

논문

비합법적인 초국가적 법률집행

—United States v. Alvarez-Machain 판결에 대한 평석—

James M. West

민법 편집부 옮김

1992년 6월 15일 미국 연방 최고법원은 U.S. v. Alvarez-Machain 사건에 대해 판결¹⁾을 내렸다. 그 사건은 하룻밤 새에 현대의 미국 사법 판결 중 가장 논쟁적인 것의 하나가 되었다. 대중매체는 미국의 기관원이 외국 땅에 있는 형사범죄 혐의자를 관련 외국정부의 항의에도 불구하고 납치하는 것을 연방 최고법원이 합법화했다고 전세계에 보도했다.²⁾

많은 사람들에게, 특히 법률가들에게 Alvarez-Machain 판결은 하나의 충격이었다. 그것은 미국 사법부의 최고 수준에서 국제법의 기본원칙에 대해 외관상 고의적인 경멸을 보인 것이었다. 미국 국제법학회 회장인, 컬럼비아 대학의 루이스 헨킨(Louis Henkin) 교수가 “타국으로부터 누군가를 납치하는 것은 명백한, 의심할 바 없이 확인된 국제법 위반이다”³⁾라고 지적한 바

1) 60 U.S.L.W. 4523(June 15, 1992), reprinted in 31 International Legal Materials (I.L.M.) 902-918(July 1992)

2) William Ratliff, “Latins Take on the U.S. Supreme Court”, *Asian Wall Street Journal*, July 8, 1992, p. 6 참조

3) Henkin, “Will the U.S. Supreme Court Fail International Law?”, *Newsletter of the American Society of International Law*, August-September 1992, at 1

있다.

그러나 Alvarez-Machain 사건은 1980년 이후 레이건 및 부시행정부시대의 최고법원의 결정에서 나타난 최근의 흐름을 충실히 반영한 것이다.⁴⁾ 그 판결의 중요성은 오늘날 미국에서 계속 전개되고 있는 정치적 역사적 맥락에서 가장 잘 이해된다. 연방법원의 구성원을 임명하는 과정은 고도로 정치화되었으며, 현재 진행중인 대통령선거전 중의 한 쟁점이다.

Alvarez-Machain 사건은 미국의 마약단속국(Drug Enforcement Administration; “DEA”)이 1985년 멕시코에서 DEA의 특수요원인 Enrique Camarena-Salazar와 그의 조종사인 멕시코인의 유괴, 고문 및 살해에 책임이 있는 자들을 벌하려는 노력에서 발생한 몇 가지 사건 중의 하나이다.⁵⁾ 기소된 멕시코 시민 Humberto Alvarez-Machain은 Camarena를 고문하는 데 참여했으며, 유괴자들이 DEA의 공작에 관한 정보를 더 많이 끌어낼 수 있도록 Camarena의 생명을 유지시켰다고, DEA가 믿고 있는 의사였다.

멕시코정부에게 기소할 수 있도록 Alvarez를 미국측으로 인도하라고 요구한 시도가 실패하자 DEA는 멕시코에서의 접촉을 통해 피고인을 미국에 인도해주는 것에 대해 보상금과 비용을 지불할 것을 제안했다.⁶⁾ 1990년 4월 2일 Alvarez는 과달라하라에 있는 그의 병원으로부터 적어도 5명의 무장한 남자들에 의해 강제로 유괴되었으며, 개인 비행기로 텍사스로 옮겨져 DEA에 의해 감금되었다. 연방판사 1인이 주재한 공판에서, 동 법원은 그 유괴가 멕시코와 미국 사이의 범죄인 인도조약(Extradition Treaty)⁷⁾에 위반되었기 때문에 Alvarez를 재판할 관할권이 없다고 판결했다.

제9순회 연방항소법원의 3인의 판사로 구성된 재판부는 동일한 사건에서 발생한 Verdugo-Urquidez 사건에서의 동 법원의 최근 선례에 근거하여 1

4) 미국의 대외문제에 영향을 미친 최근의 헌법위기를 보다 자세히 알고자 하면 Harold Hongju Koh, *The National Security Constitution: Sharing Power after the Iran-Contra Affair*(Yale University Press, New Haven and London 1990) 참조

5) U.S. v. Caro-Quintero, 745 F. Supp. 599(CD Cal. 1990); U.S. v. Verdugo-Urquidez, 939 F. 2d 1341(9th Cir. 1991), reprinted at 30 I.L.M. 1197(Sept. 1991) 참조

6) 60 U.S.L.W. at 4524, n. 2

7) 미국과 멕시코간의 1978년 5월 4일자 범죄인 인도조약, 31 U.S.T. 5059, T.I.A.S. No. 9656(1979), 745 F. Supp. at 614 참조

심법원의 결정에 찬성했다.⁸⁾ 그러나 연방 최고법원은 멕시코정부가 요구한 대로 피고인이 멕시코로 돌아가도록 허용하는 대신, 이 사건에 대한 이송명령을 허가하고 제9항소심의 결정을 6:3으로 번복했다.⁹⁾ 최고법원장인 렌퀴스트가 작성하고 화이트, 스칼리아, 케네디, 수터 및 토마스 판사가 찬성한 다수의견에 의하면, 그 유죄는 범죄인 인도조약을 위반한 것이 아니며 “따라서 피고인의 강제납치 사실은 미국 형사법의 위반을 이유로 한 미국법원에서 피고에 대한 재판을 방해하지 않는다”¹⁰⁾는 것이었다.

Alvarez-Machain 판결의 다수의견에서 한 가지 특기할 만한 것은, 렌퀴스트 재판장이 멕시코정부가 멕시코의 주권침해에 대해 강력한 항의를 했다는 점을 지적한 후에 그 납치는 ‘충격적’인 것으로 또 ‘국제법의 일반원칙’의 위반으로 널리 간주될 수 있다는 것을 인정했다는 점이다. 최고법원은 그 납치가 DEA에 의해 실행된 것이라는 사실주장을 진실로 받아들였다. DEA가 국제법은 별문제로 하고 미국 국내법하에서 규정된 권한을 월권했는지 여부에 대해서는 분석하지 않았고 언급조차 없었다.

다수의견에서 제시된 주된 주장에 의하면 범죄인 인도조약에는 범죄인 인도가 범죄혐의자의 신병을 인도하는 유일한 수단이라는 명문 규정이 없기 때문에 그 납치는 동 조약에 의해 금지되지 않는다는 것이다. 피고인이 적법절차를 박탈당한 것이 아니라 근거로 법원이 제시한 두 가지 선례는 Ker v. Illinois와 Frisbie v. Collins였다.¹¹⁾ Ker 판례는 미국에서 저지른 위법행위에 대한 재판을 미국에서 하기 위해 개인들에 의해 페루로부터 납치된 도망자에 대한 1886년 판례이며, 그러한 강제납치는 미국의 관할권을 방해하지 않는다는 내용이었다. Frisbie 사건에서는, 미시건주 경찰이 일리노이주에서 혐의자를 납치하여 재판을 위해 미시건으로 데려왔는데, 법원은 기소된 혐의자에 대한 재판을 할 법원의 권한이 그 혐의자가 강제납치에 의해 범정에 서게 되었다는 사실에 의해 손상되지 않는다고 판결했다.

하급심 법원들이 강조하듯이, Ker 판례나 Frisbie 판례는 외국의 영역으

8) 946 F. 2d 1466(1991)

9) 멕시코 정부의 항의는 1992. 3. 5. 제출된 준비서면에 잘 기술됨. Brief for the United Mexican States as Amicus Curiae in Support of Affirmance, 31 I.L.M. 952 (July 1992) 참조

10) 60 U.S.L.W. 4527

11) 119 U.S. 436(1886)와 342 U.S. 519, 343 U.S. 937(1952) 각 제1심 기각

로부터 미국정부 요원이 그러한 납치가 국제법에 위반된다는 외국정부의 항의에도 불구하고 납치를 한 상황에 관한 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 렌퀴스트 재판장은 그 쟁점을 다음과 같이 구성하였다.

만약 우리가 범죄인 인도조약은 피고인의 납치를 금지하지 않는다고 결론짓는다면, Ker 판례에서의 원칙이 적용되며, 법원은 피고인이 어떻게 범정에 서게 되었는지에 대해 물을 필요가 없다.¹²⁾

궁극적으로 다수의견은 범죄인 인도조약에 납치를 금지하는 명백한 규정이 없다는 데 초점을 맞추었다. 렌퀴스트 재판장은 관련 여부가 의심되는 역사적 사건들을 인용한 후 범죄인 인도조약은 그 규정 자체상 배타적이거나 명령적이 아니며 따라서 본 사건의 경우 범죄인 인도조약을 위반하지 않았다는 결론을 내렸다. 권력분립의 원칙을 환기시키면서, 다수의견은 최종적으로 “피고인이 멕시코로 송환되어야 하는가의 결정은 그 조약 밖의 문제로서, 행정부가 결정할 문제다”라고 했다.¹³⁾

스티븐스 판사가 작성하고 블랙먼 판사와 오코너 판사가 동조한 반대의견은 판결결과를 ‘잔인한(Monstrous)’ 것이라고 특징지를 정도로, 다수의견에 혹독한 비난을 가했다.¹⁴⁾ 스티븐스 판사는 범죄인 인도조약의 규정 문언은 그것이 범죄혐의자의 국제적 인도를 구하는 유일한 방법으로 이해해야 한다는 것을 명백히 의미하고 있다는 점을 확인한 후, 마치 당사국들이 법적 절차보다 더 신속히 강제조치를 취해야 한다고 간주할 때는 언제나 자구수단을 권리로서 유보한 것처럼, 그 조약을 단지 선택적 신병확보 수단으로 해석하는 것은 불합리하다고 강조했다.¹⁵⁾

반대의견은 일국이 타국의 영토보전을 침해하는 것을 비난하는 것은 국제적 합의란 점과 범죄인 인도조약의 한 당사국이 다른 당사국의 영토에서 그 시민을 체포할 권리를 비밀리에 유보했다고 믿는다는 것은 충격적이라는 점을 설득력있게 지적하고 있다.¹⁶⁾ 스티븐스 판사는 본 사건에서 일어난 국제

12) 60 U.S.L.W. 4525

13) 위의 책, 4527

14) 위의 책, 4532

15) 위의 책, 4529

16) 위의 책, 4530. UN헌장 및 the Charter of the Organization of American States를 인용함. 반대의견은 “미국법 집행 공무원은 상대방 국가의 권한있는 공무원에 의한 동의가 있는 경우에만 상대방 국가영역 내에서 그 임무를 행사할 수 있다”라고 한 미국의

법 위반을 '심하고' '악명높은' 것이라고 했으며, 다수의견은 "판례법과 평석에 의해 전적으로 지지되지 않는" 것이라고 했다.

스티븐스 판사는 다음과 같이 쓰면서 문제의 핵심을 짚었다.

피고인이 미국의 법률집행자를 특히 잔인하게 죽인 사건에 참가했다고 믿을 이유가 있다. 그 사실은, 진실이라면, 피고인을 우리 법정에서 처벌하는 문제에 대한 행정부의 강한 관심을 설명할 수 있다. 그러나 그러한 설명은 본 법정이 준수해야 할 법의 원칙을 무시할 수 있는 정당한 이유가 되지는 않는다. 진정으로, 복수에 대한 욕망은 정립된 법 원칙조차도 휘게 만드는 일종의 수압(水壓)과 같은 것이다.¹⁷⁾

달리 말해서, 반대하는 판사들은 외교문제의 영역에서 국가이익이 국제법적 의무의 재해석을 요구할 때 행정부가 독립적으로 최종적인 결정을 할 권한이 있다는 주장에도 불구하고, 행정부가 명백히 불법적인 행위과정에 고의로 참가한 경우에 행정부의 판단에 따르는 것은 전적으로 부적절하다고 믿고 있는 것이다.

동일한 견해는 캐나다정부가 제기한 사건의 소송서류에서도 발견되는데, 캐나다정부는 1980년대에 형사범죄 혐의자를 미국으로 납치하는 것과 다음과 같이 강한 항의를 한 바 있다.

미국, 캐나다 및 다른 국가의 통상적인 법적 전통하에서, 조약을 준수할 것인지의 결정을 특정 행정부 관리의 자유재량에 맡겨서는 안된다. 법률과 조약은 좀더 굳건한 기초를 가지고 있어야 하며 또 가지고 있다. 본 법원은 법률 등의 효력을 제한하려는 현재의 노력에 동의해서는 안된다.¹⁸⁾

스티븐스 판사의 반대의견 마지막 부분은 1991년에 남아프리카공화국 상소심이 보안군대가 외국에서 혐의자를 납치한 유사한 사건에서 국제법 위반으로 그 사건에 대한 관할권이 없다는 결정을 했다는 것을 지적하고 있다.¹⁹⁾

Foreign Relations Law 3차 수정을 인용하고 있다.

17) 60 U.S.L.W. 4532

18) Brief of the Government of Canada as Amicus Curiae in Support of Respondent, 31 I.L.M. 920-933(July 1992)

19) State v. Ebrahim, Supreme Court of South Africa(Appellate Division), Judgement of February 16, 1991, 1991(2) SA 553(a), reprinted in 31 I.L.M. 888-899

그 사건에서 남아프리카공화국 법원은 "사회가 죄인을 벌주기 위해 법률에 대한 존경심을 버리는 방법을 사용한다면 그 사회는 궁극적으로 패배자이다"라고 했다.²⁰⁾

미국 사법부의 최고기관이 국제법을 무시한 것은 국제사회에서 추방되었다가 법률을 더 존중하는 방향으로 움직이고 있는 국가 법정의 결정과 대조된다. 스티븐스 판사는 "문명국의 법원들은 한때 민주적 사법의 햇빛로 여겨졌던 미국 사법부의 그러한 괴물 같은 결정에 크게 혼란될 것이다"라고 암시한다.²¹⁾

Alvarez-Machain 사건의 배경은 레이건행정부시대에 만연한 공식적인 불법의 상황적 기원만큼 복잡하다.²²⁾ 이란-콘트라스캔들과 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua 사건²³⁾에서 국제사법재판소의 결정(미국이 그 사건에서 후퇴한 후의 것)을 초래해온, 현실정치에 대한 법적 제한을 경멸하는 체계가 범초월적인 "테러리즘에 대한 전쟁"과 국경을 넘어 군사행동을 하는 "마약에 대한 전쟁"을 위한 국가행위를 가져왔다.

1986년 1월에 크게 제기된 몇몇 테러사건 후에 로널드 레이건 대통령은 CIA에게 타국에서 테러 혐의자를 납치하여 미국에 데려와 기소할 수 있는 직접 권한을 주는 비밀문서에 서명했다.²⁴⁾ 카터행정부시대에 법무성은 그러한 영토 외의 납치는 국제법에 의해 금지되기 때문에 적정절차를 위반한 것이라는 의견을 제시했으나 레이건행정부는 그러한 제한을 거부했으며, 1989년 7월에 윌리엄 P. 바(조지 부시 대통령이 법무부 장관으로 임명했다)에 의해 대통령은 "국제관습법을 무시할 권한을 인정했다"²⁵⁾고 주장하는 새로운 견해가

20) 위의 책, 31 I.L.M. at 898

21) 반대의견은 "처벌에 대한 욕망은 자유를 위태롭게 한다. 왜냐하면 그것은 국가로 하여금 최상의 법률조차 남용 예속 적용하도록 하기 때문이다. 자신의 자유를 확보하고자 하는 자는 그의 적이 억압받는 것조차 보호하여야 한다. 왜냐하면 만약 그가 이러한 의무를 위배할 경우 그 선례가 자신에게까지 미치기 때문이다"라고 지적한 Tom Paine의 경고를 인용함으로써 결론을 맺었다. (60 U.S.L.W)

22) Haynes Johnson, *Sleepwalking Through History: America in the Reagan Years*(Anchor Books, New York 1991) 참조

23) Nicaragua v. U.S., [1986] ICJ Rep. 14(Judgement of June 27)(Merits)

24) Findlay, *Abducting Terrorists Abroad for Trial in the United States: Issues of International and Domestic Law*, 23 Texas International L.J. 1, 2(1988)

25) Andreas Lowenfeld, *U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law*, Continued, 84 American Journal of International Law 444, 486(1990)에 인용됨.

발표되었다.

미국 대통령은 국제관습법에 반하는 영토 밖에서의 조치를 취함으로써 미국의 국가이익을 추구할 권리가 있다는 이러한 주장은, 미국의 많은 존경받는 판사와 법률교수들에 의해 받아들여진 일이 없다.²⁶⁾

레이건행정부 내에서조차 국무성 법률고문인 Abraham Sofaer 같은 몇몇 고위 공무원은 그러한 극단적인 견해를 지지하지 않았으며 “동의없이 영토 밖에서 체포하는 것은 필연적으로 주권이 침해된 국가와의 관계에 나쁜 영향을 미친다”는 것을 인정했다.²⁷⁾

영토 밖에서 납치가 자행된 과거 사례들은 사실 논쟁을 낳았다. 나찌 도망자 아돌프 아이히만이 아르헨티나에서 납치되어 재판을 위해 이스라엘로 보내졌을 때 외교적 분쟁이 일어났는데, 그것은 아이히만의 석방요구 없이 최종적으로 협상을 통해 해결되었다. 1973년 8월 김대중이 동경에서 한국중앙정보부 요원에 의해 강제로 납치된 후 미국의 지지를 받는 일본정부는 일본 주권의 침해에 대해 강하게 반대하였다. 이 문제는 박정희정부의 주요한 방해물이 되고 말았다.

Alvarez-Machain 판례의 비판자들은, 외국정부도 외국법에 의해 해외에서 재판하기 위해 미국 영토로부터 미국시민을 포함하여 누구라도 자유로 납치할 수 있다는 것이 인정되어야 한다는, 그 판례에 내포된 상호성을 강조한다. 그러한 미국 주권의 침해는 과거 미국 영토 내에서 외국정부의 권력행사가 그러했듯이, 틀림없이 격분을 야기시킬 것이다.²⁸⁾ 결과적으로 최고법원의 다수의견이 본 사건에서 멕시코정부의 항의를 무시했기 때문에 라틴아메리카의 평자들은 이 판례가 “약한 국가는 패배하여 내쫓기는 정글의 법칙”을 의미하는 것으로 보게 되었다.²⁹⁾

Alvarez-Machain 사건에서 두드러진, 법 지배원칙의 침해는 1980년대

26) Restatement(Third) of Foreign Relations Law, Sec. 432, comm. c. (1987); Louis Henkin, *A Decent Respect to the Opinions of Mankind*, 25 John Marshall L.J. 215(1992) 참조

27) Sofaer, *The International Law and Foreign Policy Implications of Nonconsensual Extraterritorial Law Enforcement Activities* (Statement in Congressional Hearing, Nov. 8, 1989)

28) Michael Glennon, *Liaison and Law: Foreign Intelligence Agencies' activities in the United States*, 25 Harvard International L.J. 1(1984) 참조

29) Ratliff, *Asian Wall Street Journal*, July 8, 1992, p. 6

에 테러리스트와 마약밀매자에 대해 극단적인 방법을 사용하는 것을 옹호하는 자들이 대단히 많이 출현했다는 사실에 기인한다. 그러한 범죄자들은 두 범주를 합해 최근의 신조어인 “마약밀매 테러리스트(narcoterrorists)”로 불린다. 테러리스트와 Alvarez-Machain과 같은 악마적 의사가 자행한 잔혹행위는 대중들에게 혐오감을 불러일으킨다고 주장되었다. 대중매체가 그러한 법적 강제에 대상을, 법적 보호를 받을 권리를 상실한 인간 이하의 적으로 묘사하는 것은 어려운 일이 아니다.³⁰⁾

급박한 위기상황과 마약거래자 및 테러리스트에 대한 전면전의 분위기를 조성함으로써, 법집행기구의 몇몇 구성원들은 가장 악질의 범죄자에 대해서 뿐만 아니라, 일반적으로 국제형사절차에 적용되는 오래된 원칙과 기준으로 부터의 이탈을 변명하곤 한다. 예를 들어 미국에서 범죄 피해자의 국적을 기초로 관할권을 행사하여 역외적용(extraterritorial) 효과를 가진 법규를 적용할 수 있다고는 전통적으로 주장되지 않았다.³¹⁾ 따라서, 만약 미국시민이 X국에서 X국 시민에 의해 살해되었다면, 미국은 미국법에 의해 범죄자를 기소하고 처벌할 권리를 보통은 주장할 수 없다. X국의 형법이 적용될 수 있고 범죄에 대한 관할권은 미국에 의해 주장되지 않는다.

위 입장에 대한 수정은 처음에 테러를 하거나 해외에 있는 미국인을 죽이거나 상해를 가하는 범죄를 저지른 혐의자를 외국정부가 재판할 수 없거나 재판할 의사가 없다고 미국이 믿는 사건에서 발생했다. 최근에 스코틀랜드의 로커비 상공에서 민간항공기를 폭파시킨 두 명의 테러 혐의자를 미국으로 인도할 것을 리비아정부에 요구한 데서 보듯이, 확립된 법 원칙은 격분과 좌절이 높은 수준일 때 포기되었다.³²⁾ 비행기의 납치나 폭파 그리고 관련 형태의 테러의 경우에 다자간 협약은 처벌 또는 범죄인 인도 의무를 부과하는 것으로 체결되었다. 논의의 여지가 있지만, 이러한 사실들은 “인간성에 반하는 범죄”에 유사한 것으로 간주되는 위법을 억제하는 데 협력할 관습법상의 의

30) Richard Falk, *Revolutionaries and Functionaries: The Dual Face of Terrorism*(Dutton, N.Y. 1988) 참조

31) 형사관할권에 관한 “수동성의 원칙(passive personality principle)”은 널리 비판된 바 있다. L. Henkin, R. Pugh, O. Schachter & H. Smit, *International Law: Cases and Materials* 447(1980) 참조

32) 리비아 사건에서 로커비 항공사고로부터 야기되는 1971년 몬트리올 협약의 해석 및 적용에 관한 점 참조. Order of April 14, 1992, reprinted in 86 AJIL 638-669(July 1992)

무를 정립했다.

불행하게도, Alvarez-Machain 사건에서 미국 최고법원의 결정은 국제사회가 법률집행의 협동을 통해서 마약거래와 테러에 대항하여 싸우려고 노력하는 과정에서 생긴 다자간 조약 중 어느 것에서도 일관성있는 근거를 갖고 있지 않다. 반면에, 그러한 조약의 협상은 대부분의 국가가 불법으로 간주하는 일방적인 국경 밖에서의 행동의 결과로 좀더 복잡하게 되었다.

최근에 예일대학의 한 국제법 교수는 월 스트리트 저널에서 불법적인 마약거래에 반대하는 UN조약이 미국, 멕시코 및 캐나다에 의해 비준된 후 1990년 11월에 발효되었다는 사실에 주의를 환기시켰다.³³⁾ 이 UN조약에는 조약당사국들이 타당사국의 영토 내에서 그 타당사국의 국내법에 의해서 그 국가당국에 배타적으로 유보되어 있는 관할권과 기능을 행사해서는 안된다고 명백히 기술되어 있다.³⁴⁾ Alvarez-Machain 사건에서의 납치는 이 조약이 효력을 발생하기 전에 일어났고 조약은 통상 소급 적용될 수 없지만, 이 규정은 분명히 Alvarez-Machain 판례의 내용을 반대하는 것이다.

많은 사람들이 앞에서 거론한 UN조약은 국제관습법의 기본원칙을 성문화한 것으로 이해하고 있다. 합의되지 않은 치외법권적 법률집행은 국제법원칙에 관한 1970년 UN선언과 같은 문서와 권위있는 학자의 의견에서 이미 정립된 타주권국가에 대한 내정불간섭의 원칙에 위반할 소지가 있는 것이다.³⁵⁾

Alvarez-Machain 판결에서 렌퀴스트 판사의 다수의견 중 더욱 불행한 내용은 미국정부는 현재 효력이 있는 조약에서 명백히 나타난 원칙 이외에는 다른 국제법의 구속력을 인정하지 않는다고 한 것이다. 이 내용은 유명한 선례인 The Paquete Habana 판례와 모순이다. 그 판례에서 최고법원은 조약뿐만 아니라 군명국의 관습과 판례를 포함한 국제법은 미국 국내법의 일부라고 했다.³⁶⁾

다른 경우라면 명백한 국제법 위반으로 드러날 것을 정당화하기 위해 특히 미국 법무장관 윌리엄 바는 국제법하에서 자기방위라는 고유권은 마약상인

33) Ruth Wedgwood, "Cross-Border Kidnap Banned by U.N. Treaty", *Wall Street Journal*, July 23, 1992

34) 주 32)와 같음

35) Oppenheim's International Law 295(H. Lauterpacht ed., 8th ed. 1955): "타국가의 영토주권을 존중할 의무는 비록 권한 내의 주권에 따른 것이라 할지라도 그 타국가의 영토주권을 침해할 수 있는 행위를 금지시킨다."

36) 175 U.S. 677(1900)

및 테러분자에 대한 무력개입을 보장한다는 주장을 내놓았다.³⁷⁾ 이 주장은 마누엘 노리에가를 체포하기 위한 파나마 침공을 정당화하려는 노력에서 두드러지게 전개되었으나 미국에서 기소하기 위해 반환될 범죄 혐의자를 납치한다는 '국부공격'의 차원에서 이런 주장을 하는 것은 적절하지 못하다.

Alvarez-Machain에게 귀속된 것과 같은 악독한 범죄조차도 미국의 안보를 위협하는 것으로 성격짓는 것은 설득력이 없다. 조지타운 법과대학의 제인 스트롬세스 교수의 말을 빌리자면 "외국의 동의없이 그 영토 내에서 마약상인을 강제적으로 체포하는 것을 정당화하기 위해 자위권을 확장적으로 해석하는 것은 분별없는 것이다. 왜냐하면 그러한 것은 일방적인 무력사용을 고무시킬 것이며 효과적인 다자간 해결책을 만들기 위해 필요한 정치적 합의를 해칠 것이기 때문이다."³⁸⁾

Alvarez-Machain 사건에서 최고법원은 그 분쟁이 재판에 회부될 수 없는 정치적 문제를 제시하였다는 이유로 제9순회 항소심의 결정을 뒤집을 수도 있었는데, 그렇게 하지 않았다는 것을 주목하는 것이 중요하다. 제9항소심은 그 사건이 행정부의 외교권이 명백한 법적 제한에 구속되지 않고 재량적으로 적절히 행사될 수 있는 그런 상황이 아니라고 했다.³⁹⁾ 최고법원의 다수의견은 이 판단을 반복하지 않았다. 그러나 최고법원의 다수의견은 범죄인 인도조약이 강제납치에 적용되지 않는다고 함으로써, 대통령과 행정부가 재량판단에 의해 국제관습법을 이탈하는 것이 보장된다고 볼 때 그러한 이탈권에 대해서는 어떠한 종류의 구속력있는 법적 제한도 없다고 판정했다.

사실 렌퀴스트 판사는, 미국과 멕시코 사이의 의견차이가 외교적 협상을 통해서 해결될 수 있다는 단순한 가능성 그 자체가 "한쪽 국가의 법원에 의한 일방적 행위"를 삼가게 하는 이유라고 논평했다.⁴⁰⁾

이 견해는 최고법원의 다수의견이 정치문제 원칙에 따라 재판에 회부될 수 없는 것으로 간주되는 사건에서 그런 것처럼 이 사건에서도 행정부의 의견을 존중하고 사법적 판단을 삼가려는 경향이 있음을 보여준다.

37) Geoffrey Levitt, *Intervention to Combat Terrorism and Drug Trafficking, in Law and Force in the New International Order* 224, 228 & n. 15(L. Damrosch & D. Scheffer eds. 1991) 참조

38) J. Stromseth, "Commentary on the Use of Force Against Terrorism and Drug Trafficking", 위의 책, 239쪽

39) U.S. v. Verdugo-Urquidez, 30 I.L.M. at 1214~1215

40) 60 U.S.L.W. at 4527 n. 16

정말로 Alvarez-Machain 판결은 앞으로 법원이 사법적 판단권을 행사한 것처럼 하면서도 실제로는 사법적 판단을 회피한 사건으로 평가받을 것이다. 반대한 3인의 판사를 포함한 많은 평자들은, 행정부에 대한 법원의 매우 북중적인 태도를, 행정부의 비행을 막아야 할 사법부의 책임을 독나무엿매원칙(毒果樹原則)의 적용을 거부하여 포기해버린 심각한 현상으로 보았다.

만약 최고법원이 범죄인 인도조약의 설득력없는 해석을 채택하는 것과 국제관습법이 행정부를 구속하지 않는다고 전제하는 것 대신에, 그 사건의 처리를 정치문제라는 식으로 해결할 수 있었다면 결과가 같다고 하더라도 최고법원의 국제적 명성과 미국의 국제적 위상에 끼치는 해는 더 적었을 것이다.

최고법원의 9인 중 6인은 미국 사법 역사에서 암흑의 날인 1992년 6월 15일에, 법률집행이 위임된 관리들에 의한 불법적 행위를 유효화시키는 냉소적 의견에 동참할 준비가 되어 있었다. 과거에 종종 발생했듯이 언젠가 스티븐스 판사의 강력하고 유창한 반대의견이 국제적인 법의 지배원칙에 좀더 헌신적인 사법부 구성원에 의해 옹호될 날이 오기를 기대하는 수밖에 없게 되었다.

그때까지 Alvarez-Machain 판례는 타정부에 의한 불법적 무력사용에 대한 비판자로서의 신뢰성을 미국으로부터 박탈할 것이다. 개인과 마찬가지로 국가도 위선적이라는 비난에 약하다. 미국 정책의 기본적 모순은 미국이 한편으로는 테러 및 마약밀매 같은 범법행위를 국제법하에서 범죄로 규정하는 다자간의 노력에 참가하면서, 다른 한편으로는 국제법의 전체적 특징의 하나로 오랫동안 받아들여진 국내관할권의 한계에 반하는 일방적인 재량조치를 취한다는 것이다.

최근에 미국정부가 국제법에 구속되는가하는 문제를 주로 국내헌법의 문맥에 짜맞추려는 것은 레이건-부시시대의 특징이다. 하나의 질문이 있다. 미국 의회가 미국영토 밖에서의 행동을 범죄화하는 것은 위헌적인가?⁴¹⁾ 또 하나의 질문이 있다. 미국정부 관리가 미국 밖에서 외국국민에게 조치를 취했을 때, 그 외국국민은 '적법절차'의 권한이 있는가? 다시 말해서 미국에서 형사절차를 받게 되는 미국시민이 누리는 전범위의 법적 권리를 외국국민도 누리게 되는가?

41) Andreas Lowenfeld, *U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law*, 83 AJIL 880, 881(1989) 참조

Alvarez-Machain 판례가 보여주듯이 최고법원의 다수는 최근에 초국가 법률집행 활동영역에서 대통령과 행정부에 광범위한 재량권을 허용하는 경향이 있다. 집행행위의 국제법 준수를 결정하는 사법 판단의 구속을 받지 않는 그러한 광범위하고 잠재적으로 예상할 수 없는 재량은 법의 지배에 대한 국제적 존경이 증가할 것이라고 예상되는 '신세계질서'의 이미지에 적합하지 않다.

한 국가의 형법을 초국가적으로 일방적으로 시행하는 것이 가진 모순과 불안한 경향은 외국정부에게는 명백한 것이다. 다수의 라틴아메리카 법률가와 외교관들은 Alvarez-Machain 사건을 멕시코의 사법체계상(다른 나라의 경우와 마찬가지로) 멕시코에서 발생했다고 추정되는 범죄에 대해 멕시코정부가 자국 시민을 미국에서 재판받게 하기 위해 인도하는 것이 극히 어렵다는 사실을 미국이 받아들여기를 간단히 거부한 사건으로 보았다.

칠레 주재 미국대사 커티스 캐먼은 조지 부시 대통령이 개인적으로 납치에 동의해야 할 것이고, 대통령은 외국정부가 마약거래와 테러에 연결된 범죄를 제거하는 데 필요한 협력을 제공하지 않는 경우에만 그러한 극단적인 조치를 승인할 것이라고 선언함으로써 그 판례에 대한 비난을 감소시키려고 노력한 것으로 보도되었다.⁴²⁾ 부시 대통령의 개인적 권한 부여가 필요할 것이라는 사실 자체는 강제납치가 외교적 항의를 야기시킬 것이며, 국제법에 의한 배상금 청구조차도 발생시킬 수 있다는 것을 예견할 수 있는 예외적 조치임을 묵시적으로 승인하는 것과 같다.

물론, 캐먼 대사 견해의 난점은 외국정부가 범죄인 인도조약이나 관련 다자간 협약에 의해 의무가 부여되지 않는 한, 외국정부는 범죄 혐의자 인도에 있어 미국과 협력할 법적 의무가 없다는 것이다. 범시행 협력을 위한 법적 장치가 부재한 경우에, 특정한 형태의 협력이 부시행정부에 의해 필요한 것으로 간주된다는 사실만으로는 다른 경우라면 적용 가능한 국제법 원칙—타국 영토에서 동의를 얻지 못한 범시행조치 금지의 원칙—으로부터의 이탈에 어떠한 법적 근거를 제공하지 않는다.

“마약밀매테러분자(narcoterrorists)” 이외에는 치외법권적 납치를 두려워할 필요가 없다는 주장은 Alvarez-Machain 결정에 대한 분노를 제한하는데 실패했다. 최고법원의 다수는 국제법의 근본원칙인 일반적 적용가능성을

42) William Ratliff, *Latins Take on the Supreme Court*, Asian Wall st. J., July 8, 1992, at 6

침해함으로써, 느리게 진행되는 외교적 협상장치를 단지 기다릴 수 없다는 것이 치외법권적 개입을 정당화시키는 것으로 간주되는, 이른바 예외적 경우들을 담보하는 것으로 확장될 수 있는 재량적 불법의 분야를 용서한 것이다.

그러나 Alvarez-Machain 판결의 가장 파괴적인 결과는 너무나 명백한 것이다. 주로 미국과 그 유럽 동맹국들에 의해 건설된 국제법 이념이 그 약한 기초를 침해당했다는 것이다. 이 특별한 사건에서의 동기—마약 부호와 그의 부패한 앞잡이들이 DEA 요원에게 야만적으로 보복하는 것을 막고 그들을 벌하는 것—가 명백하고 이해될 수 있다 하더라도, 최고 법원이 복수를 유리하게 이끌어내기 위해 국제법의 근본원칙을 회피하고 하찮게 만든 거의 변덕스러운 방법은 반대자들이 적절히 항의한 대로, 정말로 '괴물 같은' 것이다.

장기적인 전망을 채택하고, 타국과의 거래에서 평화적이고 합의에 의한 분쟁해결을 선호하는 것은 이른바 '문명국'의 특징이다. 정의라는 목적을 초도덕적으로 추구하는 것이 허용될 때 또는 적어도 법의 시행을 위해 야만적이고 불법적인 수단을 허용할 때, 법 질서 그 전체는 부패한다.

미국에서 커다란 권력이 사법부에 위임되었는데 그것은 부분적으로 정치편의의 압력으로부터 독립된 판사들이 정치가들보다 목적을 위해 수단을 포기하려는 유혹에 좀더 잘 저항할 수 있을 것이라고 믿었기 때문이다. 만약 수단에 있어 법적 규칙성의 영원한 가치인 '적법절차'가 보복을 위한 무모한 욕망에 굴복하고 만다면, 널리 공유된 가치는 옹호될지 모르지만 지도력에 제한없는 권력을 주게 된다. 무제한의 권력을 가진 지도력은 국제적 위협이 될 뿐 아니라 스스로 가장 나쁜 적이 되어버리는 것이다.

정치지도력이 그들이 설교하는 목적의 도덕적 우월성이라는 환상에 빠져 그들이 채택하는 범죄적 수단에 눈을 감고 그들의 부패함을 계속 부인하는 경우가 종종 있다는 것은 역사가 증명하는 바이다. 그들의 재량권이 확장될수록 어떤 종류의 법적 제한도 참지 못하게 되며, 법은 하나의 장식이 될 뿐이다.

국제법이 국내법에 비해 약한 한 가지 이유는, 국제법이 외국과의 상호작용에서 자국의 국가 수반들을 제한하는 미묘한 임무를 포기하는 국내법원들에 의해 충분한 인정을 받지 못하기 때문이다. 국제법에 의해 제한되는 지도력이 최고의 사법권을 가진 판사를 임명한 바로 그 그룹인 경우가 종종 있다. 국제법을 회피하려는 유혹은 언제나 현존하며 오늘날같이 '괴물 같은' 야

만주의가 사실로 남아있는 세계에서는 특히 그렇다.

국제법은 그 비극적인 선사시대로부터 벗어나기 위해 계속 투쟁할 것이며, 뒤늦게 태어났지만 언젠가는 평화적 공존의 효과적인 틀로서 그 유도피아적 약속을 이행할 것이다. 그 투쟁에는 좀더 많은 세월이 걸릴 것이다. 가까운 장래에는 슬프게도 미국 최고법원은 국제법에 실질적인 관련성을 부여하는 진보적 세력이 될 것 같지는 않다. 아마도 언젠가 Alvarez-Machain 판례는 '문명화된' 국제사회에 좀더 공헌하는 법원에 의해 번복될 것이다. 먼 장래에 이 '괴물 같은' 판례는 법과대학생들에 의해, 미국을 베트남전과 워터게이트사건에 휘말리게 했고 1992년에도 해결되지 않고 남아있는 만성적인 헌법위기의 증후적 표현으로서 연구될 것이다. [미국 텍사스주 변호사, Harvard 대학교 법학박사]

논문

PKO법 제정의 경과와 내용 및 문제점

山本眞一

민변 편집부 옮김

1992년 6월 15일 PKO법(국제연합평화유지활동협력법)이 통과되었다. 전후 47년 만에 일본의 평화노선이 대전환하였다. 일본정부는 재무장한 자위대(일본군)를 해외에 파병하는 법적 근거를 손에 넣은 것이다. 법률이 통과되자 미야자와 내각은 즉각 해외출동 준비를 시작하였다. 법률의 공포, 시행(8월 10일), 관계장령(政令—閣議令)의 제정, 국제연합과 협의, 최초의 파견지인 캄보디아로 조사단 파견 등을 착착 진행하였다.

그리고 9월 8일 캄보디아 UNTAC(국제연합 캄보디아 잠정통치기구)로 자위대를 파견하는 실시계획이 각의에서 결정되었다. 9월 11일 방위청장관은 육·해·공 3자위대에 파견명령을 내리고 9월 17일 육상자위대의 시설대대와 해상자위대의 해상보급부대 총 400여 명이 히로시마 기지를 출발하였다. 10월 25일까지 육상자위대 600명의 시설대대가 캄보디아에 파견되어 활동을 시작한다. 그 병력수송에 관계하는 해상자위대는 인원 400명, 수송함 2척과 보급함 1척으로 약 300대 정도의 차량과 자재를 운반한다. 또한 이에 관계하는 항공자위대는 인원 120명, C130수송기 6대 등으로 육상자위대원 등을 수송한다(항공, 해상자위대 이외에 민간항공기와 선박도 동원된다). 틀림없는 3군의 출동이다. 이러한 중인 9월 18일 현직 항공막료장이 “국군으로서 자위대가 최초로 아시아를 위하여 땀을 흘리는 것은 아주 의의가 깊다”라고 발언하

여 문제가 되고 있다.

일본정부는 전후 최초로 제2차 세계대전의 격전지인 동남아시아에 일본 육군을 파견하고 있다. 이것이 앞으로 세계와 아시아 그리고 일본의 평화에 어떠한 의미를 갖는가. 이 글에서는 PKO법의 제정경과와 내용 및 그 배경을 돌아보면서 이 점을 생각해보고자 한다.

1. 제2차 세계대전의 종결과 일본헌법의 제정

1945년 8월 15일 제2차 세계대전은 끝났다. 일본은 무조건 항복하고 전쟁을 일으킨 일본 군국주의는 붕괴하였다. 아시아인 2,000만여 명 정도를 희생시킨 전쟁을 두번 다시 일으키지 않는다는 결의와 함께 일본은 신헌법을 제정하고 전세계 사람들에게 이 결의를 서약하였다.

일본국민은 정당하게 선출하여 국회에 보낸 대표자를 통하여 행동하고, 우리와 우리들의 후손을 위하여 모든 국민과의 화합에 의한 성과를 우리나라 전국토에 걸쳐 자유를 가져오는 혜택을 확보하고, 정부의 행위에 의하여 재차 전쟁의 참화가 일어나지 않도록 하는 것을 결의하고 이에 주권이 국민에게 있다는 것을 선언하고 이 헌법을 확정한다.(일본헌법 전문제1단)

일본국민은 항구적 평화를 염원하고 인간의 상호관계를 지배하는 숭고한 이상을 깊이 자각하며 평화를 사랑하는 모든 국민의 공정과 신의를 신뢰하여 우리의 안전과 생존을 지키고자 결의하였다. 우리는 평화를 유지하고 한결같은 예측, 압박과 편협을 지상으로부터 영원히 제거하고자 노력하고 있는 국제사회에서 명예로운 지위를 갖고자 한다. 우리는 전세계의 국민이 모두 공포와 결핍으로부터 벗어나고 평화의 터전에서 생존할 권리를 갖고 있음을 확인한다.(일본헌법 전문제2단)

“제9조(전쟁의 포기, 군비 및 교전권의 부인)

① 일본국민은 정의와 질서를 기조로 하는 국제평화를 성실하게 회구하고, 국제분쟁을 해결하는 수단으로서 국권을 발동하는 전쟁과 무력에 의한 위협 또는 무력의 행사를 영구히 포기한다.

② 전항의 목적을 달하기 위하여 육해공군 기타의 전력은 이를 갖지 않는다. 국가의 교전권은 이를 인정하지 않는다.

패전 후 일본은 이 이념을 국가의 기본으로 삼아왔다. 오늘의 경제적 번영의 기초가 여기에 있다는 의견도 있다. 물론 자위대의 창설과 방위비의 확대(지금은 세계 제3위의 거액에 이른다) 등 그 이념이 온전히 지켜진 것만도 아니고, 일본의 여당인 자민당이 이 헌법의 개정을 목적으로 내걸고 있는 등 일본국민 모두가 이 이념의 충실한 발전에 적극적이었던 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 일본국민 대다수가 이 헌법의 이념 아래에서 살아가는 것을 바라며 이 헌법을 지지해왔다.

PKO법의 성립과 이것에 의한 자위대의 해외파병이 현실화된 지금 이 헌법의 이념이 앞으로 사라져버리고 말 것인가, 그와 함께 일본국민은 새삼스럽게 국제사회에서 헌법의 평화원칙을 지키고 발전시키는 것이 가능한가 하는 물음이 제기되고 있다.

2. 국제연합헌장과 PKO

제2차 세계대전 종전 후 국제사회는 제3차 세계대전을 일으키지 않는다는 결의하에 국제연합을 창설하였다. 국제연합헌장의 이념과 안전보장의 본연의 자세는 다음과 같다.

(국제연합헌장 전문)

우리들 연합국의 인민은, 우리들의 일생 중 두 번이나 말로 형언할 수 없는 비애를 인류에게 가져온 전쟁의 참화로부터 장래의 세대를 구하고, 기본적 인권과 인간의 존엄 및 가치와 남녀 및 대소각국의 국권과 관련한 신념을 명백하게 확인하고, (중략) 관용을 베풀고 동시에 선량한 이웃으로서 상호 평화롭게 생활하고, 국제평화 및 안전을 유지하기 위하여 우리들의 힘을 합하고, 공동이익의 경우를 제외하고는 무력을 사용하지 않을 것을 원칙적으로 수락하고 방법적으로 인정함에 의해 확보하고, 모든 인민의 경제적 사회적 발전을 촉진하기 위하여 국제기구를 사용할 것을 결의하고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 우리의 노력을 결집하는 것으로 결정하였다.

(국제연합헌장 제24조)

1. 국제연합의 신속하고 유효한 행동을 확보하기 위하여 국제연합 가맹국은 국제평화 및 안전유지에 관한 1차적 책임을 안전보장이사국이 지는 것으로 하고 동

시에 안전보장이사회가 이 책임에 기초한 의무를 완수함에 있어 가맹국에 대신하여 행동하는 것에 동의한다.

2. 전기의 의무를 완수함에 있어서 안전보장이사회는 국제연합의 목적과 원칙에 따라 행동하여야 한다. 이 의무를 완수하기 위하여 안전보장이사회에 부여된 특정의 권한은 제6장 제7장 제8장 및 제12장에서 정한다.

(헌장 제33조 제1항)

여하한 분쟁이라도 그 계속이 국제적 평화와 안전의 유지를 위태롭게 할 우려가 있는 사건에 대하여는 그 당사자는 제일 먼저 교섭, 심사, 중개, 조정, 중재재판, 사법적 해결, 지역적 기관 또는 지역적 협정의 이용, 기타 당사자가 선택하는 평화적 수단에 의하여 해결하도록 해야 한다.

(헌장 제42조 전단)

안전보장이사회는 제41조에 정한 조치로 불충분할 것이라고 인정되거나 불충분한 것이 판명될 때에는 국제적 평화와 안전의 유지 또는 회복에 필요한 공군, 해군 또는 육군의 행동을 취할 수 있다.

이상과 같이 국제연합의 기초가 되고 있는 이념은 일본헌법의 그것과 같다. 말로 형언할 수 없는 비애를 인류에게 가져온 참화로부터 장래의 세대를 구하고자 한 결의도 모두 동일하다. 일본헌법은 이 결의를 실현하기 위하여 제9조에 전쟁의 포기, 군비 및 교전권의 부인을 선언하였다. 국제연합은 군비와 전쟁을 포기하지 않았다. 이것이 차이점인 것이다. 그러나 모든 국가의 원칙으로서 전쟁에 호소하는 것을 금지하였다는 점은 동일하다.

주지하는 바와 같이 이러한 생각은 제2차 세계대전 전부터 국가간의 약속이었다. 1928년 8월에 서명된 '전쟁포기에 관한 조약'(켈로그 프리앙 不戰조약)은 "체약국은 국제분쟁 해결을 위하여 전쟁에 호소하는 것을 부정하고 국가정책의 수단으로서 전쟁을 포기한다"(제1조), "일체의 분쟁은 평화적 수단에 의하여 해결한다"(제2조)고 규정하고 있었다. 일본도 독일도 이 조약의 원(原)서명국이었다. 그러나 이 조약으로는 전쟁의 비극을 피할 수 없었으며 조약발효 후 불과 10년 만에 독일 파시즘과 일본 군국주의에 의하여 제2차 세계대전이 일어났다.

일본헌법은 이러한 사실의 반성 위에서 생겨났으며 정부의 행위에 의하여 다시 전쟁의 참화가 일어나지 않도록 하기 위하여 일체의 군비포기, 국가 교전권의 포기까지 담은 철저한 것이었다. 일본헌법의 평화원칙은 국제연합헌장의 이념과 상통하는 것이고 그 이념을 실현하기 위한 가장 철저한 것이었다.

보통 PKO(Peace Keeping Operation)나 PKF(Peace Keeping Force)로

부르는 활동은 전후 세계의 현실적 조건으로부터 생겨났다. 국제연합 창립 후에도 무력전쟁이 끊이지 않고 일어났다. 헌장의 규정이 모든 국가에게 분쟁을 평화적 수단으로 해결할 것을 의무로 부과하고 있음에도 이 규정은 고성능의 근대병기로 무장한 군대와 무력을 갖고 있는 국가와 세력이 무력에 호소하여 분쟁을 해결하는 것을 막지 못하였다. PKO가 '6장반(六章半)'의 활동이라고 일컬어지듯이 국제연합의 권위 그 자체 혹은 비무장 내지 경무장한 군인과 군대로 정전(停戰)을 실현하고 유지하며 그 사이에 당사국간에 대화 등을 통하여 무력분쟁을 확대시키지 않고 해결하려고 하였다. 1989년에는 이러한 활동 자체에 노벨평화상이 수여되었다. 이같이 국제연합의 PKO는 국제연합헌장의 이념에 따른 활동으로서 어느 정도 그 유효성이 인정되었다. 그러나 이것은 어디까지나 동서냉전이라는 세계현실이 낳은 긴급피난적인 활동이었으며, 이것이 곧바로 국제연합헌장의 이념에 충실한 활동이라고 할 수 있는지 어떤지는 지금의 새로운 정세 속에서 신중히 검토되지 않으면 안된다.

3. PKO법안의 상정과 그 동기 및 성립

1990년 8월 2일 이라크가 쿠웨이트를 침공하였다. 이른바 걸프 위기의 발생이다. 동서냉전 종결 후 처음으로 국가에 의한 대규모 무력침공이었으며 그 발생 장소가 세계의 생명선이라고 일컬어지는 석유지대인 중동이었기 때문에 국제사회는 극도로 민감하게 반응하였다. 국제연합 안전보장이사회에 의한 철수결의, 경제봉쇄결의 등에 이어 1990년 11월 29일 소위 무력행사용인결의(결의 678)가 내려졌다. 그리고 1991년 1월 16일부터 걸프전이 시작되었다.

일본정부는 이 사태를 절호의 기회로 삼았다. "130억 달러에 달하는 전비의 부담만으로는 족하지 않다. 피를 흘리는 국제공헌 그 자체를 원한다"는 캠페인이 대대적으로 일어나 확대되었다. 세계의 요청이란 실은 미국 부시정권의 요청이었다. 그러나 그것은 교묘하게 은폐되었다. 1990년 11월 국회에 국제연합평화협력법이 상정되었고 정부와 자민당은 염원이던 자위대의 해외 파병을 이 기회에 실현하려 하였다. 그러나 이것은 국민의 강한 반대 속에 심의되지도 못하고 폐기되었다. 이 때문에 정부는 정령을 개악하여 해상자위대

소해정의 페르시아만 파견을 강행하게 된 것이다(1991년 4~11월).

한편 캄보디아 내전을 종결시킬 목적으로 1991년 10월 23일 '캄보디아 분쟁의 포괄적인 정치해결에 관한 협정'인 파리협정이 조인되었다. 일본도 이 협정의 석명국이 되었다. 국제연합에서는 이 협정에 기초하여 UNTAC의 설립준비가 시작되었다. UNTAC는 캄보디아의 주권을 잠정적으로 국제연합이 대행하여 1992년 5월까지 분쟁의 당사자인 각 정파의 무장을 해제하고 총선거를 하는 것인데, 이는 국제연합이 생긴 이래 최초의 시도였다. 최고책임자(국제연합 사무총장 특별대표)에 일본인인 아카시(明石康) 사무차장이 선출되었다.

이러한 일련의 과정을 거쳐 일본정부는 PKO법안을 국회에 상정하였다. 국제공헌과 국제연합협력법 법안의 대의명분으로 강조되었지만 정부의 본심은 국제연합평화협력법을 상정했을 때와 같이 그토록 바라던 자위대의 해외 파병을 실현하는 것이었다. 이 때문에 상정된 PKO법안은 무리에 무리를 거듭하여 '우리세공' 법안이라고 말하여졌으며 또한 외무대신조차도 '교육지책'이라고 말하지 않을 수 없었던 것이다.

국회심의회는 다소 시끄러웠다. 헌법의 평화원칙을 지키고자 하는 국민의 저항은 아주 강하였다. 자민당은 민사, 공명 양당을 끌어들여 잇따라 표결을 강행하여 법안을 겨우 통과시켰다. 그러나 국민의 저항을 약화시키기 위하여 법안에 몇 개의 수정을 하지 않으면 안되었다. 이리하여 성립된 법률은 더 많은 모순점을 안게 되었다.

4. PKO법의 본질과 모순

1) 자위대 파견의 법률적 근거

법률은 국제연합협력법의 명목으로 자위대의 무장부대를 일본정부의 판단에 따라 자유롭게 해외파병할 수 있게 하였다. 법률 제6조 제1항의 "내각총리대신은 우리나라 입장에서 국제평화협력업무를 실시하는 것이 적당하다고 인정되는 경우와 분쟁당사자 및 당사국의 승낙과 동의가 있는 경우에는 국제평화협력업무 실시하는 것에 대하여 각의의 결정을 구해야 한다"는 규정이 그 근거이다. "내각총리대신이 각의에 결정을 구한다"는 것은 내각총리대신이

주최하고 그가 완전히 권력을 장악하고 있는 기관인 내각에 결정을 구하는 것이다. 따라서 이것은 “내각총리대신은 우리나라 입장에서 국제평화협력업무를 실시하는 것이 적당하다고 인정하는 경우와 분쟁당사자 및 당사국의 승낙과 동의가 있는 경우에는 국제평화협력업무를 실시하지 않으면 안된다”는 의미와 완전히 같다.

다음에 “평화협력업무를 실시한다”는 것은 결국 자위대를 해외에 파병하는 것이다. 국회 논의 중 수정조항으로 삽입된 제6조 제7항의 “국제평화협력업무에 종사하는 자위대 부대 등의 해외파견”이라는 명문규정에 의해 “평화협력업무를 실시”라는 우회적 표현의 진의가 법률상 명확해졌다. 그리고 대상인 “국제평화협력업무”라는 것은 “해외에서 이루어지는 국제연합평화유지활동과 인도적 국제구원활동을 위하여 실시되는 정전감시, 무장해제의 이행감시, 선거감시, 경찰행정에 대한 조언과 지도, 의료 및 재난당한 자의 구출과 원조 그리고 이것들을 위한 후방지원활동 등”이다(법 제3조 제3항).

요컨대 국제연합 총회와 안전보장이사회의 결의와 승낙동의가 있다면 일본 정부는 스스로의 판단에 따라 자위대를 해외에 파병하는 것이 가능하다는 것이다. 이 법률이야말로 정확하게 헌법위반의 법률이고 이것이 이 법률의 본질이다.

2) 법률의 속임수와 모순

법률은 국민의 비판을 피하기 위하여 몇 개의 속임수와 추상적인 규정을 두고 있다. 그 결과 많은 모순점을 보이고 있다.

첫째, 국제평화협력대라는 개념이 안고 있는 모순점이다(법 제4조 제4항, 제6조 제2항 제2호, 제9조 제1항 등 참조).

국제연합평화유지활동에 참가하는 것은 평화협력대이고 자위대가 직접 나가는 것은 아니라는 외관을 만들려고 하였다. 이것은 일부 야당의 자위대와 별개조직이어야 한다는 주장을 받아들인 것 같은 외관을 보이기 위한 공작이었다. 법률이 통과된 현재 일부 야당은 이같은 외관을 들어 지지자들의 비판을 피해가고 있는 것이다. 그러나 ‘별개조직’이라는 것으로는 위험한 해외전장에 나가는 자위대원을 납득시킬 수 없다. 누구에게도 지지 않는 정예의 강한 군대를 추구하는 일본의 지배층으로서도 이것으로는 궁색하다. 그러나 헌법위반이라는 국민의 목소리도 무시할 수 없다. 그래서 법률은 얼핏보면 별

개조적으로 볼 수도 있는 복잡한 규정을 들으로써 어느 쪽의 견해도 가능하게 하였다. 즉 PKO법은 국제연합의 평화유지활동에 일본이 참가하는 것을 “평화협력업무를 실시한다”는 표현으로 통일하였다. 이 평화협력업무를 실시하는 조직은 법률상 명백하게 3개 존재한다. 평화협력대(제9조 제1항), 자위대의 부대 등(제9조 제4항), 해상보안청의 선박과 항공기 등(제9조 제3항)이다. 평화협력대만 있는 것은 아니다.

그러나 법은 제13조에 앞서 본 자위대의 부대 등에 소속한 자위대원과 해상보안청의 직원을 “협력대에 파견한다”는 규정을 두고 있다(법 제13조 제1항, 제2항). 이 때문에 자위대 대원도 평화협력대 대원이 되는 것으로 되었다. 그러나 조문상으로도 명백한 바와 같이 평화협력대에 파견되는 것은 개개의 자위대원이고 그래서 이 자위대원은 평화협력대원으로서 “파견국에서 조사, 분석, 국제연합 직원 등과의 연락 등의 사무”(법 제4조 제2항 제3호)를 할 수 있을 뿐이다(법 제13조 제1항, 제2항 참조). 실제 평화협력대원에는 ‘본래의 협력대원’과 ‘조사, 분석, 연락 등의 사무만을 하는 대원’이라는 두 종류가 있다. 그러나 정부는 공식적으로 이것을 확실하게 밝히고 있지 않다. 올해 9월 8일 캄보디아 UNTAC에 참가하는 내용을 정한 실시계획이 결정되어 발표되었다. 이것의 핵심은 교량과 다리의 보수에 관계하는 육상자위대 시설과 대대의 600명(교체인원을 더하면 연인원 1,200명)이다. 이들을 수송하는 해상자위대는 400명, 항공자위대는 120명이고 무장한 자위대의 부대대원은 합계 1,120명(연인원 1,700명)이다. 이에 비해 본래 의미의 평화협력대는 불과 83명(연인원 91명)밖에 안된다. 정전감시단 8명(연인원 16인), 인민경찰 부문에 파견되는 경찰관은 75명이고 이들만이 평화협력대를 구성하는 ‘본래의 협력대원’이다. 이와 같이 누가 보아도 UNTAC에 참가하는 핵심은 1,000명이 넘는 무장자위대인 것이다. 그러나 PKO법은 “UNTAC에 참가하는 것은 자위대가 아니라 평화협력대다”라는 거짓 선전의 길을 열어놓고 있는 것이다.

둘째, 지휘명령체계에 관한 속임수 내지 모순점인데 이것에는 두 가지가 있다.

그 하나는 앞서 본 바와 같이 3개 조직간의 관계를 모호하게 한 결과 법률 자체 내에서 지휘명령체통이 혼선을 빚을 가능성을 열어놓고 있는 이상한 규정이다. 3개 각 조직의 평화협력업무 실시 그 자체의 지휘체통은 일단 확실하게 하고 있다. 자위대 부대 등은 방위청 장관(제9조 제4항), 평화협력대는

평화협력본부 본부장(제5조 제2항 및 제8항, 제9조 제1항, 제12조 제5항 등), 해상보안청 직원은 해상보안청 장관(제9조 제3항)이 지휘명령자이다. 그러나 자위대 부대 등에 소속한 자위대원과 해상보안청 직원은 일부 사무수행시 평화협력대원이 되기 때문에 형식상은 평화협력본부장의 지휘명령도 받는 것으로 된다. 여기서 첫번째 혼란이 일어난다.

다음에 자위대 부대 등은 방위청 장관의 지휘명령에 따르지만 그 활동의 내용은 평화협력본부가 작성하는 실시계획과 실시요령에 따르는 것이 의무로 되어 있다(제9조 제4항). 여기서 두번째 혼란이 일어난다. 법은 이러한 것을 예상하여 “본부장과 방위청 장관과의 관계에 대하여서는 이 법률이 정하는 바에 따르는 외에 내각총리대신이 결정한다”는 규정을 두었다(제9조 제6항). 그러나 이와 같은 방법은 군대에 대한 지휘명령계통을 정하는 방법으로서는 극히 비정상적인 방법이라고 말하지 않을 수 없다. 현장의 지휘관을 혼란시킬 뿐이다. 신문보도에 의하면 이미 캄보디아 UNTAC에 출동한 자위대를 지휘하는 막료로부터, 현실적으로 일일이 평화협력본부에 물어보지 않으면 안된다는 불만과 고충이 제기되고 있다. 이와 같은 규정을 어떻게 현지 자위대의 폭주를 막는 것이라고 말할 수 있단 말인가. 이 지휘명령계통상의 문제는 현지에서 국제연합 사령관의 지휘명령에 따르는가 어떤가 하는 문제로 국회에서도 큰 문제가 된 점의 하나이다.

PKO의 일환으로서 평화유지군(PKF) 활동이 있다. 이것은 반드시 다른 PKO와 명확하게 구별되는 것은 아니다. 요컨대 정전감시와 무장해제 등의 임무를 수행할 때 필요에 따라 비무장 감시원뿐 아니라 무장한 군대도 파견하는 것이다. 그러나 과거의 PKF라고 총칭되는 활동 중에는 콩고 국제연합군 등과 같이 직접적인 무력행사를 위하여 대규모 군대가 투입된 적도 있었다. 따라서 자위대가 이 PKF활동에 참가해서 국제연합 군사령관의 지휘하에서 활동하게 되면 무력행사를 금지한 헌법 제9조에 반한다는 비판을 면하기 어렵다. 원래 정부도 이것을 반복하여 강조해왔었다. 그래서 법률상으로는 자위대가 지금도 일본의 독자적 지휘하에 활동하고 있다고 해두지 않으면 안되었다. 정부는 ‘참가’가 아니라 ‘협력’이라고 말하고 있으며 또한 국제연합 사령관의 명령을 ‘지도’라고 하고 방위청 장관의 지휘와는 다르다는 등의 궤변을 늘어놓으며 이 점을 강변하고 있다. 법률로는 실시요령의 작성·변경은 “국제연합 사무총장 또는 피파견국에서 사무총장의 권한을 행사하는 자의 지도에 적합하게 한다”는 규정(제8조 제2항)을 두어 이 모순을 호도하였다.

그러나 국제연합은 PKO에 파견될 군대가 국제연합의 지휘에 따르지 않을 경우 활동 자체가 중대한 곤란에 직면하게 된다는 점을 거듭 강조하면서 국제연합 사령관의 지휘에 따를 것을 파견의 조건으로 하고 있다. 또 현지에서 일부 군대가 최고사령관의 지휘에 따르지 않을 경우 그 군대뿐만 아니라 주변의 타국 군대에도 중대한 위험이 발생하리라는 점은 너무나 명백하다. 일본만이 별도로 행동할 여지는 없다. 이렇게 일단 대충 덮어버린 이 모순은 앞으로 캄보디아에서 하는 활동 중에 다시 드러나지 않을 수 없게 될 것이다.

또한 자위대의 무장부대가 평화유지군 본대에 참가하는 문제는 결국 “별로 법률에 정하는 날까지 이를 실시하지 않는다”(부칙 제2조)고 하였다. 이른바 ‘동결’이다. 그리고 이를 하는 것은 국회의 승인사항이라는 취지의 규정도 있다(법 제6조 제7항). 더욱이 법률 시행 후 3년을 경과하면 “실시의 문제를 재고한다”(부칙 제3조)는 규정도 두고 있다. 국회에서의 논의결과 국민의 반대여론을 고려하여 이와 같은 ‘제동장치’가 법률 내에 만들어진 것이지만 이것도 앞서 본 모순 때문이라고 말할 수 있다. 그러나 이 ‘제동장치’의 존재는 예외적인 것이고 이미 성립한 법률은 후방지원이라는 형식으로 PKF에 참가하는 것을 가능케 하고 있다. 따라서 PKF에 참가한 자위대 부대가 국제연합 사령관의 지휘 아래 무력행사에 가담하는 것이 불가피하게 되었다. 이것은 명확히 헌법 제9조 위반이다. 정부는 다시 이 논점을 피하기 위하여 무력행사라는 사태발생시 업무를 ‘중단’하고 자위대를 현지로부터 ‘철수’하게 할 것이기 때문에 위헌은 아니라는 논리를 짜내었다(이 점의 모순은 후술).

셋째, 무력행사에 관한 속임수이다. 정부는 법안이 절대로 무력행사를 인정한 것이 아니라고 필사적으로 설명하였다. 법안 제24조에서는 무장한 자위대가 무기를 사용할 수 있는 경우를 “자기 또는 자기와 같이 현장에 있는 다른 자위대원의 생명 또는 신체를 방위하기 위하여 불가피하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 경우에 그 사태에 대응하여 합리적으로 필요한 한도”로 규정하였다(같은 조 제3항). 정부는 국회 답변에서 무기의 사용은 부대단위로서는 사용할 수 없고 개개의 자위관의 판단으로 사용하든가, 자위대의 부대지휘관은 개개 자위관의 판단을 ‘묶어서’ 행할 것이라는 등의 회한한 답변을 반복하였다. 너무나 어처구니없는 답변이었다. 더욱 무기를 사용할 경우에도 형법의 긴급피난, 정당방위에 해당하는 경우 이외에는 사람에게 위해를 가해서는 안된다고 규정하였다(같은 조 제4항). 또 무기 등을 방호하기 위한 무기 사용을 금지하고(같은 조 제6항), 경찰관으로서 국내법에서 범죄 등을 이유로

인정되는 한도 내에서의 무기 사용도 금지하였다(같은 조 제7항). 확실히 이들 규정이 엄격하게 지켜진다면 자위대(일본군)가 무력행사에 참가하는 것은 불가능하다. 그러나 현재 캄보디아 폴포트파의 정전협정을 위반한 무력공격에 대응하는 경우 어디까지가 한계선인지 판단하는 것은 매우 곤란하다. 결국 현장의 판단에 맡길 수밖에 없다는 것은 불을 보듯 뻔한 일이다. 이렇게 헌법 위반의 무력행사가 현장의 판단으로 차차 기정사실화되어 버릴 위험성이 매우 높다.

게다가 또 하나의 모순이 발생한다. PKO법이 성립하여 10월 하순부터는 캄보디아에서 고성능의 자동소총으로 무장한 육상자위대 600명이 활동을 개시한다. 위 법률 규정에 의하면 만일 여기에 참가하고 있는 자위대원이 무기를 사용한 경우에 일본은 국가의 입장에서 이 무기사용이 법률에 적합한지 어떤지를 수사하고, 합법이라고 인정되지 않으면 처벌해야만 한다. 왜냐하면 일본 법률에 의하면 무기를 사용하여 살상하거나 시설 등을 파괴하는 것은 형법에 위반하는 것이고, 형법 제3조(국외범)에 의하면 현주건조물 등 방화, 폭발물 격발, 살인, 상해 등의 죄는 일본인이 국외에서 범하였다고 해도 처벌하게 되어 있기 때문이다. 이것은 자위대원에게 확실히 가혹한 것이다. 그러나 자위대원만을 형법의 대상에서 제외한다고 하는 것은 일본 법률 어디에서도 찾아볼 수 없다. 참가한 자위대원을 이와 같이 곤란한 지경에 빠지게 한 이유만으로도 이 법률은 폐기되지 않으면 안된다.

넷째, 앞에서 말한 '중단', '철수'라는 속임수이다. 현재 유고슬라비아에서는 몇십 회나 정전협정이 이루어졌으나 국내 각파간의 무력공격은 그치지 않고 있다. 이미 수백 명이나 되는 사상자가 국제연합방호군에서 발생하였다고 한다. 지금까지의 국제연합 PKO활동에 비추어보면 이와 같은 위험한 상황이 지속되는 경우 철수하는 것이 대부분이었다고 한다. 그러나 국제연합 안보이사회는 올해 8월 13일 토의 770에서 무력행사 용인결의를 하고, 지상부대의 증파를 결정하였다. 정전을 실현하기 위하여 창설된 국제연합방호군이 정전이 실현되지 않았음에도 도망치듯 철수하는 것은 인정할 수 없다는 논리이다. 군대를 파견한 경우에 항상 사용되는 논리이다. 확실히 PKO법에서는 "제3조 제1호에 규정한 합의와 동의 혹은 제6조 제1항 제1호에 규정한 동의가 존재하지 않았다고 인정되는 경우 또는 어느 한편 당사자에 치우치게 실시된 경우"에는 "파견을 종료한다"(제6조 제13항)고 규정되어 있다. 또 일본정부가 이와 같은 경우에 자위대는 업무를 중단하며 그럼에도 정전이 실현

되지 않을 때에는 철수한다고 거듭 강조하였다. 그러나 앞의 유고 국제연합 방호군의 경우와 같이 국제사회의 다수를 대표한다고 할 수 있는 국제연합 안보이사회가 임무의 지속적인 수행을 결의한 경우에 일본만이 일방적으로 중단, 철수할 현실적인 가능성은 거의 없다.

다섯째, 정전합의, 주둔동의에도 문제가 있다. 정부는 PKO법을 성립시키기 위하여 필사적으로 위험이 없다는 것, 싸우지 않는다는 것을 선전하였다. 정전합의가 이루어진 지역에 가는 것이기 때문에 안전하다는 이야기였다. 그리고 정부는 PKO법에 이러한 내용이 정확히 규정된 것처럼 선전하였다. 그러나 정부의 이러한 선전이 확실히 모순된다는 것은 국민학생일지라도 안다. 무력분쟁이 발생할 위험이 있기 때문에 군대가 필요한 것이다. 실제로 캄보디아에서는 폴포트파가 무장해체를 거부하고 정부군과 무력충돌을 거듭하고 있으며, 유고슬라비아에서도 국제연합방호군의 수송기가 격추될 정도의 전투가 계속되고 있다. 전투의 위험이 전혀 없었다면 군대가 갈 필요조차 없는 것이다. 자민당의 고자와씨와 방위청 방위국장이 말한 그대로이다. 정부의 선전은 명백히 속임수이다.

한편, 법 규정도 이와 같은 속임수를 허용하고 있다. 즉 자위대의 해외파병을 결정하는 법적 요건으로서 규정된 정전합의의 존재유무는 모호하다. 제6조 제1항은 관계국과 관계당사자의 주둔동의를 요건조차 필수전제조건이 아니라 있으면 좋은 것 정도로 읽힐 여지가 있다. 그런데 한편으로 법은 "정전합의가 존재하지 않는다고 인정되는 경우에 해외의 파견은 종료한다"고 명확하게 규정하였다(제6조 제13항). 파병 개시의 경우는 무엇인가 속임수를 쓸 수 있지만 다음 단계까지 국민을 속이는 것은 어려웠던 것이다. 즉 캄보디아의 경우 국제연합 사무총장이 공공연하게 폴포트파가 파리협정을 준수하고 있지 않다고 경고할 정도이다. 이것만으로도 정전합의가 파괴되었다고 생각하는 것이 상식일 것이다. 그러나 정부가 아직 파리협정이 파기되지 않았기 때문에 정전합의는 존재한다고 아무리 강변하여도 앞으로 파리협정 자체가 재고될 가능성이 있다. 국제연합은 폴포트파를 제외한 채 선거를 실시할 수도 있다고 자주 협박하고 있다. 이와 같은 사태는 파리협정이 더이상 존재하지 않는다는 것을 인정하는 것이다. 더이상 정전합의가 있다고 우겨낼 수 없는 것이다. 그러나 국제연합이 모든 군대를 철수한다고 결정하지 않는 한 일본만이 지체없이 철수할 수 있을지는 대단히 의문스럽다. 현재 자위대는 이번 실시계획 기한인 내년 10월 이후나 캄보디아에서 활동할 것을 예상하고

검토를 시작하였다고 보도되고 있다(9월 22일 아사히신문).

일단 파병된 군대를 아무런 성과도 없이 철수시키는 것은 매우 어려운 일이다. 이 법률은 이와 같은 모순점들을 포함한 채 강행된 것이다.

5. 국제연합 및 PKO의 변질과 이미 이를 예정한 규정의 존재와 모순

PKO법안은 지난해 9월에 국회에 상정되어 올해 6월까지 심의되었다. 여기서 국제연합 PKO활동이 정전 성립 후의 평화유지활동으로만 묘사되어 있다. 정부가 PKO를 싸우지 않는 군대라고 대대적으로 선전한 이유도 여기에 있었다. 그러나 이 법률이 국회에서 심의되는 동안, 국제연합에서는 평화유지활동이 이와 같은 억지적인 것으로부터 좀더 적극적이고 억압적인 것으로 변화될 필요성이 있다고 논의되었으며 나아가 이것이 실제로 실천되기 시작하였다. 일본 외무성은 이것을 모두 알고 있었을 뿐 아니라 국제연합의 이러한 방향성을 적극적으로 승인하고 지지하는 발언을 되풀이 해왔다고 한다. 그러나 일본정부는 국민에게 이것을 전혀 밝히지 않았다.

PKO법이 성립하기 직전인 6월 1일 국제연합 PKO특별위원회는 “PKO의 모든 분야에 걸친 모든 문제의 포괄적 검토”라고 하는 주제의 보고서를 안보이사회와 총회에 제출하였다. 여기서 “예방적인 평화유지, 즉 잠재적인 침략자에 대한 억지력으로서의 평화유지활동의 전개라고 하는 구상에 대하여 국제연합이 추구하는 예방외교에 유용한 수단으로서 개발·해명할 필요가 있다”는 의견이 개진되었다. 더욱이 6월 18일자 신문보도에 의하면 갈리 국제연합 사무총장은 안보이사회에 「평화를 위한 행동계획」이라는 제목의 보고서를 제출하였다. 이 보고서는 정전감시와 유지를 위하여 종래보다 중장비로 무장한 평화강제군을 창설하고, 국제연합헌장 제7장에 따라 강제로 평화를 창조하고 회복하는 구상을 제창하고 있다. “예방적 평화유지활동”이라는 것은 요약하면 국제연합의 일방적 판단으로 ‘잠재적인 침략자(國)’를 인정하고, 아직 무력분쟁도 침략도 없는 단계에서부터 이것에 대하여 군사력에 의한 억지활동을 하려는 것이다. 평화강제군 구상도 무력분쟁의 발생전후를 불문하고 강력한 군사력의 행사와 위협에 의해 평화를 회복하거나 평화를 유지하려고 하는 것이다. 어떠한 경우도 일본헌법이 명확하게 금지하는 “무력의 행사

또는 무력의 위협에 의한 국제분쟁의 해결”을 목표로 하는 것이다. 따라서 이 구상에 일본정부가 일본군을 참가시키는 것은 명백히 헌법 위반이다. 그러나 일본정부는 국제연합의 이와 같은 움직임을 잘 알면서도 국회에 전혀 보고하지 않고 PKO법안의 심의중에도 계속 거짓말을 했다. 외무성의 정부위원인 PKO준비실 실장은 국회에서 “무력분쟁이 막 일어나려고 할 때에 PKO활동을 하는 것은 전혀 상정할 수 없다”고 뻔뻔스럽게 답변하였던 것이다. 정부는 국회에서 PKO참가 5원칙을 준수할 것을 누누히 강조하였다. 또 여러 번에 걸쳐 PKO는 싸우지 않는 평화적인 군대라는 것을 정부홍보로서 일반 매스컴을 통하여 대대적으로 선전하였다. 일반국민은 완전히 속은 것이다. 그러나 이와 같이 국민을 계속 기만하는 정부의 태도와 이렇게 해서 ‘합법화’된 자위대(일본군)의 아시아 등지로의 파병이 진실로 세계와 아시아의 평화와 안전에 공헌하리라고는 생각되지 않는다. 아시아 사람들이 이와 같이 파병되어온 일본군을 어떻게 ‘평화의 사도’라고 생각하겠는가. 이와 같은 것을 분별없이 “국제공헌”이라고 말할 수는 없는 것이다.

걸프전쟁 후에 창설된 국제연합의 평화유지활동은 실제로 과거의 PKO와는 명확하게 차이가 난다. 1991년 4월에 창설된 국제연합 이라크, 쿠웨이트 감시단(UNIKOM)은 국제연합 안전보장이사회결의 687에 의하여 창립되었다. 이 결의는 국제연합헌장 제7장에 근거하여 이를 창설한다고 하고 있고, 확실히 지금까지 국제연합 스스로가 “6장반(章半)”이라고 불려왔던 과거 PKO와는 다른 것이다. 이라크는 당초에 이것의 창설에 반대하였다. 과거에는 분쟁당사국 어느 한편이 반대할 경우에 PKO는 창설되지 않는 것이 당연하였다. 그러나 국제연합 안전보장이사회는 일방적으로 그 창설을 결정하고 이를 이라크에 강요하였다. 다국적군의 압력하에 있었던 이라크는 마지못해 이를 수락한 것이다. 캄보디아 UNTAC도 종래의 PKO와는 완전히 질을 달리하는 활동이다. 국제연합이 인구 약 500만 명에 광대한 면적을 갖고 있는 한 국가의 전권을 잠정적이기는 하지만 전면적으로 장악하고, 약 2만 명의 군대를 동원하여 20여만 명에 달하는 무장세력을 무장해제한 다음 총선거를 실시하려는 활동이다. 폴포트파도 국제연합 안전보장이사회를 구성하는 5대국의 압력하에 못 이겨 파리협정에는 참가하였지만 현재는 무장해제를 거부하고 정전위반을 되풀이하고 있으며, 최근에는 아카시(明石)특별대표의 해임과 파리협정의 재검토를 요구하고 있다. 내년 5월의 총선거 실시도 위태롭게 되었다. 이에 대하여 아카시 특별대표는 “폴포트파가 파리협정의 틀을 벗어

나면, 헌장 제7장의 군사력에 의한 강제조치를 취할 가능성도 있다”(8월 25일)고 말하고 있다. 정말로 예방적 PKO와 평화강제군의 구상이 현실로 나타나는 듯하다.

더욱이 유고 국제연합방호군의 활동은 군사력에 의한 평화의 창조·유지 바로 그것이다. 정전합의는 수십 회에 이르렀지만 그때마다 깨져 전쟁은 계속 격화되고 있다. 이미 2만 명이 넘는 군대가 유고 국내에 국제연합방호군으로 배치되어 있다. 그런데도 사라예보 공항을 통한 “인도적인 긴급원조”는 무력공격 때문에 자주 중단되고 있다. 유고국민에 대한 “인도적 긴급원조”의 길을 확보하기 위해서라도 그 위에 수십만 명의 군대를 더 파견하지 않으면 안된다고 이야기하고 있다. 여하튼 8월 13일 국제연합 안보이사회의 이라크에 이어 두번째의 무력용인 결의(결의 770)를 하였다. 이것도 헌장 제7장에 근거하는 조치이다.

이상과 같이 현재 활동이 계속되고 있는 국제연합의 평화유지활동은 더 이상 과거의 PKO가 아니다. 앞서 본 2개의 보고내용을 알지른 예방적이고 강제적인 평화유지활동인 것이 분명하다.

사실은 이번에 성립한 PKO법에도 이와 같은 평화강제활동에 일본군이 참가하는 것을 상정한 조항이 삽입되어 있다. 그 하나는 법 제3조 제1호의 국제연합평화유지활동의 향으로 정해진 괄호 부분—무력분쟁이 발생하지 않은 경우에는 그 활동이 이루어지는 지역에 속하는 나라의 주둔동의가 있는 경우 즉, 사전 PKO로 부르는 활동—이다. 정부는 이것이 1958년에 조직된 국제연합 레바논감시단(UNOGIL)의 예를 가리키고 있을 뿐이라고 설명하였다. 앞에서 설명한 것과 같은 예방적 PKO와 평화강제군에 대한 국제연합 내의 논의와 사실에 대해서는 계속 시치미를 뚝 떼는 것이다. 다른 하나는 법 제3조 제2호의 인도적인 국제원조활동이다. 이는 자연재해 등에 의한 피해회복을 위한 활동이 아니다. 이 때문에 정부는 국제긴급원조대의 파견에 관한 법률의 일부를 개정하는 법률을 함께 통과시켜 자연재해의 복구 등에도 자위대를 참가시킬 수 있도록 하였다. 현재 문제로 되어 있는 유고의 사라예보 공항을 통한 “인도적인 긴급원조”는 바로 이 규정에 딱 들어맞는 것이다. 이와 같은 사태를 예상하여 만들어진 규정이라고밖에 말할 수 없다.

그래서 이 법률은 예방적 평화강제활동이나 평화강제군활동 등, 더 나아가 인도적 국제원조활동 그리고 국제연합이 하는 활동에는 해당국의 주둔동의만 있으면 자위대(일본군)를 파병하는 것도 가능하다고 해석할 수 있는 것이다

(단, PKF와 평화강제군 본대와의 참가는 동결해제까지는 형식적으로도 할 수 없다). 그러나 이것이 현실로 나타난 경우에는 그대로 헌법위반의 문제를 불러 일으키는 것은 분명하다. 특히, 캄보디아 UNTAC에는 10월중에 600명의 육상자위대(일본 육군)가 활동을 전개한다. 만일 일본군이 운 좋게 무력충돌에 말려들지 않는다 해도 폴포트파가 끝까지 무장해제를 거부한다면 UNTAC은 즉시 예방적·억압적 군사활동으로 변할 것이다. 그래도 자위대가 계속 거기 있다면 그것 자체가 명백히 헌법위반의 행동이다. 또 PKO법 자체가 정하고 있는 PKO 5원칙 등(법 제6조 제7항)에 위반하는 것이기도 하다.

이와 같이 이 법률은 세계 정세 속에서 살펴보아도 설명하기 어려운 모순을 안고 있는 것이다.

6. PKO법의 앞으로의 문제

지금 일본군이 다시 아시아에 출동하려 하고 있다. 국내에서는 이에 대한 반대의 소리도 높다. 앞으로 이것이 어떻게 전개될지가 당면의 가장 큰 문제이다.

한편 앞에서 언급한 여러 모순 때문에, 법률이 시행된 지 불과 두 달도 채 지나지 않았음에도 일본 국내에서는 일본군의 해외파병을 더 한층 자유롭게 할 수 있도록 하자는 논의가 자민당과 외무성을 중심으로 속출하고 있다. 어느 외무성 고관은 국제연합 상황으로 보면 일본의 PKO논의는 “한바퀴 늦었다”고 말하면서 PKO법의 시급한 재고를 요구하는 발언을 하고 있다(8월 12일). 고자와 전 자민당 간사장을 책임자로 하는 “국제사회에서 일본의 역할에 관한 특별조사회”(약칭 고자와 조사회)의 답신을 비롯하여, 보수세력측으로부터 국제연합이 결정하는 “집단적 안전보장”에 참가하는 것은 일본헌법에 위반되지 않는다는 논의가 무성하게 나오고 있다.

올해 3월 자민당 종합정책연구소(모리 조희장이 소장임)는 일본의교 방침으로 국제연합협력과 일본의 상임이사국 피선방침을 들고 이를 위해 필요하다면 헌법개정도 검토해야 한다는 제언을 정리하였다고 한다. 이에 호응하여 일본외교의 최고 책임자인 와다나베 외상까지도 헌법개정이 필요하다면 검토해야 한다는 발언을 하기에 이르렀다(8월 28일). 한편 매스컴에서도 이들의 논의를 지지하는 것이 나타나기 시작하였다.

나아가 방위청 장관은 국제연합협력력이라는 이름의 해외파병을 자위대(일본군)의 본래업무로 만들기 위하여 자위대법 제3조(우리나라를 방위하는 것을 주된 임무로 한다)의 개정을 검토하고 있다는 취지의 발언을 하고 있다. 야당에서도 자위대의 합헌성을 인정한 다음 '시민적 통제(Civilian control)' 등의 제동장치를 넣은 안전보장기본법을 만들어야만 한다는 주장이 나오기 시작하였다.

그러나 이들 논의는 국제연합의 실패를 무시한 위험한 논의이다. 확실히 국제연합헌장은 국가간의 평화와 안전확보·유지를 위하여 최종적 담보로서 국제연합군의 창설과 그 군사력에 의한 행동을 인정하고, 이것에 대한 주요한 책임을 안전보장이사회에 부과하였다(국제연합헌장 제42조). 또 국제사회에서 "평화에 대한 위협·평화의 파괴 또는 침략행위의 존재를 결정"하는 권한을 안보이사회에 부여하였다(국제연합헌장 제39조). 이와 같이 국제연합에서 국가간의 평화와 안전을 유지하는 기능을 중심으로 담당하고 있는 기관은 안보이사회이다. 문제는 이 안보이사회가 실패이다. 오늘날 안보이사회가 당초의 이상적인 모습으로 존재하고 기능한다고는 도저히 말할 수 없다. 현재 국제연합 가맹국은 179개국이나 된다. 안보이사회는 불과 15개국으로 구성되어 있으며 더구나 미국, 소련(러시아), 중국, 영국, 불란서의 5개 상임이사국이 항상 그 자리를 차지하고 있다. 이 때문에 다른 174개국 국제연합 구성국이 안보이사회 비상임이사국이 되는 것은 평균 20년에 1회꼴밖에 안되는 비민주적인 기구가 되어버렸다. 세계의 경제대국으로 불리는 일본도 과거 수차례 비상임이사국에 선출되었지만 아시아국과의 관계상 6년에 한 차례 선출되는 것이 고작이었다. 게다가 이 안보이사회 회의는 실제로 거의 비공개이고 국제연합 가맹국이라고 할지라도 회의의 결론만을 들을 수 있는 것이 고작이다. 결국 국제연합의 평화유지기능은 제도상으로도, 실제로도 안보이사회 5개 상임이사국이 거의 모든 것을 맡고 있는 것이다. 그러나 전후 약 50년의 역사는 이 5개 상임이사국이 국제사회의 평화와 안전만을 위하여 활동한 것은 아니라는 것을 명확하게 보여주고 있다. 특히 동서냉전 종결 후, 세계는 미국 1개국의 지배하에 있다고 이야기되고 있다. 그러나 미국이 항상 평화를 추구하는 국가라고만은 볼 수 없다는 것이 오늘의 상식이다. 거대한 군수산업을 끌어안고 세계 곳곳의 분쟁지역에서 사용하는 병기를 수출하고 있다. 또 자국의 정책상 이익을 우선시키는 일이 다반사이다. 한국전쟁과 베트남전쟁 그리고 전후의 중세계전쟁의 중심에 있던 나라이고 그 이외에도 많

은 전쟁을 일으켜왔다. 이란혁명의 파급을 막기 위하여 이라크에 대규모적인 군사원조를 하여 이라크를 중동 최대의 군사대국으로 만든 장본인이 미국이다. 최근에 와서는 아시아에서 가장 위험한 지역 중의 한 곳인 대만에 150기나 되는 최신에 전투기와 헬리콥터를 수출하기로 결정하였다고 한다. 바로 미국 자신이 세계의 불안정의 근원이라고도 말할 수 있다. 이와 같은 미국이 실질적으로 지배하는 국제연합 안전보장이사회의 모든 결정을 국제사회 전체의 의사라고 간주하는 것은 명확히 잘못된 것이다. 올해 8월에 열린 비동맹제국수뇌회의(108개국이 참가하고 있다)에서도 이 점을 인식하고, 국제연합 개혁의 필요성을 결의하였다고 한다. 국제연합의 의사=국제사회의 의사라고 말하는 것은 너무나도 단순한 발상이라고 말하지 않을 수 없다. 국제연합의 집단안전보장체제라고 하는 것도 그 실체에 대해서 충분히 음미해보아야 할 것이다.

"정부의 행위에 의한 전쟁의 참화를 반복하지 않는다"는 헌법의 결의는 세계평화와 안전을 지키기 위한 가장 중요한 보편적 원리이다. 국가가 강대한 군대를 가지고 서로 싸울 때 다시 세계전쟁의 위기가 올 것이다. 일본이 세계의 군사대국 반열에 들어서는 것은 분명히 이 위험을 증대시키는 것이다.

PKO법의 성립과 발효, 나아가 앞으로 강화될 국제연합 협력의 이름을 빌린 한층 자유로운 해외파병을 가능하게 하려는 일본 국내의 움직임은 일본의 군사대국화를 초래하지 않을지, 지금 일본이, 그리고 세계가 이것을 진지하게 생각할 때이다. [일본국 변호사]

논문

선상폭력과 선원인권

하영석

1. 문제의 제기

1992년 1월 16일 부산해경은 (주)세양수산소속 오징어유자망어선 제58세 양호의 기관장 등 사관급 선원 7명에 대해 감금치사 및 사체유기 혐의로 구속영장을 신청하였다고 발표하였다. 부산해경 발표에 따르면 위 선박의 사관급 선원 7명은 1991년 4월 북태평양에서 오징어잡이 조업을 하던 중, 갑판원 임철중씨가 작업이 서툴고 게으르다는 이유로 옷을 모두 벗긴 채 20여 일간 두 손과 발목을 끈으로 묶어 뱃머리 갑판 쇠기둥에 매달고 물고문을 하는 등 가혹행위를 계속하다가 임씨가 사망하자, 이를 숨기기 위하여 시신을 바다에 버리고 회사와 해경에는 임씨가 작업 도중 실종된 것으로 거짓보고를 하였다는 것이다.

이 사건은 그동안 선원들에 의하여 계속적으로 문제가 제기되어왔던 선상의 엄청난 폭력행사 등 인권침해 주장이 결코 과장이 아니었다는 사실을 입증하는 동시에 선상 사망 또는 실종 선원들의 유가족들 사이에서 제기되고 있는 회사발표 사인에 대한 의혹주장이 충분히 진실일 수 있다는 가능성을 보여주는 사건으로서 시사하는 바가 크다.

해양경찰청이 1991년 정기국회에 제출한 국정감사자료에 의하면 선상 사망·실종자 수가 1990년 한해 동안 총 798명, 1991년도 8월 말까지 총 582

명에 이른다고 한다. 이는 숫적으로도 엄청난 것이지만 더욱 문제가 되는 것은 사망·실종의 원인이 제대로 밝혀지지 않은 소위 의문사의 경우가 과반수를 넘는다는 것이다. 1990년 한해 동안 부산해경에 접수된 해상에서의 사망·실종자의 사고원인을 보면 사망·실종의 총 건수는 223건(사망 99건, 실종 124건)으로 총 인원 308명에 이르는데, 이 중에서 선박침몰이나 화재 또는 안전사고 등으로 사인이 비교적 명백히 밝혀진 경우는 72건에 150명 정도이고, 나머지 과반수가 넘는 경우는 '해상추락실종', '투신자살', '병사' 등 명백한 사인이 밝혀지지 않은 소위 의문사에 해당한다.

물론 의문사의 모든 경우가 선상폭력과 직접적으로 연관이 있다고 단정할 수는 없다. 그러나 폭력에 의한 사망이 아니더라도 극도로 열악한 작업환경 속에서 과도한 업무중에 불가피하게 발생한 업무상 재해이거나 선상폭력, 무리한 작업강요 등으로 더이상 선내생활을 견딜 수 없어 자살이라는 최후의 수단을 선택한 경우도 많은 부분을 차지할 것이다. 따라서 선상사고로 분류된 대부분의 경우는 현재 선원들이 처한 열악한 인권상황과 밀접한 관련이 있다고 보아도 될 것이다.

이 글의 목적은 일상적으로 행하여지는 선상폭력과 사고 등 선원인권 침해 상황이 계속적으로 발생하고 해가 거듭할수록 증가되는 구조적 원인을 검토하고, 현행 선원노동관계법의 문제점을 살펴보는 데 그 목적이 있다.

2. 선원노동의 특수성과 인권침해 사례의 증가

1) 선원노동의 특수성

선원은 침몰·좌초·충돌 등 재난위험이 항상 도사리고 있는 바다 위를 떠다니면서 장기간 운항, 조업하고 있는 작고 폐쇄된 선박이라는 공간에서 계속적으로 노동력을 제공하게 된다. 따라서 선원노동은 우선 해난의 위험성을 항상 안고 있으며, 좁은 환경과 선박의 요동, 소음으로 오는 정신적 신체적 스트레스를 동반하게 되고, 분업이 쉽게 이루어지지 못하고 인원교체가 용이하지 않다는 점에서 선내작업에서 과로가 일상적으로 행하여진다는 특징이 있다. 이러한 일반적인 선원노동의 특수성이 높은 재해율을 가져오게 하는데 큰 몫을 담당하고 있음은 부인할 수 없다.

그러나 해를 거듭할수록 선상사고나 선원인권 침해사태가 계속 증가추세에 있다는 점을 고려하면 선상사고나 인권침해 현상을 단순히 선상노동의 특수성에서만 찾을 것은 아니라고 판단된다.

선원들의 주장에 따르면 6·29선언 이전에는 선원들의 임금수준이 육상근로자에 비하여 월등히 높았으나, 6·29선언 이후 육상근로자의 임금인상률은 비교적 높았던 반면 해상근로자의 경우에는 이에 미치지 못하여, 근로자들이 선원취업을 기피하게 되고 숙련된 선원들조차도 배를 떠나면서 선원 구인난도 극심해졌다고 한다. 그 결과 무허가 직업소개소 등을 통하여 끌어들이진 선상생활 무경험자들이 10일간의 소양, 안전교육만을 받고 승선하게 됨으로써 선원들의 질은 계속 하락해왔다. 무경험 선원들의 작업미숙이 안전사고의 원인이 되기도 하며, 무자비한 폭력의 구실이 되곤 한다.

이러한 현상에 이르게 된 원인 중에는, 6·29선언 이후 육상근로자 노동조합은 어느 정도 제 기능을 수행하게 되었으나, 선원임금 인상이나 인권침해 방지를 위하여 최우선적으로 노력하여야 할 선원노조는 제 기능을 하지 못하고 있는 것도 큰 몫을 차지하고 있는 것으로 보인다.

선상사고나 폭력은 국내 새우잡이 어선인 소위 명탕구리배에서도 빈번히 이루어진다고 하며 인신매매 소문까지 있다. 그러나 현재 수사당국에 고소·고발된 선상폭력이나 의문사 진상요구 등은 주로 원양어선에 승선하였던 선원들이나 그 유가족에 의하여 이루어지고 있다.

원양어선에서 사고가 빈번한 원인은 상선에서의 근로관계와 원양어선에서의 근로관계를 비교하면 어렵지 않게 이해할 수 있다. 상선의 경우에는 해운선원과 해운회사 사이에 계속적 근로관계가 보장되어 있으므로 선원들이 계속 승선하면서 충분한 기술을 익히고, 비교적 안정적 급료를 보장받으며, 지휘계통도 명확한 데 반하여 어선의 경우에는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 전혀 그러하지 못하기 때문으로 보인다. 한편 연근해어선의 경우에는 선원들이 어선과 지역연고를 같이 하는 경우가 많고, 출항기간이 짧으며 영해상에서 조업을 하므로 행정기관과 수사기관의 감독이 비교적 용이한 데 반하여, 원양어선의 경우에는 그와 반대이기 때문에 각종 인권침해 사례가 많이 나타나는 것으로 보인다.

한편, 원양어선원 문제와 관련하여 해외취업어선원에 대한 인권침해 문제도 심각하게 제기되고 있는 것이 사실이며, 사실상 선주가 한국인이면서 선박의 국적은 외국인의 명의를 빌리거나 외국의 현지법인 설립방식으로 운영

하고 있는 경우도 많다고 알려져 있으므로 이에 대한 문제 제기와 행정관청의 규제도 시급하다고 하겠다.

2) 인권침해 사례

부산 동보수산소속 오징어유자망 어선 제1동보호 선원인 이승훈씨는 1981년 8월 하와이 근해에서 조업중 어획물 운반선을 타고 조기 귀국하여 사관급 선원들로부터 선상폭력을 당한 내용을 기록한 일기장과 같은 배 동료선원의 편지를 공개하고 사관급 선원들을 폭력혐의로 고소하였다. 이씨에 따르면 위 배의 사관급 선원들은 배가 출항하자마자 하급 선원들에게 정신을 차리게 해주겠다고 몽둥이, 발길질을 사용한 무자비한 폭행을 가하였다고 한다.

이씨의 일기장에는 “몽둥이로 머리를 맞아 실신했다. 어떻게 해서라도 살아돌아가 이런 폭력이 있는 것을 세상사람들에게 알려야 한다. 하느님 우리 선원들을 보호하소서”라는 내용과 “그물에 걸린 오징어를 빨리 제거하지 않으면 여기저기서 발길질과 함께 몽둥이로 내리치고 욕설을 퍼붓는다. 아프다고 말할 수도 없다. 발로 차인 동료가 쓰러졌으나 신음조차 지르지 못했다. 일이 끝나면 온 몸이 멍들어 있다”는 내용이 기재되어 있었다. 일기장 내용 중에는 “투망작업을 하던 하급선원 김창대씨가 화장실에 간 뒤 실종됐다. 혹독한 폭력에 못 견딘 김씨가 스스로 바다에 투신자살한 것 같다”는 내용도 있다.

한편 이씨가 공개한 동료선원 이호진씨(19세)가 부모에게 보낸 편지에는 “여기는 지옥과도 같습니다. 자살까지 여러 번 생각해보았습니다. 제발 구해주십시오”하는 내용이 들어있다. 이호진씨는 폭력에 견디지 못하여 스스로 동맥을 끊고 칼로 허벅지를 찌르는 등 자해행위로 조기 귀국을 시도하였다가 실패하고 오히려 사관급 선원들에게 못매를 맞았다고 한다. 편지공개 후 이호진씨는 조기 귀국 명령으로 구출되었다.

부산해경은 1991년 9월 16일 부산선적 상어유자망 어선 제6유성호의 선장 등 간부급 선원 4명을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 혐의로 구속하였다. 경찰에 따르면 위 간부급 선원들은 하급 선원인 최두영씨 등을 작업속도가 느리다거나 군기가 빠졌다는 이유로 주먹과 어구 등을 사용하여 온 몸을 구타하는 등 40여 회에 걸쳐 폭력을 행사하였다고 한다. 이 사건은 폭행피해자인 최씨 등 3명이 제주도 남방 310마일 해상에서 선상탈출을 감행하여,

그 중 1명은 파도에 휩쓸려 사망하고 2명이 스티로폴 부이를 타고 표류하다가 23시간 만에 중국선박에 구조되어 귀환함으로써 밝혀진 것이다.

부산선적 명태잡이 어선 제7급도호에 승선하였던 황경연씨는 작업 도중 넘어져서 부상을 입었으나 간부급 선원들은 피병을 부린다며 무수히 구타하였다. 황씨는 계속된 폭행에 이빨이 부러지고 하혈이 계속되어 조기 귀국할 수 있었다. 그 후 황씨는 부산해경에 간부급 선원들을 고소하였으나 부산해경은 여러가지 이유를 들어 세 차례나 반려하기도 하였다. 황씨는 현재 전국선원 피해자협의회 회장으로 일하고 있다.

북양수산 소속 북양2호에 승선한 김상운씨는 승선한 지 10일 만인 1990년 9월 26일 북태평양에서 실종되었다고 해경에 보고가 되었다. 그러나 김씨의 시신은 실종보고가 있는 지 14개월 만인 1991년 11월 30일 일본 북해도 앞 48킬로미터 해상에서 일본배에 의하여 인양되었다. 김씨의 시신은 상어에 뜯겼을 것으로 추정되는 양팔과 머리 등이 탈락되어 있었으나 척추하반신은 거의 온전한 형태를 유지하고 있었으며, 특히 살과 피부는 탄력을 유지하고 있었다.

김씨의 유족들은 14개월 동안 시신이 부패하거나 고기밥이 되지 않고 그대로 유지되는 것은 불가능하며, 시신이 북태평양에서 일본 근해까지 떠내려왔다는 것도 이상하다며 의문을 제기하였다. 오히려 유족들은 김씨가 실종보고 당시 간부급 선원들에게 폭행을 당하여 사망하였으나 그 시신이 선박 냉동실에 감추어져 있다가 귀환시 일본 근해에서 바다에 던져졌을 가능성이 높으며 진상규명을 요구하였다.

이와 유사한 사건들에 대한 유족들의 의문사 주장은 현재도 계속되고 있다.

3. 선상인권 침해의 구조적 원인

1) 불안정한 고용구조

현재 원양어선원과 선박회사 사이의 근로계약관계 실태를 보면 유자망, 채낚기 어선의 경우에는 대개 1년, 참치나 원양트롤어선의 경우에는 대개 2년 단위로 계약이 체결되고 있다. 이 계약기간의 한정은 근로조건 결정과 관련하여 합리적인 것처럼 보이기도 한다. 그러나 현재의 실태는 원양어선원이

실질상 선박회사에 취업을 하는 것이 아니라 출항하는 선박에 취업을 하고, 선박이 어로작업을 마치고 귀항하면 그대로 근로계약관계가 종료되도록 되어 있는데 이 점에 문제가 있다.

즉, 선원들을 대표한 선장은 선박에 승선할 전 선원을 대표하여 선박회사와 일반적인 선원근로계약을 체결하고, 다시 선장과 선박회사는 어로계약을 체결한다. 이 어로계약서에는 매항해단위별 보험금의 지급방법과 항해를 완료하였을 경우의 퇴직금 지급규정까지 명시하고 있는데, 이는 선원근로관계가 매 1회 항해단위로 이루어지고 있음을 당연히 예정한 결과이다. 이 경우 선원들은 선박회사에 취업신고서를 제출하고, 어로계약서에 연서하는 형식으로 취업하게 되나, 위와 같은 이유에서 매항해가 종료되면 비율급, 즉 소위 보험금을 지급받으면서 자연 퇴직이 되어, 재취업을 기다리거나 뿔뿔이 흩어지게 된다.

이러한 항해단위별 근로계약관계는 뒤에 언급하는 보험금제도와 연관되어 그 성격이 사실상 완전한 도급제 고용관계로 파악되는데, 이는 선원들에 대한 지속적인 근로보장을 불가능하게 하고, 선원근로자의 조직화와 단결을 사실상 불가능하게 한다. 또한 재교육의 기회조차 부여받을 수 없게 되어 선원의 자질과 기술도 저하되고 결국 선상사고나 선상폭력의 근본적인 원인을 제공하고 있다고 파악된다. 현재 원양어선에 승선하는 갑판원 등 하급직 선원 중에는 70~80퍼센트 정도가 전혀 승선경험이 없는 무경험자로 알려져 있다.

2) 비율급제 문제(소위 보험금제도)

선원법은 비율급을 어선 소유자가 어선원에게 지급하는 임금으로서, 어획 금액에서 공동경비를 뺀 나머지 금액을 단체협약 또는 근로계약이 정하는 분배비율에 의하여 할당한 금액이라고 정의하고 있다. 선원법은 어선원에 대하여는 비율급제 임금지급 방법, 즉 소위 보험금제도를 합법적인 것으로 인정하고 있다. 어찌보면 어획량이 기상환경 등 특수한 상황에 따라 변화가 큰 어선의 경우에는 이 제도가 합리적인 것처럼 보이기도 한다. 그러나 이 제도는 어선에 승선한 선장 이하 모든 선원들을 단결시키는 기능을 하기보다는 오히려 선원들의 저임금을 합리화하고 하급 선원들에 대한 무제한의 노동을 강요하는 기능을 하고 있다.

우선 선주의 입장에서 보면 비율급제도는 선원들에게 월 40여만 원의 최소한의 기본급만을 지급하면서 어로작업에 임하게 하고, 작업 결과 계약된 어획고를 채우지 못하면 더이상의 임금지급을 면하여 어획량 부족으로 인하여 발생할 수 있는 자신의 손실위험을 보장받는 장치가 된다. 또한 비율급제도는 선박에 승선한 선장 이하 전 선원에게 더 많은 비율급 확보를 위하여 무리한 노력을 경주하게 만드는데, 선장이 선원들에게, 간부급 선원이 하급 선원에게 무제한의 노동을 강요하게 되고, 또한 선원들끼리도 서로 감시하게 하여 어획량을 늘릴 수밖에 없게 만들고 있다.

게다가 현재 비율급제도의 운영실태를 보면 그 문제점이 더욱 심각하다. 우선 계약된 어획량을 넘는 부분에서 선박회사는 공동경비라고 하여 사실상 자신이 부담하여야 할 연료비, 어구비, 소모품비, 주부식비, 어획물판매비 등 모든 경비를 공제하고 남은 금액만을 가지고 다시 선주와 선원이 나누게 된다. 거기다가 선장, 기관장 등 간부급 선원과 하급 선원 사이에는 공식적으로도 보험비율에 차이가 있으나, 이에 덧붙여서 선장이나 기관장 등은 선박회사와 공식적인 비율급 약정과는 별도의 추가 상여금 약정을 체결하여 사실상 자신들만의 보험비율을 높이고 있는 실정이다. 선박회사가 선장이나 기관장 등과 별도로 체결하는 추가 약정서의 내용도 비율급의 보장제도로서, 이는 어로계약서상의 보험비율 약정 외의 지급약속이므로, 선장이나 기관장 등 간부급 선원의 입장에서는 공식적인 어로계약서상의 보험비율은 낮은 상태에서 계약을 체결하더라도 자신들은 추가 약정에 따라 특별상여금 형식으로 보상을 지급받게 되므로 큰 손해는 없게 된다.

따라서 선장은 공식적인 보험비율에 큰 관심을 갖지 않게 되고, 그 결과 하급 선원 1인에게 돌아갈 보험금액은 총 어획고에서 계약톤수를 제외하고 다시 공동경비를 공제한 금액 중 약 1퍼센트 정도로 낮은 실정이다.

3) 높은 작업강도와 열악한 작업환경

현재 인권침해 사례가 가장 빈번한 원양어선은 오징어나 상어 등을 잡는 유자망 어선으로 알려지고 있다. 규모가 큰 3,000톤급 이상의 트롤어선이나 참치, 채낚기 어선의 경우에는 적어도 2교대 근무가 이루어지고 있다고 하나, 유자망 어선의 경우에는 조업중에 교대도 없이 무한정의 작업이 강요되고 있다고 한다. 유자망 어선에 승선하였던 선원들의 공통적인 증언에 의하

면 조업중인 경우에는 1주일 이상을 매일 3시간 정도의 수면으로 버티며 그물을 끌어올리고, 전제작업을 하면서 과로 및 졸음과 싸워야 한다고 한다. 비교적 근로조건이 좋다는 트롤어선의 경우에도 교대시간이 제대로 지켜지지 않으며 어로작업 외의 과외작업 지시 등으로 사실상 무제한의 근로시간 강요가 이루어지고 있다는 호소도 있다.

현행 선원법에는 어선원의 근로시간 제한에 대하여는 근로기준법뿐 아니라 어선법의 규정도 모두 배제하도록 하고 있어 사실상 무제한의 근로강요를 방치하고 있는 실정이다.

한편, 우리나라에서 현재 조업중인 원양어선들은 대부분 일본 등 외국에서 오랫동안 사용되던 사실상 폐선에 가까운 중고어선들을 수입, 개조한 것으로 알려지고 있다. 그런 이유로 기계화가 제대로 이루어지지 않아 인력이 많이 필요하게 됨은 물론이고, 침실, 화장실, 식당 등 내부시설도 선원들의 기본적인 인권조차 충족시키지 못할 정도로 낡고 낙후되어 있는 것이 현실정이다. 참고로 국제노동기구 총회는 1966년 어선의 선내 선원설비에 관한 협약을 체결하여 각 가맹국이 시행하도록 하고 있는데, 그 내용 중에는 침실, 식당, 오락실 등의 내부시설에 관한 최저기준과 조명, 환기시설, 난방장치, 침실 내 1인당 면적, 침실 내 비품, 욕조와 변기의 선원수에 대한 비율, 병실의 설치 등에 관하여도 친절하게 규정을 두어 선원의 기본적인 인권을 보장할 수 있는 최소한의 제도적 장치를 마련하고 있다.

4) 전국원양수산노동조합의 역할문제

우리나라의 모든 원양어선원은 선원이 됨과 동시에 전국원양수산노동조합원이 되고 매월 노조비가 월급에서 자동공제되어 노조비로 납부되고 있다. 한국원양어업협회와 위 원양수산노동조합의 단체협약 제9조에서는 “회사와 조합은 그의 소속선박에 승선하고 있는 선장을 제외한 전 선원이 조합원이 되어야 함을 인정한다”고 규정하고 있어 원양어선원은 자신들의 의사와 관계없이 위 노조에 강제가입되도록 하고 있다. 그러나 전 원양어선원을 대표하는 원양수산노동조합이 제 기능을 수행하는지 극히 의심스럽다. 최근에 사회적 문제가 되고 있는 의문사문제 해결에조차 위 노조가 어떠한 노력을 기울이고 있다는 이야기를 듣지 못했다.

원양수산노동조합이 어용화되어 있는 이유는 노조간부가 회사와 결탁하고 있기

때문이라는 추측은 어렵지 않게 할 수 있으나, 그 원인은 조금 더 근본적인 곳에 있다고 판단된다. 즉, 원양어선원 중 하급 선원들은 앞에서 살핀 바와 같이 매항해단위별로 취업을 하기 때문에 승선을 하여야만 선박회사 소속선원이 되고 노조비를 납부하는 노조원이 되지만, 항해가 종료되면 더이상 선박회사의 선원도 노조원의 자격도 없는 일반인으로 돌아가게 된다는 데 근본적인 문제가 있다. 그렇기 때문에 항해중에 억울한 일을 당한 원양어선원이 원양수산노조에 찾아가더라도 항해가 끝난 시점에서는 노조원이 아니라는 이유로 상담조차 거절당하는 형편이다. 더욱이 우리나라 선원법은 항행중인 경우에는 모든 쟁의행위를 할 수 없도록 금지하고 있으며, 개별 선박에서의 노조조합장도 통신장, 기관장 등 간부급 선원이 자동적으로 취임하여 활동하고 있으므로, 현상황하에서 노조가 제 역할을 하리라 기대한다는 것 자체가 무리라고 본다.

이러한 노동쟁의 금지나 노조활동의 유명무실화는 선원들의 정당한 요구통로조차도 봉쇄하여 막바지에 다다른 선원들의 항의가 소위 해상난동으로까지 발전되어 형사처벌되는 경우까지도 발생하고 있다.

5) 선박회사와 해경의 결탁의혹

최근 해경에서는 선상폭력 근절을 최우선 과제로 삼아 계속적으로 선상폭력행위자를 구속수사한다고 발표하였다. 이는 전국선원피해자협의회 회원들의 희생적인 투쟁과 언론기관에서 선상인권 침해상황을 계속적으로 보도하면서 여론의 화살이 해경으로 쏠린 결과가 아닌가 생각된다.

그러나 해경에서 1991년 국정감사자료로 제출한 원양어선에서의 실종 및 변사사에 대한 수사처리 결과는 해경이 얼마나 선상사고 수사에 소홀하였는지 또는 선박회사와 얼마나 철저히 결탁하고 있었는지 하는 의구심에 충분히 설득력을 부여할 수 있는 일단을 여실히 보여준다고 하겠다.

이 자료를 분석하면, 1988년부터 1990년까지의 원양어선원 변사·실종자수는 총 264명(1988년: 60명, 1989년: 84명, 1990년: 120명)에 이르는데, 이 중 선장이 구속된 경우가 선박총들의 책임을 물어 단 1건, 직접 범죄행위자가 구속된 경우조차도 위 경우를 포함하여 8건에 불과하고, 나머지 중 220여 건은 피의자조차도 입건하지 않고 정식 수사조차도 시작하기 전단계인 소위 내사종결로 처리한 것으로 나타났다. 이를 비율적으로 보면 구속건수는

총 건수의 3퍼센트에 불과하고, 내사종결 건수는 무려 83퍼센트에 이른다.

변사·실종사 경우의 사건처리 결과가 이 정도이니, 폭행이나 상해 또는 재해로 인한 부상의 경우에는 수사처리 결과가 어떠하였는지 충분히 미루어 짐작할 수 있다고 보이며, 실제로 선상폭력으로 해경에 접수된 고소장이 세 번이나 반려된 경우도 있다. 이러한 해경의 사고처리 관행은 해경과 선박회사의 결탁에 의한 결과라는 비난이 난무하는바, 해경은 이에 대한 명백한 해명과 자세의 전환이 요구된다고 할 것이며, 그러하지 못한다면 해경이 선상폭력의 방조자 내지 공범이라는 비난을 면키 어려울 것으로 보인다.

6) 무허가 소개업소의 난립

선원들이 원양어선에 최초로 승선하게 되는 과정은 주로 무허가 선원소개업소의 과장된 광고에 현혹되어서라고 한다. 무허가 소개업소는 부산뿐 아니라 서울 등 전국 각지에서 영업을 하고 있다. 무허가 소개업소는 연봉 1,000~1,500만 원 보장, 상선 승선 등을 내용으로 하여 스포츠신문이나 주간지 등에 광고를 게재하는데, 일시에 목돈을 만져보기를 위하여 찾아오는 사람들에게 원양어선이 상선에 비하여 급료가 높고 목돈도 만질 수 있다고 유혹하여 수십만 원의 소개비를 받고 원양어선회사에 소개하고 있다고 한다. 이러한 무허가 소개행위는 선원이 되려고 하는 사람들에게 부정확한 정보와 허황된 꿈만을 갖게 하여 결국 아무런 기술도 없는 사람들이 마구잡이로 배에 승선하게 되고, 최후에는 실망한 선원이 배에서 목숨을 건 탈출을 감행하는 원인이 된다.

이 문제는 소개업자에 대한 정부당국의 미온적인 단속도 문제지만, 무허가 소개업자와 결탁하여 은밀하게 소개를 받고 있는 선박회사나 선장의 의식상태가 더욱 문제가 된다고 하겠다.

4. 사고 후의 법적 처리과정

1) 형사상 수사문제

이미 앞에서 지적한 바대로 해경은 선상사고 수사에 대하여 미온적이었다.

그러나 선상사고에 대한 수사에는 특수한 어려움이 없는 바도 아니다. 우선 해상실종의 경우에는 시신을 발견할 수 없어 검시나 부검 등으로 사인을 분석하기가 곤란하고 우리나라의 수사권이 공해상에까지 미치지 못하는 어려움도 있다.

더욱이 비울급제 급여지급 방식은 같이 승선하였던 선원들에게 동료선원이 폭행을 당하였어도 동료선원의 편을 들어 문제를 야기하고 싶기보다는 제 몫의 보험금만이라도 받아서 얼른 선상생활을 청산하고 싶도록 하는 기능을 한다. 게다가 원양어선의 귀항 후 수사가 시작되더라도 폭행에 의한 상처는 오랜 시일이 흘러 자연치유되는 경우도 많고, 폭행을 가한 간부급 선원은 다시 출항을 하여 선박이 귀항할 때까지 수개월 동안 조사 한번 못하고 있는 경우도 있게 된다.

그러나 해경이 선상폭력 근절의 의지만을 계속 간직하고 중립적인 입장에서 수사를 실시한다면 선상사고의 원인은 많은 부분 밝혀질 수 있으며 폭력은 상당수 줄어들 것이다.

2) 민사상 보상문제

(1) 선원법규 검토

선원법은 제10장 제85조 이하에 선원의 재해보상 규정을 두고 있는데, 그 내용은 근로기준법의 재해보상 규정과 원리가 같다. 선원법상의 특수한 규정만을 검토대상으로 한다.

직무외의 재해보상문제 법 제85조 2항에서는 선원이 직무외의 원인으로 부상하거나 질병에 걸린 경우에도 3개월 범위 내에서 선박소유자가 요양비용을 부담하도록 하고 있다.

한편 선원법상의 상병보상, 장해보상, 일시보상의 규정은 직무외의 재해에 대하여는 그 적용이 없고 직무상 재해의 경우에만 해당되며, 유족보상 지급은 직무상 사망의 경우에는 승선 평균임금의 1,300일분의 금액을, 직무외 사망의 경우에는 1,000일분의 금액을 지급하되, 사망의 원인이 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우에 선원노동위원회의 인정을 받으면 지급을 면하도록 하고 있다. 장례비와 행방불명 보상에 관하여는 직무상 재해와 직무외 재해의 차이를 두고 있지 않다.

위 규정들에 따르면 요양보상, 유족보상, 장례비, 행방불명 보상의 경우에는 선원이 직무외의 사유로 재해를 입은 경우에도 어느 정도 보상을 지급받을 수 있으므로 육상근로자보다 일견 두터운 보호를 받고 있는 것으로 보인다.

그러나 해상근로라는 것은 선박에 승선하면서부터 계속적으로 노동력을 제공하게 되는 것이라는 특성을 고려하면, 어떠한 경우가 직무외의 재해로 볼 수 있느냐하는 의문이 남는다. 특히 이미 살펴본 바와 같이 재해원인이 전혀 밝혀지지 않거나, 폭행에 의한 사망이나 재해사망의 경우에도 해상추락실종, 투신자살 등으로 사인이 조작될 가능성이 많은 현실에서 직무상 재해와 직무외의 재해를 명확히 구분하여 보상에 차별을 두는 규정이 과연 우리 현실과 맞는지 의문이다.

따라서 우리나라 현실에 맞추어 재해보상 규정을 개정할 필요가 있다고 판단되는데, 우선 원칙적으로 직무상 재해와 직무외 재해를 구분하지 않고 모든 보상을 일률적으로 정하되, 예외적으로 선원이 고의 또는 중대한 과실로 직무와 관련없이 재해를 입은 것을 선박소유자가 입증하여 선원노동위원회의 인정을 받은 경우에만 보상책임을 면할 수 있도록 하는 것이 옳다고 판단된다.

한편, 우리나라 근로기준법과 산업재해보상보험법에서는 직무상 재해라는 용어를 사용하지 아니하고, 업무상 재해라는 용어를 사용하고 있다. 이 경우 근로기준법상의 업무라는 용어와 선원법상의 직무라는 용어의 적용범위에 관하여 이론이 있을 수 있으므로 선원법의 경우에도 업무라는 용어를 사용하여 해석상 다툼을 방지할 필요가 있다는 의견도 있다.

보험가입(선원보험법의 사문화) 선원법 제98조에서는 선박소유자는 이 법에 정한 재해보상을 완전히 이행할 수 있도록 대통령령이 정하는 바에 의하여 보험에 가입하도록 하고 있다.

그러나 우선 선원법 규정 자체가 30톤 미만의 어선에 대하여는 적용이 없으므로 30톤 미만의 소형 연근해어선의 경우에는 선주의 자력도 부족한 경우가 대부분이어서 보상문제 해결이 쉽지 않다는 문제점이 있다. 선원보험제도에 관하여만이라도 선원법의 적용범위를 확대할 필요성이 있다고 하겠다.

다음으로 선원보험 업무의 관장에 관하여는 1962년에 제정된 선원보험법 제3조에서 명문으로 정부가 관장한다고 규정하고 있다. 그러나 선원보험법은

제정된 이래 여태까지 시행령이 마련되지 않아 사문화된 법률이다. 그러므로 현재 각 선박회사는 개별 보험회사에 보험을 가입하여 각 보험회사에서 사적으로 운영하고 있는데, 이 점이 뒤에 살피는 바와 같이 현실적으로 큰 문제점을 야기하고 있다.

다른 배상과의 관계 선원이 선주 또는 그 피용자의 고의, 과실로 신체에 상해를 입거나 사망에 이르게 된 경우에는 선원법이 정한 재해보상 외에 일반 민법에 의한 손해배상 청구를 할 수 있음은 당연하다. 선원법 제94조에서 재해보상을 받을 권리가 있는 자가 동일한 사유로 인하여 민법 그밖의 법령에 의하여 재해보상에 상당하는 급여를 받은 경우에는 선박소유자는 그 가액의 범위 안에서 이 법에 의한 재해보상의 책임을 면한다고 규정하여 일반 손해배상 청구를 할 수 있다는 법리를 명확히함과 동시에 이중 배상을 받는 것을 금지하고 있다.

(2) 민사상 보상의 운영실태

선원재해에 대하여 보험회사에서 지급하는 보상실태를 살펴보면, 대부분 선원법에서 정한 각종 보상금액의 합계만으로 선박회사와 피해자측 사이의 민·형사상 일체의 합의를 함과 동시에 소송을 제기하지 않는다는 특약을 하여 공중까지 마치게 된다. 상담 등을 통하여 확인한 바로는, 선박회사는 모든 민사책임을 보험회사에 미루고 보험회사는 선원법에서 정한 보상만을 지급하면서도 그와 동시에 민·형사상 합의와 공증을 요구하며 이에 불응하면 선원법상의 보상금에 대한 임의지급조차도 거부하는 형편이라고 한다.

이와 관련하여 어선원에게는 통상임금 및 승선평균임금을 산정하는 방식이 일반 선원이나 육상근로자의 산정과 다르다는 점을 유의할 필요가 있다.

선원법 제52조 제2항에서는 어선원의 통상임금 및 승선평균임금은 월고정급에 대통령령이 정하는 비율을 곱한 금액으로 하도록 하고, 각종 재해보상 금액 산정에도 이를 적용하도록 하고 있다. 이는 어선원의 월고정급은 소위 보험금을 포함하지 않은 것이고, 항해가 종료되기까지는 보험금액은 미리 알 수가 없고 또한 매항해단위마다 받게 될 보험금액도 다르므로, 법규에서 일률적으로 미리 예상가중치를 부여하도록 한 당연한 규정이다.

그러나 특히 어선원에 대한 보상문제를 담당하는 보험회사나 선박회사는, 위 규정의 취지를 제대로 이해하지 못하는 선원들에게 선원법에서 가중하여

계산하도록 되어 있는 각종 재해보상급만을 지급하면서도 마치 선원이 월고정급으로 산정한 각종 보상보다는 훨씬 많은 금액의 보상을 하는 것처럼 가중하여 민·형사상 일체의 합의를 이끌어내고 공중까지 이르게 되는 것으로 보인다.

이러한 실태는 일반 근로자가 재해를 입은 경우에 노동부에서 산업재해보상보험금을 수령하고, 또한 이 금액으로 부족하면 다시 민사상 소송을 제기하여 자신의 상실된 노동능력에 대한 가동연한 동인의 전보배상을 받는 것에 비하여 선원들을 훨씬 열등한 지위에 놓이게 한다. 근본적으로는 사문화되어 있는 선원보험법의 시행령을 제정하여 하루빨리 정부가 선원보험 업무를 관장하여야 할 것이나, 우선적으로는 소송을 통하여 이러한 사정을 주장입증하여 민사상 합의의 효력을 부인해나아가야 할 것이다.

5. 선원법규 검토

앞에서 이미 현행 선원법규의 제반 문제점이 지적되었으므로 여기서는 현재 선원인권과 관련하여 특히 문제가 되고 있는 법조항만을 간단히 살핀다.

1) 근로기준법 적용의 배제(선원법 제5조)

선원근로관계에 관하여는 선원법이 적용되고 근로기준법은 원칙적으로 적용이 배제되나, 균등대우, 강제노동금지, 폭행의 금지규정 등 극히 일반적인 조항만이 예외적으로 적용되도록 되어 있다. 따라서 선원법에 특별규정이 없으면 그 부분에 관하여는 선원노동이 법의 보호 밖에 있게 된다.

2) 비율급제도의 인정(선원법 제52조)

어선원의 임금지급은 월고정급 생산수당으로 하거나 비율급으로 할 수 있도록 하여, 법 스스로 보험급제도를 합법화시키고 있다. 보험급제도의 문제점은 이미 살핀 바와 같다.

3) 근로기간과 유급휴가

선원법 제6장과 제7장에서는 선원들의 근로시간 제한과 유급휴가에 관하여 근로기준법과 다른 규정을 두고 있다. 그러나 전체 어선원에 대하여는 선원법상의 근로시간 제한과 유급휴가 규정의 적용을 모두 배제하도록 하고 있으며, 700톤 미만의 선박 또한 근로시간 제한의 규정을 배제시키고 있다(선원법 제66조, 제73조). 따라서 어선원에 대하여는 근로시간 제한이나 유급휴가에 대한 제도적 보장장치는 전혀 없다고 하겠다.

4) 쟁의행위의 제한(선원법 제27조)

선박이 항행중이거나 외국 항구에 있는 경우 그밖에 인명 또는 선박에 위해를 줄 염려가 있는 경우에는 선원근로관계에 관한 쟁의행위를 할 수 없다. 앞에서 지적한 바와 같이 우리나라 하급직 어선원의 고용관계는 매항해단위 별로 이루어지고 있는 실정이므로, 선원들은 배에 승선하면서 비로소 선원이 되고 또한 노조원이 되나, 하선하게 되면 더이상 선원도 노조원도 아닌 처지가 되는데, 항행중 모든 쟁의행위를 금지하고 있으므로 사실상 하급 어선원들은 어떠한 쟁의행위도 할 수 없다는 결론에 이른다. 직접 항해업무를 담당하고 있는 기술직 선원들에게 항행중의 쟁의행위를 금지시키는 것은 타당성이 있다고 하겠으나, 단순 어로작업만을 담당하는 어선원들에게까지 이를 금지시킬 필요는 없다고 판단된다.

5) 중도하선과 밀항단속법문제

선원법 제41조 제1항에서는 선원이 하선하는 경우에 선박소유자의 비용과 책임으로 선원의 거주지 또는 선원근로관계의 체결지까지 송환하여야 한다고 원칙을 규정하고, 제2항에서는 선원이 임의로 하선한 경우나 징계를 받아 하선하게 된 경우에는 선박소유자가 선원을 송환한 후 송환에 든 비용을 선원에게 구상할 수 있도록 하고 있다. 현실적으로 중도귀환의 경우는 대부분 임의하선으로 처리될 터이므로 결국 송환비용은 선원의 부담이 된다.

그러나 현실정은 이 규정조차도 잘 지켜지지 않고 있다. 어선원의 경우에

는 선원이 승선을 하기 전에 미리 중도하선을 하지 않겠다는 내용과, 만일 중도하선을 할 경우에는 보합금을 모두 포기하겠다는 각서를 작성한다.

그 후 선원이 현실적으로 선내생활을 견디지 못하여 하선을 요구하게 되면 선장은 하선증명원 발급을 거절하면서 기존 근로에 따른 보합금까지도 모두 포기할 것을 요구하는 실정이다.

극단적인 경우에 선장이 중도하선을 허락하지 아니하여 선원이 외국에서 임의로 하선을 한 경우에는 밀항단속법상 이선죄로 처벌받게 된다. 우리나라 대법원판례(84. 2. 14. 83도 3016) 중에는 선원이 외국항구에서 하선상륙하여 선장이 지정한 시간 내에 귀선하지 아니하였다면 신병을 치료하고 또 귀국절차를 밟기 위하여 한국주재공관을 찾아갔다고 하더라도 사전에 선장의 허가를 받지 아니한 이상 이선죄에 해당한다고 한다. 이선죄는 같은 법상 밀항죄와 마찬가지로 법정형이 3년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금이다. 현재의 사법처리 관행은 위 대법원 판례의 취지에 따르고 있는 형편이므로 선원법에서 규정한 강제근로 금지의 원칙은 유명무실한 법조문으로 전락한 형편이다.

6. 맺음말

이 글은 선상폭력과 선원인권 침해상황의 구조적 원인과 현행 선원근로관계법의 몇 가지 문제점을 검토하였다. 이에 대한 개선방향에 관하여는 전문가들의 연구가 있기를 바란다. 끝으로, 우리나라도 작년에 국제노동기구에 가입하였다. 국제노동기구에 가입한 국가들 사이에는 선원들의 인권보장에 관한 여러 조약이 체결되어 있고, 각종 권고안이 마련되어 있다. 우리나라가 현재 수산대국임을 자처하기까지는 수많은 선원들의 희생이 있어왔다. 그러나 선원인권 문제는 너무도 관심 밖에 있어왔다. 이제라도 선원들의 희생과 절망에 관심을 기울여야 한다. 정부는 국제노동기구의 각종 선원조약을 비준하고 이와 저촉되는 각종 국내 법규를 개폐하여야 한다. 선원도 노동자로서 노동기본권을 보장받아야 할 뿐 아니라 인간으로서 최소한의 기본적 인권만이라도 보장받아야 할 것이다. [변호사]

논문

정신보건법과 인권

정신질환자의 인권보호와 정신보건 현실의 향상을 위하여

유 선 영

1. 우리나라 정신보건 현실의 핵심적 문제들

1) 정신병상의 급속한 증설과 문제점

우리나라의 대형 정신병원은 1980년대 후반부터 급속히 증가하여 현재 전체 정신병상수의 3분의 2 이상을 차지하고 있고, 정신병상수는 1985년에 4,156병상에서 1990년 17,000병상으로 급격히 늘어났다. 이러한 현상은 정부가 병상수의 증가에만 관심을 기울여 사설 정신병원 건립을 무계획적으로 지원하여온 결과이다.

선진국에서는 1950년대 이래 정신병상수를 크게 줄여왔는데, 미국의 경우 1956년 56만 병상이던 것이 1981년 13만 병상으로 줄었다. 우리나라의 경우 WHO 권장 병상수는 4만 병상이고 현재 실병상수는 3만 5천 병상인 것으로 알려져 있으므로 병상수의 더이상 증가는 억제해야 한다.

대형 정신병원이 경영상의 이유로 환자의 수용을 통하여 경영이익을 확보한다는 것은 선진제국에서 이미 밝혀진 사실이다. 따라서 환자에 대한 적절한 치료를 하지 못한 채 수용화현상만을 초래하여 정신보건 현실을 오히려

악화시키므로 반드시 억제해야 한다. 그러나 대형 사립 정신병원은 경영상의 이익 때문에 병상수를 줄이려고 하지 않는다. 선진제국들이 정신병상수를 크게 줄여온 것과는 달리 일본이 32만에 해당하는 정신병상을 아직까지 줄이지 못하는 이유는 환자를 단순수용하여 경영상의 이익을 확보한 채 그 병상수를 감축하려고 하지 않는 대형 사립 정신병원 때문이다. 따라서 대형 사립 정신병원의 설립은 철저히 봉쇄해야 한다.

2) 정신요양시설과 문제점

우리나라에는 ① 치료능력이 있는 시설로서 종합병원 정신과, ② 법적인 치료기관이면서도 수용능력만 갖고 있는 대형 정신병원과 정신과의원, ③ 비의료시설이면서 정신질환자를 수용하는 정신요양원, ④ 비의료시설이면서 법적으로 인가받지 못한 사설기도원이 있다.

그런데 이러한 정신병상의 75% 이상이 명칭만 정신요양원 또는 정신병원이지 사실은 수용시설이다. 수용된 정신질환자의 70% 가량이 생활보호대상자이고 평균 입원기간은 4년이다. 그 이유는 생활보호대상자의 경우 의료보호법이나 생활보호법에 의하여 정부보조금(1992. 7. 1 현재 월 45만 원)이 나오게 되므로 환자의 보호자는 외래치료를 포기하고 입원의 필요성과 관계없이 입원결정을 하며 병원측에서는 비록 의료보험보다 수가는 낮지만 치료가 아니라 단지 수용함으로써 병상의 가득물을 높이고 단순수용으로 인한 경영상의 이익을 얻고자 하기 때문으로 보인다.

정신병원은 의료법에 의하여 설립되는 것으로 환자 20인당 의사 1인의 시설기준을 갖추어야 하나 1990년 현재 전문정신병원의 국공립 병원은 병상 2,150개에 의사 25명으로 환자 47.7명당 의사 1명, 사립 정신병원의 경우 5,264병상에 의사 69명으로 환자 76.3명에 의사 1명에 불과하다. 특히 정신요양원의 경우는 의료법에 의하여 설립되는 것이 아니라 사회복지사업법에 의하여 설립되는 것으로 시설기준이 단지 의사 또는 촉탁의사 1인 이상이라고 규정하고 있어 거의 모든 정신요양원이 촉탁의제도를 도입하고 달리 의사를 고용하고 있지 않은 실정이다. 그런데 촉탁의는 시간제 계약에 의한 의사로 환자를 직접 진료하지 않고 단지 서류에 의하여 투약결정만 하고 있는 실정이므로 엄격한 의미에서 정신과 의사는 정신요양원에 없다고 보는 편이 옳을 것이다. 이러한 실정에서 치료의 중요한 영역의 하나인 사회복지관을 위한

재활시설은 전혀 찾아볼 수 없다고 하더라도 과언이 아니다.

3) 소결론

결국 정신병환자의 치료에서 가장 금기시해야 할 정신병원의 대형화, 이로 인한 환자의 장기수용과 수용화현상, 치료의 궁극적 목표인 사회복귀를 위한 시설미비 등이 우리나라 정신보건 현실의 핵심적 문제라고 할 것이다. 따라서 정신보건법은 이러한 정신보건 현실을 올바른 방향으로 향상시킬 수 있도록 제정되어야 한다.

2. 정신보건법 제정 논의과정과 문제점

1) 제정 논의과정

우리나라에서 정신보건법의 제정이 최초로 제안된 것은 1968년 대한신경정신의학회에 의해서였다. 이 학회의 안은 개정되기 이전 일본 정신위생법을 모방한 것으로 예산 등을 이유로 정부 차원에서 받아들여지지 않았다. 1970년대에 들어와서도 학계에 의해 한두 차례 거론되었으나 결실을 맺지 못했다. 그 후 1980년대에 들어오면서 기도원사건들을 계기로 정부 쪽에서 법제정을 추진하여 1985년 정부와 여당에 의하여 그 초안이 마련되었으나 그 초안이 “자기 및 타인에게 위해를 줄 우려가 있고 공공질서 유지에 중대한 위해를 줄 우려”가 있으면 시·도지사 등 행정기관이 정신과의사의 의견을 들어 정신질환자를 강제로 입원시킬 수 있게 하고 퇴원에 대하여는 아무런 절차도 규정하고 있지 않았다. 이에 대하여 대한신경정신의학회, 법조, 재야에서 인권침해와 정권안보에 악용될 우려가 높다는 이유로 거세게 반발하였다. 특히 재야에서는 18개 단체가 정신보건법저지 공동대책위원회까지 구성하고 공청회를 여는 등 악법성토의 여론이 높아지자 국회에 상정되었던 그 법안은 1986년 12월 국회회기종료로 자동폐기되고 말았다. 보사부는 1990년 7월 “공공의 질서유지에 중대한 위해를 줄 우려”라는 내용을 삭제하고 정신질환자의 인권을 염두에 두는 몇 개의 법적 장치를 마련하였다. 이에 대하여도 법의 취지가 치료보다도 격리수용에 있고 강제입원과 관련한 문제점, 정신요

양원의 양성화의 문제점 등과 관련하여 논란이 일어났고 1991년 2월 민자당과의 당정회의에서 시기가 적절하지 않다는 이유로 보류되었다. 그러다가 1991년 11월 김기춘 법무부장관이 범죄예방차원에서 정신보건법의 제정 필요성을 들고 나와 제정논의가 다시 시작되었다. 1992년 1월 보사부는 정신보건법 재추진의사를 밝히면서 같은 해 6월 3일 기존의 안을 수정한 정신보건법안에 대한 공청회를 열고 9월 입법예고하여 정기국회에 상정할 계획을 짜놓고 있었다.

2) 제정 논의과정의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 정신보건법 제정논의과정은 그 기간만으로 보면 약 25년간 지속되어왔다. 그러나 그동안 수차례에 걸친 법안의 작성과정은 단지 외국의 입법례, 그것도 정신보건 분야에서는 후진국 수준에 머물러 있다고 평가되는 일본의 정신보건법을 토대로 그 개별규정의 수정과정만을 거치면서 법안의 성안과 폐기만을 몇 차례 반복하였을 뿐이다. 정신보건법은 우리나라 정신보건 현실에 대한 면밀하고 정확한 조사연구를 통한 정확한 인식을 기초로 현실의 향상과 그 방향성을 제시할 수 있는 정신보건정책을 수립한 다음 이를 실현하는 법률적 수단으로 제정되어야 할 것이다. 그럼에도 장기간에 걸친 법제정 논의과정에서 이러한 조사연구와 정책수립은 전혀 없었다. 결론적으로 정신보건법 제정은 이 법이 규정하고자 하는 현실에 대한 정확한 인식도 없고 이 법으로 실현하고자하는 모습에 대한 비전도 없이 추진되고 있다고 할 것이다.

3. 정신보건법과 인권

흔히 정치범 또는 정신병환자가 아닌 사람이 정신병환자로 강제수용당할 우려가 있다는 점을 지적하면서 정신보건법이 인권을 침해할 수도 있으므로 그 제정에 반대하는 견해가 있다. 물론 이러한 우려는 이미 다른 나라에서 선례가 있었고 매우 타당한 것이며, 정신보건법이 이러한 악용의 소지가 있다면 철저히 보완하여 그 가능성을 차단해야 한다. 그러나 위와 같은 우려에 찬 견해가 정신병환자의 인권에 대하여 이를 무시해도 좋다는 것으로 생각되

지는 않지만, 적어도 정신병환자의 인권에 대한 인식이 소극적이라는 관점에서서는 당연히 비판받아야 할 것이다.

정신보건법이 정신병환자의 권리와 이익을 위하여 제정되어야 하는 법임에는 여러 말 할 필요가 없다고 할 것이다. 정신병환자의 인권을 단지 뜻에 반하여 강제수용당하지 않고 수용생활중에 가혹행위를 당하지 않는 것 등 수동적이고 소극적인 개념으로 파악하는 것은 잘못된 생각이다. 정신병환자란 그 증상이 어떠한 간에 결국 치료를 요하는 환자이고 또한 사회에 적절하게 적응하지 못한 사람임에 틀림없다. 그러므로 정신병환자의 인권은 적절한 치료를 받을 권리 및 사회에 복귀할 수 있는 권리라는 능동적이고 적극적인 개념으로 파악하여야 한다. 정신보건법은 정신병환자의 치료와 그 사회복귀를 위한 서비스를 정부가 제공하여 주는 복지법의 성격을 가지는 것이고 또 그 때야만 하는 것이며 단지 강제수용의 법률적 근거만을 제공하는 법이어서는 안된다.

4. 정신보건법안의 검토와 그 문제점

1) 환자의 정의와 범위에 대하여

법안은 '정신질환자'를 정신과 전문의가 진단한 정신질환을 가진 자라고만 정의하여 정신과에서 치료하는 모든 환자가 강제입원의 대상이 되는 것처럼 오해를 줄 소지가 있다. 강제입원 절차에서 강제입원 대상이 되는 환자와 그렇지 않은 환자는 구분되기 마련이지만, 일반국민이 정신병에 대한 오해와 편견에 가득찬 현실을 감안한다면 그 개념을 좀더 세분화하고 명확하게 할 필요가 있다. 보사부는 1989년 7월 발간한 『정신질환의 이환상태와 관리방안에 대한 조사연구』를 근거로 정신질환자가 국민의 2.16%로 90만 7천 명이고 이 중 11.6%인 10만 5천 명이 입원하여야 할 환자라고 발표하였다. 그러나 그 논문을 자세히 살펴보면 90만 7천 명이라는 정신질환자 수는 정신과 영역의 총 환자수로 그 중 90% 정도가 불면증 등 노이로제환자이고, 입원해야 할 환자로서 10만 5천 명이라는 것은 지질성 정신병, 기타 정신병, 알콜중독 등 정신질환이 10만 명당 233명이라는 것을 근거로 한 것인데 이는 입원하여야 할 환자수와는 아무런 관련이 없고 단지 1년 동안 정신과 의

래를 한 번이라도 방문하였던 환자수에 불과한 것이다. 그런데도 마치 전체 정신과 영역의 총 환자가 중증의 정신과 환자이고 1년 동안 정신과 외래를 한 번이라도 방문하였던 지질성 정신병, 기타 정신병, 알콜중독 등 정신질환자는 모두 입원을 요하는 환자로 이해되는 엄청난 편견과 오해를 확산시켰던 점에 비추어본다면 정신질환자의 개념 정리는 반드시 필요하다고 할 것이다.

정신질환자라는 개념도 너무 포괄적이므로 정신장애자라고 쓰는 것이 적절하고 "정신장애자라 함은 정신병자, 정신박약자, 정신병질환자로 구분하되 그 각각은 세계보건기구의 질병분류표에 따라 대통령령으로 한다"로 정하는 것이 좋겠다.

2) 국가의 의무에 대하여

국가와 지방자치단체의 의무로 "국민의 정신건강을 향상시키며 정신질환을 예방하고 정신질환자의 의료 및 장애극복과 사회복귀 촉진을 위해 연구 조사와 지도 상담 등 필요한 조치를 취하여야 한다"고 규정하고 있다(제4조).

정신질환은 다른 질병보다도 전체 사회의 건강성 판단의 기초가 되므로 국가와 지방자치단체의 보다 적극적인 노력이 요구된다고 할 것이다. 위 규정은 단지 선언적 의미만을 가질 뿐 구체적으로 국가에 대하여 어떠한 조치를 강제하지는 못하는 것으로 보인다. 특히 정신보건에 대한 정책이 없는 상황에서는 더욱 그렇다. 따라서 이러한 포괄적인 규정과 함께 좀더 명확하고 구체적인 조치를 규정하는 것이 필요하다. 정신질환(마약복용, 알콜중독, 청소년들의 본드흡입, 자살 등을 포함)에 대한 교육과 홍보 및 연구, 이에 대한 정책 개발을 위한 연구기관의 설립 등 구체적인 조치를 명시하여야 한다.

3) 정신의료시설의 설치 및 지정에 대하여

국가와 지방자치단체는 정신병원 또는 사회복지시설을 설치 운영하여야 한다고 규정하고 있다(제7조 제1항).

정신의료시설로 정신의료기관, 정신요양원, 사회복지시설을 규정하고 있음에도(제3조 제2호) 국가와 지방자치단체의 의무 중 정신요양원의 설치·운영은 제외하고 있다. 비록 제11조에서 국가 또는 지방자치단체가 요양·복지시설을 설치·운영할 수 있다고 규정하고 있으나 이는 제7조의 의무규정이 아

니므로 결국 정신요양원은 정신의료시설 중 유일하게 국가 또는 지방자치단체의 의무로 규정되어 있지 않은 셈이다. 사실 정신의료시설의 문제점으로서 경영상의 이익추구를 위하여 환자의 치료보다 단순수용으로 인하여 대형 수용시설화될 소지가 있음은 선진제국의 정신보건 역사에서 이미 밝혀진 바 있고 또한 정신요양원만 유독 국가와 지방자치단체의 설치·운영 의무가 면제되는 것은 이해할 수 없다.

“국가와 서울특별시, 직할시 및 도(이하 ‘시·도’라 한다)는 정신의료기관, 정신요양원 및 사회복지시설을 설치·운영하여야 한다”는 것으로 바뀌어야 한다.

4) 요양의료시설에 대하여

“요양의료시설에서의 환자의 입·퇴원, 요양 및 사회복지를 위한 훈련 등 의료에 대하여는 정신과 전문의의 지도에 따라 행해져야 한다”(제11조 제4항)고 규정하고 있다.

우선 정신의료기관에 대하여는 이와 같은 원칙적인 규정이 없다. 이 조항에서 이를 규정하는 것은 조항의 표제와 어울리지 않지만 반드시 규정되어야 할 것이다. 여기서 ‘지도’라는 용어는 그 의미가 자칫 비의료인의 주도적 개입을 허용하는 것으로 인식될 소지가 있으므로 오히려 ‘결정’이라는 용어를 사용하는 것이 적절할 것 같다.

5) 정신의료시설의 기준 등에 대하여

정신의료시설의 시설·장비의 기준, 의료인 등 종사자의 수 및 자격 등에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다(제12조 제1항). 보건사회부장관은 정신의료시설의 규모를 제한할 수 있다(동조 제2항)고 규정하고 있다.

정신의료시설에는 의료법에 의한 정신의료기관이 포함되는데(제3조 제2호), 정신보건법은 의료법의 특별법이므로 정신의료기관은 의료법에 의하여 설치되면서도 설치허가의 판단근거가 되는 시설기준은 정신보건법에 의하여 정해지는 모순이 있다. 입법의도가 정신의료기관에 대하여 의료법에 우선하여 특별기준을 정하려고 하는 것인지 불명확하다.

정신의료시설의 시설·장비 및 의료인 등 종사자의 수 및 자격 등은 복지

법의 하나로서 환자에게 치료 및 재활서비스를 제공해주는 정신보건법의 기본이념으로 볼 때 핵심적인 사항이다. 특히 정신병원, 정신요양원 등 현재 정신요양시설의 열악한 환경 등을 생각하면 이러한 중요한 사항은 법에 규정하여야 하고 하위법령에 위임해서는 아니될 것이다. 또 정신요양원은 장기입원을 요하는 환자를 입원시키는 기능이 있다고 규정하고 있으므로(제3조 제4항) 정신의료기관과 마찬가지로 치료기능을 담당하고 있어 그 시설기준은 정신의료기관과 같은 수준이어야 하며 또한 사회복지를 위한 시설기준도 마련하여야 한다.

대형 정신병원의 폐해는 이미 지적한 바와 같다. 따라서 정신의료시설의 대형화는 반드시 봉쇄하여야 할 사항이다. 정신보건법 공동대책위는 1992년 9월 28일 서울시의 대형 정신병원 건립에 대한 기자회견에서 정신의료시설의 규모를 200명상으로 제한할 것을 제안한 바 있다. 제12조 제2항은 “보건사회부장관은 정신질환자에 대한 효율적인 의료제공을 위하여 필요한 경우 정신의료시설의 규모를 200명상의 규모 내에서 제한할 수 있다”고 보다 확실히 규정해야 한다. 현재 그 이상 규모의 정신병상을 보유하고 있는 정신병원 등에 대하여는 경과조치를 두어야 한다.

6) 정신병원 등의 위탁경영에 대하여

이미 설치한 정신병원 또는 사회복지시설을 의료법인, 정신의료법인 기타 비영리법인에 위탁하여 운영하게 할 수 있다고 규정하고 있다(제13조 제1항).

서울시는 현재 위탁경영을 하고 있는바, 시 직영일 경우 환자 30명에 의사 1명인데 민간위탁의 경우는 환자 140명에 의사 1명을 채용하고 있고 직영일 경우 환자의 1일 입원비가 5,200원인데 반하여 민간위탁의 경우 15,000원을 주고 있으며 민간위탁병원은 월 45만 원의 입원비 중 월 7만 원만을 사용하는 것으로 알려졌다. 그리고 경영자는 경영이익을 위하여 환자의 장기수용을 초래하는 것이 현실이다. 경영을 위탁받는 것이 이권화될 소지도 있다.

따라서 우선 현재 위탁경영되고 있는 현실에 대한 면밀한 조사가 선행되어야 하되, 종국적으로 민간위탁경영은 폐지하는 것이 타당하다고 생각한다. 위탁경영이 불가피하다고 하더라도 다른 경우에는 달리 엄격한 감독·관리 및 보고체계와 제재방법 등이 도입되지 않으면 안된다.

7) 보호의무자의 의무에 대하여

법안 제18조는 보호의무자의 의무에 대하여만 규정하고 있고 권리에 대하여는 아무런 규정이 없다. 보호의무자의 권리로 규정되어야 할 사항은 ① 환자 입원시(그 입원절차와 상관없이) 입원의 결정근거, 환자에 대한 예상입원기간, 치료방법, 치료계획 등에 대하여 알 권리, ② 환자의 치료기록을 언제든지 열람할 수 있는 권리, ③ 환자를 언제든지 면회할 수 있고 시설에 접근할 권리 등이다. 또한 보호의무자의 의무에 대하여는 현재 보호의무자가 환자를 입원시키고 연락을 두절하거나 주소를 변경하는 경우가 많으므로 연락장소나 주소를 변경하는 경우 1주일 이내에 정신의료시설에 통지하도록 하는 규정을 신설할 필요가 있다.

8) 자의입원에 대하여

자의입원의 경우는 정신질환자의 입원신청서를 받아 입원이 행해지는 것으로 규정되어 있고(제19조 제1항), 정신질환자가 퇴원신청을 하는 경우는 지체없이 정신질환자를 퇴원시켜야 한다(제19조 제2항)고 규정하고 있다.

그러나 자의입원 형식은 얼마든지 가장될 수 있어 입원이 필요하지 않은 환자가 입원되는 경우가 발생할 수 있다는 점을 고려하여야 한다. 제11조 제4항의 문제점에서 살펴본 바와 관련하여 생각하면 자의입원의 경우라도 정신과 전문의의 입원결정이 있어야 한다고 규정하여야 한다.

또한 입원환자가 입원하기 전에 입원결정을 한 정신과 전문의는 ① 입원이 필요한 구체적이고 명확한 사유, ② 입원기간, ③ 치료방법과 치료계획, ④ 언제든지 퇴원청구를 할 수 있다는 점을 서면으로 입원 전에 입원환자 및 보호의무자에게 통지하여 그 서면을 토대로 입원환자가 최종적으로 입원결정을 하도록 하여야 한다.

자의입원의 경우 퇴원신청을 하면 언제든지 퇴원할 수 있지만, 입원결정을 한 정신과 전문의는 일정기간이 경과하면 환자가 퇴원하여도 좋은지에 대하여 정기적으로 결정하고 이를 환자와 보호의무자 및 감독기관(법안의 시·도지사 또는 중립적 감독기관의 신설시 이러한 감독기관)에게 통지하여 퇴원결정을 할 수 있도록 하여야 한다. 법안에서 강제입원의 경우 3개월 기간을 설정한 것과 관련하여 생각하면 이런 정기적인 기간은 우선 적어도 3개월을 생각할 수

있다. 적절한 기간에 대하여는 전문가가 결정할 일이지만, 1980년대 말에 와서 미국에서는 평균입원기간이 35일임을 감안한다면 법정입원 해제기간인 3개월의 적정성은 재고할 필요가 있다.

9) 동의입원에 대하여

자의입원의 경우와 마찬가지로 동의입원을 결정한 정신과 전문의는 ① 입원이 필요한 구체적이고 명확한 사유, ② 입원기간, ③ 치료방법과 치료계획, ④ 퇴원절차, ⑤ 입원에 대한 불복절차, ⑥ 보호의무자의 권리와 의무 등을 적시한 서면으로 보호의무자에게 통지하여야 한다고 규정할 필요가 있다(제20조 제1항 및 제2항).

법정입원의 경우 3개월마다 퇴원 여부를 심사하는 것처럼 규정하고 있는데 동의입원의 경우도 3개월이 경과하면 정기적으로 정신과 전문의가 퇴원 여부를 진단한 다음 그 결과를 보호의무자, 환자 및 감독기관에게 통지하도록 하여야 하고 환자나 보호의무자는 정신과 전문의의 입원계속 결정에 대하여 불복할 수 있는 절차를 두는 것이 필요하다.

현재 보호의무자가 환자를 입원시키고는 연락을 두절하거나 정신과의사의 퇴원청구에 고의로 불응하여 퇴원이 안되는 경우가 매우 많고, 평균 4년이라는 장기간 입원의 한 원인이 되고 있다. 보호의무자가 퇴원의 통지를 받을 때에는 퇴원을 신청하도록 규정하고 보호의무자가 이에 응하지 않을 경우에 과태료 처분을 규정하고 있으나(제50조 제1항 제3호) 이로써 자발적이지 않은 수용상태를 해제할 수는 없다. 이러한 경우에는 제17조 제3항에 규정한 보호의무자가 없는 경우와 마찬가지로 취급하여 시장, 군수 또는 구청장이 퇴원청구를 하도록 해야 한다.

10) 평가입원에 대하여

시·도지사는 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 인정되는 자에 대하여 2주간에 한하여 국가나 지방자치단체가 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에서 입원 또는 진단을 받도록 할 수 있으며(제21조 제1항, 제3항) 입원 및 진단조치시 보호의무자 또는 보호를 맡고 있는 자에게 진단일시 및 장소를 서면으로 통지하여야 한다(동조 제4항).

평가를 위한 시·도지사의 입원조치는 2주간 내의 실질적인 인신구속이라는 결과가 된다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 1980년대 말에 와서 미국에서는 평균 입원기간이 35일임을 감안한다면 단순한 진단을 위한 2주간의 기간은 너무 길다고 할 것이므로 그 기간을 재고할 필요가 있다. 또 평가입원의 경우, 그 수용상태는 다른 입원상태와 엄격히 구분되어야 하고 입원으로 인한 자유의 제한은 단지 입원되어 있다는 것을 제외하고는 원칙적으로 금지되어야 하며 제한하더라도 평가를 위하여 반드시 필요하고 적절한 내용에 국한되어야 한다는 점을 명시하여야 한다.

평가입원이 실질적인 인신구속이 되므로 시·도지사가 평가입원을 결정한 경우, 진단일시·장소뿐 아니라 위험성 판단의 구체적이고 수증할 만한 증거를 보호의무자, 보호를 맡고 있는 자, 평가를 하게 될 정신과 전문의에게 제시하도록 규정하여야 한다. 아울러 시·도지사가 평가입원 신청을 하기 위하여는 반드시 신청 전 5일 전에 1회 이상 정신병환자를 면담하도록 정하는 것이 바람직하다.

평가입원에 이은 강제입원을 하기 위하여는 입원이 필요하다는 2인 이상의 정신과 전문의의 일치된 결론이 있어야 하므로(제22조 제1항), 시·도지사의 진단 및 입원조치 때는 정신과 전문의 2인을 특정하여야 하고 제22조 제21항의 '2인 이상'도 '의뢰를 받은 정신과 전문의 2인'으로 수정하는 것이 바람직하다.

평가입원에 대한 불복절차를 마련하는 것도 필요하다. 입원의 불복절차와 관련해서는 뒤에 살펴본다.

11) 정신질환자의 강제입원 및 퇴원에 대하여

(1) 강제입원의 필요성

정신질환자의 강제입원 근거로는 두 가지 대립된 주장이 있다. 첫째로 정신질환자는 타인을 해할 염려가 있으므로 타인 및 사회를 정신질환자로부터 보호하기 위하여 정신질환자를 강제입원시켜야 한다는 입장으로, 이른바 경찰권의 발동이라고 할 수 있을 것이다. 둘째는 정신질환자가 자신을 해하거나 또는 그 건강이 악화되는 것을 방지하기 위한 것이라는 입장으로 이른바 보호자적 지위(paternalism)에 의한 것이다.

이러한 강제입원의 근거에 대한 상반된 주장은 입·퇴원의 심사 및 입원절

차에 대하여 논리적으로 상이한 견해를 보이게 된다.

경찰권의 발동으로 보는 견해는 강제입원 절차에 형사소송법과 유사한 엄격한 절차를 요구하게 된다. 따라서 입원이유를 절차 개시 때 고지해야 하고, 변호인선임권, 묵비권 등 피의자나 피고인에게 보장되는 제반 절차적 권리가 보장되어야 하고 타인을 해할 위험성의 예측에 대하여도 지금까지 어떠한 행위를 했는가 바로 범죄행위의 입증과 같은 형태로 문제가 된다. 반면에 보호자적 견지에 서게 된다면, 정신병환자의 이익을 위한 것이므로 입·퇴원절차는 행정기관 및 전문가의 판단에 맡기는 재량주의가 주장되고 그 절차적 권리도 형사소송절차와 같은 엄격한 절차를 필요로 하지 않는 것으로 된다.

강제입원의 근거로는 보호자적 견지와 경찰권의 발동을 함께 고려하는 것이 일반적이고(정신보건법안 제21조 제1항 참조) 이 두 가지 입장을 적절하게 조화시키는 것이 바람직하지만 여전히 어느 쪽을 주된 입장으로 할 것인가하는 문제가 남는다. 정신질환자의 병원수용은 ① 들어가기 쉽고 나오기 쉽다, ② 들어가기 쉽고 나오기 어렵다, ③ 들어가기 어렵고 나오기 쉽다, ④ 들어가기 어렵고 나오기 어렵다는 네 가지 모형으로 도식화할 수 있는데, 강제입원을 되도록이면 피한다는 입장이라면 제3의 모형이 바람직하나 제3모형을 택하면 제대로 치료를 받지 못하는 경우가 발생할 수 있으므로 오히려 제1모형이 바람직하다는 것이 정신과 전문가들의 입장인 것 같다. 그러나 어느 모형이 가장 적합한가하는 문제는 치료능력, 병원시설이 수용시설이 아니라 치료시설 내지 사회복지시설로서 어느 정도 기능할 수 있는지 여부, 불법적인 강제입원을 막는 장치들이 실제로 얼마나 제대로 기능할 수 있는지 여부, 강제입원 및 퇴원심사의 공정성과 적정성 여부 등 제반요건에 의하여 결정되어야 한다. 우리나라의 경우, 치료시설 및 사회복지시설의 미비, 치료인력의 부족, 불법적인 강제입원의 만연 등과 같은 여건을 감안한다면 제3모형인 '들어가기 어렵고 나오기 쉬운' 모형이 오히려 적절하다고 생각된다.

(2) 국제연합의 규정과 그 해석

국제연합 인권위원회 산하의 소수자에 대한 차별의 예방과 보호를 위한 소위원회에서 1983년 채택한 "정신질환자 및 정신불안을 겪고 있는 사람들의 보호를 위한 원칙, 지침 및 보증"이라는 지침은 비자발적인 입원에 대하여 "비자발적인 입원은 환자의 인간으로서의 권리와 기본적인 자유에 대한 중대

한 침해이기 때문에, 중대한 정신질환과 정신불안을 겪고 있어 자신 또는 타인이나 사회에 극히 위험하기 때문에 치료를 위하여 입원하여야 한다는 적어도 2인 이상 의사의 추천과 관할법원(a competent court)이나 관할심사위원회(a competent health tribunal)의 결정이 있어야만 비로소 할 수 있다"고 규정하고(제 16조) "환자를 비자발적인 입원환자로 정신병원에 입원시키는 결정은 적절한 준비절차와 그 사안에 대한 적절한 청문을 한 후에 관할법원이나 관할심사위원회에서 해야 한다"고 규정하고 있다(제 17조).

퇴원심사에 대하여는 제22조 제1항이 "환자에 대한 정기적인 사법적 심사(periodic judicial review)가 헌법에 규정되어야 한다"고 규정하고 제2항은 "환자에 대한 비자발적인 입원결정은 합리적인 일정 간격으로 법원에 의하여 심사되어야 하고, 법원이 16조의 요건이 적용된다고 확신할 수 없는 경우에 환자는 퇴원할 권리를 가진다"고 하고 제3항은 "환자는 그의 퇴원을 법원에 정기적으로 신청할 권리를 가진다"고 하고 있다.

(3) 국제인권규약B규약과 그 해석

1976년 규약되고 우리나라도 가입한 국제인권규약B규약(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약) 제9조 제4항은 "체포 또는 구금이 의하여 자유를 박탈당한 자는 법원이 그 구금이 적법인가 여부를 지체없이 결정하는 것 및 그 구금이 적법이 아닌 경우에는 그 석방을 명할 수 있도록 법원에서 절차를 취할 권리를 가진다"고 규정하고 있다.

그런데 정신병환자와 관련한 이 조항의 해석에는 유럽인권재판소가 유럽인권조약 제5조 제4항에 따라 네덜란드에 대하여 결정한 Winterwerp 사건과 X vs. United Kingdom 판결이 참고가 된다. 유럽인권조약 제5조 제4항은 국제인권규약B규약 제9조 제4항과 같은 내용이기 때문이다.

① Winterwerp 사건 네덜란드인 Winterwerp는 1968년 아내의 요청에 의한 지방법원의 잠정명령(provisional order)으로 정신병원에 수용되었고, 그 수용결정은 담당의사의 의학보고를 기초로 당해법원에 의하여 정기적으로 갱신되었다. 이에 대하여 Winterwerp는 자신의 수용명령에 대하여 아무런 통지나 법률적 조언도 받지 못하였고 담당의사의 의학보고를 다룰 기회도 없었다는 이유로 유럽인권조약 제5조 제4항 위반이라고 주장하였다.

심리 진행중에 네덜란드와 Winterwerp는 합의를 하였다. 네덜란드는 병

원에서 정신과 치료를 받았던 환자들이 소규모로 함께 거주하는 개인경영 시설에 Winterwerp를 거주하게 하고 필요한 경우 국립정신병치료소에서 계속 치료하여 주며 일시금으로 10,000길더를 Winterwerp에게 준다는 조건이었다.

결국 일단 합법적으로 입원하게 된 환자라고 하더라도 시간의 경과에 따라 입원조건이 변경될 가능성이 있으므로 정기적으로 심사를 하는 절차가 필요하고 그 절차는 사법적인 절차이어야 한다는 점을 확인한 셈이다.

② X vs. United Kingdom X는 1968년 영국의 셰필드순회재판소에 상해죄로 기소되어 1959년 정신보건법에 의해 의사 2인의 진단에 따라 무기한 퇴원제한명령을 받고 브로드무어특별병원에 강제입원되었다가 1971년 내무장관으로부터 3년의 기간을 두는 조건부 퇴원명령을 받고 퇴원하여 정상적인 생활을 하였는데, 1974년 내무장관은 타인에 대한 상해 위험성을 근거로 브로드무어특별병원에 재입원 조치하였다. 이에 대하여 X는 3년간 정상적인 생활을 한 후에 사법적 심사를 거치지 않고 재입원한 조치는 인신구속의 절차에 반한다고 주장하였다. 이에 대하여 영국은 형사재판소에 의하여 일단 유죄로 인정된 자는 합법적인 구금이 된 것이므로 그 후속의 구금에 대하여는 유럽인권조약 제5조 제4항의 절차를 필요로 하지 않는다고 주장하였다.

이에 대하여 유럽인권재판소는 법원이 당초 구금을 결정하였다고 하더라도 그 이후에 합법성 심사를 면한다고 하는 것은 제5조 제4항의 취지에 반하며 합리적인 간격으로 합법성 심사를 받아야 한다고 판시하면서 무기 또는 장기간 정신의료시설에 강제적으로 구금되어 있는 정신병자는 일정 간격의 자동적으로 사법심사를 행해지지 않는 경우에는 그 구금이 어떤 기관에 의하여 명하여졌는가에 관계없이 합리적 간격으로 그 구금의 적법성을 법원에서 다룰 수 있는 권리를 가진다고 판시하였다. 아울러 법원의 성격에 대하여는 고전적인 의미의 사법법원일 필요는 없지만 행정 및 사건 당사자로부터 독립성을 가지고 문제로 된 자유박탈의 종류에 적합한 사법적 절차의 보장도 가지는 기관이 아니면 안된다고 하였다.

(4) 미국의 경우

강제입원과 퇴원을 사법적 절차에 의해야 한다는 이른바 justice model의 대표적인 나라 미국에서는 일련의 연방대법원 판결로 그 절차와 원칙을 판시

하여 왔다. O'Conor vs. Donaldson 판결은 정신장애라는 이유만으로 강제입원을 정당화할 수 없다고 하였다. 이에 따라 하급심 판결은 정신병환자의 강제입원을 타인을 해할 위험이 있느냐 여부에 의하여만 결정하게 되었고 강제입원 절차에는 형사소송법에 유사한 엄격한 절차가 요구되는 것으로 판결하게 되었다. 이에 따라 정신병원에 입원시키는 것이 매우 엄격하게 되자 형사시설 기타의 시설에 들어가 있는 자 또는 입원되지 않고 거리를 떠도는 자도 증가해왔다고 한다.

미국정신의학협회는 Stone을 중심으로 'The Model State Law on Civil Commitment of the Mentally III'이라는 모범법전을 만들었는데, 이는 justice model의 범위 내에서 가급적 medical model을 받아들이려고 한 것이다. 법원 허가없이 의사의 진단에 의하여 14일 동안 강제입원할 수 있되 5일이 경과하면 환자는 법원의 심사를 청구할 수 있고 법원 심리에 의하여 30일간의 강제입원이 허용되고 그 강제입원의 사유를 엄격하게 규정하고 있다. 또 법원 허가에 의하여 60일을 연장할 수 있고 다시 180일씩 연장할 수 있다고 규정하고 있다.

(5) 영국의 경우

영국은 1959년 정신보건법을 제정하면서 법원에 의하지 않는 강제입원을 인정하였다. 이에 대하여 국내적으로 인권단체의 비판과 함께 전국정신의료협회의 비판이 가해지자 정부는 Bulter위원회를 만들어 조사·검토시켜 1975년 그 보고서가 공표되었다. 네덜란드에 대한 Winterwerp 사건과 X vs. United Kingdom으로 영국은 1983년 정신보건법을 개정하여 대법관이 임명하는 법조인, 의사, 사회인의 3인으로 구성되고 법조인이 주재자가 되는 정신보건심사회(Mental Health Review Tribunal)를 그 심사기관으로 하였다.

(6) 우리나라 정신보건법안의 법정입원에 대하여

법정인원과 그 퇴원심사에 대한 법안 시·도지사는 평가입원의 진단결과 입원이 필요하다는 2인 이상의 정신과의사의 일치된 결론이 있는 경우 지정정신의료기관에 입원조치를 의뢰하고(제23조 제1항) 입원조치시 정신질환자 또는 보호의무자에 대하여 입원이 필요한 사유와 퇴원심사 등의 청구에 관한 사항을 서면으로 통지하여야 한다(동조 제3항). 정신보건심의위원회는 보건사

회부장관 및 시·도지사의 자문에 응하고 부당입원·퇴원심사를 하는데(제24조 제1항), 위원은 정신과 전문의, 판사, 검사 또는 변호사의 자격이 있는 자 및 정신보건에 관한 전문지식과 기술을 가진 자 중에서 보건사회부장관 및 시·도지사가 임명 또는 위촉한다(동조 제3항)고 규정하고 있다. 또한 절차에 대하여도 심사청구자를 환자와 보호의무자로 하고(제25조 제1항), 청구절차 등은 보건사회부령으로 정하며(동조 제2항) 심사를 할 때 당해 심사와 관련된 청구자와 당해 질환자를 의료보호하고 있는 시설의 장(長)의 의견을 청취하여야 하고(제27조 제2항), 관계자의 의견을 청취할 수 있다(동조 제4항)고 규정하고 있다.

문제점과 대안 평가입원에서 살펴본 바와 같이 평가입원을 위한 진단을 정신과 전문의 "2인 이상"에서 "2인의"로 수정하여야 한다.

정신과의사의 진단결과라는 것은 강제입원을 결정하는 근거가 된다. 따라서 평가입원을 의뢰받은 정신과 전문의는 ① 입원이 필요한 구체적이고 명확한 사유, ② 입원기간, ③ 치료방법과 치료계획 등을 명시하여야 한다는 규정이 필요하다.

법정입원의 결정권자에 대하여 일본법과 마찬가지로 우리나라 법안은 시·도지사로 규정하고 퇴원심사는 정신보건심사위원회가 하도록 규정하고 있으나 심사위원을 시·도지사가 임명하도록 하고 있다. 이는 국제인권규약에서 말하는 중립적인 법원이 될 수 없다. 법안에 의하여 강제입원의 결정을 하는 시·도지사는 전문인도 아니며, 중립적인 기관도 아니고 단순한 행정기관에 불과하여 실질적 인신구속을 정당화할 수 없으며, 퇴원청구를 심사하게 될 정신보건심사위원회가 얼마나 독립적이고 실질적인 활동을 할 수 있는지도 의문이다. 특히 자문에 응한다고 규정한 취지로 보아서 더욱 그렇다. 이에 대한 전면적인 재검토가 필요하다.

앞서 말한 바와 같이 우리나라 정신보건 현실에서 들어가기 어렵고 나오기 쉬운 모형을 선택하는 것이 적당하다고 하면 강제입원 절차는 되도록이면 엄격히 규제하고 입원한 환자에 대하여는 퇴원을 할 수 있는 절차를 다각적으로 마련하여야 한다. 결국 입·퇴원절차 모두 법원이나 정신보건심사위원회와 같은 별도의 기구에 의하여 규율되어야 하고 입원을 시·도지사가 결정하도록 해서는 안될 것이다. 그러나 정신보건심사위원회를 별도로 설립하고 이러한 기구에 의하여 입·퇴원절차를 규율하도록 하는 것이 타당한지 여부는

이러한 기구가 제대로 기능할 수 있는지에 의하여 결정될 것이다. 우선 구성과 임명권자는 영국법이 참고가 될 것이다. 그러나 이것이 실제로 기능하기 위해서는 예산과 권한 등이 제대로 확보되어야 한다. 정신보건심사위원회의 실효성있게 기능할 수 있는 여건을 마련하지 않은 채 정신병환자의 입·퇴원 절차를 맡긴다면 인권보호를 할 수 없게 되므로 차라리 전문성의 문제가 있지만 기존의 법원에 그 기능을 맡기는 것이 낫다고 할 것이다.

본 법안은 앞서 말한 바와 같이 심사권자를 대폭 변경하여야 하고 또한 그 절차도 사법심사에 준하게 하여야 한다. 이를 일일이 지적하기는 벅차고 전면적으로 수정되어야 한다. 몇 가지 점만을 지적한다면, 청구절차는 적정절차원리의 본질적인 부분으로 이를 보건사회부령으로 정하여서는 안되고(이는 마치 보석이나 구속적부심 절차를 법무부령으로 정하는 것과 같다) 반드시 모법에 규정하여야 하며 청구시 변호인 선임권을 인정하고 심사위원회는 사법절차와 같은 신문을 할 수 있도록 하여야 하며(단순한 청구가 아니라 감정증인이나 증인 신문과 같은), 환자의 진료기록 및 관계기록에 대한 열람청구권의 강제성, 진료담당의사의 소환신문, 시설의 방문에 의한 검증권한, 심사에 상당한 기일이 소요되고 필요한 경우를 대비한 수용이나 특정치료에 대한 정지를 명하는 임시처분, 특히 부당입원의 경우 그 신속한 심사를 위한 절차, 심의의 공개성 여부 등 수없이 많은 사법적 절차가 필요하다.

처우개선조치의 경우에 특정치료에 대한 거부, 부당한 자유제한의 금지 등을 포함하는 개념으로 해석되나 이를 명시하는 것이 바람직하다.

12) 가퇴원에 대하여

법안은 지정 정신의료기관의 설치·운영자는 환자를 가퇴원시킬 수 있고(제31조 제1항) 가퇴원시 3월기간에 한하여 그 경과를 관찰할 수 있다(동조 제2항)고 규정하고 있다.

가퇴원시킬 수 있는 자를 지정 정신의료기관의 설치·운영자로 규정하고 있으나 구태여 이에 국한시킬 필요는 없으며 정신의료기관, 정신요양원을 포함시켜야 한다.

가퇴원 후 재입원 또는 종국적인 퇴원으로의 이행 여부에 대한 규정이 없다. 이에 대한 명확한 규정이 필요하다.

13) 법정입원의 해제에 대하여

법정입원의 경우 3개월 경과 후 법정입원을 해제하고(제32조 제1항) 2인 이상의 정신과 전문의에 의한 진단 또는 정신보건심의위원회의 심사결과 입원을 계속할 수 있다(동조 제2항)고 규정하고 있다.

3개월 경과 이후에도 2인 이상의 정신과 전문의 진단으로 계속 입원할 수 있다고 하고 있으나 2인 이상의 정신과 전문의의 진단결과를 정신보건심의위원회의 입원계속 결정과 동일시할 수 없으므로 이는 삭제해야 한다. 따라서 3개월 경과 후 시설의 설치·운영자가 자동적으로 심사위원회에 퇴원심사를 청구하도록 규정하는 것이 바람직하다.

자의입원이나 동의입원의 경우에 정신과 전문의가 퇴원결정을 했는데 환자가 퇴원을 포기하는 때에도 심사위원회가 퇴원심사 청구를 하도록 하는 규정이 필요하다. 영국의 정신보건법은 환자가 위원회에 퇴원신청을 할 수 있는 권리를 행사하지 않으면 병원경영자는 첫번째 6개월 후에 그 검토를 위하여 환자의 사례를 위원회에 보내야 한다고 규정하고 있다.

14) 벌칙규정에 대하여

제49조 제1호의 허가없이 요양복지시설을 설치·운영한 자는 제48조에서 규정하고 있는 비밀누설자나 수용시설 이외 시설에 수용한 자와 비교하여 죄질이 훨씬 중함에도 불구하고 경한 처벌을 규정한 것은 형평에 반한다.

제49조 제2호의 정신병자의 유기자에 대한 벌칙은 형법상 유기죄의 형이 3년 이하의 징역, 자기 또는 직계존속을 유기한 경우 10년 이하의 징역임에 비추어 불균형하다.

제49조 제3호 내지 5호는 감금죄에 해당할 수 있는데도 형법 제276조의 5년 이하의 징역형과 비교하여 형평성을 상실하고 있으며, 제50조의 제1항 제6, 7호는 환자의 권익보호와 행동제한의 금지에 위반한 자로서 중대한 범죄행위가 될 수 있음에도 단순히 과태료처분하는 것은 부당하다.

15) 부칙 제2조 정신요양시설의 양성화에 대하여

이는 앞서 살펴본 정신의료시설의 시설기준 등과 연관하여 재검토하여야

하며 현재 요양시설이 매우 열악한 환경임을 고려할 때 선별적으로 양성화하여야 한다. 그러므로 법안의 부칙 규정에 앞서 정신요양시설의 시설현황에 대한 조사·검토가 선행되어 이를 토대로 현재의 정신요양시설을 어떻게 처리할 것인가하는 문제를 결정하여야 마땅하다. 이러한 현실에 대한 조사·검토가 없이 일률적으로 양성화하는 것은 매우 위험한 일이라고 아니할 수 없다. 또한 2년간의 유예기간을 일률적으로 정하는 대신 법에서 정한 시설기준 중 단기간에 갖추 수 있는 것은 먼저 갖추도록 규정하여야 한다.

16) 부칙 제3조 환자에 대한 경과조치에 대하여

강제입원도 3개월 후 해제하도록 규정하고 있는데 1년간의 유예기간은 1년간의 사실상의 인신구속을 허용하는 것으로 매우 무책임한 일이다. 정신요양시설의 양성화에 대하여 설명한 바와 같이 이 문제도 현재 입원되어 있는 환자의 현황에 대한 조사·검토를 선행한 후 이를 토대로 결정하여야 한다. 현실에 대한 조사·검토 없이 일률적으로 양성화하는 것은 매우 위험한 일이라고 아니할 수 없다. 법안 자체만으로 보더라도 법정입원의 해제기간을 3개월로 규정하고 있으므로 1년간의 유예기간은 너무나 장기이므로 시행 당시 3개월이 경과한 환자는 퇴원심사기관에 의한 퇴원절차를 1~2개월 내에 취하도록 하는 것이 입법취지에 부합할 것이다.

17) 보충적으로 규정하여야 할 사항들

정신요양원은 자칫 재활시설이 아니라 수용시설로 변모될 가능성이 높으므로 수용시설화를 봉쇄하기 위하여는 제12조에서 이미 살펴본 대로 그 시설기준을 엄격하게 규정하여야 하며 이를 규정할 때에도 수용시설보다는 재활시설과 재활프로그램의 개발에 주안을 두어야 한다.

환자의 사회복지시설에 대하여는 이를 설치할 수 있고(제7조, 제11조) 이용 및 운영에 대하여 보건사회부령으로 정한다(제11조 제5항)고 규정한 것 외에는 없다. 환자의 재활을 위하여는 사회복지시설과 그 정책적인 면에 대한 상세한 규정이 필요하다.

정신보건사업의 정책개발, 정신병연구, 의료전달체계, 효과적인 치료방법을 연구하는 기관을 설립하고 지원하는 법적 근거를 마련해야 한다.

5. 결론

이상으로 우리나라 정신보건 현실의 몇 가지 핵심적 문제점을 살펴보고 이를 향상시키기 위한 정신보건법의 문제점을 살펴보았다. 그러나 본 법안은 단지 환자를 입·퇴원시키는 절차를 규정하여 입원의 법적 근거를 제시하였을 뿐 환자의 치료와 재활에 관한 규정을 두고 있지 않으며 시설기준 등 핵심적인 문제들을 보건사회부령에 위임하고 있다. 물론 법안에 모든 것을 규정하는 것은 법기술상 어려운 점이 있었지만 하위 법령에 본질적이고 핵심적인 사항들을 위임한 것은 그동안 정신보건정책이 전혀 없었던 결과라고 생각된다.

그리고 정신보건법이 마땅히 해결하여야 할 정신보건 현실의 핵심적 문제인 정신병원의 대형화, 정신병환자의 장기입원으로 인한 수용화현상, 사회복지시설의 미비 등 어떠한 문제도 해결하지 못하고 있다.

따라서 올바른 정신보건법의 제정을 위하여는 다음과 같은 조치가 필요하다.

우선 정신보건 현실에 대한 확실한 조사와 검토를 위하여 정신과 전문의, 법조인을 중심으로 한 조사위원회를 설립하여야 한다. 아무에게도 그 시설을 공개하지 않는, 심지어 국회의원도 출입할 수 없고 오히려 구타당하고 나오는 현 상황을 감안한다면 조사위원회에 필요한 충분한 권한이 부여되어야 하고 정신요양시설이나 정신병원의 경영자와 같은 이해관계인은 배제되어야 할 것이다. 미국에서 모범법전을 제정하기 위한 대통령 직속의 조사위원회, 영국의 1983년 정신보건법 개정 전의 Butler위원회 등과 같은 사례가 이미 있다.

둘째, 조사위원회의 보고서를 기반으로 단순한 입원절차만을 규정하는 것이 아니라 기존 정신의료시설의 전반적 재검토, 환자의 재활을 위한 사회복지정책 등을 포함한 정신보건정책을 수립하고 이에 대한 재원을 확보하여야 한다. 그후에 올바른 정신보건정책을 뒷받침하는 법적 근거로서 정신보건법을 제정하여야 한다.

셋째, 조사위원회의 활동기간 동안 정신병상수는 현재 수준으로 동결하여야 한다.

정신보건법을 제정할 필요성이 있느냐 여부를 묻는 것은 우문에 지나지 않

는다. 정신보건법을 제정할 필요성이 있다고 하고 또한 제정된다고 해서 정신보건 현실이 향상되는 것이 아님은 너무나 명백하기 때문이다. 보건사회부가 1992년 9월 입법예고한 정신보건법안은 단순한 추상적인 개념으로서의 법안일 뿐이며 정책실현이나 정신보건 현실의 향상을 위한 법은 아니다. 정부는 그동안 정신보건 현실을 향상시킬 수 있는 시간을 낭비해왔다. 무엇을 어떻게 하여야 할지는 명백하다. 법제정보다 정신보건 현실에 대한 조사와 검토·연구가 선행되어야 한다. 결국 현실의 조사와 정책 수립을 위한 조사위원회 설립과 정신의료시설의 현 수준 동결을 위한 법을 정신보건법에 우선하여 제정하여야 한다. [변호사]

법률가를 위한 문학작품

안 경 환

1. 머리말

훌륭한 법률가는 속성적으로 훌륭한 문학가가 될 수 없다고 한다. 창작이라는 고귀하고도 고된 작업을 해낼 만큼 법률가는 한가하지도 용감하지도 않기 때문이라고 한다. 이러한 '說'에 대한 구구한 반응이 있을 수 있겠지만 한번쯤 귀담아 들을 필요는 충분하다고 생각된다. 법률가에 대한 이유있는 고발 중의 하나가 지극히 도식적이고도 경직된 사고를 한다는 것이다. 지식인이 갖추어야 할 첫번째 자격요건이 사고의 신축성인 점을 감안한다면 법률가는 지적으로 세상을 선도하는 그룹에 낄 수 없다는 이야기나 마찬가지이다.

법률가의 사고의 폭과 인간의 행태에 대한 이해의 범위를 넓히는 데 문학작품이 절대적으로 기여한다. 흔히 문학작품은 한계상황에서의 인간의 모습을 부각시켜주기 때문이다. 다른 예술도 물론 사고와 가치관의 폭을 넓히는 데 기여하지만 일반 법률가가 쉽사리 접근할 수 있는 예술의 영역이 아니다. 이에 비하면 문학은 훨씬 용이하다. 우선 문자가 매개체인 만큼 통상 문자에 친숙한 법률가에게 매개체 자체가 주는 장애는 없기 때문이다.

그런데, 한 가지 놀라운 사실은 문학사에 흔들리지 않는 위치를 차지하고 있는 대작들은 자세히 보면 거의가 예외없이 법을 다룬 것이라는 점이다. 문

학이 인간의 사회생활에서 발생하는 각종 갈등을 심도있게 천착한 것이고 보면 필히 인간간의 갈등을 조정하고자 탄생한 제도인 법을 다룰 수밖에 없다. 이런 관점에서 본다면 법을 다루지 않고서는 문학작품이 탄생할 수 없다고 해도 좋다. 보다 놀라운 사실은 가장 본질적인 인간과 법의 문제를 다룬 대작은 결코 법률가에 의해 저술되지 않았다는 사실이다. ‘가장 오래된 전문직업’인 법률가에게 걸땀된 것이 철저한 고뇌이기 때문이라고 한다.

이 글에서는 고전적 가치가 다루어지지 않는 일부 문학작품들 속에 법이 어떻게 다루어지고 있나를 살펴본다. 제한된 지면에 제시된 작품은 필자 개인의 제한된 지식과 경험의 범위 내에서 선별된 것뿐이다. 몇 개의 주제로 나누어 다루되 주제의 분류나 문학적 주제를 법의 주제로 “통역(通譯)”하는 과정에서 필자의 자의(恣意)를 제거할 수 없었다.

2. 법의 한계와 인간성의 문제를 다룬 작품

가장 넓은 의미에서 모든 문학작품이 법의 한계와 인간성의 문제를 다룬다고 할 수 있다. 여기에서는 법제도가 인간의 본질적인 문제를 진지하게 다룰 수 없다는 주장은 어쩌면 법에 대한 과도한 기대 때문에 제기되는 것인지도 모른다. 이러한 관점에서 볼 때 법의 한계성에 대한 확인에 불과한 것이다. 상식적인 법제도의 표면적 효력을 인정하면서도 법제도가 구현하는 ‘정의’가 인간의 근본적인 고뇌에 대한 해결책이 될 수 없다는 작가의 메시지를 강하게 읽을 수 있는 작품으로 아래의 세 작품을 소개한다.

1) 허만 멜빌의 「사법서사 바틀비(Bartleby, the Scrivener)」¹⁾

많은 독자들이 『백경(Moby Dick)』의 저자 정도로만 알고 있는 허만 멜빌(Herman Melville, 1819~1891)은 미국문학의 거성인 동시에 법률문학의 대가이다. 『백경』을 제대로 읽은 독자는 우선 책머리에 제시된 ‘문헌부’에 압도된다. 구약성경을 위시하여 엄청나게 많은 서양 고전서에 나타난 고래에

1) 이 글에서 참조한 영문판은 *Bartleby and Benito Cerino*, Dover Publications, Inc. New York(1990)이다.

관한 언급을 망라적으로 검토했다는 것을 알 수 있다. 실제로 멜빌은 이 작품의 집필 준비를 위해 1년 이상 도서관에서 문헌조사를 했다. 작품에 동원된 법률문헌도 상당하다. 포경된 고래의 귀속에 관한 블랙스톤의 학설과 영국법원의 판결을 포함하여, 89장의 “잡힌 고래, 놓친 고래(Fast-Fish and Loose-Fish)” 90장의 “머리나 꼬리냐(Heads or Tails)”는 소설의 전개에 단순히 양념으로 그려진 법률삼화가 아니고 그 자체로도 간명한 일급의 법률리포트다.

『백경』에서 인간성과 제도로서의 법은 부차적으로 다루어졌을 뿐이지만 작품의 주제 자체가 바로 법인 멜빌의 작품으로는 『선원 빌리버드(Billy Bud, Sailor)』(1857)와 『베니또 세리노(Benito Cerino)』(1856)를 들 수 있다. 흔히 미국적인 인물의 상징으로 거론되는 빌리버드는 항해중의 선상에서 일어나는 하극상의 살인이 주제이다. 『베니또 세리노』는 인종적 갈등에 기한 선상반란의 문제를 다룬 것인데 재판기록(deposition)으로 결론부를 맺고 있는 등 법률문헌을 문학작품으로 승화시킨 수작이다.

수많은 멜빌의 소설 중에서도 단편 「사법서사 바틀비」(1856)는 법률가에게는 큰 교훈을 주는 작품이다. 주인공 바틀비는 뉴욕의 월스트리트에서 형평법원(衡平法院) 사건을 전담하는 변호사의 법률사무실에 소송서류의 필사업무를 위해 고용된다. 작품의 화자(話者)인 변호사의 입을 통해 묘사되는 바틀비는 일종의 자폐증 환자이다. 그는 지극히 정직하게, 자신의 필사업무를 성실하게 이행할 뿐 다른 사람의 일에는 전혀 관심이 없다. 그러던 어느날 상식적으로 당연히 필경사의 업무에 속하는 일을 하기를 거부한다. “차라리 않겠다(I would prefer not)”는 말만 되풀이하면서, 고용주인 변호사는 상식인의 양식과 지성인의 교양이 허용하는 한도 내에서 최대한의 호의를 베풀지만 바틀비와의 교감의 채널은 완전히 단절되고 만다. 법률가의 양식에 기초한 적법절차를 최대한으로 준수하고 해고의 통지를 하나 바틀비에게는 무의미하다. 다른 직장의 알선 제의도 마이동풍, 무슨 말에든 오로지 “차라리 않겠다”를 되풀이할 뿐이다. 해고된 상태에서도 자신의 주거지로 불법사용하던 사무실을 떠나지 않는다. 퇴거명령서(ejectment)도 그에게는 단순한 휴지폭일 뿐이다. 고심 끝에 변호사는 사무실을 옮긴다. 물론 새 사무실에는 바틀비의 일자리도 잠자리도 없다. 바틀비는 끝내는 부랑자수용소에 감금되고 그곳에서 일체의 음식마저 거절한다. 그가 죽고난 후에야 비로소 변호사는 바틀비의 전직을 알게 된다. 그는 수도 워싱턴에서 우체국의 주소불명우편물처리과

(Dead Letter Office)의 직원이었던 것이다. 부질없는 인생을 죽음으로 재촉하여 쓴 것은 주소불명의 죽은 편지들이었다. “아, 비틀비! 아, 인간성이여!” 변호사는 비로소 무언가를 깨친다. 그것이 그의 한계이며 법의 한계인 것이다.

멜빌은 법률가와 특별한 인연이 있다. 그가 자신의 첫 작품 「식인종(Typee)」을 헌정한 매사추세츠 대법원장 르무엘 쇼(Remuel Shaw)는 다음아닌 자신의 장인이다. 그가 장인에 대해 가지고 있던 존경심은 청년 칼 맑스가 장인 폰 베스트팔렌(von Westphalen)에 대해 지녔던 존경심에 비견할 수 있다.²⁾ 르무엘 쇼는 당시 연방대법원의 지적 리더였던 조셉 스토리 판사(Joseph Story, 1811~1845 재직)의 사상적 영향권 안에 있던 인물이었다. 멜빌은 장인을 통해 법과 법제도 그리고 당시의 법조인들의 사상과 접할 기회가 많았고 자신의 작품에는 르무엘 쇼와 조셉 스토리의 법사상이 진하게 반영되어 있다.³⁾

특히 멜빌은 장인이 죽고난 후에 그가 남긴 유산으로 생계를 걱정하지 않고 저술에 전념할 수 있었다. 세속적으로 성공한 법률가가 예술가의 창작에 간접적으로 기여한 예이다.

2) 카프카의 『소송(der Prozess)』

프란츠 카프카(Franz Kafka, 1883~1924)는 천재라고 한다. 일반적으로 시와 달리 소설은 영감으로 쓰는 것이 아니라고 한다. 훌륭한 소설은 축적된 인생경험과 고뇌의 사색에 의해 만들어지는 것이다. 그러기에 대작은 생애의 중년 이후에야 탄생한다는 것이다. 이런 관점에서 볼 때 카프카는 예외라고 할 수 있다. 그는 만들어진 작가가 아니라 태어난 작가라고 해야 옳다.

카프카의 작품은 난해하다. 그만큼 그의 작품에 대한 해석도 구구하다. 그의 모든 작품을 법적 관점에서 분석할 수도 있다. 정규의 법학교육을 받아 박사학위를 취득한 바 있고 집필중에도 변호사의 실무활동을 계속하던 그에게, 그 자신은 “인간에 대한 무관심을 체득하기 위해” 선택한 법률가의 직

2) David Mclellan, *Karl Marx: The Legacy*, British Broadcasting Co. (1983) pp. 18~31 참조

3) 자세한 것은 Brook Thomas, *Cross-Examinations of Law and Literature*, Cambridge University Press, 1987, pp. 93~110, 164~182 참조

업이었지만⁴⁾ 의도적이었던 우연이든, 그의 작품의 근처에 법이 진하게 깔려 있는 것은 지극히 당연한 일이다.

크고 작은 카프카의 법률소설 중에 대표적인 작품은 『소송(der Prozess)』⁵⁾이다. 요셉 K는 30번째 생일에 체포된다. 스스로 법치주의 국가에 살고 있다고 확신하고 모든 법은 적당하게 시행되어야 한다고 믿고 있는 K는 자신의 무고함을 입증하고자 백방으로 애쓰나 거대한 사회조직, 법제도, 그리고 세인의 무관심과 냉담 앞에 표류한다. “누군가의 증상에 의한” 것으로만 짐작할 뿐 죄명조차 모른 채 1년에 걸친 가상의 법정 절차 끝에 31번째 생일 전날 밤에 처형된다. 어떤 공적 기관이 자신의 사형을 선고했으며, 자신을 처형하는 사람이 어떤 공적 권위에 의해서 형을 집행하는지도 알 수 없는 상태에서, 자신의 체포자, 판사와 잘 통한다는 변호사, 가장 “용하다는 정평이 있는” 사건브로커인 화가, 이 모든 사람과의 접촉을 통해 K가 얻은 것이라고는 대화가 불가능하다는 사실의 확인뿐이다.

법치국가 시민으로의 양식에다 업무에 관련된 상당한 법적 지식을 보유하고 있기에 거래선으로부터 “변호사”라는 별명을 얻고 있는 K는 자신의 사건이 진짜 변호사를 댈 만큼 중요한 사실이 아니라고 막연히 생각한다. 그러나 사건의 전개과정이 심각하다는 주위사람의 의견과 혈죽을 아끼는 아저씨의 강권 주선에 의하여 경험있는 변호사를 댈다. 그러나 변호사는 자신의 사건에 대해 성의있는 관심을 가지지 않고 소송의 진행과정에 대해서마저도 정확하게 파악하지 못하고 있다. 끝내 K는 어렵사리 변호사의 양해를 구하여 그를 해임한다. 스스로 본인소송에 나서겠다는 결심이다.

성당에서 만난 신부가 들려주는 문지기의 삽화는 이 소설의 주제와도 관련 있다. ‘법 앞에서(vor dem Gesetz)’라는 제목의 별도 작품으로도 알려진 이 삽화는 “법학입문서에 쓰여진 착각”에 대해 이야기하고 있다. 법의 문을 지

4) 이운택 위음, 『카프카의 아포리즘』, 청하(1988), 103쪽 참조

5) 이 작품을 ‘심판’으로 번역하는 사람이 많으나 필자는 ‘소송’으로 번역한다. 소송이 보다 정확한 용어라고 생각되고 법적인 측면에 초점을 맞추기 위해서는 보다 적합하다고 생각되기 때문이다. 또한 카프카의 다른 작품 das Urteil을 ‘판결’로 번역하기도 하나 필자는 이를 ‘심판’으로 번역하는 편이 적어도 법학도의 관점에서는 더욱 편하다고 생각된다. 영어로는 Prozess는 Trial로, Urteil은 Judgement로 각각 번역되었다. 이 글에서는 der Prozess, Reclam Verlag, Leipzig(1990)를 참조했고 영어판으로는 The Trial, Vintage Books, New York, 1964를, 그리고 한국어판으로는 박환덕 역, 『소송』, 어문각(1990)을 참조했다.

키는 문지기 앞에 시골사람이 들여보내달라고 애원한다. 문지기는 지금은 안 된다고 거절한다. 다음 기회에는 들여보내줄 수 있는냐는 물음에 “그럴 수는 있지만 지금은 안돼”라고 대답한다. 문틈으로 법정 안의 동정을 살피는 시골 사람에게 문지기는 어른다. “그렇게 들어가고 싶으면 내 명령을 어기고 들어가봐. 충충시하 문지기일테니. 나는 제일 말단 문지기에 지나지 않아. 모든 방마다 문지기가 서 있는데 안으로 갈수록 더욱 힘센 문지기라는 것을 명심해.”

문지기는 평생을 기다린다. 마침내 시력이 약해져 어둠과 자신의 시력을 구분하지 못하게 된다. 그때 암흑 사이로 여러 겹의 법의 문을 뚫고 한줄기 빛이 새어나왔다. 죽음을 앞둔 그의 뇌리에는 전 생애의 모든 경험이 모여 하나의 질문이 되어 문지기에게 던져진다. “누구나 법을 원하고 있는데도 어찌서 지난 여러 해 동안 나 이외에는 아무도 문을 두드리는 사람이 없는거지요?” 문지기는 사나이의 죽어가는 모습을 확인하고 희미한 청력에 미치도록 큰소리로 외친다. “이 문으로는 당신 이외엔 누구도 들여보낼 수 없었소. 왜냐하면 이 문은 오로지 당신만을 위한 것이기 때문이오. 이제 나도 가야겠소. 그리고 문을 닫겠소.”

생존하고 있는 영국시인 중에 최고의 시인인 테드 휴즈(Ted Hughes, 1930 ~)는 자신의 특허상표인 동물의 비유를 카프카에게 적용했다.

그는 올빼미
 깨어진 날개 밑 겨드랑이에
 ‘인간’이라고 문신한 올빼미
 ‘번쩍이는 벽에 놀라 여기에 떨어졌다’
 마루바닥을 가로질러 썰룩이며 움직이는 커다란 그림자를 만드는
 깨어진 날개.
 그는 절망의 깃털에 싸인 인간⁶⁾

3) 까뮈의 『이방인』

까뮈는 부조리문학(Absurd)의 대표자로 알려져 있다. 순수한 예술적 가치를 추구하는 문학작품과 달리 철학적 가치나 언술을 작품에 반영하기를 시도

6) 이철 편역, 『물방울에게 길을 묻는다』, 『테드 휴즈 시선』, 청하(1985), 153쪽에서 인용

하는 작품은 법률가의 눈에는 지극히 병적으로 보이기까지 한다. 많은 작품이 현실의 법제도를 ‘장치’로 이용하여 전하고자 하는 메시지의 강도를 높인다. 부조리의 사회적 척결을 중대한 이념으로 표방하는 법이 인간사회 그 자체의 부조리에는 속수무책이다.

알베르 까뮈(Albert Camus, 1913~1960)의 대표작 중 하나인 『이방인(L'Étranger)』(1942)⁷⁾을 요약한 「법적사실의 개요」는 살인범의 살인 동기와 사후의 정황이다.

주인공 뫼르소는 제2차 세계대전 이전 프랑스령 알제리에 거주하는 프랑스 청년이다. 양로원으로부터 돌아온 어머니의 사망통지에 대한 그의 태도에서 독자는 그는 과거도 미래도 생각하지 않으며 따뜻한 정감도 거창한 야심도 없는 인간이라는 것을 알 수 있다. 또한 경건한 마음도 없으나 위선적인 가식 또한 없다. 개인적으로나 사회적으로 인간이 지녀야 할 최소한의 양심도 결여된 인간이라는 평가가 가능한 반면 최소한 자신의 감정에 대해 정직한 인간이라는 사실은 인정할 수 있다. 그를 무신론적인 관능주의자라고 규정하는 것도 적합하지 않다. 그는 ‘생의 즐거움(joie de vivre)’을 모르는, 마치 마취상태에 있는 것 같은 수동적인 인간이다.

어머니의 장례 다음날 뫼르소는 새 여자친구 마리와 해수욕을 하고 잠자리를 나눈다. 그녀의 청혼을 받아들이는 데 사랑하지 않는다는 사실을 자인한다. 다른 어떤 여자로부터 같은 이야기를 들었더라도 결혼을 승낙했을 것이라 한다. 결혼 전에, 전혀 신선하지 않은 나날이 되풀이된다. 같은 집에 사는 불량배 친구 레이몽은 아랍인 여자를 정부로 삼았다가 그녀의 오라비와 싸우게 된다. 싸움에 말려들게 된 뫼르소는 나중에 혼자서 권총을 손에 든 채 해변가를 홀로 걷고 있는 자신의 모습을 발견하게 된다. 총알이 장전된 권총은 아직 발사되지 않은 상태였다. 아랍인 하나가 해변에 누워있는 모습을 발견한다. 작열하는 지중해의 태양빛을 받으며 그는 아랍인에게 접근한다. 그 자신이 왜 이런 짓을 하는지 의식하지 못하면서, 상대방은 칼을 빼어들나 공격의 의도는 전혀 보이지 않는다. 신변의 위협을 전혀 느끼지 않았는데도 뫼르소는 권총을 발사한다. 먼저 한 발을 쏜 후, 한참 있다가 연속 네 발의 탄환을. 그는 체포되어 심문을 받는다. 예심판사의 심문과정에서 어머니나 자신이 살해한 아랍인의 죽음에 대해 동정이나 회개의 빛을 전혀 보이

7) 이 글에서의 논의는 기본적으로 이정림 옮김, 범우사(1984)를 대본으로 하여 전개한다.

지 않는 태도, 어머니를 땅에 묻자마자 계집과 놀어난 비윤리적인 행각 그리고 무엇보다도 신의 존재를 부정하는 뻔뻔스런 모습이 집중적으로 부각된다. 재판과정에서 검사는 이와 같은 범인의 “뻔뻔스런 모습”을 배심원 앞에 성공적으로 비추는 작업을 수행한다.

나는 변명을 할까 했으나 모든 것이 귀찮아서 그만두었다. 몇 사람의 증언들—어머니의 죽음에 눈물을 보이지 않았던 일, 시신 앞에서 담배를 피운 일은 나에게 불리하기만 했다. 검사가 무기를 가진 이유를 물었으나 우연이라고 대답했다. 살인이 유를 자꾸만 묻자 나는 “강렬한 햇빛 때문”이라고 대답했다.

마침내 뫼르소는 일급살인죄의 유죄평결을 받고 길로틴에 의한 처형을 당하게 된다. 마지막으로 영혼을 구제하겠다는 신부의 제언에 대해 자신의 죄가 무엇인지 모를 뿐만 아니라 자신은 하나님을 믿지도 않는다고 대답한다. 오로지 모든 일이 잘되고 외롭지 않기 위해서는 자신의 사형집행일에 많은 구경꾼이 증오의 함성으로 자신을 맞아주는 것이라고 한다.

작품 『이방인』을 읽는 법률가 독자는 뫼르소의 재판을 순수한 형사법적인 측면에서 분석할 수도 있다. 그러나 이 법률소설에 나타난 작가 까뮈의 ‘부조리 철학’의 예술적 표현을 주목해야 한다. 인간의 피하지 못하는 숙명, 부조리한 세계를 묘사하기 위해 그는 법과 재판을 도구로 사용했던 것이다. 인간에게 주어졌기에 결코 피할 수 없는 부조리를 대부분의 사람은 느끼지 못한다. 느끼지 못하는 것은 의식이 즐고 있다는 증거이고 이같은 의식은 실존자(實存者)의 의식일 수 없다. 인간이 깊은 잠에서 깨어나 부조리를 완전히 의식할 수 있을 때 비로소 인간은 인간다운 인간이 된다는 숨은 주장을.

3. 법제도 운영에 관한 고발

문학작품에 등장하는 가장 전형적인 모습은 법과 법제도가 표방하는 정의의 이념과 원칙이 결코 실현되지 않는다는 고발이다. 문학작품의 기법상 특성의 하나가 “사실(事實)의 극화(劇化)”에 있는 만큼 고발은 사실적인 감각에서 볼 때는 과장되기 마련이다. 사실적인 요소와 극화의 기법이 성공적으로 결합된 법률소설의 예로 찰스 디킨스(Charles Dickens, 1812~1870)의 『음산한 집(Bleak House)』(1852~1853)⁸⁾을 들 수 있다. 이 작품의 개요에 대해서

는 이미 필자의 법률칼럼집, 『법이라는 이름의 전차』⁹⁾에서 소개한 바 있듯이 재판의 이념 중에 신속성을 외면한 대표적인 경우다. 유연없이 죽은 버밍햄의 한 부호의 유산을 둘러싸고 벌어진 실제사건을 모델로 쓴 이 소설은 당시의 형평법원(High Court of chancery)의 운명에 대한 풍자적이고도 사실적인 고발이다. 형평법원은 국왕의 대리인으로서 찬슬러 경(Lord Chancellor)이 선판례와 경직된 소장(writ)의 양식요건 때문에 정의의 관념에 반하는 결과가 발생함을 막기 위해 탄생한 것이다. 선판례(先判例)의 법원이 아니라 양심의 법원, 정의의 법원으로 탄생한 형평법원이 불의와 자의의 법원으로 전락한 현실을 고발한다.

어두운 세상에 어두운 방법으로 돈을 번 잔다이스란 인물이 남긴 막대한 재산과 유언을 둘러싸고 수십년간 소송이 계속된다. “사건은 한없이 끝었다. 사건의 법적 성격이 너무나 복잡하여 생존한 사람 중에 그 누구도 전모를 정확하게 알지 못했다. 변호사들조차도 5분만 이야기해보면 서로 다른 주장을 하게 된다. 무수한 아이들이 출생과 동시에, 그리고 무수한 젊은이가 결혼과 동시에 사건 속으로 빨려들어왔고, 무수한 노인들이 사망과 동시에 사건에서 빠져나갔다.…… 사건이 끝나면 장난감 흔들목마를 선물받을 것이라며 희망에 부풀던 어린 원·피고는 자라서 진짜 말을 타고 다른 세계로 사라졌다. 수많은 판사가 자리를 들락날락했고, 산더미 서류가 무의미한 죽음의 종이조각으로 변했다. 톱 잔다이스 할아버지가 찬슬러가의 커피집에서 절망 끝에 자살한 사실을 기억하는 불과 몇, 그레도 사건은 끝없는 고리를 법원에 걸치고 있었다.”

그 유명한 안개의 11월 런던날씨의 묘사로 소설은 시작된다. 안개는 음산함과 소송의 예측불가능성을 상징하기에 더없이 적격이다. 900면에 이르는 방대한 분량의 소설은 법조인뿐만 아니라 각계각층의 인물이 등장한다. 이들을 통해 디킨스는 당시의 시대상과 풍물을 상세히 묘사하고 있다. 살인과 범인추적의 과정도 아가사 크리스티(Agatha Christie, 1890~1976)에 비할 수는 없지만 나름대로 박진감 있다. 법률소설 『음산한 집』의 종결은 그야말로 음산함과 불합리의 극치를 보여준다. 반세기 만에 소송은 종결된다. 주인공 에스터의 입을 빌어 마지막 범정의 모습을 살펴보자.

8) 이 글에서의 논의는 Oxford University Press(1977)판을 대본으로 하여 전개한다. 모든 번역은 필자 자신의 것이다.

9) 교육과학사 법학교양총서 제18권(1992)

우리는 반시간 늦게 웨스터민스터 홀에 도착했다. 이미 개정되어 있었다. 문앞까지 숨걸 틈 없이 사람들이 꽉 차 있었다.…… 겨우 비집고 들어가 옆에 서 있는 신사에게 무슨 대단한 사건이냐고 물었다. 바로 잔다이스 대 잔다이스사건이 아주 끝났다는 것이었다.……

만면에 웃음을 띠고 나오는 일단의 가발부대 가운데서 보홀 변호사를 발견했다. “잘 되었어요?” “에-”

원, 피고 누구도 승소하지 못한 채 소송은 종결되었다. 그간 누적적으로 발생한 소송비용(변호사비용을 포함)으로 목적물이 이미 소진되어 본안에 관해 재판할 실익이 상실되었기 때문이라는 것이다.

4. 형사재판

형사재판을 다룬 작품은 무수히 많다. 대부분이 소설이지만 시의 장르로 나타난 경우도 많다. 여기에서는 로버트 브라우닝의 장시 <반지와 책(The Ring and the Book)>과 도스토예프스키의 대작 『까라마조프가의 형제들』에 대해서만 소개한다.

1) 로버트 브라우닝의 장시 <반지와 책>

빅토리아조의 영국시인 로버트 브라우닝(Robert Browning, 1812~1889)의 장시 <반지와 책>(1868~1869)¹⁰⁾은 아내 엘리자베스 바레트(Elisabeth Barrett, 1806~1861) 사후에 8년간의 심혈을 기울여 쓴, 자신의 분신과도 같은 작품이다. 이 작품은 영혼의 동반자였던 아내에 대한 개인적 추억과 내면적 심리분석을 결합시킨 걸작으로 평가된다. 영국의 양대 명문대학 케임브리지(1879년, L.L.D.)와 옥스포드 대학(1882년, D.C.L.)이 브라우닝에게 (명예)법학박사 학위를 수여했는데, 이에 는 <반지와 책>에서의 업적이 크게 고려되었다고 한다.

10) 이 글에서의 논의는 Richard Altick ed., Robert Browning *The Ring and the Book*, Penguinbooks, 1971을 대본으로 하여 전개한다.

이 작품의 저술동기는 두 가지였고 주제에도 각각 반영되어 있다. 첫째 주제는 1698년의 로마에서 있었던 살인사건의 재판과정에 나타난 인간성의 적나라한 고발이다. 두번째 주제는 이 시를 쓰기로 결심하기까지의 브라우닝 자신의 과거사이다. 여기에서 브라우닝은 독자의 호기심을 만족시키기보다는 자신의 감상에 탐닉한다. 이러한 살인과 회상의 이중적 주제의 내부에 독신 생활 10년 동안 브라우닝의 내면세계가 함께 노출된다.

첫번째 주제인 살인재판의 사실적 배경은 다음과 같다.

건달 백작 기도 프란체스키니는 장인 피에트로 콤파르리니와 장모 비올란테 콤파르리니의 딸인 열두 살짜리 소녀 폼필리아를 아내로 맞아들인다. 그런데 알고본즉 폼필리아는 장인의 친자가 아니라는 사실이 밝혀진다. 비올란테가 상속의 목적으로 매춘부의 아이를 남편의 아이로 속이고 입적시켰던 것이다. 포악한 성격의 기도는 어린 아내를 학대하고 이를 견디다 못한 폼필리아는 젊은 사제와 도주한다. 이들은 체포되어 간통의 유죄판결을 받는다. 폼필리아는 수녀원의 보호관찰에 맡겨지나 아이를 출산하여 친정부모에게 보내진다. 이 아이의 아버지는 기도인지 사제인지 분명치 않다. 기만에 분노한 기도는 4인의 “해결사”를 고용하여 장인 장모와 아내를 함께 살해한다. 기도는 공범과 함께 사형선고를 받는다. 교황에의 청원도 받아들여지지 않고 기도는 사형에 처해진다.

이중적 주제는 책 제목에서부터 명백하게 제시되어 있다. ‘반지’란 아내 엘리자베스 바레트가 생전에 끼고 있던 고대 에트루리아 디자인의 반지를 의미한다. 이 반지는 희랍어로 “영원히(AEI, evermore)”라는 글자가 각인되어 있었는데 아내의 사후에 브라우닝은 자신의 시계줄에 달아 지녔던 것이다. ‘책’이란 아내와 함께 피렌체의 야외시장을 걷다 어느 고물상에서 발견한 황색표지의 책을 의미하는데, 이 책은 다름아닌 기도재판의 전모를 기록한 서류철이었던 것이다. 장시의 첫머리는 반지와 책에 담긴 자신의 향수와 감상의 회고로 시작한다.

총 4권, 12부, 1만 6천 행의 방대한 분량은 밀턴(John Milton, 1608~1674)의 『실락원(Paradise Lost)』(1667)의 3배에 해당한다. 브라우닝은 살인재판의 진행과정에 따라 주범 기도의 심리변화와 재판에 관련된 인물들의 태도를 시어(詩語)의 마술로 묘사하고 있다. 기도의 행위에 대한 세인의 엇갈린 평가를 대립, 복합적으로 제시하며 화자 스스로는 가급적으로 직접적인 평가를 자제하고 있다. 2권에서 4권에 걸쳐서 등장하는 세 가지 목소리를 통해