

에 대한 박해는 '인도에 반하는 범죄'로 조사되고 기소되었어야 했다. 동경헌장에 의한 '인도에 반하는 범죄'의 범위는 소수인종을 포함한 어떠한 민간주민에 대해 저질러진 범죄에 적용되는 뉴른베르크헌장의 '인도에 반하는 범죄'의 정의와 똑같다. 동경군사재판소에 의한 '인도에 반하는 범죄'의 제한적 기소가 정당화되었던 이유는 나치의 잔학행위에 비교할 만한 일본의 소수민족들에 대한 대량박해 사건이 없었다는 것이었다. 따라서 일본 소수민족들에 대한 대량박해의 증거가 있었다면 동경군사재판소는 '인도에 반하는 범죄'로서 그들을 기소했어야만 했다.

자국민에 대해 저지른 범죄까지 관할권을 확대한 '인도에 반하는 범죄'에 대한 뉴른베르크헌장의 기본원칙에도 불구하고, 동경헌장은 일본 자국민 이외의 사람들에 대해 저질러진 범죄에만 제한되었다는 주장이 있었다.<sup>86)</sup> 그같은 논쟁은 '인도에 반하는 범죄'에 대한 동경헌장의 개념정의에 뉴른베르크헌장 규정에는 나타나 있는 "어떠한 민간주민에 대해서"라는 구절이 빠져 있다는 사실에 기초한다. 그러나 우리가 그같은 제한적인 견해를 수용한다면, 아르메니아인 대량학살과 대파괴 같은 잔학행위들에 반대하고 한 국가의 인종적 소수자들을 보호하고자 하는 '인도에 반하는 범죄'의 원칙에 위배될 것이다. 따라서 동경헌장 제5조 (c)의 구절이 '인도에 반하는 범죄'에 대한 관할권을 제한하는 것으로 해석되어서는 안된다. 동경군사재판소의 관할권이 제한적으로 행사된 것은, 연합군에게 저질러진 범죄에만 초점을 맞춘 정책 및 일본 소수민족에게 저질러진 범죄에 대한 관할권을 자발적으로 포기한 결과이다.

'인도에 반하는 범죄'의 법적 요소가 충족된다면, 가해자는 국적에 상관없이 처벌되어야 한다. 키넨 스스로 말했듯이, "범죄는 처벌을 받는다... 선(善)이 옹호되지 않으면 정의가 사라진다. 정의 없이는 평화와 사회질서는 불가능하다."<sup>87)</sup> 동경군사재판소 초기부터 검찰은 죄인들을 벌주는 일뿐만 아니라 국제법의 평화와 권리 개념의 근거를 제공하려는 더 크고 넓은 목적을 강조했다.<sup>88)</sup> 그러나 '중군위안부제도'라는 형태로 구체화되었던 일본군국주의의 핵심내용은 제5조 (c) '인도에 반하는 범죄'에 의한 기소로부터 완전히 벗어났다. 다음 장에서는 중군위안부제

86) Philip R. Piccigallo, *The Japanese on Trial: Allied War Crimes Operations in the East, 1945~1951*, 1979, p. 12

87) Keenan, 앞의 주 15), p. 18

88) 위의 글, p. 155

도를 설립한 일본의 정책과 성노예에 대한 취급이 '인도에 반하는 범죄'에 해당되며 이는 동경군사재판소에서 적절하게 기소되었어야 했음을 논증할 것이다.

## 2) '인도에 반하는 범죄'의 법적 요소

동경헌장의 제5조 (c)는 우선 구체적 범죄를 나열함으로써 '인도에 반하는 범죄'를 규정한다. 제5조 (c)의 '인도에 반하는 범죄'의 개념은 '살륙, 섬멸, 노예적 혹사, 추방, 기타의 비인도적 행위'를 포함한다. 위에서 언급한 범죄의 세목은 그 자체에 한정되는 것은 아니다. '인도에 반하는 범죄'는 강간과 고문 같은 '기타의 비인도적 행위'도 포함할 수 있다.<sup>89)</sup> 그러나 제5조 (c)가 각각의 구체적인 범죄들의 개념을 규정하고 있지 않기 때문에 국제관습법이나 국내법을 포함한 그밖의 곳에서 그 개념들과 법적 요소들을 찾아야만 한다.

제5조 (c)는 또한 그같은 구체적인 범죄들이 전쟁수행과 연관되어 '전쟁중 혹은 전쟁 전'에 자행될 수 있음을 규정하고 있다. 전쟁중에 발생한 범죄만을 포괄하는 제5조 (b)하의 통례의 '전쟁범죄'와 달리, '인도에 반하는 범죄'는 재판소의 관할권 내의 어떠한 범죄와 관련이 있는 것으로 전쟁중이나 전쟁 전에 일어날 수 있다. 그래서 전쟁발발 전이라도 전쟁준비와 관련된 때, 자국 내 소수인종에게 행해진 잔학행위들은 '인도에 반하는 범죄'로 기소될 수 있었다.

일본을 '인도에 반하는 범죄'를 이유로 기소하는 데 요구되는 법적 요소는 '국가행위나 정책'이다.<sup>90)</sup> 키넨에 따르면 '인도에 반하는 범죄'는 '군이나 민간당국의 최고위급에서 결정된 정책'으로부터 야기되는 잔학행위이다.<sup>91)</sup> 그는 그러한 범죄가 '명확한 국가적 범죄정책'에 원인이 있음을 특히 강조했다.<sup>92)</sup> '전쟁과의 연관성'과 함께 '국가행위나 정책'의 필요요건은, 특정한 사람들에게는 그들의 지위 때문에 국내법이 미칠 수 없다는 생각을 암시해준다.<sup>93)</sup>

89) 위의 글, p. 113. 수석검사인 Keenan은 제5조(c)가 인도에 반하는 범죄의 다른 유형을 발견하기 위한 재판소의 권한을 박탈하거나 제한할 의도는 없었다고 말했다. 예를 들어, Control Council Law No. 10, 제2항(c)은 '고문'과 '강간'을 '인도에 반하는 범죄'에 포함시킨다 (Control Council Law No. 10, 앞의 주 79), 제2조(c)].

90) Bassiouni, 앞의 주 72), p. 247

91) Keenan, 앞의 주 15), p. 117

92) 위와 같음

93) 주 90)과 같음



대부분 '인도에 반하는 범죄'는 그 규모가 크고 집단적이라는 점이 특징이다. 키넨은 '인도에 반하는 범죄'의 본질을 다음과 같이 서술하고 있다.

이러한 범죄들은 일반적으로 인도(人道)에 반하는 것이다. 대량살육 또는 노예적 학사, 추방, 박해 등에 의한 범죄적 타락과 부당한 침략자들의 의지에 복종하기를 거부한 모든 인류에게 저질러진 비인도적 행위 사이에는 단지 정도의 차이만이 있을 뿐이라는 것을 전인류는 인식해야 한다.<sup>94)</sup>

앞의 제2장에서 논의했듯이, '중군위안부제도'의 실행은 전쟁행위를 지원할 목적으로 제국주의군대를 통해 일본정부에 의해 계획되었고 자행되었다. 그것은 전쟁 전 그리고 전쟁중에 정부가 체계적으로 고안하고 실행했기 때문에 '인도에 반하는 범죄'에 필수적인 '국가행위나 정책'이라고 하는 법적 요소는 충족되었다. 다음 장에서는 중군위안부제도를 설립한 일본정책과 중군위안부제도를 목적으로 한국여성들을 징집한 것이, 동경헌장 제5조 (c)에 따른 '인도에 반하는 범죄'에 해당함을 논의할 것이다.

#### 4. 일본의 '중군위안부제도'를 '인도에 반하는 범죄'로 기소하지 않은 동경군사재판

##### 1) '인도에 반하는 범죄'로서 '중군위안부제도'

###### (1) 살육·섬멸 : 집단살해의 일부로서 군대성노예 학살

'인도에 반하는 범죄'에 대한 동경헌장의 제5조(c)에 열거된 첫번째 구체적인 범죄들은 '살육, 섬멸'이다. 국내 및 국제 군사재판소에 기소된 관례에 따르면 "살육은 법적 정당성이 없는 고의적인 살해임"을 알 수 있다.<sup>95)</sup> 전쟁중 외국점령자에 의한 민간인 살육은 무력분쟁에 대한 통제적이고 관습적인 법규에 의해 금지되어있다.<sup>96)</sup> 그리고 섬멸은 대규모의 살육을 의미한다.<sup>97)</sup> '인도에 반하는 범죄'를

94) 주 91)과 같음

95) Bassiouni, 앞의 주 72), p. 120

구성하기 위해서는 위에서 언급했듯이, 그같은 살육이 '국가행위나 정책'의 일부로서 전쟁에 연관되어야만 한다.

심지어 무력분쟁중일지라도 고의적인 살해는 정치적 편의나 군사적 필요에 의한 것이라고 해서 법적으로 정당화될 수 없다.<sup>98)</sup> 일본군대가 병사들에게 성적 위안을 제공하고 강간과 성병을 방지하기 위해 공식적인 사창소를 설립할 필요가 있었다고 주장할 수도 있다. 확실히 일본군대가 중군위안부제도를 설립하고 성노예로 사용하기 위해 민간여성들을 징집한 정책을 정당화한 것은 성공적이었 다. 연합군은 특히 미국은 일본군대 내에 '편의시설'로서 군 사창소가 있음을 보고 받았을 때 그같은 정당화를 받아들이는 듯 보였다. 그러나 일본정부가 군사적 필요에 의해 군 사창소를 설립했다고 하더라도 성노예들을 살육한 것이 법적으로 정당화되지는 않는다.

동경군사재판소가 중국에서의 대량살육을 포함해 연합군 민간주민을 살육한 것에 대해 일본인 피고인들을 강력하게 기소했지만,<sup>99)</sup> 일본군대에 의한 중군위안부들의 살육은 '인도에 반하는 범죄'로서 처벌받아야 할 '살육'이나 '섬멸'에 포함되지 않았다. 현재 수천의 중군위안부들이 전쟁 동안 감금상태에서 죽임을 당했다는 것을 폭로하는 많은 증거들이 있다.<sup>100)</sup> 생존한 한국인 희생자들은 '봉사'하는 것을 거부한 많은 한국여성들이 군인들에 의해 죽임을 당했다고 증언하고 있다. 길갑순이라는 한 희생자의 증언에 따르면,

96) 예를 들어 관습법을 구체화한 1899년과 1907년 헤이그협약은 민간주민들의 '생명'을 보호한다(1907년 헤이그협약, 앞의 주 74), 제42조).

97) Bassiouni, 앞의 주 72), p. 120 참조(국제형사법하의 살육과 섬멸의 개념을 논의한 글)

98) 동경재판소의 수석검사는 "만약 전쟁이 정당화될 수 있다면, 살해가 전쟁과정의 목표를 달성하는 수단으로서 의도되고, 정당한 이유에 근거하여 그러한 목표에 적합한 한도 내에서는, 살해행위는 살육이 아닐 것이다. 인류에 대한 고의적인 살해에 대하여 법적 정당성을 부여해 주는 것은 바로 전쟁으로서 이루려는 정의의 성격에 달려있다. 정당성이 정치적 편의주의나 군사적 필요성에서 찾아져서는 안된다"고 주장했다(Keenan, 앞의 주 15), p. 20).

99) 위의 글, p. 121. 예를 들어 동경재판소의 판결은 피고인들이 저지른 중국인 '대량살육과 섬멸'의 죄를 비난했다. "수천의 중국인들은 일본에 의해 조직적으로 살육되었고 섬멸되었다... 중국인들은 독가스로 섬멸되었다."

100) 세이즈로 아라후네 일본내각 대표는 1975년 초, 제2차 세계대전 동안 145,000명의 한국인 위안부들이 죽었다고 공식발표했다. 또한 그는 다음과 같이 말한 것으로 인용되었다. "142,000명의 한국 위안부들이 죽었다. 일본병사들이 그들을 죽였다."(U.N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities; Statement of Democratic People's Republic of Korea, U. N. doc. E/CN.4/sub.2/SR.10(1993)(이하 Statement of Korea); Parker에서 재인용, 앞의 주 2), p. 499).



어느날 한 무리의 일본장교들이 그녀와 다른 소녀들을 배 근처에 있는 어느 장소로 데리고 갔다. 장교들은 여자들을 큰 건물의 삼층으로 데려가서 칸막이가 쳐진 작은 방에 각각 집어넣었다. 병사들과 성관계를 갖는 것을 강요당했을 때 여자들은 거부했고 저항했다. 그들은 달아나려 시도했으나 잡히고 말았다. 여자들을 책임진 사람들이 그들을 지하로 끌고갔다. 거기서 그 남자들은 여자들 중 한 사람의 가슴을 도려냈고 그녀의 배를 갈라 창자를 다른 여자들에게 뿌렸다. 여자들은 위협과 공포에 떨어야 했다.<sup>101)</sup>

개인적 살육뿐 아니라, 일본군대는 자신들의 이익을 보호할 필요가 있을 때 대량살육을 저질렀다. 예를 들어 상당한 수의 한국여성들이 남지나해에서 일본군대에 의해 살해당했다.<sup>102)</sup> 전 일본군 중 한 사람은 배가 가라앉을 때 고위급 장교가 다음과 같이 그들에게 명령했다고 증언했다.

먼저 병사들을 구해라. '한국인 갈보'들을 구하지는 마라(이 말은 '일본인들이 위안소'에서 한국여성들을 부르는 말이다). 한국에는 너희가 원하는 만큼 많은 '위안부'들이 있다. 배와 군인들의 생명이 더 중요하다.<sup>103)</sup>

이 증언은 군국주의하에서 병사들의 목숨과 다른 군대소유물이, 특히 전쟁 중에는, 군대성노예들의 목숨보다 더 중요했다는 것을 드러내고 있다. 일본이 전쟁에서 패해 병사들이 일본으로 돌아갔을 때, 군대성노예들은 일본병사들에 의해 조직적으로 살해되었다.<sup>104)</sup> 앞서 말했듯이, 중군위안부제도의 희생자들로서 전쟁 중 얼마나 많은 여성들이 죽임을 당했는지는 알려져 있지 않다. 그러나 최근 기밀해제된 미국 군사문서는 군대성노예로서 전쟁터에 끌려갔던 이들 여성들의

101) 길갑순, "Testimonies", 앞의 주 27), p. 14

102) Araki Kainichi, "Korean 'Comfort girls' left to Die", *Fact-finding work and compensation of "comfort girls" and Forced Laborers*, The Fact-Finding Team on the Truth about Forced Korean Laborers, 1992, p. 28(이하 "Fact-Finding", 필자화일)

103) 위와 같음

104) 윤정옥, 「정신대, 무엇이 문제인가?」(한국어), 『정신대문제자료집』, 1991(「군위안부제도」 문제에 관한 자료모음집으로 일본군대에 의한 한국위안부들의 대량살육의 증거를 포함하고 있다)

운명에 대한 부당한 시각에 대해 부분적으로나마 엿볼 수 있게 해준다. 「심리적 전쟁」이라는 제목의 문서에 따르면 미군이 1944년 8월 버마에서 일본 전쟁포로들을 잡았을 때, 1942년 버마로 일본군대에 의해 배로 실려갔던 원래 703명의 한국인 소녀들 중에서 20명의 '위안부'들이 남아 있었다.<sup>105)</sup> 이러한 경우 생존율은 3% 이하이므로 전체적으로 19만 명 이상의 군대성노예 여성들이 전방에서 살해되었다고 가정할 수 있다.

한국여성들을 성노예로 강제징집한 것은 일본정부의 집단살해계획의 일부로 해석되어야 한다. 성노예로 강요당했던 대다수의 여성들이 결국에는 죽었다. 강제적 중군위안부제도는 이들 한국여성들에게 심각한 신체적, 정신적 고통을 유발시켰다. 또한 한국 주민들 내에서 출생을 억제키 위해 한국으로부터 아이들을 낳을 수 있는 대다수의 여성들을 효과적으로 제거할 수 있었다. 군대성노예로서 한국여성들을 강제징집함으로써 파생된 이러한 상황은 '집단살해'란 개념에 완벽하게 맞아떨어진다. 집단살해방지협약은 '집단살해'를 이렇게 정의한다.

집단살해는 전체적으로 혹은 부분적으로 국내적, 민족적, 종족적 혹은 종교적 집단을 말살하기 위한 의도로 저질러진 다음과 같은 행위들을 의미한다.

- (a) 집단구성원을 살해하는 것
- (b) 집단구성원에 대한 중대한 육체적 또는 정신적 위해를 가하는 것
- (c) 전부 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래할 목적으로 의도된 생활조건을 집단에게 고의로 과하는 것
- (d) 집단 내에 있어서의 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치를 과하는 것...<sup>106)</sup>

그래서 성노예로서 한국여성들을 징집하고 중군위안부를 설치한 정책은 한국인들의 삶의 본질적인 근본을 파괴시켰다. 생존한 희생자들 대부분은 그들의 생

105) "Psychological Warfare", 앞의 주 7) 참조

106) 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(집단살해방지협약), 78 U.N.T.S. p. 277(1949), 제II조. 45 Am. J. Int'l. L.7(Supp., 1951) 재발간. 심지어 집단살해방지협약이 채택되기 약 50년 전에도 '집단살해'란 말은 다음과 같이 정의되었다. "국민 집단들의 삶의 본질적인 기초를 파괴하려는 목적으로 다양한 행위들을 종합적으로 계획하는 것을 의미했다. ... 그것은 계획의 목적들은 문화, 언어, 국민정서, 종교, 국민 집단의 경제적 기반과 정치적, 사회적 기구들의 해체 그리고 개인의 안전, 자유, 건강, 존엄과 심지어 그들은 집단에 속한 개인들의 삶의 파괴일 것이다"(R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe* 79(1944); Bassiouni 재발간, 앞의 주 72), pp. 292~293).



식기에 입은 심한 손상 때문에 임신할 수 없었다고 증언했다. 그들 모두는 여전히 성접촉으로 전염된 질병과 관련된 다양한 건강문제로 괴로워하고 있다.<sup>107)</sup> 그래서 나치의 유대인 대량살육에 비할 만한 체계적인 대량살육 사건은 없었을지라도 약 20만 명의 여성들이 성노예로서 일하도록 강요받았고 그들 대부분이 살해되었다는 사실은 '인도에 반하는 범죄'에서 구체적으로 들고 있는 '살육' 및 '성매매'에 충분히 해당되고도 남는다. 더구나 이는 일본정부가 한국인들을 '집단살해'한 것으로 비난받아 마땅하다.

## 2) 군대성노예로서 여성들의 노예적 혹사

동경현장의 제5조(c)는 '노예적 혹사'를 '인도에 반하는 범죄'에 해당하는 구체적 범죄로 들고 있다. '노예제'와 '노예무역'은 동경현장 이전의 국제법상의 '범의 일반원칙'에 대한 명백한 위반이었다. 1945년 이전에, 강제노동을 포함한 노예 관련 행위나 노예제를 금지하는 26개의 국제규약들이 있었다.<sup>108)</sup> 이들 규약들은 이러한 행위가 금지되고 이 행위가 '인도에 반하는 범죄'의 일부로 포함된다고 하는 국제관습법의 근거가 되었다.

'노예제'는 "소유권에 터잡은 권한에 의해 지배받고 있는 사람의 상태나 신분"으로 정의된다.<sup>109)</sup> 군대사창제도가 자발적인 매춘이었다는 것을 의미하기 위해 일본군대가 '사창'이나 '위안부'라는 용어를 사용했음에도 불구하고 일본군대 내 군대사창의 현실은 노예수용소와 다름없었다. 그래서 노예제의 불법성을 완전히 인식했던 헤이그협약과 강제노동협약의 당사자로서,<sup>110)</sup> 일본은 국제법하의 형사 처벌을 피하기 위해 공식적인 중군위안부제도의 운영을 '사창'인 양 은폐함으로써 소위 '위안부'의 징병을 합법화하려고 시도했다. 그럼에도 불구하고 최근 발견

107) 일반적으로 "Testimonies", 앞의 주 27) 참조(한국의 생존자들 중 많은 사람들은 전쟁동안 심한 혹사에서 기인한 손상 때문에 자궁절제술을 받아야 했다고 보도되었다); Parker, 앞의 주 2), p. 510 참조

108) 일반적으로 Bassiouni, "Enslavement as an International Crime", 23 N.Y.U.L.J. Int'l L. & Politics 445(1991)(이하 "Enslavement")

109) 위의 글, p. 467

110) 헤이그협약은 일본의 아이마로 사토가 서명했고 뒤이어 일본에 의해 비준되었다. 강제노동 협약은 1930년 ILO에 의해 받아들여졌고 일본은 1932년 이 협약에 가맹함으로써 협약의 당사자가 되었다(Convention Concerning Forced or Compulsory Labour, 39, U.N.T.S. 55, 1930(Forced Labor Convention)).

된 일본 군사문서는 일본병사들이 군대에 의해 설립된 '위안소' 내에서 군대성노예들을 '공동소유'하였다는 것을 보여주고 있는데, 이는 '노예제'의 증거가 되는 것이다.<sup>111)</sup> 1938년 군대의 교육감독관에 의해 만들어진 군대규정은 다음 항목들을 포함하고 있었다.

위안부들에 대한 공동소유는 철저히 유지되어야 하며, 독점소유는 허락되지 않는다.<sup>112)</sup>

군 사창소 안에서 여성들에 대한 '공동소유'에 덧붙여, 군대는 이들 여성들의 일상적인 행동들을 엄격히 제한했다. 같은 문서에서 "위안부들은 병영이나 일하는 장소에 들어가는 것이나 산책을 위해 담당처진 지역 밖으로 나가는 것은 금지될 것이다"라고 명기했다.<sup>113)</sup> 이들 문서들은 군대주둔지의 작은 방에 구금되었다고 주장하는 생존한 희생자들의 증언을 뒷받침해준다. 1941년 일본경찰에 의해 일본 나가사키로 납치되었던 길갑순 씨는 이렇게 증언했다.

각각의 군대위안부는 자신의 방에 구금되었으며 서로 만나는 것이 허락되지 않았다. ... 우리는 밖으로 나가는 것이 철저히 금지되었고 그래서 계절이나 시간조차 몰랐다. 우리는 각각 자신의 방에서 하루에 세 번씩 제공되었던 적은 양의 주먹밥과 절인 무만을 먹었다. ... 병사들은 매일 아침 8시부터 방으로 왔다.<sup>114)</sup>

성노예들을 공동으로 소유하기 위해 대부분의 군대위안소(comfort stations)들은 군대에 의해 직접 설립되고 관리되었지만, 민간업자에 의해 성노예들이 소유되는 경우도 있었다.<sup>115)</sup> 민간업자가 운영한 사창소의 경우, 민간업자들은 여성

111) 일본군대의 교육감독관에 의해 만들어진 "Handbook on Military Service in the Wartime", 일본정부에 대해 한국희생자들이 낸 민사소송기간중 증거로 발견되었고 진술되었다("Petition" 참조, 앞의 주 5), p. 22).

112) 위와 같음

113) 위의 글, p. 23

114) "Testimonies", 앞의 주 27), p. 15

115) "Amenities", 앞의 주 7)에서 p. 7 참조. 버마, 마닐라 그리고 다른 남태평양섬들의 시설들은 대개 군대규정의 통제를 받는 민간업자가 소유하고 있었다. 그러나 중국에 소개한 많은 시설들은 군대에 의해 직접 관리되었다. 버마에 있던 시설들의 소유에 대해, "Amenities"에는 다음과 같이 기록되어 있다. "누가 사창소를 소유하고 관리하였는가에 대해서는 전쟁포로들 사이에 꽤 의견 차이가 있는 것처럼 보인다. 버마에서 사창소의 소유주였던 한 전쟁포로의 증언과 남서



의 가족들로부터 여자를 돈을 주고 사서 소유하였으므로 '업자의 개인소유물'로 취급되었다.<sup>116)</sup> 기밀해제된 미국 군사문서 「심리적 전투」는 이 상황을 다음과 같이 묘사했다.

한 전쟁포로는 22명의 한국여성들을 그들의 가족들로부터 성격, 용모 그리고 나이에 따라 300엔에서 1,000엔을 주고 구입했다. 한국여성들은 그 전쟁포로의 개인 소유가 되었다. 한국에 있는 군본부(Headquarters in Korean Army)는 그에게(버마에서 군사창소의 민간소유주였던 전쟁포로-역자) 일본군의 모든 본부(Head quarters of the Japanese Army)에 발송한 증서를 교부하였는데, 그 증서의 내용은 일본군본부는 이송수단, 식량, 의학적 관심, 기타 민간업자가 요구하는 어떠한 것이라도 지원하라는 것이었다.<sup>117)</sup>

이런 경우에 일본군대의 역할은 노예제도의 실행을 조절하고 노예무역에 참여하는 것이었다. 1926년의 노예협약 제1조(2)에 따르면, "팔거나 교환할 목적으로 노예를 취득하는 데 관련된 모든 행위와 ... 노예무역이나 운송의 모든 행위들"은 '노예무역'에 해당한다.<sup>118)</sup> 일본군대가 성노예의 목적으로 여성들을 취득할 것을 요구했으며 한국으로부터 버마로 이들 여성들을 운송하는 데 필요한 모든 문서들을 갖추어 주었으므로, 일본정부와 군대는 '노예무역'과 관련되어 있었다. 그래서 버마와 다른 태평양 지역의 '군 사창소' 운영은 일본군 규정에 의해 행해진 성노예무역에 해당하였다. 일본이 1926년의 노예협약을 비준하지 않았을지라도 '노예무역'은 분명히 국제관습법 위반이었다.

성노예로서 여성들에게 노예적 혹사를 시켰다는 더 확실한 증거로, 사창소 소유주들과 이들 여성들의 부모간에 이루어진 자기자식을 돈을 받고 파는 계약은 그 돈이 빚이 되어 결국은 자기자식이 '빚에 노예적으로 구속'된다는 점이 었다.<sup>119)</sup> 빚에 노예적으로 구속되는 것(debt bondage)은 "노예제와 유사한 제

태평양 지역에서 발견된 여러개의 사창소 규정목록은 사창소들이 개인적으로 소유되었지만 군대의 감독하에 있었음을 가리키고 있다.

116) "Psychological Warfare", 앞의 주 7), p. 10

117) "Amenities", 앞의 주 7), p. 17

118) 24 U.N.T.S. 17, p. 18

119) '빚에 노예적으로 구속'된다는 의미는 다음과 같다.

채무자가 빚의 보증으로써 자신의 봉사행위 또는 자신의 관리하에 있는 자의 봉사행위를 담보하는 경우, 만일 합리적으로 평가된 봉사행위의 가치가 빚을 갚는 데 충당되지 않거나 그 봉사

도나 관행으로서 노예협약추가정서에 의해 금지되고 있다.<sup>120)</sup> 그래서 노예협약추가정서에 의할 때 '빚에 노예적으로 구속'되는 것에 근거하는 어떠한 노예적 혹사도 '인도에 반하는 범죄'로서 금지되어야 한다. 「심리적 전투」라는 제목의 문서에서 보는 바와 같이 한국인 '위안부'들이 버마에서 일하기로 한 고용계약은 '빚에 노예적으로 구속'된 전형적인 예이다. 왜냐하면 여성들의 개인적인 봉사행위는 빚에 대한 보증으로 담보된 것이었고, 그 기간이나 봉사행위의 성격은 구체적으로 명시되지 않았기 때문이다. 미국문서에 따르면 일본군 사창소에서의 성노예들의 처지가 아래와 같이 묘사되고 있다.

가족이 받은 돈과 이자를 갚을 수 있게 되면, 여자는 자유롭게 한국으로 돌아갈 허가를 받아야 한다. 그리고 다음에는 자유로워질 것으로 생각했다. 그러나 전쟁상황 때문에 어느 누구도 떠나도록 허락되지 않았다.<sup>121)</sup>

이러한 정보에 근거할 때, 연합군은 일본인의 군대성노예시설 설립의 잔학성을 인식했어야 했다.<sup>122)</sup> 미군본부는 일본군대가 '성노예제도'의 수행을 위해 이들 여성들을 취득하고 납치하는 행위를 조장하고 인정하였다는 사실을 알았음에도 불구하고 이들 행위들을 '인도에 반하는 범죄'에 해당하는 노예화와 노예무역으로 기소하지 않았다. 1944년 성노예로 버마에 팔려왔거나 납치된 한국여성들에 대한 설명은, 현재 버마와 태국에서 성노예로 억류되어 생활하고 있는 많은 여성들과 소녀들의 상황에 적용될 수 있다. 성노예로서 여성들을 노예화한 것에 대해 '인도에 반하는 범죄'로 일본군대를 기소하지 못했기 때문에, 여성 성노예제도의 실행에 대해 법이 효력을 발휘하지 못했던 버마와 태국에서 지금도 되풀이되고 있는 것이다.<sup>123)</sup>

1945년 이전 국제규범은 노예제의 실행, 노예무역을 명확히 금지하고 있었으

행위의 기간과 성격이 각기 명확히 제한되어 있지 않다면, 이러한 때 야기되는 채무자의 지위나 상태(Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices similar to Slavery, 1956. 9. 7, U.N.T.S.40., 제1조(a)).

120) 위와 같음

121) "Amenities", 앞의 주 7), p. 18

122) Human Rights Watch, "A Modern Form of Slavery"(1993) 참조(버마와 태국에서 여성들과 소녀들을 납치한 것과 여성 성노예제의 문제를 서술함)

123) 위의 글, p. 27



므로, 위안부의 제반 상황은 이들 범죄의 구성요건에 정확히 해당되는 것이었다. 그래서 군대성노예 희생자들에게 자행된 잔학행위들은 한국이 일본의 식민지였다고 해도 '인도에 반하는 범죄'에 해당한다.<sup>124)</sup> 일본의 '중군위안부제도'를 동경 군사재판소에 기소하지 않은 것은, 뉴른베르크재판소가 나치의 노예행위를 적극적으로 기소한 데 반해, 유대인 여성들에 대해 자행된 성적 잔학행위들을 기소하지 않은 것과 비교될 수 있다.<sup>125)</sup> 양 재판소가 성적 잔학행위들을 인정하지도 기소하지도 않았으므로 국제법상의 성적 잔학행위들이 계속 드러나지 않게 되었다. 유대민족의 노예노동에 대해 뉴른베르크재판소가 적극적으로 기소한 것과, 뉴른베르크와 동경의 양 재판소가 성적 잔학행위에 대해 기소하지 않은 것의 차이점은, 국제법에 의한 성차별을 보여주고 있다. 아무리 완벽하게 국제범죄의 구성요건에 해당되어도 성적 잔학행위들은 국제재판소에 전혀 기소되지 않았다. 아시아의 소수종족으로서 그리고 여성으로서 한국 여성피해자들은 서구 연합군의 눈에는 띄지 않았다. 골드슈타인 교수는 역사상 이러한 성적 잔학행위가 드러나지 않게 되는 것에 대해 다음과 같이 간명하게 말했다.

그같은 잔학행위(고문, 비인간적인 대우, 심각한 신체적 손상, 의학적 시험, 노예적 혹사)가 남성들에게 또는 같은 형식으로 여성들에게 자행된다면, 그것들은 보편적으로 전쟁범죄에 해당되고 그렇게 인식된다. ... 그러나 그것들이 성적 침해의 형식으로 여성들에게 자행될 때, 아무리 그것들이 특정한 전쟁범죄의 법적 구성요건에 해당될지라도 역사적으로 그것들은 성에 관련되지 않은 잔학행위들보다 덜 심각한 것으로 취급되어왔다.<sup>126)</sup>

유대인의 강제수용소 희생자들과 한국의 군대성노예 희생자들 사이에는 비슷

124) 1907년의 헤이그협약과 1949년 제4차 제네바협정에 의하면, 노예제도, 노예와 관련된 활동과 노예노동은 그 활동이 전쟁중, 한 국가의 무장세력이나 점령군에 의해 다른 나라의 무장세력이나 민간주민에 대해 행해졌다면 전쟁범죄에 해당된다. 연합군은 일본의 한국합병이 국제법을 위반하며 강압에 의해 이루어졌음에도 불구하고, 1910년의 합병을 이유로 한국을 일본의 식민지 영토로 취급했다.

125) Anne Tierney Goldstein, "Recognizing Forced Impregnation as a War Crime Under International Law: A Special Report of the International Program", *the Center for Reproductive Law & Policy*(1993) 참조(성적 잔학행위에 대해 뉴른베르크재판소에 기소되지 않은 것을 논의한 글)

126) 위의 글, p. 2

한 점이 많다. 나치가 유대인들이 수용소에서 죽을 때까지 강제노동에 종사하도록 계획했던 것처럼, 일본군대는 소위 '위안부'들이 죽을 때까지 혹은 전쟁이 끝날 때까지 강제 성노예제에 종사시키려고 계획했다. 군사정권은 유대인들과 한국인 여성들에게 운송되는 장소나 그 목적을 속였고 그들은 제한된 지역 내에서 비인간적인 처우를 참아야 했다. 또한 그들은 집단살해의 희생자로 선택되었다. 뿐만 아니라 군대성노예라는 지위는 다음과 같이 묘사되는 유대인강제수용소 노동자들의 노예지위보다도 못했다.

유대인 강제수용소 노동자들은 노예와 다름없었다. 노예주인들은 그들의 인간제산을 돌보고 지키려 애썼다. 유대인들을 사용한 후에는 태워 없애는 것이 나치의 계획이고 의도였다. 이 서술에서 사용된 '노예'라는 단어는 단지 파멸의 표지를 한 무보수 노동자들의 낮은 지위를 묘사할 적합한 단어가 우리 사전에 없기 때문에 쓰이고 있을 뿐이다.<sup>127)</sup>

나치독일이 유대인 소수민족의 강제노동을 이유로 기소되었듯이, 일본인들은 한국 소수민족, 특히 강제노동과 노예적 혹사를 금지하는 국제법에 따라 한국여성들을 군대성노예로 강제노동시킨 것을 이유로 기소되었어야 했다. 뉴른베르크재판소의 판결은 나치독일의 노예사용을 '노예노동정책'으로 낙인찍었으며 독일이 계획하고 조직한 '이 특별한 전쟁범죄'를 비난했다.<sup>128)</sup> 뉴른베르크재판소에 기소하였기 때문에 역사는 기록되었고, 바시오니 교수가 지적했듯이, 우리는 이제 "인류의 역사에서 제2차 세계대전중 나치독일이 노예제도, 노예와 관련된 행위들, 강제노동을 이용한 그 규모와 끔찍한 학대에 견줄 만한 것은 없다"<sup>129)</sup>고 말할 수 있다. 그러나 뉴른베르크재판소와 동경군사재판소에서 유대인 여성과 아시아 여성들에게 행해진 성적 잔학행위를 조사하거나 기소하지 못함으로써, 우리는 이들 성적 잔학행위가 낳은 중대하고 끔찍한 학대가 어떠한지 알 수조차 없다.

일반적으로 '노예제'나 '강제노동'을 금지한 많은 국제협약들뿐만 아니라 '성노예제'는 특히 1910년 백인노예매매 금지를 위한 국제협약에서 '백인노예제'라는

127) B. Ferenez, *Less than Slaves* xvii(1979); Bassiouni 재발간, 앞의 주 72), p. 298

128) G. Schwarzenberger, *International Law: As Applied by International Courts and Tribunals* 225(1968); Bassiouni 재발간, 앞의 주 8), p. 297

129) 위의 글, p. 296



이름으로 금지되었다.<sup>130)</sup> 백인노예제도협약에서 규정하고 있는 성적 범죄의 특정한 성질을 제외하면 '노예제'나 '노예무역'을 금지한 다른 국제협약에서 '백인노예제'를 배제시킬 법적 정당성은 없는 것처럼 보인다. 동경헌장이, '노예적 혹사'의 요소들과 정의들을 포함하지 않았을지라도, 강제노동금지협약뿐 아니라 백인노예제도협약이 구체적으로 금지하고 있는 '성노예제'가 동경헌장의 노예적 혹사에 포함된다고 주장될 수 있다. 뉴른베르크와 동경군사재판소 양쪽 헌장들의 결점들 중 하나는 금지된 행위들의 구체적인 법적 요소와 관련된 정의들이 없다는 것이다.

그래서 바시오니 교수의 주장대로 '노예적 혹사'의 요소와 정의는, '노예제와 관련된 협약들' 중 '성노예나 착취'를 포함한 '인도에 반하는 범죄'가 점차 성문화될 때 좀더 구체적으로 언급되어야 한다.<sup>131)</sup> '성노예'는 바시오니 교수에 의해 이렇게 규정되었다.

한 개인이 어떤 행위들간에 그리고 보상이 있든지 없든지 간에 성적인 행위를 수행할 목적으로 강제로 이송되거나 구금되는 제도 또는 관행<sup>132)</sup>

바시오니 교수의 '성노예' 개념은 명백하게 군대성노예들의 상황에도 부합한다. 그들은 일본병사들을 위해 성적 위안을 수행할 유일한 목적으로 전쟁터로 강제이송되었기 때문이다. 여성들 중 일부에게는 군표가 지급되었으나 대부분은 아무것도 받은 적이 없다고 증언했다.<sup>133)</sup> 그러나 성적 위안행위에 대한 대가가 지급되었다고 해도, 이들 여성들은 '인도에 반하는 범죄'에 해당하는 '노예적 혹

130) International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, U.K.T.S. 20(1912), Cd 6323에서(이하 "White Slave Convention"). 그러나 다음 장에서 논했듯이 "The White Slave Convention"은 식민지 여성들을 보호하지는 않았다.

131) Bassiouni, 앞의 주 72), p. 299; Richardson, "Debt Bondage of Children: A Slaverylike institution and the U.N. convention on the Rights of the Child", 62 RIDP 785(91991) 참조; Whittacher, "Child Bonded Labor", 62 RIDP 769(1991); Nanda and Bassiouni, "The Crime of Slavery and slave Trade", 1 Bassiouni ICL 325 참조; "United Nations Report on Continued Manifestations of Slavery and Slavery - Like Practices", E/C.4/Sub.2/1982/20/Rev.1; U.N.doc.E/C.4/sub.2/1984/22, 1984. 6. 22.

132) Bassiouni, 앞의 주 72), p. 301

133) "Testimonies", 앞의 주 27) 참조(중국으로 이송되었던 한국 희생자들 중 대부분은 군으로부터 돈을 받은 적이 없다고 증언했다).

사'의 희생자들이었다. 미군본부는 일본이 성노예를 사용하고 노예무역을 행한 것을 국제법의 명백한 침해로 인식하고 동경군사재판소에 책임있는 당사자들을 적절하게 기소했어야 했다.

### 3) 군대성노예로 사용하기 위한 한국여성들의 추방

동경헌장의 제5조 (c)항은 '추방'을 '인도에 반하는 범죄'로서 기술했다. "한 나라에서 다른 나라로 사람들을 강제로 이동시키는 것"<sup>134)</sup>으로 규정된 추방은 동경헌장 이전에도 전쟁범죄 및 '인도주의법에 반하는 범죄'로서 금지되어왔다. 1899년과 1907년의 헤이그협약은 추방에 대해 민간주민을 일반적으로 보호한다고 규정한다.<sup>135)</sup> 1919년 전쟁개시자의 책임 및 처벌에 관한 위원회(Commission on the Responsibilities of the Authors of the War)의 보고서도 전쟁범죄와 '인도주의법'에 반하는 범죄의 목록에 추방을 포함시켰다.<sup>136)</sup> 독일이 전쟁중 점령지의 민간주민들을 추방한 행위에 대해 무수한 항의가 뒤따랐으며, 1943년 런던국제회의에서는 '추방'을 처벌받을 만한 국제범죄라고 인정했다.<sup>137)</sup> 결과적으로 뉴른베르크재판소는 유대인 '추방'의 책임을 '인도에 반하는 범죄'에 포함시켰다.<sup>138)</sup>

동경군사재판소에서 검찰측은 한국인들의 대량 추방을 간과했고 강압적인 '추방'에 대해 일본을 기소하지 않았다. 수석검사 키넨은 이 결정을 다음과 같이 설명했다.

독일과 달리, 일본은 전쟁발발 이전에는 대규모의 강제수용소를 쓰거나 일본 소

134) Bassiouni, 앞의 주 72), p. 301

135) 예를 들어 헤이그협약의 제46조는 영토 내의 이주 및 추방에 대하여 보호한다는 취지로 규정되어 있다. 제46조의 규정은 다음과 같다. "종교적 신념과 활동뿐만 아니라 가족명예와 권리, 사람들의 삶과 개인적인 소유물은 존중되어야 한다. 개인적 소유물은 몰수될 수 없다"(Hague Convention, 앞의 주 74), 제46조; Bassiouni 재발간, 앞의 주 72), p. 302].

136) *Violations of the Laws and Customs of War, Report of the Majority and Dissenting Reports of American and Japanese Members of the Commission on Responsibilities, Conference of Paris, 1919, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Pamphlet No. 32*; Bassiouni 재발간, 앞의 주 72), p. 302

137) *Punishment of War Crimes: Recommendations of the London International Assembly*(1943, p. 17); Bassiouni 재발간, 앞의 주 72), p. 308

138) 2 IMT 57, count 3, section J.; Bassiouni 재발간, 앞의 주 72), p. 308



수종족을 박해하고 혹은 평화시에 사람들을 대량으로 추방시키고 노예적 혹사를 행한 경우도 그리고 그럴 이유도 없었다. ... 중국에서 일본의 공식적인 추방정책은 없었지만 군사적 점령에 의한 집과 농토의 파괴 및 비이성적, 군사적, 강압수단들의 부과로 인해서 실제로는 추방된 것과 똑같은 결과가 되었다.<sup>139)</sup>

이 말은 일본점령하의 소수종족들이 받은 박해를 완전히 과소평가하고 있다.<sup>140)</sup> 한국의 강제점령 동안 일본은 백만 이상의 한국인들을 해외로 이송하였다. 한국남성들이 일본군대와 중공업 공장에서 강제노동을 하기 위해 추방되는 동안 한국여성들은 중군위안부제도에 따라 일하기 위해 추방되었다. 전 일본군장교인 요시다 세이지(吉田清治)의 증언은 일본군대에 의한 조직적인 한국여성들의 납치와 추방의 한 예를 설명한다. 요시다 세이지에 따르면, 일본군 서부군단본부는 1943년 2천 명의 군대 '위안부'를 데려오도록 명령했다.<sup>141)</sup> 요시다는 "그들을 사랑하기 위해 한국의 제주도에서 갔다."<sup>142)</sup> 당시 동원집단은 일본군대의 요구에 따라 이들 여성들을 지정된 관사로 이송했다.

일본군대가 한국여성을 외국으로 추방한 것은 국제법하의 '추방' 규정에 해당된다. 15만 명 이상의 한국여성들이 전쟁중 일본군대에 의해 한국에서 이송되었다. 우리가 한국여성들이 아무 이유도 모른 채 일본, 중국 그리고 다른 남태평양 지역으로 조직적이고 대량으로 운송되는 것을 본다면, 이는 분명 '추방'의 개념에 정확하게 부합됨을 알 수 있다. 그러나 희생자들의 성별과 '성적 잔학행위'의 본질은 중군위안부제도에 대한 한국인 희생자들의 '추방' 주장에 법적 장애로 작용하기도 했다.

운송의 목적이 성적 위안행위이거나 매춘일 때, 국제법은 이것을 사람들을 '추방'한 것이라기보다는 여성들을 '매매'한 것으로 정의내리고 다른 법적 조치를 취했다. 예를 들어 1904년 백인노예매매의 금지를 위한 국제협정은 "해외에서 비

139) Keenan, 앞의 주 15), pp. 120~121

140) 국가총동원법에 의해서 내각은 1939년 국민징용령과 1942년 조선에서의 징병대 각의 결정이 있었다(Yuji I Wasawa, "Legal Treatment of Koreans in Japan: The Impact of International Human Rights Law on Japanese law", 8 *Human Rights O.* 131, pp. 133~134(1986)).

141) 요시다 세이지는 1943년 야마구치의 대일본노무보국회 시모노세키 지부 동원국의 전(前) 책임자였다("Petition", 앞의 주 3), p. 14).

142) 위와 같음

도덕적인 목적을 위해 여자와 소녀들을 조달하는 것"을 국제범죄로 규정했다.<sup>143)</sup> 협정의 목적은 '백인노예매매'로 알려진 범죄행위로부터 어린 소녀들과 여성들을 효과적으로 보호하여 이들을 구하려는 것이었다.<sup>144)</sup> 그러나 여성들을 효과적으로 보호하려는 목적에도 불구하고, 뒤이어 채택된 1922년의 여성들과 어린이들의 매매금지를 위한 국제협약<sup>145)</sup>은 중군위안부제도의 한국인 희생자들에게는 어떤 보호도 부여하지 않았다. 금지협약에 의해 금지된 범죄들에 형사책임을 부과하고자 하는 이 협약의 내용은, 협약당사국들이 그들의 식민지에서는 이를 적용하지 않을 수 있도록 허용하는 규정을 들으로써 식민지 여성들은 차별하였다.<sup>146)</sup> 일본은 금지협약의 제14조에 의해 협약을 승인했지만 한국, 대만 그리고 광둥조차지를 포함한 식민지는 해당되지 않는다고 주장한다.<sup>147)</sup> 그래서 일본은 여성납치를 국제적으로 금지한 협약이 한국여성들에게는 적용되지 않는다고 주장할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 금지협약이 단지 따로 존재한다고 해서 '인도에 반하는 범죄'로서 '추방'이라는 한국여성들의 주장을 배제해서는 안된다. 일본은 '금지협약'을 승인함으로써, 성노예제의 목적을 위해 특히 폭력적인 수단으로 여성들을 운송한 것이 이들 여성들의 기본적 인권을 침해한 처벌받을 만한 국제범죄에 해당함을 자인했기 때문이다.<sup>148)</sup> 더구나 '금지협약'이 따로 존재한다는 것이 '여성매매'와 '추방'

143) 협정의 제1조는 다음과 같이 서술하고 있다. "설령 여성의 동의를 구했다 할지라도 다른 사람의 욕망을 만족시키기 위해, 비도덕적인 목적으로 미성년자인 여성들과 소녀들에게 매춘을 주선하거나 약취유인한 사람은 누구든지 처벌받아야 할 것이다"(International Agreement for the Suppression of the "White Slave Traffic", 1904. 3. 18, 1 L.N.T.S. 83, p. 86에서 제1조(이하 "White Slave Agreement").

144) 위의 글, p. 84 서문

145) "International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children", 1922. 3. 31, 9 L.N.T.S. p. 415(이하 "Suppression Convention").

146) '금지협약(Suppression Convention)' 제14조는 "본 협약에 서명한 협약당사국은 그 비준이 당사국의 지배나 권한 아래에 있는 일부 혹은 모든 식민지, 해외재산, 보호국이나 영토를 포함하지 않는다고 선언할 수 있다. 그리고 지속적으로 그같은 어떤 식민지, 해외재산, 보호국이나 영토를 대신하여 따로 가맹할 수 있으며 그래서 이 선언에서 제외된다"고 규정하고 있다(위의 글, p. 427에서 제14조; Hsu, 앞의 주 2), pp. 107~108 참조("White Slave Agreement"와 "Suppression Convention"하에 일본의 형사책임을 논의한 내용)).

147) 위의 글, p. 430에서, Signature of Japan(같은 선언을 했던 국가들의 목록은 다음과 같다. 영국, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 덴마크, 프랑스, 스페인)

148) 예를 들어 '금지협약(Suppression Convention)'의 제2조는 "성년 여성들이나 소녀들에게 사기에 의해 또는 폭력, 위협, 권한남용 또는 다른 강제적 방법으로 매춘을 주선한 것"을 처벌받아야 할 국제적인 범죄로 보았다. 중군위안부제도의 목적으로 한국여성들을 모집한 것은 범죄의 개념에 전적으로 들어맞는다("Suppression Convention", 앞의 주 145), 제2조).



을 국제법하에 따라 기소할 경우, 상호 배제적이라는 것을 의미하지는 않았다. '금지협약의 전문이 지적한 대로, 주목적은 다른 어떤 국제적 금지가 없는 상황에서 '백인노예매매'의 희생자들에 대한 개인적인 보호를 보장해주는 것이다.

한 나라에서 대량의 여성들을 이동시키고 운송시키는 것은 국제법하의 '추방'에 해당하는 '사람들의 이동으로 간주되어야 한다. 따라서 '추방'의 개념이 충족된다면 운송의 목적에 관계없이 기소되어야 한다. 전쟁중 민간인의 인권에 관한 기존 관습법을 성문화한 1949년 민간인제네바협정<sup>149)</sup>은 엄격하게 추방을 금지시켰다. 협정의 제27조에 의하면, "점령했거나 아니거나 간에 점령지로부터 점령군의 영토로 또는 다른 국가의 영토로 사람들을 이송시키는 것뿐 아니라 개인적인 혹은 대규모의 강제추방은 동기와 관계없이 금지된다."<sup>150)</sup> 그래서 외국으로 한국여성들을 이송한 것은 '금지협약'의 적용 여부와 운송의 동기에 관계없이 '추방'으로서 기소되었어야 했다.

#### 4) 기타의 비인간적 행위들 : 강간, 강제 매춘과 고문

동경헌장 제5조(c)는 '기타 비인간적 행위들'을 포함시킴으로써 '인도에 반하는 범죄'를 광범위하게 정의하고 있다. 이 구절이 '비인간적인' '살인, 몰살, 노예 상태'와 비슷한 다른 범죄들을 기소할 광범위한 관할권을 부여했기 때문에, 동경헌장 이전의 무력분쟁에 관한 국제규정에 '비인간적'이라고 금지된 행위가 어떤 것들이 있었는지 알아볼 필요가 있다. 군대성노예의 경우, 세 가지 비인간적인 행위들이 구체적으로 다음과 같이 논의되어 있다.

##### (1) 전쟁범죄 그리고 인도에 반하는 범죄로서 일본의 군대성노예들에 대한 강간과 강제 매춘

동경헌장이 전쟁범죄와 인도에 반하는 범죄로서 매춘을 언급하고 있지는 않았지만, '국제관습법은 전쟁중 민간여성들을 강간하는 것을 금지하고 있다.'<sup>151)</sup> 예를

149) 75 U.N.T.S. 287(1950), *The Law of War*에서 재발간, 앞의 주 39). 이 협약은 또한 Geneva Convention Relative to the Protection for Civilian Persons in Time of War 로 알려져 있다(Hsu, 앞의 주 2), p. 111).

150) 위의 글, 제27조

151) 전쟁범죄로서 강간을 방제한 국제관습법의 상세한 논의를 위해서는 일반적으로 Theodor

들면, 강간은 1907년 헤이그협약에 수반되는 규정들에 의해 명백하게 금지되어 있는데, 헤이그협약은 "가족의 명예와 권리들은 존중받아야 한다"고 규정한다.<sup>152)</sup> 이 일반적인 표현인 '가족의 명예'는 강간으로부터의 보호를 포함해 여성과 그들의 명예에 대한 보호를 포함하거나 암시하고 있다.<sup>153)</sup> 1899년과 1904년 헤이그협약은 무력분쟁법의 토대로서 유용했다. 또한 뉴른베르크와 동경재판소에서도 전쟁관습법과 범조문에서 이를 인정해왔다.<sup>154)</sup> 더구나 제2차 세계대전 후, 제4차 제네바협약은 강간과 강제 매춘을 전쟁범죄로서 여성의 '명예'에 대한 침해로 명백히 규정하고 있다.<sup>155)</sup>

게다가 동경재판소의 판결은 일본군인들에 의한 민간여성들에 대한 집단강간이 전쟁범죄와 인도에 반하는 범죄에 해당된다고 분명하게 판시했다.<sup>156)</sup> 덧붙여 뉴른베르크 범죄재판의 두번째 재판은 관리아사회 법률 제10호를 근거로 행해졌는데 특히 관리아사회법은 강간을 인도에 반하는 범죄에 해당되는 '비인도적인 행위'로 열거했다.<sup>157)</sup> 그래서 국제법과 동경재판의 판결에 따르면 전쟁동안 민간 여성을 강간하는 것은 분명한 전쟁범죄로서 그리고 인도에 반하는 범죄로서 금지되어 있다.

Meron, "Rape as a Crime under International Humanitarian Law", 87 *The American Journal of Int'l Law*, p. 424(1993); Parker, 앞의 주 2), 513~516; Goldstein, 앞의 주 126), pp. 7~14 참조

152) 1907년 헤이그협약에 수반한 조례의 제46조는 다음과 같이 규정하고 있다. "종교적 신념과 활동뿐만 아니라 가족의 명예와 권리, 사람들의 삶과 사적 소유물은 존중되어야 한다..." 적십자 국제위원회, *International Law concerning the Conduct of Hostilities; Collection of Hague Conventions and Some other Treaties*, 1989; Goldstein에서 인용, 앞의 주 126), p. 7.

153) 일반적으로 Yougindra Khushalani, *Dignity and Honour of Women as Basic and Fundamental Human Rights*, 1982, p. 10; Meron, 앞의 주 151) 참조

154) 뉴른베르크재판소는 판결문에서, "1939년까지, 1907년 협약에서 주장된 토지분쟁 규정은 모든 문명국에서 인정되어왔으며 전쟁관습법과 전쟁법의 선언적인 규칙으로 여겨져왔다." 비슷하게 동경군사재판소도 판결문에서 1907년 헤이그협약은, "본 재판소가 주어진 상황에서 관습법을 결정하는 데 있어 다른 모든 유효한 증거들과 함께 고려해야 하는, 국가들간의 관습법의 좋은 증거"라고 판시하였다(Parker, 앞의 주 2), p. 516).

155) The 1949 Geneva Convention No. IV. Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949. 8. 12, 제27조에서, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287. 제 27조는 다음과 같이 서술되어 있다. "... 여성들은 특별히 그들의 명예에 대한 어떤 공격으로부터도 보호되어야 할 것이다. 특히 강간, 강제 매춘 또는 다른 어떤 부당한 형식으로부터..."

156) *Law of War*, 앞의 주 39), pp. 1060~1064

157) 관리아사회는 인도에 반하는 범죄를 "어떠한 민간주민에게 행해진 살인, 성매매, 노예적 후사, 강제이송, 고문, 강간 그리고 그의 비인간적인 행위들에 제한되지 않는 행위들을 포함한 잔학 행위와 범죄"라고 규정했다(앞의 주 79) 참조).



국제관습법 아래 강간이 금지되어 있음에도 불구하고, 일본병사들은 민간여성들에 대해 집단강간을 저질렀고 일본군대는 이를 금지시키지 못했다. 동경재판의 판결이 가리키듯이, 일본군대 장교들은 남경에서 일어난 집단강간을 막는 데 실패했는데, 남경에서는 일본군이 점령한 첫 한달 동안 약 2만 명의 여성들이 겁탈당했다.<sup>158)</sup> 피고 개인들의 증언은 또한 군대가 강간을 불가피한 전쟁의 부산물—전쟁범죄보다 더 기술적인 침해로 여겼다는 것을 증명한다.<sup>159)</sup> 전쟁 동안 모든 사람들이 강간을 저지른다면, 그것은 심각한 범죄가 될 수 없을 것이다. 다른 증거들 중에서 검사는 일본병사들의 다음과 같은 증언을 소개했다.

“전쟁의 반년 동안 내가 배운 유일한 것은 강간과 강도질이었다.”<sup>160)</sup>

“참전한 군인들이 개별적으로 조사받는다면 그들은 아마 모두가 살인, 강도 또는 강간의 죄를 범했을 것이다.”<sup>161)</sup>

더구나 검찰은 일본군대 장교들이 집단적인 강간을 분명히 알고 있었을 뿐 아니라 피해자들에게 돈을 지불하도록 병사들을 지도함으로써 그것을 숨기려고 시도하기까지 했다는 증거를 제시했다. 한 병사의 증언에 따르면, 어느 중대장은 겁탈하는 것에 대해 다음과 같은 비공식 지침을 내렸다. “문제를 일으키지 않으려면, 일을 치른 후 그들에게 돈을 지불하거나 으스스한 곳에서 그들을 죽여라.”<sup>162)</sup> 형사책임을 피하기 위해 피해자들에게 돈을 주려는 일본군대의 비공식 지침은 남자들은 여성의 동의 없이도 성적 쾌락을 위해 여성의 몸을 살 수 있다는 생각에서 나온 것으로 보인다. 여성들이 성을 위해 돈을 받는 한, 그들은 만족할 것이고, 남성들은 형사적인 잘못으로 책임을 지지 않게 된다고 생각한 것이다.

158) '남경(南京)의 강간'이라 이름 붙여진 부분에서 판결문은 다음과 같이 판시하고 있다. “많은 겁탈사례들이 있었다. 여자를 보호하려고 했던 가족이나 민간인들의 사소한 반항에 대해서도 가장 잔인하게 행해진 보복은 죽음이었다. 심지어 나이 어린 소녀들과 늙은 여성들조차 도시 곳곳에서 많은 수가 겁탈당했으며 이들 겁탈과 관련해 비정상적이고 가학적인 행위들이 자행되었다. 겁탈당한 많은 여성들이 죽임을 당했고 그들의 신체는 절단당했다. 점령 첫달 동안 약 2만 건의 겁탈이 그 도시에서 일어났다”(Law of War, 앞의 주 39), p. 1061).

159) Goldstein, 앞의 주 126), p. 3

160) TWCT, 앞의 주 65), p. 30, 129

161) 위와 같음

162) 병사들 중 한 사람은 동경군사재판소에서 다음과 같이 증언했다. “한 중대사령관은 비공식적으로 다음과 같은 지침을 내렸다. ‘문제를 일으키지 않으려면 일을 치른 후 그들에게 돈을 주던지 으스스한 곳에서 죽여라.’” 판결문은 약 2만 명 이상의 중국여성에게 집단강간이 자행된 남경에서의 일본군대의 짐승 같은 행동을 비난했다. 그리고 “그것은 한순간 통제를 벗어난 개별적인 군인의 행동이라고 변명될 수 없다”고 판결했다(Law of War, 앞의 주 39), p. 1064).

그래서 일본군대는 강간피해자들에게 돈을 지불함으로써 강간을 매춘으로 분류하려고 노력했다. 이러한 증거에도 불구하고, 일본군대 안 '군 사창소'제도의 설치가 여성을 감금하고 형사책임을 피하기 위해 그들을 매춘부로 만들려고 돈을 준 공식적인 시도였다는 것은 논란의 여지가 있을 수 있다. 그러나 소위 '위안부'는 그들의 의지에 반하여 군인들과 성관계를 갖도록 강요당했다. 그들은 자신들의 의지에 반해 군인들과 성관계를 갖도록 강요당한 반복적인 강간의 희생자들이었다.

강간은 전쟁 동안 일어나게 되는 피할 수 없는 행위였다는 피고들의 주장에 반대하면서, 동경군사재판소는 “잠시동안 통제를 벗어났던 군인들의 행동이라고 변명될 수 없다”고 주장했으며, 피고들이 남경의 집단강간을 통제하고 막지 못함으로써 인도에 반하는 범죄와 통례의 전쟁범죄를 저지른 것에 대해 유죄판결을 내렸다.<sup>163)</sup> 남경의 중국 민간여성들에 대한 강간이 전쟁범죄와 인도에 반하는 범죄에 해당된다면, 군대성노예로서 착취당해야 했던 다른 아시아 여성피해자들의 강간과 구별할 이유는 없다. 군 사창소에서 일본병사들에 의해 반복적으로 자행된 집단적인 강간이, 단지 이들 여성들이 일본군대에 의해 돈이 지불된 '매춘부'로 분류되었기 때문에 민간여성들의 강간과 다르게 취급되어서는 안된다.

심지어 일본병사들이 군 사창소의 여성들을 매춘부라고 생각했다 할지라도 그들은 그것이 '강제 매춘'이었음을 알고 있었다. '강제 매춘'은 국제관습법에 대한 위반으로 여겨졌다. 그리고 제4차 제네바협정은 특히 '강제 매춘'을 '비인간적인 처우'로서 금지한다.<sup>164)</sup> 동경군사재판소가 다른 아시아 여성들과 한국여성들의 '강제 매춘' 문제를 언급하지 못한 반면에, 바타비아 연합군 법정, 특히 와시오 아오치(Washio Awochi)사건에서 네덜란드 여성들에 대한 일본군의 '강제 매춘'을 전쟁범죄로 기소했다.<sup>165)</sup>

바타비아의 네덜란드 군사법정에서 동경군사재판소의 후원하에 심리된 와시오

163) TWCT, 앞의 주 65), p. 30, 128

164) The Fourth Geneva Convention, 앞의 주 155), 제27조

165) 사례 76번. “Trial of Washio Awochi”, 1946. 10. 25, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XIII 122에서 참조(이하 Washio Awochi). 동경군사재판소가 주요 전쟁범죄자들, 특히 평화에 반한 죄의 기소에 초점을 맞추는 동안, 극동지역 곳곳의 많은 다른 군사법정은 인도에 반하는 범죄와 관습적인 전쟁범죄의 기소에 초점을 모았다. 네덜란드령 인도네시아의 바타비아에서, 네덜란드 군법회의는 일본 피고들에 대한 전쟁범죄를 심리했다.



오 아오치 사건은 특히 일본군에 의한 소위 '위안부'의 강제 매춘 문제를 다루었다. 와시오 아오치 사건의 공소장은 일본 피고인이 일본헌병의 직·간접적인 위협 아래 군 사창소에서 매춘을 해야 했던 여성과 소녀들을 고용함으로써 전쟁관습법과 전쟁법을 어기는 전쟁범죄를 저질렀다고 고발하고 있다. 바타비아법정은 "강제 매춘을 목적으로 여성들을 납치하는 일"을 포함한 다양한 전쟁범죄에 대해 관할권을 가지고 있다고 천명했다.<sup>166)</sup> 판결문에서, 법원은 '강제 매춘'이 그 자체로도 전쟁범죄에 해당한다고 주장했다.<sup>167)</sup> 와시오 아오치 사건에서 밝혀진 사실들은 동남아 지역에서 한국여성들을 '위안부'로 삼았던 군 사창소들의 상황과 비슷하다. 다르다면, 피해여성들이 아시아 여성들이 아닌 네덜란드 여성들이라는 것이다. 와시오 아오치 사건에서 매춘을 강요당했던 약 12명의 네덜란드 여성들이 피고인에게 불리한 증언을 했다. 이에 대해 피고인은 단지 일본당국의 명령에 따라 사창소를 운영하였을 뿐이라고 주장했다. 피고인은 '강제 매춘이라는 전쟁범죄'에 대해 유죄가 인정되어 10년형을 선고받았다.<sup>168)</sup>

와시오 아오치 사건의 판결은 군 사창소를 세우고 매춘을 강요한 일본정책이 전쟁범죄와 인도에 반하는 범죄에 해당한다는 주장으로 폭넓게 해석될 수 있다. 만약 네덜란드 여성에 대한 '강제 매춘'이 그 자체로서 전쟁범죄에 해당된다면, '강제 매춘'을 목적으로 한국여성들을 납치한 행위는 '인도에 반하는 범죄'에 해당된다고 주장하는 것은 당연한 것으로 보인다. 그러나 바타비아 법정의 판결은 특히 피해자들이 범죄자들과 다른 인종에 속한다는 사실에 한정되고 말았다. 이는

166) '강제 매춘'이라는 전쟁범죄는 "Definition of War Crimes"와 관련한 1946년의 Statute Book Decree No.44 제1조 7번째 문단 아래 실려있다. 관련 구절들은 다음과 같다. "전쟁범죄에 따른 범위에 해당하는 것으로 이해되었던 행위들 그리고 적군에 복속된 사람들이나 적군에서 근무하는 외국인들에 의해 전시에 저질러진 전쟁범죄 관례들은 다음과 같다. ...7. 강제 매춘을 목적으로 소녀들과 여성들을 납치하는 것."

위 문단 7은 1919년 전쟁개시자의 책임 및 처벌에 관한 위원회에 의해 기술된 전쟁범죄 목록에 포함되어 있는 범죄의 내용과 같다(Washio Awochio, 앞의 주 165), p. 124.

167) '강제 매춘의 요소들로, 재판소는 강제에 해당하는 사례들을 묘사했다. '강제 매춘에 해당하는 상황은 다음과 같이 기술되어 있다.

여성들과 소녀들이 "매춘을 위해 강제로 클럽에서 살아야 했고 이들이 도망치지 못하도록 클럽의 문이 닫혀있고 그때문에 이들이 움직이지 못했을 때," 사창소를 떠나고자 했을 때, 여성들과 소녀들은 "헌병들로부터 위협당했다", 일본 경찰의 공정한 견해로는 그러한 위협은 "부당한 대우, 자유의 손실 혹은 보다 더 악화된 상태와 동일하게 여겨졌다."

위험은, "여성들과 소녀들이 자신들의 의지와는 반대로 사쿠라클럽의 방문자들에게 자신들을 내주도록 강요할 만큼 그처럼 심한 것이었다(위와 같음).

168) 위와 같음

아시아 피해자들에 대한 인종적 차별을 시사하고 있다. 바타비아 법정의 인종차별은 피해자들의 인종이 범죄의 가장 주요한 요소였다고 진술한 판결문에서 발견된다. 피고인의 개인적인 책임을 지적하면서, 판결문은 다음과 같이 기술하고 있다.

일본군이 점령한 동안 누가 권력을 장악했는가하는 관점에서, 그리고 일본군과 지배된 사람들과의 관계에 관한 일본인들의 생각에 비추어볼 때, 특히 지배된 사람들이 다른 인종에 속한 경우, 피고인이 매춘부들을 사쿠라클럽에 소속된 듯 다른 것에 대해 직접적인 책임이 있다고 여겨진다.<sup>169)</sup>

그래서 바타비아 법정은 피해자들의 인종이 다른 것이 피고인들의 형사책임에 대한 가장 주요한 요소라고 판시했다. 법원의 논리는 백인여성들이 일본군에 의해 희생됐기 때문에 피고인에게 형사책임을 묻는 것은 정당하다는 것을 암시한다. 이 인종적 적의가 일본인 피고인이 저지른 '강제 매춘'이라는 전쟁범죄에 책임을 지우는 기본적인 논리가 되었기 때문에 바타비아 법정은 일본군과 같은 인종에 속하는 아시아 여성의 피해에 대해 어떤 법적 근거도 제시하지 못했다. 네덜란드 여성들보다 더 많은 아시아 여성 피해자들이 있었음에도 불구하고, 극동국가들의 다른 연합군 재판소들뿐만 아니라 바타비아 법정 역시 아시아 여성들에게 저질러진 강제 매춘이라는 전쟁범죄를 기소하지 않았다.

'여성들의 명예'나 '가족의 명예와 권리'에 대한 침해가 전쟁범죄로서 '강간'을 처벌하는 주요한 이유라면, '강제 매춘'은 피해자들과 가해자들의 인종과 상관없이 단순한 개별적인 강간보다 훨씬 더 심각한 침해이다. '매춘부'나 '갈보' 같은 저속한 말들로 부름으로써 일본군은 한국여성들에게 지속적으로 부끄러움과 모멸감을 주고 모욕했다. 특히 한국에서는 유교전통에 의해 여성의 정조와 명예가 다른 어떤 사회보다 높이 여겨졌기에, 한국여성들을 일본의 성적 노예로 제도적으로 전락시키는 일은 '명예와 가족의 권리'를 제도적으로 파괴시킴으로써 강간 그 자체보다 더 큰 피해를 입힌 것이다.

## (2) 전쟁범죄와 인도에 반하는 범죄로서의 고문

국제법에 의하면, 고문은 기본적인 인권침해로서 금지되었으며 1899년과

169) 위의 글, p. 125



1907년 헤이그협약에 의해 명백히 금지되어 있다.<sup>170)</sup> 제4차 제네바협정은 '고문', '비인간적인 처우' 그리고 '육체와 건강에 고의적으로 심각한 피해나 극심한 고통을 가하는 행위'를 포함해 비전투원에 대한 학대 역시 금지하고 있다.<sup>171)</sup> 고문은 고문협약에서 아래와 같이 정의된다.

개인 또는 제삼자로부터 자백을 얻어내고 그 개인 또는 제삼자가 행하였거나 행하였다는 혐의가 있는 행위에 대하여 그 개인을 처벌하거나 그 개인 또는 제삼자를 협박하거나 강요하기 위한 목적으로 또는 모든 종류의 차별에 근거한 여하한 이유로 인하여, 공무원 또는 공적 자격으로 임무를 수행하는 다른 사람이 또는 이러한 사람의 교사에 의하거나 동의 또는 묵인하여 그 개인에게 고의적으로 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위.<sup>172)</sup>

중군위안부들에 대해 일본병사들이 저지른 행위들은 '고문'과 '육체나 건강에 입히는 심각한 피해'의 정의에 잘 들어맞는다. 이 점에 대해서는 구체적인 실례를 들으로써 가장 효과적으로 논증할 수 있다. 생존한 피해자 중 한 사람인 이용수 씨는 속아서 지원했고 일본군 선박에 의해 대만으로 이송되었다. 그녀와 다른 소녀들은 한국에서 대만으로 가는 배 안에서 처음으로 강간을 당했다. 그녀는 강간당한 후, 그녀의 고통과 대만의 '위안소'에서 계속된 고문을 다음과 같이 얘기했다.

걸으려고 했을 때, 내 몸의 아랫부분은 내 것 같지가 않았다. 내 그 부분은 함몰되었고 매마른 피로 덮였다. 나는 다리를 펼 수가 없었고 그래서 어기적 어기적 걸을 수밖에 없었다. ... 내가 방에 들어가는 것을 거부했을 때, 감독관이 내 머리를 잡아 끌고 방으로 들어갔다. 그는 내게 전기고문을 가했다. 그는 벽에서 전화코드를 확장아당기더니 내 손목과 발목을 감았다. ... 전기스파크가 보였고 내 몸이 떨렸다. 나는 도저히 참을 수가 없었고 두손을 벌며 그가 원하는 것은 무엇이든 하겠다고 약속

170) Bassiouni, 앞의 주 72), p. 323

171) 75 U.N.T.S. 287, 제147조

172) "Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", G. A. Res. 46, U.N. Gaor, 30th Sess, Supp. No. 51, p. 197; 23 U.N. Doc. A/39/51/ I.L.M. p. 1027(1984); 수정된 24 I.L.M. p. 535(1985), 제 1조

했다. 나는 의식을 잃었다.<sup>173)</sup>

이 증언은 군대성노예들의 강간 거부에 대한 일본군의 계속된 고문의 전형적인 경우를 보여준다. 일본인 감독관은 일본병사들에게 봉사하라는 명령을 거절하는 이씨에게 의도적으로 심각한 육체적, 정신적 고통을 가했다. 그러한 행위의 목적은 일본군대의 명령에 복종할 것을 강요하기 위해 그녀를 구속하고 위협하는 것이었다. 그같은 행위는 민족적 차별과 성차별을 반영하며 한국여성들을 위안부로서 비열하게 다루었던 정책에 근거한다. 무엇보다도 그같은 고통은 군대의 명령에 따른 일본군이나 다른 개인들에 의해 가해졌는데, 이씨의 경우 고문의 모든 요소들이 발견된다.

이씨에 대한 고문은 다른 모든 성노예들에게 흔하지 않은 극단적인 경우라고 주장할 수도 있지만, 그들 모두가 엄청난 괴로움을 견뎌야 했고 몸과 건강에 심각한 피해를 입어야 했다는 것은 의심의 여지가 없다.<sup>174)</sup> 군대성노예의 대부분의 희생자들은 일본군의 통제 아래 '위안소' 안에서 끊임없는 강간, 육체적 학대와 위협을 당해야만 했다. 현재 국제인권기준으로 보자면, 강간 한 가지만 해도 고문의 한 형태일 수 있다.<sup>175)</sup> 강간은 이들 여성들에게 막대한 고통을 일으켰지만, 때때로 강간의 결과는 이들의 자식들에게까지 육체적 결함이나 심한 괴로움을 준다. 피해자들 중 하나는 전쟁동안 되풀이된 강간으로 매독에 걸려 고통을 당했다. 40년 후, 그녀의 아들은 어머니로부터 물려받은 매독 때문에 정신병으로 발병했다.<sup>176)</sup> 그러나 성병은 생존자들이 그 후 50년이 지나서도 맞서야 했던 많은 건강문제들 중 하나에 불과하다. 그들 대부분이 지볼해야 했던 가장 고통스러운

173) "Testimonies", 앞의 주 27), p. 81

174) 생존한 희생자들은 전쟁동안 겪은 육체적 정신적 학대로 인한, 고질적인 비뇨기 질병, 정신적 혼란, 불면증, 소화불량, 심장병 그리고 그의 많은 건강상의 문제로 괴로워하고 있다. 정대협에 의한 한국 내 19명의 희생자들에 대한 조사에 따르면, 이들 중 7명은 심한 비뇨기 질병을 앓고 있었다(위의 글, 참조).

175) 예를 들어, Amnesty International과 고문에 관한 특별보고관은 강간이 고문의 한 형식일 수 있음을 인정했다(Amnesty International, *Bosnia - Herzegovina: Rape and Sexual Abuse by Armed Forces*(1993. 1); "Question of Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment, Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", *Report by the Special Rapporteur*, Hum. Rts. Comm., U.N. ESCOR, U.N. Doc. E/CN.4/1986; Goldstein 인용, 앞의 주 126), p. 17, 37).

176) "Testimonies", 앞의 주 27), p. 269



대가는 생식기의 손상 때문에 아이를 낳을 수 없게 되었다는 것이다.<sup>177)</sup> 이는 아직도 그치지 않고 계속되는 고문이다.

### 5) 동경군사재판소에 앞선 '중군위안부제도'의 증거

1945년 항복 바로 전에 일본 육군대신(Japanese Minister of War)의 명령에 따라 일본군대가 모든 기밀문서를 소거한 탓에<sup>178)</sup> 제2차 세계대전중 일본의 중군위안부에 관련된 모든 증거를 찾는 일은 어렵다. 그럼에도 불구하고, 위에서 검토했듯이 기밀해제된 미국 군사보고서는 연합군이 이미 동남아 아시아국들에 주둔한 일본군 내의 공식적인 군 사창소들을 조사했음을 언급하고 있다. 더구나 재판소에 제시된 증거도 있었다. 이 증거들은 중국에 있었던 일본군의 중군위안부를 증명하거나 적어도 그에 대해 더 조사하도록 이끌 수 있는 것들이었다.

검찰, 일본군이 조직적으로 중국여성들을 모집해 그들에게 매춘을 강요했음을 보여주는 증거가 있었다. 예를 들어, 계림지역과 광서지방에서 행해진 잔학행위들에 관한 검찰 문서에는 다음과 같은 문구가 있다.

약 1년을 끝냈던 계림지역에 대한 일본 점령기간 동안, 그들은 강간, 강도 등등 온갖 종류의 잔학행위를 마음대로 저질렀다. <코나우 대위>는 공장설립을 선전하여 여성노동자를 모집할 꼭두각시 장교들을 보냈다. 여성들이 모집되었을 때, 그는 그들을 리쉬 문밖 교외로 보내어 일본부대에서 매춘을 하도록 강요했다.<sup>179)</sup>

이 증거는 일본군이 사기모집을 통해 점령지 안에 군 사창소를 설치하는 데 적극적으로 관여했음을 증명하고 있다. 이들 여성들은 일본군 병사들을 위한 '군대성노예'로 종사하도록 강요받았다. 이 증거가 버마와 동남아시아에서의 한국여성들의 '강제 매춘'에 대한 미국 보고서를 확증하고 있음에도 불구하고, 검찰측은 강제 매춘을 목적으로 자행된 여성들에 대한 조직적인 납치가 일본군사정책

177) 정대협, "일본에 의한 중군위안부로 징집된 한국여성들"(1992, 한국어), p. 10 참조

178) 1945년 8월 14일 일본이 불가피하게 항복해야 할 것임을 알았을 때, 일본 육군대신은 모든 군대의 사령부에 즉시 모든 기밀문서를 없애라는 명령을 내렸다. '기밀'문서란 일본의 범법성을 입증할 만한 내용을 포함한 문서를 말한다(Law of War, 앞의 주 39), pp. 1122~1123].

179) TWCT, 앞의 주 65), p. 4,653

이었다는 점을 인정하지 않았다.

검찰이 일본의 중군위안부제도를 범죄로 인정하지 않은 이유는, 연합군이 전선에서의 군 사창소의 존재를 여성들의 기본적인 인권침해로 보지 않고 군필수품으로 받아들였기 때문이다. 재판과정에서 중군위안부의 존재를 시사하는 일본군대 문서들이 발견되었다. 그러나 그 문서들이 병사들에 대한 '전방위문품', '병사클럽의 설치' 같은 단어들을 사용했기 때문에 일본군은 어떤 범죄수사도 받지 않았다. 예를 들어 '교육, 통제 그리고 군대의 지도'를 통해 잔학행위를 방지하려 했던 자신들의 정책을 옹호하기 위해 피고들은 전시군사교범을 증거로 제시했다.<sup>180)</sup> 병사들을 통제하는 데 필요한 군사수단으로 제시된 교범에는 다음과 같이 써어 있다.

연장되는 야외 군복무에, 특히 질병과 전투로 인한 위험을 겪으며 부주의해진 병사들이 마음의 올바른 길로 돌아서도록 이끌기 위해, '병사클럽의 설치'와 순회영화 상영부대의 창설 등 전방 오락시설의 증진뿐 아니라 '전방위문품', '연예부 보내기' 같은 ... 모든 가능한 편리함을 제공하기 위한 적절한 배려가 취해져야 했다.<sup>181)</sup> (고덕-저자)

기밀해제된 미국문서들에서도 볼 수 있듯 '전방위문품'이나 '병사클럽의 설치'라는 구절은 강제로 성적 봉사행위를 강요받은 여성들을 둔 '군 사창소'의 설치를 의미한다는 것이 명백하다. 이 문서는 소위 '위안부'를 둔 중군위안부제도의 설치와 관련된 다른 보강증거를 제시하고 있다. 버마와 다른 동남아시아지역으로부터 수집된 조사보고서를 통합해, 연합군과 검찰측은 일본군에 의해 약 20만 명의 아시아 여성들에게 행해진 납치, 강제 매춘, 강간, 고문 그리고 성적 위안 범죄를 조사할 수 있었을 것이다. 그러나 불행하게도 '병사클럽'으로의 가강과 '위안'이라는 완곡한 단어 사용 때문에 검찰은 이 범죄적 측면을 알아보지 못했다.

이러한 검찰의 재판과정을 담은 기록을 구할 수 없었기 때문에, 성노예로 강요되었던 아시아 여성들에게 일본군이 저지른 범죄기소에 실패한 데 대해서는 단지 추측설명만이 가능하다. 한 이론에 의하면, 검찰이 일본이 저지른 성적 잔학

180) 위의 글, p. 27755

181) 위의 글, pp. 27758~27759



행위를 태만하게 다룬 근본적인 이유는 연합군도 성적 잔학행위들을 저질렀기 때문이라고 한다. 오스트레일리아 국립대학교의 가반 맥코맥 교수에 따르면, “자신들에게 사실상의 성천국으로 바뀌어 있던 당시의 일본의 상황을 정당화할 수 없었기 때문에, 연합군은 ‘위안부’에 대한 강간문제를 동경전쟁범죄재판에서 빠뜨렸을 수도 있다.”<sup>182)</sup>

요약하면, 연합군은 재판중에 확보할 수 있었던 증거에도 불구하고, 성적 노예로 종사하기를 강요당했던 한국여성들에 대한 범죄를 기소하지 않는 쪽을 택한 것이 이제 분명하다. 연합군 자신들의 성적 잔학행위를 은폐하려는 노력이 그 이유일 수도 있다. 또는 단순하게, 연합군은 군전략으로서 병사들의 이익을 위해 전선에서 매춘을 제공하는 일본정책을 용납했던 것이다.<sup>183)</sup> 하지만 무엇보다도 성차별이, 동경군사재판소가 여성들에게 저지른 일본군의 범죄를 기소하지 못하는데 주요한 역할을 했다고 볼 수 있다. 그 결과, 군대성노예로 종사하도록 강제되었던 약 20만 명의 아시아 여성들에게 저질러진 범죄는 전쟁의 법적 연대기에서는 보이지 않는 또다른 성적 잔학행위로 남아있다.

## 5. 결론

이 논문은, 일본의 종군위안부제도 실행 및 이후 동경군사재판소에서의 기소 실패로부터 드러났듯이, 전쟁중 여성들의 비인간화가 용인되었다는 가정을 증명하려는 시도였다. 종군위안부제도의 피해자들에게 저질러진 성적 잔학행위 범죄의 증거가 주어진 한, 동경군사재판소는 일본군을 ‘인도에 반하는 범죄’로 기소했어야 했다. 특히 한국여성에 대해 저질러진 범죄는 “살육, 노예적 혹사, 추방과 그의 비인도적인 처우”를 포함한 동경헌장 제5조(C)의 ‘인도에 반하는 범죄’와 관련한 특정범죄의 규정에 정확히 부합한다. 연합군, 특히 미군은 전쟁중 일본군

182) Reuter Testline, *The Age*(Malbourne), 1993. 9. 24. LEXIS 세계도서관에서 열람 가능. McCormack 교수는 말했다. “전쟁 동안 한국과 대만 그리고 다른 여성들에 대해 저질러진 범죄들이 최근까지 빛을 보지 못한 이유 중의 하나는 연합군이 당시에 이것을 문제삼으려 하지 않았기 때문이다.”

183) 사실은 미군이 베트남에서 ‘공식적인 군 사창소’를 운영했다는 증거가 있다(Brownmiller, 앞의 주 12), pp. 92~98 참조.

에 의한 종군위안부제도의 존재를 알고 있었다. 그러나 그것을 여성의 기본적인 인권침해로 인식하지는 못했다.

국제전쟁범죄재판소가 조사하지도 않았고 희생자들에게 적절한 법적 구제조치를 제공하지 못한 것이 전쟁 동안 여성들에게 행해진 성적 잔학행위들의 영속적인 재발에 기여했다고 주장될 수도 있다. 군 사창소의 설립, 강제 매춘 그리고 종군위안부제도는 국제법하에서 여성들의 기본적인 인권침해로서 비난받아야 한다. 위에서 언급했듯이 ‘군 사창소’라는 용어는 단지 여성이 병사들에게 제공된 성노예로 격하되는 것을 위장하려는 은유였다. 일본정부와 군대는 여성들에 대한 이 극악한 인권침해를 그들을 ‘위안부’라고 부름으로써 감추려고 했으며 연합군은 그들을 ‘매춘부’로 여겨 무시했다.

뉴른베르크와 동경 국제군사재판소의 설립에도 불구하고, 국제사회는 성적 노예로 강요되었던 이들 여성들의 고통을 인정하지 않았다. 제2차 세계대전과 이들 재판이 끝난 지 50년이 되었지만, 전쟁중 성적 잔학행위는 계속되고 있으며 많은 지방에서 실행되고 있는 여성성노예제는 여전히 여성들의 존엄과 기본적인 인권을 위협하고 있다. 1926년 노예협약 이래로, 국제사회는 끊임없이 노예제와 노예제 관련 행위들을 금지해왔고, 인권에 대한 그같은 잔인한 침해들을 없애려고 일해왔다. 여성성노예제는 별도로 1949년 다른 이들의 매춘을 통한 착취나 인신 매매금지에 관한 협약에서 가장 명시적으로 비난받아왔다.<sup>184)</sup> 그러나 현재의 전 세계 여성들에 대한 성폭력의 상황은 20만 아시아 여성들이 일본군대에 의해 군대성노예로 강요받았을 때인 50년 전에 비해 나아진 것이 없다. 1993년 타일랜드에서의 여성성노예제에 관한 휴먼 라이츠 왓치(Human Rights Watch)의 보고서에서 다음의 발췌문을 고려하면, 군대성노예 희생자들에게 저질러진 범죄에 대한 동경재판소의 대응을 지나치게 평가한 것으로 읽혀질 수도 있다.

여성성노예제에 대해서는 다른 노예제 관련 행위와 다르게 효과적인 국내외적 법적 강제력이 행사되는 경우가 거의 없다. 종종 매춘으로 잘못 쓰이기도 하고 개인에 의해 자행된 침해로 여겨진다. 그러한 경우 국가는 국제인권법하에서 책임을 지지 않는다. 그 결과 20세기 말에 강제 매춘과 결혼의 굴욕적인 형태 또는 다른 보조적인 성적 봉사형태들을 위해 여성들을 이송하고 매매하는 것과 관련된 여성성노예제

184) 266 U.N.T.S. 40(1956)



는 태국뿐 아니라 전세계의 다른 많은 지역에서도 광범위하게 자행되고 있으며 점점 증가하고 있다.<sup>185)</sup>

이러한 범죄들을 막는 데 실패한 이유는 그같은 행위를 금지할 국제법이나 그같은 범죄를 기소할 만한 적당한 국제사법재판소가 없어서라기보다는 뉴른베르크나 동경군사재판소 또는 국내법정 같은 적절한 사법기관에서 기소 당시에 존재한 법을 실행시키지 못한 데 있다. 연합군과 국제사회는 50년 전 전쟁 당시 무고한 여성들에게 저질러진 성적인 잔학행위들을 조사하고 기소할 기회가 있었다. 동경군사재판소 현장에 따라 그들은 소수구성원에게 자행된 전쟁범죄를 포함한 '인도에 반하는 범죄'를 기소할 관할권을 가지고 있었다. 일본의 식민지로서 전쟁중 한국의 상황을 고려할 때, 검찰은 일본에 의해 희생되었던 한국인 희생자들에게도 적절한 법적 구제조치를 제공했어야 했다.

소위 '위안부'는 미국 군사보고서가 결론지었던 매춘부들이 아니었다. 그들은 고문과 살인, 납치, 유괴, 추방, 강간, 강제 매춘의 희생자들이었고 일본군대에 의해 성노예로 종사하도록 강요당했다. 이러한 개별 범죄들은 동경군사재판소의 현장과 국제법에 따라 '전쟁범죄'와 '인도에 반하는 범죄'를 구성하기에 충분하다. 이들 범죄들을 조사하고 기소하는 데 실패한 것은 국제사회에서 잊혀져서도 용서되어서도 안된다. 일본정부가 그같은 범죄행위를 저지르고 그 책임을 부인한 것은 국제법상으로 유죄이지만, 동경군사재판소를 설립했던 국제사회 역시 그같은 범죄의 희생자들에게 정의를 찾아주는 데 실패한 것에 책임이 있기 때문이다.

(미국 변호사) 번역: 김은영 민변 간사

185) Human Rights Watch, 앞의 주 122), p. 8

## 이중기능적 양벌규정 - 산업안전보건법의 적용사례를 중심으로 -

손 동 권

연구판례: 대판 95. 5. 26 선고, 95 도 230

“산업안전보건법 제67조 제1호, 제23조 제1항, 제69조 제4호, 제42조 제1항 소정의 벌칙규정의 적용대상은 사업자임이 그 규정 자체에 의하여 명백하나, 한편 같은 법 제71조는 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인(관리감독자를 포함한다), 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 벌칙규정을 적용하도록 양벌규정을 두고 있고, 이 규정의 취지는 각 본조의 위반행위를 사업자인 법인이나 개인이 직접하지 않은 경우에는 그 행위자와 사업자 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 이 양벌규정에 의하여 사업자가 아닌 행위자도 사업자에 대한 각 본조의 벌칙규정의 적용대상이 되는 것이다.”

관련사항

1) 대법원 판례와 상반되는 제1심 판결(수원지법 94. 8. 10 선고, 94 고단 2632)

“산업안전보건법 제71조의 양벌규정은 실제의 위반행위자가 별도의 벌칙조항에 의해 처벌되는 경우에 사업주(법인 또는 개인)도 실제 위반행위를 부담하지 아



니하였더라도 처벌할 수 있다는 규정일 뿐, 별도의 벌칙규정이 적용되지 않는 실제행위자를 처벌할 수 있는 창설규정이라고는 볼 수 없다. 따라서 자연인인 실제 행위자가 처벌되지 않는 한 법인에 대하여도 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 없다.”

2) 산업안전보건법의 관련조항

제23조 [안전상의 조치] ② 사업주는 작업중 근로자가 추락할 위험이 있는 장소, 토사·구축물 등이 붕괴할 우려가 있는 장소, 물체가 낙하·비래할 위험이 있는 장소, 기타 천재지변으로 인하여 작업수행상 위험발생이 예상되는 장소에는 그 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

제67조 [벌칙] 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제23조 제1항 내지 제3항...

제71조 [양벌규정] 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인(관리감독자를 포함한다), 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다. 다만, 관리감독자가 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 하였거나, 위반행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 하였을 때에는 그러하지 아니하다.

1. 서론

상기 판례에서 특히 문제가 된 점은 법인의 대표이사(판례사안에서는 법인)에게 적용되는 벌칙조항의 위반행위를 하였을 때 산업안전보건법 제71조의 양벌규정 본문에 적시된 “법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인(관리감독자를 포함한다) 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 ‘그 행위자를 벌하는 외에’의 범문을 근거로 실제행위자인 대표이사를 처벌할 수 있느냐에 있다. 이에 대해 제1심 법원은

양벌규정의 상기 범문은 행위자를 처벌하는 근거규정이 될 수 없다는 이유로 처벌의 가능성을 부정하였고, 항소심법원(수원지법 94. 12. 15, 94노1347)과 이를 유지한 상기의 대법원은 양벌규정의 상기 조문은 행위자를 처벌할 수 있는 창설조항으로 해석하여 그 처벌을 인정하였다. 각자의 결론에 대한 논거는 침예하게 대립되어 있다. 그 구체적인 내용은 본문에서 상론한다.

상기의 문제를 본격적으로 다루기 이전에 산업안전보건법의 벌칙조항과 양벌규정의 특징적 내용에 대하여 간단히 언급할 필요가 있다. 동법 제23조[안전상의 조치]에 위반하는 행위에 대한 동법의 「벌칙조항」에 의한 처벌대상은 사업주에 한하는 것이 우선적인 동법의 특징이다. 그런데 상기의 판례사안에서 그 사업주는 법인이다. 이러한 특징과는 달리, 산업안전보건법 제71조의 양벌규정 자체는 전형적인 입법형식의 하나에 해당한다.<sup>1)</sup> 전형적인 양벌규정의 입법형식은 구체적인 표현형태는 조금씩 다르지만 대개 동법 제71조 본문과 같이 행위자인 자연인을 처벌할 경우에는 그 행위자에 대하여 일정한 관계에 있는 개인이나 법인도 처벌한다는 것만으로 규정되어 있다. 예컨대 남녀고용평등법, 산업재해보상법, 노동조합법, 약사법 등이 이에 해당한다. 또다른 전형적인 입법형식의 하나가 산업안전보건법 제71조 전체와 같이 단서규정을 두어 양벌규정에 의한 처벌이 법인이나 개인의 과실에 기인하는 것임을 분명히 하는 과실추정규정을 포함하여 규정하는 것이다. 공중위생법(제45조)과 근로기준법도 이러한 형식에 속한다. 그러나 만약 상기 대법원의 견해와 같이 동법의 양벌규정에 대해 실제행위자를 처벌할 수 있는 근거규정으로 해석한다면, 이 양벌규정은 이중적 기능을 가진 특이한 것이 된다. 왜냐하면 보통의 양벌규정은 실제행위자가 처벌되는 것을 전제로 단지 법인도 함께 처벌된다는 의미밖에 없으나, 동법의 양벌규정은 법인 처벌 이외에 실제행위자를 처벌하는 근거규정으로서도 작용하기 때문이다. 이러한 양벌규정을 본인은 이중기능적 양벌규정이라고 지칭하고 싶다.

더 나아가, 벌칙조항과 관련하여 산업안전보건법의 양벌규정을 이해할 때에는 이 양벌규정은 역시 특이한 것에 속한다. 왜냐하면 동법에 의하면 전형적인 입법례에서처럼 법인은 행위자인 자연인이 처벌될 때에 종적으로만 처벌되는 것이 아니고, 벌칙조항에 의하여 이미 주된 처벌대상자로 되어 있기 때문이다. 즉 벌

1) 양벌규정의 입법례, 즉 구체적인 입법형태를 분류한 연구로는 윤장근, 「양벌규정의 입법례에 관한 연구」, 『법제』 통권 438호(1994. 6), 94쪽 이하



칙조항에 의한 법인 처벌은 전형적인 양벌규정과는 처벌의 주종이 바뀐 것이다. 따라서 산업안전보건법에 따르면 법인은 「벌칙조항」에 의하여 주된 처벌대상자가 되기도 하고, 「양벌규정」에 의하여 종된 처벌대상자가 되기도 한다. 산업안전보건법 이외에 증권거래법(제215조), 선원법(제148조)도 이러한 형식에 속한다.

이와 같이 산업안전보건법에는 벌칙조항상의 주된 처벌대상자와 양벌규정상의 주된 처벌대상자가 서로 다르게 규정되었기 때문에 상기 판례상의 논점 이외에 양 법인처벌 규정의 관계를 어떻게 이해하여야 할 것인지에 대한 어려움도 대두된다. 이러한 문제점을 중심으로 아래에서 더 구체적으로 연구를 진행하기로 한다.

## 2. 단독적 법인처벌 규정의 법적 성질

산업안전보건법에는 그 의무위반의 주체를 '사업주'로 정하여 의무위반시에 형벌을 과하는 단독적 처벌조항이 있다. 여기서 사업주는 자연인인 개인이 될 수도 있고, 법인도 될 수 있다. 만약 개인사업주가 의무위반을 한 경우와 법인이 의무위반을 하더라도 법인의 범죄능력이 인정될 경우에 동 처벌규정에 의한 형벌부과는 모순없이 정당화된다. 그러나 법인의 범죄능력이 부정될 경우에는 법인에 대한 형사처벌은 문제가 있게 된다. 왜냐하면 형법상 형벌은 범죄를 전제로 하고, 그 범죄는 범죄능력이 있는 자에 의해서만 범할 수 있기 때문이다. 이러한 이유 때문에 상기의 제1심 법원과 상고심이 유지한 항소심법원은 모두 「법인의 범죄능력이 부정되면 산업안전보건법의 벌칙조항에 의한 법인 처벌은 불가능하다」는 취지로 판시하였다.<sup>2)</sup>

법인의 범죄능력에 대한 다른 나라의 경향을 보면 대륙법계의 국가에서는 법인은 그 자체로서는 정신적 육체적 실체가 없어 스스로 행위할 수 없으므로 범죄능력이 부정된다는 것이 일반적 추세인 데 반하여, 영미법계에서는 기관의 범행을 통해 얻은 이익을 법인으로부터 환수할 정책적 필요성과 법인재산에 대한 형벌적 조치가 그 기관에 대한 조치만에 그치는 것보다 더 효과가 크다는 점을 고

2) 이에 대한 본인의 견해는 아래에서 언급한다.

려하여 단체형벌이 보편적으로 인정되고 있다.<sup>3)</sup>

우리나라에서는 ① 법인의 범죄능력을 인정하지 않는 '부정설', ② 법인의 범죄능력을 인정하는 '긍정설',<sup>4)</sup> ③ 형사법에 있어서는 법인의 범죄능력을 부정하고 행정법에 대해서는 이를 인정하거나, 법인처벌 규정이 있는 경우에만 이를 인정하는 '일부긍정설'<sup>5)</sup>의 대립이 있다. 각자의 논거는 서로 상이하나 여기서 자세한 소개는 생략한다. 다만 우리나라의 판례<sup>6)</sup>와 다수설<sup>7)</sup>은 부정설의 입장을 따른다. 특히 우리나라에서는 법인의 범죄능력에 대해서는 부정설을 취하면서 법인의 수형능력을 인정하는 견해도<sup>8)</sup> 다수 존재하고 있다.

생각컨대, 법인의 범죄능력에 대한 이론 중에서 우선 형사법과 행정법을 나누어 법인의 범죄능력 유무를 바라보는 일부긍정설은 설득력이 없다. 왜냐하면 행정법에 대하여 형벌로써 처벌하는 이상 형사법과 본질적 차이를 인정할 수 없기 때문이다. 반면에 형벌 아닌 예컨대 과태료와 같은 다른 제재로써 단속되는 행위에 대해서는 이미 행정'범죄'라는 명칭을 붙일 수 없다. 또한 일부긍정설이 주장하는 법인처벌의 명문규정이 있으면 법인의 범죄능력을 인정하여야 한다는 견해도 타당성이 없다. 법인처벌의 명문규정 자체는 법인처벌의 형사정책적 필요성만을 인정한 것이지만 법인의 범죄능력을 인정하여야 할 당위적 근거까지도 제시할 수는 없기 때문이다.

형법에는 범죄성립요소로서 행위를 필수적으로 요구한다. 여기서 행위는 자기 행위이지 타인행위가 될 수 없다. 물론 형법상의 범죄는 타인을 이용하여 범할 수 있다. 간접정범이 여기에 해당한다. 그러나 형법상 간접정범도 타인을 이용하는 '행위가 있어야 성립한다. 그런데 법인 자신은 육체적 정신적 실체가 없기 때문에 사실상 스스로 행위할 수는 없다. 타인을 이용하는 행위도 법인 자신이 할 수는 없으며 그 구성원인 자연인(기관)이 할 수 있을 뿐이다. 따라서 법인 자신의

3) Roxin, AT, 2. Aufl., § 8 III Rn. 56; Jescheck, Lb, § 23 V 1

4) 긍정설에 속하는 학자로는 김일수(『형법원론』, 276쪽), 정성근(『형법총론』, 103쪽), 조병선(『형사판례연구』 제3호, 8쪽), 신동욱(『월간고시』 1975. 2, 53쪽), 오도기(『고시계』 1986. 7, 24쪽)를 들 수 있다.

5) 이에 속하는 학자로는 권문택(『형사법강좌』 I, 123쪽), 유기천, 김종수를 들 수 있다.

6) 대판 1961. 10. 19, 61 형상 417; 1984. 10. 10, 82 도 2595; 1985. 10. 8, 83 도 1375

7) 부정설에 속하는 학자로는 이재상(『총론』, 100쪽), 이형국(『형법연구』 I, 167쪽), 배중대(『고시연구』 1991. 9, 163쪽), 진계호(『총론』, 115쪽) 등이다.

8) 예컨대 진계호, 『총론』, 114쪽; 이재상, 『총론』, 101쪽



범죄에 대한 행위능력은 없다고 보아야 한다.<sup>9)</sup> 또한 형벌의 전제가 되는 형법상 책임은 자기책임에 근거하고 있다. 이 자기책임은 자유로운 의사결정능력을 사실적으로 가진 자에 대한 윤리적 도덕적 비난가능성에서 나온다. 이러한 사실적인 의사결정능력을 가지지 않은 법인 자체에게 윤리적 도덕적 책임비난을 가하는 것은 무용하다. 따라서 법인의 책임능력도 부인하는 것이 옳다.

더 나아가 범죄능력과 수행능력을 별개로 보는 우리나라의 일부 견해도 이론적으로 타당하지 않다. 이론적으로는 법인의 범죄능력이 인정되면 당연히 수행능력도 인정되고, 법인의 범죄능력이 부정되면 수행능력도 부정되어야 한다. 따라서 이론적으로는 법인의 법 위반에 대한 제재로는 형벌 아닌 다른 수단을 사용하는 것이 바람직하다. 예컨대 법인 해산, 영업 정지, 금융 제한, 면허 박탈, 과태료 부과와 같은 것이다. 그러나 법인의 범죄능력을 부정한다고 하여 우리 실정법상의 어떠한 형벌도 법인에게 부과될 수 없는 것은 아니다. 형벌 중에는 반드시 범죄행위자만이 대상이 되는 것도 있고, 행위자 아닌 제3자에게 부과되는 것도 있다. 대부분의 형벌은 전자에 해당한다. 대상자의 범죄행위를 전제로 하는 형벌은 법인의 범죄능력이 부정되는 한 법인에게 부과될 수 없다. 행위자 아닌 특정 제3자에게 부과될 수 있는 형벌은 몰수(독일에서는 Verfall과 Einziehung)이다. 대상자의 범죄행위를 전제로 하지 않는 이러한 몰수는 법인에게도 부과될 수 있는 것이다.<sup>10)</sup> 따라서 대표자 또는 종업원의 범죄행위로 인하여 법인이 이익을 취한 것이 있다면 당연히 법인으로부터 이를 몰수할 수 있다. 그러나 벌금의 경우에는 우리 실정법이 범죄행위자에 대해서만 부과하는 형벌이기 때문에 원칙적으로 법인의 벌금수행능력을 부정하는 것이 옳다.

그러면 실정법상의 법인에 대한 벌금처벌규정은 어떻게 이해하여야 하는가의 문제가 대두된다. 이 문제에 대해서는 불가피하게 이론의 범주를 떠나 정책의 관

9) 최근에 독일의 Hirsch는 법인 자체는 행위능력이 없으나 법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인에게 범죄능력을 인정하여 형사처벌하는 것은 문제되지 않는다고 한다. 그리고 Tiedemann은 법인에게도 자신의 조직책임(eignes Organisationsverschulden)을 인정할 수 있다고 주장한다. 그러나 Roxin은(AT, 2. Aufl., § 8 III Rn. 56c), Hirsch의 견해에 대해 법인이 기관의 행위에 대하여 형사처벌을 받는 것은 법인 자신의 행위와 자기책임에 기인하여 지는 것이 아니므로 정당화될 수 없다고 반박한다. 또한 Tiedemann이 말하는 법인 자신의 조직책임은 허구에 불과하다고 한다. 왜냐하면 그 조직도 육체적 의사적 실체가 없는 법인 자신에 의하여 형성되는 것이 아니라 자연인인 기관에 의하여 형성되기 때문이라는 것이다.

10) Vgl. Roxin, AT, § 8 III Rn. 56

점에서 바라보아야 한다. 즉 실정법상의 법인에 대한 벌금처벌규정은 법인 자신의 범죄능력 및 수행능력을 일반적으로 인정한 것이 아니라, 입법자가 정책적 관점에서 예외적으로 특별히 법인의 벌금인수능력을 인정한 것으로 해석할 수밖에 없다. 이 경우의 벌금은 법인이 가질 수 있는 재산적 제재에 대한 '사실적 인수능력'만을 반영한 것일 뿐, 자연인의 범죄행위에 대한 경우와 같이 윤리적 비난으로서의 형벌적 성질은 없는 것으로 보아야 한다. 즉 범행을 한 기관이 지는 형벌의 부수효과(Nebenfolge)를 법인이 벌금이라는 재산적 제재의 형태로 인수하는 것이라고 이해하여야 한다. 이러한 형벌의 부수효과는 자기행위가 없더라도<sup>11)</sup> 귀속이 가능하다. 법인처벌규정을 이와 같이 이해한다면 법인의 범죄능력이 부정되더라도 실정법의 규정이 있는 범위 내에서 법인을 벌금형으로 처벌할 수 있게 된다. 따라서 법인의 범죄능력이 부정되면 산업안전보건법의 벌금벌칙조항에 의해 법인을 처벌할 수 없다는 제1심 법원과 항소심 법원의 견해는 필연적인 구속력이 없게 된다. 다만 여기의 벌칙조항에 의한 처벌규정과 아래의 양벌규정에 의한 처벌규정과 관계가 문제될 뿐이다. 이에 대하여는 아래에서 상론한다.

### 3. 산업안전보건법상 양벌규정의 해석

#### 1) 창설적 행위자처벌규정의 문제

##### (1) 제1심 법원과 상고심이 유지한 항소심 법원의 대립

제1심 판결과 상기의 대법원이 유지한 항소심 판결이 일치하는 점은 실제행위자인 대표이사는 산업안전보건법 제23조 3항 소정의 사업주가 아니므로—여기서는 법인이 사업주가 됨—당해규정의 위반행위의 주체가 될 수 없어 위 규정을 근거로 한 벌칙조항에 의해 벌할 수 없다는 것이다. 이에 대하여는 이론이 있을 수 없다. 그러나 산업안전보건법과 같이 위반행위의 주체가 사업주 등 일정한 자로 한정되어 있고, 실제행위자 개인에 대하여는 따로 처벌규정을 두고 있지 아니한 경우에 동법의 양벌규정의 내용인 “법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리

11) 독일의 절서위반법도 이러한 범주에 속한다(Roxin, AT, 2. Aufl., S. 202).



인, 사용인, 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여... 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다"라는 법문 중에서 "행위자를 벌하는 외에"라는 문언을 근거로 하여 실제행위자를 처벌할 수 있는지 여부에 대하여는 제1심 법원과 항소심 법원의 견해가 대립되어 있다. 다른 법률과 관련된 비슷한 사안에서 대법원판례 사이의 대립도 있다.<sup>12)</sup>

제1심 법원은 양벌규정인 법 제71조는 실제의 위반행위자 이외에 그 이익 귀속주체인 법의 또는 자연인이 별도로 있을 경우 그 법인 또는 자연인이 실제 위반행위를 분담하지 아니하였다라도 그 법인 또는 자연인을 처벌할 수 있다는 규정일 뿐 실제행위자를 처벌할 수 있는 창설적 규정이라고는 볼 수 없다고 한다. 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 양벌규정인 제71조의 규정형식 자체가 실제행위자에 대하여는 부수적, 주의적으로 규정하고 있고 사업주인 법인 또는 개인을 주된 처벌대상으로 하고 있으므로 이를 실제행위자에 대한 처벌의 근거규정으로 보기는 어렵다.

둘째, 만일 위 양벌규정 자체가 행위자에 대한 처벌의 근거규정이 된다고 해석하게 되면 실제행위자나 사업주를 원래의 처벌규정으로도 처벌할 수 있고, 양벌규정에 의해서도 처벌할 수 있는 경우가 생기게 되어, 경우에 따라 실제행위자와 사업주에 대한 처벌의 근거규정이 중복적으로 존재하게 되고, 또한 이 경우 원래의 처벌규정에는 징역형과 벌금형이 선택적으로 정해져 있는데 양벌규정에 의하면 사업주에 대해서는 벌금형만으로 처벌하게 되어 있어 실제행위자나 사업주에 대한 처벌의 근거규정 또는 법정형에 혼동이 생기는 문제가 있다.

이에 대한 제1심 법원의 구체적 설명은 다음과 같다. 법 제71조가 처벌대상으로 하고 있는 법 제67조 내지 제70조의 위반행위 중에는 사업주 아닌 종업원 등도 그 주체가 될 수 있는 행위(예컨대 법 제68조 제2호, 제34조 위반행위 등)도 있는바, 법 제71조가 행위주체가 사업주인 행위의 경우만을 처벌대상으로 한정하고 있지 아니한 이상, 위와 같은 경우 그 행위자는 위 양벌규정 자체에 의하여

12) 이를 긍정하는 취지의 판례로는 대판 89. 12. 9. 80 도 384; 83. 12. 27. 82 도 2840; 91. 2. 26. 90 도 2597; 91. 11. 12. 91 도 801; 92. 11. 10., 92 도 2324 등과 이를 부정하는 취지의 판례로는 대판 76. 4. 27. 75 도 115; 82. 6. 22. 81 도 2461; 90. 10. 12. 90 도 1219 등이 있다.

처벌할 수 있게 되는데, 한편 위 행위자는 그 개별조문에 의하여 직접 처벌 가능함은 그 규정내용에 의하여 명백하므로 이는 결국 동일한 법률이 동일행위자의 동일행위에 대하여 2중의 처벌규정을 두고 있다는 결과에 이르게 된다. 또한 위와 같은 결과를 피하기 위하여 "행위자를 벌하는 외에"라는 문언을 행위자가 사업주 이외의 자도 주체가 될 수 있는 위반행위를 한 경우에는 별 의미가 없는 규정 또는 주의적 규정이라고 해석하고, 행위자가 사업주만이 주체가 될 수 있는 위반행위를 한 경우에는 그 처벌 근거규정으로 해석하려 해도 이 역시 동일한 형법 조문 내용이 경우에 따라 주의적 규정이 되기도 하고, 처벌근거 규정이 되기도 하는 등 다의적 조문화하게 되는 것으로 죄형법정주의에 반하는 결과를 초래한다. 이러한 문제는 사업주의 행위에 대한 처벌에 있어서도 똑같이 발생한다.

이에 대하여 상기 대법원이 유지한 항소심 법원(수원지법 94. 12. 15 선고, 94 노 1347; 同旨 수원지법 94. 8. 10 선고, 94 고단 2509)은 다음과 같은 논거로 "행위자를 벌하는 외에"의 양벌규정 문언을 행위자에 대한 창설적 처벌규정으로 보아 제1심 법원의 견해에 반박한다.

첫째, 원래의 처벌규정만에 의하면 위 법조에서 요구되는 안전조치 강구의무의 부담자 및 그 불이행시의 처벌대상자는 사업주인 법인 또는 개인이라고 해석함이 상당하다 할 것이니, 사업주가 법인인 경우에 있어서는 법인은 범죄행위능력이 없으므로 위 처벌규정만에 의하여는 법인의 위법행위를 처벌한다는 규정이 공허한 것이 되고, 사업주가 자연인인 경우에 있어서는 자연인인 사업주가 관리감독자를 지정하여 위와 같은 안전조치 강구를 지시하였는데, 그와 같은 책임을 부여받은 관리감독자가 그러한 안전조치를 강구하지 아니한 경우 사업주인 자연인에 대하여 그 불이행에 대한 고의를 인정하여 책임을 묻기 어려운 경우가 있을 수 있으므로, 이와 같은 경우에 대비하여 양벌규정인 법 제71조가 "법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다"라고 규정한 것이라고 할 것이므로, 위 법 제71조의 "그 행위자를 벌하는 외에"라는 규정의 의미는 원래의 처벌규정에서 행위자를 처벌하게 되어 있는 경우에만 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 처벌한다는 취지의 주의적인 규정이라 볼 수 없고, 위 규정에 의하여 "법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사



용인, 기타 종업원 등이 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 원래의 처벌규정에 의하여 처벌한다”는 취지, 즉 그 위반행위의 주체를 법인의 대표자, 법인이나 개인의 대리인, 사용인, 기타 종업원에까지 확대하여 그 구성요건을 수정한 것으로 보아야 할 것이고(대법원 1980. 12. 9. 선고 80도 384 전원합의체 판결 참조), 그리하여 위 양벌규정에 의하여 실제행위자를 처벌하게 되는 경우에 사업주인 법인이나 개인에 대하여도 그 책임을 물어 벌금형으로 처벌한다는 것이 되어 위 법률과 처벌법조의 취지가 살게 될 것이다.

만약 원심과 같은 입장에 선다면, 이 사건의 경우에 분명히 법이 요구하는 안전조치가 행하여지지 아니하였는데도 그 위반행위의 실제행위자는 처벌하지 못하고 사업주인 법인만을 원래의 처벌규정에 의하여 처벌하여야 한다는 결론에 도달하게 되는바, 이는 법인의 범죄행위능력을 인정하고 이를 처벌하는 것이 되어 법인에게는 범죄행위능력이 없고, 다만 그 구성원인 실제행위자의 범죄행위로 인하여 이익을 취득하는 등의 이유로 형사적 제재를 가할 필요성이 있을 경우 그 형벌수행능력만이 인정된다는 형사법의 일반 이론에 어긋날 뿐 아니라, 법인은 징역형의 수형능력이 없으므로 처벌규정상 법정형으로 명시되어 있는 징역형을 선택할 수 없는 문제가 생기며, 실제 위반행위를 함으로써 비난가능성 및 처벌필요성이 더욱 강하다고 할 자연인인 실제행위자를 처벌하지 못하는 문제가 발생하게 된다 할 것이다.

둘째, 원심판결은 위 양벌규정을 통하여 실제행위자를 처벌할 수 있다고 해석하게 되면 실제행위자나 사업주를 원래의 처벌규정으로도 처벌할 수 있고 양벌규정에 의하여도 처벌할 수 있는 경우가 생기게 되어, 경우에 따라 실제행위자와 사업주에 대한 처벌근거규정이 중복적으로 존재하게 되고, 또한 이 경우 원래의 처벌규정(벌금형과 그외의 형이 선택적으로 규정되어 있는 경우)과 양벌규정은 그 법정형이 다르게 되므로, 실제행위자나 사업주에 대한 처벌근거규정 또는 법정형에 혼동이 생기는 문제가 있다고 하나, 위와 같은 해석론에 원심이 지적하는 문제점이 있다면, 그런 문제점은 원심과 같이 원래의 처벌규정에 의하여 법인인 사업주만을 처벌하여야 한다고 해석하는 경우에도 생길 여지가 있는 것이어서(원심의 해석론에 의하여도 이 사건의 경우에 법인인 사업주에 대하여 원래의 처벌규정과 양벌규정이 중복적으로 적용되는 것인지, 아니면 어느 한 조항만이 선택적으로 또는 배타적으로 적용되는 것인지에 관한 해석의 혼란은 여전히 있는 것이다) 그런

이유 때문에 반드시 원심과 같이 해석하여야 한다고는 볼 수 없을 뿐 아니라, 원심이 지적하는 위와 같은 문제점은 실제행위자는 원래의 처벌규정으로 처벌하고 법인인 사업주는 양벌규정에 의하여 처벌하는 것으로 원래의 처벌규정과 양벌규정의 취지에 맞게 해석하는 방법을 따른다면 합리적으로 해결될 수 있다고 할 것이다.

셋째, 현대는 산업사회의 고도화로 인하여 상당수의 사업주가 개인기업이 아니라 법인의 형태를 띠고 있다 할 것인바, 이와 같은 실정에 비추어 보더라도 위와 같이 해석하는 것이 산업안전, 보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지, 증진함을 목적으로 하는 산업안전보건법의 입법목적에 부합한다 할 것이다.

## (2) 논평

제1심 법원과 항소심(및 상고심) 법원의 대립되는 주된 논지는 산업안전보건법의 양벌규정에 적시된 “행위자를 벌하는 외에”의 문언이 법인 또는 개인 사업주를 위하여 행위한 실제행위자를 처벌할 수 있는 창설적 규정인가의 문제와 만약 창설적 규정이라고 볼 경우에 야기되는 벌칙규정과 양벌규정의 법적용상의 충돌을 어떻게 해결할 것인가의 문제에 있다.

후자의 문제에 대하여는 별도로 논하기로 하고 여기서는 전자의 문제에 한하여 논평하기로 한다. 전자의 창설적 처벌규정 여부에 대하여는 이를 인정하는 항소심(및 상고심) 법원의 해석이 옳다고 생각한다. 이러한 취지의 실정법은 우리나라와 같이 일반적으로 법인의 범죄능력이 부정되는 독일에서 발견되고 있다. 독일형법 제14조(Handeln für einen anderen(타인을 위한 행위))는 자연인이 법인의 기관으로서 행위하거나 타인의 위임을 받은 자가 그 위임에 기초한 행위를 한 경우에, 인적 요소를 근거로 형벌을 과하는 법률은 그 인적 요소가 실제행위자에게 존재하지 않고 법인 또는 위임자에게만 존재하는 경우에도 실제행위자에게 적용된다고 규정하고 있다.<sup>13)</sup>

소위 기관책임과 대리인책임(Organ und Vertreterhaftung)을 인정한 규정이

13) 본 연구사례와 관련하여 이해의 편의상 독일형법 제14조의 요지만을 기술하였다.



다. 따라서 독일형법에 의하면 예컨대 회사재산에 대한 타인의 강제집행을 면탈할 목적으로 대표이사가 회사재산을 빼돌렸다면 실제행위자인 대표이사는 우리나라 산업안전보건법과 같이 “행위자를 벌하는 외에”라는 별도의 문언이 없더라도 동법 제14조에 의하여 강제집행면탈죄로 처벌된다. 독일형법 제14조의 목적은 단체적 범죄에 있어 형사처벌의 범위를 실제행위자에게 확대하는 데 있다. 만약 이 규정이 없다면, 앞의 사례에서 채권자의 강제집행을 면탈하지 않아야 할 의무주체는 채무자인 법인이지만, 그 법인은 범죄능력이 부정됨으로써 처벌되지 않고, 실제행위자인 대표이사는 채무자로서의 의무주체가 아니기 때문에 처벌되지 않아 종국적으로 어느 누구도 처벌되지 않는 이상한 상태가 발생한다. 이러한 가벌성의 흠결을 치유하기 위하여 신분범의 주체를 확대하는 처벌확장사유(Strafausdehnungsgrund)로서 규정된 것이 독일형법 제14조이다.<sup>14)</sup>

우리나라의 일반형법에는 이와 같은 명문규정은 없으나, 최근에 우리나라 대법원도 일반형사법에 대하여 동일한 취지의 판례변경을 한 바가 있다. 즉 중도금까지 수령한 후에 회사소유의 부동산을 이중으로 매매한 대표이사에 대하여 종래의 대법원 판례는 “부동산을 이중매도한 회사의 대표이사는 제1매수인에 대한 배임죄의 주체가 될 수 없다”고<sup>15)</sup> 판시하였다가, 그 이후의 대법원 판례는 “배임죄에 있어서의 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무 내용대로 사무를 처리할 의무가 있다고 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄의 주체가 된다”고<sup>16)</sup> 견해를 바꾸었다.<sup>17)</sup>

14) Roxin, LK, 10. Aufl., § 14 Rn. 1

15) 대판 82. 2. 9. 80 도 1796

16) 대판 84. 10. 10. 82 도 2595

17) 동 판례는 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 배임죄의 주체가 될 수 없다고 판시하였다. 이는 법인은 사법상의 의무주체는 될 수 있으나 형법상의 의무주체는 될 수 없다는 의미이다. 그러나 이는 타당하지 않다. 법인도 배임죄에 내포된 의무주체는 될 수 있다. 다만 그 의무를 스스로 위반하는 ‘행위’의 주체가 될 수 없을 뿐이다. 따라서 사례에서 배임죄가 규정된 의무주체는 법인과 대표이사 모두에게 인정되지만 행위주체는 대표이사에게만 인정되는 것으로 보

이상에서 소개한 외국의 입법례, 우리나라의 판례 변경, 그리고 산업안전보건법에 규정된 “행위자를 벌하는 외에”라는 비록 불완전하지만 특별히 명시된 문언, 기타 항소심 법원이 개진한 산업안전보건법의 입법취지 등을 고려해볼 때, 동법의 “행위자를 벌하는 외에”라는 문언에 대해 실제행위자의 처벌을 창설하는 규정으로 해석하는 것이 타당하다.

## 2) 양벌규정과 벌칙규정의 적용상의 충돌문제

제1심 법원의 견해에 의하면 산업안전보건법의 벌칙규정은 사업주에 대해서만 적용되고, 양벌규정은 실제행위자가 처벌되는 것을 전제로 사업주에게도 적용된다. 그런데 판례사안에 대해 제1심 법원은 실제행위자의 처벌을 부정하였으므로 양벌규정에 의한 사업주의 처벌이 있을 수 없고 그렇기 때문에 양벌규정과 벌칙규정 사이에 적용상의 충돌은 없다.

그러나 필자가 지지하는 항소심(및 상고심) 법원의 견해에 의하면 실제행위자도 처벌되므로 이 경우 벌칙조항과 양벌규정 사이에는 적용상의 충돌이 발생할 수 있다. 그 충돌의 구체적 형태는 사업주의 경우에는 벌칙규정과 양벌규정의 “법인 또는 개인에게도 동조의 벌금형을 가한다”는 규정 사이에 나타나고, 사업주 아닌 실제행위자의 경우에는 벌칙규정과 양벌규정의 “행위자를 벌하는 외에”라는 규정 사이에 나타난다. 이 문제의 해결은 산업안전보건법의 본문에 있는 각종의 ‘의무규정’, 이를 위반한 경우의 ‘벌칙규정’ 및 “법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인(관리감독자를 포함한다), 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다”는 ‘양벌규정’ 상호간의 모순없는 해석에 달려 있다.

산업안전보건법은 각종의 ‘의무규정’에서 동법이 요구하는 의무의 주체를 사업주 또는 사업주 아닌 종업원으로 나누어 설정하고 있다. 동법의 의무주체는 — 개인사업주 또는 종업원의 구별없이 — 자연인은 물론 법인도 가능하다. 왜냐면, 법인의 범죄행위능력과 법인의 공법적 — 또는 사법적 — 의무주체능력의 문제는

아야 한다.



구별하여야 하기 때문이다. 그러나 그 의무위반에 대한 벌칙조항의 적용은 달리 해석하여야 한다. 동 벌칙조항의 제재가 “징역 또는 벌금”이라는 형벌 — 특히 자유형인 징역 — 인 경우에는 의무주체가 법인인 때는 그에 의한 의무위반(법인은 행위능력이 없으므로 의무위반 ‘행위’라는 표현은 옳지 않다)이 있더라도 불가피한 사정<sup>18)</sup> 없는 한 벌칙조항에 의한 처벌은 부정되어야 한다. 왜냐하면 이론적으로 법인의 범죄능력과 수행능력은 부정되는 것이 옳기 때문이다. 따라서 법인에 대하여는 양벌규정이 존재하는 한 그 양벌규정에 의하여서만 처벌할 수 있다고 해석하여야 한다.<sup>19)</sup> 상기 판례사안의 경우가 여기에 해당한다.

개인사업주와 관련하여서는 다음과 같이 해석하여야 한다. 개인사업주가 스스

18) 여기의 불가피한 사정이란 법인에 대한 양벌규정도 존재하지 않아 벌칙조항을 적용하지 않으면 처벌의 혼란이 있는 경우로 보된다.

19) 양벌규정에 의한 법인처벌의 법적 성질이 무엇인가에 대하여 우리나라에서 과실책임설 또는 무과실책임설의 견해대립이 있다. 그러나 이러한 견해의 대립은 실제에 없는 형식적 논쟁에 불과하다. 중요한 것은 법인은 무엇에 대하여 책임을 지는가에 있다. 만약 법인의 범죄능력이 인정된다면 그 책임은 부진정부작위범과 유사한, 즉 보증인적 지위에 있는 자가 타인의 범죄행위를 저지하지 않은 부작위의 범죄행위에 대한 자기책임이 될 것이다. 그러나 법인은 형법상의 범죄행위능력이 없으므로 이러한 범죄행위를 한 자로서의 자기책임은 없다. 그러나 법인이라도 범죄행위를 실제로 행한 자의 선임감독에 대한 자기책임은 인정될 수 있다. 즉 법인 자신의 선임감독상 책임에 근거하여 양벌규정은 정책적으로 벌금이라는 형벌을 가한 것으로 이해하여야 한다. 이렇게 이해한다면, 법인의 ‘선임’책임은 과실책임인가 무과실책임인가의 문제는 발생하지 않는다. 왜냐하면 법인이 실제행위자를 선임(또는 위임)하였다는 사실문제에 좌우되기 때문이다. 법인이 실제행위자를 선임(또는 위임)하지 않았다면 그의 선임책임은 없고 선임책임이 없으면 감독책임은 아예 문제되지 않는다. 문제가 되는 것은, 법인의 선임이 있고, 그 선임된 자의 범죄행위가 있으면 법인의 감독책임은 무과실책임인가 과실책임인가에 있을 뿐이다. 이때에는 실제행위자가 누구냐에 따라 달리 판단되어야 한다. 그 실제행위자가 법인의 기관이라면 법인은 무과실책임을 져야 한다. 왜냐하면 법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인이 그를 선임한 한 그의 행위로 인한 법효과는 무조건적으로 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 자신이 기관을 사실적으로 감독할 수도 없기 때문이다. 그러나 법인 자신의 유체적 ‘선임’은 여전히 존재하므로 전체적으로 무과실책임이라고 할 수는 없다. 반면에 그 실제행위자가 단순한 종업원이라면 법인의 감독책임은 과실책임에 기초하는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 단순한 종업원의 행위에 의한 법효과는 무조건적으로 법인에게 귀속될 수 없고, 법인은 기관을 통하여 그의 행위를 사실적으로 감독할 수도 있기 때문이다. 따라서 법인이 그의 기관을 통하여 종업원의 범죄행위를 방지하기 위하여 필요한 주의를 다하였음에도 불구하고 그 종업원이 자의로 범죄행위를 하였다면 법인의 감독책임은 부정되어야 한다. 다만, 법인이 그 종업원을 선임하였기 때문에 양벌규정은 그 종업원의 범죄행위를 감독하지 않은 법인의 과실책임을 추정할 규정으로 보아야 하고(이는 법인이 소송에서 자기의 무과실을 주장하지 않으면 입증의 필요가 없는 효력이 있다), 소송에서 입증의 문제가 발생하면 그 입증책임이 법인에게 전환되는 것으로 보아야 한다. 이와 같이 누구의 무엇에 대한 책임인가의 실체를 분류하지 않고, 양벌규정의 법인처벌규정을 포괄적으로 싸잡아 법인의 과실책임 또는 무과실책임 여부를 형식적으로 논쟁하는 것은 무용한 정력낭비일 뿐이다.

로 의무위반을 하였을 경우에는 벌칙조항에 의하여 처벌된다. 이 경우에는 사업주 자신의 고의행위를 전제로 하고 이에 대한 법정형은 징역과 벌금의 선택형이다. 반면에 개인사업주의 의무를 종업원이 위반하였을 경우에는 그 실제행위자는 양벌규정의 처벌장설조항에 의하여 처벌되고, 개인사업주는 역시 양벌규정에 의해 처벌된다(개인사업주에 대한 법정형은 벌금형에 한한다). 이 경우 개인사업주에 대한 처벌 근거는 실제행위자에 대한 선임감독의 책임이다. 따라서 개인사업주에 대한 벌칙조항과 양벌규정은 전자의 처벌근거는 고의의 자기행위에 대한 책임이고 후자의 처벌근거는 타인의 고의행위에 대한 선임감독상의 책임으로서 그 근거가 서로 다르다. 처벌의 근거가 서로 다르기 때문에 양자는 그 적용에 있어서 배타적이어야 한다. 이렇게 해석한다면 상기의 판례사안에서 실제행위자를 양벌규정에 의하여 처벌하면서 동시에 개인사업주를 양벌규정으로 처벌할 수 있다면, 개인사업주에게는 원래의 벌칙조항과 양벌규정에 의한 처벌조항의 이중적 처벌조항이 존재하는 모순이 있게 된다는 제1심 법원의 논지는 설득력을 잃게 된다.

그리고 실제행위자에 대한 법 적용의 문제는 다음과 같이 해석하여야 한다. 양벌규정의 본문에 있는 “행위자를 벌하는 외에”의 문언은 기술한 바와 같이 사업주에게만 의무규정이 있고 실제행위자에게는 의무규정이 없을 때에 한하여 실제행위자에게도 의무위반의 주체성을 확대인정하는 규정이다. 따라서 실제행위자에게 의무규정이 없는 경우에만 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있다. 상기 판례사안의 경우가 여기에 해당한다. 그런데 산업안전보건법의 양벌규정은 법정형으로서 다시 벌칙조항을 지적하고 있다. 이때는 실제행위자에게는 양벌규정에 의하여 구성요건이 창설되고, 그 처벌은 벌칙조항의 법정형에 따라 ‘징역과 벌금의 선택형’이 적용되는 것으로 보아야 한다.

문제는 실제행위자에게도 의무규정이 있고 그 위반에 대한 벌칙조항이 있는 경우이다(상기 판례사안은 이에 해당하지 않는 경우이다). 이 경우에는 제1심 법원이 실시하였듯이 원래의 의무규정과 이에 따른 벌칙조항에 의한 처벌과 양벌규정에 의한 처벌이 중복되는 모양을 가진다. 그러나 이 문제도 양자를 다음과 같이 구별함으로써 해결할 수 있다. 즉 실제행위자에 대한 원래의 의무규정과 이에 따른 벌칙조항에 의한 처벌은 실제행위자의 ‘자기의무의 위반’에 대한 일반적 처벌이지만, 양벌규정에 의한 처벌은 사업주의 의무가 실제행위자에게 확장인정된



데 대한 예외적 처벌이다. 따라서 실제행위자에 대한 의무규정과 이에 대한 벌칙규정이 있는 경우의 실제 의무위반자에 대해서는 자기의무 위반에 대한 벌칙규정만이 적용되고 양벌규정과는 관련을 맺을 필요가 없다. 이렇게 해석한다면 실제행위자에 대한 원래의 처벌규정이 있는 경우에 또다시 양벌규정에 의해 실제행위자의 처벌을 창설하는 것은 이중의 처벌규정이 존재하는 모순이 있다는 제1심 법원의 논지는 설득력을 잃게 된다. 즉 이 경우에는 양벌규정에 의해 새로운 처벌규정이 창설되지 않는다.

#### 4. 결론 및 입법론

법인은 육체적 정신적 실체가 없으므로 그에게 형법상 범죄의 행위능력을 인정할 수 없다. 따라서 법인의 범죄능력과 수형능력은 이론적으로는 부정되어야 한다. 이에 의한다면, 법인을 형사처벌하는 행정형법상의 규정은 이론을 떠나 정책적인 관점에서 이해될 수밖에 없다. 법인을 형사처벌하는 행정형법상의 규정은 대개는 자연인을 의무주체로 하고 그 의무위반에 대해 벌칙조항을 두면서 이 경우에 법인도 처벌하는 양벌규정으로 되어 있다. 그러나 산업안전보건법은 법인과 자연인 모두에 대해 각각 의무주체로 보고 있으며 그 의무위반에 대한 벌칙조항은 물론, 이와는 별개로 양벌규정도 존재하는 특이한 형태를 가지고 있다. 산업안전보건법상의 '의무규정', 그 의무규정 위반에 대한 '형사벌칙규정', '양벌규정' 사이의 관계는 다음과 같이 정리할 수 있다. 의무규정의 의무주체는 동법에 규정된 대로 제한되어야 한다. 이때 법인에게도 의무주체성은 인정된다. 이 의무규정을 위반한 때에 적용되는 규정은 범죄'행위' 능력이 있는 자연인에게는 징역과 벌금이 선택형으로 되어 있는 벌칙조항이다. 이때의 처벌근거는 고의의 자기행위에 의한 자기책임에 있다. 그러나 법인의 경우에는 행위능력이 없으므로 그에 대한 형사벌칙조항의 적용은 원칙적으로 부정되어야 한다. 즉 양벌규정이 있다면 양벌규정만을 적용하여야 한다.

산업안전보건법의 양벌규정 중에서 "행위자를 벌하는 외에"라는 문언은 '실제행위자에 대한 의무규정이 없는 경우에 한하여' 사업주에게 존재하는 의무주체성

이 그에게 확대인정되는 규정으로 해석되어야 한다. 단 의무위반시에 적용되는 법정형은 벌칙조항상의 형벌 즉 징역과 벌금의 선택형이다. 그러나 실제행위자에 대한 의무규정과 벌칙조항이 있다면 직접 그 벌칙조항만이 적용되고 전자의 경우와 같이 양벌규정이 간접적으로도 적용될 여지는 배제된다.

산업안전보건법상의 "법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다"라는 문언은 개인사업주의 경우에는 실제행위자의 선임감독상의 책임을 근거로 처벌하는 것으로 해석하여야 한다. 개인사업주의 고의의 자기행위에 대한 자기책임은 상기한 바와 같이 벌칙규정에 의하여 처벌될 수 있을 뿐이다. 반면에 법인사업주의 경우에는 항상 양벌규정에 의하여서만 처벌될 수 있을 뿐인 것으로 해석하여야 한다. 이와 같이 개인사업주와 법인사업주 사이에 법적용상의 차이가 있는 이유는 실제행위자에 대한 책임구조상의 차이에서 나오는 것이 아니라, 개인사업주는 행위능력이 있고 자기행위에 대하여는 벌칙조항이 적용될 수 있는데 반하여, 법인은 행위능력이 없으므로 자기행위에 근거한 벌칙조항의 적용이 불가능하기 때문에 나오는 불가피한 현상일 뿐이다.

이상과 같이 해석한다면 현행 산업안전보건법상의 벌칙규정과 양벌규정 사이의 적용충돌의 문제는 모순없이 해결된다. 그러나 양벌규정의 "행위자를 벌하는 외에"라는 불완전한 문언에 대해 창설적 처벌규정의 효과를 부여하는 것은 형법의 대원칙인 구성요건의 명확성의 원칙에 비추어볼 때 입법적 미비에 속한다고 지적할 수 있다. 따라서 동법의 양벌규정도 독일형법 제14조와 같이 처벌확대사유를 단정적으로 명시할 것이 요청된다. 이렇게 단정적으로 명시한 바람직한 우리나라 실정법의 예도 있다. 예컨대 증권거래법 제215조(양벌규정) 제1항이 "제208조 내지 제212조에 규정하는 죄를 범한 자가 법인인 경우에는 그 법인에 벌금을 과하는 외에 그 법인의 대표자 기타 업무를 집행하는 책임자에 대하여도 각 본조의 형을 과한다"고 규정한 것은 여기에 해당한다.

끝으로 지적되어야 할 것은, 독일형법 제14조와 같은 처벌확대규정이 일반형법에도 도입되어야 한다는 것이다. 행정형법과는 달리 일반형법에서는 일반적으로 법인의 범죄능력이 부정되고 법인을 처벌하는 양벌규정도 없다. 따라서 일반형사법의 경우에는 법인도 처벌할 수 없고, 실제행위자는 의무주체에 해당되지 않아 처벌이 면탈되는 처벌공백의 상태가 발생할 수 있다. 이를 구제하기 위하여는 독일형법 제14조와 같은 처벌확대규정이 필수적으로 도입되어야 한다.<sup>20)</sup> 우



리나라에서 그 필요성을 구체적으로 증명한 것이 본문에 소개된 회사소유의 부동산을 이중매매한 대표이사의 배임죄 사례에서 대법원 판례가 종래의 태도를 변경한 것이다.

(건국대 법학과 교수)

20) 법인의 범죄능력을 인정하면서 이러한 필요성을 제안한 글로는 조병선, 「양벌규정과 법인의 형사책임」, 『형사판례연구』 제3권(1995), 15~16쪽. 그러나 법인의 범죄능력을 인정하면 처벌의 흠결이 생기는 염려는 없으므로, 독일형법 제14조와 같은 규정의 도입필요성은 없거나 크게 감경된다.

### 책에 없는 시시한 이야기 ⑤

유 현 석

#### 조인구 치안국장 사건

1960년 이른바 3·15부정선거사건의 피고인 중에는 서울지방검찰청 검사를 지내다가 내무부 치안국장으로 발령받은 조인구 씨도 끼어 있었다.

그는 3·15선거 때는 서울지방검찰청의 정보부(그때는 지금의 공안부를 정보부라고 불렀다) 검사였기 때문에 부정선거와는 아무런 관계도 없는 사람이었지만 3·15 부정선거로 이탈된 민심 수습을 위해 개각을 하면서 내무부장관이 된 홍진기 씨가 치안국장으로 발탁한 인물이었으므로 4·19 당시는 학생데모를 진압하는 책임을 맡지 않을 수 없었다. 그때는 지금의 청와대를 경무대라고 할 때인데 4·19날 데모대가 "부정선거 다시 하라"(부정선거다, 선거 다시하라는 뜻인데 어법이 잘 맞지 않지만 구호로서는 그럴 수밖에 없었다)는 구호를 외치면서 경무대 쪽을 향해 밀려가니 이 데모대를 막기 위해 투입된 경찰병력이 맨손으로는 막을 수가 없고 광화문 앞에서 점점 밀려가다가 드디어 해무청(정부종합청사 북서쪽 모퉁이쯤 될 것이다) 앞과 마지막 경무대 앞에서 데모대에게 발포하여 많은 희생자가 발생하였다. 이 발포명령을 내린 책임자라 하여 경찰에서는 조인구 치안국장 과 유충렬 서울시 경찰국장이, 경무대에서는 광영주 경호대장이 구속 기소되었다.

조인구 씨는 경성법전을 졸업하고 1946년 사법요원양성소 입소시험을 거쳐 검사로 임관한 분으로 성품이 온화하고 원만하여 발포명령을 할 것 같지는 않았



지만 그가 경찰의 총수였고 누군가 발포명령자는 있었을 것이므로 그가 누명을 벗기는 어려운 상황에 있었다.

기소된 죄명은 살인이고 담당 재판부는 서울지방법원 제1형사부(재판장 장준택 부장)였다. 전에도 말한 바 있지만 1960년 10월 8일 이른바 10·8판결에서 조인구 피고인에게 무죄가 선고되고, 발포책임은 유충렬 시경국장에게 있다고 인정되어 사형이 선고되었다. 나는 그 사건을 담당하지는 않았지만 내가 담당했던 다른 장관들, 자유당 당무위원들에 대한 사건의 증거를 살펴보다가 발포명령을 한 것이 조인구 치안국장은 아니라는 생각을 갖게 되었다. 시경국장이 발포명령을 했는지는 알 수 없지만 증거품으로 제출된 녹음테이프(그때는 녹음기가 커서 테이프 돌아가는 것이 맷돌 돌리는 것 같았다)를 들어보니 그 녹음테이프는 서울시 경 통신과에서 경찰의 무선, 유선의 모든 통신을 녹음한 것이었는데, 그 녹음 내용에는 “치안국장님 어디 계십니까? 경무대가 위험합니다, 명령을 내려주셔야 하지 않습니까?”하는 다급한 목소리가 여러 차례 나오는데 치안국장의 대답은 없고, 짐작에 치안국장은 어디 꼭꼭 숨은 것 같은 느낌이었다.

그런데 나중에 혁명재판소에서는 그 발포책임자로 홍진기, 광영주, 유충렬이 유죄판결을 받았다. 이 10·8판결이라는 것이 헌법을 개정하게 만든 유명한 판결이다. 그날은 토요일이었는데 나는 당시 토요일마다 서울고등법원 김홍섭 원장을 대신해서 오류동 근방에 있던 구산학교라는 수녀들 양성하는 학교에 강의를 다녔는데, 그날도 강의를 마치고 돌아와서 조인구 씨에게는 무죄, 홍진기 내무부장관에게는 징역 9월이 선고되었다는 말을 들었다. 당시의 대통령선거법의 별칙이 최고 징역 6월이어서 경합범가중을 해도 징역 9월밖에 선고할 수 없었다. 이렇게 되니까 4·19우사회를 위시한 여러 4·19단체들이 판결에 불만을 품고 법원을 습격하고 국회에 난입하여 의정단상을 점령하는 사태가 발생하였다. 그런데 이 부정선거사범과 살상행위를 한 자를 무겁게 처벌하려면 소급입법을 하지 않으면 안되고 소급입법을 하려니까 헌법을 고쳐야 하게 되었다. 그런데 헌법을 개정하려면 시일이 걸리니까 10·8판결로 석방된 사람들을 다시 구속하고, 구속기간을 무제한으로 갱신할 수 있게 한 ‘민주반역자에 대한 형사사건임시처리법’이 제정·공포되었다. 그 후 1960년 11월 29일 헌법을 개정하여 소급입법의 길을 열고 특별재판소, 특별검찰부를 설치하여 특별재판소장에 문기선 씨, 특별검찰부장에 김용식 씨가 임명되었다. 그 소급법이라는 것이 부정선거관련자처벌

법, 반민주행위자공민권제한법 등이다. 10·8판결로 석방되었던 조인구 씨는 이 임시처리법에 의하여 다시 구속한다고 하자 도망가버렸다. 그래서 사건은 검사의 항소로 서울고등법원에 계속중 특별재판소에 이송되고, 5·16이 나서 이른바 혁명재판소가 생기자 다시 혁명재판소에 이송되었으나 피고인이 도망갔기 때문에 조인구 씨 사건은 재판을 한번도 하지 못했다.

혁명재판소는 원래 한시적인 재판소였으므로 혁명재판소가 폐지될 때의 미결 사건은 대법원에 인계하게 되어 있었다. 군인들이 하는 것이라, 고등법원 따위는 안중에도 없고 대법원이 혁명재판소의 미결사건을 처리하라는 것이었다. 그런데 그 헌법재판소가 폐지될 때 공교롭게 계엄이 선포되어 있었기 때문에 조인구 씨 미결사건은 육군본부 계엄보통군법회의에 이송되었다. 혁명재판소설치법에 의하여 대법원에 인계하게 되어 있던 것을 군법회의에 이송하려니까 그것에도 법률이 필요했다. 그러나 이른바 국가재건최고회의에서 저희들 마음대로 만드는 법률이니까 언제든지 만들 수 있었다. 그래서 혁명재판소가 미결사건을 군법회의에 이송하는 법률을 만들어 달라니까 만들어주었는데 그 법률은 군법회의에 사건을 이송한 후에 공포되었다. 법률이 나오기도 전에 그 법률을 적용한 것이다. 이런 엉터리짓은 군사정권하에서는 다반사로 있었다. 법률이라는 것을 공포하고 나서 잘못된 것을 발견하면 개정하기는 창피하니까 관보가 틀렸다고 ‘관보정정’이라고 법률 전체를 고쳐버리는 일도 있었다.

어쨌든 조인구 씨는 도망갔으니까 군법회의에서도 재판을 못하고 계엄이 해제 되었으므로 군법회의가 그 사건을 서울형사지방법원에 이송하였다. 당시 나는 형사지방법원 부장판사로 이 사건을 배정받게 되었다. 그러나 나는 서울형사지방법원이 이 사건의 재판을 할 권한이 없다는 생각을 가지고 있었다. 왜냐하면 서울지방법원에서 1심재판을 받고 검사의 항소로 2심법원인 서울고등법원에 계속되었던 사건이 재판 한 번도 하지 않은 채 기록만 빙빙 특별재판소로, 혁명재판소로, 군법회의로 돌다가 도로 1심법원으로 와서 1심재판을 두 번하라는 것은 근거법규도 없을 뿐만 아니라 3심제를 채택한 기본구조에 어긋나기 때문이다. 고등법원으로 이송할까 생각도 했으나 그것도 마땅한 근거가 없고 어차피 피고인이 도망가서 재판을 할래야 할 수도 없으므로 영구미결처럼 캐비닛 속에 처박아두었다.

그런데 그 후 얼마를 지나서 지금은 작고한 권순영 변호사가 찾아와서 청탁을



하는 것이었다. 권순영 변호사는 “법은 보호할 가치가 있는 정조만을 보호한다”는 유명한 판결을 하였던 분으로 서울지방법원 소년부 지원장을 하다가 가정법원을 만들어놓고 퇴관한 분이요 조인구 씨와는 법전 동기생으로 친한 사이였고 나한테는 고등학교 선배도 되는 분이었는데, 껌속말로 하는 청탁이 조인구를 데리고 올 테니까 구속은 하지 말아달라는 것이었다.

나는 서울형사지방법원이 이 사건의 재판을 할 수 없다고 생각하고 있던 처지였으므로 만약 피고인이 나오면 재판을 안할 수도 없고 더구나 구속을 해놓으면 구속기간 안에 재판을 끝내야 하고 구속기간은 또 어떻게 따져야 하는지 어려운 문제가 많았다. 그런데 권변호사가 눈치없이 피고인을 데리고 올 테니 구속하지 말아달란다. 그러나 무어라고 대답할 말도 없어서 “에이, 알아서 하세요. 별걸 다 묻네, 권선배 같으면 구속하지 않겠다고 약속하겠어요?” 하자 그대로 돌아갔는데, 하루는 정말로 조인구 씨를 데리고 판사실에 나타났다. 어떻게 알았는지 그 뒤를 신문기자들이 쫓아와서 ‘조인구 자수’라고 떠들어댄다. 그렇지만 기소되어 있던 피고인이 행방을 감췄다가 다시 나타난 것뿐, 법률상으로 말하자면 자수라고 할 수는 없다. 그래서 조인구 씨를 소파에 앉혀놓고 공판기일 통지서가 가면 받을 수 있는 주소를 신고하고 집에 가 계시오 했다. 그러자 조인구 씨가 주소를 신고했는데 그 주소라는 게 공소장에 있는 주소 그대로이다. 자기 주소에서 도망갔다가 다시 돌아온 것뿐이지 주소가 바뀐 것이 아니니까 생각해보니 내가 참 바보 같은 소리를 했다 싶었다.

조인구 씨와 신문기자들이 돌아간 다음 원장실에서 좀 와달라는 기별이 왔다. 당시 원장은 강안희 씨였는데 이분은 온순하고 얌전해서 나 같이 대가 센 부장은 아주 조심해서 대했다. 원장실에 가니 원장이 전에 없이 친절하게 차를 권하면서 “괜찮을까?” 한다. 나는 그게 무슨 뜻인지 금세 알았지만 시치미를 떼고 “무엇 말씀입니까?” 했더니 “조인구 말이요” 한다. 나는 “아, 그거요? 제발로 걸어와서 재판 받겠다는데 왜 구속합니까? 누가(혹시 상부에서) 무어라고 하면 유부장이란 놈이 말을 들어야지요? 하십시오. 제가 모든 책임을 지겠습니다” 하였다니 원장도 더는 말을 하지 않았다. 그리고 이 사건은 지방법원에서 다시 재판할 수 없다는 내 의견을 말하고 더 연구해보겠다고 한 후 계속 캐비닛 속에 처박고 내가 1966년 3월 28일 퇴관할 때까지 그대로 두었다. 그런데 내가 법관을 사임한 후 그 사건을 인계받은 유태홍 부장(후일의 대법원장)은 이 사건을 꺼내어 토요일마다 공판

을 열더니(그러니까 다른 사람은 아무도 몰랐다) 결국 유죄판결을 하고 범정구속하여 조인구 씨는 다시 영어의 몸이 되었다. 그러나 항소심인 서울고등법원(재판장 정태원 부장판사)에서 무죄가 선고되고 검찰의 상고 포기로 확정되었다. 그러니까 조인구 씨는 판결을 세 번 받긴 하였지만 그것은 3심이 아니라 1심 두 번, 2심 한 번이었다. 아마 우리 재판사상 초유의 일이었고 앞으로도 그런 일은 없으리라.

조인구 씨는 그 후로도 20여 년 변호사 생활을 하다가 금년(1995)에 작고하였다. 술도 좋아하고 바둑도 좋아하던 귀공자 한 사람이 갔다. 3·15부정선거사범의 재판을 한 경험에서 요즘 노·전사건 수사상황의 보도를 보면 많이 발전된 것 같은 느낌을 갖는다. 다만, 어떤 사람을 불러다가 조사를 하는데 보통 20시간에서 30시간이니 그게 잘하는 짓인지는 알 수 없다.

### 장경근 씨의 경우

3·15부정선거 당시의 자유당에는 강경파, 온건파와 기호파(畿湖派)가 있고 부정선거는 기호파가 주동이 되어서 했다는 얘기는 전에 한 바 있는데, 장경근 씨는 강경파로 알려진 자유당 당무위원이었다. 장경근 씨는 해방 후 서울지방법원장까지 지낸 유능한 법조인인데 경기도 부평인가가 선거구였고 자기 선거구에 가서는 경찰서장을 불러다놓고 막 닭아세우면서 이승만 박사가 대통령에 당선되는 건 틀림없는데 내가 이렇게 3인조, 9인조, 완장부대 만들어서 부정선거하고 돌아다니면 이다음 국회의원선거 할 적에 그 영향으로 나만 떨어뜨리려고 하는 것 아니냐고 하면서 부정선거를 위해 만들었던 완장을 전부 거둬다가 경찰서 뒷마당에서 불을 질렀다고 하는 것이 그 사건기록에 나타난다. 그러니까 강경파들은 오히려 ‘그렇게 안해도 이박사는 당선된다’고 하는 그런 생각을 하고 있었던 것이다. 또 온건파는 온건파니까 부정선거에 가담하지 않았고 결국 3·15 부정선거는 이른바 기호파가 획책했다고 하는 것이 거의 틀림없는 사실이다.

그런데 그분이 자유당 당무위원이고 강경파로 알려져 부정선거 모의에 가담했다고 해서 잡혀들어와 다른 당무위원들과 같이 재판을 받았는데 고혈압에 당뇨가 있어서 공판을 할 수 없을 정도로 병세가 심했다. 고혈압하고 당뇨는 치료방



법이 정반대여서 고혈압을 치료하자면 당뇨가 나빠지고, 당뇨를 치료하자면 고혈압이 나빠진다고 한다. 인정신문에도 대답을 못하니(피병이라고 해도 도저히 공판을 진행할 수가 없었다) 보석을 허가해주기로 했다. 그때까지 서울지방법원에서 보석보증금으로 최고액이 100만 환이었는데 나는 보석을 허가해 주되 주거를 메디컬센터로 제한하고 보석보증금을 500만 환으로 하자고 했다. 그때는 메디컬센터가 아직 한국측에 인계되기 전이어서 스칸디나비아 사람들이 운영하고 있었고, 감정유치제도도 없을 때라 메디컬센터에 주거제한을 해놓고 병세의 감정을 시켰다. 그러나 보석보증금 500만 환은 너무 표가 난다는 이유로 다른 법관들이 반대하여 300만 환으로 낙착되었다.

얼마 후에 메디컬센터에서 감정서가 왔는데 이 사람은 며칠에 한 번씩 무슨 주사를 맞고, 식사도 하루에 계란 몇 개를 어떻게 먹고, 밥은 몇 그램을 몇 시간마다 먹으며, 목욕은 어떻게 하고, 잠은 어떻게 자고...하는 식으로 치료법을 전부 적어놓은 책 한 권이나 되는 감정서를 보내면서 우리는 치료를 목적으로 하는 병원이 아니고 진단을 주목적으로 하는 병원이니 진단이 끝난 이 환자는 이 병원에 있을 필요가 없다. 다른 병원으로 옮겨가라는 취지를 알려왔으므로 할 수 없이 피고인의 제한주거를 서울대학병원으로 변경하였다. 그리고 서울대학병원 입원실에 가서 임상 공판을 연 일도 있고 검사도 출석하였다.

그런데 그 피고인 장경근이 어느날 서울대학병원을 빠져나와 부산에 가서 밀선을 타고 일본으로 밀항을 해버린 것이다. 법원에서는 보석을 취소하고 보증금을 몰취하였지만 내 말대로 500만 환으로 했더라도 도망이야 갓갓지마는 국고가 200만 환 손해본 셈이다.

그런데 이런 일이 생기니까 검찰에서는 발뺌을 하고 나섰다. 검찰에서는 서울대학병원에 옮긴 것도 몰랐다는 것이다. 병실공판에 입회까지 해놓고, 지금은 그렇게 하지 않지만 그때는 검찰에 보내는 서류는 청내송부부라는 장부에 끼워서 검사한테 보냈으므로 기록에는 송달보고서가 없다. 그래서 그 청내송부부를 들이대고 검찰을 몰아세운 일도 있다. 그러나 끝내 국회에서 말쟁이 되어 대법원장 서리 배정현 씨가 그 청내송부부를 복사해가지고(그때는 복사기가 없어서 흑연가루를 뿌리고 사진찍는 방법으로 복사를 했다) 국회에 나가서 증언한 일까지 있었다.

장경근 씨는 일본에서 CK생이라는 이름으로 일본 범조계의 소식을 보내오고 그것이 법률신문에 실리곤 하였다. 그러다가 결국 고국에 돌아오지 못하고 일본

에서 작고하였다.

## 5·16의 경험

민주당정권은 1960년 7월 29일 총선거, 8월 23일 장면내각 성립, 1961년 5월 16일 박정희의 군사쿠테타로 붕괴되었으므로 9개월도 채 못 채웠다. 그런데 장면 총리는 5·16이 나자 수유리에 있는 깔멜수녀원에 가서 숨었다. 깔멜수녀원은 개방수도원이 아니라 봉쇄수도원이다. 수도회는 봉쇄수도원과 개방수도원과 반봉쇄수도원의 세 종류가 있는데 깔멜수녀원은 봉쇄수도원이어서 자기 발로 걸어 들어가서 남의 발로 나온다는 수도원이다. 그러니까 외부와는 완전히 차단되어 신문도 라디오도 전화도 없다. 심한 데는 수도원 안에 유리나 쇠손가락 등 자기 얼굴을 비취볼 수 있는 물건이 아예 없는 곳도 있다. 장면 총리가 아주 열심히 천주교신자이고 그런 것을 모를 리 없는데 글썽 그런 곳에 들어가서 박혀 있었으니 미대사관이 AFKN 방송을 통해 그렇게 찾아도 못 나오고 말았다.

당시 나는 돈암동에서 살았는데 5·16 나던 날 돈암동에서는 총소리도 들리지 않았다. 그때나 지금이나 나는 새벽 4시 59분이면 켜지게 라디오를 맞추어 놓고 있는데 5시 뉴스에 무슨 군사혁명위원회 포고가 어떻고 하는 소리를 듣고 무엇인지 짐작하기가 어려웠다. 나는 갑자기 6·25 때 생각이 났다. 6·25 때 분명히 서울중앙방송국에서 인민군방송이 나오는데 정부는 도망가면서도 의정부전방에서 교전중이라는 등 거짓말을 했기 때문에 이 정부발표를 믿은 많은 국민들이 희생된 일이 있었다. 그래서 가만히 생각하니 돈암동 고개에 가보면 알 것 같았다. 돈암동 고개는 서울에 들어오는 요충지로 군사상 아주 중요한 곳이어서 그곳을 장악하지 않고는 서울을 장악할 수 없는 곳이다. 그래서 허름하게 차려입고 고무신을 끌고 돈암동 고개에 가는데 한참 가다가 내가 안경을 안 쓰고 나온 것을 알았으나 가다가 돌아서면 쏠지도 모른다는 생각이 들어서 그대로 고개 가까이 가보니 과연 군트럭 두 대를 고개에 여덟 팔자로 막고 차량의 통행을 검문하고 있었다. 나는 모르는 체하고 고개를 넘었으나 막상 넘고보니 갈 데가 없었다. 한참 생각하다가 김동섭 변호사가 고개 너머에 사는 것이 생각나서 그 집에 찾아가서 초인종을 아무리 눌러도 대답이 없다가 한참 만에야 부인이 나왔길래



세상 바뀌는 줄도 모르고 껴안고 잠만 자느냐고 농담하고 방에 들어가 라디오를 켰다. 그러나 '미국의 소리(Voice of America)'에서도 아무 말이 없고 국내방송에서는 혁명공약만 되풀이하고 있었다.

그 집에서 아침을 얻어먹고 시발택시를 타고 도로 돈암동 고개를 넘어 집에 와서 양복을 갈아입고 출근하니 벌써 많은 판사들이 모여앉아 서로 아는 체하며 정세판단에 여념이 없었다. 그러자 법률신문사 사장 최대용 변호사가 판사실에 들러서 좋아하며 그날 점심을 사겠다고 하여 판사실 전원이 쌍학이라는 음식점에 가서 잘 얻어먹었다. 최대용 변호사는 정치에 뜻을 두고 서울 중구에서 국회의원에 몇 번 출마한 일이 있으나 번번이 정일형 박사(이태영 변호사의 부군)이고 정대철 의원의 부친이며 김홍한, 김의재 변호사의 장인이시다)에게 고배를 마셨는데 이제 군사혁명으로 민주당정권이 무너졌으니 국회의원 해볼 기회가 왔다고 생각하고 있었다. 그러나 그것은 꿈에 지나지 않았다.

#### 부정축재처리위원회에서

나는 왜 그런지 모르지만 무슨 어려운 일이 생기면 누군가가 내 이름을 불러대서 고생을 하곤 하였다. 4·19가 나서 소급하여 계엄이 선포되자 누가 나를 지목했는지 신창동 판사와 같이 계엄사령부에 불러갔으나 용케 구속영장 한장도 끊지 않고 돌아올 수 있었다. 3·15부정선거사범이 기소되어 형사부를 하나 증설하게 되자 또 누군가가 내 이름을 불러대어 형사단독을 하고 있던 내가 징발되어 배석판사가 되고 앞에 말한 대로 자유당 당무위원, 장관, 은행장들의 부정선거사건을 다루느라고 죽도록 고생했다. 그런데 5·16이 나서 혁명재판소를 구성한다고 하기에 그때 법원감독관으로 나와 있던 홍필용 대령을 내가 잘 아는 처지라, 미리 선수를 쳐서 찾아가 만일 혁명재판소에 법관을 파견하게 되더라도 나를 빼달라고 부탁해놓았더니 과연 빠졌다. 나는 실지로 처가 병이 나서 입원했다 퇴원했다 하는 때였다.

그래서 혁명재판소에 끌려가지 않게 된 것을 좋다고 생각하고 있었는데 어느 날 느닷없이 최고회의라는 데서 나를 부른다고 지방법원장을 통해서 통지가 왔다. 그때는 최고회의가 뭔지 몰랐는데 군사혁명위원회가 이름을 바꾸었다는 것

이었다. 충무로에 원호청하던 자리가 왜정시대에는 미나카이라는 일본인 백화점이었는데, 거기에 최고회의가 있었다. 그저 최고회의에서 오란다는 것뿐이고 왜 오라는지 원장도 모른다고 하였다. 할 수 없이 거기로 갔는데 문을 지키는 헌병이 들어가지도 못하게 하면서 "어디서 왔느냐, 누가 불러서 왔느냐" 묻는데, 나는 누가 불렀는지 모르므로 그대로 돌아오고 말았다. 그랬더니 왜 안 오느냐고 또 전화가 왔다. 나는 갔다가 문간에서 헌병한테 쫓겨왔다, 사람을 오라해놓고 그런 법이 어디 있느냐고 따졌다. 그때는 그런 정도의 말도 무서워서 못할 때였다.

총칼 가지고 쿠데타한 놈들에게 무슨 항의를 한단 말인가. 여하튼 그래서 또 갔더니 어떤 중령이 나와서 문간에서 기다리고 있었다. 2층으로 안내되어 올라가 보니까 이게 완전히 면사무소였다. 책상만 잔뜩 갖다놓고 사람들은 어디서 온 뭇하는 사람들인지 바글바글 대고, 뭐가 뭔지 전혀 알 수가 없었다. 저녁 때까지 기다려도 거들떠보는 놈 하나도 없고, 다음날 다시 나가니까 그곳이 부정축재처리위원회라는 것이다.

부정축재처리위원회라는 것은 민주당정권에서 부정축재특별처리법이라는 것을 공포해놓고 시행해보지도 못한 상태에서 정권이 무너져버린 그 부정축재특별처리법을 재무부 관료를 시켜 보완하여 새로 공포하고 그 법에 의하여 설치된 위원회였다.

그런데 그 법률이 잘못되어 있었다. 무엇이냐 하면 부정축재자의 정의에는 국가 또는 공공단체의 도급공사·물품구입 등의 입찰부정, 인허가의 부정취득, 외자·외환의 독점취득 등을 부정축재라고 해놓고서 막상 부정축재자를 어떻게 처벌하느냐 하는 처벌조항에서는 이를 빠뜨린 것이다. 그러니까 나는 처벌조항이 없으면 처벌을 못한다고 하고, 부정축재처리위원(모두 최고위원들이다)들은 부정축재자라고 정의가 되어있지 않느냐고 강변하기 때문에 나는 "부정축재자라고 정의되어 있으니까 부정축재임은 맞는다, 그러나 어떻게 처벌한다는 조항이 없으면 처벌하지 못한다, 죄형법정주의라는 것은 죄뿐만 아니라 벌도 법으로 정하라는 뜻이다"라고 대꾸하고 그 집 대문에 '부정축재자의 집'이라고 써붙이시오 하며 강경히 맞섰다. 같이 갔던 장대영 판사가 겁이 나서 나보고 적당히 타협하라고 충고하였다. 그러나 나는 "부정축재처리위원회는 최고위원 당신들이요, 나는 법률적 조언을 해주기 위하여 온 사람인데 내 말을 안 들으려면 무엇하러 오라 했소? 가겠소"하고 대드니까 할 수 없이 거기에 해당하는 사람들은 처벌을 못했다.



그러니까 이것이 문제가 되어 여러 사람이 구속되는 불상사가 생겼다. 부정축재 처리법이라는 법 자체를 자기들 최고위원들이 만들어놓고 그것이 잘못되었다고 하니 “어떤 놈들이 법률을 이 따위로 만들었느냐, 그놈들 모두 잡아넣어라” 이렇게 된 것이다. 그래서 나도 1961년 9월 25일 구속되어 10월 16일 석방되었다. 그때 나는 실로 귀중한 경험을 하였다. 법관이 며칠씩 감옥에 갇혀보는 나라도 있다지만 정말로 갇혀야지 연습으로 갇혀가지고는 아무 소용도 없는 것이다. 이 귀중한 경험 얘기는 다음 기회에 하기로 하고, 부정축재자 처리를 어떻게 하였는지를 우선 말한다.

부정축재의 유형에는 두 가지가 있는데 하나는 부정기업체, 다른 하나는 부정공무원이다. 부정기업체 중에는 재벌들이 있고, 학교가 있었다. 그래서 고려대학교도 그때 걸렸는데, 전주에 무슨 방직공장을 수익사업체로 가지고 있다가 거기서 부정행위를 했다는 것이고, 유한양행, 인천편유리, 동양시멘트, 동양제과, 대한양회, 또 이병철의 삼성은 말할 것도 없고 좌우간 재벌이란 사람은 다 걸렸다. 내가 당시 배당받은 사건 중에는 삼성이 제일 큰 것이었고, 부정공무원도 여러 사람 있었다. 그런데 그 처리방식이 완전히 주먹구구였다. 법률가들에게는 예컨대 탈세했다고 하면 탈세한 증거가 있어야 하지 않겠는가? 그런데 탈세한 증거가 다 없어졌지 남아 있을 리가 없다. 그러니까 주먹구구식으로 하려고 하는 데 정말 질색을 했다.

내가 삼성의 제일모직을 처리할 때 일이다. 제일모직은 원모로 실을 뽑아서 양복지를 짠 다음 칼로 튀어나온 털을 깎고 부러쉬로 다시 털을 일구어서 또 깎고, 일구고 깎고를 반복해서 가볍고 질긴 좋은 양복지를 만드는데, 그러니까 예컨대 100파운드의 원모를 써서 70파운드의 양복지를 뽑아야 좋은데 만일 80파운드를 뽑으면 무겁고 품질이 나쁜 양복지가 되는 것이다. 그런데 부정축재처리위원회에서는 80파운드를 뽑고서 70파운드만 뽑았다고 거짓 신고하여 10파운드에 해당하는 세금을 탈세했다고 하면서 처벌을 하라는 것이다. 그러면 80파운드를 뽑았다는 증거가 있어야 될 터인데 이 증거가 없는 것이다.

그러니까 위원회에서는 외국의 통계 같은 것을 가지고 와서 그것으로 증거를 삼으라고 한다. 그런데 외국의 통계를 보면 70파운드 이상은 없는 것이다. 영국, 마카오 등 이름난 외국산 양복지가 가볍고 질긴 것은 그래서이다. 그런데 제일모직이 수출 70%라고 신고했으니까 그것은 세금을 더 많이 문 것이지 탈세했다는

증거가 되지를 못하는 것이다. 아무리 미워도 증거가 없는 것을 어떻게 하느냐고 버텼다. 그런데 그때 마침 농어촌고리채 정리를 한다고 최고위원들이 전부 출장 가고 부정축재 쪽은 관심이 없었다. 그런데 처리시한은 닥치고 해서 나는 당돌하게 박정희 씨를 찾아가서, “법에는 8월 19일까지 처리를 끝내야 된다고 시한이 박혀 있는데 위원들은 출장가서 하나도 없으니 어떻게 할 겁니까?”하고 물었다. 그런데 박정희라는 사람이 역시 최고위원들 중에서는 군계일학(群鷄一鶴)이었다. 그는 나한테 “귀관은 판사라지”하길래 그렇다고 했더니 “내 말을 오해하지 말고 들으시오. 위험한 사고방식을 가진 사람이라고 생각하지 마시오. 내가 이병철한테서 100억 환은 받아야 되겠소”한다. 내가 왜 그 말뜻을 모르겠는가. 얼마를 뽑아먹었다고 하면 벌금 100억 환이 산출되어 나오는지 역산하라는 것이다. 그렇게 역산을 해서 103억 환이라는 벌금을 아무런 증거도 없이 부과했다. 그때 법에 부정축재처리위원회의 결정에 이의가 있는 사람은 이의신청을 하는 길이 있었다. 그래서 모두들 이의신청을 해왔기 때문에 나는 배기호 부장과 교체되었다.

배기호 부장은 고려대학교를 나왔고 당시 판사실도 내 방과 붙어 있었기 때문에 친하게 지내던 처지였는데, 이 친구가 가서 내가 처리해놓은 기록을 보니까 증거가 어디 있는지 보이지 않는 것이다. 그러니까 법원으로 전화를 걸어서 “야, 네가 몇 파운드라고 그랬는데 그 증거가 도대체 어디 있냐?”한다. 그래서 내가 “야, 이 미련한 놈아, 그런 소리를 전화로 하는 게 아니야, 퇴근할 때 들러!”했다. 그랬더니 퇴근할 적에 들렀기에 내가 이리이러해서 그랬다. 너도 박정희한테 얼마나 깎아줄까요, 물어봐라. 그러면 틀림없이 얼마 깎아주라고 할 거다라고 말해줬다. 아니나 다를까, “4분의 1쯤 깎아줘!”하더라는 말을 들었다. 그래서 이병철 씨의 벌금은 결국 75억 환인가 76억 환인가로 감액됐다. 여담이지만 재벌들의 생사가 걸린 중대한 일이기 때문에 재벌 총수가 직접 위원회에 나와서 여러가지 변명과 사정을 늘어놓았는데 이병철 씨만은 끝까지 나타나지 않고 아래사람을 보냈다. 어딘가 다른 점이 있어 보였다.

이렇게 해서 벌금을 물게 된 재벌들은 아무리 재벌인들 그 많은 벌금을 현금으로 낼 수는 없으므로 부정축재환수법인가를 새로 만들어 몰납하는 길을 열었다. 이병철 씨는 울산비료를 세워서 주식의 51%를 벌금으로 냈던 것으로 기억한다. 그러니까 모든 경영책임은 국가가 지고 자기는 49%의 이익배당만 받게 되었으



니 그 현명함에는 감탄하지 않을 수 없다.

법조계에서는 서울고등법원 부장판사를 지낸 윤병철 씨가 유일하게 부정공무원이라고 하여 부정축재처리위원회에 회부되었다. 검사는 한 사람도 걸린 사람이 없는데 판사만 한 사람이 걸린 것이다. 그러나 윤병철 씨는 검사에서 판사로 전관한 사람이고 부정축재했다는 내용은 검사시절의 일이었다.

그러나 그 내용은 억울한 것이었다. 검사시절에 추석 때 누구로부터 선물을 받았는데 그것이 부정축재라는 것이다. 1961년 5월 15일 현재의 가액으로 5,000만 원 이상 축재한 자를 부정축재자라 하는데 그 취득 당시의 가액을 물가상승률을 곱하여 1961년 5월 15일 현재 가액으로 환산하는 것이다. 그러나 윤병철 씨의 경우 그렇게 환산해도 5,000만 원이 못 되는 것이다. 그러니까 취득 당시 가액에 연 5푼의 이자를 가산하고 이것에 다시 물가지수를 곱하여 겨우 5,000만 원을 만들어가지고 부정공무원이니까 처벌해야 한다고 우겨대는 것이다. 김성기 판사가 담당했는데 대가 약한 그는 결국 최고위원들한테 밀려서 부정축재자로 처리를 했는데, 나중에 법원에서 무죄가 되고 환수되었던 재산도 모두 되찾았다는 말을 들었다.

나도 서울시 세청장을 지낸 김만기라는 분이 부정공무원이라고 회부되어온 사건을 맡았는데, 나는 무죄라고 주장하고 최고위원들은 유죄라고 주장하여 싸우다가 내가 결정서를 안 쓰고 나와버리니 그들이 이유는 쓰지 않고 주문만 써서 벌금을 과했다가 나중에 법원의 판결로 환수한 재산을 되찾았다는 소식을 들었다. 어쨌든 5·16부정축재처리위원회에서 일을 하고 나니까 국가재건최고회의에서 원치 않는 표창장을 주었다. 당시 최고회의 의장이었던 육군중장 박정희 명의로 되어 있었는데 그 표창장 호수가 제8호이다. 그러니 나는 혁명공신 제8호인 셈이다. 그런데 앞에서 말한 대로 혁명공신을 아무 죄도 없이 1961년 9월 25일에 영장도 없이 잡아간 것이다.

## 특별연구

# 국제법에 비추어 본 제3자 개입금지 규정의 효력

— 연대회의사건에 관한 인권이사회 결정을 중심으로 —

조 용 환

## 1. 머리말

1980년 이른바 국가보위입법회의가 만든 '법률' 가운데 대표적인 악법의 하나로 비판받아온 '제3자 개입금지 조항'의 부당함에 대하여는 많은 논의가 있어 왔다. 이 조항들은 소위 제5공화국 시절 내내 악법으로 지탄받아왔으며 마땅히 폐지해야 할 법이라는 데 거의 국민적인 합의가 이루어져 있었다. 그러나 신헌법에 의하여 설치된 헌법재판소가 일반의 예측과 달리 1990년 1월 15일 노동쟁의 조정법의 제3자 개입금지 규정에 대하여 합헌결정을 한 이후<sup>2)</sup> 더욱 보수적이 된

- 1) 제3자 개입금지 조항은 노동조합법 제12조의 2, 제45조의 2, 노동쟁의조정법 제13조의 2와 제45조의 2, 노사협의회법 제27조와 제30조에 의하여 노사관계 전반에 걸쳐 '제3자 개입'을 금지하고 또 처벌하게 되어 있다. 이 중에서 가장 자주 적용해온 것이 노동쟁의조정법이다.
- 2) 헌법재판소 1990.1.15. 선고 89 헌가 103호 결정. 결정문은 헌법재판소, 『헌법재판소 판례집』 제2권(1990), 4~45쪽. 이 결정의 문제점은 『헌법재판소 판례집』 제2권, 36~45쪽에 있는 변정수 재판관의 반대의견과 조경배, 「제3자 개입금지 규정에 대한 헌법재판소 합헌해석의 재해석」, 『민주법학』 4, 푸른산(민주주의법학연구회 편, 1990), 204~223쪽; 김천수, 「제3자 개입금지 조항의 합헌결정에 대하여」, 『법과 사회』 제2호, 창작과비평사(법과 사회 이론연구회 편, 1990), 265~277쪽; 조용환, 「재판을 통하여 본 1990년의 인권」, 『인권보고서』 제5집, 대한변호사협회(1990), 374~385쪽 참조. 노동조합법의 제3자 개입금지 규정에 관한 합헌결정은 1993.3.11. 선고 92 헌바 33 결정, 『헌법재판소 판례집』 제5권 1집(1993), 29~58쪽.



정치사회 사정과 맞물려 이 조항들의 위헌성에 대한 논의는 거의 사라지다시피 하였다. 이렇게 사회 전반의 노동악법 개폐논의는 오히려 더욱 후퇴한 가운데 노동운동권에서만 외롭게 이 문제를 거론해왔다. 그러나 1993년 2월 김영삼정권 출범 이후 이인제 노동부장관이 노동법개정 작업의 하나로 제3자 개입금지 조항을 폐지하겠다는 뜻을 밝혀<sup>3)</sup> 노동법 개정에 대한 기대를 불러일으켰다. 실제로 그 후 노동부에 설치된 노동법개정위원회는 이 조항의 폐지를 건의한 것으로 알려졌다<sup>4)</sup> 정부는 1993년 국제노동기구에 제3자 개입금지 규정을 포함해서 노동법을 개정하겠다고 약속하기도 하였다.<sup>5)</sup> 그러나 정부정책의 보수화와 더불어 1993년 여름 현대자동차 노동조합의 쟁의에 정부가 긴급조정 등 강경한 정책을 채택한 이래 노동법개정문제는 표류를 거듭하다가 마침내 김대통령의 개정불가 선언과 함께 물거품으로 끝나고 말았다. 나아가 현 정부의 정책 실패와 억압적 노동정책, 그리고 1994년 이후 민주노총 건설운동을 저지하려는 정부와 재벌, 노총계열의 노력이 맞물리면서 한때 사문화된 것으로까지 여겨졌던 이 조항은 특히 1994년 6월 지하철과 전국기관사협의회(전기협)의 강요된 파업<sup>6)</sup> 이래 다시 살아나 노동운동을 탄압하는 데 가장 중대한 역할을 하고 있다.<sup>7)</sup>

3) 『동아일보』 1993.5.5, 1쪽, “노조정치활동 허용검토” 제목의 기사 참조.

4) 『동아일보』 1994.10.18, 1쪽, “3자 개입금지 철폐 추진” 제목의 기사; 『국민일보』 같은 날, 2쪽, “제3자 개입금지 철폐” 제목의 기사 참조. 남재희 노동부장관은 국정감사에서 제3자 개입금지 조항을 철폐할 방침이라고 밝히기까지 하였다.

5) International Labour Office, Governing Body, 294th Report of the Committee on Freedom of Association, GB.260/5/4(260th Session), Geneva, June 1994, para. 269.

6) 당시 가장 큰 쟁점은 철도청 기관사들의 조직인 전기협을 협상대표로 인정할 것인가 하는 점이었고, 철도청의 대화거부로 인하여 전기협은 6월 27일 파업에 들어가겠다는 입장을 밝히고 있었다. 이런 가운데 6월 22일 전국노동조합 대표자회의 권영길 의장은 남재희 노동부장관과 만나 전기협을 대화창구로 인정하는 데 합의하여 협상을 대화로 타결할 수 있게 되었다. 그런데 그 대화 직후인 6월 23일 새벽 정부는 6,000여 명의 전투경찰을 동원하여 전기협 간부들과 회원 600여 명을 연행하였고 이는 자연스럽게 파업으로 이어졌다(이공순, 『공안과, 대화거부 '강공'선택』, 『한겨레 21』 제16호, 26~29쪽. 전기협과 지하철 파업에 대한 강경진압의 문제점은 조용환, 『파업과 정치활동은 가장 자유민주적인 행위』, 『한겨레 21』 제17호, 20~21쪽 참조).

7) 전노협의 전 위원장이고 민주노총의 부위원장인 단병호 씨가 1993년 현대자동차 파업현장에서 한 연설 등과 관련하여 제3자 개입혐의로 구속기소되어 부산지방법원 울산지원에서 징역 1년의 형을 선고받았으며(95 고단 1611) 1995년 11월 23일 민주노총 권영길 위원장이 1994년 6월 지하철과 철도의 파업에 개입하였다는 혐의로 구속되어 12월 16일 기소되었고(서울형사지방법원 95 고단 10975사건) 역시 민주노총의 양규현 부위원장도 제3자 개입혐의로 수배 받고 있다.

헌법재판소가 노동쟁의조정법의 제3자 개입금지 조항을 합헌이라고 결정해버림으로써 이 조항의 위헌성에 대한 논의는, 적어도 형식논리의 차원에서는 현실 속에서 뜻을 잃어버리게 된 것이 사실이다. 그 이후 사안에 따라 이 조항의 범위를 다소 제한하는 듯한 법원의 판결이 없지 않았으나,<sup>8)</sup> ‘제3자 개입’의 위법성을 따지는 공정한 기준이 없어 법원의 판결들을 둘러싸고 이론적인 논의가 진전되기도 않았다. 더구나 이 조항은 실제로 처벌할 가치가 없는 행위를, 단지 정부와 기업의 이해관계를 보호하기 위하여 처벌하는 것이기 때문에 정부당국과 검찰, 법원의 주관적 평가 외에 ‘제3자 개입의 법리’라고 할 만한 것이 생겨날 여지가 처음부터 없었다고도 할 수 있다. 말하자면 이 조항은 노동자들의 노동기본권 행사를 지지하고 지원하려는 일체의 움직임을 ‘제3자 개입’이라는 이름으로 처벌하여 ‘제3자 개입’을 ‘불순한’ 행위로 낙인찍음으로써 노동운동은 단위사업장의 노동자들만에 의하여, 그 사업장에 관련된 문제에 한하여만 관여할 수 있다는 이상한 생각을 사회에 퍼뜨려 노동자들을 그들 스스로로부터, 그리고 일반사회로부터 고립시키는 역할을 하고 있는 것이다.<sup>9)</sup>

8) 이 점에 관하여는 김진수, “노동법상의 제3자 개입금지 조항과 표현의 자유: 한국의 의사·표현의 자유 실상”(민간협 등 1995.6.29. 토론회 자료집), 26~27쪽 참조. 법원의 판례를 다소 무리하게 분류한다면 “단순한 상담이나 조언 등 조력행위”에 지나지 않는 것은 제3자 개입이 아니라고 하고 그 정도를 넘는 적극적 지지의사 표시는 제3자 개입으로 보아 처벌하는 듯하다. 이는 헌법재판소 결정의 이유에 영향받은 듯하나 어디까지가 “단순한 상담이나 조언”이고 어디로부터 그 한계를 넘는 것인지에 대한 아무런 기준이 없기 때문에 결국 당사자의 말과 행동 하나하나에 대하여 그때그때 판사의 주관적 느낌에 따라 처벌 여부를 결정하는 결과가 되고 있는 실정이다. 굳이 제3자의 개입행위를 처벌한다면 ‘노동조합의 자주성’을 침해하였는가 기준이 되어야 할 것인데, 실제로는 노동조합의 동의 또는 요청을 받고 노동조합과 연대하려는 다른 노동운동가나 조직 혹은 일반인들을 노동조합과 차단하려는 것이 이 조항의 목적이기 때문에 자의(恣意)적인 기준이 설정되는 것이다.

9) 김훈은 다음과 같이 말하고 있다. “인간의 인간다운 도덕성은 그가 제3자로서 남의 고통과 남의 재난에 개입할 수 있을 때 비로소 가능성이 열리는 것이다. 개입하는 ‘제3자’의 존재가 없다면 인간은 인간의 편에 가담하는 역사와 문화를 건설할 수 없다. 야수들의 싸움에는 제3자가 개입하지 않지만, 인간들 사이의 분쟁에는 제3자가 개입해야 한다. 왜 그런가. 여기에 대한 대답은 간단하고도 명료하다. 인간은 야수가 아니기 때문이다. 법률은 ‘제3자’의 존재를 부정하고 있다. 법은 인간의 삶을 규제하는 형식일 터인데, 야수의 싸움에 기준을 두고 있다. 우리는 왜 학교를 만들어서 아이들을 교육시키는가. 민주주의는 왜 3권을 분리시키는가. 왜 헌법재판소를 두는가. 이 모든 질문에 대한 나의 대답은 한결같다. 우리는 ‘제3자’가 필요하기 때문이다”(김훈, “제3자가 필요하다”, 『미디어 오늘』, 1995.12.6, 4쪽).



## 2. 연대회의 사건

1990년 12월 전국 16개 대기업 노동조합 간부들이 모여 연대를 위한 대기업 노동조합회의(“연대회의”)를 구성하였다. 연대회의는 당시 정부와 기업들로부터 한국노총에 반대하는 조직체의 결성을 의도했다는 혐의를 받고 집중적인 견제를 받았다. 그러던 중 1991년 2월 연대회의의 구성원이기도 한 경남 거제의 대우조선 노동조합이 회사와의 단체교섭이 결렬되어 파업에 들어가게 되었다.<sup>10)</sup> 당시 정부는 대우조선 노조가 파업을 시작하기 전부터 파업이 시작되면 경찰력을 동원하여 진압하겠다는 방침을 공공연히 밝히고 있었다. 이에 2월 8일 연대회의는 경기도 의정부에서 구성원 노동조합 간부들 67명이 모여 이 문제를 논의한 후 성명서를 발표하였다. 그 성명서의 내용은 첫째, 대우조선 노조의 파업을 정당한 노동기본권의 행사라고 보아 이를 지지하고, 둘째, 그동안 노조와 교섭에 불성실하게 임한 대우조선 경영진을 비판하고, 셋째, 경찰을 동원하여 파업을 진압하겠다는 정부의 방침을 비난하고 그 철회를 요구하는 것이었다.<sup>11)</sup> 이 성명서는 팩시밀리로 대우조선 노조에 전달되었다. 다음날 이들이 모임을 마칠 즈음 정부는 전투경찰을 동원하여 이들 전원을 연행하였으며 그 중 주식회사 금호 노조위원장 손종규 씨를 포함한 7명이 구속기소되었고 그 혐의는 대우조선 노조의 파업에 개입하였다는, 이른바 ‘제3자 개입금지’ 조항 위반이었다<sup>12)</sup>(검찰은 당시 각 개인별로 이 사건 이전에 벌어진 사소한 행위들을 문제삼아 병합기소하였다. 예컨대 손종규 씨의 경우 그 전체인 1990년 11월경에 있었던 시위를 문제삼아 집회 및 시위에 관한 법률 위반죄와 함께 기소하였다).

구속기소된 7명 중 6명은 법원에 의하여 유죄판결을 받았다<sup>13)</sup>(한진중공업 노조

10) 『한겨레신문』 1991.2.9, 14쪽, “대우조선 파업지도부 골리앗 농성” 제목의 기사 참조

11) 『한국일보』 1991.2.10, 22쪽, “대우노조요구 수용, 경찰투입 중단 촉구, 전노협 등 공동성명” 제목의 기사 참조. 상세한 것은 민주사회를 위한 변호사 모임·한국기독교교회협의회, 『한국인권의 실상』(유엔 인권이사회에 제출한 정부보고서에 대한 반박), 역사비평사, 1992, 98~100쪽 참조.

12) 『중앙일보』 1991.2.11, 22쪽, “노조 연대회의 67명 연행, 의정부 수련회 기습” 제목의 기사; 『한겨레신문』 1991.2.12, 14쪽, “연대회의 3자 개입 집중조사” 제목의 기사; 『한겨레신문』 1991.2.13, 14쪽, “연대회의 간부 7명 구속” 제목의 기사 등 참조

13) 정윤광(서울형사지방법원 91 고단 1474), 이은구(91 고단 1476), 윤명원(91 고단 1477), 홍영표(91 고단 1478), 손종규(91 고단 1479), 이철규(91 고합 379)

위원장인 박창수 씨는 수감중 부상으로 교도소측의 감독 아래 안양의 병원에 입원해 있던 중 사망하였고 검찰은 그가 자살했다고 발표하였으나 그의 죽음을 둘러싼 정황에는 안기부 직원의 개입 등 의문스러운 정황이 드러난 바 있다. 손종규 씨는 노동쟁의조정법과 집회 및 시위에 관한 법률 위반죄로 1991년 8월 9일 서울형사지방법원에서 징역 1년 6월, 집행유예 3년의 형을 선고받았으며(판사 박해성) 그해 12월 20일 서울형사지방법원은 그의 항소를 기각하였고(91 노 6371, 재판장 판사 김권택, 판사 강형주·김득환), 1992년 4월 14일 대법원은 그의 상고를 기각하여(92 도 70, 재판장 대법관 김석수, 이회창, 배만운) 형이 확정되었다. 이러한 탄압의 결과 연대회의는 원래 뜻하던 사업을 하지도 못하고 해산되고 말았다.

## 3. 인권이사회 통보와 심사

손종규 씨는 그 형이 확정된 후인 1992년 7월 7일 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(The International Covenant on Civil and Political Rights, ‘B규약’)과 그 선택의정서(The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, ‘선택의정서’)에 근거하여, 이석태, 김형태, 조용환 변호사를 대리인으로, 이 사건을 인권이사회(Human Rights Committee)에 통보하였다. 인권이사회는 약 3년의 심리를 거쳐<sup>14)</sup> 1995년 7월 19일 위에서 본 바와 같은 손종규 씨의 행위를 제3자 개입금지 규정으로 처벌한 것은 B규약 제

14) 이 사건은 사건번호 G/SO/215/51 KOREA/REP (2) 518/1992로 등록되었다. 선택의정서에 의한 인권이사회 심리는 두 단계로 이루어진다. 첫째단계는 통보가 선택의정서에 따른 모든 형식요건을 갖추었는가를 심사하는 ‘허용성 심사(admissibility test)’이며 이 단계를 통과하면 본안, 즉 문제된 인권침해가 실제로 일어났는가를 심리한다. 대한민국 정부는 1993년 6월 9일 허용성 문제에 관하여 의견을 제출하였으며 같은 해 9월 7일 손종규측에서 반론을 제출하였다. 인권이사회는 1994년 3월 18일 이 사건이 형식요건을 갖추었으므로 통보를 허용한다고 결정하였다(U.N.Doc. CCPR/C/50/D/518/1992, 9 May 1994). 정부는 1994년 11월 25일 본안과 관련하여 “손종규가 폭력시위에 가담하였으며 연대회의의 행위는 국가안보를 침해하였다”는 내용의 의견서를 제출하였고 손종규측은 1995년 2월 21일 반론을 제출하였으며 정부는 이에 대하여 다시 의견을 제출하였다. 이처럼 선택의정서에 의한 인권이사회 심리절차의 특징은 통보된 사안에 관하여 모든 단계마다 정부가 당사자의 주장에 대하여 관련자료를 제출하고 의견을 제시할 기회를 보장함으로써 철저한 공정성과 객관성을 담보한다는 점이다. 이 절차에 관하여는 조용환, 「국제적 인권보호제도와 이용가능성」, 『법과 사회』 제5호, 1992, 105~110쪽 참조.



19조 제2항이 보장한 표현의 자유<sup>15)</sup>를 침해한 것이라고 판단하고 대한민국 정부에 대하여 손씨에게 배상 등 적절한 구제조치를 제공할 것, 제3자 개입금지 규정을 재검토하고 장래에 이러한 인권침해가 일어나지 않도록 보장할 것, 그리고 90일 내에 한국정부가 취한 조치를 보고할 것 등을 요구하였다.<sup>16)</sup>

인권이사회는 B규약에 의하여, 당사국이 위 규약을 제대로 이행하는가를 감시·감독하기 위하여 설치된 국제기구이다. 인권이사회는 규약의 당사국들이 “고매한 인격을 가지고 인권분야에서 능력이 인정된” 18명의 전문가를 선임하여 구성하는 기관으로, 현재 시민적·정치적 권리를 보장하는 B규약의 해석에 관하여 가장 권위있는 기관으로 자리잡고 있다. 인권이사회는 B규약 제40조에 따라 B규약을 비준한 국가들이 정기적으로 제출하는 국가보고서를 심사하고 일반적인 권고를 하는 것과<sup>17)</sup> 선택의정서를 비준한 국가에 의하여 인권을 침해당한 개인이 제기하는 통보를 심리하여 구체적인 사건에서 B규약이 보장하는 인권이 침해당하였는지를 판단하는 것을 기본 임무로 하고 있다.<sup>18)</sup> 손종규 씨가 제기한 사건은 한국의 공안사건으로 인권을 침해당한 사람이 처음으로 사건을 인권이사회에 제기하여 그 침해 여부의 판단을 구한 사건이었다.

15) B규약 제19조 제2항은 다음과 같다. “모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.” 제19조 제3항에 의하면 이러한 권리는 “법률에 의하여 규정되고” 타인의 권리 또는 신용의 존중 또는 “국가안보 또는 공공질서 또는 공공보건 또는 도덕의 보호”를 위하여 필요한 경우에만 일정한 제한을 받을 수 있다.

16) Human Rights Committee, Views, Communication No. 518/1992, U.N.Doc. CCPR/C/54/D/518/1992, 3 August 1995.

17) 한국은 1991년 최초보고서를 제출하였고 인권이사회는 1992년 7월 제네바에서 한국정부대표가 참가한 가운데 보고서를 심리한 후 한국정부에 대한 권고를 채택한 바 있다. ‘대한민국, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제40조에 따른 최초보고서’(U.N.Doc. CCPR/C/68/Add.1)가 정부의 보고서이며, 이에 대하여 민주사회를 위한 변호사모임과 한국 기독교교회협의회가 반박보고서인 ‘한국인권의 실상’을 제출하였다. 인권이사회는 심리와 권고 내용은 전정배, 「국제적 비판에 직면한 한국의 인권상황」, 『민주사회를 위한 변호』, 창간호, 역사비평사, 1993, 24~52쪽; 조용환, 「國內法과 人權狀況 再檢討해」, 『法律新聞』, 1992.9.3, 11쪽 참조. 인권이사회는 회의록은 U.N.Doc. CCPR/C/SR.1150(17 July 1992), U.N.Doc. CCPR/C/SR.1151(24 July 1992), U.N.Doc. CCPR/C/SR.1154(20 July 1992) 참조. 인권이사회는 권고는 U.N.Doc. CCPR/C/79/Add. 6(25 September 1992) 참조.

18) 이사회는 B규약 제41조에 따라 규약당사국들 사이에 규약의 이행문제로 분쟁이 생긴 경우 이를 조정하는 권한도 갖고 있으나 실제로 B규약이 효력을 발생한 이후 이러한 사건은 한번도 없었다.

이 사건의 허용성 심사단계에서 쟁점은 손씨가 국내의 구제절차를 다 마쳤는 가하는 문제였다. 손씨는 그가 대법원의 판결을 받았고, 제3자 개입금지 규정에 관하여는 헌법재판소가 이미 합헌결정을 하였기 때문에 국내법 절차에는 더 이상 아무런 구제방법도 없다고 주장하였다. 그러나 한국정부는 손씨가 국내의 구제절차를 다 마쳤다고 하기 위하여는 헌법재판소의 결정을 다시 받아야 한다고 주장하였다. 정부의 주장에 따르면 헌법재판소가 한 합헌결정은 주문에서 제3자 개입금지 규정이 헌법에 명시한 노동기본권, 평등권, 죄형법정주의에 위반하지 않는다는 결정을 하였을 뿐, 표현의 자유를 위반한 것인가에 관하여 판단한 것은 아니기 때문에, 손씨가 표현의 자유를 침해받았다고 주장하는 이상 새로운 헌법재판소의 결정을 받아야 한다는 것이었다. 이 문제에 관하여는 한국법상 헌법재판소에 대한 헌법소원을 선택의정서가 말하는 ‘국내 구제절차’의 하나로 볼 것인가 하는 매우 복잡한 문제가 있고 이 문제는 앞으로 인권이사회에 대한 통보가 늘어나면서 이론적으로 더 깊이 연구할 필요가 있다. 그러나 손종규 씨 사건의 경우 정부의 주장은 명백한 거짓이었다. 헌법재판소 결정이 주문에서 표현의 자유를 보장한 헌법 제21조 제1항과 제3자 개입금지 규정의 관계를 언급하지 않은 것은 사실이지만, 그것은 헌법재판소의 다수의견이 그렇게 불성실한 결정문을 작성한 것이었을 뿐, 그 심리과정에서는 제3자 개입금지 규정이 헌법 제21조 제1항에 위반하는지에 관하여 논의가 있었으며, 이 조항의 위헌을 주장하는 반대 의견의 주된 논거 중 하나가 바로 표현의 자유를 침해한다는 것이었다.<sup>19)</sup> 따라서 헌법재판소가 심리과정에서 제3자 개입금지 규정이 표현의 자유를 침해하는지 여부를 논의한 이상, 그 주문에 그러한 판단내용이 표시되지 않았다고 하여 다시 헌법재판소 결정을 받아야 한다는 정부의 주장은 사리에 맞지 않는 것이었고, 인권이사회도 이러한 주장을 받아들여<sup>20)</sup> 통보가 허용된다고 판단하였다.<sup>21)</sup>

19) 이 점에 관하여 변정수 재판관은 반대의견에서 아래와 같이 주장하고 있다. “모든 국민은 헌법 제21조 제1항에서 보장된 언론·출판의 자유에 의하여 사상 및 의견을 표명하거나 이를 타인에게 전달할 수 있는 권리가 있다. 따라서 노동관계 당사자가 아닌 제3자라 하더라도 근로자의 요구에 의하거나 스스로의 의사에 의하여 노동쟁의나 쟁의행위에 관하여 자기의 의견을 전달할 수 있는 것이다. 그런데 노동쟁의조정법 제13조의 2와 제45조의 2 규정은 위와 같은 국민의 자유를 제한하는 기능으로 작용할 것이 명백하고, 정당한 의견표명조차도 무조건 제3자 개입행위로 보아 제재를 가할 수 있게 되어 언론·출판의 자유의 본질적 내용을 침해할 우려가 있으므로 결국 위 규정들은 헌법 제21조 제1항에도 위반된다.”(『헌법재판소 판례집』 제2집, 42쪽).

20) 상세한 것은 허용성에 관한 인권이사회는 판단인 U.N. Doc. CCPR/C/50/D/518/1992 참조.



본안에 대한 심리과정에서 정부는 국내에서처럼 손씨를 이데올로기적으로 매도 하려는, 상식에 맞지 않는 주장으로 일관하였다. 정부는 B규약 제19조 제3항이 정한 표현의 자유제한 근거에 따라 제3자 개입규정을 정당화하기 위하여 이 조항이 국가안전보장을 위하여 필요한 것이며, 1991년 2월 당시 연대회의의 성명은 “국가 전체 노동자들의 총파업을 선동하기 위한 위장”이었으며 정부로서는 “국가안보와 공공질서가 위협받으리라고 믿을 만한 충분한 이유가 있다”고 주장하였다.<sup>22)</sup>

물론 인권이사회는 이러한 주장을 배척하였다. 인권이사회는 표현의 자유를 제한하기 위하여는 첫째, 법률에 근거해야 하며 둘째, 규약 제19조 제3항이 인정한 목적달성을 위한 것이어야 하며 셋째, 그 목적달성을 위하여 ‘필요한’ 것이어야 한다고 설명하면서 한국정부가 연대회의의 성명서에 의하여 국가안보가 침해된다고 단지 ‘주장’하였을 뿐, 그로 인하여 실제 어떤 내용의 위협이 있다는 것인지를 설명하지 못했으며 결국 손씨의 표현의 자유를 제한할 충분한 조건을 제시하지 못했다고 판단하였다.

21) 이보다 선행하는 문제는 헌법재판소 심리과정에서 헌법재판소가 헌법소원청구인이나 위헌제정법원의 청구이유에 구속되는가하는 점이다. 예컨대 어떤 조항을 위헌으로 만들 수 있는 헌법상의 근거(제3자 개입금지 규정의 경우 헌법 제21조)를 생략하고 청구하였을 경우, 헌법재판소는 마치 형사소송에서 불고불리의 원칙이 적용되듯이 청구인이나 제정법원이 제기하지 않은 쟁점에 관하여는 판단할 수 없는가 하는 점이다. 만일 헌법재판소가 청구인이나 제정법원이 제기한 이유에 구속되고 제기되지 않은 문제에 관하여는 판단할 수 없다면, 헌법재판소의 합헌결정이 있더라도 거기서 다루지 않은 쟁점에 관하여는 다시 헌법소원을 제기해야 한다고 볼 수도 있겠지만, 헌법재판소가 제기된 쟁점에 구속되지 않고 문제된 조항을 위헌으로 만들 수 있는 모든 쟁점에 관하여 판단할 수 있다면, 일단 헌법재판소 합헌결정이 내려진 이상 새로운 헌법소원을 할 필요는 없을 것이다. 헌법재판소법상 헌법재판소가 당사자나 법원이 제기한 쟁점에 국한하여 판단해야 한다는 근거도 없고 지금까지 사례들을 살펴보면 헌법재판소는 일단 헌법소원이나 위헌제정이 이루어진 이상, 당사자나 법원이 제기한 쟁점에 구애되지 않고 모든 위헌가능성을 판단하고 있다.

22) 이 부분에 관한 인권이사회는 결정문을 인용하면 다음과 같다.

“9.1. 1995년 6월 20일자 추가 보고에서 당사국은 대한민국 내 노동운동은 일반적으로 정치적 동기를 가졌거나 사상적으로 영향받은 것이라고 주장하고 있다. 그러므로 대한민국의 노동운동가는 그들의 정치적 목적이나 사상적 원칙을 달성하기 위해 근로자들을 무력과 폭력 및 불법행위로 이끄는 것도 주저하지 않는다고 기술한다. 더 나아가 당사국은 노동자들이 프롤레타리아 혁명사상에 주입된 경우가 빈번하다고 주장한다. 9.2. 당사국은 만약 노동쟁의에 제3자가 개입하여 실제로 근로자들의 결정을 조종하고, 부추기거나 방해하게 되면 쟁의 자체가 다른 의도나 목적으로 오용되는 것이라고 주장한다. 그러므로 당사국은 노동운동의 일반적 성향으로 볼 때 제3자 개입금지법을 유지해야 할 책임이 있음을 실감했다고 설명한다. 9.3. 나아가 당사국은 이 사건중 1991년 2월 대우조선 노동조합을 지지하여 배포된 성명은 국가 전체 노동자들의 총파업을 선동하기 위한 위장이었다고 말한다. 당사국은 어느 나라도 그의 안보상황과 관계 없이 국가적 총파업이 일어날 경우, 국가안보와 공공질서가 위협받으리라고 믿을 만한 충분한 이유가 있다고 주장한다.”

상식 밖으로 안보논리를 주장하며 제3자 개입금지 규정과 손씨 처벌을 정당화 하고자 한 정부의 기도는 두 가지 뜻을 가진다. 국내에서 정부는 이 조항을 정당화하기 위하여 이른바 ‘근로관계의 자주적 성격론’을 주장해왔다. 다시 말하면, “쟁의행위는... 단체협약의 당사자가 될 수 있는 자에 의하여서만 이루어져야 하는 것”이며 “쟁의행위에는 원칙적으로 제3자가 개입해서는 안된다는 성질상의 한계가 있게 되는 것”이라는 것이다.<sup>23)</sup> 그런데 이렇게 우리들에게 ‘익숙한’ 논리를 인권이사회 심리과정에서 주장하지 않은 이유는 무엇일까. 정확하게 알 수는 없지만, 이러한 논리가 적어도 국제사회에서 국제법의 기준에 비추어볼 때는 전혀 받아들여질 여지가 없다는 것을 정부 스스로 알고 있었기 때문이 아닐까 추측된다. 그래서 정부로서는 국제기구들이 비교적 관대한 국가안보 논리를 동원한 것이 아니었을까. 그러나 너무나 상식 밖의 주장은 정부 스스로를 우습게 만들었을 뿐 인권이사회를 설득할 수 없었던 것이다. 결국 전세계에 이런 법률을 가진 사례를 찾기가 거의 불가능하고, 모든 국제기구와 인권단체들이 이 조항의 폐지를 요구하는 현실에서 나타나듯이 제3자 개입금지 규정을 정당화할 합리적인 근거는 어디에도 없다는 사실이 명백히 드러난 것이다.<sup>24)</sup> 국제사회에 대하여 그것을 유지할 타당성 있는 명분 하나 제대로 제시하지도 못하면서 국내에서 마구 남용하며 인권을 유린하고 노동운동을 탄압하는 법률이 바로 제3자 개입금지 규정인 것이다.

#### 4. 국제인권법의 국내법상 지위

##### 1) 국제인권규약

위 B규약과 선택의정서는 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약

23) 헌법재판소 결정의 다수의견. 『헌법재판소 판례집』 제2집, 14쪽 참조.

24) 이 사건은 1995년 9월 28일부터 10월 1일까지 남아프리카 요하네스버그에서 “비밀과 자유 : 국가안보, 표현의 자유와 정보에 대한 접근”이라는 제목으로 열린 국제회의에 국가안보논리를 동원하여 표현의 자유를 침해한 회귀한 사례로 소개되어 참가자들의 비난을 받았다. 위 회의에 제출한 인권이사회 위원 Elizabeth Evatt의 논문 “FREEDOM OF EXPRESSION AND STATE SECURITY - PRACTICE UNDER THE ICCPR” 참조. Elizabeth Evatt는 이 결정에서 한국정부가 한 주장을 자세히 소개한 다음 “인권이사회는 조금도 망설이지 않고 한국정부의 주장을 배척하였다”고 말하였다.



(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 'A규약')과 함께 이른바 국제인권장전(International Bill of Human Rights)을 이루는 것으로, 1966년 12월 16일 국제연합 총회 결의 2200A(XXI)에 의하여 채택된 다자간 조약이며 1977년 3월 23일부터 효력을 발생하였다. 이 조약들은 세계인권선언과 국제연합헌장의 인권규정들을 구체화한, 인권에 관한 가장 권위있는 문서이다. 이 조약들은 오늘날 문명국가들에 의하여, 그 비준 여부를 가리지 않고 인권문제를 판단하는 기준으로 인정되고 있고 국제연합과 국제기관들은 물론, 세계의 인권운동은 이 조약들을 기준으로 삼아 활동을 전개하고 있다.

우리나라는 1990년 4월 10일 A, B 규약과 선택의정서를 모두 비준하였으며 B 규약은 같은 해 7월 10일부터 조약 제1007호로 효력을 발생하였다. 선택의정서는 규약이 정한 인권을 침해당한 당사국의 국민이 인권이사회에 그 사건을 '통보(Communication)'하여 인권침해가 있었는지 여부를 심리할 수 있게 하는 조약으로 규약과 함께 같은 날 조약 제1008호로 효력을 발생하였다.

## 2) 조약의 효력

국제조약인 규약과 선택의정서가 국내법체계에서 어떤 효력을 가지는가를 정하는 기준은 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다"는 헌법 제6조 제1항이다. 이론적인 논의들을 제외하고 쟁점만을 말하자면 문제는 헌법 제6조 제1항이 말하는 '국내법'과 '같은 효력'의 뜻이 무엇인가 하는 데 있다.

먼저 조약과 같은 효력을 가지는 '국내법'이란 헌법을 말한다고 볼 여지도 있고 국회가 제정한 법률을 말한다고 볼 수도 있는데, 국내의 학설과 판례<sup>25)</sup>는 이를

25) 柳炳華, 『國際法』 I, 眞成社(1989), 289~290쪽. 일련의 대법원 판결도 국제조약이 국회가 제정한 법률과 같은 효력을 가지다는 것을 전제로 판단하고 있다. 대법원 1994.4.26. 선고 94누 1005 판결; 1993.10.12. 선고 92도 373 판결 등. 그러나 학자들은 이러한 형식논리를 근거로 국내법에 의하여 조약을 무효화시키거나 사법심사를 하는 것은 사실상 어렵다는 점을 지적하고 있다. "조약의 국제정치성과 조약내용의 단일성·통일성 또 조약무효로 인한 국가체면 손상 등을 고려한다면 조약을 규범통계의 대상으로 삼는 데는 보다 신중한 태도가 요청된다고 할 것이다. 기본권 침해적인 조약을 대통령이 체결하고 국회가 그 조약의 비준에 동의할 가능성이 배제될 수는 없지만, 그러한 헌법저촉의 조약체결을 제지하는 방법으로서 규범통계제도가 원용될 수는 없다. 또 조약이나 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법적 효력은 평화추구이념의 실현을 위한 것이라는 점도 소홀히 해서는 아니된다" [許營, 『韓國憲法論』, 博英社(1990),

국회가 제정한 법률을 뜻하는 것이라고 보고 있다. 또 정부도 국제인권규약의 효력에 관하여 인권이사회와 경제·사회·문화적 권리위원회에 대한 답변에서 조약이 국회에서 제정된 법률과 같은 효력을 가진다고 선언하였다. 그러므로 형식논리상 국내법과 조약의 효력관계에 관하여는 '특별법 우선의 원칙'과 '신법 우선의 원칙'이 적용된다고 보게 된다.<sup>26)</sup>

따라서 이러한 원칙을 적용하면, 국내법과 국제법의 내용이 서로 충돌하는 경우에 서로간에 특별법과 일반법의 관계가 있으면 특별법이 우선 적용되며 그렇지 않은 경우에는 신법, 즉 나중에 공포된 것이 우선 적용되고 일반법 혹은 구법은 그 한도에서 효력을 잃어버리게 된다. 그러나 "어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니된다"는 국제법의 원칙(조약법에 관한 비엔나협약, Vienna Convention on the Law of the

178쪽). 한편 柳炳華, 같은 책, 270~271쪽은 다음과 같이 말하고 있다. "조약이 유효하게 성립되어 국내질서에 소개되면 국내법관은 이를 적용해야 한다. 조약적용은 국가의 의무이고 국가의 의무는 그 기관에 귀속되기 때문이다. 다시 말해서 조약이 일단 국내질서에 소개되면 다른 국내법과 마찬가지로 법규범질서를 형성하여 '법선언'을 임무로 하는 법관은 이를 유지하고 실현할 의무를 부담하게 된다. 일부 국가에서 이른바 '조약이 법률의 효력을 갖는다'는 것은 이런 의미이며, 헌법보다 하위라는 뜻이 아니라 '강제력'을 갖는다는 뜻으로 해석해야 한다." 그밖에 이 문제에 관하여는 Suk Tae Lee, "South Korea: Implementation and Application of Human Rights Covenants", 14 MICH. J. INT'L L. 4(Summer 1993), pp. 726~729 참조.

26) 한국정부는 1995년 5월 2일 경제·사회·문화적 권리위원회에 한 답변에서 조약과 국내법률의 사이에는 신법 우선의 원칙과 특별법 우선의 원칙이 적용된다고 밝힌 바 있다(Republic of Korea, Answers by the Republic of Korea to the questions in connection with the consideration of the Initial Report of the Republic of Korea concerning the rights covered by Articles 1 to 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2 May 1995, p. 2). 법제처는 1965년 당시의 '신문·통신 등의 등록에 관한 법률'과 대한민국과 미합중국간의 우호·통상 및 항해조약(조약 제40호) 사이의 관계에 관하여 "조약과 국내법간에 상충되는 내용이 있을 때에는 국내법 상호간의 충돌이 있는 경우의 효력을 결정하는 일반원칙에 따라 양자간의 효력을 결정"한다고 하면서 특별법인 위 조약이 일반법인 국내법률에 우선적용된다고 밝힌 바 있다(李漢基, 『國際法講義』, 博英社, 1978, 90쪽 참조). 대법원 1987. 11. 24. 선고 85누 448 판결, 1987. 9. 22. 선고 85누 413 판결은 관세법이 정한 세율과 '관세율표상 물품의 분류를 위한 품목분류에 관한 협약'이 정한 세율이 서로 다를 경우에는 원칙적으로 조약을 우선 적용하되 관세법이 정한 세율이 더 낮은 경우에는 관세법에 의한다는 관세법 제43조의 14에 의하여 해결해야 한다고 하였다. 이는 국내법과 조약의 효력관계에 관하여 "조약을 우선적용하되, 그 조약의 우선적용을 배제하는 특별한 국내법 규정이 있는 경우에는 국내법 규정에 따른다"는 것으로 제한적인 조약우위론이라고도 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 사안에서 형식적으로는 관세협약보다 낮은 세율을 정한 국내법을 우선적용하는 모습을 취하고는 있지만, 실질적으로는 낮은 세율의 국내법을 적용하는 것이 관세협약에 위반하는 것이라고 볼 수 없다. 왜냐하면 관세협약의 취지는 가능한 한 관세를 낮추는 것이기 때문이다. 따라서 이 판결은 실질적으로도 조약에 위반하는 국내법을 조약보다 우선적용할 수 있는 가하는 문제에 대하여 해답을 내린 것이라고는 보기 힘들다.



Treaties, 1980.1.22. 조약 제697호)과 국제법을 지키는 것이 헌법의 기본정신이 라는 점, 비준·공포하여 효력이 발생한 조약을 위반하는 것은 국제법 위반인 동시에 헌법을 위반하는 것이 된다는 점 등을 고려하면, 조약은 국내법보다 실질적으로 상위에 있거나 적어도 국내법에 대하여 특별법의 지위를 가진다고 보아야 한다. 만일 형식논리에 따라 조약과 국내법 사이에 단순히 신법 우선의 원칙이 적용되어 이미 체결된 조약의 효력이 후에 제정된 국내법에 의하여 무효화될 수 있다고 한다면 그 자체 중대한 국제법 위반을 구성하며 국가책임을 일으키게 될 것이다. 또 일단 조약을 체결한 이상 국가는 그 이행을 국내외적으로 담보해야 하며 조약과 어긋나는 국내법과 제도를 조약에 일치하도록 변경할 책임이 있는 것은 물론 그 조약과 상충되는 국내법을 제정하지 말아야 할 법적 책임도 지게 되는 것이다. 그러므로 조약과 국내법 사이에 신법 우선의 원칙이 단순히 적용된다고 보는 것은 실질적으로 무리한 해석이라고 하지 않을 수 없다. 정부도 그동안 인권이사회 회의나 경제·사회·문화적 권리위원회에 대한 답변에서 “대한민국의 국회 등 국가기관은 위 국제규약 등 국제법과 위반되는 법률을 결코 제정할 수 없으며 국내법은 국제규약과 모순되지 않는다”고 답변함으로써 실질적으로 국제법이 국내법보다 상위에 있거나 특별법의 관계에 있다는 점을 인정해왔다.<sup>27)</sup>

## 5. 제3자 개입금지 규정의 효력

노동쟁의조정법의 제3자 개입금지 규정의 효력은 이처럼 국제인권법과 관련하여 문제가 된다.<sup>28)</sup> 우선 이 조항은 노동기본권을 보장한 A규약 제8조, 표현의

27) 1992년 7월 15일 인권이사회 회의에서 정부대표는 국내법과 B규약이 같은 효력을 가질 때 규약이 후에 제정된 국내법에 의하여 효력을 잃어버릴 염려가 있지 않은가하는 위원들의 질문에 대하여 “규약이 사후에 제정된 국내법에 의하여 효력을 잃어버릴 수 있다는 주장에 결코 동의할 수 없다. 왜냐하면... 규약이 보장한 인권은 모두 헌법에 포함되어 있어서 규약에 위반하는 국내법은 헌법에 위반할 것이기 때문이다. 어떤 사람이 규약이 보장한 권리가 침해되었다고 주장하는 경우에 법원은 보통 국내법에 따라 판단할 것이지만, 그것이 불가능한 예외적인 경우에 법원은 규약을 직접 적용할 수 있다”(The Covenant could be invoked directly by the court.)고 말하였다. U.N.Doc. CCPR/C/SR.1154, 20 July 1992, para. 9. 또 앞서 본 경제·사회·문화적 권리위원회에 대한 답변에서도 정부대표는 “국내법은 결코 규약을 위반할 수 없다”고 선언하였다. Answers by the Republic of Korea(주 26), p. 2.

자유를 보장한 B규약 제19조 제2항, 그리고 국제노동기구 헌장(1991.12.9. 조약 제1066호)에 위반된다는 지적이 있어왔다. 만일 제3자 개입금지 규정과 이 국제조약들이 서로 충돌한다고 볼 경우, 국제법인 이들 조약이 특별법이라고 본다면, 일반법인 제3자 개입금지 규정이 무효가 된다. 이들 국제법이 특별법이 아니고 하더라도 신법 우선의 원칙이 적용될 것이므로 1980년 12월 31일 법률 제3351호로 공포된 제3자 개입금지 규정보다 1990년 7월 10일 효력이 발생한 인권규약들과 1991년 12월 9일 효력이 발생한 국제노동기구 헌장이 신법인 것에는 의문이 없으므로 제3자 개입금지 규정은 신법에 저촉되어 그 효력을 잃어버리게 되었다.<sup>29)</sup>

그렇다면 제3자 개입금지 조항은 과연 국제법에 위반하는가.

28) 여기서 위 조항이 헌법에 위반되는가 여부는 따로 논의하지 아니한다. 그리고 헌법재판소가 제3자 개입금지 규정에 관한 결정에서 언급하지는 않았지만 국가보위입법회의에서 만든 위법이 헌법에 위반되는가에 관하여도 국가보안법에 관한 헌법재판소의 결정(1992.4.14. 선고 90헌바 23)과 대법원의 판결들(예컨대 1990.9.14. 선고 90도 1518 판결)이 국보위 입법의 위헌성 여부판단을 금지한 이른바 제5공화국 헌법 부칙 조항을 근거로 현행 헌법에도 위반하지 않는다고 판단하고 있으므로 논의하지 않는다. 그러나 법률의 제정절차에 관하여 국민주권주의와 민주주의 원칙에 비추어 단 한마디도 정당화하지 못하면서 폭력에 의하여 만든 법을 개념상 그보다 더 높은 단계에 있다고 간주되는 또 다른 폭력적 법으로 정당화하고자 하는 헌법재판소와 대법원의 철학적·사회과학적 빈곤은 “마치 자기머리 위의 상투를 붙잡고 늪에서 빠져 나오는 정란할 만한 시도와도 같았지만, 그러나 그것은 법효력의 근거를 찾으려는 이들을 절망적인 상황에만 놓고 말았다. 이렇게 되면 사람들은 그만 하나의 暴亂의인 해결에로 유혹되게 마련이다”라는 비판을 면할 길이 없어 보인다(沈德燮, 『法哲學』 I, 法文社, 1982, 80쪽).

29) 물론 논리로는 국내법인 제3자 개입금지 규정이 국제법들에 대하여 특별법의 관계에 있고 따라서 위 국제조약들의 규정과 상관없이 효력이 있다고 주장할 여지도 있다. 金泰川(『제3자 개입금지 조항 위반사건』, 『국제법평론』 제5호(1995-II), 국제법출판사, 155쪽)은 손중규 씨에 관한 인권이사회 결정을 설명하면서 그 효력에 관하여 “국제인권규약은 노동쟁의조정법에 비하여 新法이나, 한편으로 노동쟁의조정법은 국제인권규약에 대한 特別法的 성격을 가진다고 말할 수도 있다고 주장하고 있다. 그렇다면 대한민국은 위 국제조약들을 위반하고 있으며, 국제사회에 대하여 국제법위반의 책임을 지야 함은 물론, 국제법을 지켜야 한다는 헌법 또한 위반하는 것이 된다. 이렇게 볼 경우, 대한민국은 위 국제조약으로부터 탈퇴하거나 국내법을 고치는 수밖에 없다. 그러나 이런 주장은 한국정부가 단 한번도 한 일이 없으며, 현실적으로도 불가능한 것이다. 사안이 다르기는 하지만 북한이 국제조약인 핵무기확산금지조약을 탈퇴한 것이 가져온 국제적 파문을 생각해보면, 국내법을 이유로 국제법을 위반한다는 것이 얼마나 불합리한가를 쉽게 알 수 있다. 金泰川은 같은 논문에서 뚜렷한 결론은 유보한 채 “그러나 일반국제법의 원칙에 의하면, 국가는 국내법 규정을 이유로 하여 어떠한 국제법적 의무의 이행도 거부할 수 없다”고 한다. 또한 국제평화주의를 표방하고 있는 우리 헌법의 해석에 의하더라도 국내법 규정을 이유로 국제법상의 의무이행을 거부할 수 없는 것으로 해석된다. 따라서 이 사건에 있어서 한국정부는 위 노동쟁의조정법의 규정 및 그에 대한 헌법재판소와 대법원의 합헌적 해석을 이유로 이 사건 인권이사회 회의의 국내적 이행을 거부하여서는 아니될 것이다. 만약 한국정부가 그 국내법적 합법성을 이유로 하여 인권이사회 결회의 이행을 거부하는 경우, 국제적 비난을 면치 못할 것이다”라고 하고 있다(같은 논문, 155~156쪽).



우선, 국제노동기구 헌장의 부속서인 필라델피아 선언은 국제노동기구의 기본 원칙 중 하나로 '표현 및 결사의 자유'를 선언하고 있다.<sup>30)</sup> 국제노동기구는 결사의 자유위원회(Committee on Freedom of Association)의 해석을 통하여 그 내용과 범위를 밝혀왔다. 이러한 해석을 통하여 드러난 일반원칙에 비추어보면 제3차 개입금지 규정이 결사의 자유 원칙에 위반되는 것은 명백하다. 더욱 중요한 것은 위 결사의 자유위원회가 여러 차례에 걸쳐 한국의 제3차 개입금지 규정이 결사의 자유원칙에 위반된다는 것을 밝히고 이를 개정하라고 한국정부에 권고했다는 사실이다.<sup>31)</sup>

결사의 자유위원회는 "외부의 간섭이나 개입으로부터 노조의 자율성을 보호한다는 이유를 들어 이를 정당화시키"는 한국정부의 주장을 배척하면서 노동조합 활동가들이 "제3차 개입금지 규정 위반으로 구속된 사실에 대해 심각한 우려를 표명"하고, "정부에게 이전 사건심의에서 이미 판정했듯이 그러한 금지조치는 노동조합의 자유로운 활동에 대한 중대한 제한에 해당되며 따라서 철폐되어야 한다는 점을 상기시키고자 한다"고 선언하였다.<sup>32)</sup>

30) ILO 헌장 전문은 '결사의 자유 원칙'을 승인하고 있고 그 부속서인 필라델피아 선언은 '표현 및 결사의 자유는 부단한 진보를 위하여 필수적인 것이다'라고 선언하고 있다. ILO는 표현의 자유와 결사의 자유는 기본권으로서 인간존엄성의 불가분 요소라고 선언하고 있다. 이를 근거로 하여 ILO는 "시민적 자유를 존중할 (국가의) 의무가 노동조합권의 필수적 요소"이며 따라서 "노동자들과 사용자조직에 부여되는 권리는 특히 세계인권선언과 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약에 열거되어 있는 시민적 자유를 존중하는 데 근거를 두어야 하며 이러한 시민적 자유의 부재는 노동조합권으로부터 모든 뜻을 제거해버린다"고 말하고 있다. 따라서 ILO는 결사의 자유의 필수적 요소로서 ① 신체의 안전과 자유, 자의적 체포와 구금으로부터 자유, ② 의견과 표현의 자유, 특히 간섭을 받지 않고 의견을 가질 자유와 국경을 불문하고 어떠한 수단을 통해 서든지 정보와 생각을 추구하고 받으며 또한 전달할 권리, ③ 집회의 자유, ④ 독립하고 불평부당한 법원을 통하여 공정한 재판을 받을 권리, ⑤ 노동조합의 재산을 보호받을 권리 등을 들고 있다. International Labour Office, General Survey on the Application of the Conventions on Freedom of Association, the Right to Organise and Collective Bargaining and the Convention and Recommendation concerning Rural Workers' Organisations, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III(Part 4 B), Geneva 1983, para. 49~72 참조. 그밖에 상세한 것은 International Labour Office, *Freedom of Association(Workers' Education Manual)*, Geneva 1987; *Freedom of Association(Digest of decisions of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO)*, Geneva 1976 참조.

31) 294th Report of the Committee on Freedom of Association, June 1994, para. 218~274; 297th Report, March-April 1995, para. 23.

32) 이 사건에서 결사의 자유위원회가 한 권고의 요지는 다음과 같다. "(a) 한국정부에게 제3차 개입 금지는 노동조합의 자유로운 활동에 대한 중대한 제한에 해당하며 따라서 철폐되어야 한다는 것을 상기시키면서, 위원회는 정부에게 구속증인 권용목, 이홍우, 홍영표, 오종쇄를 석방할

A규약의 이행상황을 감독하는 경제·사회·문화적 권리위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights; 이하 '사회권위원회')는 1995년 5월 제네바 유엔인권센터에서 회의를 열고 한국의 인권상황에 관한 정부보고서를 심사하였다. 그 결과 위원회는 한국의 경제·사회·문화적 권리 전반은 물론 특히 A규약 제8조가 인정한 노동기본권과 관련하여 노동조합 결성권과 파업권을 보장하도록 노동관계법을 즉각 개정하라는 권고를 하였다.<sup>33)</sup> 위원회는 노동조합 결성과 활동, 파업 등에 관하여 제3차 개입금지 규정을 포함한 한국의 노동관계법 전반에 대한 정부의 보고서<sup>34)</sup>와 추가설명을 검토한 다음 아래와 같이 말하였다.

것과 아직 경찰의 수배를 받고 있는 단병호, 이상현, 이수원, 황호남, 최종호에 대한 혐의를 철회할 것을 요구한다. (b) 앞으로는 필수적이지 않은 서비스에 노동쟁의조정법상의 긴급조정권 조항을 사용하지 말 것을 요구한다. (c) 공무원의 파업권을 금지하는 노동쟁의조정법 제12조 제2항을 가능한 한 빨리 결사의 자유 원칙에 맞도록 개정할 것을 요구한다. (d) 공익사업의 파업권이 엄밀한 의미에서 필수서비스에 한해 제한되도록 필히 노동쟁의조정법 제4조를 개정하는 조치를 취할 것을 요구한다. (e) 반드시 노동조합법 제16조, 21조, 26조, 30조, 34조 제3항을 개정하여 본 위원회 판정서에 설명된 결사의 자유 원칙에 따라 적용되도록 하는 조치를 취할 것을 요구한다. (f) 한국정부에 계획된 노동관계법 개정을 더이상 미루지 말 것을 촉구하며 법개정이 결사의 자유 원칙에 맞게 이루어질 것으로 믿는다. (g) 1,500명에 이르는 전교조 해직교사들이 어쩔 수 없이 전교조를 탈퇴한 후에야 복직을 신청할 수 있었음을 개탄하며, 또한 이러한 정부의 압력은 결사의 자유 원칙을 심각하게 침해하는 것으로 심의하여, 위원회는 한국정부에게 앞으로는 누구도 스스로 선택한 단체를 결성가입할 수 있는 권리를 행사했다는 이유로 해고당하거나 차별을 받지 않도록 할 것과 교사들이 스스로 선택하는 단체를 설립 가입하는 권리를 갖도록 할 것을 촉구한다. (h) 전노협 부위원장 박창수의 죽음에 대하여, 위원회는 한국정부에게 독립적인 사법조사위를 설치할 것을 주장하며 이후 결과를 계속 통보해줄 것을 요청한다. (i) 위원회는 한국정부에게 사용자가 전노협 또는 건설노련 조합원들에게 자행했다는 부당노동행위 주장에 대해 그러한 행위를 저지른 자는 반드시 처벌한다는 단호한 의지를 갖고 그 조사결과를 집행하기 위한 조치를 취할 것과 이와 관련된 진전사항을 계속 통보해줄 것을 다시 한번 요청한다. (ILO 기준과 한국노동법의 차이에 관하여 일반적인 것은 金裕盛, 「ILO 團結權關係條約과 國內勞動關係法の 整備에 관한 研究」, 서울대학교 『法學』 제34권 2호, 1993. 8. 95~119쪽 참조).

33) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CONSIDERATION OF REPORTS SUBMITTED BY STATES PARTIES UNDER ARTICLES 16 AND 17 OF THE COVENANT, Concluding observation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: REPUBLIC OF KOREA, U.N.Doc. FUTURE E/C.12/1995/3(19 May 1995). 이 권고는 『한겨레21』, 1995.6.1, 28~29쪽에 요약 번역되어 있다. 위원회의 심사과정에 관하여는 문진영, 「노동조합은 정부대표 보고서」, 『한겨레 21』, 1995.6.1, 30~31쪽; 김선수, 「유엔 "한국의 사회권은 수준미달"」, 『시사저널』 1995.6.1, 42~43쪽 참조.

34) IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, Initial Report submitted by State Parties under articles 16 and 17 of the Covenant; Addendum, REPUBLIC OF KOREA, U.N.Doc. E/1990/5/Add.19, 5 January 1994, para. 85~130. 그 중 제3차 개입금지 규정에 관한 것은 para. 115~119. 이 보고서의 한글판은 대한민국, 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약 제16조, 제17조에 따른 최초보고서」, 한글판은 영문판과 내용이 다소



노동조합 결성권과 관련된 제약들이 규약 제8조에 따른 한국정부의 의무와 배치된다고 본다. 특히 방위산업체의 노동자 등의 집단에 대하여는 금지하지 않으면서, 교직원들에게 노동조합 결성을 금지할 뚜렷한 이유가 없다. 마찬가지로, 파업권과 관련된 규제는 지나치게 제한적이어서 노동자들 행위의 합법성 여부를 판단하는 데 마치 당국만이 거의 절대적인 재량권을 갖는 것으로 보인다. 교사들이 높이 존경받는 한국의 문화적 전통을 이해하지만, 한국사회의 중요한 부문의 종사자들이 자신이 선택한 노동조합에 속할 기본적 권리와 자유에 대한 과도한 제한을 옹호하기 위하여 문화적 전통을 내세우는 것을 위원회는 전혀 받아들일 수 없다. 위원회는 노동조합 활동과 관련된 여러 해고 소식과 조합원들의 평화로운 활동에 대한 경찰의 공격에 대해서 대단히 놀라게 생각한다.

이런 논거를 바탕으로 사회권위원회는 결론에서 "규약 및 기타 적용가능한 국제적인 기준과 일치하도록 노동조합 결성의 자유와 파업권과 관련된 법과 규정을 한국정부가 즉각 개정할 것을 권고한다. 특히, 교사와 공무원 및 기타 집단의 노조결성권과 파업권을 보장하기 위한 조치가 시행되어야 한다"고 권고하였다.

이 권고는 제3차 개입금지 조항에 관하여 직접 언급하지는 않았다. 하지만 이 조항을 포함한 노동조합의 결성과 활동, 파업에 관한 한국의 법체제를 상세히 검토하고 특히 정부의 보고서와 설명을 충분히 참조한 후에 전반적으로 한국의 노동기본권에 관한 법체도가 A규약 제8조의 기준에 위반한다는 것을 명시하였기 때문에, 제3차 개입금지 조항이 A규약 제8조에 위반된다는 것을 간접으로 밝혔다고 보아도 무리가 없을 것이다.<sup>35)</sup>

다르게 되어 있다. 한글판의 제3차 개입금지 규정에 관한 설명은 124~128항 참조.

35) A규약의 효력과 관련해서는 당사국에 대하여 규약이 정한 권리의 "완전한 실현을 점진적으로 이루기 위하여... 조치를 취할 의무"를 부과하고 있는 규약 제2조 제1항을 근거로, 비준과 함께 즉시 이행의무를 부과하는 B규약과 달리 A규약은 당사국의 사정에 따라 점진적으로 그 내용을 이행하면 되고 즉각적으로 권리를 보장할 책임은 없다는 주장도 있을 수 있다. A규약의 경우 원칙적으로 이러한 주장이 가능하지만, 적어도 노동기본권을 보장한 제8조와 관련해서는 이러한 주장은 전혀 타당성이 없다. 왜냐하면, A규약이 보장한 권리 중에도 평등권, 연구와 창작의 자유, 그리고 제8조가 보장한 노동조합권과 파업권은 비준과 동시에 즉시 이행되어야 하며 당사국이 보장할 의무가 있는 권리라고 해석하는 데 국제법 학자들과 국제기구의 의견이 일치하고 있고 유엔인권위원회에서 A규약을 제정할 당시부터 그렇게 이해되었기 때문이다 (Matthew Craven, *THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS*, Clarendon Press(Oxford, 1995), p. 251). 위원회 자신도 일반논평(General Comments) 제3호에서 A규약 제3조, 제7조 (a) (i), 제8조, 제10조 (3), 제13조 (2) (a), 제14조와 제15조 (3)은 당사국의 법원과 다른 국가기관에 의하여 "즉각 적용

1995년 7월 19일 인권이사회는 위에서 본 바와 같이 파업을 지지한 것을 제3차 개입으로 처벌한 것은 표현의 자유를 보장한 B규약 제19조 제2항에 위반한 것이라고 하면서 제3차 개입금지 규정을 재검토하고 장래에 이러한 위반이 다시 일어나지 않도록 보장하라고 하였다.

표현의 자유에 관한 유엔 특별보고관 아비드 후세인(Abid Hussain)은 1996년 제52차 회기의 인권위원회에 제출할 한국방문보고서에서 노동조합법과 노동쟁의조정법의 제3차 개입금지 규정을 설명하면서 다음과 같이 논평하고 있다.

특별보고관은 노동조합 안에서 결사의 자유는 고충 처리를 포함하여 노동문제에 관한 집단적 의견을 표현하는 전제조건이라고 생각한다. 노동조합은 특히 노동자들이 그들의 직업적 환경과 그와 관련된 활동에 관하여 충분한 정보에 바탕을 둔 의견을 가질 수 있도록 돕는다. 나아가 노동조합은 그들 조합원에 관련된 문제뿐 아니라 노동법이나 조세, 복지문제 등과 같이 사회 전반에 관련된 문제들에 관한 토론을 가능하게 한다. 노동조합은 그 자체로서 인권을 존중하는 민주사회에서 핵심적인 기능을 하는 것이다.

특별보고관은 또한 노동조합활동을 다루는 한국의 법체제가 실제로는 노동자들이 자유롭게 정보를 구하고 받으며 전달하는 것을 방해하고 있다고 본다. 그런데 정보는 노동자들의 직업적인 활동과 발전에 관한 문제들에 관하여 균형잡힌 의견을 형성하는 데 필수적인 것이다. 정보는 노동조합의 조합원 자격과 관계없이 그들의 권리에 관하여 노동자들에게 주는 충고를 포함한다. 또 특별보고관은 법체제가 의견과 표현의 자유를 실현하는 데 긴밀하게 관련되어 있는 집회와 결사의 자유의 완전한 향유를 방해하고 있음을 발견하였다. 이것은 특히 유일하게 합법화되어 있는 한국노총의 외곽에서 설립하려고 하는 민주노총에 관하여 언급하는 것이다.

될 수 있다(capable of immediate application)"고 밝히고 있고 1993년 1월 유엔이 연 전문가회의에서도 이 점을 재확인하였다(U. N. Doc. E/1991/23, para.5; U.N.Doc. A/CONF.157/PC/73 참조). 유엔이 A규약에 따른 당사국의 법적 의무를 명확히 하기 위하여 1987년에 연 전문가회의에서 채택된 Limburg 원칙에 의하면 A규약은 국제법에 관한 비엔나 협약에 따라 해석해야 하며(4항), 당사국은 규약에 의하여 승인된 의무를 이행하기 위하여 항상 선의로(in good faith) 행동해야 한다(7항). 점진적 이행이 허용되는 경우에도 "규약이 보장한 권리의 완전한 실현을 위한 조치를 즉각 시작할 의무(obligation to begin immediately to take steps towards full realization of the rights contained in the Covenant)"가 있다(16항). 또 당사국이 "권리의 즉각적인 실현을 위하여 제거할 의무가 있는 장애요인을 신속하게 제거하지 않을 경우"와 "국제적으로 최소한이라고 일반적으로 받아들여지는 기준을 고의로 달성하지 않는 경우"는 규약의 위반이라고 선언하였다(72항). The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, U.N.Doc. E/CN.4/1987/17, Annex 참조.



특별보고관은 이와 같은 서술을 한 다음 제3자 개입금지 규정의 폐지를 권고한 국제노동기구의 권고를 상기시키고 있다.<sup>36)</sup>

이상에서 본 바와 같이 제3자 개입금지 규정이 국제노동기구 헌장과 A, B규약이 보장한 표현의 자유 및 결사의 자유 원칙에 위반되는 것은 의심의 여지가 없어 보인다. 그렇다면 남은 문제는 다시 이러한 국제조약들과 국내법인 제3자 개입금지 규정의 효력관계이다. 형식논리만으로 따져볼 때 노사관계의 특수한 면을 다루는 제3자 개입금지 규정이 인권의 전반적인 내용을 규율하는 조약들에 대하여 특별법의 지위에 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 앞에서 지적한 것처럼 이러한 해석은 너무나 불합리할 뿐 아니라, 만일 그렇다면 그동안 한국은 국제조약을 무효화시키는 국내법을 가지고 있으면서 이를 숨기거나 알지 못한 채 국제조약을 비준하였으며, 그동안 국제사회와 국제기구에 대하여 국내법은 국제조약들과 일치한다는 거짓말을 해왔다는 결과가 된다. 그리고 그에 대한 국제법적 책임을 지지 않으면 안될 것이고<sup>37)</sup> 한국은 국내법을 이유로 국제조약에서 탈퇴하든가 아니면 국제조약에 위반하는 국내법을 개정 또는 폐지하든가, 선택하지 않으면 안될 의무가 있다. 더구나 국내법에 의하여 조약을 무효화시킬 수 있다거나 국내법 질서에 의하여 조약에 대한 규범통제를 가할 수 있다고 형식논리상 주장하는 주된 논거는 대통령이 인권침해적인 조약을 체결할 가능성에 대한 견제장치를 마련해야 한다는 것이다. 그런데 이 논리를 형식적으로만 이 사건에 적용하면, 인권을 침해하는 국내법, 그것도 이미 존재하고 있는 법률이 인권을 더 잘 보장하기 위하여 사후에 체결된 조약을 무효화시키는 결과가 된다는 점에서 원래 주장과는 정반대의 결과를 가져오게 되는 모순이 있다.

결국 이 문제를 합리적으로 해결하기 위하여는 국제조약들이 제3자 개입금지 규정에 대하여 특별법의 관계에 있다거나 혹은 적어도 평등한 관계에 있다고 보아 신법 우선의 원칙에 따라 문제를 정리하는 수밖에 없을 것이다. 보기에 따라

36) 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, U.N.Doc. E/CN.4/1996/39/Add.1, 2 November 1995, para. 32~39.

37) 국제법을 위반할 경우 그 위반에 대하여 국제적 책임을 지지 않으면 안된다. 물론 이러한 원칙과 실제로 그 책임을 추궁할 국가나 국제기구가 있는가하는 문제는 별개의 것이다.

서는 제3자 개입금지 규정은 국제조약을 알지 못하고 또 국제조약의 기준을 지킬 의사도 능력도 없던, 최악의 인권상황을 기록하던 1980년에 노사관계의 기본 원칙을 정한 것이었을 뿐이며<sup>38)</sup> 위에서 본 국제조약들은 인권에 관한 국내법 수준에서 한 단계 더 나아가 국제사회의 기준에 따라 특별히 인권을 보장하고자 하는 것이라는 점에서 국제조약들이 국내법에 비하여 특별법의 관계에 있다고 볼 수 있다. 인권이사회나 사회권위원회에서 한 한국정부의 선언도 그러한 맥락에서 이해하는 것이 옳바르다고 할 것이다. 그러므로 제3자 개입금지 규정은 한 국정부가 그것과 상충되는 국제조약을 비준하여 그 조약들이 효력을 발생함으로써 실효되었다고 보는 것이 타당하다.

## 6. 국제조약의 해석

혹자는 국제노동기구 헌장이나 A, B규약의 조항에 관하여 결사의 자유위원회나 인권이사회 혹은 사회권위원회의 해석과 대한민국의 법원 또는 정부가 다른 해석을 할 수도 있지 않느냐고 반문할 수 있다. 그러나 이는 전혀 성립할 수 없는 주장이다.

이미 한국이 비준·공포하여 국내법의 효력을 갖고 있는 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 제1항은 “조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다”고 규정하고 있다. 이는 비엔나협약의 규정이 아니어도 모든 법을 해석하는 데 당연히 지켜져야 할 원칙이다. 따라서 한국의 정부와 법원, 그밖에 법을 집행하는 모든 기관은 국제노동기구 헌장과 A, B규약의 조항을 그 “문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석”해야 한다.<sup>39)</sup>

38) 최근에 확인되고 있는 바와 같이 1980년 신군부가 설치한 국가보위입법회의가 사실상 내란 집단의 권력장악 기구에 불과했다는 사실은 이 조항의 효력과 관련하여 특별한 이론적 연구를 필요로 한다. 특히 제3자 개입금지 규정 등 일부 ‘법률’은 내란집단이 자기들에게 잠재적인 위협 세력을 무력화시키기 위하여 만든 것이라는 점에서 더욱 그 효력에 관한 의문을 불러일으킬 수 있다. 그러나 여기서는 이 문제를 따로 고려하지 않는다.

39) 이것을 ‘통상적 의미에 따른 해석원칙(doctrine of plain meaning)’이라고 한다. 상세한 것은 Hersch Lauterpacht, *INTERNATIONAL LAW*(ed. by E. Lauterpacht, Q.C.), Vol. 4, The Law of Peace, Cambridge Univ. Press(1978), pp. 393~403 참조.



그렇다면 이 조약들의 '문맥에 부여되는 통상적 의미'란 무엇일까. 예컨대 그 조약당사국들과 국제사회에서 보편적으로 받아들여지는 내용이 있고 한국의 정부와 법원이 그와 다른 의견을 가지고 있을 경우에 어느 것을 그 '문맥에 부여되는 통상적 의미'로 보아야 할 것인가는 자명한 문제이다. 한국의 법집행기관이 국제사회에서 받아들여지고 통용되는 해석기준과 다른 자신만의 기준을 가지고 '통상적 의미'라고 주장할 도리는 전혀 없는 것이므로, 결국 국제사회에서 통용되는 기준을 그대로 존중하고 받아들이지 않으면 안되는 것이다. 그런데 그 조약을 해석적용할 권한과 책임을 부여받은 국제기구가 있는 경우에는 그러한 국제기구들이 한 해석이 자연스럽게 조약의 '통상적 의미'에 해당하게 될 것이므로 한국의 법집행기관들은 그러한 기구들이 문제된 조약의 내용에 관하여 어떻게 해석하고 그것을 적용해왔는가를 살펴 그것을 받아들이지 않으면 안될 것이다. 특히 국제기구들이 구체적인 한국의 법과 관행에 대하여 조약과 일치 여부를 심리하여 판정한 경우에는 당연히 그 내용들을 받아들이지 않으면 안되는 것이다.

대한민국은 위 조약들을 비준하면서 위 조약들을 해석하고 당사국의 이행상황을 감독하는 기구로 설치된 결사의 자유위원회, 인권이사회와 사회권위원회의 권능을 승인하였다. 말하자면 대한민국은 위 기관들이 위 조약들의 최종 해석기구를 승인한 것이다. 그러므로 결사의 자유위원회가 국제노동기구 헌장의 '표현 및 결사의 자유'에 관하여, 사회권위원회가 A규약 제8조의 문맥에 관하여, 인권이사회가 B규약 제19조 제2항의 '표현의 자유'에 관하여 해석한 내용은 그 조항들의 '문맥에 부여되는 통상적 의미'로 받아들여지지 않으면 안되는 것이다. 만일 결사의 자유위원회나 사회권위원회, 인권이사회를 무시하고 이와 다르게 조약들을 해석한다면, 이는 그 조항들의 '통상적 의미'에 따라 해석하는 것도 아닐 뿐 아니라 조약을 '성실하게 해석'해야 할 의무를 위반하는 것이 명백하다. 이것은 위 조약들을 정면으로 위반하는 것일 뿐 아니라, 국제법을 '통상적 의미'에 따라 '성실하게' 해석해야 한다는 비엔나 협약과 국제법의 일반원칙을 다시 위반하는 것이며 국제법을 지키고 존중해야 한다는 헌법까지 위반하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

흔히 국제기구가 한국의 법체도나 인권상황을 개선하라고 하는 권고에 대하여 '법적 효력이 없는 것'이라고 외면하는 주장이 있다. 일반인들의 국제법과 제도에 대한 지식 부족을 이용하는 이러한 견해는 주로 정부에 의하여 유포되고 있는데,<sup>40)</sup>

근본적으로 잘못된 견해이다.

한국의 인권상황에 관하여 문제를 제기하는 국제기구는 크게 보아 국제연합과 그 산하의 국제노동기구 등 조약으로 설립한 정부간 기구와 민간인권단체들로 나눌 수 있다. 그 중에 민간인권단체들의 권고가 '법적' 효력이 없다는 것은 말할 것도 없다. 원래 국내의를 막론하고 민간기구들이란 보편적인 인권의 원칙과 진실에 근거하여 인권침해를 알리고 전세계 인류와 해당국가 국민들, 그리고 각국 정부들의 양심을 깨우쳐 인권의 보호와 향상을 가져오도록 노력하는 것이다. 그러므로 이러한 민간단체들의 권고는, 비록 그것이 국제법의 원칙들에 근거하여 이루어진 것이라 하여도 법적 효력이 없는 것은 당연하지만, 법적 효력을 따지기 이전에 도덕적, 정치적 효력은 그 어떤 정부기관이나 국제기구의 것보다 더 큰 것이 현실이다. 따라서 이들의 권고에 법적 효력이 없다는 주장은 그 자체 맞는 말이지만, 그러한 주장의 배후에 그들의 권고를 무시하고 인권침해를 은폐하거나 이를 바로잡지 않겠다는 의도가 숨어 있다면 부도덕하고 무책임하기 짝이 없는 일이다.

정부간 국제기구의 경우는 다시 두 가지로 나누어 생각할 수 있다. 정부간 기구는 정치적인 기구와 법적인 기구로 나누어져 있고 문제된 권고가 어떤 성격의 기구에 의하여, 어떤 근거로 이루어진 것인가에 따라 그 효과는 다르게 된다. 예컨대 국제연합의 경우 경제사회이사회의 산하의 인권위원회(Commission on Human Rights)는 정부대표들이 모인 정치적 기관이며 이 기관에서 한 권고나 결의는 정치적인 것일 뿐 당사국을 법적으로 구속하는 효력은 없다. 그러나 안전보장이사회의 결의는 헌장 제25조, 제49조에 의하여 회원국을 법적으로 구속하는 효과가 있다. 인권에 관한 국제조약에 의하여 설치된 기구의 경우에도 마찬가지이다. 예컨대 인권이사회를 설치한 B규약, 사회권위원회의 근거가 된 A규약,<sup>41)</sup> 그리고

40) 위에서 본 사회권위원회의 권고에 대하여도 정부는 "단지 충고사항일 뿐 의무를 지우는 것은 아니다"라는 반응을 보였다고 한다(『한겨레신문』 1995.5.21, 2쪽, "유엔 사회권위원회의 한국 인권관련 권고안 파장"). 그러나 이는 본문에서 보는 바와 같이 전혀 잘못된 주장이며 또한 A규약과 위반되는 국내법제도를 고치지 않겠다는 뜻을 담은 부도덕한 태도라고 하지 않을 수 없다. 또 위 사회권위원회를 비롯한 국제기구에 대하여 대한민국은 국제인권규약을 충실히 이행하고 국내법은 국제인권규약을 위반하지 않는다고 공언해온 말이 스스로 거짓임을 드러내는 것이다.

41) A규약에 의하면 규약의 이행상황은 경제사회이사회가 감독하게 되어 있고 A규약이 사회권위원회를 직접 설치한 것은 아니다. 경제사회이사회는 1978년 15명으로 구성된 실무위원회(working group)를 구성하여 A규약의 이행상황을 감독하게 하였다가 1985년 인권이사회의 예를 따라 18명으로 구성된 사회권위원회를 설치하여 실무위원회의 기능을 대신하게 하였다.



국제노동기구 헌장 등은 그 자체가 법적 효력이 있는 국제법이며 당사국은 비준이라는 법률행위를 통하여 이들 조약들을 자기 나라에 효력이 있는 법으로 받아들이고 성실하게 이행할 것을 약속하였다. 따라서 당사국들은 그 조약들이 인정한 인권을 보장하는 동시에 인권침해를 방지하고 침해행위에 대하여는 배상 등 조치를 취할 '법적' 의무가 있는 것이다. 그런데 과연 조약이 인정한 인권이 침해되었는가 혹은 국내법이 조약과 충돌하는가 여부는 최종적으로 이 조약들이 설치한 감독기구의 판단에 따를 수밖에 없는 것이므로 조약에 의하여 설치된 기구들의 권고는 이들 조약의 '통상적 의미'에 관한 최종 해석으로서 당사국들이 이를 존중하고 지키지 않으면 안된다.<sup>42)</sup> 더구나 인권에 관한 국제조약들은 국가간의 관계를 정한 조약들과 달리 개인을 국제법의 주체로 받아들이고 조약체결 당사국과 그 지배를 받는 개인간의 관계를 전제로 한 것이다. 따라서 인권조약들은 처음부터 그것이 조약체결 당사국 사이에서가 아니라 체결국 내에서 이행될 것을 전제로 성립하는 것이므로 조약이 당사국에 부과하는 '국제적' 의무의 본질이 곧 '국내적' 이행에 해당하는 것이다. 따라서 인권조약들의 경우 '국제적' 효력과

상세한 것은 Philip Alston, "The Committee on Economic, Social and Cultural Rights", in *THE UNITED NATIONS AND HUMAN RIGHTS*, Clarendon Press(Oxford, 1991), pp. 475~487 참조.

42) 1992년 7월 인권이사회가 국가보안법에 관하여 "이사회는 주된 관심사항은 국가보안법의 지속적인 적용에 관한 것이다. 한국의 특수상황이 국가의 공공질서에 영향을 준다고 하더라도 그것을 과대평가해서는 안된다. 이사회는 통상의 법률과 구체적으로 적용할 수 있는 형법이 국가안보에 대한 범죄를 처리하는 데 충분해야 한다고 믿는다. 더구나 국가보안법으로 다루는 몇몇 문제들은 상당히 모호한 개념으로 정의되어 있어서 국가안보에 진정으로 위협을 주지 않는 행위를 처벌하고 규약이 허용하지 않는 내용으로 대처하게 하는 광범위한 해석을 허용하고 있다"고 한 다음 "규약이 보장한 권리를 실현하는 데 주된 장애물이라고 이사회가 판단하는 국가보안법을 단계적으로 폐지하기 위한 진지한 노력을 하여야 한다"고 권고한 것과 관련하여 (U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.6, 25 September 1992) 대법원은 "인권이사회에서 소론과 같이 국가보안법의 문제점을 지적한 바 있다고 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니라 할 것"이라고 하였다(1993.12.24. 선고 93도 1711 판결). 인권이사회 권고 자체가 국가보안법을 폐지하는 효력을 갖지 않는다는 대법원의 판단은 형식적으로는 맞는 말이지만, 잘못된 것이다. 인권이사회 권고로 인하여 국가보안법의 내용이 B규약에 위반한다는 것이 분명하게 드러났다고 할 수 있고 따라서 대법원은 국가보안법의 여러 조항들이 B규약에 비추어 효력을 가질 수 있는가하는 점을 판단했어야 하는 것이다. 또 이 사건의 상고 이유는 국가보안법을 기존 판례와 같이 광범위하게 해석하는 것은 인권이사회 권고에 비추어 볼 때 B규약에 위반하는 것이므로 법원은 이를 존중하여 국가보안법 제7조를 B규약에 합치하는 방향으로 제한적으로 해석적용할 의무가 있으며, 국가보안법 제7조를 제한적으로 해석한다면 무죄가 선고되어야 하고 그렇지 않게 해석하는 것은 B규약에 위반한다는 것이었다. 그러므로 이러한 주장에 대하여 제대로 판단하지 않고 인권이사회 권고로 인하여 "국가보안법의 효력이 상실되는 것은 아니다"라고 하는 것은 판단회피에 불과한 것이다.

'국내적' 효력을 구별할 실익이 전혀 없으며 조약이행에 관한 감독기구의 결정과 권고는 더욱더 국내법 집행기관에 의하여 존중되고 받아들여지지 않으면 안된다고 할 수 있다.

다시 말하면 구체적 사건에 관한 인권이사회 권고나 국제노동기구 결사의 자유위원회의 권고는 그 자체 법원의 판결과 같이 직접 대한민국의 정부와 법원을 구속하고 강제집행할 수 있는 효력은 없다고 할 수 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 정부와 법원은 이미 국내법으로서 효력을 갖추고 있는 국제규약과 국제노동기구 헌장 등을 일반적으로는 물론 구체적인 사건 하나하나에서도 그 '통상적 의미'에 따라 성실하게 해석적용할 법적 의무가 있는데 여기서 '통상적 의미'에 따라 '성실하게' 해석한다는 말은 인권이사회와 국제노동기구의 해석과 권고를 존중하고 이를 받아들이는 것이 될 수밖에 없는 것이다.<sup>43)</sup>

## 7. 인권이사회 결정의 특별한 뜻

손종규 사건은 구체적인 사건에 관하여 국제기구가 처음으로 한국이 비준한 국제조약에 근거하여 국내 법원의 유죄판결이 잘못된 것이고 조약을 위반한 것임을 인정하였다는 점에서 중요한 뜻이 있다. 이미 국제노동기구 결사의 자유위원회의 권고에 의하여 제3차 개입금지 규정이 국제노동기구 헌장에 위반한 것임이 밝혀졌지만, 인권이사회 권고를 통하여 제3차 개입금지 규정에 관한 우리나라 법원의 해석적용이 국제인권법의 기준에 위반된다는 것, 따라서 법원은 지금까지의 잘못된 해석과 관행을 바로잡을 '법적 의무'가 있고 정부는 그렇게 국내법과 법원의 판결에 의하여 '인권을 침해당한' 피해자에게 손해배상을 해야 할 의무가 있다는 것이다.

국내법 절차에 따라서 기소되고 재판을 받아 유죄가 확정되어 처벌받은 것은,

43) 이 점은 '법적 효력'이 있다는 사실에 다툼이 없는 안전보장이사회의 결의의 경우에도 마찬가지이다. 안전보장이사회 결의 자체가 당사국에 대하여 강제집행되는 효력은 없고 어떤 나라가 그 결의를 위반할 경우 안전보장이사회가 그에 대하여 어떤 제재조치를 할 수도 있고 하지 않을 수도 있다. 그러나 제재조치가 없다고 하여 법을 위반한 것이 위반하지 않은 것으로 되는 것은 아니다. 다시 말하면 국제기구의 결정이나 권고의 경우에 법원의 판결과 같은 강제력이 없다는 것과 그것을 위반하는 것이 국제법 위반이라는 점은 별개의 문제인 것이다.



그동안 공안사건에서 관례적으로 '인권침해'라는 주장은 제기되어왔지만, 그 판결이 재심절차에 의하여 뒤집어지지 않는 한, 형식적 법논리상으로는 '인권침해'라고 인정될 수 없는 것이었다. 따라서 손종규 사건은 이러한 국내법적 형식논리에 물들어온 그동안의 법집행과 해석의 관행에 혼란을 일으키고도 남음이 있다. 국가 스스로 법원이 한 판결이 '인권침해'임을 인정하고 그에 대하여 배상하라는 것이기 때문이다. 얼핏 생각하기에 혼란스러운 이 '모순'은 B규약으로 대표되는 국제인권법의 성격을 정확히 이해하면 쉽게 풀린다. B규약은 제6조부터 제26조에 이르기까지 구체적인 인권을 보장하고 있고 제2조에서 '규약이 인정한 인권을 침해받은 사람에 대하여는 당사국이 구제조치를 제공할 의무가 있다고 정하고 있다. 그리고 규약에 의하여 설치된 인권이사회는 규약의 이행을 감독하고 나아가 선택의정서에 의하여 인권을 침해당한 개인이 제기하는 사건을 통보받아 심리할 권한을 가지고 있다. 이 개인통보 절차는 "모든 이용가능한 국내적 구제조치를 완료하였을 경우"(선택의정서 제2조)에 한하여 이용할 수 있는데, 여기서 '국내적 구제조치'의 가장 대표적인 것이 법원의 판결인 것이다.

말하자면 B규약과 선택의정서는 정부의 사실적 행위는 물론, 법원의 판결에 의하여 인권이 침해될 수 있다는 상식을 제도화한 것으로 법원의 재판절차에 의하여 침해당한 권리 혹은 재판절차를 거치고도 구제가 되지 않은 인권침해를 바로잡기 위하여 특별한 절차를 마련하고 있는 것이다. 따라서 B규약 제2조가 보장한, 인권침해에 대해 구제받을 권리는 기존의 국내법인 민법과 국가배상법이 정한 손해배상청구권과는 성격을 달리하는 새로운 권리라고 보지 않으면 안된다. 규약 제2조의 권리는 국내의 재판절차를 거친 후에도 인권침해가 구제되지 않거나 혹은 재판절차를 통하여 침해된 인권에 대하여 배상 등을 받을 새로운 권리를 인정한 것이며, 그에 대하여는 인권이사회가 최종적인 판단을 하는 구조가 되는 것이다.

그렇다면 인권이사회가 인권침해를 인정하였을 경우 그 견해에 따라 구제조치를 받는 절차는 어떻게 될 것인가. 가장 바람직한 것은 정부가 스스로 인권이사회의 결정에 나타난 구제조치를 성실하게 이행하는 것임은 말할 나위도 없다. 그러나 정부가 이를 거부하거나 정부가 이행하려는 구제조치에 대하여 피해자가 동의하지 않을 경우에는 규약 제2조 제2항 (b)에 따라 사법적(司法的) 절차에 따를 수밖에 없을 것이다. 이때 그 절차는 국가배상법과 같은 국내법의 절차적 규

정들이 준용된다고 할 수 있을 것이며 법원은 피해자의 권리가 침해되었는가, 그리고 국가가 배상 등을 해야 하는가에 관하여 민법과 같은 국내 실체법을 적용할 것이 아니라, B규약 그 자체를 적용하지 않으면 안되는 것이다. 예컨대 표현의 자유가 침해당하였다고 하여도, 그 표현의 자유는 헌법이나 다른 국내법이 보장한 표현의 자유가 아니라 B규약 제19조 제2항이 보장한 '특별한' 표현의 자유이며 그에 대한 배상청구권도 B규약 제2조가 '특별히' 인정하고 있는 권리로 받아들여야 할 것이다. 그것은 규약의 조항들이 "비록 많은 나라의 법적 전통으로부터 유래한 것이기는 하지만 그것들로부터 독립한 독자적 뜻(autonomous meaning)"을 가지고 있기 때문이다. 다시 말하면 규약의 조항들이 비록 국내법과 같은 용어를 사용하여 어떤 자유와 권리를 보장하고 있다고 하더라도 그 내용은 그 국내법에 의하여 규율되는 것이 아니라 그것으로부터 독립하여 독자적인 뜻을 가지고 있다는 것이다.<sup>44)</sup> 국제인권규약은 자유와 권리에 관한 표현의 동일성 여부를 불문하고 기존 국내법과는 독립한 새로운 내용의 인권을 보장하고 있다는 말이다.

## 8. 맺는 말

이 결정은 서울형사지방법원에서 대법원에 이르기까지 국내법원의 판결이 바로 B규약이 인정한 인권을 침해한 행위라고 판단함으로써 지금까지 국제인권기준을 무시하고 함부로 법을 해석적용하여 인권을 침해해온 법원과 헌법재판소에 각성의 계기가 될 것이다. 또 정부 스스로 인권과 관련된 법률과 법집행 관행의 문제점을 깨달아 법개정 작업 등에 나서게 하는 계기가 될 수도 있을 것이다. 나아가 이 결정을 통하여 국내법원에 의하여 유죄판결을 받은 사람은 그것으로 끝나는 것이 아니라 선택의정서에 따라 인권이사회로부터 인권을 침해당하였음을 확인받고 오히려 정부에 손해배상 등 구제조치를 요구할 수 있게 됨으로써, 인권

44) 인권이사회는 G. van Duzen v. Canada 사건(No. 50/70)에서 이를 분명히 하면서 "규약의 용어와 개념은 특정한 국내법체계와 모든 사전적 의미로부터 독립해 있는 원칙(the principle that the terms and concepts of the Covenant are independent of any particular national system of law and of all dictionary definitions)"이라고 설명하였다.



피해자들의 권리의식을 높이고 B규약 외의 다른 국제인권체도를 활용하는 데도 관심을 높일 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.

그러나 지금까지 나타난 것만으로 본다면 결과는 대단히 실망스럽다고 하지 않을 수 없다. 정부는 명시적으로 인권이사회 결정의 이행을 거부하였으며, “앞으로 비슷한 인권침해가 일어나지 않도록 보장하라”는 견해와는 정반대로, 그 이후에도 제3차 개입금지 규정에 의한 구속과 처벌이 줄어들고 있고 검찰은 물론 법원도 그에 대하여 어떠한 진지한 관심도 기울이고 있는 것 같지 않다. 국제인권체도의 내용과 그 효력 등을 연구하고 소개하려는 국제법학자들의 노력도 보이지 않는다. 단지 민주노총을 중심으로 한 노동조합들이 국제노동기구에 대한 제소를 통하여 잘못된 노동법을 개정하려는 노력을 산발적으로 하고 있을 뿐, 인권단체들과 운동가들의 관심도 체계적이고 조직화된 노력도 눈에 띄지 않는다.

손종규 씨는 인권이사회 결정을 근거로 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.<sup>45)</sup> 이 사건에 대한 법원의 판단이 언제 어떻게 이루어질 것인지는 아직 알 수 없으나 그 결과와 관계없이 이 사건은, 그동안 산발적으로 이루어진 국제기구들의 권고와 함께 ‘반민주악법’으로 비판받아온 제반 법률들이 실제로 국제기준에 위반되는 것들을 명백히 보여주고 있고, 이는 이 시대를 살아가는 법률가들에게 만만치 않은 과제를 던져주고 있다. 정부가 인권침해법률을 남용하고 있고 국회가 그러한 법률을 폐할 의무를 팽개치고 있으며 법원과 헌법재판소가 그러한 법률과 관행을 정당화하는 상황이 한편에 있고, 정부와 법원이 지킬 의무가 있는 국제법이 다른 한편에 있다. 국제기준에 위반하는 국내법의 폐를 요구하는 국제기구의 권고와 결정이 있고, 그것들을 정부가 그냥 무시해버리는 현실도 있다. 이미 무효화되어야 할 악법이 위력을 발휘하여 노동운동 지도자들을 줄줄이 감옥으로 보내며 노동운동을 탄압하는 현실, 이 현실을 어떻게 ‘법적으로’ 바로잡을 것인가. 이것이 바로 손종규 사건이 제기하는 문제이다.

(변호사)

45) 서울민사지방법원 95 가단 185632, 손해배상 사건

(자료)

## 국제연합 제네바 인권센터 결정문

사건번호: G/SO/ 215/51 KOREA REP(2)  
518/1992

등록: 1995. 8. 15.

조변호사 귀하

귀하께서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서에 따라 손종규를 대리하여 제출하신 No. 518/1992 통보에 관하여 채택된 인권이사회회의 견해를 전달할 수 있게 되어 기쁘게 생각합니다. 이 의견서는 1995년 7월 19일에 이사회에 의해 채택되었습니다.

정해진 절차에 따라 의견서 본문은 일반에게 공개될 것입니다.

제이콥 뮐러(Jakob Th. Möller)  
인권센터  
개인통보 담당부 부장

조용환

덕수합동법률사무소

대한민국

서울 강남구 역삼동 816-3 창림빌딩 2층



시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약

배포: 제한\*(인권이사회 결정으로 일반에 공개)

CCPR/C/54/D/518/1992

1995. 8. 3.

원문: 영어

인권이사회 제54차 회의

견해

통보 번호 518/1992

제출자: 손종규(변호사가 대리)

피해자: 제출자

당사국: 대한민국

통신날짜: 1992. 7. 7. (최초 제출)

참고문헌: 과거 결정 - 당사국에게 1993년 1월 4일에 전달된, 이사회 규칙 91조에 의한 특별보고관의 결정(서류로 발간되지 않음) - CCPR/C/50/D/518/1992

(1994년 3월 13일자 제소허가에 관한 결정문)

견해 채택일: 1995. 7. 19.

1995년 7월 19일, 인권이사회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택 의정서 제5조 제4항에 의거해 이 견해를 채택한다. 견해 본문은 이 자료에 별지로 있다.

[별지]

CCPR/C/54/D/518/1992

Annex

English

[별지]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 제5조 제4항에 따른 인권이사회 견해

— 제54차 회의 —

518/1992호 통보에 관한 것

제출자: 손종규(변호사가 대리)

피해자: 제출자

당사국: 대한민국

통보날짜: 1992. 7. 7. (최초 제출)

통보 허용 결정일: 1994. 3. 18.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제28조에 따라 설치된 인권이사회는, 1995년 7월 19일 회의에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서에 따라 손종규 씨를 대리해 제출한 518/1992호 통보에 관한 심리를 종결하였는바, 제출자와 그의 변호사, 당사국이 제출한 모든 서면자료를 심리하여 선택의정서 제5조 제4항에 따라 이 견해를 채택한다.

1. 통보의 제출자는 대한민국 시민인 손종규로 대한민국 광주에 거주한다. 그는 대한민국의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조 제2항 위반에 의한 인권침해 피해자라고 주장한다. 변호사가 그를 대리하였다.



**제출자가 제출한 사실 :**

2. 1 제출자는 1990년 9월 27일 이래로 주식회사 금호 노동조합 위원장이며, 대기업연대회의의 창립회원이다. 1991년 2월 8일, 경상남도 거제도에 있는 대우조선에서 노동쟁의가 일어났을 때 정부는 경찰병력을 동원하여 쟁의를 진압하겠다고 공표하였고 제출자는 쟁의지점에서 400킬로미터 이상 떨어진 서울에서 다른 연대회의 회원들과 1991년 2월 9일 모임을 가졌다. 모임 끝에 그들은 노동쟁의를 지지하고 정부의 병력투입 위협을 비난하는 성명을 채택하였고, 그 성명은 대우조선 노동자들에게 팩스로 전송되었다. 대우조선 쟁의는 1991년 2월 13일 평화롭게 종결되었다.

2. 2 1991년 2월 10일, 연대회의 모임을 마치고 나오던 중 제출자는 연대회의의 60여 회원들과 함께 경찰에 체포되었다. 1991년 2월 12일, 그와 다른 6명은 노동쟁의에 제3자 개입을 금지하는 노동쟁의조정법 제13조의 2(법률 제1327호, 1963. 4. 13; 개정법 제3967호, 1987. 11. 28)를 위반한 혐의로 기소되었다. 그는 집회와 시위에 관한 법률(법률 제 4095호, 1989. 3. 29)을 위반한 혐의로 함께 기소되었으나 인권이사회에 대한 통보는 노동쟁의조정법 위반 부분에 국한된다. 제출자에 따르면 그와 함께 기소되었던 사람들 중 하나는 의심스러운 정황 속에서 수감중 사망하였다.

2. 3 1991년 8월 9일, 제출자는 서울형사지방법원 소속 단독 판사에 의해 기소된 대로 유죄판결을 받고, 징역 1년 6월과 3년의 집행유예형을 선고받았다. 제출자의 항소는 동 법원 항소부에 의해 1991년 12월 20일 기각되었고, 대법원은 1992년 4월 14일 그의 상고를 기각하였다. 제출자는 헌법재판소가 1990년 1월 15일 이미 노동쟁의조정법 제13조의 2가 합헌임을 선언한 바 있기 때문에 더이상 국내에서 권리를 구제받을 방법이 없다고 밝혔다.

2. 4 제출자는 같은 사안이 다른 국제적 조사나 해결절차중에 있지 않음을 밝혔다.

**제소내용 :**

3. 1 제출자는 노동쟁의조정법 제13조의 2가 노동운동 동조자를 처벌하고 노동자를 격리시키는 데 이용된다고 주장하며 이 법조항이 경영자측에 동조한 사람을 처벌한 일은 없다고 한다. 아울러 그는 쟁의 당사자에게 영향을 주는 어떠한 행동도 금한다는 이 법조항 자체의 불명료성이 죄형법정주의의 기본원칙을 위반하는 것이라 주장한다.

3. 2 제출자는 나아가 이 법조항이 노동자나 노동조합의 후원자가 갖는 표현의 자유를 억압하는 법체제의 한 부분으로 포함되어 있다고 주장한다. 그는 제3자가 노동조합의 설립을 지원하지 못하도록 금지하는 노동조합법의 예를 들고 있다. 그는 노동자나 조합에 대한 지지는 그것이 어떠한 형태이건 쟁의 당시에는 노동쟁의조정법에 의해, 다른 시기에는 노동조합법에 의해 처벌받을 수 있음을 말하며 제출서를 마감하고 있다.

3. 3 제출자는 그에 대한 처벌은 B규약(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약) 제19조 제2항에 위반하였다고 주장하며, 그가 행사한 표현의 자유가 다른 사람의 권리나 명예를 침해한 것이 아니었으며 국가안보나 공공질서 및 공중보건이나 도덕을 위협한 것 또한 아니었음을 강조한다.

**제출자의 제소 허용 여부에 대한 당사국의 의견 :**

4. 1 1993년 6월 9일자 회신에서 당사국은 제출자가 국내에서 가능한 구제절차를 마치지 않았음을 근거로 그의 제소가 허용될 수 없다고 주장했다. 당사국은 형사사건의 경우 국내에서 가능한 구제절차는 대법원 판결과 헌법재판소에서의 해당 법조항에 대한 결정까지를 포함한다고 주장하였다.

4. 2 제출자가 주장한 내용 중 헌법재판소가 이미 노동쟁의조정법 제13조의 2가 합헌임을 결정했기 때문에 그가 국내에서 가능한 구제절차를 마쳤다고 한



것에 대해, 당사국은 위 헌법재판소 결정은 문제된 법조항이 헌법상 명시된 노동권, 평등권 및 죄형법정주의 원칙에 대한 위배였는가에 관하여만 심사하였을뿐 표현의 자유에 대한 것은 아니었다고 하고 있다.

4. 3 당사국은 제출자가 문제의 법조항에 대해 헌법이 보장하는 언론의 자유의 관점에서 헌법재판을 요구하였어야 하며, 그렇지 않았기 때문에 그는 국내의 구제절차를 마치지 않았다고 주장한다.

4. 4 더불어 당사국은 제출자의 형이 대한민국 대통령 일반사면에 의해 1993년 3월 6일 사면되었음을 든다.

5. 1 당사국의 견해에 관하여 제출자는 국내 구제절차를 마쳤다는 의견을 고수하며, 노동쟁의조정법에 대한 합헌결정이 이미 최근에 있었던 상황에서 다시 헌법재판소로 하여금 합헌성에 대해 결정하라고 요구하는 것은 아무 소용이 없는 일이라고 말한다.

5. 2 제출자는 헌법재판소가 법조항에 대한 결정을 할 때는 위헌이 될 수 있는 모든 근거를 고려할 법적 의무가 있음을 들며, 그러므로 같은 사안에 대해 다시 헌법재판을 제기하는 것은 무의미함을 주장한다.

5. 3 이와 관련하여 제출자는 헌법재판소의 1990년 1월 15일 결정에서 다수 의견은 표현의 자유권에 대해 언급하고 있지 않으나 두 보충의견과 한 반대의견은 이를 언급하고 있음을 들며 따라서 재판부는 노동쟁의조정법에 대하여 표현의 자유권을 포함한 모든 위헌가능 근거를 이미 고려한 것이라고 말한다.

#### 제소 허용 여부에 대한 인권이사회의 결정 :

6. 1 이사회는 제50차 회의에서 본 통보에 대한 제소 허용 여부를 고려하였다. 헌법소원에 관하여 제출자와 당사국이 제출한 내용을 심리한 결과, 위원회는 노동쟁의조정법 제13조의 2에 대한 표현의 자유권에 대한 심사를 포함한 합헌

여부는 비록 헌법재판소의 다수의견에는 언급되어 있지 않으나 실질적으로는 이미 동 재판부의 1990년 1월 결정에서 다루어진 바 있음을 발견하였다. 이러한 상황을 감안할 때 위원회는 동법 제13조의 2에 대한 표현의 자유권의 관점에서의 추가 헌법재판은 선택의정서 제5조 2항에 따라 제출자가 사전에 이행해야 할 국내 구제절차에 해당되지 아니함을 결정하였다.

6. 2 이사회는 제출자가 진행중인 쟁의에 대한 물리적 지지가 아닌, 모임에서의 구두적 지지표현으로 인해 체포, 기소, 유죄판결에 이른 것에 주목하고, 제출자가 제출한 사실이 B규약 제19조와 연관되는가에 대해서도 심리하였다. 이상에 비추어 이사회는 제출자에 대한 제소 허용을 선언하였다.

#### 본안에 대한 당사국의 주장과 그에 대한 제출자의 의견 :

7. 1 1994년 11월 25일 회신에서 당사국은 이사회에 통보 허용결정에서 “제출자가 진행중인 쟁의에 대한 물리적 지지가 아닌, 모임에서의 구두적 지지표현으로 인해 체포, 기소, 유죄판결에 이른 것”이라는 언급에 의견을 제시하였다. 당사국은 제소자가 1991년 2월 9일 연대회의 모임에 참석하였을 뿐 아니라 1991년 2월 10일과 11일, 전단을 배포하는 데 적극 가담하였으며 1990년 11월 11일에는 화염병이 동원된 격렬한 데모에도 가담하였음을 강조하였다.

7. 2 당사국은 제출자가 이러한 행위로 인해 노동쟁의조정법 제13조의 2와 집회 및 시위에 관한 법률 위반으로 유죄결정된 것이라고 밝히고 있다.

7. 3 당사국은 제3차 개입을 금지하는 노동쟁의조정법 조항은 근로자와 경영자간의 쟁의의 독립성을 보장하려는 의도임을 설명하며, 동 조항은 상당이나 조언을 금하고 있지는 않음을 지적하였다.

7. 4 당사국은 B규약 제19조 3항에서 표현의 자유권은 국가안전 보장이나 공공질서 유지를 위해 일정하게 제한될 수 있음을 명시한 것을 상기하였다.



7. 5 당사국은 제출자의 형이 1993년 3월 6일 일반 사면령에 의해 사면되었음을 다시 언급하였다.

8. 1 제출자는 이에 대한 답변에서 그가 1990년 11월 데모에 참여하여 집시법에 근거 유죄판결을 받은 것은 사실이나, 이는 본 제소내용과는 무관함을 피력하였다. 그는 서울형사지방법원 1991년 8월 9일자 판결문을 참고문헌으로 제출하였으며, 이 판결문은 집시법에 관한 제출자의 11월 데모 참여는 노동쟁의조정법에 관한 제출자의 연대회의의 활동참여 및 1991년 2월의 대우조선 쟁의 지지와는 별개로 처벌되었음을 보여주고 있다. 제출자는 이 두 사안이 별개의 것임을 밝히며 다시금 그의 제소내용이 그가 B규약 위반이라고 주장하는 "제3자 개입금지"에 국한된 것임을 언급하였다.

8. 2 제출자는 B규약상에 보장된 표현의 자유에 대한 당사국의 해석이 너무 편협하다고 주장한다. 그는 B규약 제19조 2항이 모든 종류의 정보와 사상에 대해 구두, 서면, 또는 인쇄 등의 방법을 통하여 국경에 관계없이 전달할 수 있는 자유를 명시하고 있음을 언급하며, 그러므로 연대회의의 대우조선 쟁의에 대한 동조성명을 담은 전단의 배포는 B규약이 인정한 표현의 자유에 부합한다고 주장한다. 아울러 그는 그가 직접 성명서를 배포한 것이 아니라, 단지 팩스를 통하여 쟁의중인 대우조선 노동자들에게 전송하였음을 밝혔다.

8. 3 그의 활동이 국가안보나 공공질서를 위협하였다는 당사국의 주장에 대해 제출자는 당사국이 구체적으로 연대회의의 성명 중 어떤 부분이 어떤 사유로 국가안보와 공공질서를 위협하였는지 언급하고 있지 않음을 지적하고 있다. 그는 국가안보나 공공질서에 대한 일반적인 언급만으로는 표현의 자유권에 대한 제한을 정당화할 수 없다고 주장한다. 이와 관련해 그는 연대회의의 성명서가 쟁의의 정당성에 대한 주장과 이에 대한 강력한 지지, 사용자와 정부의 무력진압 위협에 대한 비판을 담고 있었음을 상기시키고 있다.

8. 4 제출자는 연대회의의 성명이 국가안보나 공공질서를 위협했음을 부정하며, 그와 다른 연대회의의 회원들이 남북한 대립구도의 민감한 상황을 깊이 이해하

고 있었음을 기술하고 있다. 제출자는 쟁의지지 표명과 사용자와 정부의 사건처리에 대한 비판이 어떻게 국가안보를 위협할 수 있는지 반문하며, 이와 관련해 쟁의참여자 중 아무도 국가보안법 위반으로 기소된 바가 없음을 지적한다. 제출자는 쟁의가 헌법에 의해 보장된 권리임에 비추어볼 때 이에 대한 경찰의 무력진압은 정당하게 비판될 수 있는 것이라고 주장한다. 나아가 제출자는 국가안보가 연대회의의 성명에 의해 위협된 것이 아니며 오히려 개인의 의견을 자유롭게 평화적으로 표현할 수 있는 권리는 민주사회의 공공질서를 향상시킨다고 주장한다.

8. 5 제출자는 대한민국에서 근로자의 단결은 표면상으로는 "노동쟁의의 독립성을 유지하기 위해"라는 이유로 금지되고 처벌되고 있으나 근로자의 권리를 억압하는 사용자를 지지하는 개입은 조장되고 보호됨을 지적하며, 노동쟁의조정법은 1980년 군부정권이 국회를 대신하여 세운 국가보위입법회의가 만든 것임을 아울러 지적하였다. 그는 이러한 비민주적 기구에 의해 제정되고 공포된 법령은 B규약이 말하는 '민주사회의 법률'에 해당하지 않는다고 역설한다.

8. 6 제출자는 국제노동기구(International Labour Organization) 산하 결사의 자유위원회(Committee on Freedom of Association)가, 결사의 자유를 구성하는 필요불가결한 요소로 표현의 자유를 보장하고 있는 등 기구 헌장과 충돌한다는 이유로 당사국에게 제3자 개입금지 조항을 폐지하라고 권고한 적이 있음을 지적하고 있다.<sup>1)</sup>

8. 7 끝으로 제출자는 사면조치가 유죄판결을 파기한 것이 아니며 B규약상 보장된 그의 권리에 대한 침해를 보상한 것도 아님을 언급하며 단지 전과 사실로 인해 제한되는 참정권과 같은 일련의 제한조치를 해제하는 것일 뿐임을 지적한다.

9. 1 1995년 6월 20일자 추가 보고에서 당사국은 대한민국 내 노동운동은

1) 결사의 자유위원회 194차 보고, 1994년 6월, 218~274항; 297차 보고, 1995년 3~4월, 23항을 추가로 참조



일반적으로 정치적인 동기를 가졌거나 사상적으로 영향받은 것이라고 주장하고 있다. 그러므로 대한민국의 노동운동가는 그들의 정치적 목적이나 사상적 원칙을 달성하기 위해 근로자들을 무력과 폭력 및 불법쟁의로 이끄는 것도 주저하지 않는다고 기술한다. 더 나아가 당사국은 노동자들이 프롤레타리아 혁명 사상에 주입된 경우가 빈번하다고 주장한다.

9. 2 당사국은 만약 노동쟁의에 제3자가 개입하여 실제로 근로자들의 결정을 조종하고, 부추기거나 방해하게 되면 쟁의 자체가 다른 의도나 목적으로 오용되는 것이라고 주장한다. 그러므로 당사국은 노동운동의 일반적 성향으로 볼 때 제3자 개입금지법을 유지해야 할 책임이 있음을 실감했다고 설명한다.

9. 3 나아가서 당사국은 이 사안 중 1991년 2월 대우조선 노동조합을 지지하여 배포된 성명은 국가 전체 노동자들의 총파업을 선동하기 위한 위장이었다고 말한다. 당사국은 "어느 나라든 그의 안보상황과 관계없이 국가적 총파업이 일어날 경우, 국가안보와 공공질서가 위협받으리라고 믿을 만한 충분한 이유가 있다"고 주장한다.

9. 4 국가보위입법회의에 의한 노동쟁의조정법 발효와 관련해 당사국은 동 입법회의에 의해 발효된 법령의 효력은 공공의 동의에 의한 헌법개정을 통해 인정된 바 있다고 주장한다. 나아가 당사국은 제3자 개입금지법은 쟁의중인 근로자와 고용주측에 공평하게 적용된다고 말하며 이와 관련해 현재 고용주측 3자 개입과 관련 진행중인 재판을 언급하고 있다.

#### 이사회에 제출된 쟁점과 진행절차 :

10. 1 인권이사회는 선택의정서 제5조 1항에 의거, 이 사안과 관련하여 양측에서 제출한 모든 자료를 검토하였다.

10. 2 이사회는 당사국이 주장한 대로 제출자가 1990년 11월 폭력 시위에 가담하였고 이에 집회 및 시위에 관한 법률에 의해 유죄판결받은 사실을 주시하

였다. 이사회는 아울러 제출자의 제소내용이 이 특정 사안과 관련된 것이 아닌, 1991년 2월 연대회의의 성명서 발행과 관련하여 유죄판결을 받은 것에 국한된 것임을 주목하였다. 이사회는 이 두 처벌이 두 가지의 서로 무관한 사안에 관한 것이라고 간주한다. 따라서 이사회는 심리대상이 되는 사안은 대우조선 쟁의 지지성명을 발행하는 데 가담한 것과 정부의 쟁의 무력진압 위협에 대해 비판한 것으로 노동쟁의조정법 제13조의 2에 의해 유죄판결을 받은 제출자에 대한 처벌이 B규약 제19조 2항에 위배하는가에 국한된다.

10. 3 B규약 제19조 2항은 "구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유"를 포함한 표현의 자유권을 보장한다. 이사회는 제출자가 쟁의를 지지하고 정부를 비판하는 성명을 발표하는 데 참여한 것은 B규약 제19조 2항의 범주 안에서 그의 정보와 사상을 전달할 권리를 행사한 것이었다고 판단한다.

10. 4 이사회는 규약 제19조 3항에 의거한 표현의 자유권에 대한 제한은 반드시 복합적으로 다음과 같은 조건을 충족하여야 함을 견지한다. 그것은 반드시 법에 의한 것이어야 하며, 제19조 3항 (a) (b)에 언급된 사항을 그 목적으로 한 것이어야 하는 동시에 그 정당한 목적을 위해 필요한 것이어야 한다. 비록 당사국은 그러한 제한이 국가안보와 공공질서를 보호하기 위해 정당한 것이며 노동쟁의조정법 제13조의 2에 의거한 것이었다고 주장하고 있으나, 이사회는 더 나아가 제출자에게 가해진 행위가 위의 목적을 위해 필요한 것이었는가를 판단해야 한다. 이사회는 노동운동의 일반적인 성향과 제출자가 타인과 함께 발행한 성명이 국가적 총파업을 위장해서 선동하는 것이었다는 혐의로 당사국이 국가안보와 공공질서를 언급하고 있음을 주목한다. 당사국은 제출자의 표현의 자유 행사가 초래하였다고 주장하는 위협이 구체적으로 어떤 성격의 것이었는가에 대하여 규명하지 못했다고 판단되며, 당사국이 주장한 내용 중 어떠한 것도 제19조 3항에 기술된 표현의 자유권에 대한 충분한 제한조건에 해당하지 않음을 발견하였다.



11. 인권이사회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 제5조 4항에 의거, 이 사안이 B규약 제19조 2항에 위반한 것임을 보여준다고 판단한다.

12. 인권이사회는 B규약 제2조 3 (a)항에 의거, 손씨가 그의 표현의 자유를 행사한 것을 이유로 처벌받은 것에 대하여 적절한 금전배상을 포함한 실질적인 보상을 받을 권리가 있다고 인정한다. 이사회는 나아가 당사국이 노동쟁의조정법 제13조의 2를 재검토할 것을 권고한다. 당사국은 이와 유사한 위반이 앞으로 다시는 일어나지 않도록 보장할 의무가 있다.

13. 선택의정서의 회원국이 됨으로써, 당사국은 인권이사회가 B규약의 위반에 대한 공정한 판단을 할 권한이 있음을 인정하였으며, B규약 제2조에 의거, 당사국은 그의 영토와 관할권 내의 모든 개인에 대해 규약이 인정한 권리를 보장하고 위반이 있을 경우 실질적이고 효과적인 구제조치를 할 것을 서약한 사실을 상기하여, 인권이사회는 당사국이 앞으로 90일 내에 이사회에의 견해를 이행하는 조치를 취하여 이를 알려줄 것을 기대한다.

[영문서면을 원문으로 하여 영어, 불어, 스페인어로 번역됨. 추후 이사회에 유엔 총회에 대한 연례보고에서 아라비아어, 중국어, 러시아어로 발간될 것임]

(번역: 조용환)

## 국제법률가위원회(ICJ)

이 성 훈

세계가 변해왔는데도 법치(Rule of Law)의 증진과 인권의 법률적 보호(Legal Protection of Human Rights)라는 국제법률가위원회의 사명은 변하지 않았다. 사람들을 구속하던 장벽이 무너져내리고 동서간의 경쟁이 남북간의 갈등으로 대치되면서 국제법률가위원회의 역할은 오히려 그 어느 때보다 더 중요해졌다. - 아다마 디엥(Adama Dieng) 사무총장

국제인권운동에서 국제법률가위원회(International Commission of Jurists, ICJ)는 국제앰네스티(Amnesty International)와 함께 오늘날 세계에서 가장 영향력 있는 국제인권단체로 꼽힌다. 국제앰네스티가 회원수 100여만 명을 기반으로 일상적으로 발생하는 전세계의 각종 인권침해 사건에 신속하게 대응하는 기동력 있는 대중운동단체라면 국제법률가위원회는 이러한 인권침해의 구조적 배경인 법제도의 문제점을 개선하고자 하는 법률가로 구성된 법률전문가 인권단체라고 할 수 있다. 따라서 국제법률가위원회는 인권문제를 법적인 관점에서 접근한다는 점에서 다른 수많은 국제인권단체와 다른 특성을 지니고 있다. 국제법률가위원회는 국제앰네스티에 비해 상대적으로 국내에 덜 알려져 있지만 유엔 인권위원회 등 국제인권기구에 매우 큰 영향력을 행사하고 있으며 웬만큼 유명한 국제인권법 학자는 대부분이 국제법률가위원회 회원일 정도로 국제인권법과 국

\* 국제법률가위원회(International Commission of Jurists)의 영문 약칭인 ICJ는 국제사법재판소(International Court of Justice)의 약칭과 같이 종종 혼동을 불러일으킨다. 후자는 유엔 6대 기구 가운데 하나로 헤이그에 본부를 두고 있다.