라져야 하지 않는가.

<사례3> 타자화된 노년, 젊은 중심의 문화

앞의 논의와도 연결되지만, 우리사회의 문화는 젊은 중심의 문화이다. 노년의 경험에 대해서 실제로는 많은 것을 알지 못하면서 외부의 관점에서 노년을 부정적으로 규정한다. 노년의 출현은 단편적이고, 회화적으로 묘사되기 일쑤이다. 타자화된 응시가 지배적이다. 노인 자신도 노년의 경험을 타자화하는 것은 마찬가지이다. 나이 들은 자신보다 타인의 명명에서 깨닫게 되는 특징을 지닌다. 할아버지, 아줌마, 할머니로 부르는 사람은 거리낌없이 언어를 구사하지만 불림을 받는 사람은 우울하다. 나이에 대한 인지만큼 자신과 타인의 불일치가 큰 것도 없지 않을까. 나이와 미의 기준도 많이 변하였다. 남성에서는 나이가 중후함의 미로서 완곡하게 표현되지만, 나이는 여성정체성에 훨씬 부정적으로 평가되었다. 이것은 각종 미인/쾌남 대회 선발기준에서의 연령제한에서도 단적으로 드러나지 않는가. 이는 육체의 젊음에 대한 우리의 가치가 상대적임을 반증한다.



#### 4. 연령통합적 사회의 법/제도적 기준

이 글은 구조화된 관계의 관점에서 연령차별을 조명하였다. 연령차별은 연령을 기준으로 한 노골적인 차별행위나 태도만을 가리키지 않는다. 보다 지배적인 연령주의는 무의식의 구조에서 일상화된 상호관계에서 재생산되고 있다는 것이 주된 논지이다. 또한 연령관계가 구조화되고 재생산되는 메카니즘을 정치, 경제, 문화적으로 직조화된 세대와 생애의 동학에서 구명할 것을 강조하였다. 노동관계에서는 생산성과 능력주의 가치와 결합되어 연령차별이 문화로서 고착되는 과정에 주목하였다. 가족관계에서는 핵가족, 확대가족 중심의 구속력이 세대갈등과 연령차별을 결과하는 메카니즘에 초점을 두었다. 복지제도의 잔여성과 소득분배 서비스제공에 국가의 소극적 대응의 맥락에서 사회적 수준에서의 세대간 물질적, 문화적 통합의 기회가 제약됨을 강조하였다. 일상적으로 노년을 타자화하고 배제하는 문화를 비판적으로 조명하였다.

연령의 의미는 사회적으로 구성된다. 역사인구학자 피터 라스렛은 영국에서 개인이 은퇴 이후에도 오랜 생애를 영위할 수 있었던 것은 공업화 시기보다 훨씬 늦은 20세기 중반이 지나서였다고 지적한다. 공업화가 시작된 시기와 무려 2-3세기나 차이가 나는 것이다. 시간과 지역을 훌쩍 뛰어 넘어 현 우리 사회에서는 선례가 없는 빠른 속도로 인구고령화가 진행되고 있다.

이러한 지점에서 제도적, 문화적으로 재생산되는 연령차별구조에 대한 폭넓은 담론이 활성화되어야 한다고 생각한다. 연령통합을 막고 있는 다양한 제도적 연령 장벽과 사회적 관계에 대한 정치경제학적 논의가 활발하게 이루어질 필요가 있다. 우리의 삶에는 연령차별의 내부 식민주의가 뿌리 깊게 자리 잡고 있다. 노년은 의존과 비합리적 보수지향으로 명명되고 타자화된다. 노년의 육체, 인지능력, 태도에 대한 부정적인 편견이 너무나 자연스럽게 받아들여지고 있다. '경로효친'의 의미는 취약자에 대한 '보호'의 의미로 이해되고 있다. 이 뿐 아니라, 연령에 따른 각종 선발기준이 연령차별을 재생산하는 구조로 작동하고 있다.

연령관계는 우리사회의 지배적 불평등구조-노동, 젠더관계와 밀접히 연관되어 있다. 노동에서의 연령통합을 강조하는 최근의 움직임에도 불구하고 노년노동에 대한 자본의 이해는 부정적인 입장으로 일관되어 있다. 고용유연화가 심화되면서 제도적 협약에서의 조기정년이 '문화'로서 고착되어 가는 징후도 감지할 수 있다. 과연 지배적인 노동배제문화와 노동기여를 강조하는 사회보험의 재정긴축 논리사이에서 어떠한 해답을 구할 수 있을까.

연령불평등은 젠더, 노동 불평등과 함께 우리사회의 가족중심 사회구성에서 고유한 불평등 메카니즘으로 재생산되고 있다. 가족연대의 원리에서 노동, 젠더, 연령불평등이 재생산되고, 서로의 불평등을 자신의 이해에 이용하는 순환관계가 존재한다. 이런 의미에서 가족중심주의 사회구성에 대한 비판적 접근이 요구된다. 과연 한국적 복지는 가족지향을 유지해야 하는가, 폐기해야 하는가. 노동불평등과 젠더불평등은 어떠한 메카니즘으로 연령불평등을 심화하는가.

연령불평등은 단순히 생리적과정이나 연령구조의 동학의 결과가 아니라 정치, 권력관계에서 직조된다. 세대가 사회정치변동의 주요 힘이 되고 생애가 연령에 따라 제도화되고 생애를 통해 불리와 혜택이 누적되는 연령계층화 현상 이면에는 다른 사회불평등 요인이 개입되어 있다. 현재 관심이 주목되고 있는 세대간 정치적 태도의 차이에 대해서도 좀 더 신중한 논의가 필요하지 않은가. 현재의 세대갈등론은 세대대체론적 관점이 지배적이다. 그러나 압축변동은 세대들 사이의 가치관의 차이도 크게 하였지만, 상이한 역사적 주체들의 접촉의

밀도도 크게 하고, 상호 적응의 자원도 창출해 낸다. 더욱 중요한 것은 이러한 세대 갈등을 결과한 정치경제적 맥락이 존재하는 것이다. 서구의 복지국가 개혁을 둘러싸고 빚어진 여야 갈등에서나 우리 사회에서 표심을 잡기위한 여야의 경쟁에서 모두 세대내부의 이질성과는 관계없이 동질적 세대특성으로 귀속시키고 정치적 희생양으로 동원하는 선동주의의 행태를 찾아볼 수 있다.

내부식민주의와 정치, 권력적으로 구조화되는 연령계층화 현상은 그 지배력 만큼이나 우리의 문제의식에 쉽게 포착되지 않고 있다. 연령계층화의 힘에 대한 문제의식은 근본적인 인식, 발상의 전환을 필요로 한다. 지하철이나 공공장소에서 노약자 보호석이 상징하는 분리와 배제, '노인', '노령화'와 같이 일상화된 언어구사에서 표현되는 연령분리적 표현들을 문제로 제기하는 관점의 전환과 담론이 필요하다고 생각한다.

이러한 연령차별에 대한 관계적 조명은 연령불평등의 위법성을 결정하는 법적 근거의 정립에도 시사하는 바가 크다고 생각한다. 연령주의란 연령을 근거로 한 기회와 참여를 제약하는 구조, 행위, 태도와 관련된다. 이러한 차별은 한편으로 개인, 행위수준에서 직접적으로 인지될 수 있는 부당한 처우를 반영한다. 그러나 보다 지배적인 연령주의는 무의식의 구조에서 일상적으로 재생산되며 차별로서 쉽게 인지되지 않는다. 필자의 소견으로는 직접차별, 간접차별의 개념은 명확하지 않으며 그 판단기준이 통계적 증거나 주관적 증거에 기초한다고 생각한다. 이러한 증거들이 연령차별의 하나의 지침이 될 수 있지만, 차별을 결과한 인과관계에 대한 설명을 제공하지 않으므로 모호함이 크다. 실제, 무의식적이며 구조적인 차별은 그 메카니즘이 시사하듯이 아무리 전문적인 지식을 가진 법해석자에게도 대부분 의식되지 않는다. 암묵적/간접적 차별의 양태는 무의식적인 구조에 연원하며 일상화된 상호작용에서 재생산되고 있기 때문에 쉽게 관측되지 않는다. 무의식의 불평등은 사회적 집합심성에 근거하기 때문에 법은 차별을 감시하거나 통제하기 보다는 차별을 재생산한다.

그렇다면 암묵적, 간접차별의 불평등성을 어떻게 규명할 수 있을까. 이를 위해서는 불평등을 판단하는 관점을 사회적 양심이나 상식에 기초할 뿐 아니라 불리를 받는 주체의 입장에서 해석하는 관점의 전환이 요구된다. 그러나 불평등의 무의식적 구조의 영향은 불리를 가하는 사람 뿐 아니라 이러한 물리적, 상징적 불리에 지속적으로 노출된 피해자도 예외가 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 무의식의 불평등 구조를 규명하고 판단하는 작업은 어떻게 주요한 사회 불평등이 연령불평등을 결과하는가를 밝힐 수 있는 통찰을 요구한다. 연령과 계급관계의 상호작용에 유의하거나, 물질적 기회를 박탈당하고 정치적 시민권에서 주변화되고 폭력의 희생이 되며 젊은 중심의 문화에서 부정화되는 국가, 경제, 권력, 불평등의 맥락을 규명하는 것은 간접차별을 드러내는 중요한 관점이 될 수 있다. 구조화된 연령관계가 재생산되는 불평등 메카니즘을 밝힘으로써 간접적 차별에 대한 보다 확고한 입장을 정리할 수 있을 것이다.



This paper draws on the ageism from the perspective of a structured relation. Ageism does not only refer to the overt attitude or behavior of age based discrimination. Much dominant ageism is embedded in our unconscious interaction of everyday life. Structured age relation is fabricated in labor market, family relation, welfare policy and cultural sites through generational dynamics and life course. In labor market, overt and unconscious ageism prevails under the hegemonic interest of productivity and labor cost efficiency. Family based social construct impedes generational conflict. Residual characteristics of welfare policy deters to extend generational solidarity to societal level, contributing to develop negative images and stigma regarding generational transfer. Making other's experience of the aging and social exclusion of the aged represent the severity of internal colonialism in our culture. Institutional endeavor against this dominance of age discriminating relation requires us to develop 'the alternative perspective' which would disclosure the unconscious mechanism of ageism and its relevance to the structural contradiction such as class and gender inequality and cultural colonialism in our society.

## 전과로 인한 차별 : 지워지지 않는 주홍글씨?

최정학(BK21 법학연구단)

### I. 서론

제2차 세계대전 이후 미국을 시작으로 하여 확산된 반차별 혹은 차별금지법은 점차 그 적용범위를 넓혀가고 있는 추세이다. 애초에 인종이나 민족에 관한 차별에 대한 반대로부터 시작된 이와같은 움직임은 20세기 후반에 이르러 성, 나이, 장애, 국적 등 다양한 여러 사회적, 후천적 원인에 의한 차별을 금지하는 데에까지 나아가고 있는 것이다.<sup>1)</sup>

그러나 차별의 원인이 되는 범주가 어디까지 확장될 수 있는가 하는 점은 논쟁의 대상이다. 시각에 따라서는 우리가 속해있는 거의 모든 사회적 영역이 차별과 불평등이 발생하는 근거가 될 수 있기 때문이다. 이러한 문제는 전과에 의한 차별의 경우에도 마찬가지여서, 이것이 과연 사회적인 차별금지의 한 사유가 될 수 있는가 하는 의심이 제기될 수 있다. 그러나 전과자, 즉 범죄의 기록을 가지고 있는 사람은 자신의 과거 행위에 대한 법적인 책임을 이미 다진 사람들이다. 따라서 이들에게 지나간 범죄기록을 이유로 어떠한 불이익을 가하는 것은 우리 헌법이 규정하는 '이중처벌의 금지'나 '죄형법정주의', 나아가서 '평등의 원칙'에 반할 소지가 있다.

그러나 이들의 수가 다른 차별사유의 범주에 비해 상대적으로 작고, 일상생활에서 잘 드러나지 않으며 혹은 그 차별이 심각한 상태에 있지는 않다는 생각에서인지, 전과로 인한 차별은 아직 본격적인 차별금지의 영역으로 제시되고 있지는 않다. 이러한 사정은 다른 여러 나라들의 인권법에서 잘 확인되는데, '전과에 의한 차별'을 차별금지사유의 하나로 규정하고 있는 경우는 캐나다 인권법 이외에는 발견되지 않는다. 그리고 이 경우에도 다만 '형이 실효된 전과'로 한정되어 있을 뿐이다.<sup>2)</sup>

이러한 경향은 국내에서도 역시 마찬가지여서, 성이나 장애 등이 본격적인 차별금지 사유의 하나로 광범위한 연구가 진행되고, 그 방지를 위한 노력도 여러 차원에서 상당한 수준에 이른 상황에서도 전과로 인한 차별 문제에 관해서는 별다른 논의가 엿보이지 않는다. 그러므로 이 글은 일단 이와같은 논의의 공백을 지적하고 새롭게 문제를 제기하는 의미가 있을 것이다. 결국 이 글이 묻고자 하는 기본적인 질문은 다음과 같은 것이다. 우리사회에서 전과자들은 다른 사람들과 동등한 대우를 받으며 살아가고 있는가? 혹시 이들의 삶을 어렵게 하는 부당한 차별은 없는가?

이러한 문제에 답하기 위해 이 글은 우선 현행 우리 법규 가운데에서 전과와 관련된 규정을 찾아 분석해 보았다. 여기에는 전과로 인한 차별 혹은 차별금지에 관한 규정(제2장), 그리고 전과기록의 관리 및 공개에 관한 규정들(제3장)이 포함된다. 이것은 말하자면 전과경력 및 그 기록이 법적으로 어떻게 취급받고 있는가를 알아보기 위한 것이다.

하지만 더욱 중요한 것은 사회적 차별이다. 전과자들이 실제 현실에서 어떠한 문제에 부

1) 차별금지법의 간략한 역사에 관해서는 Christopher McCrudden (ed.), *Anti-Discrimination Law*, New York Univ. Press, New York, 1991, Introduction, xi면 이하를 참조.

2) 캐나다 인권법 제3조 제1항.



뒤틀리는지, 그리고 이것을 어떤 차별의 범주로 개념화할 수 있는지, 또 이러한 상황을 개선하기 위한 대책은 없는지와 같은 문제들이 본론으로 다루어져야 한다(제4장). 그러나 여러 한계로 인하여 이러한 중요한 논점들을 이 글에서 충분히 깊게 다루지는 못하였다. 보다 넓고 세밀한 연구는 후속작업에 맡겨야 할 것이다. 다만 기존 연구의 부족으로 인해 이 글에서는 조사의 방법을 몇몇 전과자들과의 면담, 그리고 경찰과 갱생보호소 등 현장조사에 의존하였음을 밝힌다. 앞으로 사정이 허락한다면, 다수의 전과자와 일반인, 특히 기업체의 인사관계자들을 대상으로 광범위한 조사가 진행되는 편이 바람직할 것이다. 끝으로 최근에 큰 변화가 있었던 영국의 전과관련 법규를 우리의 경우와 비교해보기 위하여 간단히 소개하였다(제5장).

한편 전과기록은 형사절차상 누범이나 상습범 가중의 이유가 된다. 또 사회보호법상 보호감호와 같은 보안처분의 사유가 될 수도 있다. 이같은 전과기록을 이유로 한 가중처벌이 헌법이 금지하는 부당한 차별에 해당하는가 하는 문제가 또다른 논란의 대상이 될 수 있는데, 이것은 형벌의 가중 또는 형벌과 보안처분과 같은 본격적인 형법이론에 관련된 문제이므로, 전과로 인한 사회적 차별을 다루는 이 글에서는 일단 연구범위에서 제외하였다.

## II. 전과기록에 관한 법규

현행법 가운데 전과에 관해 직접적인 차별금지 규정을 갖고 있는 경우는 그리 많지 않다. 우선 헌법은 제11조에서 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 차별을 받지 않는다고 규정하고 있는데, 이 때 '사회적 신분'의 범위에 대해서는 선천적 신분설과 후천적 신분설 등 견해의 대립이 있으나, 전과자가 당연히 포함된다고 해석하는 후자의 입장이 일반적이다.<sup>3)</sup> 나아가 이러한 헌법의 규정을 보다 구체화하여 국가인권위원회법은 제30조 제2항에서 "평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역, 출신국가, ... 등의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력을 이유로 한 다음 행위를 말한다"고 규정하고 있다. 이에 따라 이 조항에서 열거된 사정들을 이유로 고용이나 재화·용역 또는 교육시설 등의 이용에서 특정인을 우대하거나 불리하게 대우해서는 안된다. 따라서 전과와 관련해서도, 최소한 형의 효력이 실효된 전과에 의해서는 어떠한 차별도 법적으로는 부인되고 있는 것이다.

전과에 관해서 '형의 효력이 실효된 경우'로 한정된 것은 캐나다 인권법 등 국제인권법의 일반적인 경향을 반영한 것으로 생각된다. 그러나 형의 효력이 실효되기 이전이라도 전과에 의한 차별은 일반적으로 금지된다고 보아야 할 것이다. 그것이 헌법정신에 합치하기 때문이다. 그러므로 이 점에서 위의 국가인권위원회법은 재검토의 여지가 있다. 마치 전과에 관해서는 차별금지 사유의 범위를 한정된 듯이 보이기 때문이다.

여하튼 이와 같은 전과로 인한 차별금지 규정에 대해서는, 그러나, 몇가지 예외 법규가 있다. 우선 국가공무원법 제33조는 제1항에서 "금고이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 않은 경우, 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 않은 경우, 금고이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 경우, 그리고 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 경우"에 대해서는 공무원에 임용할 수 없다고 규정하고 있

다. 또 이와 같은 임용의 제한은 지방공무원의 경우에도 마찬가지이다. 즉 지방공무원법 제31조는 위의 국가공무원법 제33조와 같은 내용을 규정하고 있다. 결국 이를 통해 벌금을 제외한 전과기록이 있는 사람은 일정한 기간 동안 어떠한 경우에도 공무원이 될 수는 없다.<sup>4)</sup>

공무원에게 전과기록이 있다는 것이 바람직한 일은 아닐 것이다. 공무원은 국가 또는 지방자치단체의 공공사무를 담당하므로 공익에 충실할 것이 요청되고 또 국민으로부터 신뢰받을 것이 기대되기 때문이다. 그러나 범죄의 종류, 또 이에 따라 선고된 형량, 나아가서 담당하는 사무의 성격과 내용과 관계없이 모든 공무원에 대해서 반드시 아무런 전과기록이 없어야 하는가는 다소 의문이다. 예컨대 경찰이나 사법판료와 같이 법을 집행하는 기구에 있는 공무원에게 전과기록이 전혀 없을 것을 요구하는 것은 수긍할 만하다. 그러나 단순 노무에 종사하는 고용직 공무원은 물론 기술이나 연구 또는 일반 행정을 담당하는 일반직 공무원에 대해서도, 전과기록은, 위에 말한 구체적인 사정들을 고려하여 임용제한사유로 작용하는 것이 낫지 않을까 생각한다. 즉 지금보다는 좀 더 세분화된 규정이 필요하지 않을까 하는 것이다.

여하튼 이러한 공무원법의 규정을 이어받아 경찰이나 검찰, 법원 혹은 군인과 같이 법을 집행하고 사회질서를 유지하는 국가기구의 경우, 그 구성원의 선발에 전과기록에 의한 제한을 두는 것은 납득할 만한 일이다. 그리하여 경찰공무원법 제7조, 검찰청법 제33조, 군인사법 제10조, 법원조직법 제43조 등은 다시 한 번 위의 공무원법과 유사한 제한규정을 두고 있다. 또 이와같이 전과기록으로 인한 결격사유를 규정하고 있는 공무원관련 법규로는 국회법 제43조, 국가정보원직원법 제8조, 공중인법 제13조, 군무원인사법 제10조, 법원공무원규칙 제62조의2 등이 있다. 나아가 금융업무와 관련해서도 금융감독기구의설치등에관한법률 제8조와 한국은행법 제17조는 각각 그 위원에 대해 공무원법과 같은 제한규정을 두고 있다.

그러나 이와같은 전과기록으로 인한 자격제한규정이 공무원에 대해서만 적용되는 것은 아니다. 예컨대 공인노무사법 제4조, 공인회계사법 제4조, 법무사법 제6조, 변호사법 제5조, 세무사법 제4조, 약사법 제4조, 의료법 제8조 등 공무원법과 비슷한 자격제한규정을 두고 있는 법률들을 많이 발견할 수 있다.<sup>5)</sup> 이러한 법률들이 대개 법률의 해석과 적용을 업무로 하는 법률전문직이나 그 밖에 특정한 직업윤리를 요청하는 전문직업에 관한 것이라는 사정을 감안하면 이러한 제한규정들이 이해되지 않는 것은 아니다. 더구나 각각의 법률들은 경우에 따라서 특정한 관련법률의 위반전과만을 문제로 삼거나, 자격제한의 기간을 달리 규정하고 있어, 말하자면 전문직별로 특별한 사정을 고려했다는 생각을 해 볼 수 있다. 예컨대 건축사법은 건축법과 건축사법의 위반전과만을 문제로 삼고 있고, 관세사법은 관세법과 관세사법의 위반을, 약사법은 약사법과 마약류관리에관한법률, 보건범죄단속에관한특별조치법 등의 위반을 자격제한 사유로 하고 있다. 따라서 결국 구체적인 직종에 따라서 각 법률이

4) 한편 이를 반대로 해석하면 일정한 기간이 지난 전과에 대해서는 공무원이 될 수 있는 자격에 아무런 영향을 미치지 않는다는 것이 된다. 그럼에도 불구하고 최근 이미 형의 효력이 실효된 과거의 전과경력을 이유로 법관과 교사임용이 거부된 사례가 국가인권위원회에 진정된 바 있다. 이같은 사례들은 법률의 규정과 관계없이 전과경력이 공무원과 같은 특정한 자격의 취득에 현실적인 장애요소로 작용할 수 있음을 보여준다.

5) 그 밖에 자격 제한 규정이 있는 다른 법률 조항들은 건축사법 제9조, 경비업법 제5조, 제10조, 관세사법 제5조, 교수자격기준등에관한규정 제12조, 변리사법 제4조, 보험업법 시행령 제10조, 부동산중개업법 제7조, 수의사법 제5조, 의료기사등에관한법률 제5조 등이다. 그러나 이 밖에 다른 법률들도 더 있을 것이라고 생각된다.

3) 김철수, 헌법학신론(제13전정신판), 박영사, 2003, 289면; 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2003, 373면; 성낙인, 헌법학(제4판), 법문사, 2004, 301면.



얼마나 합리적인 제한 사유와 기간을 규정하고 있는가 하는 점이 문제로 될 터인데, 이것은 개별 법률에 따라 달리 판단되어야 할 것이고, 현재로서는 특별히 지적할만한 문제점이 보이지 않는다.

끝으로 공직선거및선거부정방지법 제49조는 각급 선거 후보자의 전과기록을 공개하도록 규정하고 있는데, 이것은 후보자의 개인 신상에 관한 정보를 투명하게 공개함으로써 선거의 민주성과 공정성의 확보에 이바지하려는 취지를 가지고 있는 제도라는 점에서 큰 문제는 없을 것이다.

여하튼 이상과 같이 우리의 경우에 전과로 인해 그 자격이나 취업이 제한되는 직업의 경우 통상 '신원조회'라고 불리는 전과기록에 대한 조회와 회보를 통해 그 기록의 존재여부가 확인된다. 이와같은 전과기록은 형의실효등에관한법률을 근거로 주로 경찰청에서 관리하고 있는데, 그 자세한 내용과 문제점은 항을 바꾸어 검토해 보기로 하자.

### III. 전과기록의 관리

#### 1. 형의실효등에관한법률의 내용

우리나라에서 전과기록의 관리는 현재 주로 경찰에 의해 이루어지고 있다. 그리고 그 근거법률은 1980년에 제정된 형의실효등에관한법률이다. 따라서 이하에서는 우선 이 법률의 내용을 중심으로 현 전과기록관리 체계와 내용을 검토해 보기로 한다.

우선 '전과기록'이란 구체적으로 '수형인명부'와 '수형인명표' 그리고 '범죄경력자료'를 말한다(위의 법률 제2조 제7호). 그리고 '수형인명부'는 "자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명부"로서 검찰청과 군검찰부에서 이를 관리한다(같은 조, 제2호). 또 '수형인명표'는 역시 "자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명표"인데 수형인의 본적지 시·구·읍·면사무소에서 관리한다(같은 조, 제3호). 이와 같은 수형인명부와 수형인명표는 지방검찰청 및 지청 또는 군 보통검찰부에서 작성하고 명표의 경우에는 수형인 본적지의 행정관청에 송부하도록 규정되어 있다(제3조, 제4조).

그런데 이러한 수형인명부와 수형인명표는 일정한 사유가 있는 경우에 폐기 혹은 삭제하여야 하는데(제8조), 그 대표적인 경우가 바로 이 법률에 의한 형의 실효이다(제7조). 같은 조에 의하면 "수형인이 ... 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날로부터" 3년을 초과하는 징역·금고의 경우에는 10년, 3년 이하의 징역·금고는 5년, 벌금은 2년의 기간이 경과하면 "그 형은 실효된다." 또 구류와 과료는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 때에 바로 실효된다.

따라서 현재 전과기록에는 '실효된' 것과 그렇지 않은 것이 있으며, 전자의 경우에는 적어도 수형인명부와 수형인명표는 존재하지 않는다는 것이 된다. 이것은 법적으로는 처음부터 전과, 즉 범죄사실이 없었던 것과 마찬가지로의 효과를 갖는 것이다. 그러나 전과기록에는 이외에도 '범죄경력자료'가 있다. 범죄경력자료란 "수사자료표 중 벌금 이상의 형의 선고·면제 및 선고유예, 보호감호, 치료감호, 보호관찰", 그리고 그 밖의 사항<sup>6)</sup>에 관한 자료를 말한다(제2조, 제5호). 또 여기에서 '수사자료표'란 "수사기관이 피의자의 지문을 채취하고 피의자의 인적사항과 죄명 등을 기재한 표로서 경찰청에서 관리하는 것"이다(같은 조, 제4호).

6) 그 밖의 사항이란 '선고유예의 실효, 집행유예의 취소, 그리고 벌금 이상의 형과 함께 부과된 몰수·추징·사회봉사명령·수감명령 등의 선고 또는 처분'을 말한다(같은 법 시행령 제2조의2).

그리고 이러한 수사자료표의 내용을 위의 '범죄경력자료'와 '수사경력자료'로 나누어 볼 수 있는데, 수사경력자료는 수사자료표의 내용 가운데 범죄경력자료 이외의 것, 즉 "벌금 미만의 형의 선고 및 검사의 불기소 처분에 관한 자료 등"(같은 조, 제6호)을 가르킨다.

이러한 수사자료표는 현재 입건 이상의 수사절차가 진행된 모든 피의자에 대해서 작성된다.<sup>7)</sup> 그리고 경찰청장은 각 수사기관으로부터 이같은 수사자료표를 송부받아, 이를 범죄경력자료와 수사경력자료로 구분한 후 전산입력을 통하여 관리하도록 규정되어 있다(제5조의2).<sup>8)</sup> 따라서 통상 우리가 '전과기록'이라고 생각하는 것은 주로 이 수사자료표의 내용이며, 이 가운데 범죄경력자료를 '좁은 의미의' 혹은 '법적 의미의' 전과기록이라고 한다면, 수사경력자료는 '넓은 의미의' 전과기록이라고도 할 수 있을 것이다.

따라서 전과기록과 관련하여 문제는 이 수사자료표로 인해 발생하는데, 특히 중요한 점은 현 법규상 수사자료표는 그 내용에 대한 삭제규정을 갖고 있지 않다는 것이다. 수사자료표가 삭제되는 경우는 오직 한 가지, 즉 피의자가 사망했을 때 뿐이다. 따라서 수사자료표의 작성, 관리가 범죄의 수사나 재판과정에서 양형을 위한 참고자료의 확보에 있다는 점을 감안하더라도, 이같이 오랜 기간동안 전과기록을 보관하는 것은 다소 지나치지 않은가 하는 생각을 해 볼 수 있다.<sup>9)</sup>

한편 수사자료표 중 수사경력자료는 예외적으로 '검사의 기소유예·혐의없음·공소권없음 또는 죄가 안됨 등의 사유로 인한 불기소 처분이 있는 경우'와 '법원의 무죄·면소 또는 공소기각의 판결이 확정된 경우', 그리고 '법원의 공소기각의 결정이 확정된 경우'에는 각각의 처분, 결정, 또는 판결이 있었던 날로부터 5년이 경과한 때에 삭제되도록 규정되어 있다(제8조 제2항). 이것은 위의 비판을 고려하여 지난 2002년 법률 개정시에 새로 삽입된 내용이다.<sup>10)</sup> 그러나 이와같은 검사의 불기소 처분이나 법원의 무죄 혹은 공소기각의 판결은 극히

7) 단, 예외적으로 '즉결심판대상자'와 '사법경찰관이 수리한 고소 또는 고발사건 중 불기소처분사유에 해당하는 사건의 피의자'에 대해서는 수사자료표가 작성되지 않는다(제5조). 그런데 현재 실무에서는 이 조항을 반대해석하여 수사기관의 인지로 인한 사건의 경우에는 불기소처분 사유에 해당하더라도 수사자료표를 작성하고 있다고 한다. 그러나 이것은 지나친 해석이라고 생각한다. 예외규정의 취지에 비추어 볼 때 불기소처분에 해당하는 피의자에 대해서는 처음부터 수사자료표를 작성할 필요가 없다는 뜻으로 보아야 할 것이다. 또 아래에서 지적하듯이 수사가 종결된 후에 불기소처분이나 법원의 무죄 혹은 공소기각의 판결 등이 있는 경우에 결국 수사경력자료를 삭제하도록 한 규정, 그리고 그 기간이 현 규정보다는 단축되어야 한다는 점 등을 고려하여도 그러하다.

8) 한편 여기에서 범죄경력자료나 수사경력자료의 내용에 변경이 발생한 경우, 각 수사기관의 자료통보와 경찰의 전산입력 사이에 시차가 발생할 수 있고, 이것이 관련자에게 불이익하게 작용할 수 있는 경우가 있다. 이 점에 대해서 2004년 4월 국가인권위원회는 '전과자의 사면, 복권에 관한 정보처리 지연은 인권침해'이며, 따라서 변경내용의 통보가 즉시 이루어지도록 관련예규를 보완할 것을 검찰에 권고한 바 있다.

9) 이에 대해 우리 헌법재판소는, 형의실효등에관한법률 제8조 제1항, 즉 수형인명부와 수형인명표의 삭제만을 규정하고 수사자료표에 대해서는 아무런 규정이 없는 조항의 취지에 대해서, 이것은 이른바 '부진정 입법부작위'에 해당하여 법령소원의 대상이 되는데, 해당 사건의 경우에는 권리구제기간, 즉 헌법소원 청구기간을 초과하여 부적법하다고 각하한 적이 있다. 현재 1996. 6. 13, 95헌마115. 한편 이러한 헌법재판소의 결정을 근거로 서울고등법원은 수사자료의 삭제청구에 대하여, 이것이 청구인의 '실체적 권리의 변동을 가져오는 것이 아니고', 그 삭제를 청구할 '법률상 혹은 조리상의 권리도 없다'는 점을 이유로 이를 역시 각하한 원심판결을 지지하고 있다. 서울고등법원 2003. 9. 19, 2003누3118. 그러나 수사자료표를 삭제하지 않음으로 인해 장래에 예컨대 부당한 신원조회나 경찰의 범죄수사활동을 통해 개인의 기본권이 침해될 우려가 있고, 나아가 다른 경우에는 삭제되는 범죄기록이 수사자료표에 의해 계속 보존되는 것은 개인의 '자기정보관리 및 통제권'을 직접 침해하는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다. 따라서 이런 점에 비추어 보면 수사자료표의 삭제를 청구할 '조리상의 권리'가 없는지도 의문이며, 또 '법률상의 권리'가 없다는 사실이 위헌이 아닌 지도 판단되어야 할 것이다.

10) 그러므로 개정 이전에는 수사자료표에 대해서 아무런 삭제규정이 없었다고 할 수 있다.



예외적인 경우를 제외하고는 범죄 자체가 성립되지 않은 상황을 의미한다. 따라서 이러한 경우까지 관련 기록을 5년씩 보관하도록 한 규정은, 역시 수사나 재판의 목적을 감안하더라도, 지나친 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 따라서 최소한 그 기간을 축소하거나 아니면 아예 이와 같은 경우에는 처음부터 수사자료표를 작성하지 않도록 하는 법률의 개정이 필요하다고 생각한다.

## 2. 전과기록의 조회 및 회보

그러나 전과자에 대한 사회적 차별과 관련하여 무엇보다 문제되는 것은 이와 같은 전과기록의 공개, 즉 범죄경력조회와 수사경력조회 및 회보이다. 형의실효등에관한법률 제6조는 이러한 전과기록의 조회 및 회보가 가능한 경우를 한정하여 규정하고 있는데, 그러한 경우란 대개 범죄의 수사나 재판을 위하여 필요한 경우, 혹은 형벌 또는 보안처분의 집행을 위하여 필요한 경우 등이다. 그러나 이 밖에도 '수사자료표의 내용을 확인하기 위하여 본인이 신청하는 경우(같은 조, 제1항 제4호)'와 '다른 법률에서 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보를 하도록 규정되어 있는 경우(제5호)' 및 '그 밖에 국가의 안전보장이나 공공의 안녕·질서유지 또는 공무수행을 위하여 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보가 불가피하다고 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우(제6호)'에는 전과기록의 조회를 허용함으로써 상당히 넓은 범위에서 이것이 가능하도록 규정하고 있다.

이 가운데 다른 법률의 규정을 통하여 전과기록의 조회가 가능하도록 하고 있는 사유는 대체로 위에서 검토한 전과와 관련한 자격제한 규정을 갖고 있는 법률들에 해당할 것이다. 자격제한 규정이 실효를 갖기 위해서는 전과의 존재여부가 확인되어야 할 것이기 때문이다. 따라서 그 법률 모두를 정확히 파악할 수는 없지만, 상당한 숫자에 이를 것이라고 생각된다. 이러한 조항들이 각각 전과기록의 공개가 필요할 정도로 정당하고 합리적인 이유를 가지고 있는가 하는 점은, 그러므로, 자격제한 규정의 경우와 마찬가지로 개별적으로 검토되어야 할 것이다.

나아가서 본인이 스스로 자신의 전과기록을 확인하기 위한 조회 및 회보는 제도적으로 상당한 문제점을 안고 있다. 자신의 개인정보를 확인하기 위한 정보공개청구권을 부인할 수는 없겠지만, 다른 사람 예컨대 사기업체에 의해 전과기록의 확인, 제출이 강제되는, 달리 말하면 규정외의 남용을 방지하기가 대단히 어렵기 때문이다. 따라서 실무에서는 이러한 경우에 "실효된 형을 이유로 민원인에게 불이익 처분을 하여서는 안되"고, "전과기록의 목적외 사용 및 누설행위는 처벌을 받게되며", "외국기관이나 일반기업체 등에 제출용으로 사용할 수 없다"는 경고문구를 날인하여 전과기록을 회보해 주고 있다. 또 형의실효등에관한법률은 제6조와 제10조에서 규정외 용도의 사용을 금지하고, 이를 위반한 경우에는 회보 및 누설자에 대해서는 3년 이하의 징역과 3천만원 이하의 벌금, 취득 및 사용자에 대해서는 2년 이하의 징역과 2천만원 이하의 벌금으로 처벌하는 규정을 두고 있다. 하지만 이같은 조항만으로 용도 이외의 사용이 효과적으로 통제될 수 있을 지는 의문이다. 개인에게 발급된 전과기록 회보서가 어디에 어떤 용도로 쓰였는지를 일일이 확인한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이기 때문이다.

따라서 개인의 경우에는 다만 자신의 전과기록을 열람할 수 있는 데에 그치게 하거나 혹은 반대로 꼭 필요한 경우에는, 후술하는 영국의 경우처럼, 개인과 기업체가 공동으로 또는 개인의 동의를 얻어 기업체가 전과기록의 조회를 신청할 수 있도록 관련 법규를 정비하는

것도 검토할 만하다고 생각한다. 물론 이 경우에도 전과기록의 조회가 허용되는 기업체의 범위는 매우 제한적으로 인정되어야 할 것이다. 예를들면 금융관련업무나 교육에 관한 업무 또는 어린이나 노인과 같은 취약자의 보호에 관한 업무 등이 우선 고려될 수 있을 것이다. 그리고 법률로 규정되지 않은 그 밖의 경우에는 전과기록의 사용이 엄격하게 금지되어야 할 것이다.

또 위에서 살펴보았듯이 전과기록에는 '범죄경력자료'와 '수사경력자료'가 있고, 이 가운데에는 실효된 경우와 그렇지 않은 경우 등이 있을 수 있는데, 기록의 조회·회보규정은 이와 같은 구분을 명백하게 하고 있지 않다. 다만 '(조회와 회보는) ... (기록의) 전부 또는 일부에 대하여 조회목적에 필요한 최소한의 범위내에서' 할 수 있도록 하고 있을 뿐이다(제6조 제1항). 따라서 경우에 따라서는 전과기록 모두, 즉 '실효된' '수사경력자료'까지 조회·회보될 수 있는 가능성이 있는데, 이것은 대상자에게 예기치 못했던 피해를 야기할 우려가 있다.<sup>11)</sup> 그러므로 원칙적으로 전과기록의 조회·회보는 '실효되지 않은' '범죄경력자료'에 한정하여 이루어지도록 하고, 특별한 이유가 있는 경우에만 - 예컨대 본인이 자신의 기록을 확인하려 하는 경우와 같이 - 실효된 범죄경력자료, 기타 수사경력자료가 조회·회보될 수 있도록 관련규정을 구체적으로 세분화하여야 할 것이다.

현실에서 전과기록의 조회 및 회보는 매달 수천건씩 이루어지고 있다고 한다. 이 가운데 상당수는 수사과정 중에 이루어지는 혹은 수사목적의 조회이며, 나머지는 대부분 본인의 신청에 의한 조회라고 한다. 따라서 본인에 의한 전과기록 조회를 규제하는 것은 현실적으로 그 의미가 작지 않다고 할 수 있다. 또 다소 조심스럽지만 수사목적에 의한 조회의 경우에도 이것이 과연 정당한 목적을 위해 합리적인 범위 내에서 이용되고 있는가에 대해서는 의심의 여지가 조금은 있다고 생각한다. 현재 전과기록을 관리하고 있는 기관은 경찰이고, 수사기관 가운데에서 가장 많은 인원과 비중을 차지하고 있는 것도 역시 경찰이기 때문이다. 다시말하면, 이 문제에 관해서는 경찰이 자신 스스로를 통제하고 있는 상황인 것이다. 그러므로 전과기록의 관리 및 누설제한에 대한 엄격한 법집행이 강조될 필요가 있을 것이다.

## IV. 전과로 인한 차별

### 1. 이론의 틀 - 차별을 보는 시각

차별문제에 접근하는 시각으로는 다음과 같은 3가지가 있을 수 있다. 우선 첫째로 '자유주의적' 혹은 '절차주의적' 접근인데, 이러한 입장에서는 그 사회가 가지고 있는 제도의 절차 가운데에서 발생하는 차별, 즉 '과정상의 차별' 혹은 '공정한 기회의 흠결' 등을 주요 문제로 보게 된다. 예를들어 특정한 성이나 장애 또는 전과기록과 같은 특별한 경력을 이유로 남들과 달리 고용의 기회를 동등하게 보장하지 않는 것은 절차상의 차별이라고 할 수 있는 것이다. 브레스트(Brest)나, 아브람(Abram) 등이 이러한 입장을 취한다.<sup>12)</sup>

그러나 이들에게 차별, 그리고 그로 인한 문제의 개선이란 단지 절차의 보완에 그치는 한정적인 의미를 갖는 것일 뿐이다. 따라서 이들은 구조적이라기보다는 개인적인 문제에 치중

11) 예컨대 위에 소개한 공무원 임용의 거부사례와 같이 이미 실효된 형의 전과를 이유로 불이익처분이 이루어질 수 있는 것이다.

12) Paul Brest, 'In Defense of the Antidiscrimination Principle', *Harvard Law Review* 90, 1976; Morris B. Abram, 'Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers', *Harvard Law Review* 99, 1986.



하고, 결과를 중시하기보다는 과정이나 절차를 강조하게 된다. 후에 이러한 시각은 자신들의 목표를 더욱 분명히 하게 되었는데, 그것은 차별의 금지를 통해 이들이 얻고자 하는 것은 '공정한 시장경제'의 확립과 보다 '효율성이 높은 사회'라는 것이다.<sup>13)</sup> 결국 공정하고 합리적인 기회만 보장된다면, 실제 결과에서 불평등과는 관계없이 차별은 존재하지 않는 것이 된다.

그러므로 이러한 시각을 비판하고 구조적인 차별과 결과적 불평등을 강조하는 입장이 제시되게 된다. 이러한 입장에서는 차별과 그 방지는 이로 인해 발생하는 부당한 결과들을 재조정하기 위한 것이다. 따라서 이것은 개인적인 문제라기보다는 사회적, 제도적, 구조적인 문제로 보아야 하며, 단순한 절차의 보완을 넘어 보다 근본적인 제도의 개선이 필요하게 되는 것이다. 이러한 '결과주의적'인 근본적 시각은 팔론과 바일러(Fallon & Weiler)의 다음과 같은 말에서 잘 드러난다.

“(차별) 수정의 계기가 된 사건은 특정한 한 고용주의 법규위반일 수 있다. 그러나 보다 깊게 근본적으로 자리잡은 문제(wrongs)는, 현재의 법규위반자의 책임이라기보다는 사회적이고 역사적인 것이다.”<sup>14)</sup>

따라서 이들은 개인적 정의(individual justice) 보다는 집단적 정의(group justice), 절차의 합리화를 넘어서는 재분배(redistributive)의 효과, 그리고 차별의 개념에 있어서도 객관적인 제3자 혹은 사회적인 시각이 아닌 '피해자의 시각(victim perspective)'<sup>15)</sup>을 강조하게 된다. 사실 이들에게 차별문제는 단지 그 자체의 해결이 목적이거나 다른 보다 근본적인 목표를 위한 수단이라고 볼 수 있다. 보다 근본적인 목적이란, 추상적이기는 하지만 예컨대 평등이나 정의, 자유가 될 수 있을 것이다. 이러한 시각에서 파악된 차별은, 따라서 대단히 광범위하고 포괄적인 개념이 된다. '피해자의 시각'에서 부당하게 느끼는 괴롭힘(harassment)이나 겉으로 잘 드러나지 않는 사회적·문화적인 차별도 이러한 시각에서 볼 때 비로소 제도적 차별의 범주에 포함되게 되는 것이다.

그러나 이러한 시각은 당연히 차별의 범위가 지나치게 넓고 불명확하다는 비판을 받게 된다. 평등에 반하는 모든 행위가 차별이라면 지금까지 존재한 거의 모든 사회적 제도는 차별적인 것이 되며, 사람에 따라서는 정당한 '차이'의 인정이라고 볼 수 있는 행위도 차별과 구별하기가 쉽지 않게 될 것이다. 나아가서 이러한 시각은 차별문제의 해결에 있어서 차별의 양 당사자가 아닌 제3자, 즉 사회에 책임을 떠넘긴다는 비판을 받을 수 있다. 차별이 사회적이고 역사적인 구조적 원인을 갖는 것이라면, 그 해결책도 이로부터 나올 수 밖에 없고 이것은 개인적 책임을 넘어서는 사회적 공동의 책임을 의미한다. 그러나 구체적인 차별행위

13) 예컨대 Posner, 'An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws', *University of Chicago Law Review* 56, 1989.

14) Richard H. Fallon, Jr & Paul C. Weiler, 'Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice', *The Supreme Court Review*, 1984, 31면.

15) 이러한 피해자의 시각과 반대되는 개념으로 예컨대 '위반자의 시각(perpetrator perspective)'을 생각해 볼 수 있다. 전자의 관점에서는 차별을 발생시키는 배경이 되는 사회적·구조적 조건이 보다 근본적인 문제이며, 따라서 이것을 개선하는 것이 해결책으로 제시됨에 반해, 후자의 입장에서는 구체적인 차별행위로 문제영역이 한정되며 따라서 해결책도 이것을 시정하는데 그치게 되는 것이다. 그런데 문제는 대부분의 차별금지법이 후자의 시각을 취하고 있다는 것이다. 이상의 내용에 관해서는 Alan David Freeman, 'Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine', *Minnesota Law Review* 62, 1053면 이하를 참조.

의 주체는 개인으로 존재할 것이다.

이러한 어려움을 극복하기 위한 시도는 두 방향으로 전개되었다. 우선 '결과주의'의 시각 내부에서 웨스턴(Westen)은 '평등'과 같은 추상적인 목표의 공허함을 지적하고, 대신 구체적인 '권리'의 확보가 중요하다고 주장하였다.<sup>16)</sup> 그러나 이와 같은 주장은 위의 '자유주의적' 시각으로부터 반박받기 쉬운 것이다. 차별의 대상자 뿐만 아니라 차별의 주체도 자신의 권리를 주장할 수 있기 때문이다. 예컨대 고용주는 '자신의 기호에 따라' 피고용인을 선택할 권리가 있는 것은 아닌가? 그 기준이 성이나 연령, 전과기록, 기타 무엇이든 이것은 고용주 개인의 문제일 뿐 차별이라고 할 수 없는 것은 아닌가?

따라서 권리의 내용이나 혹은 사람마다 다른 권리를 이론적으로 근거지우는 것이 필요하다. 이 문제에 대해서 드워킨(Dworkin)은 '신인은 누구나 '동등한 관심과 존중(equal concern and respect)'을 받을 권리가 있다고 대답한다.<sup>17)</sup> 그러나 이것은 평등을 단지 다른 방식으로 표현한 것이라고도 할 수 있다. 그러므로 보다 급진적이고 근본적인 해결책이 가능한데, 그것은 불평등한 현실을 솔직하게 지적하는 것이다. 예컨대 나겔(Nagel)의 주장과 같이 (차별금지) 정책이 정의에 의해 요구되는 것은 아니라 할지라도, 이것이 심각한 정도로 부당한 것이라고는 할 수 없을 것인데, 왜냐하면, 이러한 정책이 출발한 현실체제가 이미 부정의하기 때문이다.<sup>18)</sup>

그러므로 이제 굳이 차별금지 정책의 목표와 근거를 평등이나 권리에서 찾지 않아도 되게 되었다. 다만 차별의 방지를 현실에서 존재하는 부정의를 극복하기 위한 시도로 보아도 되기 때문이다. 결국 이러한 관점에서 차별을 보는 제3의 시각이 등장하는데, 이것은 '권리'의 문제가 아니라 '의무'의 문제로 차별에 접근하는 것이다. 즉 '피고용자에게 차별을 당하지 않을 권리가 있는 것이 아니라, 고용주에게 차별을 하지 않을 의무가 있는' 것이다.<sup>19)</sup> 이것은 평등과 같은 추상적 목표를 설정하지 않아도 차별방지 정책이 가능하다는 것을 의미하며, 개인주의적 '권리'에 대한 공동체적 '의무' 혹은 개인의 자유나 복지의 증진을 넘어서는 공동체 전체의 복지증진이 이를 통해 이루어진다는 것을 전제로 한다. 그리고 이것은 차별이 만연한 부당한 현실로부터 자연스럽게 도출되는 것이다.

전과자에 대한 우리의 현실이 위의 3가지 가운데 어느 이론적 관점에 의해 가장 잘 설명될 수 있고, 또 그에 대한 개선책이 마련될 수 있을까. 우선 자유주의적 관점에 의하더라도 우리 사회가 전과자들에게 공정한 기회, 특히 고용의 기회를 보장해 주고 있지 않다는 점을 지적할 수 있을 것 같다. 그러나 더욱 심각한 것은 외형적 제도로 드러나지 않는 문화적 차별이다. 아래에서 보듯이 전과자들이 현재 우리 사회에서 정상적인 구성원으로 살아갈 수 있다고 말하기는 대단히 어렵다. 그리고 그 주요한 이유가 취업의 어려움에 있는 것은 사실이다. 그러나 이러한 절차적 기회의 보장만으로 모든 문제가 해결된다고 할 수는 없을 것 같다. 이들이 극복해야 하는 눈에 보이지 않는 높은 장벽들이 존재하기 때문이다. 결국 이러한 어려움들은 우리 사회 전체가 이들의 출소 이후의 삶에 대해 부분적으로라도 공동의 책임을 져야 한다는 것을 의미하지는 않을까. 그리고 이것이 우리 행정정책이 첫 번째의 목

16) Westen, 'The Empty Idea of Equality', *Harvard Law Review* 95, 1982

17) R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass., 1985, 316면 이하.

18) T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1979, 106면 이하.

19) 이러한 시각의 대표적인 논문으로는 Alan David Freeman의 위의 글을 들 수 있다.



표로 내세우고 있는 범죄인 '재사회화'의 진정한 의미가 아닌가. 보다 구체적인 논의는 우리의 현실을 살펴보고 다시 진행하기로 한다.

## 2. 구직의 어려움

### 1) 현실적 문제점

전과로 인한 차별 가운데 가장 견디기 어려운 것은 일자리를 구하기가 대단히 힘들다는 것이다. '전과'경력이 밝혀질 경우, 정상적인 일자리를 구한다는 것은 거의 불가능하다. 형사정책연구원이 1994년 388명의 출소자들을 대상으로 한 설문조사에 의하면 응답자의 77.7%가 취업경험이 있다고 말하고 있다. 그러나 이들 가운데 절대다수인 90%이상은 단순 노동이나 생산기능직 혹은 서비스직에 종사하였으며 이들이 이렇게 주로 단순한 노동직에 종사하게 되는 이유는, 이러한 업종이 특별한 기술을 요하지 않을 뿐만 아니라 채용시에 신원보증 등을 요구하지 않으므로, 전과사실을 밝히지 않고도 취업이 가능하기 때문이라는 것이다.<sup>20)</sup> 이와 같이 일자리를 구한 사람 가운데 대부분은 전과경력을 밝히지 않은 경우이며, 이들은 자신의 경력이 드러날까봐 늘 조심한다. 경력이 발각되면 해고되기 십상이기 때문이다.

그런데 심각한 문제는 전과자들 가운데 많은 숫자가 기본적인 의식주를 해결하기 어려운 상태에 있다는 것이다. 교도소를 출소할 때 행정당국으로부터 받는 작업상여금은 10년 이상의 장기복역자의 경우에도 불과 몇십만원에 지나지 않는다.<sup>21)</sup> 이에 더해 출소자들에게는 일선 행정관청에서 사회정착금으로 약 28만원이 돈이 3달간 지급된다. 그러나 이런 정도의 자금지원으로 그들이 생활의 기반을 마련하기는 현실적으로 불가능한 일이다. 가족이나 친지의 경제적 도움이 없다면 출소자들은 사회재적응의 시작 단계에서 심각한 '생존'의 문제를 갖게 되는 것이다.

그러므로 이들에게 취업은 무엇보다 중요한 사회적응의 관건이다. 실제로 출소자들이 가장 재범의 유혹에 빠지기 쉬운 때가 출소후 2-3개월째라고 한다. 그만큼 사는 것이 어렵기 때문이다. 하지만 일자리를 가진 사람의 경우는 다르다. 이들은 우선 시간적, 정신적으로 다른 생각을 할 겨를이 없다. 특별히 문제가 있지 않는 한(예컨대 음주습관과 같이), 취업을 한 전과자는 사회에 통합되기 위해 성실히 노력한다. 특히 중년 이상과 같이 나이가 많은 전과자의 경우 더욱 그렇다고 한다.

그럼에도 불구하고 전과자에게 취업은 대단히 힘들다. 우선 이들은 전과자가 아니라 하더라도 사회적으로 불리한 조건에 처해져 있는 경우가 많다. 즉 전과자의 대부분은 낮은 학력과 빈곤계층의 출신이라는 것이다. 보통의 경우에도 현재 우리사회에서 이러한 사람들이 취업하기는 쉽지 않다. 게다가 장기간 복역한 경우에는 나이가 많고, 그에 비해 경험은 부족하다는 약점이 더해진다. 일반적으로 기업들이 젊거나 아니면 경력이 있는 근로자를 원한다는 사실을 고려하면 이들이 취업하기 어려운 까닭을 쉽게 이해할 수 있다. 그러므로 이러한 상황에서 전과가 있다는 것은 치명적인 약점으로 작용한다. 전과사실이 밝혀질 경우 어느 누구도 '보통 사람과 다른' 그를 고용하려 하지 않기 때문이다. 아무도 그들을 믿어주지 않

20) 최인섭, 김지선, 전과자에 대한 사회적 인식에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 116면 이하.

21) 현재 작업상여금은 제조사의 분류등급과 노동의 종류에 따라 달리 책정되는데 가장 많은 경우 하루에 4천원이다.

을뿐더러 대부분의 회사는 경력이나 신원조회를 통해 채용단계에서 이들을 걸러내고 있는 것이다.

### 2) 취업기회 및 사회적 지원의 확대

그러므로 전과자에 대한 사회적 차별을 해소하기 위해 첫 번째로 필요한 것은 그들에게 일자리를 마련해 주는 것이다. 위에서 검토한 차별에 대한 이론적 시각 중 '자유주의적' 관점에 의하더라도 절차적으로 공정한 기회를 보장하는 것은 차별을 방지하기 위한 최소한의 요청이다. 하지만 현실적으로 전과자들에게 직업의 문제는 이보다 훨씬 절박한 것이다. 남들과 비슷한 일자리를 가지고 정상적으로 살아갈 수 있게 되면, 전과자의 사회 재적응은 절반 이상 성공한 것이나 다름없다.

문제는 이러한 입장을 취할 때 기업주에게 전과자의 고용을 강제할 수 없다는 데에 있다. 기업주는 일부러 전과자를 고용하려 하지는 않을 터인데, 이것은 아마도 전과자들에 대한 불신이 기본적인 이유일 것이다. 비록 이것이 특별한 근거없는 미래에 대한 막연한 의심이라 하더라도 아무런 까닭도 없는 것은 아니며, 더욱이 자유주의와 시장의 원리에 의할 때 그들에게 특정한 사람을 고용하라고 강요하기는 어렵다. 그러므로 기업체나 사용자에 대해 일방적인 선의를 베풀라는 방식의 교육이나 홍보에는 한계가 있으며, 이러한 방향으로 고용이 이루어지도록 적절한 유인책을 행사할 필요가 있다. 예컨대 전과자를 고용한 기업체에 대해서 일정한 세액공제를 해준다든가 특별 지원금을 보조하는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.<sup>22)</sup> 이러한 방식의 혜택이 전과자에게 특별히 유리한 지위를 부여하는 것일 수 있으나, 이것은 실재하는 차별을 해소하기 위한 '적극적 차별 시정조치'의 하나로 볼 수 있을 것이다.

이러한 생각과 관련해서는 특히 장애인의 고용촉진에 관한 특별법률인 장애인고용촉진및 직업재활법이라는 하나의 참고가 될 수 있다. 같은 법률에 의하면 '국가 및 지방자치단체는 장애인의 고용촉진 및 직업재활에 관하여 ... 교육·홍보 및 장애인 고용촉진운동을 지속적으로 추진하여야 하며(제3조), 이에 따라 사업주도 '장애인의 고용에 관한 정부의 시책에 협조하여' 이들에게 '고용의 기회를 제공함과 동시에 적정한 고용관리를 행할 의무를 가진다'(제4조). 보다 구체적으로 노동부장관은 '... 장애인에게 적합한 직업을 알선하여야 하고, '장애인의 고용촉진을 위한 시책을 강구하여야 한다'(제14조). 또 그밖의 몇가지 지원책과 함께 '노동부장관은 장애인의 고용에 모범이 되는 사업주를 장애인고용 우수사업주로 선정하여 사업을 지원하는 등의 조치(우대조치)를 할' 수도 있다(제20조). 나아가 국가와 사업주는 장애인을 고용할 의무까지 부담하는데, 즉 '국가 및 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원 정원의 100분의2이상 고용하여야 하며(제23조), '상시 50인 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자 총수의 100분의5의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 장애인을 고용하여야 한다'(제24조). 이렇게 장애인을 고용한 사업주에 대해서는 노동부장관이 '고용장려금을 지급할 수'도 있으며(제26조), 반대로 의무고용률에 미달하는 장애인을 고용한 사업주는 노동부장관에게 매년 '장애인고용부담금을 납부하여야 한다'(제27조).

이와 같은 제도들이 모두 전과자의 경우에도 곧바로 적용될 수 있다고 말하기는 어렵겠지만, 장애인의 고용촉진에 관한 특별한 조치들에 비추어 다음과 같은 제안들은 보다 적극적

22) 최인섭, 김지선, 위의 책, 137면.



으로 검토될 수 있다고 생각한다.

첫째, 정부기관 - 전과자에 대한 문제이므로 주로 법무부가 되겠지만, 노동부 또는 복지부와 연계하여 - 내에 전과자의 취업을 알선하는 고용센터를 설치하는 것이다. 우리사회는 일반적으로 취업난이 심각한 상황이지만, 업종에 따라서는 인력이 부족한 곳도 상당수 있다고 생각된다. 그리고 새로운 사회현실에 적응해야 하는 전과자로서는 예외적인 경우가 아니라면 특별히 일자리의 종류를 가리지 않는 것이다. 또 전과자 가운데에는 나름대로 기술과 특정분야의 전문적 능력을 갖춘 사람도 적지 않게 있다. 그렇다면 이렇게 간절히 취업을 원하는 전과자와 이러한 인력을 필요로 하는 업체와 매개해 주는 것은 사회적으로 매우 유의미하고 효율적인 일이 될 것이다. 그리고 모든 미취업 전과자를 상대로 이러한 정보 전달 역할을 가장 잘 할 수 있는 기관은 바로 정부일 것이다. 그들은 이미 전과자에 대한 개인정보를 상세히 파악하고 있으며, 또 원하는 전과자와 원하는 기업체로부터 신청을 받아 이러한 매개의 역할을 수행할 수 있을 것이기 때문이다.

둘째, 정부 및 각 공공기관을 중심으로 하여 전과자 고용운동을 전개하는 것이다. 국가와 지방자치단체는 가능한 업무에서부터 전과자들을 의무적으로 일정 수 이상 고용하도록 하고, 일반 사업주에게도 점차 이와 같은 고용을 장려한다. 나아가 많은 전과자를 고용한 사업주를 선정하여 장려금을 지급하고, 세계 감면의 혜택을 주는 등 우대조치를 통하여 전과자의 고용을 유도한다.

셋째, 일반 사업체에 전과자를 의무적으로 고용하도록 강제하는 것은 아직 무리인 것으로 판단되지만, 일정 규모 이상의 사업주에 대해서는 전과자의 고용계획을 작성하여 제출하도록 한다. 그리고 이와같은 고용계획의 내용이 충실하고 그 집행이 성실히 이루어지는 사업체에 대해서는 역시 위와 마찬가지로 다양한 우대조치를 취한다.

이와 관련하여 이미 전과자들로부터 이와 비슷한 내용의 '1기업체 1출소자 고용운동'이 고안되고 있다는 점은 주목할 만하다.<sup>23)</sup> 이들은 어떤 사회집단으로부터의 도움도 없는 상황에서 스스로 자구책을 마련하여 여러 중소기업에 스스로를 광고하고 이들에게 적어도 1명씩의 출소자를 고용해 볼 것을 권할 계획을 가지고 있다. 말하자면 차별에 대해 스스로 저항하고 시정하기 위한 노력을 하는 셈이다. 이러한 계획이 나오기까지 얼마나 심각한 취업의 문제를 겪었을까를 생각하면 참으로 안타까운 일이다.

그런데 위의 차별에 대한 이론적 시각 중 불평등한 결과를 중시하는 구조적 관점이나 차별금지를 의무의 하나로 파악하는 급진적 입장에 의하면, 기업주에게 전과자의 고용을 권유 내지 강제하는 것은 하등 이상할 것이 없다. 마치 장애의 경우처럼 사회적으로 전과자가 당하는 불이익한 조건을 생각하면, 사회에 봉사하고 공동의 이익증진에 노력해야 하는 공기업체에 이들의 고용에 대한 책임을 부과할 수 있다고 볼 수 있기 때문이다.

또 이들을 포함한 우리 모두는 전과자를 차별하지 않을 의무가 있다고도 할 수 있다. 이것이 사실 우리의 헌법정신이며, 따라서 기업주로서도 특별한 이유가 없는 한 -예컨대 그 일의 성격상 취업을 원하는 전과자를 고용할 수 없다든가 하는- 고용에 있어서 전과자를 불이익하게 대우해서는 안될 것이다. 흥미롭게도 이러한 내용은 전과자를 지원하는 영국의 시민단체들이 제작한 '사용자를 위한 지침서'<sup>24)</sup>에 포함되어 있다. 그 자세한 내용은 영국의

23) 이러한 사실은 이름을 밝히기는 어려운 한 전과자와의 면담에서 얻었다. 이 지면을 빌어서 면담에 응해준 전과자 여러분에게 감사드린다.

24) CRB(Chartered Institute of Personnel and Development), *Employing people with conviction: A good practice guide on the employment of people with criminal records*, London, 2001; Nacro, *Recruiting*

제도를 소개하는 절에서 살펴보기로 한다.

### 3) 교도소내 작업 및 직업훈련의 개선

전과자들의 취업 문제와 관련하여 두 번째로 교도소내의 작업 및 직업훈련의 개선을 지적할 수 있다. 교도소의 작업은 노동의 습관과 규율에의 적응을 통해 범죄인의 재범을 예방하는 목적 이외에도 출소 이후 취업을 용이하게 함으로써 전과자의 사회적응을 도운다는 의미도 가지고 있다. 그렇다면 실제 현실적응에 도움이 되는, 말하자면 취업이 가능한 분야의 작업이 효과적으로 이루어지는 것이 가장 바람직할 것이다. 그러나 현실은 이러한 요청을 별로 수용하고 있지 못하다.

작업의 업종은, 해마다 약간씩의 변화가 있긴 하지만, 대체로 봉제공, 목공, 인쇄공, 철공, 양화공 등 약 20개의 직종으로 이루어져 있다. 문제는 이들이 일반 사회에서 경쟁력을 갖추기 어려운 직종일 뿐만 아니라, 대부분의 작업은 비숙련공에 의해서도 가능한 것들이고 몇 업종을 제외하고는 상품의 품질 면에서 일반사회와 비교할 수조차 없는 수준이라는 것이다.<sup>25)</sup> 따라서 이러한 작업을 통해 출소 이후 취업에 도움이 되는 직업적 기술을 습득하거나 경험을 쌓는다는 것은 불가능하다. 교도소에서 보내는 짧은 시간만으로도 출소 이후의 대비, 즉 재사회화를 위한 준비와는 별 상관없이 지나가고 있는 것이다.

이러한 의미에서 현재 일부 재소자들을 대상으로 이루어지고 있는 외부통근제도는 그 규모가 더욱 확대되는 것이 좋겠다고 생각한다. 이것은 아래에서 언급하듯이 재소자들의 사회적응에도 도움이 될 뿐만 아니라 경제적으로도 출소이후 생활안정에 상당히 도움이 될 수 있기 때문이다.

한편 이러한 문제를 의식하여 교도소는 소수의 재소자를 대상으로 전문적인 직업훈련을 실시하고 있다. 해마다 4천여명 이상의 재소자들이 이러한 직업훈련을 받고, 이들 가운데 상당수는 전문 기능사 자격증을 취득하는 것으로 보고되고 있다. 그러나 이러한 직업훈련에 대해서는 투자되는 인력과 예산이 현저히 부족하여 과연 그 실효성이 있는가 하는 비판이 제기되고 있다. 예컨대 직업훈련 교사의 수와 질이 충분하지 못하고, 훈련생 1인당 지원되는 예산이 민간의 산업인력관리공단에 비하여 무려 10배 이상 작다는 것이다.<sup>26)</sup> 따라서 예산이나 시설이 단기간에 큰 폭으로 증가할 것을 기대하기 어렵다면 차라리 훈련생의 수를 줄여 효과적인 내용과 결과를 확보하는 것이 낫지 않겠는가 하는 생각마저 든다.

나아가 직업훈련에 대해서는 다음과 같은 현실적인 문제도 있다. 즉, 많은 수의 재소자들이 전문 기능 자격증을 취득하여 출소하지만 이러한 자격증들은 현실에서 별로 유용하지 못한데, 그 이유는 우선 자격증의 분야가 그렇게 수요가 많지 못하고, 둘째 일정한 수요가 있다 하더라도 실제 경험과 경력이 없는 자격증이 그렇게 쉽게 인정받지 못하기 때문이라는 것이다. 그리하여 자격증이 있는 분야에 취업을 하더라도 남들과 달리 견습기간을 6개월씩 갖는 경우도 있다고 한다.

### 3. 편견과 냉대

*ex-offenders: the employer's perspective*, London, 2003.

25) 조준현, 김성언, *교도작업의 실태와 개선방안*, 한국형사정책연구원, 1997, 86면.

26) 조준현, 김성언, 위의 책, 113면



### 1) 전과자에 대한 선입견

그러나 이와 같은 취업에서의 차별보다 더욱 근본적이고 심각한 것은 전과자들에 대한 일반적인 부정적 인식이다. 사실 이것이 구직을 포함한 사회생활의 모든 면에서 전과로 인한 차별의 배경이 된다고 할 수 있으며, 전과자들의 사회재통합을 근본적으로 어렵게 하는 가장 큰 이유가 된다. 이들은 자신의 과거 행위에 대한 법적인 책임을 다했음에도 불구하고, 또 미래의 범죄행위의 위험성이 증명되지 않음에도 불구하고 또다른 죄값을 치루어야만 하는 것이다.

우선 전과자들은 가장 가까운 가족이나 친구관계에서부터 어려움을 겪는다. 복역기간이 길어질 경우 이혼하는 것은 드물지 않은 일이고, 심한 경우 가족이 아예 해체되거나 형제들로부터 따돌림을 당할 수도 있고, 친구관계에서 어려움을 겪는 것은 흔한 일로 여겨진다. 위의 최인섭·김지선의 연구에 의하면 출소자 가운데 기혼자였던 사람의 48%가 출소 이후 결혼관계가 변화하였으며, 이 중 79.8%는 이혼 내지는 실질적인 결혼생활의 중단이었다고 한다.<sup>27)</sup> 이외에 전과자 스스로 자신의 과거 행적이 드러날 것을 두려워하여 다른 사람과의 관계를 단절하는 경우도 많다.

가족이나 가까운 친구들과의 관계 단절로 오는 외로움과 고독감은 견디기 힘든 것이다. 따라서 이들은 다시 교도소에서 만난 범죄인 동료들 찾거나 아니면 알코올과 같은 약물에 쉽게 의존하게 된다. 전과자 스스로 자포자기 상태에 빠지는 경우도 생길 것이며, 이것은 다시 상당한 정도로 재범의 가능성을 높일 것이다. 말하자면 전과자는 사회생활에 관한 일종의 정신적 장애인이며, 주위의 따뜻한 관심과 배려가 없이는 사회에의 재적응이 쉽지 않다는 것을 잘 보여주는 대목이다.

혹여 운 좋게 취업을 한 경우에도 전과사실이 드러나 있거나 새로 밝혀진 경우에는 동료들의 의심스러운 시선을 각오해야 한다. 한국사회와 같은 직장문화에서 동료들로부터 받는 소외는 견디기 어려운 것이다. 이것 역시 전과자 자신을 스스로 위축시키고 자신감을 잃게 한다. 결국 전과사실이 밝혀지고 난 후 해고되지는 않았지만, 스스로 직장을 그만두는 경우도 상당수 있다고 한다.

가족이나 친구가 아닌 보통사람들의 차별적 인식은 말할 것도 없지만, 경찰이나 검찰과 같은 범죄통제기관의 경우에도 사정은 다르지 않다. 경찰은 자기 관내의 동일 수범 범죄에 대해 우선 전과자들을 혐의자 대상에 포함시킨다. 이후 진행되는 수사과정에서 이들에 대한 전과가 주위에 알려지기도 하고, 심한 경우에는 범죄인으로 오인되어 기소되는 경우도 있다. 수사과정에서 전과자에게 행해지는 반말과 폭언은 드물지 않은 일이며, 전과자들은 전과경력이 있다는 이유만으로 불평등한 대우를 받는 경우가 많다. 예컨대 경찰관의 직무질문(불심검문)에서 수상한 점이 발견되었거나, 가벼운 말다툼이나 경범죄의 경우처럼 보통사람들이 쉽게 훈방처리되는 사건에서도, 전과자들은 경찰서 유치장에서 하루 내지 이틀을 구금되어 지내야 한다.

나아가 통상의 인식과는 달리 전과자들이 다른 범죄의 대상이 되는 경우도 왕왕있다고 한다. 전과자들은 사회로부터 오랜 기간 격리되어 있던 사람들이다. 따라서 그 동안의 큰 사회변화를 알기 어려우며, 재적응에 필요한 여러 사정을 아는 데는 상당한 시간이 필요하다. 그러므로 이들을 상대로 하는 사기범죄가 행해지는 경우도 있으며, 기업체에서 발생한 산업 재해에 대해서 통상의 경우보다 훨씬 낮은 보상금만을 지급하는 것과 같이 차별적으로 불리

27) 최인섭, 김지선, 위의 책, 106면 이하.

하게 대우하는 경우 등이 발생할 수 있는 것이다.

### 2) 편견의 제거

그러므로 전과자에 대한 사회적 차별을 근본적으로 방지하기 위한 방법은 그들에 대한 불필요한 선입견을 제거하는 것이다. 현재 범죄인들의 재범율이 낮지 않은 상황에서<sup>28)</sup> 이들에 대한 막연한 의심이 전혀 근거없는 것이라고 할 수는 없다. 그러나 미래의 범죄 가능성은 결코 증명되지 않는 것이고<sup>29)</sup> 형사사법기관의 지나친 통제가 오히려 범죄를 야기시킬 수 있다는 주장<sup>30)</sup>까지 있다는 점을 고려하면, 이들에 대한 과도한 경계와 두려움은 장래의 범죄예방에도 별로 도움이 되지 않을 것이라고 생각한다. 나아가 이들은 법적으로 자신의 과거행위에 대한 책임을 다한 자들이다. 따라서 이들에 대해서는 다른 사람들과 똑같이 헌법상의 무죄추정의 원칙이 적용되며, 다시 한 번 강조하건대, 법적으로, 사회적으로 아무런 차별을 할 수 없다는 것이 헌법의 정신이다.

이런 점에서 전과자에 대한 불평부당한 대우는 아무리 강조해도 지나치지 않다고 생각한다. 과거의 범죄행위로 인해 이들을 영구히 사회로부터 배제하려는 것이 우리 행형의 목표가 아니라면, 이들의 출소 이후의 삶에 대해서도 관심과 애정을 갖고 정상적인 사회생활을 해 나갈 수 있도록 배려하는 것이 우리 모두의 의무일 것이다. 이들도 우리와 함께 살아가는 누군가의 가족이고, 이웃이며, 형제자매이기 때문이다.

그러나 이렇게 일반적인 전과자에 대한 편견의 제거 이외에도 보다 구체적으로 짧은 시간 내에 실현 가능한 정책들이 필요할 것이다. 생각하기에 따라서는 더 많은 정책이 구상될 수 있겠지만, 여기에서는 우선 다음과 같은 3가지를 제시해 보려고 한다.

첫째, 출소 직전 교도소에서 이루어지는 이른바 '출소전 교육'의 문제이다. 현재 우리 교도소에서는 출소하기 직전의 재소자들을 대상으로 불과 몇 시간 동안의 출소전 교육이 이루어지고 있으며, 그 내용도 대부분 매우 형식적인 것으로 채워져 있다. 재소자들은, 그러나, 경우에 따라서 오랫동안 외부 사회와 격리되어 있던 사람들이다. 따라서 이들에게는 상당한 시간 동안 변화된 사회에 적응할 수 있는 기간이 필요하다. 그리고 그것을 부족하나마 국가기관에서 채워줄 수 있는 것이 교도소의 출소전 교육인 것이다.

그러나 현재의 교육은 이러한 요구를 충분히 반영하고 있지 못하다. 그러므로 우선 그 내용을 보다 구체적이고 실용적인 것들로 보완하고 그 기간도 다소 늘릴 필요가 있다. 예컨대 특히 장기수의 경우에는 대중교통이나 금융기관의 이용 방법이나 가족 및 기타 인간관계에서의 대처방법, 그리고 일반적인 구직방법 등 기초적인 사회생활을 위한 교육이 절실하다. 또 오랜기간 수감되어 있던 사람 가운데에는 호적이나 주민등록증이 없는 경우도 있다고 한다. 이러한 사람들을 포함하여 전과자들이 외부의 생활에 쉽게 적응할 수 있도록 기초적인 생활법률교육도 출소전 교육에 포함시킬 수 있을 것이다.

둘째, 이와 비슷한 맥락에서 행형시설 및 교정행정을 더욱 개방할 필요가 있다. 교정행정

28) 2001년 현재 우리나라의 재범율은 약 55%이다. 법무부, 법무연감, 2002, 352면.

29) 범죄심리학자 Monahan은 범죄예측은 다만 매우 제한된 조건하에서만 가능할 뿐이며, 이와 같은 예측을 근거로 어떤 공식적 조치, 특히 형사사법기관의 예방적 조치를 권고할 수는 없다고 말한다. George B. Vold, Thomas J. Bernard & Jeffrey B. Snipes, *Theoretical Criminology(4th ed.)*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1998, 101-2면.

30) 이러한 생각은 비판적 범죄이론, 특히 낙인이론의 일반적인 관점이다. 위의 책, 223면.



에 출소자와 외부 전문가 등 민간의 참여도 필요할 것이고,<sup>31)</sup> 더욱 기초적으로는 교도소와 같은 교정시설 자체가 다양화될 필요가 있다. 현재 우리나라의 교도소 가운데에서는 단 한 곳, 천안 교도소만이 개방시설로 분류될 수 있을 뿐이고 나머지는 모두 중구금시설에 해당한다. 그러나 범죄인들을 범죄의 종류나 성격, 연령이나 배경 등 구체적인 상황에 따라 분류 수용하는 것이 행형의 기본원리라면, 이렇게 교도소가 모두 비슷한 형태로 획일화되어 있는 것은 별로 바람직한 일은 아니다. 따라서 범죄의 경중에 따라 최소한 중구금시설과 경구금시설, 그리고 개방시설로 교도소를 분류하고 그에 맞는 처우의 내용이 개발되어야 한다. 나아가서 교도소와 사회를 연결하는 이른바 '중간처우'도 그 도입이 검토될 수 있을 것이다.<sup>32)</sup> 이것은 위의 출소적 교육과 마찬가지로 오랫동안 수감된 재소자들에게 사회에 다시 적응할 수 있는 시간과 기회를 제공한다는 의미가 있을 것이다.

결국 이렇게 교정행정을 개방하고 보다 유연한 형태의 행형 내용을 개발하는 것은 교도소와 사회간의 거리를 좁히는 결과를 의도한 것이다. 이것은 형벌의 이념 가운데 하나인 '재사회화'의 실질적인 내용을 확보한다는 의미를 가지는 한편, 재소자의 입장에서는 지나치게 사회와 격리되지 않음으로 인해 사회복귀와 재적응이 더욱 쉬워지고 불필요한 위축이나 소외감을 덜 수 있다는 장점이 있다. 이제 우리도 일률적이고 형식적인 엄벌주의에서 다양한 내용과 형태를 가진 형벌을 시도할 때가 되지 않았나 하는 생각이다.

셋째, 전과자들에 대한 형사사법기관의 태도, 특히 일선기관인 경찰의 의식변화를 지적하려 한다. 수사기관으로서 책임이 있는 경찰로서는 범죄기록이라는 개인정보의 유용함을 쉽게 포기하기 어려울 것이다. 또 현실적으로 재범율이 상당히 높다는 사실은 수사기관이 전과기록과 전과자를 통해 사건에 접근하는 관행을 이해할 만하게 한다.

그러나 전과자는 또다른 범죄사실이 증명되지 않는 한, 법적으로 무죄의 추정을 받는 일반시민이다. 이들에게 불필요한 감시와 의심의 눈초리를 보내는 것은 법적으로 근거없는 차별적 관행의 하나일 뿐만 아니라, 전과경력력을 주위에 노출시킴으로써 전과자의 사회복귀에 커다란 장애요인으로 작용할 뿐이다. 부득이하게 전과자에게 수사의 협조를 요청할 경우에는 다른 보통 시민의 경우와 마찬가지로 절차상의 제약을 모두 지켜야 함은 물론, 개인의 전과기록이 다른 사람들에게 공개되지 않도록 최대한의 배려를 아끼지 말아야 할 것이다. 이것이 전과자의 재사회화를 포함한 범죄와 형벌의 문제를 다루는 국가사법기관의 기본적인 태도일 것이기 때문이다.

이상의 정책들이 전과자들의 사회복귀를 위한 다소 소극적인 지원이라고 한다면, 보다 적극적으로 이를 위한 국가 또는 사회의 개입도 생각해 볼 수 있다. 반복되지만, 전과자들이 보통 사람들보다 객관적으로 불리하고 어려운 여건에 처해있다는 점을 인정한다면, 필요한 것은 이들에게 다른 사람과 마찬가지로 공정한 기회를 보장해 주는 것을 넘어, 적극적으로 이들이 정상적인 사회생활을 할 수 있도록 지원하는 것까지로 보아야 하기 때문이다. 그러나 이러한 사회적 지원으로는 우리나라에서 갱생보호사업이 유일한 것이다. 아래에서 그 내용을 살펴보고 문제점도 간단히 지적하기로 한다.

#### 4. 전과자에 대한 사회적 지원 - 갱생보호사업

현재 우리나라에서 전과자에 대한 사회적 지원시설로는 몇 안되는 민간 운영시설을 제외

31) 한인섭, 교정교화분야의 민간참여에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 80면 이하

32) 중간처우제도에 대해서는 이백철, 중간처우제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995를 참조.

하면 갱생보호공단이 유일한 것이다. 우리나라에서 갱생보호가 처음 시작된 것은 상당히 오래 전인 1911년이었다고 한다.<sup>33)</sup> 이 때에는 각 지역 민간 독지가의 협력을 얻어 출옥인 보호회, 면수(免囚) 보호회와 같은 이름으로 출소자들의 사회재적응을 돕는 사업이 진행되었다. 그러다가 1942년 일제하에서 조선사법보호사업령이 제정·공포됨에 따라 이에 근거한 사법보호회가 설립되어 총독부의 보조금과 감독을 받으면서 이 사업을 담당하게 되었고, 이것은 다시 해방 이후 1961년 갱생보호법의 제정에 따라 설립된 갱생보호회로 그 업무가 이전되게 된다.

그 후 1995년 출소자 사후관리의 효율적 역할분담을 위해 갱생보호법과 보호관찰법이 통합되어 보호관찰등에관한법률이 제정되었고, 이에 따라 다시 새롭게 설립된 갱생보호공단이 갱생보호회의 역할을 담당하게 된다. 현재 갱생보호공단은 위의 보호관찰등에관한법률 제71조에 의하여 설립되어, 전국적으로 각 지방검찰청 소재지인 12곳에 지부를 두고 있고 그 밖에 5곳의 출장소<sup>34)</sup>가 있다.

갱생보호소에 수용되기 위해서는 본인이 직접 혹은 법원이나 검찰청, 보호관찰소, 기타 교정시설 등의 관련기관을 통하여 보호신청을 해야 하고, 특별한 사정이 없는 한 보호소 측의 간단한 심사를 거쳐 수용이 이루어지게 된다. 그러나 현재 각 지역의 지부는 다소 여유가 있는 상태지만, 서울의 경우에는 늘 신청인의 수가 수용정원을 초과하는 상태여서 가까운 인천이나 수원지부로 이전 수용되는 경우도 많다고 한다. 이밖에 보호소 측이 직접 교도소를 방문하여 출소를 1개월 앞둔 재소자들을 사전면담하고, 이 가운데 보호나 지원이 필요한 사람이 있는지를 미리 점검하기도 한다. 수용기간은 보통 6개월이지만, 본인이 원하는 경우에는 최대한 1년까지도 가능하다.

구체적인 갱생보호 사업은 각 지부에서 이루어지는데, 그 내용은 대개 무료 숙식제공, 재사회화 교육, 직업훈련, 취업알선, 의료나 식량 등의 긴급원호 등이다. 이 밖에도 예컨대 서울시 지부의 경우 매년 1차례씩 수용자들을 위한 합동결혼식도 주관한다고 한다. 이 가운데 무료 숙식제공은 그 의미가 작지 않은 것이다. 위에서 살펴본 것처럼 출소자 가운데에는 당장 생활의 유지가 어려운 경우도 다수 있기 때문이다. 이 외에 직업훈련에 관해서는 희망자에 한해서 운전이나 이용학원 등 교육비가 매달 40-60만원까지 지원된다. 또 취업알선을 위해 인터넷에 취업지원센터를 개통하여 각종 취업정보를 제공하고 있으며, 고용을 원하는 사업주와 수용자를 직접 연결해 주기도 한다. 그러나 취업알선은 그 효과가 그리 만족스러운 것은 아니라고 한다. 여전히 많은 기업주들은 전과자를 기피하려는 경향이 있고, 수용자들 또한 근로조건이 지나치게 열악하거나 힘든 업종을 원하지 않기 때문이다. 또 반대로 수용자가 스스로 위축되어 일반 정규직에의 취업을 피하는 경우도 상당수 있다고 한다.

한편 현재 갱생보호사업의 가장 큰 문제는 역시 인력과 예산의 부족이다. 무엇보다 출소자들의 수용시설은 너무 좁고 노후화되어 있다. 예를들어 서울시 지부의 경우 약 3평 남짓한 방에 3명이 수용되는데, 이것은 보통 사회복지시설의 경우 한 사람당 1.5평을 거주 기준으로 삼는 것보다 더 좁은 것이다. 그러므로 시설을 보다 확대하고 최소한의 편의시설을 갖추 출 필요성이 있다. 국가에서 무료로 지급되는 혜택이라고는 하지만 이것이 출소자들에게 사회

33) 이하 갱생보호 사업의 역사는 한국갱생보호공단, 갱생보호사업안내, 2면을 참조.

34) 출장소는 서울과 같은 대규모 지역인 경우 수용의 편의를 위하여, 그리고 여성이나 20세미만의 청소년을 분리수용하기 위하여 마련되어 있다. 그러나 이들 출장소는 대개 15명 내외를 수용하는 정도의 소규모로 운영되고 있으며, 아래에서 다시 지적하는 것처럼 지역 주민들의 반대를 의식하여 외부적으로 알리지도 못한 채, 즉 통상 일반 주택인 것처럼 외관을 가장하고 있다고 한다.



적으로 평균 이하의 열악한 생활을 감내하라고 요구하는 것이어서는 곤란할 것이다. 한가지 예를 더 든다면 현재 갱생보호소에 수용된 출소자들의 하루 식비는 2,870원에 불과하다. 다수의 인원으로 인한 비용절감을 감안하더라도 이 정도의 예산으로 충분한 급량비가 되지 못할 것이라는 점은 쉽게 짐작할 수 있는 일이다. 그런데 이나마도 책정된 국가예산이 부족하여 외부의 지원을 받아 집행되는 실정이라고 한다.

이같은 재정적 어려움을 극복하기 위해 각 지부별로 민간 후원회가 조직되어 있다. 예컨대 서울시 지부의 경우 현재 약 250명의 후원회원이 등록되어 있다. 그러나 실제로 적극적으로 활동하는 후원회원은 그리 많지 않으며, 이것은 지방 각 지부의 후원회도 비슷할 것이라고 짐작된다. 그 까닭은 갱생보호공단과 정부의 홍보부족에 기인한 탓도 있지만, 출소자들에 대한 일반 시민들의 관심과 애정을 찾아보기 힘든 데에도 있다고 생각된다. 사회 일반의 편견과 냉대는 갱생보호 사업에서도 계속되는 것이다.<sup>35)</sup>

그러나 이러한 여러 가지 어려움과 부족함에도 불구하고 갱생보호소의 존재는 출소자들에게 큰 힘이 된다. 무엇보다 보호소가 당장 오갈데 없는 출소자들에게 무료로 숙식을 제공해 준다는 것만으로 그들에게는 커다란 도움이 되는 것이다. 이런 탓으로 서울시 지부의 경우에는 거의 언제나 수용을 원하는 출소자가 시설 정원을 초과하는 상태에 있다. 사실 서울시 지부의 수용정원은 모두 60명으로서, 매년 출소되는 인원수에 비교하면 충분하다고 볼 수 없는 정도이다. 그러므로, 교정행정에 대한 국가의 예산이 한정되어 있다는 사정을 감안한다면, 시설의 개선보다 더욱 시급한 것은 수용규모의 확대일런지도 모른다. 현재 수용자의 대부분이 본인의 신청에 의해 수용되고 있는 실정이므로, 우선 적어도 직접 신청자에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 모두 이를 받아들일 수 있도록 시설의 확대와 증축이 이루어져야 할 것이다.

## V. 외국의 입법례 - 영국의 범죄기록 관리국(Criminal Records Bureau)

### 1. 범죄기록 관리의 역사

영국에서 범죄의 기록, 즉 전과가 관리되기 시작한 것은 매우 오래 전인 빅토리아 시대부터이다. 이러한 범죄기록의 관리는 일반적으로 형벌에서 사형이나 격지로의 이송(transportation)이 사용되지 않거나 덜 사용되게 된 것으로부터 비롯된다고 주장된다. 즉 교도소에의 구금이 재판절차를 기다리는 짧은 기간동안의 구속이었던 것이 정식의 형벌 가운데 하나로 제도화되었는데, 이것은 범죄인들이 이전과는 달리 일정한 기간이 지나면 자신의 예전 공동체로 돌아가게 된다는 것을 의미했던 것이다. 이러한 새로운 사정은 범죄인, 특히 여러차례의 범죄기록을 가지고 있는 상습범죄인들에 대해 보다 자세히 알아야 한다는 필요를 낳았고, 이것이 체계적인 전과기록의 관리를 시작하게 만든 배경이 되었다는 것이다.<sup>36)</sup>

이와 같이 관리된 범죄기록은 1950년대부터 전과자들이 특정한 직업에 고용되는 것을 통

35) 위에서도 지적하였듯이, 점차 나아지고 있다고는 하지만 몇몇 출장소의 경우 갱생보호시설임을 외부적으로 숨기고 있는 사정, 그리고 각 지부의 경우에도 처음 시설부지를 정할 때에, 마치 교도소의 경우처럼 지역주민의 반대로 인해 어려움을 겪는다는 사정들은 이러한 사실을 잘 보여준다.

36) Terry Thomas, *The National Collection of Criminal Records: a question of data quality*, *Criminal Law Review*, 48(11), 2001, 886-7면.

제하는 데에 이용되었는데 - 이를 이른바 screening이라고 한다 -, 이것은 초기에는 경찰이나 사법관료와 같은 일정한 공무원, 증권거래인이나 카지노 고용인과 같은 특정한 금융관계직업, 의사 등에 한정되었다. 그러던 것이 1984년 한 어린이가 살해된 사건<sup>37)</sup>을 계기로 1986년부터는 이러한 통제대상 직업의 범위가 어린이와 관계된 모든 직업으로 확대되게 된다. 여기에는 교사, 사회복지사(social workers), 복지시설 고용인(nursery workers와 youth workers) 등이 포함되었으며, 당연히 그 목적은 혹시 있을지도 모르는 범죄행위로부터 어린이들을 보호하기 위한 것이었다.<sup>38)</sup>

이 시기의 기록관리와 공개는 지방경찰에 의해 임의로 이루어졌는데, 이것은 기록 공개권한의 남용이나 사생활 비밀의 침해와 같은 논란의 여지가 있는 것이었다.<sup>39)</sup> 그러나 더욱 심각한 현실적인 문제가 있었는데, 그것은 이와 같은 공개범위의 확대가 기록공개 대상자의 수를 크게 증가시켰다는 것이다. 예컨대 1993년에 전과기록이 조회된 사람은 어린이 보호 직업과 관련하여 665,000명, 택시 운전수 97,200명을 포함하여 무려 약 백만명에 이르게 되었다. 이것은 전과기록의 관리를 담당하던 지방경찰에게 직무상 그리고 예산상으로 큰 부담이 되었는데, 예를 들면 같은 해 기록공개로 인한 비용은 1400만 파운드에 달하였다고 한다.<sup>40)</sup>

### 2. 범죄기록 관리국의 설립

이러한 사정은 영국정부로 하여금 범죄기록의 체계적인 관리제도를 재검토하게 하였고, 그 결과 1996년 새로운 입법안이 제시되게 된다. 입법안의 중요한 내용은 두 가지인데, 하나는 범죄기록의 관리를 종합적으로 담당할 새로운 중앙행정기구를 만든다는 것이고, 또 다른 하나는 기록공개 대상에 위의 공무원 어린이 보호와 관련된 경우 뿐만 아니라 모든 종류의 직업으로 확대한다는 것이었다.

그리하여 1997년 마침내 경찰법(the Police Act 1997)이 개정되어 제5장에서 새로운 전과기록 관리기구인 범죄기록 관리국(Criminal Records Bureau)의 설립을 규정하게 된다. 이와 함께 2001년 가을부터 시행된 새로운 규정들의 내용을 간단히 검토해보면 다음과 같다.<sup>41)</sup>

기록공개 종류는 세가지로 나누어진다. 즉, 기초적 공개(Basic Disclosure)와 일반적 공개(Standard Disclosure), 그리고 확장된 공개(Enhanced Disclosure)가 그것인데, 각각의 내용은 조금씩 다르다. 우선 기초적 공개는 1997년 경찰법 개정으로 처음 도입된 것으로서, 모든 종류의 직업에 대해서 고용주가 전과기록을 요구할 경우 해당 직업 신청인에게 이른바 유죄기록 확인서(Criminal Conviction Certificate)가 발급되는 것을 가르킨다.<sup>42)</sup> 그런데 이

37) 이 어린이는 비록 자신의 직업을 통해서 만나게 된 것은 아니지만, 이미 어린이에 대한 범죄전과를 가지고 있던 사람으로부터 살해되었다. 자세한 내용은 *The Guardian*, 1984. 12. 18일자를 참조.

38) Anela Grier & Terry Thomas, *The Employment of Ex-offenders and the UK's New Criminal Record Bureau*, *European Journal on Criminal Policy and Research* 9(4), 2002, 459-61면.

39) 물론 영국 법제상 허가되지 않은 전과기록의 공개는 또다른 범죄행위이다(범죄인 재사회화법, *Rehabilitation of Offenders Act 1974*, 제9조). 그러나 이러한 규정에도 불구하고 위법한 기록공개 가능성은 얼마든지 있는 것이다.

40) Anela Grier & Terry Thomas, 위의 글, 462면.

41) 범죄기록의 공개에 관한 이하의 규정들은 2001년 가을부터 시행되었다.



유죄기록 확인서에는 범죄인 재사회화법(Rehabilitation of Offenders Act 1974)에 따라 출소 후 일정기간이 경과하여 범죄기록이 실효된 경우, -이를 'spent conviction'이라 하는데 - 그 전과기록은 포함되어 있지 않다. 또 기초적 공개는 새로 도입된 제도인 만큼, 다른 기록공개 규정보다는 다소 늦게 2002년부터 시행되었다.

여기에서 잠시 전과기록에 관한 또다른 법률인 범죄인 재사회화법의 내용을 살펴볼 필요가 있다. 이 법은 유죄확정 판결이후 일정기간이 지날 때까지 다시 범죄를 저지르지 않은 사람에 대해서 (고용을 포함하여) 동등한 기회를 보장하기 위해 제정된 것이다. '재사회화(rehabilitation)'를 위하여 필요한 기간은 범죄 당시의 나이와 선고된 형량에 따라 결정되는데, 예를 들면 18세 이상의 사람이 6개월 이상 2년 반 이하의 자유형을 선고받은 경우에 재사회화 기간은 10년이고, 이 기간이 지나야 비로소 이 범죄기록은 실효(spent)되는 것이다. 단, 2년 반 이상의 자유형은 영원히 실효되지 않는다. 이와 같이 범죄인 재사회화법은 범죄기록을 실효된 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 전자에 대해서는 특별한 규정, 즉 이 법이 적용되지 않는 예외적인 경우를 제외하고는 공개되지 않도록, 달리 말하면 범죄기록이 전혀 없는 것과 마찬가지로 규정하고 있다.

다음으로 일반적 공개는 모든 전과기록이 공개되는 것인데, 범죄인 재사회화법에 특별히 규정된 직업의 경우, 예컨대 교사, 의사, 간호사, 교도관리 등의 신청인에 대해 이루어진다. 이 때에는 모든 전과기록, 즉 실효된 기록과 실효되지 않은 기록이 모두 포함된 범죄기록 확인서(Criminal Record Certificate)가 발급되게 된다.<sup>42)</sup> 그런데 이러한 확인서는 관계된 개인에 의해서 신청되어지지만, 다른 일방의 당사자인 고용주의 - 그리고 이 때 고용주는 공개된 기록의 열람을 위해 사전등록을 하여야만 한다<sup>43)</sup> - 동의를 얻어야 하고, 발급된 확인서의 사본은 이 고용주에게도 송부된다.

끝으로 확장된 공개는 이전에 통상 전과기록의 공개가 허용되던 경우, 즉 중요한 공무원나 금융업 혹은 어린이 보호와 관련된 직업의 신청인과 그 밖에 저항능력이 약한 성인(vulnerable adults)에 관계된 직업 신청인에 대해서 이루어지는데, 범죄기록 확인서에 포함되는 모든 전과기록과 함께 형사절차에 관한 기타의 개인정보, 예컨대 기소된 적이 있거나 수사의 대상이 된 적이 있다는 등의 상세한 내용까지 수록되는 확장된 범죄기록 확인서(Enhanced Criminal Record Certificate)가 발급되는 것이다.<sup>44)</sup> 이렇게 자세한 내용의 개인정보는 고용주로서는 원하는 것이겠지만, 절차적 통제나 검증을 거치지 않았다는 문제가 있다. 다시말하면 부정확한 정보일 우려가 있는 것이다.<sup>45)</sup> 그 밖에 이 확인서의 발급에는 개인의 신청 이외에 고용주의 동의가 있어야 한다는 점, 그리고 확인서의 사본이 이 고용주에게 송부된다는 점은 위의 범죄기록 확인서의 경우와 같다. 이 때 위에 말한 유죄판결 이외의 개인정보(non-conviction information)는, 경찰서장의 판단에 따라, 양 당사자에게 모두 송부될 수도 있고, 경우에 따라서는 고용주에게만 보내질 수도 있다.<sup>46)</sup>

42) 같은 법 제112조 참조.

43) 같은 법 제113조.

44) 같은 법 제120조 참조. 이 규정은 등록 고용주를 1년에 적어도 200회 이상 기록공개를 신청한 사람이나 조직으로 한정하기 위한 것이라고 한다. Steve Uglow, 위의 글, 240면.

45) 같은 법 제115조.

46) Steve Uglow, 위의 글, 242면. 또 전과기록의 일반적인 정확성에 관한 문제로는 Terry Thomas, 위의 글 (2001)을 참조.

47) 같은 법, 제115조 제7항, 제8항 참조.

이 때 만약 신청인이나 고용주에게 보내진 정보가 부정확한 것이라면 어떻게 될까? 범죄기록 관리국은 정보의 내용에 관해 책임을 지지 않지만, 개인은 잘못된 정보로 인한 피해에 관해 경찰을 상대로 소를 제기할 수 있다. 한편 흥미로운 것은 고용주에게도 마찬가지로 권한이 인정된다는 것이다. 즉, 정부가 제공한 기록에 의해 적당하지 않은 사람을 고용하거나 이로 인해 어떤 손해를 입은 고용주는 경찰을 상대로 소를 제기할 수 있다.<sup>48)</sup>

### 3. 소 결

결국 이상과 같은 영국의 전과기록 공개제도는 특정한 사회적 약자 집단이나 - 예컨대 어린이나 보호를 요하는 성인 - 사회적으로 커다란 피해가 예상되는 중요한 공공 직책에서 혹시 있을지 모르는 범죄의 위험을 예방하기 위한 것이다. 하지만 당연히 이것은 또다른 한 집단의 일정한 희생을 전제로 하는 것이다. 따라서 문제는 어떻게 이처럼 서로 상충하는 이해를 적절히 조화시켜 균형을 유지할 수 있는가 하는 데에 있다고 할 수 있다.

이런 점에서 보면 새로 개정된 영국의 경찰법은 전과기록의 공개범위를 지나치게 넓힌 것이 아닌가 하는 비판을 받을 소지가 있다. 모든 종류의 직업에서 고용주가 원하기만 하면 직업 신청인은 자신의 전과기록을 제출해야 하기 때문이다. 또 유죄판결이 아닌 개인정보까지 포함하고 있는 확장된 범죄기록 확인서의 경우에도 종래 일반적으로 전과기록이 공개되던 대상에 비해 그 적용범위가 상대적으로 확장되었다.

이것은 전과자에 대한 사생활 비밀의 침해임과 동시에 이를 넘어서서 직업을 구할 수 있는 기회를 박탈 내지는 제한함으로써 심각한 사회적 문제를 야기할 수 있다. 위에서 언급한 바와 같이, 전과자에게는 적절한 직업을 갖는 것이 사회에 재적응할 수 있는가에 결정적인 문제가 되기 때문이다. 전과자들을 원조하는 한 재단에 따르면, 직업을 가진 전과자에 비해 그렇지 못한 전과자가 재범할 확률은 약 3배에 이른다고 한다.<sup>49)</sup>

이와 관련하여 주목되는 것이 위의 경찰법 제122조에 의해 국무부장관(Secretary of State)이 제정해야 하는 시행령(Code of Practice)이다. 이 시행령은 공개된 정보가 공정하고 합리적으로 그리고 개인의 비밀을 보장하는 한도에서 사용되도록 하기 위하여 만들어졌는데, 그 주요 내용은 법 제120조에 따라 전과기록의 공개신청을 하기 위하여 등록된 단체는 이 시행령을 준수해야 한다는 의무규정, 그리고 모든 고용주로 하여금 전과자를 채용하기 위한 서면정책(a written policy)을 갖도록 유도할 것 등이다.<sup>50)</sup> 이에 따라 범죄기록 관리국은 전과자 고용정책에 관한 표본(a specimen policy)을 제시한 바 있다. 그러나 이 표본은 그 성실성이나 실천의지에 관하여 강한 의심을 받고 있다. 즉, 그 내용이 충분하지 못하여 어쩌면 일반 고용주들이 정부 당국보다 문제를 더욱 진지하게 고려하고 있을 것이라는

48) Steve Uglow, 위의 글, 242-3면.

49) Steve Uglow, 위의 글, 244면.

50) 시행령의 그 밖의 다른 내용은, 공개된 정보가 신청 직업과 적절한 관련이 있는지를 충분히 고려하기 위해서 관리국이 발간한 지침서를 사용할 것, 직업신청서에 전과기록이 반드시 채용에 장애가 되는 것은 아니라는 내용을 포함시킬 것, 공개로 인해 드러난 모든 문제를 채용결정 전에 신청인과 논의할 것, 신청인에게 이 시행령의 내용을 알려주고 요구하면 복사를 할 수 있게 할 것, 채용결정을 하는 사원들에게 범죄인 재사회화법과 전과자 고용정책에 관한 지침서를 이용하게 할 것 등이다. Chartered Institute of Personnel and Development, *Employing people with conviction - A good practice guide on the employment of people with criminal records*, London, 2001, 8면. 이 안내서는 범죄기록 관리국의 홈페이지(www.crb.gov.uk)에서 구할 수 있다.



지적<sup>51)</sup>마저 있다.

한편 영국에는 전과자들의 재취업을 지원하는 몇몇 시민단체가 활동하고 있는데, 이들은 고용주에 대해서 채용과정에서 채택해야 할 전과자들에 대한 공정한 심사기준을 제시하고 있다. 그 한 두가지 예를 간단히 소개하면 다음과 같다.<sup>52)</sup>

첫째, 고용주는 직업 신청인에게 전과기록의 존재여부를 확인할 것인지를, 그 일의 성격에 비추어 판단해야 한다. 많은 경우 이러한 기록의 공개나 확인이 꼭 필요하지는 않기 때문이다. 만약 전과기록을 확인하기로 결정했다면, 이러한 사실을 채용공고시에 미리 밝혀야 한다. 이것이 직업신청인에게 신청여부를 결정하는데 도움을 줄 것이기 때문이다.

둘째, 고용주는 직업신청인이 자신의 전과기록을 솔직하게 밝힐 수 있도록 다음과 같은 배려를 하여야 한다. 즉, 제출된 전과기록은 오직 그 직업과의 적합성 여부를 판단하는 데만 사용될 것이며 다른 불이익한 차별의 이유가 되지 않을 것이라는 점과 경우에 따라서는 전과기록이 있는 때에도 채용의 가능성이 있다는 점을 분명히 밝히고, 전과기록에 관한 세부적이고 자세한 사항들이 밝혀질 수 있도록 면접과정에서 신청인에게 충분한 발언과 서면 제출의 기회를 주어야 한다.

셋째, 전과자의 채용여부를 결정하는 데 있어서는 전과기록이 1차적인 고려대상이 되어서는 안된다. 즉, 다른 사람들과 마찬가지로 그 직업을 수행할 수 있는 능력이나 장래의 발전 가능성이 우선적으로 판단되어야 하며, 전과기록은 그 후에 참고되어야 한다. 그리고 이것은 이미 채용되어 있는 피고용자의 경우에도 마찬가지이다. 즉 피고용자에 대해 (새로운) 전과사실이 밝혀졌을 경우, 이것이 즉각적인 해고사유가 되어서는 안된다. 전과기록이 그 업무에 미치는 영향이 1차적으로 판단되어야 하며, 단순한 기록의 존재사실보다 그의 성실성이나 능력, 업적 등이 우선적으로 고려되어야 한다.

넷째, 신청인으로부터 제출된 전과기록은 비밀리에 신중하게 다루어져야 한다. 인사와 관련된 한정된 사람에게만 이러한 정보가 공개되어야 하며, 만약 신청인이 채용되기로 결정되었다면 누가 이러한 정보를 알고 있는지가 이후 그에게 전달되어야 한다. 한편 제출된 전과기록은 채용심사가 끝난 후 빠른 시간 이내에 폐기되어야 한다.

이러한 기준들이 우리의 경우에도 곧바로 적용될 수 있다고는 말하기 어렵다. 특히 위에서 본 바와 같이 우리는 현행 법규상 일반 기업체가 피고용인 혹은 구직 신청자의 전과기록을 확인할 수 없도록 되어있기 때문이다. 그러나 고용주가 우연히 혹은 의도적으로 이러한 사실을 알게 된 경우, 전과자의 채용여부를 결정하는 데 있어 참고할 수 있는 하나의 권고 기준이 될 수는 있을 것이다.

## VI. 결 론

현행 우리 헌법과 법률에 의하면 전과에 의한 차별은 일반적으로 금지된다. 헌법과 국가인권위원회법은 이러한 원칙을 선언하고 있으며, 그 밖의 법률과 다른 어떠한 제도에서도 전과로 인한 차별적 대우를 찾아볼 수 없다. 다만 전과사실로 인하여 공무원을 비롯한 몇몇 전문 자격증을 취득하는데 제한규정이 존재하는데, 이것은 그 기간과 사유가 한정되어 있는 경우가 대부분일 뿐만 아니라 목적에 비추어 그 제한의 정도가 지나치지 않다는 점에 비추

어 부당한 차별이라고는 생각되지 않는다.

이러한 점은 전과기록의 관리에 관한 규정에서도 마찬가지이다. 전과기록은, 수사자료표가 삭제되지 않는다는 점을 제외하면, 적어도 법규상으로는 엄격하게 관리되고 있다. 본인이 직접 신청하는 이외에는 법률에 특별한 목적을 위해 규정된 경우를 제외하고는 조회나 회보가 이루어지지 않으며, 특히 일반 기업체에 의한 신원조회와 남용을 막기 위해 실무에서는 회보되는 기록에 경고문구까지 날인하고 있다. 다만, 이와 같은 기록의 엄격한 비공개와 남용의 금지가 얼마나 현실적으로 잘 지켜지고 있는가에 대해서 의문이 없는 것은 아니고, 공개규정에 관해 약간의 구체화가 필요하다는 것은 위에서 설명한 바와 같다.

그러나 정작 문제는 전과자에 대한 현실적 차별이다. 법적인 차별의 금지에도 불구하고 전과사실은 많은 사람들의 사회적 삶에 중요한 장애요소로 작용한다. 무엇보다 그들에게는 취업의 기회가 열리지 않으며, 다수의 전과자는 자신의 경력을 비밀로 한 채 일자리를 찾으려 애쓰고 있다. 또 이와 같은 구직에서의 차별의 밑바탕에는 전과자에 대한 뿌리깊은 편견이 자리잡고 있다. 심한 경우 가족이나 친지, 보통은 친구나 이웃으로부터 외면당하는 이들은 보통사람과는 '다른', 믿을 수 없는 전과자일 뿐이다. 우리 헌법은 과거의 범죄행위에 대해 단 한번의 형벌을 부과할 것을 규정하고 있고, 이들은 이같은 자신의 법적 책임을 다했음에도 불구하고 실질적인 처벌은 출소이후에도 계속되는 것이다. 그것도 이번에는 법규에 규정되어 있지 않고, 눈에 잘 보이지도 않는 '차별'이라는 내용의 사회적 처벌인 것이다.

그렇다면 이제 문제는 우리 자신에게 물어야 한다고 생각한다. 전과자는 다른 사람들과 동등한 권리를 갖는 우리 사회의 구성원인가. 만약 그렇다면 이들에 대한 이유없는 편견과 불합리한 차별은 모두 근거없는 것이며 개선되어야 할 좋지 않은 사회적 분위기일 뿐이다. 그러나 만약 그렇지 않다고 대답한다면 전과자들은 여전히 사회로부터 소외되고 다른 사람들로부터 외면당하는 우리 사회 내부의 이방인으로 남을 것이다. 하지만 이것은, 비록 형법상 책임주의와 이중처벌금지의 직접적인 위반은 아니라 할 지라도, 우리 헌법이 보호하는 평등권의 침해이며 형사사법과 행정정책의 첫 번째 목표인 범죄인 '재사회화'의 철저한 실패를 의미하는 것이다.

51) Angela Grier & Terry Thomas, 위의 글, 466면

52) CIPD, 위 안내서; Nacro, Recruiting ex-offenders: the employer's perspective, London, 2003 가운데 사용자에게 대한 권고 부분을 정리한 것이다.



### Discrimination by Criminal Records : Unerasable Scarlet Letter?

Cheong-Hak Choi

This essay is composed of four parts. The first is to review the present legal proscription of criminal records. The constitution and the National Human Rights Committee Law prohibit the discrimination caused by criminal records, but, there are some other laws making limits for being some kinds of profession. The second part is to criticize the law and the system administering criminal records. The reason by which personal criminal records would be public should be more specific and there is some doubt whether to keep the legal forbiddance allowing only some exceptions to confirm personal criminal records.

The third part is to research the discrimination by criminal records in Korea. With the help of some people who have conviction records, we can ascertain their very hard situation, especially in getting a job. Moreover, it is very common for them to have a bad trouble with family, friends, and other neighbors. As a solution, therefore, we propose the establishment of new agency in government which is to mediate the people with criminal records and the company that want to find employee. Also, the practical education and job training system in prison should be improved. Finally, the fourth part is to introduce the British Criminal Records Bureau and the revision of the Police Act in 1997. This foreign example can we compare with our own system.

## 화교에 대한 차별: 그들은 한국사회의 주민인가?

정인섭(서울대학교 법과대학)

### 목 차

1. 들어가는 말
2. 화교: 한국사회의 주민이 아닌 구성원
  - 가. 화교는 인터넷 사이트 회원이 될 수 없다?
  - 나. 화교는 세대주가 될 수 없다?
  - 다. 화교는 장애인 등록을 할 수 없다?
3. 주민등록: 외부자를 막는 성벽
4. 대응방안의 모색

### 1. 들어가는 말

“한국은 저희 화교가 살기에 너무 불편한 점이 많이 있다고 생각합니다. 우선 화교라 불리우는 자체가 싫어질 때도 있습니다. 예: 백화점 카드/ 할인카드조차 가입이 안되고, 신용카드는 보증인이 있어야 하고, 핸드폰도 구입이 안되죠, 출입국관리소에서 외국인등록증이 전산에 입력이 안된다며, 고객을 고객처럼 대하지 않는 핸드폰사.

전 윗 사람들이 어떠한 범행을 한지 모르지만 여기서 자라는 화교들은 아무 원인도 모르는 채 무시를 당하고 있다는 점이죠. 저는 무역을 하다가 우연히 모 국회의원과 만찬 때 화교에 대한 문제점, 불편한 점을 말하였더니 .... 그리 불편하면 한국에 살지 말라! 국적을 바꾸라며 .... 말씀을 하시더군요. 어이가 없었습니다.”<sup>1)</sup>

“저는 화교 남편과 결혼한지 2년이 좀 넘은 한국인입니다. .... 제가 보기엔 정말 멋지고 착하고 능력있는 우리 남편, 그런데 무슨 공적인 서류를 제출할 때마다 의아스러운 정도로 소심하고 위축됩니다. 글씨가 조금 비뚤어지거나 사진을 붙이다가 풀이 조금 묻어도 벌벌 떨니다. 서류의

1) 한국중화총상회 홈페이지 <http://www.kccci.or.kr> 내 자유게시판에 2003년 1월 29일자로 등재된 글 (2004.6.1 방문).



공란을 채워 나가는데 한 나절 동안 진땀을 뻘뻘 흘립니다. 거절 당할까 봐, 거부 당할까봐 항상 두려웠나 봅니다. 한국에서 태어나 지금껏 살아 오면서 거부당한 것이 너무 많았던 것입니다. 항상 이것 때문에 안되고, 이것을 해 가면 저것 때문에 안되고... 그런 경험이 너무나 많았나 봅니다.”<sup>2)</sup>

“나는 지금까지 큰 딸에게 아버지는 중국 사람이고 화교인 사실을 설명해 준 적이 없다. 아직은 딸 애가 어리고 처음부터 한국 학교를 다녔기 때문에 만에 하나 상처를 입을 수도 있기 때문이다.”<sup>3)</sup>

이상 세 건의 글은 어떠한 장문의 논문보다도 국내 화교의 처지를 잘 설명하고 있다.

국내 화교는 1882년 임오군란시 출병한 청국군과 함께 온 청국 상인이 기원이라고 하니 120년 이상의 역사를 지닌다.<sup>4)</sup> 화교는 한말 청국의 위세를 뒤에 엮고 국내에 정착하기 시작하였다. 화교들은 정기연락선이 기항하는 인천을 주 창구로 하여 중국으로부터 여러 가지 생필품을 수입하여 한국 전역을 대상으로 판매하였고, 도시 근교에서는 채소 농업에 종사하며 경제력을 키웠다. 한국이 일본의 식민지로 전락한 이후에도 청말의 혼란한 사회상을 피하여 온 화교숫자는 지속적으로 증가하였다. 1923년 당시 경성에서 세금을 가장 많이 낸 사람이 華商인 同順泰 사장 譚傑生이었다는 점에서도 짐작할 수 있듯이, 1920년대와 30년대 초는 국내 화교의 전성시기였다고 한다. 그러나 일본의 중국침략이 본격화하면서 일제의 反中感情 고취에 따라 국내에서는 반 화교의식이 고조되었고, 화교들에 대한 일제의 감시와 통제가 심하여져 화교경제는 위축되기도 하였다. 그러나 광복 직후 화교들은 대중국 무역을 통하여 국내에 부족한 생필품을 사실상 독점적으로 공급함으로써 대외무역의 주도권을 잡기도 하였다.

1948년 정부 수립과 1949년 중국대륙의 공산화, 1950년 6.25 발발 등을 계기로 화교사회는 점차 몰락을 길로 접어들게 된다. 화교들이 주도권을 장악하였던 對中貿易은 봉쇄되었고, 정부는 화교들의 무역업 종사 자체를 규제하였다. 6.25를 거치면서 그 동안 축적되었던 경제력은 대부분 파괴되었다. 이후 화교들의 대표적 종사 직종은 자의반 타의반으로 요식업이 되었으나,<sup>5)</sup> 정부의 중국음식 가격에 대한 통

2) 상계주 계시관 한국화교논단에 2003년 2월 11일자로 등재된 글(2004.6.1 방문).

3) 왕춘식, 한국 화교 2세의 질곡과 소망, 당대비평 2002년 여름호(19호), p.241.

4) 간략한 국내 화교 정착의 역사에 관하여는 양필승, 한국 화교의 어제, 오늘 및 내일, 국제인권법 제3호(2000), p.139 이하 참조. 체계적인 저술은 아니나 秦裕光이 중앙일보에 1979년 9월 17일부터 1979년 12월 17일까지 총 75회에 걸쳐 연재한 “남기고 싶은 이야기들 - 제66화 華僑”는 화교 정착의 역사를 갖가지 흥미로운 사례를 들어 생생하게 잘 설명하고 있다.

5) 초기 국내 화교의 주업종은 요식업이 아니었으나, 광복후 정부의 갖가지 규제에 인하여 소자본과 가족노동으로 운영이 가능한 중국 음식점으로 주업종이 바뀐 것이다. 통계에 따르면 1948년 국내 화교 음식점 수는 332개소였으나, 1972년에는 2,454개로 증대되었다고 한다. 장수현, 韓華, 그 배제의 역사, 당대비평 2002년

제, 국내 부동산 구입의 통제, 세금 기타 비합리적인 방법 등을 통한 당국의 억압정책으로 국내에서 큰 성공을 거둔 화교는 등장하지 못하였다. 60년대 4만에 이르렀던 국내 화교는 한국에서의 어려운 생활여건을 피하여 미국, 호주, 일본, 심지어 생활조건이 객관적으로 열악한 아프리카 국가로까지 재이민을 하였으며, 이제는 2만명 내외만이 거주하고 있다(별첨 표 1).

화교의 국내이주의 역사적 경위가 어떠한지 이미 5대째의 국내거주 화교가 있으며, 국내 화교의 대부분이 한국에서 출생하였다는 점에서도 알 수 있듯이 이들은 외국인이기 이전에 앞서 이미 한국사회의 주민이 된지 오래이다. 대도시가 이들의 주 거주지이기는 하나 전국적으로 분포하여 우리의 이웃으로 생활하고 있다(별첨 표2 참조). 한국이 미국과 같이 출생지주의 국적법을 가졌더라면 이들 대부분이 한국국적을 취득하였을 것이다. 이들은 우리의 재일한국인과 유사한 전형적인 定住外國人이다. 이들과 한국사회간의 실질적 유대는 내국인의 경우와 사실 별반 차이가 없다. 이들을 단순히 외국인의 일부로만 취급한다면 이들의 사회적 실태를 무시하는 불합리한 처우가 될 가능성이 농후하다. 본고는 재한 화교에 대한 사회적 및 법적 차별 문제를 망라적으로 취급하기 보다는 한국사회는 과연 이들을 주민의 일원으로 정당하게 대접하고 있는가라는 문제의식 하에서 이들이 일상생활 속에서 상시적으로 접하게 되는 차별적 처우를 몇 가지 선별하여 검토한다.

대부분의 독자가 이미 짐작하고 있겠지만 본고는 국내 거주 중국 또는 대만 국적자 모두를 대상으로 하지 않는다. 본고에서 “華僑”라 함은 한국에서 출생하였거나 출생은 중국에서 하였을지라도 거의 전생애를 한국에서 살고 있으며, 앞으로도 한국에서 살아갈 것으로 예상되는 在韓 華僑만을 가리킨다.<sup>6)</sup> 법적으로 외국인 신분을 유지하며 출입국관리법상 영주(F5) 또는 거주(F2) 자격으로 체류하고 있는 자만을 가리키며,<sup>7)</sup> 기타 제한된 기간동안 국내에 체류하는 여타의 중국 또는 대만인은 제외된다. 다만 한국인으로 출생하였을 지라도 이들과 혼인을 하고 대만 국적을 취득하여 외국인 신분으로 살고 있는 일부 한국계도 이에 포함된다.

## 2. 화교: 한국사회의 주민이 아닌 구성원

### 가. 화교는 인터넷 사이트 회원이 될 수 없다?

여름호(19호), pp.249-250.

6) 국내 화교들의 대부분은 대륙출신 또는 그들의 자손이지만 냉전시대 한국이 강력한 반공정책을 추구하였으며, 1992년 이전까지 대만과 수교하고 있었던 연혁적 이유에서 현재도 대부분 대만 국적을 갖고 있다. 극히 일부는 최근 중국으로 국적을 변경한 사람도 있다고 한다.

7) 과거 국내 화교들은 거주자격으로 체류하여 왔으나, 2002년부터 영주자격이 도입되면서 체류자격이 영주(F5)로 변경되고 있다. 그러나 아직 영주자격을 갖춘 국내 화교 전체가 영주로 변환되지는 않았고, 거주(F2) 자격을 유지하고 있는 경우도 많다. 당분간 화교들에게는 이 두 가지 체류자격이 공존하리라 생각된다.



오늘 날 일상생활에서 인터넷의 이용 폭은 날로 넓어지고 있다. 이의 원활한 사용이 어렵다면 사회가 제공하는 편의의 상당 부분을 누리지 못할 것이다. 인터넷이 제공하는 편의의 상당 부분이 무료로 제공된다는 점을 전제로 하면, 인터넷 이용에서 소외되는 경우 사회적 불이익을 겪게 된다는 것을 의미하기도 한다. 화교들은 이와 관련하여 국내에서 남모르는 어려움을 겪고 있다. 다음은 한국화교총상회 홈페이지(<http://www.kccci.or.kr>) 자유게시판에 올라 있는 글의 하나이다.

“우리는 인터넷 인프라가 가장 발달되어 있는 대한민국에서 살고 있는 화교입니다. 다른 나라 화교들은 부러워하겠죠? 아쉽게도 우리는 이러한 유리한 환경을 활용하기는 커녕 큰 문제도 아닌 민증(주민등록증: 필자 주) 인증문제 때문에 이러한 환경에서 어드벤처를 누릴 수 없는 현황입니다. 아쉽지 않습니까? 인터넷으로 생활을 편리하게 하는 것을 떠나서 각종 인터넷 커뮤니티에 참여 못한 것 또한 아쉬운 일입니다.”

젊은 층의 화교들에게 일상생활에서 겪는 불편을 지적하라면 가장 많은 빈도수를 보이는 항목의 하나가 인터넷 사용상의 제약이다. 국경 없이 개방되어 있다는 인터넷 이용에 관하여 화교들이 불만을 갖는 이유는 다음과 같다. 유독 국내의 많은 인터넷 기관 운영자들은 자신의 사이트 이용의 전제로 회원 가입이나 신분확인 절차를 요구한다. 이 때 개인신분 확인을 위하여 가장 일반적으로 사용되는 수단은 주민등록번호이다. 대한민국 국민은 누구나 평생 유지되는 고유의 주민등록번호를 부여받고 있기 때문에, 위와 같은 신분확인 과정에서 주민등록번호를 기재하기만 하면 대부분 추가적인 절차없이 곧 바로 회원으로 가입되어 사이트 이용이 가능하게 된다. 그러나 주민등록번호가 없는 재한화교들은 바로 여기서 거부당한다. 적지 않은 인터넷 사이트가 주민등록번호를 제시하지 못하는 사람에게서는 가입이나 이용을 봉쇄하고 있기 때문이다. 이는 비단 화교 뿐 아니라 모든 외국인에게 공통적으로 발생하는 애로이다. 2004년 4월을 기준으로 국내 주요 공공기관, 지방자치단체, 언론사, 쇼핑몰, 일반 포털 사이트 등을 대상으로 외국인의 가입 가능성을 조사한 결과는 아래와 같다.<sup>8)</sup>

### 1. 정부기관

회원가입 가능 부처	회원가입 불가 부처
청와대	교육인적자원부
국무총리실	국방부
재정경제부	보건복지부

8) 이 실태조사는 서울대학교 재학생인 박정은, 이세림 두 사람이 담당하였다. 수고에 감사한다.

통일부	문화관광부
외교통상부	농림부
법무부	산업자원부
정보통신부	환경부
행정자치부	여성부
노동부	건설교통부
	해양수산부
	한국소비자보호원
	청소년보호위원회

주: 문화관광부는 조사 이후 개선하여 현재는 가입 가능.

### 2. 지방자치단체(특별시청, 광역시청, 도청)

가입가능 자치단체	가입불가 자치단체
서울특별시	부산광역시
대구광역시	인천광역시
광주광역시	울산광역시
경기도	대전광역시
경상북도	경상남도
	충청남도
	충청북도
	전라남도
	전라북도
	강원도

주: 인천광역시는 조사 이후 개선하여 현재는 가입이 가능함.

### 3. 서울특별시내 구

가입가능 구	가입불가 구
강남구	관악구
강동구	동작구



송파구	금천구
서초구	구로구
강서구	영등포구
	양천구
	마포구
	용산구
	성동구
	광진구
	중랑구
	동대문구
	서대문구
	은평구
	종로구
	성북구
	노원구
	강북구
	도봉구

주: 서대문구는 조사 이후 개선하여 현재는 가입이 가능함.

#### 4. 언론사

기관명	회원가입 가능 여부 (사유, 기타)
동아일보	가능
조선일보	가능 (단 신분증 사본 전송요구)
한국일보	가능 (단 영어로만 가입 가능)
매일경제	가능 (단 부가서비스는 이용 불가)
한겨레	불가
중앙일보	불가
스포츠투데이	불가
스포츠조선	불가
일간스포츠	불가
스포츠서울	불가
KBS	가능 (단 영어로만 가입 가능)

MBC	가능 (단 신청후 확인을 추가로 받아야 함)
EBS	가능 (단 탈퇴 불가)
극동방송	가능
SBS	가능 (단 신분확인 증빙을 별도 보낸 후 확인받음)
기독교방송	불가 (인식프로그램 미설치)
불교방송	불가 (인식프로그램 미설치)
전주방송	불가 (인식프로그램 미설치)
평화방송	불가 (인식프로그램 미설치)
YTN	불가 (실명확인제 적용으로)
교통방송	불가 (실명확인제 적용으로)
iTV(경인방송)	불가 (실명확인제 적용으로)
KMTV	불가 (실명확인제 적용으로)
Mnet	불가 (실명확인제 적용으로)

#### 5. 포털사이트

명칭	가입 가능 여부 및 조건
다음	즉시 가입가능
싸이월드	즉시 가입가능
한미르	즉시 가입가능(일부 서비스 제한)
야후	본인 확인시까지 사용불가
드림위즈	본인 확인시까지 사용불가 (향후 검토 예정)
엠펙스	가입 불가(주민번호 필요)
네이버	가입 불가(주민번호 필요)
코리아닷컴	가입 불가(주민번호 필요), 단 영문판으로는 이용 가능
마이클럽	가입 불가(주민번호 필요)

#### 6. 인터넷 쇼핑몰

명칭	가입가능 여부	불가사유
Buynjoy	가능	







우 간단하고 즉석에서 이루어진다. 회원가입 승인이 신청자의 자격을 심사하여 일정한 적격자에게만 가입을 허용하는 절차가 아니고, 신청자가 간단한 신상정보를 제공하면 자동적으로 승인이 되는 개방적 절차에 불과하다. 회비납부 등 회원으로서의 의무도 없다. 실제로 타인의 주소, 성명, 주민등록번호를 입력한다 하여도 본인 확인은 불가능하며, 청소년의 경우 회원 가입시 자신의 신상정보를 고의로 틀리게 적어 내는 경우가 많다고 한다. 회원가입은 매우 형식적인 절차에 불과함에도 불구하고, 평생을 이 땅에서 살아왔고 살아갈 화교들은 단지 주민등록번호가 없다는 이유만으로 이용이 거부되는 것이다. 문제는 이러한 사이트가 반드시 화교를 포함한 외국인의 가입이나 이용을 배제하겠다는 의도에서 운영되지도 않음에도 불구하고, 한국인의 개인식별을 위하여는 주민등록번호가 가장 손쉬운 수단이라는 운영자의 단순한 생각으로 인하여 화교가 배제된다는 점이다.

다음 주로 언론기관에서 많이 발견되는 예로 화교의 회원가입은 가능하나 내국인과 같이 인터넷상으로 즉시 가입이 되지 않고, 본인의 신상정보를 팩스나 전자메일의 형태로 별도로 송부하고 이의 확인을 받은 후에만 가입이 인정되는 경우가 있다. 이는 문호 자체는 열려 있다고 하겠으나, 일반 내국인과 달리 수일 이상이 걸리는 별도의 절차를 거쳐야 한다는 점이 즉시성을 속성으로 하는 인터넷 이용에 적지 않은 장애를 제공하는 것이 사실이다.

정부도 이러한 문제점의 해결을 위하여 몇 가지 노력을 하였다. 우선 법무부는 2002년 외국인등록번호를 주민등록번호와 같은 13자리 숫자로 체계를 변경하였다.<sup>9)</sup> 주민등록번호나 외국인등록번호 공히 앞의 6자리 숫자는 생년월일을 기반으로 하고, 뒤의 7자리 숫자는 여러 가지 신상정보를 바탕으로 한 숫자로 구성된다. 그런데 외국인등록번호의 경우 뒤의 7자리 숫자가 5 또는 6으로 시작하여 내국인의 1 또는 2나, 2000년 이후 출생자의 3 또는 4와 다르다. 전체적으로 13자리 숫자임은 같으나, 뒤의 번호가 5 또는 6으로 시작하므로 통상의 프로그램은 이를 주민등록번호 오류로 인식하는 것이었다. 이에 정보통신부는 2002년부터 외국인등록번호 인식 프로그램을 개발하여 무료로 배포하고 있다.<sup>10)</sup> 이는 사이트 운영자가 다운받아 설치하면 되는 것이나, 문제는 이의 설치가 법적 의무사항은 아니라는 점이다. 위의 조사결과를 통하여도 알 수 있듯이 공공기관조차 이 프로그램을 설치하지 않는 경우가 많았다. 전적으로 운영자의 특별한 문제의식에 기대할 수 밖에 없다. 그러나 관내에 화교가 비교적 많이 거주하는 서울의 서대문구나 인천광역시의 홈페이지조차 조사시점에는 화교의 회원가입이 불가능하였다는 사실은 통상적인 인터넷 운영자의 경우 화교를 포함한 외국인에 대한 배려의 필요성에 대하여 인식도가 매우 낮음을 보여 준다.

이렇듯 별다른 합리적 이유도 없이 단지 주민등록번호를 제시하지 못한다는 이유

9) 출입국관리법 시행령 제40조의 2.

10) 법무부 홈페이지 <http://www.moj.go.kr> 첫 화면에도 이 프로그램의 다운로드를 안내하는 배너 광고가 실리고 있다.

로 인터넷 이용에 제한을 받으니, 적지 않은 화교들은 가족내 한국인(어머니가 한국인인 경우가 많다)의 주민등록번호를 사용하거나, 한국인 친구의 번호를 사용하거나, 주민등록생성기를 통한 가짜 번호를 만들어 사용하기도 한다고 한다. 아무리 본인 확인절차가 없다고 하여도 실제 타인의 번호나 가공의 번호를 사용하는 본인들로서는 한국사회에 살아 가는 것 자체에 대하여 심리적 억압감이나 굴욕감을 느낄 것이다.

인터넷 사이트가 외국인등록번호를 인식하여 수용한다 하여도 화교들의 인터넷 사용에는 또 다른 장애가 도사리고 있다. 인터넷 실명확인제가 그것이다.<sup>11)</sup> 현재 국내에서는 한국신용평가(주)와 서울신용평가(주) 두 개의 회사가 각각 내국인 약 3700만명과 약 4000만명의 신용정보 데이터베이스를 구축하고, 개인 실명확인 서비스를 하고 있다. 화교는 이를 통한 실명확인이 되지 않아, 실명확인을 요구하는 사이트의 경우 회원가입이나 이용이 불가능하다. 내국인도 미성년자로서 납세, 금융거래 실적 등이 전혀 없으면 실명확인이 되지 않을 수 있다. 외국인인 화교도 본인이 직접 위 회사로 필요서류를 제출하여 실명확인용 자료 구축을 신청할 수는 있다. 그러나 신용정보 데이터베이스에 포함이 되더라도 현재 대부분의 인터넷 사이트가 이용하는 실명확인 시스템에서는 외국인등록번호를 인증하지 못하기 때문에 개인 인터넷 사이트를 통한 실명확인은 여전히 불가능하다. 쇼핑물이나 기타 금전거래가 관련되는 사이트의 경우 특히 실명확인을 요구하는 경우가 많기 때문에 화교의 이용이 제한되게 된다.<sup>12)</sup>

위의 조사는 비교적 개방적이고 이용자 수가 많은 사이트를 중심으로 진행되었기 때문에 그나마 개방도가 높았다고 추측된다. 사이트의 특성상 소수의 이용자를 대상으로 한다거나 전문적 성격을 지닌 경우에는 외국인의 이용시도 빈도가 더욱 낮을 것이고, 문제점이 노출될 가능성도 낮다. 국내로 유학 온 외국인 학생들도 국내 각종 기관이 구축하여 일반에 공개하고 있는 전문적, 학술자료를 주민등록번호가 없어서 이용을 못하는 불편을 호소하는 사례가 적지 않다.

#### 나. 화교는 세대주가 될 수 없다?

주거공간의 확보는 인간의 기본적 생활조건 중의 하나이다. 한국에서의 토지와 주택은 단순한 주거공간에 그치지 않는다. 토지와 주택은 일반인의 가장 중요한 재산보존수단으로 한 가정이 현재 거주하고 있는 주택과 부속토지는 통상 그들의 전 재산을 의미한다. 토지와 주택의 구입은 일반인의 가장 보편적인 재산형성의 수단이기도 하였다. 부동산 불패라는 속어에서도 짐작할 수 있듯이 한국에서 부동산 가격은

11) 실명확인제는 인터넷상의 신상정보가 타인의 자료를 도용한 것일지라도 확인하기 어렵고, 주민등록번호 생성기로 가공의 인물이 만들어지기도 하여, 추가적인 본인 확인작업을 위하여 도입된 방안이다.

12) 비회원 자격으로도 구입이 가능한 상업적 쇼핑물의 경우 이용은 가능할지라도 회원 가입이 되지 않으면 마일리지 적립과 같은 부가 서비스의 이용이 불가능하다.



장기적으로는 항상 상승하여 왔으며, 보통 사람들에게 부동산의 구입은 가장 안전한 재산증식의 길이었다. 화교들은 바로 부동산과 관련하여 지난 수십년간 한국인은 결코 알지 못한 고통을 겪어 왔다. 부동산의 원활한 구입을 제도적으로 차단함으로써 한국경제 발전에 따른 과실을 일반 한국인과 같이 공유하지 못하였고, 각자의 노력에 따른 결과로서 생활안정도 이룩하기 어려웠다.

5.16 혁명정부 하에서 1961년 제정된 외국인토지법은 국방, 산업, 기타 공공의 목적에 필요한 지구에 대하여는 闕畝으로 외국인의 토지에 관한 권리취득을 금지하거나 조건 또는 제한을 가할 수 있다고 규정하였다(동법 제5조 1항). 당시 서울, 인천, 대구 등 모든 도청소재지를 포함한 국내 화교 주거주지 대부분이 제한지역으로 지정되었다(동법 시행령 제1조 별표). 제한지역 내에서의 외국인의 토지 취득은 국방부장관의 허가를 얻어야만 가능하였기 때문에(시행령 제2조), 화교들의 토지취득은 사실상 봉쇄되게 되었다. 외국인토지법은 1968년 개정되어 1세대 1주택에 한하여 주거에 공하기 위한 200평 이하의 토지 취득은 허가를 받을 필요없이 단 사전 신고를 통하여 구입이 가능하게 되었다(동법 제5조 2항). 이 같은 제한은 1998년까지 지속되었다.<sup>13)</sup> 기타의 경우는 상업용 점포를 위한 50평 이하의 토지와 농업종사자에게 1000평 이하의 농지취득만이 허용되었다. 건물에 대하여는 외국인토지법이 적용되지 않아 건물만의 구입을 위하여는 허가를 필요로 하지 않았으나,<sup>14)</sup> 국내의 거래 관행상 토지와 분리하여 건물만을 매매하는 사례를 찾기 어렵고, 외국인토지법의 적용대상이 저장권을 제외한 토지에 관한 모든 권리로 되어 있었는데<sup>15)</sup> 지상권이나 임차권의 취득없이 건물만의 소유권을 취득하는 것도 불가능하였기 때문에 실제로는 화교들의 건물 소유권 취득도 동일한 제한을 받았다.

이러한 제한은 1998년 외국인토지법의 전면 개정시 크게 해제되었다. 군사시설보호구역, 문화재보호구역, 생태계보전구역을 제외한 모든 토지의 구입이 신고제로 전환되었고, 위 특수지역의 경우도 구(지)역 지정목적 달성에 해가 되지 않는한 외국인의 토지취득을 허가하도록 법이 개정되었다(동법 제4조). 이제 부동산 취득에 관한 한 과거와 같은 제약은 없게 되었으나, 결과적으로 화교들은 60년대 후반 이래 외환위기 도래 이전 한국사회의 경제성장의 과실을 통상의 한국인과 같이 부동산의 형태로 저장하고 이를 통한 재산증식을 꾀하는 것이 불가능하였다. 이는 그동안 국내 화교사회 발전에 치명적 제약으로 작용하였다.

외국인토지법의 개정으로 부동산 구입에 관한 제도적 제약이 크게 사라진 것은 사실이나, 화교들의 우리 집 장만은 여전히 한국사람과는 달리 특별한 제약을 받고 있다. 한국에서는 부동산 가격이 워낙 비싸기 때문에 보통 사람이 주택구입 자금을 처음부터 자신이 감당하기는 매우 어렵다. 이에 대부분의 한국인이 활용하는 제도

13) 1994년 외국인토지법이 폐지되고 외국인의 토지취득 및 관리에 관한 법률로 전면 개정되었을 때도 이 같은 제한은 그대로 유지되었다. 동법 제6조 1항 및 시행령 제3조 참조.

14) 대법원 1981년 5월 26일 선고, 80다2367 판결 참조.

15) 1968년 외국인토지법 제5조 참조.

의 하나가 주택청약금융이다. 현재 이에는 3 종류의 예금이 있다. 주택청약예금, 주택청약부금, 청약저축이 그것이다. 이중 청약저축은 매월 2만원 이상 10만원 이하의 금액을 납입하여 일정 기간이 경과되면 국민주택(민간건설 중형 국민주택 포함)에 관한 우선 청약권을 부여하는 제도이다. 여기서 국민주택이라 함은 국가나 지방자치단체, 대한주택공사, 지방공사 등이 건설하는 면적 85 제곱미터 이하의 주택이나, 민간기업이 건설하는 면적 60제곱미터 초과 85제곱미터 이하의 주택을 의미한다.<sup>16)</sup> 부양가족이 있는 세대주의 경우 청약저축 납입액의 40% 이내에서 연말정산 시 소득공제를 인정해 준다. 불입금에 관한 이자율도 주택청약예금이나 주택청약부금 보다 제도적으로 높게 책정되어 있다.<sup>17)</sup> 즉 청약저축은 국가나 공공기관이 중심이 되어 건설하는 소형 주택을 서민에게 값싸게 공급하기 위한 정책적 제도이다. 그런데 외국인의 가입이 가능한 주택청약예금이나 주택청약부금과 달리 서민에게 가장 유리한 청약저축은 화교 등 외국인의 가입이 봉쇄되어 있다. 그 이유는 다음과 같다.

청약저축 가입자격은 무주택 세대주이어야 하며, 청약저축 신청자는 주민등록등본을 반드시 제출하여 세대주임을 입증하여야 한다.<sup>18)</sup> 주택공급에 관한 규칙은 “세대주”란 “세대별 주민등록표상에 배우자 또는 직계 존비속으로 이루어진 세대의 세대주”를 말하는 것으로 규정하고 있다(제2조 8호). 따라서 주민등록의 대상에서 배제되는 외국인은 청약저축을 위한 세대주가 될 수 없다는 논리이다. 출입국관리법에 따르면 법령상 주민등록증 또는 주민등록 등초본이 요구되는 경우 외국인등록증 또는 외국인등록 사실증명으로 이를 대할 수 있다(제88조의 2). 그러나 주민등록표와는 달리 외국인등록표에는 세대주라는 항목이 없으며, 따라서 외국인의 경우는 주민등록표상의 세대주라는 개념이 적용되지 않는다는 것이 정부 당국의 입장이다. 청약저축은 비교적 적은 규모의 집장만을 위하여 활용되는 제도인데, 화교의 경우는 내 집 마련을 위한 금융의 첫 문턱에서 봉쇄당하는 것이다.

화교에게는 세대주 개념이 적용되지 않음에 따른 불이익은 청약저축 가입 불가에 그치지 않는다. 주택청약예금이나 주택청약부금의 경우 민간건설주택의 청약자를 대상으로 하는 제도로서 상대적으로 큰 규모의 주택마련을 위하여 이용되며 외국인도 가입이 가능하다.<sup>19)</sup> 청약예(부)금은 가입기간이 오래되면 주택 공급을 받을 수 있는 우선순위가 높아지고 이는 곧 당첨의 확률이 높아짐을 의미한다. 그러나 외국인인 화교는 투기과열지구에서 공급되는 주택의 경우 청약통장의 가입기간과 관계 없이 1 순위 청약자격이 부여되지 않는다. 즉 무주택 가구의 1 주택 마련을 우선 지원하기 위하여 청약예(부)금 가입자중 세대주가 아닌 자는 2 순위 이하로만 청약

16) 주택공급에 관한 규칙 제2조 5호 및 5호의 2 참조.

17) 현재 청약예금은 1년 이상 예치시 5%, 2년 이상은 6%의 이자가 지급되나, 청약예금 등은 3.2%의 이율만이 적용되고 있다. 국민은행 기준. 세전 이율임. [http://ibn.kbstar.com/quics?page=A002603\(2004.6.20 방문\)](http://ibn.kbstar.com/quics?page=A002603(2004.6.20 방문)).

18) 주택공급에 관한 규칙 제5조의 2 제1항 및 2항 참조.

19) 주택공급에 관한 규칙 제5조 및 제5조의 3 참조. 주택청약과 관련된 3종의 예금중 개인별로 1종만 가입이 가능하다.



을 할 수 있는데,<sup>20)</sup> 화교는 세대주가 될 수 없다는 이유로 1 순위 청약이 인정되지 않는 것이다. 투기과열지구의 경우 1 순위의 경쟁률도 매우 치열하므로 2 순위 이하로만 신청할 수 있다는 것은 무의미한 일이다. 투기과열지구의 경우 청약자의 선호도가 높고 주택의 가격 상승률이 높을 것으로 기대되므로, 화교가 배제된다는 것은 상당한 불이익이 가하여 지는 결과가 된다.

또한 영구임대주택과 국민임대주택의 입주도 무주택 세대주에게만 입주자격이 주어지기 때문에 세대주가 될 수 없는 화교에게는 입주자격이 인정되지 않는다.<sup>21)</sup>

국내에 거주하는 화교가정에는 세대주가 있을 수 없다고 한다면 과연 믿을 사람이나 있을까? 화교는 세대주가 될 수 없기 때문에 주택청약예(부)금에 가입하더라도 인기지역 아파트 추첨에서 사실상 배제된다는 사실을 아는 한국인이 몇이나 될까? 세대주가 될 수 없어서 국민주택을 신청할 수 있는 청약저축에 가입할 수 없고, 임대주택 입주자격도 인정되지 못한다는 사실을 아는 한국인은 과연 얼마나 될까? 물론 이러한 형식적인 법적용이 이루어지는 배경에는 청약저축이나 임대주택 공급사업의 경우 무주택 서민을 위한 국민주택기금의 지원을 받는 제도이므로 이를 내국인에게만 한정하여 적용한다는 사고가 배후에 자리 잡고 있다.<sup>22)</sup> 한국사회의 구성원이 아닌 일반 외국인에게 이러한 제한이 가하여지는 것은 이해가 될 수 있다. 그러나 한국사회에서 경제활동을 하며 국민과 동일한 세금을 납부하는 재한화교에 대하여도 일반 외국인과 동일한 제약이 가하여 진다는 것은 결코 합리적이라고 평가될 수 없을 것이다. 과거 일본에서도 동일한 논리하에 공공자금의 지원을 받아 건립되는 이른바 공영주택의 경우 외국인의 입주자격을 부인하여 재일한국인의 입주가 봉쇄되던 시기가 있었다.<sup>23)</sup> 이에 1970년대 중반부터 재일한국인 권익옹호운동 전개시 이는 주요 운동목표가 되었고, 마침내 일본 당국도 국제인권규약 가입에 즈음한 1979년 4월 1일자로 일본 영주자에 대하여는 공영주택 입주번호를 개방하였다.<sup>24)</sup> 이와 비교할 때 한국은 일본이 25년 전에 취한 조치를 아직도 실현하지 못하고 있는 것이다.

#### 다. 화교는 장애인으로 등록될 수 없다?

20) 과거 5년 이내에 다른 주택에 당첨된 자의 세대에 속하는 자와 2 주택 이상을 소유하고 있는 세대에 속하는 자에게도 1 순위 자격이 부인된다. 주택공급에 관한 규칙 제11조의 제1항 및 제12조 1항 참조.

21) 주택공급에 관한 규칙 제31조 및 제32조 참조.

22) 건설교통부 홈페이지 사이버민원 응답내용 참조.  
<http://minwon.moct.go.kr/Civil/question/questionview2.jsp?MID=2&HOMEPAGENAME=1500000&DEPT=&pk=26679&year=2004> (2004.6.10 방문)

23) 과거 일본의 공영주택법상 입주자 자격요건에 국적이 명시되어 있지는 않았으나, 정부의 지침으로 재일한국인의 입주를 거부하였으며(1954년 11월 12일 住發 936 長野縣 토목부장에 대한 건설성 주택국장 통지 참조), 住宅金融公庫도 내부지침을 통하여 재일한국인등 외국인에게는 자금지원을 하지 않았다.

24) 상계주 및 본주의 관련 본문내용에 관한 상세는 정인섭, 외국인의 국제법상 지위에 관한 연구(서울대학교 박사학위논문, 1992.2), p.165 참조.

“3대째 한국에서 살고 있는 대만화교다. 현재 영주자격으로 체류하고 있다. 약 2달전 아버지께서 혈전으로 인한 뇌경색으로 쓰러지셔서 좌측 반신이 마비된 채 병원에 입원해 계신다. 그래서 장애인 등록의 기준이 뭔가 하고 알아 보던중 외국인은 장애인 등록이 안된다는 사실을 알았다. 아버지는 평생 한국인을 위해 항상 일요일이면 종교단체를 통해 무료진료를 해 오셨던 한의사였는데 막상 이런 사실을 알고 보니 너무 허탈하다. 아직도 이 나라는 외국인이 살기에 너무 힘이 드는 나라라는 한탄 밖에 나오지 않는다. 왜 한국인과 또 같이 세금을 내면서 이렇게 차별을 받으며 살아야 하는지 도무지 이해가 되지 않는다. 비단 장애인 등록 뿐 아니라 다음 여러 가지 일들을 통해 느껴 오는 것이지만 지금 내 머리로는 도저히 납득이 안갈 뿐 아니라, 배신감마저 든다.”<sup>25)</sup>

화교들이 국내에서 障礙人福祉法에 따른 장애인 등록이 되지 않는다는 것은 적지 않은 불만의 표적이었다.<sup>26)</sup> 사회 구성원의 하나로서 장애인 역시 인간으로서의 존엄과 가치를 존중받으며 이들의 완전한 사회참여를 통한 사회통합에 기여하기 위하여 제정된 법이 장애인복지법이다.<sup>27)</sup> 장애인 등록이 된 자에 대하여는 사정에 따라 재활상담 및 장애인 시설 입소, 의료비 지원, 자녀 교육비 지원, 장애인 자동차 구입시 지원, 자립 훈련비 지원, 장애수당 및 장애아동부양 수당 지급 등이 이루어진다.<sup>28)</sup> 법 자체에는 내국인만을 대상으로 한다가나 외국인이 배제된다는 규정은 없다. 그러나 실제에 있어서는 국내에 주민등록이 없는 화교나 해외동포는 적용이 배제된다. 화교를 포함한 외국인에게는 오직 장애인 사용 자동차 표시만이 발급될 수 있을 뿐이다.<sup>29)</sup>

장애인복지법 뿐만 아니라 국내에서 실시중인 거의 모든 사회복지법령은 주민등록이 되어 있는 내국인만을 대상으로 하고 있다. 빈곤자에게 생계급여, 주거급여, 교육급여, 해산급여, 장제급여, 자활급여 등을 지불할 것을 규정하고 있는 國民基礎生活保障法도 법상에는 특별히 대상자를 내국인으로 한정한다는 규정은 없으나, 법 제목 자체가 “국민”기초생활보장법이므로 당연히 내국인만을 대상으로 하는 것으로 보건복지부는 해석, 운영하고 있다.<sup>30)</sup>

25) 경향신문 2003년 5월 6일자, 6면 독자의 소리중.

26) 문화일보 2001년 9월 14일자 7면 여론마당에도 같은 취지의 독자 투고가 게재.

27) 장애인복지법 제1조, 제3조, 제4조 참조.

28) 장애인복지법 제29조 내지 제45조 참조.

29) 장애인복지법 시행규칙 제23조 3호. 이에 따르면 장애인 사용 자동차 표시는 장애인복지법 제29조에 의하여 등록된 장애인, 장애인과 주민등록표상의 주소를 같이 하며 거주는 직계가족, 그리고 외국인등록을 한 외국인과 국내거소신고한 재외동포에 대하여 발급될 수 있다. 이 조항의 해석상 법 제29조상의 일반 장애인에는 국내에 주민등록이 없는 외국인과 해외동포는 포함될 수 없다. 보건복지부 홈페이지 (<http://www.mohw.go.kr/services/service.jsp?itn=tbdata&sa=11&sno=9991&silkkukcode=3300&bunrcode=400&face=03&btype=5&flag2=>)에 2003년 6월 17일자로 등재된 “외국인에 대한 장애인등록에 대하여”라는 장애인정책과 담당자의 설명도 외국인은 장애인 등록이 불가하다고 지적하고 있다(2004.6.1 방문).



주민등록이 없는 화교에게는 국민기초생활보장법이 적용되지 않는 결과 저소득층을 위한 醫療給與法도 적용되지 않는다.<sup>31)</sup> 또한 편부모, 미혼자, 장애인 배우자를 가진 자를 지원하기 위한 母父子福祉法도 적용되지 않는다. 老人福祉法도 적용되지 않으므로 경로연금이 지급되지도 않으며, 경로우대제의 적용도 받을 수 없다.<sup>32)</sup>

화교들은 국가나 자치단체가 법령을 근거로 운영하는 복지제도의 적용에서 배제되는 것 뿐만 아니라, 국가나 자치단체가 운영하는 시설 이용에 있어서도 차별을 받는다. 한 가지 예를 들면 서울시가 벽제에서 운영하고 있는 화장장의 경우 서울, 고양, 파주에 주민등록이 된 시민의 사망시 시설이용료가 5만원이나, 이 지역 거주자라도 주민등록을 할 수 없는 화교의 경우 시설이용료가 그 3배인 15만원이 된다.<sup>33)</sup> 과거에는 화교라 할지라도 서울 거주자에게는 내국인과 동일한 이용료를 받았으나, 지금은 변경되었다고 한다.

위에서 지적된 無釀出制 사회복지제도는 사회 구성원의 세금을 그 운영재원으로 한다. 재한화교들은 평생을 한국에서 살며, 한국에서 경제활동을 하고, 한국에만 세금을 낸다. 그렇다면 그 세금에 대한 대가도 동등하게 향유하여야 한다. 국가의 재정지원에 의하여 운영되는 제도이므로 적용대상을 내국인에게 한정시킬 수 있다는 사고는 잘못된 것이다. 한국이 당사국인 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제9조도 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를 당사국내 “모든 사람”의 권리로 인정할 것을 요구하고 있다. 한국이 당사국인 난민협약 제23조는 난민으로 인정된 자에 대하여 “공공구제와 공적 원조에 관하여 자국민에 부여하는 대우와 동일한 대우를 부여”할 것을 요구하고 있는데, 이에 따르면 평생을 한국에서 살아온 화교에게 난민과 같은 지위도 부여되지 않는 결과가 된다. 화교와 유사한 상황의 재일한국인에 대한 일본의 조치 역시 좋은 참고가 된다. 한국의 국민기초생활보장법에 해당하는 일본의 생활보호법은 광복후 계속 재일한국인에게 적용되었다.<sup>34)</sup> 일본의 아동복지법, 신체장애자복지법, 노인복지법도 일찍부터 재일한국인 등 외국인에게 적용되었다. 1970년말까지 재일한국인에 대한 적용이 거부되던 아동부양수당법, 특별아동부양수당법, 모자복지법 등은 일본이 국제인권규약과 난민조약 가입에 따른 국내법 정비를 계기로 문호가 개방되었다. 한국 역시 동일한 국제조약을 가입하고도 관할권내 장기체류 외국인에 대한 처우는 아직도 구 시대적 사고와 관

30) 보건복지부 사회복지정책실 담당자와의 전화 통화(2004년 6월 22일)를 통하여도 확인함.

31) 의료급여법(구 의료보호법) 제3조 1항은 이 법의 적용대상을 국민기초생활보장법 적용대상자로 한정하고 있다.

32) 경로연금의 경우 지급대상자를 65세 이상의 “국민”이라고 규정하고 있고, 국적을 상실하거나 국외이주 시 수급자격이 박탈당하는 것으로 규정하고 있어서(노인복지법 제9조 및 제15조), 주민등록이 없는 화교의 적용배제가 명문화되어 있다.

33) 서울특별시 홈페이지내 장묘시설 이용안내 ([http://www.seoul.go.kr/org/organ/subhomepage/welf/info\\_option/funeral/030918/795.3317.0.0.0.html](http://www.seoul.go.kr/org/organ/subhomepage/welf/info_option/funeral/030918/795.3317.0.0.0.html)) (2004.6.22 방문) 및 벽제장제장 접수담당자와의 전화통화를 통한 확인(2004.6.22).

34) 일본에서의 생활보호법 운영에 관한 상세는 정인섭, 재일교포의 법적 지위(서울대학교 출판부, 1996), pp.313-320 참조.

행에 입각하고 있다.

### 3. 주민등록: 외부자를 막는 성벽

주민등록번호를 통한 전국민 관리체제가 구축되어 있는 한국에서는 사회생활상의 모든 법률행위가 주민등록을 기반으로 진행된다. 이 제도 속에 편입되지 못한 자는 한국사회의 구성원으로 인정되지 못한다. 예를 들어 한국국적자라 하여도 이민을 가면 주민등록제도로부터 배제되고, 설사 그가 한국에 상당 기간 체류하고 있을지라도 한국사회의 주민으로 인정되지 않는다. 대표적인 예가 선거권의 행사이다. 비록 한국국민이라 할지라도 국내에 주민등록이 없으면 그의 한국 체류시 선거가 있어도 선거권을 행사할 수 없다. 주민등록이 되어 있지 않으면 이를 바탕으로 작성되는 선거인명부에 등재될 수 없다는 것이 그 이유이다.<sup>35)</sup> 대부분의 선진국이 해외 부재자 투표까지 인정하는 것이 대세인 국제추세 속에서 헌법이 부여한 국민의 권리를 선거인명부 작성상의 어려움이라는 절차적 이유로 근거로 부인하고 있는 현행 선거관계법은 다분히 위헌적이라고 판단되지만, 이는 다른 한편 주민등록이 한국사회에서 갖는 위력을 여실히 보여 주고 있다. 위에서 지적된 화교차별의 제도적 출발 역시 주민등록제도라고 할 수 있다.

주민등록제도가 출범 당시부터 화교와 같은 외국인에게 배타적이지는 않았다. 30일 이상 일정 장소에 거주하는 자를 파악하기 위한 주민등록제의 취지상 외국인이 배제되어야 할 필요성이 있는 것도 아니다. 주민등록법의 전신인 1962년 寄留法은 외국인도 寄留 대상자임을 명시하고 있었다.<sup>36)</sup> 1962년에 제정된 주민등록법은 외국인도 주민등록법의 대상임을 원칙으로 하나, 대한민국에 주재하는 외국의 군인, 외교관이나 영사 및 그 隨員과 가족 또는 외국정부의 공무원로 대한민국에 체류하는 외국인만은 예외로 하고 있었다.<sup>37)</sup> 다만 주민등록 대상 외국인의 경우 외국인의 입국출국과 등록에 관한 법률(현 출입국관리법의 전신)에 의한 외국인 등록으로 주민등록 신고를 갈음하도록 하였다.<sup>38)</sup> 그리고 외국인의 주민등록표는 거주지 지번순으로 정리되는 내국인과 달리 별도로 정리하도록 하였다.<sup>39)</sup>

그러나 외국인은 점차 제도적으로나 실제적으로 주민등록제도부터 배제되었다. 특히 1968년부터 강화된 주민등록법에 따라 18세 이상의 국민에게 주민등록증이 발급되었으나, 외국인과 해외로 이민을 간 내국인에 대하여는 발급이 부인되었

35) 공직선거및선거부정방지법 제37조 이하 참조.

36) 寄留法 제2조 2항 및 제9조 1항 8호 참조. 寄留法은 5.16 군사정부의 일제법령 폐기 방침에 따라 1942년 9월 26일자 制令 제32호 朝鮮寄留留의 대체법령으로 1962년 1월 15일 제정되었다.

37) 1962년 주민등록법 제6조. 이전의 寄留法은 위와 같은 예외자를 명기하지 않았다. 1962년 寄留法 제2조 2항 참조.

38) 1962년 주민등록법 시행령 제6조 1항.

39) 1962년 및 1968년 주민등록법 제9조 참조.



다.40) 외국인의 주민등록 신고는 出入國管理法에 의한 申告로써 가름하였으며, 外國人の住民登錄票는 出入國管理法施行令 第47條의 規定에 의한 外國人登錄票로써 가름하도록 하였다.41) 결국 1991년 주민등록법 개정을 통하여 외국인은 주민등록의 대상에서 완전히 제외되었다.42)

주민등록법의 연혁을 보면 출범 당시에는 외국인 주민도 포함하는 제도로 시작되었으나, 차츰 외국인 주민에 대한 배제의 폭을 넓히다가 1968년 개인별 주민등록번호 및 주민등록증 제도의 도입과 함께 외국인은 이 제도로부터 실질적으로 배제되었고, 형식적으로 남아 있는 연결고리도 1991년 법개정을 통하여 완전히 사라졌다. 위의 1968년이란 남북한간의 군사적 긴장이 한껏 고조된 시기였다. 1968년 1월 북한 무장공비가 청와대 기습을 시도하였으며, 동해에서는 미군의 프에블로호가 납치되었다. 당시 정부는 북한의 군사적 위협에 대한 대비책으로 향토예비군을 창설하였고, 국내 거주자의 체계적 파악과 관리를 위하여 주민등록제도를 대폭 강화한 것이었다. 이는 외부의 도전에 대비하기 위한 내부체제 공고화 시도의 일환이었다. 이후 주민등록제도는 한국사회에서 “우리”와 “그들”을 구별하는 제도적, 심리적 장벽으로 기능하였다. 이로부터 배제되면 한국사회에서는 정상적인 생활을 영위하기조차 어려워졌다. 왜냐하면 그들은 더 이상 “우리”가 아니기 때문이다. 그들은 한국사회를 둘러싸고 있는 성벽의 밖에 놓이게 된다. 내부자를 파악하고 관리하는 시스템이 철저할수록 외부자에 대한 배제와 차별화는 더욱 첨예화된다.43) 실질적으로는 한국사회의 “구성원”이면서, 제도적으로는 “주민” 개념에서 배제된 화교들은 주민등록제도의 대표적 희생자들이다.

#### 4. 대응방안의 모색

화교에 대한 법적, 사회적 차별은 이들이 외국인이라는 사실에서 출발한다. 국내에서 이들의 법적 지위가 일반 외국인에 비하여 더욱 열악한 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 화교에 대한 차별을 지적하는 이유는 이들의 체류형태가 매우 특수한 상황임에도 불구하고, 이에 합당한 처우가 이루어지지 않고 일반 외국인과 동등한 상황에 놓이기 때문이다. 우리의 법제를 보면 전통적인 내외국인 구별에만 머물러 있지 외국인중에도 다양한 체류형태가 있다는 사실은 무시되고 있다. 즉 외국인중에는 일회적 단기적 국내체류자가 있는가 하면, 화교와 같이 한국에서 출생하여 교육받고 평생을 살아가는 외국인도 있다. 한국사회에서 이들의 법적, 사회적 처우는

40) 1970년 주민등록법 제17조의 8 제1항.

41) 1968년 주민등록법 시행령 제6조.

42) 1991년 이후 주민등록법 제6조 1항 단서.

43) 오가 가즈히코는 한국사회에서는 화교와 같은 외국인 뿐 아니라 주민등록에서 배제되는 재외동포도 局外者로 소외되었고, 이러한 상황이 재외동포로 하여금 자신들의 법적 지위 향상을 요구하게 만든 요인이 되었고, 그 결과 탄생한 것이 재외동포법이라고 진단한다. 오가 가즈히코, 한국에 있어서의 재외동포 개념과 그 정책, (연세대학교) 법학연구 제12권 1호(2002.3), pp.52-54.

당연히 구별되어야 한다. 일반 외국인에게 적용할 때는 합리적으로 평가될 수 있는 기준도 화교와 같은 한국사회의 定住者에게 적용되면 불합리한 결과를 낳을 수 있다. 본론에서 지적한 한 바와 같이 일반 외국인에 대하여 청약예금 가입자격을 부인하는 것은 합리적이라고 평가될 수 있어도, 화교에 대하여까지 이 자격을 부인함은 합리성을 지닐 수 없다.

이와 관련하여 시사점을 얻을 수 있는 사례가 재일한국인이다. 1998년 12월부터 한일 양국은 “재일한국인 후손에 관한 고위 실무자회의”를 개시하였다.44) 당시 한국정부는 일본에서의 재일한국인의 안정적 생활의 영위를 위하여 다음과 같이 8개 항목의 개선을 요구하였다. 첫째, 재일한국인 후손에 대하여는 자동적으로 계속 영주권 부여. 둘째, 재일한국인에 대한 퇴거강제의 적용 배제. 셋째, 재입국허가제를 일본인의 해외여행과 같은 차원에서 처리할 것. 넷째, 외국인등록법상의 지문날인 및 외국인등록증 상시휴대 의무 배제. 다섯째, 일본에서의 취업기회 확대 보장, 특히 지방자치단체 공무원 취업문호의 개방. 여섯째, 일본인과 동등하게 사회복지 및 사회보장제도의 적용. 일곱째, 민족교육의 보장. 여덟째, 지방자치단체 참정권의 인정. 한국이 일본에 대하여 위와 같은 특수한 지위를 요구한 근거는 첫째, 재일한국인이란 존재가 일제의 식민지배에서 비롯되었다는 역사적 연원과 둘째, 재일한국인의 대부분이 일본에서 출생 성장하였고 일본에서 교육을 받았고 일본에서 직업활동을 하며 일본에서 평생 살아갈 사람들이라는 현재의 거주실태였다. 즉 재일한국인은 외국인이기 이전에 앞서 일본사회에 정주하는 주민으로서의 합당한 처우를 해달라는 요구였다. 약 2년여의 협상 끝에 지방자치체 참정권 인정 외에는 대부분 수락되어 실행되고 있다.45)

당시 보도를 통하여 재일한국인 법적 지위 재협상의 내용을 접한 화교 식자층은 적지 않은 충격을 받았다. 재일한국인과 재한화교는 역사적 연원에서는 차이가 있지만 현재의 거주형태에서는 별다른 차이가 없다. 그럼에도 불구하고 재일한국인의 법적 지위에 관한 논의는 당시 화교의 실정과 너무도 차이가 컸었기 때문이었다. 화교들은 반세기 이전의 先代가 개인적 편의를 위하여 한국으로 이주해 왔다는 이유로 후손들은 언제까지나 짜장면만을 팔고 있어야 하는가?

화교들의 법적 지위와 관련하여 최근의 개선사항은 2002년부터 한국에도 영주제도가 도입되었다는 점이다. 과거 화교들은 5년마다 한국 체류기간을 갱신받아야 하였으나(F2 거주자격), 2002년 4월부터는 거주자격으로 5년 이상 한국에 거주한 자와 그의 미성년 자에 대하여는 영주자격을 부여하기 시작하였다.46) 한국에서 태어

44) 한일 양국은 1965년 국교정상화 합의시 재일한국인 법적지위 협정을 타결한 바 있었으나, 이 협정은 이른바 협정영주 2세까지만 적용되며, 협정영주 3세부터는 적용을 예정하지 않았다. 후손에 대하여는 1965년 법적지위협정 발효후 25년이 경과할 때까지 양국은 협의할 의무를 지닌다는 조항을 마련하고 있을 뿐이었다(제2조). 1980년 후반부터 법적지위협정의 적용을 받지 않는 협정영주 3세가 실제로 출생하기 시작하였다. 당시 시작된 협상은 이 문제를 해결하기 위한 것이었다.

45) 이 내용에 대한 상세는 정인섭, 재일교포의 법적지위(서울대학교 출판부, 1996), pp.67-87 참조.

46) 2002년 4월 18일 출입국관리법 시행령 개정시 별표1 외국인의 체류자격 항목에 F-5 영주라는 자격을 신설하고 그 부여대상을 대한민국 민법에 의하여 성년이고, 자신 또는 동반가족이 생계를 유지할 능력이 있으며,



나 평생을 살아가는 화교들에게 비로소 한국정부가 죽을 때까지 이 땅에서 살 권리를 인정해 주었다. 그러나 영주권을 통한 법적 지위의 개선은 매우 제한적이다. 일반 외국인과 달리 영주권자에게 특별히 인정되는 권리는 다음과 같다.

첫째, 영주자격자는 국내에서 개별법상 외국인 제한규정이 없는한 일반적으로 직업활동상의 제약을 받지 아니한다.<sup>47)</sup> 둘째, 영주자격자는 대한민국을 출국한 후 1년 이내에 재입국하려는 경우 사전의 재입국허가를 받지 않아도 재입국할 수 있다.<sup>48)</sup> 셋째, 영주자격자는 형법상 내란의 죄 또는 외환의 죄를 범한 경우, 법무부장관이 정하는 범죄를 저지르고 5년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받은 경우,<sup>49)</sup> 출입국관리법 제12조의 2<sup>50)</sup> 제1항 또는 제2항의 규정을 위반하거나 이를 교사 또는 방조한 경우에만 퇴거강제의 대상이 될 수 있다. 일반 외국인에 비하여 퇴거강제 사유가 크게 축소된 것이다.<sup>51)</sup>

이상이 영주자격자가 누리는 “특별한 권리”의 전부이다. 영주자의 특별한 권리는 출입국관리법 분야에서만 존재하며, 여타 분야에서는 영주자격자도 일반 외국인과 동일한 법적 지위에 놓이게 된다.<sup>52)</sup> 영주제도의 도입을 통하여 화교들의 형식적 지위는 부분적으로 개선되었으나, 이를 통하여 화교들이 한국사회의 주민의 일부로 편입되어 생활할 수 있는 제도적 기반이 마련되었다고는 평가하기 어렵다. 영주제도는 주민등록을 기반으로 한국사회의 구성원 여부를 판단하는 수 많은 국내법 체제의 벽을 허물 수 있는 역량을 갖추지 못하고 있으며, 화교들은 여전히 주민등록

품행이 단정하고, 대한민국 풍속이해 등 대한민국에 계속 거주하는데 필요한 기본소양을 갖추고, 법 제46조 각호의 1에서 규정한 강제퇴거대상이 아닌 자로서 거주(F-2)의 자격을 가지고 5년 이상 대한민국에 체류하고 있는 자와 이들의 20세 미만의 자녀로 규정하였다. 아울러 법무부장관이 정하는 일정금액, 일정기간 이상을 국내 산업체에 투자함으로써 거주(F-2)의 자격을 가진 자중 5년 이상 국내에 체류하면서 기업활동에 종사하여 국민 고용창출에 기여한 자와 이들의 20세 미만의 자녀도 영주자격 부여 대상으로 규정하였다. 이후 대한민국에 특별한 공로가 있는 자로서 법무부장관이 인정하는 자에 대하여 영주자격을 부여할 수 있는 규정이 추가되어 현재에 이르고 있다.

47) 출입국관리법 제23조 4항.

48) 출입국관리법 제30조 1항 및 동 시행규칙 제44조의 2 제1항. 필요한 사유가 있는 경우 3개월의 범위내에서 연장도 가능하다. 시행규칙 제44조의 2 제3항.

49) 법무부장관이 정하는 범죄란 1) 형법 제2편 제24장 살인의 죄, 제32장 강간과 추행의 죄, 제38장 절도와 강도의 죄중 강도의 죄 2) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 위반의 죄를 범한 자 3) 마약류관리에관한법률 위반의 죄를 범한 자 4) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2·제5조의4·제5조의5·제5조의9 또는 제11조 위반의 죄를 범한 자 5) 국가보안법 위반의 죄를 범한 자 6) 폭력행위등처벌에관한법률 제4조 위반의 죄를 범한 자 7) 보건범죄단속에관한특별조치법 위반의 죄를 범한 자를 의미한다. 출입국관리법 시행규칙 제54조

50) 외국인을 불법 출입국 시키는 행위에 관여하거나, 불법입국 외국인의 은닉이나 도피를 지원하는 행위를 금지하는 조항.

51) 통상의 외국인의 경우 금고 이상의 형을 선고받은 등 출입국관리법 제46조 1항에 규정된 광범위한 범죄행위에 해당하는 경우 퇴거강제 대상이 된다.

52) 다만 2004년 1월 제정된 주민투표법은 20세 이상 국내 계속거주 외국인의 경우 지방자치단체가 제정하는 조례에 따라 주민투표에 참여할 수 있는 자격을 인정하고 있다(제5조 2항). 주민투표의 대상은 주로 지방자치단체가 조례로 정할 수 있는 사항이다(제7조 및 제8조 참조). 제한된 범위이기는 하나 외국인 주민에게도 광의의 정치적 의사표시의 권리를 인정해 주었다. 그러나 주민투표법이 제정되지 않아서 그런지 외국인의 주민투표 참여를 인정하는 조례가 제정되었다는 소식은 아직 접하지 못하였다.

이 구축하고 있는 성벽 밖에 위치하고 있다.

화교들을 한국사회의 주민으로 대접하려면 공항 입국시 미국처럼 “외국인” 줄이 아니라 “내국인 및 영주자” 줄에서 입국사열을 받도록 하여야 한다. 한국의 사회복지 및 사회보장제도를 내국인과 동등하게 적용받도록 하여야 한다. 6.25 참전 화교용사에게 내국인과 동일한 원호혜택을 부여하여야 한다. 상호주의적 처우라는 명목하에 일반 외국인에게 적용되는 규제가 적용되지 말아야 한다. 이들의 거주에 관한 사항은 출입국사무소보다는 구청과 동사무소에서 처리되어야 한다. 주민등록번호가 없다는 이유로 사회운영 시스템에서 배제되지 말아야 한다. 지방선거에는 참정권이 부여되어야 한다.

화교들이 한국사회의 주민의 일원으로 정당한 대우를 받도록 할 법적 대안은 무엇인가? 국내의 많은 법령이 뚜렷하게 외국인을 배제하는 명문의 규정을 두고 있지 않을지라도 당연히 내국인만을 대상으로 운영되는 경우가 많다. 그런 경우 개별법에 일일이 “영주자격 외국인” 또는 “외국인”도 대상에 포함됨을 규정하는 것은 너무도 번거롭고 방대한 작업이다.<sup>53)</sup> 따라서 영주자격자에 대하여는 개별법에서 특별히 배제가 명문화되어 있지 않는한 항상 내국인 대우를 부여하는 포괄적 차별금지특별법의 제정을 통하여 이 문제를 일괄적으로 해결함이 바람직스럽다고 판단된다. 그리고 지나친 개인의 사생활 침해 우려 등으로 인하여 현행 주민등록제도에 대하여 제기되고 있는 부정적 논의는 별론으로 하고 이 제도가 유지된다고 전제한다면, 화교와 같은 영주자는 주민등록체제 속으로 편입시키는 것이 바람직하다고 판단된다.

단지 2만명 정도의 화교를 위하여 특별법까지 제정할 필요가 있나? 충분히 제기될 수 있는 의문이다. 과거에도 화교에게 영주권 부여를 위한 특별법 제정이 제안된 바 있었으나, 반대론에 부딪쳐 성사되지 못하고 출입국관리법제의 개정을 통한 영주제도 도입으로 귀결된 적이 있다.<sup>54)</sup> 화교를 한국사회의 주민의 일원으로 수용하느냐 여부는 한국사회가 국제화될 수 있는가에 관한 시금석이다. 이미 수대를 걸쳐 한국사회에 살아왔고, 한국민이 가장 좋아하는 음식의 하나인 짜장면을 전수해

53) 예를 들어 의료법 시행규칙 제4조 4항, 수의사법 시행규칙 제2조 및 제3조, 영양사에 관한 규칙 제8조, 도서관및도서진흥법 시행규칙 제3조 등은 외국인의 경우에 관한 명시적 규정을 두고 있어 이러한 자격이 외국인에게도 개방됨을 표시하고 있다.

54) 2000년 9월 11일 정대철 의원을 대표발의자로 하여 “장기체류 외국인의 영주권 취득과 그 법적 지위에 관한 법률안”이 국회에 제출되었다. 이 법률안은 거주자격으로 5년 이상 한국에 거주하는 영주권을 부여하고, 영주권자에게는 퇴거강제 사유의 제한, 출입국시 내국인 대우, 부동산 거래, 금융거래, 국민건강보험, 국민연금, 교육 등의 분야에서 내국인과 같은 대우를 한다는 것을 골자로 하고 있었다. 이 안에 대하여 국회 전문위원 검토의견은 영주권 제도의 도입이 “국제화 시대에 장기체류 외국인의 인권을 옹호하고 한국사회 내부에서의 세계화를 지향하는 밑거름이 될 것”이라는 점에서는 긍정적으로 평가하였으나, 이를 위한 특별법을 제정하기 보다는 출입국관리법제 속에 이러한 내용을 포함시키는 편이 법적 안정성과 입법의 경제성 차원에서 바람직하다고 남세, 교육, 부동산 거래, 금융거래, 국민건강보험, 국민연금 분야에서도 특별법 제정을 통한 실익이 별로 크지 않다고 비판하였다. 아울러 제의 한국동포의 법적 지위를 고려한 상호주의적 판단이 필요하다는 점에서 시기상조적인 측면이 있고, 장기적으로 중국내 조선족의 대규모 한국 영주권 취득신청이 쇠퇴할 가능성도 고려하여 신중하게 처리할 필요가 있다고 보고하였다(김희선(국회 법제사법위원회 수석 전문위원), 장기체류 외국인의 영주권 취득과 그 법적 지위에 관한 법률안 검토보고(2001.11), p.6 이하). 결국 이 법안은 더 이상 논의되지 않고 2004년 5월 29일 제16대 국회의 임기만료와 함께 폐안되었다.



주었고, 결국 한국민과 함께 살아 갈 이들을 우리 사회가 동등한 주민으로 포용하지 못한다면 한국사회의 국제화란 허망한 신기루일 뿐이다. 한국사회의 자신의 발전을 위하여도 화교차별문제는 해결되어야 하며, 이를 위한 방안에 특별법이 배제될 이유는 없다.

첨부

<표1> 재한 화교 숫자 추이

연도	숫자
1984	26,390
1985	24,594
1986	24,316
1987	23,945
1988	23,432
1989	23,147
1990	22,842
1991	22,631
1992	22,563
1993	22,485
1994	22,271
1995	22,190
1996	22,157
1997	22,137
1998	21,987
1999	22,043
2000	22,083
2001	21,818
2002	21,610

주: 대상은 대만 국적자로 2001년 말까지는 “거주” 자격 체류자를, 2002년도는 “거주”와 “영주” 자격 체류자를 합한 수치임. 기타 자격으로 국내 체류중인 대만 국적자는 제외된 수치임.

출처: 법무부, 출입국관리통계연보 각년판. 각년판의 실제 출간은 이듬 해에 이루어짐.

<표2> 화교의 거주 지역

지역	1990년	1995년	2000년	2002년
서울	8,321	8,324	8,456	8,399
부산	2,300	2,071	1,989	1,883
인천	2,560	2,685	2,877	2,800
대구	1,095	1,047	1,022	1,002
광주	402	382	359	358
대전	475	552	550	531
울산			321	306
경기	2,171	2,123	2,109	2,128
강원	658	621	621	591
충북	779	739	719	699
충남	958	826	800	740
전북	997	801	736	686
전남	410	358	303	279
경북	646	583	536	525
경남	761	770	401	403
제주	309	308	284	280
계	22,842	22,190	22,083	21,610

주: 울산지역은 광역시 승격으로 1999년부터 별도의 통계로 잡힘. 그 이전에는 경남지역에 포함되어 있었음.

출처: 법무부, 출입국관리통계연보 각년판.



**Discrimination against Chinese in Korea: Outsider of Korean Society**

In Seop Chung(College of Law, SNU)

About 21,000 ethnic Chinese residents, better known as "Hwakyo," live in Korea. The origin of ethnic Chinese residents dates back to 1882 when China's Ching Dynasty dispatched troops following a Korean military uprising in Seoul. Along with the troops, Chinese merchants came to Korea, creating a Chinese community. During colonial period more and more Chinese fled to Korea to escape political turmoil in China. The number of Chinese residents in Korean peninsular reached up to 80,000 in early 1940's.

Since the establishment of the Government of the R.O.K. Chinese community have become shrunk. They could not enjoy the benefit of trading with mainland China after communist party took over the power in 1949 and Korean war devastatingly destroyed their economic power. Also discriminatory policies of the Korean Government against ethnic Chinese residents made their lives more difficult. Up to recently they could not buy real properties for the business purpose without governmental permission. One Chinese family can buy only one house. They are excluded from most of social security system and social benefit system. They are experiencing difficulty in using even internet sites, because resident registration number, which is issued only to Korean, is generally required to become a member of many of Korean internet sites. Resident registration system functions as basic legal tool to exclude ethnic Chinese from Korean society.

Now most of ethnic Chinese residents were born, grown up, and educated in Korea. They have job here and may end their lives in Korea. Korea is the only place for them to live. Though they do not have Korean nationality, their living circumstance is not different from Korean's. They should not be treated as typical aliens who stay for limited period in Korea. They are not outsiders in Korean society any more, but members of Korean society. However, socially and legally they are not treated a member of Korean society now. To improve their status in Korea, enacting of anti-discrimination law is highly recommended.

**장애인 차별과 법의 지배**

발표자: 박종운 (변호사)

공동작업: 배용호 유동철 안선영 이인영

I. 서론

II. 장애인 차별의 현실

1. 생존권에 있어서의 차별
2. 노동권에 있어서의 차별
3. 교육권에 있어서의 차별
4. 공공시설 및 건축물 이용에 있어서의 차별
5. 대중교통 및 교통시설의 이용에 있어서의 차별
6. 정보통신의 이용 및 의사소통에 있어서의 차별
7. 여성장애인 및 모성권에 있어서의 차별
8. 형사절차에 있어서의 차별
9. 생활시설에 있어서의 차별

III. 차별에 대응한 장애인 운동의 역사와 실정법의 한계

1. 서설
2. 패러다임의 변화와 장애인 운동의 전개
3. 장애인 운동의 흐름
  - 가. 장애인 노동차별 철폐운동
  - 나. 이동권 확보운동
  - 다. 교육권 확보운동
  - 라. 참정권 확보운동
  - 마. 소비자로서의 권리침해에 대한 대응
4. 소결 - 실정법의 한계

IV. 대안 : 장애인차별금지법의 제정

1. 장애인차별금지법의 필요성
  2. 장애인차별금지법에 담아야 할 핵심 내용
  3. 장애인차별금지법 내용 관련 쟁점 및 두 안의 비교
    - 가. 총칙 : 목적 및 개념
    - 나. 차별금지
    - 다. 여성장애인
    - 라. 기구 : 장애인차별금지(및시정)위원회
    - 마. 사법적인 권리 구제 방법
    - 바. 벌칙
- V. 결론



## I. 서론

각자가 개성이나 특성이라는 이름의 '다름' 혹은 '차이'를 가지고 태어난 인간이, 그다지 평등하지 못한 사회 구조와 사회 인식 속에서 차별을 받고 살아가는 것은 어제 오늘의 일이 아니다. 그런 점에서 차별의 역사는 인간의 역사와 같다고도 말할 수 있다. 특히, 장애인 차별의 역사는 인간의 역사와 함께 지속되어 왔다. 그러나, 차별의 영역이 인권이나, 법의 지배의 영역에서 본격적으로 논의되기 시작한 것은 외국의 경우에도 불과 십여 년 전의 일이 아닌가 생각된다.

개인과 집단들 간의 차이 가운데 특정한 차이들이 차별로 전환되는 것은 그 차이가 위계성을 띠게 될 경우이다. 그리하여 서열에서 낮은 위치를 차지하는 특성을 가진 집단은 열등한 존재로, 또는 부인되어야 할 존재로 간주된다. 이러한 범주화 과정을 통해 분리되고 배제되고, 통제되어야 할 개인과 집단이 정해지게 되고, 그 과정에서 다시 그들에 대한 편견과 고정관념은 강화되고 재생산된다. 이러한 방식으로 차별의 사슬은 완성된다.<sup>1)</sup> 결국 차별이란 그러한 차이들이 힘을 가진 개인이나 집단에 의해 좋고 나쁨, 선함과 악함, 우수와 열등 등으로 서열화 되거나 계층화될 때 나타나는 현상이라 할 수 있다.

우리 사회는 외모, 성별, 학벌, 지역 등에 의해 개인과 집단에 대해 가혹한 차별을 가하고 있지만, 특히 장애로 인한 차별은 심각하다. 인원 구성으로 볼 때 우리 사회는 다수의 비장애인 남성에게 의해 형성되며, 지배된다고 볼 수 있다. 비장애인에 비해 상대적으로 소수이자 육체적·사회적·경제적 약자인 장애인은 비장애인 중심의 사회에서 비장애인 중심으로 형성된 사회의 구조 속에 소외될 수밖에 없으며, 비장애인 중심의 사회는 소외되는 장애인을 향해 열등하고 무능력하다고 낙인찍고 만다. 이러한 낙인에 의해 장애인에 대한 편견은 가중되고 편견은 다시 장애인에 대한 차별로 이어져 차별의 고리는 완성이 된다.

한편, 우리나라는 치열했던 여성 운동과 사회 전반적인 인권 의식 성숙의 결과로 1992년에 '남녀차별금지및구제에관한법률'이 시행되고 있다. 그러나, 그 외에는 그토록 많은 사회 각 차별 영역에 대해 차별을 금지하고 침해된 권익을 구제할 수 있도록 법제화된 것이 없고, 차별이 무엇인지에 대한 개념조차도 명확하게 정립되지 못한 것이 우리의 법 현실이다.

최근, 지난 대통령 선거 당시 노무현 후보가 장애인차별금지법을 제정하라는 장애인계의 요구를 수용하여 선거공약으로 채택하였고, 현 참여 정부에 들어와서 인권위원회가 사회적차별금지법을 제정하겠다는 의지를 보이면서 차별이 무엇인지에 대한 논의 및 법제정운동이 활발하게 일어나고 있다.

이러한 우리의 현실에서 장애인 차별과 법의 지배에 대해 살펴보는 것이 어쩌면 시기상조일 수 있으나, 이미 차별을 당하고 있는 장애인 당사자들은 차별에 대응한 장애인 운동의 역사 속에서 실정법과 제도의 한계를 자각하고, 차별을 철폐하고 침해받은 권익을 구제받기 위해 장애인차별금지법 제정 운동으로 나아가고 있다.

1) 조순경, "차이의 신화와 차별의 현실", 인권학술회의2002자료집 : 한국인권의 현황과 과제

(서울 : 한국인권재단, 2002), pp.18-19.

이 논문은 이러한 현실을 반영하여 장애인 운동가, 장애인 단체 활동가, 학자, 그리고 법률전문가의 협동 작업으로 탄생되었다. 이는 각 현장에서 활동한 필자들의 경험과 생각이 자연스럽게 녹아들기를 바라는 대표 집필자의 바람 때문이었다. 그러나, 막상 작업을 끝내고 보니 일관성이나 쟁점의 강약에 있어서 한 사람의 작업에서는 발견하기 어려운 약점들이 엿보이기도 한다. 하지만, 이는 협동 작업의 결과라기보다는 협동 작업의 경험이 일천하기 때문이라고 생각한다. 앞으로는 일본, 미국, 유럽 등 일부 외국에서 일반화된 것과 같이 현장 활동가와 학자, 법률전문가들의 협동 작업이 자연스럽게 능숙하게 이루어질 날이 하루빨리 오기를 소망해 본다.

본고에서는 장애인 차별의 현실과 차별에 대응한 장애인 운동의 역사를 살펴보면서 실정법의 한계를 발견하고 그 대안으로 장애인차별금지법의 필요성 및 그 내용에 대해 제시하고자 하였다. 이는 차별에 대한 개념 정의로부터 논의를 시작하기 보다는, 차별을 느끼고 있는 장애인 당사자들의 현실을 먼저 알아봄으로써 장애인들에게 있어서 차별은 무엇인가를 정립하고, 차별을 철폐하고 차별당한 장애인 당사자의 권익을 구제하기 위해서는 어떠한 방법이 있는지를 고민하기 위함이다. 그렇게 해야만 비로소 장애인 차별이 법의 지배 아래 들어가게 될 것이라 믿기 때문이다.

## II. 장애인 차별의 현실

### 1. 생존권에 있어서의 차별

보건복지부와 보건사회연구원의 2000년 장애인실태조사에 따르면, 장애인들의 사회나 국가에 대한 복지욕구 중 가장 높은 것은 생계보장(50.3%)이고, 그 다음이 의료혜택(17.9%)이다.<sup>2)</sup> 생계보장은 기본적인 생활을 유지하는 것으로서 생존의 기초이며, 의료혜택은 생명의 유지와 존속이라는 측면에서 생존과 관련된 욕구이다.<sup>3)</sup> 그러나 위 실태조사에 따르면 우리나라 장애인은 기본적인 생계보장이라는 가장 기본적인 욕구조차 해결되지 않음을 보여준다.<sup>4)</sup>

현재 장애인의 소득을 보장해 주는 중추적인 제도로는 국민기초생활보장제도와 장애 관련 수당 제도가 있다. 국민기초생활보장제도는 최저생계비에 모자라는 소득자에게 모자라는 부분만큼 소득으로 직접 지원하는 제도인데, 최저생계비가 낮게 책정되어 있다는 일반적인 문제점도 있지만, 장애인에게 있어 보다 큰 문제점은 각 장애인의 특수성이 반영되지 않는다는 것이다.<sup>5)</sup> 현재의 국민기초생활보장제도는 전물량방식(Market Basket 방식)으로 4인 표준가구의 최저생계비를 계측한 후, 가구원수별 최저생계비를 도출하고 있다. 이에 따라 소득이 전혀 없는 1인 가구일 경우 생계급여와 주거급여를 합하면 2003년도 현재 31만3천원에 불과하게 된다. 가장 저렴하고 열악한 주거 형태라고 할 수 있는 쪽방의 한달 월세가 15만원 정도이고, 수급자들이 주로 사는 영구임대아파트의 임대료와 관리비를 합친 액수가 15만원 정도인 현실을 감안한다면, 결국 1인 가구의 경우

2) 보건복지부-한국보건사회연구원, "2000년도 장애인실태조사", p.47

3) 대한변호사협회, "인권보고서" p.416, 2003년도 제18집, 대한변호사협회

4) 유동철, "한국의 장애지원제도와 장애차별금지법", 2003 국제장애인교류대회 자료집, p.143. 대한변호사협회, 위의 책, p.416에서 재인용

5) 대한변호사협회, 위의 책, p.416



에는 최소한의 의식주조차 해결될 수 없다는 이야기가 된다.<sup>6)</sup> 그런데 기초생활수급자에 해당하는 장애인도 대부분 1인 가구에 해당할 뿐 아니라, 장애로 인해 추가로 들어가는 비용이 전혀 고려되지 않고 있기 때문에 그 현실은 더욱 암담할 수밖에 없다. 장애아동이 있는 가구에서 추가로 소요되는 비용이 장애아동 1인당 월 700,548원이나 되고,<sup>7)</sup> 장애인 가구는 일반 가구보다 평균 157,900원의 추가 생계비가 더 지출되는 것을 보면 암담함의 정도를 능히 짐작할 수 있다.<sup>8)</sup>

그나마 장애로 인한 추가적 비용을 보전해 주는 것은, 현재로서는 장애수당이 유일한데, 기초생활수급자 1, 2급에 해당하는 장애인(13만9천명)에 한하여 지방자치단체별로 매월 4-6만원의 수당이 지급되고 있다. 문제는 이러한 장애수당이 실제 장애로 인해 추가되는 비용에 훨씬 미치지 못할 뿐만 아니라, 일부 기초생활수급자에 한정되고 있다는 점이다.<sup>9)</sup> 장애인은 장애라는 특성으로 인하여 추가적 비용이 발생하는데 반해, 소득 활동은 감소할 수밖에 없으므로, 이를 보전해 줄 수 당제도가 필요하게 된다. 궁극적으로는 장애인의 소득에 관계없이 지급되는 장애인연금 제도가 요구되는 이유이다.

2002년 대선 당시 각 당의 대선후보들은 장애인계의 요구를 받아들여 장애수당의 현실화 또는 장애인연금의 실시 등을 공약으로 내세웠지만, 결국 예산 부족을 이유로 2003년 9월에 기초생활수급자 전체 장애인에게만 기존의 장애수당을 확대·지급하는 것에 그치게 되었다. 하지만 이것으로 장애인의 생존권 문제가 해결될 수 없음은 이미 살펴본 바와 같다.

장애인의 57.9%가 경제적으로 하층에 속한다고 생각하고 있으며, 34.4%가 중하층에 속한다고 생각하고 있다.<sup>10)</sup> 이것은 장애인 가구의 월평균 소득을 살펴보면 충분히 공감할 수 있는 수치이다. 장애인 가구의 월 평균 소득분포를 보면, 50-99만원이 27.2%로 가장 많고, 다음이 50만원 미만인 25.3%로서 전체 장애인 가구의 절반 이상이 월 100만원 미만의 소득이 있는 것으로 나타났고, 심지어 전체 장애인 가구의 월 평균 총소득은 108만 2천원으로 나타나고 있다.<sup>11)</sup> 반면에 주 소득원은 가구주의 소득이 53.0%, 가구원의 소득이 18.7%, 생활보호 5.8% 순으로 나타났다. 이 같은 결과는 장애인 가구의 대부분이 가구주가 장애인인 경우 가구원의 소득에 의존하는 비율이 높고, 비장애인 가구에 비해 상대적으로 국가로부터 받는 생계보조의 비율이 높은 것으로 나타나 장애인의 경제적인 어려움을 잘 보여주고 있다.<sup>12)</sup> 2004년도 통계청 발표에 의하면 2003년도 도시근로자의 월평균 소득은 293만9천원으로 장애인 가구 월평균 소득의 3배에 달하고 있다. 이러한 소득 격차는 장애인의 생존권이 얼마나 심각하게 차별받는가를 단적으로 증명해준다.

## 2. 노동권에 있어서의 차별

6) 대한변호사협회, 위의 책, p.417.

7) 2003 국제장애인교류대회 자료집, p.143.

8) 2000 장애인실태조사, p.193.

9) 대한변호사협회, 위의 책, p.417.

10) 2000 장애인실태조사, p.177

11) 2000 장애인실태조사, pp.134-135.

12) 2000 장애인실태조사, p.135.

고용에 있어서의 차별은 경제적인 차별로 직결되기에 더욱 심각한 결과를 가져온다. 장애인의 경우, 고용에 있어서의 차별은 주로 채용과정에서 발생한다. 이것은 실업률에서도 분명하게 드러난다. 보건복지부와 한국보건사회연구원의 자료에 의하면, 15세 이상 장애인 중 학생과 주부를 제외한 취업자의 비율은 36.3%였고, 무직자의 비율은 52.6%로 나타났으며, 직종에 있어서도 농업 및 어업이 9.4%, 단순 노무직이 8.3%, 서비스 및 판매직이 7.4%로서 위 직종이 전체 취업 장애인의 1/3을 차지하고 있다. 이것은 전체 취업자의 27.6%가 전문가/기술공과 사무직인 비장애인과의 현저한 차이를 보여주고 있다.<sup>13)</sup> 장애인의 실업률에 대해서는 최근 한국갤럽조사연구소의 조사에서도 마찬가지로 결과를 보여주고 있다. 즉, 전체 장애인의 29.9%만이 경제활동을 하고 있었으며, 기능/기술/노무직이 전체의 37.2%를 차지하고 있었다.<sup>14)</sup>

이러한 결과들은 장애인들이 경제활동 특히 고용에서 비장애인과 비교할 때 많은 차별을 받고 있음을 보여주고 있는 것이다. 비장애인의 경우 실업률이 4-5% 정도이지만 장애인의 경우 70%에 이르고 있다는 것이다.

장애인이 고용에서 차별을 받는 이유는 여러 가지가 있지만, 그 가운데 고용주(경영자)의 이해 부족(36.7%), 장애인에게 적합한 일의 부족(22.9%), 직장의 편의시설 부족/미비(18.4%)가 대표적인 이유인 것으로 나타났다.<sup>15)</sup> 실제로 장애인들은 민간기업에 취업할 경우 면접 등의 과정에서 차별을 경험한다고 응답하고 있다. 한 보고에 의하면, 전체 장애인의 40.9%가 아주 심한 차별을 경험했고, 41.3%가 약간의 차별을 경험했다고 응답하여 모두 82.2%가 취업과 면접 과정에서 차별을 경험하는 것으로 드러났다.<sup>16)</sup> 또한 장애인의 차별은 민간 기업에서뿐 아니라 공공기관(공무원 임용)에서도 역시 아주 심하게(35.1%), 약간(44.5%) 있는 것으로 나타났다.<sup>17)</sup> 실제로 아직도 교육공무원(초등학교 교사)의 경우 장애인은 임용이 안 되고 있으며, 중등 및 고등교육 교사의 경우에도 장애에 따라 임용이 안 되는 차별이 현존하고 있다.

## 3. 교육권에 있어서의 차별

보건복지부와 한국보건사회연구원의 보고에 따르면, 전체 장애인의 21.5%가 무학이었고, 초등학교 30.1%, 고등학교 24.1%, 중학교 14.2%의 순이었다. 이것은 우리나라 전체 국민의 교육수준이 초등학교 26.6%, 중학교 15.7%, 고등학교 38.0%, 대학교 이상 19.7%로서 전체 국민의 57.7%가 고등학교 졸업이상의 큰 학력을 지닌 것과는 큰 차이를 보여주고 있다.<sup>18)</sup> 장애인 스스로도 교육과정에서 인권침해나 차별을 당하고 있다고 보는 비율이 36.1%에 달하고 있다. 특히 정신지체장애인의 경우 어린이집이나 유치원에서 부당한 대우를 당하고 있다고 보고한 응답자가 65.7%로서 전체의 36.6%에 비해 두 배 가까운 경험율을 보여주고 있었으며, 초등학교 취학 시

13) 2000년도 장애인실태조사, p.142.

14) 한국장애인과 일반인의 의식, p.76.

15) 이성규, "장애인 직업재활 활성화를 위한 정책적 함의", 한국장애인과 일반인의 의식(서울 : 한국갤럽조사연구소, 2001), p.399.

16) 한국장애인단체총연맹, 1999년 한국장애인인권백서(서울 : 한국장애인단체총연맹, 1999), p.57.

17) 한국장애인단체총연맹, 위의 책, p.59.

18) 2000년도 장애인실태조사, pp.140-141.



특수학교 진학을 강요당하는 비율도 전체 장애인이 46.1%인데 반하여 정신지체장애인은 70.3%로 높게 나타남으로써 교육에 있어서 장애인의 차별도 심각하지만 정신지체장애인의 차별은 특히 심한 것으로 드러났다.<sup>19)</sup> 전체 응답자의 42.0%가 적절한 학교가 없어서 진학하지 못했다고 응답하여 학교의 편의시설의 부재 및 특수학급의 수요가 매우 부족함을 보여주고 있다.<sup>20)</sup>

#### 4. 공공시설 및 건축물 이용에 있어서의 차별

1998년도 보건복지부의 발표에 의하면 1997년도의 전국 편의시설 설치율은 41.9%로 나타나 1996년도의 36.8%에 비하여 5.1% 증가한 것으로 나타나고 있다. 이 설치율은 “장애인편의시설 및설비의설치기준에 관한 규칙”에 의거하여 전국 116,997개 대상시설을 조사한 것으로서, 대상시설별로는 공항이 80%로서 가장 높은 설치율을 보여주고, 지하도, 육교 등이 26.0%로서 가장 낮은 설치율을 보여주고 있다. 한편, 편의시설 종류 가운데는 턱낮추기가 73.3%로 가장 높은 설치율을, 음향신호기가 14.4%로 가장 낮은 설치율을 보여주고 있다. 1999년도에 보건복지부는 새로 시행되고 있는 ‘장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률’(이하 ‘편의증진법’이라 함)에 의하여 전국 153,093개소 대상 시설을 조사한 후, 편의시설 설치율은 48.2%라고 발표하였다. 주출입구 높이차이 제거 등 모두 16개 항목에 걸쳐 실태조사를 실시하였는데, 조사 결과 장애인복지시설이 70.4%로서 가장 높은 설치율을 보여주었으며, 공원(34.1%), 여관(33.7%) 등이 가장 낮은 설치율을 보여주었다. 편의시설 종류별 설치율을 보면, 접근로(62.3%)와 주출입구 높이차이제거(54.2%)가 그나마 높은 설치율을 보여준 반면, 화장실(17.0%), 시각장애인 안내설비(8.0%), 청각장애인 안내설비(6.4%) 등이 가장 낮은 설치율을 보여주었다.<sup>21)</sup> 이러한 편의시설 설치 비율은 최근 다시 더 증가한 것으로 나타났다. 지난 2004년도 3월에 발표한 보건복지부의 자료에 의하면, 전체 편의시설 설치율은 지난 1999년보다 28.4%가 높아진 75.8%이며, 가장 많이 편의시설 설치율이 높아진 것은 도로(89%), 공공건물 및 공중이용시설(74.3%), 공원(59.1%)으로, 98년도에 비해 각각 36.5%, 28.8%, 25% 증가한 것으로 나타났다. 대상시설별로 보면, 도소매점(74.1%), 공중화장실(73.7%), 종교집회장(73%), 전시장(72.6%) 등의 설치율이 높았으며, 편의시설 종류별로는 육실(91.5%), 접수대·작업대(87%), 주출입구 접근로(81.8%), 관람석·열람석(76.6%) 등의 설치율이 높았다.<sup>22)</sup>

하지만 이러한 보건복지부의 발표와는 달리 실제로 장애인들이 실생활에서 느끼는 접근성은 매우 낮았다. 전체 장애인 31.7%가 집밖 활동 시에 매우 불편을 느끼며, 약간 불편을 느끼는 장애인도 32.8%나 되었다. 결국 64.5%의 장애인들이 집밖 활동에 불편을 느끼고 있는 것으로 나타났다. 장애인의 집밖 활동 시 불편한 이유를 알아보면, 가장 불편한 점으로는 ‘몸이 불편해서’를 들고 있으며, 다음으로는 ‘계단, 승강기의 편의시설 부족’(59%), ‘건물 등 화장실의 편의시설 부족’(28.2%), ‘출입구, 출입문의 편의시설 부족’(23.2%), ‘점자블록, 교통신호 편의시설부족’(15.5%) 등을 들고 있어 이들 편의시설 등에 대해 과반수 이상의 장애인들이 불편함을 공통적으로 지적하고 있으며, 편의시설 확충에 대한 욕구를 보여주고 있다.<sup>23)</sup>

19) 한국장애인단체총연맹, 앞의 책, pp.117-119.

20) 한국장애인단체총연맹, 위의 책, p.119.

21) 배용호, “편의시설의 정의와 편의증진법의 이해”, 2001 편의시설 시민대학(서울 : 장애인편의시설촉진시민연대, 2001), p. 20.

22) 보건복지부, 2003 장애인편의시설 실태조사 결과 보도자료, 2004.3.4

이러한 편의시설의 미비는 공공시설 및 건축물에 대한 장애인의 접근을 가로막는 가장 큰 요인이 되고 있으며, 이는 장애인들은 외출 및 활동의 자유를 가로 막고 있다. 이것은 단지 장애인이 시설을 이용하지 못함으로써 끝나는 것이 아니라 똑같은 대한민국 국민임에도 불구하고 다른 국민들이 자유롭게 이용하는 시설을 이용하지 못하는 차별을 받게 되는 것이며, 더 나아가 시설을 이용하지 못함으로써, 결국 고용, 교육, 문화, 사회활동 등 생활 전반에 걸쳐 소외되고 참여가 제한되는 차별을 받게 되는 것이다. 이는 장애인 삶의 질 구성 요소의 중요도 순위에서 법적 권리 보장, 학령기 통합 및 전이에 이어 편의시설 설치가 세 번째로 중요한 요소로 손꼽히는 것에서도 분명히 알 수 있다.<sup>24)</sup> 편의시설의 설치 여부가 삶의 질을 결정하는 중요한 요소인 것이고, 편의시설이 설치되어 있지 않다면, 삶의 질은 낮아질 수밖에 없으며, 이것이 또 하나의 차별적 요소로 작용하게 되는 것이다.

#### 5. 대중교통 및 교통시설의 이용에 있어서의 차별

1999년도 현재 서울특별시의 경우, 횡단보도의 턱낮추기가 되어 있는 곳이 36,145개 가운데 32,752개로서 90.6%의 설치율을 나타냈으며, 점자블록의 설치 역시 37,818개 가운데 32,818개로서 86.8%의 설치율을 보여주었다. 그러나 도로의 유효폭, 도로의 기울기 등은 아직도 장애인이 이용하기에 어려움이 많으며, 대다수의 도로가 좁거나, 심하게 기울어져 있거나 공사중이거나 심하게 울퉁불퉁하여 다니기 어려운 상태로 남아 있다.<sup>25)</sup>

휠체어를 사용하는 장애인이 이용할 수 있는 대중교통은 현재 지하철 정도이다. 버스의 경우는 저상버스나 휠체어 리프트가 장착된 시내버스가 단 3대 있는데, 서울특별시에서 지난 2003년도에 시범적으로 시내버스에 도입한 저상버스 2대와 굴절버스 1대이다. 그러나 현재 서울 시내 버스는 8천여 대에 달하며, 전국의 시내버스 등 버스는 16,000여대에 달한다. 16,000여 대의 버스 가운데 휠체어 사용자가 탈 수 있는 버스는 단, 3대인 셈이다. 택시의 경우도 역시 휠체어를 사용하는 장애인이 휠체어를 탄 채로 탑승할 수 있는 택시는 단 1대도 없다. 지하철의 경우는 그나마 사정이 조금 나은 편이지만 역시 이용에 어려움이 많다. 서울시 지하철공사에서 운영하는 1기 지하철(1호선에서 4호선)의 경우, 2001년 7월 현재 140개 역 가운데 엘리베이터가 설치되어 있는 역은 13개 역, 휠체어리프트가 설치되어 있는 곳은 61개 역, 장애인 화장실이 설치되어 있는 역은 68개 역, 점자블록이 설치되어 있는 역은 136개 역으로 나타났다. 서울시 도시철도공사에서 운영하는 2기 지하철(5호선에서 8호선)의 경우, 2001년 7월 현재, 130개 역 가운데 엘리베이터가 설치되어 있는 역은 56개 역, 휠체어 리프트가 설치되어 있는 역은 72개 역, 점자블록이 설치되어 있는 역은 130개 역, 장애인 화장실이 설치되어 있는 역은 126개 역으로 나타났다. 결국 총 270개 역 가운데, 40.37%인 109개 역에는 휠체어리프트나 엘리베이터 가운데 그 어느 것도 설치되어 있지 않은 것이다.<sup>26)</sup>

23) 2000장애인실태조사, p.173

24) 박승희, “장애인의 삶의 질 구성요소에 대한 타당화 연구”, 재활복지 제4권, pp.92-98.

25) 배용호, 위의 글, p.21.

26) 자료집, “서울시 지하철 편의시설 실태조사와 개선방안,”(서울 : 장애인편의시설촉진시민연대, 2001), pp. 2-12.



한편, 운전면허제도의 차별은 장애인의 운전을 제한하여, 장애인들의 운전권을 침해하고 있다. 기존의 규정은 장애인의 경우 운전면허시험에 응시하기 전에 반드시 운동능력측정시험을 거쳐야 하며, 이 운동능력측정시험에 불합격할 경우 필시 시험에 응시할 기회조차 잃게 된다. 뿐만 아니라 청각장애인에겐 1종 면허시험의 응시가 제한되어 2종 면허시험만 응시할 수 있다. 문제는 이러한 운전면허시험에 있어서의 운동능력측정제도가 근거 없는 것이며, 합격 기준이 현실에 부합하지 않는다는 것이다. 국립재활원의 이범석 박사는 이 기준이 1983년에 일본에서 적성검사기기를 도입하면서 판정기준을 그대로 사용하다가 이를 개선하지 않은 것으로 추측하고 있다.<sup>27)</sup> 그러나 이러한 불합리한 제도가 장애인들이 운전면허시험을 보기도 전에 시험응시 자체를 가로막는 가장 큰 차별적 요인으로 작용하여 수많은 장애인들의 운전권리를 앗아간 것이다. 최근 경찰청은 인권위원회의 시정권고를 받아들여 규정을 개선함으로써 선별적으로 운동능력측정시험에 응시하도록 하겠지만, 시험을 폐지하지는 않을 것이라고 밝혀 다시 한번 차별 논란이 일고 있다.

한편, 지난 2003년도부터 서울시에서는 장애인콜택시를 운영하고 있는데, ① 서울시에서 운영하는 콜택시라고 하지만 엄연히 요금을 내고 이용하는 교통수단임에도 불구하고 서울시에 거주하는 장애인만 이용할 수 있다는 점, ② 처음 이용할 때 반드시 자신의 신상명세를 공개하고, 탑승할 때마다 이름을 말해야 하는 등 개인의 정보를 강제로 공개해야 하는 점 등에서 인권침해와 차별이 존재한다고 지적되고 있다.

이처럼 대중교통과 도로의 문제는 장애인의 이동을 제한하게 되며, 이동의 제한은 장애인들에게 중대한 또 하나의 차별이 된다. 휠체어를 사용하는 장애인은 시내버스를 이용하지 못하는 차별을 당하며, 지하철을 이용할 때마다 도움을 청해야 하는 차별을 받게 된다. 더 나아가 이러한 대중교통과 도로의 여건은 장애인의 외출과 이동을 막는 차별을 가져온다. 그리고 그 결과는 고용, 교육, 사회활동 전반에 걸친 참여와 활동의 제약이라는 차별로 나타난다.

## 6. 정보통신 이용 및 의사소통에 있어서의 차별

편의시설 가운데 편의증진법에 의한 정보통신 부분은 공중전화와 우체통의 정비가 전부이다. 하지만 커뮤니케이션이라는 측면에서 보면, 시각장애인 유도 및 안내 설비, 청각장애인 경보 및 피난설비 등도 이에 해당된다고 볼 수 있다. 그러나 이 역시 설치율이 매우 낮아 시각장애인 및 청각장애인의 정보 접근에 별다른 도움을 주지 못하고 있다.

텔레비전 자막방송 역시 부분적으로 시행이 되고 있으나 모든 텔레비전에 수신기가 내장되어 있는 것은 아니어서 청각장애인이 개인적으로 자막수신기를 구입해야 하며, 그밖에 비디오 등에도 자막(캡션) 삽입이 의무가 아니어서 한국 영화의 경우 자막이 삽입된 비디오 테이프를 찾아보기 힘들다. 따라서 아직도 청각장애인들이 방송이나 매스컴에 접근하기는 매우 어려운 형편이다.<sup>28)</sup>

최근 장애인들은 삶의 질의 중요도 우선 순위에서 정보통신에 대한 접근을 가장 중요한 1순위로 보고 있다.<sup>29)</sup>

27) 이범석, "장애인운전능력 평가의 재활의학적 고찰", 장애인자동차운전면허제도 토론회, p.9.

28) 배음호, "편의시설의 의미와 편의증진법의 이해", p.22.

29) 박승희, "장애인의 삶의 질 구성요소에 대한 타당성 연구", p.97.

## 7. 여성장애인 및 모성권에 있어서의 차별

성에 대한 차별의 가장 중요한 부분은 성차별과 여성장애인에 대한 차별이다. 우리 사회에서 여성장애인은 장애인으로서의 차별과 여성으로서의 차별이라는 이중적 차별을 당하고 있다. 그것은 장애인이라고 해서 가사나 육아로부터 벗어나지 못하는 데다가, 나아가 성폭력과 같은 차별과 인권 침해를 당하고 있기 때문이다.

한국장애인단체총연맹의 조사에 의하면, 여성장애인의 45%가 가정 내 양육 과정에서 부모로부터 차별을 경험하였고, 이성교제 시에도 어려움을 겪고 있으며, 결혼 후에는 시댁 가족과 남편으로부터의 부당한 차별을 경험하고 있었다. 아울러 성희롱이나 성폭행 등 성적인 부당한 경험과 각종 언어, 비언어적인 폭행을 당한 응답자도 전체의 25%에 달했다.<sup>30)</sup>

고용의 기회를 보면, 남성장애인의 경우 전체의 43.5%가 취업을 한 반면에 여성장애인의 경우 19.5%만이 취업을 하고 있었으며, 직업의 유형에 있어서도 남성장애인의 경우 자영업 51.7%, 일반사업체 37.5%인 반면에 여성장애인의 경우 자영업 62.8%, 일반사업체 23.9%로서 자영업에 더 많이 종사하고 있는 것으로 나타났다.<sup>31)</sup>

결혼에 있어서도 우리 나라 전체 20대 여성의 50.7%가 미혼인 반면에 20대 여성장애인의 경우에는 72.8%가 미혼이었다.<sup>32)</sup> 이것으로 보아 결혼의 기회에 있어서도 차별을 당하고 있음을 알 수 있다. 특히 여성장애인의 경우 전체의 44.6%가 이성 교제 시 차별을 경험했으며, 34.1%가 외모, 옷차림에 대해 부당한 대우를 받았고, 전체의 25.3%의 여성장애인이 성폭력을 경험했으며, 40.0%의 여성장애인이 남편으로부터 폭력을 당한 적이 있다고 응답하고 있다. 또한 임신, 출산 시에 차별을 당한 경험이 있다고 응답한 여성장애인은 39.1%였으며, 자녀 양육 시 차별을 당한 경험이 있는 여성도 45.3%였다.<sup>33)</sup>

## 8. 형사절차에 있어서의 차별

자기방어 능력이 약하거나, 자기표현능력이 부족한 정신지체장애인들이 범인으로 몰려 자백을 강요받는 사건들이 끊이지 않고 있다. 장애인의 특성상 장애인이 무리하게 수사를 받을 경우에는 장애인에게 대답을 강요하는 것조차 폭행이 되고, 협박이 될 수 있다. 나아가 장애인을 대리 혹은 변호해줄 사람이 없을 경우에는 법정에서까지 "예"라는 대답으로 일관하게 되고, 결국 장애인이라는 이유로 선처를 구하게 될 뿐이다. 이들이 전과자의 신분을 가지고 재차 수사를 받을 경우에는 보다 확실한 유죄의 심증과 함께 상습성까지 인정될 것이다. 결국 이들의 종착점은 공주치료감호소밖에 없게 된다.<sup>34)</sup>

30) 한국장애인단체총연맹, 앞의 책, p.167.

31) 한국보건사회연구원, 위의 책, pp.400-401.

32) 한국장애인단체총연맹, 위의 책, pp.169-170.

33) 한국장애인단체총연맹, 위의 책, pp.180-181.

34) 대한변호사협회, pp.433-434.



형사절차에 있어서의 장애인에 대한 차별과 인권침해는 ① 장애인의 고소를 무시하는 행위와 ② 구금시설 내에서의 편의시설 미설치에서 더욱 심각하다. 2003년 8월 송파경찰서에서는 성희롱 피해를 신고한 시각장애를 가진 여성의 고소를 무시하고 피의자를 방치한 채 오히려 피해자에게 “안 보이는데 어떻게 아느냐?” 등의 말을 하며 일방적으로 야단친 후 수사를 종결 처리한 사건이 발생했다.<sup>35)</sup> 이러한 사례는 특히 청각장애인의 경우에 더욱 심각하다. 수화통역사가 동행하지 않은 상태에서의 조사는 의사소통의 단절을 가져오고 결국 장애인에게 일방적으로 불리한 결과를 초래하는 경우가 허다하다. 의료사고로 지체1급 장애인이 된 김모씨가 병원측에 항의하다가 불을 질러 방화 미수 등의 혐의로 경찰에 구속되었는데, 구속 수감된 성동구치소에는 장애인용 화장실이 설치되어 있지 않아, 기저귀를 착용한 채 이동식 변기를 사용하는 등 인간으로서의 기본적인 품위 유지가 불가능한 상황에 처하게 되었다. 동료들이 이를 보다 못해 국가인권위원회에 진정하였고, 국가인권위원회는 “장애인에 대한 화장실 등 편의시설이 열악한 구치소에 중증장애인인 피의자를 계속 구금할 경우 인권침해의 우려가 있고 피의자의 건강에 돌이킬 수 없는 악영향을 줄 수 있으며, 초범으로서 증거인멸 가능성이나 도주 우려가 없다는 점”등을 들어 피의자에 대하여 불구속 수사할 것을 서울지방검찰청 동부지청장에게 권고한 사례도 발생하였다.<sup>36)</sup>

### 9. 생활시설에 있어서의 차별

생활시설은 가족과 함께 지낼 수 없는 장애인들이 어쩔 수 없이 지내야 하는 시설이다. 그러나 이러한 시설 내에서의 차별 역시 매우 심각한 실정이다. 몇 년째 사회적인 문제가 되고 있는 예바다 농아복지원 사건은 그 대표적인 사례라고 할 수 있다.

한국장애인단체총연맹의 조사에 의하면, 전체 장애인의 23.2%가 시설 내에서 불임을 강요당한 경험이 있다고 응답했고, 전체의 27.2%가 욕실 등에서 벗은 몸을 강제로 노출당한 경험이 있다고 응답했다. 그 밖에도 두발 형태에 대한 강요(25.3%), 복장제한(25.9%), 직원의 희롱(23.6%), 통신 제한(27.4%), 타인접촉제한(26.0%), 식사제한(22.9%), 약물투여로 인한 행동제한(21.2%) 등이 자주 나타나는 차별과 인권침해이다.

## III. 차별에 대응한 장애인 운동의 역사와 실정법의 한계

### 1. 서설

앞에서 살펴 본 바와 같이 장애인차별은 장애인의 모든 생활 영역에 자리 잡고 있어서 일일이 열거하기 어려울 정도이다. 한편, 차별이 존재한다는 사실은 차별에 대한 반작용 또한 존재할 수 밖에 없음을 말하는 것이며, 차별에 대한 반작용은 차별받는 당사자들의 저항으로 표출된다. 이와 같은 저항이 장애인계에서 나타날 때 이를 장애인 운동이라고 부를 수 있을 것이다. 김상호는 ‘장애인 운동’을 “장애인의 열악한 삶을 개선하려는 제 활동을 말하며 ‘장애해방’을 그 목적으로 한다.”고, ‘장애해방운동’을 “장애인이 장애를 입었다는 이유로 사회로부터 받는 온갖 차별과 소외에

35) 대한변호사협회, 위의 책, p.435

36) 대한변호사협회, 위의 책, p.435.

서 해방되어 인간답게 사는 사회를 건설하기 위한 일련의 노력 즉, 장애인의 인권을 회복하기 위한 모든 사회적인 활동”이라고 각 정의하고 있다.<sup>37)</sup> 즉 장애인 운동의 궁극적 가치는 장애로 인해 차별되고 소외되는 인권의 회복에 있다고 할 수 있다.

그러나 차별에 대한 저항운동, 인권회복운동은 항상 동일한 모습으로 드러나지는 않는다. 그 시대를 지배하는 패러다임과 이 시기에 조용한 주체의 역량에 따라 다양한 모습으로 나타난다. 따라서 여기서는 먼저 장애인의 삶을 지배했던 패러다임의 변화를 살펴볼 것이고, 대표적인 영역에서의 장애인 차별 철폐 운동의 궤적을 훑어본 후 장애인 운동의 주체적 흐름을 패러다임 속에서 확인해 보고자 한다.

### 2. 패러다임의 변화와 장애인 운동의 전개

1945년 이후 장애인을 바라보는 패러다임은 크게 3단계의 독특한 과정을 거치면서 발전하였다.

그 첫 번째 단계를 지배했던 패러다임은 장애인을 ‘보호’의 대상으로 바라보는 패러다임이다. 이 단계에서는 시설화, 의존, 분리 등의 용어가 지배하는 시기이며, 장애를 가진 사람들을 ‘병자’ 또는 ‘취약한 사람’으로 묘사하는 의료적 관점이 주도했다. 장애인은 무능력한 사람들이기 때문에 특별한 조치에 의해 보호되어야 하고, 권리를 가진 주체라기보다 보호의 객체로 다루어졌다. 장애인도 ‘성치 못한 존재이며 보호를 받아야 하는 사람’, ‘경제성장에 장애물이며 최소의 경비로 보호 또는 시설에 수용하여야 하는 존재’였다(김미옥 외, 2004: 35). 이 단계는 서구에서는 약 1970년대 중반까지라고 볼 수 있으며 우리나라의 경우도 마찬가지로 볼 수 있다. 1961년에 제정된 생활보호법에 의해 장애인은 재활시설에서 생활하도록 하는 방침이 우리나라 장애인 정책의 전부였다고 말해도 과언이 아니다.

이와 같이 ‘보호’ 패러다임이 지배하던 1970년대 중반까지는 사실상 장애인 운동은 거의 나타나지 않았다. 장애인들의 주체적인 역량이 거의 준비되지 않았으며 장애인들은 시설에서 생활하면 되는 사람이라고 생각되었으므로 ‘차별’이라는 문제의식조차 없었기 때문이다.

두 번째 단계를 지배했던 패러다임은 장애인을 훈련과 교육을 통해 ‘재활’시켜야 하는 대상으로 바라보는 패러다임이었다. 이 패러다임에서 장애인은 사회에서 활동하기에 부적절한 존재이고 훈련과 교육, 재활과정을 통해 사회의 일원으로 만들어야 한다는 인식이 지배하였다. 장애인의 무능력(disability)에 초점이 맞추어졌으며, 무능력한 장애인을 다시 능력있게 만드는(rehabilitation) 것이 중요했다. 능력있게 만드는 주체는 의사, 물리치료사, 사회복지사나 특수교사와 같은 전문가들이었고 장애인은 이러한 재활을 받아들여야 하는 객체였다. 일반적으로 두 번째 단계는 서구의 경우 1970년대 중반부터 1980년대 중반에 해당하는 시기라고 일컬어지며 우리나라의 경우 1970년대 중반부터 1990년대 중반에 해당하는 시기라고 보여진다. 이 시기에 장애인특수교육법 제정(1977년), 심신장애자복지법 제정(1981년), 장애인고용촉진등에관한법률 제정(1990년) 등 재활과 보호, 교육 중심의 법들이 제정되었다.

교육과 훈련 패러다임이 지배하던 1970년대 중반부터 1990년대 중반까지는 개별적이고 조직적

37) 김상호, “한국사회복지운동에 관한 정치사회학적 고찰 : 그림시적 시각에서”, 고려대 석사학위논문, 1994.



인 장애인 운동이 발생했다. 그러나 장애인 차별 철폐 운동의 영역은 주로 교육과 노동 영역에 집중되었고, 노동영역에서도 주로 교원이나 공무원과 같은 공적인 신분과 관련되는 영역이었다. 따라서 이 시기의 장애인 운동은 교육과 훈련의 책임을 지는 국가를 대상으로 한 공적인 성격을 띠는 저항운동이라고 할 수 있다.

세 번째 단계는 지역사회에서의 통합된 생활, 즉 지역사회생활(community living)에 초점을 두는 패러다임이 지배하는 단계이다. 두 번째 단계 이후 지금까지가 이 단계에 해당한다. 이 단계에서는 장애를 가지고 있는 사람들도 지역사회 구성원(community membership)이라는 관점이 강조되어, 지역사회에서의 통합, 자립, 삶의 질, 개별화 등을 위한 기능적 지원(functional supports)이 증시되었다. '장애인의 완전 참여와 사회통합'이라는 UN 아시아·태평양경제사회위원회(ESCAP)의 슬로건이 장애계에 집중적으로 전파되면서 장애인의 지역사회 생활권이라는 명제가 분명해졌다. 편의증진법이 제정(1997)된 것은 이러한 흐름을 대변해 준다. 이 패러다임 하에서 장애인들은 모든 자유권과 사회권의 보장을 통한 지역사회생활을 주장하면서 지역사회생활을 영위하기 위해서는 모든 차별이 철폐되어야 함을 명시적으로 제안한다. 또한 더 이상 장애인은 객체가 아니라 주체임을 선포하고 소위 '장애인 당사자주의'라는 분명한 슬로건을 내세운다.

지역사회 생활 패러다임이 지배하고 있는 1990년대 중반이후부터는 장애인 차별에 대한 저항 운동이 생활상의 전 영역으로 확대되는 경향을 보였다. 기존의 교육과 노동 영역 이외에 참정권, 이동권, 소비자 생활권 등 전 영역에서 장애인 차별문제가 거론되었으며 여기에 대해 조직적이고 첨예한 저항운동이 전개되었다.

이러한 저항운동은 나름대로의 성과를 거두기도 했다. 그러나 차별에 대해 개별적 혹은 조직적으로 대응하는 가운데 소모되는 시간과 노력, 장애인 개개인의 물질적·정신적 피해는 이루 말할 수 없는 것이었다. 그리고 무엇보다 중요한 것은 일정 정도 성과를 거두었다 하더라도 동일 또는 유사한 차별행위가 반복되는 경우가 허다하며, 차별이 인정되었다고 할지라도 그 피해가 복구되지 못한다는 점이다. 그렇기에 장애인차별이나 인권을 확보되는 법률과 실질적인 구제절차, 그리고 그와 관련된 권리구제방안 등이 규정된 법률을 마련하는 것이 절실하게 요청되고 있다.

### 3. 장애인 운동의 흐름

차별에 대한 저항이야 무수히 많지만 여기서는 '운동'이라는 관점을 견지하기 위해 차별에 대해 저항하고, 적극적으로 대응해 온 장애인 당사자, 장애인 단체의 대응을 중심으로 살펴보겠다.

#### 가. 장애인 노동차별 철폐운동

노동영역은 장애인 차별이 발생하는 대표적인 영역이다. 모집, 채용, 승진, 해고 등에서 장애인 차별은 일일이 기록하기 어려울 정도이다.<sup>38)</sup> 하지만 지속적인 고용관계에 놓여야 한다는 개인의

38) 「장애인 고용 및 승진 실태조사」(한국장애인단체총연맹, 대구대학교 2002)에 의하면 장애인들은 노동시장 진입 전에서부터 모집 및 채용단계, 퇴직 및 해고단계, 직무배치 단계, 임금 및 복지혜택, 능력개발 단계에 이르기까지 전 노동영역에서 일반인과 비교할 때 차별을 받는 것으로 조사됐다. 특히 구인업체의 93.8%가 채용과정에서 '신체건강' '용모단정한 자' '연령제한' 등의 직간접적인 방법으로 장애인을 차별하는 것으로 드러났으며, 50.7%의 장애인이 면접시 '장애가 있음에도 일을 잘 수행할 수 있겠느냐'는 차별적 질문을 받았던 것으로 알려졌다. 승진이나 승급에 있

심리적 부담과 더불어 '인사는 재량'이라는 인식으로 인해 민간분야보다는 공공분야에서 보다 적극적인 대응이 나타났다.

노동영역에서의 장애인차별 철폐운동의 뿌리는 1980년 제22차 사법시험에 합격하여 사법연수원을 수료한 4명의 장애인이 1982년 법관 임용에 있어 이유 없이 탈락된 사건이다<sup>39)</sup>. 당시 만해도 운동역량이 성숙되지 못한 장애인운동진영은 단발적이고 개별적인 움직임을 보여 왔는데, 이 사건을 계기로 처음으로 '공동대책위원회'를 결성, 100만인 서명운동·집단탄원서 제출 등을 통해 전국적인 반향을 불러일으켜 대법원으로부터 구제를 받게 되었다.

하지만 이러한 유형의 차별사건은 여기에서 끝나지 않고, 공무원시험이나 교원임용 시험에서 지속적으로 발생하였다. 특히 노동영역에서 장애인차별사건 중 중요한 의미를 갖는 사건으로 두 가지를 들 수 있는데, ① 군가산점으로 헌법소원을 내서 승소를 한 정강용씨 사례와 ② 제천시 보건소장 승진임용에서 탈락된 이희원씨 사례이다.

정강용씨(지체3급)는 1993년 대전시 7급 공무원 시험에 응시했으나 장애인이라는 이유로 군대에 갈 수 없는 상황이었음에도 불구하고 군면제자라는 이유로 군필 가산점이 부여되지 않아 점수 부족으로 공무원 임용에서 탈락되었다. 이에 정강용씨는 7년여의 소송을 거쳐 결국에는 군필 가산점에 대한 헌법 소원을 내 승소를 했다. 정강용씨의 길고 험란한 법정 투쟁은 장애로 인해 선택의 여지가 없는 군면제가 사회에서는 불이익으로 되돌아오는 장애인 차별 현실과의 싸움이었다고 할 수 있다.

국가인권위원회 진정 1호 사건으로 잘 알려진 이희원씨 사건은 장애인운동진영에서 '제천시장애인차별공동대책위원회'를 구성<sup>40)</sup>, 국가인권위원회 진정 과정에서부터 차별임을 알리며 적극적으로 대응했고, 국가인권위원회로부터 "장애로 인한 차별"임을 인정받은 첫 사례로 기록되었지만, 피해자를 위한 적극적인 구제조치가 이루어지지 않아 별도로 처분무효확인소송과 손해배상소송을 제기해야 했다<sup>41)</sup>.

이러한 개별적인 차별철폐운동과 함께 차별받고, 배제당하는 장애인 노동권을 법으로 보장하고 긍정적 차별을 도모하려했던 대표적인 사례는 1980년대 말 전개된 '장애인고용촉진법' 제정운동이다. 이 운동은 1988년 서울올림픽과 함께 치러지는 장애인올림픽 개최라는 시대적 환경으로 인해 증폭된 장애인에 대한 국내외의 관심을 계기로 1987년부터 거세게 전개되었다. 1988년 11월

에서도 22.5%의 장애인근로자가 차별을 경험했다고 응답했으며, '채용시 직급배치 차별을 당했다'고 응답한 장애인이 17.8%였다. 또한 조사대상 업체의 79.1%가 신체기능 및 정신상의 장애를 이유로 직권면직이나 해고, 퇴직 규정을 인사규정에 포함하고 있었으며, 건강상의 문제가 회복되었을때도 산업안전보건법상의 복직규정을 지키지 않고 있는 것으로 나타났다. 이외에도 정년제도의 차별, 감원이나 해고시의 차별, 징계나 해고시 별도절차 적용 등이 장애인들이 차별에 노출되어있는 것으로 조사됐다.

39) 1980년 제22차 사법시험에 합격한 장애인인 박은수, 박찬, 조병훈, 김신 등의 네사람의 장애인이었으며, 이들은 1982년 사법연수원을 수료하고 법관임용에 지원했으나 아무런 이유 없이 탈락되고 말았다. 이에 20여개의 장애인 단체가 공동대책위원회를 결성, 다각적인 대응을 전개했다.

40) 한국장애인단체총연맹, 장애우권익문제연구소, 인도주의실천의사협의회 등 45개 단체로 구성

41) 처분무효확인소송의 경우 1심(청주지법 2003. 11. 27. 선고 2002구합986 판결)에서 기각돼 항소(대전고법 2004누20)를 제기해 놓은 상태이고, 민사소송에서는 3,000만원의 배상책임이 인정되었다(청주지법 제천지원 2004. 2. 12. 선고 2002가단2276 판결, 항소심 대전고법 2004나2968으로 계속 중임).



명동성당에서 8일간의 노상철야단식을 통해 관련법 제정을 약속받았고, 1989년 10월부터는 장애인공동대책위원회를 결성, 여야 3당안이 국회에 제출되도록 했으며, 각 정당 당사를 차례로 점거하는 등의 물리적 행사까지 전개하여 1989년 12월 '장애인고용촉진등에관한법률'이 국회 본회의를 통과하였다.<sup>42)</sup>

또한 1998년부터는 중증장애인의 노동권 확보가 쟁점으로 부각되어, 이 내용을 집중적으로 담고 있는 직업재활법 제정 운동이 본격적으로 전개되어, 1999년 12월 장애인고용촉진등에관한법률이 장애인고용촉진및직업재활법으로 개정되었고, 제4조에 "장애인이라는 이유로 채용·승진·전보 및 교육훈련 등 인사관리상의 차별대우를 하여서는 아니 된다."는 사업주의 책임을 명문화하였지만 구체적인 처벌규정 등은 수반되지 않았다.

이외에도 2003년에는 모든 근로자에 적용되는 최저임금제도에서 장애인을 예외로 허용할 수 있도록 한 최저임금법 해당 조항을 삭제할 것을 장애인운동진영에서 노동부에 요구하기 시작하였고, 2004년에는 장애인고용촉진기금 고갈현상을 토대로 장애인고용장려금을 축소하려는 움직임이 보이고 있는 노동부에 반발하여 장애인고용장려금 축소를 저지하고 근본적인 변화를 요구하는 운동이 활발하게 전개되고 있다.

#### 나. 이동권 확보운동

최근 가장 활발하게 일어나고 있는 장애인 운동 영역은 이동권이다. 장애인 이동권 운동의 뿌리는 1984년 휠체어 장애인인던 故김순석씨가 "서울거리의 턱을 없애 달라."고 요구하며 자살한 사건이었다. 김순석씨 사건과 관련해서는 대학정립단 등의 장애식투쟁이 이어지자 서울시장이 도로의 턱을 없애겠다는 약속을 하고, 한국방송공사가 그 다음해 도심적응훈련 "이제는 파란불이다."를 방영하기도 했다.

이후 편의시설 설치와 관련된 장애인단체 등의 실태조사 등이 이어지고, 1997년 편의증진법이 제정되기까지 장애인운동진영의 적극적인 의견수렴과정 등이 있었지만 두드러진 활동은 전개되지는 못했다.

그러다가 1999년 혜화역에서 장애인 리프트가 추락하는 사고가 발생하자 '혜화역 리프트 추락사 대책위'가 구성되어, 대중교통에 있어 장애인 편의시설 투쟁이 시작되었다. 당시 대책위는 안전성이 검증된 승강기로 교체해 줄 것을 요청했지만 예산상의 이유로 거부당하자 손해배상소송을 제기했고, 500만원의 위자료 지급판결이 내려지기도 했다.

42) 이 운동의 시발점은 1988년 복지정책이 전무한 현실에서 장애인올림픽이라는 기만적인 행사에 격분하여 4.16일 명동에서 '기만적 장애인복지정책규탄대회'로부터 출발했다. 이후 7.2일 장애인올림픽조직위원회 점거농성, 10.9일 안암동 개운사에서 '기만적인 장애인올림픽거부 및 장애인생존권결의대회' 11.17일 노상철야단식 등의 운동이 이듬해인 1989년 장애인단체들이 제안하는 법안 등의 공청회 등이 본격적으로 추진되기 시작했다. 당시에는 장애인노동권에 관련된 장애인고용촉진등에관한법률제정 뿐 아니라 당시 심신장애자복지법을 개정하도록 하는 운동까지 함께 포함되어있었다. 이 운동을 주도해온 운동세력으로는 전국지체부자유대학생연합회, 장애우권익문제연구소, 한국장애인총연맹 등이 중추적인 역할을 담당했지만 1989년에는 200여개의 장애인단체가 연대하였으며 이외에도 사회복지, 특수교육학과 학생들까지 연대하여 노동권을 확보했다

이윽고 2001년 지하철 4호선 오이도역에서 장애인용 휠체어 리프트가 추락하면서 70대 장애인 이었던 부인은 죽고 남편은 중상을 입은 사건을 계기로 이동권 문제는 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 이 사건을 계기로 '오이도역 장애인 수직형 리프트 추락참사 대책위원회'가 구성되면서 장애인 이동권 문제가 공론화되기 시작했다. 위 대책위원회는 장애인이동권확보를 위한 운동이 지속적으로 이루어져야한다는 필요성을 인식해 2001년 4월 '장애인이동권쟁취를위한연대회의'(공동대표 박경석 외2인)를 발족하고, '장애인 버스타기 운동'과 '이동권확보를 위한 100만인 서명운동', '천막농성', '지하철역선로점거농성', '이동권침해 손해배상소송' 등을 전개하면서 장애인 이동권 문제를 우리 사회 전역에 확산시켜 왔다.

그러나 2002년 발산역에서 또 다시 휠체어 리프트 추락사고가 발생했고, 2003년에는 송내역에서 시각장애인(장영섭, 57세)이 선로에 추락하는 바람에 진입하던 열차에 치여 사망한 사건이 발생하여 장애인이동권연대만이 아닌 전체 장애인계로 운동의 파장이 넓혀져 갔다.

이와 함께 장애인이동권연대는 지하철을 이용하는 장애인을 중심으로 자신들의 이동권이 침해되었다는 이유로 서울시, 지하철공사, 도시철도공사를 상대로 손해배상청구소송을 제기했으며, 보건복지부장관을 상대로 "저상버스도입의무 불이행"이 위헌임을 구하는 헌법소원을 제기하는 등의 운동을 전개하기도 했는데 법률적 소송행위에서는 성과를 보지 못했다.<sup>43)</sup> 이에 이동권운동진영은 철로 및 버스 점거를 통한 시위와 함께 "이동권보장에관한법률"제정 운동을 전개하고 있다.

#### 다. 교육권 확보운동

교육영역에서의 차별철폐운동의 뿌리는 1967년 부산중학교에 지원한 윤철균의 입학 거부에 대해 1968년 특수보육학회(현재 한국소아마비학회)의 강력규탄에서부터 출발했다. 그리고 1976년 30여명의 장애인이 서울대에 대거 낙방하는 사건이 발생하자 부모, 장애인계에서 거세게 항의했으며, 이는 비교육적 입학제에 대한 쟁기대회 등으로 이어졌다.<sup>44)</sup> 그 이후에도 이와 유사한 사건들이 줄줄이 뒤를 이었지만<sup>45)</sup> 빈번한 입학차별에 대해 운동역량이 성숙되지 못했던 장애인운동진영은 조직적으로 대응하기보다 단발적이고 개별적으로 대응하였고, 개인구제 차원에 머물렀다.

이런 가운데 장애인운동진영은 역량이 점차 성숙되어 갔고, 장애인의 차별적인 교육현실을 해결하는 방안은 장애인교육을 공교육화하는 것이라는 대안을 찾게 되었으며, 1992년에는 장애인의 교육권을 보장하는 근본적인 법제도를 마련하기 위해 장애인 부모, 특수교사 등의 단체가 모여 장

43) 헌법재판소는 장애인이 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가 과제에 대하여 최우선적으로 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 헌법의 규범으로부터 '장애인을 위한 저상버스의 도입'과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없다"는 이유로 청구를 기각했다(위드뉴스 2003. 8. 8)

44) 장애를 이유로 입학을 거절당한 사례는 이외에도 1977년 서울 대학교 응용미술학과에 지원한 청각장애인 박치근, 영남대학교 약대에 지원한 장기석, 구본영 등이 각각 장애라는 이유로 입학을 거부당했으며, 1978년에는 부산 대학교 윤여진, 김호남 등 7명이 무더기로 입학을 거부당하는 사례 등 끊이지 않아왔다.

45) 1980년 영남대학교 약학대학에 필기시험에서 상위를 차지한 장애인을 지체장애인이란 이유로 낙방시킨 사건이 발생하였으며, 1986년에는 가톨릭의대에서 소아마비학생 3명이 불합격하는 사건이 발생했다. 영남대학교의 경우 장애인 대표학생회의 불합격 철회 요청이 있었으나 학교측이 받아들이지 않자 소송이 제기되었으며 1981년 2월 승소하여 입학이 허가되었다. 이뿐만 아니라 이후 영남대에서 장애인이라는 이유로 입학을 거절하는 일은 사라졌다. 가톨릭대 의대에서도 5일동안의 문교부와 보사부간의 갈등, 김수환 추기경의 담화, 장애인단체의 항의 등으로 중대 1명을 빼고는 불합격을 번복, 합격처리하였다.



애인교육권 확보를 위한 범국민대책회의를 구성하여 장애인의 유치·초·중등교육을 의무교육화하는 제안을 담은 “장애인교육에관한기본법안”을 국회에 입법청원하기에 이르렀다. 그리고 정부안인 특수교육진흥법과의 논쟁과 여러 차례의 공청회와 세미나, 결의대회 등을 거쳐 12월에 장애인운동 진영이 요구해왔던 내용이 수렴된 특수교육진흥법 개정안이 국회를 통과하였다.<sup>46)</sup>

이후로도 특수교육진흥법은 몇 차례에 걸쳐 개정되었는데, 특히 장애를 이유로 한 입학거절은 1997년 개정으로 정당성을 상실하게 되었다. 개정된 특수교육진흥법 제13조에 학교장등은 장애를 이유로 입학의 거절하지 못하도록 명문화했기 때문이다.<sup>47)</sup> 이 조항으로 1999년 서원대에 원서 자체를 접수하지 못했던 서주현(뇌병변1급)씨의 손해배상청구소송과 학교장에 대한 벌금형, 2000년 서울교대에 입학거절을 당한 김훈태씨, 2000년 청주대에 편입원서를 냈다가 거절당한 황선경씨(시각1급) 등이 장애우권익문제연구소와 함께 학교를 상대로 소송을 제기하여 학교로부터 편입학 권리를 획득하게 되었다.

한편 교육권은 단순히 입학 뿐 아니라 적절한 교육환경과도 직결되는 문제인데, 교육환경에 대한 장애인들의 적극적인 대응은 1995년 장애인특례입학제가 도입되고 많은 수의 장애인들에게 대학입학의 문이 활짝 열린 이후부터 본격적인 논의의 쟁점으로 부각되기 시작했다.

적극적인 대응의 첫 사례로는 2001. 3월 학내의 편의시설 부족으로 학습권을 침해받았다고 학교를 상대로 손해배상청구소송을 낸 박지주씨(지체장애1급) 사례이다. 2002. 7. 26. 1심 법원은 편의시설과 관련, 장애학생에 대한 대학의 “배려의무”를 확인하고 “장애인용 책상 설치 등 비교적 손쉬운 요구를 배려하지 않아 원고가 신체적 불편과 정신적 피해를 본 점이 인정된다면서 “피고는 원고에게 250만원의 위자료를 지급하라.”는 판결을 내렸고, 이 판결은 항소 및 상고를 거쳐 결국 2003. 10. 9. 학교측이 위자료 250만원을 지급하는 것으로 확정되었다.<sup>48)</sup> 하지만 2년 넘도록 소송이 진행되면서 학교 측은 “향후 신축 건물을 지을 때 편의시설을 잘 갖추겠다.”는 답변을 하였을 뿐, 구체적으로 피해자의 학습권을 보장하기 위해 개선한 사항은 전혀 없었다.

이 판결로 인해 대학 내 장애인의 학습권 보장에 대한 욕구와 목소리가 커지면서 국내의 대표적 대학인 서울대학교에서도 장애 학생들의 교육환경보장의 목소리가 커져가고 있는데, 2004년 서울대장애인인권연대사업팀과 장애인편의시설추진시민연대를 비롯한 40여개 장애인·대학생단체는 2004. 3. 18일 서울대측에 “장애인 교육환경 개선과 교육권 확보를 위한 공동요구안”과 공개질의서를 전달한 바 있다.<sup>49)</sup>

#### 라. 참정권 확보운동

46) 장애인복지를위한공동대책위원회, 전국특수교육과학생연합등 25개 시민단체 합류

47) 제13조(차별의 금지 등) “① 각급학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형합력자의 입학의 거부하는 등의 불이익한 처분을 하여서는 안 된다.”

48) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2003다38337 판결

49) 이들 단체는 공동요구안에서 ▲모든 교육환경 예산을 고정정책하고 예산을 투명하게 공개할 것 ▲장애인 교육환경을 위한 장기적인 연구, 계획, 평가를 전담하는 전문기구를 장애인 학우들과 함께 민주적으로 설치·운영할 것 ▲현 서둘 버스를 모든 사람이 이용할 수 있는 저상버스로 교체할 것 ▲장애인 학우의 교육권침해를 공개 사과할 것 등을 촉구했다.

장애인의 참정권 문제가 부각되기 시작한 것은 그리 오래되지 않았는데, 1997년 한국농아인연합회가 방송3사를 상대로 한 수화자막방송실시를 위한 가처분신청을 한 것을 시작으로 2000년 투표시설미비로 인한 참정권 침해소송에서부터 불거지기 시작했다.

2000년 제16대 총선에서 장애인운동진영은 투표소가 2층에 설치돼 선거권을 행사하지 못한 중증장애인 8명과 함께 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였고, 원고 중 서승연씨에게 국가의 손해배상책임이 인정됨으로써 국가에 참정권 보장의 의무가 있다는 판결을 이끌어 냈다<sup>50)</sup>. 이 소송은 장애인 참정권보장에 대한 국가기관의 책임을 환기시키고, 장애인 선거권 확보에 대한 사회 일반의 높은 관심을 끌어낼 수 있었다.

또한 2000년 7월에는 대전 한마음요양원에서 원생들을 대리해 투표한 혐의로 원장 및 생활교사를 공직선거및선거부정방지법 위반으로 고발하여 정신지체장애인에게 진정한 의미의 참정권 실현을 보장할 것을 촉구하기도 했지만, 시설을 운영하면서 장애인보호에 기여했다는 정상 참작으로 기소유예처분과 벌금이라는 경미한 처벌을 받고 종결된 사건도 있었다.

이후 2002년 대통령 선거를 앞두고는 장애인 선거권을 보장할 것을 내용으로 담은 장애인 참정권 확보를 위한 선거법 개정 등을 요구했었지만 현재까지 정치권의 무관심으로 법제화되지는 못하고 있는 실정이다.

#### 마. 소비자로서의 권리침해에 대한 대응

민간영역에서의 권리침해에 적극적으로 대응하기 시작한 것은 최근의 일이다. 장애인들은 소비자이면서도 소비자의 지위를 박탈당해 왔는데 그 대표적 사례가 바로 ‘민간보험’이었고, 이에 적극적으로 대응한 사례가 바로 민간보험사의 보험가입 상의 차별문제였다.

보험시장에서 보험사들이 장애인들의 보험가입을 거부해오고 있다는 것은 공공연히 알려져 온 사실인데, 특히 보험사들은 심신상실·박약자(정신지체장애인)를 피보험자로 한 보험계약은 무효라는 상법 제732조를 들어 보험가입을 거부해왔다. 이와 같이 민간보험 영역에서 장애인이 소비자 지위를 찾지 못하는 것에 대해, 1급 뇌성마비 장애인이라는 이유로 보험 가입을 거절당한 조병찬(28)씨가 “장애인 차별로 정신적 고통을 겪었다.”며 푸르덴셜 보험사를 상대로 낸 손해배상 청구소송<sup>51)</sup>에서 재판부는 “보험사는 위자료 200만원을 지급하라”며 원고 일부승소 판결을 내렸다. 이는 사(私)보험처럼 계약자유의 원칙이 적용되는 범위에 속한다고 할지라도 장애인복지법 제8조에서 정한 차별금지영역에 해당한다는 것과 회사 측이 장애인을 차별하지 않았음을 합리적 근거를 들어 입증해야 한다는 것을 명시적으로 밝혔다는 점에서 향후 사적 영역에서의 차별 시정에 있어서 획기적 발판을 마련해 주었다.

#### 4. 소결 - 실정법의 한계

50) 서울지법 2001. 3. 21. 선고 2000가단146549 판결, 항소심 서울지법 2002. 1. 6. 선고 2001나25718 판결

51) 서울중앙지법 2004. 2. 12. 선고 2003가단150990 판결, 확정됨



이미 앞에서 살펴본 바와 같이 장애인차별은 노동, 교육, 이동, 선거 등 모든 생활 영역에 팽배하게 자리 잡고 있다. 그리고 이러한 차별을 철폐하고, 제도적으로 근절하려고 하는 장애인 당사자, 장애인 단체 등을 비롯한 장애인운동진영의 노력도 끊이지 않아 장애인 운동은 곧 '장애인차별 철폐운동의 역사'라 해도 과언이 아닐 정도이다.

장애인운동진영은 운동 과정에서 장애인 문제는 개인의 특성 문제가 아니라 사회적 차별의 문제이고, 나아가 법과 제도의 문제임을 인식하게 되어 실정법 및 제도를 통한 차별금지 및 권리구제를 도모하여 왔다. 그러나, 그것은 곧 한계에 부딪힐 수밖에 없었다. 인권위원회에 많은 부분을 기대하였으나 인권위원회에서 할 수 있는 것은 차별의 현실을 조사하고 시정권고를 하는 것이었고, 이것은 해당 차별행위에 대해 주위를 환기시키고 인식 및 제도의 전환을 가져오도록 촉구한 측면은 있으나, 전면적이고 실효성 있는 구제를 가져오지는 못했다. 또한 장애인 관련 실정법은 장애인 복지 분야에 대해서는 낮은 수준에서나마 법제가 형성되어 가고 있었지만, 구체적으로 차별행위를 적시하고 이를 금지하며 차별행위로 인해 권익을 침해받은 장애인이 발생했을 경우에 신속하고 적절하게 이를 구제할 수 있어야 한다는 측면에 대해서는 사실상 아무런 준비도 없었다. 기나긴 재판을 통하여 일부 승소한 사례도 있고, 판시 내용을 통해 장애인 당사자들의 권익을 보장하려는 측면도 있었지만, 대부분은 몇백만원에 불과한 위자료를 받을 수 있었을 뿐 차별행위는 시정되지 않았다.

이처럼 현행 법가 제도는 ① 장애인의 완전한 사회참여와 평등을 통한 사회통합의 실현이라는 스스로 표방하고 있는 장애인 복지의 이념(장애인복지법 제3조)에 미치지 못할 뿐만 아니라, ② 시혜에서 인권으로 나아가는 세계적인 입법 동향을 따라가지 못하고 있고, ③ 행정기관이나 사법기관을 통한 실질적인 구제 절차도 미흡하다.

이에 장애인 운동진영은 그동안의 차별철폐운동 과정을 통하여 실정법만으로는 근본적으로 부족함을 직시하고 장애인차별금지법 제정 운동에 나서게 된 것이다.

#### IV. 대안 : 장애인차별금지법의 제정

##### 1. 장애인차별금지법의 필요성

현재 우리나라에는 장애인복지법, 특수교육진흥법, 장애인고용촉진및직접재활에관한법(이하 '직업재활법'이라 함), 편의증진법 등 모두 4개의 장애인 관련 법률들이 있다. 형식적으로 보면, 의료, 생계, 재활, 서비스 등에 대한 차별은 장애인복지법에서 다루면서 포괄적으로 생존권적 기본권을, 교육에 있어서의 차별은 특수교육진흥법에서 다루면서 교육권을, 고용에 있어서의 차별은 직업재활법에서 다루면서 근로권을, 접근에 대한 차별은 편의증진법에서 다루면서 거주·이전 등 사회적·경제적 자유권에 더하여 환경권을 보장하는데 중점을 두고 있다. 그렇다면 현재의 장애인 관련 법률들은 생존권적 기본권 보장을 중심으로 제정되었고, 편의증진법은 사회적 자유권을 일부 포함하고 있음을 잘 알 수 있다. 따라서, 현실의 문제를 직시하면서 좀 더 포괄적으로 전체 기본권을 보장할 수 있는 법률이 필요하게 되는 것이다.

좀 더 세분하여 살펴보면, ① 기존의 법률들이 다루고 있지 못한 차별의 영역들이 있고, ② 기존의 법률들은 차별금지에 대해 선언적 의미만을 가지고 있으며, ③ 장애인 차별의 문제는 일부 법률의 한 조항이나 일부 조항으로만 해결하기에는 너무 광범위한 문제이고, ④ 장애인 차별에 대한 정의와 사회적 인식 확대가 필요하며, ⑤ 장애인 차별이 가지고 있는 특수성이 있기 때문에 사회·문화적 요소를 갖춘 장애인에 대한 차별을 금지하기 위해서는 기존의 장애인 관련 법률들이 아닌 사회·문화적 측면에서 장애인에 대한 차별을 포괄적으로 금지할 수 있는 법률이 요구되는 것이다<sup>52)</sup>.

이와 관련하여 외국의 입법례를 살펴보면, 1990년에 미국에서 장애인차별금지법(Americans with Disabilities Act)이 제정된 이후, 영국에서는 '장애(인)차별금지법'(Disability Discrimination Act)이 만들어지면서 영연방 국가를 중심으로 호주, 뉴질랜드, 캐나다, 홍콩 등 40여개 나라에서 장애인차별금지법이 제정되었다. 독일은 장애인 정책의 목표를 '배려'에서 '자기 결정과 참여'로 바꾸고, 사회법전 제9권을 새롭게 편찬하면서 "장애인기회균등및다른법률의개정에관한법률"을 제정한 바 있으며, 일본에서는 변호사 단체와 장애인 단체에서 각각 장애인차별금지법안을 제출한 바 있다.

그동안 우리나라에서 시행되는 법률들과 외국의 장애인차별금지법 입법례를 비교해볼 때, 외국은 이미 급부적, 시혜적, 배려적인 장애인 정책에서 평등, 자기결정, 참여로 나아가고 있으나, 우리나라는 여전히 미비된 사회 보장 및 보호 제도를 감안하여 생존권 보장 측면을 중시하고 있음을 알 수 있다. 물론, 생존권 보장의 측면도 계속하여 강조되어야 하고, 장애인 연금제도 등 제도 개선이 꾸준히 이루어져야 한다. 그러나, 그것만으로는 부족하다. 장애인에게 필요한 것은 돈과 쌀만이 아니라, 근본적으로 이 사회의 구성원으로서 차별을 받지 아니하고, 실질적으로 평등하게 인간으로서의 존엄과 가치를 인정받고 행복을 추구하며 함께 살아가야 하는 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 우리나라에서도 장애인차별금지법이 제정되어야 한다. 장애인차별금지법이야말로 포괄적인 기본권인 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(목적론적 포괄적 기본권), 평등권(방법론적 포괄적 기본권)을 보장하기 위한 초석이 될 것이기 때문이다.

##### 2. 장애인차별금지법에 담아야 할 핵심 내용

위와 같은 장애인차별금지법의 필요성을 염두에 둘 때, 우리나라의 장애인차별금지법에는 장애 및 장애인의 개념, 차별의 유형, 실효성 있는 권리구제 기구 및 권리구제수단에 이르기까지, 장애인차별을 전반적으로 금지하고, 실질적인 권리구제가 가능한 수단이 포함되어야 함을 잘 알 수 있다. 특히, 무엇보다도 권리구제수단에 역점을 두어 실질적인 차별금지가 이루어져야 한다.

따라서, 장애인차별금지법에는 ① 효과적인 권리구제 기구로, 장애를 이유로 차별을 받은 장애인이 신속하고 효과적으로 권리를 구제받을 수 있도록, 실질적인 조사 및 제재 권한을 가지고, 독립성과 객관적 중립성, 당사자의 자기결정권이 담보된 장애인차별금지(및시정)위원회가 만들어져야 하고, ② 효과적인 권리구제수단으로, 국가인권위원회가 규정한 권리구제수단 이외에 시정요구

52) 보다 상세한 것은 "장애인차별금지법의 역사적 함의", 배용호, '이제 장애인차별금지법이다. 장추련 법제 위 공청회 자료집, 2003



/시정명령(이상 위원회), 징벌적 손해배상, 입증책임의 전환, 집단 소송, 교육 및 봉사 위주의 징벌 제도(이상 사법기관) 등을 갖추어야 하며, ③ 이중 차별을 받고 있는 여성 장애인을 위한 세심한 조치가 요청된다.

이와 관련하여 과연 장애인차별금지법에 담을 내용의 범위 및 법 제정의 순서를 어떻게 잡아야 할 것인가에 대한 논의가 있었다. ① 장애인차별금지법에는 단순히 차별금지 및 권리구제뿐만 아니라 이른바 급부의 영역에 속하는 부분까지도 포함하여야 한다는 견해(이러한 견해에 의하면 “장애인차별금지 및 권리보장에 관한 법률”이 되어야 할 것임), ② 한걸음 나아가, 장애인 영역에 필요한 다른 법(장애인연금법, IL지원법, 한국장애인법 등)과의 관계를 생각할 때 이번에 제정하려는 장애인차별금지법은 장애인 관련 법 체계 전체를 아우르는 기본법이 되어야 한다는 견해(이러한 견해에 의하면 “장애인 기본법”이 되어야 할 것임), ③ 아직 개별법이 갖추어지지 않은 상태에서 장애인차별금지법을 제정하려는 것은 일의 선후를 무시하는 것이며 시기 상조라는 견해(이러한 견해에 의하면, 장애인연금법, IL지원법 등 개별법이 제정되고 기존 장애인 관련법이 개정된 이후에야 비로소 장애인차별금지법이 논의될 수 있을 것임) 등이 바로 그러하다.

이러한 견해들도 나름대로 근거가 있고 경청할 만한 부분이 없지는 않으나, 현재의 상황에서는 ① 장애인차별금지법에 너무 많은 기대를 걸고 부담을 줌으로써 하나의 법으로 모든 문제를 한꺼번에 해결하려는 성급한 생각이나, ② 상대적으로 정상적인 자본주의의 발전에 따라 비교적 자연스럽게 장애인 관련 법제가 정비되어온 선진국의 흐름만을 강조하는 것은 사회 각 세력의 운동 역량 및 정치적 민주화 정도에 따라 오히려 사회 선도적인 역할을 해 왔던 우리나라 법제사의 특성을 살리지 못할 뿐만 아니라, 참여 정부에 들어와서 인권위원회, 보건복지부, 청와대등 정부 정책 담당자까지 장애인차별금지법을 논의하는 이 좋은 기회를 놓치게 되는 어리석음을 범하게 될 가능성이 높으므로 채택할 바가 아니라고 생각된다.

어차피 법 제정이라는 것은 법 제정을 원하는 당사자들의 바람만으로 가능한 것도 아니고 우리가 속한 정치, 사회, 경제, 문화의 발전과 각 사회 세력 간의 역학관계, 시민 사회의 성숙 정도 등에 의해 영향을 받는 것이니만큼, 기왕에 논의가 시작되고 이른 시일 내에 법 제정의 가능성이 높아진 지금에 와서는, 원래 그 법의 목적과 철학에 합당한 내용을 창출해내는 것이 더 중요하다고 본다.

### 3. 장애인차별금지법 내용 관련 쟁점 및 두 안의 비교

현재까지 공개되어 있는 장애인차별금지법 초안은 모두 4개인데, 2개는 장애인차별금지법 제정 추진연대(이하 ‘장추련’이라 함)가 형성되기 전에 열린 네트워크와 장애우권익문제연구소에서 장애인계에 제안된 것이고, 하나는 2004. 5. 14.경 공개된 장추련 법제정위원회안(이하 ‘법제위안’이라 함)이며, 나머지 하나는 보건복지부가 연세대 전광석 교수팀에 의뢰하여 작성된 용역안(이하 ‘용역안’이라 함)으로 2004. 5. 25. 공청회가 진행된 바 있다.

장애인 당사자들이 장애인차별금지법 제정을 논의할 때도 그러하였지만 현재 나와 있는 법제위안과 용역안의 내용은 크게 총칙, 차별금지, 기구, 권리구제로 나눌 수 있다. 아래에서는 법제위안과 용역안을 중심으로 우리 나라 장애인차별금지법의 내용과 관련된 중요 쟁점들을 살펴보고자 한다.

### 가. 총칙 : 목적 및 개념

#### (1) 목적

장애인차별금지법의 목적은 “정치·경제·사회·문화 등 모든 생활 영역에서 장애를 이유로 한 차별행위를 금지하고, 장애를 이유로 차별을 받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 인간으로서의 존엄과 가치 및 평등을 구현하며, 장애인의 자기결정권을 보장함으로써 장애인의 완전한 참여를 통한 사회 통합의 실현”하는 것이다(법제위안 제1조). 용역안 제1조도 “모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애인을 적극적으로 보호하는 조치를 취하여 장애인이 자기 결정권에 기초하여 평등하게 사회에 참여하고 장애인의 사회통합을 실현하는 것을 목적으로 한다.”고 규정하고 있는데, 이러한 규정들은 “장애인 복지의 기본이념은 ‘장애인의 완전한 사회 참여와 평등을 통한 사회 통합’을 이루는데 있다”고 규정한 장애인복지법 제3조와도 부합된다.

#### (2) 장애 및 장애인

장애 및 장애인의 개념은 기존의 개념에서 출발하되 가능한 한 차별을 받을 가능성이 있는 모든 경우가 장애로 규정되어야 할 것이다.

이에 대해 법제위안 제2조는 “1. ‘장애’라 함은 신체적·정신적인 차이로 인하여 장·단기 또는 일시적으로 일상 또는 사회 생활에 상당한 제약을 주는 개인적·사회적 장애를 말한다. 2. ‘장애인’이라 함은 현재 장애를 가지고 있거나, 과거에 장애를 가진 적이 있는 사람을 말한다. 3. ‘장애인 관련자’라 함은 장애인의 가족, 주거를 같이 하는 자, 장애인을 보조하는 자를 말한다.”고 규정하고 있고, 용역안 제2조는 “장애인은 신체적·정신적 및 심리적 요인에 의하여 장기간 정상적인 일상생활·직업생활 및 사회생활을 할 수 없고, 사회참여의 기회가 저해되는 자를 말한다. 장애의 위험이 있는 자는 장애인으로 본다.”고 규정하고 있다.

따라서 두 안은 미국의 ADA나 영국의 DDA처럼 사회적 모델<sup>53)</sup>을 취하고 있으나, 법제위안이 상대적으로 넓게 포섭하는 것으로 볼 수 있다.

#### (3) 차별 : 직접 차별, 간접 차별, 합리적 배려 거부

차별의 내용에 대해서는 영미법계의 전통에 따라 직접 차별, 간접 차별, 합리적 배려거부(법제위안은 이를 시혜주의적 표현으로 보아, 권리기반적 표현인 ‘정당한 편의 제공’으로 바꾸어 사용하고 있다)로 보는 것이 일반적이다. 이러한 정의 규정은 차별이 무엇인지를 밝혀줄 뿐만 아니라, 손해배상에 있어서의 입증책임과도 직결되기 때문에 매우 중요한 쟁점이다.

법제위안은 여러 차례의 수정작업을 거쳐, 제3조에, “① 이 법에서 차별이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다. 다만, 장애인의 완전한 사회 참여를 촉진하기 위하여 다른 법률에 규정된 적극적 조치 등은 이 법에 의한 차별로 보지 아니한다. 1. ‘장애인 및 장애인 관련자’(이하 “장애인등”이라 한다)를 장애인 아닌 사람과 구별하여 제한, 배제, 분리, 거부 등 다르게 대하는 경우 2. 장애인등에 대하여 형식상으로는 제한, 배제, 분리, 거부 등 다르게 대하지 않지만 장애가 없는 사람

53) 장애의 개념적 모델에 대해 보다 상세한 것은, 이성규, “사회통합과 장애인복지정책”, 나남출판 참조



과 획일적인 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우 3. 장애인등에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우 4. 장애인에 대한 차별을 표시 또는 암시하거나, 타인에게 차별 행위를 부추기는 문서, 도화, 영상, 음반, 전기전자 매체를 통한 표현물, 기타 물건을 배포, 판매, 임대하거나, 공연히 전시, 상영하는 경우 ② 차별행위의 원인이 장애를 포함한 2가지 이상일 경우, 그 행위는 이 법에 의한 차별로 본다.”고 규정하고 있다.

법제위안에서 마지막까지 유력했던 견해는, ‘정당한 사유 없이’와 같은 제한 규정을 법조문에 명기하지 말고 법원의 판단에 맡기되, 그 대신 ‘이 법률이 정하는 해당 사안에 대하여 적격인/자격 있는’이라는 문구를 추가하고, 직접 차별의 경우 ‘구별하여 제한, 배제, 분리, 거부 등 불리하게 대하는 경우’로 바꾸자는 것이었다.

한편 용역안은 제4조에, “(1) 장애인은 모든 생활영역에서 직접적·간접적으로 장애를 이유로 분리·구분조치 혹은 불이익을 받지 않는다. 장애를 이유로 한 간접적 불이익이란 장애를 명시적 인 이유로 한 불이익은 아니지만 사실상 장애인이 충족시킬 수 없는 기준에 의하여 불이익이 가해지는 것을 말한다. (2) 장애인을 차별하였다고 인정되는 자는 해당 차별이 장애를 이유로 한 것이 아니라는 사실, 혹은 장애를 이유로 한 차별이 피할 수 없다는 사실을 입증하여야 한다. (3) 장애인의 특수한 상황을 합리적으로 배려하는 적극적인 조치가 취해져야 한다. 장애인에 대한 합리적인 배려는 이 법에서의 차별행위가 아니다. 장애인의 상황을 합리적으로 배려하지 않는 자는 이를 정당화할 수 있는 다음과 같은 사실을 입증할 의무가 있다. 1) 합리적인 배려를 하기가 현저히 곤란하거나 과도한 비용을 지출하여야 한다는 사실 2) 해당 생활영역의 특성상 혹은 상황의 특성상 합리적인 배려를 할 수 없다는 사실”로 규정하였는데, 이는 미국 ADA와 유사하다.

#### 나. 차별금지

차별금지의 내용은 다른 누구보다도 장애인 당사자들의 의견을 반영하는 것이 중요하다. 실제로 차별을 받은 당사자들이야말로 무엇이 문제인지를 가장 잘 알고 있기 때문이다.

##### (1) 차별금지 장의 규정 방향

가장 먼저 문제가 되는 것은 ‘차별(생활)의 영역’(고용, 교육...)을 중심으로 풀어나갈 것인가, ‘장애의 유형(영역)’(시각장애인, 청각장애인...)별로 풀어나갈 것인가 하는 것이다. 장애의 유형별로 풀어나가는 것이 신선히는 하나, 장애의 유형과 상관없이 동일하게 규정되어야 할 내용이 계속적으로 중첩되고 어차피 차별의 영역에 따라 구별하여 규정할 수밖에 없으므로 차별의 영역별로 풀어나가되, 장애의 유형 및 정도를 반영하는 쪽으로 방향을 잡는 것이 일반적이고, 법제위안과 용역안도 마찬가지이다.

##### (2) 차별금지 장의 내용

법제위안은 여러 차례 논의를 거쳐서 제2장(차별금지)에 고용, 교육, 건축물 및 시설의 이용과 접근, 이동 및 교통수단의 이용, 의사소통 및 정보접근권, 재화와 용역의 제공 및 이용, 문화, 체육, 사법행정·참정권, 모부성권, 성, 가족·가정·시설, 건강권, 폭력 등 14개의 절을 두고 제3장에 별도로 여성장애인을 둬으로써 장애인 당사자의 감수성에 부응하고자 노력하였다. 이에 반해, 용역안은 고용, 교육, 공공시설 및 교통수단 이용, 정보통신, 권리실현을 위한 절차, 선거권 등 6개의

절을 두고 있다.

#### (3) 차별간주 조항

법제위안은 차별금지 장 곳곳에 해당 절에 관한 차별의 내용에 대해 규정하면서 동시에 ‘차별간주 행위’라고 하는 이름으로 차별간주 조항을 둬으로써 만일 차별행위로 규정된 행위가 발생하면 누가 입증하지 않더라도 곧바로 차별행위로 간주되도록 하였다. 이에 대해서는 권리구제의 실효성 확보를 위해 반드시 필요하다는 견해가 장애인계 내에서는 지배적이지만, 간주조항의 특성상 그러한 행위만으로도 명백히 차별로 볼 수 있는 중요한 내용을 엄선하여 보다 세심하고 구체적으로 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

#### 다. 여성장애인

장추련에서는 법제위 구성 단계에서부터 여성분과를 만들어, 장애인차별금지법에 규정할 여성장애인의 고유하고도 특유한 내용들을 고민하고 장애인차별금지법 전체의 흐름이 남성중심주의적인 시각에 기울지 않도록 감시·조절하는 역할을 부여함으로써, 여성으로서 장애인으로서 이중 차별을 받고 있는 여성장애인의 시각을 많이 반영하고자 노력하였으나, 그것을 어떤 형식과 내용으로 기술할 것인지에 대해서는 다툼이 있었다. 법기술적으로는 ① 별도의 여성 조항(총칙 혹은 별도의 장이나 절)을 두고 그로 하여금 법 전반적인 시각을 규정하는 방법, ② 법안의 모든 내용에 대해 여성장애인의 시각을 세심하게 반영하는 방법이 있을 수 있겠는데, 법제위안 마무리 작업을 하면서 법안의 모든 내용에 여성장애인의 시각을 비교적 세심하게 반영하면서도(예컨대, ‘장애인 당사자의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성’) 부족한 내용을 보강하기 위해 별도의 여성 조항을 두기로 하였다. 그러나, 결과적으로 법제위안은 별도의 여성장을 두고 있다.

이에 반해 용역안은 제3조에 “(2) 국가와 지방자치단체는 여성장애인이 차별을 받지 않도록 특별히 배려하여야 한다.”는 규정을 두고 있다.

#### 라. 기구 : 장애인차별금지(및시정)위원회

장애를 이유로 차별을 받는 장애인들에 대한 신속하고 효과적인 권리구제를 위해서는 힘 있는 기구, 독립성과 객관적 중립성이 보장되는 기구, 장애를 이유로 한 차별행위에 대하여 실질적인 조사 및 제재 권한을 가진 기구가 필요하다. 실제로 법제위안 작성 과정에서는 위원회의 위상·위치, 명칭, 권한 범위, 특히 시정명령권의 도입 및 전반적인 적용에 대해서는 논쟁이 치열하였다.

법제위안과 용역안을 살펴보면, 두 안 모두 인권위원회 규정을 차용한 흔적이 보이고 그 내용도 유사한 면이 있으나, 법제위안이 위원회 구성에 있어서 장애인의 비율 등 당사자의 의사를 보다 적극적으로 반영하고 시정명령, 이행강제금, 긴급구제조치 등 권리구제수단에 있어서 보다 전면적이라고 평가할 수 있겠다.

#### 마. 사법(司法)적인 권리 구제 방법

권리가 침해되었을 경우 구제받을 수 있는 최후의 보루로서 사법(司法)적인 구제수단이 있어야



하는데, 민사적인 방법에 있어서는 결국 손해를 금전으로 보상받는 것, 즉 손해배상의 문제로 귀결될 것이다. 이 부분에 있어서의 쟁점은 ① 입증책임의 전환, ② 징벌적 손해배상, ③ 집단소송 제도 등이다.

### (1) 입증책임의 전환

미국이나 홍콩 등의 차별금지법에서는 입증책임을 전환하는 조항을 두고 있고, 일본의 차별금지법안에도 입증책임을 전환하는 규정을 예정하고 있다. 우리나라의 경우에는 1989. 4. 1. 남녀고용평등법 개정시에 “이 법과 관련된 분쟁 해결에서의 입증책임은 사업주가 부담한다.”(당시 제19조, 현행법 제30조)는 입증책임 전환 규정을 포함하고 있고, 독점규제및공정거래에관한법률 제56조 제2항에서는 “이 법에 의해 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.”고 규정하고 있다.

법제위안은 제99조(입증책임)에 “① 이 법률과 관련한 분쟁해결에서 해당 행위가 차별이 아니라는 점은 그 행위자가 입증하여야 한다. ② 차별행위가 아니라고 인정되기 위해서는 당해 행위의 목적, 성질, 태양, 조건 등을 구체적·종합적으로 고려하되 그 필요성, 방법, 정도 등이 모두 적정하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 이는 설사 장애인차별금지(및시정)위원회나 법원에서 ‘정당한 사유’와 같은 제한·완화 사유를 고려하더라도 차별행위가 아님을 인정하는데 신중을 기할 수 있는 보완 장치 역할을 하게 될 것이다.

### (2) 징벌적 손해배상의 제한적인 도입

원래 우리나라의 손해배상제도는 피해자의 손해를 그대로 전보해 주는 전보배상의 법리를 채택하고 있는데, 차별행위로 인한 손해의 발생 및 손해의 액수를 증명하는 것은 무척 어렵고, 실제로는 금전적인 손해는 없고 정신적인 손해만 남게 되는 경우도 많다. 그렇다면 손해를 입증하기도 곤란할 뿐만 아니라 입증한다고 해도 소액에 그치게 되어 소송의 실익이 없게 될 것이고, 가해자는 패소하더라도 장애인차별금지법을 지키는 것보다는 위반하는 것이 금전적으로 이득이 될 수도 있어서 여전히 법률 위반 행위를 지속하게 될 것이며, 그것이 바로 지금까지의 현실이었다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 미국식 징벌적 손해배상제도를 제한적으로나마 도입할 필요성이 제기되었다.

우리나라의 기존 손해배상제도에는 ‘위자료’가 있는데, 위자료는 정신적 손해배상을 의미하기도 하지만 재판실무상으로는 재판부에서 손해배상액을 조절하는 데 사용하고 있다. 즉, 사회상규적으로는 좀 더 배상을 해 주었으면 좋겠는데 법리에 따른 계산법에 의하면 배상액이 너무 적을 경우 위자료를 좀 더 참작해 주는 것인데 이러한 위자료 산정은 판사들의 재량행위로 인정되고 있다. 그러나 그 재량의 범위는 한계가 있어서 예컨대, 사망사고의 경우 위자료 한도액 5,000만원, 이혼소송에서의 경우 3,000만원 등과 같이 상당히 제한적이고, 명시적인 법률의 규정 없이 판사의 재량만으로 막대한 배상금을 지급하라고 판결할 수도 없는 한계가 있다.

원래 징벌적 손해배상제도는 가해자가 불법행위를 함에 있어서 고의의 악질적인 경우로 인정되는 때에 가해자나 제3자가 다시는 같은 행위를 되풀이하지 않도록 하기 위하여 원래 손해액보다 훨씬 많은 막대한 금액을 피해자에게 배상하도록 하는 것이다. 이 제도의 목적은 고의의 악질적인 경우에 장래에 있어서 그 자나 다른 자가 그와 유사한 행위를 하지 못하도록 억제하는 것이다.

즉, 징벌적 손해배상은 가해자의 잘못된 행위로 인하여 입은 손해를 피해자에게 단순히 전보하는 것이 아니라 본보기로 가해자를 처벌하는 것이다. 이처럼 징벌적 손해배상의 목적이 불법행위자의 처벌 내지 행위의 억제에 있다는 점에서 (단순히 처벌 내지 억제의 측면을 강조한다면) 형벌과 성격이 비슷하다고 할 것이나 징벌적 손해배상에 있어서는 가해자가 손해배상금을 국가에 지급하는 것이 아니라 피해자 개인에게 지급하고 또한 민사소송절차에 의해 부과된다는 점에서 차이가 나게 된다.

만일 이러한 손해배상이 우리나라에서도 인정된다면 사업주가 함부로 장애인의 고용을 거부하지 못하게 될 것이고, 국가기관 또한 차별을 할 경우 국민의 세금으로 거액의 손해배상을 하게 되므로 상급기관 및 국민의 철저한 감독을 받게 되는 효과를 거두게 될 것이다.

그러나 전보배상을 원칙으로 하고 있는 현행법 체제하에서 징벌적 손해배상을 인정하는 것에 대해서는 신중할 수 밖에 없고, 따라서 법제위안 작성 과정에서 논란이 심하였다. 제조물책임법 제정 당시에도 징벌적 손해배상이 논의되었으나 채택되지 않았던 것은 기업들의 반대도 있었지만, 징벌적 손해배상제도란 양날의 칼과 같아서 지극히 작아 보이는 잘못에도 한 기업을 망하게 할 수 있고 사회 전반적인 경제 및 복지 상태를 후퇴시킬 수도 있기 때문이다.

우리나라의 경우 부정경쟁방지및영업비밀에관한법률에 의하면 동법의 피해자들이 손해를 입증하기 어려운 경우에 대비하여 가해자의 이익을 손해로 추정하거나 입증이 어려운 경우 상당한 손해액을 인정할 수 있는 근거 규정을 두고 있다(동법 제14조의 2 제2항, 제5항).

법제위안은 나름대로 한국적인 징벌적 손해배상제도를 염두에 두면서, 제98조(손해배상)에 “② 악의에 의한 차별행위로 인정될 경우, 차별행위를 한 사람은 그로 인해 피해를 입은 사람에게 손해액의 3배 이상 10배 이하에 해당되는 배상금을 지급하여야 한다. 다만, 정신적 손해배상금의 하한은 500만원 이상으로 하되 대통령령으로 정한다. ③ 시정권고 또는 시정명령을 받고도 이를 시정하지 않은 경우, 차별행위를 반복하여 행한 경우 등은 악의로 추정한다.”고 규정함으로써 위와 같은 논의를 반영하였다.

### (3) 집단/단체소송제도의 제한적인 도입

집단소송제도를 도입하여 소규모/소액 다수자가 자신의 법적인 권리를 현실적으로 주장할 수 있도록 하여야 할 필요성이 있다. 넓은 의미에서 집단소송제도는 미국의 대표당사자소송제도, 독일이나 프랑스의 단체소송을 포괄하여 말한다고 볼 수 있는데, 우리나라는 증권관련집단소송법이 제정되어 있고, 최근 만두 파동을 계기로 식품 관련 소비자 집단소송제의 법제화가 논의되고 있다.

집단소송제도는 우리 나라와 같은 대륙법계 국가의 입장에서 보면 “어떻게 존재가 확인되지 않은 불특정 다수의 권리를 변호사가 대리할 수 있으며 어떻게 재판에 참여의사를 표시하지 않은 불특정 다수의 권리에 대해 판사가 결정을 내릴 수 있는가”하는 법리적인 의문을 가질 수 있다. 그러나, 미국, 캐나다, 호주와 같이 경험론의 전통이 강한 영미법 국가에서는 왕성히 시행되고 있고, 브라질, 이스라엘뿐만 아니라, 실용주의적인 성향이 강한 중국도 1991년에 민사소송법을 개정하면서 집단소송제도를 도입하여 공해, 소비자, 증권 등의 다양한 분야에서 활용되고 있다. 다만,



이러한 집단소송제도에 대해서는 본고장 미국에서도 변호사를 위한 협박수단이며 집단소송의 주체는 주주나 소비자가 아니라 변호사로서 변호사를 위한 대박으로 변질되었다는 비판을 받고 있는 것도 사실이다(이른바 'Cash Cow').

법제위안은 장애인차별금지법에 단독으로 집단소송제나 단체소송제를 도입하는 것이 시기상조라고 보고, 집단소송제나 단체소송제에 대한 사회 전반적인 논의를 통해 집단/단체 소송에 관한 종합적인 법률에 제정되기를 기대하면서, 이번 초안에서는 배제한데 반해, 용역안은 제42조(단체소송)에 "(1) 등록 장애인단체는 자신의 권리가 침해되지 않은 경우에도 이 법에 위반하는 장애인 차별행위를 확인하는 소송을 제기할 수 있다. (2) 제1항의 단체소송은 해당 장애인차별조치가 단체의 정관이 정한 설립목적 및 기능과 직접 관련되어 있는 경우에 한하여 해당 단체에 의하여 제기될 수 있다." 규정함으로써 독일식 단체소송제도를 도입하고 있다.

#### 바. 벌칙

차별행위에 대해 형벌을 가할 수 있는지는 가장 고민되는 부분이 될 수밖에 없다. 법제위안은 제100조에 차별간주행위를 중심으로 ① 6개월 이하의 사회봉사 및 교육명령, ② 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금, ③ 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금으로 나누어 규정하고 있어 지나치게 넓은 측면이 있고, 용역안은 진정의 방해(제46조), 시정명령 불이행(제49조) 등 특별한 경우에만 제한적으로 형벌을 규정하고 있다.

#### V. 결론

현 참여 정부 집권 기간 내에 장애인차별금지법이 제정될 것이라는 기대가 매우 높고, 실제로 그렇게 되겠지만, 문제는 "과연 장애인 당사자가 원하는 방향과 내용으로 제정될 것인가?"이다. 국내적으로는 국가인권위원회에서 제출할 '사회적 차별금지법(안)'의 구체적인 내용(주로 '장애로 인한 차별', '권리구제' 부분)과, 보건복지부, 노동부등이 제출할 관련 법 제개정안의 내용에 따라, 국제적으로는 '장애인인권 국제조약'의 내용 및 우리 국회에서의 수용 정도에 따라 사실상 영향을 받을 수밖에 없게 될 것이고, 장애인차별금지법 제정을 위한 입법 운동 과정에서 장애인 개인 및 단체의 역량에 따라, 우리 사회 내부 각 세력의 힘의 균형에 따라, 현실적으로 조정 과정을 거치게 될 것이다.

장애인 문제에 관심있는 모든 사람의 고민은 "어떻게 해야 이 땅의 혹독한 장애인 차별의 현실을 극복하고, 장애인 당사자도 엄연한 이 사회 구성원의 한 사람으로서, 다른 구성원들과 실질적으로 평등하게 대우받으며 행복하게 살아갈 수 있을 것인가"일 것인데, 그것은 두 가지 측면이 병행되어야 가능할 것이다. ① 사회 구성원들의 인식이 변화되어야 하고, ② 법과 제도가 개선되어야 한다. 장애인을 차별하는 사회 구성원들의 인식이 변하지 않으면 아무리 좋은 법과 제도를 두어도 실효를 거둘 수가 없는 반면에 법과 제도화가 병행되지 아니하면 홍보와 캠페인만 남발하는 가운데 모처럼 개선된 사회 구성원 개인의 인식마저 매몰되게 될 것이다.

장애인차별금지법의 제정이야말로 이 두 가지 측면이 병행적으로 이루어지는 과정이라고 생각

한다. 장애인차별금지법의 제정이 당장에 장애인 문제를 모두 해결해주지는 못할지라도, 최소한 사회 구성원들의 인식 변화와 제도 개선을 가져와, 국가 및 지방자치단체에서 민간 기업, 개인에 이르기까지 모든 사회 구성원으로 하여금 장애 및 장애인을 대하는 시각과 태도를 바꾸어 놓을 것이며, 그로부터 우리나라의 장애인 문제는 한 단계 높아진 수준에서 논의를 계속할 수 있게 될 것이기 때문이다.

현 시점에서 장애인차별금지법 제정을 위해 연구하고 홍보하고 때로 투쟁하는 것은 장애인 개인 및 단체가 할 일일 뿐만 아니라, "소외를 넘어 참여로, 차별을 넘어 평등으로"를 외치며, 우리 모두가 하나 되어 살아가는 세상, 완전한 사회 통합을 바라는 개인 및 단체라면 누구라도 힘써서 해야 할 일이다. 특히, 법안의 제정이니만큼 법률전문가들이 이 문제에 대하여 관심을 갖고 적극적으로 동참하여 주실 것을 기대한다.



<Abstract>

### Disability Discrimination and Rule of Law

The history of the discrimination against the disabled goes on through the world, but it's not been a long time since we talked about the discrimination under the rule of law. In the situation that what the concept of this is not spoken clearly, it could be said that the time is not yet ripe for looking over the discrimination against the disabled and the rule of law. However, through the history of the campaign against the discrimination, people discriminated by disabilities, recognize the limit of the present laws and systems and step to the movement for enacting the Disability Discrimination Act to abolish discrimination and rescue their violated rights.

In this paper, we looked over the realities of the discrimination against people with disabilities and the history of movement against this discrimination. Through this process, the limits of the present laws were found out and, as the substitute plan, there was a suggestion about the necessities and the contents of the Disability Discrimination Act.

In chapter 2, we looked into the reality of the discrimination from whole daily lives - rights of existence, labour, education, public facilities & the utilization of building, public transportation & its utilization, information transmission & communication, the female with disabilities & their maternal right, criminal formalities, the living facilities and so on.

In chapter 3, coping with this discrimination realities, we looked over the history on doing away with the discrimination for the disabled themselves & campaigning for securing human rights. Especially, among these, in terms of prohibiting the discrimination against the disabled & rescuing their rights, we pointed out the limits of the present laws.

In chapter 4, as the substitute for these, we emphasized the necessities for enacting the Disability Discrimination Act and organized various discussions about the content.

Finally, in the conclusion, through enacting & enforcing the Disability Discrimination Law, we hoped that our society will advance to that of 'the participation over the sense of alienation, the equality over the discrimination' and all the members of our society will be together.