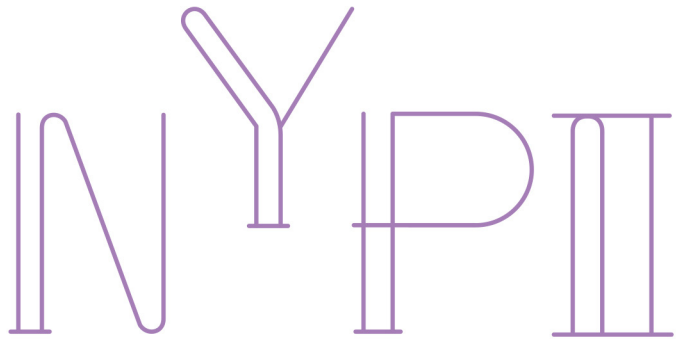


법의 사각지대에 놓인 청소년 차별 문제

일 시 2016년 11월 22일(화) 오전 10시~11시 30분
장 소 한국청소년정책연구원 6층 중회의실
주 최 한국청소년정책연구원



법의 사각지대에 놓인 청소년 차별 문제

- ▶ 일시: 2016년 11월 22일(화) 오전 10시~11시 30분
- ▶ 장소: 한국청소년정책연구원 6층 중회의실
- ▶ 주최: 한국청소년정책연구원

법의 사각지대에 놓인 청소년 차별문제

본 콜로키움은 청소년 차별 사례 및 판례를 통해
법이 외면하고 있는 청소년 차별 문제를 살펴본다.



발표자 오성헌 변호사(법무법인 세창)

일 시 2016년 11월 22일(화) 10:00

장 소 한국청소년정책연구원

(세종특별자치시 시청대로 370,
세종국책연구단지 사회정책동 D동 6층 중회의실)

목 차

■ 간략한 소개

■ 초록

1. 들어가며	1
2. 청소년 차별과 관련된 법규범	2
3. 청소년 차별과 관련된 국가인권위원회의 결정례	9
4. 청소년 차별과 관련된 법원의 판례	20
5. 나오며	43

법의 사각지대에 놓인 청소년 차별 문제

간략한 소개



오성현

서울대학교 법학과 졸

서울대학교 법과대학원 박사과정 수료

고려대학교 법학전문대학원 졸업 [변호사시험 제3회]

서울대학교 법학연구소 조교, BK21 연구원

한국상사법학회 총무간사

법률사무소 신&박 변호사

[현] 법무법인 세창 변호사

법의 사각지대에 놓인 청소년 차별 문제

오성헌 (법무법인 세창 변호사)

초 록

성인들은 청소년을 잘 안다고 생각한다. 자신들도 한 때 청소년이었기 때문이다. 결국 성인들은 자신의 성장과정에 비추어 청소년기를 규정하고 단정할 가능성이 크다. 청소년을 적용대상으로 하는 법령들도 당연히 성인의 눈으로 추상화된 청소년을 염두에 두고 만들어졌다. 청소년 관련 법령은 소극적으로 미성숙한 청소년의 일탈 등을 규제하는 목적과 적극적으로 청소년의 성장 및 복지를 도모하는 목적으로 제정되었다. 그런데 성인의 시각에서 만들어진 청소년 관련 법령들로 인하여, 청소년들은 나이를 핑계 삼은 불필요한 법적인 규제가 다수 존재한다고 생각하게 될 여지가 있다. 즉 청소년들은 성인들이 짐작하는 것과는 달리 지나친 규제와 제한을 받으며 살아왔다고 생각할 수 있다는 것이다.

한편 청소년들이 차별이라고 느끼는 부분은 청소년기의 미성숙에 기인하는 사정이 있음에도 불구하고, 교육현장에서 적절히 치유되고 교육되는지에 관하여는 성인으로서 체감하기 어렵다. 특히 청소년기의 예민한 감수성을 성인들로서는 느낄 수 없기 때문에, 차별대우에 관한 청소년의 인권 감수성 침해를 성인의 기준으로 판단하기 힘들다. 그렇기 때문에 성인이 청소년을 대상으로 만든 법령(청소년기본법, 청소년보호법 등) 및 지방자치단체의 조례(서울특별시 어린이·청소년 인권조례, 서울특별시 학생인권 조례 등)로 인하여 청소년에 관한 차별 문제가 완벽하게 해결될 것을 기대할 수는 없다.

실제 청소년들의 차별문제가 학교 밖에서 문제되었을 때, 교육청, 국가인권위원회, 법원 등의 국가기관이 문제의 해결방안을 제시한다. 국가 기관의 해결방안은 교육청의 결정, 국가인권위원회의 결정, 법원의 판결 등으로 기록된다. 성인의 경우처럼 청소년도 다양한 생활분야에서 차별문제에 직면해 있을 것이다. 즉 청소년의 차별 문제는 성인의 경우와 같게, 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 피부색, 가족 상황, 출신 민족, 혼인 여부, 출신 지역, 사상 또는 정치적 의견, 전과 여부, 성적 지향, 병력, 출신국가, 학력, 인종 등에 의할 것이다. 그럼에도 불구하고, 성인의 차별 금지를 위한 법적인 절차에 의해 청소년의 차별 문제가 근본적으로 해결된 예들이 워낙 드물어서, 자료를 리서치 하는 자체에 어려움이 있었다.

결국 본 연구를 진행하여 필자는 청소년 차별 문제는 법의 사각지대에 있다는 결론에 이르게 되었다. 이에 대한 논증은 본문에서는 청소년 차별에 관한 법제도의 현실태를 진단하고, 청소년의 차별 문제가 학교 밖에서 도출되어 해당 기관에서 판단한 결과물들(법원의 판례, 인권위원회의 결정례)을 구체적으로 살펴봄으로써 같음하고자 한다.

법의 사각지대에 놓인 청소년 차별 문제

오 성 헌 (법무법인 세창 변호사)

1. 들어가며

“청소년은 청소년다워야 한다.”, “학생은 학생다워야 한다.”는 말에서 ‘청소년답다’ 또는 ‘학생답다’는 표현의 정확한 의미는 무엇일까. 성인이 청소년과 학생의 ‘다움’을 이야기한다면 이미 성인의 시각이 반영되었을 것이다. 성인들이 만들어 낸 ‘청소년’ 또는 ‘학생’의 기대 역할은 아마도 체제순응의 ‘반듯함’ 또는 어른티를 안 내는 ‘순수함’ 일 것이다.

성인들이 누구나 교육제도에 대해서 자신의 생각을 가지고 있고, 공교육·사교육에 대한 본인의 비판적인 시각을 쉽게 이야기 한다. 본인이 직접 겪어본 경험에 관한 이야기이기 때문이다. 청소년 문제도 마찬가지이다. 자신이 청소년이었기 때문에 어느 성인은 어른이 된 자신의 관점에서 청소년 문제를 이야기한다.

이 논문의 문제 인식은 바로 사회의 문제를 바라보는 법적인 관점이 결국은 성인이 결정하는 것이며, 성인들이 외부에서 청소년 문제를 바라본 시각이 반영된 법제도가 생각보다 부실하고 현실문제 해결에 효율적일 수 없다는 점을 실무상 느끼게 되었다는 점에 있다.

청소년들과 상담을 하여 보면, 청소년의 차별문제가 단지 인권조례를 만들고, 인권교육을 하는 것으로 해결될 수 없는 그들만의 고유한 문제임을 쉽게 느낄 수 있다. 실질적인 문제해결을 위하여, 관련 법령들, 판결문 등을 찾아보아도, 청소년이 겪고 있는 차별 문제에 대한 본질적이고, 실질적인 해결책이 제시된 것으로 느껴지지 않았다. 청소년들은 자신들의 자아와 개성을 만들어가는 과정에서, 생물학적 요인, 사회적 요인으로 인한 차별 현실에 노출되어 있음이 엄연한 현실이다. 그런데 법적인 관점에서 해결책의 제시가 요원하다면 큰 문제 아닌가.

필자는 이번 논문을 통하여 청소년 차별 문제의 해결책에 관하여 해안을 가지고 논의하는 단계까지 나아가지는 못하였다. 청소년 차별 문제에 관한 법적인 장치들을 일별하여 보고, 실제

의 법적용 사례들을 결정례, 판례 등의 자료를 통하여 살펴보았다. 현실태의 파악도 충분히 의미가 있다고 생각한다.

2. 청소년 차별과 관련된 법규범

(1) 헌법

차별적인 대우를 받아서는 안 되는 국민의 권리의 가장 큰 법적인 근거는 헌법 제11조에 규정된 평등권이다. 평등권은 헌법의 핵심원리를 이룬다. 이 점은 헌법재판소가 평등 원칙을 “국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가의 입법을 하거나 법을 해석하거나 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에 (중략) 국민의 기본권 중의 기본권”이라고 판시한 부분을 보더라도 알 수 있다. 또한 헌법상의 평등권은 개인의 자유 영역을 상정하고 이를 침해하는 국가의 행위를 금지하거나 특정한 행위를 요구하는 다른 헌법상의 기본권과는 구별되는 성격을 가지고 있는데, 이는 평등권이 ‘비교’를 기본 속성으로 하는 권리이기 때문이다. 결국 차별 금지를 법적으로 주장하는 근거가 되는 평등권은 다른 것은 다르게, 같은 것은 같게 보아야 한다는 전제, 즉 비교대상의 범주에 관한 논의가 선행되어야 법적으로 보호를 받을 수 있는 권리이다.

한편 청소년이 차별받지 않아야 한다는 헌법상의 또 하나의 근거는 헌법 제34조 제4항이다. 이 조문은 국가가 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무가 있다는 점을 명시하고 있다. 복지의 개념이 문제가 될 수 있지만, 청소년이 차별받는 상태는 복지가 향상된 상태가 아님은 분명하다. 따라서 복지의 개념을 넓게 볼 때, 청소년의 행복, 후생을 위하여 국가에서 법제도 및 청소년 관련 기관들을 만들어서 청소년의 차별문제를 시정하기 위한 노력을 하여야 한다는 점은 인정할 수 있다.

(2) 법률¹⁾

법률의 차원으로 내려와서, 청소년에 관한 일반법은 청소년 기본법(법률 제14066호), 청소년 복지 지원법(법률 제12700호), 청소년 보호법(법률 제14067호) 등이다. 연혁상으로는 1997.12.13. 교육기본법(법률 제5437호)이 제정되면서, 그 안에 차별금지와 인권 교육에 대한 내용을 담은 것이 청소년에 관한 일반법 보다 ‘차별금지’와 관련하여서는 좀더 앞선 입법이다.²⁾

교육기본법 (1997년 제정내용)

제4조 (교육의 기회균등) 모든 국민은 성별, 종교, 신념, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건등을 이유로 교육에 있어서 차별을 받지 아니한다.³⁾

제12조 (학습자) ① 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.

② 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다.

③ 학생은 학교의 규칙을 준수하여야 하며, 교원의 교육·연구활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 아니된다.⁴⁾

-
- 1) 헌법 제6조 제1항에 의하여 조약도 국내법과 같은 효력을 가진다. 따라서 ‘유엔 아동의 권리에 관한 협약’도 법률의 위상에서 청소년의 차별 문제에 적용된다.
- 2) 굳이 선후를 구별한 것은 당해 법률의 소관부처가 구별되기 때문이며, 다른 구별의 실익은 없다.
- 3) 현행 교육기본법 제4조(교육의 기회균등) ① 모든 국민은 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별을 받지 아니한다.
- ② 국가와 지방자치단체는 학습자가 평등하게 교육을 받을 수 있도록 지역 간의 교원 수급 등 교육 여건 격차를 최소화하는 정책을 마련하여 시행하여야 한다.
- 4) 현행 교육기본법 제2조(학습자) ① 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.
- ② 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다.
- ③ 학생은 학습자로서의 윤리식을 확립하고, 학교의 규칙을 준수하여야 하며, 교원의 교육·연구활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다.

한편 청소년이라는 대상을 일반화하여 차별 문제에 관하여 일반 조문을 두고 있는 법률이 바로 청소년 기본법이다. 청소년 기본법 제5조는 청소년의 권리를 다음과 같이 규정하고 있다. 특히 동법 동조 제2항의 ‘차별금지조항’은 2012년 2월 1일에 신설되었다.⁵⁾

청소년 기본법 제5조 (청소년의 권리와 책임)

- ① 청소년의 기본적 인권은 청소년활동·청소년복지·청소년보호 등 청소년육성의 모든 영역에서 존중되어야 한다.
- ② 청소년은 인종·종교·성별·나이·학력·신체조건 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니한다.
- ③ 청소년은 외부적 영향에 구애받지 아니하면서 자기 의사를 자유롭게 밝히고 스스로 결정할 권리를 가진다.
- ④ 청소년은 안전하고 쾌적한 환경에서 자기발전을 추구하고 정신적·신체적 건강을 해치거나 해칠 우려가 있는 모든 형태의 환경으로부터 보호받을 권리를 가진다.
- ⑤ 청소년은 자신의 능력을 개발하고 건전한 가치관을 확립하며 가정·사회 및 국가의 구성원으로서의 책임을 다하도록 노력하여야 한다.

참고로 청소년 기본법 제3조 제1호는 청소년을 9세 이상 24세 이하인 사람을 말한다고 규정하며, 다른 법률에서 청소년에 대한 적용을 다르게 할 필요가 있는 경우에는 따로 정할 수 있다고 하여, 개별법마다 그 목적에 따라 청소년의 연령을 탄력적으로 정할 수 있도록 규정하고 있다. 청소년을 좀더 두텁게 보호하기 위한 취지로 이해된다.

한편 청소년 보호법은 유해한 매체물과 약물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하고 청소년을 유해한 환경으로부터 보호 및 구제함에 목적을 두고 제정된 것이므로 청소년 차별 문제를 정면으로 다룬 법은 아니다. 다만 청소년 보호법 제2조 제1호는 청소년을 만 19세 미만으로 규정하며, 만 19세가 되는 해의 1월 1일을 맞이한 사람은 청소년에서 제외하고 있다. 만 19세 기준도 여러차례 변동이 있었다. 청소년 보호법의 적용대상인 청소년은 1997. 3. 1. 제정당시에 만 18세 미만의 자였다가, 1999. 2. 5. 만 19세 미만의 자로 개정되었다가, 2001. 5. 24. 현행 규정과 같은 단서가 신설되었다. 이러한 입법태도

5) 즉 청소년 기본법은 2004. 2. 9. 법률 제7162호로 전부개정 되면서 제1항 “청소년의 기본적 인권은 청소년활동·청소년복지·청소년보호 등 청소년육성의 모든 영역에서 존중되어야 한다.”이 신설되었고, 8년 정도가 지나서 학생인권조례에 관한 관심이 뜨거워졌던, 2012. 2. 1. 제2항의 명시적인 ‘차별금지조항’이 신설된 것이다.

가 오히려 민법에 앞서 있고, 민법은 성년 기준을 2011. 3. 7. 개정(2013. 7. 1. 시행)하여 민법 제4조는 “사람은 19세로 성년에 이르게 된다”라고 개정하였고, 이는 공직선거법상 선거권자 연령이 2005. 8. 4. 개정되어 이미 만 19세로 규정되어 있었고,⁶⁾ 청소년 보호법상 청소년도 만 19세 기준에 따르고 있었기 때문에, 시대의 상황을 반영하여 이와 보조를 맞추기 위한 민법 개정이었다고 평가된다.

청소년은 인종·종교·성별·나이·학력·신체조건 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니한다는 원칙의 천명은 청소년도 일반적인 성인의 경우와 마찬가지로, 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 피부색, 가족 상황, 출신 민족, 혼인 여부, 출신 지역, 사상 또는 정치적 의견, 전과 여부, 성적 지향, 병력, 출신국가, 학력, 인종 등에 의한 차별을 받아서는 안 된다는 점을 분명히 한 것이다. 따라서 직접차별에 대한 일반법으로 제정된 국가인권회법은 청소년에게도 당연히 적용되고, 특정 집단을 전제로 한 (남녀차별금지및구제에관한법률),⁷⁾ 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 등도 청소년에게 적용된다.

한편 헌법에서의 청소년 복지향상에 대한 국가의 책임을 다하기 위하여 제정된 법률들 중에도 청소년 차별을 시정하기 위한 입법목적이 간접적으로나마 반영된 법률들이 있다.⁸⁾ 가령 아동의 빈곤예방 및 지원 등에 관한 법률 (법률 제12844호) 제1조는 다음과 같이 규정하고 있다.⁹⁾

6) 2015. 8. 4. 개정된 공직선거법 제15조 (선거권) ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

참고로 현행 공직선거법 제15조는 각종선거 형식에 따라 조항을 자세히 개정하였다.

현행 공직선거법 제15조(선거권) ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. 다만, 지역구국회의원의 선거권은 19세 이상의 국민으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.

1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람

2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람

② 19세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람

2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 사람

3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

[2009.2.12. 법률 제9466호에 의하여 2007.6.28. 헌법재판소에서 헌법불합치결정된 이 조 제2항 제1호를 개정함.]

7) 2005년 폐지되었으나, 재입법 움직임이 있다.

8) 청소년의 복지 향상을 위한 일반법으로 청소년복지 지원법 (법률 제13181호), 청소년활동 진흥법 (법률 제14238호) 등이 제정되어 있다.

9) 참고로 '아동의 빈곤예방 및 지원 등에 관한 법률'에서의 '아동'은 '아동복지법'의 '아동'을 의미하는데, 아동복지법 제3조 제1호에서 아동이란 18세 미만인 사람을 말한다고 규정하여, 청소년을 포함하는 개념이다.

아동의 빈곤예방 및 지원 등에 관한 법률

제1조(목적) 이 법은 빈곤아동이 복지·교육·문화 등의 분야에서 소외와 차별을 받지 아니하고 한 사회의 구성원으로 건강하게 자랄 수 있도록 제도적 기반을 마련하는 것을 목적으로 한다.

나아가, 학교 밖 청소년 지원에 관한 법률 (법률 제12700호) 도, 학교 제도권 내의 학생들과의 차별 문제를 의식하여 제정된 법으로 볼 수 있고, 다문화가족지원법 (법률 제14061호) 도 다문화가정의 청소년이 교육에 있어서 차별을 하여서는 아니 된다는 조문을 두고 있다.

다문화가족지원법

제10조 (아동·청소년 보육·교육) ① 국가와 지방자치단체는 아동·청소년 보육·교육을 실시함에 있어서 다문화가족 구성원인 아동·청소년을 차별하여서는 아니 된다.

(3) 조례

서울특별시교육청은 특히 교육과 관련하여, 서울특별시 학생인권 조례(서울특별시조례 제5247호)를 통하여 청소년 차별문제의 해결을 도모하고 있다.¹⁰⁾ 서울특별시 학생인권 조례도 학생이 차별받지 않을 권리에 관한 일반조항을 다음과 같이 두고 있다.

10) 참고로, '서울특별시 학생인권 조례'의 상위법인 교육기본법(법률 제14150호) 제12조 제1항은 "학생을 포함한 학습자의 기본적인 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다."라고 규정하고 있고, 초·중등교육법서도 2007.부터 학생인권 보장 의무 조항 신설(제18조의 4)되어 있다.

특히 서울특별시 학생인권 조례는 2012. 1. 26. 서울특별시 학생인권 조례가 공포·시행된 이래로, 교과부가 대법원에 2012. 1. 26. 학생인권조례 공포 무효 소송과 효력정지 가처분 신청을 하였다. 결국 2013. 9. 26. 헌법재판소가 권한쟁의심판청구소송 '기각' 결정을 내리고, 2013. 11. 28. 대법원도 서울학생인권조례 무효 확인 소송 '각하' 결정을 내려서, 서울특별시 학생인권 조례는 우여곡절 끝에 현재에도 시행되고 있다.

서울특별시 학생인권 조례

제2장 학생인권

제1절 차별받지 않을 권리

제5조(차별받지 않을 권리) ① 학생은 성별, 종교, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 언어, 장애, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 경제적 지위, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 성적 지향, 성별 정체성, 병력, 징계, 성적 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다.

② 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원은 제1항에 예시한 사유로 어려움을 겪는 학생의 인권을 보장하기 위하여 적극적으로 노력하여야 한다.

서울특별시 교육청은 서울특별시 학생인권 조례의 내용에 근거하여, 학생인권위원회를 설치하였다.¹¹⁾ 학생인권위원회는 학생인권 증진 및 인권 친화적 교육문화 형성에 관한 정책 및 인권침해구제 등을 위해 설치된 인권정책 심의기구로, 전문가 5명, 학생참여단 2명, 시민 2명, 교원단체 2명, 학부모단체 1명, 서울시의회 교육위원회 2명, 서울특별시 교육청 공무원 2명, 총합 16명으로 구성되어 있다. 학생인권위원회 산하에는 ‘권리구제 소위원회’가 있어서 학생인권옹호관의 조사결과에 대하여 심의하고 구제 조치를 권고하는 역할을 하고 있다.

서울특별시 교육청에 의해 만들어진 서울특별시 학생인권 조례가 정치적, 사법적 판단에 의해 물의를 빚자, 서울특별시가 2012. 11. 1. 서울특별시조례 제5385호로 직접 ‘어린이·청소년 인권조례’를 제정하였다. 어린이·청소년 인권조례는 제2조 제1호에서 청소년을 어린이와 구별하여, 만 12세 이상 만 19세 미만(다만, 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 사람은 제외)의 사람으로 규정한다. 서울특별시 어린이·청소년 인권조례는 다음과 같이 청소년은 차별을 받지 않는다는 일반 조항을 두고 있다.

11) <https://studentrights.sen.go.kr/contents/e11.jsp> [최종방문일 2016. 11. 3. 14:00]

서울특별시 어린이·청소년 인권조례

제2장 어린이·청소년이 누려야 할 인권

제1절 원칙

제6조(인권의 주체성과 인권보장의 원칙) ① 어린이·청소년은 인권의 주체이며, 자신의 인권 뿐만 아니라 타인의 인권을 존중해야 한다.

② 어린이·청소년은 온전한 한 사람으로서 자신의 일에 대해 의견을 표현하고 참여할 권리가 있다.

③ 이 조례에서 규정하는 어린이·청소년의 인권은 인간으로서의 존엄성을 유지하고 행복을 추구하기 위하여 반드시 보장되어야 하는 최소한의 권리이며, 어린이·청소년의 인권은 이 조례에 열거되지 아니한 이유로 경시되어서는 아니 된다.

제7조(차별금지의 원칙) ① 어린이·청소년은 나이, 성별, 종교, 사회적 신분, 지역, 국가, 민족, 언어, 장애, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 경제적 지위, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 성적 지향, 성별 정체성, 병력, 징계, 성적, 고용형태 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다.

② 시장, 시설의 장 또는 종사자는 제1항에 예시한 사유로 어려움을 겪는 어린이·청소년의 인권을 보장하기 위하여 적극적으로 노력하여야 한다.

서울특별시는 어린이·청소년 인권조례에 따라 산하에 어린이·청소년 인권위원회를 두어, 청소년 인권에 관한 중요 정책과 중대한 인권침해 사안에 관한 대응방안을 심의한다.¹²⁾

12) <http://opengov.seoul.go.kr/taxonomy/term/12124/atom.xml> [최종방문시 2016. 11. 1. 22:00] 참고로 서울특별시는 '어린이·청소년 인권위원회'와는 별도로, '어린이·청소년 참여위원회'를 운영하고 있다.

3. 청소년 차별과 관련된 국가인권위원회의 결정례¹³⁾

(1) 학력 또는 사회적 신분에 따른 차별

(1-1) 학교 밖 청소년에 대한 차별 시정 결정례

2003.9.15.자 03진차127 결정 [사회적신분(비학생청소년)에 의한 차별]

가. 결정의 요지

- [1] 헌법 제11조의 평등권 보장규정 및 청소년 헌장 중 청소년은 출신, 성별, 종교, 학력, 연령, 지역 등의 차이에 의해 차별받지 않는다는 청소년의 권리조항 등에 비추어 볼 때, 공공시설 및 교통시설 이용요금을 학생들에게는 할인해 주면서 비학생 청소년에게는 할인해 주지 않는 것은 합리적 이유없는 차별행위로 인정된다.
- [2] 위 [1]의 사실이 인정되므로 청소년 육성정책을 총괄하고 있는 문화관광부장관에게 공공시설 및 교통시설 이용요금의 할인에서 학생과 학생이 아닌 청소년을 구별하는 관련 법령·제도·정책·관행의 개선을 권고함.

나. 진정인(학교 밖 청소년)의 주장

청소년은 공공시설 및 교통시설 이용시 할인을 받을 수 있는데, 청소년이라는 증명을 학생증으로 하고 있어 비학생 청소년은 할인을 받지 못하고 있으니 청소년증을 발급하는 등 대책을 마련하여야 한다.

다. 피진정인(문화관광부장관)의 주장

- [1] 청소년 할인에 대한 근거는 청소년 헌장의 청소년 권리조항 및 청소년기본법 제2조(기본이념) 및 제3조(정의)에서 포괄적 의미로 규정하고 있다.
- [2] 청소년 할인제도에 문제가 있어 2003년 중 국·공립기관 및 시설의 경우 청소년증 없이도

13) 국가인권위원회 홈페이지(http://www.humanrights.go.kr/03_sub/body02_2.jsp)에서 결정례 검색이 가능하다.

할인혜택이 가능하도록 제도를 개선할 예정이다.

- [3] 그러나 청소년증을 따로 발급할 경우 오히려 비학생 청소년들이 이를 기피할 가능성도 있어 신중하게 추진할 예정이다.

라. 국가인권위원회의 판단

헌법 제11조의 평등권 보장규정 및 청소년 현장 중 청소년은 출신, 성별, 종교, 학력, 연령, 지역 등의 차이에 의해 차별받지 않는다는 청소년의 권리조항 등에 비추어 볼 때, 공공시설 및 교통시설 이용요금을 학생들에게는 할인해 주면서 비학생 청소년에게는 할인해 주지 않는 것은 합리적 이유없는 차별행위라 할 것이고, 경제적·사회적으로 불우한 입장에 처해있는 비학생 청소년이 늘어나고 있고 비학생 청소년에 대한 국가와 사회의 관심이 어느 때보다 필요한 시점임을 감안해 볼 때, 비학생 청소년에 대해 차별적 요소가 있는 법령·제도·정책·관행의 개선을 추진할 필요가 있다고 판단된다.

(1-2) 학교 밖 청소년에 대하여 사단법인 ○○○○○○진흥회가 개최한 국악대회에 참가가 거부되자 이를 차별로 보아 시정을 권고한 사례

2010. 5. 4.자 09진차1213결정 [비학생 청소년에 대한 국악대회 참가 거부]

- [1] 학령기의 청소년이 학교를 다니지 못하는 이유는 경제적, 사회적, 교육환경적 요인 등 매우 다양함. 성장기에 있는 청소년은 누구든지 재학 여부와 상관없이 균형 있는 성장을 위하여 다양한 문화 활동이 필요하고, 누구든지 전통예술향을 익혀 대회에 참가하여 다른 청소년들과의 공정한 경쟁을 통해 그 실력을 향상 시키고 앞으로 우리나라 전통예술향을 이끌어 나갈 인재가 될 수 있다.
- [2] 따라서 피진정인이 학교를 다니지 않는다는 이유만으로 피해자들의 국악대회 출전을 불허한 행위는 합리적이라고 보기 어렵다.

(1-3) 대학총장에게 수시모집 중 일반전형에서 검정고시 출신자의 지원이 전면 제한되지 않도록 신입생 선발제도를 개선할 것을 권고한 사례

2013. 9. 23. 자 12-진정-0895800 결정 [대학 수시모집지원에서의 검정고시 출신자 제한]

- [1] 비교내신으로 고등학교 졸업자가 검정고시 출신자보다 불리해진다고 단정할 수 없고, 학생부 성적이 낮은 학생이 자퇴 후 검정고시를 통하여 지원하는 부작용이 우려된다면 자퇴 전까지의 학생부 기록을 반영하는 등 제도적 개선방안을 우선 강구해야 함에도, 검정고시 출신자의 지원자체를 제한한 것은 그 수단이 적절하지 아니하며,
- [2] 수시모집의 비중이 높아지는 추세에서 특별전형 지원 요건을 갖추지 못한 검정고시 출신자의 수시모집 지원 기회를 실질적으로 박탈하는 것은 검정고시 제도의 취지 및 대학입학 전형의 기본 원칙에 반하는 과도한 제한으로서, 검정고시 출신자에 대한 합리적 이유 없는 차별행위에 해당한다고 판단

(2) 장애를 이유로 한 차별

- (2-1) 공립특수학교가 통학버스를 운행하면서 장애청소년 학생들을 집 근처가 아닌 집에서 멀리 떨어진 곳에서 승하차시키는 것이 차별이라고 결정한 예

2006.12.10.자 06진차411 결정 [장애를 이유로 한 교육시설의 이용 차별]

공립특수학교인 ○○학교가 통학버스를 운행하면서 장애학생들을 집 근처가 아닌 집에서 7~30킬로미터나 멀리 떨어진 곳에서 승하차시키는 것은, 비장애학생들과 달리 장애학생들은 독립적으로 해당 거리를 무사히 걸어서 귀가하는 것을 기대하기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 장애학생에게 비장애학생들과 실질적으로 동등한 교육환경의 조건을 제공하는, 적절한 편의제공이라고 볼 수 없는바, 이는 장애인에 대한 차별에 해당함. 따라서 해당 도교육감에게, ○○학교에 등학교하는 장애학생들의 교육학습권이 실효성 있게 보장되도록 현재의 통학버스 운송시스템을 개선할 것을 권고함.

- (2-2) 장애학생이 거주지 가까운 실업계 고등학교에 진학하고자 특수학급의 설치를 요청하였으나, 학교측이 이를 거부한 것은 합리적 이유가 없는 장애 차별이라고 본 사례

2007.3.28자 06진차418 결정 [장애를 이유로 한 통합교육 실시 차별]

장애학생 학부모들이 거주지에서 가까운 실업계 고등학교(사립학교)에 장애학생들을 진학시키고자 학교 측에 특수학급의 설치를 요청하였으나 학교 측이 학교건물의 노후에 따른 장애인시설 설치의 어려움, 제반 여건의 불비, 장애학생의 실습용 기계 사용상의 문제점 등을 이유로 그 요청을 거부한 것은 합리적 이유가 없는 장애 차별이다. 따라서 해당 학교 측에 특수학급 설치를 권고하고 해당 교육청에는 통합교육과 특수학교 설치의 필요성에 대한 지도감독을 철저히 할 것을 권고하다.

(2-3) 폭력 사건 이후 장애학생에 대해서 진술서를 내는 절차를 생략하고 학교로의 복귀도 늦도록 한 것은 차별이라고 본 사례

2012. 1. 10.자 10-진정-0710700 결정 [장애학생에 대한 수업배제 등 차별]

- [1] 특수교육대상자는 학습을 포함한 모든 교내외활동에서 장애를 이유로 차별받지 않아야 하며, 수업을 포함한 학급활동 참여는 학생의 수업권과 관련되므로 이에 대한 제한조치는 관련 법령 및 학교운영규칙이 정하는 바에 따라야 함.
- [2] 폭력사건에 대한 학교자체조사에서 상대학생과 학급동료 및 교사들에게는 서면진술서를 받은 반면 청각장애가 있는 피해자에게는 어떤 서면진술서도 받지 않아 피해자에게 진술 기회를 제대로 제공하지 아니한 것으로 보이며, 피해자에 대한 수업참여 제한조치는 합리적인 이유 없는 장애를 이유로 한 교육에서의 차별행위로 결정

[참고] 진정한인 피해자의 부모와 피진정인인 담임교사의 진술이 극명히 갈린 사안임.

① 피해자 진술

- 1) 2010. 10. 13. 정○○이 내 왼쪽 머리를 때려 오른쪽 보청기가 떨어졌다. 머리를 맞게 되면 머릿속 침이 손상되어 사망에 이를 수 있어 화가 나 정○○의 눈을 때렸다. 이 사건으로 담임교사인 피진정인이 피해자에게 학교에 오지 말라고 해서 못 가고 있다가 같은 해 11. 1. 등교했다.
- 2) 2010. 11. 1. 등교 후 점심을 먹고 왔는데 정○○이 내 책상을 넘어뜨려 놓고 책을 밟고 있었다. 그리고 나를 놀리고 얼굴을 때렸고 나는 정○○을 때리지 못하였다. 같은 날 면담

시 피진정인이 “이제 학교에 오지 말고 집에서 쉬어라. 졸업식 날 와라”라고 말하였기에, 나
도 “안녕히 계세요. 졸업식 날 뵙겠습니다”라고 인사하였다.

② 피진정인 (담임교사) 진술

1) 2010. 10. 13. 사건 당일 진정인은 피해자가 정○○으로부터 교실에서 폭행을 당하였다고 주장하였다. 그러나 함께 있었던 학급 동료들의 진술에 의하면, 오히려 정○○이 식당에서 피해자로부터 폭행을 당했으며 그 과정에서 정○○이 피해자의 폭행을 제지하려고 머리를 누른 사실은 있었다. 그 동안 피해자의 심한 폭력성으로 인하여 학급 학생들이 많이 힘들어 하였고, 학급 친구들이 잘해 주어도 피해자의 폭력성이 나아지지 않았으며, 피해자도 스스로 학교에 오기 싫다고 반복하여 말한 바 있다. 이에 사건 이후 진정인과 면담하는 과정에서 “○○이를 당분간 쉬게 하면서 목요일, 금요일 특수반 순회수업에 참여하는 식으로 하면 나아지지 않겠느냐”라고 말하였고, 피해자와 수능시험을 앞둔 모든 학생들의 안전을 위해서 피해자를 집에서 쉬게 하면서 병원 치료를 받게 한 후에 같은 해 11. 1.부터 등교시키는 것으로 하였고 당시 진정인도 이에 동의하였다.

2) 피해자가 다시 학교로 나왔던 2010. 11. 1. 점심시간이 끝날 무렵, 피해자가 점심을 먹고 와서 본인의 책상과 몇몇 학급 친구들의 책상을 엮어뜨리고 뒷문으로 나가려고 하는 정○○에게 달려들어 자신의 가방으로 정○○의 얼굴과 가슴을 쳤고, 이로 인해 정○○이 피해자의 얼굴 왼쪽 광대뼈 부분을 가격한 사건이 발생하였다. 이로 인하여 피해자는 더욱 흥분하여 교실 앞문 쪽으로 가서 유리창 2개를 깨고 정○○의 왼쪽 팔을 다시 4대 정도 때렸다. 그러나 당시 학교에 방문한 진정인은 피해자의 폭력으로 먼저 피해를 입은 학생이 정○○임에도 불구하고 피해자만 일방적으로 폭행을 당한 것처럼 왜곡하여 주장하였다.

3) 사건의 중대성에 비추어 학교폭력대책자치위원회(이하 ‘자치위원회’)에서 다루어야 할 일이었지만, 피해자가 장애학생이기 때문에 징계를 받게 되더라도 교내봉사 5일 정도로 감경될 것이라고 생각하였다. 그럴 경우 피해자의 폭력성으로 인하여 또 다른 사고가 발생할 위험이 있었고, 담임교사로서 학급 학생들이 고3 수험생이라는 입장을 고려할 수밖에 없었다. 피해자도 계속 울면서 “자기가 맞았다, 이제 학교에 안 올 거다, 졸업식 날 오겠다”라고 반복적으로 이야기하고 있었고, 진정인도 피해자를 집에서 쉬게 하는 것이 좋겠다고 말하였기 때문에, 담임교사로서 그렇게 하는 것이 바람직하다고 여기고 출결사항에 대해서는 걱정하지 않아도 된다고 이야기한 것이다.

4) 그로부터 일주일이 지난 2010. 11. 8. 진정인이 갑자기 문자를 보내 일방적으로 피해자를 학교에 보내겠다고 통보하였다. 이에 전화 통화를 하였는데 진정인은 “○○이가 집에 있어서 너무 힘들어 안 되겠다”고 하면서 “학교에 보내야겠다”고 하였다. 당시 본인은 순식간에 일어난 일이라서 “차라리 교실에 오셔서 같이 있으시라”라고 말한 사실이 있다.

(2-4) 중학교 3학년 남학생(중복장애 1급)(피해자)이 학교 정문 밖 언덕길에서 같은 학교 1학년 여학생(지적장애 2급)을 성추행했다는 혐의를 받아 학교에서 조사를 받았는데, 이때 피해자의 신뢰관계자를 동석시키지 않고 피해자에게 불리한 진술을 강요한 사건에 관하여 시정 권고한 예

2014. 11. 17. 자 14-진정-0309200 결정 [장애학생에 대한 불리한 진술 강요]

- [1] 피진정인 1과 2는 학교의 장과 교감으로서 장애아동인 피해자에 대한 조사가 차별 없이 공정하게 이루어지도록 관리·감독할 책임이 있음에도 조사과정에 피해자가 가장 신뢰할 만한 진정인 등 신뢰관계자 동석 기회를 부여하지 않았으며, 진술조력인으로 조사에 참여한 특수교사 역시 조사과정에서 부적절한 질문을 수정·조정하지도 않았고 조사 과정 중 절반 정도를 입회하지 않았음에도 불구하고 그 상황에서 피해자가 작성한 최종 확인서도 읽어보지 않는 등 진술조력인의 의무를 다하지 않았음.
- [2] 이러한 피진정인들의 행위는 학교폭력 사건의 조사과정에서 장애아동인 피해자의 진술방어권과 신뢰관계자 및 진술조력인에게 조력을 받을 권리를 침해한 행위에 해당함.

(2-5) 피해자는 2014학년도 특수교육대상자 전형으로 ○○예술고등학교 첼로 전공에 지원하였는데 ○○예술고등학교장은 일반전형과 달리 해당 악기의 전공자를 포함하지 않고, 학내 교사들로 구성된 심사위원회로 피해자의 실기평가를 진행한 사안을 장애를 이유로 한 차별로 본 사례

2014. 12. 16.자 13-진정-0787500 결정 [장애특례전형실기시험 시 장애인 차별 등]

- [1] ○○예술고등학교장은 2014학년도 특수교육전형자 음악실기평가 심사위원을 구성함에 있어 일반전형과 달리 비전공자인 학내 교사들로만 구성한 것은 피해자의 수학능력에 대한 공정한 평가기회를 부여하지 않은 것으로서, 국가인권위원회법 제2조 제3호에 의한 교육시설에서 합리적 사유 없이 장애를 이유로 장애인을 구별하여 대우한 차별행위에 해당함.
- [2] 진정인은 실기평가 후 심사위원이 피해자의 실기능력과 학교적응력을 폄하하고 모욕하였다고 주장하나, 그 발언이 피해자나 진정인의 인격을 모욕할 정도에 이르렀다고 판단하기 어렵기에 기각함.

- [3] 진정인은 ○○○도교육감이 피해자의 교육권 보장에 소홀하였다고 주장하나, ○○○도교육청의 증재로 재평가가 논의된 바 있으나 재평가 방식에 대해 합의하지 못해 진정인이 재평가를 수용하지 않았던 것이기에 ○○○도교육감이 이 사안을 해결하기 위한 노력을 게을리 하였다고 판단하기는 어렵기에 기각함.

(3) 성적으로 인한 차별

(3-1) 인재숙에 들어가는 요건으로 성적을 적극 반영한 것을 청소년 차별로 보아 시정을 권고한 사례

2008.5.19 07진차1031결정 [인재숙 운영으로 인한 교육의 기회에 있어서의 평등권 침해]

- [1] 이 사건 인재숙의 운영과 그 선발과정에 관하여 살펴 보건대, 피진정인이 군 예산을 특정 입시과목에서 우수한 성적을 보인 학생들에게만 집중적으로 사용하고 있는 것은 위 인정 사실에 나타난 바와 같은 바, 이와 같이 국·영·수 특정과목의 시험에서 상대적으로 우수한 학생들에게 공적예산을 투자하는 것이 공교육에 있어서의 목적과 수단의 합리성 및 정당성이 인정되는지에 따라 그 차별여부에 대한 판단이 가능하다
- [2] 공교육의 기회에 있어서 평등이란 능력에 따라 교육받을 권리를 말하고 이 경우의 능력이란 단지 국·영·수의 시험성적이 아니라 교육대상인 학생의 다양한 잠재적 능력을 의미하는 것이다. 그런데 위 선발시험이라는 것은 단지 국·영·수 특정과목의 시험점수로 그 능력을 일률적으로 재단하는 것으로서 국·영·수 외의 다른 영역에서 뛰어난 능력을 발휘하고 있거나 잠재적 능력을 가지고 있는 학생은 1인당 500만원을 상회하는 적지 않은 액수의 공적 예산지원 기회를 원초적으로 박탈당하고 있다. 또한 그 능력의 평가에 있어서도 절대적 능력치가 아니라 연 1회의 시험을 통하여 상대적 능력치를 평가받고 있어서 실제로 학업능력이 되는데도 불구하고 1점 차로 탈락하는 학생들에게도 역시 실질적인 기회 박탈로 이어지고 있다. 국·영·수 특정과목에 우수한 학생들을 선발하여 육성하거나 격려하는 것 자체가 원천적으로 금지되는 것은 아니다. 그러나 그와 같은 것이 가능하려면, 다른 잠재적 능력을 가진 학생들에게도 인재숙에 입사할 기회를 갖게 된 학생들이 받는 혜택에 상응하거나 적어도 합리적으로 납득이 가능한 수준차가 있는 공적 혜택과 지원이 주어진다는 전제 하에서라 할 것이다. 단지 형식적으로 공개경쟁 시험이라는 방식

을 택했기 때문에 기회의 균등을 보장했다는 주장은 그 합리성이 인정되기 어렵다

- [3] 피진정인이 기존의 정규 공교육체계와는 별도로 일부 학업성적우수학생만을 위한 특별 공교육체계를 형성, 운영하고 이에 상당한 금액의 공공예산을 사용하는 것은 우리 헌법이 정하고 있는 공교육체계의 목표와 지향점을 벗어난 것으로서 그 합리성과 정당성이 인정되기 어려울 뿐 아니라, 특정과목의 시험점수로써 관내 학생들을 이분화하고 대다수의 학생들에 대하여는 그 접근을 차단하는 차별적 분리교육체계를 구성한 것이라 할 것이다. 위원회 조사결과에 나타난 바와 같이 차별적 분리교육 체계로 인한 위화감이나 열등감을 호소하고 있는 상황인바, 이러한 상황이 우리 공교육 체계가 명시적으로 지향하여야 할 목표점이 아닌 것은 분명하다 할 것이다.

(3-2) 특정과목의 학업성적만을 기준으로 하여 성적우수자반을 편성하는 것은 합리적
이유 없는 청소년을 차별하는 행위이므로 시정을 권고한 예

2008.5.19 07진차459 결정 [성적우수자반 운영으로 인한 학생인권 및 평등권 침해]

- [1] 현행 우수반 제도는 최소한 한 학년도 이상의 기간동안 성적 우수 학생과 그렇지 않은 학생을 구분하고 있으며, 해당 교과목의 학업성적수준과 관련이 있는 수업에서만 이들을 분리시키는 것이 아니라 체육·예능 혹은 기타 교과목 등의 수업은 물론 조화·종례, 식사 및 휴식시간, 비교과 활동시간 등 학교에서 일어나는 모든 생활영역에 걸쳐 대상 집단을 분리시키고 있다. 이는 학생들의 다양한 취향과 분야별로 각기 다른 성취도를 반영하고 있지 못함과 동시에 학생들로 하여금 잠재력의 위축, 배제감과 박탈감 및 열등감을 불러일으키고 있다. 따라서 이 사건 우수반의 편성 방식은 학생들의 성취도를 반영한 수준별 교육내용을 전달한다는 원래의 목적을 달성하지 못하고 있으며 단지 현재의 입시경쟁에서 좋은 성적을 거두고자 하는 단기적 목표에만 충실하고 있음으로써 학생들의 배제감과 박탈감 및 열등감을 최소화함과 동시에 위와 같은 목적달성에 합리적인 범위의 교육 방안에 관한 심도 있는 고민 없이 이루어진 것으로 보인다.
- [2] 이에 피진정 학교들에게는 향후 우수반 운영에 있어 직접적인 이해 당사자인 학생들의 의견을 청취하여 학생들로 하여금 자신의 학습 성취도와 적성 및 취향에 맞추어 교육의 기회와 내용을 부여받을 수 있도록 다양한 방안을 강구하여야 할 것을, 아울러 피진정 학교들의 관리감독기관은 피진정인 ○○○교육감은 현재 피진정인들이 운영하고 있는

우수반이 시정될 수 있도록 관리감독을 강화하고, ○○○내 학생들에게 학업성취도, 적성 및 취향에 따라 합리적 기준에 의하여 균등한 교육 기회가 부여 될 수 있는 프로그램을 개발하거나 교육지원을 하는 등의 방안을 강구하여야 할 것을 권고한다.

(3-3) 국가인권위원회가 특정학교 합격 홍보물 게시관행에 의한 학벌 차별문화 조성을 우려하여 다음과 같이 그 개선을 위한 의견을 표명한 사례

2012. 10. 31.자 12-진정-0194400, 0194403, 0194404, 0194405(병합) 결정 [특정학교 합격 홍보물 게시에 의한 학벌 차별 관행 개선을 위한 의견표명]

- [1] 특정학교 중심의 진학 홍보는 이른바 ‘명문학교’의 진학을 가문의 영예나 출신 학교의 자랑으로 인식하여 온 우리 사회의 오랜 관행임.
- [2] 그러나 특정학교 합격 홍보는 그 외의 학생들에게 소외감을 주는 등 교육적으로 바람직하지 않으며 학벌주의를 부추길 우려가 있음. 이로 인하여 본인의 능력 개발을 위한 학교 선택보다 ‘명문학교’ 입학에 몰두하게 되고, 인적 자원의 활용을 왜곡시켜 국가 경쟁력 강화에도 부정적 영향을 미침. 또한 특정학교 합격 현수막 게시는, 「교육기본법」이 제시하는 교육이념에도 부합하지 않는바, 학력·학벌은 한 사람의 가능성을 판단하는 데 하나의 참고자료일 뿐이므로 다른 다양한 가능성을 검증받을 기회마저 차단해서는 아니 됨.
- [3] 특정학교 합격 홍보물 게시가 우리 사회에서 발생하는 학력·학벌 차별의 핵심적 원인은 아니지만, 차별적 문화를 조성할 우려가 있음.

(4) 임신·출산으로 인한 차별

- (4-1) 임신한 고3학생에게 처음에는 휴학계를 내라고 하고, 휴학하면 검정고시를 볼 수 없다고 말을 하여 자퇴서를 받은 학교에 임신에 따른 차별을 시정할 것을 권고 한 예**

2009. 7. 6.자 09진차535결정 [임신을 이유로 한 교육시설 이용 차별]

- [1] 학습권은 아동의 성장과 발달, 인격완성을 위해 필요한 학습을 할 고유의 권리로서 기본권

적 인권 중에서도 핵심임. 또한 임신으로 인해 학업을 중단할 경우 일생을 통해 실업상태나 잠재적인 실업에 놓일 가능성이 높아 장기적인 빈곤문제를 야기할 수 있음. 학업중단(낮은 교육수준) → 취업의 어려움 → 빈곤 → 아동빈곤의 악순환을 야기할 수 있어 이들의 자립성을 높이고 미래를 위한 기회를 열어주기 위해서라도 적극적으로 교육받을 권리를 보장해야 함. 청소년 임신이 권장할 일은 아니지만 그렇다고 그 자체로 청소년 학생에게서 교육받을 권리와 건강한 시민이 될 수 있는 기회를 박탈할 충분한 이유 또한 될 수 없음. 따라서 임신을 했다는 이유로 학교가 휴학 또는 자퇴를 종용하고 이로 인해 학생이 자퇴를 결정했다면 이는 학생의 학습권을 침해한 것이다.

- [2] 피진정인은 다른 학생들의 학습권도 보호해야 한다고 주장하고 있으나 임신한 학생과 함께 학교에 다니는 것이 어떻게 다른 학생들의 학습권을 침해하게 되는 것인지에 대한 구체적인 논거를 제시하지 못하고 있음. 미혼모에 대한 사회적 낙인과 부정적 시각이 존재하는 현실에서 학생의 임신사실이 다른 학생에게 알려질 경우, 학교 당국이나 교사의 생활지도에 어려움이 예상되고 자칫 청소년 임신 등을 부추기는 것으로 오해될 소지가 있다는 우려가 일리가 없는 것은 아님. 하지만 막연히 동료 학생들에게 좋지 않은 영향을 줄 것이고 학습에 방해가 될 것이라는 우려 때문에 임신한 학생에게 전학 또는 휴학을 종용하는 것은 타당하지 않다.
- [3] 피해자는 이러한 이성교제 및 임신행위로 학교의 수업에 물의를 일으키거나 사회적인 문제를 야기한 사실이 없음. 이러한 상황에서 피해자의 이성교제 및 임신이 학교생활규정상 징계사유로 규정되어 있는 ‘불미스런 행동’ 또는 ‘불건전한 이성교제’에 해당되어 퇴학에 이르게 될지 여부는 기성의 관념에 따라 속단할 수 없음. 설령 피진정인이 피해자의 행동에 문제가 있다고 판단했다 하더라도 피해자에게 올바른 성교육을 통해 자율과 책임을 가르치는 것이 본연의 역할과 책임이라 할 것이고 피해자로부터 교육 받을 권리 자체를 박탈하는 행위가 정당화될 수는 없다.

(5) 병력으로 인한 차별

(5-1) 고등학교 기숙사에서 B형 간염 보균 학생의 입사를 거부한 행위는 병력에 따른 청소년 차별로 보아 시정권고한 예

2011. 4. 11.자 10진정0768600 결정 [B형 간염을 이유로 한 고등학교 기숙사 입사 불허]

- [1] B형 간염은 주로 수혈이나 분만과정, 성 접촉 등을 통해 전염되며 일반적 공동생활로 감염되기는 매우 어렵다는 것이 대한간학회의 공식적 판단이며, B형 간염 바이러스 보유자인 학생의 기숙사 생활 등 공동생활과 관련하여 보건복지부, 대한의사협회, 교육과학기술부, 경상북도 교육청이 피해자의 입사를 불허할 의학적 근거가 없다고 확인하였다.
- [2] 이번 진정 사건 피해자를 직접 진단한 전문의들은 피해 학생의 현 건강 상태가 다른 학생들의 감염을 우려해 기숙사 입사를 못하게 할 정도는 아니라고 진술. 따라서 만성 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 학생의 기숙사 입사를 불허한 것은 병력을 이유로 한 불합리한 차별에 해당한다.

(6) 전과 또는 징계에 따른 차별

(6-1) 징계처분을 받았다는 이유로 임원자격을 박탈하고 피선거권을 제한 한 행위는 합리적인 이유없는 차별로 본 사례

2012. 1. 27.자 11-진정-0367600 결정 [징계처분자의 학급 임원자격 박탈 및 학생회장단 피선거권 제한]

- [1] 징계처분과 학급임원 자격 박탈 및 학생회 피선거권 제한 사이에는 합리적인 비례관계가 인정되어야 하는데 비행의 종류나 징계처분의 경중을 고려하지 않고 단지 징계를 받았다는 이유로 학급 임원 자격을 박탈하고 학생회 임원 피선거권을 제한하는 것은 비례성을 벗어나며, 교내봉사의 징계처분을 받아 징계에 따른 봉사활동을 수행했음에도 학급 임원의 자격을 박탈하고 피선거권을 제한하는 것은 이중처벌의 소지도 있다고 판단
- [2] 학급 및 학생회 임원은 다른 학생들의 리더로서 모범이 될 필요가 있겠으나, 그 자질과 자격에 대한 평가는 학생들로부터의 선출 과정에서 충분히 가려질 수 있는 것임에도 경미한 징계처분을 받았다는 이유로 자격 자체를 박탈하는 것은 합리적인 이유 없는 차별임.

(6-2) 특성화특성화고등학교 재학 중 소년원에 입원한 피해자(진정인의 아들)는 현재 재적학교에서 무단결석으로 처리되고 있는바, 이는 비일반고등학교 출신 소년원 입원자에 대한 차별이므로 피진정인인 법무부장관에게 소년원학교 운영 시 비일반고등학교 학생들의 학습권이 보장되도록 관련 지침 및 제도를 개선할 것을 권고한 사례

2013. 9. 10. 자 13-진정-0612400 결정 [소년원학교의 비일반계 고교생 학업연계 미실시]

소년원학교에서 비일반고등학교 교과과정을 운영하지 않는다면 소년원 송치처분을 받은 비일반고등학교 학생의 학업을 중단케 하여 고등교육을 받을 기회를 제한할 뿐 아니라 취업 관련 지식·기술의 부족으로 성년기에 실업상태에 놓일 가능성을 높이는 점, 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」상 보호소년의 사회적응력을 길러 건전한 청소년으로 사회에 복귀토록 하는 기본원칙에도 부합하지 않는 점, 「헌법」이 정한 학습권 보장은 국가의 의무인 점 등을 고려할 때, 피진정인이 비일반고등학교 과정을 운영하지 않는 것은 비일반고등학교 출신자에 대한 합리적 이유 없는 차별행위에 해당한다고 판단.

4. 청소년 차별과 관련된 법원의 판례

(1) 급식 줄에서 벗어나 있던 고3 학생을 선생님이 꾸지람하자 평소 자신만을 차별대우 한다고 생각했던 학생이 교실 앞 복도 창문으로 뛰어내린 사례
(대전지방법원 2012. 7. 4. 선고 2012가합1492 판결)

1) 사실관계

원고1은 2010년 사고 당시 대전○○고등학교 3학년 재학 중이던 학생이다.¹⁴⁾ 피고1은 대전○○고등학교의 3학년 국어과목 담당교사로 사고일에 점심 급식지도를 하였다.¹⁵⁾ 피고1은 2010. 3. 25. (원고1은 1993. 1. 8.생으로 사고 당시 17세 2개월 남짓) 급식실에서 3학년 학생들을 대상으로 점심 급식지도를 하고 있었는데, 원고1이 급식 줄에서 벗어나 있는 것을 발견하고 여러 차례 줄에 맞춰서 서있으라는 취지로 말했다. 원고1이 피고1으로부터 위와 같은 말을 듣고도 줄을 똑바로 맞추어 서지 않자, 피고1은 원고1을 불러서 앞으로 나오게 하였고,

14) 사안은 민사소송의 손해배상청구건으로 원고1외에, 원고의 부모, 원고의 형제자매 2명까지 총 5명이 공동원고였다.

15) 이 사건의 피고는 피고1 외에도, 피고2는 대전광역시 (산하의 대전광역시 교육청을 통하여 위 대전만년고등학교를 관리·감독하는 교육행정기관), 피고3은 대전광역시학교안전공제회(학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률 제15조에 의하여 설립된 법인으로서 대전○○고등학교장이 가입한 학교안전공제사업자)였다. 최종적으로 피고3에게 손해배상책임이 인정되었다. 본 사안에서 차별의 쟁점을 담고 있는 것은 피고1에 대한 판단 부분이므로, 사건을 단순화하여 살펴본다.

이에 원고1은 “아우 진짜”라고 짜증섞인 말투로 말하였다. 피고1은 원고1에게 말버릇을 지적하고 재질이 플라스틱으로 된 지휘봉으로 가볍게 원고1의 팔 위쪽과 어깨 아래 부분을 찌르거나 치면서 다소 화난 목소리로 급식 줄을 제대로 서지 않은 것을 이유로 꾸지람을 하였다. 원고1은 평소에도 피고1이 자신과 다른 학생들을 차별대우한다고 생각하던 차에 피고 1으로부터 위와 같이 혼나게 되자, 피고1에게 “선생님은 평소에도 저만 무시하잖아요”라고 말하면서 통명스러운 태도를 보였다. 피고1은 3학년의 급식순서가 끝나고 2학년의 급식순서가 올 때까지 원고1과 얘기를 하다가 원고1에게 점심을 먹고 교무실로 오라는 취지로 말하고 원고1을 돌려보냈다. 원고1은 점심을 먹지 않은 채 곧장 3층에 있는 자신의 반 교실로 돌아가 귀에 MP3 이어폰을 꽂고 울면서 책상에 엎드려 있었다. 피고1은 원고1이 점심시간이 끝날 무렵까지 교무실에 오지 않자 3학년 교무실에 있는 방송기기를 통해 교내방송으로 여러 차례 원고1을 호출하였다. 피고1은 원고1의 담임교사에게 원고1이 어떤 학생인지 물어보면서 점심시간에 급식지도를 하면서 있었던 일에 관한 대략적인 자초지종을 설명하였고, 담임교사는 학생들의 이메일 주소를 확인하기 위해 교실로 올라갔다가 원고1이 울고 있는 것을 보고 우는 이유에 대해서 물어보았는데, 원고1이 계속 울기만 하고 대답을 하지 않자 나중에 감정이 진정되면 그 때 얘기해달라는 취지로 말하고 다시 교무실로 돌아왔다. 피고1은 담임교사로부터 원고1이 교실에 울고 있다는 말을 듣고 직접 교실로 찾아가서 원고1의 이름을 몇 번 불렀으나, 원고1이 아무런 대답 없이 계속 책상에 엎드려 있자 A4 용지를 말아 원고1의 몸을 톡톡 치면서 교무실에 가서 얘기를 하자고 말하면서 원고1을 일으켜 세웠다. 자리에서 일어난 원고1이 교실 문 밖으로 먼저 나가자, 피고1은 교실 앞줄에 있던 동료 학생에게 원고1이 5교시 수업시간에 늦게 되면 자신과 상담 중이라는 사정을 5교시 수업을 하는 교사에게 얘기해달라고 말하였는데, 그 때 원고1이 교실 앞 복도 창문 밖으로 뛰어내렸다. 이 사건 사고로 인해 원고1은 척추 및 족관절을 크게 다쳐 을지대학병원으로 후송되어 치료를 받았으나, 그 후유증으로 척추와 양쪽 발목의 기능장애가 발생하여 신체기능의 상당 부분을 상실하는 장애가 영구적으로 남게 되었다.

2) 원고의 차별관련 주장

원고는 『피고1은, 고등학교 3학년으로서 대학입학 수학능력시험이 얼마 남아 있지 않아 신경이 매우 예민한 상태에 있던 원고1이 비록 잘못을 했다고 하더라도 마음에 상처를 주지 않도록 적절하게 훈육하고 지도해야 할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 피고1은 원고1이 점심시간에 급식실에서 줄을 제대로 맞추어 서지 않는다는 이유로 원고1의 2학년 후배들과 반 친구들이

있는 자리에서 지휘봉으로 원고1의 신체를 치거나 찌르면서 모욕을 주고 욕설을 하였으며, 그 후에도 교내방송을 통하여 공개적으로 원고1을 불러 수치심을 느끼게 하였고, 원고1이 교무실에 오지 않자 직접 교실에 찾아가 원고1의 반 친구들이 있는 자리에서 모멸감을 주는 등의 행위를 하였다. 위와 같이 피고1은 급식지도와 학생교육에 있어서 기울여야 할 교사로서의 주의의무를 다하지 않은 불법행위책임이 있고, 피고 광역시는 교사를 감시 및 관리·감독하고 학생을 보호할 의무가 있음에도 이를 소홀히 한 과실이 있으므로 교사인 피고1에 대한 사용자로서 불법행위책임이 있다.』라고 주장하였다.

3) 법원의 판단¹⁶⁾

이 사건에 관하여 제1심 법원은 『(가) 초·중등교육법령에 따르면 교사는 학교장의 위임을 받아 교육상 필요하다고 인정할 때에는 징계를 할 수 있고, 징계를 하지 않는 경우에는 그 밖의 방법으로 지도를 할 수 있는데, 그 지도에 있어서는 교육상 불가피한 경우에만 신체적 고통을 가하는 방법인 이른바 체벌로 할 수 있고, 그 외의 경우에는 훈육, 훈계의 방법만이 허용되어 있다. 교사가 학생을 징계 아닌 방법으로 지도하는 경우에도 징계하는 경우와 마찬가지로 교육상의 필요가 있어야 될 뿐만 아니라, 특히 학생에게 신체적, 정신적 고통을 가하는 체벌, 비하하는 말 등의 언행은 교육상 불가피한 때에만 허용되는 것이어서, 학생에 대한 폭행, 욕설에 해당되는 지도행위는 학생의 잘못된 언행을 교정하려는 목적에서 나온 것이었으며, 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하였던 경우로서 그 방법과 정도에서 사회통념상 용인될 수 있을 만한 객관적 타당성을 갖추었던 경우에만 법령에 의한 정당행위로 볼 수 있다. 교정의 목적에서 나온 지도행위가 아니어서 학생에게 체벌, 훈계 등의 교육적 의미를 알리지도 않은 채 지도교사의 성격 또는 감정에서 비롯된 지도행위라든가, 다른 사람이 없는 곳에서 개별적으로 훈계, 훈육의 방법으로 지도·교정될 수 있는 상황이었음에도 낮모르는 사람들이 있는 데서 공개적으로 학생에게 체벌·모욕을 가하는 지도행위라든가, 학생의 신체나 정신건강에 위험한 물건 또는 지도교사의 신체를 이용하여 학생의 신체 중 부상의 위험성이 있는 부위를 때리거나 학생의 성별, 연령, 개인적 사정에서 건디기 어려운 모욕감을 주어 방법·정도가 지나치게 된 지도행위 등은 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어렵다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90다17972 판결, 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결 참조).

16) 참고로 이 사건은 제1심의 판결에 대하여 원, 피고 모두 항소하여 제2심 판결을 받았고, 제2심에서 법리 판단이 바뀐 부분은 없다. 원고는 제2심 판결에도 불복하여 상고하였으나, 상고를 취하여 제2심(원심)판결이 확정되었다. 사실관계에 대한 판단이 제1심이 제일 자세하고, '차별' 및 '학생다움'에 대한 법원의 판단을 담고 있어서, 제1심 판결문을 인용하였다.

(나) 이 사건으로 돌아와 살피건대, 피고1이 이 사건 사고 발생 당일 원고1에게 급식 줄을 제대로 맞추어 설 것을 여러 차례 지적하였는데 원고1이 통명스러운 태도를 보였고, 그 이후 원고1이 교무실에 자신을 찾아오지 않아 교내방송을 통하여 원고1을 호출하였음에도 교무실에 오지 않자 직접 교실로 찾아가 원고1을 교무실에 데려 오려고 한 사실은 앞서 본 바와 같다.

이 사건 변론에 드러난 자료를 통하여 보면, 배식을 기다리기 위해 줄을 서다가 중간에 장애물이 있어서 줄이 어느 정도 비뚤어지거나 휘어지는 상황이 야기되는 경우도 있을 수 있는데 그러한 경우에서 지도교사들이 제대로 줄을 서지 않은 것으로 보아 이를 통제하려는 행동(지도 행위)을 하였던 사정이 엿보이는바, 학생들이 교내 급식을 받는 대기 중에 줄을 맞추어 서는 것이 과연 그와 같이 강력하게 통제·지도할 일이었는지 의문이 없지 않다. 아직 온전히 자신들의 행동을 온전히 통제하기 어려운, 나이 어린 학생들이 위 지도행위의 대상이라는 점에서, 만일 발생할 지도 모르는 여러 유형의 안전사고를 예방하기 위하여 질서유지를 위한 지도가 중요한 일이라고는 하여도 그 통제와 지도의 정도가 본래의 목적을 넘어서 과중한 것이 된다면 다시 말하여 비례의 원칙을 위반하는 정도에 이른다면, 이는 ‘교사의 지도·훈육’이라는 미명으로 정당화 될 수는 없다. 또한, 이 사건 변론에 드러난 여러 사정에 비추어 급식실에서의 지도 당시 피고1로서는 그 과정에서 원고1이 별다른 반성의 태도 없이 자신의 말에 따르지 않자 다소 감정적인 언행을 했을 가능성을 전적으로 배제하기는 어렵다.

그러나 위 기초사실에다가 위에서 든 증거들의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고1이 원고1에 대하여 한 일련의 언행들은 그와 같은 언행이 있게 된 경위 및 내용에 비추어 볼 때, 전체적으로 교사인 피고가 학생인 원고1에 대한 생활지도와 훈육을 행한다는 목적으로 이루어진 것으로 보이는 점, ② 피고1은 가급적 다른 학생들이 있는 자리를 피하여 교무실에서 원고1에 대한 훈계와 생활지도를 하려고 했었고, 그러한 지도방법 자체가 잘못되었다고 볼 수 없으며 교육적 필요성도 인정되는 점, ③ 피고1이 원고1에게 가한 신체적 접촉이 상대방에게 심한 모욕감을 줄 정도에 이른다고 보기는 어려운 점, ④ 피고1이 평소 원고1을 다른 학생들과 달리 특별히 차별대우를 하였다거나 지속적으로 괴롭혔다고 인정할 별다른 자료도 없는 점, 그밖에 피고1이 택한 훈계의 방법과 정도 등 이 사건에 나타난 제반 사정과 설령 지도교사의 지도행위가 필요충분한 정도를 넘어 다소간 과도한 것이었다거나 그 과정에서 감정적인 언사가 일부 개재되었다고 하더라도 원고1의 나이(당시 고등학교 3학년으로서 법률상 성인은 아니어도, 교육과정에서 빚어지는 상황에 대한 이해가 부족할 나이는 아니다)나 교사와 학생이라는 당사자들의 관계(무조건 학생이 교사에게 복종하거나 굴종하여야 할 것은 아니나 통상적이고 보편적인 교사의 지도행위에 관하여 적정하고 온당한

수준의 존중과 경의를 표하는 태도를 보이는 것은 필요하다) 등을 종합하여 판단컨대, 원고들이 제출한 증거들만으로는 피고1의 원고1에 대한 훈계나 지도가 사회통념상 객관적 타당성을 벗어났다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 별다른 증거가 없다.

(ㄷ) 가사 피고1에게 적절하지 못한 훈육이나 생활지도 방법을 선택한 과실이 있다고 하더라도, 위에서 본 피고1의 훈육이나 생활지도 내용 및 정도, 원고1의 연령, 지능 및 교육 정도, 그밖에 이 사건 사고가 발생하게 된 경위 등을 종합해보면, 비록 원고1이 정신적으로 완전히 성숙하지 못한 사춘기를 겪고 있는 청소년으로서 감수성이 매우 민감하여 피고1의 위와 같은 언행으로 인해 어느 정도 정신적인 충격을 받았을 것이라고 예상할 수 있었다고 할 것이나, 나아가 이로 인하여 원고1이 이 사건 사고를 일으킬 것이라고는 일반적인 경험칙에 비추어 예상할 수 없었다고 할 것이다.

이 사건 사고는 피고1의 위와 같은 과실로는 통상 발생할 수 있을 것이라고 예상할 수 있는 결과가 아니어서 특별한 사정에 따른 결과라고 할 것인데, 피고1으로서는 당시 그로 인해 원고1이 이 사건 사고를 일으킬 수도 있다는 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점을 인정할 별다른 증거가 없으므로, 피고1의 위와 같은 과실과 이 사건 사고 발생 사이에 상당인과관계가 있다고 인정할 수 없다.

(ㄹ) 따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.』

(2) 기독교 사학인 고등학교 재학 중 종교자유를 주장하며 1인 시위를 하여 학교측으로부터 퇴학처분 받은 자가 학교 측의 종교 강요로 행복추구권과 신앙의 자유를 침해받았다며 학교법인 학원과 서울특별시(이 경우 대표자는 교육감)을 상대로 소송을 제기한 사례(서울중앙지방법원 2007. 10. 5. 선고 2005가단305176 판결)

1) 사실관계

피고 학교법인은 대한민국의 교육이념과 기독교정신에 입각하여 초등보통교육과 중등교육 및 고등보통교육을 실시함을 목적으로 설립된 법인으로서 산하에 ○○고등학교 등을 운영하고 있는데, 원고는 서울특별시 교육위원회의 학교 배정에 따라 2002. 3. 4. ○○고등학교에 입학하여 재학하다가 2004. 7. 8. 퇴학처분을 받았으나 아래 나. 항에서 보는 바와 같은 소송절차를 통하여 복학한 후 2005. 2. 졸업을 하였다. 원고가 재학할 당시 ○○고등학교는 아래와 같이 각종 행사시에 기독교의식을 포함시키거나, 학생들로 하여금 기독교의식을 행하게 하였다. 신입

생 입학식이나 개학식, 졸업식 행사시는 전 학년 학생들 모두가 참석한 가운데 찬송 및 기도와 목사의 설교 등을 포함시켜 진행하였고, 수업이 있는 날 매일 아침에는 이른바 ‘경건회 시간’을 두어 담임교사가 입회한 가운데 5분 정도 학급 부회장인 종교부장 등의 인도 아래 ‘찬송-묵도-성경구절 낭독-기도’를 하는 방식으로 진행하고, 학급에 따라서는 학생들이 번호순으로 일률적으로 기도 등을 행하게 하였다. 방학기간을 제외한 매주 수요일에는 정규 교과시간에, 각 학급에 설치된 텔레비전을 통하여 간접적으로 참여하는 3학년 학생들을 제외하고 1, 2학년 학생들 전부를 학교 강당에 집합시켜 1시간가량 ‘묵도-찬송-사도신경 낭독-대표자 기도-성경 봉독-찬송-목사 설교-축도’의 순으로 기독교의식인 이른바 ‘수요예배’를 진행하였다. 매년 반별로 3박 4일간 합숙하며 진행하는 생활관교육 프로그램을 시행하면서 아침기도회, 식사 전 기도회, 취침 전 기도회, 촛불의식이나 성경읽기, 찬송 등을 포함시켜 왔고, 그 생활관교육중의 각종 강연 프로그램 진행시에는 개회예배, 폐회예배 등을 행하였으며, 그 생활관 생활수칙 중 “우리는 예수그리스도를 따라 생활한다.”는 구절을 암기하게 하기도 하였다. 부활절에는 전 학년 학생들이 모두 참석한 가운데 정규 교과시간에 부활절예배를 진행하였고, 부활절과 동시에 3일간 정규 교과시간인 3, 4교시에 ‘심령수양회’라는 시간을 편성하여 외부 강사를 초빙하여 설교 및 기도, 예배를 진행하기도 하였다. 매년 반별 성가합창대회를 개최하여 모든 반이 참여하도록 하였고, 추수감사절에는 정규수업 대신에 감사예배를 진행하기도 하였으며, 휴일인 성탄절에 학생들을 교회에 출석하게 하기도 하였다.

원고가 재학할 당시 ○○고등학교는 또한, 학교의 지도로 제정된 학생회 회칙에 ‘학생회 회장, 부회장은 교회에 다니는 자여야 한다’는 취지의 규정을 둔 바 있고, ‘학교가 종교과목을 부과할 때에는 종교 이외의 과목을 포함하여 복수로 과목을 편성하여 학생에게 선택의 기회를 주어야 한다’는 교육부 고시(1997. 12. 30. 제1997-15호)를 위반하여 종교과목 이외의 다른 대체 과목을 편성하지도 아니하였으며, 학교 생활기록부의 ‘세부능력 및 특기사항’에 그 종교과목에 대한 교사의 의견을 기재하게 하기도 하였다. 원고는 원래 기독교를 신봉하지 않는 사람임에도 불구하고 위와 같은 ○○고등학교의 방침에 따라 다음과 같이 기독교의식이 포함된 각종 행사에 참석하거나, 그 행사에 참석하여 기독교의식을 행하였다. 원고는 2002년도 1학기 말 학생회 부회장 선거에 출마하면서 그 자격요건으로 ‘교회에 1년 이상 다녀야 한다.’는 규정이 있음을 알고는 이를 시정하여 주도록 학교의 교목 선생님에게 건의한 바 있고, 2002년 말에는 교목 선생님에게 ‘예배를 강요하는 것은 잘못된 것이 아니냐’는 취지로 각종 예배참가에 대한 거부감을 표시하였으며, 2004년 초경에는 담임선생님에게 명시적으로 ‘예배는 잘못된 것이니 자신은 참여하지 않겠다’는 의사를 표시하기도 하였다. 원고는 3학년 재학 중이던 2004. 6. 16. 08:30

경 ○○고등학교 방송실에서 ‘○○고등학교는 학생들에게 매주 수요일마다 예배를 강요하는데 이는 잘못된 것이다. 원고는 수요일예배를 거부하겠다. 원고가 학교를 떠나게 되는 상황이 되더라도 그때까지 원고가 할 수 있는 일은 무엇이든지 할 것이다’라는 취지의 1차 교내방송을 하였고, 그 직후 ‘1차 교내방송 내용은 원고의 개인적인 생각이고, 학생회와는 관련이 없다’는 취지의 2차 교내방송을 하였다. 원고는 같은 날 16:10경 정규수업을 마치고 평소와 달리 자율학습을 하지 않고 하교한 후 18:00경부터 약 1시간 동안 서울특별시 교육청 앞에서 “헌법 제20조 ‘모든 국민은 종교의 자유를 가진다.’ 그런데 학교에서는 예외다?!”라고 쓰인 피켓을 목에 걸고 이른바 1인 시위를 하였다. ○○고등학교는 2004. 6. 18. 13:00경 교감, 교목실장, 생활지도부장, 생활지도차장, 상담부장, 담임교사, 담당교사가 참석하여 학생선도위원회를 개최하였는데, 학생선도위원회는 ① 2003. 11. 11. 학생선도위원회 결과와 위 사안의 가중처벌에 관한 건, ② 학교 공동 기물 개인 무단 사용 건, ③ 교사의 정당한 지도에 강한 반발과 불손한 태도로 불응한 건, ④ 학생회장 신분으로 학생선동한 건, ⑤ 1인 시위로 학교 명예를 훼손한 건, ⑥ 무단이탈 건을 징계사유로 하여 협의한 후, 위 징계사유 중 ⑤, ⑥항은 원고가 방과 후에 1인 시위를 하였고, 원고의 1인 시위는 합법적인 시위이므로 징계사유로 삼기에 애매한 점이 있다는 이유로 징계사유에서 제외하였고, 위 징계사유 중 ① 내지 ④항만이 ○○고등학교의 학칙 및 학생선도규정 위반에 해당한다고 판단하였다. 그에 따라 학생선도위원회는 먼저 원고에게 전학을 권유하여 원고가 승낙하면 학교장추천으로 1주일 이내에 전학을 보내고, 원고가 거부하면 ○○고등학교 학생선도규정의 별표 징계기준 제6항(교사에게 불손한 반항을 하거나 폭력을 가한 학생) 등을 적용하여 원고에 대하여 퇴학처분을 하기로 하는 징계결의(이하 ‘이 사건 징계결의’라고 한다)를 하였다. 담임교사는 학생선도위원회의 이 사건 징계결의가 있는 이후 그 취지를 원고에게 알렸으나, 원고와 원고의 부모는 결국 전학을 거부하였고, 이에 ○○고등학교 학교장은 2004. 7. 8.자로 원고에게 퇴학처분을 하였다. 이후 원고는 퇴학처분이 무효라는 소송을 제기하였고, 법원에서는 원고가 담임교사의 정당한 지도에 반발하고 불손한 태도를 보인 점은 징계기준에 해당하지만 그중 가장 무거운 퇴학처분을 내린 것은 징계재량권의 범위를 벗어난다는 지나친 처분이므로 무효라고 판결하였다.¹⁷⁾ 대학에 진학한 원고가 다시 학교를 상대로 손해배상 청구사건을 제기한 제1심 판결이 본 판결이다.

17) 서울북부지방법원 2005. 1. 21. 선고 2004가합4809 판결 (퇴학처분무효확인 소)

2) 제1심 판결에서의 차별에 대한 판단 부분

손해배상청구에 관한 제1심 판결은 『먼저, 피고가 위와 같이 기독교정신에 입각한 교육을 목적으로 설립된 이상 원칙적으로 선교나 종교실행의 자유를 누린다 할 것인데, ○○고등학교가 입학식이나 개학식, 졸업식을 거행함에 있어서 기독교의식을 일부 포함시켰다 하더라도 그러한 입학식 등은 어느 학교나 시행하는 통상적인 행사로서 그에 포함된 기독교의식도 그 자체가 주목적은 아니고 입학식 등에 부수된 의례적인 것일 뿐인 점과 그에 포함된 기독교의식의 내용도 ‘찬송 및 기도와 목사의 설교’ 등으로서 기독교의식에 따라 진행되는 결혼식 등에서도 흔히 볼 수 있는 정도인 점을 고려하면 그로 인하여 침해되는 신앙의 자유의 정도는 그리 크다고 할 수 없고, 따라서 ○○고등학교가 입학식 등을 거행함에 있어서 의례적인 절차로 위와 같은 기독교의식을 일부 포함시켰다 하더라도 그것이 합리적인 이유 없이 사회적인 허용한도를 초과하여 타인의 기본권을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵다.

그러나, 앞서 1.의 가. 항 기초사실에서 본 바와 같이 ○○고등학교가 매일 아침 각 반에서 진행되는 ‘경건회 시간’을 두고 학생들이 참석하지 않으면 담임선생님이 학급지각으로 처리하고 주의를 주기도 하였고, ‘수요예배’ 시에는 선생님들이 수시로 학급을 돌면서 교실에 남아 있는 학생이 있는지 여부를 확인하고, 적발되는 경우에는 청소를 시키는 등의 불이익을 주거나 심지어 체벌을 가하기도 하였다면, 이는 원고를 비롯한 기독교를 신앙하지 않는 학생들에게도 본인의 진정한 의사에 관계없이 사실상 위와 같은 ‘경건회 시간’이나 ‘수요예배’의 참석이 강제된 것이라 보지 않을 수 없고, 또 위와 같은 ‘경건회 시간’이나 ‘수요예배’는 어느 학교나 시행하는 통상적인 학교의 행사라기보다는 그 내용상 특정 교리와 의식을 주입하는 종교적인 색채가 강한 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 이는 피고의 선교나 신앙실행의 자유보다 더 본질적이며 인격적 가치를 지닌 상위의 기본권에 해당하는 원고의 신앙의 자유를 위법하게 침해한 것에 해당한다 할 것이다.

그리고 ① ○○고등학교가 3박 4일간의 합숙교육 프로그램을 시행하면서 기독교를 신앙하는 지 여부와 관계없이 일률적으로 학생들로 하여금 아침기도회, 식사 전 기도회, 취침 전 기도회, 촛불의식이나 성경읽기, 찬송 등을 행하게 하거나, 생활수칙 중 “우리는 예수그리스도를 따라 생활한다.”는 구절을 암기하게 하고, 강연 프로그램 전후로 개회예배, 폐회예배를 진행한 일, ② 수업시간표에 별도의 시간으로 정하지도 않은 채 다른 과목 수업시간을 대체하여 부활절 예배, 추수감사절 예배 등을 수업시간으로 진행하거나 추수감사절 예배를 이유로 정규수업을 생략한 일, ③ 정규교과 시간에 ‘심령수양회’라는 시간을 편성하여 설교 및 기도와 예배를 진행한

일, ④ 다른 대체과목을 편성함이 없이 종교과목의 단일 과목을 편성하여 기독교를 신앙하지 않는 학생들을 포함하여 학생들 전부에게 일률적으로 기독교에 대한 일반적인 소개를 넘어 성경읽기와 그에 관한 토론까지 진행하고, 십계명이나 사도신경을 써오도록 과제를 부여하며, 학교 생활기록부의 '세부능력 및 특기사항'에 그러한 종교과목의 수업태도에 대한 교사의 의견을 기재하게 한 일, ⑤ 휴일인 성탄절에 특정 교회로 출석하게 한 후 출석 여부를 확인한 일, ⑥ 반원 전원이 참가하는 반별 성가합창대회를 개최하거나, 음악시험의 가창곡목으로 '주기도송'을 부르게 한 일, ⑦ 각종 예배시에 자비로 성경책을 구입하여 소지하도록 하고 그 소지 여부를 검사한 일 등도 보다 상위의 기본권에 해당하는 학생들의 신앙의 자유보다는 피고의 선교나 신앙실행의 자유를 앞세운 것으로서 모두 특정 교리와 의식을 주입하는 종교적 색채가 강하고 의무가 아닌 것을 사실상 강제한 경우에 해당하거나, 학생들의 '정당하고 적절한 방식과 내용으로 수업을 받을 권리'를 침해한 경우에 해당하고, 사회적 허용한도도 초과한다고 봄이 상당하므로 역시 모두 위법하다 할 것이다.

나아가, 학생회 회칙에 '학생회 회장, 부회장은 교회에 다니는 자여야 한다'는 취지의 규정을 둔 것도 누구든지 종교 등에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다는 헌법상의 평등의 원칙에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 학생회 회장 등에 출마하기 위해서는 자신이 신봉하지도 않는 종교기관에 다녀야 한다는 결과가 되어 양심의 자유도 침해하게 되므로, 그 규정이 비록 기독교 정신에 입각하여 설립된 학교의 건학이념을 구현하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 합리성을 결하여 마찬가지로 위법하다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 피고 ○○학원은 위와 같은 여러 가지 위법한 행위를 통하여 원고의 기본권인 신앙의 자유나 학습권 등을 침해하였고, 이는 특별한 사정이 없는 한 사법상 인격권의 침해로서 불법행위를 구성한다 할 것이므로 원고에게 이로 인한 손해를 배상할 의무가 있다』라고 판시하였다.

3) 사건의 추이

제1심 판결은 원고가 위법한 종교교육과 종교행사, 위법한 퇴학처분으로 정신적 고통을 입었음을 인정해 학교 측에 1,500만원의 위자료료를 지급하라고 판결하였다. 원고는 이에 대해 항소하였고, 제2심 판결은 제1심의 결론을 모두 뒤집어 종교교육은 물론 퇴학처분도 불법행위가 아니라고 판단하였다.¹⁸⁾ 원고는 다시금 대법원에 상고하였고, 이 사건은 대법원 전원재판부에서

공개변론까지를 거쳐서 결국 제2심의 판결이 잘못되었다는 결론이 내려졌고, 피고의 손해배상이 인정되었다.¹⁹⁾ 이 사건은 청소년의 종교로 인한 차별문제라는 표현을 전면적으로 사용하지는 않았으나, 미성년자가 언제부터 주체적으로 종교를 결정할 수 있는지의 문제에 관하여 사회적으로 큰 관심을 불러일으켰다.²⁰⁾ 또한 추첨제로 인하여 청소년들이 자신이 믿지도 않는 종교 학교에 들어가서 학생회장 입후보 자격 등에 관하여 차별적인 대우를 받게 되었던 문제점을 수면위로 올라오도록 한 데 이 사건의 의의가 있다.

(3) 경찰관이 미성년자이자 지적장애2급 장애인인 자를 임의동행의 형식으로 사실상 체포·구속하였고, 원고나 보호자의 동의를 얻지 아니한 채 심야조사와, 보호자를 동석하지 못하게 하였으며, 수갑을 사용한 불금을 한 사례
(서울중앙지방법원 2016. 5. 4. 선고 2015가단5321684 판결)

1) 사실관계

원고(1995. 1.생)는 지적장애2급의 장애인으로 절도죄 혐의로 수사 당시 고등학교 3학년에 재학 중이었다. 원고가 소를 제기한 2015. 9. 25에는 이미 원고가 만 19세를 넘은 성년자여서 단독 원고로 이 사건 소를 제기하였다. 한편 이 사건은 국가의 불법수사에 관한 위자료를 청구하는 민사소송이므로, 피고는 대한민국인데, 위법 수사를 저지른 경찰공무원은 서울강북경찰서 ○○파출소 소속 경찰관 3인으로서 2013. 8. 28. 원고를 ○○파출소로 임의동행하여 원고의 절도 혐의를 수사한 사람들이다. 번3파출소는 2013. 8.경 그 관할 내에 있는 서울 강북구 번동 ○○○ 소재 ○○아파트 ○○○동 주민들로부터 여러 차례의 절도 피해 신고를 접수받았다. 그러던 차에 번3파출소 경찰관들은 2013. 8. 28. 01:00경 갑(제3자임)이 위 아파트 ○○○동에서 노숙을 하려 한다는 신고를 접수하고 현장에 출동하여 갑을 번3파출소로 임의동행하여 조사하였다. 조사받던 갑이 원고와 함께 절도를 하였다고 진술함에 따라 번3파출소 경찰관들은 같은 날 01:40경 원고의 집에 방문하여 원고를 번3파출소로 임의동행하였다. 그 때 원고의 부친, 갑의 부친도 동행하였다. 번3파출소 경찰관은 원고를 임의동행한 직후(2013. 8. 28.

18) 서울고등법원 2008. 5. 8. 선고 2007나102467 판결.

19) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결.

20) 가령 김영란, 『판결을 다시 생각한다-한국사회를 움직인 대법원 10대 논쟁-』, 창비, 2015, 118면에는 독일의 경우 14세 기준으로 스스로 종교를 선택할 자유를 법적으로 인정하고 있다고 한다. 또한 이 사건 대법원 판결의 주심이었던 김영란 전대법관은 “미성년자라도 어느 정도의 지적 수준에 이른 경우에는 종교 선택을 본인의 자유로운 의사로 할 수 있다고 보는 것이 옳을 것이다.”라고 소회를 적고 있다.

01:40경)부터 원고와 갑을 신문하였는데, 처음에는 원고와 갑의 부친들을 동석하게 하였으나 같은 날 04:00경에는 조사를 방해한다는 이유로 그들을 번3파출소 밖에 나가 기다리게 하였다. 조사 경찰관들은 같은 날 04:00경 원고와 갑을 데리고 절도 현장 조사 및 절도 피해품들을 찾으러 가면서 원고와 갑의 손목에 수갑 하나를 나누어 채워 두었고, 경찰관 1인은 현장으로 가는 순찰차량 안에서 원고와 갑에게 “이 새끼들 말 맞추지 말고 가만히 있어.”라고 고함치고, 다른 경찰관 1인도 원고와 갑에게 고함치고 욕설을 하였다. 위 경찰관들은 현장조사를 마친 후 같은 날 07:00경 원고와 갑이 아침 식사할 수 있도록 그들을 귀가시켰으나 같은 날 08:00경 다시 출석하게 하고 같은 날 11:00경 서울강북경찰서 청소년과로 인계하였다. 원고와 갑은 경찰서 조사를 마치고 같은 날 13:30경 귀가하였다. 위 사건을 수사한 번3파출소 소속 경찰관들은 위와 같이 원고와 갑을 심야 조사하면서 그들 또는 그들의 보호자인 부모들로부터 심야 조사에 대한 명시적 동의도 받지 않았다. 원고와 갑은 2013. 12. 30. 특수절도 피의사실에 대하여 기소유예의 불기소 처분을 받았다. 원고의 부친과 갑의 부친은 위 수사 과정에서의 인권 침해에 대해 국가인권위원회에 진정을 하였고, 국가인권위원회는 2013. 10. 31. 침해구제결정을 내렸다. 이 후 원고가 성인이 되어 불법수사에 관한 정신적 피해에 관하여 위자료 청구의 소를 제기하였고, 대상 판결이 제1심 판결문이다.

2) 법원의 판단

이 사건은 적법한 절차에 따라 수사를 하여야 한다는 헌법 규정(제12조)과 그 정신에 기초하여 형사소송법 등 법률, 경찰관이 지켜야 할 직무 기준은 소년·장애인, 경찰장구의 사용, 심야 조사 등에 관하여 별도 규정하고 있음을 근거로 들어 다음과 같이 판단하였다. 『위 인정사실을 헌법, 형사소송법, 경찰관 직무집행법, 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 등의 규정에 비추어 보면, 번3파출소 경찰관들은 원고를 수사하는 과정에서, ① 헌법 등에서 정하고 있는 적법절차를 지키지 아니한 채 임의동행의 형식으로 사실상 원고를 체포·구속하였고, ② 경찰관 직무규칙이 원칙적으로 심야조사를 금지하고 있음에도 원고나 보호자의 동의를 얻지 아니한 채 심야조사를 하여 원고의 기본적 인권을 침해하였으며, ③ 특히 원고는 미성년자인데다가 장애인이므로 수사 과정에서 보호자나 신뢰관계에 있는 사람의 참여를 보장하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 원고의 보호자를 동석하지 못하게 하였고, ④ 원고를 임의동행한 상태이고 특별히 수갑을 사용하여야 할 필요성도 없었음에도 불구하고 수갑을 사용하여 불법으로 구금하였는바, 이러한 행위들은 위 규정들을 명백하게 위반하여 원고의 신체의 자유, 인격권 등을 침해한 것이다. 그로

인해 원고가 정신적 피해를 입었을 것임을 충분히 인정할 수 있으므로 피고는 원고에게 이를 금전으로나마 위자할 의무가 있다. 앞서 채택한 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 번3파출소 경찰관들의 불법성의 정도, 원고가 입은 고통의 내용과 기간, 유사한 사건의 재발을 억제·예방할 필요성 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 참작해보면, 피고가 지급하여야 할 위자료의 액수는 5,000,000원으로 정함이 타당하다.』 21)

3) 관련 법조문

■ 형사소송법

제244조의 5(장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대한 특칙)

검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

1. 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한 때
2. 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우

■ 구 경찰관 직무집행법(2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정되기 전의 것)

제10조의2(경찰장구의 사용)

- ① 경찰관은 현행범인인 경우와 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 경찰장구를 사용할 있다.
- ② 제1항의 “경찰장구”라 함은 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하는 수갑·포승·경찰봉·방패 등을 말한다.

■ 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(2012. 7. 23. 경찰청훈령 제674호)

제2조(정의)

이 규칙에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

21) 피고 대한민국은 제1심 판결에 불복하여 항소하였으나, 제2심 법원은 2016. 9. 2. 피고 대한민국의 항소를 기각하였으며, 제2심 판결은 2016. 9. 20. 확정되었다.

3. “사회적 약자”라 함은 장애인, 19세 미만의 자(이하 “소년”이라 한다), 여성, 노약자, 외국인, 기타 신체적·경제적·정신적·문화적인 차별 등으로 어려움을 겪고 있어 사회적 보호가 필요한 자를 말한다.

제10조(사회적 약자 보호)

② 경찰관은 직무수행 중 사회적 약자에 대하여는 신뢰관계에 있는 자 또는 의사소통이 가능한 보조인의 참여를 보장하여야 한다.

제51조(임의동행할 때 유의사항)

① 경찰관은 임의동행을 요구하는 경우에는 상대방에게 동행을 거부할 수 있는 권리가 있으며, 동행에 동의한 경우라 하더라도 원할 경우에는 언제든지 퇴거할 수 있음을 고지하여야 한다.

제64조(심야 조사 금지)

① 경찰관은 원칙적으로 심야 조사를 하여서는 아니된다. 여기서 심야라 함은 자정부터 오전 6시까지를 말한다.

② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예외적으로 심야 조사를 할 수 있다.

1. 자정 이후에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우
2. 사건의 성질상 심야 조사를 하지 않으면 공범자의 검거 및 증거수집에 어려움이 있거나 타인의 신체, 재산에 급박한 위해가 발생할 우려가 있는 경우
3. 야간에 현행범을 체포하거나 피의자를 긴급체포 한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우
4. 공소시효가 임박한 경우
5. 기타 피의자 또는 그 변호인의 서면상 동의를 받은 경우

③ 제2항의 규정에 따라 심야조사를 하는 경우에는 반드시 피의자·피해자 등 조사대상자에게 동의 여부를 물어 그 결과와 심야조사의 사유를 조서에 명확히 기재하여야 하며, 피의자를 조사하는 경우에는 조사자 이외의 경찰관을 참여시켜야 한다.

④ 소년·노약자·장애인·외국인인 피의자가 가족·친족 등 신뢰관계에 있는 자의 심야 조사 참관을 요구하는 경우에는 이를 보장해 주어야 한다. 다만, 그 외의 피의자가 가족 등의 참관을 요구하는 경우에는 수사에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서 허용할 수 있다.

제73조(소년범 수사)

① 경찰관은 소년을 수사할 때에는 처벌보다 지도·육성·보호가 우선임을 명심하여야 한다.

② 소년의 심리·생리·성행·환경, 기타 비행의 원인 등을 이해하고 수사에 임하여야 하며, 되

도록 구속을 피하고 부득이 체포·구속을 하는 경우에는 그 시기와 방법에 대하여 신중을 기하여야 한다.

③ 소년을 조사하는 경우에는 소년의 심리상태를 고려하여 친밀한 언어를 사용하여야 하며, 진술녹화실 등 안정되고 조용한 사무실에서 조사하여야 한다.

(4) 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄에서 피해 청소년이 처벌불원 여부 등의 의사표시를 하는 데에 법정대리인의 동의가 필요하지 않으며, 피해자가 제1심 법정에서 피고인들에 대한 처벌희망 의사표시를 철회할 당시 나이가 14세 10개월이었더라도 그 철회의 의사표시가 의사능력이 있는 상태에서 행해졌다면 법정대리인의 동의가 없었더라도 유효하다는 이유로, 피고인들에 대한 공소사실 중 청소년의 성보호에 관한 법률 위반의 점의 공소를 기각한 원심의 판단을 수긍한 사례 (대법원 2009.11.19. 선고 2009도6058 전원합의체 판결)

1) 사실관계

피고인1은 2008. 8. ○○. 23:30경 서울에 있는 자신의 자취방에서, 피해자 (여, 당시 14세 청소년)이 술을 마시고 잠이 들어 있는 것을 보고 피해자를 깨운 후 몸으로 짓눌러 움직이지 못하게 하는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압한 다음 피해자의 옷을 벗기고 1회 간음하였다. 피고인 2는 2008. 8. ○○. 01:00경 위 피고인 1의 자취방에서, 술을 마시고 잠을 자고 있는 피해자의 옆으로 다가가 오른손으로 피해자의 가슴을 수회 만졌다. 검사는 위 각 범죄사실에 관하여 피고인 1을 여자 청소년인 피해자를 강간하였다는 공소사실로 청소년의 성보호에 관한 법률(2010.1.1.부터 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’로 법령명이 변경되었음) 제7조 제1항²²⁾, 형법 제297조(강간죄)를 적용하여, 피고인 2를 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 여자 청소년인 피해자를 추행하였다는 공소사실로 청소년성보호법 제7조 제3항(준강제추행)²³⁾, 제2항(강제추행)²⁴⁾, 형법 제299조(준강간, 준강제추행)를 적용하여 각

22) 구 청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 (청소년에 대한 강간·강제추행 등) ① 여자 청소년에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

23) 구 청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 (청소년에 대한 강간·강제추행 등) ③ 청소년에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 자는 제1항이나 제2항의 예에 따른다.

24) 구 청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 (청소년에 대한 강간·강제추행 등) ② 청소년에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의

각 기소하였다. 그런데 피해자는 당시 15세였던, 2009. 2.경 제1심 법정에 증인으로 출석하여 피고인들에 대하여 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하였는데, 철회 당시 법정대리인의 동의는 없었다.

2) 관련 법규

구 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조 (피해자의 의사) 「형법」 제306조 및 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제15조에도 불구하고 청소년을 대상으로 한 다음 각 호의 죄에 대하여는 피해자의 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다. 다만, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

1. 제7조의 죄

2. 「형법」 제297조부터 제300조까지의 죄와 제302조·제303조·제305조의 죄
3. 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제11조제1항의 죄

3) 소송의 경과

가) 제1심의 판단

미성년자 단독의 소송행위는 미성년자 본인의 이익을 위해 법이 특별히 허용하는 취지의 규정을 두고 있지 아니하는 한 원칙적으로 무효로 봄이 상당하다는 점 등의 이유를 들어 미성년자인 피해자의 처벌불원의 의사표시에 법정대리인의 동의가 필요하다고 보아 위 각 공소사실에 대하여 유죄를 인정하였다.

나) 제2심의 판단

제2심은 피해자의 처벌불원의 의사표시는 그것만으로 법적 효력이 발생하는 것으로 해석하여야 하고, 그 외에 법정대리인의 동의가 필요하다거나 법정대리인도 피해자와 별도로 처벌을 희망하지 않는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하여야 한다고 볼 수는 없다고 하여 소송행위능력이 있는 피해자가 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하였다는 이유로 공소기각의 판결을 선고하였다.

죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

다) 제3심(대법원)의 판단

본 사안은 대법원의 전원합의체에서 다루어 졌다. 차별과 관련하여 가장 주된 쟁점은 청소년의 특수성이 반영되지 않은 구 청소년의 성보호에 관한 법률 조항에 대해서 성인과 동일한 기준으로 볼 수 있는지 여부였다.

대법원의 다수의견은 『형사소송법상 소송능력이라 함은 소송당사자가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력, 즉 피고인 또는 피의자가 자기의 소송상의 지위와 이해관계를 이해하고 이에 따라 방어행위를 할 수 있는 의사능력을 의미한다. 의사능력이 있으면 소송능력이 있다는 원칙은 피해자 등 제3자가 소송행위를 하는 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다. 따라서 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는, 위와 같은 형사소송절차에 있어서의 소송능력에 관한 일반 원칙에 따라, 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인에 의해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다. 나아가 청소년의 성보호에 관한 법률이 형사소송법과 다른 특별한 규정을 두고 있지 않는 한, 위와 같은 반의사불벌죄에 관한 해석론은 청소년의 성보호에 관한 법률의 경우에도 그대로 적용되어야 한다. 그러므로 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄라고 하더라도, 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다.』라고 판시하였다. 대법원 다수의견은 피고인1, 2에 대한 공소사실 중 청소년 성보호에 관한 법률 위반의 점의 공소를 기각한 원심(제2심)의 판단이 정당하다고 하여 검사의 상고를 기각하였다.

참고: 대법원 전원합의체의 판단 중 주목할 만한 반대의견

대법원의 다수의견에 관하여는 대법관 김영란의 반대의견이 있었다. 청소년의 특수성에 관한 사법부가 고민한 흔적을 보여주는 논증이 포함되어 있다. 원문을 인용한다.

가. 다수의견은 청소년성보호법 제7조의 죄 등의 반의사불벌죄에 있어서 피해자가 미성년자라 하더라도 형사소송법상의 소송능력에 관한 일반원칙에 따라 의사능력이 인정되는 경우에는 피해자가 단독으로 피고인이나 피의자에 대하여 처벌을 원하지 않는 의사를 표시하거나 처벌을

희망하는 의사표시를 철회할 수 있고, 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 그러한 의사표시를 법정대리인이 대리하여야 한다고 볼 것은 아니라고 한다.

그러나 청소년성보호법 제7조의 죄 등과 같은 청소년을 대상으로 한 성폭력범죄에 있어서 피해자인 청소년이 그와 같은 처벌불원의 의사표시나 처벌희망 의사표시의 철회를 할 때에는 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 등 법정대리인이 관여할 수 있도록 하는 것이 옳다고 생각한다. 이와 같이 보아야 하는 이유는 다음과 같다.

나. 청소년성보호법상의 피해자인 청소년의 의사능력

(1) 반의사불벌죄에서 피해자가 하는 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회는 소송행위로서 피해자에게 소송능력이 있어야 하고, 이러한 소송능력은 소송행위를 하는 당사자의 의사능력을 근간으로 형사소송절차의 독자 원리에 따라 구성된다고 함은 다수의견이 지적하는 바와 같다. 그리고 다수의견은 형사소송절차에서의 소송능력은 “피고인 또는 피의자가 자기의 소송상의 지위와 이해관계를 이해하고 이에 따라 방어행위를 할 수 있는 의사능력”이라고 하고, 고소능력은 판례를 인용하여 “피해를 받은 사실을 이해하고 고소에 따른 사회생활상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력”이라고 하면서도, 피해자인 청소년의 의사능력은 “그 나이, 지능 지적 수준, 발달성숙도 및 사회적응력 등에 비추어 그 범죄의 의미, 피해를 당한 정황, 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회가 가지는 의미·내용·효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력”이라고 하여 다소 그 내용을 달리 설명하고 있다.

(2) 우리 법질서는 미성년자에게 전적으로 이익이 되는 예외적인 경우를 제외하고는 미성년자가 단독으로 법률적으로 의미 있는 행위를 할 수 없도록 하고 있다. 우리 법질서가 전제하는 것은 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 인간이며, 자기결정권은 어떤 강압도 받지 않고 자신의 행위가 어떠한 법률적 효과를 불러올 것인가에 대한 것을 명확하게 인식한 상태에서 자유롭게 자신의 의사를 결정할 수 있는 경우에만 실현되는 것이기 때문이다. 미성년자에게도 자신의 일을 스스로 결정할 권리가 있지만, 판단력이 불완전한 미성년자에게 법률적으로 처분적인 효력을 가지는 행위를 단독으로 행사할 수 있도록 하는 것은 미성년자의 자기결정권에 대한 진정한 보호라고 볼 수 없다.

구체적으로 살펴보면, 민법상 미성년자의 행위능력은 제한되고, 민사소송법상 미성년자는 원칙적으로 소송행위를 할 수 없으며 단지 법정대리인에 의하여서만 할 수 있고(제55조), 형법상으로는 14세 미만의 형사미성년자의 행위는 벌하지 않으며(제9조), 형사소송법상 형법 제9조 등의 적용을 받지 아니하는 범죄사건에 관하여 피고인 또는 피의자가 의사능력이 없는

때에는 그 법정대리인이 소송행위를 대리하도록 하였고(제26조), 피고인이 미성년자임에도 변호인이 없는 때에는 법원이 직권으로 변호인을 선정하도록 하였으며(제33조 제1항 제2호), 피고인의 법정대리인은 피고인을 위하여 상소할 수 있고(제340조), 피고인이 상소의 포기나 취하를 할 때에는 법정대리인의 동의를 얻도록 하였으며(제350조), 유죄의 선고를 받은 자의 법정대리인에게도 재심청구권을 부여하고 있다(제424조 제3호). 이러한 일련의 규정은 미성년자인 피고인 또는 피의자의 의사능력이 불완전하다는 전제에서 법정대리인이나 변호인 등의 조력이 필요하다는 입법적 결단에 의한 것이다.

이와 같이 미성년자인 피고인이나 피의자에 대하여는 그 의사능력이 불완전하다는 입법적·현실적 평가가 전제되어 있는바, 이는 피해자 등 제3자가 소송행위를 하는 데에 대하여도 마찬가지라고 보아야 한다. 이에 따라 형사소송법은 피해자의 법정대리인에게도 고소할 수 있는 권한을 부여하였고(제225조 제1항), 증인이 16세 미만인 경우에는 선서하게 하지 아니하고 신문하도록 하는 등의 규정을 두고 있다.

반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 처벌불원 의사표시나 처벌희망 의사표시의 철회는 형사소송절차에서 피고인 또는 피의자에 대한 형사처벌 여부를 결정하는 법률행위적 소송행위로서 법원의 판단을 기다리지 아니하고 그 효력이 발생한다. 이와 같은 처분적인 소송행위인 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회를 청소년성보호법 제16조에서의 피해자인 청소년이 유효하게 하기 위하여는 피해자인 청소년이 완전한 의사능력을 보유하고 있어야 한다. 즉, ‘그 범죄의 의미, 피해를 당한 정황, 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회가 가지는 의미·내용·효과를 이해하고 알아차릴 수 있는’ 완전한 의사능력이 전제되어야 한다. 이 사건과 같은 성폭력범죄의 경우 위와 같은 소송행위는 피해 청소년의 입장에서 정신적·육체적인 상처에 대한 되새김질 뿐만 아니라 가해자인 피고인 또는 피의자에 대한 자기결정으로서 중요한 의미를 가지고, 피고인 또는 피의자의 입장에서는 형사처벌 여부가 평가를 내는 관건이 된다는 점을 고려하면 그 요청은 더욱 절실하다.

그런데 청소년대상 성폭력범죄의 피해자는 정도의 차이는 있으나 지능, 지적 수준, 발달성숙도나 사회적응력이 성인의 그것에 미치지 못할 것이고, 이에 따라 자신에게 가해진 범행의 의미, 피해를 당한 정황, 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회가 가지는 의미·내용·효과에 대한 이해 및 인식 능력 또한 마찬가지로 부족하다고 보아야 한다. 다수의견이 잘 설명하고 있듯이 고소능력은 ‘사실상의 의사능력’을 전제로 하지만, 처벌을 희망하지 않는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표시의 철회는 청소년에게 불리한 처분적인 법률행위를 하는 것으로서 ‘그 나이, 지능, 지적 수준, 발달성숙도 및 사회적응력 등에 비추어’ 판단되어야 하는 문제이므로 사실상의 의사능력만 갖추면 되는 고소능력과 같이 볼 수는 없다.

(3) 이 사건과 같은 성폭력범죄의 피해 청소년에게는 신체적·정신적 피해로 인한 손해가 발생하므로, 피해 청소년과 피고인 또는 피의자 사이에서 피해 청소년이 형사상의 합의를 하는 외에 민사상의 손해배상에 관한 합의를 할 경우를 예상할 수 있다. 민사 법률관계에서 피해 청소년은 행위능력이 제한되므로 피해 청소년이 단독으로 민사상 합의를 한다고 하여도 법정 대리인에 의하여 그 동의가 없었음을 이유로 취소될 수 있다. 만일 피해 청소년이 피고인 또는 피의자와 한 이른바 민·형사상 합의를 법정대리인이 받아들일 수 없다고 하여 취소하고 피해 청소년과 달리 피고인 또는 피의자에 대한 형사처벌을 강력하게 원하는 경우, 다수의견에 따른다면 소송능력이 있는 피해 청소년이 한 형사상 소송행위는 유효하다는 것이므로, 민·형사상 법률관계가 달라지는 혼란이 발생한다. 반대로 피해 청소년의 법정대리인이 피고인 또는 피의자와 민·형사상 합의에 이르렀으나 피해 청소년이 그러한 결과를 받아들이지 않고 피고인 또는 피의자에 대한 처벌을 강력하게 요구할 경우도 문제될 것이다. 그리고 이러한 혼란으로 인한 피해는 피고인 또는 피의자에게 고스란히 돌아가게 된다. 결국 이 문제는 형사소송절차에 있어서도 피해 청소년의 소송행위에 대하여 법정대리인이 관여할 수 있도록 하여 민·형사상 법률관계를 정합되게 함으로써 해결할 수밖에 없다.

우리 법제도 하에서 불완전한 의사능력이 전제되는 피해 청소년에게 단독으로 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시 또는 처벌을 희망하는 의사표사의 철회를 하도록 할 경우 피고인 또는 피의자와의 관계에서 부당한 회유·협박 등으로 인한 2차 피해의 발생 또한 염려된다.

(4) 따라서 청소년대상 성폭력범죄의 피해 청소년이 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 원하지 않는다는 의사표시를 하거나 처벌희망 의사표시를 철회하는 데에 대하여는 그 의사능력의 불완전성이 보완될 수 있도록 하여야 하는바, 법정대리인이 있는 피고인이 상소를 포기하거나 취하하는 데에는 법정대리인의 동의를 얻어야 하는 것과 같이(형사소송법 제350조 제1항), 법정대리인으로 하여금 그러한 의사표시에 동의하게 하는 절차를 거치게 하거나, 고소의 경우와 마찬가지로 독립하여 그에 대한 의사를 표시할 수 있도록 하는 방법 등이 필요하게 된다.

다. 성폭력범죄와 청소년 보호의 필요성

(1) 국가의 국민의 생명, 신체에 대한 보호 의무는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 불가침의 기본적 인권을 보장할 국가의 의무를 규정하고 있는 헌법 제10조, 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 대해서도 그 경지를 금지한 헌법 제37조 제1항, 범죄피해자의 국가구조청구권을 규정하고 있는 헌법 제30조 등의 내용으로부터 도출된다(헌법재판소 1997. 1. 16. 90헌마110등 결정 등 참조). 따라서 국가는 범죄로부터 생명, 신체를 훼손당한 범죄

피해자를 보호할 의무가 있고, 특히 국가의 보호를 필요로 하는 청소년들에 대해서는 그 보호의무가 강화된다. 이는 우리 헌법이 제27조 제5항에서 범죄피해자의 재판절차진술권과 제30조에서 범죄피해자에 대한 국가의 구조의무를 규정하면서 동시에 제34조 제4항에서 “국가는 …… 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다”고 규정하여 특별히 청소년에 대한 보호 의무를 천명하고 있는 데에서도 잘 알 수 있다.

따라서 신체적·정신적으로 성장단계에 있는 청소년을 보호하는 것은 국가의 당연한 의무로서 국가는 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 하는 보호 장치를 마련하여야 한다. 이러한 보호 장치는 다양한 범죄로부터 청소년을 보호하기 위한 경우에도 필요하며, 특히 청소년대상 성폭력범죄는 피해 청소년에게 성에 대한 왜곡과 자아의 불안정은 물론, 사회적 고립 등과 같은 문제를 발생시켜 그로 인한 피해가 가해 당시뿐만 아니라 성년이 된 이후 일생 동안 삶의 총체적 부분에서 지속되게 될 가능성이 높다는 점에서 청소년대상 성폭력범죄의 근절을 위한 국가의 노력은 각별히 요청된다. 국가는 청소년을 성폭력범죄의 피해로부터 보호하여 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 그 책무를 다할 의무가 있다.

(2) 성폭력범죄는 개인의 인격 내지는 사생활과 불가분적 관계에 있기 때문에 우리 형법에는 이에 적극적으로 개입하지 않고 그 소추나 처벌 여부를 개인의 의사에 맡겨온 것이 사실이다. 이른바 친고죄가 그것이다. 그러나 성폭력범죄가 개인에게 평생 동안 정신적·육체적으로 심대한 영향을 미치는 반인륜적, 반인권적인 중대한 범죄임에도 불구하고 형법이 소추와 처벌 여부를 전적으로 피해자 개인의 의사에 맡김으로써 개인의 인격과 사생활을 보호하는 측면보다는 범죄를 더욱 지능적이고 흉포화 되게 하는 결과를 야기하였다.

이에 입법자는 성폭력법을 제정하여 형법의 ‘강간과 추행의 죄’ 등에서 규율되던 성폭력범죄의 일부를 규율하도록 하였는바, 위 법률에서는 형법에 없던 규정을 신설함과 아울러 법정형을 강화하면서 성폭력범죄 피해의 특성을 고려하여 형사소송법 제224조에 대한 예외규정으로 성폭력범죄의 피해자가 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있도록 규정하고, 고소기간도 형법상 친고죄의 고소기간보다 연장하는 등의 보호규정을 두었다.

그리고 이러한 인식의 변화는 청소년의 성보호에 대한 관심을 불러일으켜 청소년을 대상으로 한 성폭력범죄에 대해서는 별도로 청소년성보호법을 제정하여 형법상의 범죄에 비해 처벌을 가중하는 규정을 두기에 이르렀다. 2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 구 청소년성보호법은 청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해 청소년을 위한 구제 및 지원절차를 마련하는 것 등으로 청소년을 성범죄로부터 보호하고 청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 하였고, 제3조에서는 그 해석·적용에 있어서 청소년의 권익을 우선적으로 고려하도록 하였다. 또한 제10조에서 청소년에 대한 강간·강제추행·준강간·준강제추행·위계 또는 위력에 의한 간음·추행(이하 ‘강간 등’이라고 한다) 등을 형법

상의 강간죄 등보다 가중하여 처벌하도록 하는 특별 규정을 두었으나, 청소년에 대한 강간 등의 죄가 친고죄인지 여부에 대하여는 명시적인 규정을 두지 아니하였다. 이에 대하여 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001도1391 판결은 형법 제306조가 구 청소년성보호법 제10조의 죄에도 그대로 적용된다고 판시함으로써 여전히 형법상의 친고죄에 해당한다고 보았다.

이를 전제로 하여, 2005. 12. 29. 법률 제7801호로 일부 개정된 구 청소년성보호법은 그 고소기간을 형사소송법 제230조 제1항의 규정에 불구하고 범인을 알게 된 날부터 2년으로 한다는 제10조의2의 규정을 신설하였다. 그 후 2007. 8. 3. 법률 제8634호로 전부 개정된 현행 청소년성보호법은 제7조에서 청소년에 대한 강간 등에 대한 종전의 처벌규정을 그대로 유지하면서, 제16조에서는 청소년성보호법 제7조의 죄, 형법 제297조부터 제300조까지의 죄와 제302조· 제303조· 제305조의 죄, 성폭력법 제11조 제1항의 죄에 대하여는 피해자의 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있되, 다만 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다고 규정하기에 이르렀다.

(3) 반의사불벌죄는 우리 형사법 체계상 비교적 경미한 범죄에 대해 그 손해가 충분히 보상되고 피해자가 그 처벌을 원하지 않을 경우에 국가가 굳이 나서서 형사적 제재를 가하지 않고 분쟁해결이 당사자 사이의 개인적 차원에서 이루어지도록 촉진하고 존중하는 제도이다. 형법상 폭행죄나 협박죄의 경우가 전형적으로 이에 해당한다. 그런데 청소년성보호법에서 청소년에 대한 성폭력범죄가 반의사불벌죄로 규정된 이유는 위와 같은 일반적인 의미에서의 반의사불벌죄를 인정하는 이유와는 그 내용이 사뭇 다르다. 청소년성보호법이 성폭력범죄를 반의사불벌죄로 한 것은 국가가 피해자나 법정대리인의 개입 없이도 용이하게 형벌권을 발동할 수 있도록 하기 위한 것이며, 이는 청소년 보호를 강화하기 위한 불가피한 선택이었다. 따라서 청소년성보호법에서의 반의사불벌죄는 피해자의 고소 없이도 수사가 개시되도록 하여 처벌의 실효성을 제고함으로써 청소년을 보다 두텁게 보호하려는 데에 그 취지가 있을 뿐 처벌의 유무를 오로지 청소년인 피해자 본인의 의사에만 맡기고 친권자 등 법정대리인의 후견적 역할을 배제하려고 하는 데에 그 취지가 있는 것은 아니다.

(4) 13세 미만의 미성년자에 대한 강간 등의 성폭력범죄는 성폭력법 제8조의2에서 가중처벌하고 있을 뿐만 아니라 같은 법 제15조에서 친고죄가 아님을 분명히 하고 있으므로, 반의사불벌죄로 하고 있는 청소년성보호법상 청소년대상 성폭력범죄는 13세 이상에서 19세 미만까지의 청소년을 대상으로 한다. **피해 청소년이 이와 같이 분포되어 있다면 그 연령에 따라 의사능력은 천차만별일 것이지만, 특히 13세에 근접하는 연령의 청소년이 법정 또는 그 밖의 장소에서 피고인 또는 피의자에 대한 처벌희망 여부의 의사를 제대로 표시할 수 있다고 볼 수는 없다. 이는 14세미만의 형사피고인의 행위는 벌하지 않는 우리 법제로 보면 명백하다.**

그런데도 형사소송법 등에서 친고죄와 달리 반의사불벌죄에 대하여는 법정대리인이 관여할 수 있는 규정을 명시적으로 두고 있지 않다는 이유만으로 일률적으로 피해 청소년이 그와 같이 중요한 의미를 갖는 소송행위를 단독으로 결정하도록 내버려두는 것은 헌법이 요구하는 국가의 책무인 청소년에 대한 보호를 방기하는 결과로 될 것이다.

한편, 우리 헌법은 제11조에서 평등원칙을 선언하고 있다. 헌법 제11조 제1항의 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 이러한 평등원칙은 입법자가 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지한다. 따라서 청소년을 보호하기 위한 제도는 청소년이 범죄 가해자이든 피해자이든 또는 형사적 문제에서든 민사적 문제에서든 구별 없이 같은 비중으로 다루어져야 한다.

형사소송법이 범죄 가해자가 미성년자인 경우 형사절차에서 아무런 불이익이 발생하지 않도록 여러 가지 제도를 두고 있으며 필요적 변호사건으로 다루어질 뿐 아니라 법정대리인 등의 조력을 받도록 하는 것은 그 의사의 불완전성으로 인해 발생할지도 모를 미성년자의 불이익을 사전에 차단하기 위한 것이다. 이것은 헌법을 비롯한 우리 법질서가 신체적, 정신적으로 미성숙한 미성년자를 특별히 보호하고 있는 정신에서 기인한 것임은 앞서 본 바와 같다.

국가 형벌권의 남용 가능성을 차단하여 공정한 형벌권의 행사가 되도록 하기 위한 형사 절차상의 위와 같은 배려나 민사상의 의사 보완 제도는 성폭력범죄의 피해자가 미성년자인 경우에도 똑같이 적용되어야 한다. 그렇지 않다면 보호가 필요한 미성년자라는 점에서 본질적으로 같음에도 불구하고 아무런 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 헌법상의 평등권을 침해하는 것이 된다.

일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석을 하여야 하는바, 미성년자에 대한 우리 법질서의 기본 원칙이나 국가의 기본권 보호의무 및 미성년자인 피해자도 피고인 또는 피의자와 동등하게 보호되어야 하는 점 등을 고려할 때 성폭력범죄의 피해자가 미성년자일 때에는 법정대리인 등의 조력을 받아 처분적 법률행위를 하도록 합헌적인 해석을 할 필요성이 어떤 경우보다 높다고 하지 않을 수 없다.

라. 죄형법정주의와의 관계

(1) 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 함부로 피고인에게 불리한 방향으로 유추해석 등을 하여서는 아니 되는 것이지만, 형벌법규의 해석에서도 법률 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도6525 판결, 대법원

2007. 6. 14. 선고 2007도2162 판결 등 참조). 한편 유추해석이란 개개의 법 규정을 확대 전개하여 법률이 예정하지 않은 새로운 금지규범 또는 명령규범을 창출하는 것으로서 해석의 범주를 이탈하는 것을 말한다고 일반적으로 설명된다.

청소년대상 성폭력범죄는 반의사불벌죄로서, 구성요건에 해당하고 위법한 것으로서 당초 피해 청소년의 처벌불원 의사표시나 처벌희망 의사표시의 철회와 같은 소송행위가 없는 경우에는 당연히 그 처벌이 예정되어 있는 것이다. 피해 청소년의 그와 같은 소송행위에 대하여 법정대리인이 관여한다는 의미는 불완전한 피해 청소년의 소송능력을 완성할 수 있도록 한다는 것일 뿐 법정대리인에게 피고인 또는 피의자에 대한 형사처벌 여부를 결정할 새로운 권한을 부여한다거나 소극적 소송조건의 요건을 강화함으로써 피고인 또는 피의자에 대한 가벌성의 범위를 넓히는 것도 아니므로, 이를 두고 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 어긋나는 법률 해석이라 할 것은 아니다.

(2) 앞서 본 바와 같이 우리 형법이나 형사소송법에는 피고인이 형사미성년자이거나 심신장애자인 경우 등에 관한 규정은 있으나, 피해자가 형사미성년자에 해당하는 연령이거나 심신장애자인 경우에 대한 별다른 규정이 없다. 그런데 다수의견에 의할 경우에도 피해 청소년이 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 불완전한 것으로 드러나게 되면 그 피해 청소년의 소송행위는 효력이 없다고 볼 수밖에 없을 것이다. 피해 청소년의 소송행위에 대하여 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 등으로 그와 같은 불완전한 의사능력을 보완하여 소송행위의 유효성을 인정받을 수 있도록 한다면 피고인 또는 피의자로서는 형사처벌에까지 이르지 않을 수도 있다. 이런 점에 비추어보더라도 피해 청소년의 처벌불원 의사표시나 처벌희망 의사표시의 철회와 같은 소송행위에 대하여 법정대리인의 동의를 받도록 하는 것이 법률이 예정하지 않은 새로운 금지규범 또는 명령규범을 창출하는 것으로서 유추해석에 해당한다고 할 수는 없다.

마. 이 사건의 경우

원심판결 이유에 의하더라도 피해자(여, 14세)가 제1심 법정에서 피고인들에 대하여 처벌을 희망하는 의사표시를 철회한 데에 대하여 그 법정대리인의 동의를 얻지 못하였다는 것인바, 그런데도 위 피해자의 위 피고인들에 대한 처벌희망의 의사표시가 유효하게 철회되었다고 하여 이 사건 공소를 기각한 원심판결에는 청소년성보호법 제16조에서의 피해자의 명시한 의사에 있어서 피해 청소년의 소송능력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다. 이상과 같은 이유로 원심판결은 파기되어야 한다.

5. 나오며: 법적인 관점으로만 청소년 차별 문제를 조감하기는 사실상 불가능

서론에서 내 자신도 한 때 청소년임을 이야기한 것은, 청소년은 성장과정에서 타자의 영향, 타자와의 상호작용, 타자의 시선 등이 중요한 역할을 하고 있음을 내 자신도 기억하고 있음을 말하기 위해서이다. 특히 청소년 그들만의 리그 안에서는 차별이 공기처럼 익숙해지는 상황이 쉽게 벌어질 수 있는데, 그 안에서는 차별은 알아차리기도 쉽지 않고, 침묵되고, 동조될 위험이 다분하다.²⁵⁾ 청소년의 차별 문제를 성인이 인식하는 것도 쉽지 않은 상황이다.

문제의 정확한 인식조차 어려운 상황이므로, 당연히 청소년 차별의 문제의 극복을 법적으로 접근하는 것은 용이하지 않다. 또한 청소년 차별은 청소년 그들만의 문화에서 다수자와 강자의 편견에 뿌리를 내리고 있어서, 구성원의 획기적인 인식의 변화가 없이는 차별을 근본적으로 극복하기 어렵기 때문이다.²⁶⁾ 국회와 지방자치단체가 만든 법규범들, 국가인권위원회의 결정례, 법원의 판례들을 살펴보면, 청소년 차별의 문제가 심각함에도 불구하고, 많은 부분들이 법적인 제도를 통하여 해결될 것이라 낙관할 수 없다는 점이 분명해 졌다고 생각한다. 교육제도 안에서 덮여 버리거나, 가정 내, 또는 보호자들의 중재에 의하여 국가 기관까지 문제 해결을 위해 출동하는 경우가 흔치는 않을 것이라 생각한다. 따라서 법적인 관점으로 청소년 차별의 내밀한 부분을 보는 것은 한계가 있다.

반면에 법적인 관점을 앞세워 청소년 차별의 문제를 풀어보려는 시도가 무조건적으로 바람직하다는 생각도 들지 않는다. 가령 청소년 차별 중 편견의 벽이 완강한 경우에는 법적인 수단이 청소년들의 반감과 저항을 받아서 역효과가 발생할 수도 있음이 우려된다. 따라서 법적인 수단을 동원할 때에는 청소년 본인의 관점을 치밀하게 반영하여 줄 수 있는 청소년 전문가들의 철저한 검증을 거친 후에 시도되어야 할 것이다.

따라서 현재는 차별의 문제를 시정하기 위하여 청소년을 포함한 국민을 대상으로 일반적인 차별금지법으로서 ‘국가인권위원회법’이 제정되어 있으나, 청소년이라는 대상의 특수성 때문에, 청소년기본법 등에도 차별금지의 일반원칙이 천명되어 있으며, 교육제도를 통한 문제해결을 도모하고자 각종 조례도 제정되어 있는 상황이다. 따라서 복합적인 차별구제 또는 차별시정 절차의 실행이 가능하다. 다만 언제든지 피해자의 입장에서 가장 즉각적이고, 효율적인 차별시정 방법이 무엇인지 개별적이고 구체적인 사안마다 고찰을 하고, 문제해결의 결과물들을 축적하

25) 김은영·구자혁·최윤영, 『차별과 연대-집단, 열광, 미디어의 사회심리학』, 도서출판 나경, 2014, 81면

26) 정인섭 편저, 『사회적 차별과 법의 지배』, 박영사, 2004, (송석운 교수 집필부분), 23면

여 일반화하는 것이 청소년 차별 문제의 합리적 해결방안에 도달하는 왕도일거라 생각한다.

마지막으로 덧붙이면, 청소년기에 작은 무리라도 소속감을 특히 중시했으며, 집단관계에서의 작은 상처에도 소외감을 느끼고, ‘왕따’를 당하지 않을까 노심초사하였던 기억이 난다. 그런데 집단따돌림은 대표적으로 힘의 우위에 있는 집단구성원들이 집단 내 약자인 특정인을 편가르기 하여 차별대우 하는 현상이다.²⁷⁾ 그 현상의 존재도 알고 심각성도 알면서도 법적인 방식으로 이를 해결하는 방안을 획기적으로 제시하기는 쉽지 않다. 청소년들에게 법의 엄정한 처벌만으로 겁을 주기에 오히려 반발심만 심어줄 것 같다는 생각이 들기 때문이다. 결국 일반적인 차별 문제를 진단할 때, 전제가 되는 ‘비교대상의 존재’ 조차도 청소년의 감수성과 정서를 이해하지 못하면서 접근하면 집단의 범위도 제대로 한정하지 못하여 오히려 독이 될 수 있다는 생각이 든다. 세상 모든 권위에 더 도전하고 싶었고, 항상 불만에 차 있던 청소년기를 회고하면 더 그런 생각이 드는 것 같다. 따라서 청소년 차별의 문제에 대한 법적인 해결 방법, 시정기구 등에 대해서 대략 검토한 결과, 작금의 상황에서 청소년 차별 문제는 법의 사각지대에 있음을 여실히 확인한 정도가 본 논문의 결론이다.

27) 표갑수·김혜정·유옥현·박영·김현진, 『인간행동과 사회환경(2판)』, 도서출판 신정, 2016, 112면.

참 고 문 헌

○ 국내문헌

- 김영란, 『판결을 다시 생각한다-한국사회를 움직인 대법원 10대 논쟁-』, 창비, 2015
- 김은영·구자혁·최윤영, 『차별과 연대-집단, 열광, 미디어의 사회심리학』, 도서출판 나경, 2014
- 이준일, 『차별금지법』, 고려대학교출판부, 2007
- _____, 『차별없는 세상과 법』, 홍문사, 2012
- 정인섭 편저, 『사회적 차별과 법의 지배』, 박영사, 2004
- 최봉영, 『한국 사회의 차별과 억압』, 지식산업사, 2005
- 최승철, 『차별금지법의 이해』, 도서출판 한울, 2011
- 표갑수·김혜정·유옥현·박영·김현진, 『인간행동과 사회환경(2판)』, 도서출판 신정, 2016

○ 번역서

- 데버러 헬먼 지음, 김대근 옮김, 『차별이란 무엇인가-차별은 언제 나쁘고 언제 그렇지 않은가-』, 서해문집, 2016

○ 참고자료

- 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-차별행위분야-(제1집)』, 2004
- 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-차별시정분야-(제2집)』, 2005~2006
- 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-차별시정분야-(제3집)』, 2007~2008
- 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-차별시정분야-(제4집)』, 2009~2011
- 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-인권정책, 침해구제, 차별시정-(제5집)』, 2012
- 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-인권정책, 침해구제, 차별시정-(제6집)』, 2013
- 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-인권정책, 침해구제, 차별시정-(제7집)』, 2014
- 한국여성개발원·한국청소년개발원, 『청소년대상 차별개선 교육 프로그램 개발』, 2004

법의 사각지대에 놓인 청소년 차별 문제

인 쇄 2016년 11월 22일

발 행 2016년 11월 22일

발행처 한국청소년정책연구원

세종특별자치시 시청대로 370

발행인 노 혁

등 록 1993. 10. 23 제 21-500호

인쇄처 경성문화사 044-868-3537

사전 승인없이 보고서 내용의 무단전재·복제를 금함.

구독문의 : (044) 415-2125(학술정보관)

클로키움자료집 16-S40

법의 사각지대에 놓인 청소년 차별 문제

 **한국청소년정책연구원**
National Youth Policy Institute

30147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 사회정책동 한국청소년정책연구원 6/7층
370 Sicheong-daero, Sejong-si, 30147, Korea
Tel. +82-44-415-2114 Fax. +82-44-415-2369 www.nypi.re.kr