

目標実現のために大きな力になったのは、日米安保条約を軸とする日米同盟でした。

3

特高官僚がうごめき、右翼的な政治家、思想家、学者らと一緒に作り出した反動的潮流は、ほとんどすべてわたしたちが直面している問題です。

もちろん多くの特高官僚たちは死亡し、社会的に活動しているものはいなくなりました。しかし直接の後継者たちが、潮流の継承者たちと力を合わせて、占領期に「失った」と考えるものすべての復活に執念を燃やし続けているのです。

その代表的な例の一つが憲法改悪です。

憲法改悪の源流で旗を振ったことでよく知られているのは、岸信介、重光葵など戦犯政治家たちです。しかし、改憲の源流で、実現をめざして奔走した特高官僚は、自主憲法期成議員連盟会長広瀬久忠、自民党憲法調査会長山崎巖をはじめ多数のものがいます。

山崎巖は治安維持法存続の主張で東久内閣を瓦解させた男です。公職追放解除後、衆議院議員となると、憲法改正推進のために官僚出身議員たちの糾合に奔走、保守合同で自由民主党が発足すると初代憲法調査会長となります。

五六年、憲法調査会が内閣の付属機関として設置されます。議員立法する中心に山崎がいました。ところが、憲法調査会は社会党が委員を出すことを拒否したため、設置が決まって一年経っても、会長はおろか、委員さえも任命されないままの状態が続いていました。

山崎は衆議院予算委員長となって、会長を交代しますが、予算委員長を辞任してまで会長にもどり、憲法調査会の会合開催へこぎつけるという執念を見せます。この調査会は七年の歳月をかけ、六四年七月、膨大な報告書を提出しました。

山崎の執念に焦点を当てましたが、この憲法調査会では特高官僚たちが多数登場しています。

50年代半ばに自主憲法期成議員連盟や自民党憲法調査会などの改憲派が競いあって改正案を発表しています。そこで共通している手直しの目標は、憲法前文の書き直し、天皇を象徴から元首へ、戦争放棄から自衛戦争容認へ、基本的人権の規制などです。

改憲のこの目標は、今日の改憲勢力にほとんどそのまま受け継がれています。

もうひとつの代表的な例は、教育基本法改悪と教科書問題です。

これらの問題をバックアップしてきた組織が自民党教育問題連絡協議会で、1983年以來約20年にわたり会長は特高官僚奥野誠亮でした。奥野は問題発言で物議を繰り返してきた人物です。法務大臣のときには「憲法改正の推進」発言で辞任、国土庁長官では侵略美化・肯定発言で辞任、「明るい日本」国会議員連盟会長として従軍慰安婦問題で「商行為に参加した人」「国が強制したことはない」などと発

言しています。問題発言にあらわれている歴史認識を持つものが、中心に座る協議会です。

1953年、大達茂雄が文部大臣となり、事務次官田中義男、初等中等教育局長緒方信一の特高トリオで、教育の反動化が一挙に押し進められました。国会で「偏向教育」や教科書攻撃がおこなわれ、教員統制をすすめ、教育委員会公選制が排除され、文部大臣の権限強化が図られました。

そうした時期に、田中・緒方は、高山岩男を検定審議会委員に指名します。他の委員が合格点をつけていても、高山が意見を付けた箇所は執拗に書き直しをさせられ、教科書関係者をおののかせました。高山は「大東亜共栄圏」のイデオロギストの最も中心人物でした。戦後も集団安全保障の必要性などを説いています。

高山のような者を優遇する文部省内の思想的潮流が、自民党などの政治的な後押しに力を得て、「大東亜戦争」を肯定的に描く『新しい歴史教科書』（扶桑社）を検定合格させる流れとなっているのです。

4

特高官僚たちは、治安維持法下の20年間に直接的に権力犯罪をおこない、侵略戦争に国民を駆り立ててきました。

彼らは戦後、国民からの権力犯罪に対する追求が弱かったことに気をよくして、治安維持法は必要な法律であったと開き直す立場で、戦前の諸悪を覆い隠し、その復活さえも企んできました。

いま、戦犯政治家や特高官僚の後裔たちが、侵略戦争を美化するばかりか、天皇中心の国家への復帰を果たして、日本を「戦争する国」へ向かわせようと狂奔しています。

アメリカのブッシュ政権は単独行動主義、先制攻撃主義で世界を支配するために、日米同盟で地球規模の共同行動を作り出そうとしており、日本が「戦争する国」になることに、大きな期待を寄せています。

日本を「戦争しない国」のままに、子孫に残すためにも、日本の侵略戦争と人道に反する犯罪者を追及する声を大きくしていくことが、改めて必要になっています。

1968年、国連第二三回総会は「戦争犯罪及び人道に反する罪に対する時効不適用に関する条約」を成立させ、1970年11月11日発効しています。日本は条約成立には棄権し、批准も行っていないが、適用を逃れることはもちろんできません。

アジア諸国民との真の連帯を築きあげていくためにも、日本国民の真の幸福を作りあげていくためにも、戦争犯罪と人道に反する罪を追求する運動を広げていきます。

(2005年5月11日)

## Anti-terrorism Operations and Human Rights: Report on Legislative Trends in Korea

Yi, Kye Soo

Professor, Kunkuk University Law School

### I. Bill for enacting the Anti-Terrorism Act of November 2001 and Subsequent Discussions

A bill for enacting the Anti-Terrorism Act was announced for the first time in 12 November 2001 by the National Intelligence Service (NIS). It seemed at the time as if the said legislative bill would be rushed through since it took advantage of the nameless fear people might have had concerning terror in the immediate aftermath of Sep 11 while insisting on the justification of making preparations for the co-hosting of World Cup 2002. However, since the enactment of the Anti-Terrorism Act encountered much resistance, the National Assembly's deliberation on the legislative bill has been suspended since early May 2002, right before the opening of the World Cup. Criticism of the proposed bill for enacting the Anti-Terrorism Act emerged from the National Human Rights Commission of Korea, a new governmental organization which had begun its activities since November 2001, as well as from the civil society. Thereafter, the process whereby a bill for enacting the Anti-Terrorism Act is proposed when national attention has waned, only to be repealed, amended or suspended, has been repeated time and again.

The legislative bill was almost carried in the process of the second attempt at enactment of the bill unfolding since August 2003. This time, the attempt to enact the law took the form of legislation at the instance of the government instead of members of the National Assembly. Although legislative bills proposed by the government must always be referred to the State Council for deliberation (Constitution of the Republic of Korea Article 89(3)), the NIS and

other ministries were not well-disposed to this bill. The NIS took a roundabout way, which took the form of legislation at the instance of members of the National Assembly which does not require deliberation by State Council. On 14 August 2003, National Assemblyman Duk-Kyu Kim and five others of the Millennium Democratic Party submitted the 'Amendment to the Bill for Enacting the Anti-Terrorism Act' in the form of legislation at the instance of members of the National Assembly. This legislative bill passed a public hearing at the National Assembly on 3 November 2003. It was modified again on 10 November of the same year, and was passed unanimously at the Intelligence Committee of the National Assembly on 14 November 2003. However, this amended legislative bill was not carried through in the Legislation and Judiciary Committee of the National Assembly, and therefore was automatically repealed when the 16th session of the National Assembly closed in May 2004.

The third attempt to enact an Anti-Terrorism Act is continuing since the 17th session of the National Assembly was opened in the autumn of 2004. Since the recent '7.7 London underground and bus explosions,' the possibility of a terrorist attack on Korea, which has dispatched the third largest troops to Iraq, is currently being voiced. There is a growing chorus asserting the need to enact an Anti-Terrorism Act citing the fact that the 2005 APEC summit shall be held in Pusan in November 2005.

However, the attempt by the Korean government (and especially the NIS) to enact an Anti-Terrorism Act has not been successful yet. Furthermore, the likelihood of it succeeding seems far from certain. In that respect, the movement in opposition to the Anti-Terrorism Act in Korea seems to have had considerable result so far.

The reasons for that could be summarized as follows:

First, the struggle by civil human rights movement groups to hinder the Anti-Terrorism Act has had considerable result, so that public information on the dangers of Anti-Terrorism Act have been disseminated to a degree to citizens. That there is very great concern that the NIS, which has been synonymous with human rights infringements even among the citizens, should direct

anti-terrorism operations and investigate terrorists under the justification of preventing terror has had a positive effect. Especially, the legislative bill which was the first to be proposed contained contents consolidating the powers of the NIS, so much so that it earned the evaluation that it was the 'second National Security Act.'

The first Anti-Terrorism Act proposed by the NIS had the following problems:

1. The concept of terror was indefinite. The concept of terror was stipulated so that sit-downs and occupations in protest by civil organizations and environmental organizations could come under terrorism according to interpretations.
2. The witness could be placed under arrest and held in custody against his will.
4. It was made possible for the period of arrest for persons under suspicion of terrorism to be extended.
5. The crime of failure of notification was to be punished.
6. It was made possible to keep a close watch on the movements of foreigners under the comprehensive proviso of 'when necessary in order to prevent terror.'
7. It was made possible for military forces to be mobilized to the scene of terrorist outbreak or scene of potential terrorist outbreak to exercise police authority.
8. The Anti-Terrorism Center established in the NIS was to exercise authority of investigating terrorist crimes.
9. The authority to use weapons against airplanes used in terror was granted.
10. It also contained provisions that the intelligence materials provided by foreign intelligence organizations could be accepted as evidence in trial when the sources and circumstances of acquisition have been revealed and the authenticity of materialization has been certified.

In early August 2005, citizens' distrust of the NIS was intensified as the illegal state wiretapping undertaken by the NIS in the past became a scandal.

Second, the National Human Rights Commission of Korea's opposition in principle to the Anti-Terrorism Act is being firmly maintained to this day, and there exists skeptical viewpoints on the enactment of Anti-Terrorism Act even within government organizations (e.g., the police or the prosecution, the military).

Third, the legislature which should enact the law is devoid of an adamant will on the enactment of the Anti-Terrorism Act. The URI party, the party in power does not have an established party platform on this matter at present. NGOs such as civil human rights movement groups unduly represent public opinion in Korea in certain respects, and there are few members of the National Assembly who would embark on enacting the Anti-Terrorism Act in disregard of such NGO opposition.

Nonetheless, the possibility remains that this legislative bill might at any time be carried through the National Assembly in almost no time. While members of the National Assembly cannot ignore the critical attitude of human rights groups, they also worry about being subjected to such criticism as "Until when will you comment on violation of the constitution and harp on human rights and the legal system when direct terrorist threat against Korea is increasing?" "Will you be responsible when there is a terrorist attack?"

Should the state which overstates the danger of terrorist outbreak and the media which aspires to defense commercialism collaborate to describe the present situation in an extremely pessimistic way, citizens' voice that "we will obtain security by sacrificing freedom" may get louder. In that situation, citizens may easily prefer countermeasures to patch over each problem as it arises.

After 1997, the neoliberal economic policy which was applied in earnest after the IMF relief finance crisis is rapidly expanding the distinction in wealth between the wealthy and the poor. In the meantime, the poverty of a section of the population which is already conspicuous, the kind of fear of falling to a lower social class, and the fear of terror and criminal acts which is very

problematic right now have become factors obstructing citizens' active democratic participation. Accordingly, when problems arise even now, the majority of people are indifferent to it or merely seek to resolve the problem in an individualistic way.

In the midst of it all, citizens get swept away by reactionary political ideas, xenophobia and racism. "Social stress takes the attitude of tolerance away from citizens. It also creates citizens who react in an authoritarian manner to other people's actions. Citizens under heavy stress cannot perform their roles as citizens of democracy.<sup>1)</sup> Citizens who have lost the spirit of tolerance may easily be swept away by the slogans of politicians who propagate prescriptions to patch over each problem when it arises instead of seeing the origin of the problems.

## II. Characteristics of the Korean bill for enacting the Anti-Terrorism Act

### 1. The Anti-Terrorism Act is a law consolidating the powers of intelligence agencies

The laws and ordinances related to preventing terrorism enacted or amended after Sep 11 can be divided into substantive law related to sections on what acts should be punished as crimes of terrorism and law on organizations related to organizational reshuffle and granting of powers to existing organizations in order to prevent terror. The law on organizations is the field of law dealing with the organizations and powers of governmental organs and the relationship of authority among the organs, and this is the core part in the present improvement of terrorism-related legislation in Korea. This is also the characteristic distinguishing Korea's bill for enacting the Anti-Terrorism Act from that of other countries.

As is universally acknowledged, Korea's police force, especially the intelligence police force, has moved up to a considerable level. Furthermore,

1) K. Peter Fritzsche, Wenn Freiheit in Streß umschlägt, FR-Dokumentation v. 29. 8. 1998.

Koreans have the 'combat police force unit' which is tantamount to the military. Such organization is unparalleled anywhere in the world. Since the intelligence organization is abnormally large within the police organization, there are comments that the police force to be committed to 'peace and order of public welfare' is always in short relatively. Even under the existing legal system, routine questioning, state tapping of telephone wires and other communications media<sup>2)</sup> and widespread intelligence gathering is already taking place. The present questioning under the Act on Performance of Police Officer's Duties assumes all citizens to be potential criminals and is taking place on a routine basis. Furthermore, through exchange of intelligence with foreign intelligence and criminal investigation agencies, a de facto preventive system to preclude terror in advance has been elaborately constructed. It is necessary to recollect that the bill for enacting the Anti-Terrorism Act recently being promoted in various western countries are attempting to introduce the above countermeasures which are already being enforced in Korea.<sup>3)</sup>

In addition to this, an adequate defense system such as the anti-terrorism special forces within the police has been constructed.<sup>4)</sup> Such facts are acknowledged by the police themselves. On the other hand, even under the existing law, the NIS is already carrying out extensive operations gathering

2) The research paper recently published by the Korean Institute of Criminology, 'The Limitations and Use as Evidence of Wiretapping, State Wiretapping and Secret Recording' tells eloquently how serious the level of wiretapping and state wiretapping is in Korean society. According to this paper, there are 150 crimes subject to state wiretapping provided for in the present Act on Protection of Secrecy for Communications, so that state wiretapping is possible in most criminal investigations, and that the period allowed for state wiretapping is too long, ranging from three months (for ordinary crimes) to six months (for matters of state security), so that there is much groundwork for human rights infringement. Especially, not only is the period allowed for state wiretapping too long compared to the ten days in Japan and thirty days in the U.S., but it may also be extended, so that in reality, there is the possibility for indefinite state wiretapping. Refer to *Columnist*, Vol. 336, 19 October 2001.

3) Especially on the situation in Germany, refer to the article contributed by Mr. Gessner (Attorney-at-law) in this special edition.

4) Needless to say, should an organization such as the "special attack unit" of the police force be facing difficulty in performance of its duties due to lack of equipment and facilities, support of the budget and equipment should be undertaken within the boundaries of the law.

anti-terrorism intelligence.

Although legislative bills have been proposed and amended several times in the meantime, the section which has maintained its framework from beginning to end is the Anti-Terrorism Center. As can be so confirmed, the Anti-Terrorism Act is in reality law proposed under the intention to establish an Anti-Terrorism Center within the NIS from the beginning. The NIS is pursuing a 'legal acknowledgement' of the establishment of an anti-terrorism organization which the NIS had set as its goal from the outset by insisting on the establishment and formation of an Anti-Terrorism Center under any circumstance. The NIS is performing anti-terrorism operations based on the current National Intelligence Service Act at present (Article 3(1)(1), National Intelligence Service Act). The intention behind attempting to establish an Anti-Terrorism Center in spite of it all through the enactment of an Anti-Terrorism Act is manifest. Under a legal system like that of the present in which a 'reshuffle' of the NIS is mentioned whenever there is a change of regime, a reduction and regulation of organizations within the NIS is limitlessly possible even without amendment of the National Intelligence Service Act. On the other hand, should the Anti-Terrorism Center be established by law, the NIS could achieve the outcome of securing an organization which is independent to a degree from discussions on reshuffle. One could say that the intention is to actively deal with citizens' demands for reshuffle of intelligence agencies through establishment of an organization like the Anti-Terrorism Center instead of responding defensively to demands for organizational reshuffle (or reform) of the NIS. A sort of advance strategic move, so to speak. This is the reason why the NIS never laid hands on the section on Anti-Terrorism Center in spite of having 'made concessions' in the form of amending a few provisions in response to the opposition from various fields against the bill for enacting the Anti-Terrorism Act.

The following problems of the Anti-Terrorism Center have been mentioned:

First, the NIS exercises the authority to directly plan and mediate (Article 4(1)(3), National Intelligence Service Act)<sup>5)</sup> the functions of other governmental

5) Although this section was also to be "planning, supervision and mediation of

agencies under the justification of 'anti-terrorism operations' through the Anti-Terrorism Center in excess of gathering, drawing up and distribution of terrorism-related intelligence (Article 3(1)(1)). Exercise of such authority exceeds the limits set upon intelligence agencies. An intelligence agency (Korean law expresses the NIS as an 'intelligence investigation agency') "planning and mediating" the operations of each ministry of the administration is unparalleled anywhere in the world. As the intelligence agency's authority expands, the boundary between intelligence agencies and administrative agencies may crumble and the danger of the intelligence agencies reigning over the administrative agencies in reality increases.

Second, the 'anti-terrorism operations' planned and mediated by the Anti-Terrorism Center are "all operations preventing and responding to terrorism such as the regulation of persons under suspicion of terrorism, safety supervision of dangerous substances which may be used in terrorism, protection of facilities and equipment, guarantee of safety for international conferences, response to threats of terrorism and armed suppression" (Article 2(4)), so that the de facto intelligence agency, the NIS, gets to exercise its authority directly over the citizens.

Third, secretive operation of the Anti-Terrorism Center is already anticipated since it shall not only be established within the NIS, the organization and quota of which are not revealed, but the organization and quota themselves of the Anti-Terrorism Center may be kept from the public (Article 4(4)).

However, since the NIS is claiming the need to establish an Anti-Terrorism Center citing the example of the US and other countries, there is the need to examine the anti-terror centers of the U.S., albeit briefly. As is commonly acknowledged, U.S. intelligence agencies expanded their organizations and manpower after the terrorist attack of Sep 11. It is ironic that the intelligence agencies which should have been subjected to reform to bear the responsibility

---

anti-terrorism operations" in Proposal One of the second legislative bill, with the Ministry of Justice and others posing problems to it, the "supervision" section came to be deleted during the process of deliberation by the Intelligence Committee of the National Assembly.

of not having been able to prevent Sep 11 in advance succeeded in expanding their organizations and budgets instead. That they could succeed in such expansion of the organization is greatly indebted to the irrational atmosphere after Sep 11, an atmosphere in which none could put the brake on the administration's powerful anti-terrorism policy.

In Europe, which did not directly experience the Sep 11 terrorist attack and does not operate intelligence agencies with the whole world as the stage like the U.S., it is difficult to find an example where the budget of intelligence agencies was sharply increased or organizations suddenly expanded. Needless to say, the attempts to consolidate the authority of intelligence agencies are continuing ceaselessly, and civil society appears to be in opposition to such development.

Claims are being raised that an Anti-Terrorism Center should be established within the NIS as soon as possible since an organization like Korea's Anti-Terrorism Center is established within the Central Intelligence Agency (CIA) in the U.S., without critical evaluation of such problems. As a matter of fact, the Terrorist Threat Integration Center and the Terrorist Screening Center, which are centers generalizing anti-terrorism operations in the CIA and the Federal Bureau of Investigation (FDI) respectively, have been created after Sep 11. However, there are skeptical viewpoints even within the U.S. as to whether these agencies may contribute to discovering and eliminating in advance the threat posed by terrorists by organizing the flow of intelligence in a more efficient manner. That is, although creating such an organization as an extra may enable intelligence agencies to convey the fantasy that "we are doing something," whether it may prove effective in preventing terror in reality is unknown.

It cannot be ascertained whether such organizations in the U.S. served as the model for the Anti-Terrorism Center stipulated in the Anti-Terrorism Act of Korea. However, what must be made certain is that there is a fundamental difference between the Terrorist Threat Integration Center and the Terrorist Screening Center of the U.S. and the Anti-Terrorism Center of Korea. One must accurately face the facts that such organizations do not request the mobilization of the military, nor plan and mediate organs performing

anti-terrorism operations among each ministry of the administration on its own. Even at present, there exist more than twelve registers of names of terrorists drawn up by each federal ministry. Since decentralization of intelligence is a characteristic of a federal state, these organizations were created based on a Presidential directive instead of law by the CIA, a vast federal intelligence organization, in order to smooth the flow of intelligence acquisition and for the efficiency of execution of anti-terrorism operations by federal intelligence agencies. Regarding the establishment and operation of these organs, I would like to add that there is currently fierce criticism from civil human rights movement groups within the U.S. including intelligence monitoring groups advocating individuals' right of decision over one's own information.

## 2. Issues concerning mobilization of military force

1) When the first legislative bill was introduced in the National Assembly, the part which provoked much controversy along with the ambiguity concerning the definition of terror was the "support of military force." Meetings on anti-terrorism countermeasures or a permanent committee could "recommend to the President the support of military force or the homeland reserve forces within the minimum extent required for the protection of facilities and defense when it is difficult for the police alone to protect important facilities of the state and facilities utilized by a large number of people." The fact that the military force which had been mobilized as a support force could undertake "questioning, protective measures, measures to prevent the occurrence of a dangerous event or to prevent and restrain crimes" within the ambit required for the protection of facilities and defense was especially problematic. The military is not an organization trained or set up in order to exercise police authority over civilians. Yet, many people pointed out that granting police authority to the military under the pretext of prevention of terror even under situations in which martial law has not been proclaimed was a violation of the constitution.<sup>6)</sup> Conscious of

6) Yi, Kye Soo, 'Opinion on the Government's bill for enacting the Anti-Terrorism Act,' *Min-joo-bup-hak*. Vol. 21. pp.394-395.

such criticism, the section on the military exercising police authority has been deleted since the second legislative bill.

2) The problem that remains is whether the military should be disallowed from undertaking the protection of facilities and defense operations in times of terrorist threat. There has not been an adequate discussion on this point. However, the general tenor of the argument seems to judge that such activities are possible without legal grounds.<sup>7)</sup> However, I believe that there is still material for criticism on this point as well. One cannot regard operations of the 'protection and defense' of major facilities undertaken by the military in peacetime as pure support operations and operations unrelated to the exercise of power and therefore decide that there could be no problem.

The domestic mobilization (Einsatz) of the military requires constitutional mandate as a general rule. The Constitution of Korea specifies the circumstances in which the military may be mobilized domestically (Article 5(2), Article 77, Constitution of the ROK). Naturally, I believe that what does not possess the characteristics of a mobilization may be possible without particular constitutional mandate. Therefore, although opinions are unified on that providing technical help through military equipment does not fall under mobilization, there is dispute on how to determine the extent of technical help.<sup>8)</sup> Whether the protection of facilities and defense mentioned here comes under technical help to be differentiated from mobilization should be examined cautiously.

## 3. Reinforcement of supervision and discrimination against foreigners

In the first legislative bill, the authority to collect intelligence on foreigners was also widely sanctioned. The main body collecting intelligence on foreigners was to be the public servants of the Anti-Terrorism Center and police officers in

7) I conjecture that it is so. However, I have been unable to find a document specifically expressing such an opinion.

8) For details, refer to Yi, Kye Soo, 'Military Law and Security Law: Entanglement of the Military and Security and the Inversion of Civilian-Military Relationship,' *Gong-bup-yun-goo*, Vol. 31 No. 4 (May 2003), p. 294.

charge of anti-terrorism operations, and their activities were routine 'inspection operations' as well. However, since the second legislative bill, the main body of intelligence-gathering operations has been limited to the head of the Anti-Terrorism Center and the fields of operation have been limited somewhat. Nonetheless, questions remained as to what confirmation of the facts mean in "regarding foreigners against whom there are considerable reasons to suspect membership of a terrorist organization, confirmation of facts such as his whereabouts, movements while remaining in Korea and whether he has supported funds for terrorism in order to gather intelligence on such foreigners" mentioned here. Concerns were raised that powers of investigation may be included in the authority to take measures to ascertain confirmation of facts. Conscious of such apprehensions, the bill presented to the Legislation and Judiciary Committee among the second legislative bills amended the wording to the effect that "regarding foreigners against whom there are considerable reasons to suspect membership of a terrorist organization, the head of the Anti-Terrorism Center may collect intelligence on his whereabouts, movements while remaining in Korea and whether he has supported funds for terrorism in order to collect information on such foreigner." This part should also be considered as having been improved.

Nonetheless, since there is still the possibility of arbitrary exercise of authority and infringement of human rights against foreigners in the process of immigration control measures, and the reasons for amendment of the second legislative bill specifies 'Islam' as a terrorist threat, it has been pointed out since foreigners from particular countries are being regarded as a criminal group, there is much scope for substantial discrimination.

4. Duplication with existing legal system and organizations to respond to terror and wasteful spending of the budget

The current law and systems bestows special functions upon various governmental organizations in order to not only collect, analyze and distribute

intelligence concerning terrorist acts but go on to prevent and suppress, investigate and punish terrorist acts as well. There are no particular problems in establishing and executing anti-terrorism measures even with the present law and system, structure of government organizations. Although enacting the Anti-Terrorism Act to create a wide-ranging system of planning, mediating and generalizing 'anti-terrorism operations' may seem plausible at first glance, in reality it would only duplicate operations and cause wasteful spending of budgets. The Anti-Terrorism Act is nothing more than law enabling the NIS to sharply expand its authority beyond the limits imposed on intelligence agencies under the justification of 'prevention of terrorism' based upon an ambiguous concept of 'terrorism.'

### III. The Anti-Terrorism Act and so-called international co-operation

However, the NIS and members of the National Assembly who have initiated the legislation at the instance of members of the National Assembly have argued that enactment of the Anti-Terrorism Act is an obligation of the government of Korea to the United Nations, and that the Anti-Terrorism Act is necessary for intelligence co-operation among countries. The problems of these arguments shall be examined below.

#### 1. On the claim that enactment of the Anti-Terrorism Act is an international obligation

Many people might pose the question that whatever the context, we cannot do nothing when the international society is 'almost' proclaiming prevention of terrorism in one voice, what are we to do if a terrorist attack takes place for real. A terrorist attack must not take place and international cooperation to prevent terror is clearly necessary. However, we must also be aware of the fact that there was something wrong from the very beginning in the 'discussions on countermeasures on preventing terrorism' which are taking place in various

countries of the world and in Korea at present. Mahathir Mohammad, former prime minister of Malaysia, has recently criticized that "the whole world has been seized with paranoia on anti-terrorism security measures so that damage greater than a terrorist attack is being caused instead."<sup>9)</sup> Although he mentioned "the tourism industry's loss and bankruptcy of airline companies" in relation to the damage, it is not limited to such economic damage. Due to the attempt by some people to buy safety by selling freedom, the whole world is witnessing serious challenges to freedoms and human rights at present.

The concern expressed by the United Nations High Commission for Refugees that Korea's bill for enacting the Anti-Terrorism Act will threaten the status of refugees and foreigners also expresses concern about that very situation. This organization's apprehension reminds one of the 2002 resolution of the United Nations General Assembly (A/RES/57/219) which emphasized that "no anti-terrorism measure should compromise human rights and the status of refugees, humanitarian international law." Although resolutions of the United Nations General Assembly only have recommendatory effect, it has significance as a grave warning to countries which are consolidating powers of public safety and intelligence using United Nations Security Council Resolution No. 1373. It is also a criticism of the actual situation in which anti-terrorism measures against human rights are running rampant in spite of the fact that the international society is still not agreed on what to define as terrorism.

The United Nations Security Council Resolution No. 1373 which the Korean government refers to often in relation to the need to enact Anti-Terrorism Act, is by no means a *carte blanche* on 'anti-terrorism measures against human rights and in violation of freedom' promoted in the past or present by governments of various countries including Korea. Although the said resolution was announced in the immediate aftermath of Sep 11, it is an extension of the continuous effort by the international society in its opposition to terrorism, and is concentrated on cutting off funds for terrorism which is being presented as the most important element in relation to anti-terrorism measures. Furthermore, the said resolution

9) *Kyunghyang* Newspaper, 13 November 2003.

makes clear that signing the "International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism' and other such treaties is not an optional matter for member states of the United Nations but their duty.

Sections emphasizing the need to enact the Anti-Terrorism Act focus on this to claim that since the Republic of Korea is 'bound' by Security Council Resolution No. 1373 as a member state of the United Nations, it should create the Anti-Terrorism Act according to the present legislative bill. However, such claims fail to mention the fact that the Resolution No. 1373 pointed out in various sections that anti-terrorism measures must be undertaken in 'all legally possible ways,' 'ways conforming to international law and national law.' The legally possible ways mentioned here means ways conforming to international law and national law (including constitutional law). Considering citizens' rights to privacy and communication, and the present situation in which the status of refugees is increasingly being encroached upon, legally possible measures for preventing terrorism should ultimately be understood as measures recognized by constitutional law and international human rights law.<sup>10)</sup>

## 2. So-called intelligence co-operation among countries and the Anti-Terrorism Act

On the other hand, the NIS claims that the NIS should have the Anti-Terrorism Center in order to generalize transborder data flow with other countries. That is, the point of their argument is that "unless the NIS generalizes the intelligence dispersed throughout the country, co-operation on transborder data flow with other countries is difficult. Exchange of intelligence with other countries should be a task undertaken by the NIS, an intelligence organization, not something which can be undertaken by other intelligence organizations such as the police or the prosecution." However, such claims lack persuasive force. Even the gathering of secret intelligence (wiretapping and state wiretapping through wiretapping equipments, utilization of secret intelligence

10) Lee Gye-soo, 'Anti-Terrorism Act is terrorism against human rights,' *Hangyere* Newspaper, 1 November 2003.

agents) which could almost only be undertaken by secret intelligence agencies in the past is being carried out by all investigative organs at present. The popular diffusion of intelligence technology equipments is turning the police and the prosecution into secret intelligence agencies.<sup>11)</sup> In such a situation, I would like to ask where the logic that only the CIS is competent for intelligence operations is coming from.

Since 'generalization of intelligence for overseas transborder data flow' has been mentioned, I would like to point out one more related issue. Even in the present situation in which Anti-Terrorism Act has not been enacted, I would judge that the NIS has been generalizing national intelligence and undertaking overseas transborder data flow in reality. The problem is that citizens cannot help but be curious about whether the NIS is properly observing the relevant laws and regulations in this process, and whether there is an 'intelligence protection guideline' which must be observed by agencies performing transborder data flow including the NIS.

In relation to protection of personal information, the 'Act on the Protection of Personal Information by Public Organizations' (hereafter, the Act on the Protection of Personal Information) has been enacted, although it is unsatisfactory. According to this law, after stipulating that "the head of the agency in possession must not use or provide to other agencies the intelligence managed other than for the purpose of retaining the personal information file in question excepting for use within the agency in possession or supply to a person outside the agency in possession according to another law,"(Article 10(1)) it goes on to stipulate that "notwithstanding the provisions of paragraph 1, the head of the agency in possession may use or provide to other agencies the intelligence managed other than for the purpose of retaining the personal information question file in possession in the circumstance coming under the following subparagraph. However, this is not so even in circumstances coming under the following subparagraph, when concern that the rights and interests of the subject

11) Of course, we must continue to supervise and criticize the intelligence gathering operations within the police and the prosecution.

of the information or a third person may be unduly infringed may be recognized,"(Article 10(2)) thus acknowledging exceptions to provision of intelligence. One of those exceptions is "when provided to foreign government or international organization in order to implement treaty obligations or other international conventions."(Article 10(2)(3)) According to the information on treaties provided by the Ministry of Foreign Affairs and Trade, one can see that at present the conventions of "General Agreement governing Protection"(Concluded 1962. Undisclosed), "Security Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the United States of America governing the Protection of Classified Military Information"(Signed 24 September 1987, Effective. Disclosed), "Exchange of Notes for the Amendment to the Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the United States of America concerning the Exchange and Protection of Classified Information"(Signed 24 September 1987, effective. Undisclosed) have been concluded with the U.S. Although it seems as if conventions for exchange of secret intelligence have been concluded, one cannot know what they are providing for. Therefore, the problem is whether these conventions which have been concluded before the Act on the Protection of Personal Information by Public Organizations' was enacted are comply with the provisions of the 'Act on the Protection of Personal Information', and the "Guideline Governing the Protection of Privacy and Trans-border Flows of Personal Data" established by the Secretariat of the OECD.

In relation to this, there could be a viewpoint that personal information which was collected or the provision of which is being requested for the purpose of intelligence analysis related to state security is excluded from the objects of protection of the 'Act on the Protection of Personal Information' from the beginning.<sup>12)</sup> However, we oppose understanding Article 3(2) of the said law as purporting to exclude all personal information collected or provided by the NIS from the objects of application of the said law. I believe that the concept of state security should be interpreted narrowly so that mechanisms for

12) Refer to Article 3(2), Act on the Protection of Personal Information

protecting personal information should operate in regard to data collected by the NIS as well. Furthermore, I would like to add that amendment of the law concretizing mechanisms for protecting personal information collected by the NIS is necessary as well.

The U.S. tends to conclude conventions on transborder data flow with other countries in general (within Europe, Germany and Denmark are classified as countries which have not concluded conventions on transborder data flow with the U.S.), and it has recently concluded a convention on transborder data flow with the EU as well. However, in relation to the conclusion of these data flow conventions the concern is growing in each country on the point of whether intelligence adhering to the guidelines on protection of information shall be passed to and fro the countries which have concluded the conventions. There is the need to recollect the fact that the strengthening of transborder data flow which the U.S. is keen on especially after Sep 11 is transborder data flow only in name, and that there are viewpoints which understand the situation as that of information on the citizens of the member states of the U.S. being passed over to the U.S. unilaterally.

### 3. System of international co-operation among intelligence agencies and the pursuant problem of democratic control

The 9-11 terror and its aftermath revealed that the stake in external safety and internal safety are closely related to each other. However, 9-11 was not the only reason for that. Such transformation had begun a few years ago already. Internal safety is no longer confined to internal safety within one country only. As each country becomes intertwined with one another in the process of globalization and internationalization, the possibility of the effects of crises and conflicts being confined to one country lessens. On the other hand, the possibility of one country's safety policy being influenced by the decisions and events of other countries and regions increases. Amid such change, security agencies (intelligence organizations, the police, the prosecution, the military, etc.)

develop the framework for international cooperation. And in the process of creating such a framework for international cooperation, there is the tendency to pursue only the efficiency and effectiveness of co-operation. The problem, then, is that the mechanisms for controlling intelligence agencies created to be suitable for individual countries (control by the National Assembly, legislature and public opinion) are unable to follow the present development of international cooperation, so that international cooperation (intelligence cooperation, etc.) itself is being performed in a pattern contrary to democratic criteria. Although this problem is not only confined to the domain of security, it is especially serious in this field. How to respond to such reality? Enacting the Anti-Terrorism Act in a situation where the answer to this has not been given would cause intensification of concentration of information and monopoly of intelligence power. There needs to be deep reflection on this aspect.

Therefore, the National Assembly should embark on grasping the present state of overseas transborder data flow (including examination of the provisions in conventions and treaties) currently being undertaken and coming up with principles related to overseas transborder data flow instead of intensifying the phenomenon of intelligence monopoly by the NIS by enacting the Anti-Terrorism Act. For example, exchange of general intelligence should be made possible in principle, while intelligence related to individuals should be exchanged as an exception and on a limited bases, and especially if the latter two intelligence have been exchanged, procedures for notifying the interested persons should be prepared. The process whereby an independent external organization such as the National Assembly makes an ex post facto inspection of overseas transborder data flow by intelligence organizations should be introduced.

### IV. For anti-terrorism countermeasures conforming with democratic constitutional order

1. Witnessing the 'case of assault on worker in Iraq' in November 2003, many people have come to question the ability of the Korean government to

respond to such cases. As many people are well aware, the Korean government is close to incompetent when it comes to Middle East diplomacy. Not only are experts on Middle East affairs virtually nonexistent within the Ministry of Foreign Affairs and Trade, the budget of the Middle East and African Affairs Bureau for 2003 was 905 million Korean won in total, merely 0.17% of the total business expenses of the Ministry of Foreign Affairs and Trade. 534.89572 billion Korean won. For a bureau in charge of 66 countries among the 189 member countries (excluding North and South Korea) of the United Nations and dealing with the region which takes up two-thirds of Korea's overseas construction market, this is indeed a mere trifle.<sup>13)</sup> The government of Korea is too indifferent to these regions which have given us the special Middle East boom.<sup>14)</sup> Although the Ministry of Defense and the National Assembly's survey team have each been to Iraq in order to decide on whether to send troops to Iraq, we do not have the ability to come to an independent decision on this region. That is because all intelligence comes from the U.S. or the west.

With the situation thus, government officials should agonize over how to solve the "absence of intelligence, preponderance of intelligence source" from now on. Instead of countless meetings for countermeasures and 'forceful' countermeasures to show to the citizens, a viewpoint and intelligence which would enable the problem to be seen in a rational manner must be procured. That should be the first starting point in prevention and preclusion of terrorism.

2. The 'terrorist threat' must not become a trump card rendering powerless the fundamental human rights of citizens (including foreigners staying in the Republic of Korea) guaranteed by international human rights law and constitutional law. There is a study report that even in Germany which maintains a system of ex post facto notification on measures restricting

13) *Hangyere* Newspaper, 25 November 2003.

14) Such problems did not emerge recently. Many people have raised concerns and criticisms on this point, and the National Assembly has also reproved the disproportionate budgetary programming of the Ministry of Foreign Affairs and Trade whenever it held budgetary deliberations.

communications as in Korea (for Korea, refer to Article 9(2), Act on Protection of Communication Secrecy), the rate of ex post facto notification taking place is merely 27%. 73% of people are not being notified of measures restricting communications in spite of provisions of the law.<sup>15)</sup> This is the reality of investigative organizations undertaking state wiretapping, the 'intelligence investigation organizations.' The National Assembly and the government must be aware that citizens are fearful of enactment of Anti-Terrorism Act which expands the authority of the NIS to state wiretapping, and that there certainly are rational grounds as to why they are in opposition to it.

3. 'An eye for an eye, a tooth for a tooth?' But one must not forget that the power to win over terrorists lies in fighting in a different manner from them. That different manner is already set out in the constitution of Korea which points to liberal constitutional state. It is not countermeasures which are 'in perfect order' (since they are commanded by the Anti-Terrorism Center) and 'powerful' (since the military may be mobilized as well) that prevent terror. Now is not the time to exert our efforts on creating the Anti-Terrorism Act but to give impetus to reform of the NIS.

15) The statistics in the text were quoted from the following study. Hans-Jög Albrecht, Claudia Dorsch, Christiane Krüe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/albrecht.html>; The full text of the above study is being provided on pdf file on the internet. The address is as follows. [http://www.iuscrim.mpg.de/verlag/online/Band\\_115.pdf](http://www.iuscrim.mpg.de/verlag/online/Band_115.pdf)

## 테러방지활동과 인권 - 한국의 입법동향에 대한 보고

이계수

건국대 법학과 교수

### I. 2001년 11월의 테러방지법안과 그 이후의 논의들

한국에서 테러방지법안은 2001년 11월 12일 국가정보원에 의해 처음으로 정부입법으로 입법예고 되었다. 동 법안은 9·11 직후 사람들이 가졌을 법한 테러에 대한 막연한 공포심을 이용하는 한편 2002년 월드컵 공동개최 대비라는 명분을 내세웠기 때문에 당시에는 일사천리로 통과될 듯이 보였다. 그러나 테러방지법 제정에 대한 저항이 컸기 때문에 월드컵 개막을 눈앞에 둔 2002년 5월 초순 이래 법안에 대한 국회심의회는 중단되었다. 제안된 테러방지법안에 대한 비판은 시민사회는 물론 2001년 11월 이래 활동을 시작한 새로운 국가기구인 국가인권위원회로부터도 나왔다. 이후 테러방지법안은 국민들이 잇을 만하면 제안되고, 다시 그 법안이 폐기되거나 수정 혹은 보류되는 과정을 여러 차례 반복해 왔다.

2003년 8월 이래 전개된 제2차 법안제정시도 과정에서는 법안이 거의 통과될 뻔 했다. 이번에는 정부입법이 아니라 의원입법의 형태로 법률제정시도가 이루어졌다. 정부가 제안한 법률은 반드시 국무회의의 심의를 거쳐야 하는데(대한민국 헌법 제89조 제3호), 국정원 이외의 타 부처 또한 이 법안에 호의적이지 않은 상황이었다. 국가정보원은 우회적인 방법을 택했고, 그것이 국무회의의 심의를 필요로 하지 않는 의원입법의 형태로 나타났다. 2003년 8월 14일 민주당 김덕규 의원 외 5인은 의원입법 형태로 「테러방지법안에 대한 수정안」을 제출하였다. 이 안은 이후 국회 공청회(2003. 11. 3)를 거쳐 동년 11월 10일자로 재수정되었고, 재수정안이 2003년 11월 14일, 국회 정보위원회를 만장일치로 통과되었다. 그러나 이 수정안은 국회 법제사법위원회를 통과하지 못하였고 2004년 5월로 제 16대 국회가 종료하면서 자동 폐기되었다.

테러방지법을 제정하려는 세 번째 시도는 제17대 국회가 개원한 2004년 가을 이래 지속되고 있다. 최근 '7·7 런던 지하철·버스 폭발사고' 이래 3번째로 많은 병력을 이라크에 파병중인 한국에 대한 테러가능성이 제기되고 있다. 특히 2005년 11월 부산에서 2005 APEC 정상회의가 개최된다는 사실을 내세워 테러방지법 제정의 필요성을 역설하는 목소리가 커지고 있다.

그러나 테러방지법을 제정하려는 한국정부(특히 국가정보원)의 시도는 아직까지 성공하지 못하고 있다. 그리고 성공가능성도 그리 높아 보이지 않는다. 그 점에서 이제까지 한

국 내에서의 테러방지법 반대 운동은 나름대로의 성과를 거둔 것으로 보인다.

그 이유는 대략 다음 세 가지로 집약해 볼 수 있다.

첫째, 테러방지법에 대한 시민인권운동단체들의 저지투쟁이 나름대로 성과를 거두어 테러방지법의 위험성에 대한 국민홍보가 어느 정도 이루어졌다. 국민들 사이에서도 인권침해의 대명사였던 국가정보원이 테러방지를 명분으로 대테러활동을 지휘하고 테러범죄자들은 수사하는 것에 대한 우려가 매우 큰 것도 테러방지법 제정반대에 긍정적으로 작용하였다. 특히 최초로 제안된 법률안은 이른바 '제2의 국가보안법'이라는 평가를 받을 만큼 국가정보원의 권한을 강화하는 내용을 담고 있었다.

국가정보원이 제안한 최초의 테러방지법은 다음과 같은 문제점이 있었다.

1. 테러의 개념이 명확하지 않았다. 해석에 따라서는 시민단체·환경단체의 항의 농성, 점거 등이 테러에 해당될 수 있게 테러개념을 규정하였다.
2. 참고인을 강제로 구인(拘引)·유치(留置)할 수 있었다.
4. 테러범죄혐의자에 대한 구속기간의 연장이 가능하도록 했다.
5. 불고지죄를 처벌한다.
6. '테러를 예방하기 위하여 필요한 경우'라는 포괄적인 조건 하에서 외국인에 대한 동향관리가 가능하도록 했다.
7. 군병력이 테러발생현장 혹은 테러가 발생할 우려가 있는 현장에 출동하여 경찰권을 행사할 수 있도록 했다.
8. 국가정보원에 두는 대테러센터가 테러범죄 수사권을 행사하도록 했다.
9. 테러에 이용된 항공기 등을 향해 무기를 사용할 권한을 부여하였다.
10. 외국 정보수사기관에서 제공한 정보자료에 대해 출처 및 입수경위 등을 밝히고 성립의 진정을 인정한 때에는 재판의 증거로 할 수 있다는 조항도 포함되어 있었다.

2005년 8월 초에는 과거 국가정보원이 했던 불법도청이 사건화 되면서 국가정보원에 대한 국민들의 불신은 더욱 커지고 있다.

둘째, 테러방지법에 대한 국가인권위원회의 원칙적 반대 입장이 현재까지 견지되고 있으며, 국가기관 내부에서도(예컨대 경찰이나 검찰, 군대) 테러방지법의 제정에 대한 회의적 시각이 존재한다는 사실이다.

셋째, 법을 제정해야 할 입법부가 테러방지법 제정에 대한 확고한 의지를 갖고 있지 않다는 사실이다. 여당인 열린우리당은 현재 이 문제에 대한 확립된 당론을 갖고 있지 않다. 한국에서는 시민인권운동단체 등 NGO가 어떤 면에서는 여론을 과대 대표하고 있는데, 이런 NGO들의 반대에도 불구하고 테러방지법을 제정하겠다고 나설 국회의원도 많지 않다.

그럼에도 불구하고 이 법안은 언제든지 순식간에 국회를 통과할 가능성도 남아 있다.

법안을 심의하는 의원들은 인권단체들의 비판적 태도를 무시할 수 없는 한편, "한국에 대한 직접적인 테러위협이 높아지고 있는데, 언제까지 위헌운운, 인권타령, 법체계타령을 할 것인가?" "테러가 나면 당신이 책임질 것인가?" 라는 식의 비판을 받지 않을까 걱정하기도 한다.

테러발생위험을 부풀려 과장하는 국가와, 안보상업주의를 지향하는 언론이 합작하여 현재의 상황을 매우 비판적으로 묘사하게 된다면 "자유를 희생하여 안전을 얻겠다"는 국민들의 목소리가 커질 수도 있다. 그 상황에서 국민들은 쉽게 대중요법적 대응책을 선호할 수도 있다.

1997년 이후 IMF 구제금융사태 이후 본격화된 신자유주의 경제정책은 빈부격차를 급격하게 확대시키고 있다. 그 사이 이미 두드러지고 있는 국민 일각의 궁핍, 더 낮은 사회계급으로의 하락에 대한 불안감과 같은 것 그리고, 현재 아주 문제가 되고 있는 테러 및 범죄행위에 대한 공포는 국민들의 적극적인 민주적 참여를 방해하는 요인이 되고 있다. 그래서 이제는 문제가 있어도 그에 대해 무관심하거나 아니면 문제를 그저 개인주의적인 방식으로 해결하려고 하는 사람들이 다수를 차지하고 있다.

그러다 보니 반동적인 정치적 구상, 외국인혐오, 인종주의에 쉽사리 휩쓸리기도 한다. "사회적 스트레스는 시민들에게서 관용의 태도를 앗아간다. 그것은 또한 다른 사람의 행동에 대해 권위주의적으로 반응하는 시민들을 만든다. 스트레스가 많은 시민은 민주시민으로서의 자신의 역할을 제대로 수행하지 못한다.<sup>1)</sup> 관용의 정신을 잃어버린 시민들은 문제의 근원을 보기 보다는 문제에 대한 對症療法的 治療를 선전하는 정치가들의 구호에 쉽게 휩쓸릴 수 있다.

## II. 한국 테러방지법안의 특징

### 1. 테러방지법은 정보기관의 권한을 강화하는 법

9·11 이후 각국에서 제정되거나 개정된 테러방지과 관련한 법령은 어떠한 행위를 테러범죄로 처벌할 것인가 하는 부분과 관련된 실제법과 테러방지를 위한 조직재편 및 기존조직에 대한 권한부여와 관련된 조직법으로 나누어 볼 수 있다. 조직법은 국가기구의 조직 및 권한, 기구 상호간의 권한관계를 다루는 법 분야이고, 현재 한국의 테러관련법제의 정비에서 이 부분이 가장 핵심 포인트이다. 이 점은 또한 한국의 테러방지법안을 다른 나라의 그것과 구별 짓는 특징이기도 하다.

다 아는 사실이지만 한국의 경찰력, 특히 정보경찰력은 대단한 수준에 올라와 있다. 그리고 우리에게만 군대와 다름없는 '전투경찰대'가 있다. 이러한 조직은 세계적으로 보아도 유례가 없는 것이다. 경찰조직 내에 정보조직이 비정상적으로 비대하다보니 상대적으로

1) K. Peter Fritzsche, Wenn Freiheit in Streß umschlägt. FR-Dokumentation v. 29. 8. 1998.

‘민생치안’에 투입될 경찰력은 늘 부족할 수밖에 없다는 얘기도 듣는다. 이미 기존의 법 시스템 하에서도 일상적인 불심검문, 전화 및 기타 통신매체에 대한 감청,<sup>2)</sup> 광범위한 정보수집이 이루어지고 있다. 현행 경찰관직무집행법상의 불심검문은 모든 국민을 잠재적인 범죄자로 상정하고 일상적으로 이루어지고 있다. 또한 외국 정보 및 수사기관과의 정보교류를 통해 사실상 테러방지를 위한 사전예방시스템이 촘촘하게 구축되어 있다. 최근 서구 각국에서 추진하고 있는 반테러법안들은 이미 한국에서는 시행되고 있는 위와 같은 대책들을 도입하려는 것임을 상기할 필요가 있다.<sup>3)</sup>

여기에서 경찰내부에 대테러특수부대들이 조직되어 있는 등 충분한 방어시스템이 구축되어 있다고 하겠다.<sup>4)</sup> 이러한 사실은 경찰 스스로도 인정하고 있다. 한편 현행법 하에서도 국가정보원은 광범위한 테러정보수집활동을 이미 시행하고 있다.

그 동안 여러 차례 법안이 제안되고 수정되었지만, 테러방지법안에서 처음부터 끝까지 그 틀을 유지하고 있는 부분이 바로 대테러센터이다. 이를 통해서도 확인할 수 있듯이 테러방지법은 처음부터 사실상 국가정보원 내에 대테러센터를 설립하려는 의도에서 제안된 법이다. 국가정보원은 어떤 경우에도 대테러센터의 설치·조직화를 고집함으로써 애초 국가정보원이 목표로 했던 대테러조직의 설치에 대한 ‘법률적 승인’을 추구하고 있다. 지금도 국가정보원은 현행 국가정보원법에 의거 대테러업무를 수행하고 있다(국가정보원법 제3조 제1항 제1호). 그럼에도 불구하고 테러방지법의 제정을 통해 대테러센터를 설치하고자하는 의도는 명백하다. 정권이 교체될 때마다 국가정보원 ‘개편’이 얘기되는 상황에서 현재와 같은 법제 하에서라면 국가정보원법의 개정이 없더라도 얼마든지 국가정보원 내의 기구축소 및 조정은 가능하다. 반면 대테러센터가 법률에 의해 설치된다면 국가정보원은 개편논의에서 어느 정도 자유로운 독립적인 조직을 확보하는 성과를 얻을 수 있다. 국가정보원 조직 개편(혹은 개혁)에 대한 요구에 수세적으로 대응하기보다는 대테러센터와 같은 조직을 설치함으로써 정보기관 개편에 대한 국민의 요구에 적극적으로 대처해나갈 수 있다는 의도라고 볼 수 있다. 일종의 사전포석인 셈이다. 테러방지법안에 대한 각계의 반대에 대해 국가정보원측이 몇몇 조항을 수정하는 형식으로 ‘양보’를 했음에도 불구하고 대테러센터 부분만은 결코 손대지 않은 이유가 여기에 있다.

대테러센터의 문제점으로 다음과 같은 것들이 지적된다.

첫째, 국가정보원은 테러에 관한 정보의 수집·작성 및 배포(국가정보원법 제3조 제1항 제1호)를 넘어 대테러센터를 통한 ‘대테러활동’이란 명분으로 직접 다른 국가기관들의 기

2) 최근 한국형사정책연구원에서 펴낸 「도청·감청 및 비밀녹음의 제한과 증거사용」이라는 연구보고서는 우리사회에서의 도청 및 감청이 얼마나 심각한 수준에 있는가를 잘 말해주고 있다. 이 보고서에 따르면 현행 통신비밀보호법이 규정한 감청대상 범죄가 150여 가지나 되어 웬만한 범죄수사에 감청이 가능하고, 감청허용기간도 3개월(일반범죄)에서 6개월(국가안보 사안)로 길어 인권침해 소지가 크다는 것이다. 특히 감청허용기간은 일본 10일, 미국 30일 등 선진국에 비해 너무 긴데다 연장마저 가능해 사실상 무한정 감청할 수 있는 길이 드러있다는 지적이다. 칼럼니스트, 제336호, 2001. 10월 19일자 참고.

3) 특히 독일의 상황에 대해서는 이번 특집에 기고한 피쓰너 변호사의 논문을 참고할 것.

4) 물론 경찰특공대와 같은 조직이 장비와 시설 면에서 부족하여 임무수행에서 어려움이 있다면 이를 보완하는 예산 및 장비지원을 법의 테두리 내에서 해야 할 것이다.

능에 대해 기획 및 조정(제4조 제1항 제3호)<sup>5)</sup> 권한을 행사한다. 이러한 권한행사는 정보기관의 한계를 넘는 것이다. 정보기관(우리 법은 국가정보원을 ‘정보수사기관’이라고 표현)이 행정각부의 업무에 대해 “기획 및 조정”하는 것은 세계적으로 볼 때에도 유례가 없다. 정보기관의 권한이 커지면서 정보기관과 행정기관의 경계가 무너지고 정보기관이 행정기관 위에 사실상 군림하게 될 위험성이 커진다.

둘째, 대테러센터가 기획 및 조정하게 되는 ‘대테러활동’은 “테러혐의자 규제, 테러에 이용될 수 있는 위물질의 안전관리, 시설·장비의 보호 및 국제행사 안전확보, 테러위협에의 대응, 무력 진압 등 테러예방과 대응에 관한 제반활동”(제2조 제4항)으로 사실상 정보기관인 국가정보원이 직접 국민을 상대로 권력을 행사하게 된다.

셋째, 대테러센터는 그 조직과 정원이 공개되지 않는 국가정보원에 둘 뿐 아니라 대테러센터의 조직 및 정원 자체도 공개하지 않을 수 있으므로(제4조 제4항), 동 센터의 비밀주의적 운영이 이미 예정되어 있다.

그러나 국가정보원측은 미국 등의 예를 들면서 대테러센터의 설치필요성을 주장하고 있으므로 간단하게나마 미국의 대테러센터에 대해 살펴볼 필요가 있다. 주지하듯이 9·11 테러이후 미국의 정보기관들은 그 조직과 인력을 확대하였다. 9·11 테러를 사전에 막지 못한 책임을 지고 개혁의 대상이 되어야 할 정보기관들이 오히려 조직과 예산확대에 성공했다는 것은 아이러니이다. 그들이 그러한 조직확대에 성공할 수 있었던 것도 따지고 보면 9·11 이후의 비이성적 분위기, 누구도 행정부의 강력한 대테러정책에 대해 제동을 걸지 못했던 분위기에 힘입은 바 크다.

9·11 테러를 직접 경험했으며, 전 세계를 무대로 삼아 정보기관을 운용하는 미국과는 달리 유럽에서는 정보기관의 예산이 급격히 늘거나 조직이 갑자기 팽창된 사례를 찾아보기 어렵다. 물론 정보기관의 권한을 강화하려는 시도가 끊임없이 이루어지고 있고, 이에 맞서 시민사회가 저항하고 있는 양상이다.

이런 점을 비판적으로 보지 않고 미국에서도 우리의 대테러센터와 같은 조직이 미국 중앙정보국(CIA) 내에 설치되어 있으므로 하루빨리 국가정보원에 대테러센터를 설치해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 실제로 중앙정보국과 연방수사국(FBI) 내에는 테러업무를 총괄하는 센터들인 테러위협방지통합센터(Terrorist Threat Integration Center)와 테러범통합검색센터(Terrorist Screening Center)가 9·11 이후 각각 만들어졌다. 그런데 과연 이들 기구들이 정보의 흐름을 보다 효율적으로 조직하여 테러리스트들의 위협을 사전에 발견·제거하는 데 기여할 수 있을 것인지에 대해서는 미국 내에서조차 회의적인 시각이 많다. 이러한 기구들을 덩으로 하나 더 만들으로써 정보기관들은 “우리도 무언가 일을 하고 있다”는 환상을 대중들에게 전달할 수는 있겠지만, 실제로 테러방지에 효과적인 인지는 미지수라는 얘기이다.

5) 이 부분도 제2차 법안의 제1안에서는 “대테러활동의 기획·지도 및 조정”으로 되어 있었으나 법무부 등의 문제제기가 있자 국회 정보위원회 심의과정에서 “지도” 부분이 빠지게 된다.

미국의 이들 조직들이 한국 테러방지법에 규정되어 있는 대테러센터의 모델이 되지는 알 수 없다. 다만 분명히 해야 할 것은 미국의 테러위협방지통합센터나 테러범통합 검색센터와 한국의 대테러센터 사이에는 본질적인 차이가 있다는 사실이다. 이들 조직이 군대의 동원을 요청하고, 행정각부 내에서 고유하게 대테러업무를 수행하는 기관들을 기획·조정하는 것은 아니라는 사실을 정확히 직시할 필요가 있다. 현재도 미국에는 각각의 연방부서들이 만든 테러리스트 명단이 12개 이상 존재한다. 연방국가의 특성상 정보는 분산되어 있으므로 정보획득의 흐름을 원활히 하며, 방대한 연방정보기관인 중앙정보국이 연방수사국의 대테러업무수행의 효율을 위해 법률이 아니라 대통령의 지시(Presidential directive)에 의거해서 만든 것이 이들 기구이다. 이들 기구의 설치운영에 대해서는 개인의 자기정보결정권을 옹호하는 정보감시단체들을 위시하여 미국 내 시민인권운동단체들의 비판이 현재 거센 실정임을 아울러 덧붙여둔다.

## 2. 군 병력의 동원을 둘러싼 쟁점

1) 제1차 법안이 국회에 제출되었을 때 테러개념의 모호성 등과 함께 많은 논란을 불러일으켰던 부분이 “군병력의 지원”에 관한 것이었다. 대테러대책회의 또는 상임위원회는 “경찰만으로 국가중요시설·다중이용시설 등을 테러로부터 보호하기 어려운 경우 시설의 보호 및 경비에 필요한 최소한의 범위 안에서 군병력 또는 향토예비군의 지원을 대통령에게 건의” 할 수 있었는데, 이렇게 해서 지원병력으로 출동한 군병력이 시설의 보호 및 경비에 필요한 범위 안에서 “불심검문·보호조치·위험발생방지 또는 범죄의 예방과 제지를 위한 조치”까지 취할 수 있다는 점이 특별히 문제가 되었다. 군대는 민간인에 대하여 경찰권한을 행사하도록 훈련되거나 조직된 기구가 아니다. 그런데 계엄이 선포되지도 않은 상황인데도 테러방지라는 명목으로 군대에게 경찰권을 부여하는 것은 위헌이라는 지적이 많았다.<sup>6)</sup> 이런 비판을 의식하여 제2차 법안 이후에서는 군대의 경찰권 행사 부분이 삭제되었다.

2) 그래서 이제 남은 문제는 과연 군대가 테러위협 시 시설의 보호 및 경비업무를 담당하는 것까지 불허해야 하는가 하는 점이다. 이 점에 대해서는 아직 충분한 논의가 없다. 다만 일반적인 논지는 그러한 활동은 법적 근거가 없어도 가능하다고 보는 듯하다.<sup>7)</sup> 그러나 필자는 이 부분에 대해서도 여전히 논란거리는 있다고 보고 있다. 평시에 군대가 행하는 중요시설 ‘보호 및 경비’ 활동을 순수한 지원활동, 비권력적 활동으로 보아 아무런 문제가 없다고 생각할 수는 없다.

군대의 대내적 출동(Einsatz)은 원칙적으로 헌법적 위임이 필요하다. 우리 헌법은 군대가 대내적으로 출동할 수 있는 경우를 명시하고 있다(헌법 제5조 제2항, 제77조). 물론 출동으로서의 성격을 갖지 않는 것은 헌법의 개별적인 위임이 없더라도 가능하다고 본다.

6) 이계수, 「정부의 테러방지법안에 대한 의견서」, 『민주법학』, 제21호, 394-395쪽.

7) 필자는 그러리라고 추측한다. 다만 명시적으로 그러한 견해를 피력한 문헌은 찾지 못했다.

따라서 군대의 장비를 통해 기술적인 도움을 주는 것은 출동에 해당하지 않는다는 데는 의견이 일치하지만 기술적인 도움의 범위를 어디까지로 잡을 것인지에 대해서는 다름이 있다.<sup>8)</sup> 여기서 말하는 시설의 보호 및 경비는 출동과 구별되는 기술적인 도움에 해당할 것인지는 신중하게 검토해 보아야 한다.

## 3. 외국인에 대한 감시·차별 강화

제1차 법안에서는 외국인에 대한 정보수집권한도 넓게 인정되고 있었다. 외국인에 대한 정보수집주체가 대테러센터의 공무원과 대테러활동을 담당하는 경찰관으로 되어 있었고, 그들이 하는 일도 일상적인 ‘사찰활동’이었다. 그러나 제2차 법안 이후에서는 정보수집활동의 주체를 대테러센터의 장으로 한정하고, 활동분야도 다소 제한하였다. 그럼에도 불구하고 여기서 말하는 “테러단체의 구성원으로 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에 대하여 정보의 수집을 위하여 그 소재지·국내 체류동향 및 테러자금 지원여부 등 사실관계의 확인”에서 사실관계의 확인이 무엇을 의미하는지에 대해서는 의문이 남았다. 사실관계 확인조치권에 수사권한도 포함되는 것이 아닐까 하는 우려도 제기되었다. 그러한 우려를 의식하여 제2차 법안 중 법사위안에서는 “대테러센터의 장은 테러단체의 구성원으로 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에 대하여 정보의 수집을 위하여 그 소재지·국내 체류동향 및 테러자금 지원여부 등에 관한 정보를 수집할 수 있다.”는 식으로 자구 수정을 하였다. 이 부분 역시 개선된 것으로 보아야 한다.

그럼에도 불구하고 출입국 규제 조치의 과정에서 대상이 되는 외국인에 대한 자의적인 권력행사와 인권침해가 일어날 가능성이 여전히 남아있으며, 제2차 법안의 수정 이유에서 ‘이슬람’을 테러위협 세력으로 명기하고 있어, 특정국 출신의 외국인을 범죄집단시 함으로써 실질적인 차별을 양산할 소지도 높다는 지적이 있다.

## 4. 테러 대응을 위한 기존 법제, 기구와의 중복 및 예산의 낭비

현행법과 제도는 테러행위에 관한 정보의 수집, 분석 배포에서부터 테러행위의 예방과 진압, 수사 및 처벌을 위해 다양한 국가기관에 전문적 기능을 부여하고 있다. 기존 법과 제도, 국가기관의 체계로도 대테러대책을 수립하고 집행하는 데 별다른 문제가 없다. 테러방지법을 제정하여 그 범위가 광범한 ‘대테러활동’을 기획·조정·총괄하는 체제를 만드는 일은 일견 그럴 듯 해 보이나 실상은 업무의 중복과 예산의 낭비만 초래할 것이다. 테러방지법은 ‘테러’라는 모호한 개념에 근거해 ‘테러방지’를 명분으로 국가정보원이 정보기관의 경계를 넘어 권한을 대폭 확대할 수 있도록 하는 법에 불과하다.

8) 자세한 이계수, 「군사법과 치안법: 군사와 치안의 착종과 민군관계의 전도」, 『공법연구』, 제31권 제4호(2003. 5.), 294쪽 참고.

### III. 테러방지법과 이른바 국제협력

그러나 이러한 비판에 대해 국가정보원 및 의원입법을 주도한 국회의원 측에서는 테러방지법의 제정이 유엔에 대한 대한민국 정부의 의무이며, 국가간 정보협력을 위해서도 테러방지법이 필요하다는 논리를 폈다. 아래에서는 이들 논리의 문제점에 대해 살펴본다.

#### 1. 테러방지법의 제정이 국제적 의무라는 주장에 대하여

많은 사람들은 전후좌우야 어찌되었건 국제사회가 테러방지를 '거의' 한 목소리로 외치고 있는 마당에 우리라고 해서 손 놓고 있을 수는 없지 않은가, 그러다가 정말 테러가 일어나면 어떻게 할 것인가 하는 질문을 던질 것이다. 테러는 일어나서는 안 되며, 테러방지를 위한 국제적 협력은 분명 필요하다. 그러나 우리는 현재 세계 각국에서, 그리고 대한민국에서 일어나고 있는 '테러방지대책논의'가 그 출발점에서부터 무언가 잘못되었다는 사실도 인식해야 한다. 최근 마하티르 모하마드 전 말레이시아 총리는 "전 세계가 반테러 안보 조처에 대한 편집증에 사로잡힌 나머지 오히려 테러공격보다 더 큰 피해가 초래되고 있다"고 비판한 바 있다.<sup>9)</sup> 그는 피해와 관련하여 '관광업의 손실과 항공사들의 도산'을 거론했지만 피해는 단지 그러한 경제적인 것에 그치지 않는다. 자유를 팔아 안전을 구매하려는 일부 세력의 시도 때문에 전 세계는 지금 자유와 인권에 대한 심각한 도전을 받고 있다.

유엔 고등난민판무관실이, 한국의 테러방지법안이 난민 및 외국인의 지위를 위협할 것이라는 우려를 내놓은 것은 바로 그러한 상황에 대한 우려를 나타내는 것이기도 하다. 이 기구의 우려는 "어떠한 대테러대책도 인권과 난민의 지위, 인도주의적 국제법을 훼손해서는 안 된다"고 강조한 2002년 유엔 총회의 결의(A/RES/57/219)를 일깨워준다. 유엔 총회의 결의는 권고적 효력밖에 없으나, 유엔안보리 결의 1373호를 이용하여 공안·정보권력을 강화하고 있는 국가들에게는 중대한 경고의 의미를 갖고 있다. 그것은 또한 무엇을 테러라고 정의 할 것인가에 대해 국제사회가 여전히 합의하지 못하고 있음에도 불구하고 반인권적 반테러조치만이 횡행하는 현실에 대한 비판이기도 하다.

우리 정부가 테러방지법의 제정 필요성과 관련하여 자주 끌어들이는 유엔안보리 결의 1373호는 한국을 비롯하여 각국 정부가 추진하였거나 하고 있는 '반인권적·자유침해적 반테러조치'에 대한 백지위임장이 결코 아니다. 동 결의는 9·11 테러 직후 발표된 것이기는 하나, 테러리즘에 반대하는 국제사회의 지속적 노력의 연장선에서 있고, 반테러대책과 관련하여 현재 가장 중요한 요소로 제시되고 있는 테러자금차단에 초점을 맞추고 있다. 나아가 동 결의는 '테러자금조달의 억제를 위한 국제협약' 등에 가입하는 것이 유엔 회원국들의 선택사항이 아니라 의무임을 분명히 하고 있다.

9) 경향신문, 2003. 11. 13자.

테러방지법의 제정필요성을 강조하는 쪽에서는 이런 부분에 초점을 맞추어, 유엔회원국인 대한민국도 안보리 결의 1373에 '구속되므로' 현재의 안(案)대로 테러방지법을 만들어야 한다고 주장한다. 그러나 그러한 주장에는 결의 1373호가 여러 군데에서 '법적으로 가능한 모든 수단', '국제법 및 국내법에 합치하는 방식'으로 반테러조치를 취해야 한다고 지적한 사실이 빠져있다. 여기서 말하는 법적으로 가능한 수단이란 국제법과 국내법(헌법을 포함)에 합치하는 수단을 의미한다. 국민들의 사생활과 통신의 자유, 그리고 난민의 지위가 점차 침해되고 있는 오늘날의 현실을 고려한다면, 테러방지를 위해 법적으로 가능한 조치란 결국 헌법과 국제인권법이 인정하는 조치로 이해해야 한다.<sup>10)</sup>

#### 2. 이른바 국가간 정보협력과 테러방지법

한편 국가정보원측은 다른 나라들과의 정보교류를 총괄하기 위해서도 국가정보원에 대테러센터를 두어야 한다고 주장한다. 즉 "국가정보원이 국내에 분산되어 있는 정보들을 총괄하지 않으면 해외와의 정보교류협력이 어렵다. 해외와의 정보교류는 정보기관인 국가정보원이 하는 것이지 보안업무를 한다 하더라도 경찰이나 검찰 등 다른 정보기관이 할 수 있는 것은 아니"라는 논리를 편다. 그러나 이러한 주장도 설득력이 떨어진다. 과거에는 거의 비밀정보기관만이 할 수 있었던 비밀첩보수집(도·감청 장비에 의한 도청·감청, 비밀정보원의 활용) 활동도 지금은 모든 수사기관이 하고 있다. 정보기술장비의 대중적 보급은 경찰·검찰을 또 다른 비밀정보기관으로 만들어 놓고 있다.<sup>11)</sup> 이런 상황에서 국가정보원만이 정보업무의 책임자라는 논리가 어디에서 나오는지 묻고 싶다.

'해외정보교류를 위한 정보총괄'이라는 얘기가 나왔으니, 관련 논점을 하나 더 지적해보자. 테러방지법이 제정되지 않은 현 상황에서도 국가정보원은 국내 정보를 사실상 총괄하여 해외정보교류를 해오고 있다고 판단된다. 문제는 이 과정에서 국가정보원이 관련법규를 제대로 준수하고 있는지, 나아가 국가정보원을 위시하여 정보교류를 행하는 기관들이 해외정보 교류 시 준수해야 할 '정보보호 가이드라인' 같은 것을 만들어놓고 있는지 국민들로서는 궁금하지 않을 수 없다.

개인정보보호와 관련해서는 미흡하나마 '공공기관의 개인정보보호에 관한 법률'(이하 개인정보보호법이라 함)이 제정되어 있다. 이 법에 따르면 "보유기관의 장은 다른 법률에 의하여 보유기관의 내부에서 이용하거나 보유기관 외의 자에게 제공하는 경우를 제외하고는 당해 개인정보화일의 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 아니 된다."(제10조 제1항)고 규정한 뒤, "보유기관의 장은 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 당해 개인정보화일의 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에도 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정

10) 이계수, 「테러방지법은 인권에 대한 테러」, 한겨레신문, 2003. 11. 1자.

11) 물론 우리는 경찰·검찰 내의 정보수집업무에 대한 감시와 비판도 지속해야 한다.

되는 때에는 그러하지 아니하다.”(제10조 제2항)고 하여 정보제공에서의 예외를 인정하고 있다. 그 예외 중에 하나가 “조약 기타 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하는 경우”(제10조 제2항 제3호)이다. 외교통상부에서 제공하는 조약정보에 의하면 현재 미국과는 “일반보안 협정”(1962년 체결. 내용 미공개), “대한민국 정부와 미합중국 정부간의 군사비밀보호에 관한 보안협정”(1987. 9. 24일 서명, 발효. 내용 공개), “대한민국 정부와 미합중국 정부간의 비밀정보의 교환 및 보호에 관한 협정을 개정하기 위한 각서교환”(1987. 9. 24일 서명, 발효. 내용 미공개) 등의 협정이 체결되어 있음을 알 수 있다. 비밀정보교환을 위한 협정은 체결되어 있는 듯하나 그 내용은 알 수 없다. 따라서 문제는 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률이 제정되기 이전에 체결된 이들 협약들이 ‘개인정보보호법’의 규정, 나아가 OECD 이사회가 제정한 “사생활보호와 개인정보의 국제적 유통에 관한 지침”을 준수하고 있는지 하는 점이다.

이와 관련해서는 국가안전보장과 관련된 정보분석을 목적으로 수집되거나 제공이 요청되는 개인정보는 처음부터 ‘개인정보보호법’의 보호대상에서 배제된다는 견해가 있을 수 있다.<sup>12)</sup> 그러나 우리는 동법 제3조 제2항을 국가정보원이 수집 또는 제공하는 개인정보 모두를 동 법률의 적용대상에서 제외하는 취지로 이해하는데 반대한다. 국가안전보장 개념을 좁게 해석하여 국가정보원이 수집한 자료에 대해서도 개인정보보호장치가 작동하도록 해야 한다고 본다. 나아가 국가정보원이 수집한 개인정보에 대한 보호장치를 보다 구체화하는 법개정도 필요함을 아울러 덧붙여 둔다.

미국은 다른 나라와 정보교류협정을 대체로 체결하는 나라이고(유럽내에서는 독일과 덴마크가 미국과 정보교류협정을 체결하지 않은 나라로 분류됨), 최근에는 유럽연합과의 정보교류협정도 체결한 바 있다. 그런데 이들 교류협정의 체결과 관련하여 각국에서는 정보보호 가이드 라인을 준수하는 정보들이 협정 체결국 사이에서 오고 갈 것인지 하는 부분에 대한 우려가 커지고 있다. 특히 9·11 이후 미국 측이 노력하고 있는 정보교류강화에 대해서는 말이 정보교류이지, 유럽연합 회원국 국민들의 정보가 미국 쪽으로 일방적으로 넘어가는 것으로 이해하려는 시각도 만만찮다는 사실도 상기할 필요가 있다.

### 3. 정보기관간 국제협력체제와 그에 대한 민주주의적 통제문제

9·11 테러와 그 결과는 대외적 안전과 대내적 안전 상의 이해관계가 서로 밀접하게 연관되어 있음을 드러냈다. 그러나 9·11만이 그 원인은 아니다. 이미 수 년 전부터 그러한 변화가 시작되었다. 대내적 안전은 더 이상 한 국가만의 대내적 안전으로 국한되지 않는다. 세계화, 국제화의 과정에서 각국이 서로 얽혀들어 갈수록 위기와 분쟁의 영향이 한 국가에 국한될 가능성은 줄어든다. 반면 자국의 안전정책이 다른 나라 및 지역의 결정과 사건에 의해 영향을 받을 가능성은 커진다. 이러한 변화의 와중에서 안보기구(정보

12) 개인정보보호법 제3조 제2항 참조

기관, 경찰, 검찰, 군대 등)들은 국제협력의 틀을 발전시킨다. 그리고 그러한 국제협력의 틀을 만드는 과정에서 협력의 효율성 및 효과만을 추구하는 경향이 있다. 그러다 보니 문제는 개별국가에 적합하게 만들어진 안보기구 통제시스템(의회, 법원 및 여론에 의한 통제)이 현재의 국제협력의 발전을 따라가지 못하여, 국제협력(정보협력 등) 자체가 민주주의적 기준에서 벗어난 형태로 행해진다는 사실이다. 이 문제는 단지 안보영역에만 국한된 것은 아니지만 특히 이 분야에서 심각하다. 이러한 현실에 어떻게 대처할 것인가? 그에 대한 답도 내놓지 않은 상태에서 테러방지법을 제정한다면 정보의 집중과 정보권력의 독점은 심화될 것이다. 이러한 측면에 대한 깊은 성찰이 필요하다.

그러므로 국회는 테러방지법을 제정하여 국가정보원의 정보독점현상을 심화시킬 것이 아니라, 현재 이루어지고 있는 해외정보교류현황부터 파악하고(협약, 조약의 내용에 대한 점검을 포함), 해외정보교류와 관련한 원칙을 마련하는 일부터 착수해야 한다. 예컨대 일반정보는 원칙적으로 교류·교환 가능하게 하되, 개인관련정보는 예외적·제한적으로 교류·교환하게 해야 하며, 특히 이들 후자의 정보가 교환되었을 경우에는 사후에 이해관계인에게 통지하는 절차를 마련해야 한다. 국회 등 외부의 독립적 기구가 정보기관의 해외정보교류에 대해 사후 검증하는 절차도 도입해야 한다.

### IV. 민주주의적 헌법질서에 부합하는 테러방지대책을 위하여

1. 2003년 11월말에 있었던 ‘이라크에서의 노동자 피격사건’을 보면서 많은 이들이 이런 류의 사건에 대한 우리 정부의 대처능력이 어느 정도일까 하는 의문을 갖게 되었다. 알 만한 사람들은 다 알지만 중동외교에 관한 한 우리 정부는 무능력자에 가깝다. 중동문제 전문가가 외교통상부 내에 사실상 전무할 뿐만 아니라 이중동국의 2003년 예산은 모두 9억 500만원으로 외교통상부 전체 사업비 5348억 9572만원의 0.17%에 불과하다. 유엔에 가입한 189개국(남북한 제외) 가운데 66개국을 관장하고, 우리 해외건설 시장의 3분의 2를 차지하는 지역을 다루는 부서로는 그야말로 ‘새발의 피’가 아닐 수 없다.<sup>13)</sup> 중동특수를 안겨다 준 이들 지역을 대한민국 정부는 너무 소홀히 생각하고 있는 셈이다.<sup>14)</sup> 이라크 파병여부를 판정하기 위해 이라크에 국방부와 국회조사팀이 각각 다녀왔지만 우리는 이 지역에 대해 독자적인 판단을 내릴 능력이 없다. 모든 정보는 미국 혹은 서방측에서 오기 때문이다.

상황이 이러하므로, 제대로 된 정부당국자라면 지금부터라도 “어떻게 하면 정보의 부재, 정보원(情報源)의 편중”을 해소할 것인가를 고민해야 한다. 무수한 대책회의와 국민앞에 보이기 식의 ‘강력한’ 대책보다는 문제를 이성적으로 바라볼 수 있는 시각과 정보부터 확보해야 한다. 그것이 테러예방 및 방지의 첫 출발점이 되어야 한다.

13) 한겨레신문, 2003. 11. 25자.

14) 이러한 문제는 어제오늘의 일이 아니다. 많은 이들이 이 부분에 대해 걱정과 비판을 해왔으며, 국회 또한 예산심의 때마다 외교통상부의 편중된 예산편성에 대해 질책해왔다.

2. '테러위협'이 국제인권법과 헌법이 보장하고 있는 국민(대한민국에 체류하고 있는 외국인 포함)의 기본적 인권까지 무력화시키는 전가의 보도가 되어서는 안 된다. 우리처럼 통신제한조치에 대한 사후통보제도(한국의 경우는 통신비밀보호법 제9조의 2 참조)를 두고 있는 독일에서도 실제로 사후통보가 이루어지는 비율은 27%에 불과하다는 연구보고가 있다. 73%의 사람들은 법규정에도 불구하고 통신제한조치에 대한 통보를 받지 못하고 있는 셈이다.<sup>15)</sup> 이것이 감청을 행하는 수사기관, '정보수사기관'의 현실이다. 국민들이 국가정보원의 감청권한 등을 확대하는 테러방지법의 제정을 두려워하고, 그것에 반대하는 데는 분명 합리적인 이유가 있음을 국회와 정부는 인식해야 한다.

3. '눈에는 눈, 이에는 이'라고 했던가. 그러나 테러리스트를 이길 힘은 그들과는 다른 방식으로 싸우는 데 있음을 잊지 말아야 한다. 그 방식은 이미 자유주의적 법치국가를 지향하는 우리 헌법에 다 나와 있다. '일사불란'하고(대테러센터의 지휘를 받으므로) '강력한'(군대의 출동까지 가능하므로) 대책이 테러를 예방하는 것이 아니다. 지금은 테러방지법은 만드는데 힘을 쓸 때가 아니라 국가정보원의 개혁에 박차를 가해야 할 때이다.

15) 본문의 통계는 다음 연구에서 인용한 것이다. Hans-Jörg Albrecht, Claudia Dorsch, Christiane Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/albrecht.html>; 위 연구의 전문은 인터넷 상에서 dpf 파일로 제공되고 있다. 주소는 아래와 같다. [http://www.iuscrim.mpg.de/verlag/online/Band\\_115.pdf](http://www.iuscrim.mpg.de/verlag/online/Band_115.pdf)

## The Right of Conscientious Objection to Military Service in Korea

Su-jeong Kim,  
Attorney for Law Firm Haemaru

### 1. Introduction

Security has been the national priority of South Korea under the long-lasting military dictatorship, and the division of the Korean peninsula has helped the duty of military service keep sacred. Therefore, issues regarding the military service have not been paid any appropriate attention from the public, who knew little about domestic or foreign cases of conscientious objection (CO) to military service.

Early February in 2001, however, a Korean weekly magazine<sup>1)</sup> reported that since the first CO in 1939 during the Japanese colonial rule, there had been about 10,000 conscientious objectors (COs) for the last 60 years, all of whom, without exception, had been sent to prison for at least one and half years or maximum three years. This article succeeded in highlighting CO as one of the most important human rights issues of minority, appealing to people from all walks of life.

Nonetheless, some viewed the rise of the CO issue as a favor for a certain minor religion on the grounds that most of the COs belonged to Jehovah's Witnesses. There were, however, some cases in which members of other religions such as Protestant minister Kim Heunghul, Buddhist monk Hyolim and some Seventh Day Adventists requiring service in de-militarized zones resisted to military service on the grounds of their moral and religious principles. Others identified such COs as general military service evaders. The dominant opinion was that regarding their belief as a matter of human rights was premature, taking into account the divided state of the Korean peninsula.

1) On 16 Feb. 2001, Hankeyure 21, a Korean weekly magazine published an article on CO, titled "I can't point a gun", which successfully attracted the public attention to this issue.

On 21 May 2004, as Judge of the Seoul Southern District Court, Lee Jeong-ryul found three objectors innocent, CO became a public issue, replacing premature refusals with an in-depth reflection on 'conscience' and alternatives in public discussions. After guilty sentence on the objectors from the Supreme Court on 15 July 2004 and the following constitutional decision by the Constitutional Court based on Military Service Act Clause 1 Article 88 (26 August 2004), the Assembly during the regular session suggested an initiative on the CO issue, with no further progress.

## 2. Military Service in South Korea

Korea has adopted a draft-based, compulsory military service system based on the Constitution Clause 1 Article 39, "Every national should bear the duty of national defense, and Military Service Act Article 1 Section 3, "Every Korean male national should sincerely fulfill his service duty as the Constitution and this law stipulate. Military service is divided into active duty, reservist duty and the first reserve. Active duty requires 24 to 28 month service including five-week military training and alternative service as part of reservist duty is applicable to those who are not physically strong enough, not educated enough, cannot serve due to personal family situation or have special qualifications. Reservist service requires 26 to 34 month service including four-week basic military training. Lastly, the first reserve means about 160-time military training for 8 years after army service to privates. Exemption is confined to those have physical defects or poor educational or family backgrounds recognized by the Military Service Act. Conscientious objectors are denied exemption or alternative service.

The National Defense White Paper of 2000 published by the Korean government tells that of the total population of 48 million, 690,000 carry out active duty while about 140,000 come under reservist duty. Statistics show that 4,916, 2.6% of those who were inspected for draft in the first half of 2001 were exempted from duty due to physical defect, education lack or etc.

Since alternative service, a part of reservist service requires four-week basic military service, conscientious objectors who came or come under reservist duty resist to such training and endure punishment. As for the first reserve, those who refuse training summons also have to pay the high price. Therefore, there is no exception in reality in penalizing those COs.

## 3. History and Current State of CO and Some Changes since 2001

### 3-1 History and current state of CO

As of Oct. 2004, 758 COs are in prison and the number is expected to increase to 1,000 in later 2004. Korean COs who were penalized account for 10,000 since the first punishment record in 1939 under the Japanese colonial rule. Recent data tell that annual average 700 COs (683 in 2000, 804 in 2001, 734 in 2002 and 705 in 2003) choose prison rather than gun.

Table 1 The Annual Number of COs<sup>2)</sup>

Year	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Number	223	437	355	403	474	513	683	804	734	705

Although their belief is the only evidence to COs, therefore, meaning little chance of escape or evidence destruction, they had to stand on trial under arrest. About 80% of those who were sentenced and imprisoned before the CO issue attracted public attention in the middle of 2001 were sentenced three years, the maximum punishment for civil disobedience and were denied any circumstantial consideration. For example, those whose brother or fathers were imprisoned for the same reason were not given any consideration. In addition, those who could have served as researchers due to their specialty were not exempted from basic military training, were on trial and then, were imprisoned based on military law and Military Service Act. As most COs resisted to the army conscription itself since the middle of 2001, the Military Service Act instead of the military law was applied, which meant a private trial. Now they are in prison after sentenced 18 to 26 months.

<sup>2)</sup> This table came from War Resisters' International, Layers for Democratic Society for the common report for the 60th UN Human Rights Committee

While imprisoned, COs went through harsh torture, assaults or punishment due to unprecedentedly strong nationalism and Military Service Act. In 1975 under Park Junghee's dictatorship, the order to reach 100% draft made drafting officers conscript, without any notice, youths of Jehovah's Witnesses from their church to army and then, issued warrants. The youths, who were waiting for trial were said to have suffered cruel torture and severity within military prisons. The worst case is that of Lee Chun-gil, a member of Jehovah's Witnesses, who was beaten to death in a military prison. Around this time, there were some cases that those released from the prison were again given conscription warrants by drafting officers who were just waiting outside, a repeat of imprisonment and trial.

In addition, COs were excluded from the parole list by 1991 and after that, the objectors of Jehovah's Witnesses were specially categorized in a special category in a parole classification. Although a first-degree well-behaved prisoner with half of his sentence period finished, can get the benefit of parole, COs can apply for parole with the condition of finishing 75% of their service period and are excluded from special amnesties which occurs on national days. While other prisoners have the freedom of religion, the believers of Jehovah's Witnesses had been denied religious freedom on the ground that 'such a extraordinary religion stimulates people to violate their national law and therefore, permitting that religion in prison will rather strengthen their undesirable religious belief, resulting in an obstacle to their enlightenment.'

In response, the National Human Rights Commission of Korea judged such an act as a violation of the right to equality and the religious freedom and therefore, recommended the Ministry of Justice to permit their in-prison religious gathering. In the middle of 2003, as the ministry accepted the advice and permitted assembly, such discrimination disappeared now.

Nonetheless, the objectors, after being released from the prison, are disqualified for the employment of civil service officers and the recruitment of private firms due to their history. Furthermore, under Article 76 of the Military

Service Act, their application for and running of self-employed businesses are restricted.

### 3-2 Changes from 2001 to 2003

As such a long history of COs of Jehovah's Witnesses became known to the public and Oh Tae-yang, a peace activist and Buddhist, joined CO in 2001, the issue started spreading out in Korean society. This was a catalyst for Korean society that had been obsessed with national security and blinded to human rights to discover their value. Active discussions from the media, academia and the legal and religious circles on CO and Alternative Service, were followed by '1000 People Declaration to urge the recognition of CO and the introduction of alternative service' with 1,552 signatures of celebrities from the academic, political and legal circles, the media and civic groups in Feb. 2002.

At present, 'Solidarity to Realize the Right To Refuse Military Service on one's conscience and to Introduce Alternative Service' joined by 36 civil groups have engaged in counseling and legal service for COs, held discussions and forums and pursued the initiative for Alternative Service in efforts to reach society's consensus. For example, in April 2002, Lawyers for Democratic Society reported the CO issue of Korea to the UN Human Rights Committee and held an international forum on the CO issue in March 2003, where the UN High Commissioner for Human Rights and drafting officers from Taiwan participated.

Against this backdrop, the media that opposed CO on the grounds of favoritism for a certain religion, a security threat to the standoff situation in the peninsula and equity in military service, started to gradually agree to some modification of the current institutions. The Ministry of Justice took a revisionist approach by increasing parole decisions on COs or ruling a light sentence of one and half years, which illustrates the advancement in social awareness on the issue of CO.

Nonetheless, the government and legislature have not showed any signs of trying to introduce Alternative Service since the CO issue became a hot potato

in Korean society. Of course, the cessation of forceful conscription of COs, which had lasted for the last 25 years, is an encouraging development. The government and the National Defense Ministry, however, have made efforts to put a damper on such an atmosphere. The National Human Rights Commission of Korea recommended the Ministry of Justice to permit religious activities of imprisoned believers of Jehovah's Witnesses and financially supported the production of a documentary film on the CO issue. Nonetheless, its ambivalent attitude in judging whether the state should recognize CO or not revealed its critical limitation. It needs to make more active efforts in dealing with this issue, considering the fact that it urged the review of other nations' cases and laws on the CO issue in the last 58th UN Human Rights Committee Resolution.

Meanwhile, CO greatly appealed as a anti-war and pacifist faith to youths who were faced with army conscription. Since Oh Taeyang, the first conscientious objector who is not one of Jehovah's Witnesses, ten non-Jehovah's Witness COs have been prosecuted or are on trial. Kang Chulmin on active duty was accused for desertion as he opposed Korea's decision to send its troops to Iraq and refused military service. After thoroughly thinking about himself as a member of Korean army, he concluded that as long as Korean troops did not withdraw from Iraq, he would not return. The brave youth reasoned that the army's priority should be protecting its own people and land, not joining an invasive war and in this sense, the deployment was a clear violation of the constitution. He is the first case of opposing military service while on duty. Considering the 1998 UN Human Rights Committee Resolution permitting military objection even on duty, the present punishment on Kang is an obvious violation by a signatory to International Covenants on Civil and Political Rights. Conscientious Objection, which became public due to the release of the cases of Jehovah's Witnesses, has now been re-evaluated as a matter of respect and protection of human rights and as a type of peace movement.

### 3-3 Legal and social changes in CO in 2004

The year of 2004 witnessed a remarkable progress in the CO issue in Korea's history, and the most outstanding changes were seen in the legal circle.

In the past, when the objectors appealed to the Supreme Court in 1969, 1985 and 1992, they argued that since their behavior was based on their religious and conscientious freedom and belief, they did not neglect the military duty. In response, the Supreme Court confirmed their guilt by saying, "Denying the military duty written in the Constitution in the name of religious tenets does not refer to religious and conscientious freedom the Constitution grants." (Supreme Court, 24 Sept. 1992) In response to the criticism that such a position of the Supreme Court was a critical breach of one's conscientious and religious freedom, the court avoided making clear its position. In addition, it came under attack for disapproving CO as a conscientious freedom without giving any clear definition of what that freedom entails. Despite a flood of criticisms, the Supreme Court had sentenced guilty to COs without showing any clemency. On 29 Feb. 2002, however, the Seoul Southern District Court accepted a suggestion of reviewing whether CO could be viewed as unconstitutional<sup>3)</sup>. It was the first sign of a changing attitude of the legal circle. In May 21st, 2004, Judge of the Seoul Southern District Court, Lee Jeongryul announced on the grounds of the Constitution, the UN Human Rights Committee Resolution and cases of other nations, in his decision of not guilty, "Although there are some concerns of loss in the nation's defensive power, it should give way to a person's freedom of conscience when conflicting." Mixed responses followed: Some were critical, saying, "The decision jeopardizes national security". Others highly appreciated it, commenting that the decision, which recognized the freedom of conscience as something even the state power cannot infringe, is very historic." At any rate, the decision was valuable in that it guided the CO issue to the public discourse, giving an opportunity to thoroughly contemplate the matter of conscience.

Afterwards, on 15 July 2004, 12 justices out of 13 sentenced guilty to COs, saying, "A person's freedom of conscience cannot be superior to the duty of national defense." The only one justice who opposed such a majority, Lee Kanguk commented, "In such a case, by the state's concession, a person's freedom of conscience can be more respected and protected." In addition, four justices of the 13 who sentenced guilty presented their own concurring opinions

3) The Seoul Southern District Court, unprecedentedly, let No.1, Clause1, Article 88 of Military Service Act penalizing any COs without exception be sent to the Constitutional Court to review its constitutionality on 29 Feb. 2002

urging the introduction of Alternative Service. (Supreme Court, 15 July 2004)<sup>4</sup> Although belatedly, the Constitutional Court confirmed the constitutionality of CO by 7 to 2. Five judges of those seven who decided the constitutionality commented that time has come to explore ways to consider COs through serious social discussions rather than ignore their suffering, followed by their follow-up opinion urging the introduction of Alternative Service. (Constitutional Court, 26 Aug. 2004)

Such decisions from the Supreme Court and the Constitutional Court must be a progress considering the past decisions of the Supreme Court, which took granted guilty sentence without any reference to the freedom of conscience. Nonetheless, the decision of constitutionality on putting the duty of national defense ahead of the freedom of conscience and letting the freedom be breached must be anachronistic in light of the Constitution, international law on human rights and our society's level of democracy. In addition, the opposing opinions arguing, "The freedom of conscience should be preferred to national defense" were regrettably just minority. Furthermore, the Constitutional Court delayed in making a decision on the request and eventually made a similar decision after the decision of the Supreme Court. In that sense, the Constitutional court cannot deflect the criticism for not sincerely doing its duty.

The Supreme Court and the Constitutional Court, however, should be credited for their considerate attitude toward the CO issue and their comments on the need to introduce Alternative Service, clearly a step forward to a possible settlement of the CO issue. With such changes in legal attitude, the CO issue became a hot potato in Korean society and the number of media reports on the issue hovered around 1,000 by 23 June 2004, since the innocent sentence on COs on 21 May 2004, which reflected society's increasing interest. In the past, opposing views were dominant, citing reasons of national security and the standoff in the Korean peninsula. Now, after the not guilty sentence, even the opposition side started listening to the need to introduce Alternative Service.

4) Lawyers for Democratic Society (Rep. Lee, Suktae) advocated this case by forming a 75-lawyer group who agree to legalize CO

The fact that the Assembly designed an initiative to introduce Alternative Service was a noteworthy event. Although attempts to introduce the initiative were bogged down in 2001 and afterwards, the 2004 Assembly unprecedentedly witnessed the initiative two times (by Lim Jongin and Roh Hoichan), which deserves a highly positive evaluation. Still, the initiative was joined by only 32 Assemblymen and was not discussed during the regular session of the National Assembly, depicting a widening gap between the legislature and society. As the Supreme Court and the Constitutional Court referred to the necessity of introducing Alternative Service, and the public interest is heightened more than ever, the legislature is required to take into deeper consideration alternative measures rather than inconsiderate punishment.

#### 4. International Trends on the CO Issue

4-1 In 1776, during the Civil War, the Pennsylvanian Constitution declared for the first time in the world, "No rule can conscript to army those who are willing to do Alternative Service due to their moral and religious principles." Since then, most European nations passed a bill of Alternative Service. In particular, the constitution of a separated West Germany already in 1949, stated, 'Anyone who object military service based on their conscience can be exempted.' Many other nations including Taiwan, which is in a standoff with China, have adopted Alternative Service. In addition, the UN adopted in 1987 the resolution that reads, "Conscientious Objection to military service based on religious, ethical, moral or humanitarian belief and conscience and similar motivations is a right exercise of one's right, supported by the Universal Declaration of Human Rights. Therefore, this resolution urges the nations adopting draft to impose non-combatant and non-punitive alternative service on COs." The next part deals with the gist of the resolution.

#### 4-2 Magna Carta of Conscientious Objection

The UN Human Rights Committee adopted on 22 April 1998, Preamble 77, called 'Magna Carta of CO'. Its main contents are following:

a. Draws attention to the right of everyone to conscientiously object to military service as a legitimate exercise of the right to freedom of thought, conscience and religion, as laid down in Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights;

b. Calls upon States that do not have such a system to establish independent and impartial decision-making bodies with the task of determining whether a conscientious objection is genuinely held in a specific case, taking account of the requirement not to discriminate between conscientious objectors on the basis of the nature of their particular beliefs;

c. Reminds States with a system of compulsory military service, where such provision has not already been made, of its recommendation that they provide for conscientious objectors various forms of alternative service which are compatible with the reasons for conscientious objection, of a non-combatant or civilian character, in the public interest and not of a punitive nature;

d. Emphasizes that States should take the necessary measures to refrain from subjecting conscientious objectors to imprisonment and to repeated punishment for failure to perform military service, and recalls that no one shall be liable or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country;

e. Reiterates that States, in their law and practice, must not discriminate against conscientious objectors in relation to their terms or conditions of service, or any economic, social, cultural, civil or political rights;

f. Encourages States, subject to the circumstances of the individual case meeting the other requirements of the definition of a refugee as set out in the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, to consider granting asylum to those conscientious objectors compelled to leave their country of origin because they fear persecution owing to their refusal to perform military service when there is no provision, or no adequate provision, for conscientious objection to military service;

g. Grants COs suffered from persecution the right seek and enjoy in other countries asylum

h. Affirms the importance of the availability of information about the right to conscientious objection to military service, and the means of acquiring conscientious objector status, to all persons affected by military service;

Meanwhile, the UN Human Rights Council in its resolution Preamble 34 stated, "The council requests its member nations to review their current law and

practice regarding CO cases in light of the 1998 Preamble 77". Likewise, the UN Human Rights Council in charge of monitoring the implementation of the Universal Declaration of Human Rights and the Covenant on Civil and Political Rights (so called Covenant B), made clear that the right to the right to CO is derived from the freedom of conscience promulgated by the UDHR and Covenant B. In the 59th resolution of 1989, the commission recognized the right to CO itself based on Article 3 and Article 18 of the UDHR and Article 18 of Covenant B, linked the objection right to the duty of member countries under the Charter of the United Nations and urged each signatory to permit CO by modifying its existing laws. Suggested collectively by a group of Bulgaria, Croatia, Czech, Denmark, Germany, Hungary, Ireland, Netherlands, Poland, Rumania, Slovenia and Britain, the 58th UN Commission on Human Rights called upon its member nations to review their laws and practices in regards to CO on 23 Feb. 2002. In addition, the commission unanimously adopted a resolution requiring each government, UN subsidiary organizations, intergovernmental organizations and NGOs to request relevant data to each nation's human rights commission and to submit comprehensive reports to a next commission.

The most recent 60th commission (20 April 2004) again adopted a resolution regarding the right to CO and pressed each nation to review their law and practice in light of the resolution. In response, 53 member countries including South Korea of the UN Human Rights Committee passed the resolution collectively suggested by 34 nations including Canada and Britain as general opinion. Differently from the previous commission, the collective suggestion was made by more than 14 nations by 20, and the U.S. showed its will to recognize CO. The resolution was remarkable in that it reconfirmed the right to CO as a justifiable one based on the Universal Declaration of Human Rights and the freedom of ideology, conscience and religion and therefore, urged each nation to recognize the right and to come up with measures to introduce Alternative Service. In addition, its reference to the right during not only peaceful time but also wartime emphasized the right to CO as a sacred and inviolable one under any circumstances. It also added a provision recommending to give COs pardon or reinstatement.

#### 4-3 South Korea's state and evaluation in light of international law on human rights

The contents above show that the international human rights law recognizes the right to CO as a basic human right, and most nations accept this. South Korea is also a signatory to Covenant B of 1990 and did not express any reservation about the freedom of conscience written in it. The Constitutional Court even quoted the covenant to make an unconstitutional decision on apology advertisements. The UN Human Rights Council in charge of monitoring the practice of the Universal Declaration of Human Rights and Covenant B made clear that the right to conscientious objection was derived from the freedom of conscience promulgated by the UDHR and Covenant B. By approving the resolution, Korea publicly clarified its will to follow. According to the 34th resolution Korea accepted on 30 April 2000, the nation should report its present law and practice regarding CO, grant non-combatant and civilian Alternative Service to COs, stop imposing legal punishment on them and make some modification in military law and Military Service Act. In reality, however, Korea has not amended any relevant articles to meet the demands of the international community, resulting in being categorized by the UN General Director's report of 1997 as a nation that did not recognize CO.

Meanwhile, Amnesty International concerned about Korea's denying CO, recommended then presidential candidates to recognize the right to CO and introduce Alternative Service for them in the case when any of them took power on 8 Nov 2002. In addition, the human rights organization put the cases of Jehovah's Witnesses imprisoned COs, Choi Myungjin and Yun Yubum, to the UN Human Rights Committee. Another Jehovah's Witnesses CO, only identified with his surname, Kim was recently given a status of religious refugee in Canada. Considering the reality in which as of Feb. 2002, Korea ranks first in the world's number of imprisoned COs for 521, the right of COs in Korea is severely left behind from the international standard.

#### 5. Conclusion

The fact that CO has become a hot issue, attracting in-depth public discussions about minority rights and the freedom of conscience since 2001 must be welcoming news. Nonetheless, Korean society's lack of institutions protecting the rights of COs is deplorable.

The National Human Rights Commission of Korea, which should have been more active than any other organization in dealing with this issue, kept silent. The judiciary defined conscience as a strong and sincere voice from the inside saying that if one does not behave as she believes 'right', her personality will be destroyed. On the other hand, it lamentably justified the imprisonments of COs by putting priority on the duty of national defense before one's freedom of conscience.

Active discussions about introducing the Alternative Service and the unprecedented initiative regarding the issue in the Assembly should be highly appreciated for the contribution to a possible solution to the CO issue.

Those who oppose applying Alternative Service to COs for the reasons of national security and equality with others on active duty also need to be heeded in that they imply that in order to reach a consensus on the issue, further contemplation and discussions about their concerns are necessary. Such circumstance suggests that the government should take this opportunity to scrap its passive stance in dealing with the issue. In addition, it needs to convert the conventional thinking about national defense by making the armies more lean, modernized and scientific and to enhance democracy and diversity within the military. All this will help the duty of national defense be compatible with one's freedom of conscience.

## 한국에서의 양심에 따른 병역거부권

변호사 김수정/법무법인 해마루 종합법률사무소

### 1. 들어가며

한국은 군사독재정권 하에서 국가안보를 최우선시하는 정책을 펴왔고, 남북의 분단상황은 병역의 의무를 신성시하는 관행을 존속시켜왔다. 이에 따라 군대와 관련된 인권 문제는 최근까지 국민들의 관심밖에 놓여 있었고, 종교적 가르침과 양심에 따라 병역을 거부하는 국내의 사례나 외국의 예도 일반인들에게 거의 소개되지 않았다.

그러나 2001. 2. 초 한 시사주간지의 지면<sup>1)</sup>을 통해, 일제강점기인 1939. 최초의 양심에 따른 병역거부자가 존재한 이래 그 이후 60여년 간 1만여명의 양심에 따른 병역거부자들이 존재해 왔다는 사실, 그리고 그들이 지금까지 모두 단 한번의 예외도 없이 짧게는 1년 6월 길게는 3년형을 선고받아 감옥에 수감되어 왔다는 사실이 알려 지게 되었고, 이후 양심에 따른 병역거부는 한국에서 가장 중요한 소수자 인권 문제로 부각되어 사회각계각층의 큰 호응을 얻게 되었다.

반면 사회 일각에서는 대부분의 양심에 따른 병역거부자들이 여호와의 증인 신도들인 점에 착안 이 문제를 소수 특정 종교의 문제에 대한 특혜의 문제로 인식하거나(도시빈민사회복지선교회 회장었던 개신교인 김홍홀목사, 불교 승려 효림, 안식교인들이 군대 내에서 비무장 근무를 요구한 경우 등 여호와의 증인이 아닌 경우로 몇 건의 사례가 존재하였다), 양심에 따른 병역거부자들을 병역기피자들과 동일시하기도 하고, 남북분단의 상황 상 인권의

1) 2001. 2. 16 시사주간지 '한겨레21'은 '차마 총을 들수가 없어요'라는 제목으로 '양심에 따른 병역거부자'에 대한 기사를 다루었고, 이는 이후 한국에서 '양심에 따른 병역거부자' 문제를 공론화시키는 계기가 되었다

문제로 취급하는 데는 시기상조라는 반대의견이 팽배하였다.

2004. 5. 21. 서울남부지방법원 이정렬 판사의 병역거부자 3명에 대한 무죄판결은 양심에 따른 병역거부를 공론화 시키는 기폭제가 되었고, 사회적 논의 과정 또한 무조건적인 반대의견이 많았던 과거와는 달리 '양심'에 대한 진지한 논의와 대안 등에 대한 깊이 있는 논의가 이루어지기도 하였다. 2004. 7. 15. 대법원의 병역거부자에 대한 유죄선고, 2004. 8. 26. 병역법 제 88조 제1항에 대한 헌법재판소의 합헌결정이 있는 후 2004. 9. 정국회에서 사상 최초로 대체복무제 도입을 위한 입법안 발의가 이루어졌으나, 논의가 진전되지 못한 것은 큰 아쉬움으로 남게 되었다.

## 2. 한국의 병역 제도

한국은 국민개병제에 입각한 징병제를 실시하고 있으며, 그 근거는 헌법 제39조 제1항의 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다"는 조항과 병역법 제 3조 제 1항의 "대한민국 국민인 모든 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다"는 규정이다. 병역은 현역, 보충역, 예비역 등으로 구분된다. 현역은 5주의 기본군사훈련을 포함하여 24~28개월을 복무하며, 대체복무역인 보충역은 병역법이 정하는 신체 결함자, 학력 미달자, 가사사정상 현역 부적합자로 분류되어 편성되거나, 또는 특수한 기능이나 자격을 가진 자들이 보충역을 지원할 수 있다. 보충역의 복무 기간은 4주의 기본 군사훈련을 포함하여 26~34개월이다. 예비역은 사병의 경우 제대 후 8년간 약 160시간의 군사훈련을 받아야 한다. 병역의 면제는 병역법이 정하는 신체 결함, 학력 미달이나 가사 사정에 국한되며 양심에 따른 병역거부자에 대한 면제 조항이나 이들을 위한 대체복무역은 존재하지 아니한다.

한국 정부에서 발간한 지난 2000년의 국방 백서에 따르면, 한국 전체 인구 4,800만 명 중 현역 복무자는 69만명이고, 현역에 부적합한 신체 조건이나 특수한 기능 등으로 보충역에 배치되는 사람들은 대략 14만 명이다. 병무청의 통계에 따르면 2001년 상반기 징병 검사

자 중 2.6%인 4,916명이 신체 결함, 학력 미달 등으로 징집이 면제되었다.

대체역의 성격을 지닌 보충역을 이행하는 경우에도 예외없이 4주간의 기본군사훈련을 받아야 하므로, 양심에 따른 병역거부자들은 보충역 판정을 받았거나 보충역을 신청할 수 있는 자격을 갖추고 있다고 하더라도 이를 받아들이지 않고 처벌을 감수하고 있다. 또한 예비역의 경우에도 양심상의 이유로 예비군 소집에 불응한 경우, 예비군 소집에 불응 할 때마다 반복 처벌되는 등 가혹한 처벌을 감수하고 있다. 따라서 사실상 양심에 따른 병역거부자는 예외 없이 처벌되고 있는 상황이다.

## 3. 양심에 따른 병역거부의 역사와 현황 및 2001년 이후의 변화

### 가. 양심에 따른 병역거부의 역사와 현황

2004년 10월 현재 758명의 양심에 따른 병역거부자가 전국 교도소에 복역 중이며, 2004년 말경에는 수감자수가 1000여명에 이를 것으로 예상되고 있다. 한국의 양심에 따른 병역거부자는 일제 식민지 시절이던 1939년 최초의 처벌 기록이 보고된 이래 지금까지 처벌된 숫자가 1만 여명에 달한다. 최근의 추세를 보더라도 2000년 683명, 2001년 804명, 2002년 734명, 2003년 705명 등 매년 약 700명 이상의 병역거부자들이 총을 드는 대신 감옥을 선택하고 있다.

표1. 연도별 병역거부자 발생 현황<sup>2)</sup>

연도	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
인원	233	437	355	403	474	513	683	804	734	705

2) '양심에 따른 병역거부권 실현과 대체복무제도 개선을 위한 연대회의', 민주사회를 위한 변호사 모임, 전쟁저항자인터내셔널(War Resisters' Internatinal) 작성 제60차 유엔인권위원회 공동보고서

양심에 따른 병역거부자는 본질적으로 자신의 신념이 유일한 증거일 수밖에 없고 도주와 증거 인멸의 우려가 없는 데도 불구하고 거의 예외 없이 구속 상태에서 재판을 받았으며, 재판을 받고 있거나 교도소에 수감되어 있는 이들 중 80%가 양심에 따른 병역거부자의 문제가 공론화되기 시작한 2001년 중반 이전에 군사 재판을 통해 군형법 44조에 근거한 항명죄로 법정 최고형인 3년형을 기계적으로 선고받았고, 아버지나 형이 같은 이유로 투옥되거나, 형제가 동시에 투옥된 경우에도 양형에 있어 거의 참작이 되지 않았다. 또한 이들 가운데는 특수 전공자로서 4주의 기본군사훈련만 이수하면 보충역의 한 형태인 전문연구요원 제도나 산업특례요원 제도를 이용할 수 있는 기회가 있었지만 기본 군사훈련을 면제받을 수 없어 군형법, 병역법에 의거 실형을 선고 받고 복역한 경우도 있다. 2001년 중반 이후로는 양심에 따른 병역거부자 대부분이 군 입대 자체를 거부하여 군형법 대신 병역법이 적용되었으며, 이에 따라 이들은 군사법원이 민간법정을 통해 재판을 받아 18~26개월을 선고받고 복역 중이다.

양심에 따른 병역거부자들은 투옥되어, 전례 없는 국가주의와 강화된 병역법으로 인해 매우 가혹한 고문, 구타, 가혹한 처벌을 경험하기도 하였다. 1975년 당시 군사 정권의 대통령 박정희가 입영율 100%를 달성하라는 지시를 내림에 따라 병무청 직원들은 징집영장도 없이 여호와의 증인들의 집회 장소를 에워싸고 있다가 징집 연령에 해당한다고 판단이 되는 젊은이들을 군부대에 강제로 입소시킨 뒤 그곳에서 징집영장을 발부하는 일이 있었고, 이들이 재판을 받기까지 투옥되었던 군 영창에서 대부분의 고문과 가혹 행위가 자행되기도 하였으며, 1976년 강제로 입영된 여호와의 증인 이춘길은 창원 39사단 헌병대 영창에서 구타로 인해 사망하기도 하였다. 또한 이 무렵에는 양심에 따른 병역거부자가 형기를 마치고 출소하는 날 교도소 정문에서 병무청 직원들이 대기하고 있다가 그에게 징집 혹은 예비군 소집 영장을 제시하고 다시 재판과 투옥을 하는 과정을 반복시켜 여러 번 투옥하는 사례도 있었다.

또한, 이들은 1991.경까지 가석방 대상 자체에서 제외되었으며, 이후에도 일반 재소자들과

달리 '여호와의 증인'인 병역거부자들은 가석방 심사기준에서 특별한 유형으로 분류되어 심사되었다. 이들은 교도소 내에서 대표적인 1급 모범수로 평가받고 있음에도 통상의 경우 50%이상 형기를 복역하면 가석방의 혜택이 주어지는데 반하여, 형기의 75%이상을 복역해야 가석방을 신청할 수 있도록 하였으며, 경축일을 비롯하여 매년 몇 차례씩 정부가 전체 수감자들을 대상으로 하는 사면·복권 대상에도 전혀 포함되지 않았다. 또 다른 종교를 가지고 있는 수감자들은 외부로부터 정기적으로 교직자의 방문을 받는 등 종교활동이 허용되고 있었으나, 2003. 중반 이전까지는 여호와의 증인 수감자들은 '특수한 종교교리를 이유로 병역의무를 기피하는 등 실정법을 위반하고, 이로 인하여 형 집행중인 상태에 있으므로 이들의 잘못된 신념을 굳건히 할 수 있는 종교 집회 허용은 교정 교화의 목적과 배치된다'는 이유로 일체의 종교활동을 허용 받지 못하였다. 이와 관련하여 2002. 10. 29. 국가인권위원회는 구금시설 안 '여호와의 증인' 수용자들에게 종교집회를 허가하지 않는 것은 평등권 및 종교의 자유를 침해한 행위라고 결정하고, 여호와의 증인 수용자들의 교도소 안 종교집회 개최를 허용할 것을 법무부에 권고했으며, 법무부는 2003. 중반에 이르러서야 국가인권위원회의 권고를 받아들여, 수감중인 여호와의 증인 병역거부자들을 비롯해 소수 종교 신봉 수용자들의 종교집회를 허용함으로써 현재 이러한 차별은 시정되었다.

한편, 양심에 따른 병역거부자들은 석방된 후에도 전과로 인해 공무원 임용자격이 없으며, 민간 기업에 취업하고자 하는 경우에도 신원 조회에서 탈락하는 등의 사회적 차별을 경험하며, 병역법 제76조에 따라 관청허가업종 등에 종사하는 데 있어서도 제한을 받고 있다.

#### 나. 2001년 - 2003년까지의 변화된 상황

2001년 여호와의 증인 병역거부자들의 오랜 병역거부 사례가 일반에 알려지고 불교신자이자 평화운동가인 오태양 씨의 병역거부가 이어지면서 양심에 따른 병역거부 문제에 대한 사회적 관심은 급속하게 확산되었다. 지난 50여 년 간 만여 명의 여호와의 증인 신도들이 병역을 거부해 왔으며 현재 한국에 세계에서 가장 많은 병역거부 수감자들이 존재한다는 사

실은 그동안 안보문제에 가려져 외면당했던 인권의 가치에 대해 새롭게 경종을 울리는 계기가 되었다. 언론, 학계, 법조계, 종교계 등 다양한 분야에서 병역거부와 대체복무 도입에 관한 각종 토론이 진행되었으며, 2002년 2월에는 학계, 정치계, 법조계, 언론계, 시민·사회단체 등의 저명 인사들을 포함하여 1,552명이 서명한 “양심에 따른 병역거부권 인정 및 대체복무제 도입을 촉구하는 1000인 선언”이 발표되기도 하였다.

현재 36개 시민사회단체가 참여하고 있는 ‘양심에 따른 병역거부권 실현과 대체복무제도 개선을 위한 연대회의’에서는 2002년 초 발족 이후 현재까지 병역거부자 상담 및 법률 지원, 각종 토론회 주최, 대체복무제도 입법 추진 등 병역거부에 대한 사회적 공감대 확산을 위한 각종 노력들을 벌이고 있다. 2002년 4월에는 민주사회를위한변호사모임과 위 연대회의 대표단이 유엔인권위원회에 참석하여 한국의 병역거부 문제를 보고하였으며, 2003년 3월에는 미국친우봉사회와 함께 서울에서 병역거부 국제회의 개최하였는데 이 회의에는 유엔인권고등판무관실과 대만 병무청 등이 참석하였다.

이 같은 상황 속에서 대체복무제도 도입에 대해 특정 종교에 대한 특혜, 남북 분단 상황에 따른 안보 위협, 군복무에 대한 형평성 등을 이유로 반대하던 여론들도 현실적인 제도 보완이 필요하다는 인식의 변화를 조금씩 보이고 있다. 병역법에 대한 위헌법률심판제청 이후 병역거부자에 대한 보석 결정 증가나 1년6개월의 최소 형량 선고 등 사법부에서 보여주고 있는 전향적인 태도 역시 양심에 따른 병역거부 문제에 대한 사회적 인식의 진전을 보여주는 한 단면이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 정부와 입법부에서는 양심에 따른 병역거부 문제가 사회적으로 불거진 이후 아직까지 대체복무제도 도입을 위한 어떠한 노력도 보이지 않고 있다. 2001. 이후 과거 25년 여동안 이루어졌던 양심에 따른 병역거부자들을 강제로 입영시키던 관행이 중단되는 의미 있는 변화가 있기도 하였으나, 그 외 오히려 정부와 국방부는 양심에 따른 병역거부를 반대하기 위한 여러 노력을 기울이고 있다.

이러한 분위기 속에서 국가인권위원회는 2002. 10. 29. 구금시설 안 ‘여호와의 증인’ 수

용자들의 교도소 안 종교집회 개최를 허용할 것을 법무부에 권고하고, 양심에 따른 병역거부 다큐멘터리 제작에 예산을 지원하였으나, 2001. 이후 수차례에 걸쳐 진정된 양심에 따른 병역거부 인정 문제에 대해 뚜렷한 입장을 밝히지 못하는 한계를 보였다. 양심에 따른 병역거부와 관련하여 각국이 시행하고 있는 법과 관행에 대해 국가인권위원회에서도 재검토하도록 촉구한 지난 58차 유엔인권위원회의 결의안 내용을 상기해 볼 때 국가인권위원회의 보다 적극적인 인노력이 요구되고 있다.

이 같은 상황 속에서 양심에 따른 병역거부는 군 입대를 앞둔 젊은이들에게 반전평화 신념의 실천으로서 많은 공감을 얻었다. 2001년 말 여호와의 증인 신도가 아닌 사람으로서 처음으로 오태양이 병역거부를 한 이후 현재까지 총 10여명이 반전평화의 신념에 따라 병역을 거부하여 처벌받거나 재판 중에 있다. 2003년 11월에는 22세의 현역 군인인 강철민이 한국군 이라크 파병 결정에 반대하여 휴가 중 부대 복귀를 거부하고 병역거부를 선언하여 군무이탈죄 등으로 기소되기도 하였다. 자국의 국토와 국민을 보호해야 할 군대가 침략전쟁에 참여한다는 사실은 평범한 군인이었던 그로 하여금 군대의 역할과 그 일원인 자신의 위치에 대해 진지하게 고민하도록 만들었다. 그는 한국군 이라크 파병 결정이 침략전쟁을 부인하는 헌법에 명백히 위반되는 것으로서 파병결정이 철회될 때까지 군복무를 거부하겠다는 선언을 하였다. 한국사회에서 군대는 무엇을 위해 존재하는가라는 대사회적인 질문을 던진 강철민의 병역거부는 군 복무 중의 병역거부로서는 첫 번째 사례이다. 병역수행 중에 있는 사람도 병역을 거부할 수 있다고 밝히고 있는 1998년 유엔인권위원회 결의안에 근거해 볼 때 현재 강철민에게 가해지고 있는 처벌은 국제인권규약 체결국으로서의 의무에 명백히 위배되는 것임에 분명하다. 2001년 여호와의 증인 병역거부자들의 실상이 알려지면서 부각된 양심에 따른 병역거부는 이제 인권에 대한 존중과 보호의 문제임과 동시에 이를 바탕으로 한 평화운동으로서 새롭게 인식되고 있는 상황이다.

다. 2004년에 진행된 양심에 따른 병역거부권에 대한 법적·사회적 변화

2004년은 양심에 따른 병역거부와 관련한 한국 역사에서 기념비적인 해였다고 할 수 있으며, 무엇보다도 법조에 가장 큰 변화가 있었다.

과거 양심에 따른 병역거부자들은 1969년, 1985년, 1992년 각각 대법원에 상고하여 양심에 따른 병역거부가 종교와 양심의 자유에서 비롯된 행위이므로 양심에 따른 병역거부는 병역의무 위반이 아니라는 점을 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 “종교의 교리를 내세워 법률이 규정한 병역의무를 거부하는 것과 같은 이른바 양심상의 결정은 헌법에서 보장한 종교와 양심의 자유에 속하는 것이 아니다”(대법원 1992. 9. 24. 선고 92도1534 항명 판결)라고 판시하는 등 일관되게 부인하여 왔다. 이러한 대법원의 입장은 양심상 결정의 실현을 이유로 형벌을 과하는 것은 양심의 자유 또는 종교의 자유에 대한 극단적 침해라는 주장에 대하여 사실상 판단을 회피하였거나, 양심의 자유의 범위에 대하여 한마디의 언급도 없이 논리의 비약을 거쳐 단순히 양심에 따른 병역거부는 양심의 자유에 해당되지 않는다고 하는 등 판단유탈의 오류를 범하고 있다는 이유로 비판을 받아 왔다. 그러나 이러한 비판에도 불구하고 법원은 단 한번의 예외도 없이 위와 같은 대법원 판례에 따라 양심에 따른 병역거부자들에게 유죄 판결을 선고하여 왔다. 그러나 2002. 1. 29. 서울남부지방법원의 병역법 제88조 제1항에 대한 위헌여부심판 제청 결정<sup>3)</sup> 이후 법원의 태도에도 변화가 시작되었고, 2004. 5. 21. 서울남부지방법원 이정열 판사는 양심에 따른 병역거부자 3명에 대하여 헌법 및 유엔 인권위원회 결의안, 세계 각국의 상황 등을 근거로 “양심적 병역 거부로 인해 국가 방위력의 손상이 있을 것을 우려하지 않을 수 없지만, 국가의 형벌권과 개인 양심의 자유권이 충돌하는 경우에는 형벌권을 한발 양보하는 것이 정당하다”는 취지의 무죄판결을 선고 하였다. 이 판결에 대하여 “국가안보를 위태롭게 하는 판결이다.” “국가가 침해할 수 없는 양심의 자유가 인정된 역사적 판결이다.”는 등 찬반양론의 팽팽한 의견이 대립되었으나, 양심에

3) 서울남부지방법원은 사상 최초로 2002. 1. 29. 양심에 따라 병역을 거부하고 있는 경우까지 예외없이 처벌하고 있는 병역법 제88조 제1항 제1호에 대하여 위헌의 의심이 있다며 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

따른 병역거부 문제가 사회적으로 공론화되도록 하여, 적어도 양심의 문제를 진지하게 고민할 수 있는 계기를 제공하였다.

이후, 대법원은 2004. 7. 15. 많은 논란 속에서 13명의 대법관 중 12명이 “양심의 자유가 국방의 의무보다 우월적 가치라고 할 수 없다”라는 취지의 다수의견을 밝히고 양심에 따른 병역거부자에게 유죄를 선고하였으며, 이강국 대법관 1인만이 “피고인과 같은 경우에는 국가의 형벌권이 한 발 양보함으로써 개인의 양심의 자유가 보다 더 존중되고 보장되도록 하는 것이 상당하다”는 취지로 양심에 따른 병역거부자들에게 무죄를 선고하여야 한다는 반대의견을 피력하였다. 그러나, 양심에 따른 병역거부자들에게 유죄를 선고한 13인의 대법관 중 4인은 유죄의 의견을 유지하면서도 반대의견과 같이 대체복무제도의 도입을 촉구하는 보충의견을 피력하기도 하여 주목을 받았다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도292964 판결<sup>4)</sup>). 헌법재판소 역시 늦은감이이 있었지만 2004. 8. 26. 9인의 재판관 중 중 합헌 7명, 위헌 2명의 의견으로 합헌결정을 내렸다. 7인중 5인의 재판관은 양심에 따른 병역거부자의 고뇌와 갈등상황을 외면하고 그대로 방치할 것이 아니라, 이들을 어떻게 배려할 것인가에 관하여 진지한 사회적 논의를 거쳐 나름대로의 국가적 해결책을 찾아야 할 때가 되었다고 판단하면서 입법자에게 대체복무제 마련 등 대안마련에 숙고해야 한다는 취지의 보충의견을 피력하였다(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 병역법 제1항 제1호 위헌제청).

대법원과 헌법재판소의 위 판결은 양심의 자유에 대하여는 한마디 언급도 없이 무조건 처벌을 당연시 하였던 과거 대법원 판결에 비추어 보면 분명 진일보한 판결이라 할 수 있겠으나, 국방의 의무를 양심의 자유보다 더 높이 평가하여 양심실현의 자유를 극단적으로 침해하는 것을 합헌이라고 한 것은 우리 헌법과 국제 인권법의 기준, 그리고 우리 사회의 민주화 수준에 비해 지나치게 낮은 잣대를 적용한 판결이라 하지 않을 수 없으며, “양심의 자유와 국방의 의무가 충돌할 때 양심의 자유가 좀 더 존중되고 보장되어야 한다”는 반대의견이 대법관 1인, 헌법재판소 재판관 2인 등

4) 민주사회를위한변호사모임(회장 이석태)은 ‘양심에따른병역거부권의 합법화에 동의하는 변호사 75인’으로 공동변호인단을 구성하여 변호하였다.

극소수에 불과하였다는 점 또한 아쉬운 점이라 할 수 있겠다. 또한 헌법재판소의 경우 병역법 조항에 대한 위헌여부심판 제청을 받고도 2년여가 넘게 결정을 하지 않는 등 책임을 다하지 못하다가 대법원의 판결이 있는 직후 뒤늦게 대법원과 거의 유사한 결정을 하였다는 점에서, 헌법재판소의 위상에 걸 맞는 역할을 하지 못하였다는 비판을 피할 수 없을 것이다.

다만 대법원과 헌법재판소 모두 양심에 따른 병역거부자에 대한 문제를 사회적 관용의 문제로 바라보며, 대체복무제 도입의 필요성을 언급함으로써 향후 입법을 통하여 양심에 따른 병역거부자 문제가 해결될 수 있을 것이라는 단초를 제공하였다는 점에서 그 의미를 평가할 수 있을 것이다.

위와같은 법조의 변화와 더불어 사회적으로 양심에 따른 병역거부 문제는 뜨거운 쟁점으로 부각되었고, 2004. 5. 21. 양심에 따른 병역거부자에 대한 무죄판결 이후 2004. 6. 23.까지 한달 여 동안 양심에 따른 병역거부와 관련한 보도는 1000여회를 상회하였다. 위와 같은 언론의 보도 횟수만으로도 당시 양심에 따른 병역거부에 대한 사회적 관심이 얼마나 뜨거웠는지 가히 짐작하고도 남음이 있다. 과거 국가안보, 분단현실 등을 이유로 무조건인 반대 입장이 주류였다면, 위 무죄판결 이후에는 반대 입장조차 무조건적인 처벌보다 대안의 필요성에 대하여 진지하게 경청하게 되었다.

국회에서의 대체복무제 도입을 위한 법안 발의 역시 주목할 만한 사건중의 하나였다. 2001년 이후 대체복무제 도입을 위한 입법 논의는 계속 담보 상태를 면치 못하였으나, 2004년 정기국회에서는 대체복무제 도입을 위한 2건(임종인, 노회찬 의원)의 의원발의가 이루어지는 등 사상 최초로 대체복무제 도입을 위한 입법부의 발의가 이루어졌다. 위와 같이 사상최초로 대체복무제 법안이 발의 되었다는 점에서는 입법부가 소수자의 인권 문제에서 진일보한 발전을 하였다는 평가를 할 수 있겠으나, 국회의원 중 32인만이 발의에 동참하고, 정기국회에서 논의조차 되

지 못하였다는 점은 입법부의 인권의식 수준을 짐작케 하는 것으로 매우 유감이라 하지 않을 수 없다. 대법원과 헌법재판소가 판결에서 '대체복무제 도입의 필요성'을 언급하고, 양심에 따른 병역거부자에 대한 논의가 공론화 되어 그 어느 때보다 대체복무제도 도입이 가능성이 높아진 점을 감안하여, 입법부는 보다 진지한 자세로 대체복무제도 도입을 고민하여야 할 것이다.

#### 4. 양심에 따른 병역거부에 관한 국제사회의 동향

가. 1776. 남북전쟁 당시 미국이 세계 최초로 펜실베니아주 헌법에서 '집총을 하는 것에 대하여 양심적 가책을 느끼는 어떠한 사람도 그가 대체복무를 하려 한다면 집총하도록 강제할 수 없다'고 선언한 이래 유럽 대부분의 나라에서도 대체복무제도 법안이 통과되었으며, 특히 분단국가였던 구 서독의 경우는 1949. 이미 헌법에서 '누구도 자신의 양심에 반하여 무장투쟁을 포함하는 군복무를 강제 당하지 않는다'고 명시하였으며, 2000. 중국과 대치 상황인 대만을 비롯 수많은 나라들이 대체복무제도를 도입하고 있다. 또한 유엔은 '양심에 따른 병역거부권은 종교적, 도덕적, 윤리적 인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념 또는 양심에서 유래하는 것으로 세계인권선언에 기초한 정당한 권리행사라는 점을 분명히 하면서 징병제를 채택하고 있는 국가의 경우 비전투적 또는 민간적 임무를 수행하며 징병적 성격을 띄지 않는 대체복무제를 실시하라'는 결의문을 1987. 년 이후 지속적으로 채택하고 있다. 대표적인 유엔의 결의는 아래와 같다.

#### 나. 양심에 따른 병역거부권의 '마그나 카르타'

유엔 인권위원회는 1998년 4월 22일 양심적 병역거부권의 '마그나 카르타'라고도 지칭되는 77호 결의(E/CN.4/RES/1998/77, Preamble)를 채택하였는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

(가) 양심에 따른 병역거부권은 종교적, 도덕적, 윤리적, 인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념 또는 양심에서 유래하는 것으로서, 이미 군복무를 하고 있는 사람도 양심적 병역거부권이 있다.

(나) 양심에 따른 병역거부권을 보장하는 제도가 없는 국가는 양심적 병역거부자의 신념을 차별하여서는 아니 되며, 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한 지 여부를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 의사결정기관을 마련하여야 한다.

(다) 징병제를 채택하고 있는 국가의 경우 양심에 따른 거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무를 도입하되, 그 대체복무는 공익적이고, 징벌적 성격이 아닌 비전투적 또는 민간적 임무의 성격을 띤 것이어야 한다.

(라) 국가는 양심에 따른 병역 거부자를 구금하거나 반복적으로 형벌을 부과하지 않도록 하여야 한다.

(마) 국가는 양심에 따른 병역거부자를 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등의 측면에서 차별해서는 안 된다.

(바) 양심에 따른 병역거부로 인하여 박해를 피해 자국을 떠난 사람들은 난민으로서 보호하여야 한다.

(사) 양심에 따른 병역거부권과 양심에 따른 병역거부자로 신청하는 데에 대한 정보가 병역문제로 영향을 받는 모든 사람들에게 쉽게 제공될 수 있도록 하여야 한다.

한편, 유엔인권이사회는 2000. 4. 30. 결의 제34호로 “유엔 회원국에 대하여 1998년 77호 결의에 비추어 양심에 따른 병역거부와 관련한 현재의 법과 관행을 재검토할 것을 요청한다”고 결정한 바 있다. 이와 같이 국제인권상황을 전반적으로 총괄하는 유엔 인권위원회 및 B규약(유엔인권위원회는 1989년 59호 결의에서는 세계인권선언 제3조, 제18조 및 B규약 제18조에 기초하여 양심에 따른 병역거부권 자체를 인정하고, 양심에 따른 병역거부권의 문제를 유엔헌장 상의 국가 의무와 연결시켰으며, 각국이 기존 법령을 수정하여 양심에 따른 병역거부를 허용하도록 촉구하였다)의 이행 상황을 점검하고 그 이행을 촉진하는 유엔 인권이사회는 세계인권규약과 B규약에 정

한 양심의 자유로부터 양심에 따른 병역거부권이 도출되는 것임을 분명히 하였다. 2002. 4. 23. 제58차 유엔인권위원회는 불가리아, 크로아티아, 체코, 덴마크, 핀란드, 독일, 헝가리, 아일랜드, 네덜란드, 폴란드, 루마니아, 슬로베니아, 영국 등의 공동 제안으로 양심에 따른 병역거부와 관련해 각국이 시행하고 있는 법과 관행을 재검토할 것을 촉구하고, 각국 정부, 유엔산하 관련기구 및 정부간 국제기구, 비정부기구(NGO)는 물론 국가인권위원회에 정보제공을 의뢰하고 이에 대한 종합적인 보고서를 제60차 인권위에 제출하도록 하는 내용을 골자로 한 결의안을 표결없이 만장일치로 채택하기도 하였다.

가장 최근인 2004. 4. 20. 제60차 유엔인권위원회는 또다시 양심에 따른 병역거부권에 관한 결의안을 채택하고 각국이 이를 반영해 관련 법률과 관행을 재검토할 것을 촉구했다. 한국을 포함한 유엔인권위 53개 이사국들은 위 인권위원회에서 캐나다 영국 등 34개국이 공동 제안한 결의안을 총의로 통과시켰다. 공동제안국이 제58차 유엔인권위원회 당시 14개국 보다 무려 20개국이 늘었으며, 미국이 인권위원회 발언을 통해 양심에 따른 병역거부권을 인정하겠다는 의지를 보인 것도 제58차 유엔인권위원회와 크게 달라진 점이였다. 이 결의안은 ‘양심에 따른 병역거부권이 세계인권선언과 사상·양심·종교 자유에 따른 정당한 권리임을 재확인하고 거부권을 인정하고 대체복무제를 마련하도록 각국에 거듭 촉구했고, 평화시뿐만 아니라 전쟁 시의 병역거부권도 언급해 양심에 따른 병역거부권이 어떠한 상황에서도 침해될 수 없는 기본적인 권임을 강조했으며, 또한 각국에 양심을 이유로 병역을 거부했던 사람들에게 사면·복권을 허용할 것을 권하는 조항을 새로이 추가했다

다. 국제인권법에 비추어본 한국의 현황 및 평가

위에서 살펴본 바에 의하면, 국제인권법은 양심에 따른 병역거부권을 보편적 인권으로 인정하고 있으며, 각 지역 국제법도 이를 기본적 인권으로 받아들이고 있는 것으로

로 볼 수 있다. 한국 역시 1990년에 B규약에 가입하였고, 규약 상 양심의 자유 조항에 관하여 아무런 유보도 하지 않았으며, 헌법재판소는 사죄광고위헌결정사건에서 위 규약을 논거로서 인용하기까지 하였다. 국제인권상황을 전반적으로 총괄하는 유엔 인권위원회 및 B규약의 이행상황을 점검하고 그 이행을 촉진하는 유엔 인권이사회는 세계인권규약과 B규약에 정한 양심의 자유로부터 양심에 따른 병역거부권이 도출되는 것임을 분명히 하였고, 한국은 유엔 인권이사회의 위 제 결의에 찬성함으로써 대외적으로 그 결의를 받아들일 의사를 표명하여 왔다. 한국이 찬성한 위 2000.

4. 30. 유엔 인권이사회 결의 제34호에 따르면, 한국은 양심에 따른 병역거부권에 관한 한국의 현행 법령과 관행을 검토하여 이를 위원회에 보고하여야 하고, 양심에 따른 병역거부자를 위한 비전투적이고 공익적인 대체복무를 보장하여야 하며, 양심에 따른 병역거부자에 대한 형벌부과와 집행을 중지하고 병역법과 군형법의 관련조항을 개정하여야 한다. 그러나 한국은 실제로 B규약의 내용과 그에 관한 국제사회의 해석에 부합하도록 양심에 따른 병역거부권을 인정하는 방향으로 병역법과 군형법 관련 조항을 개정하지 아니하여, 1997년의 유엔 사무총장 보고서에서도 양심에 따른 병역거부를 인정하지 않는 나라로 지목되기도 하였다.

한편, 2002. 11. 8. 국제사면위원회는 한국의 양심에 따른 병역거부 상황이 매우 심각한 점을 우려하면서 당시 대선후보들에게 대통령에 당선될 경우 양심에 따른 병역거부권을 인정하고 양심에 따른 병역거부자들에게 대체복무를 허용할 것을 권고한 바 있다. 또한 여호와의 증인으로서 종교적 양심에 따라 병역을 거부하고 실형을 선고받아 수감중인 최명진, 윤여범은 권리구제를 위하여 유엔인권이사회에 '개인통보'를 제출하였고, 또 다른 여호와의 증인 신자인 김모씨는 병역을 거부하다가 최근 캐나다에서 종교 난민으로 인정을 받기도 하였다. 2004년 2월 현재 한국은 양심에 따른 병역거부로 인한 수감자들이 521명으로 세계 최다를 기록하고 있는 등 국제인권법에 비추어 양심에 따른 병역거부자들의 인권은 후진적 상황을 면치 못하고 있다.

## 5. 결론에 갈음하여

위에서 본 바와 같이 2001. 이후 양심에 따른 병역거부자 문제가 사회적으로 공론화 되어, 소수자의 인권, 양심의자유 등에 대하여 깊고 진지한 토론이 진행될 수 있었다는 점에서 매우 고무적이었다 할 것이나, 이들의 인권을 보장할 수 있는 법과 제도가 도입되지 못하였다는 점은 유감이라 할 것이다.

무엇보다도 적극적인 인권옹호기관인 국가인권위원회 조차 침묵을 지킨 점, 사법부의 경우 스스로 '양심이란 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적인 존재가치가 파멸하고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리'라고 정의한 바 있으면서도 국방의 의무를 양심의 자유보다 높은 가치라고 인정하여 양심을 이유로 한 병역거부자들을 감옥에 가두 것을 정당화 시킨 점 등은 대단히 실망스러운 것이었다.

그러나 대체복무제도 도입이 적극적으로 논의되고, 국회에서 사상최초로 대체복무제도 도입을 골자로 한 입법안이 발의된 것은 멀지 않은 때에 양심에 따른 병역거부자들을 구제할 수 있는 제도가 도입될 수 있는 가능성을 보여주었다는 점에서 긍정적인 평가를 할 수 있을 것이다.

국가안보, 현역병과의 형평성 등의 문제를 들어 대체복무제의 도입을 반대하는 반대론자들의 주장 또한 매우 중요한 것으로서, 양심에 따른 병역거부의 문제를 사회적 합의로 해결하기 위해서는 국가안보, 현역병과의 형평성 문제 등에 대하여도 보다 진지한 논의가 필요할 것이다. 따라서 이를 위하여 정부는 양심에 따른 병역거부자에 대한 소극적 태도를 지양하고, 양심에 따른 병역거부 논쟁을 국군의 정예화, 현대화, 과학화 등 국방에 대한 사고를 전환하는 새로운 계기로 삼아야 할 것이며, 또한 군의 민주화, 다양성 등을 재고하는 계기로 삼아, 국방의 의무와 개인의 양심이 조화롭게 공존할 수 있는 방안을 적극적으로 고려하여야 할 것이다.

## Koreans in Japan: History and Contemporary Problems

Kang YooMi, Attorney

### About Koreans in Japan

In 1910 Japan declared internationally that it had placed Korea under its colonial rule. Koreans were severely exploited and flowed into Japan as cheap labor in order to eke out an existence.

In conjunction with Japan's invasion of China in the 1930s, education in Korean was prohibited, names were changed (the Japanese changed Koreans' surnames, which indicate their ancestries, to Japanese-style names), Koreans were forced to visit Shinto shrines, and in other ways their Korean ethnicity was denied. In 1939 when the invasion of China was in full swing, the Japanese developed an administrative plan for taking Koreans to Japan as labor, and under this plan Koreans were rounded up and taken away forcibly in abduction-like procedures as labor, as soldiers, and as sex slaves for the Japanese military. In 1945 the number of Koreans in Japan had risen to well over 2 million, which was in fact about one-tenth of Korea's total population.

Upon the liberation of their country, some Koreans made their way back to Korea by themselves, while others were part of a return planned by GHQ. But in addition to limitations on how much baggage and cash could be taken when leaving Japan, the desolation of their homeland after 36 years of colonial rule, and scattered families, there were other problems: The Korean peninsula was in a perilous political situation owing to the Cold War, there was a sharp reduction in returnees due to economic circumstances, and some Koreans who returned to Korea went back to Japan because of political instability and livelihood difficulties. In all, about 600,000 Koreans ended up staying in Japan.

### Legal status of Koreans in Japan

(1) In 1947 Japan promulgated the Alien Registration Ordinance, under which Koreans in Japan, even though having Japanese nationality, were for the time being considered to be foreigners. In terms of taxation and other obligations they were considered to be "Japanese," while in terms of rights they were treated as "foreigners."

For instance, the government legalized various kinds of discrimination, such as excluding Koreans from laws including the Military Pension Law, the Law for Assistance to War Injured and War Bereaved, and the Atomic Bomb Victims Relief Law. Recently there was a groundbreaking court decision on the Atomic Bomb Victims Relief Law, declaring that its "requirement for residence [in Japan]" by notification is illegal. This opened the way to application of this law to atomic bombing victims living abroad.

(2) Under the 1952 peace treaty the Japanese government lost its right to control the Korean peninsula, and all Koreans lost their Japanese citizenships. Even though Article 10 of Japan's constitution provides that the requirements for citizenship are established by law, Japan used a single notification to deprive Koreans of citizenship and made Koreans in Japan "foreigners" without regard for their historical background. Many Koreans came to Japan depending on their relatives because of political instability, poverty, and other problems in their homeland, but the Japanese government's response was to deport them for "illegal entry." The facts that immigration officers are given broad investigative authority, that until leaving Japan Koreans are actually in indefinite detention, that members of the general public

are offered rewards for reporting on Koreans, and other facts indicate that the same system as before remains in place. Grounds for deportation apply even to those with permanent residence.

In addition to enactment of the Alien Registration Law, foreigners were forced to have fingerprints taken, and they were required to carry their alien registration cards with them at all times and show them on demand. The government also created a registration card renewal system under which foreigners must appear at certain intervals to check for any changes in the card's information. The current Alien Registration Law carries over all these features except the compulsory fingerprinting system.

(3) Pursuant to the Treaty on Basic Relations between Japan and the Republic of Korea (ROK), in 1965 the Republic of Korea government waived its right to demand compensation in return for getting economic aid from the Japanese government, and this affects the present postwar compensation trials.

Under this treaty, if Koreans in Japan, having met certain requirements, change the nationality on their alien registration cards from *Chosen* (Korea) to *Kankoku* (Republic of Korea), they are given "permanent residence under agreement." For this reason many Koreans changed their nationality entries, which introduced a legal north-south division among Koreans in Japan. Incidentally, the "*Chosen*" entry on alien registration cards has always been a mere notation, as the status of those using it is still "refugee."

(4) In 1981 Japan acceded to the Convention relating to the Status of Refugees, and the social security system was applied to a certain extent to foreigners under corresponding domestic legislation. The approximately 600,000 Koreans in Japan thus became eligible for "benefits" under the 500-person refugee resettlement limit.

(5) Around 1991 Japan's administrative apparatus for immigration was paralyzed by the influx of foreign workers into Japan. In response, the government integrated the "permanent residence under agreement" and "special-case permanent residence" statuses of people from former colonies into "special permanent residence," but people from former colonies who did not qualify for either of these statuses were changed from "special residence" to "long-term residence," which is the same status as foreigners of Japanese descent. This was in essence a lower-level status.

### Repatriation program

In 1954 the Democratic People's Republic of Korea (DPRK) government released a statement addressed to Koreans in Japan, saying that "Koreans in Japan are citizens abroad," and it called upon them to return to help build their homeland. Even after their homeland was liberated from Japanese rule, Koreans in Japan had no choice but to remain in Japan and suffer from discrimination and poverty. Many of them rejoiced at this statement. The Japan Red Cross became an intermediary "from a humanitarian position," and one after another Koreans started the return to the North. However, owing to the harsh political situation in their homeland, many Koreans who had returned endured hard lives far beyond what could be imagined. Koreans in Japan with relatives who had returned continued, despite their own austere lives in Japan, to send livelihood assistance to their relatives.

Koreans in Japan are thus divided by the 38th parallel, by the national border with Japan, by the North-South line among Korean society in Japan, and by generational lines. Amid these divisions they maintain their ties with relatives in the north and south parts of their homeland.

Incidentally, it is said that the main purpose of cooperation by the Japan Red Cross in repatriation was to chase Koreans out of Japan and back to their homeland.

### Ethnic education

When homeland liberation came in 1945, Koreans in Japan established ethnic classes in many places throughout Japan to teach their children the mother tongue, but in 1948 the Ministry of Education issued a notification which required the children of Koreans to attend Japanese schools, thereby depriving those children of the right to learn through their mother tongue.

Since that time Korean schools have received no legal recognition at all as educational institutions, or financial assistance.

Also, attacks against Korean school students by Japanese continue, and they escalate especially every time political tensions between Japan and the DPRK increase. Korean schools are now abandoning ethnic uniforms for their students so they are not identifiable as Korean-school students. This is due to attacks such as slashing open the uniform of a girl, pushing an elementary school student waiting for a traffic signal out into the street, and strangling a student on a train station platform.

Academic credentials are a powerful weapon for Koreans in Japan, who are obliged to live as "foreigners" in Japanese society, so more children enroll in Japanese schools. Owing to social discrimination, Koreans begin using Japanese-style names when they reach the age of discretion, and children who continue receiving education as Japanese have a serious identity crisis.

### Right of return to home country (right of entry and reentry into Japan)

To Koreans in Japan, traveling between Japan and the Korean peninsula creates ties with their relatives, and to second-generation and later Koreans it is essential to their ethnic identity.

The "reentry permit" is a system which allows foreigners living in Japan to go outside Japan and then reenter with a simplified entry procedure. In the second half of the 1980s many of the foreigners who refused fingerprinting in opposition to the fingerprinting requirement of the Alien Registration Law were not allowed to get reentry permits and exited Japan without them. Some of them were stripped of their permanent residence statuses when reentering Japan. Further, because reentry permits are valid for a limited time period, Koreans who went to the ROK for study in the 1970s and could not return within that time period because of detention there as political offenders were similarly deprived of their permanent residence statuses.

As a rule reentry permits are four years (five at the maximum), which is shorter than the 10-year validity of a Japanese passport, making the system a serious impediment on free coming and going by Koreans in Japan between Japan and their home country.

### Social Security

After several changes to the law, Koreans in Japan are eligible for more parts of the social security system, but these are all favors, not rights.

Even after legal amendments, some Koreans fall through the cracks in the system and are ineligible because of age limits or other reasons. Lawsuits have been filed, but all are defeated with the rationale that one's country of citizenship is responsible for social security.

### **Right to be public employees**

The Cabinet Legislation Bureau's opinion of 1953, which states, "Japanese citizenship is required to become public employees, because they are involved in the exercise of public power or shaping the national will," is still implemented to the present day, and underlies even recent Supreme Court decisions. In other words, the right of foreigners to be public employees is not a right guaranteed by the constitution, which merely permits public employees. Therefore not hiring foreigners is not unconstitutional.

Further, judicial precedents hold that management positions "involve the exercise of public power, and have not recognized hiring in any case regardless of job type or extent.

### **Voting rights**

Foreigners are naturally excluded from national government elections under the "principle of popular sovereignty," but there are judicial precedents on local elections that voting by foreigners is permitted even though not guaranteed by the constitution. There are no local governments which allow voting by foreigners.

There are some local governments that, with certain requirements, allow foreigners to vote in referenda, which are not binding on municipalities.

### **Discrimination in civil society**

As this shows, Japan's government still discriminates legally against Koreans in Japan, and despite their historical background, there is a strong tendency to say that since Koreans are "foreigners," they should of course abide by Japanese sovereignty, and if they don't like it, they should leave Japan. It is usual for many Koreans in Japan to suffer harassment from classmates when children, and when adults to face discrimination in housing, joining companies, and finding employment. There are no laws to restrict such discrimination. Thus even now Koreans have difficulties in daily life when using their real names, so the majority use Japanese names and conceal their origins.

### **Today's Koreans in Japan**

We find no other peoples in the world who have like Koreans in Japan been under colonial rule and even after liberation remain in the suzerain state, where they are treated as mere ordinary foreigners. Due to feelings of antipathy toward the Japanese government, which does not aid recovery of ethnicity disgraced by colonial rule or provide postwar compensation, and toward Japanese society with its continuing severe discrimination, it was hard for Koreans in Japan to willingly try and obtain Japanese citizenship.

But now, 60 years after liberation, there are more Koreans who get Japanese citizenship owing to marriage with Japanese, birth, and other reasons, and Koreans in Japan have continually shrinking percentages of Japan's total population and of the total foreign population. In recent years we now also see people who, even after becoming Japanese citizens, use their Korean names and observe their ethnic origins. On the other hand, there is the new problem of what identity the children of Japanese and Korean parents should have.

### **The pyramid of foreigners in Japan**

Koreans in Japan find themselves with two problems: That of postwar compensation for colonial rule, and that of being foreigners in Japan. Neither has found a fundamental solution, but after more than a half century of residence in Japan, it could be said that Koreans lead relatively stable lives.

Meanwhile, since the second half of the 1980s many foreigners have come to Japan in search of jobs, and the Japanese government has opened avenues of employment for those of Japanese descent only. But there is no end to foreigners working illegally. Their economic and social instability, the inability of children born in Japan to understand their native languages because of prolonged stays in Japan, the children's identity problem, the right to attend school, and other problems are the challenges that Koreans in Japan have faced.

Hence the treatment of Koreans in Japan is a litmus test for action on Japan's postwar compensation and guaranteeing the human rights of foreigners.

## 「在日朝鮮人の歴史と今日の問題」

弁護士 康 由美 (かん ゆみ)

### ★在日朝鮮人とは？

1910年、日本は朝鮮の植民地支配を、対外的に宣言した。朝鮮人は過酷な収奪を受け、生きるため、喰うために、当時の日本の低賃金労働力として日本に流入した。

1930年代、日本は中国侵略に伴い、朝鮮語教育の禁止、創始改名（朝鮮の名字は先祖の由来を表すが、これを日本風の名前に変えること）、神社参拝強要などで朝鮮の民族性を否定した。1939年、中国侵略が本格化し、朝鮮人を労働者として日本に連行する行政計画が立てられ、誘拐まがいに朝鮮人を日本に強制的に連行するいわゆる「強制連行」により、朝鮮人は労働力・兵力・「日本軍性奴隷」として狩り出された。1945年の在日朝鮮人の人口は、朝鮮全人口の実に約1割にあたる200数十万人にのぼった。

祖国解放を迎え、在日朝鮮人は自力で帰国した他、GHQによる計画的帰還も行われた。しかし引き揚げの際の手荷物や現金の携帯制限、36年に亘る植民地支配による祖国の荒廃、一家離散の他、東西冷戦による朝鮮半島の陰悪な政治状況、経済状況で帰国者は激減し、帰国者の中でも政情不安や生活苦などから再び日本にやってくる者も現れ、結局約60万人の朝鮮人が日本にとどまることになる。

### ★在日朝鮮人の法的地位

(1) 1947年、「外国人登録令」が施行され、在日朝鮮人は日本国籍を保有しながらも、「この勅令の適用については、当分の間、外国人とみなす」とされ、納税等の義務面においては「日本人」、権利の側面からは「外国人」として扱われた。

たとえば、軍人恩給法や戦傷者戦没者遺族援護法、被爆者援護法等から朝鮮人を除外する等の様々な差別を合法化された。なお、被爆者援護法に関しては、近年、通達による「(日本国内)居住要件」を違法とする画期的な判決により、海外に居住する外国人被爆者にも援護法適用の道が開かれた。

(2) 1952年、平和条約により、日本政府は朝鮮半島に対する支配権を喪失したのに伴い、朝鮮人はすべて日本国籍を失ったとした。日本国憲法10条は、国民たる要件は法律で定めると規定しているのに、一片の通達で国籍を剥奪し、その歴史的背景を問わないまま、在日朝鮮人を「外国人」とした。本国の政情不安、経済的貧困等のため、親族を頼って日本にやって来る朝鮮人が多かったが、日本政府はこれらの者に対し「不法入国」として退去強制で応じた。入国審査官の広範な調査権限を認めている点、出国までは事実上無期限勾留である点、一般市民

からの通報に報奨金が出される点などは、現在も受け継がれており、退去強制事由は永住権取得者にも適用される。

同時に、外国人登録法が制定され、指紋押捺強制、外国人登録証の常時携帯・呈示義務、一定期間ごとに出頭させて記載事項に変更がないかを確認する切替制度が確立し、指紋押捺強制制度以外はすべて現在の外国人登録法に受け継がれている。

(3) 1965年、日韓基本条約に基づき、韓国政府は日本政府から経済援助を得る代償として賠償請求権を放棄したが、これは、現在の戦後補償裁判に影響を与えている。

この条約により一定の要件を満たした上で、外国人登録の国籍欄を「朝鮮」から「韓国」へ書き換えると「協定永住権」が与えられることとなったため、多くの者が「朝鮮」から「韓国」へと書き換え、在日朝鮮人に法的な南北分断が持ち込まれた。なお、現在に至るまで、外国人登録上「朝鮮」というのは単なる記号にすぎない扱いであり、この者らの地位は現在も「難民」である。

(4) 1981年、日本政府は難民条約に加入し、その国内法整備により外国人にも一定の社会保障制度が適用され、約60万人の在日朝鮮人は、500人枠の難民受け入れによる「恩恵」を受けられるようになった。

(5) '91年頃、日本は大量の外国人出稼ぎ労働者のため入管行政が麻痺状態に陥った。そこで、旧植民地出身者の「協定永住権」及び「特例永住権」が「特別永住権」に一本化されたが、両永住権の取得資格要件を持たない旧植民地出身者は「特別在留」から日系人と同じ「定住者」へと変更され、実質的な地位の低下となっている。

#### ★帰国事業

1954年、北朝鮮政府が在日朝鮮人に向け、「在日朝鮮人は在外公民である」と声明を発表し、祖国建設のための帰国を呼びかけた。祖国解放後も日本に残らざるを得ず、差別と貧困の中で苦しむ在日朝鮮人の多くは歓喜し、日本赤十字が「人道的見地から」窓口となって、続々と北へと帰国を始めた。しかし、祖国における厳しい政治状況の中で、帰国した朝鮮人の多くを待っていたのは、想像と遙かに隔たる生活苦であった。この後、帰国した者を親族にもつ者らは、自らの厳しい在日生活の中から帰国した者らの生活救援のための仕送りを続ける。

このように、在日朝鮮人は38度線による分断、日本との国境による分断、在日朝鮮人社会の中での南北分断、世代間の分断を抱え、祖国の南北で生活する親類との絆を守りつつ生きていくことになる。

なお、当時の日本赤十字の協力の背景には、在日朝鮮人を祖国へ追い払うことが主眼にあったものと言われている。

#### ★民族教育

1945年に解放を迎え、在日朝鮮人は、子供たちに母国の言葉を教えようと、全国に続々と民族学級を設立したが、1948年、文部省は、朝鮮人の子弟も日本の学校に就学させねばならないという通達を出して、子供たちから母国語を学ぶ権利を奪った。

これ以降、朝鮮学校は教育機関として法的に全く認められず、財政支援も無い。

また、日本人の朝鮮学校生徒に対する攻撃が絶えない。特に、北朝鮮と日本との間に政治的緊張が高まるたび、攻撃はエスカレートし、女子生徒の制服を切り裂く、信号待ちの小学生の背中を車道に向けて押す、駅のホームで首を絞める等の攻撃のため、朝鮮学校の生徒だと判明しないよう民族服である制服による通学を自粛する事態も招いている。

日本社会の中で「外国人」として生きることを余儀なくされた在日朝鮮人にとって、「学歴」が強力な武器となることもあり、日本の学校に就学する子供も増加した。日本社会での差別のため、物心つく頃より日本風の名前を名乗り、日本人としての教育を受け続けるこの子供たちのアイデンティティの危機は深刻である。

#### ★自国へ帰る権利（入国・再入国の権利）

在日朝鮮人にとって、朝鮮半島との往来は、親族との絆を結ぶものである他、2世以降にとっては民族的アイデンティティ確立のためにも必要不可欠なものである。

日本に居住する外国人が、いったん日本国外へ出て再び日本に入国する際、簡素な入国手続で入国を許可する制度が再入国許可である。80年代後半、外国人登録法上の指紋押捺強制に反対し、指紋押捺を拒否した者の多くに対しこの再入国が許可されず、許可のないまま出国したため、日本入国の際、それまで保持していた永住権を剥奪された者もいる。さらに、再入国許可は期間制限があるため、70年代に韓国へ留学して政治犯として拘禁され、当該期間内に日本へ入国できなかった者らも、同様に永住権が剥奪されている。

この再入国許可制度は原則4年（最長5年）と、日本人の旅券の有効期限が10年であるのに比して短く、在日朝鮮人の母国との往来の自由を著しく制限するものとなっている。

#### ★社会保障

現在は、幾度かの法改正を経て、在日朝鮮人も享受できる社会保障制度が増加した。しかし、これらはあくまで恩恵的なものであり、権利として確立していない。

また、改正後も年齢制限等で社会保障を享受できず狭間に陥った者らが、様々な提訴を行っているが、社会保障の責務を負うのは国籍国であるという論理によって、ことごとく敗訴している。

### ★公務就任権

1953年に出された「公権力の行使又は国家意思の形成への参画にたずさわ  
る公務員となるためには日本国籍を必要とする」という内閣法制局見解が現在に  
至るまで貫かれ、近時の最高裁判決においても踏襲された。即ち、外国人の公務  
就任権は憲法上保障された権利ではなく、単に地方公務員のみ憲法上は許容され  
るにすぎないから、外国人を採用しなかったからといって違憲とはならない。

さらに、判例では、管理職については「公権力を行使する」として、その内容、  
程度を問わず一律に採用自体を認めていない。

### ★選挙権

国政選挙に関しては、「国民主権原理」より、当然外国人は排除されるが、地方  
選挙に関しては、憲法上保障されないものの許容されるとするのが判例である。  
現在、地方選挙に関して、外国人にこれを認めている自治体は存在しない。

もっとも、地方自治体に対する拘束力を持たない「住民投票」については、一  
定の要件を定めて外国人にも認める自治体も出てきている。

### ★一般市民社会における差別

このように、日本政府による在日朝鮮人に対する法的差別が現在も続き、在日  
朝鮮人はその歴史的背景の如何にかかわらず「外国人」なのだから、日本の主権  
に従うのは当然であり、それがいやなら出ていけばよいという風潮が強い。在日  
朝鮮人の多くは、幼少期においては同級生からのいじめ、青年期においては入居  
差別、入社差別、就職差別に直面することが通常であり、このような差別を規制  
する法令は存在しない。そのため、現在に至ってもなお、本名での生活が困難で  
あり、大多数が日本名を名乗り、自分の出自を明らかにできないまま生活してい  
る。

### ★現在の在日朝鮮人

植民地支配を受けた国民が解放後も宗主国にとどまる場合に、宗主国内で単な  
る一般外国人扱いを受け続けているのは、在日朝鮮人の他、世界でも類例を見な  
い。植民地支配により辱められた民族性の回復、戦後補償を果たさない日本政府  
や厳しい差別が温存する日本社会に対する反発から、在日朝鮮人の間では自ら進  
んで日本国籍を取得しようとする動きは出にくかった。

しかし、解放後60年を経た現在、日本人との婚姻や子供の出生などを契機に、  
日本国籍を取得する者が増大し、在日朝鮮人の総人口及び在日外国人全体の中に  
占める割合は減少し続けている。近年は日本国籍取得後も民族名を名乗り、民族  
的出自を守っていこうとする人々も現れている。他方で、日本人と朝鮮人との間  
に生まれた子供たちは、自己のアイデンティティをいかに持つべきかという新た

な問題に直面している。

### ★在日外国人のピラミッド

在日朝鮮人は、「植民地支配の戦後補償問題」と「日本社会で生きる外国人問題」  
の両側面をもっている。両者とも、抜本的に解決されるに至っていないが、半世  
紀以上に渡る滞在により、在日外国人の中でも相対的に安定した生活を送ってい  
るといえる。

他方、80年代後半より、雇用を求めて多くの外国人が日本へ入国し、日本政  
府は日系人に限って、雇用の道を開いた。しかし、外国人の非合法就労は後を絶  
たない。彼らの経済的、社会的な不安定さ、滞日が長引いた結果、日本生まれの  
子供たちが母語を解せなくなっていること、その子供たちのアイデンティティの  
問題、通学権等は、かつての在日朝鮮人が直面した問題である。

このように、在日朝鮮人をめぐる処遇は、日本の戦後補償、外国人の人権保障が  
いかにあるべきかを問う試金石であるといえる。