

법 상 금지된 표현인지 명확히 지적하고, 2) 해당 표현을 허용함으로써 국가안보에 위태로운 결과를 가져왔다는 사실을 정부가 입증했는지 판단해야 한다는 것이 유엔인권위원회가 적용하는 기준의 핵심이다. 단순히 국가안보를 저해할 것이라는 개연성이나 가능성만으로는 처벌할 수 없는 것이다.

7. 헌법재판소 판결

국가보안법 제7조 제1항과 제5항의 위헌여부는 1987년 헌법개정과 더불어 설치된 헌법재판소에 의해 결정되었다. 1990년 헌법재판소는 1980년에 개정된 국가보안법 제7조가 표현의 자유를 침해할 여지가 많다는 사실을 인정하면서도, 표현의 자유를 침해하지 않도록 해석-적용하는 한 위헌은 아니라고 판결했다. 이 조항을 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"로 제한해 해석한다면 "표현의 자유의 우월적인 지위"가 유지된다는 것이 헌법재판소의 결정이었다.

헌법재판소는 국가보안법 제7조가 표현의 자유를 침해할 수 있다는 점을 분명히 했다. 우선 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정이 지나치게 포괄적이고 막연하다는 점을 인정했다.⁴⁷ "어느 북한 어린이를 두고 노래를 잘한다는 말"이나 "북한측이 남북문화교류 제의를 하였을 때나 국제경기에 남북단일팀 출전 제의를 하였을 때에도 이에 찬의만 표해도" 찬양-고무 조항에 저촉될 수 있고, 이로 인해 기본권이 침해될 여지가 있다고 보았다. 헌법재판소는 국가보안법 제7조가 "국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어" 있기 때문에 헌법이 보장한 언론-출판의 자유, 학문-예술의 자유, 양심의 자유를 침해할 가능성이 있다고 인정했다.

따라서 국가보안법 제7조를 문자 그대로 엄격히 해석-적용한다면 "북한문제에 관한 한 비난 빼고는 하고 싶은말, 쓰고 싶은 글, 그리고 학술적 활동이나 예술활동이 일체 금기가 될 소지가 생길 것이며 북한의 남침정책이나 대한민국의 체제전복과 관계가 없는 무해한 표현행위라 하더라도 안심하고 자기 의사의 창달이 힘들게 된다"고 헌법재판소는 예상했다. 결과적으로 "국가의 존립-안전의 법의 수호의 목적도 달함이 없이 국민의 표현의 자유만 위협하고 위축시킬 경우"가 생길 수 있다는 것이었다.

헌법재판소는 국가보안법 제7조의 "적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적"이기 때문에 "법운영 당국에 의한 자의적 집행, 허용할 소지"도 있다고 보았다. 법운영 당국이 "사람에 따라서는 법규의 문언 그대로 적용하여 합헌적인 행위까지도 처벌하여 기본적 인권을 침해할 수 있는가 하면, 그 운영당국은 가능한 한의 축소해석을 통해 위헌성을 띠는 행위마저 처벌을 면제시킬 수" 있기 때문에 국가보안법 제7조는 "정부비판세력을 견제하는 수단으로 오용 내지는 남용의 소지"를 안고 있다는 것이었다. 이러한 자의적 법집행은 법치주의에 어긋나는 것으로 헌법 제11조의 평등권을 침해하는 것"이라고 헌법재판소는

설명했다.

이처럼 기본권 침해의 여지가 크에도 불구하고 헌법재판소는 국가보안법 제7조에 대해 위헌판정을 내리지 않았다. 법률적으로는 위헌의 소지가 많은 법조항이지만, 정치적, 군사적으로 필요한 조항이라는 이유 때문이었다. 국가보안법 제7조의 "완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량성 더 클 것"이고, "형법상의 내란죄나 외환죄"는 "국가의 자기안전-방어에는 다소 미흡하다"는 것이 헌법재판소가 제시한 이유였다.

헌법재판소는 국가보안법 제7조 1항에 대해 한정합헌 판결을 내리는 대신, "표현의 자유의 우월적 지위"를 지켜줄 해석기준을 제시했다. "국가의 존립-안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한"하라는 것이었다. 그렇게 될 경우 "법운영 당국의 제도외적 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태"는 예방할 수 있고, "처벌범위의 불명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지"도 없어질 것이라고 헌법재판소는 주장했다. 헌법재판소는 "국가의 존립-안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협 침해하고 영토를 침략하여 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴 마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 동일 것"이라고 해석했고, "자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유-평등의 기본 원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴-변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것"으로 해석했다. 그러나 헌법재판소는 "실질적인 해악"이나 "명백한 위험성"은 어떻게 판별할 것인지에 대해서는 아무런 제시도 하지 않았다.

한편 변정수 재판관은 반대의견을 통해 국가보안법 제7조가 위헌임을 강력히 주장했다. 그는 국가보안법이 죄형법정주의에 반하는 것이라면서 "국가보안법은 구성요건이 너무 애매하여 명확성이 결여되고 지나치게 광범위할 뿐더러 반국가단체에 이로울 수 있는 의사표현은 그것이 대한민국에 현실적으로 해악을 끼칠 위험성이 명백한 경우이건 아니건간에 무조건 규제대상으로 삼는 것이어서 정부에 대한 비판이나 북한 등 공산계열에 관한 진실한 보도나 정당한 평가 또는 합리적인 언급조차도 권력의 선택에 따라 처벌"할 수 있기 때문에 "민주주의의 기초인 건전한 여론형성을 저해"한다고 주장했다.

그는 표현의 자유가 "헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데에서도 특히 중요한 기본권이"며, 그러기에 의사표현에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐더러 그 의사표현행위를 처벌하기 위해서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로

은 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고, 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야"한다며 "명백하고도 현존하는 위험의 원칙"을 주장했다. 그는 국가보안법이 "대한민국의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리에 명백한 현실적인 위험이 있거나 없거나를 가리지 아니하고 다만 반국가단체에 이रो울 수 있다는 이유만으로 무조건 표현행위를 제한하고 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서" 국가보안법은 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 법률이라고 주장했다. 그는 국가보안법 제7조는 "위헌성이 너무나도 뚜렷한 법률"이라면서 "한정적으로 제한해석하여 합헌결정을 내린다 하더라도 그 위헌성이 치유되는 것이 아니"라고 주장했다.

1991년 개정된 국가보안법 제7조에 대해서도 헌법재판소는 합헌판결을 내렸다.⁴⁸ 헌법재판소는 구 국가보안법에 대해 합헌판결을 내렸던 7년전과 남북간의 상황이 크게 달라져 있지 않음을 지적하면서 국가보안법의 필요성을 재차 강조했다. 헌법재판소는 "남-북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 엄연한 현실"이라면서 "현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의 체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점"을 고려해야 한다고 주장했다.

헌법재판소는 1990년의 한정합헌결정의 취지를 국회가 적극 수용하여 91년 국가보안법 제7조의 범죄구성요건에 "국가의 존립-안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서"라는 범죄구성요건을 추가했기 때문에, 개정된 조항은 과거의 조항이 갖고 있던 "개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 거의 제거되고 범죄의 구성요건이 훨씬 명확히 규정"되었다고 평가했다. 따라서 국가보안법 제 7조는 "표현의 자유의 본질적인 내용을 침해하거나 이를 필요 이상으로 지나치게 제한할 위험성이 있다고 할 수 없고 또 죄형법정주의에 위배된다고도 할 수 없어, 헌법에 위반되지 아니한다"고 선언했다.

헌법재판소가 국가보안법 제7조의 합헌의 조건으로 제시한 해석기준 즉, "국가의 존립-안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성"은 유엔 인권위원회가 제시한 인권보호 기준과 큰 차이를 보이지 않는다. 인권위원회는 1) 어떤 표현이 국가보안법 상 금지된 표현인지 명확히 지적하고, 2) 해당 표현을 허용함으로써 국가안보에 위태로운 결과를 가져왔다는 사실을 정부가 입증하도록 요구했다. 전자는 헌법재판소가 요구한대로 "명백한 위험성"을 입증함으로써, 후자는 "실질적인 해악"을 입증함으로써 충족시킬 수 있는 것이다. 그러나 헌법재판소는 실제 이러한 기준이 법원에서 적용되고 있는지 점검하지는 않았다. 1990년 구 국가보안법 제7조에 대해 한정합헌 판결을 내리면서, 헌법재판소는 동 조항의 오용과 남용의 여지를 인정했지만, 실제 사례나 판례를 언급하지는 않았다. 1997년, 현행 국가보안법 제7조의 합헌판결을 내리면서도 헌법재판소는 과연 7년전에 설정한 적용 기준 즉, "국가의 존립-안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성" 기준이 실제로 법원에서 적용되어 왔는지는 언급하지 않았다.

8. 헌법재판소 판결 이전의 대법원 판결

1) 판결경향

헌법재판소가 제시한 국가보안법 제7조의 해석기준인 "국가의 존립-안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성" 기준은 1990년의 한정합헌 결정이 내려지기 이전의 대법원 판례나 1990년 이후 지금까지의 대법원 판례에서도 전혀 발견되지 않고 있다. 즉 과거나 현재나 대법원은 국가보안법 제7조를 적용함에 있어 "실질적 해악"이나 "명백한 위험성"을 유죄입증의 조건으로 요구하지 않았다.

1990년 이전의 대법원은 표현의 자유 보다는 국가안보에 우월성을 두었고, 심지어는 표현의 자유가 보장되는 상황을 예외적이라고 규정하기도 했다. 국가안보를 저해할 만한 표현행위가 보호를 받으려면 "그 (표현)행위의 동기나 목적이 정당하여야 하고 그 행위의 수단이나 방법이 그 행위에 의하여 보호되어야 할 법익의 유지를 통한 가치의 실현과 한편으로는 그 행위에 의하여 침해되는 다른 이익과를 비교 교량하여 두 법익 사이에 균형이 이루어지고 따라서 사회 윤리적 관점에서 그 수단의 상당성이 인정되어야 하며 그 행위 당시의 정황에 비추어 그 행위가 긴급을 요하고 부득이 한 것이었을 뿐만 아니라 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없거나 또는 현저하게 곤란하여야 한다"고 대법원은 선언했다.⁴⁹ 유엔인권위원회가 요구한 것처럼 정부는 오직 긴급한 상황하에서만 표현의 자유를 규제할 수 있다는 것이 아니라 긴급한 정당성이 없는 표현은 보호할 수 없다는 것이 대법원의 논리였다.

이 시기 대법원에서 결정한 국가보안법 제7조 관련 판결은 대부분 그 표현내용이 북한의 주장과 동일하거나 상통한다는 이유만으로 유죄를 확정했다. 즉 북한의 주장과 비슷한 주장을 하거나, 그러한 주장이 담긴 책자를 소지 했다는 것만으로 국가보안법 제7조 위반이 성립되었다. 표현의 자유의 "우월적 지위"는 전혀 고려대상이 아니었고, 학문의 자유도 "순수한 목적의 진리 추구"만 인정했다. 북한을 이롭게 할 만한 서적을 소지하거나, 읽거나, 교육에 사용한 것은 순수한 학문 목적이 아니라고 대법원은 주장했다. 대법원의 입장에서는 학문의 자유보다는 국가안보가 훨씬 우월적인 지위에 있었기 때문이었다.

2) 해악한 경향(bad tendency) 기준

1990년 헌법재판소판결 이전 대법원이 국가보안법 제7조 위반사건에 적용한 법적기준은 소위 "해악한 경향(bad tendency)"기준을 적용했다. 즉 실제 표현 내용이 어떤 해악이나 위험을 가져오는지 관계없이, 단지 해악을 끼칠 가능성이 있다는 이유만으로 처벌하는 것이었다.⁵⁰ 17세기 영국의 전제왕조가 비판세력을 차단하기 위해 적용했었던 이 법적 기준은 실제로 국가안보를 해칠 적극적인 의도나 목적이 없다하더라도, 그런 결과를 가

저울 수도 있다는 점을 알면서도 반국가적 표현을 하면 처벌할 수 있다고 보았다. "해악한 경향(bad tendency)" 기준은 20세기 초반 영미법에서는 표현의 자유를 보장하기 위해 "명백히 현존하는 위험(clear and present danger)" 원칙으로 대체되었다.⁵¹ 그러나 1980년대 우리나라 대법원은 "해악한 경향(bad tendency)" 기준에 철저히 입각해 국가보안법 제7조를 해석했다.

대법원은 국가보안법 제7조를 적용함에 있어 "그 행위의 내용이 객관적으로 반국가단체의 이익이 될 수 있어야 하고, 주관적으로는 반국가단체에 이롭다는 인식을 요한다"고 선언했다.⁵² 이 경우 반국가단체에 이익이 된다는 것은 "구체적, 객관적으로 이익이 될 수 있게 하였다는 명백한 증거를 필요로 하지 않고 추상적으로 이익이 될 수 있는 개연성만 있으면 된다"고 설명했다.⁵³ 즉 북한의 주장과 동일한 주장을 하거나 그러한 내용이 담긴 표현물을 소지·반포한 것만으로 반국가단체에 이익이 되는 행위로 간주되었다. 설사 시중에서 합법적으로 판매되는 서적이라도 하더라도 그 일부 내용이 "반국가단체의 활동을 찬양, 고무하거나 동조하는 부분"이 있다면 이적표현물로 인정하기도 했다.⁵⁴

한편 "주관적으로는 반국가단체에 이롭다는 인식을 요한다"는 범죄구성요건에 대해서도 "해악한 경향"의 원칙에 충실했다. 즉 이적표현을 하거나 이적표현물을 소지했다는 것 자체가 그러한 인식을 하고 있는 것으로 추정되었다. 이적목적의 고의성이 입증되지 않았다 하더라도, 이적행위가 될 수도 있다는 것을 알수 있었다는 "미필적 인식"만 추정되면 국가보안법 제7조의 위반으로 간주한 것이다. 이때 대법원이 이적성 인식정도를 파악하는데 적용한 기준은 "피고인들의 지식정도"였다.⁵⁵ 대법원은 "정상적인 정신과 상당한 지능상식을 가진 사람이면 그 행위가 반국가단체를 이롭게 하는 것이라고 인식하거나 또는 이익이 될 수 있다는 미필적 인식"이 있는 것으로 간주했다.⁵⁶ 대법원은 거듭된 판결에서 "반국가단체 등의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하여, 반국가단체를 이롭게 하는 행위에는 그 행위자에게 목적의식 또는 의욕이 있음을 요하지 않고 다만 그와 같은 행위가 반국가단체를 찬양하는 행위가 된다는 인식만 있으면 족하다"고 선언했다.⁵⁷

한편 대법원은 한 대학생이 취중에 사회주의 제도 도입을 주장하고 미국을 비난한 취중 언동으로 인해 적용된 국가보안법 위반사건에 대해 "북괴에 이롭다고 인식한 점을 뒷받침할 자료"가 부족하다는 이유로 유죄판결을 파기환송하였다.⁵⁸

대법원은 "해악한 경향"의 기준에 입각해, 표현내용이 남한의 대북정책, 국방정책, 외교정책과 배치된다는 이유만으로 이적표현물로 간주했다. 그러한 표현이 실제 국가안보에 미치는 "명백한 위험"이나 "실질적 해악"은 고려하지 않았다. 대법원은 "반미투쟁의 상징으로 시위도중에 성조기를 소각하는" 것이나 "부산 미국문화원 방화사건을 찬양"하는 것, "한-미관계를 정치, 경제적 종속관계로 단정"한 내용이 담긴 유인물을 제작 배포한 것 등은 국가보안법 제7조 위반이라고 판결했다. 그 표현내용이 "주한미군철수를 주장하고 우리 사회경제체제를 미-일등 제국주의의 식민지 내지 매관체제 또는 종속적 지배관계로 허위 선전하여 반미활동을 책동하고 있는 북한공산집단을 이롭게" 했기 때문이라고 대법

원은 밝혔다.⁵⁹

대법원은 한 시집의 내용이 "8.15해방후, 정부 당국의 좌익학생에 대한 단속을 민족에 대한 부당한 탄압으로 각색하면서 공산주의 활동을 하다가 죽어간 학생들을 예찬하고 조선인민공화국 만세를 외치는등 공산주의 노선을 지지하고 있고," 시집에서 사용한 용어들이 "인민, 동무, 공청 붉은동무, 붉은시 등 북괴에서 사용하는 용어"라는 점을 들어 국가보안법상의 이적표현물로 간주했다. "극심한 부정부패와 극에 달한 사치풍조화와 불만을 조장하고, 하류계층으로 하여금 계급적 반항의식을 고취시킬 수 있는 요인을 조성할 뿐 아니라 상류계층으로 인하여 이 사회는 멸망하고 만다는 당위성을 강조" 한 것은 "객관적으로 북괴의 대남선전 활동과 그 내용을 같이 하고"있는 것이기에 국가보안법 제7조에 저촉이 된다는 것이었다.⁶⁰

대법원은 또한 우리나라 교육제도를 비판하는 내용을 담은 잡지의 발행도 국가보안법 제7조위반으로 판결했다. 그 내용이 "단지 우리나라의 현행 교육제도에 관한 모순점을 지적한데 불과한 것이 아니라 나아가, 계층간에 압력과 불화를 조장하며, 우리의 사회, 경제체제를 선진자본주의 국가의 신식민지 내지 종속관계로 선전하면서 반미사상을 고취, 선동하고, 자본주의 체제 자체를 비방하며, 반공교육등을 비난하는 등의 내용이 포함"되어 있기 때문이었다.⁶¹ 대법원은 "자본주의의 과거와 현재(Capitalism Yesterday and Today)"라는 책을 소지한 것도 국가보안법 제7조 위반으로 간주했다. 그 책은 "마르크스 유물사관에 입각하여 자본주의의 발전, 변화과정을 계급착취의 관점에서 보고, 레닌의 제국주의론에 기초하여 노동자에 대한 자본가 계급의 착취체제로서의 자본주의가 발전됨에 따라 필연적으로 독점자본주의로 진전될 수 밖에 없으며, 선진자본주의 국의 저개발국가를 침탈, 식민지 지배를 필연적으로 행하게 되며, 자본주의를 생산의 무정부로 규정하여, 자본주의에서 사회주의에로의 이행이 필연적이라는 결론을 도출"했기 때문에 "북한공산집단의 선전, 선동활동을 이롭게하는 불온서적"이라고 판결했다.⁶²

대법원은 표현내용이 제기한 위험이나 해악 보다는 이념적으로 수용할 수 없기 때문에 국가보안법으로 처벌한다는 것을 직접 밝히기도 했다. 소위 삼민투위 사건의 유죄를 확정하면서 대법원은 "노동자, 농민, 도시빈민을 핵심세력으로 하고 그 밖에 정치, 경제, 사회, 문화적으로 소외되고 있는 사람들, 즉 민중이 주체가 되어 군부독재정권을 타도하고 미제국주의 등 외세를 배격해야만 민족통일이 가능하다"는 피고인들의 주장은 "정당하다 할 수 없고 현재의 상황이 피고인들의 주장처럼 지배계급과 피지배계급의 대립이 극한 상황을 이루고 있다고는 인정되지 아니"하기 때문에 국가보안법 제7조의 적용대상이라고 판결했다.⁶³

3) 학문의 자유의 범위

대법원은 학문의 자유를 대부분 매우 좁게 해석해 기본권으로서의 의미를 희석시켰다. 대법원은 "종교나 학문 또는 예술을 내세워 자유권을 보장하는 바로 그 헌정질서를 파괴하여 국가의 안정과 사회질서를 위태롭게 할 수 없음은 당연한 일이므로 비록 이들 자유

권을 제한하는 유보규정이 없다고 하더라도 이들 자유를 표방하여 국가의 안전보장 및 공공의 질서와 선량한 풍습 또는 공공의 복리를 위한 그 어떠한 법에 반하는 행위도 국민의 기본권이론에 의하여 정당화 될 수"없다고 선언했다.64

따라서 헌법상 보장된 학문의 자유도 진리의 탐구를 순수한 목적으로 하는 경우에 한하여 보호를 받는 것이므로, 반국가단체들을 이롭게 할 목적으로 공산주의관련 서적을 소지하고 있었다면 그것은 학문의 자유의 한계를 넘은 것이라고 대법원은 거듭 판결했다.65 대법원은 "객관적으로 복괴의 대남선전활동과 그 내용을 같이하는 내용이 담긴 서적을 반국가단체를 이롭게 한다는 인식하에 소지하고 있었다면 그것은 학문의 자유에 대한 한계를 넘은 것"이라고 판결했다.66 대법원은 또 "복괴 또는 국외 공산계열의 활동을 찬양, 고무하거나 이에 동조할 목적으로 표현물을 제작, 반포, 취득하는 행위는 이미 학문활동이라고 할 수 없는 것"이라고 판결했다.67 좌경의식화 교육은 결코 순수한 학문연구가 아니기 때문에 그러한 목적으로 이적표현물을 소지한 것은 마땅히 국가보안법 제7조에 따라 처벌되어야 한다고 판결했다.68

대법원이 예외적으로 "학문의 자유"에 "우월적인 지위"를 부여하는 경우도 있었다. 이에 따라 한 경제평론가의 "매판경제인"이라는 논문이 비록 "일부 과격한 용어를 쓰고 있기는 하나 현행 헌법에 수용될 수 있는 비판적, 학문적 고찰"이라는 판정을 받아 국가보안법상 이적표현물 소지 혐의에 대해 무죄판결이 내려지기도 했다.69

대법원은 "학문의 자유"를 침해하는 경우, "불법목적의 인정은 확실하고 객관적인 증거에 의한 엄격한 증명"을 요한다면서, 사회주의 경제이론 서적을 소지한 대학생에게 적용된 유죄판결을 파기환송하기도 했다. 단순히 "학문연구를 위하여 취득, 보관한 연구자료가 반국가단체 또는 국외공산계열의 사상, 가치체계에 관한 것이라는 사실만으로" 불법 목적을 추정해서는 안된다고 대법원은 설명했다. 그 이유는 "원래 학문의 연구는 기존의 사상 및 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 것을 창출하려는 노력이므로 연구의 자료가 그 사회에서 현재 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉되는 것이라고 하여도 용인되어야 할 것"이라면서, 국가보안법에 관한 대법원 판례상 예외적으로 기본권 보호에 충실한 입장을 취했다.70

전반적으로 볼 때, 1990년 헌법재판소판결 이전의 대법원의 국가보안법 제7조 관련 판결은 철저히 "해악한 경향(bad tendency)"기준을 적용했다. 국가안보에 "명백한 위협"이나 "실질적 해악"의 존재여부는 전혀 대법원이 적용한 기준이 아니었다. 대법원은 표현 내용이 실제로 어떤 해악이나 위협을 가져오는지 관계없이, 단지 해악을 끼칠 가능성이 있다는 이유만으로 처벌했고, 이적성 표현을 하거나 그러한 서적을 소지했다는 것만으로 "미필적 인식"이 추정하여 유죄를 인정했다. 따라서 그 표현내용이 북한의 주장과 동일하거나 상통한다는 이유만으로 유죄가 입증되곤 했다. 대법원은 학문의 자유도 "순수한 진리 탐구"만을 인정해 기본권으로서의 의미를 희석시켰다.

9. 헌법재판소 판결 이후의 대법원 판결

1) 판결경향

헌법재판소가 국가보안법 제7조에 대해 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"에만 적용하는한 합헌이라는 판정이 내려진 이후에도, 대법원은 국가보안법 해석 기준을 전혀 적용하지 않았다. 대법원은 종전과 같이 북한이 반국가단체라는 입장은 계속 유지함으로써 국가보안법의 당위성을 거듭 옹호했다. "아직도 북한이 막강한 군사력으로 우리와 대치하면서 우리사회의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 포기하였다"는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황"을 강조한 대법원은 "국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 법률"로 그 목적에 비추어 "합리적으로 해석하는 한" 본질적으로 죄형법정주의를 침해하는 것이 아니라고 거듭 주장했다.71

헌법재판소 판결이후에도 대법원은 종전과 마찬가지로 북한을 반국가단체로 규정하고, 북한의 주장과 동일하다는 이유만으로 국가보안법상 금지된 이적표현으로 간주했다. 역시 종전과 마찬가지로 대부분의 경우 "미필적 인식"을 추정할 수 있다면 이적의도가 있는 것으로 받아들였다. 1992년 부터는 학문상의 표현과 구별하기 위해 "적극적이고 공격적인 표현"이라는 기준을 일부 판결에서 적용했지만 명확하고 구체적으로 그 기준을 설명하지는 않았다. 대법원은 "어떤 표현물에 이적성이 있는가의 여부는 법원이 경험법칙과 논리법칙에 따라 자유심증에 의하여 판단할 성질의 문제"라고만 할 뿐이었다.72 대법원은 "표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여" 표현물의 이적성 여부를 결정해야한다고 판결하기도 했다.73 그러나 실제로는 북한의 주장과 동일하다는 것만으로 국가보안법 제7조 위반으로 간주되는 경우가 대부분이었다.

결국 헌법재판소가 정한 기준이나 유엔 인권위원회에서 요구한 기준, 즉 해당 표현을 허용함으로써 실제로 국가안보에 위태로운 결과를 가져왔다는 사실을 정부가 입증해야 한다는 취지는 고려의 대상이 아니었고, 과거와 다름없이 "해악한 경향(bad tendency)" 기준에 입각해 대부분 판결이 내려졌다. 헌법재판소 판결이후 대법원 판결에 나타난 변화라면 어떤 부분의 표현이 금지된 이적표현인지 비교적 상세히 지적하는 경향이 나타난 것었다. 90년 이전의 판결에서는 찬양, 고무, 동조의 구분이나 근거가 거의 제시되지 않은 채 무조건 이적표현이라고 결정한 사례가 많았다. 그러나 90년대 이후로는 북한의 입장과 "케를 같이 한다," "상통한다"는 등이 이적성 성립 근거로 제시되곤 했다.

그러나 정확한 법적 기준이나 판결근거를 제시하지 않고 유죄판결을 확정하는 대법원의

판결관행은 헌법재판소결정 이후에도 계속되었다. 대법원은 5월 민중항쟁과 민족미술운동에 대해 강연하고 민족해방운동사 라는 제목의 걸개그림을 제작하고 민족해방운동사 슬라이드를 평양축전미술전람회에 전시케 한 것은 국가보안법 제 7조 제5항을 위반한다고 판결했지만, 아무런 법적 기준도 제시하지 않았다.⁷⁴

2) 해악의 경향(bad tendency) 기준

대법원은 표현내용에서 이적성이 발견되면, 미필적 인식으로 이적성을 추정해 유죄를 인정하는 "해악의 경향(bad tendency)" 원칙을 고수했다. 구 국가보안법 제7조나 91년 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 단서조항이 삽입된 현행 국가보안법 제7조나 상관없이 미필적 인식만으로 이적의도가 성립된다고 보았다. 대법원은 "당원의 종전 판례 가운데는 표현물 자체의 이적성에 치중한 나머지 목적범의 설시를 소홀히 하여 오해를 일으킬 소지"가 있었음을 인정하기도 했다.⁷⁵ 그럼에도 불구하고 이적성 추정원칙은 달라지지 않았다. "객관적으로 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동 등의 활동에 동조하여 반국가단체나 그 활동을 이롭게 하거나 그 이익이 될 수 있는 내용이 담겨 있는 이적표현물을 그와 같은 인식을 하면서도 이를 취득·소지 또는 제작, 반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식은 있는 것으로 추정"했다.⁷⁶ 대법원은 "적극적 의욕이나 확정적 인식"은 필요없고 "미필적 인식"만 있으면 국가보안법 제7조 제5항의 범죄구성요건은 충족되는 것이라면서 이적성 추정원칙을 거듭 천명했다.⁷⁷

대법원은 국가보안법 제7조 제1항의 "반국가단체의 활동에 동조하여 이를 이롭게 하는 행위"라는 범죄요건이 성립하기 위해서는 "정상적인 정신과 상당한 지능상식을 가진 사람이 그 행위가 반국가단체를 이롭게 한다는 것을 인식하거나 또는 이익이 될 수 있다는 미필적인 인식이 있으면 충분하며 그 행위자에게 반국가단체를 이롭게 하려는 목적의식(의욕)을 필요로 하는 것이 아니"라고 거듭 밝혔다.⁷⁸ 헌법재판소 판결 이전의 논리와 전혀 달라지지 않은 것이다.

그러나 이적성 인식에 대해서도 조금 그 기준을 엄격히 규정하여 이적목적의 입증을 요구하는 사례도 있었다. 대법원은 학교 도서관에 보관된 한국민중사, 아리랑, 레닌의 유물론과 경험비판론 등의 이적표현물을 탐독했다는 이유로 국가보안법 위반혐의자 적용된 교사에 대해 "설사 각 책자의 이적성을 인식하였다고 하여도 이것만으로 이적행위목적이 있었다고 볼 수 없으며, 달리 이적행위목적이 있었음을 인정할 만한 증거가 없다"는 이유로 유죄를 선언한 원심을 파기환송하였다.⁷⁹ 이적성 인식 추정의 원칙을 적용하지 않은 것이다.

대법원은 또한 "미필적 인식" 추정의 범위를 축소하기도 했다. 즉 단순한 인식 만으로는 부족하고 판매등 적극적 행위를 했을 때 미필적 인식을 추정할 수 있다는 논리였다. 이에 따라 "피고인의 신분, 직책, 위 책자들을 소지하게 된 경위를 종합하면, 피고인이 설

사 그 책자 자체의 이적성을 인식하였다고 하더라도 이것만으로는 피고인에게 이적행위 목적이 있었다고 볼 수 없다"면서 미필적 인식이 추정되는 경우는 표현물의 내용이 이적성을 담고 있는 것임을 인식하면서도 이를 제작 판매"한 경우라고 판결했다.⁸⁰

3) 학문의 자유의 범위

대법원은 "이적성 인식 추정원칙"이 배제되는 예외적인 경우를 "오로지 학문적인 연구나 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적목적이 없었다고 보여지는 자료가 나타나"는 경우나, "정책개발이나 학문연구등 순수한 목적 등으로 이를 제작·반포·소지"한 경우로 한정했다.⁸¹ 즉 학문의 자유가 보장되는 것은 예외적인 경우로, 이를 피고인이 입증해야 한다는 것이 대법원의 입장이었다. 대법원은 "기록상 피고인의 행위가 학문연구의 목적 등으로 한 것이었지 이적의 목적이 없었다는 자료를 찾아 볼 수" 없다는 이유로 이적표현물 소지죄를 적용하기도 했다.⁸² 피고인이 "학문적인 연구나 오로지 영리추구 또는 호기심에 의한 것이라고 볼만한 자료"를 제시하지 못했기 때문에 이적표현물 소지죄를 적용한다고 판결하기도 했다.⁸³

대법원은 학문의 자유를 주장할 수 있는 사람을 "학문을 하거나 지식습득을 필요로 하는 사람"이라고 규정하고 그들에게는 보다 관대한 기준을 제시하기도 했다. "일반적으로는 이적표현물을 그 이적성을 인식하면서 소지한 경우에는 이적목적이 있었다고 추정하는 것이 원칙이라고 하겠으나, 학문을 하거나 지식습득을 필요로 하는 사람이 그 전공분야에 관련한 서적이나 자료를 소지한 경우에는 거기에 이적성을 담고 있는 내용이 포함되어 있었다고 하더라도 이는 학문적 연구나 지식습득을 위하여 소지하였다고 추정"하는 것이 타당하다고 보았다. 그러나 그런 경우에도 "오로지 그가 전공하는 학문에만 관련이 있다거나 그 분야에 관한 연구를 위하여 필요한 것이라고 인정되는 경우에만 이적목적이 없었다고 인정되거나 추정받을 수 있다"고 매우 제한적으로 해석했다.⁸⁴

한편 대법원은 "공산주의나 사회학에 대한 일반이론서로서 정치외교학 또는 사회학을 전공하는 피고인들의 학문연구에 결코 무관하지 아니한 내용"이 담긴 서적이라면 비록 "용공성향의 표현물"이라 하더라도 이를 "단기간 동안 소지, 독서, 토론한 것"을 복귀의 활동에 동조하였다거나 지적 표현물을 소지한 것으로 보기 어렵다면서 원심으로 무죄를 확정하기도 했다.⁸⁵

4) 적극적이고 공격적인 표현 기준

대법원은 순수한 학문연구를 벗어난 "헌법상의 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"은 학문의 자유로 인정할 수 없다는 새로운 법적기준을 제시하기도 했다.⁸⁶ 그러나 이기준은 모든 판결에서 일관되게 적용된 것도 아니고, 어떤 내용의 표현이 "적극적이고 공격적인 표현"에 해당하는지는 명확히 설명하지 않아, 유엔인권위원회가 요구한 처벌기준의 명확성이나 헌법재판소가 국가보안법 합헌의 전제조건으로 제시한 "

명백한 위협과 실질적인 해악"에 부합하지 않았다. 대법원은 대체로 북한의 주장과 일치하는 표현이나 주장을 "적극적이고 공격적인 표현"으로 간주되었다. 해당 표현으로 인한 폭력 혹은 불법행위의 개연성이나 직접적인 연계여부는 전혀 고려되지 않았다.

1992년 3월, 대법원은 자본주의 체제를 붕괴시키기위해 임금인상투쟁을 선동하는 내용이 담긴 책자, "미국을 매도하고 제주폭동을 미제국주의에 대한 민중의 쫓기"라고 표현한 계시물, 노동자계급이 중심이 되어 "반미자주화투쟁과 반독재민주화투쟁 및 조국통일운동"을 주창한 책자는 "대한민국의 안전과 자유민주주의체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현으로서 표현의 자유의 한계를 벗어난 것"이라면서 국가보안법 제7조에 대해서 "적극적이고 공격적인 표현"기준을 처음으로 제시했다.⁸⁷

대법원은 "노동자계급의 주도에 의한 민중정부를 수립하기 위하여 다른 계급과도 연합하여 통일전선을 구축하여야 하고 필요한 경우에는 반합법, 비합법적인 수단을 동원하여서라도 현정부를 타도하여야 한다"는 주장을 편 유인물도 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"이라고 판결했다.⁸⁸ 대법원은 "노동자계급이 주도권(헤게모니)을 장악하는 민중연합정부를 수립하고 독점자본 등을 국유화하여야 하며, 이는 사회주의에 이르는 이행기로서 궁극적으로는 사유재산의 폐지와 프롤레타리아 독재를 내용으로 하는 사회주의 체제를 이룩하여야 한다는 것"은 헌법상의 자유민주적 기본질서를 위협하는 "적극적이고 공격적인 표현"이라고 판결했다.⁸⁹

대법원은 소설가 황석영의 북한 방문기가 "북한의 실상을 바로 알리려는 한계를 넘어 이를 미화하여 북한을 찬양, 고무하는 내용을 담고" 있다면서, 그의 글이 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 내용을 담고 있다"고 선언했다.⁹⁰ 한편 대법원은 그 표현 내용에 대해서는 언급 없이 "남한프롤레타리아 계급투쟁동맹 준비위원회"의 유인물에 대해서도 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 내용"이 담긴 이적표현물이라고 규정했다.⁹¹

대법원은 범민련이 "범민족대회"를 추진하기 위하여 제작, 반포한 자료집이 "국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"이라 판결했다.⁹²

대법원은 범민련 남측본부 대구경북연합의 유인물에 대해서도 "그 전체적인 내용이 북한과 연계를 갖고 있는 범민련을 중심으로 추진되고 있던 제6차 범민족대회의 성공적인 개최를 선전-선동하고, 연방제 통일방안, 주한미군철수, 국가보안법철폐, 평화협정체결 등을 주장하는 것이므로 반국가단체인 북한 공산집단의 활동에 동조하는 적극적이고 공격적인 표현물임이 명백"하다고 규정했다.⁹³

대법원은 "모내기"라는 그림도 "적극적이고 공격적인 표현"이라고 판정했다.⁹⁴ 대법원의 설명에 의하면 그림의 상반부는 북한을 "전체적으로 평화롭고 풍요로운 광경을 그림으로써 결과적으로 북한을 찬양하는 내용으로 되어 있고," 하반부인 남한은 "미-일 제국주의와 독재권력, 매관자본 등 통일에 저해되는 세력들이 득하여 농민으로 상징되는 민중 등 피지배계급이 이들을 강제로 썰매질 하듯이 몰아내면 38선을 삼으로 건듯이 자연스럽게

통일이 된다는 내용을 그린 것"이었다. 대법원은 이그림이 "파쇼독재정권과 매관자본가 등 지배계급을 타도하는 민중민주주의 혁명을 일으켜 연방제 통일을 실현한다는 북한공산집단의 주장과 궤를 같이하는 것"이기 때문에 "반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조하는 적극적이고 공격적인 표현물"이라고 판결, 무죄를 선언한 하급심 결정을 파기 환송했다.

한편 대법원은 그 내용의 일부가 김일성 개인을 찬양미화하고 있는 "용해공들" 및 "불을 다루는 사람들"이라는 북한 서적의 "줄거리나 주요 내용이 사회주의 사상이나 주체사상의 내용을 그대로 선전-선동하는 데에 그 핵심이 있는 것이라고 보기는" 어렵기 때문에 "대한민국의 자유민주주의 체제를 구체적, 실질적으로 위협할 만한 적극적이고 공격적인 표현은 들어있지 않다는 하급심의 결정을 확정했다.⁹⁵ 대법원은 또한 쌀수입개방문제를 토론한 것이나 반정부 집회 장소에서 살포된 표현물을 읽고 버린것은 적극적이고 공격적인 표현물이라고 볼 수 없어 국가보안법 위반이 아니라는 판결을 내렸다.⁹⁶

5) 북한의 주장과의 동조여부

1990년의 헌법재판소 판결이후 대법원이 국가보안법 제7조 위반사건에 대해 가장 보편적으로 적용한 기준은 북한의 대남선전선동 내용과 일치여부였다. 헌법재판소가 요구한 "명백한 위협"이나 "실질적 해악"은 고려대상이 아니었다. 이에 따라 대법원은 대다수의 국가보안법 제7조 위반사건에서 표현내용이 "금지된 북한공산집단의 대남혁명전략이나 그에 따른 통일노선과 상통"한다는 이유로, "객관적으로 모두 북괴가 대남적화통일을 위한 선전활동의 일환으로 내세우고 있는 반미선전책동과 그 궤를 같이"한다는 이유로, 혹은 "전체적, 객관적으로 볼 때 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동등의 활동에 동조"하는 표현이라는 이유로 유죄판결을 내렸다.⁹⁷

대법원은 북한 서적인 "꽃파는 처녀"를 남한에서 출판한 것이 "반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조"하는 것이라고 판결했다.⁹⁸ 대법원은 한 노동자 단체의 "현실인식, 통일이념, 목적, 사업 및 조직"이 "폭력 비폭력, 합법 비합법 등 각종 투쟁형태를 적절히 배합한 반제, 반파쇼, 민주화 투쟁을 전개하여 민족해방 인민민주주의 혁명을 완수하여 남한 단독으로 사회주의국가를 건설한 다음 북한과 통일을 이룬다는 북한의 선전선동활동과 그 궤를 같이하고"있기 때문에 "대한민국의 존립과 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를" 준다고 결정했다.⁹⁹

대법원은 "우리 민족은 분단 이후 지금까지 미국의 신식민주의적 간섭과 군사적 독재정권의 가혹한 탄압을 받고 있고, 군사독재정권과 독점재벌, 미국과 일본 등 외세는 한반도 분단의 고착화를 바라고 있으므로 이에 대항하여 주한 미군의 조속한 철수, 핵무기 철거, 팀스피리트 훈련 폐지, 범민족대회의 추진등을 위하여 투쟁하여야 한다"는 범민련의 주장이 북한의 선전책동과 유사하기 때문에 국가보안법상의 동조하는 행위에 해당한다고 판결했다.¹⁰⁰

대법원은 "북한이 대남선전활동의 일환으로 내세우는 국가보안법의 폐지, 평화협정체결, 상호불가침선언 등의 주장에 동조하여 대한민국의 대북정책이나 통일정책등을 적극적으로 비난하는 내용을 담고 있는" 논문도 이적표현물로 간주했다.101 또 미국에서 주한미군 철수등을 요구하는 반미시위에 참가한 것도 "반국가단체인 북한공산집단의 주장에 동조한 것"이라고 판결했다.102

대법원은 "학생들 또는 재야인사들의 무분별한 북한과의 접촉을 통한 통일논의 및 이를 위한 활동은 현단계에서 통일을 촉진한다기보다는 반국가단체인 북한에 동조함으로써 오히려 대한민국의 존립, 안전이나 자유민주주의적 기본질서를 위태롭게 한다고" 규정하면서, "일부 북한의 주장과 같은 한반도의 평화보장을 위해 외국군 철수, 핵무기 철거, 휴전협정의 평화협정으로의 대체, 국가보안법을 비롯한 제반 악법의 철폐"를 주장하는 범민련해외본부와 범민련남측본부는 이적단체라고 판결했다.103 대법원은 범민련 남측본부 결성식에서 배포된 한 재야인사의 추모전단에 대해서도 그 내용이 그의 "생전투쟁을 본받아 북한 공산집단의 주장과 궤를 같이 하는 연방제통일 및 이적단체인 범민련의 강화를 위하여 더욱 투쟁하자는 내용"이기 때문에 이적표현물이라고 판결했다.104

대법원은 "대한민국의 현실을 파쇼정권과 독점재벌이 함께 노동자 계급을 탄압-착취하는 신식민지 국가독점자본주의 체제의 사회로 인식하고 자본주의 경제이념을 근본적으로 부정하며 노동자계급의 입장에서 파쇼정권과 독점재벌을 타도하고 노동자계급이 주인이 되는 사회를 이루는 것이 진정한 노동해방이라는 것등 우리사회에서 사회주의혁명을 정당화하는" 내용이 담긴 유인물을 소지한 것도 "북한공산집단의 활동에 동조할 목적"으로 소지한 것이라고 판결했다.105

대법원은 "노동자가 지도하는 민중권력을 수립하고, 독점자본을 몰수, 국유화하여 계획경제를 실시하고, 북한과 연방제통일을 실현하여 사회주의 국가를 건설"과 "그 목적달성을 위한 수단으로서의 폭력혁명 포기 내지 배제하는 것이 아니라 유보하고 있을 뿐인 사실등을 인정"했다면 반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조하거나 국가변란을 선전-선동하는 행위라고 판결했다.106

대법원은 한총련에 대해서도 "북한이 대한민국을 와해시키기 위해 선전-선동활동의 일환으로 내세우고 있는 대남적화통일노선의 주장과 궤를 같이 하는 내용"을 주장하고 있기 때문에 이적단체로 규정했다. 대법원은 한총련이 우리 사회를 "미제국주의 강점에서 비롯된 식민지 반자본주의 사회"로 규정하고 반미-반파쇼 투쟁이라며 "미제와 그 식민지대리 정권인 김영삼 정권의 타도"를 구호로 삼고, 자주-민족-평화의 원칙이라며 "주한미군 철수와 국가보안법 철폐 및 북미평화협정체결을 통한 연방제통일방안"을 찬양-동조하며 강령으로 삼고, 남-북-해외의 민족대단결을 실천적으로 구현한다는 명목으로 조국통일범민족연합이 추구하는 범민족대회를 지지하는 등의 노선을 취하고" 있는 것은 "반국가단체인 북한의 대남적화통일노선에 부합하는 폭력혁명노선을 채택함으로써 그 활동을 찬양-고무-선전하며 이에 동조하는 행위를 목적으로 하는 단체"라고 판결했다.107

대법원은 설사 이적의도가 없었음이 인정된다 하더라도 결과적으로 북한의 주장과 동일하다면 이적표현에 해당한다고 거듭 밝혔다. 대법원은 "한미관계를 정치적, 경제적 예측관계로, 현정권을 분열주의자로 단정짓고 반미와 정권타도를 주창하여 미군철수, 국가보안법철폐, 팀스피리트훈련의 영구폐기, 평화협정체결, 연방제통일방안합의 등을 위하여 투쟁하여야 한다는 내용" 담은 유인물을 배포한 것은 설사 그 의도가 "남한의 진정한 민주적 발전, 한반도 내에서 고조되는 군사적 긴장과 대결의 해소, 평화구조의 정착, 한미간불평등 협정의 개정과 수입개방반대, 외세의 배격, 현실적이고 합리적인 통일방안의 제시 등"이라 하더라도 "그 내용이 객관적으로 북한이 그들의 대남적화통일 전략을 위하여 우리의 정치, 경제, 사회체제를 미제국주의의 식민지 내지 매관체제 또는 종속적 지배관계라고 허위선전하면서 반미반정부활동을 책동하고 위장평화공세를 하고 있는 선전선동활동과 그 궤도를 같이하고 있는 것"이기 때문에 이적표현에 해당한다고 판결했다.108 대법원은 또 "북한의 인공기를 게양"하는 것이, 설사 "그 의도가 남과 북이 동반관계에 있음을 상징적으로 표현하기 위한 목적"이라 하더라도 "객관적으로 반국가단체인 북한의 실체와 권위를 인정하여 그 존재와 활동에 호응 가세한다는 의견을 상징적으로 표현하고 있는 것으로서 북한의 대남선전선동활동에도 동조하는 것"이라고 판결했고, "연방제통일방안확정을 위하여 투쟁하자는 등의 통화내용이 녹취된 테이프를 방송"한 것도 "객관적으로 반국가단체인 북한이 대남적화통일전략을 위하여 전개하고 있는 선전책동과 그 궤를 같이하는" 이적행위라고 판결했다.109

대법원은 동조죄가 성립되기 위해 반드시 북한의 주장과 일치할 필요는 없다고 보았다. 비록 "북한의 주장과는 다소 차이가 있다 하여도 결과에 있어서는 사회주의 체제를 건설하여야 한다는 점에서 반국가단체인 북한의 주장과 그 길을 같이하는 것"이라면 국가보안법 제7조 위반이라고 주장했다.110 대법원은 심지어, 북한에 동조하지 않았지만, 우리 역사의 부정적인 면만을 강조한 주장이라는 이유로 이적표현물로 간주하기도 했다. 대법원은 "일제하의 3·1운동을 노동자, 농민, 애국시민 등이 중심이 된 기층민중의 반부르조아, 반제민중봉기라고 하고, 해방 직후에 들어선 조선인민공화국은 공산주의 세력이 아니라 민주주의 조선을 건설하는데 헌신한 단체라고 하며 당시에 활약한 조선노동조합전국평의회 산하 근로자들의 남한 단독선거 반대투쟁을 정당시하고, 4·3 제주폭동을 미국과 독재정권에 항거한 민중의 의거"라는 등의 주장은 "노동자들을 상대로 우리나라의 긍정적 측면은 제외하고 부정적 측면만을 강조하여 또는 왜곡된 역사인식에 기하여 교육을 한 것으로서, 노동자들의 정당한 권익을 신장시키고 그들의 정치, 경제적 지위를 향상시키기 위한 정당행위"가 아니기 때문에 국가보안법 제7조 위반으로 처벌하는 것이 정당하다고 판결했다.111

대법원은 "사회민주주의 청년연맹"이라는 단체가 "우리 사회를 계급간 적대가 존재하는 계급사회로, 우리 나라를 외세에 예속된 식민지로 규정하고 있으며, 노동대중의 의식화-조직화사업을 통한 사회적 예방을 완수하고, 일제의 제국주의 침략을 배제하고 군부파시

증을 종식시키며, 자본의 국유화 등으로 사유재산제도를 변형시키고, 외세의 영향력하에 있는 정권을 청산하기 위하여 그 변형을 불가능하게 하는 모든 세력에 대하여는 대중정치 투쟁과 민중항쟁 등을 포함한 모든 방법을 동원하여 제거, 타파시키는 것을 목적으로 하는 단체"이기 때문에 국가보안법 제7조 위반으로 처벌한 것은 정당하다고 판결했다.112 대법원은 그러나 이러한 주장이 북한의 주장과 일치하는 지 여부는 고려하지 않았다.

한편 대법원은 이적성이 담기긴 했지만 이를 인식했다는 증거가 없다는 이유로 무죄를 선언하기도 했다. 책의 내용이 "북한의 주체사상과 사회적 애국주의로 무장한 바람직한 인간상의 전형을 제시하고 있으며 김일성을 "위대한 수령"으로 표현하면서 김일성을 개인을 찬양, 미화"하고 있기 때문에 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위태롭게 하는 적극적인 내용을 담고 있다고 보아야" 하지만, 개정된 국가보안법의 조항대로 "국가의 존립-안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서" 또는 그러한 목적으로 범행을 저질렀다고 인정할 증거가 없기 때문에 무죄라고 선언했다.113 기존의 판례와 달리 이적성 추정의 원칙을 버리고 "적극적 의욕이나 확정적 인식"을 요구한 판결이었다. 대법원은 북한영화를 녹화한 비디오 테이프를 내용을 보지도 않고 이적표현물로 규정할 수 없다며 원심을 파기환송하기도 했다.114

6) 소수 대법관들의 반대의견

1992년 이회창, 이재성, 배만운 등 세명의 대법관들은 다수 대법관들이 제시한 이적표현물의 판정기준이 "추상적이고 애매모호"하다고 비난하면서 보다 적극적으로 표현의 자유를 보장하자고 주장했다. 그들은 "국가보안법이 존속하는 한 법원은 그 해석과 적용의 원칙을 밝힐 의무"가 있기 때문에 대법원은 "국가보안법상의 표현범죄에 관한 규제기준을 명확히 제시"해야한다고 주장했다. 그들은 1990년의 헌법재판관들 처럼 국가보안법의 문제점을 솔직히 밝히면서, 대법원이 지금까지는 표현의 자유가 아니라 국가안보에 "우월적 지위"를 부여해왔음을 인정했다. "그 동안 국가안전보장이 강조될 수밖에 없었던 국내외적인 사정과 정세하에서 개인의 표현의 자유보다는 국가안전보장의 보호에 더 치중하여 해석적용되어 온 것이 사실"이었다고 고백했다.

소수대법관들은 종전의 대법원의 국가보안법 판례에서는 발견되지 않던 표현의 자유의 중요성을 강조했다. 그들은 "개인이 집단 또는 반대자의 의사와 상반되는 자신의 의사를 표명할 수 있는 자유는 자유민주주의의 필수적 요건의 하나일 뿐 아니라 그 대표적 징표"라고 하면서 "사상의 자유시장" 개념을 역설했다. 그들은 국가보안법과 같은 규제가 "사상의 경쟁시장에 상장되면 그 허구성과 무가치한 실체가 드러나서 저절로 스러져 버릴 표현물이라고 할지라도 이를 금기시함으로써 상징적 위협성을 지니게" 만든다면서 "기존의 이념과 가치를 부정하고 공격하는 내용이어서 당장은 당혹스럽고 불쾌한 것이라고 하더라도, 이를 과감하게 허용하여 사상의 경쟁을 거치게 함으로써 그 상징적 위협성을

제거하는 것이 자유민주주의 체제의 정도"라고 주장했다. 그들은 "기존의 사상-이념에 반한다 하여 무조건 배척하거나 억제할 것이 아니라 무가치하고 유해한 사상과 이념이라고 할지라도 가급적 자유경쟁의 시장에서 비판되고 도태되는 과정을 거치게 함으로써 건전한 국가와 사회체제의 기초가 형성될 수 있는 것"이라고 주장했다.

물론 소수대법관들도 표현의 자유의 한계를 인정했다. 그들은 "자유민주주의의 질서와 체제 자체를 파괴하려는 행위"를 규제하는 것은 "자유민주주의 자체의 방어를 위하여 당연하다"고 주장했다. 이들이 표현의 자유와 국가안보의 균형을 유지하기 위해 선택하려는 규제기준은 "대한민국의 존립-안전과 자유민주적 기본질서를 파괴할 '구체적이고 가능한 위협'이 있는 표현행위"만을 처벌하자는 것이었다. 그들은 단순히 북한의 주장과 일치한다는 이유만으로 이적표현으로 간주하는 것에 반대했다. "어떤 표현이 대한민국의 자유민주적 기본질서의 이념과 가치에 동조하지 아니하고 이를 비판하거나 심지어 이와 반대되는 사상-의견을 표명한 것이라고 하여도, 이러한 정도의 의사표현만으로는 해악의 내용은 구체적이라고 할 수 있을 지언정 해악발생의 가능성이 있다고" 보기 어렵다면서 "적극적으로 폭력 기타 비합법적 방법에 의하여 국가의 존립과 자유민주적 기본질서를 전복-폐지할 것을 유도 또는 선동하는 경우에만 해악발생의 가능성이" 있는 표현만 처벌하자고 주장했다. 그들은 "종전에 북한정권이 펴온 선전에 부합하는 내용이라는 점에 얽매어 위와 같은 구체적이고 가능한 위협성 유무를 가려봄이 없이 단지 금기된 표현물이 지니는 상징적 위협성만으로 불법표현행위로 단정하여서는 안될 것"이라고 주장했다.

소수 대법관들은 기존의 이적성 인식 추정원칙에 대해서도 문제를 제기했다. 그것은 "형사소송에 있어서 국가(검사)가 부담하는 입증책임을 합리적 근거도 없이 일률적으로 피고인에게 떠맡기는 것"이라고 주장하면서, "피고인 자신이 이적행위의 목적이 없었다는 소극적 사실을 입증하기란 어려운 일이어서 사실상 처벌을 면할 수 없게 될 것"이라고 주장했다. 이적성 추정원칙을 극복하기 위해서 피고인들이 "학문적인 연구나 오로지 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적목적이 없었다"는 것을 입증하는 것은 "학자나 교수 또는 예술가 등과 같은 지위를 갖지 않은 일반인이 그와 같은 목적이 있음을 인정받기란" 매우어렵다고 주장했다.115

소수대법관들이 제시한 "구체적이고 가능한 위협" 기준은 헌법재판소가 요구한 기준이나 유엔인권위원회가 요구한 기준에는 미흡한 것이었지만, 다수 대법관들이 선택한 기준보다는 훨씬 표현의 자유의 범위를 넓힐 수 있는 기준이었다.116 그러나 소수대법관들의 표현의 자유 옹호는 단 한차례에 그쳤을 뿐, 주장은 이후의 판결에서는 전혀 나타나지 않았고, 국가보안법 판결에 변화를 가져오지도 못했다. 그러나 일부 하급심 판결은 헌법재판소가 제시한 "실질적 해악을 줄 명백한 위협성" 기준이나 "구체적이고 가능한 위협" 기준을 적용해 무죄판결을 내리기도 했다.117 그러나 대법원은 이러한 판결을 "적극적이고 공격적인 표현"의 기준을 적용해 무죄판결을 파기 했다. 1995년 4월 서울지방법원은 헌법재판소와 소수 92년 소수 대법관들이 들이 제시한 기준을 적용해, 범민련이 배포한

자료집이 국가안보에 "실질적인 해악을 미칠 구체적이고 가능한 위험성"을 제기하지 않았다고 무죄판결을 내렸다. 서울지법 형사항소 1부는 "일부의 표현내용이 북한정권의 주장과 유사"함을 인정했다. 그러나 재판부는 그러한 표현에 대한 관용이 필요하다며 다음과 같이 역설했다.

"각 자료집에 실려있는 우리정부에 대한 비판과 국내외정책의 주장 내용은 남북한이 대치하고 있는 현실에서 우리 사회에 당혹감과 불쾌감을 주고, 우리 정부에서 추진하고 있는 통일정책의 수행에 오히려 혼란을 초래할 우려가 있을지도 모른다. 그러나 국가보안법이 존재하는 이유가 자유민주적 기본질서를 수호하기 위함에 있고, 이러한 자유민주적 기본질서의 본질적 내용이 바로 개인이 정치적인 문제에 대한 견해를 포함한 자신의 의견을, 그 의사 표명으로 인한 예기치 못한 처벌 가능성에 대한 두려움 없이 자유롭게 표현하는 것을 보장함에 있으므로, 국가보안법이 수호하고자 하는 자유민주적 기본질서를 보장하기 위하여는 우리 사회에 당혹감을 주는 이러한 표현행위에 대하여도 관용할 것이 요구되는 것이며, 이러한 관용은 우리가 자유민주적 기본질서를 향유하기 위하여 치러야 할 대가라고도 할 수 있다. 또한, 이렇게 사상과 표현의 자유를 보장하여 자유로운 사상의 경쟁을 허용함으로써 건전한 사회의 발전을 도모할 수 있다는 점이, 우리 사회가 단일한 의사만을 강요받는 폐쇄된 북한 사회에 대하여 갖는 우월성이라고 할 것이다."

95년 한국을 방문한 유엔인권위원회의 아비드 후세인 특별보고관은 이 판결을 한국 정부가 표현의 자유를 보장할 의무를 인정한 귀중한 판결(a landmark decision as it recognized the obligation to safeguard the right to freedom of expression)이라고 높이 평가했었다.¹¹⁸ 그러나 대법원은 서울지법 형사항소1부의 판결이 "국가보안법의 법리를 오해한 나머지 내린 판결이라고 선언했다. 대법원은 유인물의 내용이 "북한의 대남적화선전활동에 따른 연방제 통일방안의 추진, 평화협정의 체결, 국가보안법 및 국가안전기획부법 폐지, 재벌해체, 주한미군철수, 군비축소, 한미행정협정과 한미방위조약 등의 파기"를 주장하는 등의 내용은 "국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"이라고 규정했다.¹¹⁹

10. 맺음말

현행 국가보안법 제7조, 소위 "찬양-고무" 조항은 양심의 자유를 보장한 헌법 제19조, 언론-출판의 자유를 보장한 헌법제21조, 학문과 예술의 자유를 보장한 헌법 제22조 등과 상충된다. 물론 헌법 제37조에 따라 국가의 안전보장을 위해 이러한 표현의 자유도 본질적인 내용이 침해되지 않는 범위내에서 제약을 받을 수 있다.

우리나라도 1990년 국제인권규약을 비준함에 따라 국제적인 기준에 맞게 국민들의 인권을 보호해야 할 의무를 갖게 되었다. 국제인권규약 제 19조는 "인간은 누구나 '간섭을 받지 않고 의견을 가질 권리'와 '표현의 자유에 대한 권리'를 갖는다고 선언했다. 그러나 이러

한 권리도 늘 완벽하게 보장받는 권리는 아니다. 국제인권규약도 "타인의 권리 또는 신용의 존중, 국가의 안전 혹은 공공의 질서 또는 공중의 건강 혹은 도덕의 보호"를 위해서 표현의 자유가 제약을 받을 수도 있다고 인정했다.

현행 국가보안법 제7조 해방이후 남북의 군사적 대치상황이 지속된 우리의 환경에서 국가보안법은 국가를 방어하는 주요한 수단으로 여겨져 왔다. 그러나 국가보안법 제7조로 인해 국가안보와는 무관하게 양심과 사상과 표현의 자유가 침해된다는 주장이 끊임없이 제기되어 왔다. 국가보안법은 "헌법이 보장하고 있는 양심과 사상의 자유, 그리고 학문과 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 법률이고, 세계인권선언에 반하는 반인권적인 법률"로 지난 50년간 정치적 반대자를 탄압하는 수단으로 악용되어 왔다는 것이다.¹²⁰

표현의 자유를 국제인권규약의 "핵심적인 권리 (a core right)"로 규정한 인권위원회도 국가안보를 유지하기 위해 표현의 자유를 침해하는 경우는 "국가전체에 직접적인 정치적 군사적 위협을 가져오는 가장 심각한 경우"로 국한시켰다. 국가안보가 표현의 자유를 제약하는 정당한 근거로 인정을 받는 것은 "진정으로 (국가안보)가 위협받을 때"이고, 이러한 상황에서 그러한 규제는 명확히 규정되어 "누구나 무엇이 금지된 것인지 알고, 무엇이 제한을 받는지 알 수 있어야 한다"고 선언했다.

따라서 국제인권규약의 범위내에서 국가안보를 위해 표현의 자유를 제약하려면 정부는 1) 어떤 표현이 국가보안법 상 금지된 표현인지 명확히 지적하고, 2) 해당 표현을 허용함으로써 국가안보에 위태로운 결과를 가져왔다는 사실을 입증해야 한다. 단순히 국가안보를 저해할 것이라는 개연성이나 가능성 만으로는 정치적 표현행위를 처벌할 수 없다. 헌법재판소도 국가보안법 제7조가 표현의 자유를 침해할 여지가 많다는 사실을 인정하면서, 표현의 자유가 부당히 침해되지 않도록 이 조항을 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"로 제한해 해석라고 결정했다. 우리나라의 국제인권규약 비준과 헌법재판소의 한정합헌 결정에도 불구하고 대법원은 대개의 경우 그 표현내용이 북한의 주장과 동일하거나 상통한다는 사실만으로 국가보안법 제7조가 위반되었다고 판결했다. 대법원 판결에서는 표현의 자유의 "우월적 지위"는 전혀 고려대상이 아니었고, 학문의 자유도 "순수한 목적의 진리 추구"만 인정했다. 1990년 헌법재판소판결 이전, 대법원이 국가보안법 제7조 위반사건에 적용한 법적기준은 소위 "해악한 경향(bad tendency)"이라는 전근대적인 법적기준을 적용했다. 즉 실제 표현내용이 어떤 해악이나 위협을 가져오는지 관계없이, 단지 해악을 끼칠 가능성이 있다는 이유만으로 처벌하는 것이었다. 이적성 표현을 하거나 그러한 서적을 소지했다는 것만으로 "미필적 인식"을 추정하여 유죄를 인정했다.

헌법재판소가 국가보안법 제7조에 대해 "국가의 존립-안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"에만 적용하는한 합헌이라는 판정이 내려진 이후에도, 대법원의 국가보안법 제7조의 해석 기준은 크게 달라지지 않았다. 대법원은 종전과 마찬가지로 북한을 반국가단체로 규정하고, 북한의 주장과 동일하다는 이유만으로

로 국가보안법상 금지된 이적표현이라고 간주했다. 역시 종전과 마찬가지로 대부분의 경우 "미필적 인식"을 추정할 수 있다면 이적의도가 있는 것으로 받아들였다. 1992년 부터는 학문상의 표현과 구별하기 위해 "적극적이고 공격적인 표현"이라는 기준을 일부 판결에서 적용했지만, 사실상 북한의 주장과 동일성 여부를 판정하는 것이었다.

결국 대법원이 국가보안법 제7조를 해석하는 기준은 유엔 인권위원회가 요구하는 것 처럼 범죄구성요건이 명확하지도 않고, 문제된 표현이 국가안보에 위태로운 결과를 가져올 의도가 있는 것인지, 그리고 실제로 위태로운 결과를 가져왔는지 묻지도 않았다. 국가안보를 저해할 것이라는 개연성이나 가능성조차도 따지지 않았다. (유엔인권위원회는 국가안보를 저해할 개연성이나 가능성이 있다는 이유만으로 처벌할 수 없다고 규정했다.) 대부분의 경우, 단지 북한공산집단이 주장하는 내용과 유사하거나 일치하다는 이유만으로 국가보안법 제7조의 위반으로 인정되어 가혹한 처벌을 받았다.

이제부터라도 대법원이 헌법재판소가 제시한 대로 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위협이 있는 경우"에 한해 국가보안법 제7조를 적용한다면 국가보안법으로 인한 부당한 표현의 자유 제약은 크게 줄어들 것이다. 가장 바람직한 해결책은 물론 국가보안법 제7조를 삭제함으로써 표현의 자유 침해의 근원을 제거하는 것이다. 이러한 조치가 취해지지 않는다면 우리나라는 국제사회에서 인권후진국이라는 오명을 씻을 수가 없을 것이고, 그 책임은 대법원에게로 돌아갈 것이다. 국가보안법 제7조를 해석-적용하는 궁극적인 권한이 대법원에 있기 때문이다.

주))

1 1980년부터 1987년 까지 국가보안법 위반으로 입건된 2,232건 중, 제7조의 위반사건이 2072건으로 전체의 92.8퍼센트를 차지했다. 박원순, 국가보안법 연구 2: 국가보안법 적용사, 역사비평사, 1997, 36-37.

2 국가보안법 제3조의 반국가단체 구성조항, 제4조의 목적수행 조항, 제8조의 회합-통신조항도 표현의 자유를 침해하는 조항이지만 이 논문에서는 다루지 않는다.

3 Everyone has the right to freedom of opinion and expression; thi right includes freedom to hold opinions withou interference and to seek, recieve and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_udhr.htm.

4 In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determiend by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society."

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_udhr.htm.

5 Everyone shall have the rights to hold opinions without interference. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm.

6 The exercise of the rights proivded for in paragraph 2 of this article carries with it speical duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights or reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order, or of public health or morals. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm.

7 1) Any propaganda for war shall be prohibited by law. 2) Any advocacy of national, racial or religious hatred that consititutes incitement to discirmination, hostility or violance shall be prohibited by law. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm.

8 참조, 박원순, 국가보안법연구3: 국가보안법 폐지론, 역사비평사, 1997; 조국, 사상의 자유, 살림터, 1992; 한기해, 국가보안법: 그 흐름과 폐지의 방향, 공동체, 1989; 최창동, 국가보안법 왜 문제인가, 대흥기획, 1995.

9 참조, 황교안, 국가보안법 해설, 집영출판사, 1998.

10 박원순, 국가보안법 연구 2, 20; 최창동, 79.

11 박원순, 국가보안법 연구 2, 540-541.

12 한겨레신문, 1998년 11월 28일자.

13 인류역사상 최초로 기본권을 성문법화한 미국인들은 독립된 사법부에 인권보호의 기능을 맡겼다. 그들은 다수의결기관인 의회의 전횡을 방지하는 기능을 사법부에 부여하고 이를 효과적으로 수행토록 연방판사들에게 중신임기를 부여했다. "Federalist No. 78," Max Beloff ed., The Federalists (New York: Basil Blackwell, 1987), 506. Saul K. Padover ed., Thomas Jefferson on

- Harper & Row, 대법원 1988판결, 118-236.
- 52 대법원 1971.2.23 선고71도36 판결; 대법원 1972.6.27 선고72도999 판결; 대법원 1973.12.11, 73도2602 판결; 대법원 1976.9.28 선고 76도2671 판결 등 참조.
- 53 대법원 1984.11.27. 선고 84도2310 판결.
- 54 대법원 1983.2.22. 선고 82도2915 판결; 대법원 1983.11.22. 선고 83도2528 판결.
- 55 대법원 1983.2.8. 선고 82도2655 판결; 대법원 1983.11.22. 선고 83도2528 판결; 대법원 1986.4.8. 선고 86도333 판결; 대법원 1986.6.24. 선고 86도403 판결; 대법원 1986.7.22. 선고86도1169 판결; 대법원 1986.9.9. 선고86도1187 판결; 대법원 1986.9.23. 선고86도1429 판결.
- 56 대법원 1983.3.22. 선고 83도185 판결; 대법원 1984.11.27. 선고 84도2310 판결; 대법원 1983.3.22. 선고, 83도185 판결; 대법원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결; 대법원 1986.9.23. 선고 86도1499 판결; 대법원 1986.9.23. 선고 86도1547; 대법원 1987.4.14 선고 87도388 판결; 대법원 1987.5.26 선고 87도432 판결; 대법원 1987.9.22. 선고87도929 판결.
- 57 대법원 1983.3.22. 선고결 82도2797 판결; 대법원 1983.2.22. 선고 82도2658 판결; 대법원 1987.6.23 선고 87도706 판결; 대법원 1990.2.27. 선고 89도2571 판결. 대법원 1986.6.24. 선고 86도403 판결.
- 58 대법원 1983.2.22. 선고 82도2658 판결.
- 59 대법원 1983.2.8. 선고 82도2655 판결.
- 60 대법원 1983.12.27. 선고 83도2378 판결.
- 61 대법원 1998.9.23. 선고 86도 1499 판결.
- 62 대법원 1986.9.23. 선고 86도1547 판결.
- 63 대법원 1986.10.28. 선고 86도1784 판결.
- 64 대법원 1982.7.13. 선고 82도1219 판결.
- 65 대법원 1986.6.24. 선고 86도403 판결.
- 66 대법원 1986.10.28. 선고 86도1784 판결.
- 67 대법원 1982.9.14 선고 82도1847 판결; 대법원 1986.9.9. 선고 86도1187 판결; 대법원 1986.9.23. 선고 86도1499 판결; 대법원 1986.11.11 선고 86도1786 판결; 대법원 1987.5.26 선고 87도432 판결.
- 68 대법원 1983.2.8. 선고 82도2894 판결.
- 69 대법원 1985.10.22. 선고 85도2083 판결.
- 70 대법원 1982.5.25. 선고 82도 716 판결.
- 71 대법원 1990.6.8. 선고 90도646 판결; 대법원 1991.4.23. 선고 91도 212 판결; 대법원 1991.11.22. 선고 91도2341 판결; 대법원 1991.12.24. 선고 91도2419 판결; 대법원 1992.8.14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1994.5.24. 선고 94도930 판결; 대법원 1990.9.25. 선고 90도1415 판결; 대법원 1990.9.25. 선고 90도1415 판결
- 72 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.
- 73 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.
- 74 대법원 1990.9.25. 선고 90도1586 판결
- 75 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033판결
- 76 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033판결; 대법원 1992.7.14. 선고 91도41 판결; 대법원 1992.10.27. 선고 92도2068 판결; 대법원 1995.9.26. 선고 95도1624 판결; 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.
- 77 대법원 1997.7.25 선고 97도1386 판결.
- 78 대법원 1990.7.24. 선고 90도1161 판결; 대법원 1990.11.13. 선고 90도2088 판결; 대법원 1991.3.27. 선고 91도139 판결; 대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결; 대법원 1991.4.26. 선고 91도

- 353 판결; 대법원 1991.7.9. 선고 91도1090 판결; 대법원 1992.3.31. 선고 91도3279 판결
- 79 대법원 1992.4.14 선고 90도3001 판결.
- 80 대법원 1995.5.23. 선고 93도599 판결.
- 81 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결; 대법원 1997.10.10. 선고 97도1720 판결.
- 82 대법원 1997.8.22. 선고 97도1516판결.
- 83 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.
- 84 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.
- 85 대법원 1994.9.9. 선고 94135 판결.
- 86 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033 판결.
- 87 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033 판결.
- 88 대법원 1992.6.9. 선고 91도2513판결.
- 89 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711판결.
- 90 대법원 1994.5.24. 선고 94도 930판결.
- 91 대법원 1996.5.14. 선고 96도 561판결.
- 92 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.
- 93 대법원 1997.2.28. 선고 96도1817 판결.
- 94 대법원 1998.3.13. 선고 95도117판결.
- 95 대법원 1998.5.22 선고 95도1152판결.
- 96 대법원 1997.10.24. 선고 96도1327판결.
- 97 대법원 1990.8.28. 선고 90도1217 판결; 대법원 1990.11.13. 선고 90도2088 판결; 대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결; 대법원 1991.4.26. 선고 91도353 판결.
- 98 대법원 1990.12.11. 선고 90도 2328 판결.
- 99 대법원 1991.2.8. 선고 90도2607 판결.
- 100 대법원 1993.2.9. 선고 92도1815 판결.
- 101 대법원 1993.10.8. 선고 93도 1951 판결.
- 102 대법원 1994.4.15 선고 94도126 판결.
- 103 대법원 1996.12.23. 선고 96도2673 판결; 대법원 1997.5.16. 선고 96도2696 판결.
- 104 대법원 1997.6.13. 선고 96도2606 판결.
- 105 대법원 1997.6.27 선고 96도 1369 판결.
- 106 대법원 1997.7.25. 선고97도1386 판결
- 107 대법원 1998.5.15 선고 98도495 판결; 대법원 1998.7.28 선고 98도1395 판결.
- 108 대법원 1993.9.28. 선고 93도1730 판결.
- 109 대법원 1993.9.28. 선고 93도1730 판결.
- 110 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.
- 111 대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결.
- 112 대법원 1996.9.10. 선고 95도939 판결.
- 113 대법원 1998.5.22 선고 95도1152 판결.
- 114 대법원 1997.11.25 선고97도2084 판결.
- 115 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033 판결.
- 116 대법원 1951년 미국 연방대법원은 미국공산당 간부에 대한 국가보안법 위반 사건에서 "명백하고 가능한 위험(clear and probable danger)판결기준을 선택했다. 그러나 6년후 미국 연방대법원은 이 기준이 표현의 자유를 보장하지 못한다며 "명백히 급박한 위험(clear and imminent danger)판결기준을 선택했다. 참조, 장호순, 미국헌법과 인권의 역사, 개마고원, 1997, 83-128.

117 1995.5.7. 선고 94노 3827 판결; 1995.4.6. 선고 95노8 판결; 96.1.10 선고 95고단7295; 96.7.12 선고 96고단36 판결. 창원지방법원은 94년 8월 31일 "한국사회의 이해"를 집필한 경성대 교수들에 대한 구속영장 신청을 기각하면서 "이 사건 강의교재의 내용에 급진좌경적인 내용이 포함되어 있고, 그 내용이 우리의 눈에 거슬리는 부분도 있는 것은 사실이나, 그 내용이 시중 서점에서 유통되는 진보적 사회과학 저작이나 간행물에서 어렵지 않게 볼 수 있는 것들로 우리 사회의 사상적 건강상태가 그 정도의 내용을 소화해 내지 못할 정도의 수준은 아니라고 보며 학문의 자유 또한 법이 보호하여야 할 중요한 국민의 기본권인 점 등에 비추어 명백하고 현존하는 위험이 존재한다"고 볼수 없다고 판결했다. 또 부산지법 제3형사부는 95년 1월 국제사회주의자들에 가입했다는 이유로 국가보안법상의 찬양고무죄로 구속된 피고인 3명을 직권보석으로 석방하고 위헌심판을 제정했다. 재판부는 "이 사건 표현물의 내용이 기존의 이념과 가치를 부정하고 공격하는 내용이어서 당장은 당혹스럽고 불쾌한 것이라 하더라도 이를 과감하게 허용해, 피고인들이 주장하는 노동자당 결성 등도 허용해 현실에서의 사상경쟁을 거쳐 현실정치 상황에 순응하게 함으로써 상징적 위험성을 제거하는 것이 자유민주주의 체제의 정도"라고 주장했다. 한겨레신문, 1995년 1월 18일자.

118 Commission on Human Rights, "Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment: Report on the Mission to the Republic of Korea of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mr. Abid Hussain, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/45. This was a landmark decision as it recognized the obligation to safeguard the right to freedom of expression of the defendant.

119 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.

120 민주사회를 위한 변론, 1998년 11-12월호, 17.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

인권의 보편성과 특수성

— 정진성 —



인권의 보편성과 특수성

정진성
(서울대학교 사회학과)

인간은 기본적으로 인간존재로서의 존엄과 가치를 가진다. 그러나 인권은 본질적으로 사회적 압력과 양심에 의하기 때문에 그 사회의 문화와 사람들의 사고, 습관 등에 따라 인권에 대한 인식과 그 실천은 다른 모습을 띄기도 한다. 따라서 1948년 세계인권선언이 만들어진 이후 인권의 규범적 가치와 보편성을 실현하기 위해 국제기구와 세계시민사회는 제도적 노력을 기울여왔으나, 국가간 합의과정의 문제와 인권규범의 해석과 적용을 둘러싸고 지역간, 국가간에 많은 논쟁이 계속되고 있으며, 문화와 전통, 경제발전의 정도와 정치상황이 각기 다른 여러 사회들간에 인권 문제는 첨예한 논쟁이 되고 있다.

이러한 논쟁 중에 인간본성에 기반한 존엄성은 어떠한 사회적 여건에서도 침해될 수 없다는 인권의 보편성과 사회마다 독특한 역사 속에서 그들의 규범을 따르는 것이 진정한 인권실현이라는 특수성 주장은 중요한 대립축이 되고 있다. 인권개념이 서구에서 먼저 제기되었고 그것을 실천하는 제도화도 서구를 중심으로 이루어져 왔으므로, 이러한 보편성과 특수성 논쟁은 서구중심성 비판으로 인해 한층 복잡하다. 사실상 인권의 보편성과 특수성의 논의는 2차대전 이후 인권개념이 서구 범위를 벗어나 세계적 차원에서 인식되기 시작하면서 제기되었던 것이다.

인권은 어느 곳에서나 보편적으로 실현되어야 한다는 주장은 매우 당연한 것처럼 보인다. 그러나 문화적, 역사적, 사회적 상황이 인권의 실현 조건을 제한할 뿐 아니라 사람들의 인권 관념 자체를 규정한다고 하는 지식사회학적 명제 역시 지극히 현실적이다. 인권개념과 그 제도화는 역사적으로 끊임없이 변화되어 온 것이 사실이며, 이러한 변화과정에 타문화의 영향은 중요한 요인이 되었던 것이다. 인권의 보편성과 특수성은 "필요한 긴장" (Donnelly, 1989:110)이라는 지적은 따라서 타당하다고 생각된다.

이 글에서는 보편적 인권 개념 주장의 내용과 그 한계를 짚어보고 한편으로 인권의 특수성이 주장되는 맥락과 그 문제점을 지적한 후, 끊임없이 특수성을 포섭해가는 인권의 보편성으로의 지향이 가지는 적합성을 논의하고자 한다.

I. 인권의 보편성

인권의 보편성이란 어떠한 사회적 조건에 있는 모든 인간이 누구라도 단지 인간이기 때문에 평등하고 양도 불가능한 권리를 갖고 있다고 하는 것을 의미한다. (잭 도넬리, 1996) 이것은 이러한 인권 관념 또는 사상, 담론에 있어서의 보편성과, 그것의 실천, 제도화 또는 관행 등에 있어서의 보편성으로 나누어 생각할 수 있다. 전자가 인권의 가치, 중요성에 대한 신념이라고 한다면, 후자는 인권법, 인권기구 등의 제도를 말한다.

(1) 인권 관념의 보편성과 그 한계

ㄱ) 자연법 사상

근대 이후 서구에서는 인권을 자연적으로 주어진 타고난 것으로 보기 시작했다. 인권은 국가나 실정법에 의하여 부여된 것이 아니라 인간이기 때문에 인정되는 모든 생득적(生得的)인 권리라는 것이다. 인권의 천부적 특성은 자연권 이론에 근거한다. 서구적 토양의 자연법과 자연권 사상에 기초한다면 인권은 개인에게 생득적이며 고유한 것이므로 어떤 국가 구조에도 기본이 되며 모든 정부에 의해 존중되어야 하는 것이다. 여기에서 '자연권'이란 자연법상의 권리란 뜻으로 국가에서 제정한 실정법의 법령이나 국가가 인정하는 관습법과 달리 인간의 이성을 통해 볼 때 바른 질서를 구성하는 법이 있고 그 법의 내용이 자연권임을 뜻하는 것이다. 근대 자연법은 국가의 실정법이 어떠한 자연의 이치로서 인정되는 것이란 뜻에서 하늘로부터 부여받은 '천부인권'이라고 한다.

이러한 내용은 17세기의 자연법 사상가인 존 로크(John Locke)에게로 거슬러 올라간다.1) 로크는 정치사회의 성립을 자연상태로부터 설명한다. 인간은 사회상태에 진입하기 전에 자연상태에서 생활하고 있었다. 자연상태란 인간이 이성의 법칙인 자연법에 따라 생활하는 상태로 공통의 권력이 존재하지 않는 상태이다. 이러한 상태는 평등한 상태를 전제로 한다. 로크는 자연상태를 설정하여 인간의 자유와 평등이라는 두 개의 기본적인 명제를 이끌어 내고 있다. 따라서 모든 사람들이 이런 자유와 평등을 향유하고 있는' 상태는 모든 사람이 타인의 생명, 자유, 재산을 침해하지 못하는 선의와 상호부조의 상태인 것이다. 거기에서 인간은 모두 독립적이고 평등하며 일정한 인권(자연권)을 부여받고 있었다. 이 때 자연권은 국가의 요구와 이해관계보다 도덕적으로 우월한 상위의 것이다. 정부는 시민들이 인권을 효과적으로 누릴 수 있도록 하는 한에서 정당화된다. 그리고 시민들은 그러한 정부로부터 권리를 부여받는다. 이러한 자연법적 인권이론을 토대로 세계인권선언과 유엔헌장은 모두 자연법 사상에 기초한 천부적 인권이론에 기초한다.

ㄴ) 자연법 사상의 한계와 서구인권개념의 확대

이렇게 현대 인권사상의 기초가 된 자연법적 인권이론도 보편적 인권사상이 되기에는 심각한 한계를 지니고 있었다. 로크가 말한 자연권은 재산을 소유한 남성들에게만 해당되는 것이었다. 미개인, 하인, 임노동자와 여성들은 권리의 보유자로 인정받지 못했던 것이다. 이것은 기본적으로 이 사상도 시대의 상황에 제한을 받는 점 때문이었다. 근대 초기 유럽에서 그 어느 때보다 개입적인 국가권력과 시장자본주의의 냉혹한 현실 앞에 개인들에게 있어서 자연권은 중요한 응답이었는데, 이때 개인은 재산을 소유한 남성으로 대표되었던 것이다.(잭 도넬리, 1996:30) 이 한계는 어떠한 시기의 어떠한 사회의 경우에도 마

1) 서구의 자유주의와 인권에 대한 자세한 내용은 Donnelly (1989), ch.5를 참조할 것. 인권의 간략한 역사는 形原泰雄 (1992)을 보라.

찬가지로 존재한다고 보아야 하고, 이러한 점에서 인권개념의 절대적 보편성은 도달하기 힘든 기준이라고 볼 수있다.

서구에서 인권개념이 끊임없이 확대.발전되었다는 점도 경직된 보편성 개념의 부적합성을 말해준다. 지난 2세기 동안 노동자, 식민지인, 인종, 성차별에 대한 정치적 투쟁을 통해 인권을 향유할 주체가 지속적으로 확대되었고 (잭 도넬리,1996:31), 인권의 내용도 확대되었다. 바사크 (Vasak)에 의하면 서구에서 인권 개념의 발전은 이제 세 번째 세대에 도달해 있다. 첫 번째 세대는 자유에 대한 관념과 국가 폭력으로부터의 보호에 기반하는 시민적 정치적 권리로 인식했고, 이것은 평등과 사회적 경제적 재화, 용역 및 기회에의 소유를 보장하는 경제적, 사회적 권리의 두 번째 세대로 확대되었다. 세 번째 세대는 형제애와 국제적 협력에 기초한 인권으로 발전했다. 세 번째 단계에서는 특히 국가간 불평등의 피해를 입고 있는 제3세계의 입장을 대변하고 있다고 볼 수있다.(Donnelly, 1989:143-144)

서구의 인권사상이 개인주의와 자유주의에 기반한 권리의 개념으로 표현되고 있다는 점 자체도 중요한 한계로 지적되고 있다. 이것은 비서구지역에서 서구적 한계로서 자주 지적되어왔지만, 최근 근대주의에 대한 회의와 함께 더욱 비판이 강해지고 있다고 보여진다. 이와 함께 동양사회의 공동체주의가 서구적 개인주의를 보완할 수있다는 주장도 이루어지고 있다.(한상진,1996:26)

ㄷ) 비서구 지역에서의 보편적 인권 관념

한편 비서구지역에서, 인권의 이념과 관행이 서구 자유주의 전통의 독특한 산물이라는 주장에 반대하여, 그러한 이념과 관행을 정당화하는 자원을 그들 자신의 문화적 전통도 제공한다는 주장이 이루어지고 있다.(다니엘 벨, 1996:47) 이것은 문화적 차이에도 불구하고 발견되는 인권의 가치를 제기함으로써 인권의 보편성을 보다 강력하게 주장하는 것이라고 볼 수있다.

(2) 인권 실천을 위한 제도의 보편성 문제

인권보호를 위한 제도화의 과정 역시 서구에서 시작되었다. 서구에서의 인권의 제도화는 공정한 절차를 통해 만인을 동등하게 대우하는 절차적 보편주의에 입각해있다.(한상진,1996:24) 이 인권 실천문제는 17세기 서구 정치이론과 실천의 주류로 등장했을 때 주로 한 국가내의 시민들의 문제에 국한되었으나, 2차대전후 국제관계에서 중요하게 부각되기 시작했다. 구체적인 실천의 문제이므로 이것의 서구 중심성의 문제는 한층 밀도있게 제기되고 있다.

ㄱ) 국가와 시민 간의 관계

앞서 논의한 서구에서의 인권개념의 확대·발전은 곧바로 제도화 과정과 맞물린다. 국가의 폭력으로부터 개인의 자유를 보호하는 시민권제도로부터 최근의 각종 복지제도에 이르기까지 지속적으로 발전해 왔던 것이다. 이러한 서구의 제도가 다른 지역에 이식되고 있는 것이 사실이나, 서구식의 절차적 보편주의가 공동체주의로 보완되어야 한다는 지적이나, 문화적, 경제적 차이가 이러한 제도의 보편성을 불가능하게 한다고 하는 관점이 여전히 존재한다.

ㄴ) 국제 관계

세계인권선언과 유엔헌장은 모두 인권을 인간성 자체의 내재적인 가치로 간주한다. 인권의 성격이 명확해진 것은 제 2차 세계대전 후의 절망과 불안에 의해서이다. 이후 인권은 국제관계의 주류로 등장했다. 국제인권법과 인권기구들은 국가간의 문제를 다룰 뿐 아니라, 한 국가내에서 해결되지 못한 인권문제가 호소되는 장이 되고 있기도 하다.

자유주의와 사회주의 국가를 망라하여 공감대를 얻어 채택된 세계인권선언은 인권의 세계적 보편화의 대표적인 산물로 볼 수 있다. 1948년 세계인권선언을 선포하는 과정에서 서구의 자유주의 국가가 중심이 되었고 각 조항의 채택과정에서 국가간 갈등이 존재하였지만 지금까지는 가장 다수의 국가가 동의한 인류의 보편적 선언이라고 할 수 있다. 즉, 세계인권선언을 채택함으로써 인권이 가지는 의미에 세계적인 공감대를 획득할 수 있게 되었다. 인권이란 보편적인 것이며 국가를 넘어서는 것이라는 원칙은 인권신장에 매우 중요하다.²⁾

세계인권선언 이후 국제사회에서는 인권의 보편성을 실현하기 위해 지속적인 노력을 기울여 왔다. 법적 구속력이 없는 인권 '선언'의 한계³⁾를 극복하기 위해 조약형식의 국제인권규약(International Covenants on Human rights)을 제정하고 국제회의에서 의제를 채택하였다.⁴⁾ 이러한 국제법 제정은 유엔을 중심으로 인권을 억압하는 국가나 사회에 대한 국제사회의 간섭을 정당화하였다. 지난 1998년 7월 국경을 초월하는 '국제전법재판소'의 실현까지 지속적으로 인권은 모든 인간이 태어날 때부터 가지고 있는 고유의 영역이라는 시각으로 볼 것을 주장한다.

2) 세계인권선언의 보편적 의의에 대해서는 김승환(1998)을 참조할 것. 김승환은 인권선언의 전문과 본문의 30개 조항내용을 하나하나 분석하면서 세계인권선언은 인간의 존엄성을 그 정점에 두고 있다고 주장한다.

3) 세계인권선언은 법적 구속력이 없고 서유럽의 인권체계를 가지고 있는 한계에 대한 자세한 설명은 서준식 '세계인권선언 50주년: 그 의미와 인권의 현주소' 전북평화와 인권연대·천주교 정의구현사제단주최, 제2회 인권학교 자료집을 참조할 것.

4) 세계인권선언 이후 구체적으로는 1950년 「유럽인권규약」, 1959년 유엔 「어린이 권리선언」, 1960년 유엔 「식민지역 및 국민에 대한 독립부여에 관한 선언」, 1963년 유엔 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 선언」, 1967년 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」, 1976년 유엔 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」이 있다. 우리나라는 1990년 4월 11일 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」과 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」에 가입하였다.

ㄷ) 세계인권선언 제정과정의 문제점

세계인권선언을 제정할 당시 아프리카와 아시아의 대다수 국가는 식민지를 경험하고 있었고 민족자결권을 가지고 있지 않았기 때문에 세계인권선언의 초안작성과 채택과정에 참여하는 것이 불가능하였다. 대륙을 대표하는 국가들이⁵⁾, 불참한 민족의 문화적 전통을 고려했다고 하더라도 그것이 그 민족의 대표자를 대신할 수는 없었다. 이후 많은 아프리카·아시아 국가들이 독립을 하면서 그들은 초기의 선언 작성과정에만 참여하게 되었다. 따라서 대다수의 아프리카·아시아 국가들은 국제적 인권 기준이 결정되고 공식화되는 과정에서 부분적으로만 참여하게 된다.

그러나 이렇게 부분적인 참가마저 민족들의 문화적 전통 속에 국제적 인권기준을 합법화하는 바람직한 기준으로 보이지는 않는다. 왜냐 하면 식민지에서 해방된 국가들은 자국의 법률을 제정하는 과정에서 국제적인 인권 기준에 대한 국민들의 인식과 지지가 부족한 점을 이용했기 때문이다. 따라서 아프리카와 아시아 국가들의 엘리트에 의하여 이루어진 인권의 공식화 과정은 결코 그 지역의 인권을 신장시키지 못했다. 즉, 이들 국가들이 세계인권기구에 참가한 것은 각국 국민들의 합의를 반영한 것도 아니고, 그 지역국민들이 보편적이고 국제적인 인권의 측면에서 자국의 문화적 전통을 재구성하고 합의를 끌어낼 기회조차 가지지 못했기 때문이다. 이러한 사실은 이 나라들의 엘리트가 국민들로부터 어떠한 위임도 없이 인권 기준을 결정하고 공식화하여 국제적 합의에 이르렀기 때문이다.

이와 같은 문제 때문에 국제사회에서 현재의 선언을 폐기하고 다시 인권논의를 시작해야 한다는 것은 아니다. 오히려 각 영역의 문화적 전통에서 인권의 기준을 발전시키고 보충해야 할 것이다. 그러나 세계에 존재하는 거의 모든 문화적 전통은 기본적 인권과 관련하여 몇가지 문제점을 가지고 있다는 점에서 딜레마이다.

ㄹ) 강대국 중심의 국제인권기구

인권문제에 대해 서구 국가들은 자국의 정치적·경제적 이해관계와 한정시켜 보편성을 주장하고 있다. 이와 관련된 현상은 세계 곳곳에서 발생하는 대학살과 잔혹상에 대해서는 관용적인 태도를 보이면서도 자신의 영역은 엄격하게 통치하는 현실과 자국과 이해관계가 얽혀있는 상황에서는 인권문제를 더욱 중요시 여기는 현상을 통해서도 알 수 있다. 대표적으로 1994년 미국이 중국과의 관계에서 무역최혜국 대우의 내용을 인권개선 문제와 연계시킨 점을 들 수 있다.⁶⁾

세계인권선언을 제정한 유엔내에서도 강대국의 힘의 논리는 인권의 보편성 실현에 장애가 되고 있다. 1993년 미국의 이라크 침공에 대해 유엔은 침묵하였고 더구나 국제회의에서 약소국의 인권문제는 소외되고 있다. 아프리카의 심각한 에이즈 문제는 몇 년간의 노

5) 2차 대전의 잔혹상에 대한 충격으로 유엔은 인권위원회를 설립하였는데 당시의 준비위원회의 구성국가는 호주, 칠레, 중국, 프랑스, 레바논, 영국, 미국, 소련의 8개국이었다.

6) 한겨레 신문 1994년 4월 27, 5월 18, 5월 27·29일자 참조.

력에도 불구하고 회의 의제로 상정되지 못하고 있다. 이러한 강대국의 패권주의는 서구의 이중적 인권장대를 그대로 드러내는 것이며 이러한 태도는 인권의 보편성을 손상시키고 있다.7)

II. 인권의 특수성 주장의 문제점

(1) 문화적 상대주의

문화적 상대주의는 현대인권이론의 서구중심주의를 비판하고 문화와 가치의 다양성에 기반을 둔 인권의 다원성을 주장하는 이론이다. 즉, 사회형태나 발전단계의 다양성에 따라 인권의 다양성 또한 인정되어야 한다는 입장이다. 문화적 상대주의는 '인권'이라는 윤리적 가치가 역사적으로 그리고 문화적으로 특수하다는 전제에서 출발한다. 문화적 상대주의에서는 인권이라는 개념 대신 인간존엄성이라는 개념을 대안으로 내세운다. 어떤 사회든지 인간존엄성에 대한 인식이 있고 그것은 반드시 '권리'라는 형태나 법적 제도를 통하지 않고도 실현될 수 있다는 것이다. 이를테면, 이슬람 여성들이 베일로 얼굴을 가리는 행위는 문화적인 차이일 뿐이고 이러한 차이가 인간본연의 권리를 침해하지는 않는다는 설명이다.8)

문화적 상대주의는 그 위계적 수준에 따라 인권의 실질적 조항에서의 상대성, 개인적 권리의 해석에서의 상대성, 특별한 권리가 이행되는 형태에서의 상대성으로 나누어 볼 수 있다. 인권의 문화적 상대성을 주장하는 입장에서는 인간은 생물학적인 면에서의 본성, 그 자체가 문화적 상대성을 갖는다고 주장한다. 또한 개인을 형성하는 문화적 효과는 서로 다른 문화에서 뚜렷한 사회적 유형을 낳기 때문에 인권이 보편적인 성격만을 갖는 것은 아니라고 본다.

문화적 경계를 넘어 보편적 기준을 확립하는 작업에서 가장 어려운 점은 각각의 전통들이 그들 자신의 내적 뼈대를 가지고 있고 그것의 법칙과 기준이 그들에게서 기원한다는 사실이다. 하나의 문화적 전통이 다른 문화적 전통과 연결되어 있을 때 그것은 적대적인 방식이 되기 쉽다. 또한 구성원들을 사회에 순응시키는 데에 명목적으로 자국의 전통에 대한 우월감을 확립시키고 다른 문화의 추종자들을 비인간적인 존재로 간주하기도 한다. 비록 그들이 같은 국가의 정치적 경계 속에서 살고 있다 할지라도 이러한 문화적인 경향은 다른 구성원들의 지위와 권리를 침해한다.9)

7) 이러한 주장의 대표적인 예는 정치적 현실주의이다. 보편적 인권흐름에 대한 현실주의의 도전에서는 인간의 본성은 이기적이고 사악하며 국제적인 현실자체가 무정부 상태이기 때문에 보편적 법칙은 국가들의 행위에 적용될 수 없다고 본다. 현실주의자들은 자국의 이익이 우선이고 그러한 이익은 권력과 안보의 관점에서 정의되어야 한다고 주장한다. Jack Donnelly(1993), chap.6 참고.

8) Jack Donnelly (1989) ch.6과 Jack Donnelly (1993) ch.2를 보라.

9) 대표적으로 이슬람과 인도의 예를 보자. 이슬람 전통에서 역사적으로 형성된 샤리아(Shari'a)라는 이슬람 법은 인권의 보편적 가치와 정면으로 대결된다. 특히 이슬람 여성과 비이슬람교도에 대한 억압 그리고 종교와 믿음의 자유 박탈은 가장 직접적인 차별이다. 샤리아에 의해 비이슬람

(2) 경제발전과 인권

오늘날 인권은 서구적 개념이고 모든 인간 존재가 아닌 집단에 대한 권리라는 인식이 광범위하게 확대되었다. 이것은 제3세계 지도자들에 의해 퍼진 정치적 선언이다. 사실 인권 개념은 인간이 처음으로 집단을 형성하던 문명화 초기로 거슬러 올라간다. 인권은 다양한 역사적 요소들 때문에 서구세계에서 최초로 구체화되었다. 서구국가들은 그 과정에서 높은 수준의 사회·경제적·법적 발전에 도달했지만 제3세계 국가들은 매우 다른 환경에 처하게 된다. 예를 들어 아시아 인구의 40%인 8억 인구가 빈곤선 이하에서 살고 있다. 제3세계 국가들에게 국민들이 요구하는 것은 최소한의 의식주 조건이다.10)

따라서 제3세계 권위주의 국가들은 인권이란 국가발전의 광범위한 목표를 위해 제한될 수밖에 없다고 주장한다. 즉 경제성장을 우선적인 국가목표로 삼기 위해서 정치적 권리를 유보한다는 '인권유보이론'을 내세우거나 아니면 아예 '경제발전' 자체를 인권이라고 정의하는 경우이다(Pollis 1989). 전자는 '정치적 인권'이란 인권의 다양한 항목 가운데 일부이며 특히 서구적인 문화권에서 강조되는 권리일 뿐이라는 입장이고 후자는 생존권을 최우선적 인권으로 간주하는 입장이다. 한국의 박정희¹¹⁾, 필리핀의 마르코스 등이 이러한 내용을 주장하였다. 이들은 모두 '인권요구'를 좌파세력의 불순한 정치적 요구로 일축하였고 경제성장을 위해 당분간 정치적 인권을 억제되어야 한다고 주장하였다. 즉 경제발전이 선행되어야만 시민적·정치적 권리도 보장할 수 있다고 주장하면서 경제발전이 이루어져야만 인권을 보장하고 민주주의를 실현할 수 있으며 그 과정에서는 인권의 제한이 불가피하다는 전제에서 인권문제에 대해 선진국이 간섭하는 대신에 경제개발을 위한 원

교도가 이슬람교도에게 어떠한 권리도 행사할 수 없으며 시민으로서의 평등권도 보장받지 못한다. 이슬람교는 만약 어떤 사람이 이슬람에 대한 충성을 거부한다면 사형에 처한다. 또한 이슬람교는 비이슬람교도들을 이슬람교로 개종시키고자 하는 노력이 국가와 공동체에 의해 지지되는 반면에 비이슬람교도들의 전도 활동은 금지되어 있다. 가족법과 유산상속에서 이슬람 여성의 차별은 이슬람 세계를 통해 강화되고 있다. 왜냐 하면 샤리아는 이슬람교가 공식적인 법적 체계가 아닌 국가들에서조차도 개인적 법으로써 사용되고 있기 때문이다. 이슬람교도로 구성된 입법자, 정책입안자, 실행자가 샤리아의 여러 측면이 이루고 있는 한 이슬람 국가에서의 인권문제는 지속될 수밖에 없다.(An-Na'im, 1990)

전통적 인도사회에서 인간의 존엄성은 엄밀하게 보면 인권이 아닌 의무와 위계질서이다. 인간의 의무와 권리는 그들의 인간성에 의해서가 아니라 특수한 카스트, 나이, 성별에 의해 구체화된다. 따라서 전통적 인도에서 인간본성은 모든 인간의 보편적 속성이 아니라 개인과 개인, 집단과 집단에 따라 다르다. 이러한 카스트 제도와 인권은 결코 합치될 수 없다. 이러한 현실에서 인도정부는 독립후 카스트 제도에 반대하고 이를 불법으로 간주하였다. 그러나 이러한 노력은 서구화된 엘리트인 공무원에 의해 이루어졌고 현실을 바르게 파악하지 못하였기 때문에 실패하였다.(Donnelly, 1990)

10) K. P. Saksena, 'Foreword : Human Rights and Development - An Asian Perspective', *Human Rights and Development*(The Macmillan Press, 1989) 참고.

11) 박정희는 1968년 인권주간 대통령 치사에서 다음과 같이 밝히고 있다. "인권의 기초는 이성과 양식에 바탕을 둔 인격입니다만 실제로 무엇보다도 중요한 것은 인권을 누릴 수 있는 경제건설이며 법질서의 존중입니다. 경제건설없이 빈곤을 면할 길은 없는 것이며 빈곤을 추방하지 않고서는 인권은 확보될 도리가 없는 것입니다.(인권연보, 법무부, 1969 p.166-167)"

조를 먼저하라고 주문하였다.¹²⁾

그러나 그러한 주장은 명백한 잘못이다. 국가발전을 추구하는 동안 개개인의 기본적인 인권이 부정되어야 할 어떠한 이유도 없다. 개인의 자유와 안전은 식량이나 주거만큼 기본적인 인간존엄성에 중요하다. 그러나 엠네스티 인터네셔널의 보고에 따르면 정치적 실종이나 임의 재판, 독단적 사형이 아시아 지역에서는 너무나 빈번히 발생하고 있다고 한다. 또한 국가가 경제발전과 인권문제를 연결지우는 것은 과장된 것이다. 폭발적으로 인구가 성장하고 자연자원이 고갈되고 거대한 무기를 비축하는 상황에서 경제발전과 생태계 보호 그리고 인권은 생존을 위해서 반드시 필요하다.

(3) 국가안보와 인권

정치적 안정이나 국가의 안보를 위해 인권이 제한되어야 한다는 주장도 개발도상국이나 비상사태에 처한 국가들에서 흔히 제기된다. 앞서 논의한 경제발전의 문제에서와 마찬가지로, 특정의 사회적, 정치적 상황에서는 특정 권리들이 갈등하고 있고, 그 결과 정부는 더 중요한 권리를 보호하기 위해 일부 권리를 희생해야 하거나 아니면 장기적으로 어떤 권리를 더 많이 확보하기 위해 단기적으로 일부 권리를 희생시켜야 한다는 것이다. 그러한 정치적 문제가 극복된 후 정부의 논리에 따라 그러한 권리의 부인은 더 이상 정당화되지 못한다. (다니엘 벨, 1996:49-50) 그러나 보다 중요한 점은 정치적 안정이나 국가안보가 종종 과장되거나 사실이 아닌 채로 권리의 억압에 사용되는 경우가 많다는 것이다. 그리고 무엇보다도, 보다 근본적으로 인권의 확립이 그러한 상황과 반드시 갈등하는 것인가, 더 나아가 설사 갈등한다해도 인권의 억압이 정당화될 수 있는가는 심각히 숙고해야 할 문제라고 생각된다.

III. 보편성에의 지향

아직도 논쟁은 분분하지만, 인권의 보편성 개념은 확실한 가치로 인식되어 가고 있는 것 같다. 각국의 경제내에서 이루어지는 인권의 법제화, 그 실현의 문제는 이미 그 국가내의 문제로만 양해되지 않는 현실이고, 피해자들은 자신들의 문제를 세계기구로 가져와 호소하고 있다. 인권개념이 어떻게 보편성을 획득할 수 있는가의 문제는 사실 단순하지 않다. 국가간 이해관계와 문화적인 차이는 인간본성에 대해 다른 해석을 가능하게 하기 때문이다. 또한 서방 선진국이 인권을 무기로 '인권외교'를 펴고, 정치적인 이해관계와 강대국의 논리가 여전히 인권문제에 작동하고 있는 현실에서 인권실현의 진정한 보편성을 획득

¹²⁾ 인권문제를 조건으로 경제원조를 제공하는 문제는 1993년 비엔나 세계인권회의에서 쟁점이 되었다. 선진국의 조건 원조에 대해 개발도상국은 그러한 상황은 정부에 아무런 고통을 주지 않으면서 그 나라 대중이 고통받는다라는 점과 선진국은 인권을 미끼로 자국의 정치·경제적 이해관계를 관철하려 한다는 점을 들며 반대하였다. 자세한 내용은 「인권보고서」(1993, 대한변호사협회) 부록을 참조할 것.

할 수 있는가는 회의적이다. 그럼에도 불구하고 17세기 자연법 사상 이래 인권개념은 철학의 작용과 사회발전 및 세계화¹³⁾와 더불어 점진적으로 확대·발전되어왔고, 인권법과 인권기구도 국제적 차원에서 발전을 계속하고 있다. 요컨대 현실에 있어서 인권개념과 실천의 보편성은 어려운 상황에 있지만, 보편성에의 지향은 확실하고 또 진전되고 있다는 것이다.¹⁴⁾

(1) 인권개념의 보편성 추구

가) 다문화주의

인권의 보편성의 획득은 한편으로 인권개념은 천부적인 어떤 것이 아니라 지속적으로 발전하고 있다는 신념과, 다른 한편으로 문화도 고정 불변한 것이 아니라 본질적인 변화를 겪는다(Donnelly, 1989:123)는 관점으로부터 가능하다. 이러한 관점에서 출발할 때, 참다운 보편성은 여러 문화들의 특수한 입장들 간의 끊임없는 대화를 통해 이루어질 수 있을 것이다. 인권이라는 공통의 관심사에 접근해가는 다양한 문화의 입장을 충실히 따르는 다문화주의의 시각을 가지고 강제없는 합의의 가능성을 탐색해가는 것이다.(한상진, 1996:15) 즉 여러 문화와 전통에서 자신의 배경관념을 기초로 그 정당화의 방식은 서로 다를지라도 인권의 근본적인 내용과 그 중요성에 합의를 이룰 수 있다는데 (찰스 테일러, 1996:57-58) 우리는 긍정적일 수 있다.

그러기 위하여 서구중심의 한계를 넘어서는 것은 매우 중요하다. 앞서 보았듯이 인권은 확실히 서구에서 보다 확실한 개념을 가지고 발전시켰으며 그것은 기본적으로 권리(right)의 관념에 기초하고 있다. 그것은 앞서 논의한 시민적, 정치적 권리로부터 경제적, 사회적 권리로, 그리고 국제적 차원의 권리로 인권개념의 확대 과정에서도 변함없이 나타나고 있다. 서구에서 이러한 인권개념의 확대가 기본적으로 개인과 집단 간의 관계를 전제하고 있다는 점을 생각할 때, 자유주의적, 개인주의적 권리의 관점에 더해 동양의 공동체주의가 적절히 통합된다면 보다 바람직한 인권개념의 보편성에 도달할 수 있을 것이라는 점을 알 수 있다.

이러한 점에서 볼 때, 인권이라는 보편적 가치를 서구적인 것이라고 단정하기 보다, 여러 문화적 전통에서 적극적으로 찾아내는 노력이 매우 중요하다고 볼 수 있다. 다니엘 벨은 토착적 문화전통의 차원에서 인권의 가치를 끌어내는 것은 그 지역의 사람들로 하여금 인권이념과 관행에 대하여 보다 강력하고 장기적으로 헌신하도록 하는데 보다 효과적이라고 지적하고 있다. (다니엘 벨, 1996:53-55) 우리 사회에서도 인권의 보편적 가치를 확립시키기위해서 우리 문화 전통에서 인권의 가치를 발굴하는 작업이 시급하다고 생각된다.

¹³⁾ 세계화는 15세기 이후 자본주의화와 함께

¹⁴⁾ 이것은 마치 국제질서에 관한 논의에서의 논쟁과도 유사하다. 즉 현재 국가간 체계의 상황은 정치적 현실주의의 설명으로 보다 가깝게 묘사될 수 있으나, 이상주의에의 지향과 그러한 방향의 진전 또한 확실하다고 볼 수 있는 것이다.

ㄴ) 상대적 보편주의

이러한 다문화주의의 논의에서 우리는 인권을 어떠한 천부적인 권리나 고정불변의 가치라기 보다는, 논쟁과 실천 속에서 그 범위를 확대해나가는 것으로서 다른 절대적 가치와 구분되게 "상대적으로" 보편적인 가치로 인식하는 것이 좋을 것이라고 생각된다. 인권의 보편성이 상대적일 수밖에 없는 것은 인권의 절대적 또는 완전한 보편성을 주장할 수 있는 도덕적 사회가 역사상 존재하지 못했다고 하는 사실, 즉 모든 사회에서 인권의 주장은 나름의 한계를 지니고 있다는 사실에도 기인한다. 그것은 또한 모든 사회는 인권의 가치를 인정할 수 있는 나름의 도덕적 윤리적 기준을 가지고 있다는 점과도 연결된다.(Donnelly, 1989:110-111)

이러한 상대적 보편주의는 모든 권리가 문화적으로 결정된 사회적 규칙에 의존한다고 보는 문화적 상대주의와, 정치적 안정과 경제성장을 위해서는 인권을 부차적인 것으로 보는 인권의 도구화시각을 전적으로 거부하고, 인간이기 때문에 누구나 가질 수 있는 가장 최소한의 전제로서의 인권, 인간존엄성을 보호하는 일반적인 접근으로서의 인권의 가치를 인정하면서도, 문화적 차이에 따른 융통성을 인정하는 가운데 그러한 관념을 발전시켜 가려는 입장인 것이다.

ㄷ) 인권의 다차원과 전략적 타협

기본적으로 인권의 개념과 그 중요성에 합의를 이루었다해도 그 구체적인 내용에 있어서는 많은 문제에 부딪칠 수 있다. 여기서 보다 폭넓은 해석을 시도하는 것은 중요하다. 절대 양도할 수 없는 보편적 가치로서 합의해야 할 차원의 인권과, 문화와 정치적 상황에 따라 다소 상대성을 인정할 수 있는 인권의 차원을 나누어 볼 수 있다. 예컨대 생활의 권리, 자유, 안정의 권리, 법적 지위의 보장, 노예 및 임의적 체포, 구금, 비인간적 대우로부터 보호받을 권리 등은 어떠한 문화적 조건에서도 지켜져야 할 인권의 내용이다.(Donnelly, 1989:122-123; 다니엘 벨, 1996:47) 그에 비해 다른 사회적 경제적 권리는 복지의 발전정도에 따라 다소 상대적일 수 있다고 생각할 수 있다. 이것은 앞에서 논의한 정치 사회적 조건에 따라 어떠한 권리는 유보시켜야 한다는 주장과는 전혀 다른 시각이다. 이러한 인권의 차원의 내용에 대해서는 이견이 있을 수 있으나, 어쨌든 이렇게 차원을 나누어 근본적이라고 생각되는 부분부터 합의를 이루어 점차적으로 그 범위를 넓혀가는 것은 보편성을 지향해가는 좋은 방안이 될 수 있을 것이다.

사회 특유의 문화적 관행과의 전략적 타협이 폭넓게 받아들여지기도 한다. 예컨대 여성의 일권을 향상시키기 위하여 보다 근본적인 권리를 강하게 주장하는 대신 어떠한 종류의 문화적 관행은 인정하는 것이다. 또한 문화의 유지를 위해 얼마나 중요한가에 따라, 또는 보다 오래된 가치와 새로운 가치를 분리하여 전략적 타협을 시도함으로써 타협 불가능한 것처럼 보이는 인권의 관념 사이의 갈등은 완화시킬 수 있을 것이다.

(Donnelly, 1989:123-124)

(2) 보편적 인권의 실천

보다 중요한 문제는 이러한 보편적 인권을 어떻게 실천해갈 수 있는가이다. 인권관념의 보편성은 이러한 실천의 보편성 획득으로 인해 가능할 수 있다고 생각된다.

ㄱ) 제도의 정비

서구에서는 시민권제도를 비롯하여 공정한 절차를 통해 만인이 동등한 대우를 받을 수 있도록 하는 제도들을 발전시켜왔으며 그러한 발전은 최근의 복지제도에 이르고 있다.

앞서 논의한대로 문화적, 경제적, 정치적 상황 차이에 따라 인권에 대한 정치적 관행에는 차이가 있을 수 있다.¹⁵⁾ 그러나 또한 논의한대로 그러한 차이가 과장되거나 억압의 도구로 이용되어서는 안된다. 사회적 조건의 차이를 어느 정도 인정한 위에서도 대체적으로 자유민주주의적 복지국가의 제도적 모델을 지향하는 것에 일반적인 합의가 이루어지고 있는 것이 아닌가 생각된다. 즉 시민적 정치적 권리가 보장된 위에, 사회적 불평등이 완화되고 복지제도가 정비되는 것은 인권이 실현되는 보편적 조건으로 생각된다.

ㄴ) 국가인권기구 및 지역인권기구의 정비

전반적인 인권 실현의 제도가 정비되는 한편에서, 인권침해를 감시하는 기구가 국가 내에 설치되어야 한다. 국가의 폭력이 감시의 중요한 대상이 되므로 시민 참여가 적절히 이루어져야 한다. UN, ILO 등의 세계인권기구 외에, 지역의 특수성을 고려할 수 있는 아시아, 유럽 등의 지역단위에서 지역인권기구가 정비되어야 한다. 이것은 지역적 특수성의 문제에 더하여 세계인권기구가 다룰 수 있는 문제의 양에 한계가 있다는 점과 그것의 서구 중심성 및 강제력이 약하다는 점 때문에 그 필요성이 제기되는 것이다. 지역차원에서 보다 밀접하게 문제에 접근하고 심도있게 다루어 지역에서 압력을 행사할 수 있는 지역인권기구의 발전이 아시아 지역의 경우 낙후되어있다는 점이 자주 지적되고 있다.

ㄷ) 세계인권기구의 보편성 확립

강대국 중심의 세계기구가 우선 글자 그대로 보편적 인권실현기구로서 기능할 수 있어야 한다고 생각된다. 그러한 절차적 보편성이 이루어진 위에 인권의 보편성에 대한 가치 즉 철학적 보편성의 구축은 점차 확고해질 것이라고 생각된다. 지금 세계 각국에 인권기구가 확대되어가고 있는 과정에 있으므로, 먼저 세계적 보편성을 획득한 세계인권기구의 확립은 시급하다고 할 수 있다. 아직도 정부들 간의 관계가 힘의 논리에 지배되고 있는 상황에서, 시민사회의 성장과 NGO의 역할 증대가 중요한 조건이 될 수 있을 것이다. 세계인권기구가 강제력을 가질 수 있도록 하는 방안도 모색되어야 할 문제이다.

15) 예컨대 주민등록증을 발급받기 위해 지문을 찍는 일에 남북분단이 되어있는 우리나라에서는 별반 큰 이의제기가 없는데 비해, 가까운 일본에서도 지문날인은 인권침해로서 매우 심각하게 받아들여지고 있다.

참고문헌

김승환, 1998, "세계인권선언의 의의와 내용" 『세계인권선언 무엇이 문제인가』 한국인권
단체협의회 주최, 세계인권선언 50주년 기념 토론회 자료집(1998.12.8)

다니엘 벨, 1996, "서구적 인권체제에 대한 동아시아의 도전," 『사상 : 동아시아의 성장과 인권』,
겨울호, (사회과학원).

책 도널리, 1996, "인권개념의 보편성과 아시아적 가치," 『사상 : 동아시아의 성장과 인권』, 겨울
호, (사회과학원).

차성수, 1996, 『권리에 관한 사회사상사적 연구』, 고려대학교 사회학과 대학원 박사학위 논문

한상범, 1991, 『인권 : 민중의 자유와 권리』, (교육과학사).

한상진, 1996, 「인권논의에서 왜 동아시아가 중요한가」, 『사상 : 동아시아의 성
장과 인권』, 겨울호, (사회과학원).

유엔세계인권대회를 위한 민간단체공동대책위원회, 1994, 『세계인권대회민간단체 공동자료집』

形原泰雄, 1992, 『人權の歴史』, 석인선 역, 1995, 『인권의 역사』, (한울).

Abdullabi Abmed An-Na'im, 1990, "Islam, Islamic Law and the Dilemma for Cultural
Legitimacy for Universal Human Rihgts", in 『Asian Perspectives on
Human Rights』

Claude E. Welch, Jr., and Virginia A. Leary, 1990, 『Asian Perspectives on Human Rights』
(A Westview Special Study).

David p. Forsythe., 1983, 『Human Rights and World Politics』 (University of Nebraska Press).

David p. Forsythe., 1989, 『Human Rights and Development』 (The Macmillan Press LTD).

Francis Stewart, 1989, 'Basic Needs Sraregies, Human Rights, and the Right to Development'
『Human Rights Quartely』, vol.11.

Jack Donnelly, 1989, 『Universal Human Rights in Theory and Practice』 (Cornell University
Press). _____, 1990, "Traditional Values and Universal Human Rights: Case in
India" in 『Asian Perspectives on Human Rights』 _____, 1993, 『International
human rights』 (Boulder: Westview Press).

James Paul, 1995, 'Incorporating Human Rights into the Work of the World Summit for Social
Develoeripment' 『American Society of International Law』, Washington, D.C. .

Meron, Theodor, 1984, 『Human rights in international law : Legal and policy issues』.
Pollis Adamantia, 1989, "Development, Growth and human rights :the case
of Turkey" in David E. Porsythe (ed). 『Human Rights and Development』
(NY: St. Martin Press)

Vasak, Karel, 1982, 『The International Dimensions of Human Rights』, 박홍규역, 1986, 『인권론』,
(실천문학사).

Wolfgang Huber & Heinz Eduard Todt, 1977, 『MENSCHENRECHTE』, Kreuz Verlag Stuttgart.
주재용 · 김현구譯, 1992, 『인권의 사상적 배경』, (대한기독교서회).

세계인권선언 50주년 기념

『한국인권의 현황과 과제』

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

정책결정과정에서 여성참여확대

— 조성은 —



정책결정과정에서 여성참여확대

조성은(여성특위 담당관)

□ 유엔차별철폐협약 제7조에서는 당사국은 정치적 및 공적 생활에서 여성에 대한 차별을 철폐하기 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 하며, 특히 남성과 동등한 조건으로 '정부정책의 입안 및 동 정책의 시행에 참여하며 공직에 봉직하여 정부의 모든 직급에서 공공직능을 수행할 권리'를 여성에게 확보하여야 한다고 규정하고 있으며, 정책결정과정 및 정치분야에 30%이상 여성의 참여확대는 유엔의 권고사항으로 되어 있다.

그러나 84년 12월 유엔 여성차별철폐협약 비준에 따라 매 4년 마다 협약이행에 관한 UN여성차별철폐위원회에 의해 정기보고서를 심의 받아야 하는 우리나라는 정책결정과정에서 여성의 참여율부분은 협약이행의 장애사항으로 파악되어 여성의 정계진출 비롯하여 법조계 및 민간기업 고위직등 정책결정직책에의 참여확대를 개선 요청사항으로 지적 받고 있다. 우리나라 정책결정과정에서의 여성의 참여율 정도는 세계수준에 비할 때 그 열악함의 정도는 더욱 분명해 진다. UNDP에서 해마다 제출되는 인간개발보고서에 의한 한국의 여성권한척도(여성의 정치·경제활동과 정책과정에서의 참여도를 측정하는 지수)순위는 98년 기준 102개국 중 83위로 아프리카의 짐바브웨나 동남아시아 제 국가보다도 낮은 수준이다. 국제의원연맹 IPU(98.6월 기준)에 따르면, 우리나라 여성의원 비율은 163개국중 129위로 전 세계적으로 하위에 머무르고 있다.

□ 한국 여성의 정치참여 현황 및 정책

1) 의회진출

그동안 한국의 여성지위향상은 가족법, 고용에서의 평등 등 여성관련 법제도 개선을 중심으로 이루어져왔다.

그러나 1991년 지방자치의 실시준비과정에서 여성의 정치참여확대는 여성운동의 새로운 의제로 대두하기 시작했다. 여성들은 그동안의 가족법, 고용평등법등 여성관련 법·제도 개선과정에서 정책결정과정으로의 여성 진출이 무엇보다 중요하며, 여성정책의 주류화와 여성의 지위향상은 여성의 정치참여확대 없이는 허상에 불과하다고 인식하기 시작하였다.

한국여성의 정치적 지위는 여성의 높은 교육수준 및 타 부문에서의 진출에 비해 극히 열악한 상황이다. 세계 여성국회의원 평균비율 13%에 비교해 보더라도 3%선을 넘지 못하는 역대 한국 여성국회의원 비율은 한국 여성의 정치적 지위의 취약함을 보여주는 지표라고 볼 수 있다.

1998년 6월 현재 국회의원 중 여성비율은 3.4%(11명), 지방의회 여성비율은 2.3%(97명)에

불과하다. 여성들의 의회진출 유형을 보면, 여성국회의원 경우 지역구 출신은 불과 3명이며, 대부분은(8명) 전국구를 통해 의회에 진출하고 있다. 지역구 출마에 있어서 96년 4.11총선에는 20명의 여성이 지역구에 출마하였는데 이는 4년전에 19명이 출마하였던 것에 비해 불과 1명이 늘어났을 뿐이다. 또한 여성이 공천받은 지역은 대부분이 당선권과 동떨어진 지역에 공천하여 선거이전에 이미 당선 가능성은 희박하였다. 지방의회의 경우, 기초의회 여성의원 비율은 1.6%(56/3490명), 광역의회 여성의원비율은 5.9%(41명/690명)으로 지난 95년 지방의회(5.8%)에 비해 거의 변동이 없으며, 광역의회 여성의원도 지역구(2.3%, 14/616명)보다 비례대표(36%, 27/74명)가 대다수 차지하고 있으며, 기초·광역단체장에서 여성은 한명도 진출하지 못해 단체장에서는 오히려 퇴보하였다.

2) 정당참여

우리나라 정당의 당원수와 그 구성비율은 정확히 파악되지는 않지만 여성당원중심으로 지구당 활동 및 선거운동 등이 이루어지고 있는 것을 쉽게 볼 수 있고, 일반적으로 각 정당에서 여성당원의 비율을 전체 당원의 50%이상으로 집계하고 있다. 그러나 여성당원의 비율에 비해 그 역할과 권한은 매우 제한되어 있다. 여성당원의 역할은 일반적으로 행사에 동원되거나, 선거운동시 홍보물 배포 및 유권자 동원등에 제한되어져 있으며, 후보선출, 대표선출등 정당의 주요정책결정을 하는 전당대회, 대의원대회, 당무회의등에 거의 배제되고 있다. 50%에 달하는 여성당원에 비해 10%에도 못미치는 여성대의원, 당무위원 및 중앙당 당직자, 전체 223개 지구당위원장중 1명에 불과한 여성지구당위원장 비율은 정당내의 여성의 지위를 말해 주고 있다. 이러한 정당내 여성의 지위는 바로 공천과정에서의 여성의 탈락으로 이어지고, 여성의회 진출의 제자리 걸음이라는 현실을 벗어나지 못하는 중요한 원인이라 볼 수 있다.

3) 정책방향

여성차별철폐위원회는 제7차회의에서 '당사국은 교육, 경제, 정치, 고용과 관련하여 여성 참여를 확대하기 위해 적극적인 조치나 우대제 또는 할당제와 같은 잠정적 특별조치를 더 많이 사용해야 한다.'고 권고하고 있다.

이와 관련하여 우리나라는 여성발전기본법 제15조 2항(정책결정과정 및 정치참여)은 '국가 및 지방자치단체는 다양한 방법을 통하여 여성의 정치참여확대를 지원하기 위한 노력하여야 한다'는 선언적 규정을 하고 있다.

정부는 새정부출범과 더불어 여성의 정치참여확대를 국정과제로 채택하고 정부차원에서는 처음으로 99년부터 예산사업으로 수립하였다.

그러나 30%이상의 여성의회진출을 보여주고 있는 스웨덴, 노르웨이를 비롯하여 일반적으로 높은 여성의회진출비율을 보여주고 있는 영국, 독일등 대부분의 국가의 여성의회진

출확대는 특히 정당차원에서의 적극적 조치에 의해 이루어진 것을 볼 수 있다. 각 정당의 당헌에 여성후보할당제 명문화, 여성후보발굴교육지원, 여성후보를 위한 기금설치, 여성발전계획수립 등 적극적 조치를 실시하였다.

우리나라는 지난 13대 직선제에 의한 대통령선거 실시 이후 50%가 넘는 여성유권자 표의식으로 각 정당은 여성의 정치참여 제고를 위해 정당내 당헌·당규에 여성대의원이나 부총재 등에 대한 일부 할당제를 채택하고 있지만 그 비율에 있어 여성의 대표성을 확보하기에는 극히 미비한 수준이다. 각급 선거에 있어서의 공천할당제는 제도화하고 있지 않으며, 단지 각급 선거가 있을 때마다 정당들은 공약으로 제시하고 있으나 거의 지켜지고 있지 않은 실정이다.

이와 관련하여 지난 98년 정치관련법 개정논의 과정에서 여성의 정치참여확대를 위한 제도적 장치의 필요성 문제가 부각되었고, 국민회의는 정당법내에 비례대표 여성후보 30% 할당제를 명문화할 것을 당론으로 채택하고 있다.

그러나 비례대표 여성후보 30%할당제 정당법내 명문화는 여성의회진출확대를 위한 진전이라고 보기에는 적지 않은 문제점이 있다.

여성의회진출확대를 위한 정책지원은 목표율 설정과 함께 보다 장기적인 측면에서 이루어져야 하며, 공천뿐만아니라 여성정치인력양성과 자금지원등 다각적인 측면에서 이뤄져야 할 것이다.

※ 현황등에 대한 backdate를 추후 더 자세히 보완하겠습니다.

33

1948년 7월 20일... 50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

성문화된 관습형범? - '국방경비법'의 인권문제

1949년 7월 20일... 조 용 환

세계인권선언 50주년 기념

『한국인권의 현황과 과제』

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

1948년 7월 20일... 50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

성문화된 관습형범?

- '국방경비법'의 인권문제

- 조 용 환 -

1949년 7월 20일... 조 용 환

1947년 7월 20일... 조 용 환

1948년 7월 20일... 조 용 환

1949년 7월 20일... 조 용 환

조 용 환 변호사

"1962년 1월 20일 군형법(軍刑法)이라는 것이 나오기 전까지 의심없이 시행되던 '국방경비법', '해안경비법'이라는 법률은 6.25전쟁중에 특히 위력을 떨치던 법률이다. 이 법률에 의하여 처형된 사람이 얼마나 되는지, 그 수는 알 길도 없거니와 그 중에 얼마나 무고하고 억울한 사람이 있는지는 아마 상상도 못하리라. 그런데 그 '국방경비법'이라는 것이 법률도 아니었다고 하면 놀랄 사람이 한둘이 아닐 것이다. 그러나 사실 그것은 대한민국 법률이 아니었다.

1945년 8월 9일 일본이 포츠담선언을 수락하고 항복하자 태평양미국육군총사령부는 북위 38도선 이남의 조선에 군정을 선포하고 재조선미국육군사령부군정청을 설립하여 군정법령(제141호부터는 남조선과도정부법령)을 공포. 시행하였다. 그중에는 현재까지도 유효한 것이 있다. 미군정은 1948년 3월 17일 남조선과도정부법령 제175호로 국회의원선거법을 공포하고 1948년 7월 12일 대한민국헌법을 제정하고 국회의장 이승만은 7월 17일이 헌법을 공포하였다. 그리고 정부조직법(법률 제1호)도 같은 날 공포. 시행되었으며 1948년 8월 15일에는 정부의 수립을 내외에 선포하였다. 이렇게 하여 대한민국이 탄생한 것이다.

그런데 법령집을 보면 '국방경비법', '해안경비법'은 1948년 7월 5일 공포, 1948년 8월 4일 효력발생, 법률호수 미상이라고 써어 있다. 그러나 1948년 7월 5일에 이러한 법률이 공포된 일이 없다.

미군정은 군정법령(남조선과도정부법령) 이외에 1946년 8월 24일 군정법령 제118호로 창설한 조선과도입법위원회에서 제정한 '법률'을 인준(認准), 공포한 일이 있으나 그것은 1947년 5월 6일 법률 제1호에서 1948년 5월 19일 법률 제12호(조선과도입법위원회의 해산)까지를 제정하였을 뿐이었다.

남조선과도정부법령 제209호(법령 제173호의 개정)가 1948년 7월 3일에 공포되었고, 같은 법령 제210호(동결재산의 해제)가 1948년 7월 12일에 공포되었으므로 그 중간인 7월 5일에 다른 법령이 공포될 수 없고, 더구나 1948년 5월 20일로써 이미 해산된(법률 제12호) 조선과도입법위원회에서 법률을 제정할 수도 없는 노릇이었다. 이렇게 공포된 일이 없는 법률을 법률이라고 하려니까 그 법률호수는 '미상(未詳)'이라 할 수밖에 없었던 것이다.

그 국방경비법을 법률인 양 적용했고, 군법 피적용자인 군인. 군속 등은 물론, 국방경비법 제32조(이적), 제33조(간첩)의 죄는 민간인에게도 적용되었다. 국민들은 이것이 법률인 줄 속아서 살아왔고 허구많은 사람들이 그 법률에 의하여 처형되었다.

법률이 헌법에 위반되는지 여부는 헌법위원회나 헌법재판소에서 판단한다고 하지만

도시 법률인지, 아닌지는 누가 판단하는 것일까? ...¹⁾

I. '국방경비법', 왜 문제인가

“국민을 속이는 사람들”이라는 소제목으로 시작하는 유현석 변호사의 법조회고는 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’²⁾의 문제점을 분명하게 보여주고 있다. ‘국방경비법’은 미군정에 의하여 ‘공포’된 일이 없고, 따라서 결코 ‘법률’이 아닌데도 대한민국정부와 법원에 의하여 정당하게 제정. 공포된 법률처럼 적용되면서³⁾ 특히 한국전쟁기간 동안 “아마 상상도 못”할 정도로 많은 사람들을 ‘합법적으로’ 처형하는 데 동원되었다. 이것이 만일 공포된 일도 없는, 따라서 법률의 효력이 없는 것이라고 한다면, 이 ‘법’에 따라 재판을 받고 처형된 사람들은 참으로 무고하게 학살당한 피해자라고밖에 할 수 없다.

더 큰 문제는 ‘국방경비법’의 문제가 반세기전, 어처구니없는 한국 역사의 한 장을 장식하는 에피소드로만 끝나지 않는다는 데 있다. ‘국방경비법’은 국가보안법은 물론 ‘사회안전법’을 거쳐 보안관찰법에 이르기까지 대한민국의 법률에 인용. 계승되는 형태로 지금까지 살아남아 있다. 그래서 ‘국방경비법’에 의해 수십년간 억울하게 옥살이를 한 피해자들이 우리 주변에 살아남아 있고, 나아가 이들에게 보안관찰처분의 족쇄를 채우는 근거가 되고 있다⁴⁾.

따라서 이 글에서는 ‘국방경비법’의 문제점과 ‘국방경비법’에 대한 대한민국 정부와 법

1. 유현석, ‘책에 없는 시시한 이야기’, 민주사회를 위한 변호사 간담회, 역사비평사(1993), 109-110쪽.
2. ‘국방경비법’은 미군정 당시 조선경비대에 적용되는 군형법, ‘해안경비법’은 해안경비대에 적용되는 군형법의 형식을 띠고 있다. 그러나 그 내용은 거의 같으며 실제로 많이 적용되어 사실상 군형법의 역할을 한 것은 국방경비법이다. 어쨌든 실제로 미군정에 의하여 공포된 일이 없으면서 미군정법률처럼 적용되었다는 점에서 이 두 ‘법률’은 똑같은 문제를 가지고 있는데 이 글에서는 편의상 ‘국방경비법’이라고만 쓰기로 한다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 이 글에서 말하는 ‘국방경비법’의 문제는 ‘해안경비법’에도 그대로 적용된다. 국방경비법의 내용은 陸軍本部, 法務五十年史(1996), 100-103쪽, 해안경비법의 내용은 海軍本部, 海軍法務五十年史(1996), 54-62쪽 참조.
3. 1962.1.20. 국가재건최고회의는 군형법(법률 제1003호)과 군법회의법(법률 제1004호)을 제정. 공포하면서 그 부칙(군형법 부칙 제5조, 군사법원법 부칙 제8조)에서 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’을 폐지하였다. 이처럼 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’은 군형법과 군법회의법이 공포될 때까지 군형사법의 역할을 하였다.
4. 보안관찰법 부칙 제2조 제2호에 의하면 국방경비법 제32조와 제33조 위반으로 복역한 사람은 보안관찰법 제2조에 정한 “보안관찰대상범죄”를 범한 것으로 보아 보안관찰처분을 할 수 있게 하고 있다. 보안관찰처분은 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)이 보장하는 양심과 사상의 자유, 그리고 표현의 자유를 침해하는 것으로 보인다. 이점에 관하여는 UN Doc. CCPR/C/79/Add. 6, 25 September 1992; Report on the mission to the Republic of Korea of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mr. Abid Hussain, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1993/45. UN Doc. E/CN.4/1996/39/Add.1, 2 November 1995 참조. 이 글에서는 보안관찰법과 보안관찰처분의 문제점에 관하여는 다루지 않고 단지 ‘국방경비법’의 문제점만 언급한다.

원의 태도를 살펴 봄으로써 역사의 진실을 밝히고 피해자들의 억울한 인권유린을 바로잡는 데 도움이 되기를 기대한다.

II. 미군정법령과 관보

1. 미군정과 관보

일본이 연합국에 항복한 후인 1945년 9월 7일 맥아더대장은 태평양미국육군총사령부 명의로 포고(proclamation) 제1호를 발표하여 “북위 38도 이남의 조선지역을 점령”하고 그 “지역과 동지(同地)의 주민에 대하여 군정을 설립”함을 선언하였다. 9월 9일 조선총독 아베(阿部信行)가 맥아더를 대리한 재조선미국육군사령관 하지중장에게 항복문서에 서명함으로써 일제의 조선통치는 막을 내리게 되었으며 9월 12일 아놀드(Achibald V. Arnold)소장이 군정장관으로 임명되어 3년에 걸친 미군정이 시작되었다. 미군정은 재조선미국육군사령부군정청(United States Army Military Government in Korea)이라는 이름으로 군정에 필요한 모든 법령을 관보를 통하여 발표하였다. 미군정의 관보는 일반적인 근대적 관보와 달리 독특한 방식으로 발행되었는데, 이것이 오늘날 미군정관보에 대해 여러 가지 오해를 낳는 원인이 되고 있다. 관보연구자인 최정태 교수는 미군정관보의 특징을 다음과 같이 정리하고 있다.

“대체로 통용되는 근대적 관보의 특징을 보면 먼저 관보의 명칭아래 법령 및 인사사령 등 조목별로 모든 기사를 한 곳에 통합하고 여기에 발행호수와 일자를 명시하여 정기적으로, 매일 발행하는 것을 원칙으로 하고 있다. 그러나 미군정관보는 통합된 내용을 담은 관보형체가 없다. 그러므로 관보자체에 발행호수와 일자를 기입할 수도 없다. 다만 세부적으로 법령이나 사령, 행정명령 등에 일련번호와 일자를 각각 기입하여 관보의 명칭을 빌어 발행한 것이 본 관보의 특징이다. 이는 곧 주제중심 내지 각 부서별로 분산하여 생산한 것이기 때문에 별도로 ‘미군정청관보’ 제1호, 제2호라고 하는 자료는 찾아 볼 수 없는 것이다.”⁵⁾

이처럼 미군정은 법령을 비롯한 모든 활동을 관보의 이름으로 발행하여 주지되도록 하였으나 내용 및 부서에 따라 독립해서 편성, 발행하였기 때문에 하나로 통일된 관보가 존재하지 않는 것이 사실이다. 하지만 모든 관보에는 최종발행자인 군정장관이 일일이 서명하여 발행하였으며 관방총무과가 발행을 주관하였다.⁶⁾ 미군정이 발행한 관보는 관보의 머리부분에서 그 관보로 공포하는 법령의 종류와 번호를 밝히고 있고 그 내용에서도 법령의 호수를 명시하고 있다.

5. 崔貞泰, 한국의 官報, 亞細亞文化社 (재판 1994), 119쪽.
6. 崔貞泰, 앞의 책, 117-118쪽.

2. 미군정의 법령체계와 '국방경비법'

가. '군정법령'의 종류

미군정기에 시행된 법령의 유형에는 태평양미국육군총사령관 포고(Proclamation), 남조선과도정부 법률(Public Act), 재조선미국육군사령부 군정청법령(Ordinance), 행정명령(Executive Order), 부령, 훈령, 관리령 등의 7가지가 있었다. 흔히 이를 총칭하여 보통명사로서 "미군정법령"이라고 부르기도 하는데 그 가운데 "군정청법령(Ordinance)"이라는 고유명사를 가진 별개의 법령과 구별해야 한다. 어쨌든 군정의 성격상 미군정시대의 최고의 효력을 가진 법령은 태평양미국육군총사령관 포고였다. 맥아더 사령관의 명의로 제1호부터 제4호까지 공포된 포고는 자기 휘하의 미국 육군 제24군단(군단장 하지 중장)을 남한지역에 파견하여 군정을 실시하면서 가장 기본적인 내용을 공포한 것으로, 미군정의 권한은 미국육군의 위계체계상 태평양미국육군총사령관으로부터 나오는 것이므로 이 포고가 최고법으로서 효력을 가졌다고 할 수 있다. 그 다음으로 오늘날 법률의 효력을 가진 것이 남조선과도정부 법률(Public Act)과 재조선미국육군사령부 군정청법령(Ordinance)이다. 군정청법령(Ordinance)은 좁은 뜻에서 '군정법령'이라고도 하는데, 군정장관이 자기의 권한으로 제정. 공포하는 것으로 미군정시대 입법의 대부분을 차지하고 있다. 남조선과도정부 법률은 군정법령 제118호에 의하여 설치된 조선입법기관(제3조)인 남조선과도입법위원회에서 제정하고 군정장관의 인준을 받아 공포된 법률을 말한다. 군정법령 제118호에 의하면 입법위원의 직무는 "일반복리와 이해에 관계되는 사항 및 군정장관이 의탁한 사항에 관하여 법령을 제정"하는 것이지만 그 직무권능, 즉 입법위원이 제정한 법령은 "군정장관이 동의하여 합법적으로 서명날인하고 관보에 공포하는 때"에 법률의 효력이 있다(제5조). 행정명령은 재조선미국육군사령부군정장관실에서 발하는, 말하자면 대통령령과 유사한 것이며 부령(department order)은 군정장관의 지시 또는 지령에 따라 각부의 장이 발령하는 것으로 농무부령, 상무부령, 체신부령, 노동부령, 사법부령이 있다. 훈령(bureau order, instruction)은 법무국, 보건후생국, 재무국 국장이 하는 명령 또는 판사에 대한 훈령, 검사에 대한 훈령, 법무국장 지령 등을 포함하며 마지막 관리령(管

7. 앞에서 본 태평양미국육군총사령부포고 제1호는 "군정을 설립"한다면서 제1조에서 "조선북위38도선이 남의 지역과 동주민에 대한 모든 행정권은 당분간 본관의 권한하에서 시행함."이라고 선언하였다. 1945년 9월 20일 군정청은 "...민주주의정부를 건설하기까지의 과도기간에 있어서 38도선이남의 조선 지역을 통치, 지도, 지배하는 연합국총사령관 아래서 미군에 의하여 설립된 임시정부인 것이다. 군정청은 남조선에 있어서 유일한 정부 ..."라고 선언하였다. 金哲洙, 韓國憲法史, 大學出版社(중판 1989), 24쪽; 朴棗杓, '韓國의 國家形成: 反共體制 樹立과 自由民主主義의 制度化, 1945-48', 高麗大學校 大學院 박사학위논문 (1995.8.), 74쪽에서 인용. 이러한 근거로 미군정은 법령을 공포하여 시행하였으며 제헌헌법은 부칙 제100조에서 "현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다."라고 하여 미군정법령의 효력을 전면적으로 수용하였다.
8. 따라서 이 글에서 별다른 설명없이 '군정법령'이라고 표기하는 것은 영문으로 "Ordinance"라고 표기하는, 군정청법령을 말한다. 유현석 변호사의 글에 나타나 있듯이 군정법령은 제141호부터는 "남조선과도정부 법령(South Korean Interim Government Ordinance)"이라는 이름으로 공포되었다.

理令 또는 管財令, custody order)은 군정청 관재처의 재산관리관이 한 명령을 말한다⁹⁾.

나. '군정청법령'과 '법률'의 효력

의형만으로 볼 때 남조선과도정부법률은 이름 그대로 법률(Public Act)이며 재조선미국육군사령부군정청 법령(Ordinance)은 '법령'(Ordinance)으로 법률보다 효력이 하위에 있는 것처럼 보일 수도 있다. 법률은 또 형식적으로 입법기관을 통과한 것인 반면, 법령은 군정청에서 단독으로 발령한다는 점에서 법률이 더 우위에 있는 것처럼 보이지만, 실제로는 그렇지 않고 같은 효력을 가지고 있었다. 그러나 실질적으로는 미군정청이 법령의 제정. 공포를 통하여 입법권을 사실상 독점하고 있는 실정이었다¹⁰⁾.

다. 미군정의 '죄형법정주의'

포고 제1호는 제1조에서 "조선 북위38도 이남의 지역과 동 주민에 대한 모든 행정권은 당분간 본관의 권한하에서 시행함"이라고 하고 제3조에서는 "주민은 본관 및(及) 본관의 권한하에서 발포한 명령에 즉속히 복종할 것(事). 점령군에 대하여 반항행동을 하거나 또는 질서보안을 착란하는 행위를 하는 자는 용서없이 엄벌에 처함"이라고 하고 제6조에서는 "이후 공포하게 되는 포고, 법령, 규약, 고시, 지시 및(及) 조례는 본관 또(又)는 본관의 권한하에서 발포하여 주민의 이행하여야 될 사항을 명기함."이라고 하고 있다. 이 포고는 따라서 남한지역의 입법. 사법. 행정권을 모두 태평양미국육군총사령관이 가지고 군정을 시행한다는 것을 선언하는 동시에 "주민이 이행하여야 될 사항"은 "이후 공포하게 되는" 법령에 의하여 "명기"한다는 것, 다시 말하면 명시적으로 공포되는 법령에 주민이 복종할 의무가 있다는 원칙을 선언하였다.

한편 1945년 10월 9일 공포한 군정법령 제11호는 제3조에서 "엇떠한 사람이든지 그(其) 행위에 대하여 그 범행당시의 현행법률에 처벌한 조문이 명백히 기록되어 있지 아니하였스면 죄명을 정하거나 판결을 언도하거나 형벌을 가하지 못함."이라고 규정하였다. 이러한 이른바, 죄형법정주의의 원칙에 기하여 미군정청은 모든 법령을 미군정청관보(Official Gazette)에 공포하였으며 이렇게 공포된 법령은 군정장관의 사전의 인가가 있는 경우를 제외하고는 관보에 공포된 후 10일이 지나서 법령이 효력을 발생하게 하였다¹¹⁾.

9. 崔貞泰교수에 따르면 "발행이 확인된 미군정관보의 내용을 정리하면 포고 16건을 비롯하여 법령 219건, 임명사령 136건, 민직. 해임사령 117건, 행정명령 26건, 공고 52건, 일반고시 8건, 통첩 및 통보 17건, 헌장 및 선포령 4건, 부령 및 지령 106건, 규칙 14건, 남조선과도정부법률의 27건으로서 모두 51종 742건"이라고 하면서 앞의 책, 125-148쪽에서 이를 정리해 놓고 있다. 그리고 이 책 147쪽에서는 역시 국방경비법과 해안경비법을 "1948년 7월 5일 공포"된 "법령호수미상"의 "남조선과도입법의원 법률"로 기재하고 있다. 그러나 1997년 12월경 두 차례에 걸쳐 글쓴이와 한 전화통화에서 최정태교수는 '국방경비법'과 '해안경비법'이 공포되었음을 인정할 수 있는 자료가 없다고 확인하였다.
10. 文光三, '美軍政期 憲法史', 韓國憲法史(上) (韓泰淵, 葛奉根, 金孝全, 金範柱, 文光三 共著), 韓國精神文化研究院, 1988, 313-362쪽 참조.

라. 공포된 군정법령과 법률

미군정청은 수립이후 1945년 9월 24일 군정법령 제1호 “위생국 설치에 관한 건”을 공포한 이래 1948년 8월 12일 마지막으로 공포한 제219호 “법령 제119호의 개정”에 이르기까지 219개의 군정법령을 공포하였고, 남조선과도입법의원은 모두 33건의 법률안을 심의하여 18건을 통과시키고 15건을 미결로 남겨 둔 상태에서 해산하였다. 입법의원에서 통과된 18건 가운데 13건은 군정장관의 인준을 받아 공포되어 법률로 효력을 발생하였고 5건은 군정장관의 인준을 받지 못하여 법률로 공포되지 않았다. 효력을 발생한 13건 중 12건은 남조선과도입법의원 법률로 공포되었고 나머지 한 건은 군정법령 제88호(신문 및 기타 정기간행물 허가에 관한 법령 정정)로 공포. 시행되었다¹²⁾.

현재 미군정법령(Ordinance)을 공포한 관보는 제1호부터 제219호까지 모두 남아 있고 그 제목이 무엇이며 내용이 무엇인지 알려져 있다. 마찬가지로 입법의원에서 제정한 법률(Public Act) 제1호부터 제12호까지는 물론, 입법위원의 모든 속기록이 남아 있어 어떠한 의안이 심의되었는지 분명하게 알려져 있는 실정이다.

마. ‘국방경비법’의 문제

문제는 이처럼 분명히 확인되어 있는 219개의 군정법령과 12개의 과도입법의원 법률 가운데 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’이라는 제목과 내용을 가진 것이 존재하지 않는다는 데서 시작한다. 그렇다면 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’은 어째서 미군정법령으로 간주되고 적용될 수 있었을까.

국방경비법이 효력있는 미군정법령일 수 있으려면 다음 두 가지 가운데 하나의 경우에 해당하지 않으면 안된다. 첫째는 미군정이 어떤 이유로 법령번호를 붙이지 않고 국방경비법과 해안경비법을 관보로 공포한 경우이고 둘째는 법령 제219호 이후에 예컨대, 법령 제220호와 제221호로 국방경비법과 해안경비법을 공포하였으나 그 관보가 사라진 경우이다. 어느 경우든지 미군정 스스로가 법령은 공포되어야만 효력이 있다고 규정하고 있었고, 대한민국 헌법 또한 죄형법정주의를 선언하고 있었으므로 만일 국방경비법이 공포된 일이 없다면 국방경비법은 법률의 효력을 가질 수 없는 것이다.

그러나 지금까지 조사한 바로는 두 가지 모두 가능성이 없어 보인다. 첫째로 미군정이 굳이 법령의 번호를 붙이지 않고 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’만을 따로 공포할 이유가 전혀 없다. 또 군정법령을 공포한 다른 모든 관보들은 남아 있는데, 국방경비법과 해안경비법을 공포한 관보만 없어질 까닭이 없고 비록 그 관보가 없어졌다 하더라도 미

11. 재조선미국육군사령부군정청, 1946.1.19. 법령기타법규의 공포, 공포형식에 관한 건.

12. 金赫東, 南朝鮮過渡立法議院의 設置背景과 運營實態에 관한 研究, 檀國大學校 大學院 박사학위논문, 1995년 참조.

군정의 활동을 기록한 다른 자료 어디엔가에는 그런 법령이 공포되었다는 사실이 기재되어 있어야 한다. 둘째의 경우 역시 가능성이 없어 보인다. 미군정청이 1948년 8월 12일 법령 제219호를 공포하였는데, 대한민국정부가 수립한 8월 15일이 되기 전에 국방경비법과 해안경비법을 제정. 공포할 리가 없고 하였다면 그 관보들만이 없어질 리도 없으며 미군정의 역사기록에 나타나지 않을 리 없기 때문이다. 말하자면 미군정이 마지막으로 공포한 법령이 제219호라는 사실은 의문의 여지가 없는 것이다.

III. 국방경비법, 법인가?

1. ‘남조선과도정부법률’이 아닌 국방경비법

국방경비법을 수록하고 있는, 국내의 모든 법령집¹³⁾에는 ‘국방경비법’이 ‘해안경비법’과 함께 “남조선과도정부 법률”로서 “1948년 7월 5일 공포, 법령호수미상”으로 기재되어 있다. 여기서 “남조선과도정부 법률”이란 앞에서 본 것처럼 1946년 8월 24일자 미군정법령 제118호에 의하여 설치된 조선과도입법의원에서 제정하여 군정장관의 인준을 받아 공포된 법률을 말하는 것이다. 따라서 국방경비법이 남조선과도정부법률(Public Act)로 기록되어 있다는 사실은 이 법이 적어도 미군정이 제정공포한 군정법령(재조선미국육군사령부군정청법령, Ordinance)은 아님을 뜻하는 것이다.

그런데 1948년 5월 10일의 제헌국회의원 선거에 의하여 국회가 구성되어 헌법제정을 비롯한 법률제정 작업에 들어가게 됨으로써, 조선과도입법의원은 더 이상 존재할 이유가 없어지게 되었다. 그래서 국방경비법이 공포되었다는 1948년 7월 5일 이전인 1948년 5월 20일 남조선과도정부법률 제12호에 의하여 해산하였다. 따라서 조선과도입법의원 해산하고도 한 달 반이 지난 7월 5일에 조선과도입법의원 법이 만든 법률이 공포된다는 것은 우선 물리적으로 불가능한 일이다. 더구나 앞에서 본 바와 같이 조선과도입법 의원은 약 1년 반동안의 활동기간 중 이 법을 제정한 일이 없는 것은 물론, 심의 조차도 한 일이 없다¹⁴⁾. 다시 말하면 남조선과도정부법률로 법령집에 수록되고 통용되어 온 국방경비법이 남조선과도정부법률이 아니라는 사실에는 의문의 여지가 없는 것이다.

13. 지금까지 발견한, ‘국방경비법’을 수록하고 있는 법령집 가운데 가장 오래된 것은 1954년에 발행된 文星堂판 增補 六法全書이고 그 후 법전들에 계속하여 실리고 있다. 소송과정에서 법무부가 제출한 자료에 의하면 정부기관이 편집한 법령집가운데에는 법제처와 법원행정처가 1969년에 발행한 군정법령집에 국방경비법과 해안경비법이 실려 있다. 그러나 大韓法政協會編纂, 現行 法令總集, 大韓出版文化社(1951); 文星堂판 六法全書(1953년)에는 이들 법령이 실려 있지 않다. 특기할 것은 국방경비법과 해안경비법을 수록하고 있는 모든 법령집들이 예외없이 ‘국방경비법’을 “1948년 7월 5일공포”된 “법령호수미상”의 “남조선과도정부법률”로 기재하고 있다는 점이다.

14. 金赫東, 앞의 논문 참조. 이 논문은 ‘남조선과도입법의원’의 모든 속기록을 조사하여 심의의 대상이 된 안건을 검토하여 정리하고 있는데, 이것을 보면 국방경비법이나 해안경비법과 같은 것은 남조선과도입법의원 심의의 대상이 되었던 일 조차 없다.

2. 1948년 7월 5일에 공포되지 않은 국방경비법

국방경비법을 수록하고 있는 모든 법령집은 예외없이 법령호수 '미상', 그리고 공포일은 "1948년 7월 5일"로 기재하고 있다. 그런데 미군정청 관보의 목차¹⁵⁾를 보면 이날 국방경비법과 해안경비법이 공포된 일은 없다. 앞서 유현석변호사의 글에서 보았듯이 1948년 7월 3일 군정법령 제209호가 공포되었으며 7월 12일 제210호가 공포되었을 뿐, 7월 5일에는 어떠한 법령도 공포된 일이 없고 공포될 수도 없었다. 따라서 이 또한 국방경비법이 제정공포된 일이 없음을 입증하는 것이다.

기존의 법령집에 이 법의 공포일도 미상으로 기재되어 있다면 별 문제이지만 그 공포일이 명백히 1948년 7월 5일로 기재되어 있고 그렇게 통용되어 왔는데 그 날짜에 공포되지 않은 사실이 증명된 이상 '국방경비법'의 지금까지 통용되어 온 효력근거는 무너졌다고 보아야 하며, '국방경비법'을 정당한 법률로 '추정'하는 근거는 반복되었다고 보는 것이 논리적으로 타당할 것이다.

3. 국방경비법이 수록된 '법령집'의 문제점

어떤 법령이 과연 제대로 제정, 공포된 것인지에 관하여 의문이 제기될 경우, 일차적으로는 그 법령의 제정주체인 국가기관이 발행하는 공인된 법전(예컨대, 대한민국 "현행 법령집" 또는 '법령연혁집')에 의할 것이며, 그래도 의문이 있을 경우에는 관보에 의하여 그 공포여부를 판단할 것이다. 만일 어떤 이유로 관보가 멸실되어 공포여부를 확인하기 어렵다면 입법기관의 속기록과 법령 공포기관의 활동기록 등을 살펴 봄으로써 그 공포여부를 확인해 볼 수 있을 것이다.

현재 국방경비법과 해안경비법이 공포되었음을 밝혀주는 미군정관보는 존재하지 않는다. 오로지 대한민국 정부수립 이후에 제정주체가 아닌 개인 또는 기관이 비공식으로 편집한 미군정법령집에 "남조선과도입법의원 법률"로 실려 시행되었고 각종 법률에 인용되고 법원에 의하여 적용되면서 법률의 효력을 의심받지 않은 채 지금까지 왔다. 그런데 이들이 하나같이 국방경비법과 해안경비법을 "남조선과도입법의원 법률", "1948년 7월 5일 공포", "법령호수미상"이라고, 명백히 사실과 다른 내용을 표기하고 있는 점을 보면, 국방경비법과 해안경비법을 처음으로 법전에 올린 사람조차도 그 효력근거를 제시할 수 없었음을 알 수 있다. 실제로 이 법에 관하여 설명하는 자료들 가운데 "1948년 7월 5일 공포지시"¹⁶⁾라고 설명하는 것들도 있다는 사실에 비추어 보면 처음부터 이 법이 공포되

15. USAMGIK, Official Gazette (원주문화사 영인, 미군정청 관보 1-4권, 1991).

16. 戰史編纂委員會, 韓國戰爭史 1권(1967), 346쪽은 국방경비법을 1946년 1월 3일 군정법령고문으로 취임한 손성겸이 6개월에 걸친 연구와 기초작업 끝에 만들었다고 하면서 "이리하여 국방경비법은 1946년 9월에, 미군정장관의 승인을 얻어 공포하게 되었다. 동법은 제1편 총칙, 제2편 죄, 제3편 군법회의, 제4편 잡칙으로 구성되었다. 그후 제3편 군법회의를 일부수정하여 1948년 7월 5일 공포지시에 의하여 동년 8월 4일 유효하게 되었다."라고 하고 있다. 그러나 1946년 9월에 국방경비법이 공포된 일도 없

지 않았음을 알고 있었던 것이라고 추측할 수도 있다.

4. 미군정의 관보와 법령집

현재 법무부와 대법원은 국방경비법과 해안경비법을 공포한 미군정관보를 "찾을 수 없다"는 말로 문제의 본질을 회피하고 있다. 그러나 문제는 그 관보를 "찾을 수 없는" 것이 아니라는 데 있다. 그 관보는 처음부터 없었다고 보아야 할 충분한 근거가 있기 때문이다. 더구나 미군정청이 발행한 법령집에도 국방경비법이나 해안경비법은 수록되어 있지 않은 실정이다.

현재 국내에 있는 미군정당국이 발행한 법령집들로는 재조선미국육군사령부(在朝鮮美國陸軍司令部)가 발행한 군정법령집(軍政法令集)¹⁷⁾과 미군정청 각부령집(美軍政廳 各部令集)¹⁸⁾, 그리고 南朝鮮過渡政府발행 軍政法令集 제1권 내지 제4권¹⁹⁾이 있는데 미군정당국이 직접 발행한 이들 법령집에도 국방경비법과 해안경비법이라는 이름의 법령이 실려 있지 않다는 사실은 이들이 미군정에 의하여 제정공포된 일이 없을 뿐 아니라, 미군정에 의하여 법령의 효력을 가진 것으로 취급된 일도 없다는 사실을 명백히 보여주고 있다. 그것을 공포한 관보도 없고 미군정 스스로 만든 법령집에도 올라 있지 않고 미군정 스스로도 법령으로 인정한 일이 없는, 정체불명의 법령들이 대한민국 정부수립후 한국인들이 임의로 만든 법령집에 "남조선과도정부법률, 1948년 7월 5일 공포 법령호수 미상"이라는 허위의 정보를 달고 기재되어 법률로 시행되어 온 것이다. 이처럼 국방경비법과 해안경비법은 법령으로서 가져야 할 공적인 근거가 전혀 없고 또한 있을 수도 없는, 매우 이상한 '법령'이며 오직 비공식적인 법전을 근거로 대한민국의 법집행과 적용이 쌓여온 "성문화된 관습형법"이 되어 있는 것이다.

5. 국문판법령집과 영문판법령집의 차이

중요한 사실은 대한민국 정부수립이후 편찬된 미군정법령집가운데에도 국문판에는

고, "1948년 7월 5일 공포지시"라는 것도 무엇을 말하는지 애매하다.

17. 법원도서관 소장, 청구기호 340.031 한 17 7 c.2. 법원도서관 등록번호 91258호, 1995.1.20. 구입등록.
18. 법원도서관 소장, 청구기호 340.031 제75 c.2. 법원도서관 등록번호 91257호, 1995.1.20. 구입등록. 이 부령집에는 전체적으로 통일된 목차는 없으나 "布告, 行政命令, 노동부령, 농무부령, 법무국령, 보건후생부령, 사법부령, 상무부령, 재무부령, 체신부령, 외국무역규칙, 재산소청위원회 수속규칙, 중앙가격규칙, 중앙경제위원회규칙, 중앙식령규칙, 인사행정규칙, 기타"의 순으로 따로 기재한 목차와 함께 시기 순으로 편철되어 있다. 그중 布告부분에는 태평양미국육군사령부 포고 제1호 내지 제4호, 재조선미국육군사령부군정청 포고(Declaration) 제3, 4호, 재조선미국육군사령부 포고(Proclamation)가 포함되어 있고 행정명령부분에는 재조선미국육군사령부군정청 명의의 Executive Order 제1호내지 제24호, 선포(Declaration) 제6, 7호, 야행금지령(Curfew), 명령(General Order) 제8호, 총감실명령(Commission Order) 1호, 공포(Declaration) 제2호가 포함되어 있으며 명령(Federal Order) 제8호는 이에 위반한 경우 "징계처분"을 한다고 규정하고 있다. 그리고 이 각부령집에도 국방경비법과 해안경비법은 포함되어 있지 않다.

19. 서울대학교 법학도서관 청구기호 343.5 H193g v.1-4.

국방경비법과 해안경비법이 수록되어 있으나 영문판에는 이것들이 수록되어 있지 않다는 점이다. 1971년 한국법제연구회에서 편찬한 미군정법령총람²⁰⁾은 국문판과 영문판의 두 권으로 되어 있는데 국문판에는 남조선과도정부 법률 항목에서 별률 제12호 다음에 '법령호수미상'으로 국방경비법과 해안경비법이 수록되어 있지만, 영문판에는 실려 있지 않은 것이다. 미군정법령상 미군정 시대에는 모든 공문서가 영문과 국문으로 발행된 사실에 비추어 보면 영문이 없는 군정법령이란 생각할 수 없는 것이며 이 또한 국방경비법이 미군정에 의하여 제정공포된 일이 없음을 반증하는 것이라고 보아야 할 것이다.

6. 미군정의 활동기록과 국방경비법

가. 자료대한민국사

국사편찬위원회가 편찬하여 발행한 '자료대한민국사'²¹⁾는 "광복에서 정부수립까지 3개년에 걸친 미군정기간의 편년체 편찬"으로 미군정시대의 모든 중요한 사건과 자료들을 포함하고 있고 특히 제7권은 1948.5.1.부터 8.15.까지 자료를 수록하고 있는 것으로, 대한민국 정부기관이 편찬한 미군정기의 공식기록이다.

1948년 7월 3일²²⁾에 관한 기록을 보면 미군정법령 제209호가 공포된 사실이 기록되어 있고 그 근거는 "미군정청 관보 법령 제209"로 표시되어 있다. 그런데 7월 5일의 기록²³⁾을 보면 국회의 헌법초안 검토 등 이날 일어난 중요한 사건이 모두 기록되어 있으나 '국방경비법'이나 '해안경비법'과 같은 낱말은 나타나지도 않는다. 또 7월 12일에는²⁴⁾ 미군정법령 제210호가 공포되었다는 기록이 나타나 있다. 그런데 여기서 눈여겨 보아야 할 점은 이날 "통위부 참모총장 이형근"이 기자회견을 한 내용인데, 그는 "이미 통위부가 기구개혁을 실시중이다. 군사기구니 만큼 상세한 내용은 발표하기 어려우나 통위부는 정부의 한 部로서 이미 명시되어 있는 바이다." 라고 말했다. 이것은 이미 국회에서 진행중이던 정부조직법 제정작업 과정에서 통위부를 개편하여 국방부로 하고, 그 산하에 육군, 해군, 공군을 두기로 한 사실을 말하는 것이다(정부조직법, 법률 제1호 제17조 참조)²⁵⁾. 정부조직법은 1948년 7월 17일 법률 제1호로 국회를 통과하였다. 그런데 대한민국 정부에서 사용할 국방경비법을 보면 이미 국회에서 통위부를 국방부 산하 육군으로 개편하게 되어 있는데도 국방부라는 말은 등장하지 않고 '통위부장'이 군법회의를 설치하게 한다는 등 당시의 정세와 전혀 맞지 않는 용어들을 그대로 사용하고 있음을 알 수 있다.

20. 韓國法制研究會, 美軍政法令總覽 國文版; 英文版 (1971).

21. 國史編纂委員會, 資料 大韓民國史, 제1권 내지 제7권.

22. 자료 대한민국사 제7권, 460쪽.

23. 자료 대한민국사 제7권, 470쪽 이하.

24. 자료 대한민국사 제7권, 519쪽.

25. 자료 대한민국사 제7권, 532쪽.

어쨌든 수천쪽에 이르는 자료 대한민국사 제1권 내지 제7권의 어느 부분에도 국방경비법과 해안경비법이 미군정에 의하여 공포되었다거나 미군정이 이러한 법령을 공포하려고 준비했다는 말은 나타나지 않는다. 이 자료는 미군정 당시 모든 법령의 공포내용과 국방경비대 및 해안경비대의 내부 조직변화 등 세세한 내용까지 수록하고 있는데, 국방경비법과 해안경비법이 정상으로 공포된 법령이라면 과연 한 마디 단어조차 언급되지 않을 수 있을까 의문스럽다.

나. 미군정 활동보고서

'국방경비법'의 제정주체인 미군정의 기록은 어떠한가. 미군정의 기록 가운데 가장 참고할 만한 것은 미군정청이 1945년 9월부터 1948년 8월에 이르기까지 34차례에 걸쳐 달마다 발행한 보고서이다²⁶⁾. 이 보고서들은 각권마다 매우 방대한 양으로 그 달에 남한에서 일어난 미군정관련 중요한 사항을 세세하게 수록하고 있고 미군정이 그달 그달 공포한 법령들 역시 중요한 내용으로 기재되어 있다.

그런데 이 방대한 자료에도 조선경비대와 해안경비대에 적용되는 군형법으로서 '국방경비법'과 '해안경비법'이 제정, 공포되었다는 기록은 역시 나타나지 않는다. 예컨대, 제33권은 1948년 6월의 기록이며, 제34권은 제48년 7월부터 8월 15일 대한민국정부수립, 즉 미군정종료까지를 다루고 있는데 각각 6부(PART), 약 200쪽 내외의 방대한 양으로 되어 있고²⁷⁾, 제5부 제3장 법적 문제(Legal Affairs)는 "법령과 명령들(Ordinances and Orders)", "법률 의견", "행형기구", "한국 법원"으로 이루어져 있는데 경찰과 조선경비대 및 해안경비대에 관한 사항은 제4장 국립경찰 부분에서 다루고 있다. 1948년 6월의 보고서를 보면²⁸⁾ 그달 공포된 주요 법령들이 기록되어 있는데, 행정명령(executive order)

26. 이 보고서는 제1권부터 제5권까지는 "연합군최고사령부(Supreme Commander for the Allied Powers)"가 펴낸 "일본과 한국에서의 비군사부문활동 요약보고서(Summation of Non-Military Activities in Japan and Korea)"로, 제6권(1946.3.)부터 제15권까지는 "미군태평양최고사령부(Commander-in-Chief, United States Army Forces, Pacific)"이 발행하는 "한국에서의 미군정활동 요약보고서(Summation of United States Army Military Government Activities in Korea)"로 되어 있고, 제23권(1947.8.)부터 제34권까지는 "주한미군사령부 미군정청(United States Army Military Government in Korea)"이 발행한 "남조선과도정부활동(South Korean Interim Government Activities)"이라는 제목을 붙이고 있다. 흔히 관련 학술논문이나 연구서에서 "Summation"이라는 표제로 인용되는 자료가 바로 이것이다.

27. 제1부는 기본적인 측면들(BASIC ASPECTS)로 제1장 인구과 대외관계, 제2장 귀속재산을 다루고 있고 제2부는 생산과 공급(PRODUCTION AND SUPPLY)으로 제1장 농업, 임업과 어업, 제2장 물가, 제3장 산업생산, 제4장 광업, 제5장 할당과 분배, 제6장 수입과 수출, 제7장 노동으로 이루어져 있다. 공공서비스(PUBLIC SERVICE)를 다루는 제3부는 제1장 운송, 제2장 통신, 제3장 공공재, 제4장 공공노무를 다루고 있다. 제4부는 재정(FINANCE)으로 제1장 정부재정, 제2장 비정부재정이며 제5부는 정부와 정치(GOVERNMENT AND POLITICS)로 제1장 행정, 제2장 정치상황의 발전, 제3장 법적 문제(Legal Affairs), 제4장 국립경찰, 제5장 남북사이의 활동으로 이루어져 있다. 제6부 사회문제는 제1장 공공건강과 복지, 제2장 교육, 제3장 언론과 여론, 제4장 조선청년단, 제5장 여성활동을 다루고 있다. 이 보고서들의 체제는 앞에서 본 3단계 변화에 따라 차이를 보이고 있지만 포함되어 있는 내용은 크게 다르지 않다.

제22, 23호 및 각 부서의 명령, 그리고 군정법령(Ordinances) 제198호, 제199호, 제200호, 제201호, 제202호, 제204호가 공포된 사실이 기록되어 있다. 1948년 7, 8월의 보고서²⁹⁾를 보면 법령 제203호 및 제205호 내지 제219호까지, 그리고 행정명령 24 내지 28호가 제정 공포된 사실이 기록되어 있으나 국방경비법이나 해안경비법과 같은 것은 언급조차 찾을 길 없다.

그밖에도 미군정에 관한 역사자료들은 많이 남아 있다. 방대한 양의 미군정 정보 보고서(G-2보고서)³⁰⁾를 비롯하여 수많은 자료들이 발행되어 있으나³¹⁾ 이 모든 기록 어디에도 국방경비법과 해안경비법을 공포했다는 기록은 없는 것으로 보인다. 그렇다면, 국방경비법과 해안경비법은 실제로 공포될 수 있는 것이었을까.

IV. 국방경비법의 범형식상 모순

1. 조선경비대, 군대였나?

대한민국 국군의 육해군은 미군정의 조선경비대와 해안경비대를 모체로 한 것이다. 앞서 본 바와 같이 1948년 7월 17일 제헌국회가 법률 제1호로 통과시킨 정부조직법³²⁾에 의하여 국방부 산하에 육.해.공군을 설치하였으며, 정부수립후인 같은 해 9월 미군정의 조선경비대는 대한민국 육군으로, 미군정의 해안경비대는 대한민국 해군으로 잠정 편입되었고 1948년 11월 법률 제9호 국군조직법이 국회를 통과함에 따라 정식으로 국군이 조직되었다. 따라서 역사적으로 볼 때 미군정의 조선경비대와 해안경비대가 대한민국 육해군의 모체인 것은 틀림없는 사실이고 미군정도 이를 염두에 두고 조선경비대와 해안경비대를 조직하여 강화시켜 왔던 것으로 보인다. 바로 그런 이유 때문에 조선경비대와 해안경비대를 당연히 군대로 생각하는 경향이 있으나 이것이 바로 국방경비법과 해안경비법 문제를 고려하는 데 빠지기 쉬운 함정이다. 왜냐하면 미군정 당시 국방경비대와 해안경비대는 적어도 범형식 상으로는 군대가 아니라 경찰로 보는 것이 타당하기 때문이다.

2. 조선경비대와 해안경비대의 변천

미군정은 1945년 11월 13일 법령 제28호에 의하여 국방사령부(國防司令部)를 설치하고 그 산하에 군무국을 설치한다. 이 계획에 따르면 국방사령부 산하에 육군부와 해군부

28. Summation Vol. 33, 153-154쪽.

29. Summation Vol. 34, 203-204쪽.

30. HQ, USAFIK, G-2 Periodic Report; G-2 Weekly Summary (한림대 아시아문화연구소 영인, 주한미군 정보일지; 주한미군 주간 정보요약, 1988).

31. 예컨대, 신복룡 편, 韓國現代史關係 美國官文書資料集 上, 下 (原主文化社, 1992); 신복룡 편, 韓國分斷史 第1권 내지 제6권 (原主文化社, 1991); 정용욱 편, 解放直後 政治.社會史 資料集 第1권 내지 제6권 (다락방, 1995); 국사편찬위원회, 대한민국사자료집 시리즈 등이 있다.

로 구성되는 군무국(Bureau of Armed Forces)을 두게 되어 있었다³²⁾. 그러나 이 계획은 맥아더사령관과 미국 합동참모부의 반대에 부딪치게 되었는데, 그 이유는 군사비부담 증가가 우려되고 치안유지를 위한 무장력은 경찰로 충분하기 때문에 군대를 창설할 필요가 없으며 미소공동위원회가 열리는 상황에서 군대의 창설은 미소관계를 악화시킬 것이라는 우려 때문이었다³³⁾. 그 대안으로 미국 합참본부는 “소규모의 경찰보조기구”를 창설하도록 지시하였으며 이에 따라 조선(국방)경비대는 문자 그대로 “조선경찰예비대(Korean Constabulary)”로 되었던 것이다³⁴⁾. 실제로 1946년 5월 서울에서 열린 미소공동위원회에서 소련대표단은 남한의 “국방”이름을 가진 군사기구에 대하여 강력히 반발하였다³⁵⁾. 이는 4대국의 신탁통치를 거쳐 통일된 국가를 수립한다는 모스크바 회담의 합의에 어긋나는 것이었기 때문이다. 그 결과 미군정은 남한 단독의 군대창설계획을 백지화하고 1946년 6월 15일 법령 제86호에 의하여 “국방부”를 “국내경비부”로 개칭하고 “군무국”을 폐지하였으며 군무국 산하에 육군부와 해군부를 두도록 한 군정법령 제28호 제2조 또한 폐지하였다³⁶⁾. 이렇게 함으로써 조선경비대와 해안경비대는 “군대”가 아니라 “일반경찰과 같은” “경찰보조기구”임을 명백히 하게 된 것이다. 왜냐하면 “군대”는 독립된 국가만이 가질 수 있는 주권의 상징이기 때문에 당시 미군정의 분할점령아래 있던 남한은 군대를 가질 수 없는 존재였던 것이다³⁷⁾.

이처럼 미군정 기간 동안 조선경비대와 해안경비대는 “소규모의 경찰보조기구”로 출발하여 점차 강화되면서 군대로서 실질적 성격을 갖는 쪽으로 변해 갔지만 범형식으로는 여전히 “국방”을 담당하는 군대가 아니라 “국내치안”을 담당하는 경찰예비대(Constabulary)로 규정되어 있었던 것이다.

3. 국방경비법과 조선경비대의 범형식상 모순

이처럼 조선경비대와 해안경비대는 범형식에서 국방을 맡은 군대가 아닌 국내치안을 맡은 “경찰예비대”였는데 반하여 국방경비법과 해안경비법은 그 법 자체가 명시하고 있

32. 당시 미국 국무성은 신탁통치구성을 가지고 있었는데 미군 점령당국은 이에 반발하면서 남한만의 단독정부 수립 및 점령군과 군정의 조기철수 방침을 가지고 있었다. 점령당국은 미국 정부의 사전승인이 없는 상태에서 이처럼 군정설 계획을 수립한 다음 사후에 맥아더를 통해 본국정부의 승인을 요구하였다. 朴燦杓, 앞의 논문, 113-114쪽 참조.

33. 특히 미국 합참본부는 국방군창설문제가 한국의 독립실현이라는 국제적 공약과 관련된 미결문제들과 연관되어 있기 때문에 군대를 창설하려는 조치를 연기하도록 지시하였고 이에 따라 경찰보조기구를 창설하는 뱀부계획(Bamboo Plan)이 수립되었다. 朴燦杓, 앞의 논문, 114쪽.

34. 안진, 미군정기 억압기구 연구, 새길, 1996, 163쪽.

35. 徐柱錫, ‘한국의 국가체제 형성과정’, 서울대학교 대학원 정치학 박사학위 논문(1996.2.), 125쪽 참조.

36. 陸軍本部, 앞의 책, 88-89쪽.

37. 남한단독정부 수립방침이 결정되면서 1947년 10월 이후 남한의 군대창설문제가 미국 정부 및 군정당국에서 계속 논의되었다. 그러나 1948년 2월 맥아더는 군창설이 시기상조이며 조선경비대를 강화한다는 방침을 보고하였고 합참본부는 1948년 3월 조선경비대 증강을 승인하였다. 이후 조선경비대는 사실상 군대의 성격을 강화해 가지만, “경찰예비대”인 범형식은 변치않고 유지된 것으로 보인다. 朴燦杓, 앞의 논문, 307-308 쪽참조.

듯이 성격은 '군형법' 및 '군사법원법'으로 군대에 적용되는 특별법으로 되어 있다. 따라서 군형법과 군사법원법에 해당하는 국방경비법이 미군정 당시 군대가 아닌 조선경비대와 해안경비대에 적용될 수는 없는 것이고 따라서 미군정이 이를 재정공포하는 것도 불가능했다고 보는 것이 이치에 맞을 것이다.

4. 미군정 당시의 법원과 재판: 군사재판소와 군사재판

미군정 당시 미군에 대하여는 미군의 헌병재판소(Provost Courts)가 관할권을 행사하고 한국인에 대하여는 민간인과 경찰, 조선경비대와 해안경비대원을 포함하여 한국인 재판소가 원칙으로 재판을 담당하되 필요할 경우에는 미군의 헌병재판소가 관할권을 행사하였고 재조선 미국육군의 안전과 명예, 연합국 군인이나 국민, 재산이 관련된 범죄에 대한 재판권은 별도로 군사재판소(Military Court)를 설치하여 관할권을 행사하였다³⁸). 그리고 이 모든 법원을 합쳐서 "조선점령재판소"라고 하였다³⁹). 이 '군사재판소'는 당시 군법회의 또는 군률법원 등으로 번역되었는데⁴⁰) 따라서 미군정은 한국인에 대하여 군사재판을 할 필요가 있다고 판단할 경우 언제든지 미군 헌병재판소에 이관하여 재판권을 행사할 수 있었기 때문에 굳이 조선경비대와 해안경비대원을 위한 별도의 군법회의를 설치할 이유가 없었던 것이다. 이처럼 군정기간 동안 남한지역에서 주권을 가진 기관으로 권력을 행사한 군정당국이 점령군으로서 자체의 군사재판소를 가지고 필요한 경우 언제든지 군사재판소에 의한 재판을 할 수 있었기 때문에 굳이 국방경비법과 해안경비법을 공포할 필요도 없었을 것으로 보인다.

V. '국방경비법'의 내용과 형식의 문제

1. 미군정법령의 형식

재조선미국육군사령부(在朝鮮美國陸軍司令部)가 발행한 군정법령집(軍政法令集)을 보면 미군정이 제정공포한 법령들은 시기별로 일관된 형식을 갖추어 구성되어 있을 뿐 아니라 그것을 공포한 관보 역시 일관된 틀을 갖추고 있음을 알 수 있다⁴¹). 그 특징은 다

38. 법원행정처, 法院史, 1995, 172-173쪽.

39. 군정법령 제21호 (1945.11.2.) 제2조는 "북위38도 이남조선의 모든 재판소는 조선의 법령, 미국태평양 육군총사령관의 포고의 제규정 및 조선군정장관의 모든 명령 및 법령을 주의시행할 것(事) 이(此) 목적을 위하여 여사한 모든 재판소로 자에 육군점령재판소를 구성함. 본령의 조문에 의하여 여사한 재판소에 미국 또(又)는 연합국의 군인 또는 관리에 대하여 재판관할권을 부여하든가 또는 재조선미국 육군이 설립한 군사위원회, 헌병재판소 기타 육군재판소에 부여한 재판관할권을 박탈치 못함." 이라고 하여 당시의 모든 재판은 법형식상 군사재판으로 규정하였다.

40. 이러한 미군정법령의 근거에 의하여 미군정당시 조선경비대와 해안경비대에도 군법회의가 설치되어 있었다. 따라서 이 '군법회의'는 국방경비법과 해안경비법에서 설치하게 하고 있는 '군법회의'와는 성격이 다른 것이라고 보아야 한다. 海軍本部, 앞의 책, 6쪽 참조.

41. 96 가합 4201 손해배상청구사건, 1997.11.1.자 검증조서. 이 법령집에는 다음과 같은 법령들이 제정공

음과 같다.

① 재조선미국육군사령부 군정청 법령 제1호부터 제99호까지의 관보는 특별한 양식이 없이 법령의 호수와 공포일자, 미군정장관의 기명이 기재되어 있다.

② 법령 제100호(1946.7.25.자)부터 법령 제123호까지는 관보의 각 쪽마다 상단에 두 줄의 횡선을 그은 다음 그 사이에 영문으로 "Official Gazette USAMGIK Ordinance No.100 25 July 1946"과 같이 미군정관보라는 표시와 법령호수 및 날짜가 표기되어 있다.

③ 법령 제124호(1946.11.13.자)부터 법령 제211호까지는 위에서 본 관보 상단에 기재된 영문표기에 덧붙여 관보 각 쪽마다 하단에 두 줄의 횡선을 그은 다음 그 사이에 "軍政廳官報 法令 第124號 一九四六年 十一月 一三日"과 같이 한자로 미군정관보의 표시 및 법령호수와 날짜가 표기되어 있다.

④ 재조선미국육군사령부 군정청 법률 제1호 내지 제12호까지는 관보 각쪽마다 상단에 두 줄의 횡선을 긋고 그 사이에 "Official Gazette, USAMGIK Public Act No.1 6 May 1947"이라는 표기 및 하단에 역시 두 줄의 횡선을 긋고 그 사이에 "軍政廳官報 法律 第1號 一九四七年 五月 六日"과 같이 미군정관보라는 표시 및 법률의 호수와 날짜가 기재되어 있다.

⑤ 재조선미국육군사령부 군정청 법률 제1호 내지 제43호까지는 법령 끝에 공포일을 기재한 다음 "재조선미국육군사령관의 지령에 의하여(By Direction of the Commanding General United States Army Forces in Korea) 조선군정장관 미국육군소장"이라는 표시를 한 다음 군정장관의 이름이 기명되어 있다.

⑥ 재조선미국육군사령부 군정청 법률 제44호부터 제134호까지는 "재조선미국육군사령관의 지령에 의하여" 라는 문구가 없고 공포일만 표시한 다음 "조선군정장관 미국육군소장" 또는 "조선군정장관대리 미국보병대좌"라는 표시가 있고(제83, 84호, 128내지 130호) 그 다음 조선군정장관 또는 군정장관대리의 이름이 기명되어 있다.

⑦ 재조선미국육군사령부 군정청 법률 제135부터 제174호, 제176호부터 제199호까지는 법령의 끝에 시행기일이 명시되어 있고 그 다음 "우 건의함(recommended) 민정장관 안재홍, 우 인준함(Approved) 조선군정장관 미국육군소장 아취. 엘. 러취"의 표시가 되어

포된 순서대로 편철되어 있다. ① 재조선미국육군사령부 군정청 일반고시 제7호, ② 재조선미국육군사령부 군정청 법령 제1호 내지 제140호, ③ 남조선과도정부법령 제141호 내지 제211호까지 (법령 제180호와 제181호 사이에는 1948.5.10.을 공휴일로 지정하는 재조선미국육군사령부 포고(Proclamation)가 포함되어 있다.), ④ 재조선미국육군사령부 군정청 법률 (남조선과도입법의원에서 제정한 것) 제1호 내지 제12호, ⑤ 1948.3.8.자 군정청 관보 법령개정표.

있다.

⑧ 재조선미국육군사령부 군정청 법률 제175호 및 제200호 내지 제211호까지는 “우견의함(recommended) 민정장관 안재홍”의 표시는 없이 “조선군정장관 미국육군소장 아취. 엘. 러취”의 표기가 되어 있다.

⑨ 재조선미국육군사령부 군정청 법률 제1호 내지 제12호의 경우에는 법률 공포일 다음에 “南朝鮮過渡立法議院에서 右와 如히 制定함(Duly enacted by the Korean Interim Legislative Assembly). 南朝鮮過渡立法議院議長 金奎植. 右 同意함. 조선군정장관 미국육군소장”이라는 표시 및 그 이름이 기재되어 있다.

2. 국방경비법의 형식과 내용

여러 법령집에 실려 있는 국방경비법 (및 해안경비법)을 보면, 위에서 본 바와 같은 미군정법령에 시기별로 뚜렷하게 드러나는 제반 특징들이 어느 하나도 나타나지 않고 있다. 그러나 국방경비법과 해안경비법이 정식 공포된 법령이라면, 비록 그 관보 자체는 찾을 수 없다고 하더라도 그 형식과 내용에는 앞에서 본 시기별 특징과 일치하는 부분이 적어도 한 가지는 반드시 들어 있어야 할 것이다. 왜냐하면 위에서 본 특징들은 그냥 무의미한 것이 아니라 법령의 공포일자과 주체, 절차를 밝히는 핵심적인 내용들이기 때문에 이것들이 없이는 도저히 정당한 법령이라고 할 수 없기 때문이다. 이 사실은 곧, 국방, 경비법과 해안경비법이 군대를 창설하려고 준비하던 미군정 초기에 법안의 초안으로 마련되었을 가능성은 있지만, 군대창설이 수포로 돌아가고 조선경비대를 ‘경찰’조직으로 환원하면서 결국 초안으로 끝나고 말았음을 증명하고 있다 할 것이다⁴²⁾.

3. 공포일과 효력발생일의 모순

모든 법령은 국민을 상대로 일정한 형식과 절차에 따라 공포되어야만 법령으로 성립하여 효력을 가질 수 있다. 그리고 미군정법령의 경우에는 “군정장관의 사전의 인가가

42. 국방경비법의 용어에도 이것이 정식법령으로 공포되지 않고 초안으로 마련된 것임을 추측할 수 있는 부분이 있다. 왜냐하면 당시 상황에서 사용된 일이 전혀 없거나 다른 미군정법령들과 모순되는 용어를 사용하고 있기 때문이다. 국방경비법은 군법회의를 설치하는 근거조항에서 행정부의 수반을 가리키는 용어로 “정부수석”이라는 단어를 사용하고 있다(제42조). 그러나 미군정법령은 초기에는 “군정장관”이라는 용어를 사용하고 있었으며 후기로 오면 “군정장관”과 “행정수반” 또는 “행정부최고책임자”라는 용어를 함께 사용하고 있다. 예컨대, 1947년 3월 20일 남조선과도입법의원 법률 제1호로 제정된 “법령 제102호(국립서울대학교 설립)제7조의 개정” 제1조는 국립서울대학교 이사회를 “군정장관(군정이후에는 행정부최고책임자)이 임명한 이사로써 구성”한다고 규정하고 있으며 1947년 8월 20일 제정된 남조선과도입법의원 법률 제5호(제13, 22, 61조)와 1948년 3월 17일 공포된 군정법령 제56조는 “행정수반”이라는 말을 쓰고 있으며 1948년 5월 4일 공포된 군정법령 제192호와 1948년 8월 2일 공포된 군정법령 제213호는 “군정장관 또는 그 권한을 계승한 행정수반”이라는 표현을 쓰고 있다. 이처럼 국방경비법이 사용하는 “정부수석”이라는 용어는 당시 미군정법령의 관례와도 맞지 않고 이미 대통령제 헌법구조의 채택이 확정된 1948년 7월 5일의 상황에서 사용할 수도 없는 용어였던 것이다.

있는 경우를 제외하고는” 관보에 공포된 후 10일이 지나서 효력을 발생하게 되어 있었다⁴³⁾. 그런데 국방경비법을 수록하고 있는 모든 법령집은 “1948년 7월 5일 공포, 8월 4일 효력발생”이라고 기재하고 있어 미군정법령의 일반적인 효력발생규정에 어긋나게 되어 있고 다른 미군정법령과 달리 “공포일로부터 효력을 발함” 이라거나 혹은 언제부터 효력을 발한다는 명문규정도 포함하지 않고 있다. 물론 모든 미군정법령에 항상 부기되어 있는 군정장관의 서명 혹은 인준표시가 유독 국방경비법과 해안경비법에만 없는 것은 말할 것도 없다.

어쨌든 국방경비법에는 효력발생일에 관한 아무런 규정이 없고 달리 군정장관의 사전인가가 있었다는 근거도 없으므로 만일 정당하게 공포되었다면 공포일인 1948년 7월 5일부터 10일이 지난 7월 15일부터 효력을 발생해야 하는 것이지 같은 해 8월 4일부터 효력을 발생할 수는 없는 노릇이고 이 또한 국방경비법이 제대로 공포된 법령이 아닐 가능성이 크다는 점을 보여주고 있다.

VI. 국방경비법에 대한 법무부와 법원의 태도

1. 법무부의 주장: 법률의 ‘추정’?

국방경비법이 미군정의 법률이라고 완강하게 주장하고 있는 법무부는 국방경비법의 효력근거에 관하여 구체적인 설명을 하지 못하고 있다. 다만 국방경비법이 공포된 것은 사실인데 그 근거가 되는 관보를 찾지 못하고 있을 뿐이라면서, 대한민국의 각종 법률에서 국방경비법을 인용하고 있는 점, 그리고 법원이 아무런 의심없이 국방경비법을 적용했던 사실⁴⁴⁾에 비추어 국방경비법이 미군정의 법령으로 공포된 사실이 ‘추정’된다고 주장하고 있다. 다만, 특기할 것은 법무부가 국방경비법의 제정작업에 참여했다는 사람들의 진술을 제시하고 있는 점이다. 이들의 주장을 인용하여 법무부가 주장하는 내용들은 다음과 같다⁴⁵⁾.

“1946.1.15. 국가방위의 임무를 담당할 국방경비대가 창설되었으며, 이에 따라 국가방위 및 경비대대 규율유지의 필요상 1946.6.15. 미군정법령에 의해 조선경비법이 공포되어 그 효력을 발생하게 되었습니다. 그러나 조선경비법은 미육군전시법을 그대로 번역한 결과 시행과정에 많은 흠결이 발생하여 그 미비점을 보완하기 위한 노력의 일환으로, 국방경비대 초대 법무처장인 김완통참위가 국방경비법 제정작업을 시작하였고 2년여의 준비기

43. 법령기타 법규의 공포, 공포형식에 관한 건 2조.

44. 한국전쟁 당시 군법무관으로 복무한 유현석변호사에 의하면, 당시에 군법무관들 사이에도 국방경비법은 그 근거가 없는 무효의 법률이라는 말들이 있었다고 한다.

45. 대법원 97 누 7240, 보안관찰처분취소청구 사건(원고 안학섭. 피고 법무부장관)의 법무부장관 답변서. 陸軍本部, 앞의 책 98-99쪽에도 비슷한 내용이 실려 있다.

간을 거쳐 마침내 국방경비법이 1948.7.5. 제정. 공포되고, 같은 해 8.4.부터 효력을 발생하여 조선경비법을 대신하게 되었던 것입니다. ...”

“...위 조선경비법은 그 구체적인 내용 및 적용례는 알 수 없으나 「군형법과 군형사절차에 관한 입법」으로 1946.1.3. 군무국장 아아고(Argo)대령의 의뢰에 의하여 미군정청 법률고문으로 있던 손성겸에 의하여 기초되었던 것으로 1946.6. 미군정장관의 승인을 얻어 시행되었던 것입니다. 그러나 위 조선경비법은 6개월간의 짧은 기간에 우리나라의 사정을 전혀 고려하지 않고 미 육군전시법을 그대로 번역한 결과 그 시행과정에 흠결이 생기자 이미 언급한 바와 같이 그 미비점을 시정하기 위하여 국방경비대 초대 법무처장인 김완통참위가 Baross중령으로부터 미군 육군형법인 'Articles of War' 원전을 인도받아 국방경비법 제정 작업을 담당하였던 것입니다. 또한 국방경비법의 제정과정에서 한미간의 문화적 차이로 의견충돌이 있었는바, 일례로 당시 사령관인 Baross 중령은 미 육군형법에 있는 계간죄를 법조항에 넣도록 하였으나 당시 김완통참위가 '동방예의지국에서는 계간이란 있을 수 없다'는 의견을 제시하여 사령관의 부관인 James H. Hausman과 협조한 후 법초안에서 동 조항을 삭제하였던 것입니다....”

2. 법무부 주장의 모순

위에서 본 법무부의 주장과 그 주장의 바탕이 된 내용은 전혀 사실과 다른 것이다.

가. 조선(국방)경비대 및 해안경비대의 설치에 관한 법령

이미 본 바와 같이 조선경비대 및 해안경비대의 설치에 관한 미군정법령은 법무부가 주장하는 것과 전혀 다르다. 미군정은 남한지역에서 독자적인 군대를 창설할 계획을 세우고 1945년 11월 13일 군정법령 제28호를 공포하여 국방사령부를 설치하고 그 아래 육군과 해군부, 그리고 이들을 관장하는 군무국을 설치하였다. 1946년 3월 29일에는 법령 제64호를 공포하여 국방사령부를 국방부로 개칭하였다. 그러나 이처럼 군대를 설치하려던 미군정당국의 시도는 미국 합참본부의 반대와 미소공동위원회에서 소련의 항의로 무산되고 1946년 6월 15일 법령 제86호가 공포된다. 법령 제86호는 국방부를 '국내경비부'로 개칭하고 육해군을 관장하는 기관으로 만든 군무국을 폐지하면서 조선경비대 및 해안경비대를 설치하게 되는데 "1946년 1월 14일부터 국내치안을 유지하기 위하여 조선정부 예비경찰대를 준비할 목적으로..."하는 것이었다(제2조). 국방부와 군무국을 폐지한 이 법령에 의하여 그 당시 시점에서 미군은 남한만을 따로 떼어 분리독립시킬 의사가 없음을 천명하는 한편 조선(국방)경비대 및 해안경비대는 '군대'가 아니라 '경찰'예비대임을 분명히 하였다. 법령 자체가 "경찰예비대를 설치할 목적"임을 분명히 하고 있고 그 영문명칭도 "Korean Constabulary"였던 것이다. 따라서 1946년 6월 '조선경비법'이라는 것은 제정. 공포된 일이 없고 법형식상 조선경비대의 성격이 군대로 바뀌지도 않았다⁴⁶⁾.

나. '계간'의 문제

법무부의 주장과는 달리 '국방경비법' 제50조는 범죄가운데 분명히 '계간(鷄姦)'을 "군법회의 판결에 의하여 처벌"한다고 규정하고 있다. 따라서 법무부가 제시하는 이유들은 아마도 미군정당국이 군대 설치를 전제로 하여 그에 적용할 법률의 초안을 준비하는 내부 사무처리과정에서 있었던 논의였을 가능성은 있겠지만, 국방경비법의 실제와는 전혀 동떨어진 것이다. 이처럼 법무부가 국방경비법이 미군정법령으로 제정공포된 경위로 내세우는 내용 자체가 현실과 전혀 동떨어진 것이라는 점에서 오히려 국방경비법이 공포된 일이 없음을 반증한다고 할 것이다.

다. 관보와 '추정'의 문제

국방경비법을 공포한 미군정의 관보를 찾을 수 없을 뿐이라는 주장도 합리성이 없다. 이 주장은 없어진 미군정관보가 많고 미군정에 관한 기록이 부족하여 미군정청이 공포한 법령의 숫자를 모른다거나 혹은 법령의 숫자는 알더라도 그 내용이 무엇인지 알려져 있지 않은 것들이 많이 있다거나 하는 경우에만 성립할 수 있다. 그러나 앞에서 보았듯이 미군정이 발행한 관보 가운데에는 비록 누락된 것들이 있어 보이기는 하지만, 적어도 법률의 효력을 가진 군정법령(Ordinance) 제1호 내지 제219호와 과도입법의원법률(Public Act) 제1호 내지 제12호는 하나도 남김없이 언제 어떤 내용으로 공포되었는지 밝혀주는 관보가 존재하며, 미군정 스스로 발행한 법령집에도 국방경비법과 해안경비법은 수록되어 있지 않을 뿐 아니라 미군정의 어떤 기록에도 이들이 공포되었음을 직간접으로 밝혀주는 자료는 없다는 점에서 미군정의 관보 가운데 누락된 것이 있을 수 있고 국방경비법을 공포한 관보가 누락되었다는 주장은 성립하지 않는 것이다.

대한민국의 법률에 국방경비법이 인용되어 있고 법원이 국방경비법을 의심없이 적용해 왔다는 사실 역시 국방경비법의 공포사실을 추정하는 근거는 될 수 없다. 군형법과 군법회의법, 사회안전법과 국가보안법 등 대한민국 국회가 제정한 각종 법률이 국방경비법과 해안경비법을 인용하고 있고, 대한민국 법원이 수많은 사건에서 이들을 적용하여 재판한 것은 사실이지만, 이는 국방경비법과 해안경비법이 "남조선과도입법의원 법률"로 "1948년 7월 5일 공포"되었다는 것을 전제로 한 것이다. 그러나 이들은 남조선과도입법의원 법률이 결코 아니며 1948년 7월 5일 공포된 것도 아니라는 사실은 의심의 여지가 없이 증명되었다. 그렇다면 국방경비법과 해안경비법이 미군정법령으로 공포되었음을 "추정"하는 전제사실은 이미 무너졌으며 따라서 이들이 언제 어떤 근거에 의하여 공포되었는지를 밝히지 않는 이상 법령의 효력을 인정할 근거는 없어졌다고 보는 것이 타당할 것이다.

46. 군정법령 제86호 제4조는 '조선경비청에 관한 규정'을 언급하고 있는데, 이는 어디까지나 '규정'에 지나지 않을 뿐이며, 법률의 효력을 가진 '조선경비법'과 같은 법령이 제정된 일은 없다.

3. 법원: 억지와 무시

가. 대법원의 판결

법원의 태도 역시 법무부의 태도와 다르지 않다. 이 문제가 제기된 소송에서 법원은 재판부에 따라 문제의 판단을 회피하는 태도를 보이기도 하였으나 본질적으로는 법무부와 비슷한 논리로 과감하게 국방경비법이 미군정법령으로서 공포되었다고 판단하고 있다. 대법원은 그 근거로 다음과 같은 주장을 내세우고 있다.

① “군정법령 제86호는 그 제4항에서 조선경비대의 규율을 위한 법규(Articles for Government of Korean Constabulary), 즉 조선경비법 또는 국방경비법의 제정에 관한 법적 근거를 두고 있다.”⁴⁷⁾

② “군정장관은 ... 남조선과도정부 법률...과는 별도로 그 자신의 직권에 의하여 군정령 또는 남조선과도정부 법령(South Korean Interim Government Ordinance)을 제정할 수 있는 권한을 계속하여 보유하고 있었고, 또한 이와 같이 제정된 법령들을 군정청 관보에 게재하는 방법외에 다른 형태 또는 매체를 이용하여 공포할 수 있었다.”⁴⁸⁾

③ “국방경비법...은 ... 그 제정 및 공포의 경위에 관하여 관련자료의 미비와 부족으로 불분명한 점이 없지 않으나, 그 효력발생일로 규정된 1948.8.4.부터 실제로 시행되어 온 사실 및 관련 미군정 법령과 정부수립 후의 군형법, 군법회의법의 규정내용 등 여러 정황에 비추어 볼 때, 위 법은 당시의 법규에 따라 군정장관이 1948.7.5. 자신의 직권에 의하여 남조선과도정부 법령(South Korean Interim Government Ordinance)의 하나로 제정하여 군정청관보에 게재가 아닌 다른 방법에 의하여 공포한 것으로 보여진다.”⁴⁹⁾

나. 대법원판결의 모순

대법원판결은 그 희망과 달리 국방경비법과 해안경비법의 존부에 관한 논쟁을 제대로 끝내기에는 부족한 것으로 보인다.

첫째, 군정법령 제86호 제4조를 근거로 제시하는 것은 잘못된 것으로 보인다. 군정법령 제86호 제4조는 “조선경비청에 관한 규정이茲에 제정되며 및(及)其는 상시 및 도처에서 조선경비대를 관리함”이라고 하고 있다⁵⁰⁾. 그런데 여기서 말하는 것은 어디까지

47. 대법원 1999.1.29. 선고 98 두 16637 보안관찰처분 취소청구 사건 (원고 김선명, 피고 법무부장관), 제2부 (주심 조무제대법관).

48. 같은 판결.

49. 대법원 1999.1.26. 선고 98 두 16620 판결, 보안관찰처분 취소청구 사건(원고 안학섭, 피고 법무부장관); 1999.2.9. 선고 98 두 17586 판결, 제1부(주심 서성대법관). 앞서 본 98 두 16637 판결에서 대법원 제2부 판결문은 이와 관련하여, “...이러한 사정에 비추어 구 국방경비법은 군정장관이 1948.7.5. ‘남조선과도정부법령’의 일부로 제정하여 군정청 관보게재가 아닌 다른 형태 또는 매체의 방법을 통하여 공포하였다고 추정함이 상당하다.”라고 하고 있다.

나 “조선경비청에 관한 규정”일 뿐이며 법률의 효력을 가진 것을 뜻하는 것은 아니다. 더구나 이것이 경우에 따라 국방경비법을 제정할 수 있는 근거조항이 될 수 있다고 보더라도, 문제는 국방경비법이 실제로 제정. 공포되었는가 하는 문제에는 아무런 해답을 내려 주지 않는다는 점이다. 더구나 군정법령 제86호는 “국방부”를 “국내경비부로 개칭”하고 국내경비부의 군무국을 폐지하면서(제1조) 조선경비대는 “국내치안을 유지하기 위하여 조선정부에비경찰대를 준비할 목적”임을 명시하고(제2조) 해안경비대는 “조선연안해상의 근해안 및 도서순찰을 유지하기 위한”(제3조) 것임을 명시하여 군대가 아님을 선언하는 내용으로 되어 있다. 그런데 이 법령에서 말하는 “조선경비청에 관한 규정”이 이를 군대로 간주하는 군형법과 군사법원법의 근거조항이라고 보는 것은 논리적으로 맞지 않아 보인다.

둘째, 군정장관이 남조선과도정부 법률과는 별도로 “그 자신의 직권에 의하여 군정령 또는 남조선과도정부 법령(South Korean Interim Government Ordinance)을 제정할 수 있는 권한을 계속하여 보유”하였다는 것은 사실이다. 그러나 “이와 같이 제정된 법령들을 군정청 관보에 게재하는 방법외에 다른 형태 또는 매체를 이용하여 공포할 수 있었다”거나 “군정청관보에의 게재가 아닌 다른 방법에 의하여 공포”하였다는 것은 사실을 왜곡한 것이다. 앞에서 보았듯이 미군정은 포고 제1호와 군정법령 제11호에 의하여 죄형법정주의를 선언하였으며 모든 법령은 관보를 통해서 공포하였기 때문이다. 따라서 군정장관이 “관보에 게재하는 방법외에 다른 형태 또는 매체를 이용하여 공포”하였다거나 “다른 방법에 의하여 공포”하였다는 것은 전혀 사실이 아니다. 미군정은 어떠한 종류의 법령이든지 모두 관보를 통해서만 공포하였던 것이다⁵¹⁾.

셋째, 특히 주목할 것은 이 판결들이 아무런 근거도 제시하지 않은 채 국방경비법을 남조선과도입법위원의 법률(Public Act)이 아니라 미군정법령(Ordinance)이라고 주장하고 있다는 사실이다. 앞에서 거듭 본 것처럼 국방경비법은 “남조선과도입법의원 법률, 1948년 7월 5일, 공포, 법령호수 미상”이라는 전제 아래 법률의 효력을 가진 것으로 간주되어 왔다. 왔고 대한민국의 국회가 법률에 인용하거나 법원이 재판에 적용해 왔다. 그런데 대법원이 국방경비법에 관하여 남조선과도입법위원이 제정한 법률(Public Act)이 아니라 “미군정법령(Ordinance)”이라고 한 것을 보면, 대법원은 지금까지 전해져 온 국방경비법의 효력근거가 잘못된 것임을 인정한 것으로 보인다. 그러나 국방경비법이 “미군정법령(Ordinance)”이라고 판단하려면 그 근거를 제시했어야 한다. 무엇보다 먼저 지금까지

50. 군정법령 제86호 제5조는 “조선해안경비청에 관한 규정이 자에 제정되고 及其는 상시 및 도처에서 조선해안경비대를 관리함.”이라고 되어 있다.

51. 위 사건의 재판과정에서 법무부는 미군정이 관보를 통하지 않고도 법령을 공포하였을지 모른다는 추상적인 주장을 하기는 하였으나 그렇다면 그 근거는 무엇이며, 실제로 관보를 통하지 않고 공포한 법령의 사례 등은 전혀 제시하지 못하였다. 따라서 대법원은 아무런 근거도 없이 이러한 허위의 사실을 인정하고 이를 토대로 하여 국방경비법의 효력을 인정하는 결론에 도달하고 있다.

“남조선과도입법의원 법률”이라고 잘못 알려진 경위는 무엇인지, 그리고 남조선과도입법의원 법률이 아니라고 보는 이유는 무엇인지를 정확하게 밝혔어야 한다. 그리고 그것을 공포한 관보는 왜 존재하지 않는지, 원래는 있었는데 후에 없어진 것인지, 아니면 처음부터 없었던 것인지, 나중에 없어졌다면 언제 어떤 경위로 관보가 없어졌으며 국방경비법을 공포한 관보가 그중에 포함된다고 보는 근거는 무엇인지, 처음부터 관보가 없었다면, 관보에 의하여만 법령을 공포해 온 미군정의 원칙과 관행에 위배되는 이유는 무엇인지에 관하여 사실적 근거와 논리적 추론을 제시해야 할 것이다. 그리고 ‘국방경비법’을 공포한 “다른 형태나 매체” 혹은 “다른 방법”이란 도데체 무엇을 말하는지, 그리고 이는 죄형법정주의의 원칙과 어떤 관계에 있는지 밝혀야 한다⁵²⁾. 그러나 대법원은 아무런 근거도 없이 무조건 “미군정법령(Ordinance)”으로 추정된다는 주장만 하고 있을 뿐 아무런 설명도 제시하지 않고 있다⁵³⁾.

넷째, 국방경비법이 1948년 7월 5일 공포된 것이 사실이라고 대법원이 주장하려면, 완벽할 정도로 남아 있는 이 시기의 미군정활동에 관한 제반 기록에서 국방경비법이 공포된 사실이 전혀 기록되어 있지 않은 이유를 설명할 수 있어야 한다. 앞에서 보았듯이 미군정 전기간을 통틀어 ‘국방경비법’, ‘해안경비법’과 같은 단어 조차도 나타나지 않고 있는 상황이다. 그런데 뜬금없이 군정장관이 “다른 방법” 혹은 “다른 형태나 매체”로 이를 공포하였다고 단정을 하는 것은 참으로 이해할 수 없는 결론이라고 하지 않을 수 없다.

이처럼 사실과 다른 것은 물론 논리적인 정합성도 갖추지 못한 채 국방경비법이 “공포된 것이 사실일 것”이라고 단정해 버리는 대법원의 “판결”은 이 문제에 관한 논쟁을 덮어버리려는 것일 뿐, 진실을 확인하여 바로잡는 데에는 아무런 도움이 되지 않을 것이다⁵⁴⁾.

52. 국방경비법은 대한민국정부 수립후에 대한민국의 법원에 의하여 적용되었다. 그런데 제헌헌법 부칙 제100조는 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다.”라고 정하고 있다. 따라서 미군정법령이라고 하더라도 제헌헌법에 저촉되면 효력을 가질 수 없는데, 제헌헌법 제9조 제1항은 죄형법정주의의 원칙을 선언하고 있었으므로, 만일 미군정이 관보에 의하지 않은 “다른 방법” 또는 “다른 형태나 매체”로 이를 공포하였다면 그것이 무엇인지를 밝혀 죄형법정주의의 원칙상 허용될 수 있는 것인지를 검증해야 하는 것이다.

53. 김선명 등이 제기한 손해배상청구사건에서 재판부는 국제민사사법공조법에 따라 미국 국방부와 국립 문서보관소에 사실조회를 하자는 원고들의 증거신청을 받아들이지 않았다. 이것이 공포되었음을 추론할 하등의 증거도 없이, 오히려 그 반증만이 제출된 상태에서 일방적으로 법령으로 공포되었다고 “추정”하면서 정작 가장 확실한 자료를 보관하고 있을 미국의 자료에 대한 증거조사는 ‘거부하는 것은 법원이 이 문제의 진실을 은폐하고자 한다는 의심을 받을 수밖에 없을 것이다.

54. 앞서 본 대법원 98 두 16637호 판결의 원심인 서울고등법원 1998.9.10 선고 97 구 53542판결은 앞에서 본 대법원판결과 같은 이유외에 매우 특이한 이유를 내세우고 있다. 이 판결의 관련 부분은 다음과 같다.

“물론 이와 같이 국가의 기간조직이 미처 형성되기 전의 비상시기에, 오늘날의 통상적인 입법과정으로 볼 수 있는 절차를 거치지 아니하고, 비상한 절차와 수단으로 법률이 제정되어 통용되었

VII. 맺는 말

지금까지 살펴 본 바와 같이 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’은 미군정에 의하여 공포된 일이 없는 것으로 보인다. 혹은 이들이 미군정에 의하여 공포되었다는 주장을 뒷받침할 만한 어떠한 사실적, 논리적 근거도 발견할 수 없는 것이 현실이다.

미군정 초기, 남한에 독자적인 군대를 조직하려도 법령 제28호를 공포한 이후에 미군정이 군대조직을 전제로 하여 미국의 군형법을 번역하여 초안을 작성하였던 것은 사실인 것으로 보인다. 그러나 곧이어 미군정 자체의 사정과 미소공동위원회에서 소련의 반발 등으로 인하여 그 작업은 포기되고 독자 군대창설을 전제로 한 법령 제28호가 폐기됨으로써 조선경비대와 해안경비대는 경찰예비대로 법적 규정을 받게 되었다. 따라서 이들이 군대임을 전제로 한 국방경비법과 해안경비법을 공포할 수 없는 상황이 되었다.

미군정이 발간한 관보나 법령집에 국방경비법이 실려 있지 않은 것은 바로 이런 이유 때문으로 보인다. 그렇기 때문에 국방경비법을 공포한 미군정관보는 있을 수가 없으며, 실제로 완벽하게 보관되어 있는, 군정법령을 공포한 미군정관보들은 물론, 미군정의 공식 활동기록과 그 당시의 모든 관련기록에 국방경비법과 해안경비법의 근거는 찾을 수 없는 것이다. 요컨대, 국방경비법과 해안경비법을 공포한 미군정의 관보는 지구상에 존재하지 않는다. 국방경비법을 공포한 미군정의 관보는 커녕 그 사실을 암시하는 자료 조차도 하

을 경우, 과연 그에 대하여 법률로서의 효력을 인정할 수 있는지 여부는 법철학적으로 논란의 대상이 될 수 있으나, 적어도 그것이 오랜 동안 우리나라 일반국민에 의해 유효한 법률로 승인되어 그 규범력을 인정받아 왔다면, 법적 안정성이라는 법의 이념의 요청에 비추어 볼 때, 이제 와서 수십년을 거슬러 올라가, 그 당시와 같은 혼란시기에 오늘날과 같은 완벽한 입법절차를 거치지 아니하였다는 흠을 들어 그 법률의 규범력을 전면적으로 부인할 수는 없는 것이다. ... 따라서 국방경비법은 비록 혼란기에 오늘날과 같은 완벽한 입법절차를 거치지 아니하고 제정된 것이기는 하지만 그 후 대한민국의 법질서에 적법하게 조입(租入)되어 일반국민에 의해 그 규범력을 승인 받은 유효한 법률이라고 봄이 상당하므로 ...”

그러나 이 판결이유는 문제의 본질을 회피한 이상한 논리라고 하지 않을 수 없다. 첫째, 국방경비법의 존부와 효력에 관한 논쟁을 미군정법령 전체에 대한 법철학적 논쟁으로 바꿔치기 하고 있다. 국방경비법의 문제는 당시 비상시기에 비상한 절차와 수단으로 제정되어 통용된 미군정법령 일반에 대한 것이 아니고, 관보에 의하여만 법령을 제정공포하였고, 또한 그 효력근거로 제시되어 온 내용이 모두 사실과 다르다는 점, 그리고 군정법령과 남조선과도정부 법률로 국방경비법이 공포된 일이 없다는 미군정 당시의 법령체계에 따라 판단할 때 이를 법률로 볼 수 없다는 문제제기인 것이다. 둘째, 공포된 일이 없는 형벌법규가 대한민국의 법질서에 “적법하게 조입(租入)”되었다는 말은 도데체 무슨 말인지 이해하기 어렵다. 도데체 “조입”이란 용어가 무슨 의미를 가지는지 이해할 수 없을 뿐 아니라, 공포된 일이 없는 부존재의 법률이라도 국가기관이 착오로 적용하면 정당하게 공포된 법률로 변한다는 것인지, 공포되지 않은 법률을 법률인 것처럼 적용해 온 것과 ‘법적 안정성’이 무슨 관계에 있는지, 국가권력이 그대로 적용해 왔으니 국민은 그 적용대상이 되어 피해를 본 것일 뿐인데, “일반국민에 의해 그 규범력을 승인”받았다는 것이 어떻게 가능한지 모르겠다. 이는 민법과 상법에서 인정하는 관습법 또는 사실인 관습의 개념과도 다른 것이며, 특히 죄형법정주의 원칙이 엄격하게 적용되는 형사법의 영역에서 어떻게 성립할 수 있는 것인지 이해를 할 수 없다.

나 없는 것이 현실이다.

그렇다면, 국방경비법은 어떤 경위로 법령집에 수록되고 미군정 당시 남조선과도입법 의원이 제정한 법률로 적용되어 올 수 있었을까. 이 부분에 관하여는 아직까지는 자료를 찾을 길이 없다. 다만 추측하건대, 대한민국 정부수립과 함께 미군정이 철수함으로써 미군정에 의하여 설치된 군사재판소는 더 이상 존속할 근거를 상실한 반면, 정식으로 국군이 창설되어 군의 규율을 유지하고 통제하기 위한 제도로서, 그리고 제주도 4.3 사건 등 내전을 방불케 하는 격렬한 좌익의 투쟁에 군을 동원하여 진압하는 과정에서 군형법과 군법회의법의 필요는 더욱 강했을 것으로 보인다. 특히 국방경비법은 제32조와 제33조에서 민간인에 대한 재판권을 군법회의에 부여하고 있었으며 더구나 단심으로 재판을 할 수 있게 하였으므로⁵⁵⁾ 당시 진압과정에서 체포한 '좌익사범'을 처단하는 데 매우 효과적인 도구가 될 수 있었을 것으로 보인다. 그런 과정에서 처음에는 군법회의를 유지하는 근거로, 나중에는 좌익을 진압하는 방편으로 군에서, 이미 초안을 만들어 놓은 국방경비법과 해안경비법을 적용하기 시작하여 한국전쟁을 거치는 과정에서 자연스럽게 법률로 받아들여진 것이 아닐까 추측해 볼 뿐이다.

어쨌든 한 시대에 국가의 기본법 역할을 했던 '법률'이 사실은 공포된 일도 없는, 따라서 무효의 법률이라는 강력한 의문이 제기되고 있는 가운데, 그 의문에 대하여 아무런 진실규명을 하지 않은 채 지금도 그것이 유효한 법률임을 전제로 하여 인권을 침해하고 있는, 결코 웃지 못할 상황이 계속되고 있다. 그러므로 과거의 피해자들 문제는 접어 두더라도 바로 지금 현재 벌어지고 있는 인권침해를 바로잡기 위해서라도 '국방경비법'의 진상은 밝히지 않으면 안된다. 특히 국가는 마땅히 모든 자료와 정보를 조사하여 공개하고 진상을 밝힐 의무가 있다. 그러나 지금까지 나타난 태도로 미루어 볼 때, 정부와 법원은 아직도 역사를 있는 그대로 바라보고 진실을 밝힐 만한 의지도 능력도 없는 것으로 보인다. 이제 이 문제를 국가차원에서 밝히고 확인할 수 있는 제도적 통로는 국회의 국정조사권밖에 없는 것으로 보인다. 그리고 그 과정에 이르기 까지 학계의 관심과 연구가 절실히 필요하다.

55. 국방경비법 제32조는 "적에 대한 구원, 통신연락 또는 방조"를 처벌하는 조항이고 제33조는 간첩행위를 처벌하는 것으로 "여하한 자든지"라고 하여 군법피적용자가 아니어도 처벌할 수 있게 하고 있다. 그리고 이 법에 의한 재판에 대하여는 상소할 수 있는 규정이 없어 결국 단심제로 운영되었다. 이 조항에 의하여 특히 한국전쟁기간 동안 북한군에 협조하였다는 혐의로 군에 체포된 민간인들을 신속하고 간편하게 재판하여 처형하는데 이용된 것으로 보인다.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

경제위기하의 생존의 권리와 복지권

— 조 홍 식 —

34

경제위기하의 생존의 권리와 복지권¹⁾

曹興植(서울대 사회복지학과 교수)

1. 머리말

기본적인 삶의 조건과 연관된 생존에 관한 인간의 권리(인권) 개념은 역사의 산물
이므로 늘 발전되고 변화하게 된다. 특히 근대사회 이래 인권 개념은 시민권으로서 부
각되어 시민권에 관한 국가의 역할은 상당히 변화되어 왔다. 역사적으로 볼 때, 인권
의 발전은 시민권의 발전으로 이해되었으며, 여러 단계를 거쳐왔음을 알 수 있다. 근
대사회 이래 각국의 다양한 역사적 경험은 다양한 시민권 개념을 창출하였으나, 시민
권의 개념은 사회집단, 가족, 개인 등에게 집합적 급여를 제공하는 사회정치적 구성
원 자격을 규정하는 권리의 집합체로 보는 데는 이의가 없다.²⁾

시민권으로서 인권 개념은 인간이 국가로부터 자유인 영역의 존중을 의미하는 정치
개념으로부터 시작되었다. 즉 국가는 시민적 권리나 자유권 또는 인간의 자유와 안
전, 그리고 육체적 및 정신적 보전을 보호하려고 하는 권리에 대하여 간섭하지 않도
록 의무화한 것인데, 이러한 권리는 대체로 개인주의적 특징을 지녀왔다. 다음 단계
에서 인간은 국가와 대립하는 입장에 놓여 있는 것이 아니라, 스스로 그 구성원인 사
회의 정치적 조직화에 참가하는 인간으로 부각되었는데, 이것은 국가 내에서의 참정
권의 행사를 통하여 나타났다. 그리고 이후 집단권리로서의 사회권 개념이 출현함으
로써 국가는 사회복지의 촉진자나 보호자로서 활동하도록 하였다.³⁾ 이런 점에서 사
회권의 핵심은 점차 생존을 보장하는 복지권으로 자리잡게 되었다. 특히 집단권리로
서의 사회권 개념인 경제적·사회적 및 문화적 권리는 국제적인 법적 규제에 발전되
었는데, 여기서 국제적 기준이라고 하는 것은 모든 나라에 의해 달성되어야 하는, 사
회적 보호 및 복지의 최저기준을 설정하는 것으로 한 국가의 사회체제나 경제사정과
는 무관한 것이다.

지금 IMF 체제 속에서 신자유주의적 바람이 불고 있다. IMF나 IBRD 등 신자유주의
자들의 세계화 물결 속에서 후진국이나 개발도상국가들은 기존의 자급자족적 경제구

1) 이 글은 1998년 11월 9일 서울대 법대 주산기념홀에서 '서울대학교 민주화를 위한 교수협
의회' 주최로 열린 "세계인권선언 50주년 기념 학술 심포지엄 -한국 인권의 과제-"에서 본인
이 발표한 "경제위기와 인권: 사회권을 중심으로"의 내용을 수정, 보완한 것이다.

2) B. S. Turner and P. Hamilton(eds), *Citizenship: Critical Concept*, New York :
Routledge(1994), 1쪽.

3) 사회권의 내용에 대해서는 T. H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*,
Chicago: Chicago University Press(1977)를 참조할 것.

조나 생활방식이 급속도로 파괴당하고 모든 가치 기준이 세계시장에서의 상품 경쟁력으로 환원되었을 뿐 아니라 '자유와 경쟁'이라는 신자유주의 가치에 의해 '연대와 협동'이라는 가치를 중시하는 공동체주의가 철저히 분해되는 현상을 겪게 되었다. 이 결과 경제적 위기의 해결은커녕, 급격한 빈부의 차이에 의한 사회적 위기 즉, 사회구성원 다수의 생존과 직결된 소득유지, 의료, 주거, 교육, 고용, 사회복지서비스 등 위기를 포함한 '생존과 관련된 총체적인 삶의 위기'가 범지구적으로 심화되고 있다.

한국 사회는 지금까지 경제성장의 구호 속에 빈곤, 실업 등 구조적인 사회적 불행에 대한 책임을 무지, 나태 등 개인 탓으로 여겨왔다. 이제 IMF 체제와 대량실업 사태를 맞이하면서, 이러한 실업이 결코 개인의 탓이라 할 수 없음에도 불구하고 국민은 그 위험을 혼자 감당해야만 하는 상태에 놓여 있다.

우리는 이러한 위기 발생의 근거로 그 동안 우리 사회가 고속성장의 신화에 몰려 성장제일주의에 따른 여러 가지 사회적 불행과 위험 및 경고들을 외면한 채, 국민의 사회복지요구를 담보하는 사회안전망 구축을 소홀히 한 데서 찾을 수밖에 없다. 특히 1980년대와 1990년대에 집중적으로 부각된 서구 복지국가체제의 위기와 시장공급을 강화시키는 신자유주의에 의한 복지국가의 재편과정은 사회복지부문에든 여전히 관찰되고 있다. 이 결과 계층간, 지역간 사회복지 공급의 불평등을 가져와 중산층과 저소득층이 큰 고통을 겪는 상황에 빠져 들어가고 있음을 볼 수 있으며, 중산층의 급격한 퇴조에 의한 계층의 양극화가 일어나고 있음을 목도할 수 있다.

따라서 지금 IMF 상황에서 우리에게 더욱 필요한 것은 인간의 사회적 욕구(need)와 삶의 질을 강조하는, 즉 경쟁과 분열이라는 신자유주의 가치 대신, 연대와 협동이라는 가치를 중시하는 공동체주의를 확산하여 사회권을 확실히 담보해 내는 일이다. 공통 분담의 미명하에 사회적 약자인 노동자나, 여성, 장애인, 노인들이 먼저 삶의 절망을 갖게 하는 것은 사회통합을 위해서도 결코 바람직하지 않은 것이다. 이 글에서는 현재 생존의 권리를 담보하는 복지권의 기준이 되는 ILO 조약 및 권고의 내용과 1976년 발효된 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약을 중심으로 열악한 우리 나라 생존의 권리를 보장하는 복지권의 현황을 분석하여 그 문제점과 함께 대안을 제시하고자 한다.

2. 복지권의 전개 과정

시민권이론으로 유명한 T. H. Marshall의 시민권이 진화되어 가는 과정 분석을 중심으로 하여 복지권의 전개 과정을 살펴보고자 한다.

Marshall은 시민권이 진화되어 가는 과정을 분석하면서, 영국의 경우 18세기에서 19

세기에 걸쳐 공민권(civil right)이 확립되었고, 19세기와 20세기 사이에는 참정권(political right)이, 그리고 사회권(social right)은 20세기 중반에 형성되었다고 하였다.⁴⁾

Marshall의 시민권의 논리를 종합해 보면, 첫째, 자유주의적 또는 공리주의적 권리관은 계급이익의 표현이며 이것은 본질적으로 개인주의적인 것으로서, 이러한 권리들은 자본주의와 양립할 수 있을 뿐만 아니라 자본주의 시장구조는 이러한 권리들을 요구한다는 것이다. 둘째, 대표자 선출과 사회적 참여를 위한 노동계급의 투쟁으로 말미암아 새로운 형태의 권리로서 사회권이 등장하게 되었고, 이는 사회복지제도의 기초로서, 공민권과 참정권과 같은 환상에 불과했던 형식적인 평등원칙과 강하게 대립한다는 것이다.⁵⁾

이렇게 볼 때, 시민권은 공동체의 완전한 성원이라는 개념과 결부된 일종의 기본적인 인간의 평등권을 강조하며, 권리로서 사회복지가 인정될 때 사유재산과, 교육 및 경제구조에 바탕을 둔 사회불평등의 요인을 완화할 수 있는 기제가 될 수 있다고 하겠으며,⁶⁾ 이의 한 유형으로서 사회권은 집단주의적 사회정의의 실현을 국가적 목적으로 하는 복지국가에서 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 국가에 대해서 일정한 급여나 서비스를 요구할 수 있는 헌법상의 권리를 말한다고 하겠는데, 복지권(welfare right)이라는 적극적인 의미로 국가의 책임을 강조하기도 한다.⁷⁾

이러한 사회권(사회적 기본권)이 헌법에 처음 등장한 것은 제1차 세계대전 직후인 1919년 독일의 바이마르 공화국 헌법에서였다. 이 헌법 제151조는 "경제생활의 질서는 모든 사람에게 인간다운 생활을 보장하여 주기 위하여 정의의 원칙에 합치하지 않으면 아니 된다"라고 규정하였다. 이러한 바이마르 공화국 헌법의 규정은 인권의 보편적 성격을 담고 있음으로 인해 필연적으로 인권을 국제적으로 보장하기 위한 운동의 계기가 되었다. 특히 인권이 대량으로 침해되는 전쟁을 경험한 후 인류는 국제적인 차원에서 인권을 규정하고 보호하는데 노력을 기울였다. 그리고 이때 인권에는 자유권적 기본권(자유권, 참정권)과 사회적 기본권(사회권)이 동시에 포함되었다. 제1차 세계대전이 종료된 후 각국은 국제노동기구의 설립을 평화조약의 내용에 포함시켰다. 그리고 국제노동기구를 통해서 사회권을 보장하기 위한 각국의 노력이 집대성되고, 또 지속적으로 발전되어 갔다. 제2차 세계대전 후에는 국제연합을 중심으로

4) 이에 대한 자세한 내용은 T. H. Marshall, *Sociology at the Crossroads*, London: Heinemann(1963)을 참조할 것.

5) B. S. Turner, *Citizenship and Capitalism*, Wellington: George Allen & Unwin(1986), 25쪽.

6) 김형식 편저, [시민적 권리와 사회정책], 중앙대 출판부(1998), 41쪽.

7) 복지권에 대한 자세한 내용은 Geoff Fimister, *Welfare Rights Work in Social Services*, London: Macmillan(1986)을 참조할 것.

인권을 국제적으로 보장하기 위한 작업이 이루어졌으며, 이어 1948년 국제연합의 포괄적인 인권선언에서 자유권과 사회권이 함께 규정되었는데, 이러한 인권의 보편성을 선언한 1948년의 세계인권선언은 인간의 보편적 권리로써 자유권 이외에도 사회권을 공식적으로 인정한 최초의 국제 규약이라고 하겠다. 특히 이 선언 제22조에 “모든 개인은 사회의 일원으로서 사회보장에 대한 권리를 갖는다. 모든 개인은 국가조직 및 제도를 고려하여 취해지는 국가적 조치 및 국제협력을 통하여 인간의 존엄 및 자유로운 인격의 발현을 위하여 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유할 권리를 갖는다”라고 하여 사회보장의 권리를 천명하였다.

그리고 사회권이 자유권과 같은 비중을 갖는 인권이라는 점에 대한 인식은 1966년 국제연합에서 국제인권조약으로 발전시켜 1976년부터 국제사회에서 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제조약(B규약)”과 “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약(A규약)”을 개별국가에서 받아들여 조약을 국내법에 적용시키고 있으며, 우리나라 역시 이를 체결하여 동 규약의 적용을 받고 있다는 점에도 잘 나타나 있다.

따라서 인간의 생명이나 신체의 자유를 전제로 하는 자유권은 물론이고 생존권을 근간으로 하는 사회권을 망라하는 포괄적인 인권 개념이 오늘날 세계적으로 보편적인 가치로 자리잡고 있다고 하겠다.

우리 나라에서도 1948년 건국헌법 이래 사회권을 규정해 왔다. 그러나 굴곡과 혼란의 50년 헌정사에서 그래도 현행 헌법이 규정하고 있는 사회권이 다양성과 구체성의 측면에서 가장 뛰어나다고 할 수 있다. 우리 헌법은 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리를 정점으로 교육의 권리, 근로권, 사회복지 또는 사회보장에 대한 권리, 환경권, 건강권, 범죄피해자구조에 관한 권리 등을 사회권으로 규정하고 있다. 다만 문제는 이것이 진정한 권리인가 아니면 단순히 국가의 입법적 방침만을 정하고 있는 것인가 하는 점에서 많은 논란이 있다는 점이다.⁹⁾

3. 복지권의 기준

오늘날 전 세계적으로 사회권과 관련된 국제 조약들을 보면, ILO 조약 및 권고와 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약(International Covenant

8) 국제사회에서 사회권과 관련하여 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제조약(B규약)”과 “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약(A규약)”을 개별국가에서 받아들여 조약을 국내법에 적용시키고 있는 구체적인 사례들을 정리한 내용은 Paul Hunt, *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives*, Hants, England: Dartmouth(1996)을 참조할 것.

9) 윤찬영, [사회복지법제론 II], 나남(1998), 253쪽.

of Economic, Social and Cultural Rights, A규약)¹⁰⁾, 시민적, 정치적 권리에 관한 국제조약(International Covenant on Civil and Political Rights, B규약)¹¹⁾, 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐 협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)¹²⁾, 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child)¹³⁾, 이주 노동자와 그들의 가족 구성원의 권리보호에 관한 협약(International Convention of the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)¹⁴⁾ 등이 있다.

이중에서 ILO 조약 및 권고와 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약을 중심으로 복지권 기준의 내용을 정리, 제시하고자 한다. 왜냐하면 ILO 조약 및 권고는 노동자 복지에 초점을 두고서 비교적 복지권의 상세한 기준을 설정해 각 국가들이 구체적으로 시행할 것을 제안하고 있고, 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약(A규약)은 ILO 조약 및 권고 보다 훨씬 범위가 넓어 여타 복지권 관련 국제협약의 내용을 포괄하기 때문이다. 물론 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약(A규약)은 복지권의 구체적인 기준을 설정해 놓기 보다 규범에 가까운 성격을 띄고 있는 한계를 갖고 있다.

먼저 ILO 조약 및 권고들을 보면, 기본인권, 노사관계, 노동조건, 산업안전보건, 노동행정, 고용, 사회보장, 사회정책, 여성노동자, 연소노동자, 고령노동자, 직업별 기준, 토착노동자 및 종족민, 비본토 지역 노동자, 이주노동자 등 크게 15개 부문으로 나누어져 있는데, 전반적으로 각 조약 및 권고들 내용을 보면 사회권의 대부분을 담보하고 있음을 알 수 있다. 이 중에서 복지권의 기본적인 것으로 ‘사회보장의 최저기준에 관한 조약’(1952, 102호 조약)을 들 수 있는데, 여기에는 의료, 질병급여, 실업급여, 노령급여, 업무상 재해급여, 가족급여, 출산급여, 폐질급여, 유족급여 등 9개 부문에 대한 최저기준을 제시하고 있다. 이들 부문에 대한 더 상세하고 구체적인 내용들은 ‘고용재해급여에 관한 조약’(1964, 121호 조약), ‘장애·노령·유족급여에 관한 조약’(1967, 128호 조약), ‘의료 및 상병급여에 관한 조약’(1969, 130호 조약), ‘고용촉진 및 실업보호에 관한 조약’(1988, 168호 조약), 기타 고령노동자에 대한 권고(1982, 167호 권고) 등의 조약과 권고를 통해 체계화되어 있다.¹⁵⁾

10) 채택일 1966.12.16, 발효일 1976.1.3, 한국가입일 1990.4.10

11) 채택일 1966.12.16, 발효일 1976.3.23, 한국가입일 1990.4.10

12) 채택일 1979.12.18, 발효일 1981.9.3, 한국가입일 1984.12.27

13) 채택일 1989.11.20, 발효일 1990.9.2, 한국가입일 1991.11.21

14) 채택일 1990.12.18, 미발효, 한국 미가입

15) 김연명, “ILO의 사회보장기준과 한국 사회보장의 정비 과제”, [한국사회복지학], 통권 31호(1997), 227-228쪽.

한편, 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약(A규약)의 내용을 보면, 복지권과 관련된 내용은 제6조(노동의 권리), 제7조(공정·유리 노동조건 향유권), 제8조(노동기본권), 제9조(사회보장), 제10조(가정·어머니·어린이 보호), 제11조(사회권의 기본규정·일반규정·기아로부터의 자유), 제12조(건강권), 제13조(교육받을 권리), 제14조(무상초등 의무교육의 실시의무), 제15조(문화적 권리) 등이다.

여기서는 복지권 기준을 설정하기 위한 범주를 전체적인 포괄적 내용은 국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제조약(A규약)에 따르되, 복지권의 핵심 내용인 사회보장 부문은 ILO 조약 및 권고에 의거하여 제시하고자 한다.

1) 노동의 권리

노동에 대한 자유로운 선택 및 노동으로 생계를 꾸려나갈 기회를 얻을 권리가 포함되며, 국가는 노동의 권리를 보장하기 위해 적절한 조치를 취해야 한다. 이러한 국가의 조치에는, 정치적·경제적 자유를 보장하는 조건 아래서, 경제적·사회적·문화적 발전과 완전하고도 생산적인 고용을 달성하기 위한 기술 및 직업의 지도·훈련 계획·정책·방법이 포함된다.

2) 노동조건 향유의 권리

첫째, 최소한 모든 노동자에게 공정한 임금 및 어떤 차별도 없는 동일한 가치의 노동에 대한 동일한 보수, 특히 여자의 경우 동일한 노동에 대한 동일한 임금과 함께 남자의 노동조건에 뒤떨어지지 않는 노동조건을 보장해야 하며, 노동자 자신과 그 가족의 평균적인 생활을 보장해야 한다.

둘째, 안전하고 위생적인 작업조건 및 선임순서와 능력 이외의 어떤 것도 고려되지 않고, 승진하는 데에 균등한 기회를 갖게 한다.

3) 노동 3권

첫째, 노동조합 조직 및 해당 노동조합의 규칙에 따라 자신이 선택하는 노동조합에 가입할 수 있는 권리를 갖도록 한다. 법률로 정해진 바로, 국가의 안전이나 공공질서를 위해서 또는 타인의 권리와 자유를 보장하기 위해서 민주사회에 필요한 제한을 제외하고서는, 어떠한 제한도 이 권리의 행사에 가하지 못한다.

둘째, 노동조합이 국내연맹 또는 총연맹을 결성할 권리 및 연맹이나 총연맹이 국제적인 노동조합 조직을 결성하거나 거기에 가입할 권리를 갖도록 한다.

셋째, 법률로 정한 바로, 국가의 안전이나 공공질서를 위해서 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해서 민주사회에서 필요한 제한을 제외하고서는, 어떠한 제한도

받지 않고 노동조합이 자유롭게 활동하는 권리를 갖도록 한다.

넷째, 파업권을 갖도록 한다. 그러나 이 권리는 그 나라의 법률에 따라 행사되어야 한다.

4) 사회보장 권리(ILO, 1989)

첫째, 사회보장의 인구적용범위(coverage)와 관련하여 모든 보호대상자를 '보편적으로 그리고 균등하게 적용'(total and uniform cover)해야 한다.

둘째, 급여수준과 관련하여 사회보장제도에서 제공해야 할 급여로 ① 의료급여, ② 상병급여, ③ 실업급여, ④ 노령급여, ⑤ 고용재해급여, ⑥ 가족급여, ⑦ 출산급여, ⑧ 장애급여, ⑨ 유족급여 등 9가지의 포괄적 급여를 제공해야 하며, ILO의 최저급여 기준 이상을 설정하여야 한다.

셋째, 보호형태와 관련하여 위의 9가지 포괄적 급여를 제공하기 위한 수단으로서 사회보험, 일반조세에 의한 보호, 그리고 관리운영의 공공성 확보와 저소득층을 포괄하는 몇 가지 조건을 전제로 민간보험에 의한 보호형태 등을 다양하게 적용할 수 있다.

5) 가정·여성·아동·장애인 권리

첫째, 가정은 사회의 자연적이고 기본적인 단위이다. 가능한 한 최대의 보호와 원조가 가정에 대해 주어져야 한다. 특히 가정의 형성을 위해 그렇거니와, 한 가정이 부양할 어린이의 양육과 교육을 책임지고 있는 동안에는 보호와 원조가 마땅히 주어져야 한다. 결혼은 두 당사자의 자유로운 합의로 이루어져야 한다.

둘째, 산전 산후의 상당한 기간동안 산모에게 특별한 보호가 주어져야 한다. 직장 생활을 하고 있는 산모인 경우에는 그 기간동안 유급휴가나, 상당한 사회보장의 혜택이 따르는 휴가가 주어져야 한다.

셋째, 출생이나 그 밖의 조건을 이유로 하는 어떠한 차별도 없이 모든 어린이와 연소자를 돕기 위한 특별한 보호와 원조의 조치가 취해져야 한다. 어린이와 연소자의 정신 또는 건강에 해롭거나, 생명에 위협을 주거나, 그 정상적인 발육에 지장을 줄 우려가 있는 노동에 종사시키는 행위는 법률로 처벌되어야 한다. 또한 국가는 연령제한을 정해야 한다. 임금을 주어서 그 연령에 미치지 못한 어린이를 일 시키는 행위는 법률로 금지되고, 또 처벌되어야 한다.

6) 인간다운 생활권

첫째, 국가는 누구나 상당한 생활수준을 유지하고, 또한 부단히 생활조건을 향상시

킬 권리가 있음을 인정한다. 상당한 생활수준이란 자기와 자기 가족이 쓸 상당한 식량, 의복 및 주택을 그 내용으로 한다. 국가는 이 권리의 실현을 확보하기 위해 적절하나 조치를 취하고, 또한 그러기 위해서는 자유로운 합의에 근거한 국제협력이 매우 중요하다는 것을 인정한다.

둘째, 국가는 사람이 누구나 굶주림에서 벗어날 기본적 권리를 가지고 있음을 인정하면서, 단독으로는 물론 국제협력을 통해, 다음을 이룩하기 위해 구체적인 계획, 기타 필요한 조치를 취한다. (a)식량의 생산·보존·분배의 방법을 개선한다. 개선의 방법으로는 기술적 및 과학적 지식을 충분히 이용하는 것, 영양원칙에 관한 지식을 보급하는 것, 천연자원을 가장 효과적으로 개발하고 이용할 수 있도록 농지제도를 발전 또는 개혁하는 것 등을 들 수 있다. (b)식량의 수입국과 수출국 쌍방의 문제를 고려하면서, 수요와 관련하여 세계의 식량공급의 분배가 공평하게 이루어지도록 한다.

7) 건강권

첫째, 가맹국은 누구에게나 성취할 수 있는 최고 수준의 신체적 및 정신적 건강을 누릴 권리가 있음을 인정한다.

둘째, 국가는 다음 사항에 필요한 조치를 해야 한다. (a)사산율과 유아사망율의 저하를 위한, 그리고 어린이의 건전한 발육을 위한 대책. (b)환경위생 및 산업위생의 모든 측면의 개선. (c)전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방·치료 및 억제. (d)병에 걸렸을 경우 누구나 의료와 의학적 배려를 받을 수 있는 여건의 창출.

8) 교육권

첫째, 국가는 누구에게나 교육받을 권리가 있음을 인정한다. 교육은 인격의 완성과 인격존엄의식의 온전한 개발을 지향해야 하고, 또 인권과 기본적 자유에 대한 존경심을 굳건하게 해야하는 데 동의한다. 더 나아가서 교육이 모든 사람으로 하여금 자연스런 사회에 효과적으로 참가할 수 있게 한다는 것, 모든 나라와 인종·종족·종교 집단 사이에 이해와 관용 및 우의를 촉진시킨다는 것, 그리고 평화를 유지하기 위해 국제연합의 활동을 권장한다는 것을 인정한다.

둘째, 국가는 이 권리의 완전한 실현을 달성할 목적으로 다음을 인정한다. (a)초등교육은 의무적인 동시에, 모든 사람이 무상으로 받을 수 있을 것. (b)기술 및 직업 중등교육을 포함한 기간 중 중등교육은 모든 적절한 방법을 통해서, 널리 받을 수 있는 동시에 모든 사람에게 그 기회가 주어질 것. 특히 무상교육의 점진적 도입이 이루어질 것. (c)고등교육은 모든 적절한 방법을 통해, 능력에 따라서 모든 사람에게 균등하게 그 기회가 주어질 것. 특히 무상교육의 점진적 도입이 이루어질 것. (d)초등교육을

받지 못했거나 그 전 과정을 마치지 못한 사람들을 위해 될 수 있는 대로 광범하게 기초교육이 장려 또는 강화될 것. (e)각급 학교제도의 발전이 적극적으로 추구하고, 적절한 장학제도가 설치되며, 교원의 물질적 조건이 부단히 개선될 것.

셋째, 국가는 부모 또는 법정 후견인이 자녀를 위해 학교를 선택해 줄 자유를 존중할 책임을 진다. 여기서 말하는 학교란 공공기관이 설치하지 아니하되, 국가가 설정하거나 승인한 교육상의 최저기준에 합치하는 학교를 가리킨다. 또한 부모 또는 법정 후견인이 자신의 신념에 따라서 자녀의 종교교육과 도덕교육을 책임지는 자유를 존중할 것을 약속한다.

9) 문화적·과학적 권리

첫째, 국가는 누구에게나 다음 권리가 있음을 인정한다. (a)문화적인 생활에 참여할 수 있는 권리. (b)과학의 진보와 그 응용에서 오는 혜택을 누릴 수 있는 권리. (c)자기가 창조한 과학적·문화적·예술적 작품에서 생기는 유형·무형의 이익을 보호받는 데에서 오는 혜택을 누릴 수 있는 권리.

둘째, 국가가 문화적 권리의 완전한 실현을 이룩하기 위하여 취하는 조치 중에는, 과학과 문화의 보전·발전·보급에 필요한 조치가 포함된다.

4. 한국 경제위기와 복지권의 실태

IMF 관리체제에서 대량실업은 우리에게 가장 큰 사회문제가 되고 있다. 실업은 노동자 개개인에게 생존권의 근본적 위협을 가하고, 가족전체 구성원에게 치명적인 영향을 미칠 뿐만 아니라 가족해체 및 전반적인 사회해체의 위험을 줄 수 있다는 점에서 심각하게 다루어져야 한다. 구미와는 다른 독특한 우리 실업 문제의 특징은 사회보장제도의 미흡한 실정과 함께 한 가구당 수입원이 가장 한 사람에게 집중되어 있어 가장의 실직은 곧 가정 전체의 실직이 된다는 점이다. 버려지는 아이들, 학교와 사회로부터 소외되는 청소년 자녀들, 갑자기 허드레 일자리조차 찾아 나서지 않으면 안 되는 주부들 등 가정이 해체되기 쉬운 조건들이 우리에게 너무나 많다¹⁶⁾.

또한 IMF 관리체제에서 경제위기는 중산층의 몰락에 의한 사회의 양극화 현상을 초래하고 있다. 통계청이 1998년 9월에 발표한 '도시 근로자 3천6백 가구 소득조사'에 의하면 소득별로 5계층을 나누었을 때 하위 80%의 소득이 1997년 상반기에 비해 5.5 - 14.9% 감소하였는데, 하위층으로 갈수록 더욱 감소하였다. 반면에 상위 20%의 소득

16) 조홍식, "실직자 가족을 위한 사회복지 서비스", [실직자 가족의 위기와 사회복지](제3회 한국가족사회복지학회 학술세미나 자료집), 한국가족사회복지학회(1998), 51쪽.

은 오히려 2.3% 증가하였다. (<표 1> 참조)

이러한 현상은 고금리의 영향으로 보이는데, 상위계층일수록 금융자산을 많이 보유한 연유라 할 수 있다.

분 위	97년 상반기	98년 상반기	증감률(%)
I (상위 20%)	4,224.9천원	4,320.6천원	+2.3
II (21 - 40%)	2,612.1	2,469.1	-5.5
III (41 - 60%)	1,992.1	1,853.8	-6.9
IV (61 - 80%)	1,520.2	1,386.7	-8.8
V (81 - 100%)	921.8	784.7	-14.9

(단위: 천원)

<표 1> 도시 근로자 가구 월 소득별 가계지수

자료 : 통계청, [도시 근로자 3천6백 가구 소득조사](1998)

이제부터 앞에서 제시한 각 권리의 내용을 토대로 우리 나라 복지권의 현실을 살펴 보고자 한다.

1) 노동의 권리

노동의 권리 출발은 무엇보다도 고용에서부터이다. 외환의 위기와 고금리의 결과 많은 중소기업이 도산하게 되었다.

전국 실업률을 보면, 1997년 평균 실업률은 2.6%였으나, 1998년 평균 실업률은 7.4%로 급상승하였다. 그러나 노동부의 실업 전망을 보면 1999년 1/4분기에는 실업자 163만명, 실업률 7.5% 정도로 보고 있다. 특히 1/4분기 중 신규졸업자의 노동시장 진입 등 계절적 요인과 고용조정으로 월 평균 170-180만명대로 최고조로 되며, 하반기부터 구조조정에 따른 경쟁력 강화 및 경제회복 효과로 150만명대로 안정될 전망으로 보고 있다. 경제성장률 2%를 고려해서이다(<표 2> 참조).

<표 2> 1998년 실업 동향 및 1999년 실업 전망 (단위: 천명, %)

1998년					1999년					
1/4	2/4	3/4	4/4	평균	1/4	2/4	3/4	4/4	평균	
실업자	1,463	1,182	1,485	1,600	1,586	1,632	1,759	1,638	1,552	1,581
실업률	6.8	5.7	6.9	7.4	7.4	7.5	8.3	7.5	7.1	7.2

주) '99년 경제성장률 : 2.0% 가정

자료: 노동부, [내부자료](1999)

한편, 1999년도 실업대책의 예산규모는 전년도와 비교하여 어느 정도 늘어났는가를 보면, 1999년도 예산규모는 약 7.7조원으로 1998년도 5.7조원과 대비해 보면 2조여 원(35.7% 증가)이 늘어난 수준이다. 그 주요 증액내역으로는 실업급여(8,500억원 -> 1조 5,012억원 증가), 공공근로 및 특별취로(1조 444억원 -> 1조 6,000억원 증가), 한시적 생활보호 등(3,632억원 -> 9,655억원 증가), 직업훈련(7,377억원 -> 7,957억원 증가) 등을 들 수 있다.

그리고 1999년도 실업대책의 수혜 인원은 약 475만명으로 1998년도 300만명에 비해 약 175만명이 늘어난 수준이다. 생활보호사업(1조 4,531억원, 116만명 지원)은 전년도 실업대책예산에는 포함되지 않았으나 1999년도 실업대책은 실업자 보호를 강화하기 위해 실업대책에 포함하여 실제 수혜 인원은 약 55만명 증가한 것으로 볼 수 있다. 그 주요 내역으로는 실업급여(44만명 -> 53만명 증가), 한시적 생활보호(33만명 -> 57만명 증가), 고용유지지원(78만명 -> 102만명 증가), 기존 생활보호 116만명 유지 등이다.

2) 노동조건 향유의 권리

현재 정부는 노사정책의 방향을 노·사·정 합의에 의한 협조적 노사관계의 정착과 아울러 노동자 복지향상, 산업재해 및 직업병 예방을 위한 작업환경의 개선, 근로시간의 단축 등 노동조건 향상에 두어 근로기준법상의 법정근로시간을 단축하고, 최저임금법을 시행하며, 남녀고용평등법을 제정하여 모집과 채용, 임금, 정년 및 승진에서 여성노동자에 대한 불합리한 차별을 시정하기 위해 노력하고 있으나 아직 만족스럽지 못하다.

전체 임금근로자의 49%가 최소한도의 근로조건을 규정한 근로기준법의 적용을 받지 못하는 상시고용 5인 미만의 업체에 근무하고 있고, 최저임금제를 시행하고 있다고 하나 총 임금근로자의 52% 정도가 근로기준법의 적용을 받지 못하는 상시고용 10인 미만의 업체에 근무하고 있는 실정이다. 그리고 근로시간이 단축되었다고 하나 실질 근로시간은 주 47시간으로 여전히 매우 길고(1995년 기준), 법적으로 보장된 최저임금제도 역시 생계비에도 미치지 못하고 있는 실정이다.

여성노동자에 대한 불합리한 차별을 시정하기 위해 남녀고용평등법을 제정하여 운영하고 있다고 하나 분쟁이 발생할 경우 노동관청이나 고용문제조정위원회가 단지 조언이나 권고를 할 수 있을 뿐 이에 강력하게 개입하여 문제를 해결하는 제도(조정안 강제수락제도 미비)를 마련하지 못하고 있다는 결점 등을 가지고 있는 것이 현실이다.

3) 노동 3권

1993년 ILO는 한국 정부에 노동3권의 보장과 관련하여 노동3권 보장을 제약하고 있는 복수노조 금지조항, 제3자 개입 금지조항, 공무원과 교원의 노동3권 박탈조항, 공익사업장의 직권중재조항 등의 폐지 및 개정을 권고한 바 있다. 복수노조 금지조항, 공무원과 교원의 노동3권 박탈조항 등에 관한 전향적인 작업이 새 정부가 들어선 후 이루어지고 있지만, 아직도 미흡하다.

따라서 정부는 노동3권의 제한을 전제로 하는 경제정책을 수정하고, 나아가 새 정부의 출범 이후에도 나타나고 있는 노동자의 쟁의권 행사에 대한 탄압을 조속히 중지하여야 하며, 보다 구체적으로는 새 정부 출범 후 노동조합활동과 관련하여 구속기소되거나 수배중인 사람들의 현황을 정확히 파악하여, 수배해제 또는 사면 등의 조치를 취해야 할 것이다. 그리고 노동3권과 관련하여 ILO의 권고에 따른 법 조항들의 개정 에 적극성을 보여야 할 것이다.

4) 사회보장 권리, 가정·여성·아동·장애인 권리, 인간다운 생활권, 건강권, 교육권

우리 사회는 선진 서구 사회와는 달리 현재 외환위기상황의 악조건 하에 있고 고용창출 정책, 취업정보 제공, 재취업 교육 등이 미흡하여 발전적 재취업의 가능성은 극히 희박하며, 낮은 직업이동성과 취약한 실업급여 등으로 실직자들의 다수가 2차, 3차 좌절 및 스트레스 연쇄충격에 돌입할 가능성이 크다. 뿐만 아니라 실업이 장기화 될 경우 폭력, 자살 등의 공격적 행동, 음주·마약 등 은둔적 행위, 가족해체나 개인 파산에 따른 노숙자의 증가 등 다양한 사회문제가 속출될 가능성이 높다.¹⁷⁾ 이러한 사실은 바로 기초생활보장을 토대로 하는 총체적인 사회안전망 장치로서의 사회보장 제도가 우리 사회에서는 매우 미흡함을 직시해 준다고 하겠다.

오랜 산업화의 과정을 거치면서 실업에 대한 사회안전망 장치가 상당한 수준으로 갖추어져 있으며, 실업자의 연대사위가 사회적 공감을 얻고, 실업수당을 받는 것이 하나의 권리로 인식되고 있는 선진국 상황과 비교해 볼 때, 우리나라의 경우 산업화가 시작된 1960년대 이후 몇몇 특수한 시기를 제외하고는 거의 완전고용에 가까운 고용 상태를 유지해 왔고, 실업 문제의 해결은 가족의 몫이 되어 온 게 사실이다. 그러나 경제사회 위기 상황에서 이러한 가족의 기능 자체도 상당히 약해졌을 뿐만 아니라, 기초생활보장 장치로서의 사회복지제도는 이제 걸음마 수준에 있을 뿐이다.¹⁸⁾

17) 자세한 내용은 김재갑, 김은미, 이선이, 최우영, [실업스트레스의 변화], LG 커뮤니케이션연구소(1998)를 참조할 것.

18) 김상균, "IMF시대의 실업과 그 대책", [IMF시대 한국 사회·경제 위기, 어떻게 극복할 것인가](제1회 서울대 사회과학대학 심포지엄 자료집), 서울대 사회과학대학(1998), 85쪽.

이제부터 소득보장, 주거보장, 가정·여성·아동·장애인을 위한 사회복지서비스, 환경보장, 여성복지, 의료보장, 교육보장 등 국민복지 기본선을 중심으로 열악한 우리나라 복지 실상을 간단히 살펴보고자 한다.¹⁹⁾

(1) 소득보장

우리나라의 대표적인 최저생계 보장제도로서의 공공부조제도는 생활보호법을 근간으로 하는 '생활보호사업'이라는 명칭으로 불리워진다. 그러나 생활보호 대상자의 선정 기준 및 급여수준은 법에 명시된 '건강하고 문화적인 최저한의 생활'을 보장하기에는 너무 낮은 수준이다.

그리고 노후생계 보장과 직결된 국민연금제도의 경우, 현재 모든 사업체와 자영자에 게까지 의무적으로 적용되고 있다. 그러나 사회보장이 더욱 절실한 5인 미만의 영세 하청업에 종사하는 노동자들이나, 그 밖에 소위 비공식부문이라 불리우는 일용직 및 임시직 노동자, 파출부, 노점상, 영세 서비스업 등에 종사하는 노동자들은 국민연금에 가입할 수 있도록 제도적 장치는 되어 있으나 홍보 부족, 자영자 소득과악 문제 등으로 정작 국민연금에 가입하지 못하고 있는 사람들이 존재함은 사회보장제도로서의 국민연금제도가 아직 충분히 제 기능을 발휘하지 못하고 있음을 입증하고 있다고 하겠다.

(2) 주거보장

국가주도의 자본주의 산업화가 시작된 1960년대 이래 급격한 도시화와 함께 발생한 도시지역 주거문제는 현재에 이르기까지 그 심각성이 날로 더해가는 사회문제의 하나이며, 특히 그 문제의 가장 큰 피해자가 정상적인 시장체계내에서 자력으로 주거욕구를 충족시킬 수 없는 저소득층이라는 점에서 사회정책적인 차원에서의 중요한 관심대상이 된다. 다시말하여 주거보장은 주택의 총체적인 양적 수준만을 의미하는 것이 아니라 얼마나 많은 사람이 주거의 기본적 수준인 최저주거수준을 누리며, 주거권을 보장받느냐 하는 점이다.

UN의 '경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제협약(A협약)' 위원회의 심의 결과 가

19) 국민복지 기본선을 중심으로 한 열악한 우리나라 복지 실상에 대한 자세한 내용은 조홍식, "지속가능한 사회발전," [우리가 바로 잡아야 할 39가지 개혁과제], 푸른숲(1997)을 참조할 것.

장 우려되는 내용으로 주거문제를 들고 있는데, 이것을 보더라도 우리 나라의 주거문제가 얼마나 심각한가를 알 수 있다.

(3) 사회복지서비스

우리 나라 정부의 사회복지서비스의 부문별 사업으로는 대략 아동복지, 장애인복지, 여성복지, 노인복지 등 크게 4가지 부문으로 되어 있어, 서비스의 내용을 볼 때 가족 중심의 서비스 종류가 제한적이며, 전문성도 미약하고, 예방 보다는 사후치료적임을 알 수 있다.

또한 현재 복지서비스 부분은 아동보육을 제외하면 국가복지의 확대가 거의 이루어지지 않고 있고, 오히려 시장원리의 도입이 이루어지고 있다. 시장원리 도입의 대표적인 예로 노인복지부분에서의 유료양로시설의 전면 허용, 민간보육시설의 확대 등을 들 수 있다. 물론 유료화의 불가피성에 대해서 전면적으로 부정할 수는 없지만 문제는 전혀 인간다운 생활을 할 수 없는 기존의 국가지원 서비스 시설이 부족한 상황에서 시설의 상품화는 복지수혜의 불평등을 가속화시킬 수 있다는 점이다. 그리고 장애인고용의 비용 부담도 기업에 대부분 전가하고 있다.

이러한 유료화, 민간이나 기업에의 전가정책은 국가가 재정을 부담하지 않는다는 기본 전제하에 국민들의 복지문제 해결을 개인, 가족, 민간, 기업에게 분산시키는 국가책임회피정책으로서 복지서비스정책의 근거를 형성하고 있다는 데 큰 문제가 있다.

(4) 환경보장

성공적인 경제없이 성공적인 환경을 얻는다는 것은 불가능하지만, 세계적인 경쟁이 심화되면서, 성공적인 경제를 계속하기 위해서는 높은 환경 수준이 필요해짐을 볼 때, 경제와 환경은 상호보완적이다.

현재 우리나라에서는 자동차 가스에 의한 대기오염이나 생활하수 오염, 폐기물에 의한 환경오염 등의 도시형 공해나 하이테크 산업에 의한 지하수오염이나 토양오염 등 새로운 산업공해의 발생, 특히 해변휴양지(water-front) 개발, 리조트 개발 등 신국토 개발정책에 따른 자연파괴 등이 커다란 사회문제로 되고 있다. 또 대기오염 공해환자의 문제는 아직 해결되지 않은 채, 한편에서는 공해형 산업의 해외진출에 따른 '공해수출' 등 환경문제가 점차 국제적으로 표면화되고 있다.

(5) 여성복지

우리나라 여성문제의 대표적인 것은 남녀 차별적인 사회제도가 다방면에서 존속되고 있음에도 불구하고 이에 대한 인권차원에서의 법적 장치가 아직도 제대로 갖추어지지 못하고 있다는 점이다. 아울러 여성복지와 관련된 각종 기관과 시설 및 전문인력이 부족하여 제대로 서비스를 제공하지 못하고 있으며, 모자가족, 미혼모, 매매춘 여성, 매맞는 아내, 성폭력, 여성노동 등 각종 소외, 취약계층 여성문제에 대한 복지서비스 대책 또한 미흡한 실정이다.

(6) 의료보장

보건 및 의료보장제도는 질병, 부상, 분만, 사망등의 요인으로 인한 생활상의 불안을 방지하여 최저한의 생활을 보장하고 문화적인 생활을 영위하도록 하는데 의의가 있다. 이러한 의료보장을 시행하는 목적은 기본적으로 의료비의 경제적 부담으로부터 국민들을 해방시켜 의료이용의 접근을 용이하게 하기 위한 것이다.

그러나 우리나라의 현 의료보험제도는 예방보다 치료에 중점이 두어져 있고, 그나마 비용이 많이 드는 부분에 대해서는 의료보험이 적용되지 않는 경우가 허다하다. 또 의료보험과 의료보호가 분리되어 있어 의료보호증을 가지고 병원을 이용하는 빈곤계층의 고통을 가중시키고 있다. 아울러 의료자원의 비효율적 활용과 도시와 농어촌간 '접근성의 불평등' 문제가 있음에도 불구하고 국가 전체의 진료기관 확보에 대한 보건정책이 미흡하다.

(7) 교육보장

자본주의사회에서 필연적으로 발생하는 불평등을 완화해주고 불평등의 고착화로 인하여 치루어야 하는 엄청난 사회비용을 감소시켜 줄 수 있는 중요한 수단이 교육제도이다. 그러므로 이러한 교육제도를 시장원리에 방치해 두는 것은 교육이 갖는 장점을 말살하는 것으로 볼 수 있는데, 우리나라의 경우 사교육이 많은 부분을 차지하고 있다. 그리고 특수교육과 사회교육제도의 부실 문제를 들 수 있으며, 특히 저소득층 자녀들에 대한 부실한 교육정책을 들 수 있다.

(8) 사회복지예산 규모

복지 실상에 대한 객관적인 평가는 무엇보다도 사회복지예산의 규모에 대한 지표 분

석으로 이루어진다. 지난 6년간 보건복지부 예산의 정부예산상 비중이나 GNP 대비 비중 추이를 보면(<표 3> 참조), 예산 증가율은 1996년을 제외하고는 일반회계의 증가율 보다 밀돌고 있음을 알 수 있다. 이는 사회복지발전을 발전시키고자 하는 국가의 의지가 결여되었음을 보여주는 것이라 하겠다.

<표 3> 지난 6년간의 보건복지부 예산 및 사회개발비 예산의 비중 추이

항 목	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	
보건복지부 예산	對 일반회계 비중	4.65	4.35	4.10	3.82	3.94	4.2	4.1
	對 GNP 비중	0.66	0.62	0.60	0.57	0.61	-	-
	증가율 (물량기준)	-0.3	1.9	1.4	5.9	15.3	-	-

자료 : 보건복지부, [보건복지통계연보](각년도)
통계청, [한국주요경제지표](1998)

그리고 사회복지비를 OECD 기준으로 보면 아래 <표 4>와 같다.

<표 4> OECD 기준에 의한 사회복지 지출비의 비교

국가명	1980	1985	1990	1993	일인당GDP ('93년, \$)
프랑스	23.46	27.00	25.95	28.73	21,690
독일	24.98	25.51	23.83	28.27	21,259
일본	11.09	12.08	12.37	12.44	33,604
스웨덴	30.42	31.64	32.62	38.03	21,176
영국	18.32	21.04	19.78	23.42	16,332
미국	12.44	12.98	14.12	15.64	24,575
이탈리아	18.23	21.60	23.03	25.00	17,261
터키	4.40	4.63	6.45	7.11	2,947
멕시코	-	2.17	3.03	3.83	3,307
OECD평균	18.83	19.80	20.45	22.42	-
한국	-	-	3.68	4.21	7,554

주 : 1) * 는 1992년도 통계치임.

2) 한국의 통계값에는 기업퇴직금이 포함되어 있음.

자료 : OECD, Social Expenditure Statistics of OECD Members Countries(1996)

<표 4>에서 보는 바처럼, OECD 국가들은 1993년 현재 대부분 GDP의 30% 안팎에

달하는 복지비 지출수준을 보여주고 있다. 여기에서 사회복지 지출비는 노령 및 장애 급여, 산재(직업병), 상병급여, 노인 및 장애인 서비스, 유족급여, 가족급여와 서비스, 적극적 노동시장 프로그램, 실업급여, 주택급여, 보건, 기타로 구성된다. 1993년도 한국의 사회복지 지출의 경우 OECD 가입국가의 1/5에도 미치지 못하는 수준이며, 경제수준이 우리 보다 못한 터어키 보다는 훨씬 낮은 수준임을 알 수 있다.

한편, 서구복지국가들과 우리나라의 복지비 지출수준을 비교해 보자. 우선, IMF의 분류기준으로 볼 때(<표 5> 참조), 비록 1993년도 예산이지만 한국의 사회복지관련 예산은 개도국 평균치의 1/3, 선진국 평균치의 1/4밖에 되지 않는 열악한 수준임을 알 수 있다.

<표 5> IMF 기준에 의한 국제적인 비교('93년도 기준)

국 가	사회보장관련 예산				교육비	
	보 건 의료비	사회보장 및 복지	주택및지역 사회 개발	합 계		
중진국	그 리 스	7.44	13.42	1.27	22.13	8.50
	아르헨티나	1.99	50.70	0.24	52.93	4.73
	칠 레	11.55	33.70	5.61	50.86	13.36
	체 코	18.02	26.30	2.00	46.32	10.96
	멕시코	3.02	22.15	2.76	27.93	25.88
	말레이시아	5.64	6.01	5.45	17.00	19.99
	평균	7.94	25.38	2.88	36.20	13.90
선진국	카 나 다	4.66	41.24	1.03	46.93	20.75
	미 국	17.10	29.12	2.63	48.85	2.00
	일 본	1.60	36.80	13.76	52.15	6.03
	네덜란드	13.73	37.99	3.55	55.26	10.18
	프랑스	21.71	39.28	1.14	62.13	7.05
	호주	12.64	32.85	1.60	47.09	7.45
	영국	13.78	31.25	2.71	47.74	4.43
	독일	16.79	45.29	0.58	62.65	0.79
	평균	12.75	36.72	3.37	52.84	5.08
	한 국	0.96	9.99	1.24	12.19	21.44

주 : 1) * ; 1992년도 수치임.

2) ** ; 1991년도 수치임.

자료 : IMF, Government Finance Statistics Yearbook(1995)

5) 문화적·과학적 권리

정부의 문화예술정책의 기초가 통제중심에서 지원중심으로 전환되지 않고 있으며, 특히 민주적 의사결정과정을 거쳐 통제할 문화예술과 지원할 문화예술을 결정할 수 있도록 하는 제도적 보장이 미흡하다.

아울러 영화 등 문화, 예술행위에 대한 전근대적인 사전심의제도와 문학, 미술, 학술 등 문화적 권리를 침해하는 국가보안법이 '걸림돌'이 되고 있다.

5. 복지권 확보의 과제

현재 IMF 관리체제하에서 시장기구로부터의 탈락자(실업자)들을 비롯한 전국민의 최소한의 생활보장을 기약하는 복지권 확보를 위해서는 소득, 의료, 주거, 교육, 고용, 사회복지서비스 등 6대 영역에서의 국민복지 기본선을 국가가 주된 책임을 지고, 보장하는 국가 사회복지제도의 일대 개혁이 요구된다.

일반적으로 삶의 질을 추구하는 복지의 효과는 경제적으로 환산하기 어렵기 때문에 소비적인 것으로 인식하는 경향이 있다. 그러나 복지는 다음과 같은 점에서 투자의 성격을 갖는다고 할 수 있다.

첫째, 경제성장에 따른 빈부의 차이를 완화시켜 사회통합을 증진하는 역할을 수행하며, 둘째, 각종 사회적 위험에 대한 사회안전망과 예방장치의 역할을 함으로써 그러한 위험에 드는 사회적 비용을 줄이며, 셋째, 임금인상과 생산비용의 폭등 및 노사관계 악화의 요인이 되는 주거·복지서비스·환경·보건·교육 등에 대한 과도한 개인적 부담을 완화함으로써 생산비용을 절감시켜 국제경쟁력 강화에 기여하며, 넷째, 건강하고 우수한 노동력을 재생산함으로써 고도 산업사회의 인간자본 형성에 기여하는 중요한 사회적 기능을 수행한다.²⁰⁾

따라서 기본적인 복지권을 확보하기 위해서는 국가 사회복지제도를 새로이 정비하는 데 개혁이 필요하다. 복지권 확보와 관련된 정책 과제로 다음과 같이 제시하고자 한다.

1) GDP 10%의 복지예산(교육비 포함) 확보를 위한 전국적 소득조사의 실시

자본주의 시장경제에서는 노동의 원리 보다 자본의 원리가 앞서 특히 자본을 잘

20) 이에 대한 자세한 내용은 Le Grand, J., *The Strategy of Equality*, George Allen & Unwin(1982)과 Marmor, T. R. and J. L. Mashaw(ed.), *Social Security: Beyond the Rhetoric of Crisis*, Princeton Press(1988)를 참조할 것.

굴리거나 일의 수행능력이 큰 자는 보다 큰 소득과 자산을 축적할 수 있는 반면, 자본결핍과 일의 수행능력이 없거나 경쟁에서 낙오된 자는 생존에 필요한 기본적 욕구조차 충족될 수 없는 적자생존의 원리가 적용되기 때문에 필연적으로 국가의 개입에 의한 소득재분배정책을 필요로 하게 된다.

우리 나라의 경우 경제위기 하에서 이제 국민 1인당 GNP가 6,000불 수준으로 상당히 떨어졌지만 6,000불 수준의 다른 국가와 비교해 볼 때 정부의 사회복지비 지출은 대단히 낮다. 따라서 국민의 정부 5년 동안에 남북 대치상황을 감안하여 현재 GDP의 1% 남짓한 수준의 사회복지비 지출을 1960년대의 OECD 평균인 7%까지는 못되더라도 5%(교육비 포함 10%)까지는 끌어올릴 것을 강조하고자 하며, 이에 대한 정부의 예산반영 의지가 분명히 표명되어야 할 것이다.

이를 위해서는 중앙정부 차원에서 첫째, 현재 배정된 사회복지예산을 효율적으로 사용함으로써 가급적 행정비용은 최소화하고 대신 직접적인 급여액을 증대하는 방안으로 예를 들면, 의료보험, 연금, 산재보험, 고용보험 등 4대 사회보험제도의 관리의 통합을 통하여 약 7천-8천억의 절감효과를 낼 수 있으며, 생계보호지급 시 보충급여제도의 확대 및 시설에 대한 규모별 지원금의 차등 등 방법에 의한 예산 절약을 기할 수 있다.

둘째, 새로운 재원 확대 방안으로서 국방비 예산과 안기부 예산 등의 경직성 재원의 감소 및 관변단체 지원, SOC 설계 변경, 부정부패 등으로 인한 예산 낭비의 절감 등을 통한 복지재원의 확대가 필요하다. 특히 1995년부터 국가별 부패인지수(CPI)를 발표하고 있는 국제투명성기구(TI)의 발표를 보면 한국의 부패지수는 1996년에는 5.02로 조사대상 54개국 중 26위, 97년에는 4.29로 52개국 중 34위, 98년에는 4.2로 85개국 중 짐바브웨와 함께 공동 43위를 차지하여 부패의 정도가 심각함을 알 수 있다. 아울러 철저한 자산 및 소득조사를 통한 불로소득 및 공급탄력성이 적은 부동산, 골동품, 귀금속 등의 부와 비생필품 소비에 대한 복지세의 신설 등의 과감한 세계개혁에 의한 적절한 재원확보가 필요하다.

그리고 지방정부의 경우, 지방재정자립도는 열악하나 사회복지행정의 중심축은 지방자치단체로 이관되어 가는 모순된 구조 속에서 지방정부의 사회복지재원이 확립되지 않는 한 사회복지의 전망은 비관적이기 때문에 지방양여금 사용용도에 사회복지사업을 지정하고, 지방교부금의 비율 확대와 사회복지사업을 위한 보조금의 규모 확대를 통하여 단기적으로 지방자치단체의 사회복지사업에 대한 재원 투여를 유도함으로써 지방정부의 재원을 견실히 해 나가야 할 것이다.

2) 복지정책 결정과정에 사회구성원의 민주적 참여구조 확립

복지권 확보를 실현하기 위해서는 주민주체의 원칙에 따른 연대와 참여가 가능하도록 하는 시책이 우선적으로 필요하게 된다. 국가 중심의 복지정책 결정과정에서 나타나기 쉬운 관료주의나 민관유착, 인사비리 등의 폐해를 극복하고, 사회복지제도의 효율성 제고를 위해서는 사회구성원, 즉 일반주민, 시민, 노인, 장애인, 여성들도 모두 복지정책 결정 및 제도운영에 실질적으로 참여할 수 있는 제도적 장치를 마련해야 한다.

또한 각종 사회적 요구와 문제해결을 위한 대중들의 복지예산 쟁취운동, 복지대상자 참여운동 등의 주체적인 복지권 운동의 활성화가 필요한데, 이를 위한 시민사회운동 단체의 조직화와 연대가 중요하다고 하겠다.

3) '빈곤선' 설정 및 국민복지 기본선 보장을 위한 사회안전망 구축

현재 대량실업 사태가 발생하고 있는 우리 사회에서 무엇보다도 사회안전망 구축이 필요하다. 그러나 사회안전망에 대한 실체가 불분명한 상태에서 이야기되고 있는 것이 우리의 현실이다.

사회안전망은 첫째, 프로그램이 전 국민을 포괄하기 보다 특정한 집단을 표적화하며, 둘째, 제도화하여 지속적으로 실시하는 프로그램이라기 보다 경제구조 조정기에 한시적으로 실행하는 것이며, 셋째, 소득 이전(income transfer)과 함께 공공근로 프로그램과 같은 적극적 노동시장 정책을 포함하며, 넷째, 잠재적 복지대상자의 사회적 면역력을 강화시키는 예방적 프로그램이라기 보다 궁핍화가 발생한 이후에 이를 치료 혹은 완화하려는 대중적 사회 프로그램의 성격을 갖기 때문에 기존의 제도화된 사회 보장제도와는 차이가 있는 것이다.

사실상 1980년대 중반 이후 경제 구조조정을 겪고 있는 국가에 대한 세계은행과 국제통화기금의 사회안전망 지원사업을 통해서 볼 때, 효과적인 사회안전망 구축의 관건은 경제위기의 피해를 가장 많이 당하고 있는 취약계층을 표적집단화하여, 이들의 사회적 생존을 보장하고 더 나아가서는 취업능력을 높일 수 있도록 해 주는 것이다. 즉 가난하고 취약한 계층을 위한 사회안전망을 구축하기 위해서는, 조직화와 여론선도를 잘 이끄는 보수 이해집단의 정치적 영향력을 압도할 수 있는 정부의 힘과 능력이 아주 중요하다.²¹⁾

이렇게 볼 때, 현재 우리 나라에서 사회안전망을 구축하기 위해서는 다음과 같은 과

21) 사회안전망에 대한 자세한 내용은 Graham, Carol, *Safety Nets, Politics, and the Poor: Transitions to Market Economies.*, Washington, D.C: The Brookings Institution(1994)을 참조할 것.

제가 달성되어야 할 것이다. 첫째, 생계, 주거, 의료, 교육, 고용, 복지서비스 등 6대 기초 보장을 중심으로 한 국민복지 기본선을 나타내는 빈곤선(poverty line)의 설정이 요구되며, 이를 토대로 전국민의 국민복지 기본선 보장이 확립되도록 한다. 이는 국가의 책임원리가 강조되는 제도들 가운데 정부의 생활보호사업의 선정기준 및 급여 수준이 '건강하고 문화적인 최저한의 생활'을 보장하기에 너무 부족하다는 문제점을 현실적으로 조정함으로써 가능할 것이다. 둘째, 사회보험인 고용보험과 공공부조인 생활보호사업을 잘 연계시켜 적용한다. 고용보험제도에 모든 노동자들을 포함하되, 소정 급여일수를 초과한 저소득 실직자들에게는 자산조사를 실시하여 바로 생활보호대상자로 편입할 수 있는 제도적 장치를 마련한다. 셋째, 경제위기의 가장 큰 피해자라고 할 수 있는 저소득 장애인, 노인, 아동, 여성에 대한 생활안정대책을 현행 생활보호제도의 개선을 통해 확립한다.

4) 4대 사회보험의 통합

우리 나라 의료보험, 산재보험, 연금, 고용보험 등 4대 사회보험제도는 각각의 제도에서 독자적인 관리운영기구를 구성하여 운영하고 있기 때문에 관리효율성이 매우 낮아 급여지출대비 관리운영비(9.1%)는 OECD 국가의 평균(3.1%)에 비하여 무려 세 배나 가까이 비효율적이다. 이러한 비효율적 운영은 지속적인 보험료의 증가요인이 되는 한편, 기업의 과중한 업무부담을 유발하여 기업의 경쟁력을 약화시키는 한 요인으로 작용하기 때문에 기존 4대 사회보험제도의 하부조직을 지역별로 두게 하는 방침 「사회보험관리공단」으로 재조직한다.

5) 사회복지서비스의 활성화와 인권 보장적 차원에서의 사회복지시설 문제 개선

영유아, 아동 및 청소년, 장애인, 노인 및 여성 등에 대한 사회복지사업이 가족을 중시하는 재가복지 중심, 서비스의 충분성과 적절성, 전문화를 통해 활성화되어야 한다. 그러나 중요한 점은 앞으로 이들 복지대상자에 대한 정책의 우선 순위가 정부의 전체 복지정책 목표와 관련하여 정해져야 한다는 점이다.

아울러 사회복지시설 수용인들에 대한 인권 보장적 차원에서 부족한 사회복지시설의 확충과 노후된 시설의 현대화가 필요하다. 그리고 시설직원의 노동조건은 장시간노동(직원의 61.2%가 1일 12시간이상 노동)과 저임금(초과수당이 거의 전무) 등 '중노동, 무복지'로 표현될 만큼 열악한 수준으로 인해 이직율이 대단히 높으며, 전문인력의 보충이 어려운 실정이므로 이들에 대한 종합적인 노동조건 개선안이 시급히 나와야 한다.

6) 사회복지 전달체계의 확립

사회복지 전달체계가 미흡한 경우 복지서비스를 적재적소에 배분할 수 없으며, 충분한 정책의 효과를 거둘 수 없다. 더구나 지방자치제가 실시되면서 종래의 중앙정부 중심의 전달체계는 지방정부 내지는 지역사회 중심으로의 변화를 불가피하게 하고 있다. 따라서 지역사회주민의 요구와 특성의 파악, 필요한 서비스의 개발, 지방의 재정자립도 기반 조성, 전문성의 확보 등을 할 수 있는 국가 전체적인 사회복지 전달체계의 확립은 필수적이다.

이를 위해서 당장에 생활보호대상자를 위해 현재 일부 시·군·구나 읍·면·동에 배치되어 있는 사회복지 전문요원을 전지역에 배치해 나가야 한다. 아울러 지역사회의 종합적인 사회복지 중개센터로서 민간복지기관과의 연계, 조정 등의 전문적인 서비스를 줄 수 있도록 하기 위하여, 지역·인구별 특성을 감안하여 기존 읍·면·동사무소를 몇 개씩 묶어 주민복지센터로 전환시켜 복지수요자가 실질적으로 피부에 닿는 one-stop 서비스 행정체제를 갖추게 한다.

7) 사회복지관련 국제 협약 비준 및 시행

우리 나라는 사회복지관련 국제 협약에 아직 비준조차 하지 않고 있거나, 비준을 했다고 하더라도 많은 부분에서 제대로 시행하지 못하고 있는 형편이다. 전자의 대표적인 것은 ILO 회원국임에도 불구하고 ILO의 사회보장 관련 조약을 전혀 비준하지 않고 있는 것이다. ILO의 사회보장 조약은 복지 선진국의 독점물이 아니며, 우리 나라보다 경제력 수준이 떨어지는 상당수의 개발도상국이 비준하고 있는 상태이다.

ILO 기준과 관련하여 복지제도를 구체적으로 살펴보면, 첫째, 사회보장제도가 적용되어야 할 인구의 범위에 대한 비교분석 결과, ILO의 상위기준을 만족시키는 제도는 4대 사회보험 중 의료보험 1개뿐이며, 나머지 고용보험, 산재보험, 국민연금은 모두 하위기준에 미달하는 것으로 나타났으며, 특히 상병급여와 실업급여는 45년 전에 제정된 최저기준에도 미달하고 있다. 둘째, 사회보장제도가 제공하는 급여수준의 측면에서 ILO의 하위기준을 만족시킴으로써 어느 정도 국제수준에 도달한 급여는 고용재해급여(산재보험의 세 가지 급여), 노령급여(국민연금의 노령연금), 실업급여(고용보험의 실업급여), 출산급여(근로기준법의 유급출산휴가)이다. 그러나 유족급여(국민연금의 유족연금), 장애급여(국민연금의 장애연금)는 하위기준에도 미달하는 수준이며, 상병급여와 가족급여는 아예 제도가 없는 실정이다. 따라서 급여수준의 측면에서는 국민연금의 유족연금과 장애연금의 급여수준 재조정과 상병급여와 가족급여의 도입이 한국 사회보장제도가 정비해야 할 과제이다.²²⁾

6. 맺음말

역사적으로 볼 때 어떠한 어려운 위기에 처했다라도 그것을 극복하도록 한 것은 시민권을 토대로 자유와 평등을 실현하는 국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 정직하고 강력한 정부가 존재했기 때문이다.

적극적인 자유의 의미로서 평등을 지향하는 복지권 확보의 기본이 되는 국가의 사회복지제도 또한 경제·사회적 위기 속에서 오히려 성장했음을 우리는 역사를 통해 알 수 있다. 미국 사회보장제도의 기초가 된 1935년의 '사회보장법'은 대공황의 위기만연한 시점에서 나왔으며, 유럽 복지국가의 전형이 된 영국의 베버리지 보고서도 1942년 독일 침공을 앞둔 제2차 세계대전 중에 출간되어 공동체적 삶의 가치와 생존권의 의미를 부각시켜 국민들에게 큰 희망을 줌으로써 위기를 극복해 나갔던 것이다. 견실한 사회복지제도의 구축을 통한 복지권의 실현이야말로 지금의 경제위기를 극복해 내는 사회통합의 단서가 되며, 이의 실천은 이제 '국민의 정부'의 손에 달려 있다.

35

22) 이에 대한 더 자세한 내용은 김연명, "ILO의 사회보장기준과 한국 사회보장의 정비 과제", [한국사회복지학], 통권 31호(1997)를 참조할 것.

이 사회에서 권위주의가 강하게 나타나고 있다. 권위주의는 권력을 가진 자들이 권력을 남용하여 국민의 자유와 권리를 침해하는 것을 말한다. 권위주의는 권력을 가진 자들이 권력을 남용하여 국민의 자유와 권리를 침해하는 것을 말한다. 권위주의는 권력을 가진 자들이 권력을 남용하여 국민의 자유와 권리를 침해하는 것을 말한다.

가) 사회복지법률의 개정 필요성에 대한 의견
우리 나라는 사회복지법률의 개정에 많은 노력을 기울여 왔지만 아직도 미흡한 부분이 많다. 특히 노인, 장애인, 저소득층에 대한 지원이 부족한데, 이를 보완하기 위하여 노인복지법, 장애인복지법, 국민기초생활보장법 등을 개정할 필요가 있다. 또한 노인, 장애인, 저소득층에 대한 지원이 부족한데, 이를 보완하기 위하여 노인복지법, 장애인복지법, 국민기초생활보장법 등을 개정할 필요가 있다.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

국가인권기구의 기능, 역할, 활동방향

- 지은희 -



국가인권기구는 국민의 권리와 자유를 보호하고 증진하기 위하여 설립된 독립적인 기구이다. 국가인권기구는 국민의 권리와 자유를 보호하고 증진하기 위하여 설립된 독립적인 기구이다. 국가인권기구는 국민의 권리와 자유를 보호하고 증진하기 위하여 설립된 독립적인 기구이다.