

# 이달의 민변

97년 8월호(통권 제11호)

---

- 특집 1. 국가기밀  
2. 정치개혁입법

자료 5.18 관련자 사면 관련 공청회 발제문

동천두봉

# 이달의 민변

97년 8월호

민주사회를 위한 변호사모임

차례 (97년 8월호)

시론 네 혈관에 피가 된 이 강물을 - 조성래 • 4

특집1

국가기밀 "국가기밀"에 관한 최근 판례의 흐름과 평석 - 이석태 • 9  
미국의 국가기밀 누설에 관한 법적 사례 - 장호순 • 25  
독일형법상 국가기밀 보호 - 박달현 • 30

특집2

정치개혁입법 공직선거 및 부정선거 방지법 개정안 - 최승수 • 54  
대선TV토론 주관기구 설치를 위한 선거법 개정방안 - 박형상 • 73  
올바른 정치개혁을 위한 정치관계법의 개정 청원서 - 민주연대 • 78  
특별검사의 직무등에 관한 법률 입법 청원서 - 민변·참여연대 • 88

위원회 소개 정보통신위원회 소개 • 94

나의 유학기 라드클리프 카메라를 회상하며 - 김계완 • 96

인권영화 소개 민주주의와 포르노 - 이형근 • 100

서평 『법은 무죄인가』 - 노경희 • 108

테니스대회 참가기 网球遊樂 - 조상희 • 111

이달의 법

피고인석에서 본 재판	치열한 대치가 끝난 후에 - 이종성 • 113
민변 연수기	서울법대생 97년 민변연수 평가서 - 강아람 외 • 116
자료 및 성명서	
5.18 관련자 사면 관련 공청회 발제문	사면권의 본질과 한계 - 김종서 • 125 5.18 관련자 사면에 대한 법적 고찰 - 박연철 • 133
국제연대위원회 발제문	청소년 사법제도 운영에 관한 국제연합 최소규칙(북경규칙)과 평석 - 차지훈 • 143
통일위원회 발제문	북한의 변호사제도 - 김진욱 • 150
기타	최근 시국공안 관련 대량구속사태와 인권침해사건에 관한 보고서 - 민가협 • 154 사회복지사업법 입법(안) - 민변동 • 158 국가안전기획부법에 대한 위헌심판청구등에 관한 헌법재판소 결정문 • 170
사무국 보고	• 176
공개서한	국가안전기획부법의 재처리를 촉구합니다 • 180 국가안전기획부법에 대한 위헌심판청구등에 관하여 신속한 결정을 촉구합니다 • 181

# 내 혈관에 피가 된 이 강물을

조성래

“보아라 신라 가야 빛나는 역사  
 흐른 듯 담겨 있는 기나긴 강물  
 잊지 마라 예서 자란 사나이들아  
 이 강물 내 혈관에 피가 된 줄을  
 오 낙동강, 오 낙동강  
 끊임없이 흐르는 전통의 낙동강”

이 노랫말은 6.25 사변때 노산 이은상이 작사한 것이다. 노산은 벌써 40여년 전 이 강물이 우리의 혈관에 흐르는 피가 되고 뉘이 된다고 노래했다.

그런데 그로부터 40여년이 지난 오늘, 우리의 낙동강은 어떻게 변화였는가. 놀랍게도, 낙동강은 1년 365일 중 불과 20여일만 2급수를 유지할 정도로 극심한 오염상태에 시달리고 있다. 지금까지 낙동강의 수질 관리를 책임지고 있는 정부는 낙동강의 중상류에 폐놀·벤젠·톨루엔·디클로로메탄과 같은 유독성 물질과 악성 폐수를 대량 배출하는 대단위 공단을 조성해옴으로써 1991년 폐놀에 의한 낙동강 식수오염사태, 1992년 대구 비산 염색공단 폐수 무단 유출사태, 1994년 1월 암모니아·벤젠·톨루엔에 의한 식수오염사태, 1994년 6월 디클로로메탄에 의한 식수오염사태 등 살인적인 낙동강 식수오염사태가 끊임없이 일어나게 하였다.

낙동강 물금원수를 취수원으로 사용하고 있는 부산의 경우, 1990년 1월경부터 1997년 1월경까지의 월별 통계수치에 의하면 BOD 기준 3급수 이하인 3.0PPM을 넘지 않은 경우란 거의 없다고 하여도 지나친 말이 아니며, 매리취수장의 일별 통계수치에 의하면 '공업용수 2급수'인 경우가 93년은 11일, 94년은 12일, 95년은 71일, 96년은 33일 이상이고, 그 최대치는 보통 BOD 7PPM을 초과하고 있는 실정이다. 부산시민들은 이와 같이 공업용수밖에 사용할 수 없는 물을, “고도의 정수처리가 되었다”고 하여 여기에 상응하는 수도료를 꼬박꼬박 내고 마시

고 있는 형편이다. 당초부터 사람이 마실 수 없도록 규정된 공업용수를, 아무리 고도의 정수처리를 하였다 고 하여 마실 물로 쓸 수 있는 것인가. 이는 마치 하수를 정수처리하였다 고 하여 음용수로 쓸 수 없음과 마찬가지로 이치이다.

일컬어, 천만 영남주민의 식수원이라고 하는 낙동강물이 사실은 일년 내내 2급수도 안되는 물인데, '정수처리'란 이름 아래 먹고 마셔야 한다니 부산·경남의 주민은 대한민국의 3등국민이란 말인가.

불과 40여년 전 노산이 민족의 젖줄이라고 노래한 그 맑았던 강물이 불과 20~30년만에 먹빛 폐수로 변해버린 것은 누구의 책임인가.

이 강물을 자연 그대로 보존하는 것은 우리의 책임이다. 개발이익이라는 단견적인 논리로 후세에 물려줄 가장 큰 유산인 이 강물을 훼손할 수는 없다.

여기에는, 이 강물은 우리의 생존뿐만 아니라 후대의 생존문제가 달려 있는 것이다.

자연은 그 자체 하나의 생명체다. 풀 한 포기, 나무 한 그루, 한 방울의 물, 한 모금의 공기도 그냥 얻어지거나 생겨난 것이 아니다. 우리는 모두 자연과 더불어 살아가는 공존의 길을 진지하게 모색해야 한다.

자연 앞에 더욱 겸손해야 한다.

특집

⋮

### “국가기밀”에 관한 최근 관례의 흐름과 평가

## 1. 국가기밀 2. 정치개혁입법

#### 1. 국가기밀에 관한 최근 관례의 흐름과 평가

국가기밀에 대한 관례의 흐름은 1987년 헌법 개정 이후에 크게 변모하였다. 1987년 헌법 개정 이전에는 국가기밀에 대한 관례가 매우 엄격하여, 국가기밀에 대한 공개가 거의 없었다. 그러나 1987년 헌법 개정 이후에는 국가기밀에 대한 관례가 매우 완화되어, 국가기밀에 대한 공개가 많이 이루어졌다.

이러한 관례의 변화는 국가기밀에 대한 국민의 접근을 용이하게 하려는 의도에서 비롯되었다. 국가기밀에 대한 국민의 접근은 국가의 투명성을 높이고, 국민의 알 권리를 보장하는 데 기여할 수 있다.

그러나 국가기밀에 대한 관례의 변화가 무조건적으로 바람직하다고 보기는 어렵다. 국가기밀에 대한 무분별한 공개는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 정치개혁입법과도 밀접한 관련이 있다. 정치개혁입법은 국가의 투명성을 높이고, 국민의 알 권리를 보장하는 데 기여할 수 있다. 따라서 정치개혁입법은 국가기밀에 대한 관례의 변화를 촉진할 수 있다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다. 국가기밀에 대한 관례의 변화는 정치개혁입법과도 밀접한 관련이 있다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다. 국가기밀에 대한 관례의 변화는 정치개혁입법과도 밀접한 관련이 있다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다. 국가기밀에 대한 관례의 변화는 정치개혁입법과도 밀접한 관련이 있다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다. 국가기밀에 대한 관례의 변화는 정치개혁입법과도 밀접한 관련이 있다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다. 국가기밀에 대한 관례의 변화는 정치개혁입법과도 밀접한 관련이 있다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다. 국가기밀에 대한 관례의 변화는 정치개혁입법과도 밀접한 관련이 있다.

국가기밀에 대한 관례의 변화는 국가의 안전과 이익을 위협할 수 있다. 따라서 국가기밀에 대한 관례의 변화는 신중하게 이루어져야 한다.

# “국가기밀”에 관한 최근 판례의 흐름과 평석

이석태

## 1. “국가기밀”에 관한 최근의 하급심 판례와 대법원 전원 합의제 판결

국가보안법 제4조 제1항 제2호 '나' 목이 규정하는 “국가기밀” 탐지 수집죄로 기소된 사건에서 최근 하급심 판결은 이런 경우에는 유죄, 저런 경우에는 무죄라는 식의 엇갈린 판결을 선고해왔다.

예를 들면 서울지방법원 제21형사부는 지난 4월 3일 『월간조선』 1994년 2, 4월호, 『신동아』 1994년 3, 4월호, 『월간 말』 1994년 3월호, 『한겨레 21』 창간호에 실린 시사적인 기사내용을 탐지 수집하여 반

국가단체로부터 지령을 받은 자에게 전달하였다 하여 “국가기밀” 누설죄로 기소된 사건에서, 『월간조선』과 『신동아』에 실린 내용은 “국가기밀”이 아니라 하여” 무죄를 선고하고, 『월간 말』과 『한겨레 21』 창간호에 실린 내용은 “국가기밀”에 해당된다 하여” 유죄를 선고했다(96고합1238 판결).

서울지방법원 제23형사부는 위 판결 후 한달 보름 남짓 뒤인 5월 20일 북한으로부터 지령을 받은 사람에게 불교도인 피고인이 국내 재야단체에서 활동하면서 얻은 내용과 신문, 잡지의 보도내용을 토대로 알게 된 국내상황을 설명해주었다는 부분과<sup>3)</sup> 「불교

1) 「벌써부터 북한의 핵공격이 남한 사회에 먹혀들고 있다」는 제목의 북한 핵관계 내용, 한국의 외교정책, 국내정치 상황에 관한 기사들이다.

2) 「제2의 한국전쟁 노리는 클린턴 시대 미군산 복합체」라는 제목과 「이창복, 황인성, 최규엽의 전국연합계기선언, 정책대안 개발, 정치역량 강화에 힘쓰겠다」는 제목의 『월간 말』지 기사와, 「북미협상용인가 한국압박용인가」라는 제목과 「당신도 상도동인가」라는 제목의 『한겨레 21』 창간호 기사가 문제되었다. 재판부는 『월간조선』과 『신동아』의 기사에 대하여는, “국내언론이 정치·경제·사회·문화의 각 분야에 관한 국내의 상황을 일상적으로 취재·정리하여 보도하거나… 이에 대한 견해나 입장을 밝힌 것이거나 일반적인 사회현상이나 정부시책에 대한 현실적 주장 또는 비판적 시각을 담은 것에 지나지 아니하여 우선 그 내용이 의형에 있어 국가의 안전과 관련된 객관적인 사실이나 구체적인 실체 또는 지식을 포함하는 것이라 할 수 없다”고 무죄 이유를 설명했다.

그러나 이런 무죄 이유는 월간말과 한겨레 21 창간호에도 그대로 적용할 수 있는 것이어서 의문이 있고, 무엇보다도 국가기밀의 첫번째 요소인 “비공지성” 여부를 판단하지 아니한 잘못이 있다.

3) “송월주 조계종 총무원장이 노동자가 조계사 경내로 들어왔을 때 경찰을 들어오게 했다. 경찰을 사찰경내로 들어오게 하여 사람을 다치게 한 것은 불자의 길이 아니다”라는 등의 말을 북한 조선 불교도연맹 중앙위원회 위원에게 했다는 것이 공소사실

인권위원회 활동 보고서」 3권 및 재야운동권의 활동 상황을 전달해주었다 하여<sup>4)</sup> 역시 “국가기밀” 누설죄로 기소된 사건에서, 국내의 신문·잡지 내용을 개괄적으로 설명해주었다는 부분에 대하여는 무죄를 선고하고, 「불교인권위원회의 활동 보고서」등을 전달 해주었다는 부분에 대하여는 유죄를 선고했다(96고합 1246, 97고합149 병합 판결).

그런데 이에 앞서 서울고등법원 제3형사부는 2월 20일 반국가단체인 구국전위에 가입하고 그 구성원으로서 국가기밀인 순창농민회 활동사항을 누설하였다는 혐의로 기소되어 1심에서 모두 유죄판결을 받는 사건에서, 구국전위에 가입하였다는 증거가 없고 순창농민회의 활동사항은 도저히 “국가기밀”에 해당되지 않는다는 이유로 모두 무죄 판결을 선고하였다(97노2721 판결).<sup>5)</sup>

이처럼 하급심에서 “국가기밀”에 관한 유·무죄의 판단이 엇갈리게 된 까닭은 뒤에서 보는 바와 같이 헌법재판소가 1997년 1월 16일 “국가기밀”의 해석을 종래의 대법원 판례와 달리 엄격하게 해석하는 한 정합한 결정을 선고하였기 때문이다.<sup>6)</sup>

즉 과거 같으면 종래의 대법원 판례에 따라 으레 유죄판결이 선고되었을 것을 헌법재판소의 영향을 받아 위와 같이 일부 무죄의 판결이 나오게 된 것이다. 다만 헌법재판소의 결정이 난 후 아직 그에 관한

대법원의 입장이 판결로서 표명된 바 없기 때문에 통상 대법원의 판례를 따르는 하급심으로서 그 판결이 서로 엇갈린 양상으로 나타난 것처럼 보인다.”

따라서 대법원이 헌법재판소의 결정에 따를 것인지 아니면 종래의 입장을 고수할 것인지 귀추가 주목되는 상황에서 지난 7월 16일 “국가기밀”에 관한 전원합의체 판결이 선고되었다(97도985 판결).

이 사건에서 피고인은 반국가단체의 지령을 받은 사람으로부터 다시 지령을 받아 심수회에 걸쳐 국내 일간지와 『월간 말』등 잡지, 방송 등을 통하여 수집한, 재야 운동단체들과 범민련 남측본부 인사들의 재판 상황 등을 전달하였다 하여 “국가기밀” 누설죄로 기소되었는데, 대법원은 종전판례를 변경함과 아울러 유죄판결을 선고한 원심판결을 파기하면서 국가보안법 제4조 제1항 제2호 ‘나’ 목이 규정하는 “국가기밀”을 다음과 같이 해석하였다.

“국가보안법 제4조 제1항 제2호 ‘나’ 목에 정한 기밀을 해석함에 있어서 그 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내

요지이다. 재판부는 “국가기밀”에 해당하기 위하여는 그 내용이 객관적으로 국가의 안전에 대한 불이익 방지에 필요한 실질을 구비한 ‘실질비’ (實質秘)여야 하는데, 공소사실에 기재된 부분은 객관성과 구체성을 현저히 결여한 피고인의 의견이나 평가 또는 추측에 불과하므로 “국가기밀”이 될 수 없다고 판단했다.

- 4) 담당 재판부는 「불교인권위원회의 활동 보고서」 내용과 「한국통신 노조간부 명단」 등이 “국가기밀”에 해당된다고 본 것인데, 이 내용들이 어찌서 ‘실질비’에 해당하는지 이해하기 어렵다.
- 5) 이 판결에서 주목되는 점은 무죄의 근거로 다음과 같이 헌법재판소의 결정을 직접적으로 인용하였다는 것이다. “따라서 이러한 관점에서 위 ‘나’ 목 소정의 “국가기밀”은 ‘일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼만한 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식’ 이라고 한정적으로 해석해야 마땅하다(헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바 6. 26., 93헌바 34, 35, 36 결정참조)고 당원은 판단한다.”
- 6) 뒤의 7항 참조.
- 7) “국가기밀”이 되기위하여는 ‘비공시성’, ‘실질비성’ 과 ‘국가안전에 대한 명백한 위험성’ 이 요구되는데, 하급심 판결은 ‘비공시성’에 대한 판단을 의도적으로 생략하였다.

용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 할 것이다.”

따라서 앞서 인용한 “국가기밀”에 관한 유죄판결들은 위 전원합의체 판결의 취지에 따라 앞으로 모두 무죄로 변경되어야 할 것으로 생각된다.

## 2. 국가보안법 제4조 2항 제1호 ‘나’ 목이 규정하는 “국가기밀”의 입법 연혁과 국가기밀 관련 규정

### 가. 입법 연혁

국가보안법이 처음 제정된 것은 1948년 12월 1일이었으나 “국가기밀”에 관한 규정이 신설된 것은 1958년 12월 26일 전면 개정된 국가보안법 아래서였다.<sup>8)</sup> 즉 개정 국가보안법 제4조는 “국가기밀”에 관하여 “본 법에서 국가기밀이라 함은 정치, 경제, 사회, 문화, 군사등 국가방위상의 이익을 위하여 외국 정부와 적에게 비밀로 보지할 것을 요하는 문서, 도화 기타의 물건, 사실 또는 정보를 말한다”고 정의하고, 제11조 1항과 2항에서 적을 이롭게 할 목적으로

국가기밀을 탐지, 수집, 누설 등을 한 자에 대하여는 사형 또는 무기 징역에 처한다고 규정하였다.<sup>9)</sup> 위와 같이 전면 개정된 국가보안법은 다시 1960년 6월 10일과 1962년 9월 24일에 개정되었는데, 형법상의 간첩죄를 국가보안법상의 처벌 조항으로 넣어 제2조에서 “군사목적수행”이라는 표제로 “반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적 수행을 위하여 형법 제92조 내지 제99조에 규정된 행위를 한 때에는 그 각 조에 규정된 형에 처한다”고 규정하는 한편, 제3조 제1호에서 국가기밀에 관한 정의를 두지 아니한 채 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적 수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하거나 누설을 한 때에는 “일반목적수행”이라 하여 사형 또는 무기징역에 처한다고 규정하였다.

그후 국가보안법은 신군부 세력이 집권한 1980년 12월 31일 다시 전면 개정되어 “국가기밀”에 관한 규정은 조문의 위치가 변경되는 한편 형법상의 간첩죄를 포함하여 제4조 제1항 제2호에서 “형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지, 수집, 누설, 전달, 중개”한 때에는 사형 또는 무기 징역에 처한다고 함으로써 처벌행위의 유형을 일부 확장하였다.

이처럼 국가기밀에 관한 가벌행위의 유형이 확장된 국가보안법은 다시 1991년 5월 31일 개정되어 현

8) 제헌의회 당시 국가보안법 제정을 반대한 김옥주 의원의 발언은 다음과 같다.  
 “국가보안법은 포악무도한 일제 침략주의의 흉검이라 할 수 있는 치안유지법과 똑같은 비민주적 계국주의 잔재의 하나라고 볼 수 있습니다. 이제 우리가 민주독립국가를 재건하는 이 마당에 ... 계국주의 잔재 폐물은 용납할 수 없습니다”(박원순, 『국가보안법 연구 1』, 증보판, 역사비평사, p. 88에서 재인용).

9) 이 개정은 1958년 12월 24일, 강력하게 반대하는 야당의원들을 폭력적으로 감금하고 자유당 의원들만으로 국회 본회의 결의가 이루어졌기 때문에 ‘2·4파동’ 또는 ‘보안법 파동’이라 불리었다.  
 특히 국가기밀 개념이 확대된 데 대하여 당시 국회 법사위에서 열린 공청회에서 이병한 변호사는 “이같은 개념 하에서는 우리는 단 하루도 범죄하지 않고서는 살아나갈 수 없다는 결론에 도달한다. 관청이나 정당단체 또는 개인에 대한 정보를 수집하는 것도 가벌행위로 규정하고 있는데 정치활동이나 정당운동에 종사하는 사람들이나 신문기자의 입장에서 보면 소위 요인이나 관청의 동향, 정당·사회단체의 움직임을 파악하지 않고서는 도저히 활동을 전개할 수 없고 그 사회적 기능을 다할 수 없는 것이다” 라고 개정안의 국가기밀 관련 조항이 내포하고 있는 폐해를 지적하였다(박원순, 앞의 책, p. 151에서 재인용).

제에 이르고 있는데,<sup>10)</sup> 종전에 “국가기밀”로만 규정 하였던 것을 “군사상 기밀”과 “국가기밀”로 나누고, 제4조 제1항에서 “반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다”고 규정하면서, 같은 항 제2호에서 이를 ‘가’목과 ‘나’목으로 분류하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지, 수집, 누설, 전달하거나 중개할 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.

가. 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

나. 가목 외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.”

이상의 국가기밀에 관한 국가보안법의 입법 연혁 및 변천과정을 살펴보면, “국가기밀”의 개념이 처음 입법 당시에는 “국가방위상의 이익을 위하여 외국정부와 적에게 비밀로 보지할 것을 요하는” 것으로 한정적으로 규정되어 있었고, “국가기밀”과 “정보”를 법문에서 구별하고 (1958년의 국가보안법 제12조)<sup>11)</sup> 있었으나, 그 뒤 이를 폐지하고 점차적으로 그 적용 범위를 넓혀온 것을 알 수 있다.

### 나. 관련 법규

위와 같이 국가보안법상 그 탐지등의 경우 엄한 처벌이 예정되어 있는 군사상 기밀 또는 국가기밀 등을 구성요건의 하나로 규정하고 있는 관련 법규의 예를 들면 아래와 같다.

#### (1) 형법

제98조 제1항: 적국을 위하여 간첩하거나 적국의 간첩을 방조한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제2항: 군사상의 기밀을 적국에 누설한 자도 전항의 형과 같다.

제127조: 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

#### (2) 군사기밀 보호법

제2조(정의): 이 법에서 “군사기밀”이라 함은 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위험을 초래할 우려가 있는 군관련 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체 기록 또는 물건으로서 군사기밀이라는 뜻이 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가 행하여진 것과 그 내용을 말한다.

제12조 제1항: 군사기밀을 탐지 또는 수집한 자가 이를 타인에게 누설한 때에는 1년 이상의 유기 징역

에 처한다 등.

#### (3) 군형법 제13조

제1항: 적을 위하여 간첩한 자는 사형에 처하고 적의 간첩을 방조한 자는 사형 또는 무기 징역에 처한다.

제2항: 군사상의 기밀을 적에게 누설한 자도 전항의 형과 같다.

### 3. 종전 대법원 판례의 경향

가. 1980년 개헌 전의 국가보안법상 국가기밀에 관한 대법원 판례

위에서 인용한 바와 같이 1980년 국가보안법이 개정되기 전의 규정상 국가기밀을 탐지 또는 수집한 죄에 대하여는 동법 제2조에 따라 형법 제98조를 적용하는 경우와 국가보안법 제3조에 의한 국가기밀을 탐지 또는 수집하는 등의 죄가 따로 규정되어 있었는데, 양자의 차이는 전자의 경우는 그 형이 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하게 되어 있었는데 반하여, 후자의 경우는 사형 또는 무기 징역에 처하는 것으로 규정되어 후자의 형이 더 무거웠다.

이처럼 똑같이 국가기밀을 탐지 또는 수집하는 등의 죄로 규정되어 있음에도 불구하고 형이 차이가 나는 것을 바탕으로하여 대법원은 1974. 7. 26. 선고 74도1477 전원합의체판결로 다음과 같이 양 죄를 구별하였다.

“형법 제98조 제1항의 간첩죄의 구성요건에 관하여 당원은 정치, 경제, 사회, 문화 등 국가의 모든 사항이 국

사력에 직결되어 있는 현대전의 양상 아래에서는 고유 의미의 군사상의 기밀 뿐만 아니라, 정치, 경제, 사회, 문화 등 국가의 모든 사항에 관한 기밀은 동시에 군사상의 기밀에 속한다는 취지로 누차 판례를 반복하고 있는 바이므로, 국가보안법 2조, 형법 제98조 제1항의 간첩이란 위 실시와 같은 모든 국가기밀을 탐지 수집하는 행위라고 볼 것인바, 한편 국가보안법 제3조 제1호에서는 별도로 국가기밀을 탐지 수집하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있고, 그 법정형에 있어 형법 제98조 제1항의 간첩죄는 사형, 무기징역 또는 7년 이상의 유기징역이고, 국가보안법 제3조 제1호에서는 사형 또는 무기징역이라고 규정하여 그 법정형을 달리하고 있으므로, 국가보안법 제3조 제1호에서 말하는 국가기밀과 국가보안법 제2조 형법 제98조 제1항이 뜻하는 국가기밀과는 그 기밀의 중요성과 가치의 정도에 차이가 있는 것으로 보아 전자에 있어서의 국가기밀은 후자에 있어서의 국가기밀보다 고도의 국가기밀을 뜻하는 것으로 해석함이 타당할 것이다.”

이에 따라 1980년 개정 이전의 국가보안법이 적용되는 사건에서는 대법원이 예컨대 “누구나 쉽게 지득할 수 있는 내용”은 국가보안법 제3조 제1호가 규정하는 “국가기밀”이 아니라고 일관되게 판시하였다.<sup>12)</sup>

나. 1980년 개헌 이후의 대법원 판례

과거 국가보안법 제2조 또는 제3조의 적용이나에 따라 국가기밀의 중요성과 가치를 다르게 평가하던 대법원 판례는 1980년 국가보안법이 개정되어 제4조 제1항 제2호에서 “형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지, 수집, 누설, 전달, 중개하거

10) 헌법재판소는 1990년 4월 2일 국가보안법 제7조에 대한 헌법소원 사건에서 “국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정은 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본 질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소 적용되는 것으로 해석한다면 위헌되지 아니한다”고 한정합헌 결정을 하였다(89헌가 113 결정). 이 결정에 따라 그동안 빈번하게 남용되었던 일부 조항이 개정되었고, 확대해석을 금하는 원칙이 신설되었다.

11) 제12조(정보수집) ① 전조의 경우를 제외하고는 적을 이롭게 할 목적으로 국가의 정치·경제·사회·문화·군사에 관한 정보를 수집한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ② 적을 이롭게 할 목적으로 관공서, 정당, 단체 또는 개인에 관한 정보를 수집한 자도 전항의 형과 같다. ③ 전 2항의 정보가 공표되지 아니한 것일 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

12) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1730 판결 등.



나 폭발물을 사용한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다"고 포괄적으로 규정하게 되자, 형량이 사형 또는 무기징역으로 높아졌음에도 불구하고, 국가기밀의 개념과 적용범위를 제한 없이 넓게 해석하기 시작하였다. 즉 "국가보안법 제4조 제1항 제2호 소정의 국가기밀이라 함은 순전한 의미에서의 국가기밀에 한하지 아니하고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관한 국가의 모든 기밀사항이 포함되며, 그것이 반국가단체인 북한에게는 유리한 자료가 되고 우리나라에는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다"(1991. 12. 24. 선고 91도2495 판결) 등의 판례가 그것이다.

이와 같은 대법원의 해석은 위 전원합의체 판결이 있기 전의 "국가보안법 제3조 제1호에서 말하는 국가기밀 중에는 비록 그 내용이 우리 대한민국에 있어서는 상식에 속하는 것이라 할지라도 반국가단체를 위하여서는 유리한 자료가 될 경우에는 이러한 사실도 여기에 포함된다고 보는 것이 상당하다"고 하는 과거의 대법원 판례<sup>13)</sup>로 회귀한 것이다.

#### 다. 1991년 5월 31일 개정 이후의 대법원 판례

헌법재판소는 1990년 4월 2일 국가보안법 제7조 제1항, 제5항에 대하여 한정합헌 결정을 하였는데, 이에 따라 국가보안법은 1991년 5월 31일 일부 조문이 개정되었다. 당시 개정되어 현재에 이르고 있는 국가보안법 제4조 제1항 제2호는 국가기밀을 '가 목

과 '나' 목으로 나누어 규정하고 있는데, 대법원은 1991년의 개정 이후에도 여전히 1980년에 개정된 국가보안법상 국가기밀에 관한 종전 판례의 입장을 그대로 유지해왔다. 즉 1995년 7월 25일 선고된 95도1148 판결에서 대법원은 "국가보안법 제4조 제1항 제2호 '나' 목 소정의 국가기밀이라 함은 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익을 위하여 필요한 모든 정보자료로서, 순전한 의미에서의 국가기밀에 한하지 않고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관한 국가의 모든 기밀사항이 포함되며, 그것이 국내에서의 적법한 절차를 거쳐 널리 알려진 공지의 사항이라도 반국가단체인 북한에게는 유리한 자료가 되고, 대한민국에게는 불이익을 초래할 수 있으면 국가기밀에 속한다"고 판시한 바 있는데, 이와 같은 해석이 1997년 7월 16일의 전원합의체 판결이 있기 전까지 선고되어온 대법원의 일관된 판례이다.<sup>14)</sup>

따라서 이와 같은 대법원 판례의 해석에 따르면 국가기밀의 범위가 무제한적으로 확장되므로 법문상의 "기밀"이라는 말은 특별한 의미가 없게 되어 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 접촉하는 사람은 (상호 의사소통을 완전히 단절하지 않는 한) 필연적으로 국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목 소정의 국가기밀을 탐지, 수집, 누설, 전달 또는 공개한다고 하는 어느 하나의 행위로 처벌될 수밖에 없었다.<sup>15)</sup>

그러나 이와 같은 처벌범위의 제한없는 확장은 확

장해석과 유추해석을 금하는 형벌 법규의 대원칙에 반하고, 행위자가 미리 예측하여 법 위반을 회피하는 것을 불가능하게 한다는 비판을 받아왔다.

### 5. 국가기밀에 관한 외국의 입법례 및 사례

#### 가. 일반론 - "국가기밀"이란 무엇인가

국민주권주의를 근본으로 하는 현대의 자유민주주의 헌법 하에서는 원칙적으로 국가행위와 국가기관의 정보가 국민에게 최대한 공개되어야 하는 것이 원칙이다. 국민은 이와 같은 정보를 통하여 국가기관의 행위가 민주주의 원칙에 따라 이루어지고 있는지 감시하고, 국가 사회의 구성원으로서 각종 권리를 행사하고 의무를 부담하는 것이다.

이와 같이 민주주의 국가에서는 정보공개를 원칙으로 하고 있는데, 예외적으로 국가 존립의 목적상 국가 비밀 또는 기밀제도를 두어 한정된 범위 내에서 이를 보호하고 있는 것이 일반적이다.

따라서 국정 공개를 원칙으로 하고 국가기밀의 설정은 예외로 하는 한, 국가기밀의 설정은 헌법에 적합한 국가행위를 수행한다는 전제를 토대로 하여 그것이 진정으로 국민의 이익과 국가의 안전을 위하여 필요 불가결하다고 하는 기능적으로 제한된 범위 안에서만 인정되어야 한다.<sup>16)</sup> 즉 국가기밀에 관해서는 원칙적으로 이른바 실질적 비밀을 국가기밀로 선정해야 하는 동시에 위헌, 위법의 국가기밀은 그 존재를 부정하지 않으면 안된다.<sup>17)</sup> 즉 국가기밀의 존재는 그 객관적인 필요성과 일치하지 않으면 안되며, 그 성립범위는 한정되어야 한다. 그러기 위해서는 우선

국가비밀의 개념 그 자체가 명확하지 않으면 안되는데, 미국, 영국이나 독일, 일본 등도 이와 같은 원칙에 따른 국가비밀 법제를 두고 있다.

#### 나. 미국

1917년 제정된 미국의 간첩법(Espionage Act) 18 U. S. C. 제793조는, "당해 정보가 합중국을 위해 또는 외국을 이롭게 하기 위하여 사용할 것을 의도하고, 이러한 의도에서 국방에 관한 정보를 입수할 목적으로, 국방에 공용된 함선, 항공기 또는 군사시설 등의 내부에 들어가, 국방에 관계있는 문서, 도화 등을 입수, 수령한 경우와, 합중국을 위해하고, 외국에서 이롭게 사용될 가능성이 있다고 믿을 만한 이유가 있는 국방정보를 소지한 자가 그것을 수령할 권한이 없는 자에게 고의로 전달, 통보하거나 또는 그것을 수령할 권한이 있는 합중국 관헌에게 인도하기를 거부하거나, 국방정보를 적법하게 관리하는 자가 중대한 과실로 그것의 분실, 훼손, 파기를 초래하였을 때, 그 사실을 알면서 상사에게 신속히 보고하지 않은 자에게는 10년 이하의 징역에 처한다"고 규정하고 있다.

그리고 제794조는 제793조와 같은 의도나 이유에서 국방정보를 외국에 전달, 교부, 통보한 자나, 전시에 적국에게 전달할 것을 기도하여 군의 이동과 작전 계획, 기타 방위정보를 수집, 기록, 공표, 전달한 자를 처벌하도록 규정하고, 제795조 내지 제798조에서 기타 중요한 시설을 허가없이 사진 촬영하거나 스케치하여 공표, 판매하거나 암호, 코드시스템 등에 관한 비밀지정정보를 누설하는 경우 등에 대하여 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다.<sup>18)</sup>

15) 앞서 든 구국전위 사건이 그 예이다.

16) 구병석, 「국가비밀의 보호범위와 그 적용동향」, 『헌법논총』 제2집, 헌법재판소, pp. 137~138.

17) 구병석, 앞의 논문, p. 138.

한편 국가안전 보장을 위한 국가기밀 지정에 관하여는, 정보자유법(Freedom of Information Act) 5 U. S. C. 제552조 (b)의 (1)에서 "㉔ 대통령령에 의해 정하여진 기준에 따라 국방 또는 외교정책을 위하여 비밀로 할 것이 특히 인정되고, ㉕ 대통령령에 의해 실제로 적절히 비밀지정이 된 사항"으로 규정하고 있고, 대통령령 제10501호(753)는 국가기밀을 최고 기밀 (Top Secret), 기밀 (Secret), 대외비 (Confidential) 로 구분하고 있는데, 그중 대외비라 함은 방위상의 정보 내지 자료로서, 그 허가 없는 노출이 국가의 방위상의 이익에 불이익하게 될 지 모르는 것(그 후 대통령령 제12605호(1978)로 그 허가 없는 노출이 국가안보에 분명한 손해를 끼치는 것이 합리적으로 예측될 수 있는 것으로 개정되었음)이라고 규정하고 있다.<sup>19)</sup>

이상과 같은 미국의 국가기밀 관계의 법규를 살펴 보면, 우리 법제와 비교하여 국가기밀의 범위와 내용을 상세히 구분하여 규정하고 있고, 처음부터 기밀로 지정되어 있거나 또는 문서나 도화의 성격상 한정된 사람에게만 지득이 가능한 것을 "국가기밀"로 보아 보호하고 있으며, 처벌형량도 상대적으로 낮음을 알 수 있다.

구체적인 사건의 예를 들면 유명한 「뉴욕타임즈」의 국방부 보고서(Pentagon Papers) 보도사건이 있다.

1971년 6월 13일 「뉴욕타임즈」의 1면에는 「월남전 기록: 국방부 30년 동안 증가한 미국의 월남전 참전 추적조사」(Vietnam Archives: Pentagon Study Traces 3 Decades of Growing U.S. Involvement)

라는 제목의 톱 기사가 실렸다. 총 6면에 걸쳐 보도된 이 기사는 미국 국방부가 역사학자, 정치학자, 외교 전문가 등에 의뢰하여 극비리에 작성한 「미국의 월남 정책결정과정의 역사, 1945년~1967년」(History of U.S. Decision-Making Process on Vietnam Policy, 1945~1967)에서 발췌한 것이었다(1967년에 시작되어 1969. 1. 15. 비로소 완성된 「국방부 보고서」의 원고는 1969. 6. 출판되어 행정부 고위층에 배포되었으며, 일반인에게는 월남전쟁이 끝난 후 공개할 예정이었다).<sup>20)</sup> 총 47권, 7000여 페이지에 달하는 이 보고서는 「뉴욕타임즈」의 날 시한 기사가 국방부 자문위원으로 이 기록의 작성에 참가한 메사추세츠 공대, 국제연구소의 다니엘 엘스버그 연구원으로부터 입수한 최고 기밀문서(Top Secret)였다.<sup>21)</sup> 소위 「국방부 보고서」라고 불리게 된 이 극비 보고서를 입수한 「뉴욕타임즈」는 그 후 3개월 동안 7명의 기자들을 시내 호텔에 머물게 하면서 극비리에 무려 7,000페이지에 달하는 기록을 점검토록 하였다. 이 보고서는 당시 미국사회의 큰 쟁점으로 점차 뜨거워져가던 미국의 월남전 참전에 관한 반대여론에 더욱 큰 불을 당기리라 예상되었다.<sup>22)</sup> 미국정부는 「뉴욕타임즈」의 보도가 나가자 연방법원에 기사중지를 요구하는 보도중지가처분신청을 내는 한편 뒤이어 같은 기사를 실은 「워싱턴포스트」와 함께 「뉴욕타임즈」를 간첩법 위반으로 각각 고발하였다. 연방법원의 하급심에서 보도중지가처분은 일단 인용되었으나, 「뉴욕타임즈」와 「워싱턴포스트」의 간첩혐의에 대하여는 모두 「국방부 보고서」의 보도가 국가안보에 어떻게 영향을 미치는지 검사가 구체적인 증거를 대

지 못하였다는 이유로 무죄를 선고했다. 위 사건은 결국 연방고등법원의 판결을 거쳐 6. 24. 연방대법원에 상고되었는데, 검사는 「뉴욕타임즈」와 「워싱턴포스트」가 간첩법을 어겼다면, 외교상의 최고책임자와 군통수권자로서의 대통령의 헌법적 권한이 제한을 받지 않기 위해서는 국가안보를 위협하는 정보를 유출한 자를 처벌하는 것뿐만 아니라 국가안보에 복구할 수 없는 해가 발생하기 전에 사전 예방을 할 수 있는 권한이 부여되는 것이 당연한 것이라고 주장하였다. 따라서 대통령은 언론의 보도중지를 명령할 수 있다고 주장했다.

미국에서 소송을 하는 경우 하급법원에서 시작하여 대법원의 최종판결에 이르기까지 짧게 잡아도 2~3년이 걸리는 것이 보통인데, 연방대법원은 6월 28일 법정변론을 언 이틀 후에 6월 30일 6:3으로 두 신문사에게 무죄를 선고하는 판결을 선고하였다.

무죄 판결에서 할란 대법관은 "도덕적, 정치적, 그리고 실제적인 면에서 볼 때 비밀을 피하는 것이 가장 현명한 일이다. 모든 것을 기밀로 만드는 제도는 냉소적이거나 부주의한 사람들에 의해 도외시당할 것이고, 자신의 보호나 이익증대를 목표로 한 사람들에 의해 이용당할 것이다"라는 요지로 기밀제도의 문제점을 지적하였다.<sup>23)</sup>

휴고 블랙 대법관은 "국가안보라는 애매모호한 개념을 통해 수정헌법 제1조에 나타난 근본적 헌법질서를 교란해서는 안된다고 주장하면서, 민주주의를 희생시키면서 군사와 외교기밀을 지키는 것은 미국의 안보에 전혀 도움이 되지 않는다"고 역설하였다.<sup>24)</sup> 그리고 더글라스 대법관도 "수정헌법 제1조의 목적은

정부가 수치스러운 정보를 숨기는 것을 막는 것으로 민주주의 국가에서 기밀이라는 것은 근본적으로 반민주적인 것으로, 관료주의적 실수를 끊임없이 만들어 낼 뿐"이라고 단언했다.<sup>25)</sup>

「국방부 보고서」 사건은 미국사회의 언론의 자유에 대한 신뢰, 국가안보보다는 인권이 우선이라는 올바른 민주적 인식, 그리고 민주주의와 국가기밀이라는 것은 본질적으로 함께 할 수 없다는 미국인들의 비밀에 대한 혐오를 잘 보여준 사건이었다.<sup>26)</sup> 헌법상에 보장된 기본권을 지키기 위해 불과 보름여만에 지방법원에서 대법원까지 재판을 진행시키는 신속함은 미국민주주의를 지탱해가는 용기있는 법률가들과 공정한 사법부의 진면목을 보여준 것으로 우리에게 시사하는 바가 많다.

#### 다. 독일

1968년 개정되어 오늘에 이르고 있는 독일 형법 제93조 제1항은 "국가비밀이라 함은 연방공화국의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 회피하기 위하여, 한정된 사람에 대하여만 접근이 허용되고 또한 타국에 대하여 비밀로 하여야만 할 사실, 물건 또는 지식을 말한다"고 규정하고, 제94조 제1항에서는 국가비밀을 타국 또는 그 중개자나 권한 없는 사람에게 전달하거나 공표함으로써 독일연방공화국의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 가져오게 한 사람에 대하여는 1년 이상의 징역에 처한다고 규정하였다. 그리고 같은 조 제2항에서는 국가기밀의 유지를 담당하는 자가 그의 지위를 이용하여 기밀을 누설함으로써

18) 구병삭, 앞의 논문, pp.142~145.

19) 「헌법재판소 판례집」, 제4권, 1992, pp. 80~81 참조.

20) 장호순, 「국방부보고서 사건」, 「시민과 변호사」, 통권 제15호, 서울지방변호사회, p. 209.

21) 장호순, 앞의 글, p. 209.

22) 장호순, 앞의 글, p. 210.

23) 장호순, 앞의 글, pp. 225~226.

24) 장호순, 앞의 글, p. 226.

25) 장호순, 앞의 글, p. 226.

26) 이에 대하여는 Thomas I. Emerson, 「Comment on Access to Classified Information: Constitutional and Statutory Dimensions」, 「William and Mary Law Review」, Vol. 26, pp. 845~849 참조.

독일연방공화국에 중대한 불이익을 가져오게 하는 경우에는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

따라서 독일 형법에서는 “국가기밀”에 관한 죄로 처벌하려면 해당 사실이나 물건 또는 지식이 1) 한정된 사람에게만 지득이 가능하고 2) 일반인에게 공지되지 아니한 3) 실질적인 비밀이어야 할 것을 요구하고 있다.

그리고 처벌 형량도 우리나라의 경우와 달리 사형, 무기징역형이 없고, 신분범인 가중처벌의 경우에도 우리나라의 국가보안법 제4조 제2항 제1호의 ‘나’ 목의 경우보다 가벼운 형을 부과하고 있음을 알 수 있다.<sup>27)</sup>

#### 라. 일본

패전 후 형법등에서 간첩죄등을 폐지한 일본은 <일미 상호방위 원조등에 따른 비밀 보호법> 제1조 제3항 제1호, 제2호에서 “이 법률에 있어서 방위비밀이란 아래에 기재한 사항 및 이러한 사항에 관한 문서·도화 또는 물건으로서 공개되지 아니한 것을 말한다”고 규정하고, 그 기재사항으로 ① 일미상호방위 원조협정등에 기하여 미국정부로부터 제공된 장비등

에 관하여 아래에 기재된 사항(다시 4종으로 세분함) ② 일미상호방위원조협정등에 기하여 미국정부로부터 제공된 장비등에 관한 전호에 기재된 사항에 관한 것으로 규정하고 있다. 따라서 “비공지성”과 “기밀 지정성”이 국가기밀의 핵심요건이 된다.

이와 관련하여 일본의 국가공무원법 제109조 제12호, 제100조 제1항은 공무원이 비밀을 누설하는 경우 처벌하도록 규정되어 있는데, 외무성 극비 전문을 관계공무원이 마이니찌 신문사 기자에게 유출하여 기소된 사건에서, 일본최고재판소는 “국가공무원법 제109조 제12호, 제100조 제1항에서 말하는 ‘비밀’이라고 함은 공지되지 않은 사실로서 실질적으로 그것을 비밀로 하여 보호할 가치가 있는 것을 말한다”고 판시하였다.<sup>28)</sup> 이와 유사하게 우리나라 형법 제127조는 “공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.”고 규정하고 있는데, 통설은 여기서 말하는 “법령에 의한 비밀”의 의미에 관하여 법령에 의하여 분류된 것임을 요한다고 해석하고 있다.<sup>29)</sup> 이에 대하여 대법원 1981. 7. 28. 선고 81도1172 판결은, “법령에 의한 직무상 비밀”이란 법령에 의하여 비밀로 분류된 사항 뿐만 아니라 객관적인 입장에서 외부에 알려지지 않

는 것에 상당한 이익이 있는 사항을 포함한다고 전제하고, 문제가 된 “성남도시개발사업 현안문제에 대한 조치”라는 “경기도지사의 공문은 … 성남시에 대한 각종규제와 그 해제를 그 주요내용으로 하는 정책변경에 관한 사항으로 사전 누설이 될 경우 특정인에게 부당한 이익을 주거나 또는 부동산 투기등을 일으키게 하는 등의 우려가 있어 실질적으로 비밀성을 지닌 것이고 한편 피고인은 위 회시공문이 성남시 총무과 문서 수발담당계에 접수되어 피고인 손에 넘어 오자 상사의 결재도 받기 전에 이를 복사하여 부동산업을 하는 위 오성진에게 넘겨준 사실 등이 인정되…므로 위 공문내용의 비밀성을 부정할 수는 없을 것이다”라고 판시한 바 있다. 위 판결은 통설의 입장을 다소 확장한 것이지만 “비공지성”과 “실질적 비밀성”을 “비밀”의 핵심요건으로 한 데서 일본 판례와 동일한 것이다.

#### 마. 영국

1911년에 제정된 영국의 공무비밀법(Official Secrets Act)은 제2조에서 공무상 비밀로 지정된 서류 또는 정보를 소지하고 있는 사람이 권한 없이 제3자에게 전달하는 경우에는 처벌하도록 규정하였다.

그러나 위 법은 비밀의 개념이 막연하고 처벌의 범위가 지나치게 광범위하다는 비판을 받아 1988년 개정되었는데, 누설하였을 경우 처벌의 대상이 되는 비밀의 유형을 1) 국가안보 및 첩보 업무에 관한사항 (security and intelligence matters) 2) 국방에 관한

사항 (defense) 3) 국제 관계 (international relations) 4) 수사 및 특별조사 업무에 관한 사항 (law enforcement matters: crime and special investigation powers)으로 세분하고, 국가이익에 중대한 위해가 발생하는 것을 전제조건으로 하였다.

영국에서 국가기밀과 관련되어 주목을 끈 사건으로는 “스파이캐처”(Spycatcher)사건이 있다.<sup>30)</sup>

전직 정보부원인 피터 라이트는 1986년 20년간의 정보부 근무에서 알게 된 사실을 내용으로 하는 책 (Spycatcher)을 발간할 계획을 세우고 호주로 건너가 출판계약을 하였다. 그는 퇴직 당시 여생 동안 정보부 일에 관하여 누설하지 않도록 서약하였으므로 공무비밀법에의 저촉을 피하기 위하여 영국 밖에서 출판하려고 했던 것이다.

이에 검찰총장은 호주법원에 이 책의 발간을 중지시키는 소송을 제기하였으나, 이를 알게 된 언론이 관련사실을 보도하기 시작하였으며, 미국에서도 『선데이타임즈』가 피터 라이트와 계약을 하여 『스파이캐처』 발간계획을 세우고 일단 시리즈물로 출판하기 시작하였다.

그리하여 첫번째 시리즈가 76,000부로 처음 발간되었고, 이어서 125만부가 출판되었다. 일이 이렇게 되자 영국검찰은 상원으로 하여금 피터 라이트에게 출판금지 명령을 내려달라고 신청하였으나, 상원은 이미 『스파이캐처』의 내용은 영국밖의 세계에서 널리 공지되어 더 이상 비밀로서 보호할 가치가 없다는 이유로 받아 들이지 않았다.<sup>31)</sup>

위 사건도 영국법상 과거 실사 국가기밀이었다 하

27) 앞서 인용한 서울지방법원 96고합1238 사건에 제출된 검사의 의견서에 의하면, 독일형법 제99조를 들어 독일형법이 제한된 의미의 국가기밀에 한하지 않고 모든 종류의 사실, 물건, 지식에 대한 정탐행위를 규제하고 있다고 한다. 그러나 독일형법 제99조 제1항은 “국가기밀”이라는 표현을 쓰지 않고 있으므로, “국가기밀”을 명기하여 그 탐지, 수집 등을 처벌하고 있는 우리나라 법제와는 규정 내용이 판이하고, 형량에 있어서도 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역형에 처하고 있는 우리나라와는 비교가 되지 않을 정도로 가벼운 형량인 “5년 이하의 자유형 또는 벌금형”을 부과하도록 규정하고 있다. 이와 같은 법정형의 차이로 말미암아 우리나라의 경우 형을 감경한다 하더라도 국가기밀 탐지, 수집죄는 집행유예가 불가능하고 반드시 징역 3년6월 이상의 형을 부과해야 하는데 반해, 독일의 경우는 벌금형을 선고함으로써 구금상태 없이 재판이 종료될 수도 있어, 피고인의 입장에서는 엄청난 차이가 생기게 된다. 특히 독일형법 제99조 제2항에서는 “공무소에 의해 또는 그 권유에 따라 비밀로 유지되는 사실, 물건 또는 지식”을 누설하는 경우를 가중처벌 (1년 이상 10년 이하의 자유형)하고 있는데, 이 경우에는 “국가기밀”에서와 같은 신분범적 성격과 실질적인 비밀성을 요구하여 원칙적으로 통상의 “국가기밀” 누설죄와 같은 성격의 범죄로 규정하고 있다.

28) 阿部照哉 등 편, 『헌법판례』 3판, 有斐堂, pp. 108~110 참조.

29) 이재상, 앞의 책, pp. 663~664.

30) 이에 대하여는 Ann L. Plamondon, “A Comparison of Official Secrets and Access to Information in Great Britain and the United States” 참조.

31) 그 논거를 인용하면 아래와 같다.

“The Crown is only entitled to restrain the publication of intelligence information if such publication would be against the public interest, as it normally will be if theretofore undisclosed. But if the matter sought to be published is no longer secret, there is unlikely to be any damage to the public interest in re-printing what all the world has

더라도 일단 일반인에게 알려진 이상 더 이상 비밀로서 보호받을 가치가 없다는 국가기밀의 기본법리를 잘 보여주고 있다.

## 6. 군사기밀보호법에 대한 헌법재판소의 한정 합헌 결정과 군사기밀보호법의 개정

1992년 2월 25일 헌법재판소는 구군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조의 위헌 여부를 서울형사지방법원에 의하여 제청된 사건에서, "(구) 군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조는 같은 법 제2조 제1항 소정의 군사기밀이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추어 그 내용이 누설될 경우 국가의 안전보장에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼 실질가치를 지닌 것으로 인정되는 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 그러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다"고 하는 요지의 한정 합헌 결정을 하였다.

위 사건은 국회의원 비서관으로 재직중이던 사람이 군사기밀보호법을 위반하여 군사2급 비밀문서인 「국방업무보고」 등을 부당한 방법으로 수집하고 이를 누설하였다는 이유로 기소된 사건으로, 서울형사지방법원은 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률은 구체성과 명확성을 가져야 하는데, 군사기밀보호법 제2조에서 군사상의 기밀의 범위를 구체적 기준이 없이 너무 광범위하게 정하고 있고, 같은 법 제6조에서 군사상의 기밀을 부당한 방법으로 탐지하거나 수집한 자를 처벌하도록 규정하여 범죄행위 태양의 구체성과 명확성을 결하고 있으며, 또 같은 법 제7조, 제8조, 제9조 제10조에서 군사상의 기밀을 탐지 또는 수

집한 경위를 묻지 않고 어떠한 경우에도 타인에게 이를 표현, 전파하는 행위 일체를 금하고 있어 결국 같은 법 제6조, 제7조, 제10조는 헌법 제13조 제1항의 죄형법정주의에 반하고, 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유 및 제37조 제2항의 기본권 제한 입법의 한계를 벗어난 것으로 위헌의 소지가 있다고 하였다.<sup>32)</sup>

여기서 위 사건 당시 시행되던 구군사기밀기호법 제2조를 살펴 보면, 제1항에서 '군사상의 기밀'의 범위를 정의하여, "이 법에서 '군사상의 기밀'이라 함은 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는 다음 각호에 게기하는 사항 및 이에 관계되는 문서·도화 또는 물건으로서 제4조의 규정에 따라 기밀이 해제되지 아니한 것을 말한다"고 규정하고, '군사정책·군사전략·군사외교 및 군의 작전계획과 이에 따르는 군사용병에 관한 사항 등 7가지를 열거하였다.

그리고 군사기밀보호법 제3조는 군사상의 기밀의 관리·취급 등 및 기밀보호에 필요한 사항을 대통령령에 위임하였으며, 동시행령 제2조는 군사기밀을 그 중요성과 가치정도에 따라 군사 1급 비밀, 군사 2급 비밀, 군사 3급 비밀로 구분하였다.

위와 같이 서울형사지방법원이 위헌제청한 데 대하여 헌법재판소는 구 군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조에서 처벌의 요건이 되는 '군사상의 기밀'에 대하여 아래와 같이 판단하였다.

"법규의 내용이 애매하거나 그 적용범위가 지나치게 광범하면 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는지 법집행자에게도 불확실하고 애매하게 되어 어떠한 것이 범죄인가를 법제정기관인 입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라 사실상 범운영당국이 제

량으로 정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨난다... 다음으로... '국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려'라는 법조문의 문구를 살펴보면, 국가의 안전보장이란 개념은 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 것과 똑같은 의미로 해석될 수 있을 것이나, '해로운 결과를 초래할 우려'라는 개념은 관점과 시각의 여하에 따라서 능소능대될 수 있는 소지가 없지 않으니, 오늘날과 같은 총력전 상황 하에서는 어떠한 사항이라도 적에게 누설되면 안보에 유해할 우려가 있다고 널리 해석될 수 있을 것이기 때문이다. ... 뿐만 아니라 오랜세월 국가의 안전보장이 개인의 인권보장 보다 더욱 우선되어야 하는 것으로 강조되어 온 우리의 안보관에 비추어볼 때 비록 군사상의 범위에 대하여 개개의 세목을 구분하여 소생하게 규정해놓았다고 하더라도 각 세목의 해석, 적용에 있어서 입법취지에 따른 확장해석은 가능해도 축소 해석은 사실상 불가능한 결과를 초래할 우려도 배제할 수 없는 것이다. ... 따라서 군사비밀이라 함은 비공지의 사실로서 관계기관에 의하여 적법절차에 따라 군사기밀로 분류표시 또는 고지된 군사관련사항이어야 할 뿐만 아니라 아울러 그 내용이 누설될 경우 국가의 안전보장에 명백한 위험이 초래된다고 할 수 있을 정도로 그 내용 자체가 실질적인 비밀 가치를 지닌 비공지의 사실에 한하는 것이라고 한정해석하여야 할 것이다. 군사기밀이 실질비성의 요건을 충족하여야 할 것으로 해석되는 이유는... 그 위반에 대한 높은 법정형 및 과실까지도 처벌하고 있는 점에서 당연한 귀결 이라고 할 것이다. 그리고 ... '기밀'이라는 용어 자체가 한정된 사람에게만 알려진 사항을 의미하여 통상의 지식, 경험을 갖추고 있는 보통의 사람이 상식으로 알고 있는 사실이라면 이미 더 이상 기밀이 될 수 없을 것이며, 따라서 공지의 사실을 누설하였다면 군사기밀보호법 위반으로 의을 하여서는 아니될

것이다."<sup>33)</sup>

위 헌법재판소의 결정 요지는 처벌의 요건이 되는 군사상 기밀이 되기 위하여는 첫째로 비공지의 사실로서 "기밀"성의 요건을 갖추어야 하고, 둘째로 군사기밀로 분류 또는 고지된 사항이어야 하며, 셋째로 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위험을 초래하는 실질적인 비밀로서의 가치가 있어야 한다는 것이다. 결국 구 군사기밀보호법은 위와같은 범위 내에서 군사기밀의 누설 여부를 적용하여야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 헌법 위반이 된다는 것인데, 이와 같은 헌법재판소의 결정은 위에서 살펴 본 각국의 입법례와 선행에 그대로 일치하는 것이다.

이처럼 헌법재판소가 구 군사기밀보호법상의 '군사상 기밀'의 범위를 분명하게 한정지우자, 국회는 1993년 12월 27일 법률 제4614호로 군사기밀보호법을 전면 개정하였고, 제2조에서 위와 같은 헌법재판소의 결정을 그대로 따라 다음과 같이 "군사기밀"을 새롭게 정의하였다.

"이 법에서 '군사기밀'이라 함은 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위험을 초래할 우려가 있는 군관련 문서·도화·전자기록 등 특수매체기록 또는 물건으로서 군사기밀이라는 뜻이 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가 행하여진 것과 그 내용을 말한다."

위 "군사기밀"의 개념을 분석하면, (1) "일반인에게 알려지지 아니한 것", 즉 비공지성을 요건으로 함으로써 "기밀"의 기본 뜻을 분명하게 하고 2) 기밀의 유형에 있어서, 군관련 문서등으로서 "군사기밀"이라는 뜻이 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가

already had the opportunity to read ... I do not see how the public interest would realistically be served by a selective harm on the re-printing of non-confidential matter in these circumstances."

32) 서울형사지방법원 1989. 9. 11. 결정 89초1715 위헌제청신청.

33) 89헌가104 결정.

행하여진 것”으로 규정하여 기밀의 유형을 한정하였으며, 3) 군사기밀이 누설된다고 하더라도 있을 수 있는 모든 경우가 문제되는 것이 아니라 국가안전보장에 “명백한 위협”을 초래할 우려가 있는 경우로 국한하여 가별성의 범위를 제한하였다.

위와 같은 군사기밀의 개념은 “군사기밀”을 구성요건 요소로 하고 있는 국가보안법 제4조 제1항 제2호, 형법 제98조, 군형법 제13조 등에도 그대로 적용된다고 생각된다.

또한 군사기밀과 국가기밀을 비롯하여 기밀 또는 비밀이라는 개념을 써서 구성요건을 두고있는 모든 처벌법규는 그것이 비밀인 한에 있어서는 ① 비공지성과 실질적인 비밀로서 보호할 가치성을 구비하여야 하고 ② 그 누설등이 국가안전보장등 공적인 이익에 명백한 위협을 초래하여야 한다는 일반적인 원칙을 위 헌법재판소의 결정 및 개정된 군사기밀보호법이 천명한 것이라고 하겠다.

### 7. 국가보안법 제4조 제2항 제1호 '나' 목에 대한 헌법재판소의 한정합헌 결정

국가보안법 제4조 제1항 제2호 '나' 목이 규정하는 “국가기밀”에 관하여 헌법재판소는 1997년 1월 16일 한정합헌 결정을 선고하였다.<sup>34)</sup> 위 결정의 일부 내용을 인용하면 다음과 같다.

“신법 제4조 제1항 제2호 소정의 국가기밀도 그것이 ‘비밀’의 일종인 이상 ‘비공지성’(非告知性) 요건은 갖추고 있어야 하므로, 일반인에게 널리 알려져 있는 사실 즉 공지의 사실은 ‘국가기밀’의 개념에서 제외되어야 한다. 다음으로는 위 국가기밀은 좁은 의미의 ‘요비너

성’(要秘匿性), 즉 비밀로 감추고 보호해야 할 필요성과 상당성도 갖추고 있어야 한다. 그리고 국가보안법의 입법 목적을 고려할 때, 위 국가기밀은 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 불이익을 초래할 수 있는 명백한 위해성을 가진 사실, 물건 또는 지식이어야 할 것이다.

… 이와 같은 국가기밀의 개념을 좀더 구체적으로 살펴보면, 먼저 국가기밀에 해당 한다고 하기 위하여는 문제가 된 사실, 물건 또는 지식이 공지인 것이 아니어야 한다. 따라서 어떤 사항이 일반인에게 널리 알려져서 더 이상 탐지, 수집이나 확인, 확증의 필요가 없는 사항이라고 한다면 그 사항은 이미 국가기밀이라 할 수 없다. … 그리고 국가기밀은 비밀로서 보호할 만한 실질적인 가치가 있는 내용을 담고 있어야 한다. … 그러므로 국가 안전의 보장과 관련된 내용이 아닌 정부 또는 어떤 정치 세력의 단순한 정치적 이익이나 행정편의에 관련된 것에 불과한 이른 바 가상비밀은 국가기밀에 해당하지 아니한다. … 따라서 신법 제4조 제1항 제2호 '나' 목은 그 소정의 “군사상 기밀 또는 국가기밀을 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식이라고 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이다.”

헌법재판소의 이 결정은 앞서 있었던 구국가기밀 보호법에 관한 한정합헌 결정과 그에 따른 군사기밀 보호법의 개정의 목적과 동일선상에 있는 것으로서 다시 한번 국가기밀의 개념을 분명하게 선언한 것이다. 헌법재판소가 한 결정의 형식은 비록 한정합헌의 외양을 띠고 있으나, 이는 단순위헌 결정시 있을 수 있는 범공백 현상을 피하기 위한 것으로서, 종래 “비공지성”과 “요비너성”의 여부에 관계없이 국가기밀의 개념을 무한정으로 해석하여온 법규의 실질적인

위헌성을 선언한 것이라고 보인다.<sup>35)</sup>

따라서 이 결정으로 국가보안법 제4조 제1항 제2호 '나' 목의 “국가기밀”은 그 개념요소에 있어서 “비공지성”과 “요비너성”을 벗어나는 부분은 위헌으로 폐지되었으며, 위 규정의 “국가기밀”은 “비공지성”과 “요비너성”을 충족하는 한도 내로 축소되었다고 해석되어야 한다.

그리고 헌법재판소의 결정에서 눈여겨볼 만한 점은 과거의 대법원 판례가 헌법에 위반된 해석을 해왔음을 분명하게 지적한 것이다.

즉 헌법재판소는 “이 점에 관하여 대법원의 판례는 일관하여, 신법 제4조 제1항 제2호 나목 소정의 “국가기밀”이라 함은, 반국가 단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익을 위하여 필요한 모든 정보자료로서, 순전한 의미에서의 국가기밀에 한하지 않고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관한 국가의 모든 기밀사항이 포함되며, 그것이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 널리 알려진 공지의 사항이라도 반국가단체인 북한에게는 유리한 자료가 되고 대한민국에게는 불이익을 초래할 수도 있는 것이면 국가비밀에 속한다는 견해를 표명하고 있는바, 신법 자체에 “국가기밀”의 개념에 관한 정의 규정이 없어 대법원의 확립된 해석들이 법규적 기능을 하고 있으므로 살펴건대, 이러한 해석론은 “국가기밀”이라는 문언의 문의적 한계를 훨씬 벗어나고 ‘기밀’의 실질적 요건을 털어 버린 것으로서 그 적용

범위가 지나치게 광범위하고 모호하여, 법 피적용자에게 무엇이 금지되고 처벌되는 행위인가에 관하여 명확한 예측 가능성을 제공하는 기능을 하지 못할 뿐만 아니라, 법 적용당국의 자의적인 법해석, 적용을 초래할 우려가 있어 결국 죄형 법정주의에 위배되므로 이를 헌법에 합치되도록 축소, 제한하여 해석할 필요가 있다”고 판시하였다. 즉 종래 “국가기밀”의 현실적 법규로서 기능해온 대법원의 판례가 기본적인 권의 보호와 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 위배되었음을 선언한 것이다.<sup>36)</sup>

### 8. 맺는말 - “국가기밀”에 관한 전원합의체 판결의 의미와 과제

이상에서 살펴본 외국의 입법례와 선례, 군사기밀 보호법상 ‘군사기밀’에 관한 헌법재판소의 한정합헌 결정, 국가보안법상 “국가기밀”에 관한 헌법재판소의 한정합헌결정을 종합할 때, 종전의 대법원 판례를 변경하여 헌법재판소의 결정에 따라 국가기밀을 새로이 엄격하게 해석한 이번 전원합의체 판결은 지극히 당연한 사리를 확인한 것이다.

요컨대, 국가보안법 제4조 제1항 제2호 '나' 목 소정의 “국가기밀”은 ① 공지되지 않은 것 ② 비밀로 해야 할 필요성 ③ 비밀로서의 실질적인 가치가 있는 것 ④ 국가안전에 대한 명백한 위협성의 요건을 모두

34) 92헌바6, 26, 93헌바34, 35, 36 병합사건의 결정.

35) 구국가기밀보호법에 관한 앞서의 한정합헌 결정에서 조규광 헌법재판소장은 이를 “부분위헌선언”이라고 표현하고 있다.  
36) 이와 관련하여 최근 검찰은 “국가기밀” 누설죄가 적용된 사건에서, “한정위헌 결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일용 표명할 때 불과하여 법원에 전속되어 있는 법령의 해석, 적용권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 구속력도 가질 수 없다”고 한 대법원 1994. 4. 9. 선고 95누11405 판결의 예를 인용하면서, “국가기밀”에 관한 헌법재판소의 한정합헌결정과 관계없이 우리나라의 특수한 안보현실을 감안하여 기존 대법원 판례에 따라 국가기밀을 해석적용하여야 한다고 주장해왔다. 그러나 단순한 법률내용의 해석이 아니라, 그것이 헌법에 위반되는지의 여부에 관한 해석은 헌법에 따라 헌법재판소에 최종적으로 전속된 권한이다. 따라서 이사건의 한정합헌 결정은 단순한 법률해석의 문제가 아니라 법률규정의 헌법위반 여부를 판단하여 그 위헌요소를 명확하게 선언한 것이므로, 대법원도 그에 따라야 한다고 생각한다.

갖춘 것으로 국한하여야 할 것이다.

그동안 대법원이 국가기밀의 범위를 무제한적으로 해석해옴으로써 과거 수많은 인권침해의 계기를 제공해왔음은 주지의 사실이다. 앞서 언급한 바와 같이 국가기밀 누설로 유죄판결을 받으면 반드시 3년 6개월 이상의 실형을 면할 수 없었기 때문에 안기부등 수사기관은 이 부분의 자백을 받는 데 주력하였고, 이로인하여 국가보안법상의 “국가기밀” 규정은 기본적인권을 존중해야 할 형사사법 운영에 커다란 걸림돌이 되어왔다.

따라서 이번 헌법재판소의 결정과 대법원의 전원 합의체 판결에 의하여 “국가기밀” 규정이 적용이 엄격한 판단을 받게 된 것은 뒤늦은 감이 있으나 다행스러운 일이라고 생각된다.

한편 헌법재판소의 결정이 지적하고 있다시피 국가보안법 제4조 제1항 제2호 ‘나’ 목이 규정하는 국가기밀은 비록 헌법재판소의 결정과 대법원의 전원 합의체 판결에 의하여 그 남용의 가능성이 크게 줄어든 것은 사실이나 여전히 법규정이 추상적으로 되어 있어 문제가 있다. 입법론적으로는 ‘군사기밀’에 관하여는 군사기밀보호법에 의하여, “국가기밀”에 관하

여는 형법 제98조의 간첩죄와 제99조의 일반이적죄에 의하여도 규제가 가능하므로 국가보안법 제4조가 규정하고 있는 군사기밀 누설죄와 국가기밀 누설죄의 전체를 폐지하는 것이 옳바르다고 보며, 굳이 국가기밀 누설죄를 유지하고자 하는 경우에도 ‘나’ 목은 폐지하는 것이 타당하다고 생각된다. 한 마디 더 덧붙이자면 국가보안법 제4조 적용의 전제가 되는 ‘반국가 단체’와 ‘지령을 받은 자’의 의미이다. 현재 대법원 판례는 ‘반국가단체’를 단순히 북한에 한하는 것으로 보지 않고 국내의 일반 결사체에 대하여도 반국가단체성을 인정하고 있다. 그리고 ‘지령을 받은 자’에 대하여도 ‘지령을 받은 자로부터 다시 지령을 받은 자’도 포함된다고 보는 것이 확립된 대법원의 판례이다(예컨대 1972. 5. 23. 선고 72도687 판결 등이 그러한데, 위헌의 소지가 있다). 따라서 국내의 결사체 구성원 상호간의 의사전달 과정에서도 얼마든지 국가기밀 누설죄가 적용될 수 있는 것이 현실이다. 위와 같은 법문의 유추 확대 해석도 문제이지만 근본적으로는 법 적용 남용의 위험성이 많은 조문을 그대로 두고 있는 데에 더 큰 문제점이 있는 것으로 생각된다.

## 미국의 국가기밀 누설에 관한 법적 사례

장 호 순(순천향대 신문방송학과 교수)

최근 일련의 국가보안법 판결에서 우리 사법부는 국가기밀의 범위를 과거보다 엄격히 해석하는 결정을 내리고 있다. 지난 1월 헌법재판소는 종전까지 광범위하게 국가기밀의 범위를 인정해주던 대법원의 판례를 뒤엎고 국가기밀의 범위를 축소기킴으로써 국가보안법상 국가기밀 누설 금지조항의 남용을 저지할 수 있는 단초를 마련했다. 그때까지 대법원은 “널리 알려진 공지의 사실이라도 반국가단체인 북한에 유리한 자료가 되고 우리나라에 불이익을 초래할 수 있는 것”은 국가보안법상 국가기밀의 범주에 해당한다고 판시해왔다. 이에 비해 헌법재판소는 지난 1월의 판결을 통해 “그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만한 실질적인 가치를 지닌 사실”로 좁게 국가보안법상의 국가기밀을 해석했다.

지난 2월에는 고등법원이 헌법재판소의 판례에 근거 반국가단체에 가입하고 국가기밀을 누설해 국가보안법을 위반한 혐의로 체포된 피고인에게 무죄를 선고했다. 그가 발설했다는 전남 순창농민회의 활동 상황은 널리 알려진 공지의 사실이기에 국가기밀의 누설로 볼 수 없다는 것이 판결이유였다. 한편 지난 7월 18일 대법원도 헌법재판소의 판결을 받아들여 “일반적으로 널리 알려진 공지의 사실로, 누설되어도

국가안보에 실질적인 위험을 초래할 우려가 없는 경우는 기밀보호의 실질가치가 없어 국가기밀에 해당한다고 볼 수 없다”고 판결, 종전의 대법원 판례를 뒤집었다. 비록 만시지탄의 감이 있으나 우리 사법부의 인권보호 의지는 어쨌든 환영할 만한 것이다.

사실 민주주의 국가에서 국가기밀이란 어불성설(misnomer)이다. 국가기밀이란 정부가 소유하고 있는 정보 중 부득이 국민들에게 알려서는 안되는 부분을 말한다. 국가기밀을 인정하는 것은 국가의 주인인 국민의 심부름꾼에 불과한 정부관리들이 주인이 시킨 일을 제대로 하는지 밝히지 않도록 허용하는 꼴이기 때문이다. 따라서 민주사회에서 국가기밀이란 부득이한 상황에서 한시적으로만 허용되어야 한다. 특정한 정보의 노출이 국민전체의 안전에 심각한 위험을 가져올 때에 국한되어야 한다. 국가의 방위가 위태롭거나 외교적으로 위급한 상황에 처했을 경우 장기적인 안목에서 국가와 국민의 이익을 염두에 두어 일시적으로 국민에게 그 사실을 감추 수 있도록 허용될 뿐이다. 여기에서 중요한 것은 국가기밀의 설정과정이 엄격하고 투명해야 하며 국가기밀의 범위가 명확해서 집권자나 정부 관리의 이익이나 편의를 위해 국민들에게 당연히 알려야 할 정보가 국가기밀로 포

함되지 않도록 하는 것이다. 또 국민들이 자신도 모르게 국가기밀을 누설하는 죄를 범하지 않도록 하기 위해서도 국가기밀의 범위는 명확해야 한다.

미국의 경우 국가기밀을 유지하기 위한 법률은 제 1, 2차 세계대전, 소련과의 냉전 등, 전시체제의 부산물로 만들어졌다. 1917년 제1차세계대전의 참전과 더불어 독일과 적국의 관계가 된 미국정부는 국내 독일계 이민자들이 미국이 아닌 독일에 충성할 지도 모른다고 우려, 이러한 독일계 미국인들의 반역, 이적 행위를 차단하기 위해 서둘러 간첩법(Espionage Act)을 제정했다. 이법은 미국에 해가 되거나 외국에 득이된다는 사실을 알면서도 의도적으로 외국인에게 직, 간접적으로 "국방에 관한 정보"를 전달하는 것을 1만달러 이하의 벌금이나 10년 미만의 징역으로 처벌할 수 있게 만들었다. 1차대전뿐만 아니라 2차대전에서도 효력을 발생한 간첩법은 이밖에도 전쟁에 반대하거나 국가나 국가원수를 모독하는 사람들을 처벌할 수 있게 만든 법으로 실제로 간첩을 색출하기 보다는 참전반대 세력을 탄압하기 위한 성격의 법이었다.

1945년 이후 냉전 체제에 접어들면서 미국은 소련 공산권과의 첩보전, 국내 좌익세력의 척결, 핵폭탄 제조등과 관련해 국가기밀을 보호하기 위한 새로운 법률을 제정했다. 1947년에 제정된 국가안보법(National Security Act)은 첩보원의 신분이나 첩보 탐지 방법 등을 누설하는 것을 금지시켰고, 1950년에 제정된 국내안보법(Internal Security Act)은 미국의 안보에 관한 기밀정보를 외국인이나 공산당에게 전달하는 공무원과 군인을 처벌할 수 있게 만들었다. 1954년에 제정된 핵에너지법(Atomic Energy Act)은 핵무기 제조와 관련한 기술정보를 누설하는 것을 금지시켰다. 이 법은 또한 핵무기 제조와 관련한 간첩법을 비롯한 미국의 국가기밀누설 처벌에 관

한 법들은 대개 국가기밀을 외국에 유출한 침자들에게만 적용이 되었기 때문에 미국사회에서 법적인 쟁점으로 부각된 적은 거의 없었다. 국가기밀의 범위에 관한 판례는 연방대법원과 연방고등법원에서 1941년과 1945년에 각각 한 건씩 결정되었다. 여기서 미국 법원은 국가기밀 누설의 범죄행위를 입증하기 위한 요건을 명확히 함으로써 국가기밀 누설 조항이 정치적 반대자의 인권탄압에 악용될 소지를 차단했다.

1941년의 Gorin v. United States(312 U.S. 19, 1941) 사건에서 연방대법원은 미국 내에서 국방에 관한 정보를 수집한 소련인에게 간첩법 위반혐의에 대한 유죄를 선고하면서 간첩법상으로 유출이 금지된 "국방에 관한 정보"의 범위를 폭넓게 인정했다. 고린은 미국 내 일본인들의 동향과 미국을 방문하는 일본군 장교들에 관한 동향을 미 해군 정보부에서 일하는 미국인으로부터 입수한 혐의로 체포되었다. 재판에서 고린은 간첩법상의 "국방에 관한 정보"조항이 지나치게 막연해 위헌이라고 주장했다.

그러나 연방대법원은 간첩법의 연방의회 입법과정을 조사한 결과 국가기밀 누설조항을 폭넓게 적용하려 한 것이 연방의회의 원래 입법의도이고 이는 의회의 고유 권한이라면서 고린의 위헌주장을 일축했다. 대신 검찰은 이러한 정보를 유출하는 것이 미국에 해를 입히거나 외국을 도우려고 한다는 의도가 있었음을 입증해야 한다고 조건을 붙였다. 즉 검찰은 피고가 악의를 갖고 불법행위를 저지르고 있음을 알고 있었다는 사실을 입증해야 간첩법상의 기밀누설 혐의로 처벌이 가능하다고 판결했다.

그러나 Gorin v. United States 판결이 내려진 지 4년 후, 연방고등법원은 간첩법상의 "국방에 관한 정보"의 범위를 인권침해를 고려해 좁게 해석해야 한다고 판결했고 연방대법원도 이를 인정했다. 1945년의

Unites States v. Heine(151 F. 2d 813, 1945)사건에서 연방고등법원은 "국방에 관한 정보"라는 조항이 지나치게 광범위해 미국인들의 자유로운 정보교환을 억압할 가능성이 있기 때문에, 터무니없고 불합리한 결과를 가져오지 않도록 세심하게 그 범위를 판별해야 한다고 선언했다. 이 사건에서의 법적 쟁점은 피고가 공공영역(public domain)에서 입수한 정보로, 기밀로 분류된 적이 없는 자료를 외국인에게 전달하는 것도 간첩법에 위반이 되는 것인지 여부였다. 피고인 하인은 32명의 다른 피고들과 함께 미국 국무부에 등록을 하지 않은 채 외국정부의 에이전트 역할을 했다는 혐의와 불법적으로 국방에 영향을 미치는 정보를 외국인에게 전달한 혐의로 재판을 받았다.

독일태생 이민자인 하인은 포드 자동차회사 직원으로 남미와 유럽에 파견되어 근무했다. 독일에서 근무중이던 하인은 독일 자동차회사로부터 입사제의를 받았으나 시민권 취득에 장애가 되기 때문에 이를 포기하고 미국으로 돌아왔다. 대신 독일 회사의 요청에 따라 돈을 받고 미국의 자동차산업과 항공산업에 관한 정보를 수집해서 보냈다. 하인은 자신의 정보수집 활동이 발각되는 것을 피하기 위해 독일로 직접 자료를 보내지 않고 뉴욕과 페루로 먼저 우편으로 보냈고, 이 우편물들은 거기서 다시 독일로 보내졌다. 하인은 잡지, 서적, 신문, 카탈로그 등을 통해, 그리고 항공기 전문가들과의 상담등을 통해 정보를 수집했고, 그가 보낸 자료에는 군사용 및 상업용 비행기의 종류와 생산량, 그 공장들의 위치와 생산능력, 고용자의 숫자 등이 포함되어 있었으나 그중 기밀로 분류된 것은 없었다.

연방고등법원은 하인에게 간첩법을 적용한 것이 무효라고 판결하면서 간첩법상의 "국방에 관한 정보"조항이 전시 국방에 관련되는 모든 행위들에 관한 것을 포함시키는 것은 불합리하다고 해석했다. 이에 따르면 미국 내에서 제강된 철강의 양에서부터 농지

경작면적과 평균 생산량, 의과대학의 숫자, 미국 국민의 전쟁에 대한 찬반의사 등 거의 모든 것이 전시에는 "국방과 관련이 있는" 정보가 되기 때문이라는 이유였다.

연방고등법원은 더욱이 공공의 개방된 출처(public source)에서 입수한 자료는 결코 간첩법의 처벌대상이 될 수 없다고 판결했다. 따라서 군당국이 공개한 무기나 탄약에 관한 정보를 제공하는 것도 합법적이라고 선언했다. 또 국내에서 유포되는 것이 법에 저촉이 되지 않는다면 외국으로 유출하든 적국에 보내주든, 이것 역시 간첩법에 저촉이 되지 않는다고 판결했다. 설사 하인이 자신이 수집한 정보의 유포를 속이고 감출려는 의도가 명백히 있었지만 유포된 정보 자체가 처벌할 수 있는 정보가 아니기 때문에 처벌할 수 없다고 연방고등법원은 결론지었다.

1950년대 미국사회가 매카시즘의 소용돌이 속에서 엄청난 국가안보 파동을 겪었지만 연방법원의 엄격한 법해석은 간첩법의 국가기밀 누설 금지 조항이 정치적 반대자들을 탄압하는 데 악용될 수 없게 만들었다. 사법부가 해석한 국가기밀의 한계가 비교적 명확했기 때문에 사실상 스파이 행위를 한 혐의가 뚜렷한 사람들에게만 간첩법이나 기타 국가기밀 누설을 차단하려는 법을 적용할 수 있었다.

그러나 이처럼 국가기밀에 대한 엄격한 법적용에도 불구하고 미국정부의 국가기밀 관리에 대한 미국인들의 우려는 더욱 높아갔다. 대다수 미국인들은 냉전대결구도와 핵무기 제조 경쟁 과정에서 미국정부의 국가기밀 유지 필요성을 인정했다. 그러나 이러한 국가기밀이 미국 민주주의의 근간 중의 하나인 개방된 정부 운영과 국민의 알 권리 충족에 제약을 가져오는 것에 대해 심각한 우려를 표명했다. 감시받지 않는 정부권력은 전횡과 부패로 이어질 수밖에 없다는 인식이 뿌리박힌 미국인들에게 반대해지는 국가

기밀은 민주주의에 대한 큰 위협으로 여겨지는 것이 당연했다.

특히 1960년대 월남전 참전 이후 미국정부의 국방정책에 대한 불신과 불만이 팽배해지면서 국가기밀의 관리와 그 범위에 대한 미국인들의 반발의 소리가 더욱 높아졌다. 1966년 마침내 정부의 비밀주의 견제하고 국민의 알권리를 보장하기 위해 정보의 자유법(Freedom of Information Act)이 제정되었고, 이를 통해 국가기밀의 미명하에 저질러진 정부관리의 불법행위가 미국민들에게 노출되기 시작했다.

미국정부의 국가기밀 유지에 관한 미국인들의 우려는 1971년 『뉴욕타임즈』와 『워싱턴 포스트』를 비롯한 미국의 우수 일간지들이 월남전에 관한 국방부 기밀자료를 입수하여 보도하면서 크게 고조되었다. 이에 대해 당시 닉슨 행정부는 보도금지 가치분 신청을 하고 이를 누출한 다니엘 엘스버그 박사를 간첩법 위반혐의로 기소했다. 엘스버그는 자신이 소장한 기밀자료가 국민들에게 알려져야 한다는 신념 하에 법적 처벌을 무릅쓰고 국방부보고서를 『뉴욕타임즈』 기자에게 전달했었다.

그러나 연방대법원은 닉슨행정부의 보도중지 가치분 신청을 받아들이지 않았고 엘스버그 박사에 대한 기소도 철회되었다. 한편 연방의회는 기밀문서인 국방부 보고서를 국민에게 공개하도록 요구했고 닉슨 행정부도 결국 이에 굴복했다. 국방부 보고서 사건은 국가기밀을 누출한 것이 문제가 된 것이 아니라 국민들에게 알려야 할 정보를 국가기밀로 은폐하려고 한 닉슨 정부에 치명타를 안겨주었다. 이 국방부 보고서 사건은 워터게이트 사건을 잉태한 씨앗이기 때문이었다.

민주주의와 개방정부의 원칙에 따라 국가기밀을 축소하려는 미국정부의 노력은 소련공산권의 붕괴

이후 가속되고 있다. 지난 95년 4월 빌 클린턴 대통령은 국가기밀을 결정하는 절차와 범위를 더욱 엄격히 제한하는 대통령령을 발표했다. 클린턴 대통령은 미국민의 안정과 민주적인 제도를 보호하고 외교관계를 유지하기 위해서 특정정보가 비밀에 부쳐져야 할 필요성은 여전히 남아 있다고 인정했다. 그러나 그는 냉전의 종식과 더불어 국가안보에 위협이 되는 요소들이 크게 줄어들었으므로 차체에 국가기밀의 범위를 축소하겠다고 선언했다.

따라서 새로이 공포된 대통령령은 가급적 국가기밀을 만드는 것을 억제했다. 우선 유출될 경우 국가안보에 해가 된다는 것이 확인될(identify) 수 있는 정보에 한해서 국가기밀로 분류될 수 있고 만약 기밀화하는 것에 대한 중대한 의심이 있다면 기밀화하지 말아야 하며, 정보의 중요성에 따라 Top Secret, Secret, Confidential로 분류하되 적정한 수준에 대한 확신이 서지 않을 경우 가능한 낮은 등급으로 기밀 분류하도록 명령했다.

기밀로 분류할 수 있는 정보의 종류도 명백히 한정시켜 1) 군사계획, 무기체제, 혹은 작전; 2) 외국정부에 관한 정보; 3) 첩보활동, 첩보근원, 방법 혹은 암호체계; 4) 미국의 외교활동; 5) 국가안보와 관련한 과학적, 기술적, 경제적 문제; 6) 핵물질이나 핵시설 보호에 관한 미국정부의 프로그램; 7) 국가안보와 관련된 체제, 시설, 프로젝트, 계획의 취약점이나 능력에 관한 것으로 명시하고 기밀로 분류된 자료는 10년 후 자동적으로 기밀이 해제되도록 했다. 이밖에 기밀을 분류하는 담당자들은 대통령과 각부처 장관등으로 이들에 의해 서면으로 위임받은 하급관리로 한정했다.

클린턴 행정부뿐만 아니라 연방의회도 냉전시대의 유물인 국가기밀체제를 개혁할 것을 요구하고 있다. 올 봄 미국 연방의회의 “국가기밀을 보호하고 줄이기

위한 위원회”(Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy)는 현행 미국 정부의 기밀분류 체제를 냉전시대의 유물로 비판하면서 보다 투명하고 엄격한 기밀 설정과 관리뿐만 아니라 막대한 기밀문서의 기밀 해제를 통해 민주주의를 실천하고 책임 있는 정부를 구현할 수 있는 새로운 법률을 제정할 것을 요청했다.

국가기밀 체제의 폐해와 부조리에 대해 눈 뜬 미국인들이 그 체제를 축소하고 개혁하려 시도하고 있는데 비해 한국에서는 아직도 냉전논리에서 벗어나지 못한 채 국가기밀의 범위를 확대하려는 시도가 남아 있다. 최근 언론보도에 의하면 안기부는 현행 군사기밀보호법과 유사하게, 행정부처의 기밀을 보호할 수 있는 국가기밀보호법을 추진하고 있다고 한다. 그러나 지금의 민주화 시점에서 필요한 것은 국가기밀의 범위를 확대하는 것이 아니라 국가기밀의 설정과 관리가 제대로 되고 있는지 확인하는 작업이다. 국가기밀의 양산으로 국민의 의사표현의 자유와 알 권리가 제약당하고 있지 않는 지가 먼저 점검되어야 할 것이다.

그나마 다행히 사법부가 국가기밀의 범위를 보다 엄격히 설정하려는 의지를 보이는 것은 인권보호와 국가안보를 위해서도 모두 다행한 일이다. 그러나 헌법재판소가 제시한 기준인 국가기밀의 기준은 아직도 인권침해의 여지가 많다. “일반에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실”을 국가기밀로 인정하는 것은 아직도 많은 무고한 사람들을 국가보안법의 울가미로 묶을 수 있는 여지를 주는 불분명한 해석이기 때문이다. 국가안보를 해칠 혐의자의 의사가 명확히 입증되고 해당 정보가 국가에 의해 기밀로 관리되고 있는 정보로서 누출될 경우 국가안보에 명백한 위협을 초래하는 정보

로그 처벌 범위를 엄격히 제한해야 할 것이다.

국가기밀에 관한 법적 해석이 엄격하는 이유는 물론 국민의 의사표현의 자유와 알 권리를 보호하기 위함이다. 더불어 국가기밀의 누설이 가져오는 국가안보에 대한 위협보다는 국가기밀을 지나치게 양산하는 정부체제가 국가안보에 더 큰 위협이 되기 때문이기도 하다. 국가기밀이라는 전가의 보도를 휘두르면서 국가안보에 필요한 정보뿐만 아니라 권력자들의 부정과 부패를 감추고 정치적 반대세력을 탄압하는 법과 제도가 존재하는 한 민주주의와 인권보호는 요원하기 때문이다.



## 독일형법상 국가기밀 보호

박 달 현(순천향대 법학과 강사, 법학박사)

### 1. 문제제기

#### 2. 국가기밀의 개념

가. 국가기밀의 객체

나. 국가기밀의 인적 범위

- (1) 지득가능성
- (2) 제한된 인적 범위
- (3) 모자이크이론

다. 비밀유지필요성

- (1) 적국에 대한 비밀유지필요성
- (2) 독일의 외적 안전에 대해 중대한 불이익을 초래할 위험

라. 국가기밀의 진정성 문제

마. 위법한 국가기밀 문제

바. 독일형법상 국가기밀과 우리 형법상 국가기밀의 비교 검토

### 3. 국가기밀보호와 관련된 범죄유형

가. 모반죄 (§94)

나. 국가기밀누설죄 (§95)

다. 모반목적 국가기밀탐지; 국가기밀의 통지죄 (§96)

라. 국가기밀방기죄 (§97)

마. 위법한 비밀누설죄 (§97a)

바. 위법한 비밀이라고 오인하여 행한 누설죄 (§97b)

사. 모반목적간첩행위 (§98)

아. 첩보기관의 간첩행위 (§99)

### 4. 맺음말

### 1. 머리말

“秘密” 또는 “國家機密”을 말 그대로 이해하자면 당연히 사람들에게 알려지지 않는 것’이어야 한다. 그런데도 우리의 대법원은 “국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 널리 알려진 公知의 事項이라도 ... 국가기밀에 해당한다”고 판시함으로써, “국가기밀의 법적 개념이 일상언어의 語義(Wortlaut)와 모순되는 기이한 현상을 야기하고 있다. 법률언어의 의미가 일상언어의 그것과 물론 반드시 같아야 하는 것은 아니다. 하지만 법률은 법률전문가에게는 법 적용의 척도로서 의미를 갖지만, 일반인에게는 行爲規範으로 의미를 갖는다는 점에서, 법률언어는 일상언어의 의미로부터 완전히 벗어날 수 없을 것이다.

이러한 문제를 국가기밀 전체와 관련시켜 이해할 때, 이것은 매우 지엽적인 것에 지나지 않을 것이다. 우리가 여기서 더욱 중요하게 인식해야 하는 것은, 그 결과로 인해 국가형벌권이 그만큼 확대되고, 다른 한편 그렇게 확대된 만큼 시민의 자유가 침해된다는 점에 있다. 반면 정부의 입장에서는 이처럼 공지의 사항을 국가기밀에 포함시킴으로써 남북이 대치하고 있는 우리의 현실을 보다 효율적으로 통제할 수 있게 된다. 정권안보를 위해 적절한 방법이다. 바로 이러한 이유 때문에 국가기밀에 대한 대법원의 입장이 비판받고 있는 것이다.

필자는 이러한 점을 지적하고, 나아가 국가기밀의 개념이해의 바람직한 방향 제시를 그 목적으로 삼을 것이다. 물론 그 방법은 다양하겠지만, 우리와 같이 분단현실을 경험한 독일이 국가기밀을 어떻게 이해하는지 살펴본 다음, 이를 바탕으로 우리의 경우와 비교하는 방법을 택할 것이다.

그런데 이 글을 작업하던 중, 해방 이후 일관되게

지속되어왔던 대법원의 종래입장은 1997년 7월 16일 대법원전원합의체에 의해 변경되었다. 즉 “공지의 사항도 국가기밀에 해당한다”는 것에서 “국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 널리 알려진 公知의 事實, 物件 또는 知識은 국가기밀에 속하지 않는다”라고 판례가 변경되었다. 이로써 국가보안법 운용과정에서 발생할 수 있는 人權侵害들을 최소화하기 위한 ‘버팀목’ 하나가 마련되었다는 점에서, 특히 큰 의미가 있다. 또한 이것과 관련된 국가형벌권의 남용을 어느 정도 방지할 수 있을 것이다. 그렇다고 해서 국가기밀의 개념에 대한 검토 필요성이 사라진 것은 아니다. 왜냐하면 그 외에도 국가기밀과 관련하여 앞으로 해결해야 할 과제가 남아 있기 때문이다.

따라서 아래에서는 먼저 독일형법상 국가기밀의 개념을 고찰하고, 이어서 그와 관련된 범죄의 개별유형을 고찰하고자 한다.

### 2. 國家機密의 概念

독일형법 제93조 ①항은 “국가기밀이란 독일의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험을 방어하기 위해, 제한된 범위의 사람들에게만 접근이 허용되어 있고 또한 적국에 대해 비밀로 하여야 할 事實, 物件 또는 知識을 말한다”고 국가기밀의 법적 개념을 정의 내리고 있다. 그러면서도 제②항은 “자유민주적 기본 질서에 반하거나 또는 독일의 조약당사국에 대해 비밀이 유지되는 가운데 조약당사국 사이에 합의된 군비 제한에 반대하는 사실은 국가기밀이 아니다”라고 규정하여 위법한 비밀을 국가기밀 개념에서 제외시키고 있다. 實質的 秘密概念(materieller Geheimnisbegriff)이 국가기밀의 기준이 되고 있다. 따라서

1) 大判 1996.11.29, 95도2475; 1995.9.26, 95도1624.

국가기밀은 주권자 또는 관할관청에 의해 비밀로 표시된 것(형식적 범죄개념)이 아니라 - 비밀이라는 표시와는 무관하게 - 독일의 안전이익의 관점에서 적국에 대해 객관적으로 비밀로 해야 하는 것만을 가리킨다.<sup>2)</sup> 그 구체적 요건은 다음과 같다. 예컨대 i) 국가기밀의 객체, ii) 인적 범위, 그리고 iii) 비밀유지 필요성 등이다.

### 가. 國家機密의 客體

독일형법 제93조 ①항의 國家機密이란 제한된 범위의 사람들에게만 알려져 있고, 독일의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험을 방지하기 위해 적국에 대해 비밀로 해야 할 事實, 物件 또는 知識을 말한다. 事實이란 과거 또는 현재의 사건 및 상황을 의미한다.<sup>3)</sup>

외적 사실과 내적 사실으로 나뉜다. 외적 사실은 예컨대 헌법보호공무원의 이름, 직위와 그 직무 등이고,<sup>4)</sup> 내적 사실은 예컨대 모반죄(Landesverrat)에 대한 고의, 계획 또는 준비행위 등을 말한다.<sup>5)</sup> 物件이란 비밀적 가치있는 내용을 가진 모든 유체물의 동산

과 부동산(alle körperlichen beweglichen und unbeweglichen Sachen)을 말한다. 예컨대 군사시설에 관한 계획 및 설계, 무기체계에 관한 문서, 도화, 자연의 창조물(Naturschöpfung), 인공시설물 등이 있다.<sup>6)</sup> 루돌피(Rudolphie)는 독일연방법원의 판결을 인용하여 사람도 物件에 해당한다고 한다.<sup>7)</sup> 왜냐하면 제2차 세계대전시 강제노역된 비밀정보원(V-Mann-Führer)은 훌륭한 情報源(Quelle weiterer Informationen)이고, 그리고 지금까지 적국의 첩보기관에 수집된 지식의 확인을 위해서도 필요하기 때문이다.<sup>8)</sup> 그러나 이러한 견해에 대한 비판도 있다.<sup>9)</sup> 知識이란 순수한 사고의 과정<sup>10)</sup>(rein gedankliche Vorgänge) 또는 사고의 사태<sup>11)</sup>(Sachverhalt), 특히 지금까지 알려지지 않는 관계, 발명 그리고 발견 등에 대한 과학적 통찰, 학문적 공식, 정치적 분석 또는 경제적 연구결과, 여러가지 직무비밀로부터 나오는 지식의 내용<sup>12)</sup> 등을 말한다.<sup>13)</sup> 독일연방법원은 여러 개의 개별적인 공무상의 비밀에서 추론된 전체내용도 지식에 해당한다.<sup>14)</sup> 이러한 이유에서 知識의 개념은 특히 모자이크이론에서 의미가 있다.<sup>15)</sup>

2) Blei, Hermann, Strafrecht II, BT, 12. Aufl., 1983, S.379.  
 3) Sonnen, Alternativkommentare Bd. III, 1986, §93, Rn.33.  
 4) BGHSt 20, 342.  
 5) BGHSt 6, 385: 20, 342.  
 6) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, §93, Rn.34; RGSt 25, 45(48).  
 7) Rudolphie, SK, 1993, §93, Rn. 6. Wagner, GA 1968, 294, Nr 74.  
 8) Wagner, GA 1968, S.294.  
 9) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II, 1986, §93, Rn.34.  
 10) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, §93, Rn.7.  
 11) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II, 1986, §93, Rn.35.  
 12) BGH 24, 76.  
 13) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, §93, Rn.6.  
 14) BGHSt 24, 72, 76. 그 판결의 대상은 피고인이 소련첩보기관(KGB)에 전달했던 독일첩보기관의 비밀정세보고에 관한 것이었다.  
 15) Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn.2.

### 나. 國家機密의 人的 範圍

그렇다고 해서 앞의 모든 사실, 물건 또는 지식이 국가기밀에 해당하는 것은 아니다. 왜냐하면 이러한 사실들은 행위시에 “秘密”이어야 하고, 그것은 “제한된 범위의 사람들에게만 알려져 있어야”(nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich) 하기 때문이다. 즉 비밀의 여부는 단지 제한된 범위의 사람들만이 해당 비밀사실을 알고 있거나 알 수 있다는 점에 의해 결정된다는 것이다. 국가의 비밀유지책은 이것에 어떠한 영향도 미치지 못한다. 그 구체적 내용은 다음과 같다.

#### (1) 知得可能性

지득가능성(Zugänglichkeit)이란 비밀을 알 수 있는 가능성을 말한다. 이것은 제한적 지득가능성을 의미한다. ‘제한적’이란 사람들이 원한다고 해서 비밀의 내용을 알 수 없다는 의미이다. 그렇다면 제한적 지득가능성이란 단지 한정된 사람만이 비밀을 알 수 있는 가능성을 말한다. 일반적으로 멀리 떨어져 있는 비밀문서, 거리에서 잃어버린 비밀문서와 같이 임의 제3자가 알 수 있는 비밀사항의 경우 제한적 지득가능성은 부정된다.<sup>16)</sup> 그러나 지금까지 잘 알려지지 않았거나 연구팀과 같이 제한된 사람들에 의해 발견된 모든 사실의 제한적 지득가능성이 인정된다.<sup>17)</sup> 그런데 지득가능성은 이러한 객관적 조건의 충족만으로 충분치 않다. 나아가 인간의 지각(menschliche Sinne)과 오성력의 도움에 의해 사실상의 표현내용 속에서 비밀사항을 인식·이해할 수 있거나, 아니면

16) Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1989, §93, Rn.6.  
 17) Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn.8. 따라서 연구팀에 의해 발견된 사실이 비밀유지의 필요성이 있다면 그 연구팀의 일원일지라도 그것을 공표할 권리가 없다.  
 18) BGH 7, 235.

지식의 경우에 또한 그 비밀사항을 취득할 수 있어야 지득가능한 것이다(zugänglich).<sup>18)</sup>

#### (2) 제한된 인적 범위

이러한 지득가능성은 “단지 制限된 범위의 사람들”과 관련되어야 한다. 만약 그렇지 않고 누구나 비밀을 취득할 수 있다면, 국가기밀의 요건인 非公知性(일반인에게 알려지지 않는 것)은 탈락할 것이다. 그런데 이러한 제한가능성(Begrenzbarkeit)은 사람의 숫자, 특히 숫자의 규모, 이름의 특정 또는 이름의 특정가능성에 의해 결정되는 것은 아니다. 단지 소극적으로 파악될 뿐이다. 즉 비밀사항이 이미 일반인에게 알려진 경우나 일반적인 인식방법에 의해 인식할 수 있을 경우라면 비밀로서 성질이 탈락한다.

#### (3) 모자이크이론

그런데 앞에서 논의한 실질적 비밀개념에 의해서는, 누구나가 알고 있거나 원하기만 하면 알 수 있는 비밀사항은 더 이상 비밀로서 보호받지 못한다. 그런데 문제는 이러한 비밀사항도 적국에 대해 비밀로 유지하는 것이 이익이 될 수 있다는 점이다. 이러한 이유에서 판례에 의해 만들어진 이론이 바로 모자이크이론(Mosaiktheorie)이다. 모자이크이론에 따르면, “이미 알려졌거나 또는 적어도 일반인이 접근할 수 있는 개별사실”의 구성을 통해 비밀로서 보호할 필요성이 있는 새로운 전체형상(Gesamtbild)이 도출된 때에는 그러한 개별사실에 의해 얻어진 지식도 국가기밀이 될 수 있다.<sup>19)</sup> 단적인 예는 다음과 같다. 예컨

대 '엠덴(Emden)에서 키일(Kiel)까지의 해안에 대한 전체적 설명'(Gesamtdarstellung), '대도시 도로의 단면적 특징을 군사적으로 활용할 수 있도록 편찬한 것', 또는 '일반인에게 널리 알려진 자료의 종합을 통해 구성된 군사계획', '알려져 있는 생산지수(Produktionsziffer) 또는 전략적으로 중요한 교통거점을 체계적으로 평가함으로써 얻어진 방위계획의 추론' 등이 국가기밀로 간주된다.<sup>19)</sup>

그런데 모자이크이론은 폭넓게 국가기밀을 보호하는데 반해, 처벌범위가 그만큼 확대된다. 그리고 일반인에게 알려진 개별사실과 그로부터 형성되는(즉 비밀유지가 필요한) 전체형상 사이에 정확한 한계를 그을 수 없다는 점 때문에 그 적용에 있어 명확성 및 예견가능성이 문제되고 있다. 이러한 이유에서 모자이크이론은 독일연방헌법재판소에 의해 빈번히 비판받았다.<sup>20)</sup> 입법자들도 독일형법 제93조를 새로이 해석함으로써 독일연방법원의 이러한 비판으로부터 벗어나고자 하였다. 그럼에도 모자이크이론에 제기된 문제가 완전히 해결되었는지 여전히 의문으로 남아 있다.

일반인에게 알려져 있는 개별사실의 단순구성에 의해 나타난 사실은 더 이상 국가기밀일 수 없다.<sup>21)</sup> 그렇다고 해서 일반인들에게 알려진 개별사실의 평가를 통해 얻어진 전체형상 또는 일반인들이 접근할 수 있는 개별사실로부터 얻어진 새로운 지식이 국가기밀로서의 성질이 전적으로 부정되기에는 이론 감이 없지 않다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 독일형

법 제93조 ①항은 분명하게 지식을 국가기밀의 가능한 객체로 보고 있으며, 그리고 이러한 지식은 반드시 이미 알려진 개별적 사실과 지식의 종합에 의해 얻어진다는 점이다. 둘째, 이처럼 개별사실의 평가를 통해 얻어진 전체형상 또는 그로 인해 얻어진 새로운 지식도 현실적으로 보호의 필요성이 있다는 점이다.

이러한 이유에서 국가기밀의 개념의 폭을 확대할 수 없다. 그렇다고 해서 이러한 비밀사항을 전면적으로 형법의 보호밖에 둘 수도 없는 것이다. 그렇다면 문제해결은 양자를 적절히 조화시키는 것이다. 그런데 이 문제가 국가기밀의 개념과 관련되어 있다는 점에서, 독일형법 제93조 ①항과 관련시켜 이해해야 한다. 예컨대 독일형법 제93조 ①항의 국가기밀의 개념을 모자이크이론에 적용하는 방법이다. 따라서 일반인들에게 알려진 개별사실의 구성에 의해 도출된 새로운 전체형상이나 새로운 지식이 일반인들에게 접근이 허용되어 있느냐 아니면 단지 제한된 범위의 사람들에게만 그 접근이 허용되어 있는지의 여부에 따라 국가기밀의 성질이 결정되어야 한다.<sup>22)</sup> 그러한 지식을 얻는 데 필요한 정신적 능력과 기술적 방법에 대한 정확한 판단이 중요하게 작용한다.<sup>23)</sup> 문제된 지식을 얻는 데 필요한 정신적 능력과 기술적 방법을 단지 제한된 범위의 사람들만이 사용할 수 있다면, 그러한 지식은 비밀로 보호될 수 있다. 그러나 일반인들이 문제된 지식을 얻는 데 특별한 시간과 노력을 들이지 않더라도, 그것이 비밀이라는 사실을 알 수 있을 경우에는 국가기밀로서의 성질은 상실하게 된

다. 이로써 모자이크이론에 제기되었던 비판, 예컨대 그 적용에 있어 명확성과 예견가능성에 반한다는 점과 그로 인해 국가기밀의 범위가 지나치게 확대된다는 점은 해결된다. 또한 이는 독일형법 제93조 ①항의 취지에도 맞아떨어진다.

#### 다. 秘密維持必要性

지금까지 설명한 두 가지 요건, 즉 i) 국가기밀의 객체, ii) 제한된 범위의 사람들만에 의한 국가기밀의 지득가능성이 충족되었다고 해서 국가기밀이 될 수 없다. 국가기밀은 그 외에 "비밀유지필요성"(Geheimhaltungsbedürftigkeit)을 필요로 한다. 우리 헌법재판소는 이를 實質秘密性, 즉 비밀로서 보호될 만한 실질적 가치가 있는 것"이라 한다.<sup>24)</sup> 그렇다면 국가기밀은 형법상 규정된 "비밀사항이 단지 제한된 범위의 사람들"에게만 알려져 있는 것만으로 충분하지 않고, 나아가 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험을 방지하기 위해 적국에 대해 "비밀로 유지할 만한 실질적 가치"가 있어야 할 것을 요청한다. 즉 비밀유지필요성은 국가기밀 범위를 제한하는 기능을 한다. 그 구체적 내용은 다음과 같다. 첫째 敵國에 대해 비밀유지필요성이 있어야 한다. 둘째 비밀의 공개로 인해 '독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험'이 있어야 한다. 그럼으로써 비밀유지필요성이 충족될 것이다.

#### (1) 敵國에 대해 비밀유지필요성

국가기밀은 독일형법 제93조 ①항에 따라 敵國에 대해 秘密로 유지되어야 한다. 敵國이란 우선 외국정부를 말한다. 외국정부는 우방국, 동맹국, 중립국, 적대국가를 불문한다.<sup>25)</sup> 그리고 국제법상의 승인 여부가 중요한 것이 아니라 사실상의 국가권력을 행사하는 것으로 충분하다. 따라서 적국에 있는 망명정부나 반란집단(반국가단체)도 국가기밀을 가지고 있는 한, 敵國이 될 수 있다.<sup>26)</sup> 그러나 독일의 州정부나 독일국내의 권력집단 등은 원칙적으로 적국이 될 수 없다.<sup>27)</sup> 적국이란 예컨대 독립된 권력을 가진 국제기구 및 나토(Nato) 회원국 같은 동맹국가를 포함한 外國에 대한 개념이기 때문이다.<sup>28)</sup> 하지만 州정부의 비밀일지라도 그것의 누설이 독일의 외적 안전에 대한 위험을 초래할 경우 비밀로서 보호된다.

적국에 대한 비밀유지는 독일의 外的 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험을 방지하기 위해 필요해야 한다. 이러한 필요성은 반드시 국가기밀이 적국에 알려지지 않는 것을 전제로 하지 않는다. 왜냐하면 적국에 알려진 비밀사항이라도 만약 그것이 적국에 알려졌다는 확신이 없다면, 독일의 외적 안전에 대한 위험을 방지하기 위해 적국에 대해 비밀로 유지하는 것은 항상 의미 있으며, 또한 비밀유지가 요청되기 때문이다. 다시 말해서 비밀사항을 알고 있는 적국이 사용가능한 모든 방법의 도움을 받더라도 그것의 구체적 내용이 확정되지 않는 비밀의 경우 독일형법 제93조 ①항에서 말하는 비밀유지필요성이 인

19) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. I., 1993, §93, Rn.15; Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.11.

20) RGSt 25, 45; BGHSt 7, 234; 15, 17.

21) BVerfGE 20, 180 f.

22) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 47.Aufl. 1995, §93, Rn.4.

23) Träger Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn. 5; Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II., 1986, §93, Rn.38.

24) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II., 1993, §93, Rn.17.

25) 憲裁決 1997. 1. 16.

26) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II., 1986, §93, Rn.41.

27) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.15; Lackner, StGB mit Erläuterungen, 1995, §93, Rn.3.

28) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II., 1993, §93, Rn.21.

29) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.16.

정된다.<sup>30)</sup> 그러나 적국에 대해 비밀유지필요성이 있는 비밀일지라도 적국이 이미 그것을 알고 있었다면, 그것은 더 이상 비밀이 아니다. 왜냐하면 그러한 비밀사항은 더 이상 독일의 외적 안전에 위협하지 않기 때문이다. 다수의 적국에 대해 비밀유지가 필요한 경우 그 가운데 일부의 적국은 그 비밀내용을 정확히 알고 있더라도 나머지 적국이 그 내용을 정확히 알고 있다면 비밀유지필요성이 있다. 이 경우는 구체적으로 나누어 파악해야 한다. 즉 그 비밀을 정확히 알지 못하는 적국에 전달하였다면 비밀유지필요성이 인정되지만, 이미 그 비밀내용을 정확히 알고 있는 적국에 전달하였다면 비밀유지필요성은 탈락한다. 왜냐하면 후자의 경우 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험을 야기하지 않기 때문이다.<sup>31)</sup>

또 비밀유지필요성에 국가기관의 특별한 主觀的 秘密維持意思(Geheimhaltungswille)가 필요한가. 독일형법 제93조 해석의 기초인 실질적 비밀개념에 따르면 국가기밀은 비밀이 갖는 정보의 실질적 의미와 그것의 객관적 비밀유지필요성에 달려 있기 때문이다.<sup>32)</sup> 따라서 국가기밀로서 성질을 갖는지 여부는 국가기관의 비밀유지의사행위에 의해 결정되는 것이 아니다.<sup>33)</sup>

## (2) 독일의 外的 安全에 대해 중대한 不利益을 초래할 危險

비밀의 공개에 의해 '독일의 外的 安全'에 대한 '重大한 不利益'을 초래할 '危險' 야기가 비밀유지필요성의 실질적 요건이다. 그 구체적 내용은 다음과 같다.

독일형법 제93조 ①항의 보호이익은 독일의 外的 安全(äußere Sicherheit)이다. 따라서 州政府의 비밀은 원칙적으로 보호받지 못한다. 다만 독일의 외적 안전과 관련되어 있고, 그 보호가 요구되는 州政府의 비밀은 독일형법 제94조 이하의 보호를 받는다.<sup>34)</sup>

外的 安全이란 독일 이외의 국가로부터의 침공 및 특별한 강제조치와 교란을 방어할 능력을 말한다.<sup>35)</sup> 어떤 방법에 의해 외적 안전이 위협하게 될런지, 예컨대 정치·군사·첩보 또는 경제와 관련된 비밀의 누설에 의해 외적 안전이 위협하게 될런지의 여부는 문제되지 않는다. 단지 누설에 의해 독일의 외적 지위(die äußere Machtstellung)가 불이익하게 침해된다는 것만이 중요하다.<sup>36)</sup> 따라서 국가방위 및 방위산업의 비밀은 독일형법 제93조 ①항에 의해 보호된다. 그것에 대해 첩보상의 불이익(Nachrichtendienstliche Nachteile)이 필연적으로 외적 안전에 대한 불이익은 아니다. 단지 첩보기관의 방어행위가 독일의 외적 안전을 위협하는 적국의 첩보행위를 저지하기 위한 것일 경우에만 첩보상의 불이익은 독일의 외적 안전에 대한 불이익이 된다.<sup>37)</sup> 이와 마찬가지로 외교적·학문적·경제적 비밀도 독일의 외적 안전의 보호를 위해 그 보호가 요구되는 때에는 국가기

30) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.22.

31) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, §93, Rn.16.

32) BGH 7, 235; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §93, Rn.5.

33) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.22; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §93, Rn.5.

34) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.19.

35) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §93, Rn.7; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.27.

36) 자세한 것은 BGH 18, 338; 24, 75; Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.17 참조.

밀에 해당한다.<sup>38)</sup>

그리고 적국에 대한 비밀누설을 통해 "독일의 외적 안전에 '重大한 不利益'을 초래할 '危險'이 야기되어야 한다. 외적 안전에 대한 손실만이 不利益으로서 고려된다. 예컨대 독일에 대한 적국의 조치의 작용(Auslösen von Maßnahmen fremder Mächte) 또는 이미 적국에 의해 실행 또는 계획된 강제조치와 교란에 대한 효율적 방어능력의 침해가 바로 그것이다. 따라서 외적 안전과 관련이 없는 독일 국내의 과학, 연구 또는 산업에 대한 배타적 침해의 위험은, 독일 내부집단의 침해위험과 마찬가지로, 그것만으로 충분하지 않다.<sup>39)</sup>

不利益은 또한 중대해야(schwer) 한다. 즉 외적 안전에 대한 不利益이 있는 것만으로 충분하지 않다. 현실적으로 매우 중대한 不利益이 있어야 한다.<sup>40)</sup> 단순한 외교차찰,<sup>41)</sup> 적국에 대해 단지 첩보상의 경미한 가치만을 갖는 비밀,<sup>42)</sup> 비밀정보원(V-Mann)의 이름 누설 등은 중대한(schwer) 경우가 아니다.<sup>43)</sup> 이처럼 '중대성'은 비밀유지필요성의 판단에서 중요한 기능을 한다. 그럼에도 '중대한 불이익'이라는 불명확한

표지 때문에 비판받기도 한다. 그렇다고 해서 이것이 독일기본법 제103조 ②항의 명확성원칙에 반하는 것은 아니다.<sup>44)</sup>

이러한 중대한 불이익에 대한 판단은 상호충돌하는 이익교량을 필요로 한다. 즉 비밀의 공개를 통해 얻을 수 있는 외적 안전에 대한 이익이 고려되어야 한다는 것이다. 가령 비밀의 공개를 통해 발생한 A국가에 대한 不利益이 B국가에 대한 外交의 利益을 통해 보상되는 때에는 그것의 종합판단(Gesamtbeurteilung)에 의해 독일의 외적 안전에 대한 위험은 탈락될 수 있다.<sup>45)</sup> 하지만 이러한 이익교량(Saldierung)에 있어 독일형법 제93조의 보호이익인 外的 安全과 관련된 이익만이 참작되어야 한다. 이에 대해 다른 이익, 특히 국내정치적 이익 또는 내적 안녕은 여기서 중요하지 않다. 이 경우 정당성의 관점에서 파악될 수 있다. 정당화적 긴급피난에 의한 이익교량이 가능하기 때문이다.<sup>46)</sup>

또한 비밀유지필요성은 중대한 불이익을 초래할 危險을 필요로 한다. 이 때 위험은 추상적 위험으로 충분하다.<sup>47)</sup> 반면에 예컨대 제94조와 같은 개별적 구

37) BGHSt 24, 76, 78.

38) BGHSt 18, 338; 24, 75; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.27; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §93, Rn.7.

39) BGHSt 18, 338; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.29; Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 1991, §93, Rn.21.

40) BGHSt 24, 75.

41) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.30; Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.20; Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn.14.

42) BGHSt 20, 381; BGH NJW 1965, S.1191; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.30; Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.20.

43) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §93, Rn.8.

44) Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969, S.316.

45) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.18.

46) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.18.

47) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §93, Rn.42; Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.20.

성요건에서는 具體的 危險이 필요하다.<sup>48)</sup>

#### 라. 國家機密의 眞正性 문제

국가기밀의 개념은 그 비밀의 내용이 거짓이 아닐 것을 전제로 한다.<sup>49)</sup> 허위의 국가기밀은 독일형법 제 93조가 아니라 단지 독일형법 제100조a에 의해 파악 될 뿐이다.

#### 마. 違法的 國家機密 문제

독일형법 제93조 ①항은 국가기밀의 법적 개념을 정의하고 있다. 그러면서도 같은 조 ②항은 “자유민주적 기본질서에 반하거나 독일의 조약당사국에 대해서는 비밀로 유지하면서 국가상호간 협정된 군비축소에 위반하는 사실”은 국가기밀의 개념에서 제외된다고 한다. 즉 ②항은 비밀개념을 본질적으로 제한하는 기능을 한다.

그런데 독일의 경우 처음부터 위법한 국가기밀<sup>50)</sup>을 국가기밀의 개념에서 제외한 것은 아니었다. 단지 위법한 국가기밀의 보호가 비밀유지에 대한 외교정치적 필요와 ‘불법과정의 폭로에 대한 법치국가적 이익’ 사이의 충돌 등과 같은 문제<sup>51)</sup>에 부딪치자, 독일형법 제93조 ②항에 의해 위법한 국가기밀은 기밀 개념에서 제외된 것이다. 이렇게 명문으로 규정되기

전에 이미 독일연방법원은 그 문제해결의 밑그림을 그려주었다.<sup>52)</sup> 즉 헌법의 기본원칙에 속하는 최상위의 법적 가치와 정치적 가치 사이의 서열관계가, 기본법처럼 법이념의 지배를 받는 헌법구조 속에 명확하게 확정되어 있다. 그래서 모든 정치적 작용은 법의 고차원적인 이념에 지배되고 제한받는다.<sup>53)</sup> 왜냐하면 법은 권력의 도구가 아니기 때문이다. 이러한 서열관계는 법치국가의 본질과 부합한다.<sup>54)</sup> 따라서 최고의 법적 가치와 헌법적 가치의 보호는 모든 정치적 합목적성의 고려(alle politische Zweckmäßigkeitserwägung)에 우선한다.

독일연방법원의 이러한 기본사고는 1968년 6월 25일 제8차 형법개정법(Strafrechtsänderungsgesetz)에 의해 독일형법 제93조 ②항으로 구체화되었다. 그렇다고 해서 모든 위법한 국가기밀의 누설이 처벌되지 않는 것은 아니다. 단지 독일형법 제97조a, 제97조b에 의해 제한적으로 처벌되기 때문이다.

그런데 위법한 국가기밀을 국가기밀에서 제외시키는 독일형법 제93조 ②항의 법적 성질에 관해 다툼이 있다. 국가기밀의 不法性(Illegalität)이 違法性을 배제한다는 입장과 構成要件을 제한한다는 입장이 바로 그것이다. 전자에 따르면, ‘외적 안전의 이익’과 ‘자유민주적 기본질서의 위반을 밝혀내어 제거함으로써 얻는 이익’ 사이의 갈등은 利益較量原則(Grundsätze der Interessenabwägung)에 따라 해

결된다는 것이다.<sup>55)</sup> 즉 우월한 이익과 덜 우월한 이익 사이의 충돌은 우월한 이익의 보호에 의해 정당화된다. 즉 위법성이 조각된다. 따라서 (利益較量原則에 따라) 자유민주적 기본질서의 위반을 밝혀내어 그것을 제거하여 얻는 이익은 독일의 외적 안전의 이익에 우선하기 때문에 독일형법 제93조 ②항은 정당화근거 규정이다.<sup>56)</sup> 독일 소수설의 입장이다. 이에 대해 후자는 입법자의 의도와 법률의 명확한 어의(Wortlaut)에도 부합한다.<sup>57)</sup> 이 규정을 이익교량의 결과라고 보는 것도 그 결과에 반하지 않는다. 왜냐하면 그러한 교량의 결과가 모든 구성요건표지에 반영되어 있기 때문이다(소극적 구성요건표지이론). 독일형법 제93조 ②항의 위법한 상황은 이것을 잘 반영하고 있다. 예컨대 자유민주적 기본질서는 자유민주적 헌법국가의 최고의 기본가치를 포함하고 있기 때문에<sup>58)</sup> 이에 대한 위반이 오히려 더 문제가 된다. 이러한 이유에 근거하여 독일형법 제93조 ②항이 제정된 것이다. 따라서 이 규정은 도그마틱상 구성요건제한규정으로 이해된다. 독일의 다수설의 입장이다.<sup>59)</sup>

#### 바. 독일형법상 國家機密과 우리 형법상 國家機密의 비교 검토

지금까지 독일형법상 국가기밀의 개념을 고찰해

보았다. 그 특징은 개략적으로 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다. 첫째 국가기밀은 실질적 비밀개념을 그 기준으로 한다. 따라서 국가기밀은 비밀누설로 국가의 외적 안전에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼 실질적 보호가치가 있어야 한다. 둘째 이러한 내용의 국가기밀의 개념이 법적으로 개념지위해 있다는 점이다. 셋째 위법한 국가기밀은 독일형법 제93조 ②항에 의해 국가기밀의 개념에서 제외된다.

순전히 독일형법상 국가기밀의 개념을 정의하는 것이 이 글의 본질적인 목적은 아니다. 그것은 단지 본질적인 목적달성의 수단에 불과하다. 이 글의 궁극적 목적은 우리 형법상 국가기밀의 개념을 이해하고 발전시키는 것이다. 단지 이해의 편의를 위해, 우리와 비슷한 분단을 경험한 독일의 형법상 국가기밀의 개념을 고찰의 거점으로 삼았을 뿐이다. 이를 위해 먼저 독일형법상 국가기밀의 개념을 이해하고 그리고 나서 우리 형법상 국가기밀의 개념과 비교·검토하고, 마지막으로 우리 형법상 국가기밀의 개념의 발전방향을 가능할 것이다.

우리나라, 독일 모두가 실질적 비밀개념을 국가기밀판단의 기준으로 한다는 점에서 차이가 없다. 그렇다고 해서 구체적인 점에서 조차 그 차이가 부정되는 것은 아니다. 예컨대 국가기밀의 개념은 독일의 경우 독일형법 제93조에 의해 법적으로 정의되고 있지만,

55) Rudolphie, Systematischer Kommentar, 1993, §93, Rn.34.

56) Jescheck, Die Behandlung des sog. illegalen Staatsgeheimnisses im neueren politischen Strafrecht, Engisch-FS, S.584 ff.; Lackner, a.a.O., §93, Rn.10; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses(§93b) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S.190; Stree, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.26; Dreher/Tröndle, a.a.O., §93, Rn.6.

57) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.34; Träger, Leipziger Kommentar, 10.Aufl., Bd. IV, 1988, §93, Rn.2.

58) BVerfGE 2, 1; Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §93, Rn.47.

59) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1988, §93, Rn.51; Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn.20; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.34; Dreher/Tröndle, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §93, Rn.9; Stree, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.26.

48) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.28. 이에 대해 슈트레는 원칙적으로 비밀유지필요성에서 추상적 위협이 있어야 하지만, 그러나 적국의 비밀유지대상을 알았다면, 구체적 위협이 된다고 한다.

49) Stree, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl. 1991, §93, Rn.19.

50) 자유민주적 헌법국가의 최상위의 기본가치인 자유민주적 기본질서에 반하는 내용의 국가기밀이기 때문에 위법한 국가기밀이라 한다.

51) 구체적으로는 다음과 같다. 위법한 국가기밀의 보호는 한편 독일의 외적 안전이 보호에 이르게 되고, 다른 한편 불법한 과정, 예컨대 자유민주적 기본질서의 위반이 보호됨으로써 법치국가가 침해받게 된다.

52) BGHSt 20, 342, 365.

53) Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn.20.

54) Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn.20.

우리의 경우 학계와 판례에 의해 개념지워져 있다. 위법한 국가기밀은 독일의 경우 독일형법 제93조 ②항에 의해 국가기밀에서 제외되지만, 우리의 경우 학계는 물론이고 판례도 이에 대한 분명한 입장을 보이지 않고 있다. 국가기밀의 개념은 독일의 경우 형법상 국가기밀이 단일하게 사용되지만, 우리의 경우 국가기밀은 군사상의 기밀과 함께 사용되고 있다. 적용법규로는 형법의 간첩죄(제98조), 형법의 특별법인 국가보안법의 간첩죄(제4조 ①항 2호), 군형법의 간첩죄(제13조) 및 군사기밀보호법(제2조: 군사상의 기밀) 등이 있다.

독일형법 제93조 ①항은, “단지 제한된 범위의 사람들에게만 접근가능하고 그리고 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험을 방어하기 위해서 적국에 대해 비밀로 유지되어야 하는 事實, 物件 또는 知識” 등을 국가기밀로 개념지우고 있다. 즉 국가기밀은 독일의 외적 안전을 위해 객관적으로 비밀로 해야 할 필요성이 있는 것으로 충분하고 국가기밀에 의한 별도의 비밀표시 또는 비밀유지의사는 필요치 않다. 실질적 비밀개념이 그 기준이 되고 있다. 우리의 경우학설은 물론이고 대법원과 헌법재판소도 實質的 秘密概念(materieller Geheimnisbegriff)을 비밀판단의 기준으로 보고 있다.<sup>60)</sup> 학계에 따르면, 국가기밀은 “제한된 범위의 사람들에게만 알려져 있고 대한민국의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험을 방지하기 위하여 적국에 대하여 비밀로 하여야 할 事實, 對象 또는 知識”으로 이해되고 있다.<sup>61)</sup> 독일형법 제93조 ①항의 국가기밀의 개념을 그대로

옮겨 놓은 것으로 보인다. 그런데 이러한 개념내용인 “제한된 범위의 사람들에게만 알려져 있고”에 따르면, 公知의 事項이 국가기밀의 개념에서 제외되는 것은 너무나 당연하다. 그럼에도 불구하고 대부분의 학계<sup>62)</sup>는 “국내에서의 적법한 절차를 거쳐 널리 알려진 公知의 事項일지라도 … 국가기밀에 해당한다”는 판례를 무비판적으로 원용하여 “公知의 事項”도 국가기밀에 해당한다고 한다. 이는 논리적 모순이다. 이 문제를 잠시 뒤로 물러 놓고 바라본다면, 학계에 의해 이해된 국가기밀은 이미 개념 그 자체에 의해 어느 정도 제한받지만, 그러나 판례의 경우 별로 제한되지 않는다. 이는 “공지의 사항도 국가기밀에 해당한다”라는 단순한 사실문제에 그치는 것이 아니라 국가형벌권의 확대를 지향하게 된다. 이러한 이유에서 이에 대해 많은 비판이 제기되었다. 그러던 중 1997년 1월 17일 헌법재판소의 전원재판부는 이러한 문제점을 받아들여 “국가기밀의 의미”를 변경하였다.<sup>63)</sup>

헌법재판소는 국가기밀의 일반적 의미는 “일반인에게 알려지지 아니한 것, 즉 非公知의 사실(넓은 의미)로서 국가의 안전에 대한 불이익의 발생을 방지하기 위하여 그것이 敵國 또는 反國家團體에 알려지지 아니하도록 할 필요성, 즉 要秘匿性이 있는 동시에, 그것이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼 실질적 가치가 있는 것, 즉 實質秘匿性을 갖추어야 한다”<sup>64)</sup>고 규정하면서도, 다시 국가보안법 제4조 ①항 2호 “가”목과 “나”목에 공통된 국가기밀의 의미는 “결국 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명

백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식”이라고 한다. 그 중 특히 “가”목의 국가기밀은 그 중요성과 가치의 정도에 있어서 “한정된 사람에게만 지득이 허용되고” 또 “보다 고도”의 국가기밀을 의미하며, 그외의 것은 “나”목의 국가기밀에 해당한다고 한다. 이렇게 헌법재판소가 국가기밀을 새롭게 개념지움으로써 판결의 새로운 기준을 마련하였다는 점은 높이 평가할 만하다. 그렇다고 해서 전혀 문제가 없는 것은 아니다. 현행 국가보안법 제4조 ①항 2호(1991.5.31 개정 법률 제4373호) 특히 “가”목에 “군사상의 비밀 또는 국가기밀이 ‘국가안전에 대한 重大한 不利益을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식’인 경우 … 처한다”고 규정하여, 이렇듯 이미 실질적 비밀개념의 법적 정의가 마련되었음에도 불구하고 (입법후 6년이 지난) 지금에 와서야 그러한 결정(憲裁決 1997. 1. 16., 92헌바6·26, 93헌바34·35·36)을 내린 것은 늦은 감이 없지 않다.

1997년 7월 16일 대법원 전원합의체도 헌법재판소의 ‘국가기밀의 개념에 관한 결정변경’을 받아들여 판례 변경을 하였다. 판례에 따르면 현행 국가보안법 제4조 ①항 2호 “가”목에 정한 국가기밀은 “정치·경제·사회·문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 ‘公知의 事實, 物件 또는 知識’에 속하지 아니한 것’이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질적 가치를 갖춘 것”이어야 한다.<sup>65)</sup> 이 판례가 널리 알려진 공지의 비밀사항을 비밀개념

에서 제외시킨 점과 비밀개념을 약간 구체화시켰다는 점에 대해 높이 평가해야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 대법원의 입장에 대해 비판되어야 할 점들이 남아 있다. 변경된 판례의 내용은 이미 개정된 현행국가보안법 제4조 ①항 2호 “가”목과 “나”목 및 군사기밀보호법 제2조에 의해 구체적으로 파악될 수 있는 것이었다. 전자는 “군사상 기밀 또는 국가기밀은 … 한정된 사람에게만 지득이 허용되고…”, 후자는 “군사상 기밀이란… 일반인에게 널리 알려지지 아니한 것으로서…”를 말한다. 이렇듯 법규정에 의해 “공지의 사실, 물건 또는 지식”이 비밀의 객체가 아님이 명문화되어 있었음에도, 대법원은 판례변경 전까지 “공지의 사항”도 국가기밀에 해당한다고 입장을 일관되게 고수해 왔다. (법적 근거가 없는 것은 물론이고 비밀의 일상언어의 의미조차 파악하지 못한 경우이다. 비밀이란 당연히 소수의 사람들만이 알고 있음을 전제한다.) 이는 죄형법정주의에 대한 침해가 아닐 수 없다.

형법에 의해서만 국가기밀을 보호하는 독일의 경우와 달리, 우리나라의 경우 국가기밀 외에도 군사상의 기밀을 법률로써 보호하고 있으며, 그 보호도 형법, 국가보안법 그리고 군형법 등에 의한다. 특히 군사상 기밀은 형법 제8조 ②항, 국가보안법 제4조 ①항 2호, 군형법 제13조 ②항와 제80조에 의해 보호된다. 이렇듯 양자를 달리 규정할 이유가 있는가. 군사상 기밀은 내용상 국가기밀 가운데 군사와 관련된 것을 의미한다는 점에서 국가기밀에 포함된다. 대법원도 같은 입장인 것으로 보인다. “군사상의 기밀이란 현대전의 양상에 비추어 순수한 군사상의 기밀 뿐만 아니라 군사력에 직결되고 군작전수행과 관련이 있는 정치, 경제, 사회, 문화 등 국가의 모든 분야에 걸쳐 적국에 알림으로써 우리나라에 군사상 불이익

60) 배종대, 『형법각론』, 1996, p.579; 김일수, 『한국형법 V』, 1995, p.959; 이재상, 『형법총론』, 1996, p.606; 송재현, 『주석형법각칙(1)』, 사법행정학회, 1992, p.62; 憲裁決 1997.1.16, 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합, 전원재판부).

61) 배종대, 『형법총론』, 1996, p.579; 이재상, 『형법총론』, 1996, p.606; 송재현, 『주석형법각칙(1)』, 1992, 62쪽; 김일수, 『한국형법 V』, 1995, p.959.

62) 정성근, 『형법각론』, 법지사, 1996, p.1059.

63) 憲裁決 1997.1.16, 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합) 전원재판부.

64) 大判 1997.7.16, 97도985(전원합의체).

이 되는 일체의 기밀"이라고 판시한 점에서 알 수 있다.<sup>66)</sup> 군사상 기밀은 특히 특별법에 의해 보호된다. 이에 대해 군사상 기밀이 국가기밀의 범위와 같다고 보는 입장이 있다.<sup>67)</sup>

위법한 국가기밀이 국가기밀에서 제외되는 독일과 달리, 우리의 경우 이에 대한 견해의 다름이 있다. 즉 위법한 국가기밀, 예컨대 자유민주적 기본질서에 반하거나 대외적으로 침략전쟁준비 등과 같은 사항도 국가기밀에 포함된다는 입장<sup>68)</sup>과 포함되지 않는다는 입장<sup>69)</sup> 등이 그것이다. 하지만 판례는 이에 대한 분명한 입장을 보이지 않고 있다.

### 3. 國家機密保護과 관련된 개별 犯罪類型

여기서는 먼저 국가기밀의 보호와 관련된 개별 범죄유형을 고찰하고, 나아가 우리나라의 국가기밀보호에 관한 법제도와 비교하고자 한다.

#### 가. 謀叛罪(Landesverrat)

【독일형법 제94조】① 독일에 불리하게 하기 위해서 또는 적국에 유리하게 하기 위해서,

1. 국가기밀을 적국 또는 그 정보원에게 알려거나 또는
2. (국가기밀을 취급할) 권한없는 자에게 이를 전달하거나 또는 공개적으로 널리 유포함으로써 독일

의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래한 위험을 실현한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.

② 특히 중한 경우에는 중신형(무기징역) 또는 5년 이상의 자유형에 처한다. 특히 중한 사례란 다음과 같은 경우, 즉

1. 특히 국가기밀을 보호할 의무를 가진 자가 그의 책임있는 지위를 남용하거나,
2. 자기의 행위에 의해 독일의 외적 안전에 대해 특별히 중대한 불이익을 초래할 위험을 실현하였을 경우 등을 말한다.

#### (1) 모반죄의 의의

모반죄(Landesverrat)란 "국가기밀을 적국 또는 그 정보원에게 알려거나, 독일에 불리하게 하거나 적국에 유리하게 하기 위해 권한없는 자에게 이를 전달하거나 공개적으로 널리 유포함으로써 독일의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험을 실현하였을 경우에 성립하는 범죄"이다(독일형법 제94조 ①항). 따라서 모반죄는 국가기밀이 적국에 알려지거나 공개되는 것을 방지하는 것을 목적으로 한다는 점에서 그것의 보호이익은 독일의 외적 안전이다.<sup>70)</sup> 이 점에서 우리의 간첩죄(제98조)와 유사하다. 하지만 모반죄는 국가기밀을 적국 또는 그 정보원에게 알려거나 국가기밀을 취급할 권한 없는 자에게 전달 또는 공개 유포하여 독일의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험을 실현해야 기수가 되지만, 우리의 간첩죄는

이 정도까지 이르지 않고 단지 적국을 위해 국가기밀을 탐지·수집하는 것만으로 기수가 된다는 점에서 양자는 구분된다.

#### (2) 객관적 구성요건

모반죄(Landesverrat)는 두 사안으로 나누어진다. 하나는 국가기밀을 적국 또는 그 정보원에게 알람으로써 성립하는 모반죄이고, 다른 하나는 권한 없는 자에게 국가기밀을 알려거나 공개함으로써 성립하는 모반죄이다. 전자를 직접모반이라 하고 후자를 간접모반이라 한다.<sup>71)</sup>

#### (가) 직접모반죄(제94조 ①항 1문)

직접모반죄는 행위자가 객관적으로 독일형법 제93조의 국가기밀을 적국 또는 그 정보원에게 전달함으로써 성립한다. 전달의 방법에는 제한이 없다. 예컨대 구두, 서면 또는 물건의 전달에 의한 것은 물론이고 암호화된 신문광고, 무선통신 또는 심부름꾼에 의해서도(durch Einsatz von Boten) 가능하다.<sup>72)</sup> 작위는 물론이고 부작위에 의해서도 가능하다. 국가기밀보호의 보증인지위에 있는 자가 국가기밀을 다

른 사람이 인식할 수 있도록 방치하는 경우이다.<sup>73)</sup> 전달의 객체는 국가기밀이다. 따라서 전달은 행위자의 단일행위 또는 여러 행위의 결합(durch eine oder mehrere Handlungen)에 의해서 가능하다. 또한 두 개의 지식(Erkenntnishälfte)으로 구성되어 있는 국가기밀의 경우 행위자가 이미 비밀의 일부를 알고 있는 사람에게 나머지 일부를 알리는 경우도 전달에 해당한다.<sup>74)</sup>

전달은 직접 적국 또는 그 정보원에 대한 것이어야 한다. 따라서 국가기밀이 적국의 기관 또는 그 정보원 가운데 한 사람에게 알려졌을 때에 기수가 된다. 정보원이란 예컨대 적국의 정보기관의 구성원을 말한다.<sup>75)</sup>

이러한 전달에 의해 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 야기할 위험이 실현되어야 한다. 잠재적 위험이 아니라 구체적 위험이 필요하다.<sup>76)</sup> 비밀을 우방국에 누설하거나, 정보원 체포목적으로 비밀자료를 적국의 정보원에게 전달한 경우에 구체적 위험은 없다.<sup>77)</sup> 나아가 국가기밀을 적국에 전달하였더라도 이미 적국이 그 비밀에 관해 확실하게 알고 있었을 경우 독일의 외적 안전에 대한 구체적 위험은 없다.<sup>78)</sup>

행위자는 주관적으로 최소한 미필적 고의를 가져야 한다.<sup>79)</sup> 고의는 국가기밀의 개별조건, 적국에 대해

70) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II, 1986, §93, Rn.12.

71) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §94, Rn.2.

72) Dudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §94, Rn. 3.

73) BGHSt 25, 149; Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn. 6; Träger Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §93, Rn.3.

74) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II, 1986, §93, Rn.14; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §93, Rn.14.

75) BayObLG NJW 1957, 1328; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §94, Rn.4; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §94, Rn.6; Lackner, StGB mit Erläuterungen, 1995, §94, Rn.4.

76) Stree, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §94, Rn. 13; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §94, Rn.6.

77) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §94, Rn.6.

66) 大判 1983.6.14, 83도863.

67) 배종대, 『형법각론』, pp.1996, 587~589; 이재상, 『형법각론』, 1996, p.607. 이재상 교수는 간첩죄는 국가의 외적 안전을 보호하기 위한 범죄이며, 기밀 자체를 보호하기 위한 범죄가 아니라는 점을 이유로 든다.

68) 송재현, 『주석 형법각칙(1)』, 1992, 한국사법행정학회, 1992, p.63.

68) 김일수, 『신고 형법각론』(김종원 외 6인 공저), 한국사법행정학회, 1986, p.600.

69) Lackner, StGB mit Erläuterungen, 1995, §94, Rn.1; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §94, Rn.1.

국가기밀을 전달함으로써 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 구체적 위험이 존재하게 된다는 데까지 미친다.<sup>78)</sup>

(나) 간접모반죄

간접모반죄(제94조 ①항 2문)란 독일에 불이익을 주거나 적국에 이익을 주기 위해서, 국가기밀을 권한 없는 자에게 전달하거나 또는 이를 공개함으로써 성립하는 범죄이다. '전달행위', '공개행위', 구체적 위험, 주관적 구성요건 등에 대한 이해가 필요하다. 국가기밀의 수취인은 권한 없는 자(Unbefugter)이다. 권한없는 자란 법률 또는 공무소의 위임에 의해 비밀을 취득할 권리가 없는 사람을 말한다. 권한있는 자란 국가기밀 관할기관에 근무하고, 자기의 업무인식을 위해 국가기밀을 알아야 하는 사람을 말한다.<sup>80)</sup> 따라서 직무상 상관은 원칙적으로 권리 없는 자가 될 수 없다. 독일형법 제97조b에서 위법한 국가기밀의 是正策을 위해 소집된 연방의회의원, 첩보기관의 상관 등은 권한 있는 자로 간주된다.<sup>81)</sup> 의회의 소위원회 의원이 일반적으로 권한 있는 자로 간주될 수 있는지의 물음에 대해, 루돌피(Rudolphie)는 의원 개인을

권한있는 자로 간주하지 않지만, 관찰권한있는 연방 의회의 소위원회의 구성원은 권리있는 자로 간주한다.<sup>82)</sup>

전달행위(Gelangenlassen)란, 사실과 지식의 경우, '수취인을 통한 인식'을 의미하고, 구체화된 국가기밀의 경우 '이러한 인식과 상관 없는 수취인의 보호하에 옮겨지는 것'을 의미한다.<sup>83)</sup> 이 때 행위자는 비밀의 내용을 알 필요도 없고, 수취인은 행위자에게 그 비밀을 인식시킬 필요도 없다.<sup>84)</sup> 공개적 공포(das öffentliche Bekanntmachen)란 '권한없는 자에 대한 특별한 전달방법'을 말한다. 중요한 전달방법으로 신문, 잡지 등과 같은 대중매체에 알리는 것이 있다.<sup>85)</sup> 여기에서는 불특정다수인에게 국가기밀의 인식 가능성이 있는나의 여부가 중요하다.

직접모반죄나 간접모반죄의 경우, 행위자의 구성요건해당행위로 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 具體的 危險이 야기되어야 한다. 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익의 발생이 개연적이거나, 적어도 그에 상응하는 명백한 가능성이 있을 때에만 위험이 구체화된다고 할 수 있다.<sup>86)</sup> 예컨대 우방국 또는 중립국을 통해 국가기밀을 알았을 경우라든가,<sup>87)</sup> 침묵의무가 있는 변호사에게 국가기밀을 알

78) BGHSt 20, 100.  
79) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §93, Rn.8; Lackner, StGB mit Erläuterungen, 1995, §94, Rn.5.  
80) Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §94, Rn.4.  
81) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §94, Rn.15; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §94, Rn.11.  
82) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §94, Rn.11; Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §94, Rn.15; BGHSt 20, 364.  
83) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §94, Rn.16; Träger, Leipziger Kommentar, Bd. IV, 1988, §94, Rn.5.  
84) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §94, Rn.9; BGH Wagner GA 1961, 141 Nr7; BayObLGSt 1954, 89; Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, Rn.10.  
85) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §93, Rn.17.  
86) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §94, Rn.18.  
87) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §94, Rn.18.

렸다면 具體的 危險이 탈락한다.<sup>88)</sup> 그리고 국가기밀이 권한없는 자에게 전달되어 적국에 알려질 위험이 있을 때에는 구체적 위험이 인정된다.<sup>89)</sup>

(3) 주관적 구성요건

주관적 구성요건으로 고의가 있어야 하는데, 이 때 고의는 비밀의 요건, 행위 그리고 독일의 외적 안전에 대한 중대한 위험을 초래할 위험과 관련한다. 물론 미필적 고의로도 충분하다. 제94조 ①항 1문의 경우 행위자는 독일에 대해 불이익을 끼치거나 적국에 대해 이익을 주기 위해 행위해야 한다. 목적범이다.<sup>90)</sup> 제94조의 보호법익의 입장에서, 여기의 불이익 또는 이익은 外的 安全의 관점, 자세히 말하자면 외교정책적 관점에서 이해되어야 한다.<sup>91)</sup> 외적 안전에 대한 불이익의 계산(Aufrechnung)은 단지 외교정책적 이익에 의해서만 가능하지, 국내정치적 이익에 의해서도 가능하지 않다. 순전히 경제적 관심 때문에 국가기밀을 권한없는 자에게 알리거나 공표한 행위자에게는 특별한 고의(목적)가 흠결되어, 제94조 1항 1문에 따라 처벌되지 않는다.<sup>92)</sup>

나. 國家機密漏泄罪

【독일형법 제95조】① 공무소 또는 그 위임에 의해 비밀로 유지되는 국가기밀을 권한없는 자에게 알리거나 공표하여, 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불

88) BGHSt 20, 349.  
89) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §94, Rn.4.  
90) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §94, Rn.12; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §94, Rn.15.  
91) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §94, Rn.21.  
92) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §93, Rn.12.  
93) Lackner, StGB mit Erläuterungen, 1993, §95, Rn. 5.  
94) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §95, Rn.1.

이익의 위험을 실현한 자는, 그의 행위가 독일형법 제94조에 의해 처벌된다고 규정되어 있지 않은 때에, 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 미수도 처벌한다.

③ 특히 중한 경우에 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 제94조 ②항 2문이 적용된다.

(1) 의의

본 죄는 공무상 국가기밀을 권한없는 자에게 알리거나 공표하여 독일의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험을 실현함으로써 성립하는 범죄이다. 모반죄와 마찬가지로 외적 안전이 보호이익이다. 하지만 국가기밀누설죄는 제94조의 모반죄에 대해 보충적이다.<sup>93)</sup> 따라서 본죄의 과제는 경미한 모반죄를 제94조의 모반죄로부터 제외하여 그 가벌성을 제한하는데 있다.<sup>94)</sup> 본죄의 특징은 제94조와 비교할 때 처벌의 정도가 약하고, 제95조의 국가기밀은 제93조의 국가기밀 중 단지 "공무소 또는 그의 위임에 의해 비밀로 유지되는 국가기밀"만을 말한다.

(2) 객관적 구성요건

본죄의 행위객체는 그 내용이 진실한 국가기밀이다. 제95조의 적용영역을 제한하는 사실상의 요소는 공무소 또는 그 위임에 의해 비밀로 유지되는 국가기밀이라는 점이다. 특히 이를 실질적·사실상의 비밀



개념(materiell-faktischer Geheimnisbegriff)이라 한다.<sup>95)</sup> 공무소(amtliche Stelle)란 거의 포괄적인 국가과제를 수행하는 행정부, 입법부, 사법부의 모든 기관을 말한다. 첩보기관(정보기관), 군부대(militärische Einheiten) 그리고 연방의회의 의원 등이 그것이다.

본 죄의 행위는 간접모반죄의 경우와 같다. 행위자는 국가기밀을 권한없는 자에게 전달하거나 공개적으로 공표해야 한다. 그런데 여기서 전자의 경우, 즉 행위자가 국가기밀을 권한없는 자에게 전달한 경우와 관련하여 다음과 같이 제한적으로 해석되어야 한다. 즉 권한없는 자에 대한 국가기밀의 전달은 그것이 적국에 전달된 경우에만 형법적으로 중요하다는 것이다.<sup>96)</sup>

전달행위로 인해 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익의 위험이 있어야 한다. 독일형법 제93조 ①항의 표현이 그대로 반복된다. 그러나 제93조 ①항(국가기밀의 개념)의 위험은 추상적 위험이지만, 본 죄의 위험은 구체적 위험이라는 점에서 구분된다.

### (3) 주관적 구성요건

간접모반죄(제94조 ①항 1문)와 달리 제95조의 경우 불충분한 고의(illoyale Ansicht)가 필요한 것은 아니다. 오히려 주관적 구성요건은 고의를 전제한다. 물론 미필적 고의로도 충분하다. 이 때 고의는 국가기밀, 그것의 사실상의 비밀유지, 행위 그리고 구체적 위험 등과 관련한다.

### (4) 위법성

독일형법 제93조 ②항의 위법한 국가기밀은 제95조에 의해 가능한 행위객체가 될 수 없다. 그러나 제93조 ②항 이외의 위법한 국가기밀은 제95조에 의해 보호받는다. 많은 경우 위법한 국가기밀의 누설은 헌법합치적 해석방법에 의해 처음부터 구성요건해당성을 배제할 수도 있다.<sup>97)</sup> 그외의 경우 정당화적 긴급피난, 즉 위법한 국가기밀의 누설을 통해 얻는 이익과 그것의 비밀유지로 얻는 이익의 교량을 통해 해결할 수 있다.

### 다. 모반목적 국가기밀탐지; 국가기밀의 통지

【독일형법 제96조】① 제94조의 국가기밀을 누설할 목적으로 국가기밀을 취득한 자는 1년 이상 10년 미만의 자유형에 처한다.

② 공무소 또는 그 위임에 의해 비밀로 유지되는 국가기밀을, 공개할 목적(\$95)으로 취득한 자는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 미수도 처벌한다.

### (1) 의의 및 구성

모반목적 국가기밀탐지(제96조 ①항: landesverräterische Ausspähung)는 모반죄의 독립된 준비행위이고, 국가기밀의 통지(제96조 ②항: Auskundschaft von Staatsgeheimnissen)란 국가기밀누설죄(제95조)의 준비행위이다. 따라서 보호법익은 모반죄와 국가기밀누설죄와 관련한다. 만약 모반죄 내지 국가기밀누설죄의 실행의 착수가 있었다면 본 죄는 별도로 성립하지 않는다. 행위자의 행위가 서로 다른 성질의 국가기밀을 침해하였다면 그사이에 상상적 경합이 성립할 수 있다.<sup>98)</sup> 본 조는

1968년 6월 25일 제8차 형법개정법에 의해 신설된 것이다.

### (2) 객관적 구성요건

#### (가) 모반목적 국가기밀탐지죄

행위객체는 제93조 ①항의 의미에서 보아, 그 내용이 진실한 국가기밀이다. 행위는 행위자가 국가기밀을 취득하는 행위이다. 취득(verschaffen)이란 행위자가 국가기밀을 얻을 목적으로 노력한다는 것을 의미한다. 즉 구체적인 국가기밀의 경우 '보관 하에 두는 것'(Gewahrsamkeitserlangung)을 말하고, 사실과 지식의 경우 '이해 상태에 두는 것'(Kenntniserlangung)을 말한다. 예컨대 국가기밀의 구입·절도 그리고 국가기밀을 얻을 목적의 강요와 협박 등은 독립된 준비행위에 해당한다.<sup>99)</sup> 그 외에도 비밀문서의 촬영, 비밀문서의 작성, 첩보기관에 전달할 목적의 비밀자료의 준비행위 등이 있다.<sup>100)</sup>

#### (나) 국가기밀통지죄

행위객체는 제95조 ①항의 의미에서 보아 그 내용이 진실한 국가기밀이다. 여기에 덧붙여지는 것은 실질적·사실적 국가기밀이 적용된다는 점이다. 행위는 제96조 ①항이 준용된다.

### (3) 주관적 구성요건

객관적 구성요건표지와 관련하여 故意가 필요하다. 물론 미필적 고의로 충분하다. 그 외에 目的도 필

요하다. 제96조 ①항은 제94조의 행위와 관련된 누설 목적을 필요로 하고, 제96조 ②항은 국가기밀을 권한없는 자에게 전달하거나 공개적으로 공표할 목적이 필요하다. 목적은 제96조 ①항이나 ②항의 경우 행위시에 존재해야 한다.

### 라. 國家機密放棄罪

【독일형법 제97조】① 공무소 또는 그 위임에 의해 비밀로 유지되는 국가기밀을 권한없는 자에게 전달하거나 이를 공개적으로 공표하고, 이로 인하여 과실로 독일의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 야기한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 공무소 또는 그 위임에 의해 비밀로 유지되고 그 직무, 직무상의 지위 또는 공무소의 지시에 의해 지득할 수 있었던 국가기밀을 부주의로 권한없는 자에게 알리고, 그로 인하여 독일의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 야기한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

③ 그 범죄행위는 단지 정부의 권한위임(Ermächtigung)에 의해서만 소추된다.

### (1) 국가기밀방기죄의 의의

국가기밀방기죄의 경우 두가지 사안은 구별되어야 한다. 제95조가 행위자의 고의행위로 독일의 외적 안전에 대한 중대한 위험을 초래할 위험을 야기한 것을 전제로 하는 한편, 제97조(국가기밀방기죄) ①항과 ②항은 모두 과실위험만으로 충분하다. 즉 제97조 ①항에서는 고의행위와 과실에 의한 외적 안전의 위험의 야기가 결합한다. 제97조 ②항에서는 부주의에 의

95) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 1995, §95, Rn. 2.

96) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §95, Rn.16.

97) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §95, Rn.19.

98) BGH 24, 72.

99) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §96, Rn.5.

100) BGHSt 24, 72, 78

한 국가기밀의 공개와 과실위험이 결합된다. 양자 모두 동시에 행위자가 제한된다. 그러나 제97조 ①항과 ②항의 구성요건은 제95조에 기초하기 때문에, 보호 범익은 제95조에 의한다. 따라서 본 조는 모반죄 (§94)와 국가기밀누설죄 (§95)를 보충한다.

## (2) 구성요건

### (가) 단순국가기밀방기죄

본 죄의 객관적 구성요건은 제95조 ①항의 구성요건과 같다. 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험에 대해서도 제95조 ①항이 적용된다. 주관적 구성요건의 경우도 제95조 ①항의 고의와 같다. 미필적 고의로도 충분하다. 그러나 제95조 ①항과 달리, 제97조 ①항은 행위자가 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 실현할 구체적 위험을 과실로 야기하는 것으로 충분하다. 그것에 대한 사례를 들자면 다음과 같다. 즉 자기의 동료가 이미 필요한 모든 주의를 다해 국가기밀을 보호하지는 않을 것이라고 말했는데도 불구하고, 국가기밀내용을 담고 있는 문서를 그 동료에게 맡겨놓은 경우이다.<sup>101)</sup>

### (나) 부주의에 의한 국가기밀방기죄

본 조의 행위자는 업무, 직무상 지위, 공무소의 지시에 의해 국가기밀을 지득할 수 있는 사람에 한정된다. 그 점에서 제97조 ②항은 진정신분범이다. 예컨대 공무원, 공공기관의 직원, 군인 및 군무원 등을 들 수 있다. 경우에 따라 개인도 행위자가 된다. 가령 군사연구 및 군수용품생산과 관련하여 공무소에 의해 업무를 위임받은 사람이다.

101) Sonnen, Alternativkommentar, Bd. III, 1986, §97, Rn.5.

행위객체는 사실상 비밀유지가 요구되는 실질적 국가기밀이다. 행위는 국가기밀을 권한없는 자에게 전달하는 것이다. 제95조 ①항과 같다. 그러나 공개적 공표는 본 죄의 적용을 받지 않는다.

주관적 구성요건으로 고의가 필요하다. 이 때 고의 내용은 행위자의 범위, 국가기밀, 비밀유지사실 등에 관한 것이다.

그외에 제97조 ②항은 행위자가 부주의 (leichtfertig)로 국가기밀을 전달할 것을 전제로 한다. 부주의란 높은 정도의 과실을 말한다. 구체적으로는 비밀사건과 관련하여 개략적인 경솔 (eine grobe Unaufmerksamkeit)이 중요하다. 그 사례로 비밀문서를 방치하는 것, 적국의 정보기관에 의해 탈취당할 수 있는 정보기관의 문서를 개인의 집에도 보관하는 것 등이 있다.

본 조의 경우도 독일의 외적 안전에 대한 구체적 위험과 관련하여 과실이 있는 것으로 충분하다.

### 마. 違法한 秘密漏泄罪

【독일형법 제97조a】제93조 ②항(위법한 국가기밀)의 위반으로 국가기밀이 아닌 비밀을 적국 또는 그 정보원 중의 1인에게 알리고, 그로 인하여 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험을 실현한 자는 모반죄(제94조)와 같이 처벌한다. 제94조 ①항 1문과 관련된 제96조 ①항은 제1문에 나타난 종류(위법한 비밀누설)의 비밀에 상응하여 적용해야 한다.

본 죄는 위법한 비밀의 누설과 위법한 비밀의 탐지로 나누어진다.

### (가) 위법한 비밀누설죄

위법한 비밀누설죄란 독일형법 제93조 ③항의 위법한 국가기밀을 적국 또는 그 정보원 중에 1인에게 전달함으로써 성립하는 범죄이다. 따라서 객관적 구성요건은 행위자가 (위법한) 비밀을 적국 또는 그 정보원에게 전달함으로써만 실현될 수 있다. 누설의 객체는 독일형법 제93조 ②항의 위법성 때문에 국가기밀로서 성질을 상실하긴 하였지만 비밀유지필요성이 있는 사실을 말한다.<sup>102)</sup> 그러나 제94조 ①항 2문 또는 제95조의 행위 역시 충분하지 않다. 제94조와 마찬가지로 여기서 행위자는 그의 행위를 통해 독일의 외적 안전에 대한 중대한 불이익을 초래할 위험을 실현해야 한다. 주관적 구성요건으로 고의가 있어야 한다. 물론 미필적 고의로 충분하다. 이 때의 고의는 객관적 구성요건의 실현의사와 독일의 외적 안전에 대한 중대한 위험을 초래할 위험에 대한 인식과 의욕을 말한다. 만약 행위자가 적법한 비밀을 위법한 것으로 착오하였다면, 제97조b가 적용된다. 그럼에도 불구하고 행위자가 위법한 비밀을 착오로 인하여 합법적인 것이라고 간주하였다면 제97조a가 적용되어야 한다. 또한 행위자가 위법한 비밀의 누설을 허용되는 것으로 간주하였다면 금지착오가 된다.<sup>103)</sup>

### (나) 위법한 비밀탐지죄

위법한 비밀탐지죄는, 행위자가 제94조 ①항 1문(직접모반죄)의 방법으로 위법한 국가기밀(제93조 ②항)을 누설할 목적으로 그것을 취득함으로써 성립

하는 범죄이다. 따라서 본 죄는 불법한 비밀의 탐지와 관련하고, 객관적인 관점에서 행위자는 그러한 위법한 비밀을 취득할 것을 전제로 한다. 주관적 구성요건은 객관적 구성요건표지와 관련하여 고의가 있어야 한다. 미필적 고의로 충분하다. 그외에 행위자에게는, 제94조 ①항의 방법으로 위법한 비밀을 누설하려는 목적이 필요하다.<sup>104)</sup>

### 바. 위법한 비밀이라고 소인하여 행한 누설죄

【독일형법 제97조b】① 행위자가 법 제94조 내지 제97조의 경우에, 국가기밀이 제97조a에 나타난 종류의 비밀이라고 오인하여 행한 때에는,

1. 행위자의 이러한 착오를 비난할 수 있거나
2. 행위자가 예측가능한 위반(회피할 수 있는 위반: vermeintlicher Verstoß)을 저지할 목적으로 행위하지 않거나
3. 행위자의 행위가 그 상황에서 이러한 목적에 적합한 수단이 아닌 경우라면, 행위자는 위 규정에 의해 처벌된다. 행위자가 연방의회의 의원에게 사전에 구제의 방법(Abhilfe)을 강구하지 않았다면, 행위자의 행위는 원칙적으로 적합한 수단이 아니다.

② 행위자가 공무원 또는 연방군대의 군인으로서 직무상 국가기밀을 알고 있거나 또는 그 기밀을 취급할 수 있었던 경우에, 사전에 직무상 상관 또는 규율상 상관(Disziplinarvorgesetzte)에게 구제의 방법을 구하지 않는 공무원 또는 군인은 처벌된다. 이는 특별히 공무에 의무 있는 자와 법 제353조b ②항에 의해 의무 있는 자에게도 마찬가지로 적용된다.

102) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §97a, Rn.6.

103) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §97b, Rn.8: Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II, 1986, §97b, Rn.5.

104) Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., 1991, §97a, Rn.12: Sonnen, Alternativkommentar, Bd. II, 1986, §97a, Rn.7.

## (2) 구성요건

## (가) 법 제94조 내지 97조의 구성요건 실현

본 죄의 첫째 요건은, 행위자가 모반죄(제94조), 국가기밀누설죄(제95조), 모반목적 국가기밀탐지죄(제96조) 또는 국가기밀방기죄(제97조) 가운데 하나의 죄를 실현하였으나, “국가기밀이 위법한 비밀”이라는 것을 오인하고서 행위해야 한다는 것이다. 물론 각 죄의 가벌적 미수라도 충분하다.

## (나) 착오에 의한 위법한 비밀의 인정

이 때 착오는 구성요건의 착오 및 포섭의 착오를 포함한다.<sup>105)</sup>

## (다) 착오에 대한 부주의(Unbeachtlichkeit)

## (i) 제97조b ①항 1문

행위자의 착오가 비난가능한 때에는 처벌된다. 구성요건착오의 경우 비난가능성은 과실원칙에 따라 판단하고, 포섭착오의 경우 금지착오의 회피가능성의 원칙에 따라 결정한다.<sup>106)</sup> 물론 이러한 원칙을 넘어 특별한 양심의 긴장이 필요한 것은 아니다.

## (ii) 제97조 ①항 2문

행위자가 회피가능한 위반을 저지할 목적으로 행위하지 않았을 때에는 처벌된다. 따라서 행위자는 이러한 목적으로 행위하지 않았음이 입증되어야 한다.

## (iii) 제97조 ①항 3문

행위자의 행위가 언급된 목적에 대한 적합한 수단 이 아니라면 처벌된다. 여기에서는 數量이 필요하다.

교량에서 ‘예견된 헌법위반의 중요성’과 ‘그 공개로 인해 위협받는 독일의 외적 안전에 대한 구체적 위협의 정도’ 등이 고려되어야 한다. 따라서 행위자는 가능하면 절박한 위협을 낮게 유지해야 하고, 나아가 가장 관대한 방법을 선택해야 한다. 예컨대 연방의회 의원이 정보를 공개하기 전에 우선 다른 구제책을 우선적으로 강구해야 하는 것이 그것이다.

## (iv) 제97조 ②항

직무상 국가기밀을 취급·지득하는 공무원과 군인 및 공무에 대해 특별히 의무있는 자와 제353조b ②항에 의해 의무있는 자가, 미리 기술된 검토의 순서를 지키지 않는다면 처벌된다. 즉 공무원 또는 군인은 그 비밀공개 전에 먼저 그들의 직무상 상관에게 구제책을 구해야 한다는 것이다.

## 사. 謀反目的 間諜行爲

【독일형법 제98조】① 1. 적국을 위하여 국가기밀을 취득하거나 전달하려는 행위를 하거나

2. 적국 또는 그 정보원 가운데 1인에 대해 그러한 행위를 하겠다고 이미 표명한 자는, 그의 행위가 제94조, 제96조 ①항에서 처벌한다고 규정하지 않는 때에는, 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 특히 중한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 법 제94조 ②항 2문을 준용한다.

② 행위자가 자의로 행위를 포기하고 자기의 아는 바를 관할관청에 알렸을 때에는, 법원의 재량에 의해 형을 감경할 수 있다(법49조 ②항). 행위자가 법 제97조b ①항 1문의 경우 적국 또는 그 정보원 가운데 1인에게 그 행위를 강요받았을 때에는, 행위자가 자의로 자기의 행위를 중지하고 자기가 아는 바를 지체

없이 관할관청에 알렸을 경우, 이 규정에 따라 벌하지 않는다.

## (1) 객관적 구성요건

## (가) 제98조 ①항 1문

본 죄의 행위는 국가기밀의 획득 또는 전달을 준비하는 행위이다. 적극적 행위가 필요하다. 따라서 단순한 부작위만으로는 충분하지 않다. 그 행위는 제93조 ①항에서 말하는 국가기밀의 취득 또는 전달준비를 목표로 해야 한다. 제99조와 달리, 그 행위가 적국의 정보기관을 위한 첩보행위일 필요는 없다. 다른 한편 제99조에서처럼 국가기밀의 특성을 갖지 않는 특별한 비밀로는 충분치 않다. 행위의 사례로 다음과 같은 것을 들 수 있다. 예컨대 비밀보유자와의 접촉, 비밀의 위치 또는 보관장소의 탐지, 비밀이 보관된 강철 금고를 열 수 있는 열쇠의 제공 등이다.

행위자의 이러한 행위는 적국을 위한 것이어야 한다. 그것에 대한 적국의 명령 또는 사전의사표시가 필요한 것은 아니다.

## (나) 제98조 ①항 2문

제98조 ①항 2문은, 행위자가 모반목적간첩행위를 위해 적국 또는 그 정보원에게 이미 그러한 의사표시를 했을 것을 전제로 한다. 행위자의 진지한 의사표시가 필요하다. 이 경우 적국의 동의는 필요하지 않지만, 의사표시는 실제로 적국에 전달되어야 한다.<sup>107)</sup>

## (2) 주관적 구성요건

주관적 구성요건으로 고의가 있어야 한다. 물론 미필적 고의로 충분하다. 고의는 특히 제93조 ①항의 국가기밀과 관련되어야 한다. 제98조 ①항 2문의 경우 설명은 진지해야 한다. 거짓설명(Scheinerklärung)은 처벌되지 않는다.

## 아. 諜報機關의 間諜行爲

【독일형법 제99】① 1. 적국의 첩보기관을 위하여, 사실, 물건 또는 지식의 전달 또는 제공하는 등의 독일에 적대적인 간첩행위를 하거나

2. 적국의 첩보기관 또는 그 정보원 가운데 1인에 게 그러한 행위를 하겠다고 이미 표명한 자는, 그의 행위가 법 제94조, 96조 ①항과 관련하여 법 제94조, 96조 ①항 97조a 또는 제97조b에서 처벌한다고 규정되어 있지 않을 경우에, 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 특히 중한 경우에 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 행위자가 공무소 또는 그 위임에 의해 비밀로 유지되어야 하는 사실, 물건 또는 지식을 알리거나 제공하는 때와 행위자가

1. 그러한 비밀보호를 위해 그에게 특별히 의무지워진 책임있는 지위를 남용하거나

2. 그러한 행위에 의해 독일의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험을 실현하는 때가 원칙적으로 특별히 중한 경우에 해당한다.

③항 법 제98조 ②항을 준용한다.

## (1) 객관적 구성요건

## (가) 제99조 ①항 1문

105) Hirsch, Das sog. illegale Staatsgeheimnis, NJW 1968, S.2330.

106) Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §97b, Rn.16.

107) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47.Aufl., 1995, §98, Rn5: Rudolphie, Systematischer Kommentar, Bd. II, 1993, §98, Rn.8.

제99조 ①항 1문은 행위자가 적국의 첩보기관을 위해 독일의 이익에 반하는 첩보행위를 할 것을 전제로 한다. 독일에 주둔하고 있는 나토-조약국의 이익에 반하는 첩보행위도 제99조의 적용을 받는다.

(i) 적국의 첩보기관

적국의 첩보기관이란 국가기밀, 특별한 비밀 그리고 적국의 정치·경제 또는 과학 문제에 관한 정보 취득을 목적으로 설치한 계속적 조직을 말한다. 가령 MFS와 KGB가 그에 해당한다. 하지만 경제스파이와 산업스파이 분야에 활동하는 사적 기관(private Dienste)은 여기에 해당하지 않는다.

(ii) 첩보행위

첩보행위란 자기의 행위가 간첩과 특별한 첩보목적으로 설립된 기관의 보조자의 업무와 일치한 경우를 말한다.

(iii) 적국의 첩보기관을 위한 행위

행위는 적국의 첩보기관을 위한 것이어야 한다. 행위자가 적국의 첩보기관에 대해 첩보활동을 위해 미리 의사표명을 하거나 그 조직에 가입할 필요는 없다.<sup>108)</sup> 오히려 여기서서는 목적적 행위만이 고려된다.

(iv) 비밀사항의 전달 또는 통지 목적의 첩보행위

이는 제98조 ①항 1문과 다르다. 즉 제98조 ①항 1문은 "Erlangung"과 "Mitteilung"을 사용하지만, 본 조는 "Mitteilung"와 "Lieferung"을 사용한다. 여기서 첩보행위는 직접 비밀사실을 적국의 첩보기관에 전달 또는 통지할 목적에 의할 필요가 있다. 그렇지 않을 경우에는 본 조는 성립하지 않는다.

(v) 독일에 대한 첩보행위

스파이행위가 외적 안전 또는 외국과의 관계에 반할 것을 요건으로 했던 택일안(Alternativ-Entwurf)과 달리, 본 조는 그 적용에 제한을 받지 않는다. 또

한 적용영역이 국가문제연구에 한정되는 것은 아니다. 경제, 산업 또는 과학 등의 분야의 스파이 행위도 중요하다. 그러나 오로지 적국의 이익에 반하는 첩보행위만은 제외된다.<sup>109)</sup>

(2) 제99조 ①항 2문

제99조 ①항 2문에 따라, 적국의 첩보기관 또는 그 정보원에게 첩보활동을 하겠다고 미리 의사표시를 한 자는 처벌된다. 그 의사표시는 진지해야 한다.

(3) 주관적 구성요건

주관적 구성요건으로 고의가 있어야 한다. 고의는 첩보활동의 행사를 포함해야 한다. 그러나 제99조 ①항 1문의 경우, 특히 '적국의 첩보기관', '독일에 대한'(gegen die Bundesrepublik Deutschland) 등의 표시와 관해서는 미필적 고의만으로 충분하다.<sup>110)</sup>

4. 맺음말

독일형법상 국가기밀개념의 특징으로 이해할 수 있는 것을 지적하고, 그리고 독일의 국가기밀보호관련범죄의 형량을 우리와 비교하는 것으로 맺음말을 대신하겠다.

첫째 우리나라의 경우 국가기밀의 개념은 판례에 의해 정의지워지고 있지만, 독일의 경우 법률(제93조)에 규정되어 있다. 둘째 우리나라의 경우 국가기밀 보호관련범죄는 抽象的 危險犯이지만, 독일의 경우 국가기밀보호 관련범죄가 모두 具體的 危險犯이

다. 셋째 우리나라의 경우 국가기밀을 규율하는 법률에는 형법 이외에도 그 특별법으로 국가보안법, 균형법, 군사기밀보호법 등이 있다. 그러나 독일의 경우 형법 이외에 국가기밀을 보호하는 법률은 없다. 넷째 우리나라의 경우 국가기밀보호범죄로 간첩죄 밖에 없지만, 독일의 경우 아주 세분화되어 있다. 예컨대 우리의 간첩죄는 국가기밀의 탐지·수집함으로써 성립하지만, 독일의 경우 탐지·수집, ... 누설 등과 같이 행위성향에 따라 세분화되어 있다. 다섯째 우리나라의 간첩죄의 경우 그 행위내용은 '국가기밀의 탐지·수집' 행위임에도 그에 대한 법정형은 "사형·무기 또는 7년 이상의 징역"으로 규정되어 있다. 독일의 경우 우리의 간첩죄와 비교할 수 있는 모반목적 국가기밀탐지죄(제96조)의 법정형도 1년 이상 10년 이하의 징역형에 불과하다. 우리의 간첩죄의 탐지·수집의 단계를 넘어 국가기밀을 구체적으로 적국에 누설하는 모반죄의 경우도 1년 이상의 자유형에 불과하다. 독일의 모반죄에 해당하는 행위는 우리의 국가보안법에 의해 규율되는 데 그 법정형은 "死刑 또는 無期懲役"이다.

108) BGHSt 24, 369.

109) BGHSt 29, 327.

110) BGHSt 31, 317.

# 공직선거 및 부정선거방지법 개정안

최승수

## 1. 서론

대의제 민주정치 하에서 선거제도는 국민의 주권을 올바르게 실현시키기 위한 출발점이자 종착역이라 할 수 있음에도 불구하고, 선거법은 정치권의 이해득실에 따라 혹은 정치적 사건에 터질 때마다 즉각적으로 수차례 개정을 거듭하여 왔다. 그러나 현행 선거법에 규정된 선거운동방식은 막대한 선거비용을 전제로 하고 있어 정경유착과 권력형 비리를 양산시킬 수밖에 없는 구조를 가지고 있으며, 이에 따라 국가발전의 초석이 되어야 하는 선거는 오히려 건전한 국민경제의 발전을 가로막는 질곡으로 작용하고 있다. 또한 현행 선거법은 유권자인 국민을 동원 대상으로 전락시키고, 기만적 선거전술을 용인하여 국민이 올바르게 판단할 수 없게끔 되어 있어 유권자를 정치로부터 소외시키고 있다. 최근의 한보사태 및 대통령 선거를 계기로 여러 시민단체에서 선거법등의 개정 필요성을 제기하고 그 개정안을 내놓고 있는 바, 기본적인 취지에서는 대체적으로 동일한 것 같으나, 구체적인 개정안에 대하여는 약간의 상위점이 있고 각 단체의 개정안 중에는 법 체계상의 정합성 측면이나 정치현실 면에서 다소 문제점이 발견되기도 한다. 차

체에 여러 시민단체의 개정안을 참고로 하여 다음과 같은 개정안을 내놓게 되었다.

## 2. 개정취지 및 개정방향

기본적으로 선거법 개정의 취지는, 돈이 많이 드는 선거를 지양하고 가능한 한 국민의 의사가 정확하게 반영시킬 수 있는 선거제도를 확립하는 데 있다. 이하에서는 돈 안드는 선거의 실현과 탈법적인 선거방식의 규제라는 대전제 하에서 현행 선거법 규정의 문제점을 제시하고 이에 대한 대안을 제시하기로 한다. 더불어 기존 시민단체에서 개정안으로 제시한 부분 중 문제점이 있는 부분에 관하여도 함께 검토하여 보기로 한다.

가. 돈 안드는 선거제도의 확립 및 선거공영제의 확대

### (1) 현행법상 선거운동의 유형과 개정방향

현행 선거법상 선거운동방식은 많은 부분이 중복적이고, 또한 청중동원형 방식을 채택하고 있다. 따라서 먼저 현행법에 규정된 선거운동유형을 일별하

고 난 후, 위 선거운동방식을 방송언론 중심의 현대적인 방식으로 유도하고 불필요한 선거방식을 지양하는 방향의 개정안을 제시하기로 한다.

(가) 유형

### 1) 선전벽보(제64조)

후보자 또는 정당의 비용으로 일정량을 제작하여 선관위의 검인을 받아 게재(단, 첩부 및 철폐비용은 국가 또는 지자체 부담)

### 2) 선거공보(제65조)

지역구 국회의원 및 지방의회의원, 지자체장선거에만 한정

작성비용은 후보자 부담, 발송비용과 우편요금은 국가 또는 당해 지자체 부담

### 3) 소형인쇄물(제66조)

\* 대통령선거(전단형 2종 이내와 명함형, 책자형 각 1종)

\* 지역구 국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거(명함형 책자형 각 1종)

\* 시도의원선거 및 자치구, 시·군의원선거(명함형 1종)

→ 국가, 지자체의 작성비용부담(선거일 후 전보)

### 4) 현수막(제67조)

\* 후보자가 제작비용등 부담

\* 수량

가) 대통령선거 및 시도지사선거: 구시군선거구관리위원회의 관할구역 안의 읍면동수의 2분의 1에 상당하는 수 이내

나) 지역구국회의원선거 및 자치구시군의 장 선

거: 구시군선거관리위원회의 관할구역 안의 읍면동수에 상당하는 수 이내

다) 지역구시도의회의원선거: 당해 선거구안의 읍면동수에 상당하는 수 이내

라) 자치구시군의회의원: 선거구 안에 1매

### 5) 표찰, 수기(手旗) 등(제68조)

### 6) 신문광고(제69조)

대통령선거(총 150회 이내), 시도지사선거(총 5회 이내)

### 7) 방송광고(제70조)

대통령선거(텔레비전 및 라디오 방송별로 각 20회 이내)

시도지사선거(지역방송시설 중 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 3회 이내)

### 8) 후보자등의 방송연설(제71조)

가) 대통령선거: 후보자, 연설원이 각각 1회 20분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 7회 이내

나) 전국구국회의원선거: 정당별로 전국구국회의원후보자중에서 선임된 대표2인이 각 1회 10분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 1회

다) 지역구국회의원선거: 후보자가 지역방송시설을 이용하여 1회 10분 이내

라) 비례대표시도의회의원선거: 대표 1인이 1회 10분이내 각 1회

마) 시도지사선거: 후보자가 1회 10분 이내 지역방송시설을 이용하여 텔레비전 및 라디오 방송별 각 1회

→ 비용은 후보자 부담, 단 후보자가 제57조(기탁금의 반환) 제1항에 해당하는 때에는 비용 중 후보자가 연설한 비용은 국가 또는 지자체가 선거일 후 전

- 보
- 9) 경력방송(제73조)
    - 한국방송공사가 그 부담으로 대통령은 5회 이상, 국회의원 및 자치구, 시, 군의 장은 각 2회 이상, 시도 지사는 3회 이상 방송의무
  - 10) 합동연설회(제75조) - 관할선거위가 주최
    - 가) 지역구국회의원선거(국회의원지역구마다 2회)
      - 나) 시도의원, 자치구시군의 장선거(선거구마다 2회)
        - 다) 자치구시군의회의원(선거구마다 1회)
  - 11) 정당, 후보자 연설회(제77조)
    - 가) 대통령선거(구, 시, 군마다 3회 이내)
      - 나) 지역구국회의원선거(국회의원지역구마다 2회 이내)
        - 다) 시도의회의원, 자치구시군의회의원(선거구마다 1회)
        - 라) 시도지사선거(구, 시, 군마다 3회 이내)
        - 마) 자치구시군의 장선거(2회 이내)
  - 12) 공개장소에서의 대담·연설(제79조)
  - 13) 후보자등의 초청대담·토론회(제81조)
  - 14) 언론기관 초청대담·토론회(제82조)
    - 공영방송텔레비전대담·토론회(제82조의 2)
  - 15) 정당의 정강정책홍보물(제138조)
    - 가) 대통령선거(전단형 및 책자형 각 2종 이내)
      - 나) 지역구 국회의원선거와 지역구 시도의원선거 및 지자체장선거(책자형 1종)

- (나) 개정방향
  - 위에서 살펴본 바와 같이 현행선거법상 선거운동 방식은 청중동원중심형, 인쇄물 중심형의 전근대적이고 불필요한 선거유형을 채택하고 있다. 이에 따라 전근대적이고 불필요한 선거방식을 폐지 또는 개선함으로써 고비용정치를구조를 타파하는 방향으로 선거법을 개정할 필요가 있다. 이에 따라 엄청난 동원비용이 들어가고 있는 각종 집회형 대중집회방식을 지양하고 불필요한 홍보물의 종류와 수량을 대폭 축소하는 한편 방송등 언론을 통한 선거방식으로 유도한다.
- 1) 소형인쇄물의 축소(제65조, 제138조 폐지, 제66조 전면개정)
  - 현행법상 소형인쇄물비용은 국가 또는 지자체의 부담으로 되어 있으므로 선거공영제의 원칙에 부합한다.
  - 다만 동일한 내용의 소형인쇄물을 선거관리위원회(제65조), 후보자(제66조)와 정당(제138조)이 각각 개별적으로 여러 종류의 소형인쇄물을 작성하여 배포할 수 있도록 한 방식을 기존의 후보자가 작성할 수 있도록 규정한 제66조로 통합하고, 그 종류를 책자형 1종으로 축소하는 것이 바람직하다. 따라서 제65조(선거공보) 및 제138조(정강정책홍보물)을 폐지하고 제66조를 개정한다.
- 2) 현수막의 원칙적 폐지(제67조 개정)
  - 현수막은 불필요한 것으로 사료되므로 원칙적으로 폐지하되, 다만 선거사무소, 연락사무소에만 1개씩 설치하도록 허용한다.
- 3) 합동연설회 존치(제75조) 및 정당, 후보자연설회 폐지(제77조)
  - 연설회방식의 선거운동방식을 전면적으로 폐지하

- 는 것은 현 상황에서 바람직하지 않다고 생각한다. 특히 대통령선거를 제외한 나머지의 선거의 경우에는 방송언론방식만으로 선거운동을 제한하면 자칫 유권자가 정치에 무관심하여 질 수 있을 뿐만 아니라 선거운동방식이 너무나 한정된다는 우려도 있기 때문이다. 따라서 합동연설회는 모든 선거의 경우에 있어 존치하는 것이 필요하다고 생각한다. 그러나 대통령선거의 경우에는 정당후보자 연설회를 폐지하는 것이 바람직하다고 할 것이다.
- 4) 신문방송을 이용한 선거방식의 확대
  - 가급적이면 신문방송을 통한 선거방식을 적극적으로 유도하고 이를 선거공영제적으로 운영하는 것이 필요하다.
  - 가) 경력방송의 확대(제73조)
    - 현행 회수를 확대 - 대통령(5회 이상 → 10회 이상), 국회의원, 자치구시군의 장(2회 이상 → 5회 이상), 시도지사(3회 이상 → 5회 이상)
    - 나) 후보자등의 방송연설의 확대(제71조)
      - 대통령(7회 → 10회), 지역구국회의원, 시도지사(1회 → 2회)
  - 비용부담은 제한적 사후 전보가 아닌 무제한적 사전 국가 지자체 부담으로 개정.
  - 다) 공영방송사의 텔레비전 대담토론회의 의무적 개최(제82조 개정, 제82조의 2 전면개정)
    - 방송사가 주최하는 텔레비전 토론회를 가장 중심적인 선거운동방식으로 채용할 필요가 있어 이를 의무화하고, 다만 그 진행의 공정성등을 확보하는 여러 가지 장치가 세밀하게 필요하다.
  - 나. 탈법적 선거운동의 제한
    - 현행 선거법은 원래는 정상적인 선거운동방식으로 규정된 것이 아님에도 불구하고 이를 선거운동의 방

- 식으로 악용하는 사례가 많고, 또 후보자 개인의 사조직을 만들어 사실상의 중심적인 선거조직으로 활용하여 왔음은 주지하는 바이다. 엄청난 선거비용이 위 사조직의 운영에 소요되고 이는 정경유착으로 이어져 이에 대한 선거법상의 엄격한 제한이 필요하다고 할 것이다. 따라서 현행법상 탈법의 소지가 있는 의정활동보고(제111조), 당원단합대회(제141조), 당원모집(제144조)의 규정을 엄격히 제한할 필요가 있고, 또 사조직으로 의심되는 부분에 대하여는 선관위가 그 조직 및 회계내역에 조사할 수 있는 권한을 부여하고 후보자 정당과 위 사조직간의 연계가 입증되면 위 활동자금을 선거비용에 계상하는 방법으로 규제할 필요가 있다.
- (1) 탈법적 선거방식의 제한
  - 제111조(의정활동보고): 현행 선거일 전 30일까지 허용 → 선거기간 개시일 30일까지 허용
  - 제141조(당원단합대회), 제143조(당원교육), 제144조(당원모집): 현행 선거기간 개시일까지 허용 → 개시일 전 30일까지 허용
- (2) 선거운동유사기관, 사조직의 금지
  - \* 현행(제89조)
    - 유사기관설치금지, 선거운동금지: 위반시 그 위반 행위자에 대하여 3년(2년) 이하의 징역 또는 600만원(400만원) 이하의 벌금(제255조 제1항 제13호, 제256조 제1항 제1호 라)
  - \* 개정방향:
    - 가) 후보자의 사조직으로 의심할 여지가 충분한 때에 선관위의 조사권 부여(제89조의 2 신설)
    - 나) 적발시 선거비용 계상(제119조 개정)

(3) 선거비용 계상의 엄격화

현행법은 선거비용으로 인정되지 않는 비용(제120조)을 너무 포괄적으로 규정함으로써 법망을 교묘하게 피할 수 있는 여지를 마련하고 있다. 이에 대하여 엄격하게 제한할 필요가 있다. 따라서 현행법 제120조 제1, 2호를 삭제하는 것이 바람직하다.

다. 시민단체등의 선거운동 참여 확대

(1) 현행 규정

제10조 - 사회단체의 공명선거 추진활동 허용(단 법령에 의하여 정치활동이 금지된 단체나 관변단체 등은 금지)

제81조 - 후보자등 초청 대담·토론회(단 제10조에 의하여 제한된 단체나 사적 모임은 금지)

제87조 - 단체의 선거운동금지

(2) 노조나 사회단체의 선거운동의 허용하는 방향으로 개정하지는 안에 대하여

노조나 사회단체의 선거운동을 허용하지는 취지에서 현행 제87조를 폐지하지는 안이 있으나, 사조직을 이용한 선거방식의 규제와 상충되는 면이 있고, 또 어용단체의 난립으로 인하여 변칙적인 선거운동방식이 출현할 우려가 있다. 따라서 노조나 시민단체의 선거운동을 허용하지는 취지에는 공감은 가지지만 단체의 선거운동을 전면적인 허용할 경우 나타날 부작용을 고려하면 위 폐지안에 동의하기 어렵다고 할 것이다.

라. 민주적 선거제도의 확대

(1) 선거권 연령의 하향(제15조, 제60조 개정)

20세 → 18세

(2) 선거구 획정의 평등

(가) 현행 - 국회규칙으로 정하여지는 선거구획정 위원회에서 선거구 획정안을 마련하면 국회가 이에 존중하여 '공정한' 획정을 한다(제24조).

(나) 개정방향 - 선거구획정위원회를 선관위 산하로 하는 것과 위원의 자격기준을 명시하지는 안이 있으나 획정기준을 명시하면 그 유효성을 담보할 수 있으므로 굳이 선관위 산하로 할 필요는 없다고 생각된다.

(다) 개정안 - 획정기준의 명시(제25조 제2항) - 국회의원 선거구별 유권자수 평균 50% 이내

(3) 정당명부식 비례대표제의 도입

현행법은 비례대표제인 전국구 국회의원의 경우 각 정당이 획득한 의석수를 기준으로 하여 의석을 배분하고 있으나, 이는 유권자의 정당에 대한 정확한 평가를 반영할 수 없고 제1당에만 유리한 것이어서 사실상 여당에게만 유리한 제도라는 폐해가 많았다. 따라서: 정당명부식 비례대표제를 도입(제146조, 제150조)하고 그 배분기준은 정당득표율에 따라야(제189조 전면개정) 한다.

마. 선거법 위반에 대한 처벌 강화

(1) 기소법정주의의 도입

선거법을 위반한 자에 대하여 검찰이 기소유예등의 불기소처분을 하는 등 선거사범이 다분히 정치적

인 고려하에 좌지우지되는 폐단을 방지하기 위하여 선거법위반사범에 대하여는 기소법정주의를 도입할 필요가 있다. 따라서 "이 법의 위반시 반드시 기소하여야 한다"는 조항 신설(제268조의 2).

(2) 공소시효

현행 선거법상 선거사범의 공소시효는 원칙적으로 6월이고 도피한 자에 대하여 3년으로 규정하고 있다(제268조). 위 규정의 취지는 선거사범에 대하여는 신속하게 검찰이 처리하는 것을 전제로 하고 있으나 검찰이 수사를 지연하거나 방치하는 경우에는 오히려 선거사범에 대하여 면죄부로 작용할 우려가 있다. 따라서 선거사범에 대하여 단기공소시효를 규정할 필요가 없어 이를 폐지하고 선거사범도 일반 형사소송법에 준하여 적용하면 될 것이다.

바. 대통령선거의 결선투표제 도입

현행법상 대통령선거의 경우 유효투표의 다수를 득표한 자를 대통령당선자로 결정하도록 되어 있으

나, 대통령선거의 민주적 정당성의 측면에서 논란이 되어 왔다. 따라서 대통령선거의 경우 과반수득표자가 없을 경우 제 1, 2위 득표자를 대상으로 결선투표제를 시행하는 것을 도입할 필요가 있다(제187조 개정, 제187조의 2 신설).

사. 기타

대통령선거를 포함한 각종선거에 있어 여론조사를 500미터 밖에서만 허용하도록규정되어 있으나 이는 사실상 여론조사를 허용하지 않는 것과 같다 따라서 여론조사를 실질적으로 허용할 필요가 있고 거리 제한을 폐지하여야 한다고 생각된다(제167조 개정).

3. 개정안

- 다음 쪽에

### 헌법 선거법 규정과 개정안의 조문대비표

현행 규정	개정안
<p>제10조【사회단체등의공명선거추진활동】 ① 사회단체등은 선거부정을 감시하는 등 공명선거추진활동을 할 수 있다. 다만 다음 각 호의 1에 해당하는 단체는 단체의 명의로 공명선거추진활동을 할 수 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체</li> <li>2. 법령에 의하여 정치활동이 금지된 단체</li> <li>3. 후보자, 후보자의 배우자와 후보자 또는 그 배우자의 직계존비속과 형제자매(이하 후보자의 가족이라고 한다)가 설립하거나 운영하고 있는 단체</li> <li>4. 특정정당(창립준비위원회를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 지원하기 위하여 설립된 단체</li> <li>5. 의료보험조합에 의하여 설립된 지역의료보험조합 또는 의료보험연합회</li> </ol> <p>② 사회단체등이 공명선거추진운동을 함에 있어서는 항상 공정한 자세를 견지하여야 하며, 특정정당이나 후보자의 선거운동에 이르지 아니하도록 유의하여야 한다.</p> <p>③ (선관위의 시정명령권 또는 고발권)</p>	<p>4. 특정정당 또는 <u>특정후보자</u>를 지원하기 위하여 설립된 단체</p>
<p>제15조【선거권】 ① 20세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.</p> <p>② 20세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거인명부작성 기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 자는 그 구역에서 선거하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거권이 있다.</p>	<p>제15조【선거권】 ① 18세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.</p> <p>② 18세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거인명부작성 기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 자는 그 구역에서 선거하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거권이 있다.</p>
<p>제18조【선거권이 없는 자】 ① 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 선거권이 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 금지산선고자</li> <li>2. 금고</li> <li>3. 선거법으로서, 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예를 선고받고 그 형이 확정된 후 10년이 경과하지 아니하거나, 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자(형이 실효된 자도 포함한다).</li> <li>4. 선거권 정지, 상실선고자</li> </ol> <p>② 제1항 제3호에서 "선거법"이라 함은 제16장 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법위반의 죄를 범한 자를 말한다.</p>	<p>3. 선거법 또는 정치자금에 관한 법률위반의 죄를 범한 자로서, 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예를 선고받고 그 형이 확정된 후 10년이 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자(형이 실효된 자도 포함한다).</p>
<p>제24조【선거구획정위원회】 ① 국회의원 지역선거구의 공정한 획정을 위</p>	<p>제24조【선거구획정위원회】 (존치)</p>

현행 규정	개정안
<p>하여 국회에 선거구획정위원회를 둔다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>② 선거구획정위원회의 위원은 명예직으로 하되, 일비, 여비, 기타의 실비를 받을 수 있다.</li> <li>③ 선거구획정위원회로부터 선거구획정업무에 필요한 자료의 요청을 받은 국가기관 및 지방자치단체는 지체없이 이에 따라야 한다.</li> <li>④ 선거구획정위원회는 제25조(국회의원지역구의 획정) 제1항에 규정된 기준에 따라 선거구획정안을 마련하고, 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 늦어도 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일 전 1년까지 국회의장에 제출하여야 한다.</li> <li>⑤ 국회가 국회의원지역선거구에 관한 규정을 개정하는 때에는 선거구획정위원회의 선거구획정안을 존중하여야 한다.</li> <li>⑥ 선거구획정위원회의 구성 및 운영 기타 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다.</li> </ol>	<p>선거구획정위원회를 선관위 산하로 하고 그 위원을 현직정치인을 배제한 전문가로 하자는 안이 있으나 획정기준을 명시하면 되므로 굳이 선관위 산하로 할 필요는 없다고 사료됨.</p>
<p>제25조【국회의원지역구의획정】 ① 국회의원지역선거구(국회의원지역구)는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역, 지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구(자치구 포함)·시(구가 설치되지 아니한 시)·군(이하 "구·시·군"이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.</p> <p>② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표1과 같이 한다.</p>	<p>제25조【국회의원지역구의획정】 ① (유지)</p> <p>② 각 국회의원지역선거구는 전체유권자수를 전체국회의원지역선거구의 수로 나눈 값에서 ± 50%를 넘지 못한다.(신설)</p> <p>③ 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표1과 같이 한다.</p>
<p>제58조【정의등】 ① 이 법에서 선거운동이라 함은 당선되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만 선거에 관한 단순한 의견의 개진, 의사의 표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 아니한다.</p> <p>② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제58조【정의등】 ① 이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만 선거에 관한 <u>단순한 의견의 개진, 의사의 표시는 선거운동으로 보지 아니한다.</u></p>
<p>제60조【선거운동을 할 수 없는 자】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다 다만 제4호 내지 9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국 국민이 아닌 자</li> <li>2. 미성년자</li> <li>3. 제18조 제1항의 규정에 의하여 선거권이 없는 자</li> <li>4. (국가공무원, 지방공무원)</li> <li>5.</li> </ol>	<p>2. 18세미만인 자</p>



현행 규정	개정안
<p>6. 향토예비군의 소대장급 이상의 간부</p> <p>7. 동·리·반의 장</p> <p>8. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회, 새마을운동협의회, 한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임직원과 이들 단체의 중앙회장</p> <p>9. (의료보험조합)</p> <p>제61조[선거운동기구의 설치] ① 정당 또는 후보자는 ... 선거사무소와 선거연락사무소를 설치할 수 있다.</p> <p>1. 대통령선거 정당 또는 후보자가 설치하되, 선거사무소 1개소와 시도 및 구시군마다 선거연락사무소 1개소</p> <p>2. 지역구국회의원선거 후보자가 설치하되, 당해 국회의원선거구안에 선거사무소 1개소, 다만 하나의 국회의원지역구가 2이상의 구시군으로 된 경우에는 선거사무소를 두지 아니하는 구시군마다 선거연락사무소 1개소 (이하 생략)</p> <p>제62조[선거사무관계자의 선임] ① (선거사무장, 선거연락사무소장 1인)</p> <p>② ... 다음 각호에 의하여 선거사무원(제135조 1항 본문에 의한 수당과 실비를 지급받는 선거사무원을 말한다) (이하 생략)</p> <p>③ 제135조 제1항 단서의 규정에 의하여 수당을 지급받을 수 없는 정당 <u>의 유급당원</u>, 국회의원의 보좌관·비서관·비서 또는 지방의회의원은 선거사무원이 된 경우에도 제2항의 선거사무원수에 삽입하지 아니한다.</p> <p>④ 누구든지 인쇄물, 시설물 기타 광고물을 이용하여 선거운동을 하는 자를 모집할 수 없다. 다만 제1항 및 제2항의 규정에 의한 선거사무장, 선거연락사무소장, 선거사무원을 이 법의 규정에 의한 방법으로 모집하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>제65조[선거공보]</p> <p>제66조[소형인쇄물] ① 선거운동에 사용하는 소형인쇄물에는 후보자의 사진, 성명, 기호, 정당추천후보자의 소속정당명, 경력, 정견 및 소속정당의 정강, 정책 기타 홍보에 필요한 사항을 게재하되, 그 종류는 다음 각호에 의한다</p> <p>1. 대통령선거</p>	<p>제61조[선거운동기구의 설치] (존치)</p> <p>선거사무소의 수를 축소하는 안이 있으나 현행법상의 사무소 정도는 유지해도 무방하다고 사료됨</p> <p>③제135조 제1항 단서의 규정에 의하여 수당을 지급받을 수 없는 (삭제), 국회의원의 보좌관·비서관·비서 또는 지방의회의원은 선거사무원이 된 경우에도 제2항의 선거사무원수에 삽입하지 아니한다</p> <p>제65조[선거공보] 폐지</p> <p>제66조[책자형 인쇄물] ① 선거운동에 사용하는 책자형 인쇄물에는 후보자의 사진, 성명, 기호, 정당추천후보자의 소속정당명, 경력, 정견 및 소속정당의 정강, 정책 기타 홍보에 필요한 사항을 게재한다.</p>
<p>전단형 2종 이내와 명함형, 책자형 각 1종</p> <p>2. 지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거</p> <p>명함형 책자형 각 1종</p> <p>3. 시도의원선거 및 자치구, 시·군의원선거</p> <p>명함형 1종</p> <p>⑧ 제1항의 소형인쇄물(명함형 소형인쇄물을 제외한다)의 작성비용은 국가 또는 당해 지방자치단체가 제122조의 규정에 의하여 공고된 범위 안에서 선거일 후 전보한다. 다만 제57조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>제67조[현수막] ① 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자는 그 추천정당)는 선거운동을 위한 현수막을 제작하여 관할 시군선거관리위원회의 검인을 받아 게시할 수 있다. 그 수량은 다음 각호에 의한다.</p> <p>1. 대통령선거 및 시도지사선거 구시군선거관리위원회의 관할구역 안의 읍면동수의 2분의 1에 상당하는 수 이내</p> <p>2. 지역구국회의원선거 및 자치구시군의 장 선거 구시군선거관리위원회의 관할구역 안의 읍면동수에 상당하는 수 이내</p> <p>3. 지역구시도의회의원선거 당해 선거구안의 읍면동수에 상당하는 수 이내</p> <p>4. 자치구시군의회의원선거구 안에 1매</p> <p>제71조[후보자등의 방송연설] ① 후보자와 후보자가 지명하는 연설원은... 필요한 사항을 발표하기 위하여 다음 각호에 의하여 선거운동기간중 방송시설을 이용한 연설을 할 수 있다.</p> <p>1. 대통령선거 후보자, 연설원이 각각 1회 20분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 7회 이내</p> <p>2. 전국구국회의원선거 정당별로 전국구국회의원후보자중에서 선임된 대표 2인이 각 1회 10분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 1회</p> <p>3. 지역구국회의원선거 후보자가 지역방송시설이용하여 1회 10분 이내</p> <p>4. 비례대표시도의회의원선거 ... 대표 1인이 1회 10분 이내 각 1회</p>	<p>② 제1항의 "책자형인쇄물"이라 함은 ...을 말한다.</p> <p>③ 책자형 인쇄물은 당해 선거구 안의 세대 수와 부제자신고인명부에 올라 있는 선거인 수를 합한 수에 상당하는 수 이내로 한다</p> <p>제67조[현수막] ① 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자는 그 추천정당)는 선거운동을 위한 현수막을 제작하여 관할 시군선거관리위원회의 검인을 받아 선거사무소 및 선거연락사무소에 1개씩 게시할 수 있다.</p> <p>제71조[후보자등의 방송연설] ① 후보자와 후보자가 지명하는 연설원은... 필요한 사항을 발표하기 위하여 다음 각호에 의하여 선거운동기간중 방송시설을 이용한 연설을 할 수 있다.</p> <p>1. 대통령선거 후보자, 연설원이 각각 1회 20분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 10회 이내</p>

현행 규정	개정안
<p>전단형 2종 이내와 명함형, 책자형 각 1종</p> <p>2. 지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거</p> <p>명함형 책자형 각 1종</p> <p>3. 시도의원선거 및 자치구, 시·군의원선거</p> <p>명함형 1종</p> <p>⑧ 제1항의 소형인쇄물(명함형 소형인쇄물을 제외한다)의 작성비용은 국가 또는 당해 지방자치단체가 제122조의 규정에 의하여 공고된 범위 안에서 선거일 후 전보한다. 다만 제57조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>제67조[현수막] ① 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자는 그 추천정당)는 선거운동을 위한 현수막을 제작하여 관할 시군선거관리위원회의 검인을 받아 게시할 수 있다. 그 수량은 다음 각호에 의한다.</p> <p>1. 대통령선거 및 시도지사선거 구시군선거관리위원회의 관할구역 안의 읍면동수의 2분의 1에 상당하는 수 이내</p> <p>2. 지역구국회의원선거 및 자치구시군의 장 선거 구시군선거관리위원회의 관할구역 안의 읍면동수에 상당하는 수 이내</p> <p>3. 지역구시도의회의원선거 당해 선거구안의 읍면동수에 상당하는 수 이내</p> <p>4. 자치구시군의회의원선거구 안에 1매</p> <p>제71조[후보자등의 방송연설] ① 후보자와 후보자가 지명하는 연설원은... 필요한 사항을 발표하기 위하여 다음 각호에 의하여 선거운동기간중 방송시설을 이용한 연설을 할 수 있다.</p> <p>1. 대통령선거 후보자, 연설원이 각각 1회 20분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 7회 이내</p> <p>2. 전국구국회의원선거 정당별로 전국구국회의원후보자중에서 선임된 대표 2인이 각 1회 10분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 1회</p> <p>3. 지역구국회의원선거 후보자가 지역방송시설이용하여 1회 10분 이내</p> <p>4. 비례대표시도의회의원선거 ... 대표 1인이 1회 10분 이내 각 1회</p>	<p>② 제1항의 "책자형인쇄물"이라 함은 ...을 말한다.</p> <p>③ 책자형 인쇄물은 당해 선거구 안의 세대 수와 부제자신고인명부에 올라 있는 선거인 수를 합한 수에 상당하는 수 이내로 한다</p> <p>제67조[현수막] ① 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자는 그 추천정당)는 선거운동을 위한 현수막을 제작하여 관할 시군선거관리위원회의 검인을 받아 선거사무소 및 선거연락사무소에 1개씩 게시할 수 있다.</p> <p>제71조[후보자등의 방송연설] ① 후보자와 후보자가 지명하는 연설원은... 필요한 사항을 발표하기 위하여 다음 각호에 의하여 선거운동기간중 방송시설을 이용한 연설을 할 수 있다.</p> <p>1. 대통령선거 후보자, 연설원이 각각 1회 20분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 10회 이내</p>

현행 규정	개정안
<p>5. 시도지사선거 후보자가 1회 10분 이내 지역방송시설을 이용하여 텔레비전 및 라디오 방송별 각 1회</p> <p>③ 방송시설을 경영 또는 관리하는 자는 제1항의 규정에 의한 연설을 위한 방송시설명, 이용일시, 시간대 등을 선거일 전 30일까지 관할선거관리위원회에 통보.</p> <p>④ 선관위는 후보자등록신청 개시일 전 3일까지 제1항의 규정에 의한 연설을 이용할 수 있는 방송시설을 미리 지정 공고하고 후보자등록신청시 후보자에게 통지.</p> <p>⑤ 대통령선거에 있어서... 연설하고자 하는 때에는 이용할 방송시설명, 이용일시, 연설할 사람의 성명... 등을 기재한 신청서를 후보자등록 마감일 후 3일까지 중앙선관위에 서면 제출.</p> <p>⑥ 제5항의 규정에 의하여 후보자가 신청한 방송시설의 이용일시가 서로 중첩되는 경우에는 중앙선관위가 그 일시를 정하되 그 일시는 모든 후보자에게 공평하여야 한다. (이하 생략)</p> <p>⑩ 제1항의 규정에 의한 방송시설을 이용한 연설의 비용은 당해 후보자가 부담하되, 후보자가 제57조(기탁금의 반환등)제1항에 해당할 때에는 방송연설비용 중 텔레비전 및 라디오 방송별로 후보자가 행한 방송연설비용을 국가 또는 당해 지방자치단체가 선거일 후 전보한다.</p> <p>⑫ 방송시설을 이용한 연설신청서의 서식, 중첩된 방송일시의 조정방법 및 비용보전 기타 필요한 사항은 중앙선관위규칙으로 정한다.</p> <p>제73조[경력방송] ① 한국방송공사는... 선거운동기간중... 후보자마다 매회 1분 범위 안에서 관할 선관위가 제공하는... 기타 주요한 경력을 선거인에게 알리기 위하여 방송하여야 한다.</p> <p>② 대통령선거에 있어서는 각 5회 이상, 국회의원, 자치구시군의 장 선거의 경우는 각 2회 이상, 시도지사의 경우는 각 3회 이상</p> <p>③... 비용은 한국방송공사가 부담한다.</p> <p>제75조[합동연설회] ① 관할선관위는 다음 각호에 의하여 후보자의 합동연설회를 개최하여야 한다</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 지역구국회의원선거 국회의원지역구마다 2회</li> <li>2. 시도의원, 자치구시군의 장선거 선거구마다 2회</li> <li>3. 자치구시군의회의원 선거구마다 1회</li> </ol>	<p>⑩ 제1항의 규정에 의한 방송연설비용은 국가 또는 당해 지방자치단체가 부담한다.(?)</p> <p>73조[경력방송]</p> <p>② 대통령선거에 있어서는 각 10회 이상, 국회의원, 자치구시군의 장 선거의 경우는 각 5회 이상, 시도지사의 경우는 각 5회 이상</p> <p>제75조[합동연설회] 존치</p>

현행 규정	개정안
<p>제77조[정당, 후보자 등에 의한 연설회] ① 정당, 후보자, 선거사무장, 선거연락사무소장은 선거운동기간중 후보자 1인마다 다음 각호에 의하여 선거운동을 위한 연설회를 개최할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대통령선거 1회 5시간 이내에서 구시군마다 3회 이내</li> <li>2. 지역구국회의원선거 1회 3시간 이내 국회의원 지역구마다 2회 이내</li> <li>3. 시도의회의원, 자치구시군의회의원 1회 2시간 이내에서 선거구마다 1회</li> <li>4. 시도지사선거 1회 4시간 이내에서 3회 이내</li> <li>5. 자치구시군의 장선거 1회 4시간 이내에서 2회 이내</li> </ol> <p>제82조[언론기관 초청 대담·토론회] ① 텔레비전방송국, 라디오방송국, 정기간행물의등록에관한법률에 의한 일반일간신문사등(이하 '언론기관'이라 한다)은 선거운동기간중 후보자 또는 대담토론자에 대하여 후보자의 승낙을 받아 1인 또는 수인을 초청하여 소속정당의 정강정책이나 후보자의 정견을 알아보기 위한 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다</p> <p>② 제1항의 대담토론회는 언론기관이 방송시간, 신문의 지면 등을 고려하여 자율적으로 개최한다.</p> <p>③ 제1항의 대담토론회의 진행은 공정하여야 하며 이에 관하여 필요한 사항은 중앙선관위규칙으로 정한다</p> <p>④ 제81조 제2항, 제6항 및 제7항의 규정은 언론기관 초청 대담토론회에 이를 준용한다.</p> <p>제82조의 2[공영방송텔레비전 대담·토론회] ① 공영방송사(한국방송공사와 방송문화진흥법에 의한 방송문화진흥회가 출자한 방송법인 및 그 법인이 출자한 방송법인)는 대통령선거에 있어서 선거기간중 중앙선관위규칙이 정하는 절차에 따라 후보자의 일부 또는 전부를 초청하여 소속정당의 정강 정책이나 후보자의 정견 등을 알아보기 위하여 텔레비전방송을 이용한 대담토론회를 개최하여 보도한다. 다만 초청에 응하지 않은 후보자는 참석하지 아니할 수 있다.</p>	<p>1. (폐지)</p> <p>제82조[언론기관초청대담토론회] ① (유지)</p> <p>② 제1항의 대담토론회는 언론기관이 방송시간, 신문의 지면등을 고려하여 자율적으로 개최한다. 단, 텔레비전방송국이 개최하는 경우 텔레비전방송국과 언론기관 또는 텔레비전방송국과 제81조에 규정된 단체가 공동개최하는 경우, 언론기관이나 제81조에 규정된 단체가 개최하는 대담토론회를 텔레비전방송국이 중계하는 경우에는 이 법과 중앙선관위 규칙 및 방송위원회 규칙이 정하는 바에 따른다.</p> <p>③ 제1항의 대담토론회의 진행은 공정하여야 하며 이에 관하여 필요한 사항은 중앙선관위규칙 및 방송위원회규칙으로 정한다.</p> <p>제82조의 2[방송텔레비전 대담·토론회] ① 중앙선거관리위원회와 방송위원회는 공영방송사(한국방송공사와 방송문화진흥법에 의한 방송문화진흥회가 출자한 방송법인 및 그 법인이 출자한 방송법인)로 하여금 대통령선거에 있어서 선거기간 중 후보자의 일부 또는 전부를 초청하여 소속정당의 정강 정책이나 후보자의 정견 등을 알아보기 위하여 중앙선관위규칙, 방송위원회 규칙 및 대선TV토론회위원회 결의가 정하는 절차에 따라 텔레비전방송을 이용한 대담토론회를 후보자의 승낙과 관계 없이 반드시 3회 이상 개최하여 보도하도록 한다. 공영방송사 아닌 텔레비전방송국이 위 대담토론회에 공동참</p>

현행 규정	개정안
<p>② 제1항의 대담토론회의 진행은 공정하여야 한다.</p> <p>③ 제81조 제7항과 제8항의 규정은 제1항의 대담토론회에 이를 준용한다.</p>	<p>가를 원하는 경우에는 이 법과 중앙선관위규칙, 방송위원회규칙 및 대선TV토론위원회 의결사항의 준수를 조건으로 허락할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 대담토론회의 진행은 공정하여야 하며 이에 관하여 필요한 사항은 중앙선관위 규칙 및 방송위원회 규칙으로 정하되 방송위원회에 위 집행업무를 주관하는 대선TV토론위원회를 둔다.</p> <p>③ 위 제1항, 제2항의 대선TV토론위원회는 다음 각호의 방법으로 구성하고 운영한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대선TV토론위원회의 위원장은 방송위원회 위원장이 겸임한다.</li> <li>2. 대선TV토론위원회 위원은 다음에 열거된 자로서 위원장을 포함한 10인 이상 20인 이내의 인원으로 구성한다. <ul style="list-style-type: none"> <li>• 대법원장의 추천에 의하여 임명된 방송위원회 위원 1인</li> <li>• 한국언론학회, 방송학회, 정치학회, 헌법학회, 대한연호사협회, 한국기자협회가 각 추천한 자.</li> <li>• 원내교섭단체를 구성하고 있는 정당이 각 추천한 자.</li> <li>• 이 법 제82조의 2 제1항에 규정된 공영방송사 및 방송법 소정의 방송국(특수방송을 제외한다)이 각 추천한 자.</li> </ul> </li> <li>3. 이 법 및 중앙선관위규칙으로 따로 정하지 아니한 대선TV토론회의 의결사항은 재적위원 2/3 이상의 출석과 출석위원의 2/3 이상의 찬성으로 의결한다.</li> <li>4. 대선TV토론위원회는 선거운동개시일 20일전까지 구성하여 한다.</li> <li>5. 대선TV토론위원회 위원은 직무수행중 외부의 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니한다.</li> </ol> <p>④ 대선TV토론위원회는 다음 각 호에 위배되는 의결이나 직무집행을 할 수 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대선토론회에 참가할 후보자 기준은 원내교섭단체가 구성된 정당의 후보자로 우선 한정하되 기타 군소정당후보자나 무소속 후보자의 전국적 지지도가 원내교섭단체 정당의 후보자와 대차 없는 등 토론회참가자격의 상당성이 기타 군소정당후보자, 무소속후보자, 대선TV토론위원회 위원의 요청에 의하여 대선TV토론위원회 의결 방법으로 확인되는 경우에는 토론참가자로 함께 포함시킨다.</li> <li>2. 대선TV토론회의 횟수, 시기, 시간, 장소, 방송총연출자, 방청인의 참석방법, 토론의 형태, 질의응답방법 및 군소정당후보자, 무소속후보자에 대한 별도의 토론회 개최 여부는 대선TV토론위원회의 의결사항으로 한다.</li> <li>3. 대선TV토론방송은 동시중계방송되어야 하며 그 내용이 편집 수정, 조작되지 않도록 하여야 한다.</li> <li>4. 사회자 및 토론자는 대선TV토론위원회의 의결로서 1인 또는 수인을 선정하되 원내교섭단체가 구성된 정당의 후보자는 사회자에 대하여는 1회에 한하여, 토론자에 대하여는 토론회 개최 회수에 상</li> </ol>

현행 규정	개정안
<p>제87조[단체의 선거운동금지] 단체는 사단, 재단 기타 명칭 여하를 불문하고 선거기간중에 그 명의 또는 그 대표자의 명의로 특정 정당이나 후보자를 지지, 반대하거나 반대할 것을 권유하는 행위를 할 수 없다.</p> <p>제89조[유사기관의 설치 금지] ① 제61조 제1항, 제2항의 규정에 의한 선거사무소 또는 선거연락사무소 외에는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 위하여 선거추진위원회, 후원회 또는 휴게소 기타 명칭 여하를 불문하고 이와 유사한 기관, 단체 또는 시설을 설치할 수 없다. 다만 정당의 중앙당, 당지부 또는 지구당의 사무소에 설치되는 선거대책기구와 정치자금법상의 후원회는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 정당이나 후보자가 설립 운영하는 기관, 단체 또는 시설은 선거일 전 180일부터 선거일까지 당해 선거구민을 대상으로 선거에 영향을 미치는 행위를 하거나, 그 기관, 단체 또는 시설의 설립내용이나 활동내용을 선거구민에게 알리기 위하여 정당 또는 후보자의 명이나 그 명의를 유추할 수 있는 방법으로 벽보, 현수막, 방송, 신문, 통신,</p>	<p>용하여 기피할 수 있다.</p> <p>5. 대선TV토론위원회가 선정결의한 사회자 및 토론자의명단과 주요 경력은 토론회 개최일 5일 전까지 공개되어야 하며 이들에 대하여 제4호의 기피신청이 있는 경우는 토론회 개최일 2일 전까지 재의결하여야 한다.</p> <p>6. 사회자 또는 토론자의 자격요건은 대선TV토론위원회의 의결로 정하되 토론회 참가 후보자가 소속된 정당에서 국회의원 및 정당원 활동을 하였거나 그 정당이 국회의원공천신청을 하였거나 대선TV토론 참가 후보자와 정치적 결사활동을 함께 한 전력이 있는 자를 선정하여서는 아니되며 선정된 후라도 위와 같은 사정이 밝혀진 경우에는 사회자 토론자를 다시 선정하여야 한다.</p> <p>⑤ 방송위원회는 이 법에서 따로 정하여놓지 아니한 사항에 대하여는 대선TV토론 선거방송심의기준 및 대선TV토론위원회 운영에 관한 규칙을 제정한다.</p> <p>⑥ 방송위원회는 대선TV토론위원회의 활동결과에 대하여 대통령 당선결정일로부터 6개월 이내에 대선토론평가서를 공간하여야 한다.</p> <p>⑦ 방송위원회는 공영방송사가 아닌 텔레비전방송국이 대선TV토론방송에 따르는 상업광고에서 얻는 이득에 대하여는 당해 방송국과 협의하여 분배한다.</p> <p>⑧ 방송위원회는 대선토론회에 따르는 방송국 상호간의 공동사업에 관한 업무조정을 할 수 있다.</p> <p>⑨ 제81조 제7항의 규정은 제1항의 대담토론회에 이를 준용한다.</p> <p>제87조[단체의 선거운동 금지] (존치)</p> <p>제89조[유사기관의 설치 금지] (존치)</p>

현행규정	개정안
<p>잡지 또는 인쇄물을 이용하거나 기타의 방법으로 선전할 수 없다. 다만, 정치자금법 제6조의 5 또는 같은 법 제6조의 6의 규정에 의한 집회와 광고에 의한 모금을 위한 고지와 광고는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제89조의 2[자료제출요구등](신설) ① 제89조 제1항에 규정된 기관, 단체, 시설이 후보자의 선거운동(후보자등록전의 선거운동을 위한 준비행위를 포함한다)을 위한 활동을 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에 중앙선거관리위원회 또는 관할 선거관리위원회는 그 기관, 단체, 시설의 조직과 수익, 지출내역 등을 조사할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 조사를 위하여 관계선관위는 회계장부 기타 출납서류를 보거나, 위 기관, 단체, 시설에서 지급하는 비용을 지급받거나 받을 권리가 있는 자 기타 이해관계인 및 위 기관, 단체, 시설의 구성원에 대하여 조사할 수 있으며, 보고 또는 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 위 요구를 받은 자는 즉시 이에 따라야 한다.</p> <p>③ 관계 선관위는 위 기관, 단체, 시설의 수익과 지출에 관한 조사를 위하여 불가피한 경우에는 다른 법률의 규정에 불구하고 금융기관의 장에게 후보자, 당해 기관, 단체, 시설의 구성원 또는 그들의 직계존비속이나 배우자에 관한 필요한 금융거래자료의 제출을 요구할 수 있으며, 당해 금융기관의 장은 이를 거부할 수 없다.</p> <p>④ 선관위는 제1항, 제2항, 제3항의 조사결과 이 법에 위반되는 사실이 있다고 인정될 때에는 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰 기타 필요한 조치를 취하여야 한다.</p>
<p>제111조[의정활동등 보고의 제한] 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장은 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거의 선거기간 개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목 여부를 불문하고 보고회 등 집회나 보고서를 통하여 의정활동, 시, 도정 또는 자치구, 시, 군정활동을 선거구민에게 보고할 수 없다.</p>	<p>제111조[의정활동등 보고의 제한] 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장은 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거의 선거기간 개시일 전 30일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목 여부를 불문하고 보고회 등 집회나 보고서를 통하여 의정활동, 시, 도정 또는 자치구, 시, 군정활동을 선거구민에게 보고할 수 없다.</p>
<p>제119조[선거비용등의 정의] ① 선거비용이라 함은 당해 선거에서 선거운동을 위하여 소요되는 금품, 물품 및 채무 기타 모든 재산상의 가치가 있는 것으로서 당해 후보자가 부담하는 비용을 말한다. 이 경우 이 법에 위반되는 선거운동을 위하여 지출한 비용과 기부행위의 제한규정을 위반하여 지출한 비용은 제3자가 정당, 후보자, 선거사무장, 선거연락사무소장 또는 회계책임자가 통모하여 당해 후보자의 선거운동을 위하여 지출한 비용 및 기부행위제한규정에 위반하여 지출한 비용은 모두 선거비용으로 본다.</p>	<p>제119조[선거비용등의 정의] ① 선거비용이라 함은 당해 선거(선거권자의 추천을 받는 데 소요된 비용등 후보자등록전의 선거운동을 위한 준비행위에 소요되는 비용을 포함한다)에서 선거운동을 위하여 소요되는 금품, 물품 및 채무 기타 모든 재산상의 가치가 있는 것으로서 당해 후보자가 부담하는 비용을 말한다. 이 경우 이 법에 위반되는 선거운동을 위하여 지출한 비용과 기부행위의 제한규정을 위반하여 지출한 비용 및 제3자가 정당, 후보자, 선거사무장, 선거연락사무소장 또는 회계책임자가 통모하여 당해 후보자의 선거운동을</p>

현행규정	개정안
<p>② 수익이라 함은 선거비용의 충당을 위한 금전 및 금전을 환가할 수 있는 물품 기타 재산상의 이익을 받거나 받기로 약속을 말한다</p> <p>③ 지출이라 함은 선거비용의 제공 교부 또는 그 약속을 말한다</p>	<p>위하여 지출한 비용, 이 법 제89조 제1항에 규정된 기관, 단체 또는 시설이 후보자의 선거운동을 위하여 지출한 비용 및 기부행위 제한규정에 위반하여 지출한 비용은 모두 선거비용으로 본다.</p>
<p>제120조[선거비용으로 인정되지 아니하는 비용] 다음 각호의 1에 해당 하는 비용은 이 법의 규정에 의한 선거비용으로 보지 아니한다</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 선거권자의 추천을 받는 데 소요된 비용등 후보자등록전의 선거운동을 위한 준비행위에 소요되는 비용</li> <li>2. 정당의 후보자선출대회비용 기타 선거와 관련한 정당활동에 소요되는 정당비용</li> <li>3. 선거에 관하여 국가 지방자치단체 또는 선관위에 납부하거나 지급하는 기탁금과 모든 납부금 및 수수료</li> <li>4. 선거사무소와 선거연락사무소의 전화료, 전기료 및 수도료 기타의 유지비로서 선거기간전부터 정당 또는 후보자가 지출하여야는 경비</li> <li>5. 선거사무소와 선거연락사무소의 설치 및 유지비용</li> <li>6. 정당 또는 후보자, 선거사무장, 선거연락사무소장, 선거사무소장, 회계책임자, 연설원 및 대담토론자가 승용하는 자동차의 운영비용</li> <li>7. 제3자가 정당, 후보자, 선거사무소장, 선거연락사무소장 또는 회계책임자와 통모함이 없이 특정 후보자의 선거운동을 위하여 지출한 전신료, 자필서신 우송료 등의 비용</li> <li>8. ... 의례적이거나 직무상의 행위에 소요되는 비용...</li> <li>9. 선거일 후에 지출원인이 발생한 잔무정리비용</li> </ol>	<p>제120조[선거비용으로 인정되지 아니하는 비용] 다음 각호의 1에 해당 하는 비용은 이 법의 규정에 의한 선거비용으로 보지 아니한다</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. (삭제)</li> <li>2. 정당의 후보자선출대회비용 (이하 삭제)</li> </ol>
<p>제135조[선거사무관계자에 대한 수당과 실비 보상] ① 선거사무장, 선거연락사무소장, 선거사무원 및 회계책임자에 대하여는 수당과 실비를 지급할 수 있다. 정당의 유급당원, 국회의원과 그 보좌관, 비서관, 비서 또는 지방의회의원이 선거사무장등을 겸한 때에는 실비만을 보상할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 수당과 실비의 종류와 금액은 중앙선관위가 정한다.</p> <p>③ 이 법의 규정에 의하여 수당, 실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는 수당, 실비 기타 명목 여부를 불문하고 누구든지 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익을 제공하거나 그 제공의 약속, 지시, 권유, 알선, 요구 또는 수령할 수 없다.</p>	<p>제135조[선거사무관계자에 대한 수당과 실비 보상] ① 선거사무장, 선거연락사무소장, 선거사무원 및 회계책임자에 대하여는 수당과 실비를 지급할 수 있다. (삭제) 국회의원과 그 보좌관, 비서관, 비서 또는 지방의회의원이 선거사무장등을 겸한 때에는 실비만을 보상할 수 있다.</p> <p>제138조[정강·정책홍보물의 배부 제한등] ① 정당이 선거기간중 제작</p>

현행 규정	개정안
<p>하여 후보자를 추천한 선거구의 소속당원에게 배부할 수 있는 정  강·정책홍보물은 다음 각호와 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대통령선거  정당의 중앙당이 제작하되, 전단형 및 책자형 각 2종 이내</li> <li>2. 지역구국회의원선거와 지역구시도의원선거 및 지자체장선거  정당의 중앙당이 제작하되, 책자형 1종</li> </ol>	<p>제141조【당원단합대회의 제한】 ① 정당은 선거기간 개시일부터 선거일  까지 소속당원의 연수, 단합 기타 명목 여하를 불문하고 선거가 실  시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원단합대회,  당원연수회(이하 이 조에서 "당원집회"라 한다)를 개최할 수 없다.  다만, 당무에 관한 연락, 지시 등을 위하여 일시적으로 이루어지는  당원간의 면접은 당원집회로 보지 아니하나 그 면접시에 식사, 다과  또는 음료의 제공이 부가되는 때에는 금지된 당원집회로 본다.</p>
<p>제143조【당원교육의 제한】 ① 정당은 선거기간 개시일부터 선거일까지  소속당원의 훈련, 연수 기타 명목 여하를 불문하고 선거가 실시중인  선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원교육을 실시할 수  없다.</p>	<p>제143조【당원교육의 제한】 ① 정당은 선거기간 개시일 전 30일부터 선  거일까지 소속당원의 훈련, 연수 기타 명목여하를 불문하고 선거가  실시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원교육을 실  시할 수 없다.</p>
<p>제144조【정당의 당원모집등의 제한】 ① 정당은 선거기간중 당원을 모집  하거나 입당원서를 배부할 수 없다. 다만 지구당의 창당 또는 개편  을 위하여 창당대회, 개편대회를 개최하는 경우에는 그 집회일까지  그러하지 아니하다.</p> <p>② 정당의 지구당은 선거기간중에 7인 이내의 유급사무직원을 둘 수 있  되, 하나의 국회의원지역구가 2이상의 구, 시, 군으로 된 경우에는  그 추가되는 구, 시, 군마다 5인 이내의 유급사무직원을 더 둘 수 있  다. 이 경우 그 교체는 유급사무직원 정수의 2분의 1을 넘을 수 없  다.</p>	<p>제144조【정당의 당원모집등의 제한】 ① 정당은 선거기간개시일 30일 전  부터 선거일까지 당원을 모집하거나 입당원서를 배부할 수 없다. 다  만 지구당의 창당 또는 개편을 위하여 창당대회, 개편대회를 개최하  는 경우에는 그 집회일까지 그러하지 아니하다.</p>
<p>제146조【선거방법】 ② 투표는 직접 또는 우편으로 하되, 1인 1표로 한  다.</p>	<p>제146조【선거방법】 ② 투표는 직접 또는 우편으로 하되, 1인 1표로 한  다. 다만 국회의원선거는 정당명부식 비례대표제(1인 2표제)로 한  다.</p>
<p>제150조【투표용지】 ① 투표용지에는 후보자의 기호, 정당추천후보자의  소속정당명 및 성명을 표시하여야 한다.</p>	<p>제150조【투표용지】 ① 투표용지에는 후보자의 기호, 정당추천후보자의  소속정당명 및 성명을 표시하여야 한다. (다만, 국회의원선거의 결  구에는 전국구국회의원투표를 위한 정당명 및 기호를 별도로 표시  하여야 한다.)</p>
<p>제167조【투표의 비밀 보장】 ① 투표의 비밀은 보장</p>	<p>제167조【투표의 비밀 보장】 ① 투표의 비밀은 보장</p>

현행 규정	개정안
<p>되어야 한다.</p> <p>② 선거인은 투표한 후보자의 성명이나 정당명을 누구에게도 또한 어떠  한 경우에도 진술할 의무가 없으며, 누구든지 선거일의 투표 마감시  각까지 이를 질문하거나 그 진술을 요구할 수 없다. 다만 텔레비전  또는 라디오방송국, 정간법에 의한 일간신문사가 선거(대통령선거  를 제외)의 결과를 예상하기 위하여 투표소로부터 500미터 밖에서  투표의 비밀이 침해되지 않는 방법으로 질문하는 경우에는 그러하  지 아니하며, 이 경우 투표 마감시까지 그 경위와 결과를 공표할  수 없다.</p>	<p>② 선거인은 투표한 후보자의 성명이나 정당명을 누구에게도 또한 어떠  한 경우에도 진술할 의무가 없으며, 누구든지 선거일의 투표 마감시  각까지 이를 질문하거나 그 진술을 요구할 수 없다. 다만 텔레비전  또는 라디오방송국, 정간법에 의한 일간신문사가 선거(팔호 삭제)  의 결과를 예상하기 위하여 투표소 출구 밖에서 투표의 비밀이 침  해되지 않는 방법으로 질문하는 경우에는 그러하지 아니하며, 이 경  우 투표마감시까지 그 경위와 결과를 공표할 수 없다.</p>
<p>제187조【대통령 당선인의 결정, 공고, 통지】 ① 대통령선거에 있어서는  중앙선거위원회 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정하고,  이를 국회의장에게 통지하여야 한다. 다만 후보자가 1인일 때에는  그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1 이상에 달하여야 당선인으로  결정한다.</p> <p>② 최고 득표자가 2인 이상인 때에는 중앙선거위원회의 통지에 의하여 국회  는 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당  선인으로 결정한다.</p>	<p>제187조【대통령 당선인의 결정, 공고, 통지】 ① 대통령선거에 있어서는  중앙선거위원회 유효투표의 과반수를 얻은 자를 당선인으로 결정하  고, 이를 국회의장에게 통지하여야 한다. 다만 후보자가 1인일 때에  는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1 이상에 달하여야 당선인  으로 결정한다.</p> <p>② 최고득표자가 2인 이상인 때에는 중앙선거위원회의 통지에 의하여 국회는  재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선  인으로 결정한다.</p>
<p>제189조【전국구국회의원의 의석의 배분과 당선인의 결정, 공고, 통지】 ①  전국구의원선거에 있어서는 중앙선거위원회가 지역구국회의원총선거  에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5 이  상을 득표한 각 정당에 대하여 지역구국회의원 총선거에서 얻은 득  표비율에 따라 전국구국회의원의 의석을 배분한다. 다만 지역구국회의  원 총선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상 100분의 5 미만을  득표한 각 정당에 대하여는 1석씩 배분한다.</p> <p>② 제1항의 득표비율은 각 의석당 정당 득표수를 모든 의석당정당  이 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표수의 합계로 나누고 소수점  이하 제5위를 반올림하여 산출한다.</p>	<p>제189조【전국구국회의원의 의석의 배분과 당선인의 결정, 공고, 통지】 ①  중앙선거관리위원회는 각 정당이 얻은 득표비율에 전국구국회의원  의석 정수를 곱하여 산출된 정수의 의석을 각 정당에 배분한 다음  잔여 의석이 있는 때에는 그 단수가 큰 순위에 따라 각 정당에 배분  한다 다만 같은 단수가 있는 때에는 그 득표수가 많은 정당에 배분  하고, 그 득표수가 같은 때에는 당해 정당 사이의 추첨에 의한다.</p> <p>② 제1항의 득표비율은 각 정당이 얻은 정당 득표수를 모든 정당이 당해  선거에서 얻은 득표수로 나누고 소수점 이하 제5위를 반올림하여  산출한다.</p>
<p>③ 전국구의 의석은 제2항의 규정에 의하여 산출된 각 정당의 득표비율에  전국구국회의원의 의석정수에서 제1항 단서의 규정에 의하여 배분된  의석수를 뺀 수를 곱하여 산출된 수의 정수의 의석을 각 정당에 배  분한 다음에 잔여의석이 있는 때에는 그 단수가 큰 순위에 따라 각</p>	<p>③④⑤⑥⑦ (현행 ⑤⑥⑦⑧⑨항과 같음)</p>

# 대선TV토론 주관기구 설치를 위한 선거법 개정방안

박형상

## 1. 서론

'저비용 고효율의 정치, 돈 안드는 선거'에 대한 국민들의 열망 속에서 대선TV토론의 필요성 논의는 이제 그 당위성 단계까지 고양되었는바, '대선TV토론은 반드시 필요하다'는 명제가 작금 최대의 화두가 되었다. 막대한 정치자금에 소요되었던 군중몰이식 선거에 대한 각성, 미국, 볼란서 등 선진국 대통령선거가 보여준 TV토론의 긍정적 기능에 대한 선망, 최근 들어 여야 대선후보자군을 상대로 시행된 몇차례의 TV토론의 경험 등등이 그 저변의 사정으로 작용하였을 것이다.

이 글에서는, 이미지 위주의 미디어정치 폐해 및 TV토론의 허상을 지적하는 원론적 반론은 별론으로 하되, 최대의 현안 과제가 되어버린 '대선TV토론 주관기구 설치 및 운영'에 관한 법적 대안을 나름대로 제시해보고자 한다.

현행법을 보건대, 현행 공직선거 및 선거부정방지법상으로도 이른바 대선TV토론이 기능은 하나 '후보자 승낙조건부의 임의적 토론'으로 되어 있다. 또한 대선TV토론 주관 기구가 법제화되어 있지

아니한 데다가 TV토론 절차에 필요한 사항은 중앙선거관리위원회 규칙으로 위임되었는데 정작 중앙선거관리위원회 회의 '공직선거관리규칙' (규칙 제44조 이하)에서는 '후보자의 협의사항'으로 일임되어 있을 뿐이고, 대선TV토론의 공정성과 형평성 보장에 관한 구체적 조항이 결여되어 있는바, 위와 같은 현행법상의 제도적 맹점 때문에 지난 92대선때 일부후보의 소극적 태도로 인해 대선TV토론 자체가 무산되었음은 주지의 사실이다.

요컨대, 현행법 개정을 위한 법적 대안의 핵심은 "대선TV토론의 강제적무조항 신설전제 하에서 독립적인 대선TV토론 주관기구를 어떻게 구성할 것이며, 그렇게 구성된 주관기구가 대선TV토론의 공정성을 법적으로 어떻게 구현할 수 있겠는가" 여부에 있겠다.

## 2. 개정골자

가. 97대선TV토론을 주관할 '한시적 기구'로서 방송위원회를 상정함

현행규정	개정안
<p>정당에 1석씩 배분한다</p> <p>④ 제3항의 경우에 같은 단수가 있는 때에는 그 득표수가 많은 정당에 배분하고, 그 득표수가 같은 때에는 당해 정당 사이의 추첨에 의한다.</p> <p>⑤ 정당에 배분된 전국국회의원의석수가 그 정당이 추천한 전국국회의원 후보자수를 넘을 때에는 그 넘은 의석은 공석으로 한다.</p> <p>⑥ 중앙선거위는 제출된 정당별 전국국회의원후보자 명부에 기재된 순위에 따라 정당에 배분된 전국국회의원의석의 당선인을 결정한다.</p>	<p>④ 제3항의 경우에 같은 단수가 있는 때에는 그 득표수가 많은 정당에 배분하고, 그 득표수가 같은 때에는 당해 정당 사이의 추첨에 의한다.</p> <p>⑤ 정당에 배분된 전국국회의원의석수가 그 정당이 추천한 전국국회의원 후보자수를 넘을 때에는 그 넘은 의석은 공석으로 한다.</p> <p>⑥ 중앙선거위는 제출된 정당별 전국국회의원후보자 명부에 기재된 순위에 따라 정당에 배분된 전국국회의원의석의 당선인을 결정한다.</p>
<p>789</p> <p>제268조【공소시효】 이 법의 규정한 죄의 공소시효는 당해 선거일 후 6월이 경과함으로써 완성한다. 다만 범인이 도피한 때에는 그 기간은 3년으로 한다.</p>	<p>제268조【공소시효】 (제지)</p> <p>제268조의 2【기소법정주의】(신설) 검찰은 이 법에 위반한 자가 있을 경우에는 반드시 기소하여야 한다.</p>

(1) 필자 역시, 미국의 대통령토론회 민간기구 사례처럼, 초당적이고 자율적인 민간시민단체가 대선TV토론을 독립적으로 주관해야 한다는 대원칙에는 동감한다. 그러나 무엇보다도 “독자적 민간기구를 별도로 법제도화하기에는 97대선일정과 국회의원 임정이 너무 촉박한 점, 중립적이고 독자적인 시민단체를 구성하기에는 우리 사회의 역량이 아직은 부족한 것 아니냐는 솔직한 의구심(과연 어떤 시민단체가 무슨 자격으로 독립적 토론회를 공정력있게 주관한다는 말인가?), 방송의 공공성 감시를 그 관장 사항으로 하고 있는 기왕의 법적 기구로서 방송위원회가 우리 방송법상 따로 있으므로 기왕의 인적, 물적 조직을 이용할 수 있다는 점” 등에 터잡아 97대선 일정을 위한 이번만의 한시적 주관기구로서 방송위원회를 제안하고자 한다. (그리고 그간의 방송위원회가 보여준 정치적 행태에 대한 여러 의구심, 즉 정치적 편파성의 문제는 구체적인 법적 하부장치를 통하여 반드시 통제하여야 할 것임은 물론이다.)

장기적 대안으로서 시민민간기구를 전폭적으로 지지하는 필자가 굳이 위와 같은 한시적 기구로서 기존의 물적 토대가 있는 방송위원회를 활용하자는 전술적 방책을 제안하는 이유는 “독자적인 민간시민기구를 고집하다가는 그 최초의 출발점인 인원의 구성 단계부터 난관에 부딪힐 수 있다는 점, 그래서 지난 92대선때의 전례처럼 결국은 중구난방 속에서 차일피일하다 무산되어버리지 않을까 하는 절망적 체험론적 두려움” 때문이다.

(2) 한편, 위와 같이 한시적 주관기구로서 대선TV토론 업무에 수반되는 방송위원회 기능을 뒷받침할 수 있는 현행 방송법상의 관련조항은 다음과 같다.

(가) 방송법 11조(방송위원회 설치)

방송의 공적 책임 및 공정성과 공공성을 유지하고

방송내용 전반의 질적 향상을 도모하기 위하여 방송위원회를 둔다.

(나) 방송법 17조(방송위원회 직무)

① 위원회는 다음 각호의 사항을 심의 결정한다.

1. 방송의 운용, 편성의 기본정책과 질적 방송에 관한 사항

4. 방송국 및 방송종류 상호간의 관계, 공동사업 및 협의에 관한 사항

7. 위원회의 규칙 제정 및 개폐

② 위원회는 방송국이 방송한 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지 여부와 공익사항에 관하여 공적 책임을 지고 있는지의 여부를 심의 의결한다.

(3) 특히 장차 예상되는 97대선TV토론은 여하튼간에 KBS, MBC, SBS라는 기존방송 3사 공동사업 또는 순차적 독자적 경쟁업무 형태가 될 것인바, 그 공동사업의 기본방침 또는 독자사업의 효율성 제고를 위하여는 필히 방송위원회가 위 법 17조 1항 4호를 통하여 적극적으로 관여하여야 할 것이다. 그리하여 지나친 과열경쟁으로 인한 중복편성이나 상업주의적 선정편성, 편파편성 등을 규제하여야 한다.

(4) 또한 현행방송법 제116조의 방송위원회는 현재도 ‘선거방송심의에 관한 특별규정’이라는 독자적인 위원회 규칙(1996. 1. 25. 개정, 116호)을 가지고 있으며, 지난 1995 총선때에도 ‘선거방송기준 및 심의세칙’을 제정 운용한 바 있다.

나. 기타 법리적 부수쟁점

(1) 대선TV토론 참가후보자 범위 확정에 있어서의 ‘형평성’의 문제는 미국의 사례에서처럼 최대의 난점인데 한국적 정치토양속의 정당구조 및 한국방

송법체제를 우선 반영하여야 할 것이다.

(2) 공·사영 2원방송체제에서 방송의 자율성과 대선TV토론의 공공성의 조화 문제도 거론될 수 있는데 공공성과 공익성을 지향하는 한국방송 법체제가 그 운영의 근간이 되어야 할 것이다.

(3) 한편 대선후보자간의 직접적인 대결방식의 대선TV토론회 자체는 정당 정강 정책이 문제되는 내각책임제 구조보다 미국이나 불란서같은 대통령제 구조에서 상대적으로 유용하다는 점, 불란서에서의 후보자 2자간의 직접대결토론 방식은 불란서특유의 결선투표제 산물인 점은 따로 유념하여야겠다.

3. 개정방안(초안)

가. 현행 선거법 제82조(언론기관초청대담토론회) 검토

(1) 현행법(생략)

(2) 개정시안

①항, 텔레비전방송국, 라디오방송국, 정기간행물의 등록등에 관한 법률에 의한 일반일간신문사등 언론기관(이하 ‘언론기관’이라 한다)은 선거운동기간 중 후보자 또는 대담토론자(후보자가 선거운동을 할 수 있는 자 중에서 지칭하는 자를 말한다)에 대하여 후보자의 승낙을 받아 1인 또는 수인을 초청하여 소속정당의 정강정책이나 후보자의 정견 등을 알아보기 위한 대담토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다. (\* 현행법 유지)

②항, 제1항의 대담토론회는 언론기관이 자율적으로 개최함을 원칙으로 한다. 단 텔레비전방송국이 개최하는 경우, 텔레비전방송국과 다른 언론기관 또는 텔레비전방송국과 제81조의 단체가 공동 개최하는 경우, 언론기관이나 제81조의 단체가 개최하는 대담토론회를 텔레비전방송국이 중계하는 경우에는 이 법과 중앙선거관리위원회 규칙 및 방송위원회 규칙이 정하는 바에 따른다. (\* 현행법 조항에 “단서조항” 추가)

③항, 제1항의 대담토론회의 진행 및 보도는 공정하여야 하며 이에 관하여 필요한 사항은 중앙선거관리위원회 규칙 및 방송위원회 규칙으로 정한다. (\* 방송위원회 규칙조항 추가)

④항, 제81조(후보자등 초청대담토론회) 제2항, 제5항 및 제7항의 규정은 언론기관 초청대담토론회에 이를 준용한다. (\* 현행법 유지)

나. 현행 선거법 제82조의 2(공영방송텔레비전 대담토론회) 검토

(1) 현행법(생략)

(2) 개정시안

\* 전면개정, 개최자, 공영방송사 → 방송위원회의 대선TV토론회

①항, 중앙선거관리위원회와 방송위원회는 공영방송사(한국방송공사와 방송문화진흥회법에 의한 방송문화진흥회가 출자한 방송법인 및 그 법인이 출자한 방송법인을 말한다)로 하여금 중앙선거관리위원회 규칙, 방송위원회 규칙 및 대선TV토론회의 의결

로서 정하는 절차에 의거하여 대통령선거에 있어서 선거기간중 후보자 일부 또는 전부를 초청하여 소속 정당의 정강정책이나 후보자의 정견 등을 알아보기 위하여 텔레비전방송을 이용한 대담토론회를 후보자의 승낙에 관계없이 반드시 3회 이상 개최하여 보도하도록 한다.

공영방송사 아닌 텔레비전방송국이 위 대담토론회에 공동참가를 원하는 경우에는 이 법과 중앙선거관리위원회 규칙, 방송위원회 규칙 및 대선TV 토론위원회 의결사항의 준수를 조건으로 허락할 수 있다.

②항, 제1항의 대담토론회의 진행은 공정하여야 하며 이에 관하여 필요한 사항은 중앙선거관리위원회 규칙 및 방송위원회 규칙으로 정하되 방송위원회에 위 진행업무를 주관하는 대선TV토론위원회를 둔다.

③항, 위①, ②항의 대선TV토론위원회는 다음 각호의 방법으로 구성하고 운영한다.

1호 - 대선TV토론위원회의 위원장은 방송위원회 위원장이 겸임한다.

2호 - 대선TV토론위원회 위원은 다음에 열거된 자로서 위원장을 포함 한 10인 이상 20인 이내의 인원으로 구성한다.

- 대법원장의 추천에 의하여 임명된 방송위원회 위원 3인 중에서 호선된 1인

- 대법원장의 지명에 의하여 임명된 중앙선거관리위원회 3인이 추천한 자

- 원내교섭단체를 구성하고 있는 정당이 각 추천한 자

- 이 법 제82조의 2의 1항에 규정된 공영방송사 및 방송법 소정의 방송국(특수방송을 제외한다)이 각 추천한 자

- 위에서 열거된 위원들이 언론학분야학회, 공법

학분야학회, 변호사단체, 현업기자단체, 사회·경제·여성·문화·노동단체 등으로부터 각 추천을 받은 자, 또는 위와 같은 추천이 없는 경우라도 위와 같은 학회 및 단체를 대표할 수 있다고 각 판단하는 자를 대상으로 하여 다수결의 방법으로 선정한 자

3호 - 이 법 및 중앙선거위원회 규칙으로 따로 정하지 아니한 대선TV토론회의 의결사항은 재적위원 과반수 이상의 출석과 출석위원의 과반수 이상의 찬성으로 의결한다.

4호 - 대선TV토론위원회는 선거운동 개시일 60일 전까지 구성하여야 한다.

5호 - 대선TV토론위원회 위원은 직무수행중 외부의 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니한다.

④항, 대선TV토론위원회는 다음의 각호에 위배되는 의결이나 직무행위를 할 수 없다.

1호 - 대선TV토론회에 참가할 후보자 기준은 원내교섭단체가 구성된 정당의 후보자로 우선 한정되 기타 군소정당후보자나 무소속 후보자의 전국적 지지도가 원내교섭단체 정당의 후보자와 대차없는 등 토론회 참가자격의 상당성이 기타 군소정당후보자, 무소속후보자, 대선TV토론위원회 위원의 요청에 의하여 대선TV토론회 의결 방법으로 확인되는 경우에는 토론 참가자로 함께 포함시킨다.

2호 - 대선TV토론회의 횟수, 개최시기, 토론회별 시간, 개최장소, 방송 총연출자, 방청인의 참석방법, 토론의 형태, 질의응답방법, 군소정당후보자 무소속 후보자에 대한 별도의 토론회 개최 여부는 대선TV토론위원회의 의결사항으로 한다.

3호 - 대선TV토론방송은 동시 중계방송되어야 하며 그 내용이 편집수정, 조작되지 않도록 하여야 한다.

4호 - 대선TV토론위원회의 의결로서 1인 또는 수인의 사회자 및 토론자를 선정하되, 원내교섭단체가

구성된 정당의 후보자는 사회자에 대하여는 1회에 한하여, 토론자에 대하여는 토론회 개최횟수에 상응하여 기피할 수 있다.

5호 - 대선TV토론위원회가 선정의결한 사회자 및 토론자의 명단과 주요 경력은 토론회 개최일 5일 전까지 공개되어야 하며, 이들에 대하여 제4호의 기피신청이 있는 경우는 토론회 개최일 2일 전까지 다시 선정하여야 한다.

6호 - 사회자 및 토론자의 자격 요건은 대선TV토론위원회의 의결로 정하되, 토론회 참가 후보자가 소속된 정당에서 국회의원 및 정당원 활동을 하였거나 그 정당에 국회의원후보공천신청을 하였거나 대선TV토론 참가 후보자와 정치적 결사활동을 함께 한 전력이 있는 자를 선정해서는 아니되며, 선정된 후라도 위와 같은 사정이 밝혀지는 경우에는 사회자 및 토론자를 다시 선정하여야 한다.

⑤항, 방송위원회는 이 법에서 따로 정해놓지 않은 사항에 대하여는 대선TV토론 선거방송심의기준 및 대선TV토론위원회 운영에 관한 규칙을 제정한다.

⑥항, 방송위원회는 대선TV토론위원회의 활동결과에 대하여 대통령 당선 결정일로부터 6개월 내에 대선TV토론 평가서를 공간하여야 한다.

⑦항, 방송위원회는 공영방송사 아닌 텔레비전방송국이 대선TV토론방송에 따르는 상업광고에서 얻는 이득에 대하여는 당해방송국과 협의하여 분배한다.

⑧항, 방송위원회는 대선TV방송토론회에 따르는 방송국 상호간의 공동사업에 관한 업무조정을 할 수 있다.

⑨항, 제81조(후보자등 초청대담토론회) 제7항의 규정은 제1항의 대담토론회에 이를 준용한다.

#### 4. 기본 참고문헌

- 이효성, 『대통령선거와 텔레비전토론』(나남, 1997)

- 「대통령선거TV토론 제도의 도입방향(미국사례)」, 국회 입법조사 분석실 주최 세미나 자료(1997. 5. 22.)

- 김영일, 「대통령선거TV토론 제도의 도입방향(프랑스사례)」, 위 같은 세미나 자료

- 이종수, 「97한국TV토론회를 위한 제언, TV토론회 실무지침 초안」, 21세기 방송연구소 세미나 자료(1997. 7.)

- 장원호, 「외국의TV토론, 미국사례 중심으로」, 위 같은 세미나 자료

- 권혁남, 「97대통령선거 TV토론모델개발연구」, 시청자연대회의 공개토론회(1997. 6. 24.)



<자료 1>

# 올바른 정치개혁을 위한 정치관계법의 개정청원서

민주개혁사회단체연대회의

위의 청원을 국회법 123조의  
규정에 의하여 별첨과 같이 제출합니다.

- 첨 부 1. 청원소개 의견서 3부
- 2. 청원서 3부
- 3. 민주연대 참여단체 명단

청원자(대표)

주 소 서울시 성북구 동소문동 4가 278-2 백호빌딩 4층  
민주개혁사회단체연대회의

성 명 이창복

수 신 국회의장

청원일 1997년 7월 8일

## 청원소개의견서 - 생략

### I. 청원취지

한보사건과 김현철 비리, 그리고 대선자금에 대한 의혹으로부터 출발한 정치개혁 논의가 벌써 두달여 이상을 경과하고 있다. 그간 정치권에서는 이에 대한 다양한 의견과 방향이 제출되었으며, 시민·사회단체들의 청원등 정치권 밖에서의 노력 또한 진행되고 있다. 그러나, 정작 이러한 논의와 노력의 성과는 좀체로 나타날 기미를 보이지 않고 있으며, 자칫 무위로 돌아갈 위기에 직면해 있다.

정치개혁을 위한 법개정을 다루기 위한 임시국회의 소집은 한달여의 표류 끝에 소집되었지만, 아직 이를 논의하기 위한 '특위의 구성' 등의 구체적인 사실정은 합의되지 않고 있다. 또한 가히 '총성없는 전쟁'이라 할 만큼 치열하게 전개되고 있는 여·야의 이른바 '대권레이스'에 정치개혁은 한낱 공문구로 전락하고 있는 느낌을 지울 수 없다.

우리는 이처럼 지난 2개월여 간의 정치개혁 논의가 성과없이 부진을 면치 못하고 있는 현 상황의 책임이 전적으로 정치권에 있음을 지적하지 않을 수 없다. 말로는 '고비용 정치구조의 청산'을 한목소리로 외치지만 기실 정치공방의 수단으로밖에 여기지 않는 정치권의 당리당략적인 발상이 논의를 지체시키고 있는 주요 원인이다. 국민의 한결같은 바람인 '정치개혁'이 다른 누구도 아닌 정치권에 의해 가로막혀 작금의 현실이야말로 정치개혁의 절박함에 대한 역설적인 표징이 아닐 수 없다.

현재 우리가 직면하고 있는 정치개혁의 요구는 비단 어제 오늘의 문제가 아니다. 이는 수십년간 착종되어 온 구태의연한 정치관행과 정치질서로부터 배

태된 총체적이며 근본적인 문제의 표출이며, 이에 더 이상 실망할 것이 없을 만큼 염증을 느낀 국민들의 절박한 요구의 표출인 것이다.

정당은 국민의 참여 위에 기초해 있지 못하며, 한두 사람의 절대적인 권위에 장악된 사당(私黨)적 한계를 노정하고 있다. 매 선거마다 뿌려지는 천문학적 숫자의 돈과 이로 인한 부정부패는 나라를 망치게 할 위험수위에 도달해 있다. 또한 선거가 사회 갈등의 통합과 해소의 과정이 아니라 지역적, 계층간의 갈등이 증폭되는 분열의 계기가 되고 있을 뿐이다. 국회는 국민의 여론을 수렴하고 이를 국정에 반영하려는 노력은 찾아보기 어렵고 오히려 당리당략에 따른 당쟁과 기득권 유지에 여념이 없습니다. 국민민복의 진작과 국정논의를 위한 진지하고 생산적인 논의는 보이지 않고 거친 고향소리로 가득찬 의사당과 이권개입등으로 얼룩진 국회의원의 추한 몰골만 국민들의 뇌리에 남아 있을 뿐이다. 이같은 정치적 파탄의 지경을 극복하기 위해서는 이러한 악순환의 원인을 역사적이고 구조적인 측면에서 진단하고 총체적인 제도개혁과 현실의 관행 변화를 유도하기 위한 일대개혁이 필요하다. 더 이상 낡은 정치제도, 정치인, 정치의식이 나라의 발전과 사회의 진보를 가로막는 장애물이 되어서는 안된다. 21세기를 바로 앞둔 오늘, 사회 전반의 발전과 더불어 정치제도와 관행 역시 혁신적으로 변화해야 하며, 이런 점에서 오늘날 제기되고 있는 정치개혁 논의는 늦었지만 중대한 출발이라 하지 않을 수 없다.

그러나, 우리는 최근의 정치적 상황을 돌아볼 때 이러한 논의를 정치권에만 맡길 수 없다는 점을 절실히 깨닫는다. 여전히 당리당략과 정쟁에 얽매어 있는 현 정치권만으로는 선진정치를 제도화하는 데 한계를 가질 수밖에 없다. 정치적 패배감과 좌절감에 빠진 국민들에게 '새로운 정치'의 희망을 주기 위해서는 건전한 시민·사회단체들의 노력이 함께 진행되

어야 하며, 이런 점에서 민주연대는 본 청원을 제출하는 것이다. 본 청원은 우선적으로 손질이 불가피하다고 판단되는 정치관계법 조항에 대해 민주연대에 참여하고 있는 시민·사회단체간의 토론과 협의를 통해 만들어진 개정의견이며, 그 주요한 내용은 다음과 같다.

### I. 청원의 골자

1. 현수막 폐지 및 소형 인쇄물의 종류 축소
2. 정당 및 후보 연설회의 폐지
3. 선거공영제의 확대 실시(방송연설, 광고, TV토론 등에 대한 국가보조)
4. 대통령선거 TV토론 실시
5. 의정활동 보고회 및 당원단합대회에 대한 제한 강화
6. 단체의 선거운동 금지 폐지
7. 정당명부식 비례대표제의 실시
8. 대통령 선거 결선투표제의 실시
9. 선거연령 만 18세 이상으로 개정
10. 선거관리위원회의 권한 강화
11. 선거법 위반에 대한 기소법정주의 도입
12. 현 공소시효 폐지 및 형사소송법의 공소시효 준용
13. 법인의 후원회원 가입 및 정치자금 기탁 금지
14. 당비 및 후원회비의 익명기부 폐지
15. 모든 정치자금의 단일계좌를 통한 입출
16. 법외 정치자금 수수 전면금지 및 처벌강화
17. 지정기탁제의 폐지
18. 노동조합의 정치자금 모금 및 기부 허용
19. 정치자금 및 국고보조금의 배분을 득표비율로 개정
20. 국고보조금 용도의 비율 지정

21. 정당가입 자격요건의 완화
22. 당원의 직접투표를 통한 정당의 공직후보 선출 의무화
23. 국회의장의 당적 이탈 의무화
24. 예결위와 여성위의 상설화
25. 국정감사 및 조사의 활성화
26. 공청회 및 청문회의 활성화
27. 부패방지법의 조속한 제정

### II. 청원내용

#### 1. 선거비용의 축소 및 선거공영제의 기틀 확립

##### (1) 현행법의 문제점

그간 정치권력은 막대한 선거비용을 염출하기 위하여 재벌등 기업에 손 내밀기가 일수였고, 기업은 비자금을 동원하느라 불법적이고 탈법적인 기업활동을 불사하여 권력형 비리, 정경유착의 적폐가 끊이지 않았다. 이런 정치사회적인 병폐는 직접적으로는 정치권력을 부패케 할 뿐만 아니라 건전한 국민경제활동을 원천적으로 방해하는 요인이 된다. '망국선거'라는 말이 예사로이 들리지 않는 이유가 여기에 있다. 더구나 이러한 부조리구조의 최종적인 피해가 결국은 국민 개개인에게 돌아가고 만다는 사실을 상기해볼 때 당장 얼마 안 있어 치뤄질 대통령선거에서부터 혁신적인 변화가 있지 않으면 안된다.

돈으로 치뤄지는 선거를 불식하고 깨끗한 선거, 투명한 선거를 치뤄내는 일이야말로 21세기 선진정치문화를 창출하는 데 절대절명의 시대적 과제가 되고 있다. 지금과 같은 후진적인 정치제도, 선거제도를 가지고 국가경쟁력을 갖고 유능한 정치권력을 산출할 수는 없는 것이다. 특히 민주주의의 첫걸음은 선

거에 있고 공정한 선거야말로 유능한 신진정치인을 충원할 수 있는 유일한 길이라는 점에서 올바른 선거법은 바로 훌륭한 정치제도의 기초가 된다.

그간 독점적인 권력에 의해 정치 주체인 유권자들은 단지 정치적인 동원대상으로 소외되어온 게 사실이다. 따라서 오늘날 고비용정치구조 역시 그 근원을 보면 정치동원비용으로부터 비롯된다고 볼 수 있다. 단지 정치권의 필요에 의해 유권자가 동원되는 구조가 계속되는 한 과도한 선거비용의 문제를 극복할 수 없을 것이다. 이러한 정치동원을 막는 것야말로 정치선거문화를 올바르게 정착시키는 데 선결적인 과제라고 보는 것이다.

따라서 엄청난 동원비용이 들어가고 있는 현행 선거법의 각종 옥내의 대중집회를 대폭 축소하고 TV, 신문 등 매체를 활용하는 방식으로 전환하여 돈선거를 지양하고 토론을 중심으로 한 선진정치문화를 유도하는 한편, 불필요한 홍보물의 종류와 수량을 대폭 줄이는 대신 홍보비용을 국가가 부담하는 이른바 선거공영제적인 성격을 강화해야 한다.

##### (2) 개정방향

#### 인쇄·홍보물의 종류 축소, 현수막 폐지

- 소형인쇄물은 대통령선거의 경우 중앙선관위에서 제작, 배포, 우송하는 책자형 홍보물 1종만을 허용하되 그 비용을 국가가 부담함(선거법 제65조 [선거공보] 폐지, 제66조 [소형인쇄물] 전면 개정).

- 현수막은 원칙적으로 폐지하되 선관위의 검인을 받아 선거사무소, 연락소의 건물에 각 1개만을 허용(선거법 제67조 ①의 개정).

#### 방송연설등에 선거공영제의 확대 실시

- 후보자들의 방송연설은 대선의 경우 현행 TV 및 라디오별로 각 7회 이내를 10회 이내로 확대 허용하

고 선거공영제의 확대 차원에서 그 비용을 모두 국가가 부담함(선거법 제71조 ①의 1, ⑩의 개정).

- 경력방송은 현행 5회 이상을 10회 이상으로 확대 허용함(선거법 제73조 ②항).

#### 대규모 동원유세의 폐지

- 정당연설회는 대선의 경우 현행 각 5시간 이내에서 구, 시, 군마다 3회(302×3=906회) 허용되어 있는 것을 전면 폐지함(선거법 제77조).

#### 대통령 선거 TV 토론의 실시

- 텔레비전 방송사의 대담 토론회의 경우, 텔레비전 방송사는 선거운동기간중 대담 토론회를 후보자간 3회 이상 의무적으로 개최토록 하며 그 중 1회는 후보자 소속 정당이 추천하는 자간 대담토론으로 진행함(선거법 제82조의 2의 ① 개정).

#### 의정보고회 및 당원단합대회 등의 제한 강화

- 현역의원의 의정활동보고를 선거운동개시일 30일 전부터 할 수 없도록 하여 의정활동보고를 사실상 선거운동의 한 방편으로 삼아온 것을 공정하게 개정함(선거법 제111조).

- 당원단합대회, 당원교육의 제한을 선거운동개시일 30일 전부터 전면 금지함(선거법 제141조 ①항의 개정, 143조 ①의 개정).

#### 선거비용의 적용범위 확대

- 선거비용의 범주를 포괄적으로 규정하여 '선거와 관련한 정당활동에 드는 비용' 모두를 선거비용에 포함토록 함(선거법 제120조의 ② 폐지).

#### 2. 시민·사회단체의 선거운동 허용

##### (1) 현행법의 문제점

현행 선거법 87조의 '단체의 선거운동 금지'는 헌법이 보장하는 정치적 기본권을 침해하는 위헌적 조항이다. 따라서 이는 마땅히 폐지되어야 하며, 단체의 자유로운 선거활동은 보장되어야 함.

(2)개정방향

- 단체의 선거운동금지규정을 폐지하여 시민사회 단체의 선거운동을 허용함(선거법 제87조의 폐지).

3. 정당명부식 비례대표제의 실시

(1)현행법의 문제점

비례대표는 다원화된 사회에서 계층과 직능 대표성을 높이고 지역구 활동이 어려운 전문가가 쉽게 정치에 참여할 수 있도록 하고자 하는 취지에서 마련되었다. 그러나 우리나라의 현행 전국구제도는 이러한 본래의 취지와는 달리 사실상의 '임명직 국회의원'처럼 운영되어왔다. 정당의 민주화가 이루어지지 않은 상태에서 전국구 의원 후보에는 능력있는 인사가 선정되기보다는 당지도부의 측근 인사가 선정되거나 '현금'을 받고 전국구의원직을 주는 매관매직의 방편으로 악용되기도 하였다. 또한 현 제도는 전국구 의원의 당선 지역구 의원이 받은 득표수로 결정되므로, 지역구에 출마한 인물을 보고 찍은 유권자의 표가 정당 지지로 왜곡되는 문제점을 노정하고 있다. 이러한 문제점을 극복하기 위하여 정당명부제를 도입하여 비례대표 후보 명단을 선정하고 유권자들이 정당에 대해 투표함으로써 정당을 평가하고 선택할 수 있는 길을 열어놓아야 한다.

(2)개정방향

- 현행 국회의원 전국구 선출방식을 정당명부식 비례대표제(1인 2표제)로 변경하고 정당득표비율에 따라 비례대표의 배분을 규정함(선거법 제146조 ②의 개정, 150조 ①의 개정).

4. 선관위의 권한 강화 및 선거법 위반시의 처벌 강화

(1)현행법의 문제점

엄정한 선거관리는 깨끗한 선거문화를 정착시키기 위한 중요한 요소 중의 하나이다. 그러나 현재는 선거관리위원회의 미약한 권한과 부족한 인원 등으로 인해 선거관리위원회가 선거실무를 관리하는 역할 이상의 감시·감독 기능을 수행하고 있지 못하다. 현행법에도 '불법선거를 적발하고 수사기관에 고발·의뢰할 수 있는' 일정한 감시·감독의 권한이 있지만 이것만으로는 실효성 있는 선거감시를 할 수 없는 것은 그간의 선거에서 증명된 바이다. 이런 점에서 불법선거를 근절하고 공명선거 풍토를 정착시키기 위한 방안으로 선거관리위원회에 준사법권을 부여함으로써 실질적인 감독의 역할을 수행할 수 있도록 해야 한다. 이와 함께 선거법 위반시의 기소 및 처벌을 보다 엄격히 할 수 있도록 관련조항의 개정이 필요하다. 현행 선거법의 공소시효 조항은 타 범죄의 공소시효에 비할 때 예외적인 것이다. 따라서 이를 폐지하고 형사소송법의 공소시효기간에 준하도록 해야 할 것이며, 선거법 위반에 대해서는 반드시 기소토록 기소법정주의를 도입할 필요가 있다.

(2)개정방향

기소법정주의의 도입

- 처벌조항에 '이 법의 위반시 반드시 기소한다'는

조항을 신설함(신설).

현 공소시효의 폐지 및 형사소송법의 준용

- 선거법에만 예외적인 현 공소시효 조항을 폐지하고 형사소송법 제249조(공소시효의 기간)에 준하여 적용하도록 함(선거법 제268조 폐지).

선거관리위원회에 준사법권 부여

- 선거감독관의 설치(선거관리위원회법 신설)  
- 선거감독관은 <사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률>이 정하는 바에 의하여 사법경찰관리의 직무를 수행토록 함.

5. 음성적인 정치자금에 대한 처벌

(1)현행법의 문제점

현행 정치자금법은 2조 1항에 "누구든 이 법에 의하지 아니하고서는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다"고 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고 이를 위반할 시 실효성 있는 처벌조항을 마련해두고 있지 않음으로 인해 이른바 '정치인의 떡값' 등 음성적인 정치자금 수수를 방치하는 결과를 낳고 있다. 또한 법인의 정치자금 기부 및 후원회 가입을 허용함으로써 음성적인 정치자금의 주된 원인이 되어온 기업자금의 유입을 합법화시키는 문제점을 노정하고 있다. 특히 이는 '공적 재산의 사적 지출'이라는 자금의 속성으로 볼 때 기업 구성원들의 정치적 기본권을 침해하는 것이며, 기업간의 자유로운 경쟁질서를 왜곡하고 정경유착의 핵심고리로 작용하는 등의 큰 폐해를 낳고 있다.

(2)개정방향

- 법의 정치자금 전면금지 및 처벌조항 신설(정치자금법 제2조의 제1항 개정 및 위반시 처벌조항의 신설)

- 법인의 후원회원 가입 및 정치자금 기탁 금지(정치자금법 제5조의 4 개정, 제6조의 1항 개정, 제11조의 2항 개정, 제12조의 개정)

6. 정치비용의 투명성 실현

(1)현행법의 문제점

현행 정치자금법의 '당비 및 후원회비 익명기부' 조항은 '정치자금의 투명성 실현'이라는 당면 정치자금제도의 개선방향에 전면 배치되는 규정이다. 이 조항으로 인해 현 정치자금법으로는 정치자금의 수입·지출을 투명하게 할 수 없으며, 언제라도 검은 돈이 유입될 수 있다. 따라서 이를 폐지함으로써 정치자금의 실명화를 이루는 동시에 정치자금의 흐름이 투명하게 드러날 수 있는 단일계좌를 통한 수입·지출의 의무화 등의 규정이 도입되어야 한다.

(2)개정방향

- 당비 및 후원회비의 익명기부 폐지(정치자금법 제4조 개정, 제6조 2의 3,4항 폐지)

- 모든 정치자금의 단일계좌를 통한 입출(정치자금법에 신설)

7. 정치자금 제도의 형평성 실현

(1)현행법의 문제점

현행 정치자금법의 지정기탁제는 음성적인 정치자금 수수관행을 근절하고 정치자금의 양성화를 도모

한다는 취지에도 불구하고 정치자금의 기탁이 집권 여당에 일방적으로 편중시키는 문제점을 드러내고 있다. 지정기탁제 실시 이래 야당에 대한 지정기탁이 이루어진 사례는 단 두 건(모든 정당에 고르게 기탁한 사례)에 불과하다는 사실은 이를 증명하는 단적인 사례이다. 정당의 시민·사회적 기초가 취약한 우리나라의 정치현실에서 지정기탁제는 '집권당만의 잔치상'일 뿐이다. 이처럼 정치자금의 구조적 불균형을 초래하고 나아가 정치 기회의 불평등 상태를 악화시키고 있는 지정기탁제는 전면폐지되는 것이 마땅할 것이다.

(2)개정방향

-지정기탁제의 폐지 (정치자금법 제15조의 2항 삭제)

-노동조합의 정치자금 모금 및 기부허용 (정치자금법 제12조 개정)

8. 국고보조금 제도의 개선

(1)현행법의 문제점

국고보조금은 정당활동을 장려하기 위하여 국가세입의 일정부분을 이에 보조하는 것을 말한다. 현행 정치자금법은 매년 최근 실시한 국회의원 선거의 총 유권자수에 800원을 곱한 액수를 국고보조금으로 채택하고 있다. 국고보조금의 배분은 원내교섭단체와 그 의석수를 중심으로 이루어지고 있는데, 이는 결과적으로 원내정당, 다수당이 집중적인 혜택을 받게 됨으로 인해 국고보조의 중요한 취지의 하나인 소수당 보호 육성의 기능을 하지 못하는 문제점을 낳고 있다. 또한 대부분의 정당이 국고보조금을 정당의 정책 활동등에 쓰기보다는 선거비용, 인건비 등으로 전용

함으로써 그 취지를 거스르고 있으며 스스로의 재정 자립성을 약화시키고 있다.

따라서, 국고보조금 배분방식을 개선하고 그 용도를 분명히 제한함으로써 국민의 혈세가 낭비되거나 특정의 대상에만 편중되지 않도록 해야 할 것이다.

(2)개정방향

- 정치자금 및 국고보조금의 배분을 득표비율로 개정(정치자금법 18조 개정)

- 중앙당, 지구당, 국회의원정책연구비로 각각 3:4:3이 되도록 국고보조금 용도의 비율 지정(제19조에 삽입)

9. 정당체계의 내실화 및 정당운영 민주화

(1)현행법의 문제점

민주사회에서 정당은 국민의 정치적 의사 형성에 참여하기 위하여 조직하는 자발적인 결사체이다. 정당은 이념과 정강정책에 기초해 책임 있는 정치적 주장과 정책을 추진하고 각종 공직선거에 후보자를 추천, 지지함으로써 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 것을 주된 목적과 기능으로 한다.

그러나, 우리나라의 정당은 오랜 지역주의, 보스중심의 정치구조 하에서 이러한 근본적인 취지와 기능을 상실하였으며 지체와 퇴행을 면치 못하고 있다. 취약한 정당의 물적, 인적 기반은 정치부패의 악순환을 가져오는 원인이 되고 있으며, 정당운영의 각종 비민주적 관행은 특정인과 특정집단으로 대표되는 사당적, 봉당적 한계를 더욱 고착시키고 있다. 이러한 현실을 개선하기 위하여 현행법에 과도하게 제한되어 있는 정당구성원의 자격요건을 완화함으로써 정당활동을 보다 활성화시키고, 정당이 공직선거 후

보를 추천할 때 낙하산식 하향화를 지양하고 당원의 의사가 제도적으로 수렴되도록 하는 등의 법개정이 이루어져야 할 것이다.

(2)개정방향

정치활동의 자유를 확대하기 위한 정당가입 자격요건의 완화

-정당 가입자격 요건의 완화(정당법 제6조 개정)

정당민주화의 핵심적 조치인 공직선거후보자 추천 절차의 민주화

-당원의 직접투표를 통한 공직후보자 추천(제31조 ②항 개정)

10. 국회의 위상과 권위를 회복하는 방향으로 국회관련법규의 정비

(1)현행법의 문제점

국회는 민의의 전당으로서 국민이 직접 선출한 국회의원들에 의해 국민의 여론을 수렴하고 이를 법안제·개정, 국정의 감시와 통제로 연결하는 공간이 되어야 한다. 특히 삼권분립의 원칙에 입각하여 행정부를 통제하는 역할은 국가권력의 견제와 균형을 위해, 권위주의적 정부 하에서 국민의 기본권 침해, 국정의 난맥을 초래해온 우리나라 정치현실에 비추어볼 때 가장 중요한 기능이 아닐 수 없다. 그러나 지금까지 국회는 대통령을 수반으로 하는 행정부에 사실상 종속되어 통법부의 역할만을 주로 수행해온 것이 숨길 수 없는 현실이다. 이런 상황 하에서는 삼권분립과 이를 기초로 하는 민주주의는 직실상태에서 벗어나기 어렵다.

국회는 헌법이 상징하고 기대하는 그대로의 활성화

화된 국회로 다시 태어나야 한다. 국회를 활성화시키기 위해서 고려되어야 할 점은 수없이 많다. 국회의원들의 자질이 향상되어야 하고 크로스보팅과 같은 투표의 자유가 보장되어야 하며 국회상설화 등의 제도적 개혁이 필요하다. 그러나 그 가운데 제도적인 개혁의 핵심적인 사항을 몇 가지 지적한다면 첫째로, 국회가 행정부와 사법부와 독립하여 자신의 권한을 행사할 수 있어야 한다. 둘째로, 국회에 주어진 임무를 실질적으로 수행하기 위하여 국회가 상설화, 활성화되어야 한다. 셋째로, 국회의 활동이 다수당에 의해 일방적으로 끌려가거나 소수당의 억지에 의해 제약받지 않고 원만하게 진행될 수 있도록 합리적으로 재편되어야 한다. 넷째로, 이러한 국회의 제반활동이 국회의사당 내에 머무르지 않고 국민의 눈에 직접 확인되고 국민의 의지가 반영되는 상호 의사전달이 이루어져 실질적 참여민주주의가 이루어져야 한다.

이러한 제반 사항들이 국회법의 개정으로 나타난다면 정쟁에 쪼들고 대통령에게 종속되며 국민의 여론과 무관한 정치활동은 종식되고 그대신 생산성을 담보하고 국민의 여론에 기초하며 합리적인 국회가 될 수 있을 것이다.

이밖에도 한보청문회에서 많은 문제를 드러낸 현행 증언감정법, 국정감사·조사법을 소수당 의견의 존중 및 소집과 고발의 요건을 완화하는 방향으로 보다 실효성 있게 개정해야 한다.

(2)개정방향

국회의장의 중립성 확보

- 국회의장의 당적 이탈 의무화(국회법 제10조의장의 직무에 당적 이탈을 부가하여 의무화함)

예결위와 여성위의 상설화

- 특별위원회 근거규정인 제45조, 제46조의 삭제  
- 상임위원회 설치 근거규정인 제37조 제1항에 예결위와 여성위의 근거규정 신설

#### 국정조사 및 감사제도의 개선

- 국정조사 소집 요건 완화. 재적위원 4분의 1 이상의 요구로 소집이 가능케 하는 등 소수당의 요구만으로도 국정조사가 가능토록 함(국정조사 및 감사에 관한 법률 제3조 ①항 개정, ④항 개정, ⑤, ⑥항 삭제).

- 조사위원회는 본회의 의결없이 자율적으로 그 활동기간을 정하도록 함(국정감사 및 조사에 관한 법률 제9조 ①, ③항 개정, ②항 삭제).

- 국정감사, 조사의 효율화를 위해 위원회의 요구 시 감사원의 감사와 국회보고 의무화(국정감사 및 조사에 관한 법률에 신설)

- 국정 감사, 조사 및 안건의 심의와 관련한 증인 출석 요구시 소수당의 의사를 존중·보장함(국회에서의 증인 및 감정에 관한 법률 제5조 ①항의 개정).

- 위증에 대한 고발요건의 완화. 의장, 위원장 명의의 권한을 가진 위원회의 위원이면 누구나 고발할 수 있도록 함(국회에서의 증인 및 감정에 관한 법률 제15조 ②항의 개정).

#### 공청회·청문회의 상시화 및 정상화

- 재적위원 4분의 1 이상의 요구로 공청회와 청문회의 개최가 가능하도록 요건 완화(국회법 제64조 제1항, 65조 제2항의 개정)

- 부패방지법상에 공익제보자보호제도로 증인 또는 참고인의 증언 또는 진술 보호(부패방지법 제정)

- 청문회의 대상사안과 관련된 수사기록의 송부 요청권 신설(국회법 신설)

- 변호사, 회계사 등 전문가의 조사관 임명 및 신문권 신설(국회법 신설)

#### 11. 부패방지법의 제정

현재의 고비용 정치구조 문제는 본질적으로 '음성적인 정치비용'의 문제라 할 수 있다. 이러한 '음성적인 정치비용'은 그간 전직대통령의 비자금 사건과 한보사건, 김현철 사건에서 확인된 바 필연적으로 '정경 유착의 정치부패'와 맞닿아 있다. 이러한 정치부패의 발본적 해결과 건전한 정치자금 수수관행의 정착을 위해서는 강력한 제도의 확립과 엄격한 법집행이 이루어져야 한다. 이런 점에서 우리 사회 곳곳에 뿌리깊게 자리잡고 있는 부정부패 의식과 관행을 일소하고 보다 깨끗하고 정의로운 사회를 만들기 위한 부패방지제도의 마련이 절실히 필요하다 하겠다. 민주연대는 기입법청원된 참여연대의 부패방지법의 취지와 주요골자에 동의하는 바이며 이의 조속한 제정을 촉구한다. 특히 정치부패의 척결을 위해서는 '돈 세탁방지'의 내용이 청원안의 원안대로 제정되어야 함을 강조한다.

#### 12. 기타

##### 대통령선거 결선투표제 실시

현 대통령선거 당선인 결정방식인 '단순다수득표제'는 30%를 조금 상회하는 득표율로도 대통령 당선 가능성이 있다. 그러나, 이는 자칫 명실상부한 국민의 대표가 되어야 할 대통령이 국민의 일부, 그것도 지역적으로 분할되어 있는 우리나라의 정치현실을 감안할 때 일부 지역의 대표성에 국한될 수 있다는 문제점을 안고 있다. 이같은 문제점을 보완하기 위하여 충분한 국민적 대표성에 기초하여 대통령 당선이 가능하도록 현 '당선인결정방식'을 보완할 필요가 있다. 현 대통령직선제를 훼손하지 않는 범위 내에서 외국의 사례등을 참조할 때 대통령 당선에 필요한 득표수를 유권자 과반수로 하고 1차투표에서 이에 부합

하는 후보가 없을 시 상위득표 2인에 대해 결선투표를 실시하는 '절대다수득표' 방식으로의 법 개정을 생각해볼 수 있다(선거법 187조에 삽입).

##### 현행 선거연령 20세의 18세로 인하

대부분의 선진민주국가들에서는 시대적 상황에 맞추어 만 18세를 기준으로 선거권을 부여하고 있다. 그러나 우리나라는 여전히 만 20세가 되어야만 보통선거권을 취득할 수 있게 되어 있다. 1948년 헌법이 제정된 이래 엄청난 사회적, 정치적 변화를 경험하였다. 또 경제상황도 당시와 비할 수 없을 정도로 확대 발전 되었으며, 사회 각 분야에서 전통적인 성인연령 기준이 유명무실화되어 있는 것이 현실이다. 그 만큼 18~19세의 사회적 권리의 폭이 넓어졌고, 사회적 역할이 확대되어 있는 것이 현실이다. 그럼에도 불구하고 유독 정치적 참정권만은 과거의 잣대로 규정되어 있으며, 젊은이들의 건전한 정치 참여를 가로막는 족쇄로 작용하고 있다. 이러한 기준에 따르면 보통대학 2학년이 되어야만, 고등학교를 졸업하고 직장생활을 한 지 2년째가 되어야만 선거권을 획득할 수 있다. 이미 만 18세가 되면 병역의무를 지고 제1국민역에 편입되고, 또 만 17세 이상이면 살상무기를 다루는 현역군인 입대가 가능하다. 복잡한 운송기계인 자동차를 운전할 수 있는 면허 취득 연령도, 근로기준법상으로 성인과 똑같이 유해업무에 종사할 수 있는 연령도 만 18세를 기준으로 규정되어 있다. 또 부모의 동의만 얻는다면 남자는 만 18세, 여자는 만 16세면 성인의 권리 중 대표적인 것이라 할 수 있는 혼인의 권리도 취득한다.

그러나 유독 선거권만은 만 20세가 되어야만 취득할 수 있는 것이다. 자동차를 운전하고, 혼인할 수도 있으며, 살상무기를 다룰 수 있는 사람들이, 또 학교에서 정치경제와 사회문화 교과서를 통해 웬만한 성인들보다 수준높은 지식과 정치의식을 획득하고 있

는 사람들이 자기 동네의 구의원, 시의원 한 사람 뽑을 권리가 없는 것이다. 이는 헌법 제1조 제2항(국민주권), 헌법 제11조 제1항(평등권), 헌법 제24조(선거권)을 침해하는 위헌적 조항이며, 타법률과의 형평성에도 심각히 위배되는 것이라 하지 않을 수 없다. 따라서 이를 시급히 시정함으로써 보통선거권의 헌법적 권리를 올바르게 확립해야 할 것이다(공직선거 및 선거부정 방지법 제15조, 국민투표법 제7조의 만 20세 이상 투표권 조항을 만 18세 이상으로 개정).

#### 민주개혁사회단체연대의 참여단체 명단

1. 건강사회를위한보건의료단체대표자회의(대표 임종철)
2. 민주사회를위한변호사모임(회장 최영도)
3. 민주주의민족통일전국연합(상임의장 이창복)
4. 민주화를위한전국교수협의회(의장 유초하)
5. 민중운동탄압분쇄와민주기본권쟁취를위한범국민대책위원회(대표 오세철)
6. 전국민주노동조합총연맹(위원장 권영길)
7. 참여민주사회시민연대(대표 김중배)
8. 한국노동연구단체협의회(대표 김금수 소장)
9. 한국민족예술인연합(대표 구중서)
10. 한국여성단체연합(대표 지은희)
11. 환경운동연합(사무총장 최 열)

(자료 2)

### 특별검사의 직무등에 관한 법률 입법 청원서

민주사회를 위한 변호사모임 · 참여민주사회시민연대

위의 청원을 국회법 123조의  
규정에 의하여 별첨과 같이 제출합니다.

첨 부 1. 청원소개 의견서 3부

2. 청원서 3부

청원자 민주사회를 위한 변호사모임 회장 최영도

서울특별시 서초구 서초동 1572-12 명지빌딩 4층

참여민주사회시민연대(참여연대) 공동대표 김창국

서울특별시 용산구 한강로 2가 기원빌딩 4층

수 신 국회의장

청원일 1997년 6월 17일

### 청원소개의견서 - 생략

### 1. 제안 취지

정치와 경제 분야의 핵심인물들이 부정부패와 연루되어 검찰의 수사를 이미 받았으며, 대선자금과 관련하여 현직 대통령마저 국민들의 의혹을 사고 있다. 그러나 검찰의 수사는 국민들의 의혹을 덮어버리고 사건의 일부분을 다루고 종결되어버려 부정부패를 척결하고자 하는 국민들의 의지와는 점점 멀어져가고 있다.

은 나라를 혼란에 빠뜨린 한보사건 수사에서 검찰이 대통령의 차남 김현철씨와 대선자금문제에 대한 수사와 처벌을 철저하게 하지 않음으로써 검찰은 또 한번의 역사적 과오를 되풀이하였다. 이제 국민은 더 이상 검찰권의 행사를 독립성과 객관성을 상실해버린 지금의 검찰에 남겨둘 수가 없으며, 특별검사제의 도입으로 부정부패에 의한 고통을 받지 아니할 권리를 보장받고 나라를 바로세우기를 염원하여 이러한 입법에 이르게 되었다.

검찰은 국가 형벌권을 실현하고 정의를 바로 세우는 국가의 중추적인 기구이다. 공익의 입장에서 범죄를 수사하고 공소를 제기, 유지하며 나아가 형벌의 집행을 담당하는 검찰은 이 과정을 통하여 한 나라와 사회의 부정과 불의를 타파하고 공동체가 나아가야 할 올바른 방향을 제시하는 조타수의 노릇을 한다. 검찰권의 공정하고도 중립적인 행사 없이는 한 나라의 사법적 정의가 파탄에 직면하기 마련이다. 그러나 우리의 검찰은 언제나 정치권력의 주변을 헤바라기처럼 바라보면서 자신이 올곧게 지켜야 할 독립성과 공정성, 중립성과 자율성을 잃어왔다. 수많은 대형부정과 부패사건, 권력의 남용과 비리사건에서 검찰이 제대로 진실을 밝혀내고 그 진실에 따라 처리한 적이

있었던가를 묻지 않을 수 없다.

권력은 남용되기 마련이며 검찰은 권력의 앞에 칼날을 곤두세우기 쉽지 않음이 당연한 일일지도 모른다. 이웃의 많은 나라들은 검찰의 정치적 독립성을 확보하기 위한 여러 방안을 강구하여왔으며, 검찰권의 행사에 일반 시민을 참여시키는 제도(독일의 참심제, 영국과 미국의 기소배심제, 일본의 검찰심사회제도)를 발전시켰다. 통상의 검찰이 담당하여 공정한 결론을 내기 어려운 사건에 대하여 따로이 특별검사를 임명하여 수사를 담당하게 하는 나라(미국)도 있다. 검찰권은 넘볼 수 없는 영역이 아니다. 검찰권을 부여한 것이 국민이며, 부여한 권리의 행사를 감시하고 참여하고자 하는 것은 국민된 권리이다. 이에 부정부패를 척결하고 권력형 비리에 대한 단죄를 하고자 하는 국민의 뜻을 특별검사제의 도입으로 이루고자 하는 것이다.

특별검사와 관련된 법안은 이미 1988년 제144회 국회 당시 5공 청산과 관련하여 야당에서 이미 제출한 바 있으며, 1995년 7월 참여연대에서 5.18 광주 민주항쟁에 대한 수사미진에 대하여 <특별검사의 임명 등에 관한 법률안>을 제출한 바 있다. 또한 1996년 10월에 새정치국민회의와 자유민주연합 의원 112명의 발의로 <특별검사의 임명등에 관한 법률안>이 국회에 제출되어 상임위에 계류중인 것으로 알고 있다.

이와 같이 특별검사제도는 이미 오래 전부터 논의 되어온 것이다. 그리하여 그동안 수차례 제야법조계 또는 일반 국민들 사이에 진행되어 온 특별검사제 논의의 재차 입법하지 않을 수 없는 절박한 단계에 이르렀다고 판단하고 민변과 참여연대에서는 特別檢事の職務等에 관한法律案을 기초하고 진전된 논의의 내용을 담아 국회에 그 입법을 청원하게 되었다. 국회는 이러한 법안을 제정하는 일에 여야를 떠나 박차를 가하여 이 나라에서 사라진 공정한 검찰권의 부

# 특별검사의 직무등에 관한 법률(안)

활과 땅에 떨어진 정의를 바로 세우기를 바랄 뿐이다.

## 2. 법률안의 주요골자

가. 특별검사의 임명방식을 기존의 특별검사 법안에서처럼 국회가 단독으로 임명하는 것이 아니라, 국회 재적의원 1/3의 발의로 대법원에 후보자 추천 요구, 대법원은 대한변협의 후보자추천에 따라 후보자를 대통령에게 추천, 대통령이 추천된 후보자 중 특별검사를 임명하는 방식을 취함으로써 입법·사법·행정 3부가 공동으로 임명하는 것으로 하였으며, 국가기관이 아닌 재야법조의 공식단체인 대한변호사협회에 추천권을 줌으로써 중립성을 확보하고자 함(법 제2조).

나. 특별검사가 임명되는 대상을 공직자윤리법 제3조 제1항에 규정된 사람과 그 배우자, 직계가족, 공범의 범위로 그 범위를 명확히 하였음(법 제3조).

다. 특별검사의 직무권한을 수사와 소추 즉 공소의 제기 및 유지로 하여 형사소송법상 검사에게 부여되어 있는 모든 권한을 행사하도록 하였음(법 제4조 제1, 2항).

라. 특별검사가 그 직무를 효과적으로 수행하도록 하기 위하여 사용인 임명을 국회의장에게 요청할 수 있도록 하였으며, 검찰과 경찰 기타 관련 기관에 자료 제출등 수사협조를 요청할 수 있도록 하였으며(법 제4조 3, 4, 5, 6항), 검찰총장에게 특별검사의 직무수행에 필요한 공간 및 비품, 자료 제공 등의 의무를 부여함으로써 검찰의 협조 하에 특별검사의 직무가 수행될 수 있도록 하였음(법 제5조)

마. 특별검사를 해임하기 위해서는 국회 재적의원 1/3 이상의 발의로 국회 본회의 의결을 거치게 함으로써 특별검사의 신분을 엄격히 보장하도록 함(법 제7조).

바. 특별검사의 직무수행이 종료되었을 경우 직무의 내용과 결과를 서면으로 국회에 보고하도록 하여 국민의 알 권리를 신장하도록 하였으며, 이를 검찰총장에게 통지하도록 하였음(법 제9조).

사. 특별검사 또는 그가 소속한 법무법인인 특별검사가 취급한 사건에 관하여 변호사 직무를 행할 수 없도록 하여 특별검사 직무의 공익적 성격을 보장하고자 함(법 제10조).

아. 특별검사의 지휘에 불응하거나 직무수행을 방해하는 자, 특별검사의 수사협조요청에 불응하는 자에 대하여 벌칙규정을 두어 특별검사 직무수행의 유효성을 보장하고자 함(법 제11조).

## 3. 법률안 전문

다음 쪽에

### 제1조(목적)

이 법은 특별검사가 공직자 등의 범죄에 대한 수사 및 소추를 담당하여 그 범죄를 철저히 규명하고 엄정히 논단하게 함으로써 공직사회의 기강확립에 이바지함을 목적으로 한다.

### 제2조(특별검사의 임명)

① 국회는 재적의원 제3조에 규정한 사람의 직무상 범죄를 수사할 필요가 있다고 인정하는 때에는 재적의원 1/3 이상의 발의로 특별검사의 임명에 관한 후보제청 의뢰를 국회의장에게 요청한다.

② 국회의장은 위와 같은 요청을 받은 즉시 이러한 취지를 검찰총장에게 통지하여야 하고 특별검사가 담당할 사건을 서면으로 대법원장에게 특별검사의 후보추천을 의뢰하여야 한다.

③ 대법원장은 전항의 의뢰를 받은 후 5일 이내에 대한변호사협회장에게 2인 이상의 특별검사 후보를 추천하여줄 것을 요청하여야 한다.

④ 대한변호사협회는 전항의 요청을 받은 후 10일 이내에 변호사 자격이 있는 자 중에서 특별검사인원의 2배수의 후보자를 정하여 그 인적사항을 기재한 추천서를 송부하여야 한다.

⑤ 대법원장은 대한변호사협회장의 후보 추천을 받은 즉시 대통령에게 특별검사의 임명을 요청한다.

⑥ 대통령은 전 항의 요청을 받은 후 10일 이내에 추천 후보자 중에서 특별검사를 임명하고 이를 국회에 통보한다.

### 제3조(적용범위)

특별검사는 다음 각호의 1에 해당하는 사람의 범죄에 한하여 임명하여야 한다.

1. 공직자윤리법 제3조 제1항 각호의 1에 해당하는 사람
2. 제1호에 규정한 사람의 배우자 또는 직계가족
3. 제1호 또는 제2호에 규정한 사람의 공범

### 제4조(특별검사의 직무)

① 특별검사는 제2조 제3항의 위촉을 받은 때로부터 그 임명받은 사건에 관하여 공익의 대표자로서 검찰법 제4조 제1항 제1호 내지 제3호 또는 군사법원법 제37조 제1호의 직무를 수행하여야 한다.

② 특별검사는 제1항의 직무를 수행함에 있어 형사소송법상 검사에게 또는 군사법원법상 검찰관에게 부여되어 있는 모든 권한을 행사할 수 있다. 이 경우 특별검사를 검사 또는 검찰관으로 본다. 그러나 특별검사는 검찰총장등 다른 기관으로부터 간섭을 받지 아니하며 독립하여 권한을 행사한다.

③ 특별검사는 제1항의 직무를 수행함에 필요한 사용인의 임명을 국회의장에게 요청할 수 있다.

④ 제3항의 사용인에게는 제1항 및 제2항의 규정을 준용하며 사용인은 특별검사의 지휘에 복종하여야 한다.

⑤ 특별검사는 그 직무를 수행함에 있어 필요한 경우 검찰총장, 경찰청장 기타 관련기관의 장 또는 관계공무원에 대하여 자료의 제출 등 수사협조를 요청

할 수 있다.

⑥ 특별검사는 그 직무를 수행함에 있어 필요한 경우에는 관련기관의 장에 대하여 소속공무원의 파견근무를 요청할 수 있다.

제5조(검찰총장의 의무)

① 검찰총장은 특별검사가 임명된 후 지체없이 특별검사 및 그 사용인이 직무를 수행함에 필요한 공간 및 비품 등을 검찰청사 내에 마련하고 그 뜻을 국회의장에 통지하여야 한다.

② 검찰총장은 특별검사가 임명된 즉시 그 사건과 관련한 수사를 중지하여야 한다.

③ 검찰총장은 특별검사 또는 그 사용인이 요청하는 수사기록등 사건기록 및 그에 관련된 자료 일체를 제공하여야 한다.

④ 검찰총장은 특별검사가 요청하는 검사 및 수사관 등 검찰청 직원을 특별검사의 보조인으로 파견하여야 한다.

제6조(직무의 확장)

특별검사는 그 직무수행중 발견한 피의자 또는 피고인의 다른 범죄를 수사하거나 소추할 수 있다.

제7조(퇴임)

① 특별검사가 건강 또는 그 밖의 사유로 직무를 수행하기에 현저히 곤란한 사유가 있다고 인정될 경우 국회의원 재적 1/3 이상의 발의로 특별검사 해임을 요구할 수 있으며 국회본회의 의결로 해임할 수 있다.

② 특별검사는 건강 또는 그 밖의 사유로 직무를 수행하기에 곤란할 경우 국회의 동의를 받아 사임할 수 있다.

③ 제 1항, 제 2항의 경우 제2조 제3항, 제4항, 제5항에 따라 즉시 새로운 특별검사를 임명하여야 한다.

④ 특별검사는 제1항의 해임 결의, 제2항의 사임 또는 제9조의 직무종료 보고로써 퇴임한다.

제8조(보수)

① 특별검사에게 지급하는 보수의 지급시기와 기준은 검사의 보수에 관한 법률을 참작하여 국회규칙으로 정한다.

② 특별검사는 제1항의 규칙의 범위 안에서 사안의 난이, 특별검사가 수행한 직무의 내용, 직무처리에 소요된 시간과 비용 등을 참작하여 국회에 보수를 청구할 수 있다.

③ 특별검사가 그 직무를 수행함에 있어 출장을 하는 경우 그에게 지급할 일당·여비·숙박료는 검사의 여비에 관한 규정에 준하여 국회규칙으로 정한다.

제9조(직무종료 보고)

① 특별검사는 직무를 종료한 후 지체없이 직무의 내용과 결과 등을 기재한 서면으로 국회에 보고하여야 한다.

② 국회는 제1항의 보고를 검찰총장에게 통지하여야 한다.

제10조(수임 제한)

특별검사 또는 그가 소속한 법무법인은 특별검사가 취급한 사건에 관하여 변호사의 직무를 행할 수 없다.

제11조(벌칙)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

1. 제4조 제4항의 사용인, 제4조 제6항에 따라 파견근무를 하는 자 또는 제5조 제4항의 보조인으로서 특별검사의 지휘에 불응한 자

2. 위계 또는 위력으로 특별검사의 직무수행을 방

해하는 행위를 한 자

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

1. 제4조 제5항의 규정에 위반하여 특별검사의 수사협조요청에 불응한 자

2. 제4조 제6항의 규정에 위반하여 정당한 사유 없이 특별검사의 지원요청을 거부한 자

부칙

이 법은 공포한 날로부터 시행한다.



## 정보통신위원회 소개

### 1. 결성

정보통신위원회는 1996. 2. 모임이 천리안에 CUG(Closed User Group)을 개설하면서 그 관리를 맡기 위하여 사무국 내에 설치된 소위원회였다가 1996. 12.자로 CUG가 폐쇄되면서 일반소위원회로 개편되었습니다.

### 2. 위원 현황

정보통신위원회의 위원은 김기중, 이원재, 조광희, 김도형, 정연순 회원 등의 5명입니다. 원래 사무국 산하 소위원회로 꾸려질 당시 주로 실무적인 업무를 다루었기 때문에 소수정예(?)의식으로 활동하자는 취지였는데, 일반 위원회로 개편되고 나서도 별다른 홍보와 가입확대운동을 벌이지 않고 있어서 위원의 숫자가 너무 적은 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 정보통신위원회의 위원들은 컴퓨터에 있어서는 적어도 낫고 기는 수준은 되어야 하는 것이 아닌가 생각하시는 분들이 있는데, 절대로 그러한 자격이 요구되는 것이 아닙니다. 정보공간에서 벌어지는 여러 가지 현상과 법적인 문제점 등에 관심을 가지고 있는 분이면 충분합니다. 본인이 컴퓨터를 모르는 컴맹이라면 정보통신위원회에 가입하여 무료로 컴퓨터를 배울

수도 있을 것입니다.

### 3. 활동보고

사무국 산하 소위원회로 있을 당시 정보통신위원회는 CUG를 관리하는 것 외에도 일반회원들의 이해를 돕기 위한 컴퓨터통신 매뉴얼을 제작한 바 있습니다. 일반 서점등지에서도 여러 가지 컴퓨터 관련책자들이 나와 있습니다만, 통신을 함에 있어 변호사에게 필요한 부분만 뽑아서 회원이 직접 제작하였다는 특별한 의미가 있습니다. 일반위원회로 개편되고 나서 부터는 미국 필라델피아주법원의 통신품위법 위반판결번역작업을 하고 있고 그밖에 시사각각으로 변하는 정보시대의 변화추세를 소개하면서 이에 대한 적절한 문제 제기와 기획사업을 해나가기로 하였습니다.

이전에 정보통신공간에 문제가 생기면 사안의 성질에 따라 주로 언론위원회를 비롯한 기타 위원회에서 그 업무를 수행하여왔습니다. 그러나 정보통신공간이라는 부분이 이제는 다른 영역에 건주어 결코 모자라지 않을 정도로 커졌고, 정보통신공간이 하나의 공간(SPACE)이기 때문에 사실상 사회에서 벌어지고 있는 모든 문제점이 다시 정보공간으로 옮겨오고 있다고 할 정도가 된 반면, 정보통신공간의 고유한

특성 또한 있어서 이 부분에 대한 이해가 전제되지 않고는 적절한 해결이 곤란할 수 있게 되었습니다. 정보통신위원회는 그 고유한 특성 때문에 다른 위원회에서 다루지 않고 지나치기 쉬운 '정보공간에서 생기는 문제점' 들을 짚어주고, 아울러 세계가 인터넷이라는 하나의 그물망 속으로 축소되는 이 시점에서 세계적인 관점에서 모임의 활동에 적절한 역할을 부여하고자 하는 원대한 꿈을 가지고 있습니다.

그러나 위원장을 비롯한 5명의 위원들이 모임 내에 적어도 2개 이상의 위원회에 문어다리를 걸치면서 맹렬히 활동하고 있는 사람들(특히 위원장 김기중 회원이 사실상 정통위의 사업이라고 할 수 있는 전자주민카드대책위에 전력투구하고 있음)이어서 정보통신위원회에만 집중할 수 없는 실정이 치명적입니다. 이러한 문제점은 위에서 언급한 소위 태생적 문제점 - 당시 실무위원회로 시작하였기 때문에 겸직을 하는 것이 그다지 어렵지 않을 것이라는 판단 - 을 회원 가

입 확대라는 처방으로 극복하지 못하고 있기 때문입니다.

따라서 현재는 문제가 발생하면 이에 대처하는 방식으로만 활동하고 있는데, 이번 한총련출범식사태를 맞이하여 정부당국에서 통신업체에 지시하여 민주노동당과 전국연합, 각대학 학생회 등의 수십 명의 통신자들의 아이디를 삭제해버리는 사건이 발생하자, 즉시 다른 단체들과 연대하여 적극 대응하였습니다. 조광희 회원을 중심으로 아이디 삭제에 관한 소송을 제기하였고, 얼마 뒤 이사건은 통신업체에서 아이디를 자진복구하는 것으로 결말지어졌습니다.

올 가을에는 전자주민카드대책활동도 어느 정도 성과를 보일 것으로 예상되고, 날씨가 시원해지면서 정보통신영역으로 뛰어들어 활약하고 싶다는 회원들이 생겨나지 않을까 기대도 합니다. 비록 지금은 소수정예(?)이지만 앞으로 더욱 커갈 정보통신위원회에 회원 여러분의 많은 성원 부탁드립니다.

## 라드클리프 카메라<sup>1)</sup>를 회상하며

영국 옥스포드대학(University of Oxford) 유학기

김제환

미국유학을 다녀온 사람이면 누구나 반미주의자가 된다는 말이 있다. 아마도 미국생활중에 느낀 그들의 인종적 편견과 그에 비교되는 우리들의 미국에 대한 한없는 짝사랑에 대한 환멸에서 그와 같은 반미주의 정서가 싹튼다는 것을 말하고자 하는 것이 아닐까 생각해본다. 그러나 미국유학을 다녀온 사람들이 정부와 대기업을 비롯한 우리 사회의 요소요소에서 맹활약하고 있고, 그들의 영향력이 적지 아니한 상황에서 우리 사회의 지도층이 반미주의적 경향을 띠거나 적어도 미국에 대한 절대적인 영향력 내지 의존도를 줄이려고 노력한다는 말은 별로 들어본 일이 없는 것 같다.

영국에서 1년간 visiting student로서 보낸 유학생활에 대해 글을 써보라는 말을 들었을 때 필자의 첫번째 두려움도 과연 내가 몸담았던 대학과 그를 둘러싼 사회에 대해 얼마나 개관적이고도 효과적인 평가를 할 수 있을까. 도대체 그와 같은 평가가 가능하

거나 한 것일까 하는 점이였다. 생각 끝에 나는 개관적으로 설명해줄 수 있는 부분만을 소개하고 그 이상의 평가나 제도적 도입의 필요성 등은 더 많이 생각하고 결단하시는 분들의 몫으로 남겨두는 것이 옳은 것이 아닐까 마음먹게 되었다.

필자는 1996~7학년<sup>2)</sup> 동안 영국 옥스포드대학교의 등록 교환 대학원생(registered visiting graduate student)으로서 생활하였다. 좀더 정확히 말하자면 필자의 소속은 옥스포드대학의 해리스 맨체스터 칼리지(Harris Manchester College)와 법학부(Faculty of Law)였다. 이와 같은 설명에 이르면 대다수의 어른들은 칼리지는 무엇이고 법학부는 무엇인가 하는 의문을 제기하시는 것이 보통이다. 이에 대한 설명은 필자가 그 동안 방문객들에게 무수히 설명해주었으면서도 필자 스스로 그 제도를 완전히 이해했다고 말할 수 없는 부분이다. 도대체 어느 대학에 유학한 사람으로서 자기가 유학한 대학의 제도를

설명할 수 없다는 것이 납득될 수 있는가 하는 점이 지적될 수 있겠으나, 필자뿐 아니라 옥스포드대학에서 교수로서 몸담고 있는 사람조차 '어떤 사람이 옥스포드대학의 교수인가' 내지 '나는 옥스포드대학과 어떤 관계를 맺고 있는 것인가'에 관해 명쾌하게 다른 사람에게 설명해줄 수 있는 사람은 많지 않을 것으로 보인다. 이 글에서는 옥스포드대학교(University of Oxford)와 그를 구성하고 있는 칼리지(College)나 학부(Faculty 내지 Department)에 관해 필자가 알고 있는 바를 소개하는 데에 그치고자 한다. 이에 관해 더 이상의 의미를 부여하거나 평가하는 것은 앞서 지적한 대로 필자의 능력을 벗어나는 것으로 보이기 때문이다.

옥스포드대학교는 약 30개의 College로 이루어져 있다. 그 중에는 수백년의 역사를 자랑하는 Balliol College, University College 등에서부터 1960년대에 설립된 Wolfson College까지, College라는 이름을 갖지 아니하였지만 실질적으로는 College인 Wicliff Hall이나 Lady Margaret Hall, 학생이 없이 교수만 있는 All Souls College, 대학원생만 있는 St. Cross College 등 각기 다른 특성을 가지고 있는 College들이 옥스포드대학교를 구성하고 있는 것이다. 각각의 College들은 독립된 재정을 가지고 있고, 도서관과 식당, 기숙사를 운영하고 있으며, 교수들을 채용하고 있다. 각 칼리지가 채용하고 있는 교수들은 우리나라의 단과대학식으로 특정 전공에 한하는 것이 아니고 법학교수와 공학교수, 신학교수와 영문학 교수 등 아무런 제한이 없다. 그에 따라 각 칼리지의 학생들도 법학도인 경우도 있고 영문학도인 경우도 있는 것이다. 각 칼리지의 교수들은 대체로 fellow라고 불리우는데<sup>3)</sup> 이 개인지도는 옥스포드대학 교육의 꽃으로 평가되며, 지금은 말 그대로 1대 1의 개인지

도가 이루어지지 않는 경우가 많으나, 서너명의 지도학생들에 대해 학문적 가이드를 하는 데는 부족함이 없는 것으로 생각된다. 예컨대 A라는 칼리지에 B라는 국제법 교수가 있다면, 그는 자기 전공과 관계없이 자기 칼리지에서 법학을 전공하고 있는 학생들에 대해 매주 만나 무엇을 읽고 무슨 강의를 들을 것인지를 지도해준다. 경우에 따라 다른 칼리지 소속 교수의 개인지도가 필요할 경우 이를 알선해 지도를 받도록 한다.

University의 Faculty나 Department는 이와 같은 칼리지 tutorial의 한계를 극복하기 위한 것이다. 각 칼리지의 전공자들은 University 차원에서 다른 칼리지의 같은 분야 전공자들과 만나 학부를 이루는 것인데, 강의(lecture)가 이루어지는 곳이 바로 학부다. 각 칼리지의 교수들은 자기 칼리지에서는 넓은 분야의 개인지도를 하지만, 학부 즉 Faculty나 Department에서는 자기의 세부 전공분야, 앞서 든 B교수의 경우 국제법에 관한 강의를 하고, 이 강의는 모든 학생에게 공개되어 있는 것이다. 이와 같이 University에서 강의를 하는 사람을 lecturer라고 한다.

그런데 문제는 모든 칼리지의 모든 fellow가 lecturer가 아니고, 모든 lecturer가 자기 칼리지의 fellow가 아니라는 데 있다. 어떤 칼리지에서 어떤 사람의 능력을 인정하여 fellow로 임명하였지만, University 차원에서는 lecturer로 인정되지 아니한 경우가 적지 않고, University에서 강의를 하고 거기에서 보수를 받지만, 소속 칼리지가 없는 경우도 많은 것이다. 결국 옥스포드대학의 교수라고 불릴 수 있는 사람, 보다 정확히 말해 우리식이나 미국식의 교수라고 볼 수 있는 사람은 자기 칼리지에서 fellow로 일하고 있고 동시에 Faculty나 Department에서

1) 라드클리프 카메라(Radcliff Camera)는 옥스포드대학의 중앙도서관인 보들리안 도서관(Bodleian Library)의 부속 도서관 중의 하나로서 역사, 신학, 과학분야의 장서를 보관하고 있고, 건축물 자체의 미학이 뛰어나 영국의 관광자원의 하나로 손꼽히고 있다.

2) 영국 옥스포드대학의 경우 신학기가 매년 9월에 시작하고, 3학기를 마치는 다음해 6월 말 1학년(academic year)을 마치게 된다.

3) Christ Church College의 경우는 이러한 교수들을 student라고 불리, 종종 외부인들의 착오를 불러일으키기도 한다. fellow들은 자기 칼리지의 학생들에 대해 1주일에 1번 정도 tutorial이라고 불리우는 개인지도를 한다.

는 lecturer로 일하고 있는 사람이라고 할 수 있겠지만, 이들 이외에 각 칼리지와 학부의 구체적 필요에 따라 다양한 형태의 학자들이 fellow로서 또는 lecturer로서 활동하고 있는 것이다. Faculty와 Department가 어떻게 다른 것인지 정확한 차이는 필자로서도 알지 못한다. 다만, 법학의 경우 Faculty of Law라고 하는데 공학의 경우 Department of Engineering이라고 하고, 동양학의 경우 Oriental Institute라고 하는데 그 위상이 서로 다른 것은 아니며 단순히 명칭이나 연혁상의 문제가 아닌가 생각된다. 앞서 지적한 All Souls College의 경우 교수만 있고 학생은 없다고 하였는데, 그 칼리지 교수들은 세계적인 석학들로서 자기 칼리지의 학생들은 없지만 학부에서 강의를 하고 다른 칼리지 fellow들의 부탁에 따라 그 학생들을 지도해주므로, 이와 같은 특이한 칼리지가 있을 수 있는 것이다.

옥스포드대학에도 professor가 없는 것은 아니다. 그러나 professor는 학부에서 특정분야의 최고 교수로서 세부 전공별로 한 사람씩 취임하기 때문에, 경우에 따라 어떤 칼리지는 professor가 한 사람도 없는 반면, 어떤 칼리지에는 여러 명의 professor가 있을 수 있는 것이며, 평생 professor라는 직위를 가져보지 못한 교수들이 허다한 것이다.

옥스포드 학생의 일과를 보면, 예컨대 오전에 자기 칼리지의 지도교수를 만나 개인지도를 받고, 곧바로 법학부에 가서 다른 교수의 강의를 듣는다. 그후 자기 칼리지에 와서 동료 학생들과 함께 칼리지 식당에서 대화하며 점심식사를 한 후, 지도교수가 소개해준 다른 칼리지 소속 교수의 지도를 받기 위해 그 칼리지로 간다. 간혹 저녁때 있는 만찬이나 파티때에는 다른 전공인 칼리지 동료 학생이나 교수들과 환담을 한다. 옥스포드에서 판매되는 관광엽서 중 인기있는 것의 하나가 학생이 가운을 입고 자전거를 타고 가는 모습을 찍은 것인데, 하루종일 칼리지에서 학부로,

또한 다른 칼리지로 계속 움직이면서 교육을 받는 이들의 일과를 알지 않고는 이해하기 어려운 엽서가 아닌가 생각된다.

이러한 칼리지 중심의 교육은 우선 다양한 전공의 학생과 교수들이 학문공동체 나아가 생활공동체를 이룸으로써, 자기 전공뿐 아니라 다른 분야에 대하여도 다양한 교양을 쌓고 폭넓은 대인관계를 이루어나갈 수 있다는 데서 그 장점을 찾을 수 있다. 옥스포드대학의 출신들이 영국의 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 분야에서 지도층을 이루고 있는 것은 단순히 그들의 개인적인 탁월성 때문만은 아닐 것이다. 한편 이와 같은 교육방식이 상당히 중복적이고 비경제적인 것이어서 각 칼리지마다 상당한 재정문제를 안고 있음도 무시할 수 없다. 나아가 대학원생의 경우 일반적 내용을 지도하는 tutorial이 사실상 불필요하기 때문에 대학원생의 경우 연구가 학부를 중심으로 이루어지고, 소속 칼리지는 생활공동체로서의 의미밖에 가지지 못하여, 옥스포드대의 학부생들의 교육방식은 다른 모습을 보이는 것도 옥스포드 고유의 교육제도가 지닌 한계점을 보여주고 있는 것이라고 할 수 있다.

옥스포드대학의 이와 같은 특성은 도서관 제도에도 그대로 나타난다. University의 도서관인 보들리안 도서관에는 구도서관과 신도서관, 라드클리프 카메라, 법학도서관 등이 있지만, 그 이외에 각 학부들은 나름대로 특정분야에 관해 중앙도서관 못지 않은 중요 장서를 보유하고 있는 도서관들을 가지고 있다. 나아가 각 칼리지의 도서관들도 수백년간 세계의 석학들이 연구하며 형성해온 장서에 있어 중앙도서관이 따라갈 수 없는 경우가 많다. 한편 Faculty of Law의 도서관은 중앙도서관 산하의 기구인데, Faculty of Theology의 도서관은 중앙도서관 산하가 아니고 Faculty 소속인데, 그 이유에 관하여는 마찬가지로 연혁적인 이유와 각 기구들의 독자적이고 자

율적인 활동을 그대로 존중해 제도화하는 영국인들의 사고방식 이외에는 다른 점을 찾기 어려울 것 같다.

필자는 옥스포드대학에서의 기간 동안 '나사렛 예수의 재판에 나타난 로마제국 총독과 속주 지역당국의 형사재판관할권의 문제'에 관심을 가지고 연구했다. 자료를 찾는 과정에서 같은 문제를 연구한 학자들이 어떤 경우에는 신학부에, 어떤 경우에는 법학부에, 또 어떤 경우에는 역사학부에 적을 두고 연구하였으며, 그에 따라 필자는 법학도서관과 신학부 도서관과 중앙도서관 고전(Classics) 서가와 Oxford Centre for Jewish Studies의 도서관을 오가며 연구하면서, 영국인들은 왜 이렇게 모든 제도를 복잡하게 운영하고 이를 고치거나 논리적으로 정리하려 하지 않을까 하는 생각을 가지기도 하였다. 하지만 기간이

지나면서 다시 느끼게 된 것은 이들의 제도는 자신들에게는 더없이 편리하게 정리, 운영되고 있는 것일 뿐 아니라, 구체적인 문제 특히 여러 개의 분야에 걸친 문제에 관해 연구하기에는 매우 효과적으로 이루어져 있는 것이라는 점을 다소나마 느끼게 되었다.

이제 옥스포드대학에서의 1년 동안 보낸 visiting student로서의 생활은 끝나고, 다시 법정과 사무실을 오가며 법전과 의뢰인을 붙잡고 씨름하는 생활이 시작되었다. 라드클리프 카메라 주변을 자전거를 타고 누비며 학문의 분위기에 몸을 담아본 짧았던 경험은 내게 다시 오지 않을는지 모른다. 그러나 그 생활에서 느낀 그들의 학문에 대한 사랑과 열정, 구체적이고 경험주의적인 사고방식은 어떤 모습으로든 자신의 부족한 면을 채워줄 것으로 기대해본다.

# 민주주의와 포르노

<더 피플 대 래리 플린트>(The People v. Larry Flynt)를 보고

이 형근

사람들은 한때 정부를 공격하는 열정적인 인사들이나, 기성교회에 저항하는 반대자들 또는 인기없는 정치적 대의를 전파하고자 하는 급진파들의 권리를 보호하기 위하여 표현의 자유를 옹호했었다. 표현의 자유는 정말로 그것을 위해 싸울 만한 것이었고, 지금도 그러한 권리가 존재하지 않는 지구상의 많은 곳에서는 여전히 그런 가치가 있는 것이다. 그러나, 지금 이곳 미국에서, 표현의 자유의 열정적인 전사들은 자신들이 결국은 "검둥이"라고 외치는 인종차별주의자들이나, 구부러진 철십자가를 흔들어대는 나찌들, 그리고 누구보다도 두 다리를 활짝 벌린 여자의 나체 사진을 쳐다보는 사람들을 위해 싸우고 있다는 사실을 발견하게 된다.

-Ronald Dworkin, 『자유의 법』(Freedom's Law)<sup>1)</sup> 중에서

밀로스 포만 감독이 오랜만에, 내가 알기로는 90

년대 들어 극영화로서는 처음으로 한 편의 영화를 만들었다. 영화의 주인공은, 그런데, 뜻밖에도 유명한 도색잡지 허슬러의 발행인 래리 플린트다. 영화는 1952년 켄터키 동부의 시골 구석에서 시작해 그 도덕적으로 저열하고, 성적으로 타락하고, 정신의학적인 측면에서 문제적인 그 인물의 생애를 속도감 있게 따라간다. 1973년 오하이오주. 그때까지만 해도 그저 시시한 스트립 바 '허슬러 고고'의 운영자에 지나지 않았던 래리 플린트는 자신의 바를 선전하기 위해 도색잡지들을 모아 조그만 회보를 만든다. 그런데, 그 회보가 예상 외로 인기를 얻자 래리 플린트는 아예 회보가 아닌 도색잡지를 만들어내고 그 잡지가 폭발적인 인기를 끌면서 래리 플린트는 일약 전국적인 유명 인사로, 맨손에서 부를 이룬 백만장자로, 그리고 마침내는 미 연방 대법원의 이정표적인 판결을 이끌어내는 당사자로서까지 극적인 인생의 전환을 이루게 된다.<sup>2)</sup>

허슬러의 도발성은 미국사회에도 상당한 충격을 안겨주었고, 당연히 허슬러의 판매를 금지시키려는

보수 계층의 공격도 거세진다. 그러나, 래리 플린트는 기성의 도덕 기준과 적당히 타협하면서 단순히 성을 팔아 돈을 버는 것만으로 만족하는 정상적인 인물은 아니었던 것 같다. 그렇다고, 대단한 이론적 무장을 갖춘 자유 언론의 전사라고 하기도 곤란하고, 객관적으로 래리 플린트의 지적 수준을 판단한다면, 미국은 자유와 기회의 나라라는 것을 소박하게 믿는, 그리고 그 이상의 고급 사고, 말하자면 표현의 자유와 당연히 비교행량을 해야 할 다른 사회적 가치에 대한 고려를 할 만한 능력은 없는 정도의 지식 수준을 가진 인물로 보인다.<sup>3)</sup> 그리고, 정서적인 측면에서 보자면 비정상적일 정도로 자기 현시욕구가 강하고, 성적인 면에서는 거의 완전히 변태적이다. 수많은 여자와 관계를 가졌던 것은 물론이고, 알시아라는 전직 스트립 댄서와 결혼을 한 이후에는 바이섹슈얼이었던 아내 알시아가 먼저 여자와 관계를 가지고 그 다음에 남편인 래리 플린트가 여자를 넘겨 받아 다시 섹스를 하는 식의 도발적인 성생활을 즐겼던 인물인 것이다.

여하튼, 어떤 개인적인 배경이 있었든간에 래리 플린트는 자신을 외설로 몰아치는 그러한 공격에 대해 거세게 저항한다. 그리고, 그 저항은 상식 수준의 방어를 넘어서서, 기성 가치와 도덕질서 전반에 대한 히스테리컬한 대응으로 나타난다. 말하자면, "도덕? 엇이나 먹어라. 나는 내가 원하는 것을 말할 권리가 있고, 사람들은 내가 만드는 잡지는 보기를 원한다"

자를 주 독자층으로 해서 발행되는 섹스잡지는 『플레이 보이』나 『펜트하우스』 정도가 대표적인 것이었는데, 『플레이 보이』를 본 사람들은 알겠지만, 사실 『플레이 보이』는 나름대로 고품격 성인잡지를 표방하는 잡지다. 모델이나 사진작가도 대단히 고급에 끼이는 편이고, 그건 그 잡지의 강점이기도 하지만, 정말로 '화끈한', 하드 코어 포르노까지는 가지 않더라도 좀더 선명하고 도발적인, 자신들의 성적 욕구를 대리 만족시켜줄 만한 잡지를 원하는 노동계층에게는 불만족스러운 잡지였던 것이다. 『허슬러』는 『플레이 보이』류의 잡지와 아예 갈 데까지 가는 하드 코어 포르노 사이의 틈새 시장을 차지함으로써 단기간 내에 유례 없는 성공을 거둔 것이다. 지금은 퇴색한 느낌이 있지만, 70년대와 80년대 초까지만 해도 『허슬러』는 도색잡지류시장에서도 나름대로 차별성을 유지하면서 '정말 멋진 잡지'의 명성을 유지하고 있었다.

3) 맑스는 "무지함이 도움이 된 적은 언젠고 어느 곳에서고 없었다"라고 했지만, 역사는 무지함이야말로 가장 강력한 힘이 될 수도 있다는 사실을 종종 보여준다.

1) 『Freedom's Law』, Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1996, p. 227.  
2) 허슬러가 왜 그렇게 인기를 끌었는지에 대해서는 약간의 부연 설명이 필요할 것 같다. 허슬러가 발행될 당시 미국에서 성인남

을 하겠다고 공언한다. 그리고, 급기야 법정에 미국 국기로 만든 기저귀를 차고 나오고 법정에 침을 뱉고, 판사에게 오렌지를 던지는 극단적인 행태까지 서슴지 않는다. 래리 플린트는 결국 법원모독으로 15개월 형을 선고받고 다시 정신병자 감옥에 갇히게 된다.

영화는 이제 래리 플린트가 벌인 기행의 마지막, 그리고 래리 플린트를 지금까지 기억하게 만드는 마지막 사건을 보여준다. 래리 플린트는 허슬러 잡지의 표지 뒷면에 전국적으로 저명한 전도 목사를 등장시키면서 그가 자신의 어머니와 성교를 했다는 내용의 광고 패러디 기사를 만들어냈다. 잡지가 배포되자 그 목사가 당혹감과 분노로 필쩍 뿜 것은 당연한 결과고, 그는 감옥에 있는 래리 플린트에게 명예훼손과 정신적 고통으로 인한 손해로 4천5백만 달러를 배상하라는 소송을 제기한다. 결과는 명예훼손 부분은 기각, 정신적 고통에 대해서는 20만 달러의 손해 인정. 비록 일부 패소를 하긴 했지만, 당초의 청구금액에 비해 인정된 손해는 대단히 적은 액수에 불과했고, 더군다나 래리 플린트의 재력에 비추어 볼 때, 그 정도의 금액은 아무런 문제가 되지 않는 것이었다. 그러나, 래리 플린트는 미 연방 대법원에 상고를 하고, 연방 대법원은 뜻밖에도 그 상고를 허가한다. 대법원에서의 변론을 마치고 나오는 길에 어느 기자가 질문을 한다. "래리, 뭐하러 귀찮게 상고까지 했어요? 그냥 벌금 내고 말지". 래리 플린트가 대답한다. "그걸 질문이라고 하는 거야? 우리는 지금 자유에 대해서

말하고 있는 거야. 그게 무슨 의미인지 모르겠어? 내가 지면 당신들도 지는 거야. 그걸 정말 몰라? 헌법이 나같이 미친 놈도 보호한다면, 그러면 그건 모든 미국인들을 보호할 수 있는 거라구!" ... 그리고, 미 연방 대법원은 그 미친놈 래리 플린트의 손을 들어 주었다.

영화는 상당히 박진감이 있다. 오랜 만에 만나는 이름 밀로스 포만도 믿음직하거니와, 무엇보다도 팀 버튼 감독과 같이 영화 <에드 우드>와 <마즈 어택>을 성공시킨 Scott Alexander와 Larry Karaszewski(영어 발음을 몰라 영문을 그대로 쓴다)의 시나리오가 훌륭하다. 구성이 탄탄하고, 압축적이고, 인물들의 대사는 생동감이 있다. 시나리오가 이쯤되면 절반은 성공한 것이나 마찬가지다. 최소한, 잘 만든 시나리오로 실패를 하기는 어렵다.<sup>4)</sup> 래리 플린트 역을 맡은 우디 헤럴슨도 오랜만에 적역을 만난 듯 호연을 보여주었고, 그 역시 마약에 빠진 과거를 가지고 있는, 그리고 실제 모습마저 비슷한 아시아 역의 코트니 러브 역시 훌륭한 캐스팅이었다. 요컨대, 이 영화가 주는 궁극적인 전언 - 미국사회는 문제적인 것이기는 하지만, 그러나 여전히 지구상에서 가장 자유로운 사회이다 - 에 식상한 사람이라도 영화 자체로서는 한번쯤 보아들 만한, 서너 시간 정도의 투자가 아깝지는 않은 영화다.

그러나, 이 영화가 우리 변호사들의 관심을 끄는 이유는 무엇보다도 이 영화가 '표현의 자유'라는 민감한 헌법적 주제를 다루고 있다는 점일 게다. 그리고, 이 영화를 보고 나면 '표현의 자유'라는 문제가 앞으로 우리 사회에서 어떤 모습으로 전개될 것인가에 대한 하나의 불안한 암시를 얻을 수 있다. 표현의 자유를 위한 싸움, 그것은 이제 외설과 포르노그라피를 위한 투쟁과 동의어가 될 지도 모른다. 물론, 우리 사회는 아직 정치적으로 완전히 자유로운 사회가 아니다. 그리고, 특히나 사상적인 문제와 관련해서는 분단구조가 존재하는 한 사회주의와 관련된 모든 언술과 표현들은 여전히 표현의 자유라는 논의의 장에서 가장 논쟁적인 부분의 하나로 남을 것이다. 그러나, 적어도 양적인 부분에서, 그리고 일반적인 사회의 관심과 흥미라는 측면에서 표현의 자유의 구체적인 모습은 거의 성적 표현의 한계, 외설과 예술의 한계라는 오래되고 지루한, 그러나 명확한 답은 없는 난제와의 싸움으로 국한될 가능성이 크다.

원하던 원하지 않든 우리 사회는 그런 방향으로 가고 있다. 세계의 모든 나라들과 같이.

그러한 전망은, 그러나 참으로 난감한 그리고 일종의 배신적인 감정을 불러일으킨다. 특히나 우리 사회에서 표현의 자유라는 권리를 쟁취하기 위해 정말로 온갖 고난을 감내해왔던 사람들에게는, 그들이 고작 포르노업자들의 권리를 보호하기 위해서, 예술을 등에 업고 여자들을 버티는 자들의 후안무치한 얼굴에 헌법적 승리라는 후광을 더해주기 위해서, 그토록 어려운 길을 걸어왔는가라는 회의감을 안겨줄 지도 모른다. 그리고, 그 실망감은 간혹 "진정한 예술 혹은 정치적 표현과 명백한 외설물과는 반드시 구별되어야 한다"든가, 혹은 "음란물에 대해서는 적극적으로 대처해서 강력한 법적인 제한이 있어야 한다"는 주장으로 나타날 수도 있다. 그러한 주장은 심정적으로 이해가 가지만, 그러나 위험한 주장이고, 내가 보기

에 옳지 않은 주장이다.

우선, 기본적으로 무엇이 외설이고 음란한 것인가에 대한 대답, 적어도 논리적이고 구체적인 대답, 누구나 수긍할 만한 그런 대답이 없다. 우리 판례는, 그리고 형법 교과서들은 외설이나 음란 또한 법률적 개념임을 지적하고 "건전한 일반인의 성적 도의관념에 반하여 성적인 수치심을 불러일으키는 것"이 음란이라고 기술하지만, 사실 그건 동어반복에 지나지 않는다. 음란한 것이 음란한 것이라는. 그렇다면, 결국은 법현실주의적인 의미에서 음란한 표현물, 외설적인 표현물이라고 하는 것은, 특정 검찰관의 개인적 도덕 기준에 따라 음란한 것으로 판단되어 기소를 당한 것 중에서 다시 특정 판사 개인의 감정에 따라 음란한 것으로 여겨지는 표현물이라는 것이다. 당연히 그러한 판단은, 명백히, 자의적이다.

그렇다면, 성적 표현물에 대한 사법기관의 적극적 개입이 정당인가에 대한 결론은 자명한 것으로 보인다. 그것은 옳지 않다. 기본적으로 나는 사법 소극주의자이고, 사법기관이 전면에 나서서 사회적인 가치에 대한 판단을 한다는 것이 옳지 않다고 생각하고 있거니와, 더구나 무엇이 음란한가 아닌가, 누가 어떤 표현을 할 수 있는가 없는가에 대한 판단까지 검찰이나 법원에 위임하고 싶은 생각은 전혀 없다. 그리고, 우리 법제 하에서 검찰이나 법원은 그러한 문제를 판단하기에 적합한 기관이 아니다. 왜? 가장 근본적으로 검찰이나 법원은 민주적으로 통제되는 기관이 아니기 때문이다. 그럼에도 불구하고 우리 사회는 개인의 권리에 대한 결정적인 판단을 사법기관에 위임해놓고 있는데, 그것은, 사법기관이 일반인들보다 열등한 판단력을 가지지는 않았을 것이라는 전제 하에 법철 차적인 문제를 보다 기술적으로 처리해줄 수 있다는 효율성의 믿음에 기반한 것이지, 사법기관의 가치적인 판단에 어떠한 우월성을 인정하기 때문이 아니다.

4) 우리나라 영화가 실패하는 이유의 절반 이상은 좋은 시나리오가 없기 때문. 다시 말해 시나리오에 투자하지 않기 때문이다. 실험적인 영상이나 스타성, 주제의 흥미만으로 승부를 거는 것에는 한계가 있다. 결국, 무한한 변수를 가능하게 하고, 지속적인 관객의 흥미를 유발시키는 것은 시나리오의 힘이다. 최근에 본 한국 영화 <지상만가>가 그 황당한 내용이나 그다지 훌륭하지 않았던 배우들의 연기에도 불구하고 그런 대로 끝까지 볼 만한 영화였다고 기억되는 것도 시나리오의 탄탄함 때문이다. 반면에 비록 왕가위의 <중경삼림>과 <타락천사>를 섞어놓은 듯한 느낌을 주긴 했지만 상당히 좋은 영화가 될 뻔 했던 영화 <뽀아중>이 안타깝게도 사람을 지루하게 하는 이유는, 진부한 인물들의 대사 때문이다. 디테일한 한 마디 한 마디의 대사를 살리지 않으면 좋은 영화를 만들기란 어렵다.

예컨대, 사람을 죽인 사람은 처벌을 받아야 한다는 것은 누구나 알고 있는 바, 사법기관은 그 처벌받을 사람을 처벌하는 법적·사법적 문제를 위임받아 행하는 기관에 불과한 것이다. 물론, 그 과정에서 사법기관은 어떤 종류의 판단, 사실적인 판단과 증거의 가치에 대한 법률적인 판단을 한다. 그러나, 그 판단은 적어도 크게 틀리지 않을 것이라는, 그리고 개인의 자의가 개입할 여지가 상대적으로 적다는 믿음을 공유할 수 있다. 뇌사나 심장사나 하는 따위의 극단적인 경우를 제외한다면, 정상적인 인간인 한 '살인'의 의미가 무엇인지에 대하여 크게 다른 대답을 내놓지는 못할 것이고, 증거가치에 대한 판단은 그야말로 법을 배운 인간이 그 기술을 써먹을 만한 법률적인 문제이기 때문이다. 그러나, 도덕적인 가치에 대한 문제는 다르다. 사법기관은 특정 개인이 여자의 누드 사진을 배포했느냐 아니냐는 사실은 살인에 대한 문제와 마찬가지로의 과정을 거쳐 판단해낼 수 있지만, 그것이 과연 음란한 것이냐 아니냐의 판단은 할 수 있는 기관이 아니다. 그리고, 그러한 판단을 하도록 조직되어 있는 기관이 아닌 것이다.

더군다나, 우리 법제는 배심원이 없는 법제이다. 배심원이라도 있다면, 사회 일반인들 중에서 무작위로 선발한 배심원들을 '건전한 양식을 가진 일반인'이라고 일용 추정할 수도 있겠고, 그러한 배심원들이 음란한 것이라고 결론내린 것이라면 음란한 것이 아니겠느냐는 결론을, 거칠기는 하지만, 이끌어내는 것도 가능할 지 모른다. 그러나, 우리 법제 하에서, 무엇으로 사법기관의 도덕적 가치에 대한 판단에 믿음을 부여할 것인가. 사법기관의 구성원들은 시민이 선출한 사람들이 아니고 반민주적인 행태에 대해 시민들이 다시 갈아치울 수 있는, 말하자면 가장 본질적인 의미에서 민주적인 통제가 가능한 사람들도 아니다. 그들은 단지 어떠한 종류의 기술적인 시험을 통과한 전문가들일 뿐이 아닌가. 그들의 판단에 대해, 적어도

도덕적 문제의 가치 판단에 대해 정당성을 인정할 만한, 다시 말해 사회 일반이 그 판단에 수긍하도록 납득시킬 만한 이론적 근거는 없다.

그러나, 앞서 밝힌 이유에 따라 성적 표현물에 대한 법률적 개입에 반대한다 하더라도, 그것이 과도한 성적 표현물에 대해, 그것이 외설로 불리든 예술로 불리든 간에, 그것을 옹호해야 할 것인가에 대한 해답은 되지 않는다. 그건, 보다 더 적극적인 이론적 기반을 요하는 또 다른 차원의 문제이다. 과연, 우리는 명백히 우리 자신의 정서에 반하는 성적 표현물까지 보호하기 위해 목적을 높여야 하는 것일까? 그래야 한다면, 왜? 래리 플린트가 외쳤듯이 표현의 자유는 절대적인 것이기 때문에? 한 사회가 그런 쓰레기들도 보호한다면 결국 모든 사람을 보호할 수 있기 때문에? 현대 자유주의 사회에서 표현의 자유, 사상의 자유가 보장되어야 한다는 이론적 논의의 기반은 결국 존 스튜어트 밀이 자유론에서 주장한 '사상의 자유시장론'의 다양한 변주에 다름아니다. 모든 사상들이 자유로운 시장에 나와 서로 경쟁하는 것이 가장 옳은 생각, 진리에 가까이 갈 수 있는 최선의 방법이라는. 그러나, 과연 포르노를, 외설물을 보호함으로써 우리는 얼마나 진리에 가까이 갈 수 있는 것인가? 그것이 과연 가치있는 진리의 발견과 관련이랴도 있는 것일까? 외설물을 금지한다고 했을 때, 과연 그 사회는 래리 플린트가 우려하듯 진리로부터 멀어지는 것일까?

래리 플린트와는 다른 이유에서지만, 결론부터 말하자면, 나는 포르노업자들의 표현의 자유도 이적표현물 소지자들의 자유만큼이나 보호받아야 한다고 생각한다. 도덕적으로 숭고한 사람들이 자기가 사는 사회의 도덕적 저열함에 실망하고 그 사회의 도덕적

기준을 높이기 위해, 말하자면 그 사회의 문화를 자신의 도덕적 기준의 수준으로 끌어올리기 위해 영향력을 행사할 수 있다면(저 수많은 순결한 사회주의자들과 전도자들과, 청소년보호단체들과 건전문화를 위한 시민의 모임들!), 반대로 자신이 사는 사회의 도덕적 기준이 자신의 삶을 무미건조하게 만들고 생업을 위협한다고 생각하는 사람들은 그 사회의 도덕적 환경을 자신의 기준에 맞추도록 또한 영향력을 행사할 수 있어야 하지 않겠는가?

그것은 누구도 우리 사회의 도덕적 환경을 형성해 나가는 데에 원천적으로 배제되어서는 안된다는 '평등'의 요구이기도 하거니와, 보다 근본적으로는 민주주의의 자기결정성의 요구이기도 하다. 민주주의는 논리적으로 한 사회의 운명에 대해 최선의 답을 담보해주는 적극적인 제도가 아니다. 오히려, 민주주의는 인간은 결국 명확하게 최선의 답을 찾아낼 수 없다고 하는 소극적이고 약간의 절망적인 전제에서 출발하는 제도이다. 만약, 그 소모적인 무수한 논의를 거치지 않고도 분명한 답을 찾아낼 수 있다면, 도대체 그렇게도 효율적이고 신속한 의사결정과 집행이 이루어질 수 있는 군주제가 왜 폐지되어야 할 것인가. 그러나, 그러한 답은 없기 때문에, 민주주의는 최소한 무엇을 어떻게 해야 할 것인가에 대한 결정을 자기 자신이, 말하자면 그 결정의 영향을 받는 자들이 직접 결정하는 제도이다. 자신이 결정하고 자신이 책임을 지는 원리, 그것이 민주주의라는 제도의 핵심에

5) 나는 여기서 '문화'의 의미를 일종의 사회 전체의 삶의 스타일이라는 의미로 사용했다. 그것이 악취미적인가, 혹은 대단히 고상한 것인가의 문제는 차치하고, 누구라도 삶의 스타일을 강제할 수는 없는 것이다. 물론, 문화와 법률적 강제 영역은 유동적인 것이므로, 누군가는 외설적 표현물에 대한 제재의 문제는 이미 법률로 강제해야 하는 문제가 되어 있다고 말할 수도 있다. 그러나, 과연 그 이유는 무엇인가. 그들이 내세우는 이론적인 근거는 일수 그것이 단순히 특정 집단의 기호에 그치지 아니하고, 사회 일반, 특히 청소년들에게 직접적인 악영향을 줌으로써 반사회적인 행위를 유발시킨다는 사회심리학적 연구결과이다. 따라서, 그것은 살인이나 절도와 마찬가지로 타인의 권리와 이익을 침해하는 행위이고 이미 문화의 자율성에 맡겨둘 수 없는 법률적 영역의 문제라는 것이다. 그러나, 과연 그것이 명확하게 입증될 수 있는 문제인가? 내가 알기로 그 문제는 그러한 사회학적인 연구결과를 통해서도 적어도 법률의 영역에서 요구하는 것만큼의 개인성을 주장할 수 있을 만큼 입증될 수 있는 성

서 있는 것이다. 때때로, 그 결정이 잘못될 수도 있지만, 그것 외에 다른 방법이 있을 수 있는가. 독일국민들은 히틀러를 투표라는 민주적인 방법으로 선출했다. 그러나 그 결과는 차라리 문화적인 군주를 가지고 있는 것보다도 훨씬 참혹한 결과였다. 그렇다고 해서, 대공들이 다시 모여 군주를 선택하게 할 수는 없는 것이 아닌가. 그것이 더 나은 답을 제시해준다는 확증이 없는 다음에야 잘못되든 아니든 자기 민족의 운명은 민족 전체가 책임을 지고 결정해나가야 할 도리밖에 더 있는 것인가?

물론, 현대사회에서, 한 사회가 모든 구성원들의 참여 하에 결정해나갈 수 있는 주체는 실질적으로 그리 많지 않다. 이러저러한 이유들로 많은 부분들이 이미 '위임'이라는 형식을 통해 그 사회의 특정 집단들에게 넘겨버렸기 때문이다. 그러나, 그 성질상 위임할 수 없는 것이 한 사회의 문화이다. 어떤 도덕적 질서 하에서 살 것인지, 어떤 문화적 환경 하에서 살 것인지 하는 따위의 문제들은 아직도 직접적인 자기 운명의 결정 영역에 속해 있는 것이고, 그것은 사회성원들이 특정인들에게 위임한 바도, 위임할 수도 없는 것이다. 표현의 자유를 가로막는 법률적 제한들은 그러한 민주주의의 자기결정성에 대한 부정으로 귀결될 위험성을 내포한다. '표현'은 그것이 성적인 것이 되었던 정치적인 것이 되었던 근본적으로 문화의 영역에 속하는 것이지, 법률의 영역에 속하는 것이 아니기 때문이다. 적어도 고전적인 의미에서는.<sup>5)</sup>

나는 앞서 포르노그래피도 가능한 한 제한되어서는 안된다고 말한 바 있다. 그러나, ... 그러나, 나는 그것이 진정으로 표현의 자유가 의미하는 전부라고 말한 것은 아니다. 이 영화가 자칫 잘못된 결론으로 관객을 호도할 수 있는 위험성을 가지는 것도 바로 그 지점에서다. 이 영화는 표현의 자유를 '포르노업자도 보호받을 수 있는 자유'로, 진정으로 자유롭고 바람직한 사회를 '쓰레기같은 인간도 자유로이 자신의 쓰레기같은 외설물을 발행하고 보호받을 수 있는 사회'로 한정하는, 그래서 바로 그곳에서 논의가 시작되어야 할 지점을 논의의 끝으로 호도할 수 있는 위험성이 있다. 그러나, 미국사회는 진정으로 모든 사람이 자신의 삶을 자기결정성을 가지고 창조해갈 수 있는 사회인가? 법률적인 형식적 자유권의 보호로 그러한 삶의 창조가 가능한 것인가? 그리고, 그들의 신성한 연방 대법원이 가장 근본적인 헌법적 가치로 보호한다는 표현의 자유는 그 자체로 그들의 개방성과 건강성을 징표해주는 것인가?

질의 문제가 아니다. 사회학적 연구라고 하는 것은 기본적으로 실험대상에 영향을 미치는 변인을 통제할 수 없기 때문이다. 또한, 실제로 많은 연구결과들이 서로 상충되는 연구결과들을 내놓고 있는 실정이기도 하다(대표적으로, 영국과 캐나다의 정부 특별 위원회가 직접 조사한 연구결과인 「Report of Committee on Obscenity and Film Censorship」: Home Office, Her Majesty's Stationary Office, 1979, 「Pornography and Prostitute in Canada」: Canadian Government Publishing Center, 1985 등의 연구결과를 포르노그래피와 성적 비행 사이에 직접적인 연관관계를 찾기는 힘들다는 결론을 내놓고 있다). 따라서, 어린이를 대상으로 한 포르노와 같이 그 자체로 사회 구성원 전체에게 직접적인 심리적 충격과 고통을 안겨 주는 경우 등을 제외하고서, 그것이 간접적으로 어떠한 범죄를 유발할 가능성이 있기 때문에, 혹은 인성에 악영향을 줄 수 있기 때문에 제재되어야 한다는 주장은 그리 설득력이 있는 것으로 여겨지지 않는다. 적어도 헌법이 보장하는 구체적인 자유를 제한하기 위한 근거로서는. 그렇다면, 성적 표현의 문제는 여전히 문화의 영역에 있는 것으로 보는 것이 옳을 것이다. 비록 어떤 문화가 저열할 수는 있지만, 그렇다고 그 저열함을 법률로 처벌함으로써 그 문화를 향상시킨다는 발상은 곤란한 것이다. 작년에 KBS에서 청소년보호법에 대한 심야토론을 한 적이 있었다. 그 때 이름이 정확히 기억나지 않는 검사 한 분이 나왔었는데, 그분의 주장인즉은, 음란한 표현물과 성적 비행 사이의 연관관계는 이미 학문적 연구가 끝난 상태이므로 더 이상 그 문제로 왈가왈부해서는 안 된다는 것이었다. 나는 그 때, 어디에 그런 연구결과가 있는지, 어디에 근거를 두고 그런 발언을 하는지를 묻기 위해서 태어나서 처음으로 방송사에 전화를 걸었지만, 결국 통화를 하지는 못했다. 그 후 청소년 보호법은 별다른 논의의 과정없이 그대로 입법화되어 올 7월부터 시행에 들어간 것으로 알고 있다. 비록, 그 법안의 취지가 옳았다고 하더라도, 그 입법과정은 보다 신중했어야 마땅했다. 무지가 힘이 되는 실례를 우리 사회의 여러 곳에서 너무 자주 보게 된다.

나는... 의심스럽다.

우리는 보다 정직하고 소박하게 표현의 자유라는 헌법적 원리를 바라보아야 한다. 그것은 천상의 별 위에 걸려 있는, 삶과 동떨어진 어떤 신성한 가치가 아니다. 그것은 사람이 자신의 삶을 자기가 결정하면서 자유롭게 살아가기 위해서 가져야 하는 많은 가치들 중의 하나인 것이다. 그것은 소극적인 측면으로는 자신의 삶이, 그리고 그 삶의 한 일부로서의 자신의 삶의 가치에 대한 외부적 평명이 강제적으로 억압당하지 않아야 한다는 것이며, 적극적으로는 그러한 자신의 삶의 가치를 스스로 결정하고 자신이 인정한 가치의 외부적 전파를 위한 적합한 사회적 기회를 부여받아야 한다는 의미이다. 그리고, 그 적극적 의미에서의 표현의 자유를 가능하게 하는 것은 명백히 사회, 경제적인 삶의 조건의 향상을 통해서이다. 만약 이 영화가 전하는 전언, 내가 소극적 의미의 표현의 자유라고 부른 그 자유가 적극적인 의미에서의 표현의 자유로 나아가기 위한 전제가 아니라면, 표현의 자유의 끝점인 것이라면, 그건 좀 허망하지 않겠는가. 그건 마치 명백한 사회, 경제적 불평등을 온존시

키면서 그러나 "네가 할 말은 해도 좋다"라고 하는 식의, 마치 조롱같은 얘기가 아닐까. 많은 사람들의 삶의 조건을 포르노의 수준에 묶어놓고, "그러나, 네가 그런 저열한 표현물을 볼 권리까지 우리 사회는 보호한다"고 말하면서, 그러한 자유가 보장됨으로써 마치 그 사회가 진정으로 자유로운 사회인 것같은, 정의가 실현되는 사회인 것같은 환상을 심어주는 것이 아닐까. 그런 생각을 하면서 바라보는 영화 속 미 연방 대법원의 건물은 내게 중세 유럽의 웅장한 성당과 화려한 벽화들을 연상시킨다. 저런 어찌면 우리 시대의 거대한 프로파간다일지도 모른다.<sup>6)</sup>

물론, 누가 내게 "그마저도 보장되지 않는 사회보다는 그래도 훨씬 나은 사회가 아닌가?"라고 묻는다면 딱히 할 말은 없다. 그러나, 비록 가지 못하더라도 갈 길은 바로 보아야 하지 않겠는가. 끝까지 가지 못하더라도, 끝까지 가지 못했다는 사실은 알아야 하지 않겠는가. 그리고, 그게 끝이 아니라고 말해야 하지 않겠는가. 누군가가 끝까지 갈 수 있도록 말이다.

6) 나는 항상 법원 건물을 보면 성당을 연상하곤 했다. 실질적인 삶의 조건의 향상과 같이 가지 않는 사법제도라는 것이, 중세 성당이 했던 역할과 크게 다른 것이 있을까?

# 『법은 무죄인가』

박흥규 지음 · 개마고원 펴냄

노정희

“법은 어른이 하는 일”이었는데, “인간적으로 성숙하지 않은 사람이 법을 다루는 것은 위험을 모르는 영아에게 탄알이 장전된 권총을 가지고 놀게 하는 것만큼이나 사회적으로 무리가 따르는 년센스”<sup>1)</sup>라는 데, 이제껏 성숙하지 못한 영아로서 탄알이 장전된 권총을 가지고 놀면서 느껴온 불안함, 죄책감들이 박흥규 교수의 『법은 무죄인가』를 들추게 하였을 것이다. 맑은 눈을 가진 자의 채찍질로나마 어른스러움에 한 발짝 다가가고자 하는 기대였을까. 같은 기대를 가진 독자라면 누구에게라도 이 책은 그 기대를 저버리지 않을 것 같다.

400여쪽에 달하는 우리 사회 법·법률가의 현실에 대한 세심하고도 치열한 고발과 있어야 할 법·법률가의 모습에 대한 고민에 앞서, 저자는 ‘도대체 누구를 위한 법인가’ 하는 질책으로 말문을 열고 있다. 첫머리에 제시된 97. 1. 1.의 중앙일보 기사는 우리 국민들에게 이렇게 깊고 광범위하게 법불신주의, 법허무주의, 법혐오주의가 퍼져 있었는가 하는 새삼스런 각성을 심어준다. 억울할 때 법에 호소하면 쉽게 해결된다고 본 사람은 18.6%에 불과하고, 우리 사회

의 법이 현 실정에 맞지 않거나 돈이면 안되는 것이 없다고 본 사람은 각각 60%를 넘었다고 한다. 그리고 저자는 51.8%의 응답자와 마찬가지로 그 법불신주의, 법허무주의, 법혐오주의의 범인은 바로 죄 없는 국민을 유죄로 만드는 법 자체, 그리고 그런 법을 만들고 집행하며 적용하는 사람들이라는 의견에 동의하는 것이다. 그리고 위와 같은 범인의 분류(?)에 따라 두 편으로 나뉘어진 이 책은, 제1편에서는 ‘법은 무죄인가’라는 소제목 하에 우리 사회의 법 그 자체의 현실적인 모습, 우리 법경험의 역사, 법의 체계와 세분에 따른 각 법영역의 문제점들이 일곱 개의 장으로 나뉘어 분석, 서술되어 있고, 제2편에서는 ‘사법은 무죄인가’라는 소제목 하에 법을 다루는 헌법재판소, 법원, 검찰, 그리고 변호사의 현주소가 이를 적나라하게 드러내는 제목과 함께 각 장에 해부되어 있다.

우선, 각 장의 첫머리에 인용된 법 또는 법률가와 관련한 시(詩)들이 백미이다. 탁월한 선택이랄 밖에 달리 할 말이 없다. 작고하신 김남주 시인은 아예 “세상이 몽둥이로 다스려질 때 / 시인은 행복하다 / 세상이

이 법으로 다스려질 때 / 시인은 그래도 행복하다 / 세상이 법 없이도 다스려질 때 / 시인은 필요없다 / 법이 없으면 시도 없다”<sup>2)</sup>고 하였으니, 그가 수감생활을 하면서 혹은 체포, 수색의 위협과 위험에 노출되어 있는 상황에서 자신의 명줄 한올 한올과 바꾼 〈아나 법〉이나 〈법 좋아하네〉 〈법 앞에서 만인이 평등하다〉 등이 우리나라 법현실에 대한 명징한 거울임은 오히려 당연하다 하여도, 고정희, 김광규, 백무산, 정인화 등의 선택된 시들 모두가 압축된 언어로 우리의 법·법률가의 현실에 날카로운 화살을 쏘고 있다.

그러나 본문에서는 이 책이 저자 스스로 밝힌 대로 대학생 및 대학원생들을 대상으로 한 강의안을 토대로 쓰여졌음을 반영하듯, 현대 한국사회의 법과 사법에 대한 신랄한 비판적 내용에도 불구하고 어조는 상당히 차분하고 친절하기조차 하다. 저자는 먼저 우리의 법현실을 일본어의 잔재가 덕지덕지 붙어 있는 암소장은 변호사나 브로커들이 농간을 부릴 수 있는 여지를 제공한다. 법의 생명은 체계와 논리임에도, 95년도 정기국회 기간중에 통과된 168건의 법률조문 중 무려 29%가 위임조항이었고, 위임입법들은 아무런 통제 없이 행정부에 의해 만들어진다. 소위 안보법들은 헌법의 원리를 깨뜨리고, 헌법상으로는 3권 분립을 내세우나 국가는 형식적으로도 실제적으로도 대통령을 정점으로 하여 불평등하게 구성되어 있다. 국회나 법원은 그 종속단위에 불과하여, 국회는 국회가 아닌 곳에서 멋대로 만들어진 법률이 32%에 이르는 실정인데도 입법권을 포기하고 있으며, 특히 법원은 기술적 존재로 타락해 있다. 그리고 그 왜곡과 타락의 뿌리는 일제식민지 하에서 이식된 독재적인 권력구조 하의 반민주주의법이며, 해방 후에도 안보와 성장의 신화에 인권과 평화는 뒷전이였다.

현재 우리나라 법의 비체계와 반논리성, 인권침해적 성격에 대한 저자의 문제의식은 매우 폭넓은 것이다. 헌법과 국가보안법의 문제에서부터 형법, 경범죄처벌법 및 형사절차법 등 형사적인 문제 뿐만 아니라, 인권이라는 이념으로는 좀처럼 포착되지 못하는 민사법과 집값, 땅값의 문제, 그리고 민중의 삶을 향상시키지 못하는 사회법, 아무 것도 보장 못하는 사회보장법, 환경을 무시한 환경보호법 및 행정법, 세법, 공정거래법, 국제인권법의 현대적 과제에 이르기까지, 저자가 머리말에서도 밝혔듯이 이 책은 그 서술의 내용과 방식은 친편일률적인 이른바 법학개론류의 책들과는 전혀 류를 달리하는 것이지만, 그 다른 내용과 방식으로써 이 책은 현대 한국 사회의 법에 관한 안내서 또는 입문서의 역할을 훌륭히 수행하고 있는 것이다.

제2편에 드러난 우리나라 법률가의 현실 역시 참담하기도 하다. 고시망국론에 대한 본질적 접근, 법학교육에 대한 뼈아픈 자성은 저자의 전공(?)이라 하여도, ‘빨리 빨리’를 덕목으로 한 판사들의 재판행태, 재판에 소요되는 돈과 시간의 비경제성, 기소편의주의와 기소독점주의에 대한 대안적 비판 등은 저자의 안목이 법제도의 현실 전반에 걸쳐 있음을 다시 한번 확인하게 해준다. 그리고 저자는 그러한 본질적, 전반적 검토를 바탕으로, 한 마디로 우리 사법제도는 민중적 기초를 철저히 결여하고 있다고 일갈한다.

그러나 저자의 법과 법률가에 대한 시선은 결코 차갑거나 암울한 회색빛이 아니다. 그는 저주받을 법률가의 현실적인 모습에 대해 신랄하게 비판하면서도 다른 한편 유병진 판사와 조영래 변호사의 모범적인 사례를 가슴에 품고 있으며, “어머니 나는 법관이 되어 / 어두운 땅 한 평 가꾸다 갈래요 / 우리나라 하늘 한 평 비추다 갈래요 / 물꼬 같은 설움도 길이 되게

108 이 달의 민변 8월호

1) 안경환, 『법과 문학사이』, 까치, 1995, p28.

2) 김남주, 〈시인〉 전문

109 서평



## 网球遊樂

조상희

网球(왕치오우, 테니스의 중국어)를 좋아하는 민변 테니스회원들의 마음 속에 제111회 워블던 테니스대회(The 111th Lawn Tennis Championship Meeting, 23rd June to 6th July, 1997)의 개막전 줌으로 여겨지며 가슴 설레게 했던 1997년 6월 14일의 민변 테니스대회는, 어떻게 된 셈인지 모두에게 피울린이나 노보트나처럼 자신의 플레이에 대해 못마땅하고 아쉽다는 느낌만 주었던 것 같다. 다들 자신의 실력을 맘껏 발휘하면서 재미도 있고 또 게임도 이기어 우승을 하게 되리라고 생각했던 탓일까.

애초에 경기에 참가하겠다고 신청한 회원은 12명. 6팀을 만들어 풀리그를 벌이면 재미나게 칠 수 있을 것이라 기대하고 준비하였다. 그런데 약속된 9시 반을 지나 시합 시작시간인 10시까지 온 회원은 8명. 10시반경 우선 8명으로 4팀을 만들어 동시에 게임을 시작했고, 그후 도중에 온 회원이 3명. 1명은 아무 연락도 없이 불참. 그런데 다시 도중에 가야된다고 하는 회원이 2명. 부상당한 회원이 1명. 결국 12시가 다되어 남은 8명의 회원으로 다시 팀을 짜서 새로운 시합을 시작하였다. 2시경에 끝이 났는데, 그날은 여름 땀벌이 작열하는 굉장히 더운 날이었고, 나중에 알고 보니 그 시간에 서울 지역에 오존주의보발령이 났었다는데.

워낙에 더운 날이어서 그런지 준비한 물 12(큰 물병 8개)는 일찌감치 다 마셔 모자라서 6를 추가로 조달하였고, 참외와 수박 1개도 금세 동이 났는데, 어찌된 셈인지 게임에 장애가 될까봐 아니면 게임 도중 실수하게 되면 파트너에게 미안할까봐 그런지 캔맥주는 많이 소비되지 아니하였다. 심지어 어떤 회원은 파트너인 후배 변호사가 맥주를 마시려고 하자 게임을 위해서 먹지 못하게 엄명을 내리는 치열한 승부욕을 보여주기도 했는데. 그런데 다들 변호사님들이라 직원들이 척척 내놓는 상차림들만 봐서 그런지 준비된 참외나 수박도 챙겨주지 않으면 스스로 알아서 깎거나 잘라서 드시지를 않던데.

제일 연장자였던 회원은 여기 Old Boy들은 영 안 나오는 모양이지 하며 아쉬워하셨고, 새로이 시합을 시작하는 바람에 처음보다 승률이 안 좋아진 회원은 처음 팀의 경기로 계산하자고 하면서 나중에 끝까지 자신이 우승자라고 하였고, 너무 급하게 준비하다가 보니 어디가서 변호사 테니스대회의 상품이라고 하기에는 솔직히 좀 초라한 상품을 준비할 수밖에 없었던 사정도 있었고, 그나마 민변에서 거금을 테니스대회에 하사하여 주신 데 대하여는 어려운 재정을 생각한다면 너무 감읍하여 적절한 감사의 표현을 찾을 길이 막연하고.

할래요"라고 노래한 고정희 시인의 법관상을 한국의 현재에서 발견하게 되리라는 희망을 여전히 포기하지 않고 있다.

사법제도나 법률가에 대한 그의 희망보다도 더욱 끈질긴 것은 인권과 평화, 이를 보장해줄 법의 본래적 모습에 대한 그의 신뢰, 바램인 듯하다. 저자는 이러한 속내를 "법의 본래 모습은 인간미가 넘치는 것 이어야 한다. 법은 그야말로 냉철한 머리와 따뜻한 가슴을 갖는 것 이어야 한다"고 표현하거나, 보다 직설적으로 "이 책이 하나의 이념적 입장을 갖는다면, 그 기본 이념은 인권이다" 그리고 그 "인권이란 본래 사람이 오직 사람이라고 하는 이유에서 향유되는 기본적 이익이다"라고 드러내고 있는 것이다. 지극히 법률가다운, 그래서 법의 태생과 본질을 의심하는 이들에게는 비평의 대상이 될 수도 있을 것이나, 저자는 굳이 감추려 하지 않는다. 그래서 그는 주장한다.

"요컨대 우리의 법이 국민의 요망대로 공정하고 민주적이기 위해서는 정치권력이나 경제력에 의해 좌지우지되어서는 안되고, 나라의 주인인 국민에게 봉사하고 국민 스스로 참여케 하며, 국민에게 친절해야 한다는 것이라. 국민이 쉽게 법을 이용할 수 있어야 법이 존중받을 수 있다. 법령만이 아니라 재판을 비롯한 사법제도도 그래야 된다. 이것이 이 책의 출발점이자 결론이다." 그렇다. 저자는 『법은 무죄인가』라고 화두를 던져놓고, 중국에는 우리 법은 무죄' 이기를 고대하고 있다.

그런데 그의 희망에서 피와 땀의 냄새가 나는 것은 무슨 까닭일까. 서평이라고 하기에는 너무 건방지고, 오랜만에 좋은 책 한 권을 다 읽고난 후 뿌듯하여 적어본 소감 정도면 족할 듯하다. 거기에, 저자의 맑은 눈으로 인하여 우리의 눈이 조금이라도 맑아질 수 있었다면, 망외의 기쁨이 아니겠는가.

이제 확실한 회장(임종인)과 미더운 총무(김원일)가 선출되었으니 민변테니스모임이 정신건강, 육체건강 모두에 좋은 모임이 될 것임은 너무나 분명하다. 많은 회원이 더 가입하여 앞으로는 밤낮으로 틈만 나면 별이 빛나는 청량한 밤공기를 가르며 셋노란공을 쫓아다니거나 주룩주룩 내리는 시원한 빗줄기 소리를 들으며 새하얀 멋진 테니스복에 묘기를 뽐내고 실내를 뛰어다니는(실제 7월 5일 모임은 소낙비 속에 삼성동 실내테니스장에서 열렸다) 이 즐거움, 기쁨, 만족감을 함께 나누도록 합시다.

## 치열한 대치가 끝난 후에

이 중 성(단대 천안캠퍼스 관상원예학과 3학년, 96년 한총련 시위 당시 연대 종합관 사수대장)

1996. 8. 20. 05:45경

5일간의 치열한 대치가 끝날 때가 되었다.

소방용인지 시위 진압용 최루액 살포기인지 분간할 수 없는 헬리콥터 수십대가 연세대 종합관과 과학관에 수십번에 걸쳐 최루액을 뿌려 놓았다. 학생들이 고통에, 놀라움에, 두려움에 우왕좌왕하고 있을 때, 몸체에 해양경찰이라고 쓰여 있고, 거대한 프로펠러가 2개 달린 러시아제 헬기가 옥상 위를 낮게 날아다녔고, 그 안에 타고 있는 특경대 소속 테러진압경찰이 종합관 옥상으로 내려오려고 하였다. 밑에서는 이미 진입이 시작되었다.

4~5일간 연세대 종합관, 과학관에 갇혀 거의 탈진된 상태에서 살기 위해 도망쳐온 우리들의 행동은 어느새 여론조작에 의해 폭력점거가 되어버렸고, 이제는 모두 끝날 때가 된 것이다.

수천명의 학우가 머리를 땅에 박고 두손은 앞사람의 허리를 잡은 채 도살장에 끌려가는 소처럼 떨고 있다. 조금만 움직이면 군화와 방망이가 날아온다. 여학생이고 남학생이고 관계없다. 아니 더 이상 학생이 아닌, 북한이 사주를 받아 연세대를 폭력점거한 빨갱이들이 아닌가?

하루를 무사히 넘겼다. 조금만 대답을 늦게 하거나 눈동자를 돌리면 컴퓨터 앞에 앉아 있던 문민정부의 민주경찰의 주먹과 발이 날아온다.

그래, 맘대로 해라.

경찰조사도 더 이상 없다. 내일이면 검찰에 송치된다고 한다.

중앙수사본부에서 나온 형사라는 사람들 3명이 나를 찾아왔다.

어 이상하다. 조사는 끝났는데... 그 재미있는(?) 조사도 끝났는데 왜 왔을까?

만나자마자 주먹이 날아온다. 발이 날아온다. 정신이 없다.

어렸을 때부터 운동을 해온 몸이라 웬만한 것쯤은 견딜 만한데 이건 장난이 아니네.

조금 후 나는 내가 왜 맞았는지 알 수 있었다.

저학년 후배들이 친절한 경찰의 주먹, 발길질(심지어는 의자로 후려치기)에 내 이름과 창학이 이름을 대며, 아니 정확히는 경찰이 제시하는 사진을 보며, 종합관 사수대장들이라고 이야기를 한 것이다.

짜이식들 조금만 참지. 거짓말을 할 줄 모르는 착한 후배들 덕분에 매 좀 맞게 되겠군.

이런 생각을 했는데, 그것은 나의 오만이었다.

뭔가를 꺼내는 형사.  
똑같이 쓰란다.

후배들의 진술을 토대로, 아니 정확히 말하면 경찰의 요구대로 써준 것으로 만든 연세대 종합관 사수대 지휘계통과 배치도였다. 모른다고 진술을 했지만 그것은 곧 주먹과 발길질을 부르는 일이었다. 속으로 이런 생각을 했다. 최소한으로 그들이 원하는 것을 해주자. 그들이 제시한 몇 가지 중에 배치도를 그려 주었다. 그게 끝이었다.

검찰조사가 시작되었다. 나와 내가 지휘했던 사수대의 위치를 집중적으로 조사했다. 그때 나의 머리를 스쳐가는 생각. 무엇인가 위고 있구나. 그때부터 나는 경찰조사를 전면부인하기 시작했다. 아니 진실을 말하기 시작했다. 경찰에선 폭력에 의해 어쩔 수 없었다고... 그러나 허사였다. 죄가 있는지 없는지를 밝히는 조사가 아니었다. 나는 검찰에게 이미 죄인이었고 훌륭한 먹이감이었다. 그 어떠한 말도 통하지 않았고, 나의 이야기는 전부 거짓말로 치부되었다.

그때 검사가 내게 그토록 거짓말을 하는데 그럼 종합관 진압 당시의 VTR을 보자고 했다. 내가 경찰조사와는 달리 전경이 사망한 쪽이 아닌, 반대쪽에 있는 것이 너무나 선명하게 보였다. 아 이제 누명을 벗게 되었구나. 안도의 한숨을 쉬었다. 그때까지도 나는 꿈속을 헤매고 있었다.

1996년 10월 20일경 재판이 시작되었다.

수갑을 차고 포승줄에 묶여 호송버스에서 내리는 순간 카메라 플래쉬 터지는 소리, 비디오카메라를 들고 이리저리 움직이는 기자들. 어느새 나와 공범이 되어버린 10명의 학생들은 전경을 죽게 한 사람들이 되어 있었다.

재판의 쟁점은 종합관 지휘부는 없었다는 우리측 주장과 있었다는 검찰측 주장, 지휘부의 지시에 의해

학생들이 조직적으로 돌과 보도블럭을 심지어는 냉장고를 던져 진압하는 경찰을 죽임에 이르게 했다는 검찰측 주장과, 지휘부는 존재하지도 않았고 보도블럭은 옥상에 있지도 않았으며, 경찰의 갑작스런 진압에 반사적·개별적으로 돌을 던졌다는 우리 쪽의 주장이었다.

10번이 넘는 어찌 보면 지루한 1심 재판. 어느 때인가부터 나는 재판의 제3자가 된 느낌이었다. 내가 재판을 받고 있는 것인지, 재판을 구경은 것인지 중잡을 수 없었다.

8월 20일 연행된 후 1달여 동안 검경은 모든 조사를 끝마치고(?) 기자회견이다 특별기획이다 말도 되지 않는 소리를 질러냈지만 우리(민변 변호사님들과 저희 학생들)의 모습은 어떠했나? 워낙 많은 수의 학생들이 잡혀 정신이 없었지만, 그때까지 나는 변호사님이 3번 이상 바뀌어서 변호사님 접견조차도 할 수 없었다.

그때의 당혹감과 불안함.

죄의 유무를 떠나서 안에 갇혀 있는 사람들이 유일하게 기댈 수 있는 사람은 변호사님들 뿐이다. 특히 공안수들에게 있어서, 민변 변호사님들은 단순한 변호사가 아닌 친형같은, 부모님같은 동지일수 밖에 없다.

항소심까지 열서너 번의 재판을 하면서 이런 생각이 들었다. 연행, 구속, 조사할 때부터 변호사님들이 수형자를 만날 수는 없을까? 형량을 적게 받고 많이 받고의 문제가 아니라, 수형자들이 검경의 유도심문에 빠지지 않고 잘 조사를 받을 수 있게, 또한 폭행, 고문 등 가혹행위를 받지 않고 올바르게 수사를 받을 수 있게 말이다.

며칠 전 신문에 북한동포돕기 성금을 유용했다고 하며 00단체 간부들을 검찰에서 구속했다는 기사가 보도되었다. 처음에는 수천만원대를 착복했다는 등 도덕성에 흠집내기를 하였으나, 여의치 않자 정부를

통하지 않고 조총련에 직접 돈을 주었던 것으로 밝혀졌다고 하여 수사를 서둘러 종결시켰다. 언론과 권력기관의 멋진 합작품이었다.

그들에 비해 우리의 힘은 아주 미약하다. 그렇다고 주저앉을 수는 없지 않은가?

오늘도 우리 어머니께서 민가협 집회를 가신다. 아들을 감옥에 보내놓고, 한두 번 가끔 가시더니 지금은 어느새 열렬 어머니가 되었다. 여기저기 면회도 많이 가시고, 재판도 쫓아다니신다. 막심 고리끼의 어머니가 떠오른다.

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

편집자 주: 이 연수기는 지난 6월 23일부터 6월 27일까지 일주일 동안 이루어졌던 서울법대생들의 민변 연수 평가서기입니다.

## 서울법대생 97년 민변연수 평가서

### ... 여성팀

김민정(사법학과 3학년)

교수님의 일방적인 강의를 열나게 필기하고, 시험 때 몰아서 공부를 하는 것을 내용으로 하는 법대 수업을 떠나, 우리가 만들어나가고 처음 시도해보는 열린 연수프로그램에 참가하는 것으로 정신없는 일주일 일을 보냈다. 계절수업을 병행했던 친구들은 알겠지만, 계절수업과 민변연수를 둘다 잘하는 것은 시간상 문제가 많았다. 사실상 4일의 연수기간 동안에 자기 파트가 담당하는 분야에 대하여 조사와 숙제를 끝마쳐야 하기에, 그날그날 숙제를 제때 해오지 않으면 4일 내내 밀리는 수가 있기 때문이다. 변명하건대, 이 때문에 매일 오전에 있던 특별강의에는 미처 대비할 시간이 없었던 것이다. 하지만 내 능력이 닿는 데까지 열심히 하겠다고 스스로 평가한다. 다른 생활분야에 대해서는 단순해져도 좋으니, 일단 결심한 것은 열심히 해야지 하는 단순한 사고방식이었다.

연수를 평가함에 있어서, 먼저 방청 및 특별강의를 보자. 모두 공감하는 것이겠지만, 특별주제가 정해져 있던 이런 강의에 대해서는 미리 어느 정도 공부해와야만, 변호사님들께 질문할 거리가 생기게 마련이다.

앞에서도 말했지만, 시간여건상, 그리고 자료미비상태 때문에, 그전날 따로 공부하는 것은 나같은 자에게 업무가 나지 않았다. 자료집에 최소한의 관련자료(예, 사건설명, 공판전행, 관련법 문제)를 실었으면 몇 배의 효과를 보았을 것으로 생각된다.

법원 방청은 사실 아무 때나 가서 보면 되는 것이니 나가고 생각할 수도 있지만, 사실 말만 그렇게 하지, 실제 법원에 방청가는 경우는 특별한 프로그램이 있는 경우 말고는 드문 것 같다. 이번 기회에 가게 된 것에 그렇게 큰 의의를 두지는 않지만, 이를 계기로 하여, 어쩌다 일찍 시간이 나면, 뭐하고 놀까 고민하지만 말고, 가까운 법원에 구경갈 수 있다는 새로운 항목을 고려할 수 있다면 그것이 성과가 아닌가 한다. 법원 방청석에 앉아 직접 법정을 보면, 교과서에서 보지 못했던 것들이 보일 수 있으니.

둘째로, 팀별 법률사무실 연수를 보자. 우리 여성 폭력문제팀의 경우에는 여러 분의 변호사님들을 사무실 내외에서 만나 볼 수 있었을 뿐만 아니라, 잠깐 잠깐 변호사님들이 일하시는 모습을 엿볼 기회가 있었다. 증인과 상담하는 장면도 그 중의 하나였다. 식사도 몇 번 언어먹을 수 있었는데, 자연스러운 분위기 속에서 잡다한 얘기들도 많이 나누어, 예상했었던 거리를 많이 좁힐 수가 있었다. 이런 점을 보면, 우리 학생들이 변호사님들 일하시는 데 꽤나 방해가 되었

을 것 같기도 한데.

우조교 사건에 대한 상고심 판결을 써보는 것이 우리 팀의 최종과제였는데, 그동안 수업과 관련하여 판례를 많이 읽어 보았어도, 이렇게 실제 판결을 쓰기 위하여 법리를 구성하고, 결론을 내리는 일은 학부시절에서는 아마 처음이자 마지막 경험이 될 것으로 생각된다. 재미있는 것은, 판결을 변호사 입장에서 쓴 듯한 느낌이 든다는 점이다. 판사의 입장에서 썼다면 몇 가지 쟁점에 대하여는 다른 판단을 했을지도 모른다는 생각이 드는 것은, 불확실의 문제일까, 양심의 문제일까.

연수를 하면서 놀란 것은, 교육이 실시된 각 법률사무실에, 오랫동안 광범위하게 축적된 자료가 우리를 기다리고 있었다는 점이다. 변호사들이 자신의 관심분야나 담당사건에 대하여 임기응변적으로 대처하는 것이 아니라, 자료를 모으고 교환하고 계속 공부할 수 있는 여건을 만드는 데에는 이러한 자료와 활동의 축적이 필수적이라 할 것이다. 학교에서 리포트 숙제를 내주면, 빈 공간에서 자료를 처음부터 찾아야만 하는 나의 평소 일 순서와는 달리, 주제별 숙제에 대한 자료는, 아주 많은 양이 스크랩되고, 정리되고 번역되어 있었다. 이러한 자료들이 필요한 사람에게 적절하게 전달될 수 있다면, 학문연구의 효율성이 얼마나 증가할 수 있을까 하는 생각이 든다.

의사가 환자를 진단하여, 무슨 병인지 확인하고, 어떤 치료방법을 써야 할지 결정한 후, 그 치료를 실행하는 과정은, 법률가가 사회를 진단하여, 사회문제를 확인하고, 그 해결방법을 강구하고 실천하는 과정과 비슷하다는 말을 많이 한다. 민변 변호사들의 활동에서 나는 이러한 과정을 일부나마 확인할 수 있었으며, 무척이나 모호한 상태로 있던 변호사상이 조금은 구체화되었다는 데 의의를 둔다. 물론 내가 5일 동안 보고 듣고 느낀 것이 전부는 아니지만, 무엇을 보아야 하고, 어떤 느낌이 드는지를 맞볼 수 있었다는

데 만족한다.

마지막으로, 이번 연수에서 가장 만족스러웠던 것은, 이렇게 사회문제를 자신의 전문분야에서 조직적으로 해결하기 위하여 구성되고 활동하고 있는 단체가 우리 사회에 떳떳하게 존재하고 있다는 사실과, 그러한 가능성과 희망, 나아가 열정이었다.

### ... 노동팀

강아람(사법학과 3학년)

#### 1.일정

#### 6월 23일 월요일

이 날은 사회연수학교가 시작되는 첫날이었다. 아침에 연수학교 자료집이 나왔고, 민변 팀은 12시에 학생회실에서 앞으로의 일정을 간략히 논의하였다. 9명이 신청을 했는데 두 친구가 안 나와서 94학번 1명과 95학번 6명, 총 7명이 모였다. 같이 점심을 먹고 학교를 출발하여 민변 사무실에 도착한 것은 2시 30분경이었다. 4시까지 백승현 변호사님으로부터 민변에 대한 소개, 현재 우리 사회에서 변호사들의 활동, 앞으로의 발전 방향 등에 대해서 교양을 받고, 사무실을 배정받았다. 이번 연수팀은 여성문제 관련팀, 정보통신 관련팀, 노동문제 관련팀으로 나뉘어 사무실을 배정받았고, 각 팀별로 특정 주제를 연구하기로 되어 있었다. 나는 탁환이와 함께 노동팀에 속하여, 시민종합법률사무소에 배정받았고, 앞으로 한 주일간 우리와 함께 동고동락하실 김선수 변호사님을 처음 찾아뵈었다. 변호사님은 우리를 상당히 높이 평가하신 듯했고, 우리는 기대에 못 미치게 황설수설했던 것 같은데, 결국 이번 연수기간 동안 우리가 연구할

주제는 최근 민주노총의 설립신고서 반려에 대한 법적 대응방안 모색으로 귀착되었다. 변호사님이 건네 주시는 목적인 자료를 받아 들고 나오면서 한 주일간의 계획이 대충 잡혔다. 그리 쉽지 않을 한 주의 시작은 이렇게 시작되었다.

#### 6월 24일 화요일

아침에 학교에 가서 범대 도서관에서 쓸만한 자료를 찾아 보았다. 노동법 교과서와 이화여대 신인령 교수님의 노동관계판례분석집 등을 대출하고, 관련 자료를 찾아 민주노총 사무실을 찾았다. 막 점심시간이 시작될 무렵이었는데, 다행히 담당자가 계셔서 관련 자료를 디스켓에 담을 수 있었다. 탁환이와 나는 근처 한성대 학생식당에서 점심을 해결하고, 서초동 법원으로 향했다. 이날 오후 프로그램은 민주노총 권영길 위원장님의 형사재판 방청이었다. 약간 늦게 재판장에 도착하니 이미 재판이 진행중이었다. 권영길 위원장님께서 피고인석에 앉아 계시고, 연세대 관리과장이라는 사람과 경희대 전총학생회 간부가 증인 심문을 받았는데, 94년과 95년에 개최된 노동자 대회와 관련되어 건조물침입죄 성립 여부에 관한 것이었다. 다음 기일 증인 채택 신청을 할 때, 검찰에서 자신들이 조사한 연세대학교 관련자를 변호인에게 안 가르쳐주려고 하는 모습은 희극이었다. 어린아이가 생떼 쓰는 것처럼. 재판이 끝난 후 민변 사무실에서 권영길 위원장님, 담당 변호사이신 조용환, 정연순 변호사님과 재판에 관해 이야기를 나눌 수 있었다. 현재 진행중인 재판이 거의 터무니없는 것으로 민주노총을 탄압하기 위한 것이라는 생각이 들었고, 그 가운데 열심히 싸우고 계시는 위원장님과 변호사님들의 모습을 볼 수 있었다. 특히 자신감 넘치는 권영길 위원장님의 모습에서 희망 같은 것은 느낄 수 있었다. 간담회가 끝나고 김선수 변호사님을 찾아가 자료를 찾으려던 것을 여쭙어보고, 사무실

에서 이것저것 자료도 찾아보았다. 이어 변호사님의 호의로 사무실에 계신 다른 변호사님들과 회식을 할 수 있었다. 까마득한 선배님들의 과거 회고담이 계속 이어지고, 그 속에서 그분들과 우리 사이에 있었던 어색함이 사라지는 자리였다. 기분 좋은 둘째날은 이렇게 저물었다.

#### 6월 25일 수요일

아침에 신문을 펴보고, 오늘이 6.25라는 것을 알았다. 그다지 별 감흥이 생기지 않았다.

생각보다 주제연구가 벅찼다. 오전 내내 집에서 과제를 펴 놓고 마음 속으로는 걱정이 태산같았지만 몸은 너무 늙었는지(?) 졸음만 계속. 평소에는 펴보지도 않던 법서를 보아서 그런지... 그러다가 오후에 민변 사무실엘 갔다. 김도형, 조광희 변호사님께서 작년 8월 한총련 치사사건에 관한 이야기를 해주셨다. 작년에 연대에 있다가 재판을 받은 친구도 있어서인지, 남의 일같지 않은 황당한 수사 과정, 재판 과정 이야기. 게다가 작년에 여론재판에 희생된 한총련이 금년 역시 못매를 맞고 있는 상황에서 안타까운 생각이 계속 들었다. 특히 김종희 의경 치사사건의 경우에는 재판결과가 너무나 터무니없이 사법부가 과연 이래도 되나 싶었다. 아울러 재학중에 우리가 누리는 사상의 자유가 이 사회에서는 용납되지 않는다는 사실이 나를 슬프게 했다. 이어 내일 제출해야 하는 주제 연구 발표를 위해 김선수 변호사님을 찾아가서 이것 저것 여쭙어 보았다. 아무리 생각해도 별 썰족한 수가 없더군. 이날 저녁에는 학교 앞 녹두거리를 먹었다. 시절이 수상해서 그런지 우울한 이야기들이 계속되었고 술을 조금 마셨는데, 이것이 다음날 약간의 문제를 일으켰다.

#### 6월 26일 목요일

당초 이 날의 일정은 오전에 인신구속 및 경찰 폭력의 문제점에 대해서 차병직 변호사님의 강연을 듣고, 오후에는 각 팀별로 자신들의 주제 연구 성과를 변호사님과 함께 평가하는 것이었다. 전날 저녁에 마신 술등의 영향으로 발표문을 다 못 쓴 나는 이날 아침 시간이 부족하여 오전 강연에 못 나갈 것 같다고 94 현영이 형에게 호출을 하고는 집에서 열심히 발표문을 작성하고 있었다. 그런데 사람은 다 똑같은 모양인지, 현영이 형과 몇몇 이들이 역시 발표문 작성 때문에 다른 친구에게 오전 강연 불참을 통보한 상태였다. 결국 약속시간인 10시에 민변 사무실에 나간 친구는 단 2명. 어서 오라는 독촉 전화를 받고 도착한 시간은 11시경이었다. 사무실 옆의 커피 전문점에서 차병직 변호사님과 두 친구가 조촐히 강연(?)을 진행하고 있었다. 나를 포함해서 3명이 늦게나마 죄책감에 떨며 나왔고, 그날 오후에 지방 출장을 가셔야 했던 변호사님은 12시경 자리를 뜨셨다. 변호사님께서 자리를 뜨신 후엔 냉정한 자아 비판이. 일을 잘 하려고 하다가 정작 더 중요한 사람에 대한 예의를 지키지 못한 점이 지적되었다. 이번 연수 기간을 통해 가장 후회되고 반성되는 순간이었다.

하지만 반성도 잠시, 오후 발표마저 핑크를 낼 수는 없었기 때문에 다들 학교 전산실로 돌아와서 열심히 키보드를 두들겼다. 그리하여 연수학교의 성과물이라고 할 수 있는 주제 연구부를 작성하여 시간에 맞추어 시민종합법률사무소로 돌아올 수 있었다. 변호사님께서서는 젊은이들의 참신한 아이디어를 상당히 기대하신 것 같았지만, 나와 탁환이의 능력 관계상 그냥 평범한, 아니 전문가의 입장에서 보면 유치한 그런 발표문이 되었다. 우리가 조사한 것을 발표하면 그 중 쟁점 부분에 대해 변호사님께서 이것저것을 지적해 주셨다. 개정되었다는 노동법이 상당히 교묘하게 복수노조 설립을 규제한다는 인상을 받았고, 특히 노동부가 이것을 자의적으로 해석하여 민주노총의

합법화를 방해하는 것 같았다. 어찌되었건 지난 한 주간의 과제를 무사히 마치고 난 해방감이란... 우리의 노고를 치하(?)하는 의미에서 시민 사무소 변호사님들과 마지막 회식을 하였다. 한 것도 없는데 너무 잘 먹여주셔서 죄송하기도 했지만,

두번째 자리여서 그런지 어색하지 않은 점이 좋았다. 식사를 마친 변호사님들께서는 하던 일을 마쳐야 하는데, 마지막으로 시간이 나면 꼭 들리라는 말씀을 하셨다. 괜히 사무실에서 귀찮게만 했는데 과분한 대접을 받은 것 같았다. 그리고 나와 탁환이는 발걸음도 가벼웁게 집으로 돌아왔다.

#### 6월 27일 금요일

어제 지은 죄가 있어서인지 이 날은 다들 시간에 맞추어 민변 사무실에 집합하였다. 큰 일을 마친 해방감이 모두의 얼굴에 드러나 있었다. 오전에 윤기원 변호사님으로부터 국가 보안법과 조직 사건의 문제점에 대한 이야기를 들었다. 이번 연수 프로그램을 진행하면서 계속 느낀 것인데, 강연에 앞서 사전 교양 같은 것이 반드시 선행되어야 할 것 같다. 강의에 대한 집중도를 높이고, 좀더 많은 것을 얻기 위해선 말이다. 강연이 끝나고 점심을 먹었다. 여성 문제 팀은 담당 변호사님들과 점심 약속이 있었고, 나머지 사람들은 무얼 먹을까 고민을 거듭하다가, 근처 교대의 학생식당을 이용하기로 했다. 교대 학생 식당에는 외부학생 이용금지라는 공고문이 붙어 있었는데, 우리는 이를 무시하고 최대한 아닌 척, 침착하려 하였으나, 결국은 식당 아주머니들로부터 "학생들, 어느 학교 학생들이야" 라는 핀잔을 듣고 말았다. 우리 학교와 다른 식당 이용법에 실수를 거듭하였고, 무엇보다 교대에서 남학생이 5명이나 붙어다니는 것이 시선을 끌었기 때문이었다. 식후 아이스크림을 먹으면서 연수학교를 나름대로 평가하였고, 법관은 전문가여야 하는가에 대해서 각자의 의견이 대립되었다. 사무실

로 돌아오는 길에 그간 수고하신 사무국 분들께 드리려고 컵 세트를 샀다. 아무쪼록 잘 쓰시기를... 2시가 좀 넘어서부터는 사무실에서 각 팀별로 자신들의 연구 성과를 발표하였다. 특정 팀 - 어디라고 말하지는 않겠음 - 이 너무 많은 시간을 사용한 관계로 계획보다 오래 끝났다. 다들 자신의 연구 성과에 대한 자부심이 드러나 보였다. 이어 백승헌 변호사님과 김은영 간사님을 모시고 전체 일정에 대해 총괄 평가를 하였다. 전반적으로 성공적이라는 자화자찬과 함께, 미흡했던 점이 몇 가지 지적되었다. 기간이 짧아서 일정이 너무 빡빡했다. 강연에 앞서 사전 교양이 있어야 한다 등등. 경험이 축적되면 앞으로는 시정될 것이라 믿는다. 그동안 수고하신 사무국장님, 간사님과 함께 근사한 뒷풀이를 했으면 했으나 그날이 민변의 월례회(?)였던 관계로 이 꿈은 성사되지 못하고, 간단히 호프집에서 맥주를 마시며 이런저런 이야기를 잠시나마 할 수 있었다. 이어서 학생들끼리 학교 앞 호프집에서 2차를 하며 그간의 노고를 서로 치하하는 것으로 짧지만 굵었던 민변 사회연수학교를 마감했다.

## 2. 평가 및 감상

평가에 앞서 연수기간 동안 시간을 함께 해주신 많은 변호사님들께 감사드립니다. 특히 연수학교를 기획하고 성사시키는 데 누구보다도 힘써 주신 백승헌 사무국장님과 김은영 간사님께 감사드립니다.

우선 앞으로 개선되어야 할 것들을 몇 가지 적어 보겠다.

① 각 팀을 나눌 때, 또 팀별 주제를 선정할 때, 강연 주제를 설정할 때, 기타 많은 면에서 참가자들의 의견을 반영하여야 한다. 사회연수학교가 좀더 능동적이고 자발적인 참여하에서, 사회연수라는 문제의

식을 심화시킬 수 있기 위해서는 참여하는 학생들의 자발성이 가장 큰 관건이다. 이번에는 준비 일정이 빠듯했던 관계로 주최측에서 임의로 결정한 내용들이 많았는데, 앞으로는 참가자들과의 사전 미팅을 충분히 가지고 이를 통해서 프로그램을 확정하여야 할 것이다.

② 특히 법원 견학이나, 강연 같은 경우에는 사전 교양이 반드시 필요하다. 사전에 약간의 노력만 더 기울이면 많은 것을 얻을 수 있었던 강연들이 사전 준비 미숙으로 어설피게 끝난 경우가 있었다. 모처럼 시간을 내주신 변호사님도 힘 빠지고, 강연을 듣는 학생도 답답한 그런 상황이었다. 철저한 준비가 본 행사를 더욱 알차게 한다.

③ 이번에는 각 팀별로 연구 주제를 설정하였는데, 이는 각 사무실에서 학생들이 한가(?)해지지 말하는 배려도 담겨 있었다. 일정 부분 소기의 성과를 달성한 듯 하다. 사실 변호사 사무실은 각 변호사님들의 직장이고, 연수학생들은 변호사님들의 직장에서 그분들의 업무시간을 빼앗는 측면이 분명히 존재한다. 한창 바쁜 변호사님 같은 경우에는 시간 빠기가 미안한 경우도 있다. 이번에 연수를 맡으셨던 변호사님들의 평가를 통해서 각 사무실에서의 적절한 시간 배분을 고려해보아야 할 것 같다.

④ 강연과 주제연구로 너무 획일화된 면이 있다. 문제의식에 걸맞는 프로그램 개발이 있어야 할 듯.

⑤ 기간의 문제이다. 이번에는 1주일을 전부 투자했는데, 짧은 기간에 너무 많은 것을 하려다보니 다들 힘들어했다. 기간을 조금 늘이고, 약간 덜 타이트하게 하는 것은 어떨 지 고려해볼 필요가 있다.

연수학교를 하면서 생각났던 것은 크게 두 가지였다.

수업을 듣고, 시험 답안을 쓸 때에는 법리에만 매달리게 된다. 좀더 논리적이고, 설득력 있는 법리를

무조건 암기한다. 하지만 법은 최소한의 도덕이라고 하지 않았던가. 현실을 가장 잘 반영하고, 정의를 세우는 것이 법이어야 하지 않은가. 그런데 실제 법리에만 매달리다 보면 큰 것을 보지 못하는 경우가 생긴다. 정의가 무엇인지, 어떻게 세상을 바르게 할 것인지가 아니라, 법논리 그 속에서 지적 유희만을 즐기는 자신을 발견할 때가 있다. 이번 연수학교 기간에 그러한 자신의 모습을 발견하게 되었다. 제도교육이 나를 그렇게 길들여왔던 것이다. 현상의 본질을 파악하려는 노력, 그리고 무엇보다도 법의 정신은 법리가 아니라 정의의 구현이라는 것을 깨달은 것이 이번 연수학교의 가장 큰 성과였다.

다음으로 자신에 대한 각성이었다. 너무 편하게 살려고 하지는 않았던가. 사실 우리 사회에서 양심을 지키며 살아간다는 것이 얼마나 힘이 드는가. 거기서 나는 법조인이라는 도피처를 설정해 놓고 살아 오지 않았는가. 그런 생각이 들었다. 정말 열심히 살아오신, 살고 계신 선배님들의 모습에서 현재의 나를 돌아 볼 수 있었다. 덧붙이자면 한 친구가 이런 말을 했다. 경계해야겠다고. 학창 시절에 우리와는 비교도 할 수 없이 치열하게 사셨던 선배님들께서 지금 민변을 이끌고 계신다. 나약한 우리들이 커서 무엇을 할 수 있을까 라고.

## 정보통신팀

김 홍(사법학과 3학년)

대학에서 3학년이면 - 특히 법대에서는 - 나이 든 층에 속한다. 가방을 둘러메고 벤치에라도 앉아 있다면 어김없이 후배들이 와서는 "형, 공부 안하고 여기서 뭐해요?" 하고는 묻는다. 눈치가 보여서라도 도

서관에 앉아 있어야 하는 3학년이 되어버린 내게 이번 민변 사회연수는 그만큼 부담이 되고 기대도 되는 사건이었다.

이번 사회연수 기간은 6월 23일부터 28일까지 5일간이었다. 연수 방식은 연수에 참가한 8명 전체가 매일 변호사님들을 뵙고 말씀을 듣는 시간이 있었고, 나머지 시간은 2~3명씩 조를 만들어 여성폭력, 노동문제, 정보통신 부문으로 나뉘어 각각의 팀을 맡으신 변호사님들의 사무실에 가서 연구과제도 받고 설명도 들었다. 매일 계속되는 강의와 권영길 위원장님 재판 방청, 그리고 내가 속한 정보 통신 팀에서 나오는 과제물 등 연수기간중 이를 밤을 새우다시피 한 강행군이 이어졌다.

그 중 가장 기억에 남는 부분은 아무래도 가장 많은 시간을 들인 정보통신 공간에 대한 이해가 아닐까 한다. 많은 시간 PC통신을 하면서도 아무런 문제의식이 없었던 내게, 뉴 미디어의 총아로서 정보통신공간이 가지는 새로운 위상을 실감할 수 있었던 것은 큰 행운이었다. 특히 PC통신이라는 공간의 정보를 인권이라는 차원에서 조망해볼 수 있다는 점이 새로웠다.

정보통신에 관한 보고서를 쓰면서 가장 어려웠던 점이 구체적인 예를 들기 어려웠다는 점이었는데, 정보통신에 대한 파악이 그만큼 중요하다는 반증이 아닐까 하고 여겨진다. 즉, 정보 공간은 현재 문제가 되는 사건이라기보다는 앞으로 더욱 문제가 될 공간이라는 것이다. 정보통신 공간이 우리에게 미칠 영향력을 생각한다면 정보통신에 관한 마인드가 길러져야 할 것이라는 생각이다.

변호사님들의 강의 또한 즐거운 경험이었다. 신문 등을 통해서 보고 듣던 내용들이 변호사님들을 통해 생동감 있게 다가오는 것은 누구나 쉽게 경험할 수 있는 것은 아닐 것이다. 또한 변호사님들과 대화를 하면서 많은 것을 잘못 알고 있었고, 그 사건들이 가

지는 중요성에 대하여 너무나 무심했구나 하는 생각이 들었다.

처음으로 공판기록을 보게 된 것도 빼 놓을 수 없는 경험이었다. 한 친구가 "판사가 하는 일은 잘 차려진 밥상을 받아서 골라먹는 것이다"라고 하였는데, 그 잘 차려진 밥상을 내가 받고 보니 황송할 따름이었다. 판결문만을 읽었을 때와는 또다른 재미를 느낄 수 있었고 변호사란 직업이 힘든 일이라는 것을 새삼 느낄 수 있었다. 그리고 판사들이 다소 편식을 하는 경향이 있지 않나 해서 씩씩하기도 했다.

여담이지만 이번 연수에서 힘들었던 점이 있다면 사람들이 민변에 대하여 잘 모르고 있다는 것이었다. 사람들은 만났을 때 뭐하고 지내느냐고 묻는다. 지나 일주일 동안 나는 사회연수를 하고 있다는 점을 밝히기 위해 수도 없이 민변을 설명하고 다녀야 했다. 내가 바라는 바가 있다면 민변이 좀 더 널리 알려지기를 바란다는 것, 그리고 내가 설명하고 다닌 내용이 민변에 폐가 되는 내용이 아니었으면 하는 것이다.

연수가 끝난 지금까지도 가슴 깊이 다가오는 것은 바쁜 시간을 쪼개어 내주시면서도 싫은 기색 한 번 없으셨던 변호사님들과 사무실 간사님들의 마음씀이었다. 그러한 모습들이 연수기간 동안 더 열심히 참여하지 못했다는 죄책감에 무게를 더해주었다.

## 시민권의 진질과 한계

# 자료 및 성명서

민소통보장

# 사면권 및 특사

자료

편집자 주: 이 자료는 모임이 주최하고, 5·18 완전해결과 정의실현·희망을 위한 과거청산국민위원회와 한겨레신문사가 후원하여 지난 7월 24일에 기독교회관에서 개최한 「전두환, 노태우 등 5.18 관련자들에 대한 사면관련 공청회」의 발제문입니다.

## 사면권의 본질과 한계

김 중 서(배재대학교 법학과 교수)

### 1. 들어가는 말

12·12 군사쿠데타와 5·18 내란의 주범인 두 전직 대통령 전, 노씨의 재판이 진행되면서 시작된 사면논의가 신한국당의 대통령 후보 경선과정에서 전면적으로 제기됨으로써 바야흐로 사면은 현재 최대의 정치적 이슈가 되고 있는 형편이다. 그런데 막상 전, 노씨를 사면해야 한다고 주장하는 사람들조차 8·15 특사때와 마찬가지로 "21세기를 위한 국민대화합"이라는 그럴 듯한 수사를 동원할 뿐 그러한 사면의 정당성을 뒷받침할 합리적 근거를 제시하지 못하는 형편이다. 이로 미루어 보아 전, 노씨 사면은 여당이든 야당이든 할 것 없이 연말 대선을 앞둔 각 정파의 득표전략의 하나로 인식되고 있음은 분명하다.

물론 현재 사면을 둘러싸고 있는 이와 같은 상황이 우리 헌정사에서 그다지 특별한 것이라고 볼 수는 없다. 정부수립 이후 현재까지 실시된 무려 72차례에 걸친 사면은 모두가 그 본질과 한계에 대한 어떠한 진지한 고민도 없이 행해져 왔고, 전, 노씨에 대한 사면 논의 역시 그 연장선상에 있기 때문이다. 중대한 정치적 위기가 오거나 선거를 앞둔 시점에서 으레껏

행해지는 사면인데, 20세기 마지막 대통령 선거를 앞둔 시점에서 전, 노씨에 대한 사면논의가 제기되고 있는 것은 전혀 이상한 일이 아니다.

그러나 전, 노씨 사면 논의에는 과거의 어떤 사면과도 다른 중대한 헌정사적 의미가 내포되어 있음을 알 수 있다. 5·18의 진상규명등의 문제는 놔두더라도 우선 사면의 대상으로 거론되는 사람이 전직 대통령이란 점, 그들이 저지른 군사반란과 내란 등의 범죄가 일반 범죄와는 달리 헌법질서 자체에 대한 파괴 범죄라는 점, 성공한(?) 쿠데타 또는 내란에 대한 최초의 사법적 단죄였다는 점, 그리고 또 하나 시기적으로 볼 때, 지난 광복 51주년 기념 특별사면과 관련하여 김영삼 대통령의 사면권 행사의 정당성에 대한 국민의 불신이 전혀 치유되지 않은 상태에서 불거져 나오고 있다는 점이다. 지난해의 8·15 특사에서는 노사분쟁과 관련하여 형사처벌된 대다수의 노동자들이나 양심수들이 사면 대상에서 거의 배제된 반면에, '문민' 정부 초기 단행된 사정으로 처벌되었던 정치인과 관료들은 전원이 사면의 혜택을 받았기 때문이다. 이와 같은 점들은 사면<sup>1)</sup> 또는 사면권 행사와 관련하여 여러 가지 문제를 제기하고있다. 지난해 8·15 특사의 경우처럼 사면권의 행사에 형평성의 문제가

1) 이 글에서 사면 또는 사면권이라 할 때에는 특별한 언급이 없는 한 모두 특별사면을 가리킨다.

125 자료 5·18 관련자 사면관련 공청회 발제문



제기되는 일이 있는데, 이 경우 사면권 행사에 대한 법적인 통제는 가능한가? 가능하다면 어떤 방법이 있는가? 불가능하다면 그 이유는 무엇인가? 사면권 행사에 대한 법적인 통제가 불가능하다고 해도, 사면권의 행사에 내재해 있음직한 한계와 관련한 문제들 역시 제기된다. 즉 사면과 관련하여 합법성의 문제는 제기될 수 없다 하더라도 사면권 행사의 정당성 문제는 제기될 수 있다는 말이다. 예컨대, 사면의 대상이 될 수 있는 범죄의 유형에는 아무런 제약이 없는가? 즉 헌법질서 자체를 파괴한 범죄나 전 국민의 공분을 사는 부정부패범죄, 민주정치의 근간을 흔드는 선거범죄 등에 대한 사면도 가능한가? 또 사면권의 행사로 사법권이나 입법권을 본질적으로 침해할 수 있는가, 즉 행정작용의 하나인 사면권의 행사로 사법권이나 입법권의 전부 또는 일부를 대체할 수 있는가? 사면은 언제 어떤 이유로도 실시할 수 있는가, 즉 사면의 목적에는 아무런 제약이 없는가?

이러한 문제들은 단적으로 말한다면 사면권에 대한 법적 제한과 내재적 한계의 문제이다. 이를 살펴보기 위해서 이 글에서는 우선 사면권과 관련한 현행 헌법 및 사면법의 규정을 살펴보고, 실정법으로 사면권에 제약을 가하고 있는 입법례를 개관해본 연후에 이들로부터 사면권 행사의 한계를 도출해보기로 한다.

### 2. 사면에 관한 실정법의 태도

헌법과 사면법의 규정을 보면 사면권의 행사에 관해서는 그 권한행사 절차에 관한 제약만이 있을 뿐이다. 헌법과 사면법은 일반사면은 국무회의의 의결을 거쳐 국회의 동의를 얻어서 대통령령으로(헌법 제79

조, 제89조 제9호, 사면법 제8조), 특별사면은 법무부 장관의 상신으로 국무회의의 의결을 거쳐 대통령이 명하도록 하고 있다(사면법 제10조). 즉 사면의 목적, 대상, 범위 등에 관해서는 어떤 제약도 존재하지 않는다. 법규정만으로 본다면 사면권의 행사는 법으로부터 자유롭다고 할 만하다. 당연히 사면권의 행사에 대해서는 절차적 측면을 제외한다면 합법성의 문제는 제기될 수 없고 오로지 정당성의 문제만이 남는다고 말할 수 있다. 간단히 말해서 사면권 행사의 내용을 이유로 한 법적인 통제장치는 전혀 없다는 이야기이다.

그러나 우리와는 달리 외국의 경우를 보면 헌법이나 법률로 사면권 행사의 한계에 관한 규정을 두고 있는 경우가 많다. 즉 탄핵의 경우를 사면 대상에서 제외시키거나(미국헌법 제2조), 하원에 의하여 소추된 경우는 사면의 한계를 넘어선 것으로 보거나(노르웨이 헌법), 장관들에 대한 사면을 금지하는 경우도 있다(덴마크헌법). 심지어 프랑스 사면법의 예에서 보듯이 테러범죄, 전범용화죄, 반인륜죄 등에 대한 사면을 배제하는 규정들을 두고 있는 예도 있다.<sup>2)</sup>

이와 같은 외국의 예에 비추어볼 때 사면에 대한 어떤 한계나 제한도 두지 않고 있는 우리 법의 태도가 사면권의 본질에서 나오는 당연한 귀결이라고 보기는 힘들다. 다시 말해 사면권 행사의 한계를 설정하고 사면의 정당성 여부를 판단하는 것은 충분히 가능하다는 것이다.

물론 현행법상으로는 사면권 행사에 관한 어떤 헌법적, 법률적 제약도 발견할 수 없으므로 사면권 행사의 한계가 문제되는 경우라도 합법성의 문제는 발생하지 않으며 그것은 어디까지나 정당성의 문제에 그칠 뿐이다. 그리고 이처럼 사면권의 남용을 법적으로 따질 수 없는 것이라면 사실 사면의 요건이나 한

2) 김민배, 「사면권을 둘러싼 국민적 감정과 법논리간의 갈등」, 『시민과 변호사』, 1997. 5. 참조.

계에 관한 어떤 논의도 이 시점에서 별 매력을 갖지는 못할 것이라는 점을 인정하지 않을 수 없다.

그럼에도 어떤 법도 완전할 수는 없다는 점을 인식한다면, 사회를 어떤 방향으로 이끌어가는 궁극적 힘은 법에서 나오는 것이 아니라 주권자인 국민의 인식과 의지에서 비롯되는 것임을 인정한다면 사면권 행사의 한계와 남용의 문제에 대한 분명한 인식은 사면권자인 대통령으로 하여금 사실상이나 심리적으로도 정치적으로 정당한 사면을 강제하는 효과를 갖는다는 점을 부정할 수 없는 것 또한 사실이다. 그러므로 여기서 사면권 행사의 한계를 밝혀 보는 것이 전혀 무익한 일만은 아닐 것이다.

### 3. 사면권의 한계

여러 학자들이 거론하는 사면권의 한계는 크게 두 가지로 요약할 수 있는데, 사면권의 본질에서 오는 권력분립상의 한계와 사면권 행사의 목적상의 한계가 그것이다.

#### 가. 권력분립상의 한계

사면은 행정작용에 의하여 사법부가 선고한 유죄 판결의 효력의 전부 또는 일부를 변경하는 것이므로 본질적으로 권력분립의 원칙에 대한 중대한 예외를 이룬다. 그러나 현대의 사면권이 절대군주시대의 군주의 대권의 한 내용과는 차이가 있다는 점을 인정하는 한, 사면권이 근대 이후 헌법의 기본원리의 하나로 채택되어온 권력분립 원칙으로부터 완전히 자유로운 영역이라고 말하기는 어렵게 된다. 즉 사면은 권력분립 원칙의 예외이면서도 권력분립 원칙의 본

3) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1996, p. 896.

질과 모순되는 정도의 사면은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 다시 말해서 사면권의 행사가 사법권이나 입법권을 본질적으로 침해할 수는 없다는 한계가 있다는 것이다. 그렇지 않다면 입법과 판결로써 표명된 사법권과 입법권의 행사는 언제나 무제한적으로 사면에 의하여 폐기될 수 있다는 점에서 적어도 형사법의 영역에 관한 한 근대 이후 헌법을 지탱하고 있는 권력분립 원칙은 그 존재의의를 박탈당하게 될 것이기 때문이다.

이와 같은 권력분립상의 한계는 사법권 및 입법권의 침해와 관련하여 제시될 수 있다.

#### (1) 사면에 의한 사법권의 본질적 침해 금지

우선 권력분립의 원리에 비추어 사법권의 본질적 내용을 침해하는 결과가 될 정도의 사면권 행사는 허용되지 않는다고 한다.<sup>3)</sup>

사면은 그 자체가 사법부가 선고한 유죄판결의 효력의 전부 또는 일부를 변경하는 것이므로 권력분립의 원칙에서 본다면 개념상으로 이미 사법권(재판권)에 대한 본질적 침해를 이루고 있다. 그런데 사법권의 본질적 내용을 침해하는 결과가 될 정도의 사면권 행사는 허용하지 않는다는 것은 무엇을 의미하는 것인가?

이는 사면은 사법작용에 대한 중대한 침해를 이루므로 행사되는 경우에도 사법작용 자체에 의해서 해결할 수 있는 사항에 관해서는 허용되지 않는다는 의미로 보아야 할 것이다. 따라서 사법적으로 구제가 가능한 경우에 사면이 행해진다면 이는 사법작용에 대한 본질적 침해를 이루는 것으로 권력분립상의 한계를 일탈한 경우로 볼 수 있을 것이다.<sup>4)</sup>

대표적인 예를 든다면 재심절차나 비상상고, 헌법

재판(재판에 대한 헌법소원이 가능한 경우) 등 사법적으로 구제가 가능한 경우에는 사면이 허용되지 않는다는 점이다. 특히 이는 사면에 의해서도 형의 선고에 의한 기성의 효과는 변경되지 않는다(사면법 제5조 제2항)는 점에서 중요한 의미를 가진다. 제심절차나 비상상고, 헌법소원 등에 의하여 구제될 수 있는 경우 유죄판결을 받았던 자는 무죄취지의 판결을 받음으로써 형의 선고 자체를 완전히 없었던 것으로 할 수 있는 반면에, 사면이 행해진다는 것은 적어도 형의 선고의 효과 자체(유죄의 취지)는 인정하는 것이 되기 때문이다. 1996년 제48차 유엔인권소위원회에 제출된 루이 주아네의 「과거의 중대인권침해 청산 원칙에 대한 최종보고서」에서 제시하고 있는 사면에 관한 원칙 중 “유죄가 인정될 수 있는 한, 의견 및 표현의 자유에 대한 권리를 평화롭게 행사한 것과 관련한 행위에 대해서 기소되거나 판결을 받은 개인에 대해서 사면이 부과될 수 없다”<sup>4)</sup>는 것이나, “범죄자는 국왕의 은사를 거부할 권리를 갖는다”는 1815년 노르웨이 헌법 제20조의 규정은 이러한 취지를 표명한 예로 볼 수 있다.

## (2) 입법권의 본질적 침해 금지

다음은 입법작용 또는 국민대표기관인 의회의 권한을 본질적으로 침해하는 사면은 허용되지 않는다는 것이다. 이는 각국 입법례에서 보는 바와 같이 주로 사면 대상의 제한으로 나타날 것이다.

대표적인 예가 하원의 소추 즉 탄핵소추를 사면대상에서 제외한 경우인데, 국민대표기관인 의회가 그 고유권한의 하나로 탄핵소추를 의결한 경우에 이를

사면할 수 있다고 한다면 이는 의회의 탄핵소추권을 유명무실하게 만들으로써 사실상 권력분립 원리를 포기하는 것이나 다름없기 때문이라는 점을 반영한 것으로 보인다. 의회의 대표적인 대정부통제권의 하나인 탄핵소추권의 헌법적 의의를 생각한다면 이는 당연한 귀결이다.

한편 이와는 달리 프랑스처럼 특정 범죄를 아예 사면대상에서 제외한 경우도 있는데 이는 이들 범죄를 규정한 법률에는 그 처벌에 대한 의회의 단호한 의지가 표명되고 있다는 점, 즉 입법으로 의회의 의지가 특히 강력히 표명된 경우에는 사면권자도 이를 존중하여야 한다는 점을 나타낸 것으로 이해할 수 있을 것이다. 의회의 대표적인 권한은 법률제정권이라는 점에서 의회의 처벌의지가 강력하게 표출된 일련의 범죄를 사면의 대상에서 배제하고 있는 프랑스 사면법의 태도는 권력분립의 원리에 비추어 매우 바람직한 것으로 판단된다.

단지 이 경우 어떤 범죄가 여기에 해당할 것인가, 즉 어떤 형사법규정이 입법자인 의회의 필벌의지가 특히 강력히 표명되었다고 할 것인가 하는 문제가 필연적으로 제기된다. 이는 매우 어려운 문제이기도 하나 다행히도 몇 년 전에 제정된 한 법률에서 그 단초를 발견할 수 있다. 즉 1995. 12. 21 법률 제5028호로 제정된 <헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법>이 그것이다. 이 법률은 형사소송법 제249~253조 및 군사법원법 제291~295조에 규정된 공소시효의 적용이 배제되는 범죄를 규정하고 있다. 즉 형법상의 내란 및 외환의 죄와 군형법상의 반란 및 이적의 죄와 형법 제250조의 살인죄 중 국제법상의 집단살해에 해당하는 범죄에 대해서는, 법적 안정성

의 보장을 목적으로 마련된 공소시효제도의 적용을 배제해가면서까지, 아무리 오랜 세월이 흘러도 반드시 처벌해야 한다는 강력한 의지가 이 법률을 통하여 표명되고 있다.

이와 같이 형법이나 형사소송법에서 법적 안정성 등의 목적을 위하여 범죄자의 처벌을 면하게 할 수 있도록 하고 있는 제도들을 배제하는 등의 조치를 수반하는 범죄의 경우 의회의 강력한 처벌의지의 표명으로 받아들여야 할 것이다. 그러므로 이 의지가 행정작용인 사면에 의해 꺾이게 된다면 이는 입법권의 본질적 침해라고 말할 수밖에 없게 될 뿐만 아니라 그것은 곧 헌법질서 자체의 파괴를 의미하는 것으로 이러한 범죄에 대한 사면은 허용될 수 없게 된다.

## (3) 사면의 겸역성(謙抑性)

한편 사면은 권력분립제의 한 예외라고 할 수밖에 없으므로, 사면이 이 대원칙의 예외인 이상 그것을 발동하는 데 신중해야 한다는 것이다. 이를 사면의 겸역성이라고 한다.<sup>5)</sup> 즉 비록 사면권이 헌법에 의해 국가원수인 대통령에게 부여된 권한이기는 하지만 그 행사는 행정작용에 의해 입법작용 및 사법작용의 효과를 바꾸는 것이므로 대통령은 사면권의 행사로 인한 권력분립의 원리 침해가 최소화될 수 있도록 항상 신중한 고려를 하여야 한다는 것이다.

## 나. 목적상의 한계

### (1) 정치적 남용 금지

또한 사면권은 국가이익과 국민화합의 차원에서 행사되어야 하고 정치적으로 남용되거나 당리당략적

차원에서 행사할 수는 없다고 한다.<sup>6)</sup>

그러나 이는 사실 모든 사면이 ‘국민화합’을 명분으로 실시되고 있는 현실을 그대로 표현한 것에 지나지 않으며, 이것이 현실적인 의미를 획득하기 위해서는 국가이익과 국민화합의 실체가 밝혀지지 않으면 안된다. 그런데 국가이익이나 국민화합이란 용어는 극히 추상적인 것이므로 그 의미를 객관적으로 밝혀 내기는 사실 불가능하다.

따라서 사면권의 행사가 이와 같은 한계를 넘어섰는지를 판단하기 위해서는 사면권의 행사가 가져올 결과를 가지고 거꾸로 그 내용을 판단할 수밖에 없다고 생각된다. 즉 사면권의 행사가 진정으로 국가이익에 도움이 되는가 아니면 반대로 그러한 명분에도 불구하고 오히려 국가이익에 해악이 되는가, 사면권 행사가 분열된 국론을 통합하고 국민들 사이의 갈등을 해소하여 진정한 국민화합으로 이끌 것인가, 오히려 사면권의 행사로 인하여 국론이 분열되고 국민들의 좌절과 분노를 불러 일으킬 것인가 하는 점들을 구체적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다는 것이다. 보다 구체적으로 말한다면, 특별사면의 실시를 전후하여 사면에 대한 국민들의 찬반양론의 대립이 객관적으로 인식될 수 있는 한 그러한 특별사면은 목적상의 한계를 일탈한 것이라고 할 수밖에 없다. 이러한 사면은 오히려 국론을 분열시켜 국민통합에 장애물이 된다고 보아야 한다. 지난해 8·15 특사는 대표적인 예에 해당하며, 현재 제기되는 전, 노씨에 대한 사면 주장 역시 이 기준에서 볼 때 한계를 넘어선 것이 될 가능성이 매우 높다.

그리고 사면권은 정치적으로 남용되거나 당리당략적 차원에서 행사할 수 없다. 사면은 본래 정치적인 것이다. 그런데 도대체 정치적으로 남용된다는 말은 무엇을 의미하는 것인가? 정치적 목적을 염두에 두

4) 이는 사면권 행사의 보충성으로 표현할 수 있다. 中野次雄, 「恩赦制度の運用と刑事政策」, 『ジュリスト』, 934호, 1989. 6. 1, pp. 45~46.

5) 인권운동사랑방 민주법학 편집부 공역, 「인권침해자의 불처벌에 대한 투쟁을 통해 인권을 보호하고 신장하기 위한 일련의 원칙」, 민주주의법학연구회 편, 『민주법학』 통권11호, 관악사, 1996, p.172.

6) 中野次雄, 위의 글, pp.45~46.

7) 권영성, 위의 책, p.896.

지 않은 채 실시되는 사면이 과연 존재하는가? 사면권자인 대통령도 소속정당을 비롯한 일정한 정치적 세력을 기반으로 하고 있는데 사면이 정당의 당리당략적 차원에서 행사되어서는 안된다면, 사면은 대통령의 순수한 도덕적 자비에 기인해서 이루어져야 한다는 말인가? 여기서 정치적 남용이란 말은 다음과 같이 구체화되어야 할 것이다.

일정한 범죄를 대상으로 하는 일반사면이 국민화합이나 국가이익이라는 목적에 좀더 가까운 반면, 특별사면은 특정인을 대상으로 하는 것이므로 이것이 국민화합이라는 목적에 부합하려면 일반사면보다는 좀더 엄격한 판단을 요한다고 보아야 한다. 특정인에 대한 사면은 그 자체가 그 사람에 대한 특혜일 가능성이 이미 내포하고 있기 때문이다. 따라서 특별사면의 경우에는 그것이 국민화합과 국가이익에 부합된다는 합리적인 근거가 일반 국민이 납득할 수 있는 수준으로 제시되지 않으면 안된다. 그렇지 못할 경우 그러한 특별사면은 정치적으로 남용되거나 당리당략적 차원에서 사면권을 행사한 경우라고 볼 수 있을 것이다.

예를 들어 특별사면이 그 대상자로 대표되는 일정한 정치세력의 지지 획득 또는 회유를 목적으로 한다는 합리적인 의심이 제기될 경우 그러한 사면은 정당성이 없는 한계 일탈의 사면이라고 볼 수 있을 것이다. 여기서 말하는 '합리적 의심'은 특히 사면이 이루어지게 될 시간적 상황과 밀접하게 관련될 것이다. 전형적인 경우는 국회의원 총선거나 대통령 선거를 앞둔 시점에서 실시되는 특별사면이 대표적인 경우일 것이다. 만약 여야의 주장대로 전, 노씨에 대한 특별사면이 대통령 선거 전에 실시된다면 이는 정치적으로 남용되는 전형적인 예가 될 것이다.<sup>8)</sup>

8) 한편 전, 노씨 사면을 주장하는 이들 가운데 5, 6공 시절 이른바 '실세'를 이루었던 이들의 사면 주장은 자기사면의 요구에 지나지 않는다는 점을 잊지 말아야 한다.

9) 김민배, 위의 글 참조.

## (2) 법이념상의 한계

그리고 목적상의 한계의 또 하나의 내용으로서 법이념상의 한계를 들 수 있을 것이다. 법과 그 집행은 정의의 궁극적 이념으로 하는 것이다. 따라서 법집행작용의 하나인 사면권 행사 역시 정의의 관념에 부합되어야 함은 지극히 당연하다. 따라서 사면권의 행사가, 정의를 이념으로 하는 법에 대한 냉소나 불신을 부추기는 한, 그러한 사면은 이미 법의 이념적 한계를 일탈한 것으로 보아야 한다는 것이다. 이런 기준으로 볼 때 양심수들에 대한 특별석방요청은 외면한 채, 그 반사회적 죄질로 국민들의 공분을 사왔던 각종 대형비리의 주범들에 대해서만 선별적으로 면죄부를 주었던 지난해의 8·15 특사는 법의 존엄성과 형평성을 근본에서부터 허물어뜨린 것으로, 이런 한계를 완전히 무시한 사면권의 행사로 볼 수밖에 없다.<sup>9)</sup>

## (3) 형사정책적 목적상의 한계

특별사면은 주로 형사정책적 목적에서 출발한다. 첫째 법규의 확일을 완회시키고 그 공정성을 보충하려고 하는 경우다. 둘째 재판의 흠결을 보충하고 재판에 오판 의심이 현저한 경우 이를 교정하는 경우다. 셋째 범인이 개전의 정이 현저하고 이를 벌할 필요가 없게 되었을 때에 이를 사면하는 경우다.

나는 이와 같은 사면의 기능으로부터 역으로 사면권 행사의 한계를 도출해낼 수 있다고 본다. 특별사면의 첫째 및 둘째의 기능은 법의 확일성, 재판의 흠결, 재판의 오판 등으로 인하여 야기되는 구체적 타당성의 침해를 교정한다는 것으로 결국 사면권 행사

가 구체적 정의의 회복이나 실현에 기여할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 이는 역설적으로 구체적 정의의 회복 또는 실현에 기여하지 못하는, 나아가 구체적 정의의 회복이나 실현에 장애가 되는 결과를 낳는 사면권의 행사는 그 내재적 한계를 일탈한 것으로 보아야 한다는 것을 보여준다.

한편 사면의 셋째 기능은 범죄자의 참회와 반성, 피해자의 용서 등 범죄에 대한 가벌성의 현저한 감소로 인해 그러한 범죄의 계속적 처벌이 사회적으로 아무런 도움이 되지 못하는 경우 이를 사면함으로써 해당 범죄자의 사회복귀를 돕고 아울러 사회구성원간의 화합에 이바지한다는 것을 내용으로 하고 있다. 이러한 기능은 사면이 행해지기 위한 구체적인 법적 기준을 제시해준다. 즉 가벌성의 현저한 감소를 뒷받침해줄 상황이 성숙되어 있지 않은 한 사면은 그 한계를 일탈한 것으로 보아야 함을 의미한다.

## 4. 맺음말

이상의 논의를 요약해본다면 사면권의 본질과 한계는 대체로 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

첫째, 사면권은 본질적으로 권력분립의 원리에 대한 중대한 예외이지만, 권력분립 원리의 근본과 모순될 수는 없다. 사면은 권력분립제의 한 예외라고 할 수밖에 없으므로, 사면이 이 대원칙의 예외인 이상 그것을 발동하는 데 신중해야 한다.

둘째, 사면권의 행사는 사법권의 본질적 내용을 침해할 수 없다. 따라서 사법작용에 의한 구제가 가능한 경우에 행사되는 사면권은 이 한계를 넘어선 것이다.

셋째, 사법권의 행사는 입법권의 본질적 내용을 침해할 수 없다. 의회의 국정통제권의 중요요소인 탄핵 소추나 특히 의회의 강력한 처벌의지가 표명된 범죄

에 대한 사면은 허용되지 않는다.

넷째, 사면권은 국가이익과 국민화합의 차원에서 행사되어야 하고 정치적으로 남용되거나 당리당략적 차원에서 행사할 수는 없다. 따라서 사면에 대한 국민들의 찬반양론의 대립이 객관적으로 인식될 수 있거나, 선거 전에 실시되는 등 특별사면이 그 대상으로 대표되는 일정한 정치세력의 지지 획득 또는 회유를 목적으로 한다는 합리적인 의심이 제기될 경우 그러한 사면은 정당성이 없는 한계 일탈의 사면이다.

다섯째, 정의를 이념으로 하는 법에 대한 냉소나 불신을 부추기는 사면은 이미 법의 이념적 한계를 일탈한 것으로 보아야 한다.

여섯째, 형사정책적으로 구체적 정의의 회복이나 실현에 기여하지 못하는 사면이나, 가벌성의 현저한 감소를 뒷받침해줄 상황이 성숙되어 있지 않은 상태에서 이루어지는 사면은 한계를 일탈한 사면이다.

그러나 이러한 한계에도 불구하고 범죄의 피해자가 효과적이고 공정한 수단에 의해 구제될 뿐만 아니라 범죄의 진상이 완벽하게 규명되고 범죄자 역시 자신의 과오를 고백, 진정으로 참회하여 피해자나 일반 국민이 범죄자에 대한 용서를 할 수 있는 상황이 성숙된 경우라면 예외적으로 사면이 허용된다고 보아야 한다. 국민주권주의를 채택하고 있는 헌법의 정신에 비추어볼 때 위에서 언급한 모든 한계는 결국 주권자인 국민의 요구 앞에서는 당연히 한 발 물러서야 하기 때문이다. 우리는 이런 예를 남아프리카공화국의 진실규명위원회의 활동에서 발견할 수 있다. 또한 사형폐지를 권고하고 있는 국제인권규약의 정신이나 사형폐지의 세계적 추세에 비추어 보아 사형의 집행 면제를 내용으로 하는 사면은 언제나 가능하다고 보아야 한다.

이러한 기준들이 받아들여질 수 있는 것이라면, 이제 이를 가지고 현재 주장되는 전, 노씨 사면에 대해 생각해 보자. 전, 노씨의 사면 주장은 과연 허용될 수

있는 범죄에 대한 것인가? 전, 노씨의 사면 주장은 진정 국민화합에 기여하고 구체적 정의의 회복과 실현에 이바지할 것인가? 전, 노씨의 사면이 이루어질 수 있는 상황은 성숙되어 있는가? 범죄자인 전, 노씨는 진심으로 참회하고 있고 12·12와 5·18의 진상은 완벽하게 규명되었는가? 피해자인 광주시민과 전 국민은 이제 기꺼이 그들을 용서할 것인가? 광주항쟁으로 인하여 생명과 자유와 재산을 잃은 사람들은 공정한 절차에 의하여 구제되고 그 명예를 회복받았는가?

이들 여러 물음에 대해서 단 하나라도 "아니다"란 대답이 나온다면 이미 사면 주장은 그 정당성을 상실하고 있는 것이 될 것이다.

이탈의 민변 8월호

이탈의 민변 8월호

# 5.18 관련자 사면에 대한 법적 고찰

박 연 철(민변 5.18특별위원장)

## 1. 머리말

5.18 사건 관련자 사면을 위한 청원서가 제출되었다 한다. 이들에 대한 사면논의는 지난 1997. 4. 17. 대법원의 판결이 있은 후 주로 정치권에서 산발적으로 의견개진을 하였는데, 이제는 그 가족들이 중심이 되어 사면청원서에 상당히 많은 시민의 서명을 받아 청와대에 제출하였다는 것이다. 사면권자는 대통령이므로 대통령실에서 이에 대하여 어떠한 응답을 하여야 하게 되었다. 그들은 아마도 빠르게는 금년 8·15 광복절에 특별사면을 받을 것을 기대하고 제출하였을 터이며, 그렇지 않다 할지라도 향후 사면운동의 단초를 열기 위하여 제출하였을 것이다.

그러나 전두환, 노태우 등에 대한 사면은 정치적, 감정적 기준에 따라 행하여져서는 아니된다. 사면을 논함에 앞서 본 사면의 의미가 어떠한 것인가를 정리하고, 법치주의국가를 확립하기 위하여 사면을 위한 전제조건이 무엇인가, 그 조건을 충족하는 방안은 무엇인가를 확인한 연후에 국민적 공감대를 형성한 후에 이루어져야 한다.

이하에서 사면의 법률적 의미, 사면의 역사와 성격, 사면을 위한 전제조건 등을 생각하여 보기로 한다. 본고는 너무 급히 서둘러 작성되었기에 최소한도의 정리도 거치지 못한 채 종결하고 말았다. 그러므로 하나의 논고라기보다는 사면에 관하여 함께 생각

하여 볼 수 있는 자료 정도로 보여주면 다행으로 여길 수밖에 없다.

## 2. 사면의 법률적 의미

가. 사면은 죄를 범한 자에 대하여 그 죄를 용서해 주고 형벌을 면제하여주는 것을 말한다. 사면법에서는 일반사면, 특별사면, 감형, 복권 등으로 그 종류를 나누고 있다. 일반사면에서는 형의 선고의 효력이 상실되며 형의 선고를 받지 않은 자에 대하여는 공소권을 상실시키며, 특별사면은 형의 집행을 면제시키고, 일반감형은 특별한 규정이 없는 경우 형을 변경함으로써 실행하고, 특별감형은 특정한 자에 대하여 형의 집행을 감경시켜 주는 것이며, 복권은 형의 선고의 효력으로 인하여 상실 또는 정지된 자격을 회복시켜 주는 것을 말한다. 5.18 사건 관련자에 대한 사면이라 함은 특정한 자들에 대한 사면이므로, 그 내용은 특별사면, 특별감형, 특별복권 등을 상정할 수 있다. 우리 법은 광의의 사면을 의미하고 있다(이강혁 교수).

나. 우리 법상 사면권은 대통령이 보유하는 것으로 되어 있다. 대통령에게 사면권을 부여하는 역사적인 유래는 과거 군왕이 행사하던 절대권력에서 그 기원

을 찾을 수 있을 것이다. 즉 국가원수로서의 지위에서 사면권을 행사하고 있다고 보는 것이다(김철수 교수). 그러나 다른 한편으로 국정의 최고책임자인 동시에 기본권 보호기관으로서 그리고 행정부의 수반으로서 가지는 권한이라고도 한다(허영 교수). 그런데 허영 교수도 사면권의 행사는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다고 함으로써 국가원수로서의 대통령의 고유한 권한이라는 점을 인정하고 있는 듯하다.

다. 대통령이 사면권을 행사하려면 일정한 절차를 거쳐야 한다. 사면, 감형, 복권을 명하기 위하여는 국무회의의 심의를 거쳐야 하며, 일반사면에는 국회의 동의를 거쳐야 한다. 국회의 동의를 얻어야 한다는 것은 '입법의 형식을 밟아야 한다'는 것으로 해석하고 있다. 특별사면, 특별감형은 검찰총장의 신청에 의하여 법무부장관이 대통령에게 상신하도록 되어 있으며, 검찰총장은 직권으로 또는 형의 집행을 지휘한 검찰청 검찰관의 보고 또는 수형자가 재감하는 교도소장의 보고에 따라 상신 여부를 정하고 있다. 특별사면, 특별감형, 특별복권에 대하여는 국회의 동의를 요하지 않고 있다. 그러므로 대통령이 특별사면 또는 특별복권의 의사를 관철시키려면 위와 같은 절차적 규정은 그다지 장애요인이 되지 아니한다.

라. 대통령의 사면권 행사에도 일정한 내재적 한계는 두어야 한다고 한다. 첫째 권력분립의 원칙상 행정권이 사법권의 본질적 내용을 훼손하여서는 아니 될 것이며, 둘째 탄핵등의 정치적 책임을 질 자에 대해서는 공소권의 소멸이나 탄핵소추권 소멸은 있을 수 없으며, 셋째 절차상 대법원 또는 사법부의 의견을 물어서 이를 받아들여야 한다는 것을 들고 있다. 그리고 일반사면의 경우 '보편타당적인 평등의 원리'가 존중되어야 한다고 한다(김철수 교수). 5.18관련자의 사면문제에 관하여서도 위와 같은 내재적 한계

와 보편타당성의 원리에 의하여 그 적정성이 판단되어야 할 것이다.

마. 대통령의 사면권은 왜 필요한 것인가. 대통령의 사면권은 국가원수에게 부여된 무상의 특권이 아니라, 국민의 화합과 민심의 전환 등 원만한 국가경영을 위하여 또는 형사정책적 차원에서 필요하기 때문에 존치시키고 있는 것이다. 법률의 엄격한 집행에 의하여서만은 도저히 해결할 수 없거나 더이상 법의 집행이 불필요하고 무익하다고 생각되는 경우 그 해결책이 될 수 있는 것이다. 이와 같은 사면권은 굳이 대통령에게 부여하지 않아도 될 것이다. 의회의 결의에 의하여 대통령은 다만 의례적으로 행사하게 하여도 그 목적을 달성할 수 있을 것이다. 그러므로 사면권의 행사를 대통령의 고유권한이라고 단정하고 그 의사에 의존하려는 것은 사면권을 자의적으로 행사하도록 부추기는 결과를 야기할 수도 있을 것이다. 『범죄와 형벌』의 저자 체자레 벡카리아는 제20장 「형벌의 확실성 및 사면」에서 범죄를 예방하는 가장 좋은 방법의 하나는 잔혹한 형벌이 아니라 확실한 형벌에 있다고 하면서, '범죄가 용서될 수 있거나 형벌이 범죄의 필연적인 결과는 아니라고 생각할 여지를 주게 되면 사람들에게 불벌의 요행심을 야기시키게 된다'고 함으로써 사면의 자의성이 가져올 폐단을 지적하고 있다.

바. 사면권의 자의적 행사를 견제하기 위하여 대통령이 행사한 사면권에 대하여 사법심사가 가능한가 하는 논의가 있다. 대통령의 사면권은 권력분립제도와 무관하므로 사법심사의 대상이 아니라고 하는 의견이 있는가 하면, 그것은 민주국가의 헌법체제 하에서는 도저히 받아들일 수 없다는 의견이 있고, 사면은 통치행위로서 그 성질상 법원의 통제를 받지 아니한다고 하는가 하면, 통치행위 자체를 부인하는 의견

이 있고, 사면은 법으로부터 자유로운 행위라고 하는가 하면, 그 법적 성질을 강조하는 견해가 있고, 사면권의 철회와 거부 모두를 사법심사의 대상으로 하자고 주장하는 견해와 사면의 철회만 사법심사의 대상으로 삼아야 한다는 견해가 대립되어 있다. 이태리에서는 헌법규정으로 '대사 및 사면은 양원의 위임법률에 기하여 공화국 대통령에게 부여하는 것으로 하고 있고', 핀란드에서도 일정한 법적 절차를 경유하도록 규정하고 있다. 서독헌법재판소에서는 아직 사법심사의 대상이 되지 않는다고 하고 있으나, 사면의 철회는 사법심사의 대상이 된다고 하였다(이강혁 교수). 우리 법률은 일정한 절차를 구하고는 있으나, 사법심사의 대상이 되지 않는다는 견해가 더 유력한 것 같다.

### 3. 입법례

미국에서는 헌법 제2조 제2항 제1호 후단에서 '대통령은 합중국에 대한 범죄에 대하여 탄핵의 경우를 제외한 형의 집행정지 또는 사면을 명하는 권한이 있다'고 규정하고 있다. 프랑스 제5공화국 헌법 제17조에는 '공화국 대통령은 특별사면을 행사하는 권한을 가진다'고 규정하고 있다. 서독기본법 제60조 제2항에서는 '연방대통령은 개개의 경우에 있어서 연방을 위하여 사면을 실시한다'고 규정하고 있다. 그리고 이태리와 핀란드에서도 사면에 관한 규정을 두고 있음은 앞서 소개한 바와 같다.

미국의 경우 우리에게 기억되는 사면은 남북전쟁 후 취하여진 것으로 보이는 '집단모반의 죄에 대한 일괄적 사면령'과 1974년 포드 대통령에 의하여 행하여진 '닉슨 전 대통령에 대한 특사'이다.

### 4. 건국 후 행하여진 사면권 행사의 내용

가. 1948년 건국 후 지금까지 사면법에 의하여 어떠한 조치가 행하여졌는지 망라할 수는 없지만 그간 알려진 것을 정리하여 보기로 한다. 입법의 형식으로 행하여진 것으로서 법전에 게재되어 있는 것은 다음과 같다.

(1) 일반사면령은 1981. 1. 31. 대통령령 제 10194호로써 1980. 12. 29. 이전에 징계처분을 받은 전, 현직 공무원 및 징계사유에 해당하는 비위를 범한 공무원을 사면하였다. 제5공화국을 열면서 일부 공무원들에 대한 파면처분등 강력한 정화작업을 하는 한편 나머지 공무원들의 불안감을 불식시키기 위하여 취한 조치로 보인다. 그 후 김영삼 정부에서 1995. 12. 2. 대통령령 제14818호로써 1995. 8. 10. 이전에 범한 35가지 항목의 죄(그중에는 가정의 레에관한법률위반죄, 경범죄처벌법위반죄, 도로교통법위반죄, 민방위기본법위반죄, 주민등록법위반죄, 향토예비군설치법위반죄 등 일상생활에 관련된 경미한 범죄들이 포함되어 있다)를 범한 경우 이를 사면한 예가 있다.

(2) 감형령은 1948. 9. 27. 대통령령 제7호로써 1948. 9. 27. 이전에 형의 선고를 받은 자로서 그 형의 집행전, 집행유예중, 집행중, 집행정지중 또는 가출옥중에 있는 자에 대하여 형을 감경하였고, 다시 1950. 12. 28. 대통령령 제426호로써 1950. 6. 25. 이후 비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령위반죄로 형의 선고를 받은 자로서 형의 집행 전, 집행중 또는 집행정지 전에 있는 자에 대하여 그 형을 감경하였고, 그 후 1952. 8. 15. 대통령령 제667호로써 1952. 8. 15. 까지 형이 확정된 자로서 그 형의 집행 전, 집행유예중, 집행중, 집행정지중 또는 가출옥중

에 있는 자에 대하여 그 형을 감경하는 조치를 취하였다. 최초에는 건국을 기념한 감형으로 생각되나, 두번째, 세번째는 6·25 전쟁중에 발생한 많은 범죄를 감형함으로써 전쟁중 피해를 입은 국민을 위로하고 재활시키려는 목적이 있었을 것이다.

(3) 복권령으로는 1978. 12. 26. 대통령령 제 9227호로써 벌금 이하의 형 선고를 받아 자격이 상실 또는 정지된 자로서 1978. 12. 26. 이전에 그 형의 집행을 종료하였거나 그 집행을 면제받은 자의 자격을 회복시켜주었으며, 1980. 2. 29. 대통령령 제 9797호로써 대통령 긴급조치 제9호 위반으로 형의 선고를 받아 자격이 정지된 자로서 1980. 2. 28. 이전에 형의 집행을 종료하였거나 그 집행을 면제받은 자의 자격을 회복시켜주었다. 전자는 유신정권말기에 대통령의 취임을 기하여 은사를 베풀려 한 것이고, 후자는 10·26 이후 긴급조치위반자의 자격을 회복시켜주는 반정의 조치였다.

나. 특별사면, 특별감형의 예로는 법무부 자료가 아닌 일반연감에서 다음과 같은 내용들을 찾아볼 수 있었다.

(1) 1966. 12. 24. 5·16 군사정권 이후 수감된 혁신계정치범 37명에 대하여 특별사면, 19명에 대하여 특별감형조치를 취하였다.

(2) 1978. 12. 27. 제9대 대통령취임을 기하여 1980년대를 맞아 일시적 과오를 저지른 사람들도 조국번영과 발전에 이바지하게 하기 위한다는 취지로 대사면을 단행하여 특별사면 988명, 특별감형 3,087명, 특별가석방 1,106명, 특별가퇴원 196명, 형집행정지 1명(이때 김대중씨가 서울대학교병원에 수용중 석방되었음), 합계 5,378명에 대하여 조치하였고, 상

술한 일반복권령으로 자격을 회복한 인원은 무려 2,000,000명 가량이었다고 한다.

(3) 1981. 3. 2. 제12대 대통령 취임식을 기하여 전 육군참모총장 정승화, 전 국회의원 박종태, 유갑중, 손주환, YWCA위원장결혼사건관련자 12명, 광주민주화운동관련자 176명, 부마사태관련자 6명, 사북사태관련자 21명, 민청학련관련자 33명, 5·16 반혁명사건 관련자 3명, 경향신문기자사건 관련자 5명, 계엄포고령 위반자 178명 등을 특별사면하고, 김계원 전 청와대 비서실장등을 감형하고, 광주민주화운동 관련자 131명, 부마사태 관련자 9명, 5·16 반혁명사건 관련자 3명, 계엄포고령 위반자 82명 등 5221명에 대하여 은사조치하였다.

전두환은 1982. 3. 3. 대통령 취임 제1주년 기념으로 김대중, 김계원, 이문영 등 10명을 특별감형하고(이때 김대중씨는 무기징역에서 징역 20년형으로 감형됨), 예춘호, 김종완 등에 대하여 형집행정지조치를 하였다.

(4) 1987. 12. 20.에는 시국사범 194명, 공안사범 64명, 계엄법위반사범 23명 등 281명을 석방하였으며, 김대중내란음모사건관련자등 1,581명을 사면, 복권하였다. 이때 5·3 인천사태 관련 장기표, 부산미문화원사건 김현장, 문부식, 제헌의회사건 최민, 김성식, 현대엔진노사분규관련 권용목, 남민전 김남주 등 12명, 재일교포 및 구미유학생간첩단사건관련자 등이 석방되었다.

(5) 1988. 2. 26. 제13대 대통령취임을 기하여 특별사면 및 특별복권 334명, 특별사면 4,214명, 감형 835명, 복권 992명, 가석방 669명, 가퇴원 126명, 가출소 64명 합계 7,234명에 대하여 은사조치를 하

였다.

(6) 1989. 4. 13. KAL기 폭파범 김현희에 대하여 잔형집행면제의 특별사면이 있었다.

(7) 1993. 3. 6. 김영삼 정부의 출범을 맞이하여 특별사면(잔형면제 3,021명, 형선고실효 31,126명), 사면 및 복권 2,703명, 복권 2,987명, 감형 1,076명, 형집행정지 6명, 가석방 763명, 가퇴원 204명 등이었다. 공안관련사범으로는 방북사건의 문익환, 유원호, 장기복역좌익수 6명, 동의대방화사건관련자, 한미문제연구소결성사건, 정원식 전국무총리폭행사건 7명, 전교조의 이수호, 이부영, 전민련공동의장 한상렬 등 138명을 특별가석방하였고, 이영희, 고은, 홍근수, 안동수 등을 포함한 5,600 명에게 복권조치를 하였다. 일반형사범으로는 36,063명이 대상이 되었는데 그중에는 명성그룹 회장 김철호, 그리고 김보은양, 김진관군, 김만기 전 사회정화위원장 등이 포함되어 있었다. 향토예비군법위반 등 벌금이하의 형, 기소유예, 무혐의처리된 자 등 500여만명에 대하여 전과기록을 말소하는 조치를 함께 취하였다.

(8) 1993. 12. 24. 성탄절을 기하여 서석재 전 의원을 사면 복권하고, 뇌물외유사건으로 유죄가 확정되었던 이재근등 12명, 전전교조위원장 윤영규, 부위원장 이부영 등 전교조해직교사 174명등에 대하여 특별사면, 복권이 이루어졌다.

## 5. 사면에 앞서 생각하여야 할 과제들

가. 사면의 주체  
사면의 주체가 현 대통령이어야 하는가 아니면 차

기 이후의 대통령이어도 무방한 것인가. 현 대통령은 전두환, 노태우를 구속기소하도록 명한 장본인이다. 그래서 항간에서는 결자해지의 원칙을 말하면서 현재의 대통령이 그 임기 만료 전에 사면하는 것이 바람직한 것처럼 말한다.

그런데 현 대통령이 자기 의지로 구속한 대상을 아무런 사정의 변경 없이 바로 사면한다는 것은 애초에 그들을 구속하도록 지시하게 된 이유와 동기를 망각한 자기모순적인 조치라고 하여야 할 것이다. 현 대통령은 그들에 대한 형벌의 엄정성을 관철하는 주체로 남아 있어야 할 것이다. 만일 지금 사면을 한다면 현대통령이 그들을 구속하여 재판에 회부한 것은 그가 표방한 '역사바로세우기' 결단이 아니라 단지 정치적 목적으로 전직 대통령을 처단하는 방식을 이용하였을 뿐, 그가 아무런 역사적 신념이나 법률적 원칙을 가지고 있지 않다는 것을 노출하는 것이다.

결자해지의 원칙을 개별적인 인간을 기준으로 생각할 일이 아니다. 대통령이라는 헌법기관이 전직대통령을 처단하는 결심을 하였던 만큼 반드시 그 장본인이 아니더라도, 후임의 대통령이 사면을 검토하더라도 역시 같은 지위에 있는 동등한 인격을 가진 헌법기관이 이 문제를 해결하는 것이므로 결자해지에 해당한다고 볼 수 있다. 결자해지를 운운하는 것은 아무런 근거없이 단지 사면을 재촉하는 연사에 불과한 것이다. 이에 필요한 여러 가지 요건을 모두 구비하는 경우에는 그 주체를 국민으로 보아 무방할 것이다.

나. 사면의 성격 - 정치적, 감성적 이슈를 극복하여야 한다.

(1) 전두환, 노태우의 사면에 관하여는 운동 정치적인 이유만이 고려되는 것 같다. 특히 그들을 사면함으로써 금년 12월의 대통령선거에서 얼마나 많은

표를 얻을 수 있을까 하는 것이 정부여당의 관심이 되고 있다 한다. 야당에서도 이들의 사면을 정면으로 반대하면 출신지역유권자의 반감을 살까보아서 중도적인 입장을 취하고 있다. 그러나 사면은 정치행위에 그치는 것이 아니라 법적인 조치이다. 그들에 대한 사면논의가 정치적인 관점에서만 논하여진다는 것이 야말로 가장 경계하여야 할 일이다.

(2) 전두환, 노태우를 법정에 세웠다는 것은 정치적인 방법으로 해결할 수 없었기 때문에 사법부에 의뢰한 것으로 보아야 한다. 그동안 전두환을 백담사에 유폐시켜보기도 하고, 청문회에 출석시켜보기도 하였으며, 야당의 요구에 따라 5.18 관련 현역 국회의원을 국회에서 강제 축출하기도 하였다. 이와 같은 과정에서 정치인들 사이에는 어느 정도 양해를 받았던 것으로 보인다. 그러나 국민들의 불만과 의혹을 불식시키지는 못하였다. 따라서 그들을 재판에 회부하였다는 것은 바로 국민 앞에 세웠다는 것이다.

(3) 만약 사면을 법적인 기준에 따라 판단하지 아니하고 순전히 정치적인 득실에 의하여 결정한다면 이는 지금까지 성실히 재판을 수행한 사법부를 정치권이 처음부터 악용하였다는 것 이외에 달리 할 말이 없을 것이다. 더 심하게 표현한다면 사법부를 농락하였다고 할 수 있다. 그렇게 되면 이 나라에는 삼권분립의 원칙에 기초한 사법부가 존재하는 것이 아니라 그 위에 대통령이 군림하고 오로지 대통령과 그의 결정만이 가장 존중을 받는 나라, 대통령 이외에는 다른 어떠한 권위도 없는 나라가 될 것이다. 다시 말하면 대통령이 3권 위에 의연히 군림하는 제왕적 지위에 있다 할 것이다.

(4) 그런데 전두환, 노태우의 사면에 관한 정치권의 견해는 대통령후보가 되고자 하는 여야 정치인들

에 의하여 그 내용이 표출되고 있다. 알려진 바로는 국민회의, 자민련 등 야권에서는 두 전직 대통령의 사면 자체를 반대하지는 않으나 관련자의 반성이라는 전제조건을 붙이고 있다. 그리고 여당의 경선후보들 중 이한동씨가 5, 6공에 뿌리를 둔 경력 때문인지 가장 적극적으로 사면을 주장하며, 두 사람을 교도소로 면회하기까지 하였으며, 이수성씨도 대구경북지역을 기반으로 하고 있는 탓인지 '두 전직 대통령을 포함한 정치인들에 대한 대사면이 필요하며, 그 시기는 빠를수록 좋다'는 의견이고, 이회창씨는 직접 언급하기를 피하나 '사법부의 판단이 정치권에 의하여 쉽게 좌우되는 것에 대하여는 반대'하면서도 득표전략상 조기사면론에 정면으로 반대외사를 표명하고 있지는 않은 회피적인 자세이며, 5, 6공을 극복한 문민정부의 계승자이기를 힘쓰는 김덕룡, 이인제씨는 부정적인 입장이라고 한다.

대통령후보는 아니지만 5, 6공출신 대구경북인사인 김윤환씨는 일찌기 사면을 주장하여왔다. 그러나 그들을 조기사면하는 데는 이에 반대하는 유권자도 상당수 있기 때문에 전체득표상의 증감을 판단하는 것은 수월하지 않을 것이다. 전, 노에 대한 형의 집행과 선거와를 관련시키는 것 자체를 시도하지 말아야 할 것이다.

(5) 전두환, 노태우 등 사면이 이번 대통령선거의 주요쟁점이 되어서는 아니될 것이다. 그것은 유권자의 지역성을 부추기는 것이며, 우리 선거문화를 퇴행시키는 것이다. 전두환, 노태우의 처벌로 인하여 출신지역 주민들은 심각한 정신적 공황을 겪었다고 한다.

그래서 국민화합을 위하여서나, 김영삼 대통령의 잔여임기중의 원만한 국정운영을 위하여서는 그들을 사면하는 것이 필요하다고 주장한다. 그러나 전직 대통령의 처벌로 인하여 정신적 공황을 겪은 사람은 비

단 출신지역 주민들만은 아니다. 진정한 지도력을 갖추고 존경할 수 있는 대통령을 선택할 수 없었던 전 국민들이 겪는 가슴앓이이다. 대구경북지역 주민들도 우리에게 필요한 지도자는 같은 지역출신 대통령이 아니라 이 나라 전체를 생각하는 민주적 지도자이어야 한다는 점에 있어서는 냉철하여질 필요가 있다. 그리고 호남지역 주민들도 피해자의식과 원한관계를 극복하고 지역의식을 탈피하여 새로운 발전적 국면을 창출하는 각별한 노력을 하여야 할 것이다. 국민화합은 군사정권과 독재에 대한 비판적 연대의식을 공유하는 데서 찾아야 한다.

그리고 전두환, 노태우들을 사면하지 않아서 정국이 안정되게 운영되지 못한다는 말은 이해할 수 없다. 이것은 전, 노를 왜 처벌하게 되었는지 그 본질을 잘 이해하지 못하고 하는 말이라 생각된다. 전, 노가 국민들이 진정으로 흠모하는 정치적 구심점이기 때문에 이들을 석방하지 않으면 정부에 대한 항쟁을 불사하겠다는 집단이 있는 것도 아니다. 대통령까지 지낸 분이 감옥에까지 갔으면 어느 정도 국민적 심판을 받은 것이고 이제 그만하면 되지 않았느냐라든지, 동화사 스님이 말하였다는 대로 '전직 대통령을 지낸 신분이나 12·12와 5.18의 역사적 단죄라는 입장을 떠나서 인간에 대한 용서와 구원이라는 종교적 입장에서 사면을 구하고 있는 것으로 보인다. 그렇다면 정국의 안정을 위하여 필수적인 것은 아니고, 정국의 안정을 위하여 다소 도움이 될 수 있을 것이라는 정도이다. 그러나 전, 노의 조기사면은 도리어 정국의 불신과 불안을 가중시키는 요인이 더 크다고 할 수 있다.

(6) 전, 노 등을 사면하는 데에는 비단 그들만을 고려하는 것이 아니라, 김영삼 정부에 참여한 인사들 가운데 현재 복역중이거나 재판중인 자, 나아가 김영삼 대통령 자신의 위법행위에 대한 사후처리문제가

지 결부시켜서 고려해볼 수 있을 것이다. 전, 노 등을 사면하면서 김대통령 주위에서 봉직하던 자들을 기속상태에 놓아 두는 것은 내부적인 반발을 받을 수 있을 것이며, 전, 노 등을 사면하는 것이 앞으로 김대통령 자신 및 김현철의 사면에 어떠한 영향을 미칠 것인가를 생각하여 보게 될 것이다. 그러나 법적인 기준을 떠나 정치적인 계산을 하게 될 때에 일관되고 예측가능한 해법은 사라지고 만다. 김대통령 자신의 위법행위에 대하여는 잔여임기 동안 어떻게 처신하느냐에 달려 있다고 할 수 있고, 자신에게 충성하던 사람들에 대하여도 후임 대통령의 판단에 맡겨두는 것이 가장 현명할 것이다.

다. 사면의 전제조건

(1) 어느 조사결과에 의하면 전, 노 등에 대한 사면에 대하여 광주지역에서는 88.0%가 반대하고, 비호남지역 가운데 대구경북을 제외한 지역에서는 63.9%가 반대하였다고 한다. 그러나 전, 노 등에 대한 향후의 처리방침에 대하여는 사면조치할 것이라는 예측을 광주지역에서는 33.7%, 비호남지역에서는 30.1%가 하고 있으며, 감형조치할 것이라는 예측을 광주지역에서는 35.0%, 비호남지역에서는 30.7%가 하고 있어서 사면 또는 감형조치가 뒤따를 것이라는 예측이 더 많았다고 한다(재단법인 5.18기념재단, 사단법인 광주사회조사연구소). 그와 같은 예측에 따라 사면 또는 감형을 하게 될 경우 어떠한 조건이 충족되어야 할 것인가를 생각하여 볼 수 있다.

(2) 광주지역에서와 야당에서는 '관련자의 반성'을 전제조건으로 삼고 있다. 이 견해는 매우 원론적인 것이다. 사면법상으로도 특별사면, 특별감형은 수형자의 수형태도를 관찰하고 감시하는 집행지휘검찰

관 및 교도소장의 보고에 의하여 검찰총장이 법무부 장관에게 특별사면 또는 감형을 품신할 것을 신청할 수 있게 되어 있다. 그러므로 현재 수형중인 전, 노 등이 어떠한 생활을 하고 있는가를 알아야 할 필요가 있다. 광주지역에서 요구하는 관련자의 반성이란 그들이 야기한 12·12 군사반란 및 5.18 내란행위가 국가와 국민 앞에 돌이키기 어려운 해악을 끼쳤음을 자인하고 용서를 구하는 것이다. 그런데 그들은 법정에서 시종 자신들의 행동은 정당하였다는 것을 주장하였을 뿐이며, 현재까지 자신들의 잘못을 진정으로 시인하였다는 소식이 전혀 없다. 이들은 자신들의 행동이 정당하였음을 믿는 일종의 확신범들처럼 보인다. 노태우는 국민 앞에 불법적인 비자금에 드러나자 매우 부끄러워하는 모습을 보였으나, 전두환이 함께 구속되고 난 이후에는 전두환의 영향을 받아서인지 부끄러움을 철회하는 듯 하였다. 전두환은 참으로 자유민주주의가 무엇이며, 무엇이 파렴치행위인지를 모르는 이상한 존재이며, 그 주변에 말할 수 없는 악영향을 미치고 있는 자이다. 관련자의 반성은 직접적으로 확인되어야 하며, 간접적인 문서로는 믿을 수가 없다.

(3) 전, 노 등을 사면하기 위하여 또 선행되어야 할 조건은 그들이 대통령의 지위를 남용하여 축재한 재산을 하나도 남김없이 신고하고 나라의 몰수, 추징에 응하여야 한다는 것이다. 검찰에서 색출할 수 있었던 것 이외의 재산이 있으면 자진하여 신고하여야 할 것이다. 이것은 그들의 파렴치행위에 대한 응징이며, 향후 정치자금을 실명화하고 새로운 정치문화를 형성하기 위한 위한 준비작업이 될 것이다. 그리고 전, 노 등이 그와 같은 불법자금을 활용하여 구태의 연한 정치결사를 구성하려고 준동하는 것을 원천적으로 배제할 수 있어야 할 것이다.

(4) 현재의 대통령이 사면하여야 할 대상은 비단 전두환, 노태우 등만이 아니다. 전, 노 등은 사면의 우선순위에서 오히려 뒤에 서 있는 사람들이며, 이들 보다 앞서서 고려되어야 사람들이 있다. 김영삼 정권은 국가목표가 낮고, 역량이 부족하여 전정권에 비하여 더 넓은 금도를 보이지 못한 채 많은 시국사범과 공안사범을 양산하였다. 그리고 오랫동안 복역하고 있는 장기수, 양심범에 대한 사면, 감형도 과감하게 행하지 못하였다. 김영삼 정권은 유서대필사건의 강기훈씨를 만기까지 복역시켰으며, 사노맹사건으로 무기징역형을 선고받은 박기평(노해), 15년형을 선고받은 백태웅 등에 대하여 아무런 조치도 하지 않고 있으며, 황석영, 박영희 등 문인에 대하여도 아직 냉담하기만 하다. 전술한 평등성과 보편타당성의 원리에 입각하여 전, 노보다 먼저 고려되어야 할 양심적 수형자가 없는지 반드시 검토하여야 할 것이다.

(5) 전, 노 등의 사면에 대하여는 사법부의 의견을 사전에 청취하여야 한다. 전, 노 등을 조기사면하는 것은 사법부의 독립을 해치는 면이 강하기 때문이다. 그리고 우리 사회의 안정과 발전을 법치주의국의 확립과 세계화에서 구할 수 있다고 한다면, 사법부가 왜 전, 노 등에 대하여 그와 같은 판결을 하였는지 사법부의 법철학과 법선언의 의미를 명확히 이해하고 그것을 훼손하여서는 아니될 것이기 때문이다.

#### 라. 사면의 시기

##### (1) 김대통령 재임기간중의 사면

(가) 사면의 시기에 관하여 항간에 떠돌듯 신한국 당경선후보의 건의에 의하여 8·15 광복절을 기하여 사면하고 만다면 김대통령의 가장 잘못된 선택이 되고 말 것이다. 그렇게 되면 김대통령의 사면자체의

정당성이 심각하게 논의되고 그에 따른 저항이 유발될 것이다. 그렇다고 대선에서 여당후보의 득표율을 높이기 위하여 대선전에 사면한다는 것도 순전히 정치적인 이유로 사면의 전제조건이 갖추어지지 않은 상태에서 행하여지는 것이므로 역시 최악의 선택이라 아니할 수 없다.

(나) 대선 후 정권 이양 전에 결자해지의 자세로 사면한다는 것도 타당하지 아니다. 김대통령이 임기 전에 사면한다는 것은 결국 자신이 전, 노 등을 구속기소하게 한 것은 정치적 목적에 기한 과잉행동이었으니 용서해달라고 하는 것과 같다. 그것은 대통령으로서 권한을 행사하는 것이 아니라 그와 같은 권한을 이용하여 용서를 비는 것과 같다. 아마 사면을 받은 전, 노 등은 승리자인 양 수많은 환영객을 동원한 가운데 교도소와 구치소를 나설 수 있을 것이다. 그들은 정치적으로 재기할 꿈을 다시 꾸게 될 것이다. 그러므로 김대통령은 그 임기중에 사면을 결행하지 않는 것이 타당하다. 이것은 후임 대통령에게 정치적인 부담을 안겨주는 것이 결코 아니다.

##### (2) 차기 대통령 이후의 사면

차기 대통령은 1998. 2. 취임식을 기하여 종전의 예에 따라 대사면을 단행할 수 있을 것이다. 이때 5.18 사건 관련자들도 그 가운데 포함시킬 수 있을 것인가가 문제이다.

여당에서 정권을 재창출하더라도 후임 대통령은 전, 노 등에 대한 정치적인 채무도 거의 없으며, 국민의 여망에 따라 법치국가를 확립한 가운데 경제발전을 지속시켜야 할 역사적 사명을 부여받고 있으므로 민주국가, 법치국가의 잣대로 엄정하게 처리할 수 있을 것이다. 다시 말하면 사면의 전제조건이 충족되지 않으면 후임대통령의 임기 내내 사면을 생각지 않아

도 무방할 것이다. 그러나 이들에 대한 장기구금이 오히려 역효과를 가져오는 시점이 도래할 수도 있으므로 임기 내내 모른 채 하기도 어려울 것이다. 새로운 대통령이 취임하였다고 하여 아무런 전제조건 충족이 없이 취임식에 즈음하여 사면시키는 우를 범하지 않으면서 임기중 적당한 시기를 택하여 적어도 구금상태에서 해제하는 방책을 취할 수 있을 것이다.

야당에서 특히 김대중씨가 대통령에 당선되면 전, 노 등을 사면하는 데는 여당 출신 대통령보다 정치적 부담이 적을 것으로 보인다. 김대중씨가 대통령에 당선되었다는 것 자체가 여야정권교체 및 지역간 정권교체가 이루어진 것이며, 김대중씨야말로 피해당사자이기 때문에 전제요건에 연연하지 않고 승리자로서의 화합차원에서 과감히 사면할 수도 있을 것이다.

#### 마. 사면 이외의 처리방법

전두환, 노태우를 처리하는 방법이 사면만 있는 것은 아니다. 그들이 우리의 자유민주적 기본질서에 승복하지 않는 한 그들을 반드시 사면이라는 방법으로 구제할 필요는 없을 것이다. 사실 대통령을 감옥에 안치시키고 있는 상태가 국민 모두에게 결코 편안하지 아니다. 그들이 교도소(또는 구치소)의 한편에서 비정상적인 수행생활을 하는 것 자체가 교도행정상 많은 문제를 야기하고 있을 것으로 짐작된다. 그들이 전직 대통령이라는 점을 참작하여 그들이 김대중씨에게 행하였던 것처럼 형집행정지의 방식으로 석방하여주는 하되, 행동의 반경을 극히 제한시키는 방법을 강구할 수도 있을 것이다. 그러나 이와 같은 조치는 현 정부 하에서 이루어져서는 아니된다. 그리고 그들에 대하여 어떤 유형의 복권조치도 행하여져서는 아니된다. 왜냐하면 그들은 헌법파괴범이며 대역의 죄를 범하였을 뿐 아니라, 유례없는 파렴치행위를 한 자들이기 때문에 이성적인 자세를 견지



하여 선부른 동정은 모두 금하여야 한다.

### 5. 맺는 말

전두환, 노태우 등의 사면을 위하여 종교계 특히 불교계가 깊은 관심을 기울이고 있는 것으로 보인다. 종교적인 관점에서 인간을 바라보면 어느 누구도 용서하지 못할 대상이 없을 것이다. 그러나 전두환, 노태우 등의 사면을 청원하는 입장에서는 불교계 나름대로 전두환, 노태우 이외에 자비를 구하여야 할 다른 중생들에 대한 관심을 먼저 가져보고, 전두환의 아집과 탐욕에 대하여 경계할 줄도 알아야 할 것이다.

우리 국민들은 전두환, 노태우를 용서하여주기 위하여 때를 기다리고 있다고 본다. 윤공회 주교의 말대로 용서하여주려고 하여도 그 대상이 없기 때문에 용서하여주지 못한다고 하였다. 대상이 왜 없겠는가만은 용서하여준다고 하여 상대방이 진심으로 뉘

우치지도 않을 것이라는 점을 개탄한 것으로 보인다. 때가 이르거나 늦어지거나 그것은 큰 문제가 아니다. 그들의 사면을 청원하는 서면에 서명날인한 사람들도 조급하게 마음을 가지는 것도 아니다. 그렇다면 우리에게 요구되는 것은 성숙된 해결이다. 그들이 진정으로 뉘우치면 뉘우치는 대로, 정녕 자신의 의를 고집하면 그에 상응하게 처우하는 방안을 마련하여야 할 것이다.

이 문제를 당하여 우리가 끝까지 고수하여야 할 것은 어떤 위협적인 정변에도 흔들리지 않는 진정한 민주주의국가를 확립하여야 한다는 것이다. 전두환, 노태우를 재판에 이르게 한 힘은 국민운동으로부터 나왔다. 이것을 김대통령이 역사바로세우기라는 취지로 받아서 재판에 회부한 것이다. 우리의 잘못된 역사는 청산하고 새롭고 바른 역사를 구축하여 나가는 것이 우리의 간절한 희망이다. 전두환, 노태우를 처벌하는 것이나, 사면하는 것이나 모두 역사바로세우기의 관점에서 성실하게 수행되어야 한다.

## 청소년사법제도 운영에 관한 국제연합 최소기준규칙(북경규칙)과 평석

차지훈

### 제1장 일반원칙

#### 제1조 기본적 관점

제1항 회원국은 각국의 입장에 따라 청소년과 그 녀 또는 그의 가족의 복지를 증진시키도록 하여야 한다.

제2항 회원국은 인생에서 비정상적인 행동에 가장 민감하게 반응할 때인 청소년기 동안 청소년들에게 사회에서 의미있는 삶을 보장하고, 가능한 한 범죄와 비행에 오염되지 않는 개인의 발전과 교육과정을 육성할 조건을 발전시키도록 노력하여야 한다.

제3항 법이 간섭할 필요를 줄이고, 법을 위반한 청소년에 대하여 효과적이고, 공정하고, 인도적으로 처리한다는 측면에서 청소년의 복지를 증진시키기 위하여 학교와 그의 지역사회의 기관들뿐 아니라 가족, 자원봉사자, 그의 지역의 단체를 포함한 가능한 모든 자원을 최대한 동원할 수 있는 건설적인 조치를 취하는 데 충분히 주의를 기울여야 한다.

제4항 청소년사법제도는 청소년에 대한 사회적 정의의 전체적인 틀에서 각 국의 국가발전과정에 통합

된 한 부분으로 이해되어야 하며, 이리하여 청소년의 보호와 사회질서의 평화를 유지하는 데 기여하여야 한다.

제5항 이 규칙은 각 회원국에서 보편화된 경제, 사회 및 문화적 상황 속에서 이행되어야 한다.

제6항 청소년사법제도는 그 제도에 종사하는 직원의 자질 및 그들이 취하는 수단, 접근방법과 태도를 개선하고 유지하여야 한다는 측면에서 체계적으로 개발되고, 협력되어야 한다.

#### 제2조 적용범위와 개념정의

제1항 다음의 최소기준규칙은 인종, 피부, 성별, 언어, 종교, 정치적 등의 견해, 국적, 사회적 계급, 재산정도, 출신, 또는 그의 신분과 같은 어떠한 종류의 차별을 받지 않고 공평하게 청소년 범법자에게 적용되어야 한다.

제2항 이 규칙을 위해 회원국은 각국의 법률체계와 개념정의에 합치하는 방식으로 다음의 개념정의

1. "청소년"은 각 국의 법체계에서 범위만시 이른

과 다른 방식으로 취급되는 어린이 또는 청년이다.

2. "위반"은 각 국의 법체계에서 법에 의해 처벌할 수 있는 행동, 행위 또는 부작위이다.

3. "청소년범법자"란 범죄혐의를 받거나 범죄사실이 드러난 어린이와 청년이다.

제3항 각국의 관할권 안에서 특별히 청소년 범법자에게 적용될 수 있는 일련의 법, 령, 규칙을 제정하고, 청소년사법제도의 운영기능을 맡고, 다음 각호의 사항을 담당할 기관과 기구를 설치하기 위한 노력을 기울여야 한다.

- 1. 청소년범법자의 기본적 권리를 보호하면서도 그들의 다양한 요구를 수용하는 것
- 2. 사회의 요구를 수용하는 것
- 3. 다음 규칙을 철저히 공정하게 시행하는 것

### 제3조 규칙의 확장

제1항 이 규칙의 관련규정들은 청소년 범법자뿐 아니라 어린이 저지른 경우라면 처벌될 수 없는 특정 행동에 대하여 처벌절차가 진행되는 청소년에게도 적용되어야 한다.

제2항 이 규칙에 구현되어 있는 원칙들은 복지와 보호절차에서 다루어지는 모든 청소년에게도 적용될 수 있도록 노력하여야 한다.

제3항 이 규칙에 구현되어 있는 원칙들은 젊은 성인에게도 적용되도록 노력하여야 한다.

(평석) 이 규칙은 모든 국에 널리 규정되어 있는 청소년

1항은 이른 바 각국에 널리 규정되어 있는 청소년이므로 범법으로 판단되는 이른바 신분범죄 이룰 때면, 무단결석, 부모에 대한 불복종, 공공장소에서의

음주와 같은 행위를 한 청소년에게도 확장적용됨을 명시한 것이다.

### 제4조 형사책임연령

청소년의 형사면책연령개념을 둔 법체계에서는 형사책임을 지는 나이의 시기를 너무 낮게 고정하여서는 안되고, 청소년의 감정적, 정신적, 지적인 성숙도를 고려하여야 한다.

### 제5조 청소년 사법의 목적

청소년 사법제도는 청소년의 복리를 강조하여야 하고, 청소년범법자에 대한조치는항시 범법자와 위반행위의조건에 비례하여야 하는 것을 보장하여야 한다.

### 제6조 재량의 범위

제1항 이용수단의 다양함뿐 아니라 청소년의 다양하고 특별한 요구의 견지에서 절차의 모든 단계와 수사, 기소, 판결과 처분의 후속절차를 포함한 청소년 사법제도 운영의 각기 다른 차원에서 적절한 범위의 재량이 허용되어야 한다.

제2항 그러나 그러한 재량권을 행사함에 있어 모든 단계와 차원에서 충분한 책임이 뒷받침되도록 노력하여야 한다.

제3항 재량권을 행사하는 사람은 그것을 정당하고, 그들의 기능과 임무에 맞게 행사하도록 특별한 자질을 갖추어야 하고, 훈련을 받아야 한다.

### 제7조 청소년의 권리

절차의 모든 단계에서 무죄추정, 혐의를 고지받을 권리, 묵비권, 변호사의 도움을 받을 권리, 부모나 보호자를 만날 수 있는 권리, 증인에 대한 반대신문권, 상급기관에 상소할 권리와 같은 기본적 절차보호장치가 보장되어야 한다.

### 제8조 사생활의 보호

제1항 적절치 못한 공포나 분류과정에 의하여 초래될지도 모를 위험을 피하기 위하여 사생활에 대한 청소년의 권리는 모든 단계에서 존중되어야 한다.

제2항 원칙적으로 청소년범법자를 특정할 수 있는 정보는 공개되어서는 안된다.

### 제9조 단서조항

이 규칙의 어떠한 규정도 국제연합과 다른 인권기구에 의하여 채택된 죄수의 처우에 관한 최소기준규칙과 청소년의 보호와 관련된 국제사회에 의해 승인된 기준의 적용을 배제하는 것으로 해석되어서는 안된다.

## 제2장 수사와 기소

### 제10조 최초 접촉

제1항 청소년을 체포하는 경우 그녀 또는 그의 부모나 보호자에게 체포사실이 즉시 알려져야 하고, 만일 그러한 즉시 고지가 불가능할 경우 그후 가능한 가장 짧은 기간내에 고지가 이루어져야 한다.

제2항 판사나 권한이 있는 다른 공무원이나 기관은 지체없이 석방의 문제를 심사하여야 한다.

제3항 법집행기관과 청소년범법자의 접촉은 그 사건의 상황을 적절히 고려하여 청소년의 법적지위를 존중하고, 청소년의 복지를 증진하며, 청소년에게 해를 주지않는 방법으로 이루어져야 한다.

### 제11조 회부

제1항 청소년범법자를 처리함에 있어서 이 규칙 제14조 제1항에 규정된 권한 있는 기관에 의한 정식 재판에 의하지 않는 심사가 적절히 고려되어야 한다.

제2항 청소년 사건을 다루는 경찰, 검찰 또는 다른 기관은 정식신문절차에 의하지 않고 각국의 법체계에서 그러한 목적을 위하여 설정하여 둔 기준과 이 규칙에 규정된 원칙에 따라 그들의 재량에 따라 각각의 사건을 처리할 수 있는 권한이 부여되어야 한다.

제3항 적절한 사회단체나 다른 기관에로의 위탁과 관련된 회부는 반드시 청소년 또는, 그 또는 그녀의 부모나 보호자의 동의를 받아야 하고, 다만, 신청이 있는 경우 사건위탁결정은 권한 있는 기관에 의하여 심사되어야 한다.

제4항 청소년사건의 재량에 의한 처리를 쉽게 하기 위하여 사회단체에 임시 감독과 선도, 피해의 배상과 보상과 같은 계획이 마련되도록 노력하여야 한다.

### 제12조 경찰에서의 전문화

청소년을 자주 또는 전적으로 다루거나 주로 청소년범죄 방지에 종사하고 있는 경찰관은 그 임무를 최

대한 잘 수행하기 위하여 특별한 교육과 훈련을 받아야 한다. 대도시에서는 그러한 목적의 특수경찰조직이 설립되어야 한다.

### 제13조 재판중의 구금

제1항 재판중 구금은 최후의 수단으로서, 그리고 가능한 최단기간 내에서 이용되어야 한다.

제2항 재판중 구금은 가능한 경우에는 항상 밀착 감독, 강화된 보호, 가정의 소개와 같은 대안적 조치에 의하여 대체되어야 한다.

제3항 재판중 구금에 있는 청소년은 국제연합에 의하여 채택된 죄수의 처우에 관한 최소기준 규칙의 모든 권리와 보장을 부여받아야 한다.

제4항 재판중 구금에 있는 청소년은 어른과 분리되어야 하고, 어른을 수용하고 있는 시설과 다른 곳, 또는 시설 중 다른 부분에 수용되어야 한다.

제5항 구금되어 있는 동안 청소년은 보살핌, 보호, 그들의 나이, 성, 그리고 인격에 비추어 요구될 수 있는 사회적, 교육적, 직업적, 정신적, 의학적, 육체적 인 모든 필요한 개인적 보조를 받아야 한다.

## 제3장 재판과 처분

### 제14조 재판권이 있는 기관

제1항 청소년범법자에 대한 사건이 제11조에 따라 회부되어지지 않는 경우 그녀 또는 그는 법원, 조정법정, 선도위원회 등 권한 있는 기관에 의하여 공

평하고 정당한 재판 원칙에 따라 다루어져야 한다.

제2항 절차는 청소년의 이해관계를 최대한 반영하고, 청소년의 참여와 그녀나 그의 견해의 자유로운 표명을 허용하는 이해의 분위기에서 이루어져야 한다.

### 제15조 변호사, 부모와 보호자

제1항 절차의 진행과정 내내 청소년은 법률전문가에 의해 대리될 수 있는 권리를 가져야 하거나 또는 그 국가에서 무료법률구조가 제공된다면 그러한 구조를신청할 권리를 가져야 한다.

제2항 부모나 보호자는 절차에 참여할 권한이 부여되어야 하고, 청소년의 이익을 위하여 그들을 참석하도록 법원으로부터 요구받을 수 있다. 그러나 그들은 청소년의 이익을 위하여 배제가 필요하다고 추정되는 이유가 있는 경우 권한 있는 기관에 의해 참여가 거부될 수 있다.

### 제16조 사회적 환경 보고서

사소한 위반에 관련된 경우를 제외하고 모든 사건에서 권한 있는 기관이 선고 전 최종처분을 내리기 전에 사법적 판결을 돕기 위해 권한있는 기관에 의하여 그 청소년이 살고 있는 배경과 환경, 또는 위반이 범하여진 조건이 적절히 조사되어야 한다.

### 제17조 판결과 처분시 지침

제1항 유권기관의 처분은 다음 원칙에 따라 이루어져야 한다.

1. 조치는 항상 위반상황과 정도뿐 아니라 사회와

청소년의 요구 및 청소년의 환경에 알맞게 취해져야 한다.

2. 청소년의 자유에 대한 제한은 신중한 심사가 이루어진 후에만 부과되어야 하며, 가능한 최소한에 그쳐야 한다.

3. 청소년의 자유의 박탈은 그 청소년이 타인의 폭행에 깊게 개입되었다거나 또는 다른 중대한 위반을 범하였다는 판결을 받지 않은 경우, 그리고 다른 적당한 처분이 있는 경우에는 부과할 수 없다.

4. 청소년의 복지는 그녀 또는 그의 사건을 심의함에 있어 중심적 요인이 되어야 한다.

제2항 사형은 청소년에 의한 어떠한 위반에 대하여서도 부과되어서는 안된다.

제3항 청소년은 체벌을 받아서는 안된다.

제4항 유권기관은 언제든지 절차를 중단할 권한을 갖는다.

### 제18조 처분의 종류

제1항 가능한 한 최대한으로 제도화를 피하기 위하여 융통성을 허용함으로써 유권기관에 아주 다양한 종류의 처분이 이용될 수 있어야 한다. 처분은 다음과 같으며, 몇 개의 처분이 결합될 수도 있다.

1. 보호, 선도과 감독명령
2. 보호관찰
3. 사회봉사명령
4. 벌금, 보상과 원상회복
5. 중재조치와 다른조치명령
6. 단재상담이나 비슷한 활동에의 참여명령
7. 고이양육, 생활공동체, 또는 다른 교육시설에 관한 명령

### 8. 다른 관련 명령

제2항 어떤 청소년도 그녀 또는 그의 사건에 대한 환경이 부모로부터의 분리를 필요로 하지 않는 이상 전적으로든 부분적으로든 부모의 감독으로부터 벗어날 수 없다.

### 제19조 시설 수용의 가능한 최소한의 이용

시설에 청소년을 수용하는 것은 항상 마지막 수단으로서의 처분이고, 필요 최소한의 기간 동안이어야 한다.

### 제20조 불필요한 지연의 회피

모든 사건은 처음부터 불필요한 지체 없이 신속히 취급되어야 한다.

### 제21조 기록

제1항 청소년범법자에 대한 기록은 엄격히 비밀로 유지되어야 하고, 제3자에 대하여 공개되지 않아야 한다. 그 기록에 대한 접근은 직접 그 사건을 처리하는 데 직접 관련을 갖거나 달리 적합한 권한을 부여 받은 사람에게만 허용되어야 한다.

제2항 청소년범법자의 기록은 같은 범법자가 포함된 후속사건의 어른들에 관한 진행절차에서 이용되어서는 안된다.

### 제22조 전문직업화와 훈련의 필요

제1항 전문가 교육, 업무훈련, 재충전과정 그리고 다른 적절한 훈련양태가 청소년사건을 다루는 모든

직원의 필요한 전문직업으로서의 자격을 얻고, 유지하기 위하여 이용되어야 한다.

제2항 청소년사법종사원은 청소년사법체계에 접하게 될 청소년의 다양성을 고려하여야 한다. 청소년사법기관에서서 여자와 소수인종의 공정한 대표를 보장하기 위한 노력이 이루어져야 한다.

### 제4장 비수용처분

#### 제23조 처분의 효과적 시행

제1항 규칙 제14조 제1항에서 규정한 유권기관의 명령을 시행하기 위하여 그 기관자체에 의하여서이든 또는 다른 기관에 의하여서이든 상황에 필요한 대로 적절한 준비가 이루어져야 한다.

제2항 그러한 준비는 유권기관이 필요하다고 판단할 때 명령을 변경할 권한을 포함한다. 다만, 그러한 변경은 이 규칙에 내포되어 있는 원칙에 따라 결정되어야 한다.

#### 제24조 필요한 도움의 제공

절차의 모든 단계에서 숙박, 교육, 직업훈련, 고용, 재할과정을 도와주는 유용하고 실질적인 도움이 청소년에게 주어져야 한다.

#### 제25조 자원봉사자와 그외 봉사기관의 동원

자원봉사자, 자원봉사단체, 다른 지역사회의 자원은 지역사회에서, 그리고 가능한 한 가족단위에서 청소년의 재활에 효과적으로 공헌할 수 있도록 요청되어야 한다.

### 제5장 수용처분

#### 제26조 수용처분의 목적

제1항 공공시설에 수용된 청소년의 훈련과 처우의 목적은 청소년이 사회에서 사회적으로 건설적이고 생산적인 역할을 수행하도록 도와준다는 측면에서 관심, 보호, 교육과 직업기술을 제공하는 것이다.

제2항 수용된 청소년은 그들의 나이, 성, 인격 그리고 그들의 전반적인 발전을 위하여 요구할 관심, 보호와 모든 필요한 사회적, 교육적, 직업적, 정신적, 의학적, 신체적 도움을 받아야 한다.

제3항 수용된 청소년은 어른과 격리되어야 하고, 어른 수용시설과 다른, 또는 어른 수용시설의 다른 부분에 수용되어야 한다.

제4항 수용된 여자청소년범죄자는 그녀들의 개인적 요구와 문제에 대하여 특별한 주의를 받아야 한다. 그녀들은 남자 청소년 범죄자보다 관심, 보호, 보조, 처우를 덜 받아서는 안된다. 공평한 처우가 보장되어야 한다.

제5항 수용된 청소년의 이익과 복지를 위하여 보호와 보호자의 면접권이 보장되어야 한다.

제6항 교육적인 불이익 때문에 수용시설로부터 이탈하는 것을 방지하기 위한 측면에서 부처 사이의 협력 수 수용된 청소년에게 적절한 학업, 직업훈련을 제공하기 위하여 촉진되어야 한다.

제7조 국제연합에 의하여 채택된 죄수의 처우에 관한 최소기준규칙의 적용

제1항 죄수의 처우에 관한 최소기준과 관련 권고는 관련이 있는 한 재판중 구금되어 있는 청소년과 수용시설에 있는 청소년범죄자의 처우에 적용되어야 한다.

제2항 청소년에게 특수한 나이, 성과 인격에 따른 다양한 요구에 부응하기 위하여 가능한 한 최대한으로 죄수의 처우에 관한 최소기준규칙에 규정된 관련 원칙이 시행되도록 노력하여야 한다.

#### 제28조 조건부 석방의 빈번하고, 조속한 이용

제1항 수용시설로부터의 조건부 석방은 가능한 최대한 적절한 기관에 의하여 이용되어야 하고, 가능한 가장 빠른 시간에 허용되어야 한다.

제2항 수용시설로부터조건부로 석방되는 청소년은 적당한 기관으로부터 도움과 감독을 받아야 하고, 지역사회로부터 충분한 도움을 받아야 한다.

#### 제29조 준(準)수용제도

청소년의 사회재통합을 도와줄 중간안식처, 교육적인 가정, 주간훈련원과 그외 적절한 제도와 같은 준수용제도를 마련하도록 노력하여야 한다.

### 제6장 연구, 계획, 정책입안과 평가

#### 제30조 계획, 정책입안, 평가의 기초로서의 연구

제1항 효과적인 계획과 정책입안의 기초로서 필요한 연구를조직하고, 증진하는 노력이 이루어져야 한다.

제2항 구속중인 청소년의 다양하고 특별한 요구뿐만 아니라 청소년 비행과 범죄의 경향, 문제, 원인을 정기적으로 검토하고, 평가하기 위한 노력이 이루어져야 한다.

제3항 청소년사법운영체계의 구조에 대한 정기적인 평가연구가 이루어지도록 노력하여야 하며, 그리고 운영체제의 적절한 평가와장래의 개선개혁을 위한 관련자료와 정보를 수집하고 분석하도록 노력하여야 한다.

제4항 청소년사법체도의 운영시 서비스의 제공은 국가 발전을 위한 노력의 일부로서 제도적으로 계획되고, 시행되어야 한다.

# 북한의 변호사제도

김진욱

## 1. 북한 변호사제도의 특징

### 가. 개요

종래 1948. 11. 1. <변호사에 관한 규정>에 의해 변호사제도 규율

현재 1993. 12. 23. <조선민주주의인민공화국 변호사법> 채택: 1990년대 이후 진행된 사회주의권의 몰락 또는 자본주의 경영방법 도입에 따른 북한 사회주의체제 변화에 발맞추어 채택된 것으로 보임.

### 나. 다른 사회주의국가에 있어서 변호사제도의 연혁과 특징

구소련: 변호사제도가 존속하였으나 집단화(1932. 2. <변호사단체구성원집단에 관한 규정>), 1960년대부터 각 연방공화국에서 변호사에 대한 법령을 정비하기 시작하여, 1980년대에 들어와서는 고등법학교육을 이수하거나 법률전문분야에서의 경험 요구, 1988년경 25,000여명의 변호사 존재

중국: 1957년 후반의 '반우운동' 및 1966~1976까지의 '문화대혁명'으로 변호사제도 폐지, 문화대혁명이 끝난 후부터 사법제도 관련 법률의 재건과 함께 변호사제도 재건, 1988년 개인경영방식을 취하는 합

작제 몰사사무소가 설치되기 시작하여 현재는 자본주의국가의 변호사제도와 거의 유사한 형태를 띠게 됨

구동독: 통독 전 구소련과 같이 집단화되었다가 1990. 2. 22. <자영변호사의 업무 및 허가에 관한 법률>로 변호사의 집단화 폐지

### 다. 북한 변호사제도의 기본적 특징

(1) 북한 변호사는 노동자계급의 입장에서 전인민의 정당한 권리와 법적 이익을 보호할 임무 담당 - 재판절차나 그 밖의 법률적 원조를 행함에 있어 프롤레타리아트 계급의 입장에서 재판의 정확과 진실에 부합하는 해결에 협력할 의무를 짐.

### (2) 집단적 성격

- 변호사 개개인이 의뢰인으로부터 사건을 직접 수입하거나 보수를 받을 수 없을 뿐만 아니라 반드시 해당 변호사회에 입회하여 그 소속 변호사위원회의 회원으로 활동하여야 하고, 변호사위원회로부터 일상적인 업무내용을 지도, 통제받도록 되어 있음.

- 새 변호사법상 '국가는 변호사 활동의 독자성을 보장한다'고 규정하나 이는 집단화된 변호사 조직의 한정된 범위 내에서의 독자성에 불과함.

(3) 법률사무에 관한 독점적 지위 불인정: 비변호사라도 영리를 목적으로 하지 않는 이상 법률상담, 법률문서 대리작성, 소송행위, 변호활동이 광범위하게 허용됨.

(4) 유사 범조직역종사자의 부존재와 과소한 변호사 수: 법률사무에 대한 수요자체가 적고, 법규의 내용도 간단하며, 일반인도 아무 제한 없이 법률사무 수행이 가능하기 때문

(5) 변호사 자격의 추상성: 새변호사법상 '법률전문가의 자격을 가진 자', '법부분에서 5년 이상 일하던 자' 등으로 규정하고 까다로운 자격 요건이나 경력 요건 불요구

## 2. 변호사의 자격과 변호사 수

자격: 변호사법 제20조 "법률전문가의 자격을 가진 자, 법부분에서 5년 이상 일하던 자, 해당 분야의 전문가 자격을 가진 자로서 단기 법률교육을 받고 변호사시험에 합격한 자"가 각각 조선변호사회 중앙위원회의 자격심사를 거쳐 변호사가 될 수 있다고 규정.

법률전문가의 자격을 가진 자: 대학, 전문학교의 법률전공과를 졸업하고 상당기간 법률교육, 법학연구에 종사한 자를 의미하는 것으로 보임(김일성종합대학 법학부 법학과, 평양인민경제대학 법학과를 졸업하고 그 대학등에서 법학교수직에 있는 자 또는 사회과학원 법학연구소에서 법학연구업무에 종사하는 자가 그 예가 될 것임).

법부분에서 5년 이상 일하던 자: 재판소, 검찰소의

판사, 검사, 서기 국가보위부, 사회안전부, 최고인민회의 법제위원회, 정무원 산하 대외경제위원회 등에서 입법관련직, 대외경제체결 등의 업무에 5년 이상 종사한 자를 지칭하는 것으로 보임.

해당 분야의 전문가 자격을 가진 자로서 단기 법률교육을 받고 변호사시험에 합격한 자: 변호사시험이 실시되는지 불명확함.

- 북한 변호사의 사회적 지위나 보수가 그리 높지 않아 법학교수나 법학연구기관의 연구원들이 겸직할 수 있게 됨(1991. 9. 전직 200 겸직 300).

## 3. 변호사의 직무범위와 권리, 의무

북한 변호사직의 속성은 사회주의국가의 기능인 프롤레타리아 독재와 전인민적 소유의 수호를 보조하는 것

북한 변호사의 직무범위: 형사재판의 변호인, 민사재판 및 중재재판에서의 소송대리인, 국가기관, 기업소, 사회단체의 법률고문, 법률문서의 작성, 법률상담이 중 계획경제의 특성상 중재재판에서의 소송대리업무, 섭외적 거래관계의 중대에 따른 법률고문 업무의 중요성이 커질 듯함.

### 북한 변호사의 권리:

- 형사재판 변호인으로서 사건기록 열람권(변호사법 제9조 1호)

- 민사소송대리인으로서 사건기록 열람권

- 담당사건의 증인, 감정인과의 담회권, 해당기관, 기업소, 단체와 공민에게 변호 등에 필요한 증거문서, 증거물의 열람과 제출요구권(변호사법 9조 4호):

중국의 경우 변호사에게 조사권까지 인정

- 피소자 등과의 접견교통권, 재판소, 검사에 대한 의견 제기권

- 의뢰인에 대한 방조요구 거절권 - 변호사는 법률상 방조를 신청하는 자가 사실을 정확히 말하지 않거나 그 신청이 법에 어긋나는 경우 그의 요구를 거절할 수 있다(19조). - 객관적 진실의무를 부과한 듯함.

- 심급대리원칙의 배제

민사재판절차 등에서의 변호사의 역할과 소송대리절차:

- 자유주의 국가에서와 같이 당사자의 종속적 대리인

- 소송대리절차는 우리의 경우와 큰 차이가 없으나, 변호사 대리인의 경우 법원에 요청하지 않고 직접 증인, 감정인을 만나고, 필요한 증거문서등의 제출요구권

형사재판절차 등에서의 변호사의 역할과 변호절차:

- 객관적 진실의무 부담

- 예심원이 형사책임을 추궁할 것을 결정한 때부터 변호인의 방조를 받을 수 있음

- 변호인이 될 수 있는 자는 변호사, 피심자 또는 피소자의 근친자, 소속단체의 대표자 기타 검사, 재판소의 승인을 얻은 자

- 변호인은 변호인으로 선정되었다는 것을 안 때부터 접견 가능

- 변호인의 선정 없이 사건이 재판소에 기소되었을 때에는 공선변호인 선정

- 예심이 끝난 때부터 사건기록 열람권 가짐

- 변호인은 피소자의 법적 권리가 보장되지 않고 있는 사실을 알았을 때 검사에게 의견 제시권 가짐

- 변호인은 사실심리가 끝나면 변론 및 보충변론

권 가짐.

변호사의 의무:

- 비밀유지의무(제15조): 북한의 변호사관의 변화 조건

- 법규해설활동의무(제11조): 북한에 특유한 제도

- 수입인으로서의 선량관리자의무는 자유국가의 경우와 별다른 점이 없음

#### 4. 변호사 조직 - 조선변호사회 및 각급변호사 위원회를 둠

조선변호사회 - 중앙과 도, 해당부문에 설치된 각급 변호사위원회간 연락을 도모할 목적으로 설치된 협의기관

조선변호사회 중앙위원회 - 평양에 위치한 변호사 위원회로서 변호사 자격심사, 자격박탈심사, 보수기준의 결정, 타국 변호사회와의 교류사업 담당. 형식적으로는 국가사법행정기관에 소속되지 않고 독립적으로 존재함.

변호사위원회 - 법률상 방조를 구하는 기관, 기업소, 단체와 공민의 신청을 접수하고 사업분담을 조직하며, 변호사들의 사업조건을 보장하고 변호사 보수를 받는 일 담당, 기타 법률교양사업 수행, 변호사 보수를 기초로 독립적 재산을 가짐.

사무소와 법률상담소 - 시, 군, 기업소별로 설치, 변호사위원회 아래에서 그 통제 하에 법률상담, 법규해설 등의 업무 담당

#### 5. 변호사 보수와 징계

#### 6. 외국변호사에 대한 특칙

대외개방정책의 추진을 위한 제도정비로서 1994. 민사소송법 채택시 외국인, 외국기업에 소송의 주체성을 인정하고, 외국법에 대한 법원성도 인정하였으며, 국제 민사분쟁 해결에 관한 법률제도 정비와 함께 외국변호사에 대한 특칙을 둬.

23조 - 다른 나라 변호사에게 호상성의 원칙에서 공화국 변호사 자격을 줄 수 있다. 공화국 변호사 자격을 가진 다른 나라 변호사는 다른 나라 법인과 개인, 다른 나라 법과 관련된 문제만을 취급할 수 있다고 규정. 그러나 위 조항만으로는 외국변호사가 구체적으로 어떤 조건 하에서 어떠한 절차에 따라 북한의 변호사 자격을 취득하여 어떠한 법률사무에 종사할 수 있을지, 상호주의의 내용이 무엇인지 불명확하다는 점에서 그 의미는 별로 크지 않음.

중국의 경우 법률시장은 개방하지 않으면서도 외국변호사에게 단순한 대리인의 자격에서 중국의 중재재판절차와 상사분쟁 등의 법률문제에 개입하는 것을 허용하기 시작한 바, 북한의 경우에도 변호사에게 법률사무에 대한 독점적 지위를 인정하지 않는 점에서 외국변호사가 대리인의 자격으로만 법률사무를 취급할 수 있을 가능성 있음.

# 최근 시국공안 관련 대량구속사태와 인권침해사건에 관한 보고서<sup>1)</sup>

민주화실천가족운동협의회

## 1. 97년 6월의 대량 구속사태 현황 및 원인 분석

최근 6월 한 달 동안 시국공안사건으로 모두 413명이 구속되었다. 시국사건 구속자가 하루 평균 13.7명꼴로 발생한 셈이다. 이러한 대량구속 사태는 제5기 한총련 출범식(5월 30일부터 6월 1일까지 한양대에서 열릴 예정이었으나 경찰의 원천봉쇄로 무산됨)과 관련하여 대규모로 학생들이 구속되었고, 한총련 출범식 공방 속에서 시민·학생들에 대한 불법체포 남발과 무분별한 국가보안법 남용사태가 벌어졌기 때문으로 분석된다.

한총련 출범식과 관련하여 공안당국이 한총련 자체를 이적단체로 규정, 한총련을 와해시키겠다고 공공연히 주장하며 공안분위기를 조성하는 가운데 6월 한달 동안 국가보안법이 적용되어 구속된 사람은 무려 136명에 이른다. 이들은 공개적인 노동·사회단체 회원이거나(한총련, 참여노련, 노동정치연대 등) 이미 졸업해 직장생활을 하고 있는 사회인이거나(전

북대 자주혁신대) 활동을 중단하고 군에 입대한 학생이(청년, 자주혁신대) 대부분으로, 공안분위기를 틈타 공안당국이 마구잡이로 연행, 인신구속한 것으로 보인다.

이러한 국가보안법 관련 구속자 급증현상은 지난 4월 24일 대검찰청 공안부가 "황장엽씨 망명을 계기로 고정간첩을 포함, 각계에 침투한 좌익세력 전반에 대해 수사에 나서기 위해서"라며 지난해 8월 구성된 '한총련 좌익사범 합동수사본부'를 노동부, 문화체육부, 공보처 관계자들까지 참여시켜 '좌익사범 합동수사본부'로 확대 개편한다고 밝힌 내용과도 연관이 있는 듯하다.

김영삼 정부 하에서 발생한 국가보안법 사건을 시기별로 분석하면, 94년 박홍 전 서강대 총장의 '주사파 발언 파동'과 관련하여 94년 6월부터 10월까지 매달 40명~60명 정도가 구속되었고, 부여무장간첩 사건(이른바 김동식 사건)이 발생한 95년 11월에는 60명이 구속되었으며, 96년 10월 한달 동안 국가보안법 구속자가 80명으로 집계되었는데 이는 북한 잠

1) 필자 주: 민가협은 최근 시국공안 관련사건으로 대규모 구속자가 발생하고 그에 따른 인권침해사건이 급증하고 있음에 우려하며 특히 지난 6월 한 달 동안의 시국사건에 대한 조사결과를 중심으로 보고서를 작성하였습니다. 이 보고서가 우리의 인권현실을 점검하고 개선하는데 작은 역할이라도 할 수 있길 바랍니다. 97. 7. 15.

수정 출현의 여파로 보인다. 이렇듯 국가보안법 관련 구속자의 증가배경에는 공안당국의 공안분위기 조성 과 밀접한 연관관계를 맺고 있는 것이다.

그러나 이번 6월 한 달 동안의 국가보안법 위반 구속자는 136명으로, 그 이전의 구속수치와는 비교도 안될 정도로 급격히 증가, 김영삼 정권에서의 최대 구속수치를 기록하고있다.

결국 김영삼 정권 출범 이후 1997. 7. 3. 현재 시민, 학생, 군인, 재야 등 모두 3,606명의 양심수가 양산되었고 7. 3. 현재 전국 39개 구치소, 교도소에는 890명의 양심수가 갇혀있다.

뿐만 아니라 체포나 연행과정에서 인권침해 양상은 심각한 수준에 이른 것으로 보인다. 경찰이 대학 구내에서 학생을 불법체포하는 사례가 빈번하게 발생하고 있다. 수업중인 학생이나 시험을 치르던 학생들을 체포하는가 하면, 경찰이 등산객으로 위장해 대학구내에 들어가 학생들을 잡아가지도 했다.

계엄상태 또는 군사독재 치하에서 가능했던 경찰의 대학 상주가 민주화운동의 확산으로 인해 경찰이 대학 구내에 들어가는 것이 불가능한 상황으로 변화되었는데 이제 이러한 '성역'은 무너지고 과거로의 회귀현상이 일어나고 있기까지 하다.

한편 한총련 출범식과 관련하여 5월 27일부터 6월 7일까지 12일간 208명의 학생이 구속되어 6월 한달 구속자의 절반을 차지하였다. 한총련 출범식 관련 구속자의 경우 208명이 모두 기소되었다. 이전에는 1학년생의 경우 단순참가층으로 분류되어 대부분 구속을 면하거나 기소유예로 풀려나왔으나, 이번 한총련 출범식 관련으로 구속된 1학년생 50명은 전원이 구속기소되는, 전례를 찾아보기 힘든 법 적용이 이루어졌다.

이와 같은 대규모 구속 사태는 정부당국의 공안분위기 조성 과 무관해보이지 않는다. 대표적인 당국의 방침 발표내용은 다음과 같다.

▲ 6월 10일 대검 공안부(주선희 검사장)는 안기부, 경찰, 교육부 등 관련기관 실무자들이 참석한 가운데 '좌익사범 합동수사본부' 2차 실무회의를 열고 올해 출범한 제5기 한총련 산하 대의원대회를 비롯한 중앙조직 전체를 국가보안법의 이적단체로 규정해 관련자들을 전원 형사처벌하기로 했다고 밝혔다. 대검관계자는 "한총련 소속 총학생회별로 오는 7월말까지 자진탈퇴를 종용하고 계속 남고자 하는 대학이나 단체 등에 대해서는 한총련의 친북이적 활동에 동조하는 것으로 간주해 그 지도부 구성원들을 전원 이적단체 가입·구성 등의 혐의로 처벌할 방침"이라고 밝혔다.

▲ 6월 21일 정부는 고건 총리 주재로 내무 법무 공보처 장관 등이 참석한 가운데 치안관계장관회의를 열고 한총련 핵심지도부 1백 40명을 오는 7월 말까지 공개수배를 통해 모두 검거하기로 했다. 정부는 이를 위해 △ 검거대상자별로 개인별 수사전담반 편성 △ 수사에 필요한 예산의 적극 지원 △ 검거 경찰관에 대한 특전부여 확대 △ 체포자 현상금 지급 등의 조치를 취하기로 했다. 정부는 또 폭력시위 근절을 위해 <집회 및 시위에 관한 법률>과 <화염병 사용등의 처벌에 관한 법률>을 개정해 처벌조항을 강화하기로 했다.

97년 월별 구속자(총 744명)

월	1월	2월	3월	4월	5월	6월	7월
총구속자	23명	31명	70명	98명	99명	413명	10명

\* 7월 구속자는 7월 3일 현재까지의 수치입니다.

97년 국가보안법 구속자(총 293명)

월	1월	2월	3월	4월	5월	6월	7월
국보법	9명	20명	30명	61명	31명	136명	6명

## 2. 체포, 연행과정에서 나타난 인권침해 사례

수업 반던 학생 학생처로 유인해 불법체포, 인권

침해뿐 아니라 수업권 침해라는 지적도

6월 9일 박정애(순천공업전문대학 96학번, 총학생회 홍보부장)씨는 수업 도중 강의실에 들어온 조교로부터 "학생처에서 급히 찾는다"는 말을 듣고, 교수의 양해를 얻어 학생처로 갔다가 체포되었다. 당시 박정애씨는 학생처에 대기하고 있던 순천경찰서 형사 2명에게 체포되어 곧바로 경찰서로 연행되었다. 그러나 형사들은 박씨에게 체포영장을 제시하지 않았고 미란다 원칙도 지키지 않았다. 박씨의 구속사유는 한총련 출범식에 참석했기 때문인 것으로 알려졌다.

교수연구실 문을 부수고, 조교실에서 시험을 치르던 학생회 간부 불법체포

6월 24일 오대홍(전남대 사범대 회장, 역사교육과)씨는 사범대 3호관 교수연구동 내 교수연구실에

서 기말시험을 치르던 중 체포되었다. 당시 오씨는 같은 과 박수기(부총학생회장)씨와 함께 교수연구실 옆 조교 사무실에서 시험을 치르고 있던 중 갑자기 교수연구실 문이 부서지는 소리가 들려 밖을 내다보다가 8명의 건장한 남자들이 교수연구실 안을 뒤지고 있는 장면을 목격하였다. 이에 놀란 두 학생이 밖으로 뛰어나갔는데 뒤쫓아온 동부경찰서 형사들에게 오씨가 체포되었다. 이 소식을 듣고 달려온 학생들이 사범대 3호관 앞에 주차해 있던 형사들이 타고 온 엑셀, 산타모 승용차를 제지하자 형사들은 산타모 승용차에 오씨를 싣고 가고, 엑셀 승용차는 그대로 놔둔 채 황급히 학교를 빠져나갔다. 이후 엑셀 승용차는 동부경찰서 소속 김기선 형사의 소유로 밝혀졌다. 다음날 오씨는 시위참가, 시위주도 혐의로 구속되었다.

경찰이 대학구내에 상주하며 학생 불법체포

6월 18일 밤 11시경 김선일(연세대 법대 학생회

6월 국가보안법 위반 조직사건(국보법 7조3항 이적단체 혐의사건) 일람

사건명	구속일	수사기관	구속자수/적용법조
노동정치연대 인천지부	6. 2.	인천경찰청 보안분실	총 4명 국보 7조 3항
서울대 애국청년선봉대	6. 9.	경찰청 홍제동 분실	총 5명(1명 불구속) 국보 7조 3항
고려대 구국선봉대 청년	6. 12.	서울경찰청 장안동 분실, 기무사	총 23명(군인 9명) 국보 7조 3항
부산지역 학생연대	6. 14.	부산경찰청 보안분실	총 10명 국보 7조 3항
한국노동청년연대	6. 20.	서울경찰청 옥인동분실	총 9명 국보 7조 3항
전북대 자주혁신대오	6. 27.	전북경찰청 보안분실	총 16명(군인 8명) 국보 7조 3항
참세상을 여는 노동자연대	6. 30.	경찰청 홍제동분실	총 11명 국보 7조 3항

장)씨는 법대 학생회실에 갔다가 발신인 없이 "급히 연락해 달라"는 내용과 핸드폰 번호가 적힌 메모를 보고 전화를 걸기 위해 학생회실 근처 공중전화 부스로 갔다가 체포되었다. 김씨는 전화 수화기를 드는 순간 서대문 경찰서 소속 형사 3명에게 입을 틀어막히고 안경이 깨지는 등 폭행을 당하며 연행되었다. 김씨는 3월 29일 고 노수석 학생 추모집회를 주도했다는 이유로 집시법 위반 혐의로 구속된 것으로 알려졌다.

6월 26일 오후 7시 30분경 원대일(부천전문대 총학생회장)씨는 총학생회 사무실에서 회의를 마치고 화장실을 다녀오던 중 화장실 밖에 잠복하고 있던 부천중부경찰서 소속 8명의 형사들에 의해 강제로 연행되었다. 원씨의 구속사유는 한총련 출범식 관련으로 알려졌다.

등산객 가장해 학생회관에 들어온 보안수사대 형사들에게 체포

6월 13일 새벽 4시 30분경 박규도(동아대 부총학생회장)씨가 교내에서 부산경찰청 보안수사대 소속 형사에게 불법 체포되었다. 당시 형사 30여명은 운동화와 등산복을 입고 쇠파이프, 커터기 등이 들어 있는 릴낙시 가방을 들어 등산객으로 가장, 학생회관 안으로 들어갔다. 당시 경찰들은 학생회관 4층 총학생회실등지에 있던 총학생회 사무국장등 학생 7명을 책상에 머리를 처박게 하는 등 기합을 주고 "바깥으로 나오면 죽인다"고 위협했다. 곧 이어 6명의 사복 형사들은 저항하는 박규도씨의 사지를 들어 승용차에 집어넣은 후 학교를 빠져나갔다.

당시 학생회관 안에 있었던 한 학생은 다음과 같이 증언했다. "갑자기 3명의 건장한 남자들이 문을 열고 들어와 '책상에 머리를 처박아' 라 소리친 뒤 '이름이 뭐냐'고 물었다. 내가 그들에게 '누구냐'고 묻자 X

자식, 입닥쳐' 라며 나를 구타했다. 그 순간 나는 그들이 함부로 욕을 하고 해서 조직폭력배가 아닐까 생각했다."

권총 위협 불법체포

6월 16일 새벽 1시 10분경 영남대 밖으로 나가던 권오성씨(총학생회 투쟁국장)가 영남대 기숙사 뒤 계양슈퍼마켓 부근에서 경북경찰청 보안수사대 소속 형사 10여명에게 강제 연행되었다. 권씨가 체포될 당시 7명의 형사들에게 에워싸였는데, 이때 권씨와 동행하던 영남대생 X씨가 형사들에게서 벗어나려다가 38구경 권총으로 위협당하며 경찰서로 끌려갔다. 이들은 체포 당시 영장을 제시받았거나 미란다 원칙을 고지받은 사실이 없다. 이후 X씨는 무혐의로 풀려나고 권씨는 구속되었다.

면회하던 부인 불법체포, 감금

7월 5일 오후 4시경 최명선씨는 경찰청 홍제동 보안분실에 구속되어있는 남편(정현곤, '참세상을 여는 노동자연대' 회원)을 면회하기 위해 7개월된 딸, 어머니와 아버지, 시누이와 함께 보안분실 면회실로 들어갔다. 들어가자마자 수사책임자라는 남자가 최씨에게 "할 말이 있으니 잠깐 다른 방으로 가자"고 해서 아이를 시누이에게 맡기고 따라갔다. 오후 5시경 정씨와 그 가족과 면회가 끝나고 정씨의 가족들이 수사관에게 "왜 며느리를 돌려보내지 않느냐"고 하자 수사관은 "애기도 있고 해서 봐줄려고 했는데 정현곤이가 비협조적이어서 부인을 국가보안법 위반 혐의로 긴급체포했다"고 했다. 최씨는 홍제동 보안분실에 5시간 동안 불법감금되었다가 오후 9시경 풀려났다.



편지자 주: 이 법률안은 지난 7월 5일에 모임과 장애우권익문제연구소, 참여연대가 공동으로 국회에 제출한 입법청원안입니다.

# 사회복지사업법 입법(안) 1)

민주사회를 위한 변호사모임등

## 제1장 총칙

제1조(목적) 이 법은 사회복지사업에 관한 기본적인 사항을 규정하여 사회복지서비스를 필요로 하는 자의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회복지의 증진에 기여하는 것을 목적으로 한다.

☞입법목적 민간사회복지 주체를 규율하는 것이 아니라 궁극적으로 사회복지자를 필요로 하는 사람의 인권으로서의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 데 있다는 것을 선언한다.

제2조(정의) ① 이 법에서 "사회복지사업"이라 함은 다음의 법률에 의한 보호선도 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담·부랑인보호·직업보도·무료숙박·지역사회복지·의료복지·재가복지·건강진단·교정복지·방문서비스·재활서비스·자원봉사자관리·집단활동서비스·여가활용·육구조사 및 사정(査定)·결연사업·보호위탁·교육 및 장학사업·고용알선·보호자에 대한 보호·사회복지관운영·청신질환자 및 나환자 사회복지에 관한 사업 등 제반 복지사업과 복지시설의 운영 및 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다.

1. 생활보호법
2. 아동복지법
3. 노인복지법
4. 장애인복지법
5. 모자복지법
6. 영유아보육법
7. 윤락행위등방지법
8. 정신보건법
9. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 등 사회복지서비스 관련법

☞성폭력특별법은 윤락행위등방지법과 동일하게 형사법 규정과 보호서비스 규정으로 이루어져 있다. 또한 다양한 사회복지관련법을 모두 기술할 수 없어 주요 법을 예시한다.

② 이 법에서 "사회복지법인"이라 함은 사회복지사업을 행할 목적으로 설립된 법인 또는 그 연합체를 말한다.

③ 이 법에서 "사회복지시설"이라 함은 사회복지사업을 행할 목적으로 설치된 시설을 말한다.

④ 이 법에서 "사회복지 단체"라 함은 법인이 아닌 단체로서 사회복지사업을 위해 설립된 단체를 말한다.

1) 개정이유를 조항마다 덧붙임.

☞사회복지서비스 제공 주체를 다변화하며, 특히 법인을 구성할 정도의 재산은 없지만 사회복지에 대한 전문 지식과 경험, 의지를 가진 사람들에게 합법적인 사회복지사업을 할 수 있도록 개방하고자 한다.

제3조(다른 법률과의 관계) 사회복지사업에 관하여는 제2조 제1항의 각호의 법률은 이 법의 규정을 준수하되, 특별한 규정이 있을 때에는 그것을 우선적으로 규정한다.

☞사회복지사업법은 사회복지서비스 분야의 일반법이기 때문에 특별법과의 관계를 분명히 하였다.

제4조(복지증진의 책임) ① 국가와 지방자치단체는 사회복지를 증진할 책임을 신의에 좇아 성실히 이행하여야 한다.

☞국가의 책임을 촉구하기 위해 신의성실의 원칙을 도입한다.

② 국가 및 지방자치단체 기타 사회복지사업을 실천하는 자는 사회복지서비스를 필요로 하는 자에 대하여 필요하고도 적절한 서비스를 제공해야 한다.

☞서비스의 전문성과 적절성을 추구하고 하기 위함이다.

제5조(사회복지위원회) ① 사회복지사업에 관한 중요사항을 심의 또는 건의하기 위하여 보건복지부와 서울특별시·광역시·도(이하 "시·도"라 한다) 및 시·군·구(자치구에 한한다. 이하 같다)에 각각 사회복지위원회를 둔다.

② 보건복지부에 두는 사회복지위원회(이하 "중앙위원회"라 한다)는 다음 사항을 심의한다.

1. 사회복지에 관한 기본계획 및 종합시책의 수립
2. 사회복지사업 상호 간의 조정
3. 사회복지사업 예산편성

4. 새로운 사회복지제도의 도입 및 법령 개폐

5. 기타 보건복지부장관이 심의를 요청하는 사항

☞위원회가 행정당국의 예산편성과 법령개폐에 실질적으로 참여하여 국가의 복지행정에 도움을 주고 또한 국가책임 이행에 대한 격려와 견제할 수 있어야 한다.

③ 중앙위원회는 관계 공무원에 대해 회의 출석 요구권과 자료제출 및 답변 요구권을 갖는다.

☞위원회의 심의기능을 보장하기 위해 최소한 필요한 권한이다.

④ 중앙위원회는 위원장 및 부위원장 각 1인을 포함하여 30인 이내의 위원으로 구성하되, 위원장은 보건복지부차관이 되고 부위원장은 보건복지부 사회복지심의관으로 한다.

⑤ 중앙위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 보건복지부 장관이 임명 또는 위촉하되, 분야 별로 분과위원을 둘 수 있다.

1. 사회복지에 대한 학식과 경험이 풍부한 자
2. 관계 행정기관의 공무원
3. 사회복지사업을 행하는 법인의 대표자
4. 사회복지사업을 행하는 단체의 대표자
5. 노인, 장애인, 여성을 대표하는 자

☞사회복지사업의 민간주체와 전문적 원조를 필요로 하는 대상집단의 참여를 통하여 사회복지사업의 적절성과 발전을 도모해야 한다. 사회보장기본법 제24조 제3항에 근거함.

⑥ 위원의 임기는 3년으로 하되, 공무원인 위원의 임기는 당해 직에 재직하는 기간으로 하고 보궐위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

⑦ 기타 위원회의 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑧ 지방사회복지위원회는 중앙사회복지위원회의

규정에 준하되, 위원의 수는 20인 또는 10인 이내로 조정할 수 있으며, 기타 필요한 사항은 조례로 정한다.

☞ 지방사회복지위원회 역시 중앙위원회와 같은 기능을 수행하되 규모는 축소한다.

### 제6조(복지위원) 삭제

☞ 복지위원은 과거 유럽의 빈민법(Poor Law) 시대의 빈민법위원과 같은 것으로서 현재는 사회복지전문요원들이 해야 할 업무이다.

제6조(복지사무전담기구의 설치) ① 제2조 제1항에서 정한 사업에 관한 업무를 효율적으로 운영하기 위하여 필요한 경우 시·군·구에 복지사무를 전담하는 기구를 따로 설치할 수 있으며 읍·면·동에 지소를 둘 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 설치되는 복지전담기구의 사무의 범위·조직 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정하고 구체적인 사항은 지방자치단체의 조례로 정한다.

☞ 앞으로(현행 계획상 98년부터) 시행하게 될 보건복지사무소의 설치 근거로서, 본 법이 주로 민간 전달체계에 대해서 규정하고 있고 공공전달체계에 대해서는 이 조항이 유일하며, 사회복지기본법 제28조를 근거로 함.

## 제2장 사회복지전문인력

☞ 사회복지사업을 일선에서 직접 실천하는 사회복지사와 관련 전문가들에 대한 기본적인 사항들을 규율할 필요가 있다.

제7조(사회복지사의 지위) 사회복지사는 사회복지사업을 실천하는 전문인으로서 개인, 가족, 집단,

지역사회 등에 대한 복지업무를 담당하며, 업무상의 진단이나 사정(査定)에 대해서 타인의 방해를 받지 아니한다.

☞ 사회복지사는 사회복지사업의 전문가로서의 지위를 가지며 업무에 관한 전문적 판단을 존중받는다.

제8조(사회복지사의 권한) ① 사회복지사는 사회복지서비스를 필요로 하는 자를 대신하여 그 권익을 옹호하는 행위를 할 수 있다.

☞ 사회복지사는 기본적으로 도움을 필요로 하는 자들에 대하여 옹호자 또는 대변자로서의 역할을 수행한다.

② 사회복지사는 노동관계법에 따르는 기본적인 권리를 갖는다.

☞ 사회복지사는 단순한 희생자 또는 봉사자가 아니라 노동자로서의 당연한 권리를 갖는다.

③ 사회복지사는 업무상 필요한 경우에 자기가 직접적으로 원조하는 대상자에 대한 행정정보의 열람을 관계기관에 요청할 수 있다.

☞ 사회복지사의 전문적 원조과정을 원활하게 하기 위한 것이다.

제9조(사회복지사의 의무) ① 사회복지사는 인간을 존중하고 품위를 지켜야 한다.

② 사회복지사는 업무상 알게 된 사회복지자를 필요로 하는 사람에 관한 정보를 타인에게 누설하여서는 아니된다.

③ 사회복지사는 사회복지자를 필요로 하는 사람의 허락없이 자기결정권을 침해해서는 아니 된다. 단, 대상자가 미성년자 또는 의사표시능력이 없는 장애인, 노인 등의 경우는 그 친권자나 사실상의 보호자에게 허락을 얻어야 하며, 보호자가 없는 경우는 예외로 한다.

☞ 사회복지사 윤리강령의 내용으로 규범적인 의무로 채택한다.

제10조(지도훈련) ① 보건복지부장관은 이 법 기타 사회복지관련법률의 시행에 종사하는 공무원과 사회복지사업에 종사하는 자의 자질향상을 위하여 필요한 지도와 훈련을 행하거나 이를 명할 수 있다.

② 제1항의 훈련에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제11조(사회복지사자격증의 교부 등) ① 보건복지부장관은 사회복지에 관한 전문지식과 기술을 가진 자에게 사회복지사의 자격증을 교부할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의거한 사회복지사의 자격은 국가기관이나 국가가 지정하는 전문가 단체에서 주관하는 시험에 의해 합격자에게 교부한다. 이에 대한 구체적인 절차는 대통령령으로 정한다.

☞ 사회복지사의 전문성 확보를 위해 국가고시제도의 도입이 필요하며, 이 과정에서 사회복지사 단체에게 위임할 필요가 있다.

③ 제1항과 제2항의 규정에 의한 사회복지사의 자격의 등급은 1급과 2급으로 하되, 2급 자격증에 대해서는 시험을 면제할 수 있으며, 등급에 따르는 업무와 대우에 대해서는 대통령령으로 정한다.

☞ 한국 사회사업(복지) 대학협의회에서 논의한 사항으로, 사회복지사의 전문성 제고와 업무의 체계화를 위해 필요하다.

④ 사회복지사 자격증을 취득한 자는 보건복지부령이 정하는 바에 따라 필요한 사항을 보건복지부장관에게 신고하여야 한다.

제12조(사회복지사의 채용) ① 사회복지법인 및

사회복지시설을 설치운영하는 자는 상시 종사자의 5분의 2 이상을 사회복지사로 채용하여야 하며 다만, 대통령령이 정하는 사회복지시설은 그러하지 아니하다.

☞ 사회복지법인이나 시설들이 사회복지사의 채용을 기피하는 문제가 있어 실질적이고 전문적인 사회복지사업의 실현에 장애가 되고 있어, 현재 시행령에 규정된 "3분의 1"을 상향 조정하고 모법에 규정한다.

② 사회복지단체의 경우는 상시 종사자의 3분의 1 이상을 사회복지사로 채용해야 한다.

☞ 임의단체에 대해서는 현재의 기준을 적용한다.

제13조(사회복지전담공무원) ① 제2조 제1항에서 정한 사회복지사업에 관한 업무를 담당하게 하기 위하여 시·군·구 및 읍·면·동 또는 복지사무전담 기구에 사회복지전담공무원(이하 "전담공무원"이라 한다)을 둘 수 있다.

☞ 현재 사회복지전문요원 뿐만 아니라 보건복지사무소에서 근무하게 될 사회복지 전담공무원의 존재 근거 규정이다.

② 제1항의 규정에 의한 전담공무원은 사회복지사의 자격을 가진 자로 하되, 그 임용 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 전담공무원은 그 관할 지역 안의 저소득주민·아동·노인·장애인·모차가정요보호여성 등에 대하여 항상 그 생활실태 및 가정환경 등을 파악하고, 사회복지에 관하여 필요한 상담과 지도를 행하며, 관계행정기관과 사회복지시설은 이에 협조할 의무를 진다.

☞ 기존의 복지위원(현행법 제6조)의 업무로서 사회복지 전문요원 내지 전담공무원의 역할이다.

④ 전담공무원이 그 관할지역 안의 부랑인을 발견하여 보호조치를 행할 경우에 해당 경찰관서와 사회복지시설은 이에 협력하여야 한다.

☞ 제3항에 규정된 대상자에서 누락되었지만 현실적으로 일정한 주거가 없는 특수한 신분에 있는 부랑인에 대해서 관련기관의 협조를 요구한다.

제14조(관련 전문가 등) ① 사회복지사업에 종사하거나 참여하는 국가가 인정하는 전문적자격을 가진 전문가 등은 제8조 및 제9조를 준용하며, 사회복지사와의 협력의 의무를 갖는다.

☞ 사회복지사업에 필요로 하는 전문가들의 지위를 인정하며 또한 사회복지사와 협조하여 전문적 서비스가 전달될 수 있도록 한다.

② 단순 종사자의 경우에도 제8조 제2항과 제9조를 준용한다.

☞ 수용시설의 보모 등 단순 종사자의 경우 근무시간, 임금 등에 있어서 상대적으로 불이익을 받지 않도록 하여야 한다.

### 제3장 사회복지법인

제15조(법인의 설립허가) ① 사회복지법인(이하 "법인"이라 한다)을 설립하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 서울특별시·광역시 또는 도지사(이하 "시·도지사"라 한다)의 허가를 받아야 한다. 다만 법인의 목적사업의 범위가 2개 시·도 이상에 걸치는 법인을 설립하고자 하는 자는 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 설립된 법인은 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 하여야 한다.

제16조(정관) 법인의 정관에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 목적
2. 명칭
3. 주된 사무소의 소재지
4. 사업의 종류
5. 자산 및 회계에 관한 사항
6. 임원에 관한 사항
7. 회의에 관한 사항
8. 수익을 목적으로 하는 사업
9. 정관의 변경에 관한 사항
10. 존립시기 해산사유를 정할 때에는 그 시기와 사유

제17조(임원) ① 법인은 대표이사를 포함한 이사 5인 이상과 감사 2인 이상을 두어야 한다.

② 이사회에 있어서 대통령령이 정하는 특별한 관계에 있는 자가 이사현원의 5분의 1을 초과할 수 없다.

☞ 법인의 봉건적 가족경영을 막고 지역주민의 참여를 높이기 위해 현재 "3분의 1"을 강화시킴

③ 이사의 임기는 3년으로 하고 감사의 임기는 2년으로 하되, 각각 중임할 수 있다. 다만, 결원보충을 위하여 선임된 이사와 감사의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

☞ 법인 이사의 영구직화를 막기 위한 조치이다.

④ 이사의 과반수는 대한민국 국민이어야 한다.

⑤ 임원은 시·도지사(제12조 제1항 단서의 규정에 의하여 설립허가된 법인의 경우에는 보건복지부장관을 말하되, 이하 이 장에서 "주무관청"이라 한다)의 승인을 얻어 취임한다.

감사는 이사와 제2항의 규정에 의한 특별한 관계

에 있는 자가 아니어야 하며, 그 중 1인은 대통령령이 정하는 바에 의하여 법률과 회계에 관한 지식과 경험이 있는 자 중에서 주무관청이 추천할 수 있다.

제18조(운영위원회) 시설을 설치·운영하는 법인은 운영위원회를 두어야 하며 위원은 직원, 전문가, 지역사회에 기여도가 높은 자 등을 포함하여 10인 이상으로 하되, 위원장은 호선한다. 기타 구체적 사항은 보건복지부령으로 정한다.

☞ 법인을 지역사회에 개방하여 공공성을 높이기 위한 방안이다.

제19조(임원의 결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 법인의 임원이 될 수 없다.

1. 금치산자와 한정치산자
2. 파산자로서 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 형의 선고로 받고 그 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자
4. 법률 또는 법원의 판결에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자
5. 사회복지사업과 관련하여 금고 이상의 형을 선고받은 자로서 그 집행의 종료 후 10년이 경과되지 아니한 자

☞ 사회복지사업을 빌미로 범죄행위를 한 자를 사회복지계에서 배제하기 위함

6. 제24조 제1항의 규정에 의하여 임원의 취임승인이 취소된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자

제20조(임원의 보충) ① 이사 총 수의 3분의 1 이상의 결원이 생긴 때에는 1월 이내에 이를 보충하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 기간 내에 결원보충을 하

지 아니한 때에는 주무관청은 지체없이 이해관계인의 청구 또는 직권으로 임시이사를 선임하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 임시이사의 선임에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제21조(자산 등) ① 법인은 사회복지사업운영에 필요한 자산을 소유하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 자산과 회계에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

③ 법인은 법인과 법인이 운영하는 시설의 매 회계연도의 예·결산 사항과 자산사항을 공고하여야 한다.

☞ 법인과 시설의 투명성을 확보하기 위함이다.

제22조(유사명칭 사용금지) 이 법에 의한 법인이 아닌 자는 사회복지법인 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

제23조(서류의 비치) 법인은 법인설립일부터 30일 이내에 다음 각호의 서류를 비치하여야 한다.

1. 정관
2. 임원의 성명과 주소
3. 재산목록
4. 회의록
5. 기타 보건복지부령이 정하는 서류

제24조(설립허가 취소 등) ① 주무관청은 법인이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 법인의 설립허가를 취소하거나 임원의 취임승인을 취소할 수 있다.

1. 사위 기타 부정한 방법으로 설립인가를 받은 때
2. 설립인가 조건에 위반한 때
3. 목적달성이 불가능하게 된 때
4. 목적사업외의 사업을 한 때
5. 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 정관에 위반

한 때

6. 공익을 해치거나 사회복지서비스를 필요로 하는 자의 기본적인 권리를 침해하는 행위를 할 때

☞ 사회복지서비스 대상자의 인권을 보호하기 위함

7. 정당한 사유없이 설립허가를 받은 날부터 6월 이내에 목적사업을 개시하지 아니하거나 1년 이상 사업실적이 없을 때

8. 정당한 이유없이 매 회계연도 개시 3월 이내에 제17조 제3항을 위반할 때

☞ 제21조 제3항의 보완

9. 제27조의 규정에 의한 명령을 위반하는 상태를 지속할 때

☞ 사회복지사업상 이윤추구를 배제하기 위함

② 제1항의 규정에 의한 법인의 허가취소는 다른 방법으로 감독목적 달성을 수 없거나 시정을 명한 후 6월이 지날 때까지 법인이 이를 이행하지 아니한 경우에 한한다.

☞ 1년을 6월로 단축하여 신속한 시정을 촉구함

제25조(잔여재산의 처리) ① 해산한 법인의 잔여 재산은 국가 또는 지방자치단체에 귀속된다.

☞ 법인간의 매매를 방지하기 위하여 유사 법인에의 귀속을 허용하지 않음

② 제1항의 규정에 의해 귀속된 재산은 사회복지사업에 사용하거나 유사한 목적을 가진 법인에게 무상으로 기부하거나 무상으로 사용·수익하게 할 수 있다.

제26조(수익사업) ① 법인은 그가 행하는 사업에 지장이 없는 범위 안에서 정관이 정하는 바에 의하여

그 사업운영에 충당하기 위하여 수익사업을 행할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 수익사업에 관한 회계는 사회복지사업에 관한 회계와 구분하여 처리하여야 한다.

제27조(수익사업의 정지명령) 주무관청은 법인이 제26조 제1항의 규정에 의한 수익사업의 수익을 그가 행하는 사업의 목적에 사용할 때에는 그 수익사업의 정지를 명할 수 있다.

제28조(합병) 법인은 주무관청의 허가를 받아 이 법에 의한 다른 법인과 합병할 수 있다.

제29조(정관변경 등의 허가) 법인은 정관을 변경하거나 기본재산을 처분하고자 할 타당한 사유가 있을 때에는 주무관청의 허가를 받아야 한다.

☞ 법인 정관의 자의적 변경을 막기 위함

제30조(준용규정) 법인에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 민법 중 해당 법인에 관한 규정을 준용한다.

제31조(사회복지협의회) ① 사회복지에 관한 조사·연구와 각종 복지사업을 조성하기 위하여 한국 사회복지협의회(이하 "협의회"라 한다)를 둔다.

② 협의회는 법인으로 하되, 제17조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

③ 협의회는 보건복지부장관의 요청이 있을 경우에 사회복지법인 또는 시설 및 단체의 사회복지사업에 대한 평가를 할 수 있다.

☞ 사회복지사업의 전문성과 과학성을 확보하고 협의회의 위상을 확보하기 위함

④ 협의회는 조직과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제32조(사회복지사협회) ① 사회복지사의 권익을 옹호하고 사회복지에 필요로 하는 사람들의 이익을 대변하는 활동을 위해 사회복지사협회(이하 "협회"라 한다)를 둔다.

② 협회는 법인으로 하되 제17조의 규정은 이를 적용하지 않는다.

③ 협회는 국가기관의 위임이 있을 경우 사회복지사 고시를 주관할 수 있다.

④ 협회는 사회복지사들을 위한 교육을 해야 하며, 이에 대한 원칙과 방법은 정관에 규정한다.

⑤ 협회의 조직과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

☞ 협회의 법정단체성을 인정하고 전문가 단체로서의 위상을 확보하기 위함

제33조(공동모금회) 사회복지사업을 지원하기 위해 국가와 지방자치단체는 법인의 형태로 공동모금회를 설립할 수 있으며, 이는 별도의 법률로 규정한다.

☞ 공동모금법상 사회복지법인인 공동모금회의 법적 근거와 사회복지사업법과의 관련성을 총체적으로 표현

### 제4장 사회복지시설

제34조(시설의 설치) ① 국가 또는 지방자치단체는 사회복지시설(이하 "시설"이라 한다)을 설치·운영할 수 있다. 다만, 시·군·구가 이를 설치하고자 할 때에는 관할 시·도지사의 승인을 얻어야 한다.

② 제1항의 경우 사업상 필요한 경우에는 그 운영을 법인이나 단체에게 위임할 수 있으며, 이에 대한

구체적 규정은 보건복지부령으로 정한다.

☞ 사회복지관 운영의 위임에 관한 근거규정이다.

③ 법인 기타 비영리법인으로서 시장·군수·구청장(자치구의 구청장에 한한다. 이하 같다)의 인가를 받은 자가 아니면 시설을 설치·운영할 수 없다. 다만, 법인 기타 비영리법인이 아닌 자나 사회복지단체도 개인 또는 단체의 장이 사회복지사 자격증을 보유한 경우에는 시장·군수·구청장에게 신고하면 시설을 설치·운영할 수 있다.

☞ 시설 자체는 법인이 아니기 때문에 허가사항이라기보다는 인가사항으로 보아야 하며, 어느 정도의 전문성과 경험을 보유한 임의단체에게도 사회복지사업을 개방하기 위함이다.

④ 지역주민의 이용의 편의를 위하여 필요한 시설의 지역별·종류별 설정과 그 설치기준 및 인·허가에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하되, 시설의 규모가 상시 10인 이하만을 수용할 수 있는 경우는 신고하는 것으로 대체한다.

☞ 제2항에 대한 보충규정으로 소규모 임의단체나 개인이 운영하는 시설을 양성화하기 위함

제35조(시설의 장) 시설의 장은 사회복지사 자격증을 소지한 자로서 일정한 경력이 있어야 한다. 경력의 기준에 대해서는 대통령령으로 정한다.

☞ 무자격자의 시설 운영을 방지하고 사회복지사업의 전문성을 높이기 위함

제36조(운영위원회) 법인이 운영하는 시설과 보건복지부장관이 정하는 일정 규모 이상의 단체에는 운영위원회를 두어야 하며, 이에 제18조를 준용한다.

☞ 시설에 대한 지역사회의 참여와 개방을 유도하여 공공

성을 확보하기 위함

제37조(인가취소) 시장·군수·구청장은 시설이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 시설의 개선 또는 사업의 정지를 명하거나 인가를 취소할 수 있다.

1. 시설이 설치기준에 미달하게 된 때
2. 정당한 이유없이 제44조 제1항의 규정에 의한 검사나 질문을 거부·방해 또는 기피한 때
3. 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반하였거나 허위의 보고를 한 때
4. 사회복지서비스를 필요로 하는 자의 기본적인 인권과 법에 명시된 권리를 부당하게 침해한 때

☞ 사회복지시설의 설치 목적을 달성하기 위함

5. 단체나 개인의 경우 사회복지사 자격을 허위로 신고한 때

☞ 사회복지시설의 전문적 운영을 위함

제38조(정비의 권고 등) ① 시장·군수·구청장은 제34조 제3항 및 제4항의 규정에 의하여 인가를 받거나 신고하여 설치된 시설이 그 설치목적의 달성, 기타 사유로 계속하여 운영될 필요가 없다고 인정할 때에는 당해 시설에 대하여 다른 유사한 시설로의 전환이나 목적사업의 변경 또는 장소의 이전을 권고할 수 있다.

② 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 권고를 받은 시설이 다른 시설로의 전환이나 목적사업의 변경이 불가능하다고 인정될 때에는 그 폐쇄를 명할 수 있다.

### 제5장 재정

제39조(부담금등) ① 국가 또는 지방자치단체는 사회복지사업을 수행하는 시설 또는 단체, 시설을 운

영하지 않는 법인 등에 대해 사업의 내용과 종사자의 자격과 전문성 등을 평가하여 부담금을 지급하여야 한다. 단, 타 법인과 시설을 지원하는 사업을 행하는 법인과 기준에 미달하는 경우에 대해서는 부담하지 않으며 이에 대한 구체적 기준은 대통령령으로 정한다.

☞ 사회복지사업에 대한 국가의 책임(제4조)을 구현하기 위하여 보조금이 아니라 부담금으로 표현한다. 그러나 부담금이라 하더라도 평가를 통하여 전문적 책임성이 있는 법인 또는 단체에게만 한정적으로 적용한다. 또한 시설의 경우에는 법인이 아니라 시설에 직접 부담금을 제공한다.

② 제1항의 규정에 의한 평가는 협의회에 위탁할 수 있다.

☞ 제31조 제3항 참조

③ 제1항의 규정에 의해 지급받은 부담금은 목적 외의 용도에 사용할 수 없다.

④ 국가 또는 지방자치단체는 법인 또는 사회복지사업을 수행하는 비영리법인이나 사회복지단체가 다음 각호의 1에 해당할 때에는 이미 교부한 부담금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다.

1. 사업목적 외의 용도에 부담금을 사용한 때
2. 사위 기타 부정한 방법으로 부담금의 교부를 받을 때
3. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때

제40조(비용의 징수) ① 이 법에 의한 복지조치에 필요한 비용을 부담한 지방자치단체의 장·법인 또는 시설 및 단체의 장은 필요한 경우에 그 혜택을 받은 본인 또는 그 부양의무자가 지불능력이 있다고 판단될 때 대통령령이 정하는 바에 의하여 그가 부담한 비용의 전부 또는 일부를 징수할 수 있다.

☞ 무분별한 비용의 징수 또는 이익의 추구를 억제하기

위함

② 법인 또는 시설 및 단체의 장이 제1항의 규정에 의한 비용을 징수하고자 할 때에는 시·도지사의 승인을 얻어야 한다. 다만, 보건복지부장관 또는 시·도지사가 정한 징수한도액의 범위 안에서 징수하는 때에는 그러하지 아니하다.

### 제6장 보칙

제41조(압류금지) 이 법 및 제2조 제1항 각호의 사회복지관련법률에 의하여 지급된 금품과 이를 받을 권리는 압류하지 못한다.

제42조(청문) 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제24조·제27조·제37조 또는 제38조의 규정에 의한 처분을 하고자 하는 경우에는 대통령이 정하는 바에 의하여 미리 당해 처분의 상대방 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 다만, 당해 처분의 상대방 또는 그 대리인이 정당한 사유없이 이에 응하지 않거나 처분의 상대방의 주소불명 등으로 의견진술의 기회를 줄 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

제43조(포상) 정부는 사회복지사업에 관하여 공로가 현저하거나 모범이 되는 자에 대하여 포상을 할 수 있다.

제44조(지도·감독 등) ① 보건복지부장관 또는 시·도지사는 법인의 자산운용 및 법인 또는 시설 및 단체의 업무에 관하여 지도감독을 하며, 필요한 경우 법인 또는 시설 및 단체에 대하여 그 업무의 내용에 관하여 보고하게 하거나 관계서류의 제출을 명하거나 소속공무원으로 하여금 법인의 사무소 또는 시설

및 단체에 출입하여 검사 또는 질문하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 검사 또는 질문을 하는 관계공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

제45조(권한의 위임·위탁) 이 법에 의한 보건복지부장관 또는 시·도지사의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 위임할 수 있으며, 제10조의 규정에 의한 사회복지사업에 종사하는 자의 지도훈련에 관한 사무와 제11조의 규정에 의한 사회복지사 자격증의 교부에 관한 사무를 협회에 위탁할 수 있다. 또한 제39조에 의한 부담금 지급에 대한 평가는 협의회에 위탁할 수 있다.

제46조(가처분) ① 국가 또는 지방자치단체, 사회복지법인은 사회복지서비스를 필요로 하는 자의 자격을 확인할 수 없는 경우 우선적으로 급여 또는 서비스를 제공할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의해 급여 또는 서비스를 제공한 후 부적격자로 판정되면 환수를 명할 수 있으며, 금전이 아닌 경우 그에 상응하는 액수의 금전을 환수한다.

☞ 사회복지를 필요로 하는 사람의 욕구의 절박성을 고려하는 사전 급여 또는 서비스제도이다.

제47조(권리구제) 제2조 제1항의 각호의 법률에 따라 위법 또는 부당한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못함으로써 권리 또는 이익의 침해를 받은 자는 해당 법률의 규정에 따라 권리구제를 받을 수 있으며, 규정이 없는 경우에는 사회복지장기본법 제35조에 의한다.

☞ 사회복지를 필요로 하는 사람의 권리를 보호하기 위함

## 제7장 벌칙

제48조(벌칙) ① 제39조 제3항의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제39조 제1항과 제2항의 규정에 대하여 부정행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

☞ 사회복지사업 평가에 대한 부정행위를 한 공무원, 협의회직원, 평가참여자 등에 대한 처벌

제49조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제27조의 정지명령을 받고도 계속 그 수익사업을 행하는 자

2. 제34조 제3항 및 제4항의 규정에 의한 인가를 받지 않거나 또는 신고를 하지 아니하고 시설을 설치·운영하는 자

3. 제7조 제2항의 권리를 침해한 자

☞ 사회복지사업의 노동에 대한 권리 침해

4. 제8조 제2항의 규정을 위반한 자

☞ 사회복지사업의 비밀유지의 의무위반

제50조(벌칙) 제12조, 제35조 또는 제40조 제2항을 위반한 자는 징역 1년 이하에 처한다.

☞ 사회복지사업의 전문성 제고와 영리사업화를 막기 위함

제49조(양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제48조 내지 제50조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.

제51조(벌칙적용에 있어서의 공무원 의제) 제45조의 규정에 의하여 사회복지사업자자격증 교부에 관한 사무를 수행하는 협회와 평가업무를 수행하는 협회의 임·직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

제51조(과태료) ① 제22조 또는 제23조의 규정에 위반한 자는 300만원 이하의 과태료에 처한다.

② 제1항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 보건복지부장관 또는 시·도지사가 부과·징수한다.

③ 제2항의 규정에 의한 과태료처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 보건복지부장관 또는 시·도지사에게 이의를 제기할 수 있다.

④ 제2항의 규정에 의하여 과태료처분을 받은 자가 제3항의 규정에 의하여 이의를 제기한 때에는 보건복지부장관 또는 시·도지사는 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다.

⑤ 제3항의 규정에 의한 기간 내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세 또는 지방세 체납절차의 예에 의하여 이를 징수한다.

## 부칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(사회복지사업 채용에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 시설을 설치운영하는 자는 이 법 시행일부터 2년 이내에 제12조의 개정규정에 의하여 사회복지

지사를 그 종사자로 채용하여야 한다.

제3조(사회복지사업자자격증) 이 법 시행 전에 취득한 1급 자격증에 대해서는 인정하되 기존의 3급 자격증은 2급으로 하며, 기존 2급에 대해서는 협회의 평가에 따라 1급과 2급으로 분류한다.

☞ 한국사회사업(복지)대학협의회에서 논의함

제4조(법인, 시설 및 단체에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 설립 또는 설치된 법인 과 시설은 이 법에 의하여 설립 또는 설치된 것으로 보며, 단체에 대해서는 그러하지 아니하다.

제5조(처분 등에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 행하여진 처분·신청 기타 행정기관에 대한 행위는 이 법의 규정에 의하여 행하여진 처분·신청 기타 행정기관에 대한 행위로 본다.

제6조(임원에 대한 경과조치) 이 법 시행 전에 구성된 이사회는 1년 이내에 이 법제17조 제2항 및 제3항의 규정에 따라 구성되어야 한다.

제7조(시설의 장에 대한 경과조치) 제35조의 규정에 따라 자격에 미달하는 시설의 장은 개정된 규정에 맞도록 1년 이내에 조치한다.

# 국가안전기획부법에 대한 위헌심판청구등에 관한 헌법재판소 결정문

## 헌 법 재 판 소

### 결 정

사 건	96 헌라 2	국회의원과 국회의장간의 권한쟁의
청구인	국회의원	이상수 외 124인(청구인들 명단은 별지와 같음)
대 리 인	변호사	이원형, 이재훈
피청구인	국회의장	
대 리 인	변호사	목요상, 김찬진, 김학원, 이사철

### 주 문

1. 피청구인이 1996. 12. 26. 06:00경 제182회 임시회 제1차 본회의를 개의하고 국가안전기획부법 중개정법률안, 노동조합및노동관계조정법안, 근로기준법중개정법률안, 노동위원회법중개정법률안, 노사협의회법중개정법률안을 상정하여 가결선포한 것은 청구인들의 법률안 심의·표결의 권한을 침해한 것이다.

2. 청구인들의 나머지 청구를 기각한다.

### 결정요지

96헌라2 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의

1. 사건의 개요는 다음과 같다.

국회부의장 오세응은 1996. 12. 26. 06:00경 피

청구인을 대리하여 신한국당 소속 국회의원 155인이 출석한 가운데 제182회 임시회 제1차 본회의를 개의하고 국가안전기획부법중개정법률안, 노동조합및노동관계조정법안, 근로기준법중개정법률안, 노동위원회법중개정법률안, 노사협의회법중개정법률안을 상정, 표결을 하여 가결되었음을 선포하였다.

이에 새정치국민회의 및 자유민주연합 소속 국회의원인 청구인들을 피청구인이 야당 국회의원에게 변경된 개의시간을 통지하지도 않은 채 비공개로 본회의를 개의하는 등 헌법 및 국회법이 정한 절차를 위반하여 위 법률안을 가결시킴으로써 독립된 헌법기관인 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해하였다고 주장하면서 그 권한침해의 확인과 아울러 위 가결선포행위에 대한 위헌확인을 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

2. 먼저 심판청구의 적법성에 관하여 판단한다.

가. 국회의원과 국회의장이 권한쟁의심판의 당사

자가 될 수 있는지 여부에 관하여 본다.

(1) 헌법 제111조 제1항 제4호에서 헌법재판소의 관장사항의 하나로 '국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판'이라고 규정하고 있을 뿐 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 종류나 범위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이에 관하여 특별히 법률로 정하도록 당사자를 제한할 입법형성의 자유가 있다고 할 수 없고, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제이다.

(2) 그런데 헌법이 특별히 권한쟁의심판의 권한을 법원의 권한에 속하는 기관소송과 달리 헌법의 최고 해석·판단기관인 헌법재판소에 맡기고 있는 취지에 비추어보면, 헌법 제111조 제1항 제4호가 규정하고 있는 '국가기관 상호간'의 권한쟁의심판은 헌법상의 국가기관 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있고 이를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우에 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 그 분쟁을 해결함으로써 국가기능의 원활한 수행을 도모하고 국가권력간의 균형을 유지하여 헌법질서를 수호·유지하고자 하는 제도라고 할 것이다.

따라서 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 '국가기관'에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어서는 그 국가기관이 헌법에 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

(3) 국회의원은 헌법 제41조 제1항에 따라 국민의

선거에 의하여 선출된 헌법상의 국가기관으로서 헌법과 법률에 의하여 법률안제출권, 법률안 심의·표결권등 여러 가지 독자적인 권한을 부여받고 있으며, 국회의장도 헌법 제48조에 따라 국회에서 선출되는 헌법상의 국가기관으로서 헌법과 법률에 의하여 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독할 지위에 있고, 이러한 지위에서 본회의 개의시의 변경, 의사일정의 작성과 변경, 의안의 상정, 의안의 가결선포 등의 권한을 행사하게 되어 있다.

따라서 국회의원과 국회의장 사이에 위와 같은 자자 권한의 존부 및 범위와 행사를 둘러싸고 언제나 다툼이 생길 수 있고, 이와 같은 분쟁은 단순히 국회의 구성원인 국회의원과 국회의장간의 국가기관 내부의 분쟁이 아니라 각각 별개의 헌법상의 국가기관으로서의 권한을 둘러싸고 발생하는 분쟁이라고 할 것인데, 이와 같은 분쟁을 행정소송법상의 기관소송으로 해결할 수 없고 권한쟁의심판 이외에 달리 해결할 적당한 기관이나 방법이 없으므로 국회의원과 국회의장은 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

한편 복수정당제도 하에서 여당과 야당의 대립과 타협에 의하여 국회가 운영되는 정당국가적 현실에 비추어보거나 우리와 유사한 권한쟁의심판제도를 두고 있는 다른 나라의 예에 견주어보더라도 국회의원과 국회의장은 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 해석하여야 할 것이고, 위와 같이 국회의원과 국회의장을 권한쟁의심판을 할 수 있는 국가기관으로 해석하는 이상 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 규정도 한정적, 열거적인 조항이 아니라 예시적인 조항으로 해석하는 것이 헌법에 합치된다고 할 것이다.

나. 이 사건 심판의 대상이 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회 내부의 자율에 관한 문제인지 여부에

관하여 본다.

법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하고 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에는 국회가 자율권을 가진다고 할 수 없다.

헌법 제64조도 국회의 자율권에 관하여 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있고, 의원의 자격심사·징계·제명에 관하여 자율적 결정을 할 수 있다고 규정하고 있다.

이 사건은 국회의장이 국회의원의 헌법상 권한을 침해하였다는 이유로 국회의원인 청구인들이 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구한 사건이므로 이 사건 심판대상은 국회의 자율권이 허용되는 사항이라고 볼 수 없고, 따라서 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회 내부의 자율에 관한 문제라고 할 수는 없다.

다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 국회의원인 청구인들이 국회의장을 상대로 국회의장의 본회의 개의, 법률안 상정, 가결 선포행위가 그들의 권한을 침해하였다고 주장하여 권한침해의 확인과 아울러 그 행위의 위헌확인을 구하는 것으로서 적법하다.

따라서 우리 재판소가 종전에 1995. 2. 23. 선고 90헌하1 결정에서 이와 견해를 달리하여 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호를 한정적, 열거적인 조항으로 보아 국회의원은 권한쟁의심판의 청구인이 될 수 없다고 판시한 의견은 재판관 황도연, 재판관 정경식, 재판관 신창언을 제외한 나머지 재판관 6인의 찬성으로 이를 변경하기로 한다.

※ 라. 재판관 황도연, 재판관 정경식, 재판관 신창언의 반대의견

3. 심판청구의 당부에 관하여 판단한다.

가. 권한침해확인청구부분

(1) 국회의원은 국민에 의하여 직접 선출되는 국민의 대표로서 여러 가지 헌법상의 권한이 부여되어 있지만 그 중에서도 가장 중요하고 본질적인 것은 법률안제출권, 법률안 심의·표결권 등 입법에 관한 권한이다. 그리고 이러한 국회의원의 법률안 심의·표결권 등 입법에 관한 권한이다. 그리고 이러한 국회의원의 법률안 심의·표결권은 국회의 다수파의원에 게만 보장되는 것이 아니라 소수파의원과 특별한 사정이 없는 한 국회의원 개개인에게 모두 보장되는 것임도 당연하다. 따라서 개정국민회의 및 자유민주연합 소속 국회의원인 청구인들에게 법률안 심의·표결의 권한이 있음은 의문의 여지가 없다.

(2) 국회법 제5조에 의하면 임시회의 집회요구가 있을 때에는 의장은 집회기일 3일 전에 공고하여야 하고, 동법 제72조에 의하면 본회의는 오후 2시(토요일은 오전 10시)에 개의하되, 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 그 개의시를 변경할 수 있으며, 동법 제76조에 의하면 국회의장은 개의일시·부의안건과 그 순서를 기재한 의사일정을 작성하고 늦어도 본회의 개의 전일까지 본회의에 보고하여야 하고(제1항 본문), 의사일정의 작성에 있어서는 국회운영위원회와 협의하되 협의가 이루어지지 아니할 때에는 단독으로 이를 결정하며, 특히 긴급을 요한다고 인정할 때에는 회의의 일시만을 의원에게 통지하고 개의할 수 있다고 규정되어 있으므로, 임시회 집회일

은 소집공고에 의하여 국회의원들에게 통지되어야 하고, 임시회 집회일 이후의 본회의 개의일시는 그 전의 본회의에서 의사일정보고를 통하여 국회의원들에게 통지되어야 하며, 특히 긴급을 요하는 의사일정보고 절차를 밟을 수 없다고 인정될 때에도 회의의 개의일시만은 상당한 방법으로 국회의원 개개인에게 통지하지 않으면 안된다.

그런데 이 사건의 경우 피청구인 주장대로 신한국당의 원내수석부총무 허순봉 의원이 1996. 12. 26. 05:30경 개정국민회의의 원내수석부총무인 남궁진 의원과 자유민주연합의 원내총무인 이정무 의원에게 전화로 본회의 개의시각이 06:00로 변경되었음을 통지하였다고 하더라도 그러한 통지는 야당소속 국회의원들의 본회의 출석을 도저히 기대할 수 없는 것으로서 국회법 제76조 제3항에 따른 적법한 통지라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 본회의의 개의절차는 위 국회법의 규정을 명백히 위반한 흠이 있다고 아니할 수 없다.

한편 피청구인이 주장하는 바와 같이 사건 법률안의 의결처리과정에서 청구인들의 일부가 포함된 야당의원들이 위력을 행사하여 본회의 개의를 저지함으로써 국회운영의 정상적인 진행을 방해하였다는 이유만으로 이 사건 피청구인의 위법행위가 정당화된다고 할 수 없다.

(3) 그렇다면 피청구인이 국회법 제76조 제3항을 위반하여 청구인들에게 본회의 개의일시를 통지하지 않으므로써 청구인들은 이 사건 본회의에 출석할 기회를 잃게 되었고 그 결과 이 사건 법률안의 심의·표결과정에도 참여하지 못하게 되었다. 따라서 나머지 국회법 규정의 위반 여부를 더 나아가 살필 필요도 없이 피청구인의 그러한 행위로 인하여 청구인들이 헌법에 의하여 부여받은 권한인 법률안 심의·표결권이 침해되었음이 분명하다.

나. 이 사건 법률안 가결선포행위의 위헌확인청구부분

이 부분 청구의 인용 여부에 관하여는 아래와 같이 재판관들 사이에 의견이 나뉜다.

(1) 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 이영모의 의견

이 사건 권한쟁의심판청구서, 준비서면 등과 변론에 나타난 청구인들의 주장을 종합하여 보면, 이 부분 확인청구는 결국 피청구인의 행위의 효력을 제거해달라는 취지로 보이므로 이를 헌법재판소법 제66조 제2항의 무효확인청구로 받아들여 판단함이 상당하다.

그런데 국회의 입법절차는 법률안의 제출로부터 심의·표결 및 가결선포와 정부에의 이송에 이르기까지 여러 과정을 거쳐 진행되며, 그 과정에 국회의 구성원인 다수의 국회의원들이 참여하여 국민의 의사나 상충하는 이익집단간의 이해를 반영하게 된다. 이와 같은 국회 입법절차의 특성상 그 개개의 과정에서 의도적이든 아니든 헌법이나 법률의 규정을 제대로 준수하지 못하는 잘못이 있을 수 있고, 그러한 잘못이 현실로 나타날 경우 그로 인하여 일부 국회의원들이 입법에 관한 각종의 권한이 침해될 수 있는데, 이러한 사정만으로 곧바로 법률안의 가결선포행위를 무효로 한다면 이는 곧 그 법률의 소급적 무효로 되어 국법질서의 안정에 위해를 초래하게 된다.

따라서 국회의 입법과 관련하여 일부 국회의원들의 권한이 침해되었다 하더라도 그것이 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠에 해당하는 것이 아니라면 그 법률안의 가결선포행위를 무효로 볼 것은 아니라고 할 것인바, 우리 헌법은 국회의 의사절차에 관한 기본원칙으로 제49조에서 '다수결의 원



칙'을, 제50조에서 '회의공개 원칙'을 각 선언하고 있으므로, 이 사건 법률안의 가결선포행위의 효력 유무는 결국 그 절차상에 위 헌법규정을 명백히 위반한 흠이 있는지 여부에 의하여 가려져야 할 것이다.

그러므로 나아가 이 사건 기록과 변론에 나타난 자료를 토대로 이 사건 법률안의 의결절차에 과연 위 헌법규정을 명백히 위반한 흠이 있는지에 관하여 보건대, 이 사건 법률안은 재적의원의 과반수인 국회의원 155인이 출석한 가운데 개의된 본회의에서 출석의원 전원의 찬성으로(결국 재적의원 과반수의 찬성으로) 의결처리되었고, 그 본회의에 관하여 일반국민의 방청이나 언론의 취재를 금지하는 조치가 취하여지지 않았음이 분명하므로, 그 의결절차에 위 헌법규정을 명백히 위반한 흠이 있다고는 볼 수 없다.

청구인들은 위 본회의의 소집과정에서 상당수 국회의원들에 대하여 적법한 개회통지가 이루어지지 않았고 또 전격적인 개회로 말미암아 일반국민의 방청이나 언론의 취재도 사실상 곤란하였다는 점을 들어 이 사건 법률안이 입법절차에 관한 헌법의 규정을 위반하여 가결선포된 것이라고 주장하고 있으나, 이러한 문제는 모두 의사절차상의 국회법 위반 여부나 의사절차의 적정성 여부에 관련된 것에 불과한 것으로 보아야 할 것이다.

그렇다면 피청구인의 이 사건 법률안의 가결선포 행위에는 위에서 본 바와 같은 국회법 위반의 하자는 있을지언정 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠이 있다고 볼 수 없으므로, 이를 무효라고 할 수는 없다.

※ (2) 재판관 이재화, 재판관 조승현, 재판관 고중석의 의견

의회민주주의의 기본원리의 하나인 다수결원리는 의사형성과정에서 소수파에게 토론에 참가하여 다수

파의 견해를 비판하고 반대의견을 밝힐 수 있는 기회를 보장하여 다수파와 소수파가 공개적이고 합리적인 토론을 거쳐 다수의 의사로 결정을 한다는 데 그 정당성의 근거가 있는 것이다. 따라서 입법과정에서 소수파에게 출석할 기회를 주지 않고 토론과정을 거치지 아니한 채 다수파만으로 단독 처리하는 것은 다수결원리에 의한 의사결정이라고 볼 수 없다.

헌법 제49조는 의회민주주의의 기본원리인 다수결원리를 선언한 것으로서 이는 단순히 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수에 의한 찬성을 형식적으로 요구하는 것에 그치지 않는다. 헌법 제49조는 국회의 의결은 통지가 가능한 국회의원 모두에게 회의에 출석할 기회가 부여된 바탕 위에 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 이루어져야 한다는 것으로 해석하여야 한다. 이와 같이 해석하지 않고 헌법 제49조를 형식적으로 풀이하여 재적의원 과반수를 충족하는 다수파에게만 출석의 가능성을 준 다음 그들만의 회의로 국가의사를 결정하여도 헌법 위반이 아니라고 해석하는 것은 의회민주주의의 기본원리인 공개와 토론의 원리 및 다수결원리의 정당성의 근거를 외면한 것이고, 복수정당제도를 채택하고 있는 헌법의 정신에 정면배치될 뿐만 아니라 결과적으로 국민의 다원적 의사를 대표하는 국민대표기관으로서의 국회의 본질적 기능을 무너뜨리는 것이다.

그런데 이 사건의 경우 피청구인은 본회의의 개의와 의사일정에 관한 국회법규정에 위반하여 청구인들에게 본회의 개의일시를 알리지 않음으로써 본회의에의 출석 가능성을 배제한 가운데 본회의를 개의하여, 신한국당 소속의원들만 출석한 가운데 그들만의 표결로 이 사건 법률안이 가결되었음을 선포한 것이므로, 피청구인의 이 사건 법률안의 가결선포행위는 국회의원인 청구인들의 권한을 침해한 것임과 아울러 다수결원리를 규정한 헌법 제49조에 명백히 위

반되는 것이라고 아니할 수 없다.

4. 결론

그러므로 피청구인이 이 사건 본회의를 개의하고 이 사건 법률안을 상정하여 가결선포한 행위는 헌법에 의하여 부여받은 청구인들의 법률안 심의·표결의 권한을 침해한 것이므로 그 확인을 구하는 심판청구는 이유있어 이를 받아들이고, 청구인들의 나머지 청구는 인용의견이 재판관 과반수에 이르지 못하므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정하는 것이다.

이 결정의 주문 제1항에 관하여는 재판관 황도연, 재판관 정경식, 재판관 신창언의 각하의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었고, 주문 제2항에 관하여는 재판관 황도연, 재판관 정경식, 재판관 신창언의 각하의견과 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 이영모의 기각의견 및 재판관 이재화, 재판관 조승현, 재판관 고중석의 인용의견으로 나뉘었다.

# 사업 및 업무보고 (97년 7월 1일~7월 31일)

## I. 모임 현황보고

회원 현황 : 본부 193명, 부산·경남지부 27명  
총 220명

## II. 모임 주요활동 및 사업 보고

### 가. 6월 월례회 개최

- 12명 참석
- 강연 <통합전자주민카드> / 김기중 회원
- 민변 10주년 기념사업추진을 위한 특별기금 모금 안내

### 나. 7월 복달임 검 등산모임 개최 / 7. 19

- 34명 참가

### 다. 모임 주요 활동 및 사업보고

- (1) 안기부법 제처리 촉구와 신속한 위헌심판 결정을 촉구하는 공개서한 발송 및 보도자료 배포 / 7. 1
- (2) 사회복지사업법 개정에 관한 청원 / 장애우권의 문제연구소, 참여연대와 공동
- (3) 시민·사회단체에 대한 안기부 정보수집 실태 조사 / 7. 14~8. 14 민가협과 공동
- (4) 대전·충청지부 개소식 / 7. 11  
- 백승헌 사무국장, 류호식 간사 참석
- (5) 「전두환, 노태우 등 5·18관련자들에 대한 사면 관련 공청회」 / 7. 24 오후 2시~6시 기독교회관 강당
- (6) 변론배당보고
  - ① 변상훈(동아대) 이정필(서강대): 집시등 / 조광희 회원
  - ② 임근(경기대): 집시등/ 조병룡 회원
  - ③ 김선일, 김종화(연세대): 박수근 회원

- ④ 유명미, 이은진(전남대): 집시등 / 신장수 회원
- ⑤ 김민수, 김영태(경상대): 김인희 회원
- ⑥ 권혁진(한양대): 정영원 / 최일숙 회원
- ⑦ 이돈범(호남대) 정세영(상주산업대): 기차교 통방해등/ 김용조회원
- ⑧ 오민규: 집시등 / 김진국 회원
- ⑨ 정용욱(전국대): 이석씨 치사관련 / 임영화 회원
- ⑩ 최종진(전국대): 집시등 / 최일숙 회원
- ⑪ 강경태(대구대): 신한국당사 접거사건 / 이원영 회원
- ⑫ 송승용·양진건(군인): 전북대 혁신대오 조직사건/ 정성호·김한수 회원
- ⑬ 조성기(강원대졸): 국보법 / 안봉진 회원
- ⑭ 고선희(서울여대) 외 13명: 국보법등 / 김춘식 회원 외 10명

## III. 상임위원회 보고

### 가. 기획위원회

- (1) 회의: 7. 18 (금) 오후 7시 시민종합  
- 검찰등 수사기관의 밤샘조사, 철야수사에 관한 대응방안을 연구, 토론하여 사법위원회 건의.  
- 각 위원회의 연구과제를 설정하여 각위원회에 주기로 함.

### 나. 회원위원회

- (1) 대전·충청지부 개소식 / 7. 11(금) 오후 5시 30분  
- 백승헌 사무국장, 류호식 간사 참석
- (2) 이홍록 회원 탈퇴

## 다. 출판홍보위원회

- (1) 『노동판례비평』 발간 / 7. 7  
- 『이달의 민변』 9, 10월호 편집안 확정하여 집필 의뢰서 발송기로 함
- (2) 『12·12, 5·18 판결 평석집』 발간 / 7. 29

## 라. 대외협력위원회

- (1) 민주연대 활동 참가  
- 민주연대, 전자주민카드반대 기자회견 / 7. 15  
- 임시국회 정치관계법 개정 촉구, 시민·사회단체 공동기자회견 개최 / 7. 25
- (2) 과거청산국민위
  - ① 전, 노 사면 저지기획단을 구성.
  - ② 기획단회의  
- 7. 16부터 민가협을 중심으로 한 사면반대 및 양심수 석방캠페인에 과거청산국민위가 조직적으로 참여하기로 결의
  - ③ 대표자회의 / 7. 24 (목)  
- 각 정당대표 방문 추진, 전·노 사면반대 입장 전달기로.  
- 신한국당사 앞 항의집회 결의

## 마. 국제연대위원회

- (1) 회의: 97. 6. 30  
- 조세 라모스 호르타 초청건을 민변 국제연대위에서 적극적으로 결합하기로 함.  
- 인권협 회의에 김병주 변호사 참석하기로 함.
- (2) 회의: 7. 15 (화) 18:30 민변  
- Freedom of Expression and State Security Practice under the ICCPR 공부(한택근 위원 발제)

## IV. 상설특별위원회

### 가. 노동위원회: 매주 수요일 12시 회의

- (1) 회의: 6. 25 12:00  
- 25일 개척되는 <고용안정과 삼미특수강 위장 정리하고 공동대책위원회> 토론회에 이원재 위원이 토론자로 참석.  
- 노동위원회 확대개편대회와 관련하여 위원들에게 지속적으로 참여를 독려하고 지방의원들도 참여를 독려하기로 함.
- (2) 회의: 7. 9 12:00  
- 노동판례비평 발간 보고, 판매방침을 논의하여, 사회과학서점연합회를 통해 회원서점에 공급하고, 한국노동법학회와 서울대노동법연구회 등 노동법 전공학자들 모임을 통하여 판매하기로 하고, 각 합동사무소와 법무법인에서 50~100권씩 판매하기로 함.  
- 기독교방송 시사자키 프로에 김도형 위원이 출연하여 책자 홍보.  
- 전국공무원노동조합준비위원회 자문변호사를 시민에서 맡기로 함.  
- 확대개편대회에서 결정된 조직체계에 따라 위원의 희망부서를 받아 조직편제를 다시 하기로 함.
- (3) 회의: 7. 16 12:00 서라벌  
- 민주노총, 설립신고반려처분취소행정심판의 노동부담변수에 대한 대응건 논의. 쟁점과 경과 등을 위원회에 보고하기로 함.  
- 고용안정과 삼미특수강 공대위 진행상황보고 (이원재 위원)  
- 8월 전체모임을 8월 23일 갖기로 하고 다음 모임까지 집행부에서 사업계획(안) 과 연구사업부에서 세미나 계획(안) 을 마련하여 보고하기로 함.

- 민주노총 자문위원회 구성에 대하여 민주노총에서 구체적인 요청이 들어오면 검토하여 처리하기로 함.

나. 언론위원회

다. 경제정의위원회

(1) 회의: 7. 1 (화) 19:00 민변사무실

- 고려대 경제학과 이필상 교수 초청, <중앙은행 제도에 관하여> 강연회

라. 환경위원회

(1) 회의: 7. 24(목): 19:00 민변사무실

- 이항규 박사 초청 <쓰레기 소각장 관련 환경오염의 현황과 대책> 간담회

마. 사법위원회

(1) 회의: 7. 15(화) 12:00 민변

- 영장실질심사제에 대해서 현재 법원과 검찰 사이에 벌어지는 논쟁에서는 일단 거리를 두고 관망하기로 함. 98년 1월경 100대 정도의 분량으로 『시민과 변호사』에 의견 게재 예정.

- 수사기관의 야간, 철야 수사에 대한 대응은 천낙봉, 안병용 회원이 특별법 제정이나 형사소송규칙개정에 대한 필요성을 연구하기로 함.

- 검찰의 인증등본 송부나 서증조사 거부에 대한 대응으로 법원의 모독등을 적용하는 방안을 검토하기로 함.

바. 통일위원회

(1) 회의: 7. 9 (수) 18:30 민변

- 북한동포돕기전국회의의 결성과 관련하여 김인회위원이 실행위원으로 계속 참여하기로 하고 10만원씩 회비를 납부하기로 함에 따라 집행위원회

에 보고하기로 함.

- 겨레사랑북녘동포돕기운동본부에서 제안한 '남북교류협력기금사용을 촉구하는 '단식운동'은 취지는 좋으나 단식이라는 방법이 적절치않다고 의견을 내기로 함.

- 북한사법제도의 개관 중, '북한의 검찰소제도, 국가중재제도, 변호사제도'에 대하여 송두환, 김인회, 김진욱 위원이 발제하고 토론.

사. 일본특별위원회

(1) 회의: 7. 10 (목) 18:30 민변

- 위원회의 명칭을 동북아시아특별위원회로 변경하기로 함.

- 재일교포 변호사의 관리는 임종인 회원이 전담하기로 함.

- 21세기 동북아 연구모임은 국회의원의 모임이므로 민변차원에서 관여하는 것은 적절치 않다고 판단, 참여하지 않기로 함.

V. 임시특별위원회

가. 민변 10주년기념사업준비위원회

나. 정보통신위원회

다. 통합전자주민카드 대책특별위원회

라. 5. 18특위

- <전두환, 노태우 등 5·18 관련자들에 대한 사면 관련 공청회> 개최 / 7. 24(목) 오후 2시~6시 기독교회관 강당

마. 정치개혁임시특위

(1) 회의: 7. 10 (수) 12:00 민변

- 박형상, 김진욱, 최승수, 김주원 회원이 담당한 대선후보토론회관련법, 정치자금법안, 선거법, 부패방지법관련부분을 『이달의 민변』에 실을 수 있도록 원고화하여 제출하기로 함. 『이달의 민변』 8월호에 실기로 함.

바. 미국법 연구위원회

(1) 회의: 7. 10(목) 19:00 시민합동

- 창립모임을 갖고 임시특위의 명칭을 미국법 연구위원회로 하되 추후 활동과 관련 명칭변경이 필요하면 그때 재론하기로 함.

- 미국법연구위에 가입의사를 밝힌 회원은 모두 14명으로 확인하고, 위원장으로 임재연 회원, 간사로 차지훈 회원을 선출함.

- 많은 위원들이 참석치 않아 논의가 어려워 위 원장과 간사, 정미화, 안상운 위원으로 소위원회를 구성하여 연구한 뒤 다음 회의에서 확정하기로 함.

사. 형사자료집발간팀

## 공개서한

국가안전기획부법의 재처리를 촉구합니다

수신: 국회의장 귀하  
신한국당 총재 귀하  
새정치국민회의 총재 귀하  
민주당 총재 귀하  
자유민주연합 총재 귀하

지난 연말 정기국회에서 국가안전기획부법 개정안이 신한국당 단독으로 처리된 바 있습니다. 그 후 날치기 처리에 대한 전국민적인 저항과 노동계의 파업등을 거쳐 여야는 영수회담을 통하여 노동관계법과 안기부법을 처음부터 다시 심의하기로 하였고, 결국 임시국회를 열어 노동관계법을 심의하여 날치기 통과된 노동관계법의 효력을 무효화하고 여야합의로 새로운 노동관계법을 제정한 바 있음은 주지의 사실입니다.

또한 당시 안기부법에 대하여는 재처리를 하지는 못하였지만 여야 간에 그 다음 임시국회에서는 최우선적으로 재처리하기로 합의한 바 있습니다. 그러나 그 후 이를 위한 임시국회가 조속히 열리지 아니하여 날치기 처리된 안기부법은 그 효력 유무에 논란이 있는 상황에서 다시 심의되지 못한 채 반년이 넘게 시간이 흘러 갔음은 유감이라 아니할 수 없습니다.

결국 여러 논란 끝에 1997. 7. 1. 임시국회를 열기로 여야 간에 합의에 이른 바 있습니다. 그렇다면 국회와 여야 각당은 더 이상 늦추지 말고 지난 임시국회에서 이루어진 합의에 따라 이번 임시국회에서 안기부법을 최우선적으로 심의할 것을 요구하는 바입니다.

이미 날치기 통과된 노동관계법을 폐기하고 새로운 법률을 제정한 것은 날치기 절차의 불법, 부당성을 국회 스스로 인정한 것이며, 안기부법 우선 재처리 합의는 단순히 여야 간 합의에 그치는 것이 아닌 국민들에 대한 신성한 약속인 까닭에 여야 간의 정치일정 등을 이유로 안기부법 재처리를 늦추는 일이 있어서는 아니 될 것이며 이것만이 국회의 권위를 스스로 회복하는 길이 될 것입니다.

아울러 이번 재처리는 국민의 기본권이 가장 먼저 고려되는 것이어야만 할 것입니다.

다시 한번 안기부법의 조속한 재처리를 촉구합니다.

1997. 7. 1.

민주사회를 위한 변호사모임

회장 최영도

## 공개서한

국가안전기획부법에 대한 위헌심판청구등에 관하여 신속한 결정을 촉구합니다

수신: 헌법재판소장 귀하

지난 1996. 12. 26. 정기국회에서 국가안전기획부법과 노동관계법을 여당 단독으로 날치기 통과시켰고 이에 대하여 야당 국회의원들을 중심으로 하여 권한쟁의심판청구, 헌법소원청구가 있었으며 창원지방법원과 대전지방법원에서도 위헌제청을 하여 위 사건들이 현재 헌법재판소에 계속중임은 주지의 사실입니다.

그런데 헌법재판소는 위 각 청구가 있는 지 5개월이 넘게 지난 지금까지 결정을 하지 아니한 상태입니다. 위 법률 중에는, 그 후 여야 간의 합의에 의하여 재처리된 노동관계법은 그 신속한 결정 필요성이 크지 않다고 할 수 있을지 모르지만, 재처리되고 있지 아니한 국가안전기획부법에 관하여는 신속히 결정이 이루어질 필요성이 있음은 분명합니다.

이와 같은 결정 지연으로 인하여 위헌성에 관한 시비가 계속되고 있음은 물론이고, 관련사건의 재판이 정지되어 있음으로 인하여 국민들의 권리행사와 법적 지위에 혼란을 더해주고 있는 실정이고, 헌법재판소의 권한과 책임을 방기하고 있다는 비판을 면하기 힘든 상황입니다.

헌법재판소는 정치권에서의 재처리 여부와는 관계 없이 더 이상 결정을 늦추지 말고 안기부법의 개정 절차와 그 내용에 관한 위헌 여부에 관한 판단을 함으로써 헌법수호기관으로서 헌법재판소의 소임을 다하여줄 것을 간곡히 촉구하는 바입니다.

1997. 7. 1.

민주사회를 위한 변호사모임

회장 최영도

## 이달의 민변 정기구독회원 모집

민주사회를 위한 변호사모임(이하 '민변')은 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 위한 연구·조사, 언론, 여론 형성 및 연대활동을 통하여 사회의 민주적 발전에 기여하고자 조직된 전문 법률가단체입니다.

민변에서는 위와 같은 목적을 이루고자 열심히 활동하고 있는 소속회원들의 성과물을 매월 『이달의 민변』이라는 월간지에 담아내고 있습니다. 또한, 이 책은 외부 인권단체 자료와 법학자, 인권운동가의 글도 함께 게재함으로써, 법률·인권지의 역할을 해내고 있습니다.

그동안 민변 회원들에게만 배포되던 『이달의 민변』을, 통권 제10호(97년 7월호)부터 비회원에게도 판매합니다.

책값 권당 3,000원 / 1년 정기 구독료 30,000원

## 12.12, 5.18 판결 평석집 민주사회를 위한 변호사모임 5.18 특별소위원회

잘못된 과거를 청산하고 민족정기와 사회정의를 바로세워야 한다는 국민들의 열화와 같은 압력으로, 이른바 5.18 특별법이 제정되었고, 1997. 4. 17. 대법원에서는 전두환·노태우에게 각각 무기징역과 징역 17년을 확정하는 판결을 선고하였습니다.

성공한 쿠데타도 처벌된다는 역사적 본보기가 된 이 판결에 깊이 관여하여온 민변에서는 판결에 대하여 조속히 검토하여 문헌으로 남겨둘 것을 예정하였고, 이제 『12.12, 5.18 판결 평석집』의 발간을 통하여 이 사건 판결의 의미를 더욱 확실히 하여두고자 합니다.

차례: 성공한 쿠데타의 처벌 / 12.12 군사반란행위상의 쟁점 / 내란죄의 종료시기 - 공소시효의 기산점 /

내란목적살인죄의 적용요건 / 전·노 비자금과 포괄적 뇌물죄 / 5.18 판결, 그 미완의 과제

신국판 198쪽 / 값 4,000원

## 1996 노동판례비평 민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회

『1996 노동판례비평』은 민변 노동위원회 소속 회원들과 젊은 노동법 교수, 노동법 전공 판사들의 1996년 대법원 노동판결 분석서입니다.

책의 제1부에서는 1996년에 대법원에서 선고된 노동판결 중 판례공보에 게재된 134건의 판결성향을 분석하고 분석대상이 된 판결의 목록을 게재하였으며, 제2부에서는 주요 판결에 대한 평석을 수록하였습니다.

시민법의 형식적 평등원리를 실질적 평등원리에 따라 수정하여 불완전한 시민사회를 보완하기 위하여 등장한 노동법의 역사적 의미를 회복하고, 노동판결이 올바른 방향을 잡아가는 데 조금이라도 기여하기를 바랍니다.

신국판 392쪽 / 값 8,000원

\* 위 책의 정기구독 및 구입을 원하시는 분은 아래 구좌로 입금하시고 민변 사무국으로 알려주시기 바랍니다.

계좌번호: 상업 431-07-107297 최미희 / 구입문의: 민변 사무국(02-522-7284)

## 이달의 민변 97년 8월호(통권 제11호)

발행일 97년 8월 10일

발행인 최영도

편집인 출판홍보위원회

박원순 이석태 조용환 박성호

차병직 이백수 정연순 염규홍

발행처 민주사회를 위한 변호사모임

주소 서초구 서초동 1572-12 명지빌딩 4층

전화 522-7284 팩스 522-7285

천리안 m321

나무누리·하이텔 minbyun7