

S Ag.b.3

# 人權法制定公聽會

日時：1998年 10月 16日 (金) 10:00~17:00

場所：서울 중구 태평로 프레스센터 19층 기자회견장

法務部, 政策企劃委員會

人權法制定公聽會

1998.10.16

法務部, 政策企劃委員會



일정표

# 人權法制定公聽會

○ 1998년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2000년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2002년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2004년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2006년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2008년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2010년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2012년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2014년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2016년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2018년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

○ 2020년 10월 16일 (금) 10:00~17:00

日時：1998年 10月 16日 (金) 10:00~17:00

場所：서울 중구 태평로 프레스센터 19층 기자회견장

法務部, 政策企劃委員會



# 會 慶 公 安 國 法 學 人

10:00-12:00 (金) 日 11 月 10 日 1988 : 日

會 慶 公 安 國 法 學 人 會 慶 公 安 國 法 學 人 會 慶 公 安 國 法 學 人

會 員 委 隨 金 策 延 滯 慈 志

## 일 정 표

### 제1부 (10:00 - 12:00) : 사회 한상진 교수(서울대)

- 개회선언 및 국민의례
- 개회사(법무부 장관)
- 강연(브라이언 버드킨, UN인권고등판무관 보좌관)  
강연제목 : 국제적 시각에서 본 국내인권기구의 구성과 역할
- 주제발표(곽무근, 법무부 인권과장)  
주제 : 인권법(시안)의 주요 내용

### 제2부 ( 13:30 - 17:00) : 사회 한상범 교수(동국대)

- 지정토론
  - 곽노현 교수 (한국방송대학교, 사회경제법)
  - 김성남 변호사 (경제정의실천시민연합 중앙위 의장)
  - 김엘림 박사 (한국여성개발원 법·정치연구부장, 노동법)
  - 문준조 박사 (한국법제연구원 국제법제실장, 국제법)
  - 오병주 검사 (대전지방검찰청 특수부장)
  - 조용환 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임)
  - 최창행 박사 (국민고충처리위원회 전문위원, 행정학)
  - 홍성필 교수 (이화여자대학교, 국제법)
- 질의 및 응답
- 폐회



# 표 차례

(제1회)수교 협정서 채택 : (00:51 - 01:01) 부1회

회의장서 ○

(제1회)부수교협정서 채택 ○

(제1회)부수교협정서 채택 : (01:01 - 01:11) 부1회

제1회 수교협정서 채택 : (01:11 - 01:21) 부1회

(제1회)부수교협정서 채택 ○

공화국 조약 체결 ○

(제2회)수교 협정서 채택 : (02:11 - 02:21) 부2회

공화국 조약 ○

(제2회)수교협정서 채택 : (02:21 - 02:31) 부2회

(제2회)수교협정서 채택 : (02:31 - 02:41) 부2회

(제2회)수교협정서 채택 : (02:41 - 02:51) 부2회

(제2회)수교협정서 채택 : (02:51 - 03:01) 부2회

(제2회)수교협정서 채택 : (03:01 - 03:11) 부2회

(제2회)수교협정서 채택 : (03:11 - 03:21) 부2회

(제2회)수교협정서 채택 : (03:21 - 03:31) 부2회

(제2회)수교협정서 채택 : (03:31 - 03:41) 부2회

답변 및 의결 ○

제2회 ○

# 目次

## I. 講演原稿 ..... 3

국제적 시각에서 본 국내인권기구의 구성과 역할 ..... 5  
: 브라이언 버드킨

## II. 人權法(試案)에 主要 內容 ..... 11

: 광무근 과장

## III. 人權法(試案)에 대한 討論意見 ..... 27

1. 토론의견(1) : 광노현 (\* 별도배포)
2. 토론의견(2) : 김성남 ..... 29
3. 토론의견(3) : 김엘림 ..... 34
4. 토론의견(4) : 문준조 ..... 49
5. 토론의견(5) : 오병주 ..... 58
6. 토론의견(6) : 조용환 ..... 80
7. 토론의견(7) : 최창행 ..... 146
8. 토론의견(8) : 홍성필 ..... 157



目 次

1 ..... 謝 詞 ..... 1

2 ..... 謝 詞 ..... 2

11 ..... 容 內 要 主 (案 始) 謝 人 ..... 11

發 表 者 :

23 ..... 見 意 錄 情 (案 始) 謝 人 ..... 23

(至 加 以 詳 述) 謝 詞 :

29 ..... 謝 詞 (1) ..... 29

34 ..... 謝 詞 (2) ..... 34

41 ..... 謝 詞 (3) ..... 41

49 ..... 謝 詞 (4) ..... 49

58 ..... 謝 詞 (5) ..... 58

80 ..... 謝 詞 (6) ..... 80

149 ..... 謝 詞 (7) ..... 149

151 ..... 謝 詞 (8) ..... 151

講 演 原 稿

發 表 者 : 브라이언 버드킨 (UN 인권 고등판무관 보좌관)



# The United Nations and National Human Rights Institutions

BRIAN BURDEKIN

*The World Conference on Human Rights reaffirms the important and constructive role played by national institutions for the promotion and protection of human rights, in particular in their advisory capacity to the competent authorities, their role in remedying human rights violations, in the dissemination of human rights information and education in human rights . . . The World Conference on Human Rights encourages the establishment and strengthening of national institutions, having regard to the "Principles relating to the status of national institutions" and recognizing that it is the right of each State to choose the framework which is best suited to its particular needs at the national level.*

Effective implementation of international human rights standards is ultimately a national issue – a reality sometimes lost on those of us working at the international level. International and even regional human rights mechanisms are simply inaccessible to the vast majority of the world's population. Individual rights and freedoms – and those of particularly vulnerable groups or peoples – will primarily be protected or violated because of what exists, or what is lacking, within a given State or society. In other words, the ability of a State to effectively discharge its responsibility to protect and promote human rights will depend predominantly on the strength of its domestic institutions. A pluralist and accountable parliament, an executive which is ultimately subject to the authority of elected representatives and an independent, impartial judiciary are necessary, but not sufficient, institutional prerequisites.

These basic "institutions" must, therefore, be supported by other mechanisms. The development of a culture of human rights at the national level depends on the existence of a vigorous civil society one which encourages the formation of community groups; which not only tolerates but encourages respect for individual difference and which enjoys a free and responsible press. One particularly useful mechanism for protecting individual liberties and freedoms, located somewhere between the sphere of government and that of civil society, is the "national human rights institution". This term is now commonly used to refer to a body established by government, under the constitution or by legislation, for the specific purpose of promoting and protecting human rights. A variety of different institutional structures fall within this definition – including several types of "ombudsmen" and an increasingly disparate variety of national human rights commissions.

This article is divided into two parts. Part One focuses on the concept of National Institutions; provides an illustrative (rather than definitive) overview of their work<sup>2</sup>; and highlights key criteria for an effective Institution. Part Two briefly surveys recent developments in the area of National Institutions and, in particular, the work of the High Commissioner for Human Rights in promoting the establishment of new institutions and strengthening existing ones. (The *Principles Relating to the Status of National Institutions*, which were adopted by the United Nations General Assembly in 1993, are reproduced in an annex).

## PART ONE

### THE STRUCTURE AND FUNCTIONING OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS

#### A. DEFINING A NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTION

National Human Rights Institutions generally enjoy a broad jurisdiction – usually including the protection of civil and political rights and the prevention of discrimination. Some Institutions are also empowered to promote and protect economic, social and cultural rights. Many Institutions have jurisdiction over both public and private entities; others are restricted to acts or practices occurring in the public sector. The precise authority and functions of each particular Institution are defined in the constitutional provisions, legislative acts or decrees by which it is established.



Some Institutions are limited to protecting "fundamental rights" as defined in the national constitution. However, an increasing number are empowered to promote and protect human rights prescribed in international human rights treaties and other instruments.

## B. THE WORK OF NATIONAL INSTITUTIONS

### I. INVESTIGATING ALLEGED VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS

One of the most important functions with which a National Institution can be entrusted is the investigation of complaints from individuals or groups alleging violations of human rights. Depending on the Institution's jurisdiction, these rights may be those enshrined in domestic law and/or those set out in international treaties which the State concerned has ratified. Frequently, violations of internationally recognized human rights will be violations of domestic law – but frequently (as with discriminatory practices in many jurisdictions) they will not. The existence of a national mechanism with the power to investigate abuses and provide relief to victims can, of itself, discourage acts or practices inimical to the enjoyment of human rights.

In order to discharge its investigative responsibility effectively, a National Institution may be granted a range of powers enabling it to gather evidence and question witnesses. (Even if used only occasionally, these powers are important in ensuring that the person or body complained against cannot frustrate the investigation by refusing to cooperate). While there are considerable differences in the procedures adopted by various National Institutions in the investigation and resolution of complaints, a growing number rely on conciliation and/or arbitration. National Human Rights Institutions are not usually empowered to impose legally binding decisions on parties to a complaint. This does not mean, however, that the settlement or remedial steps recommended by the Institution can be ignored. In some countries, a special tribunal has authority to hear and determine issues arising from unresolved cases. In others, the Institution may be able to refer matters to superior courts for a final and legally binding decision or for enforcement of its determination.

### II. CONDUCTING PUBLIC ENQUIRIES

Some National Human Rights Institutions also enjoy a mandate to conduct public enquiries on their own initiative. This is an important power – particu-

larly in effectively addressing systemic violations of the rights of the most vulnerable and disadvantaged groups in society; minorities, the homeless, indigenous peoples, the mentally ill, those with intellectual disabilities and others who frequently lack effective advocates and are seldom in a position to lodge individual complaints. (Experience demonstrates that media interest also makes such enquiries an effective vehicle for educating the public generally).

### III. PROVIDING ADVICE AND ASSISTANCE TO GOVERNMENTS

Another important function of National Human Rights Institutions is providing assistance and advice to governments. Again, mandates vary widely; some are granted a general authority to bring human rights abuses to the attention of the parliament, the executive and/or the judiciary – to assist these institutions in promoting and protecting human rights. Some are able to submit opinions on proposed or existing legislation directly to parliament; to initiate new legislation; or to intervene in legal proceedings involving questions of human rights (usually with the proviso that leave must be obtained from the court). They may also be entrusted with responsibility for drawing governments' attention to situations of human rights abuse and making specific proposals aimed at preventing such abuse. A number of National Human Rights Institutions play an important role in monitoring the implementation of international human rights standards and assisting Governments to fulfil their reporting obligations to various international treaty bodies.

### IV. HUMAN RIGHTS EDUCATION

Perhaps the most important role of a National Human Rights Institution is to educate individuals about their rights – which Governments, the private sector and other individuals must respect. There is a growing awareness that preventive strategies must increasingly absorb our attention and resources – and that among the most effective of these are appropriate education and training in human rights. Such strategies can involve a variety of activities, including the collection, production and dissemination of information; the organization of promotional events and the development and implementation of training programmes for a variety of audiences. National Institutions are increasingly focussing their attention on the need to develop practical strategies for effective education – not only in the more formal settings of primary, secondary and tertiary educational facilities, but also in the critical areas of training for police, prison, paramilitary, military and security forces.

## C. FEATURES OF AN EFFECTIVE HUMAN RIGHTS INSTITUTION

It is the right of each State to choose the framework for a National Institution which best meets its needs. In determining the type of Institution to be established, States must consider a variety of factors including political, cultural and economic realities. Accordingly, it is not possible to prescribe precise standards which will be universally and uniformly applicable.

It is possible, however, drawing on recent experience, to identify "indicators for effectiveness". These criteria, summarized below, have received broad acceptance<sup>3</sup> and are therefore useful tools for evaluating Institutions and encouraging their development.

### I. INDEPENDENCE

A National Human Rights Institution must be independent. While certain restrictions on absolute independence may be necessary, it is essential to ensure these do not impede its ability to discharge its responsibilities effectively. A National Institution should be legally and politically autonomous – to the extent that no branch of government or any public or private entity can interfere in, or obstruct, its work. A National Institution must also be able to control its own finances, with external accountability being limited to appropriate audit and evaluation of financial reports and resource utilization. Clearly, any Institution will only be as independent as the individuals of which it is composed. All members, acting individually and collectively, should be capable of generating and sustaining independence of action. The methodology and procedures by which members are appointed and dismissed are obviously critical elements in this context.

### II. AN APPROPRIATE, CLEARLY DEFINED MANDATE

An effective National Institution must enjoy a clearly defined area of jurisdiction. The Institution and the community it serves should be in no doubt as to the functions it is charged to perform. The legal powers conferred on it must be relative to its tasks. It is of no use, for example, granting a National Institution power to investigate complaints without also empowering it to collect evidence and subpoena witnesses. A carefully defined mandate should also serve to avoid possible conflict of jurisdiction with other independent agencies or with the courts.

### III. PLURALISTIC AND REPRESENTATIVE COMPOSITION

Diversity among those constituting the Institution is particularly important. An effective, credible National Institution will be one which reflects, in composition, the community it is established to serve. A National Institution composed solely of men, for example, or of one particular ethnic or religious group, is unlikely to reflect the diversity of society or inspire confidence in its impartiality.

### IV. ACCESSIBILITY

A National Human Rights Institution must be readily accessible to its "clients" – those individuals and groups whose rights it has been established to promote and protect. In this respect it is essential to recognize that many of the most important "clients" – those who are most in need of help – will often be difficult to reach through orthodox channels of communication. An effective Institution will therefore be one which develops proactive strategies for assisting those who are most vulnerable and disadvantaged. Physical accessibility is also important and can be improved through the establishment of related bodies at State and provincial levels. Where decentralization in this context is not a practical option, National Institutions may recruit field officers to serve in different regions. Flexible rules of procedure (e.g.: accepting complaints through the post or over the telephone) will also increase an Institution's accessibility.

### V. COOPERATION WITH NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS (NGOs)

All effective Human Rights Institutions have established and maintain close relations with non-governmental organizations involved in human rights matters. NGOs frequently have a particular focus, a freedom of movement and a flexibility of action which make them a vital information source for National Institutions. The specialization of many NGOs allows them to make a particularly important contribution in the areas of education and training. The charters of most National Institutions recognize, either explicitly or implicitly, the important role played by NGOs and empower the respective Institutions to work closely with them.

It is important that the synergy of this relationship be appreciated by Governments contemplating the creation of independent National Institutions – and



that there is no misapprehension that the establishment of such mechanisms in any way minimizes or derogates from the central role which a vigorous non-government sector has to play in protecting human rights.

#### VI. ADEQUATE RESOURCES

Sufficient human resources and adequate funding are essential prerequisites for operational efficiency. If at all possible, guarantees on these matters should be included in the Institution's charter. As well as jeopardizing efficiency, inadequate resources can cripple a National Institution. The commitment of any government which establishes a Human Rights Commission and then fails to resource it properly will obviously be called into question.

## PART TWO

### NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS AND THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS

*"I would like to draw particular attention to the importance of national institutions for the promotion and protection of human rights. Once international standards have been set, once the international mechanisms of protection are functioning, it is the primary responsibility of Governments to ensure human rights. However, Governments can be greatly assisted by national commissions that promote human rights standards and ensure the harmonization of national legislation with international human rights standards. In the past few years, my office has assisted countries in all regions to create or strengthen such national institutions...I intend to make this work one of my highest priorities and use the opportunity of the 50th anniversary ... to pursue further progress in this area"*<sup>4</sup>.

The High Commissioner for Human Rights has been increasingly active in promoting the establishment and strengthening of independent, effective National Human Rights Institutions. The activities of her Office can be broadly divided into two areas. First, provision of practical advice and assistance to those involved in the establishment of new National Institutions or the strengthening of existing ones; second, acting as a facilitator for international and regional meetings of National Institutions.

#### A. ASSISTANCE TO GOVERNMENTS AND TO INDIVIDUAL INSTITUTIONS

Both the General Assembly and the Commission on Human Rights have recently requested the High Commissioner to accord priority to the establishment and strengthening of National Human Rights Institutions. Such assistance is now a major component of the High Commissioner's Technical Cooperation Programme and is generally financed by contributions (often specifically earmarked for National Institutions) to the Voluntary Fund for Technical Cooperation. In the last few years, a large number of countries and Institutions, particularly in Africa, Asia and Eastern Europe, have been the focus of technical cooperation initiatives. The following is an illustrative, rather than an exhaustive list of these activities<sup>5</sup>.

Establishing an appropriate constitutional or legislative foundation for any new Institution is of primary importance. It is essential to ensure that the structure and functions of the Institution will enable it to respond adequately to the needs of the community it is being established to serve. In recognition of the importance of the *pre-establishment phase*, the High Commissioner has provided preliminary advice or assistance to a number of countries currently considering or actually establishing a National Human Rights Institution. During the past 12 months, these included, *inter alia*, Armenia, Bangladesh, Cambodia, Fiji, Georgia, Liberia, Malawi, Madagascar, Mauritius, Mongolia, Moldova, Nepal, Papua New Guinea, Rwanda, Sri Lanka and Thailand.

The type of assistance provided varies from country to country and is tailored to specific needs. In Bangladesh, for example, assistance was provided to the Government in the form of high-level consultations concerning the establishment of a National Commission, participation in workshops and facilitating contacts with representatives of National Institutions in other countries. In Mongolia, the High Commissioner has sponsored workshops for parliamentarians on establishing an independent Human Rights Commission and assistance has been provided in drafting the relevant legislation. In Papua New Guinea, a technical cooperation project has been concluded with the Government and work is well advanced on establishing an independent Commission. In Malawi, substantial preparatory work has been done with relevant officials to facilitate the establishment and effective operation of the Human Rights Commission prescribed in the new Constitution. In all cases, consultations conducted have included NGOs.

Assistance is also provided to recently established National Institutions. In South Africa, the Human Rights Commission is a central focus of the High Commissioner's activity. A substantial project of technical assistance to the Latvian Human Rights Office is currently being implemented. In 1997, a needs assessment mission was sent to arrange a comprehensive programme of support for the new Ugandan Human Rights Commission and a technical cooperation project has subsequently been prepared, in close consultation with the Commission. Advice and assistance have also been provided to the new Human Rights Commission in Zambia. Other National Institutions which have worked in cooperation with activities sponsored by the High Commissioner include those in India, Indonesia and the Philippines.

In many of these countries, the High Commissioner is consulting and cooperating with UNDP – in recognition of the close relationship between human rights, good governance and sustainable development. The High Commissioner has also encouraged the formulation of projects conducted in close cooperation with bilateral donors.

#### B. ASSISTANCE TO INTERNATIONAL AND REGIONAL MEETINGS

In 1991, at a meeting of representatives of National Institutions, held under United Nations auspices in Paris, the "Principles Relating to the Status of National Human Rights Institutions" referred to in the introduction were developed. These Principles, subsequently endorsed by the Commission on Human Rights and the General Assembly of the United Nations, provide important benchmarks for the High Commissioner's work.

The Paris meeting was the first in a series of international meetings of representatives of National Institutions – originally organized by the United Nations in response to resolutions adopted by the Commission on Human Rights. The Second International Meeting was held in Tunis in 1993. (At this Meeting a Coordinating Committee of National Human Rights Institutions was formally convened. The Coordinating Committee, comprising representatives of National Institutions from all regions, meets annually in Geneva during the Commission on Human Rights). The Third International Meeting was held in Manila in 1995 and the Fourth and most recent Meeting took place in Merida, Mexico in November, 1997.

At the Manila meeting in 1995, the organization of regional workshops of National Institutions was formally proposed. The *First Regional Conference of African National Human Rights Institutions* was conducted in Cameroon in February 1996. This was followed by the *First Regional Workshop of Asia-Pacific National Human Rights Institutions*, in Australia, in July 1996 and the *Second Regional Workshop of Asia-Pacific National Human Rights Institutions*, in New Delhi in September, 1997. Similar regional meetings have also been held in Europe. The majority of these initiatives have been organized with the assistance and/or financial support of the Office of the High Commissioner.

## CONCLUSION

It is their capacity to contribute substantially to the realization of human rights which makes independent Human Rights Institutions so significant. Democracy alone is no guarantee that the rights of all persons will be protected – as history clearly demonstrates. Nor is the constitutional entrenchment of human rights any guarantee that they will not be frequently and flagrantly violated in practice. But if there is an independent, autonomous National Commission or similar institution with a mandate and appropriate powers to monitor and protect human rights, the demonstrable deficiencies of Governments, constitutional "guarantees" and often inaccessible court systems can be more effectively addressed.

First, National Human Rights Institutions can, by reaching so many, transform the rhetoric of the international instruments into reality for millions of people for whom the term "human rights" has previously had no meaning at all. Second, they can do this in a manner which is consistent with the standards prescribed in the international treaties, while accommodating constitutional peculiarities and the extraordinarily disparate challenges posed by local conditions and cultures – thus respecting ethnic, cultural, religious and linguistic diversity. Third, they can do this in a more informed and sensitive manner than any regional or international body. Fourth, they can do this without compromising a vigorous defence of the rights of minorities by reference to the wishes of the sometimes overwhelming ethnic, linguistic or religious majority. Fifth, they can contribute to and monitor the integrity of government reports to international treaty bodies – better reflecting the reality of human rights. Sixth, they can provide constructive, well-informed criticism from within, which is frequently important in corroboration



rating or balancing criticism from "foreigners" – sometimes dismissed by Governments subject to criticism as based on ulterior or illegitimate motives.

For these and other reasons, independent National Institutions can enhance national stability and security – and thereby contribute to national development – whilst promoting and protecting human rights.

**Brian Burdekin and Anne Gallagher**

<sup>1</sup>Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights, Vienna, 25 June 1993 (A/CONF.157/24 Part I, paragraph 36).

<sup>2</sup>Additional technical information on the structure and functioning of National Human Rights Institutions may be found in the United Nations Publication: *National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, Professional Training Series No. 4, United Nations, New York and Geneva, 1995.

<sup>3</sup>The majority of the elements listed in this Part are identified in the *Principles Relating to the Status of National Institutions*, endorsed by the Commission on Human Rights in Resolution 1992/54 (1992) and by the General Assembly in Resolution 48/134 (1993).

<sup>4</sup>Statement by Mary Robinson, UN High Commissioner for Human Rights to the fifty-second session of the United Nations General Assembly, New York, 14 November 1997.

<sup>5</sup>Additional information may be found in the report of the Secretary-General to the Commission on Human Rights on the Technical Cooperation Programme (E/CN.4/1997/86) and in the report of the High Commissioner for Human Rights to the Commission (E/CN.4/1997/98).

## 人權法(試案)의 主要 內容

發表者 : 곽무근(법무부 인권과장)



## 人權法(試案)의 主要 內容

곽무근(법무부 인권과장)

- I. 人權法 制定의 趣旨
- II. 推進 經過
- III. 外國의 人權法과 人權委員會 實態
- IV. 人權法(試案)의 主要 骨子

### I. 人權法 制定의 趣旨

- 民主社會의 기초인 人權意識을 擴散함으로써 人權侵害와 差別이 없는 先進民主社會를 指向
  - ※ 民主主義와 經濟發展의 併行 推進(大統領)
  - 秩序와 人權이 함께 숨쉬는 사회 지향(法務行政指標)
- 人權의 國際化 趨勢에 副應하여 國家的 이미지 改善
- 人權保障의 실천기구인 「國民人權委員會」의 設置를 위한 근거법률 제정
  - ※ 현재 영국, 호주, 뉴질랜드, 캐나다 등 전 세계 40여개국에 국내인권기구(인권위원회 또는 음부즈만)이 설치되어 있고, 아시아·태평양지역에는 호주, 뉴질랜드,



필리핀, 인도, 인도네시아, 이란, 스리랑카 등 7개국에 인권위원회가 설립되어 있음.

- 국민 개개인의 인권保障水準을 劃期的으로 向上시킴으로써 새 政府의 性格이 名實相符한 「國民의 政府」임을 體感할 수 있도록 함.

## II. 推進 經過

- 金大中 大統領의 大選公約
- 새정부 100대 政策課題
- '98. 4. 法務部의 行政指標인 「秩序와 人權이 함께 숨쉬는 社會」의 具體的 實踐課題로 大統領께 業務報告
  - ※ 搜查過程에서의 適法節次遵守, 「新公安政策」, 「思想轉向書 制度」의 폐지 등도 法務部의 人權政策의 一環으로서 그 軌를 같이함.
- '98. 9. 21 大統領께 人權法試案 報告(大選公約의 實踐)
- '98. 9. 25 人權法(試案) 說明會 및 人權法(試案) 發表
- 立法豫告期間중 公聽會, 討論會 등으로 廣範圍한 國民意見 收斂하여 政府案 확정할 計劃

### < 참고사항 >

法務部는 人權法(試案)을 작성함에 있어 다음의 자료를 참고하여 우리의 法體系와 社會現實에 맞는 人權法과 인권기구가 되도록 노력하였음.

- UN 人權委員會의 「국내인권기구 설립권고안」

- 국제사면위원회(Amnesty International)의 「인권위원회 설립 기준」
- 호주, 캐나다, 뉴질랜드, 필리핀, 인도네시아, 인도, 남아프리카공화국의 인권법」과 「인권위원회 연례보고서」, 스웨덴, 덴마크, 뉴질랜드, 호주의 옴부즈만법」
- 한국기독교교회협의회(KNCC) 주최의 국가인권위원회 설립 세미나」 자료 및 인권단체협의회 주최의 「국가인권위원회 설립을 위한 토론회」 자료 등

## III. 外國의 人權法과 人權委員會 實態

### □ 外國의 人權法 主要內容

- 차별행위와 인권침해행위에 관하여 규정
  - 캐나다, 미국, 영국, 뉴질랜드의 인권법은 차별행위에 관하여 규정
  - 호주, 인도, 필리핀, 南阿共 등은 인권침해행위 및 차별행위를 규정

- 인권위원회의 설립 근거규정 포함
  - 캐나다, 영국, 뉴질랜드, 호주, 인도, 필리핀, 南阿共

### □ 外國의 人權委員會 실태

- 外國의 인권기구를 形態別로 보면 3개 유형이 있음.
  - ▲ 법무부내에 인권담당부서를 두는 형태
    - 미국 법무성 민권국, 일본 법무성 인권옹호국
  - ▲ 별도의 국가기구 형태
    - 캐나다, 필리핀, 인도, 인도네시아
  - ▲ 특수법인 형태
    - 호주, 뉴질랜드, 南阿共, 영국



○ UN에서 모범적으로 평가하고 있는 인권위원회는 호주, 뉴질랜드, 영국 등이며 이들은 모두 法人(body corporate)의 형태로 운영되고 있음.

- 外國의 人權委와 법무부와의 관계
  - 인권위원의 임명에 있어서,
    - 호주, 뉴질랜드, 캐나다는 법무부장관의 추천으로 총독(Governor-General)이 인권위원을 임명
    - 영국은 법무부장관이 인권위원을 임명
  - 업무에 있어서,
    - 호주, 뉴질랜드, 캐나다의 人權委는 권고내용 및 연례·특별보고서를 법무부장관에게 제출
    - 호주, 캐나다 人權委는 법무부장관이 요청하는 인권관련 연구 수행
- ※ 우리나라는 정부조직법 제30조 제1항에서 人權擁護機能을 법무부에 부여

#### IV. 人權法(試案)의 主要 骨子

##### 1. 總 則

###### □ 目的

○ 모든 사람에게 人間의 尊嚴性이 보장되는 社會, 즉 人權侵害 및 差別이 없는 社會 具現을 목적으로 함.

###### □ 基本方針

○ 人權意識 고취를 위한 敎育 및 弘報, 人權의 保護와 伸張을 위한 制度改善, 人權侵害行爲 및 差別行爲의 調査와 救濟등의 실천

○ 이에 대하여 國家가 제1차 責任을, 國民人權委員會가 이를 監視·補完하는 責任을 부담

###### □ 國家機關의 役割

###### ○ 법 무 부

- 인권옹호종합계획 수립과 홍보, 각 부처간 협력, 국민인권위원회 지원
- 현재의 「법무실」을 「법무인권실」로 개칭
- ※ 현재 법무부의 법무실 산하에 「인권과」가 있음.

○ 외교통상부 : 국외에 있어서 대한민국 국민에 대한 인권침해행위와 차별행위의 예방과 구제

○ 교 육 부 : 인권교육을 교육과정에 포함

○ 보건복지부 : 장애인등 사회적 약자의 인권신장에 노력, 다수인보호시설에서의 인권침해행위 예방

○ 노 동 부 : 근로자의 인권신장에 노력, 고용에 있어서의 차별행위 예방(「노동위원회」, 「고용평등위원회」)

○ 여성특위 : 여성의 사회참여 확대 및 능력개발, 성차별해소 노력

###### □ 適用範圍

- 國內의 外國人 및 國외의 대한민국 國民에 대한人權侵害行爲와 差別行爲에도 적용
- ※ 人權의 脫國境化, 世界化 추세 반영



## 2. 人權侵害行爲 및 差別行爲

### □ 人權侵害行爲

○ 檢察, 警察, 安企部, 矯正機關, 保護觀察所, 出入國管理事務所 소속 공무원 및 기타 特別司法警察官吏, 軍檢察·憲兵·機務部隊 소속 軍人, 軍務員과 정신병원등 多數人保護施設 소속 직원이 不法으로,

- ① 사람을 逮捕 또는 監禁하는 행위
- ② 사람을 暴行 또는 脅迫하는 행위
- ③ 사람에게 苛酷한 행위를 하거나 拷問하는 행위
- ④ 사람으로 하여금 義務없는 일을 하게 하거나 權利行使를 방해하는 행위
- ⑤ 우편물의 檢閱, 전기통신의 監聽 또는 타인간의 對話秘密을 침해하는 행위
- ⑥ 타인의 私生活에 관하여 寫眞을 撮影하여 公開하거나 그 비밀을 누설하는 행위
- ⑦ 사람을 侮辱하거나 性的 羞恥心을 유발하는 행위
- ⑧ 警察署留置場, 矯正機關, 多數人保護施設등의 수용자나 피보호자를 法令上 根據없이 懲罰하는 행위

### □ 差別行爲

○ 差別行爲의 內容 : 性別, 人種, 宗教, 心身の 障礙, 出身地域 등을 이유로 雇傭, 財貨·서비스의 제공, 公衆施設 등의 이용 기타 政治·經濟·社會·文化의 모든 영역에 있어서 合理的인 根據없이 特정한 사람들을 우대하거나 배제 또는 불리하게 대우하는 행위를 差別行爲로 함.

○ 人種侮辱 : 인종, 피부색, 출신국가, 출신민족을 이유로 특정인에 대하여 敵對感

또는 憎惡心을 표명하거나 경멸 또는 조롱을 함으로써 모욕감을 느끼게 하는 행위, 즉 「人種侮辱(racial harassment)」을 인종등에 기한 差別行爲로 간주

- 性戲弄 : 업무, 고용 기타관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 자에게 性과 관련된 言動을 하여 性的 屈辱感이나 嫌惡感을 느끼게 하는 행위, 즉 이른바 「性戲弄(sexual harassment)」도 性別에 기한 差別行爲로 간주
- ※ 캐나다, 호주, 뉴질랜드등 外國의 입법례도 人種侮辱또는 人種的 괴롭힘, 性戲弄을 특수한 유형의 差別行爲로 봄.

## 3. 國民人權委員會

### □ 설립형태 및 지위

- 人權保障의 實踐機構로서 「國民人權委員會」를 特殊法人으로 설립
- 國家의 人權擁護機能의 허점을 監視·補充하는 역할 수행
- 정부의 업무감독권 배제 및 별개의 법인격 부여로 그 獨立性을 制度的으로 保障
- ※ UN의 「國內人權機構(National Human Rights Institution) 設立勸告案」에서도 독자적인 의사결정권을 갖는 別個의 法人格(separate and distinct legal personality)을 부여하는 것이 理想的이라고 권고함.

### < 참고사항 >

영국, 뉴질랜드, 호주, 南阿共의 人權委도 법인형태로 운영되고 있음.



□ 業務

1. 인권 교육 및 홍보
2. 인권관련 법령·제도·정책·관행의 연구와 권고 또는 의견표명
3. 인권침해행위 및 차별행위에 대한 조사와 처리
4. 필요한 경우 경찰서유치장, 교정기관, 외국인보호소, 군교도소, 다수인보호시설에 대한 시찰과 권고 또는 의견표명
5. 인권단체 및 인권운동가와의 협력

□ 組織

○ 理事會

- 이사장 포함 11인 이내의 이사로 구성, 전원 비상임(예산 절감)
  - 當然職 理事(4인)는 여성특위 상임위원등 관계부처 차관
  - 選任 理事(7인이내)는 여성계, 노동계, 인권단체등 국민의 대표성을 반영할 수 있는 각계의 인사중 법무부장관이 提請하여 대통령이 임명
  - 여성특위 상임위원 포함 3인 이상의 여성이사 임명
- 임명권자 : 大統領
- 임기 : 3년
- 이사회 기능 : 인권위원 임면제청, 감사의 선임, 예산 및 결산등의 심의

○ 人權委員

- 위원장 포함 9인 이내의 인권위원, 그중 위원장 포함 3인은 상임
  - ※ 현재 「국민고충처리위」도 10명의 위원중 3명이 상임
- 인권위원장과 인권위원은 이사회가 제청하여 大統領이 임명
  - 사회적 신망이 높고 人權에 관한 識見과 經驗이 있는 자 중에서 理事會가 提請
  - 인권위원중 3인은 변호사 자격자로 선임

※ 필리핀과 인도는 인권위원의 과반수 이상, 호주는 1명 이상의 인권위원을 변호사 자격자로 선임

- 인권위원중 2인 이상을 여성으로 임명
- 인권위원 선임을 이사회에서 제청케 함으로써 인권위 구성의 공정성 및 독립성 확보

- 임명권자 : 大統領

- 임기 : 2년, 1차 연임 가능

○ 全體委員會 및 小委員會

- 인권위원 전원으로 구성되는 全體委員會가 위원회 業務를 總括
- 전체위원회 관장사항중 일부를 4인의 인권위원으로 구성되는 小委員會에서 처리 (교육·홍보·정책 小委, 인권침해 및 차별행위 小委)

○ 事務處

- 사무총장 및 직원으로 구성, 위원회의 실무를 처리
- 사무총장은 위원장의 제청으로 대통령이 임명

□ 人權侵害行爲등의 調査 및 處理

○ 調査對象 : 人權侵害行爲 및 差別行爲

○ 調査開始事由 : 陳情 또는 職權

- 직권조사는 중대한 人權侵害行爲 또는 差別行爲가 있다고 믿을만한 상당한 근거가 있는 때에 가능

※ UN 권고안 및 外國의 人權委들도 직권조사권 인정

○ 調査의 目的과 限界

- 조사의 목적은 인권침해와 차별행위로 인한 피해 구제



- 따라서, 인권위원회는 조사를 함에 있어,

- ① 國家機關의 기능수행에 지장이 없도록 유의
- ② 계속중인 裁判, 搜查중인 사건의 소추에 대한 부당한 관여 목적의 조사 금지
- ③ 私生活 침해 목적의 조사 금지

※ 「국정감사및조사에관한법률」 제8조 참조

- 監査 또는 調査는 개인의 사생활을 침해하거나 계속중인 재판 또는 수사중인 사건의 소추에 관여할 목적으로 행사되어서는 아니된다

#### ○ 調査方法

- 진술서 제출요구등 書面調査

- 서면조사만으로 불충분한 경우 진정인등에 대한 出席要求權, 鑑定依頼權, 관계자료 등의 提出要求權 인정

· 국가기밀사항과 수사·재판·형집행 관련 자료로서 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀을 침해할 우려가 있는 경우 등 제외

· 이 경우 해당 국가기관에 事實照會하여 필요한 사항의 확인 요구

※ 人權委에 強制搜查權 부여시 검찰의 지휘를 받게됨(헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제201조, 제205조)

- 필요한 경우 現場調査 가능

※ UN 권고안 및 外國의 人權委들도 현장조사(on-site investigation) 인정

- 調査의 非公開

· 人權委 조사는 비공개로 하며, 중요사건에 해당하여 전체위원회 의결이 있는 때에는 예외적으로 공개

#### ○ 處理

##### ① 調停

- 조정 성립시 법원의 판결과 같은 裁判上 和解의 효력이 부여됨.

※ 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 外國의 人權委도 調停(Conciliation)을 통한 간이·신속

한 救濟를 도모

##### ② 救濟措置등의 勸告 또는 意見表明

- 구제조치 권고의 내용에는 원상회복, 손해배상 또는 동종 유사한 인권침해 및 차별행위의 재발방지조치등 포함

##### ③ 告發 또는 수사의뢰

##### ④ 관계 국가기관에 대한 法令·制度등의 改善勸告 또는 意見表明

##### ⑤ 관계기관에의 移送

- 이미 수사 또는 재판중인 경우 위원회는 관계기관에 이송

##### ⑥ 진정의 却下

- 却下 대상 : 진정의 원인이 사실이 발생한 날로부터 1년이 經過한 경우, 匿名으로 진정을 제기한 경우, 진정취지가 당해 진정 원인이 사실에 관한 법원의 확정판결에 反하는 경우등(外國의 입법례, 『국민고충처리위원회』도 동일)

- 다만, 1년이 경과한 경우라도 전체위원회의 의결이 있는 때에는 예외적으로 조사 가능 (과거사 청산기능 수행 가능)

##### ⑦ 진정의 棄却

- 棄却 대상 : 조사결과 진정내용이 사실이 아닌 경우등

#### ○ 處理내용의 公表

다만, 다른 법률에 의하여 공표가 制限되는 경우는 제외. 개인의 사생활 비밀이 침해될 우려가 있는 경우는 전체위원회의 의결을 거쳐 匿名으로 公表

#### ○ 措置結果 通報

- 고발, 권고를 받은 국가기관 등은 그에 대한 措置結果를 위원회에 通報하여야 함.

- 국가기관 등은 위원회의 권고를 受容하지 않을 경우 그 理由를 說明하여야 함.

- 위원회가 국가기관등에게 告發, 勸告·意見表明등을 할 경우 및 국가기관등이 그에 대한 措置結果를 위원회에 通報할 경우, 위원회는 법무부에 그 내용을 사후 通報



< 참고사항 >

- 外國의 경우도 人權委의 권고내용을 법무부장관에게 제출함(호주, 뉴질랜드, 캐나다 등)

□ 警察署留置場등 拘禁·保護施設에 대한 視察

- 人權실태 파악을 위하여 특히 필요한 경우에는 경찰서유치장, 교정기관, 외국인보호소, 군교도소 및 다수인보호시설등 拘禁·保護施設에 대한 인권위원의 視察 가능(전체위원회의 의결 필요)
- 시찰시 수용자나 피보호자 面談 가능
- 改善이 필요한 사항에 대한 勸告 또는 意見表明

< 참고사항 >

- 人權침해 가능성이 높은 拘禁·保護施設에 대한 視察權을 부여함으로써 재소자등에 대한 인권침해를 사전에 방지할 수 있음.
- 필리핀, 인도, 스웨덴등 外國의 경우에도 人權委 또는 음부즈만에게 이와 유사한 시찰권 부여

□ 委員會 活動의 實效性 확보수단

- 刑事處罰
  - 경찰서유치장, 교도소등 구금·보호시설에서 위원회에 제출할 陳情書 作成을 不許하거나, 이를 위원회에 송부하지 않은 자(3년 이하 징역 또는 700만원 이하 벌금)
- 過怠料 부과
  - 법률의 규정 기타 正當한 理由가 있는 경우를 제외하고는 1,000만원이하 과태료 부과

- 위원회의 출석 요구에 不應한 자
- 위원회의 자료·물건제출 요구에 不應하거나 虛偽의 자료·물건을 제출한 자
- 위원회의 現場調査나 구금·보호시설에 대한 視察을 거부 또는 방해한 자

○ 國家機關등의 協力義務

- 위원회의 요청에 대한 성실협조의무, 위원회의 권고에 대한 존중의무
- 위원회에 公務員 派遣 가능

○ 國民 輿論

- 인권위원회의 권고사항을 국가기관이 거부할 경우 여론의 압력으로 사실상의 강제 효과

□ 委員會의 豫算

- 위원회의 예산은 정부 出捐金과 민간기부금으로 충당
  - ※ 영국의 인권위도 민간기부금 수령

□ 委員會의 年例報告書

- 매년 2월중에 국민인권위원회는 전년도 활동상황에 관한 보고서를 작성하여 大統領에게 제출하고 國民에게 공표

□ 法務部의 人權狀況 分析報告書

- 매년 3월중 인권위가 지난 1년간 행한 勸告등과 정부의 조치내용등을 종합, 인권 상황을 분석하여 그 개선대책을 大統領에게 보고



□ 罰 則

- 虛偽事實 陳情, 인권위원등의 資格詐稱의 경우 처벌규정을 둠 (5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금)
- 인권위원 및 직원 등의 직무와 관련한 金品收受, 職權濫用의 경우 공무원으로 간주하여 刑法을 적용
- 인권위원 및 직원이 政治運動에 관여한 경우 공무원으로 간주하여 국가공무원법을 적용하여 처벌

4. 人權團體 등

□ 國家의 保護 · 育成義務

- 국가에게 人權團體 및 人權의 옹호와 신장을 위해 활동하는 個人에 대한 보호 · 육성 의무 부과
- 법무부에 등록된 人權團體에 일정한 基準에 의거 예산의 범위내에서 정부보조금 지급 가능

< 참고사항 >

'98. 4. 20. UN 人權委員會의 “인권옹호자선언(Declaration on Human Rights Defenders)” 에서 국가가 인권단체와 인권운동가를 보호 · 육성할 것을 권고

人權法(試案)의 討論意見

討論者 :

- 곽노현 (한국방송대학교 교수)
- 김성남 (변호사, 경제정의실천시민연합 중앙위 의장)
- 김엘림 (한국여성개발원 법·정치연구부장)
- 문준조 (한국법제연구원 국제법제실장)
- 오병주 (대전지방검찰청 특수부장)
- 조용환 (변호사, 민주사회를 위한 변호사 모임)
- 최창행 (국민고충처리위원회 전문위원)
- 홍성필 (이화여자대학교 교수)



# 人權法(試案)에 대한 討論意見(1)

곽노현 (한국방송대 교수, 법학)

1. 용어의 정리
2. 인권법의 개념과 역사
3. 인권법의 법체계적 기능과 위상
4. 인권법 추진과정: 현실과 당위
5. 인권법의 일반적 구조와 내용
6. 법무부 인권법안의 구조와 내용 - 문제점과 한계
7. 외국 입법례의 한계와 함정
8. 결론: 인권법 제정의 의미를 살리려면

우선 인권법과 관련된 용어와 개념을 정리하고 인권법의 역사와 위상을 살펴본 뒤 법무부안의 문제점을 들추어내는 순서로 진행한다.

## 용어의 정리

인권법은 아직까지 낱설은 용어이자 정립되지 않은 개념이다. 단순히 인권위원회 설치와 운영에 필요한 규정을 두는 법률이라면 인권법 대신 인권위원회법이라는 알기 쉬운 용어를 쓰는 것이 바람직하다. 다시 말해서 인권법이라는 명칭은 인권위원회 조직규정 말고도 인권보장에 필요한 갖가지 규정을 담고 있는 법률에 대해서만 사용하는 것이 용어의 특징을 살릴 수 있는 길이다.



인권법에 따라 설치되는 인권기구에 대해서도 국가인기구, 국가인권위원회, 국민인권위원회등 다양한 용어가 혼용되고 있다. “국가인권기구”란 인권을 전담하는 개별국가 단위의 법정기구라는 뜻을 지닌 가장 광범위한 학술용어다. 인권은 성격상 인류사회 모두의 관심사로서 한 나라의 범주와 경계를 넘어서지만 국제사회는 아직까지 이렇다할 강제력을 갖고 있지 못하므로 인권보장 책무는 결국 개별 국민국가의 몫이 될 수 밖에 없다. 이러한 생각에서 국제사회가 각국에 설치를 권고하는 것이 다름아닌 국가인권기구다. 인권을 다루는 기관이되 국제기구가 아닌 국가기구라는 개념이 담겨져 있을 뿐이지 기구의 명칭에 ‘국가’라는 용어를 집어넣으라는 것은 아니다. 실제로 제 나라 인권기구를 “국가인권위원회”로 부르는 나라는 없다.

한편 “국민인권위원회”는 인권을 향유할 일차적 주체가 국민임을 강조한 용어례로서 법무부 시안도 이 용어를 사용하고 있다. 무난하게 들리긴 하지만 문제는 이러한 용어로는 외국인도 인권을 누린다는 사실이 드러나지 않는다는 점이다. 각국의 인권위가 뉴질랜드 인권위, 캐나다 인권위, 남아공 인권위, 필리핀 인권위 하는 식으로 제 나라 이름을 붙이고 있는 이유는 아마도 이런 데 있는 것이 아닌가 싶다. 이와 같은 국제적 작명법을 따를 경우 한국의 국가인권기구는 ‘대한민국 인권위원회’라는 공식 명칭을 갖게 될 것이다.

### 인권법의 개념과 역사

단일법률로서의 인권법의 개념은 아직 정립되지 않은 상태다. 하지만 인권법 개념의 최소한은 국제인권법이 정한 인권의 국내적 실효성을 높일 목적으로 제정된 법률을 의미하는데 있을 것이다. 보다 구체적으로 인권법의 역할은 헌법의 기본권 조항을 넘어서 국제인권법의 존재를 현실로 받아들여 국가가 보장해야 할 인권의 범주를 확대하는 것, 헌법의 평등권 조항만으로는 차별해소가 어렵다는 현실 인식에 따라 정교한 차별금지법제를 만들어내는 것, 나아가서 기왕의 사법부만으로는 인권보장에 한계가 있다는 법적 성찰에 터잡아 인권전담 국가기구를 설치하는 데 있다.



인권법이라는 명칭을 가진 법률의 역사는 매우 짧다. 종합적 국가인권기구의 세계적 효시로 일컬어지는 뉴질랜드 인권위원회가 설치된 것이 1977년이었으니 이제 간신히 20년을 넘어선 정도다. 뉴질랜드의 경우 인권법은 1976년부터 발효한 국제인권규약의 국내적 실효성을 확보하는 차원에서 제안되어 제정에 이른 것이었다. 인권법과 인권위원회법은 80년대 초반 해도 뉴질랜드, 호주, 캐나다등 선진국에 국한된 현상이었다. 그러다 80년대 중반부터 아르헨티나와 필리핀을 기점으로 아시아, 중남미, 동구권의 많은 나라들에서 민주화 이행과정이 진행되면서 90년대 후반 들어서는 전세계적인 현상이 되었다. 아시아, 태평양 지역의 경우 호주와 뉴질랜드의 영향을 받아 필리핀, 인도, 방글라데시, 인도네시아, 스리랑카, 피지에서 인권위원회가 설립되었으며 태국과 한국의 경우 설립과정에 있다. 필리핀, 남아공, 멕시코, 우간다 등에서는 국가인권기구가 헌법기관의 하나로 규정되어 있기도 하다.

### 인권법의 법체계적 기능과 위상

인권법은 무엇보다도 인권을 효과적으로 보장하려는 데 목적이 있다. 다시 말해서 국제인권법과 헌법이 정한 인권 규정에 실효성을 부여하기 위해 고안된 것이 인권법의 형식과 내용이다. 따라서 인권법의 일차적 기능은 헌법의 인권편을 구체화하고 보완하는데 있는 것이 틀림없다. 이렇게 볼 때 인권법은 형식적으로는 법률이지만 내용적으로는 실질적 의미의 헌법 혹은 헌법적 법률에 속하는 것으로 일반 법률보다 한 단계 높은 준헌법적 위상을 갖는 것으로 파악해야 옳다. 특히 우리 헌법의 전통적 기본권 보장장치에 만족하지 않고 인권보장만을 위해 존재하고 기능하는 국가기관이 있어야겠다는 인식의 결과가 인권법 제정과 국가인권기구 설치로 나타나고 있는 것이니만큼 인권법 제정과 국가인권기구 설치의 우리 헌법의 내용적 구조조정이자 실질적 의미의 헌법개편이라고 할 수 있다.



## 인권법 추진과정: 현실과 당위

우리나라의 인권법 및 국가인권기구 논의는 1993년의 비엔나 세계인권대회에 참석하고 온 민간단체들에 의해 1993년 여름부터 시작되었다. 한편 정부는 1996년 여름부터 국제사회에 대해 인권기구 설립을 약속하고 본격적 자료 수집 및 연구검토에 나서지만 김영삼 정권에서는 결실을 맺지 못한다. 김대중 정부의 대선공약이자 중점 100대 과제의 하나인 인권법 제정과 국가인권기구 설치는 98년 6월초 대통령의 인권상 수상을 계기로 급류를 타기 시작한다. 현 정부는 세계인권선언 50주년 기념일인 금년 12월 10일을 법제정 목표일로 삼아 지난 9월 25일에는 법무부 시안이 발표되기에 이르렀다. 금년은 마침 정권교체 원년이자 헌법제정 반세기를 맞는 해로서 인권법을 제정하여 인권탄압시대를 마감하고 인권의 새 시대를 열기에 더할 나위없이 좋은 명분을 갖춘 해이다. 정부의 금년내 제정방침도 이런 배경에서 나왔을 것이다.

지금까지 정부는 마치 '우리가 좋은 것을 만들어 줄 테니 시끄럽게 굴지 말고 가만히만 있으라'는 투의 태도를 취해왔다. 정부의 이와 같은 태도는 크게 잘못된 것이다. 모처럼 좋은 일 하는데 국민과 함께 못할 이유가 없다. 또 인권은 정부가 주는 것이 아니라 국민이 획득하는 것이다. 위에서 밝힌 인권법의 준헌법적 위상과 국민주체적 성격을 감안할 때 인권법의 제정과정은 곧 헌법개정에 준하는 전국민적 관심과 참여 속에서 민주적이고 공개적으로 진행되어야 마땅하다. 특히 민간단체들의 주도와 정부의 후원으로 우리의 인권현실과 과제에 대한 사상 최대의 인권교육 캠페인이 진행되는 가운데 정부와 민간단체들이 처음부터 머리를 맞대고 협의하는 방식으로 인권법안을 마련한 후 국회에서 만장일치로 제정되는 것이 옳다는 말이다.

정부는 정반대로 움직였다. 중요한 법안의 기초와 심의는 주무부처가 전문가와 이해 당사자들로 법안기초위원회를 구성해 진행하는 것이 관행이다. 하지만 인권법의 경우 법무부는 민간단체와 전문가는 물론 여당 및 관련부서의 참여마저 완전히 배제한 채 독자적으로 시안을 마련해 내놓았다. 더욱이 이처럼 복잡하고 생소한 법안에 대해 단



한번의 공청회로 그칠 계획이다. 시안이 아니라 확정안에 대해 형식절차를 밟는 것이 아니고 무엇이라. 참으로 딱한 노릇이다. 인권법의 주체는 대통령도, 법무부도 아닌 국민이다. 법무부는 남은 입법과정이라도 국민들에게 되돌려줘야 한다.

### 인권법의 일반적 구조와 내용

인권법이라는 명칭의 단행법률을 갖는 나라는 많지 않다. 대부분의 경우 단순히 인권위원회법이 있을 뿐이다. 캐나다, 뉴질랜드, 인도등 '인권법'을 제정한 나라들도 그 구성내용이 같지 않다. 뉴질랜드와 캐나다의 경우 인권법은 차별금지과 인권위원회에 대해서만 규정하고 있지만 인도의 경우 차별금지에 대해서는 특별한 언급 없이 인권위원회와 인권법원 설치에 대해서만 규정한다. 인권법이라는 명칭에 부끄럽지 않기 위해서는 최소한 인권위원회 설치를 넘는 내용을 가져야 할 것이나 현재로서는 기껏 차별금지의 내용에 한정되고 있을 뿐이다. 하지만 인권법의 내용을 이렇게 협소하게 한정지을 필요는 없다. 오히려 인권법의 형식에 인권기본법의 내용을 채워넣는 작업이 필요하다.

이런 관점에서 우리가 제정할 인권법은 크게 첫째, 보장대상 인권이 무엇인지에 대한 규정, 둘째, 국가의 인권보장책무를 입법, 행정, 사법, 외교등의 영역으로 나눠서 구체화하는 규정, 셋째, 인권보장을 위해 국가가 민간단체의 참여를 보장하고 지원할 것을 명시하는 규정, 넷째, 과거청산과 관련하여 일정한 원칙을 천명하는 규정, 다섯째, 차별없는 인권보장을 위해 차별금지사유와 차별금지영역을 명문화하는 규정, 여섯째, 인권보장을 전담할 국가인권기구를 설치하는 규정, 여섯째, 인권교육과 인권협력에 관한 규정, 일곱째, 인권상 수여에 관한 규정등으로 구성되면 바람직할 것이다.

구체적 내용에 대해서는 비엔나 인권선언과 행동계획등을 참조하면 많은 시사점을 얻을 수 있을 것으로 판단된다. 다만 국가의 인권보장책무와 관련해서는 예컨대 국가는 국제인권조약들을 신속하게 비준하기 위해 노력해야 한다는 규정, 국가는 실질적



이고 효과적인 인권교육을 실시할 책임을 지며 이를 위해 각급 학교, 언론매체, 민간 단체들과 협력해야 한다는 규정, 국회는 인권위원회를 신설하여 입법시 인권영향평가를 실시해야 한다는 규정, 법원은 인권법원을 설치하고 인권사안에 관한 재판시 국제인권법의 기준과 동향을 적극적으로 고려해야 한다는 규정, 그리고 국가는 인권증진을 외교의 한 축으로 삼고 해외원조시 수혜국의 인권상황을 감안하는등 원조자금이 인권상황을 개선하는데 쓰이도록 해야 한다는 규정 등을 생각해 볼 수 있다.

보장대상 인권의 범주에 대해서는 우리나라가 비준한 모든 국제인권조약과 헌법에 규정된 권리라고 포괄적으로 명시하는 방법이 좋을 듯하다. 물론 이를 구체화해서 우리나라가 이미 가입해 있는 조약들을 명시할 수도 있다. 우리나라는 이미 시민적, 정치적 권리규약은 물론 경제사회문화적 권리규약도 가입했기 때문에 이렇게 할 경우 인권위원회의 관할 대상, 곧 조사, 연구, 구제, 권고, 자문, 교육 대상에는 사회경제적 인권도 들어가게 된다.

금지대상 차별근거로는 입법례상 국적, 인종, 피부색, 성(출산, 임신 포함), 신체 및 정신장애, 성적 취향, 혼인상태, 가족관계, 고용상태, 정치적 사상과 견해, 종교와 윤리적 신조, 사면복권된 형사기록, 사회보장 수혜 여부등이 광범위하게 규정되고 있지만 우리나라의 실정을 감안할 때 출신지역, 출신학교, 출신문종, 최종학력도 포함시켜야 할 것이다. 차별이 행해져서는 안되는 영역으로는 취업, 승진, 해고, 임금등 고용관계, 교육, 의료, 언론, 재화와 용역의 급부, 공공시설의 이용등이다. 기타 성희롱, 인종모욕, 인종간 불화도 차별금지의 일환으로 규제된다. 보다 자세한 것은 뉴질랜드, 기타 선진국의 차별금지법제의 구조와 내용을 참고할 수 있겠다.

끝으로 인권법은 국민의 법이다. 따라서 모든 국민이 자신의 권리가 무엇인지를 이해하는데 어려움이 없도록 최대한 평이한 말로 만들어야 할 것이다. 또한 규정의 내용을 최대한 구체적이고 상세하게 만드는 것도 실효성 확보를 위해 중요하다.



## 법무부 인권법안의 구조와 내용 - 문제점과 한계

법무부의 인권법안은 인권위원회 설치 규정 외에도 차별금지등 인권에 관한 실체규정과 국가의 인권보장 책무와 민간단체 보호육성 규정등 기본원칙 규정등을 골고루 갖춘 인권기본법의 외양을 띠고 있다. 하지만 각각의 내용을 살펴보면 제대로 된 것이 없다. 그 이유는 크게 세 가지로 볼 수 있다. 첫째, 법무부의 잘못된 욕심 때문이다. 국가인권기구를 재단법인의 형태로 삼은 것이 단적인 예로서 인권보장에 대한 권한과 책임을 법무부가 장악하고 있어야 한다는 잘못된 욕심과 오만의 소산이다. 이런 부분은 아무리 아프더라도 드러내는 수밖에 없다. 달리는 고칠 방도가 없다. 둘째, 법무부의 인식 부족, 곧 오해와 무지 때문이다. '국민인권위원회'의 인권보장 책임을 부수적, 2차적인 것으로 보는 관점이라든가 기타 인권의 실효성을 높이는 데 아무런 기여도 할 수 없는 거의 모든 총칙규정들이 대표적 예다. 그럼에도 이런 부분에 대해서는 열린 자세로 토론을 거듭하면 얼마든지 고칠 수 있을 것이다. 셋째, 선의에서 출발했지만 타성적, 관료적 사고를 벗어나지 못했기 때문이다. 대표적인 예로 인권단체 보호, 육성에 대한 규정을 들 수 있다. 이런 부분에 대해서는 선의를 창의적으로 살리는 방안을 강구함으로써 바로잡을 수 있다.

법무부 시안의 유일한 의미는 차별금지사유 및 차별금지영역을 명문화한 데 있을 것이다. 우리나라의 경우 남녀고용평등법을 제외하고는 단행법률 형태의 차별금지법이 없는데다 전담집행기구가 없어서 헌법의 평등권 조항과 일반법리에 따른 차별금지의 실효성이 거의 없었다. 이번에 인권법의 형식으로 포괄적 차별금지법을 제정하고 그 집행기관으로 인권위원회를 만들게 됨으로써 향후 차별금지의 실효성을 높일 수 있는 법제적 기초를 놓은 점만큼은 평가하고 싶다.

문제는 인권기구의 위상과 권한이다. 독립성을 확보하기에는 위상이 너무 낮고 실효성을 확보하기에는 권한이 너무 약한 것이 법무부안의 치명적 문제점이다. 법무부 시안에 따르면 국민인권위원회는 11인 이내로 구성되는 이사회와 9인의 인권위원. 그리



고 사무처로 구성된다. 이사회는 당연직으로 관련부처 차관 4명(아마도 기존 4부처 외에도 당연직 이사를 노리는 부처가 많기 때문에 최종 시안에서는 그 숫자를 대통령령에서 정한다고 규정함)과 법무부장관이 제청하여 대통령이 임명하는 7인 이내의 선임이사로 구성된다. 이사회는 인권위원 임면 제청, 감사 선임, 예산, 결산의 심의등 권한을 갖는다. 인권위원장과 인권위원은 이사회가 제청하여 대통령이 임명한다. 이 중 3명 이상은 변호사 자격을 가져야 하며 위원장을 포함한 3인 이상은 상임위원이어야 한다. 법무부 설명에 따르면 이사회가 제청하여 대통령이 임명하는 방식에 의해 인권위 구성의 공정성 및 독립성이 확보된다고 한다.

과연 그런가. 법무부안에 따르면 가장 중요한 이사회 구성은 100% 정부가 장악한다. 특히 법무부의 몫이 70% 가까이 된다. 이는 최소한 여와 야, 남과 여, 보수와 진보를 골고루 아우르라고 주문하는 파리 원칙에조차 위배된다. 사실은 관련부처 차관 4인을 당연직 이사로 삼는 것도 년센스다. 입법례를 봐도 이 정도로 노골적인 정부 통제를 꿈꾸는 데는 없다. 국가권력을 감시하고 견제하는 인권의 성격상 인권기구의 구성권만은 정권이나 정부의 프리미엄이 인정될 수 없다. 지금의 법무부안대로 할 경우 국민인권위원회는 법무부 산하기관이 될 수밖에 없다. 이사회 구성, 인권위원 제청, 정관 제정과 변경, 예산 통제, 공무원 파견제도등 모든 점에서 법무부의 입김과 통제를 피할 수 없다. 법무부의 산하기관이 무슨 수로 감독관청인 법무부의 수사 및 형행 업무를 감독할 수 있단 말인가.

법무부안에 따르면 국민인권위원회는 인권침해에 대해 시정권고만을 할 수있고 시정 명령권을 갖지 못한다. 법무부는 시정명령권을 가질 경우 권한이 남용될 가능성을 우려하는 모양이지만 시정명령에 대해 얼마든지 법원에 불복할 수 있으므로 문제될 것이 없다. 또한 국민인권위원회는 정부와 협력 및 긴장의 양면관계를 유지할 때만이 지속적으로 존재하며 제 기능을 다할 수 있기 때문에 정치적, 정책적 이해관계가 크게 걸린 민감한 사안에서 정부의 눈치를 너무 봐서 탈이지 눈치 없이 원칙만 고수할 가능성도 거의 없다. 확실한 것은 민감하고 중요한 인권사안에서 시정권고를 고분고



분 따를 국가기관은 없다는 것이다. 이로 말미암은 불신과 회의를 견딜 수 있을지 의문이다.

끝으로 법무부안은 차별금지사유에서 정치적 견해, 성적 취향, 사면된 전과기록등을 빼는 낙후성을 보이고 있으며, 인권기구에 의한 신속, 간이한 침해구제를 수감시설의 공무원이나 수용시설의 종사자가 저지르는 8가지 유형의 인권침해행위에 대해서만 인정하는 잘못도 저지르고 있다.

### 외국 입법례의 한계와 함정

법무부는 뉴질랜드와 호주의 경우 법무부장관이 인권위원 전원에게 제청권을 갖는다며 외국 입법례로도 뒷받침이 된다고 강변한다. 하지만 인권법을 제정하고 인권위원회를 설립할 당시의 뉴질랜드와 호주는 이미 민주적 정권교체의 역사가 100년, 진보와 보수가 함께 공존한지 70년, 복지국가를 건설한지 30년에 근접한 상황이었다. 이들은 자기네 나라의 경우 시민적, 정치적 인권이 확실하게 보장되고 있으며 사회경제권 인권도 복지국가로 실질적으로 해결되었다고 믿는 상태였다. 그 결과 그들의 문제의식은 성차별, 장애차별, 인종차별, 원주민차별등 차별문제 해소를 국한되었으며 그 결과 인권법의 대상범주와 인권기구의 관할권한 역시 협소하게 잡힌 것이 아니겠는가. 이렇게 볼 때 이들 나라의 법제를 우리나라에 그대로 적용하려는 것은 문제가 아닐 수 없다. 법무부장관이 인권위원 제청권을 100% 행사하는 것은 법이론적 관점에서 용납할 수 없다. 하지만 뉴질랜드와 호주의 경우 이렇다고 해서 운영의 자율성이 침해되진 않는다. 법무부건 위원회건 국민이건 아무도 우리식 산하기관으로 여기지 않는다. 그만큼 민주주의와 법치주의의 수준이 우리와는 다르다. 이런 상황을 무시하고 호주와 뉴질랜드에서 하니까 우리도 한다는 것이 말이나 되는가.

사실 우리나라처럼 민주주의와 경제성장을 이만큼이라도 이뤄낸 끝에 인권법 제정에 나선 나라는 없었던 것 같다. 호주, 캐나다등 선진국들은 군사독재에 의한 인권유린의



역사를 알지 못하는 상태에서 인권법 제정에 나섰고 남아공, 필리핀 등 개도국들은 우리보다 훨씬 어려운 정치경제 상태에서 인권법 제정에 나섰던 것이다. 그렇기 때문에 우리나라에 똑맞는 인권법의 구조와 내용을 만들어내는 것은 다른 누구의 몫도 아닌 우리 자신의 몫일 수밖에 없다. 실제로 외국 입법례는 매우 불충분하고 문제의식이 협소하다. 보다 올바르고 종합적인 관점에서 인권법의 내용을 채워넣음으로써 후발국가들의 모범이 되는 것은 아무래도 우리 한국 인권운동의 책무인 듯하다.

### 결론: 인권법 제정의 의미를 살리려면

인권법 제정과 국가인권기구 설치에 의한 국가권력에 의한 인권침해에 대한 통절한 반성을 전제로 국가권력의 자기정화 및 자기억제 의지가 구현되는 구조와 내용을 갖지 않는 이상 무의미하다. 실제로 법무부 시안은 독재시대에 국내외에 대한 인권외교적 제스처로 만들 경우 담을 내용 정도다. 이래서는 정권교체 원년, 정부수립 반세기, 인권선언 50주년을 기념한다는 취지를 살리기는커녕 국제사회의 비웃음과 국내민간단체들의 냉소와 외면을 살 뿐이다.

이제부터라도 우리의 인권현실과 과제, 개선방법과 속도에 대한 범국민적 토론캠페인을 벌이는 가운데 민간단체 및 전문가와 충분한 논의를 거쳐 범국민적 합의안을 도출해야 할 것이다. 특히 인권법 제정과 함께 양심수 석방, 정치수배자 해제, 의문사 및 조작간첩 진상규명 약속 등 과감한 인권적 조치를 취해 인권의 새시대 도래가 국민 모두에게 체감될 수 있게 해야 할 것이다.



## 人權法(試案)에 대한 討論意見(2)

김성남 (변호사, 경제정의실천시민연합 중앙위 의장)

1. 인권문제의 본질적 상황
2. 중점 고려사항
3. 결론

### 1. 인권문제의 본질적 상황

#### (1) 인권에 대한 이해

- 헌법 제10조 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여 인간의 기본적 권리보장에 관한 일반적이고 포괄적인 규정을 두고 있음.

이하 헌법 제11조(평등조항), 12조(신체의 자유, 적법절차, 고문금지, 변호인의 조력을 받을 권리) 등 구체적인 국민의 기본권에 관한 조항을 빠짐없이 명문화하고 있음.

- 이같은 인간으로서의 존엄과 가치를 자의적인 통치와 폭력으로부터 개인의 자유를 방어하는 소극적 보호의 근거로 볼 것이 아니라 제재를 항시 개방적으로 유지토록 하고 권력자를 항시 통제할 수 있는 제도의 기본원리로 인식하여야 할 것임 (국민주권의 제도화).



- 이같은 이해에도 불구하고 우리는 결정론적 타성에서 벗어나기 어렵다는 두려움을 금할 수 없음. 즉 우리의 사회구조가 필연적으로 한정된 제도를 창조하는 것은 아니라 할지라도 우리에게 자유민주주의적 제도가 도입될 수 있는 하부구조의 결핍으로 인하여 역사적 제약으로 빚어진 사회구조들은 새로운 제도의 작동가능성에 대하여 근본적 제약을 가할 것이라는 점임.

- 「인간의 존엄과 가치」라는 이상주의적 규범이념과 「구조적 결정론」의 현실사이의 괴리를 어떻게 극복할 것인지에 관한 과제는 우리의 자유민주주의가 안고 있는 숙제이며, 특히 인권의 문제는 보다 높은 자유주의적 이상으로 인식되고 있어 규범현실과의 괴리는 더욱 크다고 할 것임. 즉 인권보장을 위한 제도가 법현실로 작용하기 위해서는 과연 어떠한 사회적 조건이 전제되어야 하는가 라는 의문을 항상 염두에 두고 법과 제도에 대한 심각한 통찰이 반복되어야 할 것임.

## (2) 억압의 구조

- 개발독재시대의 권력과잉의 전통은 법제 일반에 걸쳐 국민은 지배와 동원의 대상으로 간주되어 공권력은 말끝마다 법과 질서로 귀착되는 억압의 관행이 제도화되어 버린 상태임.

- 억압의 또다른 특징은 개인의 권리를 보장하는 헌법상의 문언을 비롯한 그나마의 법과 제도를 형식화하여 왔던 점일 것임. 예컨대, 국민고충처리위원회는 행정규제 및 민원사무기본법에 의하여 창설된 호민기능을 갖는 국가기관인 양 제도화했음에도 불구하고 구성상으로는 기능적으로 부실한 나머지 형식화되어 음부즈만제도와는 전혀 다른 기구로 되었음.

## (3) 산업화와 자유주의적 제도의 관계

- 시장경제의 기본적 조건하에서 자유주의적, 정치적 후원을 극대화하고 우리의 법제를 국제적 보편적 제도에 적응시켜야 하는 과제와 함께 우리의 구조적 법현실

을 법규범에 정합시켜야 하는 과제 등 이중적 난제를 한꺼번에 가능한 빠른 기간 내에 해결해야 하는 어려운 상황

- 인권의 문제는 그같은 과제의 일부로 간주되어야 할 것인바, 이와 관련하여 고려되어야 할 중심적 과제는 제도의 보편성 확보와 아울러 형식주의로부터의 탈피라고 할 수 있음.

## 2. 중점 고려사항

### (1) 자율성 보장의 문제

위원회의 구성 및 재정적 자립과 관련하여 자율성의 확보가 가능한지에 대하여 현실적 접근을 해본다면 국가기구화든 특수공법인 형태를 취하든 다분히 형식기구화될 우려가 있음.

① 국가기구로 할 경우 국가기관이 같은 국가기관의 권력일탈행위에 대한 냉정한 심판자로 기능하는 자기통제의 역할을 수행할 수 있으리라 기대하기 곤란하고,

② 개발독재가 구축한 정치, 행정적 제도나 관행이 공식제도를 무력화시키는 현 체제하에서 자기통제기능은 형식화될 우려가 있으며, 또 하나의 관료조직만 증설하게 될 것임. 따라서 국가기구의 형태를 취하지 않는다는 전제에서 출발한다면 특수법인형태로 한 법무부안은 차선책이 될 수 있을 것이라고 사료됨(안 제16조).

법무부 장관이 이사의 임명제청권을 보유하나 위원은 이사회에 제청으로 대통령이 임명토록 하고 있어(안 제23조, 27조, 다만 위 조항들은 임기제로 하고 있음에도 불구하고 “대통령이 임명한다”고 하여 대통령에 의하여 면직가능한 양 되어있는 바, 취지가 분명치 않음) 법무부 장관의 권한행사는 제한되어 있다고 보여짐.



(2) 민간부문과의 친화력(연대가능성)

법무부안은 인권위원회에 대하여 회계 및 재산에 한하여 감독할 수 있고 업무에 관한 감독권한을 배제시키고 있는 바(안 제69조 및 제 20조) 그같은 체제가 제대로 기능한다면 특수법인으로 할 경우에 민간부문의 인권단체와의 제휴를 통하여 자율성 확보에 기여할 것임.(안 제4장, 5장의 민간단체의 등록과 보조금 지급 등 국가의 지원조항 참조)

또한 업무(안 제19조)조항들을 살펴보면 인권단체 및 인권의 옹호와 신장을 위해 활동하는 개인과의 협력(안 제19조 1항 6호)을 명문화하고 있어, 민간부문과의 연대를 가능토록 하고 있는 점은 위원회의 자율성을 높이고 특수법인으로서의 기능적 한계를 실질적으로 극복할 수 있을 것임.

(3) 기능

특수법인의 형태를 취하고 있으므로 국가기구화할 경우와 비교하여 그 기능적 한계가 필연적이라고 사료됨.

① 사무소 설치와 정관에 관한 규정

- 지부설치근거 규정(안 17조)

- 내부규칙의 제정 및 개폐에 관한 사항(안 18조)

② 업무

○ 인권에 관한 법령, 제도, 정책, 관행의 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견표명(안 제19조 1항 2호)

인권침해사건의 조사를 통하여 필요하다고 인정되는 경우에 한정하지 않고 광범한 연구기능을 인정하고(안 53조는 분명치 아니함), 전문가로 구성되는 권위있는 연구기구를 설치할 근거규정을 두는 것이 온당할 것임.

그 같은 업무는 인권기구의 가장 중요한 일상적이고도 일반적인 업무이며, 민주적 제도의 구축을 위한 국가정책적 지침이 될 것이고, 인권위의 실질적 기능을 확보하기 위한 인적 재정적 지원도 요구됨.

○ 조사, 국가기관 등에 대한 자료제출, 협조요청, 관계인에 대한 진술서 제출요구, 출석요구와 진술청취, 감정의회, 실지조사(안 제19조, 제45조)

위원회의 조사절차에 관하여 위원 또는 직원에 의한 조사절차와 위원회의 조정절차간에 절차상의 구별을 뚜렷이 하기 위하여 위원회의 일부절차를 청문절차에 의하도록 하고 피조사자를 위한 변론제도도 명문화하여 변론주의를 채택하는 것을 고려해 볼 수 있음.

위원회는 조사기능을 보유하고 있는 바, 실질적 기능을 보장하기 위하여 조사기구를 설치토록 하고 조사전문가로 충원토록 하는 것이 가장 핵심적 요소로 사료됨.

3. 결론

(1) 조사기구의 보완

공무원들의 파견(안 제65조)을 받아 조사기능을 수행토록 할 것으로 보여지나 조사관 제도를 명문화하여 전문적 조사기구를 설치토록 하는 것이 위원회의 기능을 실질화하는 중심적 과제라고 보여짐.

(2) 아울러 인권에 관한 법령, 제도, 정책, 관행의 개선을 권고하고 의견을 표명하는 권한은 징벌기능인 조사권한과 구별되면서도 위원회를 실효성있는 기구로 유지하는데 필수적인 정책적 기능요소로 사료되므로 전문가들로 구성되는 기구로 상정하여야 할 것임.



# 人權法(試案)에 대한 討論意見(3)

## - 여성인권문제와 관련한 검토의견1) -

김엘림(한국여성개발원 법·정치연구부장)

- I. 인권법 제정과 국민인권위원회 설치의 의의
- II. 인권법 안과 국민인권위원회 설치안의 문제
- III. 여성인권보장에 관한 국민인권위원회의 역할 정립

### I. 인권법제정과 국민인권위원회 설치의 의의

유엔의 주요한 인권관련국제문서들(유엔헌장, 세계인권선언, 국제인권규약, 여성차별철폐협약 등)은 “인권과 기본적 자유의 남녀평등한 보장과 실현”을 공통적으로 강조하고 있다. 유엔의 세계인권대회(1993년)와 세계여성회의(1995년)에서 채택한 선언 및 행동계획도 여성들이 인권을 완전하고 평등하게 향유하도록 하는 것이 각 정부와 국제사회의 우선적 목표임을 천명하고 국민인권기구를 활용하여 여성의 인권문제에 대한 대책을 수립할 것을 촉구하였다.

한편, 우리나라 헌법은 다른 헌법례에서는 보기 드물게 여성의 평등권과 노동권 등 인권실현을 위한 규정을 많이 두고 있다.<sup>2)</sup> 남녀고용평등법, 여성발전기본법 등 여성

\* 본 토론자는 공청회 시간의 제약과 아울러 여성의 인권보장방안에 관한 논점을 분명히 부각시키기 위해 인권법 시안에 대하여 여성인권보장과 관련된 사항만을 언급하고자 한다. 토론자의 의견은 한국여성개발원의 공식적인 견해가 아니다.

2) 모든 영역에서의 성차별금지(제11조 제1항), 여자의 근로에 대한 특별한 보호와 고용·임금 및 근로조건에서의 부당한 차별금지(제32조제4항), 국가의 “여자의 복지와 권익향상”(제33조 제3항)과 “모성의

의 인권을 구현하기 위한 법들과 정책도 다양하게 마련되어 왔다.

그러나 현실적으로 우리나라 여성은 여전히 성차별과 가정폭력, 성폭력, 성희롱, 인신매매등 인권침해의 주된 대상이 되고 있으며 여성의 사회참여는 세계적으로 낮은 수준에 머물러 있다.<sup>3)</sup> 최근 IMF이후 여성우선해고사태와 여성의 비정규직화 사태가 대량 발생하는 등 여성의 평등하게 일할 권리는 더욱 심각한 위험수준에 있다. 이러한 우리사회의 문제는, 성별에 따라 역할과 능력을 구분하는 가부장제의 전통이 뿌리깊은 데다가 법을 만들고 적용, 집행하는 권한을 가진 사람들이 대부분이 남성으로 구성되어 있는 특수한 사회구조에서 여성의 인권을 보장하기 위한 법들이나 권리구제기관이 그동안 실효성이 없게 구성, 운영되어 왔고 여성의 인권에 대한 사회인식이 높지 않은 데서 발생한 것으로 볼 수 있다.

이러한 상황에서, 정부가 인권법 제정과 국민인권위원회 설치를 추진하는 것은, 어려운 국내 정치적, 경제적 상황에도 불구하고 인권보장, 평등, 자유 등의 민주사회의 가치실현을 중시하고 국민과 국가기관의 인권인식과 권리구제를 획기적으로 개선하겠다는 소위 “국민의 정부”로서의 혁신의지를 국내외적으로 천명한 것으로 볼 수 있다.

특히 여성의 인권보장과 관련하여서는 다음과 같은 의의를 찾을 수 있을 것이다.

### □ 수사기관 등 국가기관에 의한 여성인권침해행위의 효과적 방지

공적 조사나 판단권한을 가진 자의 90%이상이 남성으로 구성되어 있는 현실에서 폭력과 차별을 당한 여성들이 수사과정이나 재판과정에서 또 다시 굴욕감과 차별을 당하는 일이 종종 발생하여 왔다. 이 경우 국민인권위원회에 진정할 수 있게 되어, 여성피해자의 이중적인 인권침해를 효과적으로 예방하고 사후구제를 도모할 수 있을 것이다.

보호”(제36조 제2항)를 위한 노력, 혼인과 가족생활에서의 양성평등과 국가의 보장의무(제36조 제2항).  
3) 유엔이 각국 여성들의 정치, 경제활동과 정책결정과정에서의 참여도를 비교하여 측정하는 여성권한척도(GEM, Gender Empowerment Index)에서 1996년 우리나라의 순위는 73위였다.



## □ 성차별의 분야와 사유의 확대

1996년 7월 부터 시행된 여성발전기본법은 고용, 교육, 정치, 공직 활동 등 다양한 분야에서의 남녀평등과 여성발전을 도모하기 위한 규정을 두고 있지만, 그 규정들의 준수 의무자는 거의 국가와 지방자치단체이다. 성차별에 관하여 국민이나 민간조직을 구속하는 규정은 고용차별에 관한 근로기준법(제5조)과 남녀고용평등법밖에 없다.

그런데 인권법 시안은 외국의 입법례와 유사하게 차별의 분야와 사유를 매우 넓게 확대하고(제11조, 제12조) 모든 국민과 민간조직, 국가기관에게 차별금지 의무를 부과하고 있다(제15조).

## □ 성희롱의 인권법에 의한 규제

국제문서와 외국의 입법례에서는 성희롱을 성적 자유와 인간존엄을 해치는 성폭력의 일종이면서 주로 가부장적이고 퇴폐·향락적인 남성중심의 직장문화를 배경으로 하거나 남녀간에 불평등하고 불균형한 위계구조나 환경에서 발생하는 차별행위가 복합된 행위로 보고 있다. 이러한 성희롱에 대해 인권관련 국제문서나 외국의 입법례에서는 다양한 방식으로 규제하고 있다.<sup>4)</sup>

우리나라에서는 1995년 12월에 제정된 여성발전기본법에 의해 성희롱(Sexual Harassment)의 예방이 직장내 평등한 근무환경조성을 위하여 국가와 지방자치단체, 사업주가 취해야 할 조치의 하나로 자리매김되었으나, 그 의미는 규정되지 않았다. 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률은 성희롱에 대한 특별한 규정은 두지 않고 다만, 업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀 또는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 행위(제2조제1항제3호) 또는 추행한 행위(제11조 제1항)에 관한 규정을 두고 있다.

그런데 인권법 시안은 성희롱을 “업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 자에게 성과 관련된 언동을 하여 그로 하여금 성적 굴욕감 또는 혐

4) 김엘림(1997), 「직장내 성희롱의 법적 대책방안 연구」, 한국여성개발원, 제2장 참조: 호주의 인권 및 기회균등위원회법과 성차별금지법, 캐나다의 차별금지법도 성희롱을 규제하고 있다.

오감을 느끼게 하는 행위는 성별에 기한 차별행위로 본다.”(제14조)라고 개념지우고 인권법에서 규제함으로써 진일보한 입법태도를 보이고 있다.

## □ 여성인권보장체제와 대책의 촉진

국가의 체계적인 여성인권보장계획을 수립, 시행할 수 있고, 여성특별위원회 등 다양한 여성인권보장기구를 감시, 견제, 보완하여 여성인권활동을 촉진할 수 있을 것이다.

## □ 여성인권에 관한 인식증대

여성에 대한 차별문제, 폭력문제, 성희롱이 주요한 인권침해행위임을 분명히 인식시키고 국가와 국민의 여성인권에 대한 이해와 관심을 증폭시킬 수 있을 것이다.

## □ 여성인권침해사건의 조사와 진상규명

정신대 문제등의 역사적 여성인권침해사건 또는 현안의 문제들에 대해 민간인권단체의 참여와 협력으로 국가적 차원의 진상조사와 대책을 모색할 수 있는 가능성을 열게 되었다.

## □ 여성의 관점 반영

인권법 시안은 국민인권위원회의 이사회의 당연직 이사과 선임이사에 여성이 2명 이상(제23조 제5항, 제6항), 인권위원 9명중 2명 이상을 여성으로 구성하고 있어(제27조 제5항) 위원회의 활동계획수립과 실행에 있어 여성의 관점을 반영할 수 있을 것이다.

## II. 인권법안과 국민인권위원회 설치안의 문제



## □ 인권법의 실제적 내용의 빈약

외국에서 인권법을 제정하고 있는 국가들은 대개 영국의 연방국가로서 자체 헌법이 없는 국가이며 헌법이 있는 국가에서는 인권위원회 설치법을 두고 있다. 우리나라와 같이 헌법과 개별적 법령에서 인권보장에 관한 규정을 두고 있는 국가에서 인권법을 제정할 때, 인권법에 담을 이념이나 실제적 내용이 기존의 법보다 명확하고 진일보한 것이 아니라면, 자칫 장식용이나 선전용이 될 위험이 있고 그 상징적 의미도 감소될 수 있을 것이다.

인권법 시안은 총칙에서 인권법의 제정취지가 담긴 기본이념규정을 두지 않았고, 실제적 내용도 빈약한 문제가 있다.

여성인권보장의 면에서 특히 다음과 같은 문제를 가지고 있다.

## □ 인권침해행위와 차별행위의 구분

인권법 시안은 인권침해행위와 차별행위를 구분하고, 인권침해행위는 일정한 국가기관이나 다수인보호시설에서 국민에 대하여 불법 또는 부당한 행위에 대해 제한적으로 열거하고(제9조, 제10조), 차별행위(제11조, 제12조, 제15조)와 성희롱(제14조)은 개인이 행한 행위도 포함하는 것으로 규정하고 있다.

이것은 국민인권위원회가 처리할 수 있는 소관사항을 엄두에 두고 규정된 것으로 짐작된다. 그러나 인권법 시안의 제2장에서 규정하는 인권침해행위의 정의와 제3장에서 규정하는 위원회의 관할사항은 구별되어야 할 것이다. 시안의 인권침해행위의 정의는 국제인권관련조약과 맞지 않으며 마치 차별행위나 성희롱은 인권침해행위와는 별개의 것으로 인식시킬 우려를 가지게 한다. 유엔의 각종 인권관련 국제문서<sup>5)</sup>와 외국의 인권법례에서는 차별행위와 성희롱을 인권침해행위의 중요한 유형으로 위치지

5) 유엔여성차별협약은 여성차별을 “정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 혼인여부에 관계없이 남녀평등의 기초위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한”으로 규정하고 있다(제1조).

운다.

## □ 차별행위의 판단기준의 모호

인권법 시안은 제12조에서 차별행위의 판단기준을 합리적 이유의 유무에 두고 있다. 이러한 판단기준은 판단자의 주관적인 견해에 좌우될 가능성이 크다. 구미제국의 법과 판례에서는 1960년대까지는 이 기준을 통용하였지만, 보다 엄격한 심사기준을 적용하고 나아가 간접차별까지 명시하는 경우가 많아지고 있다.

## □ 개념구분의 모호

인권법 시안은 “사람을 모욕하거나 성적 수치심을 유발하는 행위”(제9조 제7호)를 인권침해행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 그런데 제14조에서는 “성과 관련된 언동으로 인하여 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위”를 성희롱으로 규정하고 있다. 양자의 구별이 모호하다.

## □ 성희롱의 범위와 성격의 제한

인권법 시안 제14조에서 규정하고 있는 성희롱의 정의는 직권남용에 의한 행위만을 문제삼고 있는 등 매우 협소하게 규정하고 있다. 대부분의 입법례에서는 성희롱을 반드시 보호자나 감독자가 “자기의 보호 또는 감독을 받는 자”에게 자행하는 행위에 국한하지 않고 그러한 권한이나 지위에 있지 않는 상사, 동료, 하급자들의 행위도 포함한다.

또한 시안은 성희롱행위를 고용관계에서만 아니고 학교나 다수인보호시설등에서 발생하는 행위도 포함한다. 그러나 현행법과 같이 “업무, 고용 기타 관계”로 표현하고 있어 그 취지가 명확하게 전달되지 않는다.

아울러 시안은 고용상의 성차별의 유형으로 비교적 분명하게 분류되는 직장내 성희롱 뿐 아니라 다양한 장소와 관계에 의해 발생하는 성희롱행위를 포괄하고 있기



때문에 “성별에 기한 차별행위”로 성격을 굳이 제한적으로 명시할 필요는 없다고 본다.

### □ 인권관련 주요 정부부처의 역할

인권법 시안 제6조는 인권관련 주요정부의 역할을 이미 기존의 법에서 정부에게 부과하고 있는 수준보다 미약하게 규정하고 있다. 특히 제5항에서 “여성특별위원회 위원장은 여성의 사회참여확대 및 능력개발과 성차별해소를 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정되어 있는데 여성발전기본법은 남녀평등과 여성발전을 위한 책무를 여성특별위원회에게 많이 부과하고 있다.

또한 제6조의 제1항내지 제5항은 인권 관련 주요 부처인 5개 부처의 역할을 각각 규정하고 있는데 제6조의 표제에는 여성특별위원회가 명시되어 있지 않다.

법무부가 국민 전체의 인권옹호의 주무부서이지만, 여성특별위원회는 국민의 반수를 차지하는 여성의 인권을 구현하기 위한 정부의 업무를 전담하기 위해 특별히 설치된 행정기관이라는 점<sup>6)</sup>을 고려해 볼 때, 제6조의 조문은 재검토할 필요가 있다고 본다.

### □ 진정사건의 처리방식의 실효성 문제

인권법 시안은 진정사건에 대하여 조사, 합의권고, 조정, 시정권고, 의견표명에 그치고 있다(제46조 내지 제53조). 다만, 조사결과, 진정의 내용이 범죄행위에 해당하고, 이에 대하여 형사처벌이 필요하다고 인정할 때에는 검찰총장에게 고발할 수 있도록 하고 있다(제55조).

현행법상 남녀고용차별행위에 대하여 근로감독관은 수사를 하고 그 결과 위법행위

6) 여성특별위원회는 정부조직법(제5조)에 의한 합의제 행정기관과 정확히 일치하지는 않지만, 정부의 여성정책을 종합 조정·기획하는 합의제 행정기관이라고 볼 수 있다(김재규(1998), “개정조직법상의 내용과 의의,” 「월간 법제」, 법제처, p.90 참조)

가 있으면 행정지도를 거쳐 검찰에 사건을 송치하고, 고용평등위원회에서는 조정을 하고 있다. 특히 혼인, 임신, 출산 등을 이유로 하는 해고, 전직과 같이 정당한 이유가 없는 해고 등에 대하여 노동위원회는 조사, 심판을 거쳐 구제명령을 발하고 확정된 구제명령을 이행하지 않는 자는 형사처벌을 받게 된다.

이와 같이 국민인권위원회의 진정사건에 대한 처리방식은 현행법보다 실효성이 담보되어 있지 않다. 필요한 경우, 인권위원회가 직접 시정명령을 내리거나 인권심판부를 두고 여기서 심리를 하여 시정명령을 내릴 수 있어야 할 것이다.

유엔인권센터(UN Centre for Human Rights)가 1995년, 각국가가 적절하고도 효율적인 국민인권기구를 설치하고 발전시켜 나가도록 지원하기 위하여 발간한 ‘국민인권기구의 설치와 강화를 위한 교본’(A Handbook on the Establishment and Strengthening of Effective National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights)은 국민인권기구가 특정한 조치를 행할 수 있거나 개인 또는 집단에게 일정한 행동을 강제할 수 있도록 법에 의해 충분한 권한이 확립되어야 하고 원활한 권한행사에 장애가 될 경우, 법적·행정적 규제를 부과할 수 있는 조항이 필요하다라고 제시하였다.

### III. 여성인권보장에 관한 국민인권위원회의 역할정립

#### 1. 논란의 소재와 검토사항

#### □ 국민인권위원회의 현행 여성인권보장기구와의 관계정립

국민인권위원회는 유엔이 인권보장을 위해 각 국가가 설치하도록 권고하고 있는 국민인권기구의 세가지 유형(국민인권위원회, 옴부즈만<sup>7)</sup>, 차별문제전담기구)중 한 형태이다.

우리나라에서는 여성차별문제를 처리하기 위하여 고용평등위원회, 여성특별위원회

7) 옴부즈만의 유형은 현재 「민원사무처리에 관한 법률」(’98.1.1 시행)과 「국민고충처리위원회규정」(’98.2.28 제정)에 의하여 국무총리소속하에 설치된 국민고충처리위원회에서 찾을 수 있다.



와 성차별개선위원회 등이 이미 설치되어 있다.

국민인권위원회에서 차별문제를 소관사항으로 하게 되면, 인종차별문제가 적은 우리나라에서는 여성차별문제가 차별문제의 중요하고도 상당한 부분을 차지하게 된다. 이에 따라 여성차별문제에 대한 대책을 수립하고 시정에 관한 사항을 관할하는 여성특별위원회와의 역할 정립이 문제가 될 수 있다. 또한 여성차별의 상당부분은 고용분야에서의 차별이므로 고용차별문제를 관할하고 있는 노동부와 역할정립도 필요하다.

그런데 인권법 시안은 그 역할정립에 관한 명확한 규정을 두지 않아 논란이 있다. 그러나 제2조에서 인권의 옹호와 신장을 위한 기본방침을 수행하는 국가의 활동을 감시하고 그 활동이 충분하지 아니할 경우 그 기본방침을 수행하는 책임을 지도록 규정하여 국가기관의 인권실현을 위한 활동에 대한 감시적, 보완적 기능을 분명히 하고 있다. 또한 제47조에서 위원회는 진정에 관하여 다른 국가기관에서 처리함이 상당하다고 인정할 때에는 진정을 그 기관에 이송할 수 있다(제1항)는 것과 진정의 원인이 된 사실과 동일한 사안에 관하여 재판이 계속중이거나 수사가 진행중인 때에는 그 진정을 당해 법원 또는 수사기관에 이송하여야 하도록 규정함으로써(제2항) 기존의 인권보장기구와의 관할분쟁을 피하고자 하고 있다.

유엔인권센터의 국민인권기구의 설치에 관한 교본은 국민인권기구는 기존의 인권보장기구에 의해 수행되지 아니하거나 할 수 없는 임무를 수행하는 것이므로 기존의 기구를 보충하는 방향으로 조직되어야 하고 대립되어서는 안된다는 것과 관할권 분쟁방지를 위해 기존 기구들과의 임무가 중복되지 않도록 하고 기관간 이송 또는 유사기관과의 의사소통을 유지하고 발전시키는 상호보완성을 강화하는 것이 필요하다고 제시하였다.

이러한 점에 비추어, 여성차별문제에 관하여 국민인권위원회와 여성차별문제 처리기구사이에는 기본적으로 관할 내지 권한의 직접적 충돌문제는 발생하지 않는다고 볼 수 있다.

#### □ 국민인권위원회의 효과적 운영

국민인권위원회는 기존의 여성인권보장기구의 활동을 촉진하고 그 활동과 연계하여 기능을 수행하는 것이 위원회를 보다 효과적으로 운영하는 방법이 될 수 있다.

즉 국민인권위원회가 여성차별을 포함한 모든 인권문제를 다루게 되면 소관사항이 너무 방대해져서 제한된 예산, 인력, 경험으로 인해 사건을 신속하게 처리할 수 없고 문제의 특수성을 고려한 전문적인 대책이나 사건처리를 기대할 수 없게 된다. 그러므로 여성문제의 특수성과 전문성을 고려하여 설치되어 이미 가동중에 있는 현행의 여성인권보장기구의 장점을 살리고 단점을 보완하여 1차적으로 여성차별문제와 성희롱문제를 처리하도록 하게 하고 국민인권위원회는 이를 감시, 보완하는 역할을 국민인권위원회가 해야 할 것이다. 인권위원회에 심판부를 두어 제2차적인 문제처리를 하는 방안도 검토할 필요가 있다.

또한 여성인권상황보고서 작성이나 인권교육을 하는 경우, 여성특별위원회와 협력하여 수행하는 것이 바람직할 것이다.

#### □ 여성차별문제의 특수성에 대한 고려

우리나라에서는 다양한 차별사유중에서 여성차별문제에 대해서만 특별한 법령과 문제처리기구를 두고 있다. 그것은 다민족국가나 연방국가와는 달리 인종, 피부색, 출신지역등의 차별이 적고 유교적 가부장제 사회의 전통이 뿌리 깊어 여성차별이 심한 우리 사회의 특수성과 아울러 다음과 같은 여성차별문제의 특수성을 고려한 것이라 볼 수 있다. 외국에서도 이러한 특수성을 고려하여 성차별문제와 성희롱문제와 전담하는 기구를 두는 경우가 있다.

- (1) 차별대상이 되는 인구가 국민의 반수를 차지할 정도로 많다는 점
- (2) 그럼에도 여성차별문제에 대한 사회적 관심이나 정책 비중이 적어 여성차별문제를 일반문제나 다른 인권침해문제와 함께 처리하게 하면, 여성차별문제는 부차적인 문제가 될 가능성이 크다는 점.



- (3) 또한 그러한 문제처리기구의 조사자나 처리자의 대부분이 남성으로 구성되어 있어 여성문제의 특수성이 고려되지 않을 가능성이 크다는 점. 여성차별문제에 대한 판단이나 처리는 차별받는 여성의 감정이나 입장에 대한 이해와 경험을 가지고 평등지향의 가치판단을 할 수 있는 사람이 담당해야 한다는 점
- (4) 아울러 고용상의 여성차별문제에 대해서는 고용이나 기업의 상황 등, 교육상의 여성차별문제에 대해서는 교육현실과 교육기관의 상황 등에 대해 각각 전문적이고 기술적인 판단을 할 수 있어야 올바른 판단이나 사건처리를 할 수 있는 것과 같이 차별발생 분야와 상황에 대한 전문성을 가진 사람이 담당해야 함.
- (5) 차별받은 여성들이 쉽게 접근하고 문제를 제기할 수 있게 하기 위해서는 여성들이 다수 구성된 전담기구에서 처리하는 것이 효과적일 수 있다는 점.

#### □ 여성차별처리기구의 현황과 문제

우리나라에서는 여성의 고용상의 차별에 대한 예방 및 분쟁처리를 하기 위한 행정적, 사법적 장치를 두고 있다. 행정적 구제제도에는 근로감독관, 고용평등위원회, 노동위원회가 있고 사법적 구제제도에는 검찰과 법원이 있다.

그외 여성특별위원회는 여성정책, 국내의 여성협력업무와 아울러 여성차별의 시정에 관한 업무를 담당하고 이를 위해 성차별개선위원회를 두고 있다.

##### (1) 근로감독관

○ 근로감독관은 노동부와 그 소속기관(46개의 지방노동행정기관 등)에 배치되어 관할지역내의 근로기준법, 남녀고용평등법 기타 노동관계법령의 시행을 지도감독하고 법령위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행한다.<sup>8)</sup> 이에 따라 근로감독관은 직

8) '97.12.13 개정된 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」은 지방노동행정기관에 근무하며 근로여성보호 등의 업무에 종사하는 8급·9급의 국가공무원도 그 소속관서의 장의 추천에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청 검사장의 지명을 받으면 수사를 보조하는 사법경찰관(司法警察吏)의 직무를 행할 수 있도록 하였다.

권에 의하거나 남녀고용평등법에 관한 고소, 고발사건을 접수한 때에는 즉시 수사에 착수한다. 수사결과, 위법사실이 발견되면 그 시정을 요구하는 조치등의 행정지도를 하고 이에 불응하면 검찰에 입건송치한다. 또한 고용평등위원회에 조정을 의뢰할 수 있다.

○ 각 지방노동관서에 근로여성문제 담당 근로감독관은 있기는 하나 이들은 고유업무외에 부수적으로 근로여성문제를 담당하게 된다. 그런데 근로감독관 1인당 약 300개의 사업체를 관장하는 고유업무가 너무 가중한 상태인데다 여성인 근로감독관(전체 약 800명중 60명)은 극히 적어도 여성노동권 실현을 위한 행정감독이나 행정지도가 사실상 이루어지기가 어려운 실정에 있다.

##### (2) 고용평등위원회

○ 각 지방노동청(총 6개소: 서울, 부산, 대구, 인천, 광주, 대전 지방노동청) 산하에 설치되고 근로자대표, 사용자대표, 공익대표 각 5인으로 구성되어 있다.

○ 남녀고용평등법의 모집, 채용(제6조, 임금(제6조의 2), 복리후생(제6조의 3), 교육·배치·승진(제7조), 정년·퇴직·해고(제8조)에서의 성차별금지규정과 육아휴직(제11조), 육아시설(제12조)의 규정에 관한 노사분쟁분쟁사건의 조사와 조정을 담당한다. 또한 관할 구역내의 근로여성의 취업촉진, 고용에 있어서의 남녀의 평등한 기회 및 대우보장, 근로여성의 모성보호, 기타 근로여성의 지위향상과 복지증진에 관련된 사항에 관하여 협의하는 기능도 있다(제16조 내지 제18조).

○ 각 지방노동청에 설치된 근로여성과가 그 운영을 관장하고 있다.

○ 고용평등위원회는 설치된 지 10년이 된 지금까지 조정에 의해 사건을 처리한 경우는 4건에 불과하고 조정진행중 취하한 사건이 7건, 조정이 성립되지 않은 사건이 2건 정도로 활용실적이 저조하다.



### (3) 여성특별위원회와 성차별개선위원회

○ 여성특별위원회는 대통령 직속기관으로 설치되어 다음과 같은 다양한 소관사무를 관장한다(여성특별위원회규정 제2조 제1항).

1. 여성정책에 대한 종합적인 기획·조정에 관한 사항
2. 여성의 지위향상과 관련한 대통령 자문기능의 수행
3. 여성발전기본법 제15조 내지 제28조의 규정에 의한 여성정책의 기본시책 시행을 위한 제반조치에 관한 사항
4. 여성발전기본법 제36조에 의한 정부의 사무(여성정책기본계획수립, 여성발전기금관리 등)
5. 남녀평등촉진 및 여성발전을 위한 여성단체의 활동 및 여성관련시설의 운영지원에 관한 사항
6. 남녀평등촉진 및 여성발전을 위한 정책개발 및 조사연구에 관한 사항
7. 각종 법·제도, 행정조치 및 관행 등에 나타나는 여성차별에 대한 조사 및 차별시정에 관한 사항
8. 기타 남녀평등촉진 및 여성발전을 위하여 대통령의 명을 받아 여성특별위원회위원장이 지정하는 사항

○ 여성차별에 대한 조사 및 차별시정에 관한 사항을 처리하기 위해 하부조직으로서 차별 조정관과 성차별개선위원회를 설치하고 있다.

○ 성차별개선위원회는 여성발전기본법령(법 제11조, 시행령 제17조 내지 제24조)에 의거하여 각종 법·제도, 행정조치 및 관행 등에 나타나는 여성차별을 시정하고 여성발전을 도모하고자 위원장 1인(여성특별위원회 위원장)을 포함한 10인 이내의 위원(여성관련정책에 관한 전문지식과 경험을 갖춘 자 중에서 위원장이 위촉하는 자)로 위원을 구성한다.

○ 성차별개선위원회는 개인 또는 단체로부터 접수된 남녀차별사례, 조사의 결과 위법·당한 행위등에 대한 시정방안, 남녀차별적인 법·제도 및 운영의 개선에 관한

사항, 기타 여성발전을 도모하기 위한 사항에 대하여 조사·연구·심의하는 기능만 가진다.

○ 성차별개선위원회에 접수된 사례가 민원사무처리에 관한 법률 또는 남녀고용평등법 기타 법령이 정하는 절차에 따라 처리되었거나 그 처리를 위한 절차가 진행중인 경우에는 이를 다루지 않는다.

○ 이러한 기능과 권한의 한계로 여성차별에 대한 조사 및 차별시정에 관하여 여성특별위원회의 기능수행에 지장이 많고 성차별개선위원회는 거의 유명무실한 상태에 있다.

### 2. 여성인권보장기구의 활성화 방안

#### □ 여성특별위원회

○ 여성특별위원회가 여성차별문제와 성희롱문제를 효과적으로 여성인권을 실현하고정책기능과 연계시키기 위해서는 성차별개선위원회를 발전시켜 신청 또는 직권에 의해 사건을 조사하고 조정, 시정권고 나아가 시정명령까지 내릴 수 있는 준사법적 권한을 가질 필요가 있다. 아울러 성차별과 성희롱에 관한 지침이나 규칙을 제정하거나 법안제정에 관한 의견을 제시할 수 있는 준입법적 권한도 필요하다.

○ 여성고용차별문제에 대해서는 지방노동관서가 전국적으로 조직되어 있고 노동문제에 관하여 사법경찰관과 사법경찰리의 직무경험을 가지는 직원을 다수 보유하고 있는 노동부의 장점을 살려 노동부의 근로감독관에게도 조사, 처리할 수 있도록 한다. 성차별개선위원회가 위원회형태의 합의제 사건처리를 하는 반면, 근로감독관은 단독으로 사건처리를 하므로 구분될 수 있다. 또한 여성특별위원회와 노동부가 협조하여 대책을 강구할 필요가 있다. 다만, 동일한 사건이 중복처리되지 않도록 하는 장치가 필요하다.



## (2) 여성고용차별문제에 대한 처리: 노동부의 역할

○ 각 지방노동관서에 근로여성문제 전담부서를 두고 고용평등, 여성보호, 직업훈련, 고용촉진등의 여성노동문제를 담당하고 고용차별문제 등 여성노동관련법령 위반행위가 발생하지 않도록 행정감독과 행정지도를 한다.

○ 여성특별위원회가 처리하는 것이 적합하다고 판단되는 경우에는 여성특별위원회로 사건을 이송한다.

○ 여성특별위원회가 조정기능을 가지게 되면, 고용평등위원회의 조정기능은 삭제하고 지역의 근로자대표, 사용자대표, 공익대표가 모여 지역실정에 맞는 여성노동문제에 관한 대책을 강구하는 협의체로 변화시킨다. 이에 따라 적합한 명칭변경이 필요할 것이다.

## 人權法(試案)에 대한 討論意見(4)

문준조(한국법제연구원 연구위원)

1. 문제의 제기
2. 법안의 명칭 문제
3. 조문의 내용·구성 및 상호연계성 문제
4. 인권위원회의 법적 지위문제
5. 인권단체에 대한 지원문제

### 1. 문제의 제기

현재 우리나라에서 국가기관 등에 의한 인권침해문제가 과거에 비해 크게 개선되었음을 부인할 수는 없을 것이다. 그러나, 국민의 정부는 그 출범이후 인권의 보호와 신장에 보다 적극적인 자세를 보여 왔으며 그 일환으로 인권법을 제정하고자 그 안을 내어놓았다. 그 내용면에서 다소 문제가 있을지는 모르지만, 법무부가 이러한 법안을 만들었다는 자체가 획기적인 일이며 이에 대해 큰 의미를 부여하고 찬사를 아끼서는 안될 것이라고 생각한다. 이 공청회의 개최도 인권법안의 내용을 투명한 절차를 거쳐 수정·보완하겠다는 법무부의 의지가 반영된 것이라 할 수 있다. 이 자리에서는 심사숙고하여 만든 인권법이지만 외부의 시각에서 볼 때 그래도 개선되어야 하지 않을까라고 느끼는 몇가지에 대해 개인적인 의견을 제시하고자 한다. 다만, 어디까지나 이 자리에서 제시하는 것들은 개인의 생각일 뿐이며 여러 사람의 의견을 수렴하여 바람직한 인권법을 제정하고 이것을 통해 우리나라의 인권보호가 한 차원을 뛰어넘는 비약적인 발전이 이루어졌으면 한다. 이러한 점을 고려하여 다소 비판적인



내용이 들어있더라도 양해해주시길 것을 부탁드립니다.

## 2. 법안의 명칭 문제

인권법이라는 명칭이 무색할 정도로 인권관련 부분의 내용이 부족하다. 그 구성을 보면 제1장 총칙, 제2장 인권침해 및 차별행위, 제3장 국민인권위원회(제1절 설립 및 업무, 제2절 조직 및 업무, 제3절 인권침해행위등의 조사 및 처리) 제4장 인권단체, 제5장 국가의 지원 등, 제6장 벌칙, 부칙 등으로 구성되어 있다. 이중 국민인권위원회에 관한 제3장은 3개의 절로 세분하고 제16조부터 제61조까지 총 46개조를 포함하고 있는 등 대단히 상세하다. 또한, 제2장의 인권의 침해행위 및 차별행위도 국민인권위원회가 관할하는 사항을 열거한데 불과하며, 제5장과 제6장 및 부칙도 주로 국민인권위원회 관련 내용들이다.

이에 반하여 일용 인권보호 관련 내용이라할 수 있는 제1장과 제2장의 조문수는 15개 조문에 불과하다. 물론 인권을 보호하고 그 침해를 구제하는데 조문의 수가 중요한 것은 아니지만, 적어도 이 법안의 무게중심이 국민인권위원회의 설치와 관련되어 있다는 느낌을 떨쳐버릴 수 없다. 이 법안이 이러한 편제와 내용을 담고 있는 한, 인권법이라는 명칭을 갖는 것은 타당하지 않다고 본다. 오히려 국민인권위원회설치에 관한 법률이라고 그 명칭을 붙이는 게 타당하지 않을까 한다. 만약 인권법이라는 명칭이 붙는 법안이 되도록 하려면 인권의 이념적인 측면과 그 내포를 규정하고 그에 따르는 국가의 의무 등도 아울러 규정하는 등 세계인권선언, 국제인권규약 등의 내용을 충실히 반영한 인권장전의 성격을 갖도록 하여야 한다. 이러한 경우에는 인권법에서 오히려 인권위원회에 관한 부분은 그 설치근거를 두는 정도에 그쳐야 할 것이다.

## 3. 조문의 내용·구성 및 상호연계성 문제

이 법안은 조문의 내용, 구성 및 상호연계성 등의 면에서 짜임새가 다소 떨어진다고 느껴진다. 먼저 제1장과 제2장을 보기로 한다. 제2조, 제8조 그밖에 다른 조항에서도 차별행위를 인권침해와 구별하고 있지만, 위법한 차별행위는 인권침해를 구성하는 것이며 우리 나라에만 다른 나라에서는 찾아보기 어려운 특별한 차별행위가 존재한

다고 볼 수 없다. 따라서 이 법안에서와 같이 차별행위와 인권침해행위가 전혀 별개의 것인 것처럼 구분할 필요는 없다고 본다. 특히, 인권침해행위는 제9조에서 규정하고 있고 차별행위는 제11조, 제122조, 제13조, 제14조 등 4개조에서 규정하고 있는 바, 차별행위가 인권침해행위보다 훨씬 우리사회에 만연되어 있고 더욱 관심을 가져야 할 위치에 있는 듯한 인상을 주고 있다. 또한 우리나라가 미국처럼 인종차별문제가 존재하지 아니함에도 불구하고 인종모욕에 대해서는 별도의 조항을 두고 있다. 과연 우리나라에서 인종모욕이나 성희롱이 역시 독립된 조항을 둘 만큼 다른 어떠한 인권침해행위보다 우리사회에서 심각한가 또한 이러한 인종모욕과 성희롱이 차별행위를 대표할 만한 것들인가도 의문이다. 이러한 점을 고려하여, 제2조 제1항에서도 제3호와 제4호를 묶는 것이 타당하며, 다른 조문에서도 이러한 점을 반영하여야 할 것이다.

제2조는 ...국가는 동조 각호의 사항을 실천한다는 기본방침을 수행할 책임을 진다는 취지로 규정하고 있다. 그런데 제4조는 국가기관의 의무라는 제목하에 제2조에서 기본방침으로 열거하고 있는 사항과 거의 유사한 것들을 실현하기 위하여 노력하여야 한다는 취지로 규정하고 있다. 이러한 점에서 제2조와 제4조는 거의 유사한 내용을 담고 있다. 하나로 묶을 필요가 있다. 한편, 제2조에서 기본방침으로 열거하고 있는 것들은 주로 법무부의 관장사항들과 관련된 것들이다. 이 법안의 명칭이 인권법인 점을 고려하여, 이것들을 보다 이념적이고 광범위한 내용으로까지 확대하여 규정하였으면 어떨까 한다.

제5조와 제6조는 각각 법무부의 역할, 외교통상부·교육부·보건사회부·노동부 등의 역할이라는 제목을 붙이고 있다. 그런데 여기에서 역할이라는 표현도 어색할 뿐만 아니라 다른 법령에서 그와 같은 사례를 찾아볼 수 있는지 의문이다. 설령 그러한 역할이라는 제목이 문제되지 아니한다 할지라도 법무부의 역할을 다른 부처의 역할과 구분하고 "법무부는 ...다음 각호의 사항을 수행한다"라고 표현하고 다른 부처들에 대해서는 예외없이 "...하여야 한다"라는 표현을 한 것도 타당하지 않다. 법무부와 관련하여서도 다음 각호의 사항을 수행하여야 한다라고 표현하여 균형을 맞추는 것이 좋을 것이다. 또한, 마치 법무부가 인권문제와 관련하여 외교통상부 등 다른 부처들



에 균립하는 듯하고 그들 부처들이 인권문제와 관련하여서는 들러리라는 느낌마저 줄 수 있는 표현은 완화하였으면 한다. 이러한 명에서 제5조와 제6조를 남겨놓는다고 하더라도 이 두 개의 조를 한데 묶는 것이 타당하다고 본다.

제7조는 국민의 의무라는 제목하에 “모든 국민은 인권의 의미와 중요성을 인식하고 인권의 옹호와 신장을 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하고 있는 바, 사인간의 관계에서 인권이 침해되어서는 아니된다는 것인지, 아니면 국가의 인권옹호와 신장 노력에 동참하여야 한다는 것인지 알 수 없지만, 큰 의미가 없는 내용이라고 생각한다. 이것도 국가의 의무를 정하는 조항과 함께 묶거나 아니면 그 내용을 보다 충실히 하였으면 더욱 짜임새가 있지 않을까 한다.

제8조 제2항은 “이 법은 대한민국 영역외에서 발생한 대한민국 국민에 대한 인권침해행위 또는 차별행위에 관하여 적용한다”라고 하고 있다. 이 규정은 인권법이 김대중 납치사건 등 과거 우리의 국가기관에 의한 행하여진 재외국민에 대한 인권침해행위에 대해서도 적용됨을 표명하기 위한 것이라고 여겨진다. 그러나, 이 법안의 표현으로는 외국의 국가기관이 행한 대한민국 국민에 대한 인권침해행위 또는 차별행위에 대해서 이 법이 적용되는 것같은 느낌을 준다. 이러한 오해가 없도록 표현을 가다듬어야 할 것이다.

제9조와 제10조는 1개조로 묶거나 제10조를 삭제하여도 무방하다고 본다. 또한, 제9조에서 검찰, 경찰, 국가안전기획부, 교정기관등, 보호관찰소, 출입국관리사무소에 소속된 공무원, 사법경찰관리의 직무를 행하는 자, 군인과 군무원 또는 다수인보호시설 직원을 인권침해 주체로 규정하고 있고 있는 바 인권침해주체를 지극히 협소하게 인정하고 있다. 또한 사인간의 인권침해중에서 다수인보호시설직원에 의한 인권침해만을 금지대상으로 하고 있다. 그리고 제9조에 나타난 인권침해행위의 범위도 대단히 협소하다. 또한 제11조와 제12조 역시 하나로 묶을 수 있다고 본다.

이와 같이 협소화 현상은 국민인권위원회의 관할사항을 중심으로 규정하고자 한 취지에서 비롯된 것이 아닌가라는 생각을 갖게 된다. 그러나, 여기에 나타난 인권침해주체에 의한 행위들만이라도 방지하고 시정한다면 우리나라의 인권상황은 현저하

게 개선될 것이다. 또한 현실적으로도 모든 국가기관에 의하여 또는 모든 사회 분야에서 행하여지는 인권침해를 다룰 수 있는 인권기구를 만든다면 그 업무량이나 그에 따른 재정적 부담은 막대할 것이라는 점에서 제9조의 긍정적인 의미를 찾고 싶다.

#### 4. 인권위원회의 법적 지위문제

##### (1) 정부조직법상 인권옹호사무의 소관부처

인권법안 제3장은 국민인권위원회의 설치에 관하여 다루고 있다. 현행법상 인권문제에 대한 소관부처는 법무부이다. 정부조직법 제30조 제1항에 의하면 법무부장관은 검찰·행형·인권옹호·출입국관리 기타 법무에 관한 사무를 掌理한다라고 규정하고 있다. 또한, 법무부와그소속기관직제 제3조(직무)는 법무부가 … 인권옹호… 기타 일반 법무행정에 관한 사무를 관장한다고 규정하고 있고 제11조(법무실) 제5항은 법무실 인권과가 인권옹호에 관한 종합계획의 수립 및 시행(제1호), 2. 인권관련법령 및 제도에 관한 조사·연구(제2호), 인권옹호에 관한 각 부처간의 협력에 관한 사항(제3호), 인권문제에 관한 홍보대책에 관한 사항(제4호), 인권관련 국제협약의 가입 및 국내적 시행에 관련된 법률문제의 검토에 관한 사항(제5호), 인권관련 국제회의의 참가 및 개최에 관한 사항(제6호) 및 인권옹호 단체에 관한 사항(제13호)에 대하여 관장한다.

따라서 정부조직법에 의한다면 국내에서의 인권보호에 관한 한 당연히 법무부가 주도적인 역할을 수행하여야 한다. 법무부의 소관사무와 관련된 인권침해사례도 많았음은 분명한 사실이지만, 현재의 인권보호에 관하 소관부처가 법무부임은 아무런 이의도 제기할 수 없다.

##### (2) 인권법안상의 국민인권위원회의 문제점

###### 1) 의의

인권법안의 내용중에서 가장 큰 관심사항은 역시 인권보호전담기구의 법적 성격에



관한 문제이다. 어떠한 사람은 우리나라가 심각한 인권침해국은 아니라는 이유로 법무부와는 별개의 국가기관을 설치하여 인권보호업무를 전담하도록 하는 것은 바람직하지 않다고 지적하기도 한다. 그러나, 이러한 지적을 하는 사람들도 법무부가 그 산하 특수법인형태로 국민인권위원회를 설치하고자 한다는 점에 대해서는 강한 거부감을 보이는 경우가 많다. 다시 말해서 법무부가 또 하나의 산하기관을 설치하려는 부처이기주의적 발상이 아니고 무엇이겠느냐는 냉소주의적 시각을 보이고 있는 것이다.

그러나, 그러한 근거없는 주장을 하는 것도 바람직하지 않지만, 인권법에서 예정하고 있는 국민인권위원회는 여러 가지 문제를 안고 있음은 사실이라고 보여진다. 무엇보다도 법인인 국민인권위원회가 국가기관에 의한 인권침해구제기구로서 그 기능을 수행할 수 있겠느냐가 문제의 출발점이자 종착점이라 할 것이다.

## 2) 법무부장관에의 예속문제

### ① 법무부장관에의 통보, 신고 및 경유제도

법무부 산하의 민간기구가 업무상의 독립을 보장받았다 할지라도 감독권을 가진 법무부로부터 완전히 독립되어 그 기능을 수행하리라는 것에 대해서는 회의적이다. 제19조 제3항은 위원회가 인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견표명 그리고 경찰유치장, 교정기관등, 외국인보호소, 군교도소, 다수인보호시설에 대한 시찰 및 그 개선이 필요한 사항에 대한 권고 또는 의견 표명을 하는 경우 법무부장관에게 그 내용을 통보하여야 함을 규정하고 있다. 여기에서는 그 통보의 시기가 사전인지 사후인지를 명확히 하고 있지 않지만, 어떠한 형식으로든지 사전에 협의할 가능성도 없지 아니하다. 적어도 법무부 산하 법인이 법무부장관의 비위를 건드리는 행동은 절대하지 않을 것이다.

그밖에도 위원회가 전년도 활동상황에 대하여 대통령에게 보고서를 제출하여야 하지만 이 보고서도 법무부장관을 경유하도록 하고 있으며 제53조 제3항은 위원회가 동 제1항에 의하여 국가기관이 소속기관 등이나 감독기관의 장 또는 제2항에 의하여 관계 국가기관의 장에게 권고를 하거나 의견을 표명하는 경우에는 법무부장관에게 그 내용을 통보하도록 하고 있다.

또한 제55조에 의하여 위원회가 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 범죄행위에 해당하고 이에 대하여 형사처벌이 필요하다고 인정할 때에는 검찰총장에게 고발할 수 있지만 이 경우에도 그 사실을 법무부장관에게 통보하도록 하고 있다. 제59조 제1항은 제19조 제3항 등에 의한 권고 또는 고발을 받은 관계 국가기관의 장이나 검찰총장은 권고 또는 고발을 받은 후 그 조치결과나 조치계획을 위원회에 통보하여야 하는 바, 위원회는 그러한 내용을 법무부장관에게 통보하여야 한다. 또한 제60조에 의하여 국민인권위원회가 아닌 법무부장관은 매년 인권상황분석보고서를 대통령에게 보고한다.

### ② 이사와 위원의 선출제도

또한 이사회와 관련하여서도 당연직 이사이외의 선임이사들을 법무부장관이 제청하여 대통령이 임명하도록 하고 있다. 그런데 국민인권위원회에 관련하여 시행령이나 시행규칙에 넣어도 될 세부 사항까지도 인권법에서 규정하고 있으면서도 누가 당연직 이사가 되는냐라는 중요한 문제에 대해서는 인권법에서 일체 언급이 없다. 이와 같이 중요한 부분에 대해 침묵함으로써 자칫 법무부측 인사가 당연직 이사가 되는 것은 아니냐는 오해를 불러일으키기 보다는 법률에서 명확히 밝히는 것이 바람직하다고 본다.

만약 법무부측 인사가 당연직 이사가 된다면 법무부장관의 선임이사의 제청권과 더불어 국민인권위원회의 독립성을 침해하는 중대한 요소가 될 수도 있을 것이다. 왜냐하면 이러한 이사회에서 위원회의 위원장을 포함한 인권위원의 임면제청에 관하여 심의·의결하기 때문에 이사회의 영향력은 절대적이라 할 것이다. 국민인권위원회가 그 업무의 효율성을 위한다는 명분으로 그 직원들중 상당수가 법무부의 낙하산 인사에 의하여 임명될 것이라는 근거없는 우려는 귀담아 들을 필요는 없겠지만 적어도 이사회나 위원회의 구성과 관련된 투명성이 법안에 반영하여야 할 것이다.

### 3) 권고기능과 조사한계 문제

그 밖에도 국민인권위원회가 국가기관이 아니라는 데서 오는 태생적인 한계를 벗어



나기 어렵다. 즉, 국민인권위원회는 단순한 권고기능만을 가질 뿐이며, 제46조에서 규정한 조사의 한계라는 것은 동 위원회의 성격이 민법상의 법인에 불과한데서 오는 한계이며, 이 점도 동 위원회의 효율성을 떨어뜨리는 중요한 요소가 된다고 본다. 제3장에서 나타나고 있는 국민인권위원회의 다른 기능과 업무수행의 한계도 바로 그 법적 지위와 밀접한 관계가 있다고 본다. 이 부분에 관한 자세한 설명은 아래에서 그 대안을 제시하게 될 것이므로 생략하기로 한다.

### (3) 대안 : 독립된 국가기관으로서의 위원회

국민인권위원회가 위원회라는 명칭을 사용하고 있어 행정법상의 위원회와 그 지위와 관련하여 대단히 큰 혼란을 초래하고 있다. 앞서 언급한 바와 같이 인권보호에 관한 사항에 대하여는 법무부가 주무부처이다. 그런데 인권의 보호문제를 국가의 중요한 사안으로 보고 새로운 기구를 설치하고자 하는 이 시점에서는, 발상의 전환이 필요하다고 본다. 중요한 국가적 업무에 대해서는 독립성과 권한을 부여하기 위하여 종전의 소관부처와는 별개의 지위를 인정받는 중앙행정기관으로서의 위원회나 합의제 행정기관을 설치하여온 과거의 선례를 눈여겨 볼 필요가 있다.

독점규제및공정거래에관한법률에 의하여 설치된 공정거래위원회는 동법 제35조 제2항에서 정부조직법에 의한 중앙행정기관으로서 그 소관사무를 보도록 규정되어 있다. 중앙행정기관의 장은 임용기관과 예산편성기관을 결정하는 기준이 된다. 그리고 관계 법령에서 중앙행정기관을 주무관청으로 규정하거나 협의기관으로 하거나 지휘·감독의 체계로 보아 규정하고 있기 때문에 중앙행정기관인지의 여부는 입법에 있어서나 법을 적용함에 있어서 중요한 참고기준도 된다.

한편, 정부조직법 제5조의 규정에 의하면 부·처 등 중앙행정기관의 관장업무중 일부를 독립하여 수행할 필요가 있을 때, 합의제 행정기관을 둘 수 있도록 하고 있다.9) 여성특별위원회는 그 법적 지위와 관련하여서는 논란이 있을 수 있으나 여성정책에 대한 종합적인 기획·조정에 관한 사항, 여성발전기본법 제15조 내지 제28조의 규정에 의한 정부의 사무, 각종 법, 제도, 행정조치 및 관행 등에 나타나는 여성차별에 대한 조사 및 차별시정에 관한 사항을 소관사무로 하고 있다.

또한, 정부조직법 부칙 제5조 제17항에 의하여 청소년보호위원회가 청소년보호법

제정당시의 문화체육부(현재의 문화관광부) 소속에서 국무총리 소속으로 변경하였다. 이에 따라 청소년업무를 관장하는 기관은 문화관광부와 청소년보호위원회로 이원화되어 있다.

이와 같이 종전에 중앙행정기관의 소관사무였다 하더라도 그 사무를 독립하여 수행할 필요가 있는 경우에는 별도의 기관을 만들어 그 사무를 수행하도록 하고 있다. 과연 인권보호문제가 독점금지 및 규제, 여성차별방지 또는 청소년보호 문제보다 덜 중요한 것인가에 대해서 곰곰이 생각해 볼 필요가 있을 것이다. 인권보호가 대단히 중요한 국가적인 중대사라고 한다면, 인권보호를 위한 새로운 국가기구의 설치도 고려하여야 할 것이다. 인권위원회의 운영에 따른 재정부담측면에서도 법무부소속의 법인으로 하든 국가기구로 하든 큰 차이는 없을 것이며, 또한 법인으로 하였을 때 예상하고 있는 위원회 및 등록된 인권단체의 기부금품 수령(제68조)의 경우에도 위원회에 기부되는 금품은 대단히 미미할 것이며 오히려 인권단체에 제공되는 기부금품이 더 많을 것이다. 또한 국민인권위원회로 하여금 기부금품을 받은 경우 법무부장관에게 신고하도록 하고 그 밖에도 사업계획서등을 제출하고 있으며 법무부장관이 그 회계와 재산에 관한 사항을 보고하게 하거나 감사할 수 있도록 한 것은 국민인권위원회가 법인으로서 법무부장관이 그 회계와 재정에 대한 감독권을 가지고 있음을 의미한다.

### 5. 인권단체에 대한 지원문제

인권단체는 재정적으로 국가로부터 독립하지 아니하면 그 의미를 상실하게 된다. 인권단체가 이른바 non-governmental organization에 속한다는 것도 바로 모든 면에서 국가로부터 독립되어 존속하여야 함을 의미하는 것이다. 인권법안에서는 제4장에 인권단체에 관한 별도의 장을 두고 업무, 등록 등에 대하여 정하고 있으며, 인권단체에 대하여 비밀누설금지까지 규정하고 있다. 과연 인권법안에서 인권단체에 대하여 국가적 지원을 전제로 한 등록 등을 규정할 필요가 있는지 의문이다. 등록된 인권단체에 대하여 보조금을 교부할 수 있도록 한 제66조 제2항은 삭제되어야 하지 않을까 생각한다. 보조금을 교부받은 인권단체로 하여금 사업계획서등을 제출하도록 하고 법무부장관이 그 회계와 재산에 관한 사항을 보고하게 하거나 감사할 수 있다는 제69조의 규정은 인권단체의 순수성 상실과 국가기관에의 종속을 초래할 우려가 있지 않을까 한다.



# 人權法(試案)에 대한 討論意見(5)

## - 人權法 制定을 계기로 살펴본 人權侵害行爲의 類型 및 人權保護방안에 관한 檢討 -

오병주(대전지방검찰청 부장검사)

I. 序言
II. 人權侵害行爲의 主要 類型
III. 人權保護方案에 관한 檢討
IV. 人權法 制定案에 대한 檢討
V. 結語

### I. 序言

현대에서의 인권개념은 국가 公權力의 자의적 행사로부터 국민의 自由와 權利를 보장한다는 의미에서 벗어나 국가가 모든 사람의 人間다운 생활과 행복을 추구할 수 있는 권리를 보장하는 의미로까지 확장되고 있으며 인권의 국제화 추세에 따라 人權問題는 더 이상 국내 문제로만 머물지 않고 국제문제로 대두되고 있고, 국제사회에서 인권은 특정 국가의 가치를 평가하는 매우 중요한 척도가 되고 있다. 최근 수년간 정부는 “시민적·정치적 권리에 관한 국제규약” 등 각종 국제인권조약에 가입하고 인권제도와 정책을 개선하는 등 인권 수준을 국제기준에 부합시키기 위한 노력을 기울였으나 국민은 아직도 우리의 인권수준에 만족하지 못하고 있고, 국가기관에 의한 인권침해시비가 끊이지 않고 있음이 현실인 바, 이는 기존의 사법제도와 정부의 기능만

으로는 인권의 완전한 보장을 달성하는데 한계가 있기 때문이라 할 것이다.

법무부는 유엔이 각국에 도입을 권고하고 있고 호주·뉴질랜드등 외국에서도 설립되어 있는 “국민인권위원회제도”가 정부의 인권활동을 감시·보완하고 기존의 사법제도에 비하여 간이·신속한 방법으로 인권침해를 당한 피해자를 구제할 수 있어 국민의 인권보장에 매우 유용한 수단이라고 판단하고, 인권상황을 개선하기 위한 실천방안의 하나로 국민인권위원회의 설립과 이를 위한 인권법을 제정하기에 이르렀다. 인권법 제9조는 檢察, 警察, 國家安全企劃部, 矯正機關, 多數人保護施設등에서 발생가능한 各種 人權侵害 行爲를 규정하고 있는 바, 이를 類型別로 간단히 살펴보고 이에 대한 예방내지 구제방법과 人權法案의 主要爭點에 관하여 생각해 보기로 한다.

### II. 人權侵害行爲의 主要 類型

#### 1. 수사기관의 拷問

우리 속담중 “법은 멀고 주먹은 가깝다.”는 말이 있다. 법률장치보다는 폭력에 호소하기 쉬운 심성은 법의 집행을 맡고 있는 관리들에게 있어서도 예외가 아니다. 법정절차를 다 지키다가 보면 自白과 證據를 얻어낼 수 없으므로 폭력에 호소하는 경우가 발생할 수 있다. 눈앞에 보이는 가장 유력한 증거(혐의자)를 방치한 채, 밖에서 보이지 않는 증거를 찾아 헤맨다는 일이 어떻게 보면 돈과 시간의 낭비라는 생각에서, 또 범죄사실이 뻔한데 피의자가 거짓말을 하니 꽤 씹하다는 생각에서, 또는 이런 나쁜 녀석은 혼을 내줘야 한다는 정의감에서 고문이나 폭력이 행사될 가능성이 있다. 그러나 고문과 폭력은 어떠한 명분과 이론으로도 정당화될 수 없는 不法行爲이므로 결코 용인 되어질 수 없다. 1987년 1월에 발생하였던 “박종철군 고문 치사사건”은 수사기관의 공신력을 저하시키는 차원에서 끝나지 않고 “탁! 치니까, 억! 하고 죽었다.”는 전대미문의 유행어를 낳으면서, 사회의 정치적 흐름 자체를 바꾸는데 기여하였다.

고문이란 법률상의 개념이라기 보다는 통속적인 개념이다. 포괄적으로 말한다면, 고문이란 정신적 또는 육체적인 고통을 가하면서 신문하는 것이다. 고문의 가해자는 피해자보다 우월한 상황에서 시간적 여유를 가지고 치밀한 방법으로 고통을 가하기 때문에 고문의 증거는 좀처럼 남지 않으며, 남는다고 하더라도 立證하기가 어렵다.



고문의 폐해는 당시의 고통으로 끝나지 않고 오랜 세월이 걸쳐 피해자의 심신을 괴롭히고 가정생활과 사회생활을 방해하게 된다.<sup>1)</sup>

고문을 감행하는 目的은 여러가지이다. 실체적 진실을 밝힌다는 순진한 동기에서 출발하는 것이 보통이지만, 때로는 사건의 조작에 이용되기도 한다<sup>2)</sup> 형사소송절차는 節次의 適正과 함께 實體的 眞實의 발견을 기본이념으로 하고 있는 바, 고문을 통해서 얻은 진실은 악의 씨앗일 뿐임을 명심해야 할 것이다. 범죄사실의 발견이라는 “目的”의 정당성은 결코 고문이라는 또 하나의 범죄 “手段”을 합리화 시킬 수 없다. 현행 인신보호장치가 이러한 고문을 방지하기에 부족하다면, 과감한 보완을 서둘러야 한다. 그동안 주장된 바 있는 고문사례와 고통의 호소<sup>3)</sup>는 우리의 인신보호법 장치가 고문방지에 미흡하다는 신호이기도 하다.

## 2. 矯正機關에서의 暴行

在所者들이 당하는 폭행이라고 하면, 흔히, 감방신고식이라는 이름으로 행해지는 동료 재소자들에 의한 폭행<sup>4)</sup> 떠올리게 되나, 최근에 문제되고 있는 재소자 폭행사건들은<sup>5)</sup> 주로 시국사건으로 수용된 미·기결수들의 항의 또는 농성사태에 대처하는 과정에서 교도관 또는 교도경비대원들의 과잉진압으로 빚어지는 구타와 감금등을 쟁점으로 하고 있다.<sup>6)</sup> 수형자 또는 미결수용자가 규율에 위반할 경우에는 행형법상의 징벌절차(법 제46조)에 따라 처리하면 족할 것이나 在所者들의 과격한 시위와 농성에

- 1) 이와 관련된 사례로는 평화신문 1988년 5월 29일 - 6월 4일자 제2면 독자마당 “누명의위 고문하곤 입막기 향응” 기사, 참조.
- 2) 각본에 맞춰 혐의사실이 조작되고 가혹행위가 행해졌다는 주장에 관하여는, 한겨레신문 1988년 5월 19일자 제6면 “광주항쟁(3)상무대영장”기사, 참조.
- 3) 한겨레 신문 1988년 5월 15일자 제21면 “고문없는 나라에서 살고 싶다”기사; 그리고, 신동아 1987년 3월호, 특집 [고문], 232-289쪽, 참조.
- 4) 예컨대, 흉악범을 봉사원으로 임용해 재소자의 살인을 부른사건: 동아일보 1983년 2월 15일자 “감방신고식 폭행사망, 국가에 손해배상책임”기사, 참조
- 5) 80년대 이전의 재소자 폭행사례에 관한 보고는 이상우, 권력의 몰락, (동아일보사, 1987년판), 19-39쪽, 참조
- 6) 한국기독교교회협의회 인권위원회가 1985년 9월 2일자로 법무부에 보낸 서한은, 같은 해 7월 31일 배방문 제로 교도소 당국에 항의하던 재소자들이 교도소 지하실에 끌려가 포박당한채, 교도경비대원들에게 심한 폭력을 당한 사건의 진상조사를 촉구하고 재발방지를 요청하고 있다: 같은 위원회 발행, 1985년도 인권주간자료집(악법철폐·하나님의 법 실현, 1985. 12)191-3쪽

대하여는 징벌조치를 취하기 이전 단계로서 물리적인 진압이 취해지기 마련이다. 재소자 가족들은 재소자들의 말에 의거하여 전근대적인 교정행정과 가혹행위를 비판하고 있지만 이는 부분을 보고 전체를 평가하는 위험에 빠지기 쉽고, “팔은 안으로 굽는다”는 감정의 사슬로부터 영향을 받지 아니할 수 없다. 그러나 이러한 주장을 일축하는 것은 곧 인신보호의 경시를 초래하므로 비록 진압과정에서 불상사가 발생하였다 하더라도 당연히 그 적법성 여부를 따져야 하며, 교도소가 人權의 사각지대라는 오해를 불식시키기 위해서는 주장 사실의 진위를 밝히는데 주저하지 않아야 할 것이다.

## 3. 多數人 保護施設<sup>7)</sup>에서의 人身侵害

고아·사생아·정박아·농아자들을 수용하여 再活을 도와주는 사회복지시설내에서 중노동과 가혹행위가 자행되어 인신보호에 경종을 울리고 있다.<sup>8)</sup> 복지원등에서의 가혹행위는 일반적인 인신침해사건으로 취급하기 어려운 몇가지 특수성을 안고 있다. 우선 대부분의 사회복지시설들은 국가로부터 상당액의 財政的인 支援을 받고 있으며 (1970년의 사회복지사업법 제13조, 1981년의 아동복지법 제27조·제30조등) 그 공익적 성격으로 인하여 그 업무와 재산운용에 관하여 국가기관의 지도감독을 받는다. (사회복지사업법 제16조, 아동복지법 제26조등) 따라서 일부 복지시설에서 자행되는 인신침해 행위는 단순한 私人的 行위로 보기 곤란하다.

美國 연방대법원의 “국가행위이론”(state action theory)을 원용한다면 국가는 이들 시설내에서의 가혹행위에 대하여 일정부분 책임을 져야한다.<sup>9)</sup>

복지시설내에서의 인신침해는 당사자가 그 구제를 요청할 방도가 막연하다는 특징을

- 7) 다수인 보호시설이라 함은 사회보장적 측면에서 고아나 행려병자, 부랑아 등을 수용하는 시설 즉 정신병원, 아동·노인·장애인·윤락여성등 사회적 약자를 위한 보호시설이나 복지시설을 말함. 다수인 보호시설에 관하여는 사회복지사업법, 아동복지법, 노인복지법등 관련 법률에서 이미 규정하고 있는 바, 인권법에 구체적으로 이들 시설을 명시할 경우 사회복지사업법등이 개정될 때마다 인권법을 개정하여야 하므로 절차의 편의를 위해 그 범위는 대통령령에 위임되어 있음.
- 8) 중앙일보 1987년 2월 2일자 제10면 “부산 형제복지원은 강제노역소”기사; 평화신문 1988년 6월 12일 -18일자 제6면 “이리시 보명원·해화학교 비리수사 미진, 원생살해·성폭행등 진상 철저 규명”기사, 참조.
- 9) 여름휴가때 기차를 기다리다가 역대합실에서 잠깐 잠이 들었다는 이유로 철도 공안원에게 연행되어 복지원에 수용된 사례, 술을 마시고 소란을 피운 혐의로 파출소에 연행되어 복지원에 수용된 사례는 국가기관의 정당한 절차에 의하지 아니한 채 개인의 신체의 자유를 박탈하는 과오를 범한 경우에 해당한다.



안고 있다. 도망치려다가 붙잡히면 가혹한 못매를 맞고 외부 조사단에 진실을 읊소 하다가는 추후의 보복을 당할 것이 뻔한 상태에서 수용자들이 인신보호장치에 의존할 가능성이라고는 거의 없다. 수용자들이 정박아들인 경우에는 인신침해를 호소할 생각조차 못할 것이다. 출소 후에 가혹행위를 호소한다고 하더라도 그 때는 이미證據가 남아 있지 아니할 뿐만 아니라 질병인지 골병인지 구별하기가 어렵다. 이러한 제반 사정을 감안한다면, 국가기관은 애매한 사람들이 수용되지 아니하도록 하기 위하여 入所節次를 명확히 구체화 시키고 퇴소적격자를 선별하는 방도를 강구하여야 하며, 수용자들이 외부세계와 단절되지 않도록 여러가지 通路를 확보하여야 한다. 한편, 시설관계자들의 인신침해행위에 대하여는 일반 私人의 인신침해행위보다 중벌을 과할 수 있는 법장치를 마련하고 최후의 경우에 국가 자신의 책임을 외면하지 않는 태도를 천명하여야 할 것이다.

### III. 人權保護方案에 관한 檢討

#### 1. 刑事法上의 人權保護方案

##### 가. 刑事節次上 人權保障의 法哲學

被疑者·被告人의 人權保障은 刑事訴訟法의 目的이자 理念이다. 搜查의 民主化, 刑事司法의 民主化가 강조됨에 따라 判決確定前刑 刑事節次에서 被疑者·被告人은 無罪로 推定된다는 無罪推定の 法理, 억울하게 有罪判決을 받은 일이 있어서는 안된다는 消極的 眞實主義, 搜查, 裁判, 行刑등 刑事節次는 實質的으로 適法하고 公正하여야 한다는 適正節次(due process of law)의 法理등은 被疑者·被告人의 人權保障을 위한 지도원리가 되고 있다. 특히 美國의 聯邦憲法이 규정하고 있는 適正節次(due process of law)<sup>10)</sup>의 法理는 우리나라의 刑事節次에서도 被疑者·被告人의 人權保障을 위하여 매우 중요한 指導原理로 작용하고 있다.

10) 美國聯邦憲法修正 제5조와 제14조는 법의 適正節次에 의하지 아니하고는 (without due process of law) 個人의 生命, 自由 또는 財産을 박탈할 수 없다고 규정하고 있으며 學者들은 이 條項을 適正節次條項(Due Process CLAUSE)이라고 한다

그러나 刑事節次는 본질적으로 犯人을 處罰하는 節次이므로 人權保障이 유일한 極限의 原理일 수는 없고 有罪者處罰이라는 刑事訴訟法의 實質的 目的과 合理的인 調和를 이루지 않으면 안된다. 피고인의 人權保障을 강화하여야 한다고 하여 凶惡한 家庭破壞犯을 保釋으로 釋放하라는 말은 아니다. 凶惡한 家庭破壞犯인 사실이 明白하다면 拘束起訴해서 嚴罰에 처함이 마땅하다. 다만 凶惡한 家庭破壞犯일지라도 節次上 拷問을 해서는 안되며 公判廷에서 防禦의 기회를 충분히 주어야 한다.

여기에 刑事節次上 人權保障의 法哲學이 있다.<sup>11)</sup>

##### 나. 被疑者의 人權保障

###### 1) 拷問의 抑止

憲法은 拷問의 絶對的 禁止를 선언하고(憲法 12조 2항) 刑法과 特加法은 拷問을 犯罪로 규정하여 刑事處罰을 하고 있으며(刑法 125조, 特加法 제4조의2) 憲法과 刑事訴訟法은 拷問에 의한 自白의 證據能力을 絶對적으로 否定하고 있다.(憲法 12조 7항, 刑訴法 309조)

그럼에도 불구하고 金根祖拷問致死事件, 朴鍾哲拷問致死事件에서 보는바와 같이 犯罪搜查의 실체에 있어 拷問이 根絶되지 아니한 이유는 무엇인가.

이는 自白의 證據價値와 搜查의 密行性에서 그 原因의 일부로 찾을 수 있을 것이다. 수사단계에서 被疑者가 自白한 경우와 自白하지 아니하고 犯行을 否認하는 경우 사이에는 수사의 目的達成이라는 측면에서는 현저한 차이가 있다. 被疑者가 自白하지 아니하면 被疑者의 拘束, 證據의 蒐集등 수사의 進展이 거의 不可能한 경우가 적지 않다. 예컨대 贈收賂, 麻藥密買, 間諜行爲와 같이 密行的으로 행하여지는 犯罪인 경우에는 被疑者가 犯行을 否認하면 搜查의 進展이 거의 不可能하다. 이와같은 수사단계에서의 自白의 必要性은 自白強要를 目的으로 한 拷問의 原因이 되는 경우가 종종 있다.

수사기관의 被疑者訊問은 非公開的으로 실시되므로 搜查公務員이 被疑者에게 拷問을 가한 사실을 被告人이 公判廷에서 立證한다는 것은 극히 어려우며 이에 따라 拷問에 의해 強要된 自白도 有罪의 證據로 사용될 여지가 있을 수 있다. 拷問禁止를 선

11) 백형구 刑事節次上 人權保障의 當면과제, (형사정책연구 1990. 제2호) 형사정책연구원, 1990. P. 129



언한 憲法의 規定이나 拷問을 犯罪로 明示한 刑法의 規定만으로는 拷問抑止가 担保될 수는 없다.

이에 따라 犯罪搜查段階에서 수사기관이 被疑者 또는 參考人에게 拷問을 가하지 못하도록 抑止하는 制度的 裝置가 필요하다. 이러한 制度的 裝置로서 다음과 같은 제도가 고려될 수 있을 것이다.

#### (가) 변호인의 被疑者訊問參與權

수사기관의 被疑者에 대한 拷問을 抑止하기 위해서는 수사기관의 被疑者訊問에 대한 辯護人의 參與權 保障이 검토될 수 있다.<sup>12)</sup> 다만 변호인의 피의자신문 참여는 刑事裁判의 公正을 위해서 필요하나, 이 제도가 搜查를 방해하는 결과를 초래할 우려가 있고 搜查遲延의 要因이 된다는 점과 被疑者의 辯護人에게 過重한 業務負擔을 지울 수 있다는 점도 함께 고려되어야 한다.

#### (나) 證據能力의 否定

自白을 強要하는 拷問을 抑止하는데 가장 效果的 對策은 拷問에 의한 自白을 有罪의 證據로 사용하지 못하게 하는 것이다. 미국의 연방최고재판소 재판관인 프랑크홀터는 절차에 흠이 있는 자백을 무효화시킨 유명한 맥나브 사건(McNabb, 1943)의 판결에서 「자유의 역사는 주로 절차적 보장의 준수의 역사였다」고 말하였다. 법이 정한 정당한 절차의 준수라고 하는 것은 문명사회에서 인간이 正義를 달성하기 위해 습득한 슬기로운 기술이고 권력의 월권을 억제하는 규칙으로서 자유의 방패가 되어 온 것이다. 가령 실체법이 불완전할지라도 공정한 절차가 보장된다고 하면 그것을 보완할 수 있다. 미합중국 연방최고재판소 판사인 잭슨은 샤페시 사건(Shaughnessey, 1953)에서 절차적 보장의 중요성을 다음과 같이 강조하고 있다.<sup>13)</sup>

.....절차 같은 것은 중요하지 아니하다고 답변하는 것은 교양이 없는 문외한이든가 엉터리 법률가들 뿐이다. 절차적인 공정과 조화는 자유의 불가결한 본질이다. 실체법이 가혹하다고 할지라도 그것이 공정하고 공평하게 작용된다고 하면 견뎌 낼 수 있다. 실제로 사람이 선택을 강요한다고 하면 소비에트의 절차에 의해 집행되는 아메

12) 백형구, 刑事訴訟法講義(以下 '講義'로 줄임), 112면; 同著, 刑事訴訟法(以下 '刑訴'로 줄임), 148면; 李在祥, 刑事訴訟法(補訂力版을, 1988년) 144면

13) 한상범, 인권과 권력, 흥성사, 1983, P 265

리카의 실체법 아래서 살기보다는 오히려 보통법 절차에 의해 성실히 적용되는 소비에트의 실체법 아래서 살아가길 택할 것이다.(샤네시 사건 판결에서 잭슨판사의 의견)

선진 외국의 입법례와 같이 우리나라의 憲法 第12條 第7項과 刑事訴訟法 第309條도 拷問·脅迫 등에 의한 自白의 證據能力을 否定하고 있다.

朝鮮王朝의 刑事節次에서는 自白強要를 위한 拷問이 法的으로 허용되었으며<sup>14)</sup> 고문에 의한 自白도 有罪의 證據로 허용되었다. 合法的인 拷問에 의한 自白뿐만 아니라 不法的인 拷問<sup>15)</sup>에 의한 自白도 有罪의 證據로 사용되었다. 朝日合邦後 朝鮮刑事令에 의해서 依用된 日本의 舊刑事訴訟法<sup>16)</sup>에는 自白의 證據能力을 制限하는 規定이 없었으므로 任意性 없는 自白, 예컨대 拷問에 의한 自白도 有罪의 證據로 허용되었다. 이에 따라 日帝治下의 刑事裁判에서는 拷問에 의한 自白이 有罪의 證據로 채택되는 경우가 적지 아니하였다.

이러한 歷史的 經驗을 거울삼아 우리나라의 刑事訴訟法은 1954년 制定 당시부터 拷問 등에 의한 自白의 證據能力을 否定하는 自白의 任意性法則을 明文으로 규정하기에 이르렀다.

自白을 強要하는 拷問을 抑止하는데 가장 效果的 對策은 拷問에 의한 自白의 證據能力을 否定하는 것이며 수사기관의 被疑者에 대한 拷問은 根絶되어야 함이 마땅하므로 刑事訴訟法 第309條는 그 適用範圍를 넓히는 방향으로 解釋論을 펴는 것이 바람직하다고 본다.

이와 관련하여 문제되는 것을 살펴보면 다음과 같다.

검사의 被疑者訊問時에는 自白強要의 사실이 없는 경우에도 搜查警察官의 被疑者訊問時에 拷問에 의한 自白을 하고 警察拷問에 의한 任意性 없는 心理狀態가 檢事의 被疑者訊問時까지 繼續된 경우 檢察自白의 任意性이 인정되느냐에 관하여 종래의 大法院判例는 檢事의 被疑者訊問時에는 自白強要의 사실이 없었다는 이유로 檢察自白의 任意性을 인정하는 태도를 취하였으나<sup>17)</sup> 1981년 10월 13일의 大法院判決<sup>18)</sup>을

14) 經國大典 刑典, 推斷條; 大明律直解 獄具之圖

15) 足杖刑, 烙刑, 剪刀周牢之刑, 亂杖刑 등은 不法的인 拷問에 해당된다.

16) 1912년에는 日本의 明治刑事訴訟法이 依用되었으며 1922년에는 大正刑事訴訟法이 依用되었다.

17) 大判 72. 8. 22. 72 도 1469, 判例總覽 22-1卷, 344-10면, 刑訴法 第309조(11); 大判 77. 5. 24. 77 도 629,

判例總覽 22-1卷, 344-25면, 刑訴法 第309조(14)

18) 大判, 81.10.13, 81도 2160, 判例總覽 22-1권, 344-51면.



시작으로 檢察自白의 任意性を 否定하는 태도를 취하고 있다.<sup>19)</sup> 被疑者에 대한 拷問과 被疑者의 自白 사이에 因果關係의 存在를 要하는가에 관해서는 拷問과 自白 사이에 因果關係의 存在가 인정되는 때에 한하여 自白의 任意性이 否定된다는 因果關係必要說<sup>20)</sup>과 피의자에 대하여 拷問을 한 사실이 인정되면 그 拷問과 自白 사이에 因果關係의 存在가 立證되지 아니한 경우에도 自白의 任意性이 疑心된다는 因果關係不要說<sup>21)</sup>이 대립되고 있으며 大法院判例는 因果關係必要說<sup>22)</sup>의 태도를 취하고 있다.

拷問에 의한 自白에 基해서 蒐集한 證據는 그 證據의 眞實性 여부를 불문하고 證據能力을 否定하여야 한다.<sup>23)</sup> 즉 毒水毒果의 原則(Fruit of poisonous tree doctrine)<sup>24)</sup> 拷問등에 의한 자백에 기하여 수집된 증거의 증거능력에 관하여 적용된다고 해석하여야 하며 이는 우리나라에서의 통설이다.

#### (다) 處罰의 強化

刑法 第125條는 가혹행위를 한 搜查公務員등에 대한 刑罰을 5년 以下の 懲役과 10년 以下の 資格停止로 규정하고 있다. 또한 特定犯罪加重處罰등에 관한 法律 第4條의 2는 拷問致傷罪에 대한 法定刑을 1년 以上の 有期懲役으로, 拷問致死罪에 대한 法定刑을 無期 또는 3년 以上の 懲役으로 규정하고 있다.

#### 2) 被疑者 拘束과 人權保障

朝鮮王朝의 刑事節次에서는 罪人의 拘束을 囚禁이라고 하였으며 杖刑以上の 刑에 해당하는 罪를 犯한 罪人에 대해서는 囚禁이 허용되었고<sup>25)</sup> 罪囚에 대해서는 枷, 足鎖, 項鎖와 같은 前近代의 刑具를 着用케 하였다.<sup>26)</sup>

19) 大判, 82.2.23, 81도 3324, 法院公報 제679호, 406면; 大判 83. 9. 27, 83도 1953, 法院公報 제716호, 1638면;

大判 84. 5. 15, 84도 472, 法院公報 제731호, 1059면

20) 金箕斗, 刑事訴訟法(全訂新版, 1985년), 135면; 鄭榮錫, 刑事訴訟法(第5全訂版, 1985년), 154면; 權五柄, 刑事訴訟法(3訂版, 1967년), 186면

21) 徐壹教, 刑事訴訟法(8訂版, 1979년), 177면; 申鉉柱, 刑事訴訟法(修正版, 1984), 274면; 拙著, 刑訴, 254면; 同著, 講義, 681면.

22) 大判 84. 11. 27, 84도 2252, 法院公報 제744호 117면.

23) 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997. P 710

24) 毒樹 果實의 原理에 대한 자세한 論議는 차용석, 형사소송법, 1997. P 687~692 참조

25) 經國大典, 刑典 囚禁條

26) 經國大典, 刑典 囚禁條; 大明律直解, 獄具之圖

朝日合邦後 日帝治下의 刑事訴訟法에서는 搜查機關의 被疑者拘束에 관한 令狀制度가 없었으며 豫審制度의 채택으로 未決拘禁이 長期化되었고 특히 日帝末期에는 治安維持法, 戰時刑事特別法에 의해서 行政檢束등의 名目으로 人身拘束이 自행되었으며 搜查機關이 被疑者를 不法拘束하는 경우가 허다하였다.

따라서 現行刑事訴訟法은 不拘束搜查를 原則으로 하고 被疑者拘束은 一定한 要件下에 例外的으로 허용하고 있으며( 刑訴法 201조), 被疑者拘束에 관한 令狀制度를 채택하여 搜查機關의 被疑者拘束에 대하여 司法的 統制를 가하고 있다. 또한 拘束適否 審査制度를 채택하여 搜查機關의 不法拘束에 대한 司法的 救濟의 길을 열어 놓고 있으며 搜查機關의 被疑者에 대한 拘束期間을 制限하고 있다.( 刑訴法 202조 내지 205조)

#### 3) 對物的 強制搜查와 人權保障

搜查機關의 押收·搜索·檢證의 경우에는 財産權, 住居權, Privacy등의 보장이 요청된다.

수사기관의 任意提出物 등을 令狀없이 押收하는 경우에는( 刑訴法 218조) 任意提出書의 作成과 같은 任意性에 대한 制度的 保障이 要請된다.<sup>27)</sup> 強制的 押收가 任意提出의 形式으로 처리될 위험이 있기 때문이다.

刑事訴訟法 第216條와 第217條는 令狀主義의 例外에 관한 규정이며 令狀主義의 例外에 관한 규정은 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 刑事訴訟法 第216條 1項 2號의 逮捕現場의 範圍에 관해서는 그 범위를 좁게 해석하는 現場說이 타당하며 同法 第217條 1項의 「緊急拘束할 수 있는 者」는 이를 「緊急拘束된 者」라고 縮小解釋함이 바람직하다고 본다.<sup>28)</sup>

#### 다. 被告人의 人權保障

##### 1) 國選辯護人

被告人 또는 被疑者가 國選辯護人의 助力을 받을 權利를 國選辯護權이라고 한다.<sup>29)</sup>

27) 백형구, 앞의 책, 256면

28) Ibid, 256면, 257면.

29) Ibid, 126면; 渥美東洋, 刑事訴訟法(1982년), 171면.



現行 刑事訴訟法은 一定한 要件下에 被告人의 國選辯護權을 인정하고 있으며(법 33조, 282조, 283조), 刑事被告人의 國選辯護權은 憲法에서도 保障하고 있다.

刑事訴訟法의 指導原理인 當事者對等主義를 實現하기 위해서는 被告人의 國選辯護權이 強化되어야 하며 공익법무관도 국선변호를 할 수 있도록 제도를 개선함이 바람직하다고 본다.

## 2) 法廷着席權

被告人이 公判廷에서 앉을 수 있는 權利를 被告人의 法廷着席權이라고 한다. 日帝時代에는 물론 解放後 第5共和國時代에 이르기까지 被告人이 公判廷에서 선 채로 審理와 裁判을 받는 것이 通例였으며 第6共和國에 들어와서 앉아서 裁判을 받는 경우가 늘어났다.

문제는 現行法上 被告人에게 法廷着席權이 있는가 여부이다. 現行 刑事訴訟法 또는 現行 法院組織法에는 被告人의 法廷着席權을 明示한 규정은 없다. 그러나 憲法 第12條 1項은 「모든 國民은 身體의 自由를 가진다」고 규정하고 있고 被告人이 公判廷에서 起立하여야 한다는 規定이 없으므로 被告人은 公判廷에서 앉을 權利가 있다고 해석함이 타당하다고 본다.<sup>30)</sup>

## 3) 法廷同席權·法廷相議權

法廷同席權이라 함은 刑事法廷에서 被告人과 辯護人이 同席할 수 있는 權利를 말하며 法廷相議權이라 함은 公判廷에서 被告人이 그 辯護人과 相議할 수 있는 權利를 말한다.<sup>31)</sup> 法廷同席權, 法廷相議權은 辯護人의 權利인 동시에 被告人의 權利이다.

公判廷의 座席에 관한 大法院規則은 1987년 12월 30일의 改正時에 被告人과 辯護人의 法廷同席權을 인정하고 있으며 被告人의 座席 바로 옆에 辯護人의 의자를 놓아 두고 있는 法廷이 많다.

現行法은 被告人과 辯護人의 法廷相議權을 保障하고 있지 않고 있으나 辯護人의 刑事法廷에서의 辯護活動을 實質的으로 保障하기 위해서는 辯護人의 法廷相議權을 保障하는 것이 立法論으로 타당하다고 본다.<sup>32)</sup>

30) 백형구, 형사절차상 인권보장의 당면과제, 형사정책연구원, 1990, P 141

31) Ibid, 113면

32) 백형구 「辯護人의 訴訟法上 權利」, 考試研究, 1988년 4월호, 103면; 백형구, 앞의책, 113면.

## 4) 被告人의 取扱

被告人은 訴訟當事者로서 檢事와 對等한 地位에 있으며(當事者平等의 原則) 有罪判決이 確定될 때까지는 無罪로 推定된다.(刑訴法 275조의 2).

被告人에게는 陳述拒否權이 保障되어 있으며(刑訴法 289조) 公判廷에서 眞實陳述의 義務도 없다.

따라서 公判廷에서 被告人을 訊問함에 있어 陳述強要, 誘導的·威壓的·侮辱的 訊問은 禁止된다(刑訴規則 128조).

現行 刑事訴訟法은 訴訟法上 權利를 檢事와 被告人에게 平等하게 認定하고 있다. 예컨대 公判廷出席權(刑訴法 275조, 276조), 冒頭陳述權(同法 285조, 286조) 證據調查申請權(法 294조), 證人訊問權(法 161조의 2 제1항), 證據調查參與權(法 163조, 176조 등) 最終辯護權(法 302조, 303조), 上訴權(法 338조) 등을 檢事와 被告人에게 平等하게 인정하고 있다.

## 라. 受刑者의 人權保障

### 1) 強制勞役의 廢止

刑務所가 矯導所로 바뀌고 刑務官을 矯導官이라 부르지도 30년이 지났다. 懲役·禁錮와 같은 自由刑의 目的이 罪人을 矯正하려는 데 있다 함은 상식에 속한다. 그래서 罪囚들에 대한 行政을 矯正行政이라고 하며 受刑者의 作業을 矯正作業이라고 한다.

여기서 문제되는 것이 있다. 罪人에 대한 強制勞役이 죄인의 矯正·敎化를 위해서 크게 效果的인가 하는 점이다. 1년 365일 동안 矯導所의 감방에 갇혀 지내는 것보다는 동료 受刑者들과 같이 일터로 나가 밝은 태양 아래에서 신선한 공기를 마시며 열심히 作業을 하는 것이 몸과 마음의 건강을 위해서 바람직한 경우가 적지 아닐 것이며 따라서 矯正作業의 肯定的인 면을 경시하여서는 안된다.

그러나 평생동안 삽자루 한번 만져보지 못한 사람을 強制勞役을 시킨다는 것은 受刑者의 矯正이라는 측면에서 오히려 逆效果를 나타낼 수도 있다. 그러한 사람에게는 強制勞役이 身體的 苦痛만을 의미할 것이기 때문이다. 小說家에게는 小說을 쓰게 하고 화가에게는 그림을 그리게 하는 것이 죄지은 사람의 矯正을 위해서 훨씬 效果的이고 出所후의 社會復歸라는 측면에서도 바람직하다.