

에 의해서도 제약받지 않고 오로지 천황에게만 복속될 뿐이었다.¹⁸⁾ 그런데 앞에서 살펴본 것처럼 천황에의 복속이란 곧 무책임을 의미하는 것이었다. 이렇게 본다면, 결국 조선총독은 절대적인 권력과 무책임으로 특징지어지는 기구였다고 할 수 있는 것이다.

그와같은 '절대적이면서 동시에 무계약적인 원천'에서 쏟아진 법은 지배를 위한 억압적인 도구 이외의 그 무엇일 수도 없는 것이었다. 착취에 용이한 구조에로의 한국사회의 재편을 위한 「토지조사령」·「어업령」·「삼림령」·「회사령」, 「문명개화」되지 않았다는 이유로 자신들이 '병합'한 대한제국이 그 말기에 자신들의 영향 아래 만든 대표적인 악법임에도 지배의 편의를 위해 한국인에게만 적용되는 법으로서 그 효력을 유지시킨 「신문지법」·「보안법」·「출판법」, 자국내에서는 전근대적·비인도적이라 하여 이미 폐지한 笞刑制度를 '舊慣尊重' 혹은 '편리하다'라는 이유로 적용범위를 오히려 확대하여 존속시킨 「조선태형령」, 일제가 군국주의 파시즘으로 치달던 1930년대 이후에 맹위를 떨친 「치안유지법」과 「조선사상범보호관찰령」, 「조선사상범예방구금령」 등 치안법령과 그에 수반된 轉向制度, 「국민총동원」 시기 수많은 한국인을 전쟁터로 내몬 각종 징용령, 「忠良한 國民」을 육성한다는 강변 아래 한국어교육을 금지시킨 「조선교육령」, 그리고 한국인에게 일본식의 氏名制度를 강요한 「조선민사령의 개정」 등은 그러한 법의 도구성·자의성의 극치를 보여준 것이라고 할 수 있다.¹⁹⁾

일제강점기의 법의 도구성·자의성은 법의 내용만이 아니라, 法の 형식과 관련해서도 발견된다. 강점기 한국에서 시행된 법에는 우선 일제의 법령이 있었다. 즉 '특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령, 칙령으로 조선에 시행된 법률, 규정의 내용상 당연히 조선에 그 효력을 미치는 법률 및 칙령'이 그것이었다. 일제가 주장하듯 1910년에 한국이 그들의 영토가 되었다면, 강점기 한국에도 그들의 법령이 당연히 시행되었어야 할 터이다. 그러나 일제의 법령은 원칙적으로는 강점기 한국에서 시행되지 않았으며, 단지 예외적으로 위와같은 일정한 경우에만 시행되었다. 그리고 그 예외적인 시행을 결정하는 기준은 오로지 "각 법령에 대해, 그 내용을 보고 규정의 성질에 따라 판단할 수 밖에 없다"²⁰⁾라는 것이었다. 결국 일제의 법령 중 어떤 것이 얼마만큼 강점기 한국에 대해 적용될 것인지는 전적으로 법집행자의 자의적인 판단에 맡겨져 있었던 것이다.

다음으로 조선총독부의 법령, 즉 制令·朝鮮總督府令·道令 등이 있었다. 일제의 법령이 예외적으로만 강점기 한국에 시행되었던 결과, 강점기 한국의 법령의 대부분은 이들 법령이었다. 그 중에서 특히 제령에는 「朝鮮民事令」, 「朝鮮刑事令」 등 다수의 중요한 법령이 포함되어 있었으며, 35년간 총 676건으로, 구제령의 개폐에 관한 것을 제외해도 270

18) Cf. Kim Chang Rok, "The Characteristics of the System of Japanese Imperial Rule in Korea from 1905 to 1945", *Korea Journal*, Vol. 36 No. 1, Spring 1996.

19) 일제강점기의 법령의 구체적 내용에 관한 분석으로는, 金圭昇, 『日本の植民地法制の研究』, 社會評論社, 1987; 鈴木敬夫, (주 14); 朴秉濠教授還甲紀念論叢發刊委員會 편, (주 2) 제5편의 논문들; 광복50주년기념사업회, 『광복50주년 기념논문집』 1 (과거청산), 한국학술진흥재단, 1995의 논문들 참조.

20) 松岡修太郎, 『朝鮮行政法提要(總論)』, 東都書籍, 1944, 17면.

건에 달했다.²¹⁾ 조선총독은 강점기 한국에서, 일제 본국에서라면 법률로 규율해야 할 인민의 권리의무와 사법 및 조세에 관한 사항을, 이 제령으로 규율할 수 있었다. 하지만 이와같이 중요한 사항을 규율하는 제령의 제정에 있어서 조선총독에게 가해진 제약은, 내각총리대신을 경유하여 천황의 勅裁를 얻어야 한다는 것과, 한국에 시행된 법률 그리고 특히 한국에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령에 위배될 수 없다는 것 두가지 뿐이었다.²²⁾ 그런데 위에서 살펴본 것처럼 후자는 극히 예외적인 것이었기 때문에 사실상 제약은 전자 하나 뿐이었다고 할 수 있으며, 강점기 한국의 상황에 대해서는 조선총독의 판단이 가장 우선했을 것이라는 사실을 생각하면, 조선총독의 제령제정권에는 사실상 아무런 제약이 없었다고 할 수 있다. 결국 강점기 한국에서의 법은 전적으로 조선총독의 판단에 의해 만들어졌다고 할 수 있는 것이다.

제령과 관련해서 또 하나 주목해야 할 점은, 일제의 법률의 다수가 제령에 의해 '依用'되었다는 점이다. '의용'이란, 예를 들어 「조선민사령」의 제1조에서 "民事에 관한 事項은 本令 其他의 法令에 特別한 規定이 있는 경우를 除外하고는 아래의 法律에 의한다"라고 규정하고, 민법·신탁법·상법·수표법·민사소송법 등을 열거한 후, 제2조 이하에서 한국에서의 특례를 규정하는 것과 같이, 일제의 법률에 변경을 가하여 강점기 한국에 시행하는 것이다. 그런데 일제의 법률이 제령에 의해 의용되는 경우 그 법률은 법률로서가 아니라, 제령의 내용으로서 간접적으로 한국에 시행되는 것이라고 해석되었다.²³⁾ 즉, 의용되는 법률과 제령은 완전히 다르다는 것이었다. 이러한 변칙적인 방법을 통해, 조선총독은 전적으로 자신의 판단에 따라, 일제의 법률을 일부분만 시행하거나, 변형해서 시행할 수 있었고, 또 일제의 법률에 아무런 변화가 없는 경우에도 그 중 한국에서 시행되었던 것을 언제라도 바꾸거나 폐지할 수 있었다.

이러한 일제강점기 법체계의 성격은 법의 집행과 관련해서도 발견된다. 재판소는 조선총독에게 예속된 행정관청 중의 하나로서, 그 안에 檢事局이 併設되어 있었다. 그리고 법정에서는 거의 대부분이 일본인인 판사와 검사²⁴⁾가 한국인을 내려다 보며 일본어로 된 법령을 동원하여 일본어로 재판을 진행했다. 하지만 그나마 정식 재판에 회부되는 사건은 극소수였다. 민사분쟁을 포함한 대부분의 사건은 태형을 수반하는 즉결처분권이 부여된 경찰과 헌병에 의해 처리되었다. 그리고 태형은 감옥 또는 즉결관서에서 은밀히 집행하도록 되어 있어서 고문이 합법적으로 행해질 수 있었다.²⁵⁾

21) 이에 비해 35년간의 강점기간 동안 한국에서 시행된 일제 법령의 수는 180여건에 불과했다. 姜德相外, 『日帝下朝鮮의 法律制度について』, 『日本法とアジア』(仁井田陸博士追悼論文集 제3권), 東京, 勁草書房, 1970, 323면.

22) 1911년 3월 29일 대일본제국 법률 제30호 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 法律」, 제2조, 제5조.

23) 松岡修太郎, (주 20), 19-22면.

24) 예를 들어, 한 통계에 의하면 1939년 현재 조선총독부 재판소 235명의 재판관 중 46명만이 한국인이었으며, 120명의 검사중 8명만이 한국인이었다. A. J. Grajdanzev, *Modern Korea: Courts, Prisons, Police*, N. Y.: Institute of Pacific Relations, 1944. 안진, 『미군정기 억압기구 연구』, 새길, 1996, 190면에서 재인용.

25) 申東雲, 『日帝下 刑事節次에 관한 研究』, 朴秉濠教授還甲紀念論叢發刊委員會 편, (주 19) 참조.

이와같은 법을 35년이라는 오랜 기간 동안 경험하는 가운데 강점기 한국의 민중들의 마음 속에 자리잡게 된 것은 우선 法虛無主義였다. 법을 지키는 것이 곧 자기 민족에 대한 반역이 되는 상황에서, 지배자가 마음 내키는대로 만들고 바꾸고 적용하는 폭력적인 법이 자신들의 삶을 유린하는 상황에서, 이민족의 언어·이민족의 법률에 따라 재판을 받아야 하는 상황에서, 그들의 마음 속에 자리잡을 수 있는 것은 법에 대한 이질감과 소외감, 그리고 적개심 이외에 그 무엇일 수도 없었던 것이다. 그러나 다른 한편으로 그들의 마음 한쪽에 法萬能主義가 또한 자리잡게 되었다. 법의 이름으로 생명과 재산은 물론 언어와 이름까지 빼앗아가는 상황에서 법은 그야말로 '無所不爲'의 존재로 생각되어질 수밖에 없었던 것이다.

III. 일제잔재의 연속

1. 법제도의 측면에서의 연속

위에서 살펴 본 것처럼 일제강점기의 법체계는 일본적 신권주의에 의해 지지된 착취와 억압과 민족말살의 도구였으며, 따라서 그것은 입헌주의와는 거리가 먼 것이었다. 오히려 그것은 반입헌주의적인 것이었다. 그리하여 그것은 이후의 한국의 입헌주의에의 지향에 있어서 청산되지 않으면 안될 커다란 負의 유산으로 한국인들에게 씹어지워지게 된 것이다. 그런데, 유감스럽게도 그 부의 유산, 즉 일제잔재의 청산은 광복 이후에도 철저히 이루어지지 못했다. 오히려 광복 전후의 연속의 측면이 더 두드러져 보인다는 것이 솔직한 평가일 수 밖에 없다.

이와 관련해서는 우선 법제도의 측면에서의 연속이 주목된다. 일제강점기의 법령이 이민족 지배를 위한 반입헌적인 것이었던 이상, 광복 이후 우리 민족 스스로가 나라를 꾸려갈 수 있게 된 때에는 당연히 전면 폐기되고 새롭게 정립되었어야 했다고 하지 않으면 안된다. 하지만 미군정기와 광복 이후 그 청산은 극히 불충분했다.

가. 미군정기에 있어서의 연속

우선 일제를 대신하여 이 땅의 지배자가 된 미군정은 일제의 법령을 '결과적으로' 존속시켰다.

이와 관련하여 주목되는 것은 미군정법령 제11호와 제21호이다. 1945년 10월 9일의 미군정법령 제11호는 제1조 "특정 법률의 폐지"에서 "북위 38도 이남의 점령지역에서 한국인과 그 통치에 적용할 수 있는 법률로부터, 한국인을 차별하거나, 한국인에게 억압을 가하는 모든 정책과 주의를 제거하고, 한국인에게 정의의 지배와 법 앞의 평등을 회복시

키기 위해 아래의 법률과 법률의 효력을 가지는 명령은 이 법령에 의해 폐지된다"라고 규정한 후, 「정치범처벌법」 등 6개 법령과 경찰의 사법권을 열거하였으며, 이어 제2조 "일반적 폐지 조항"에서 "그 사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치적 견해를 이유로 차별을 야기할, 기타의 모든 법률 혹은 법률의 효력을 가지는 명령은 이 법령에 의해 폐지된다"라고 선언하였다.²⁶⁾ 그리고 같은 해 11월 2일의 미군정법령 제21호는 제1조 "법률의 존속"에서 "1945년 8월 9일²⁷⁾에 효력이 있었던 모든 법률과, 한국에서의 이전의 정부에 의해 발하여진 법률의 효력을 가지는 규칙, 명령, 고시 기타 문서는, 이미 폐지된 것을 제외하고, 한국군정부의 명시적인 명령에 의해 폐지될 때까지 완전한 효력을 유지한다"라고 규정하였다.²⁸⁾

이들 두 법령은 미군정의 법령인 이상, 미군정의 성립근거인 1943년 12월의 카이로회담의 결정과 그 연장선상에 있는 1945년 7월의 포츠담선언에 의해, 구체적으로는 "오랜 기간 동안 한국인이 노예상태에 있었다는 사실과 한국이 적당한 시기에 해방·독립될 것이라는 결정을 고려하여" "항복문서조항을 이행하고 한국인의 인격적·종교적 권리를 보호하는 것"을 점령의 목적으로 삼는다고 한, 1945년 9월 7일의 태평양미국육군총사령부 포고 제1호에 의해 제약을 받는 것이었다고 하지 않으면 안된다. 따라서 그 제약의 범위 내에서 해석하지 않으면 안된다. 그리고 법해석의 일반원칙에 따를 때, 법령의 해석은 관련되는 다른 법령과의 관계를 고려한 가운데 체계적으로 이루어지지 않으면 안된다.

이러한 관점에서 우선 주목해야 할 것은 위의 제11호 제1조 및 제2조의 밑줄친 부분이다. 이 부분은 미군정의 권한에 대한 제약, 다시 말해 포고 제1호의 군정의 목적을 다시 한번 선언한 것에 다름아니다. 이것은 곧 미군정이 제11호를 통해, 일제법령의 효력은 위의 제약 내지 목적의 범위 내에서만 유지된다는 기본원칙을 명시적으로 선언했다는 것을 의미한다. 따라서 제21호에 의해 완전한 효력이 유지되는 법령 또한 그 범위 내에 포함되는 법령에 한한다고 보지 않으면 안되는 것이다.

다음으로 주목해야 할 것은, 제11호 제2조의 "기타의 모든"이라는 부분이다. 이것은 제2조가 단지 일반적인 원칙을 선언한 데 지나지 않는 것이 아니라, 제1조에 열거한 법령을 제외한 나머지 법령이라고 하는 구체적인 대상에 대한 조문임을 의미하는 것이다.

26) 1945년 10월 16일자 장경근 경성지방법원장의 담화에는 "아놀드군정장관이 9월 21일 일반명령 제5호로써 치안유지법, 보안법, 기타 인종, 국적, 신앙 또는 정치사상을 기초로 한 차별적 법령을 폐지하는 동시에 이 외에 종래 법령은 여전히 효력을 가지고 있는 것을 밝히었다"라는 부분이 나온다. 金炳華, 『韓國司法史(現世編)』, 一潮閣, 1979, 6면 (각주 3). 그리고 법령 제11호는 "일반명령 제5호의 개정"이라고 하는 기록도 보인다. 森田芳夫의 1편, 『朝鮮終戰の記録』(資料編 第1卷), 巖南堂書店, 1979, 262면. 필자는 아직 일반명령 제5호를 확인하지 못했다. 일반명령 제5호의 내용 여하에 따라서는, 아래에서 설명하는 일제법령의 폐지 시기가 1945년 9월 21일로 앞당겨질 수도 있을 것이다.

27) 이 날은 일제가 포츠담선언을 수락한 날이다. 미군정은 일제의 포츠담선언 수락에 의해 한국에 대한 일제의 지배권이 소멸되었다고 본 듯하다.

28) 이하 미군정의 포고 및 법령은, 民族文化 편, 『在朝鮮 美國陸軍司令部 軍政廳法令集』, 圖書出版 民族文化, 1986(國文版)·1987(英文版) 참조. 이 글의 인용에 있어서는, 국문판의 불명확한 부분을 영문판에 의해 수정하는 방식을 취했다.

끝으로 주목해야 할 것은, 제21호 제1조의 “이미 폐지된 것을 제외하고”라는 부분이다. 제11호 제2조가 단순한 선언이 아니라 구체적인 법령의 효력에 관한 조문이라고 한다면, 그 조문에 의해 폐지된 법령 또한 “이미 폐지된 것”에 해당된다고 보지 않으면 안 되는 것이다.

이렇게 볼 경우, 미군정법령 제11호 및 제21호에 대한 올바른 해석은, 제11호 제1조에 의해 명시적으로 폐지된 것만이 아니라, “그 사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치적 견해를 이유로 차별을 야기할” 일체의 법령은 1945년 10월 9일의 시점에서 전부 폐지된 것이며, 제21호에 의해 “한국군정부의 명시적인 명령에 의해 폐지될 때까지 완전한 효력을 유지”하게 된 것은 위에서 폐지된 나머지만이다라는 것이 된다.

하지만, 미군정의 해석, 나아가 지금까지의 우리 학계의 해석은, 제21호 제1조를 미군정의 일체법령에 관한 기본입장으로, 제11호 제1조를 그 구체화로 파악하고, 제11호 제2조는 제21호 제1조에 의해 폐기된 단순한 선언 정도로 경시하는 것이었다. 그 결과 제11호 제1조 및 그 후 제정된 법령들에 의해 명시적으로 폐지된 것을 제외한 모든 일체의 법령은 효력을 유지한다라는 것이었다.

후자의 해석은, 한반도를 제2차 세계대전에서의 승리의 전리품으로 간주하였고, 새롭게 재편된 미·소 중심의 냉전체제하에서 한국땅에 강력한 친미반공국을 건설하여 대소방과제를 구축하는 것²⁹⁾을 점령의 실질적인 최우선 목표로 삼았으며, 그 결과 “점령군의 안전을 도모하고 점령지역의 공중치안, 질서의 안전을 기”(포고 제2호)하는 것을 점령정책의 기조로 세우고, 그 연장선상에서 행정적·법적 ‘진공상태’와 이로부터 연유하는 혼란을 막기 위해 합리적이고 실용적이라는 이유로 일체의 지배체제를 유지하였던(포고 제1호 제2항) 미군정의 입장에 보다 합치하는 해석이라고 할 수 있다. 하지만 그것은 점령의 목적으로 벗어난 것일 뿐만 아니라 비체계적인 것이었다. 따라서 그 점을 파고든 한국인들의 이의제기가 있었다면 다수의 일체법령의 효력을 부인하는 것이 불가능하지 않았을 것이다. 하지만, 그러한 시도는 거의 발견되지 않으며, 그 결과 일체의 법령의 대부분은 미군정기에도 그 효력을 이어가게 된 것이다.

나. 광복 이후에 있어서의 연속

법제도의 측면에서의 연속과, 관련하여 다음으로 주목되는 것은 1948년 헌법 제100조이다. 1948년 헌법 제100조는 “現行法令은 이 憲法에 抵觸되지 아니하는 限 效力을 가진다”라고 규정하고 있었다.

그런데 이 제100조에 의해 일체법령이 효력을 지속하기 위해서는 두가지 요건을 충족시키지 않으면 안되었다. 하나는 그것이 ‘현행법령’, 즉 1948년 헌법 시행 당시에 효력이

29) 안진, (주 24), 58-63면 참조.

있는 법령이어야 한다는 것이고, 다른 하나는 ‘이 헌법(1948년 헌법)에 저촉되지 아니’하여야 한다는 것이다. 이 요건들은 조문의 해석상 당연히 요청되는 것이다. 뿐만아니라, 헌법학자들과 판례에 의해서도 인정된 것이다. 예를 들어 유진오는 “既存法令中에서 憲法에 抵觸되지 않는 것”에 한해 효력이 지속된다고 명시하고 있었으며,³⁰⁾ 판례 또한, 비록 명시적인 형태는 아니지만, 현행법령인가의 여부와 헌법에의 저촉 여부를 요건으로 제시하고 있었다.³¹⁾

‘현행법령’이라는 요건과 관련해서는 무엇보다, 미군정기에 효력이 지속된 일제강점기의 법령은 어떤 것인가가 문제가 되어야 했다. 그리고 이 점과 관련해서는 개개의 일제강점기 법령이 군정법령 제11호 제2조의 “그 사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치적 견해를 이유로 차별을 야기”하는 것인지 아닌지를 따져 보는 것이 필요했다. 만일 그러한 차별을 야기하는 것이었다면 ‘현행법령’이라는 요건을 충족시킬 수 없는 것이었고, 따라서 제100조에 요건을 충족시킬 수 없는 것이어서, 광복 이후에는 이미 효력이 없는 것이었다고 보아야 하기 때문이다.

다음으로 ‘이 헌법에 저촉되지 아니하는 한’이라는 요건과 관련해서는, 문제가 된 개개의 일제강점기 법령이 1948년 헌법의 전문에 규정된 기본이념과 원칙 그리고 본문 각조에 규정된 통치구조 및 기본권에 관한 내용에 부합되는 것인지를 따져 보아야 했다. 만일 부합되지 않는 것이었다면 마찬가지로 광복 이후에는 이미 효력이 없는 것이었다고 보아야 하기 때문이다.³²⁾

하지만, 제100조의 요건에 비추어 일제강점기의 법령의 효력을 문제삼은 예는 극히 희소하다. 그에 대한 법학자·법률가들의 논의도 극히 예외적으로만 발견된다.³³⁾ 그리하여 대부분의 일제강점기의 법령은 광복 이후에도 그 효력을 이어가게 된 것이다.

독립 이후의 법제도의 측면에서의 연속과 관련하여 또 하나 주목되는 것은 기본법령의 제정과 기타법령의 정리작업이다. 독립국가의 법령의 대부분이 일제강점기와 미군정기라고 하는 이민족 지배기의 법령에 의해 채워져 있는 현실은 하루 속히 타개되지 않으면 안되었으며, 그 결과 독립 직후부터 위의 작업은 시작되었다. 그리고 그 후 우여곡절을 겪으면서도 「형법」(1953), 「형사소송법」(1954), 「민법」(1958), 「민사소송법」(1960) 등의 기본법전이 차례로 제정되었으며, 다소 지지부진 하던 기타 법령의 정리도 5.16쿠데타와

30) 俞鎮午, 『新稿 憲法解義』, 一潮閣, 1953, , 289면.

31) 예를 들어 대법원 1955.3.4. 선고 1954형상101판결 ; 1960.9.15. 선고 1958민상492판결 ; 1956.3.30. 선고 4288행상21판결 등

32) 이러한 시각에서 일제강점기의 법령의 효력을 검토한 예로서 김창록, 「1948년 헌법 제100조 - 4·3계엄령을 통해 본 日帝法令의 효력 -」, 『法學研究』(釜山大學校 法科大學·法學研究所) 제39권 제1호, 1998.12. 참조.

33) 金甲洙, 「軍政과 日本法適用의 限界(一)」, 『法政』 제2권 2호, 1947 참조. 다만 김갑수는 법령 제11호 제2조가 “廢止法令의 解釋基準으로서 極히 曖昧”하다는 이유로 “一日이라도 速히 이를 廢棄”할 것을 주장했다. (위의 논문, 같은 면.) 그러면서도 그는 조리를 근거로 일정한 일체법령의 실효를 주장하기도 했다. (金甲洙, 「軍政과 日本法適用의 限界(四)」, 『法政』 제2권 8호, 1947, 32-33면.)

함께 등장한 국가재건최고회의에 의해 1962년 3월 31일에 완료되었다. 이로써 법령에 있어서의 일제강점기와의 단절이 일단 이루어지게 되었다. 하지만, 기본법전의 제정작업은, 정부수립 이후의 좌우대립 등 건국에 따르는 혼란과 인적 자원의 부족, 한국전쟁 등의 열악한 환경과 함께, '불완전하더라도 우리나라 법전을 우리나라 말로 하루 속히 편찬'하자는 조급함에 내몰려 충분한 숙고·토의·의견수렴을 거치지 못한 채 진행되었다는 한계를 가지고 있었다. 그리고 기타 법령의 정리작업도, 쿠데타세력이 부족한 정당성을 보완하기 위해 추진한 이른바 '혁명과업'의 일환으로, 국민의 대표로 구성된 국회를 해산한 채, 불과 165일 동안에 총389건의 신법령을 제정하고 618건의 구법령을 폐지하는 무리한 방식으로 진행시킨 까닭에 졸속이라는 비판을 면할 수 없는 것이었다.³⁴⁾ 그 결과 우리말로 된 법령을 가지게 된 이후에도 일제강점기의 법령의 흔적은 계속해서 법령의 곳곳에서 발견되게 된 것이다.

2. 인적 측면에서의 연속

다음으로 주목되는 것은 인적 측면에서의 연속이다. 일제강점기와 광복 이후의 인적 측면에서의 연속은 우리 사회 모든 영역에 공통되는 문제이지만,³⁵⁾ 사법의 영역에서의 연속은 특히 두드러진다.

우선 '현상유지'를 점령정책의 기조로 삼았던 미군정은 한국인재판소와 검찰을 일제강점기에 조선총독부에서 판사·검사·서기·주사 등으로 일한 경력이 있는 자들로 채웠다.³⁶⁾ 물론 그 중에는 정부 수립후 초대대법원장을 지낸 김병로와 같이 일제강점기에 민족 변호사로서 법을 통한 항일독립운동에 앞장 섰던 인물도 있었지만, 그 대부분은 일제의 법학을 배우고 일제의 지배체제의 하부조직을 구성하여 「치안유지법」 등 일제의 치안법령을 집행하면서 그 유지에 봉사한 한국인들로서, 희소가치에 의한 권위주의적 특권의식에 젖고 반공을 입헌주의적 원칙과 절차에 우선하는 '國是·國策'으로 신봉했던 체제순응적인 인물들이었다. 미군정은 현상유지를 위해 필요한 법률전문가라는 이유로 이러한 인물들로 한국의 사법부를 조직함으로써, 이후 오랫동안 이어진 한국사법의 어두운 역사의 첫단추를 끼웠던 것이다.

다음으로 광복 이후에도 이들 일제 관료 출신의 판검사들에 대한 인적 청산은 이루어지지 못했다. [이하 미완성]

3. 법사상의 측면에서의 연속

34) 기본법전의 제정작업에 관해서는, 崔鍾庫, 「解放後 韓國基本法制의 整備」, 朴秉濠教授還甲紀念論叢刊行委員會 편, (주 2); 같은 이, 「現代韓國法制의 形成過程考」, 『法學』(서울대학교) 32권 1·2호, 1991 참조. 기타 법령의 정리작업에 관해서는, 金鎔珍, 「舊法令整理事業의 推進」, 『법제연구』 제8호, 1995 참조.

35) 박원순, 『역사를 바로 세워야 민족인 산다』, 한겨레신문사, 1996 제1·2장 참조.

36) 미군정기 사법부 관료의 충원에 관해서는, 안진, (주 24), 189-196면 참조.

위에서 살펴 본 제도와 인물의 연속 속에서 법사상 또한 연속되었다. 이와 관련하여 우선 주목되는 것은 광복 이후 한국의 사법을 이끌게 된 법률가들의 법에 대한 사고방식이다. 1945년 10월 16일의 장경근 당시 경성지방법원장의 담화는 그것을 전형적으로 드러내 보이는 것이라고 할 수 있다. '일제의 법령은 광복 이후에도 원칙적으로 효력을 가진다'라고 강조한 위의 담화에서 장경근은, "軍政實施에 伴하여 從來 朝鮮에 實施되고 있던 日本法令이 失效하고 現在 無法狀態 또는 法の 實體가 不明確한 不文法狀態로 있는 듯이 一般이 誤認하고 있는 傾向이 있는 듯한데 . . . 그러나 過般 아놀드軍政長官이 9月 21日 一般命令 第5號로써 治安維持法, 保安法 其他 人種, 國籍, 信仰 또는 政治思想을 基礎로 한 差別的 法令을 廢止하는 同時에 이 外에 從來 法令은 依然히 效力을 가지고 있는 것으로 밝혀졌다. / 日本의 統治權이 排除되었음에 不拘하고 從來의 日本法令이 依然히 朝鮮에 施行되고 있다는 것은 一見矛盾되고 解得키 어려운 것 같으나. . . 여기에 한가지 注意를 喚起할 것은 從來의 日本法令이 固有의 日本法令이 아니고, 獨逸·佛蘭西等 歐美大陸의 文明諸國의 法令을 模倣繼受한 法令인 것은 事實이다. 故로 日本을 憎惡하는 態度로써 從來의 法令(民族的 差別等 色彩가 있는 것은 勿論 除外된다)을 憎惡 또는 無視한다고 하면은 이는 생각이 不足하다고 言을 수 없다"³⁷⁾라는 주장을 전개했다.

일제의 법령이 서양의 법령을 수용하여 만들어진 것은 사실인 까닭에, 이 주장은 언뜻 보기에는 별다른 문제가 없는 듯이 생각될지도 모른다. 하지만, 위에서 살펴본 것처럼, 일제의 법체계는 서양의 법체계와는 기본정신에 있어서 현격한 차이를 보이는 것이었다. 게다가 강점기 한국의 법체계는 그러한 일제의 법체계와 비교할 때에도 한층 반입현성이 강한 것이었다. 광복을 맞은 시점에서 한국의 법률가들이 보다 주목해야 할 부분이 그 반입현성이었음은 말할 것도 없다. 그러나 위의 주장에서는 일제의 법령에서 민족적 차별 등의 색채가 있는 것을 빼기만 하면 곧 문명국가의 법이 된다고 주장하고 있다. 그리고 그 연장선상에서 일제 법령이 광복 후에도 효력을 가지는 것은 당연한 것이므로, 그것을 '중요 또는 무시'하는 것은 '생각이 부족'하기 때문이라고 비난하고 있다.

일제의 법령을 문명국의 그것으로 파악하는 이러한 사고방식은, 말할 것도 없이 그 후의 법률가 나아가 법학자들도 기본적으로 공유한 사고방식이었다고 해도 좋을 것이다. 그리고 이러한 사고방식이 법제도와 인적 측면에 있어서도 심각한 문제제기가 이루어지지 않는 가운데 연속이 가능하게 한 하나의 요인이었다고 할 수 있을 것이다.

나아가, 이러한 사고방식은 광복 이후 지금까지 서양의 법제도와 법사상을 절대시하는 우리 학계의 풍토와도 밀접한 관련이 있는 듯이 보인다. "일제법령 - 민족적 차별 등의 색채가 있는 것 = 서양의 문명제국의 법령"이라는 공식은 애당초 한국적 현실과는 직접 관련이 없는 절대적인 기준이다. 이 공식에 따르면 좌변의 작업을 하는 것이나, 우

37) 『自由新聞』 1945.10.16. 金炳華, (주 26)에서 재인용.

변의 서양법령을 직수입하는 것이나 의미는 같다. 그런데 좌변의 작업은 상대적으로 복잡하다. 그렇다면 우변의 직수입 쪽이 훨씬 효율적인 방법이다.' 대략 이러한 사고과정이, 일제의 강점에 대한 '법률가적 콤플렉스'에 터잡은 '학문적 근원주의'와 결합하여 서양법 절대주의를 낳은 것으로 보이는 것이다. 이것은, 학문적 토양이 척박했던 시대에는 어쩔 수 없는 한계였다고 이해할 수 있는 측면이 없는 것은 아니지만, 일제강점기라고 하는 이민족 지배기의 법체계와 광복 이후라고 하는 독립국가의 법체계가 다르지 않으면 안된다는 인식의 부족, 일제강점기와 광복 이후의 법률가·법학자의 법사상의 연속에서 그 중요한 원인을 찾아야 할 것으로 생각된다.

이와 관련하여 또 하나 주목되는 것은, 60·70년대에 성행하였을 뿐만아니라 기본적으로는 현재까지도 이어지고 있는, 한국인의 법의식에 대한 부정적인 평가이다. 60·70년대의 법의식조사에 의해 뒷받침되고 있는 지배적인 견해는, '한국인들의 법의식은 법에 대한 외포감과 불신, 권리의식·준법정신·고발정신의 박약 내지 결여, 법적 분쟁해결의 기피 등으로 특징지워지는데, 그 원인은 유교가 지배이념이었던 조선시대에 한국인들의 의식 속에 자리 잡아 일제강점기에 더욱 강화된 전근대적인 동양적 전통이며, 그것이 일제라는 매개를 통해 수용된 서양법을 토대로 하는 당시의 한국의 법체도와 상충되면서 그 실효성과 발전을 저해하고 있다'라는 것이었다.³⁸⁾

한국의 법체도를 '일제라는 매개를 통해 수용된 서양법'으로 파악하는 점에서 위의 사고방식과 공통되는 이 견해는, 한국법체계의 문제를 발전된 법체도와 뒤떨어진 법의식의 갈등으로 파악하고, 다시 그 원인을 조선시대의 "전근대적인 동양적 전통"에까지 소급시키는 것이 특징적이다.

하지만, 이 견해는, 비록 한국인의 법의식에 대한 묘사로서는 어느 정도의 타당성을 가지고 있지만, 그 전제들이 타당하지 않다는 점에서 부정적으로 평가되지 않으면 안된다. 그 하나의 전제는, 전통은, 이 글의 표현을 빌리면, 반입헌적이라는 것이다. 하지만, 한국의 전통법체계는 입헌적인 요소를 포함하고 있었으며³⁹⁾, 따라서 이 전제는 적어도 검증을 요하는 가설에 지나지 않는 것이다. 뿐만아니라, 이 당시는 이미 한국인들이, 위의 견해에 따르면, 전통법체계와 '단절'된 법체계를 적어도 40년 이상이나 경험한 때였다. 그럼에도 불구하고 그 법체계에 대한 부정적인 의식을 전통에서 찾는 것은 적어도 진실의 중요부분을 무시한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다. 다른 하나의 전제는 한국의 법체도는 입헌적이라는 것이다. 하지만 앞에서 살펴 본 것처럼, 위의 견해가 그 법체도의 전제로 삼고 있는 일제강점기의 법체도가 반입헌적이었을 뿐만아니라, 그러한 법체도

38) 梁承斗, 「우리나라 傳統的 法意識과 그 變化에 관한 研究」, 『法律研究』 제2집, 1982. 또한 Hahm Pyong-choon, "The Decision Process in Korea", *Korean Jurisprudence, Politics and Culture*, Seoul: Yonsei University Press, 1986; Hahm Pyong-choon and Yang Seung-doo, "The Attitudes of the Korean People Toward Law", Chun Shin-yong (ed.), *Legal System of Korea*, Seoul: International Cultural Foundation, 1975도 참조. 그리고 지배적 견해에 대한 비판으로는 양건, 「한국에서의 '법과 사회' 연구」, 『법과 사회』 창간호, 1989 참조.

39) 이에 관해서는, 김창록, (주 1), 83-87면 참조.

의 성격은 미군정기와 광복 이후에도 크게 달라지지 않았다.

이렇게 볼 때, 한국인의 반입헌적인 의식의 원인은, 일차적으로 그들이 40년 이상이나 경험한 일제강점기 이래의 한국의 법체계의 억압적·도구적 성격에서 찾지 않으면 안된다. 다시 말해 한국인의 법의식의 문제성은, 일제강점기의 법체계 속에서 형성되고, 광복 이후의 권위주의정권기에 연속·재생산된 것이라고 보지 않으면 안되는 것이다.

IV. 법에 있어서의 일제잔재 청산의 의의와 과제

지금까지 일제강점기 법체계의 성격과 형식 및 내용, 그리고 그것이 광복 이후의 역사 속에서 어떻게 연속되었는가를 살펴 보았다. 그 결과 확인한 것은, 일제강점기 법체계는 반입헌주의적인 것이었다는 것, 그리고 그 반입헌성은 광복 이후에도 제도적, 인적, 사상적 측면에서 기본적으로 연속되었다는 것이다. 인권의 보장과 그것을 위한 국가권력의 통제라고 하는 입헌주의가 현재의 우리가 추구해야 할 법가치라고 볼 때, 그와같은 반입헌주의적인, 법에 있어서의 일제잔재의 청산의 당위성은 굳이 강조할 필요도 없을 것이다. 그것은 보다 많은 입헌주의를 이 땅에 확보하기 위한 현재와 미래의 과제인 것이다.

다만 이러한 결론에는 두가지 설명이 추가되는 것이 필요하다. 하나는 일제잔재를 문제삼고 그 청산을 주장하는 것이 광복 이후의 문제점을 모두 일제의 탓으로 돌리자는 것은 아니라는 점이다. 광복 이후의 입헌주의의 낮은 수준을 모두 다 일제의 탓으로 돌리는 것이 옳지 않음은 물론이다. 비록 일제가 부의 유산을 남겨 놓기는 했지만, 그리고 비록 미군정의 지배·분단·한국전쟁 등 우리 민족의 힘만으로는 재단할 수 없었던 요인들이 그 청산을 지체시킨 것이 또한 사실이라고 하더라도, 그것을 어떻게 할 것인가는 기본적으로는 우리 민족에게 달린 것이었다고 할 수 있기 때문이다.

이렇게 본다면, 원칙적으로 우리 민족이 주체가 된 광복 이후 지금까지의 역사 속에서 그 부의 유산을 말끔히 청산하지 못한 것과 관련한 우리 민족 자체의 문제성을 파고 들어 밝혀 내는 것도 중요하다고 하지 않으면 안된다. 하지만, 그 작업 또한 일제잔재의 규명 및 청산이라는 작업과 떼어 놓고 생각할 수는 없다. 일제강점기 법체계로부터의 완전한 단절이 이루어지지 못했다는 역사적 사실을 직시할 때, 우리 민족 자체의 문제성을 파고 드는 작업 또한 일제잔재의 청산과의 연관성 속에서 이루어지지 않으면 안되는 것이다. 무엇이 일제잔재이며, 그것이 어떻게 그리고 왜 연속될 수 밖에 없었는가를 파고드는 과정 속에서 비로소 광복 이후의 부의 역사 또한 명확하게 될 것이기 때문이다.

다른 하나는 일제잔재를 문제삼고 그 청산을 주장하는 것이 광복 이후의 입헌주의의 진전을 과소평가하는 것은 아니라는 점이다. 지금이나 일제 때나 마찬가지로 이다라는 식의 주장은 지금이나 조선시대나 마찬가지로 이다라는 주장만큼이나 비역사적이다. 특히 법

허무주의에 이끄는 냉혹한 현실 속에서도 끊임없이 이어져 온 이 땅의 인민들에 의한 입헌주의에의 지향은 현재와 미래의 입헌주의의 진전을 위해서도 소중히 점검되고 또 간직되지 않으면 안된다.

하지만 현재와 미래의 입헌주의의 진전을 위해서는 간직하여야 할 역사만큼 버려야 할 역사에도 주목하지 않으면 안된다. '문민'정부를 지나 '국민'의 정부가 외쳐지고 있는 지금도 이 땅의 입헌주의의 진전을 축하하기 위해 샴페인을 터뜨리는 것은 누가 보아도 어울리지 않는 일이다. '국민'의 정부에서도 교도소는 여전히 인권의 사각지대이며, 피의자들에게 족쇄가 채워지고 있으며, '교권'과 '사랑의 매'라는 명목으로 학생들에게 폭력을 가하는 것을 정당화하는 규정을 만들도록 교육부가 나서서 지시하고 있으며, '4·3제주'와 '의문사'피해자들의 경우에서 가장 선명하게 드러나는 것처럼 국가권력에 의해 생명과 신체와 재산에 심각한 피해를 입은 사람들에 대한 구제는 지지부진하며, 국가보안법과 관련한 국제기구의 개선 요구는 철저히 무시되고 있다. 또한 다른 한편으로 '떡값이다' '관행이다'라는 비법적인 논리로 뇌물을 범죄가 아닌 듯이 정당화하는 주장이 법률가들의 입에서 쏟아지고 있으며, 내란죄를 저지른 범죄자들이 정치에 관여하겠다고 나서고 있다.

이와같이 최근의 신문에서 대충 추려 본 기사들만으로도 '국민'의 정부가 외쳐지고 있는 지금도 입헌주의의 현실이 여전히 암울하다는 사실을 확인하기는 어렵지 않다. 이것은 그간의 입헌주의의 상대적인 진전에도 불구하고, 한국의 입헌주의의 실질적인 진전을 위해서는 한국의 법체계가 안고 있는 구조적인 문제점에 주목하지 않으면 안된다는 사실을 우리들에게 일깨워 준다. 그 구조적인 문제가 국가권력을 절대시하고 인권을 경시하는 일제잔재적 제도 및 사고방식과 밀접하게 연관되어 있음은 말할 것도 없다. 그렇다면 무엇이 일제잔재이며, 그것이 어떻게 그리고 왜 연속될 수 밖에 없었는가를 파고드는 작업은, 지금까지의 인민들의 입헌주의에의 지향의 성과를 살리고, 그것을 앞으로 한층 더 진전시켜 가기 위해서도 필요하다고 하지 않으면 안되는 것이다.

이와같이 현재와 미래의 입헌주의의 진전을 위해 필요한 법에 있어서의 일제잔재의 청산을 위해서는 우선 일제잔재가 무엇인가를 확인하는 것이 필요하다. 그리고 그것을 위해서는 다시, 이 글에서 시론적으로 제시해 본, 일제강점기 법체계의 모습과 그것이 광복 이후 연속되는 모습을 보다 철저히 검증하고 확인하는 작업이 필요하다. 그런데, 1980년대 이전까지는 우리의 학계 전반에 걸쳐 일제강점기에 대한 연구 자체가 터부시되었던 사정도 있어서, 일제강점기 법체계에 대한 연구는 실로 빈약하다. 법에 있어서의 일제잔재 청산의 당위성에 관한 외침이 끊임없이 이어지기는 했지만⁴⁰⁾, 일제강점기 법체계의 구체적인 모습이 처음으로 본격적으로 정리된 것이 일본인 연구자였다는 사실⁴¹⁾이 시

40) 한상범교수의 일련의 작업이 그 대표적인 예이다. 한상범, 『한국의 법문화와 일본 제국주의의 잔재』, 교육과학사, 1994; 한상범 편저, 『일제 잔재, 무엇이 문제인가』, 법률행정연구원, 1996, 제1편, 제2편 제1장 등 참조.
41)鈴木敬夫, (주 14) 참조.

사하는 바는 크다고 하지 않을 수 없다. 물론 1980년대 후반 이후 일제강점기에 대한 연구가 상대적으로 활기를 띠게 되고, 그 결과가 최근에 박사학위논문의 형태로 산출되고 있으며, 그러한 분위기 속에서 법체계에 대한 연구 또한 상대적으로는 진전을 보이고 있다⁴²⁾. 하지만, 다른 분야와 비교할 때, 법체계와 관련한 연구는 여전히 활력을 얻지 못하고 있는 것이 현실이다. 보다 많은 법학자·법률가들의 분발이 간절히 요구된다고 하지 않을 수 없다. 물론 그 연구의 성격상, 일차적으로 분발하지 않으면 안되는 것은 필자를 포함한 법사학자들인 것은 말할 것도 없다.

법에 있어서의 일제잔재의 청산을 위해서는 또한 사고의 전환도 필요하다. 광복 이후의 역사 속에서 그 청산의 당위성에 대한 외침이 현실적인 성과로 이어지지 못했다는 점을 고려한다면, 현재의 법체도와 법사상 속에서 일제잔재를 확인해 낸다고 하더라도, 그것만으로 곧바로 청산을 위한 실천이 뒤따르리라는 보장은 없다. 그 실천을 위해서는 우리의 머리 속에 은연 중에 자리잡고 있는, 법과 관련한 국가 중심의 사고방식을 개인과 인간 중심의 사고방식으로 전환⁴³⁾시키는 것이 필요하다. 법이 개인으로부터 국가를 방어하기 위해서 존재하는 것이 아니라, 국가로부터 혹은 국가와 함께 개인의 인권을 지키기 위해 존재하는 것이라는 사고의 전환이 있을 때, 국가 중심의 반입헌주의적인 법체계의 전형인 일제강점기 법체계의 잔재를 청산해야 할 실천적인 필요성이 생겨나게 될 것이기 때문이다. 그러한 사고의 전환을 위해 보편적인 기준으로서의 국제적 인권 기준이 크게 참조가 될 수 있을 것임은 물론이다.

* 이 글은 아직 완성된 것이 아닙니다. 혹시나 이 글의 일부를 인용하고자 할 경우, 반드시 사전에 필자와 상의해 주시기 바랍니다.

(1999.1.18)

42) 朴秉濠教授還甲紀念論叢發刊委員會 편, (주 19)와 광복50주년기념사업회, (주 19)의 논문들은 그 진전을 확인시켜 주는 대표적인 예라고 할 수 있다.
43) 이 점과 관련하여 조용환, 「5·18특별법과 전·노재판의 문제점」, 『역사비평』 1996 봄호, 62-66면이 시사적이다.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

대량난민사태에 대한 국제법적 대응 -특히 북한이탈주민문제와 관련하여-

— 김 태 천 —

14

대량난민사태에 대한 국제법적 대응*

- 특히 북한이탈주민문제와 관련하여 -

김 태 천**

- 목 차 -

- I. 문제의 소재
- II. 국적과 외교적 보호
 1. 북한이탈주민의 국적
 2. 북한이탈주민에 대한 소위 '문호개방이론'의 적용
 3. 북한이탈주민에 대한 우리 정부의 외교적 보호권
- III. 난민자격과 농레플망원칙
 1. 북한이탈주민의 난민자격
 2. 농레플망원칙의 적용
- IV. 대량난민사태에 대한 UNHCR의 대응
 1. 일시적 보호(비호)
 2. 자발적 본국귀환
 3. 새로운 제도와 포괄적 접근방법
- V. 북한이탈주민의 수용에 관한 국내법과 정책
- VI. 결론

I. 문제의 소재

최근 북한주민들의 국외탈출은 종래와는 달리 그 숫자가 대폭적으로 증가하고 있고, 또한 집단적 탈출사례가 많아지고 있다. 또한 탈북자의 신분이 일반주민에서부터 핵심 고위층에 이르고 있으며, 탈출동기도 굶주림과 정치적 탄압 등 개인적 동기에서부터 북한체제 자체에 대한 불만에 이르기까지 매우 다양하다. 그리고 북한은 현재 지구상에서 가장 열악한 인권수준에 있는 국가들 중의 하나라고 인정되고 있다.¹⁾ 특히, 1997년 유엔 인권소위원회는 북한내에서 중대한 인권침해가 있다는 주장이 계속되어 오고 있음을 확인하고 북한의 인권개선을 촉구하는 결의를 채택한 바 있으며,²⁾ 이것은 1998년에도 다시 한번 더 재확인되었다.³⁾ 앞으로 북한의 식량난과 국내경제사정이 호전되지 아니하는 한,

* 이 글은 拙稿, 'The Responses to Situations of a Mass Influx of Residents Escaping from North Korea in the Context of International Law', Korean Yearbook of International Law vol.2 (1998), 199-242쪽에 이미 게재된 글을 수정, 보완한 것임.

** 경북대학교 법과대학 부교수

1) Representative Stephen Sloraz, 'Orwell's Nightmare: Human Rights in North Korea', The Heritage Foundation Lectures, 394호(1992), 3쪽.

2) UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/L.13, August 1997.

그리고 국내적 인권상황이 향상되지 않는 한 북한주민들의 대량국외탈출 사태가 벌어질 수도 있다는 추측이 나오고 있다.

이러한 상황하에서 현재 북한이탈주민들이 체류하고 있는 중국과 러시아 당국은 북한과의 우호관계를 계속 유지하기 위하여 북한당국에 의한 탈출주민의 색출과 북한으로의 강제송환을 허용하고 있다. 특히, 최근 북한 체제의 경제적 위기 상황이 지속됨에 따라 북한주민들의 대량탈출사태를 우려한 중국 당국은 적극적인 강제송환정책을 시행하고 있다. 예를 들어, 최근에도 중국의 공안당국은 150여명에 이르는 탈북자들을 색출하여 북한으로 강제송환하였다는 언론보도가 있었다.⁴⁾

한편, 대한민국은 국내법상으로는 북한이탈주민을 대한민국 국민으로 인정하면서도(즉, 대한민국헌법, 국적법 등) 중국과 러시아 등과의 외교관계와 정치적 목적을 위하여 북한이탈주민에 대한 보호를 사실상 포기하고 있는 실정이다. 최근 우리 정부의 북한이탈주민에 대한 정책은 지나치게 선별적인 색채를 띠고 있다는 지적을 받기도 하며, 또한 중국 등에 체류하는 북한이탈주민들의 한국 공관측에의 귀순요청을 매우 소극적으로 대처하고 있는 것도 사실이다. 특히, 종래의 귀순북한동포보호법을 대체하여 오는 1997년 7월부터 시행하고 있는 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률은 그 입법취지가 북한이탈주민들의 사회화를 통한 한국사회에 대한 적용에 초점을 맞추고 있다고 하나, 실제적으로 '귀순 보상 정책'의 포기과 선별적인 보호 및 제3국 체류 북한이탈주민의 사실상의 보호 배제(즉, 국내 입국 불허)를 그 내용으로 하고 있다는 비판을 받고 있다.

북한이탈주민의 정확한 숫자를 파악하는 것은 매우 곤란하다. 비공식적인 집계에 의하면 1,000명 내지 1,500명이라고 하기도 하고, 혹자는 1만명 혹은 10만명에 이른다는 주장도 있다. 북한이탈주민의 개념을 어떻게 정의할 것인가에 따라 그 추정숫자도 달라질 것이다.⁵⁾ 어쨌든 1997년 현재 중국과 러시아 주재 우리 공관에 700여명의 북한이탈주민들이 귀순의사를 밝힌 것이 비공식적으로 확인되고 있다.⁶⁾ 이러한 점에서 보면 많은 숫자의 북한이탈주민들이 북한으로의 귀환을 거부한 채 중국과 러시아를 유랑하고 있음을 미루어 짐작할 수 있다. 그럼에도 불구하고 북한이탈주민으로서 국내입국이 허용된 숫자는 지극히 적은 편이다. 1998년 7월 현재 국내에 입국한 북한이탈주민은 914명이며, 그 중에서 이민하거나 사망한 자 등 197명을 제외한 717명이 국내에 거주하고 있다고 한다.⁷⁾

3) UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/2, August 1998.

4) 조선일보 1998년 12월 21일자, 한국일보 1998년 12월 21일자.

5) 북한이탈주민이란 "북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 자로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자"를 말한다(북한이탈주민보호법 제2조 제1호). 이에 대하여 과거 '귀순자', '북한귀순동포', '탈북자', '북한탈출주민' 등의 다양한 용어가 사용되기도 하였으나, 이 글에서는 현재 시행중에 있는 북한이탈주민보호법상의 용어인 '북한이탈주민'이라는 용어를 사용하기로 한다.

6) 강호양, '탈북자 증가와 정부의 입장', 시민과 변호사 37호(1997), 96쪽.

7) 통일부 대변인실 1998년 7월 13일자 보도자료.

그러나 우리 정부는 아직까지는 대량탈북자 발생가능성은 희박한 것으로 보고 있다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고, 만약 앞으로 북한체제의 혼란으로 말미암아 북한주민들의 대량국외탈출이라는 사태가 발생하게 된다면 우리 정부 당국은 이에 대해 어떻게 대처하여야 할 것인가. 아울러 지금까지 우리 정부의 북한이탈주민들에 대한 국내적 수용정책은 위와 같은 대량난민사태의 해결에 과연 도움이 될 것인가. 또한 난민유입국으로 예상되는 중국, 러시아 등은 이 문제를 어떻게 대처하여야 하는가. 나아가 대량난민사태에 대한 UNHCR의 관행과 제도들은 이 문제에 어느 정도의 실효성을 가질 수 있을 것인가.

II. 국적과 외교적 보호

북한이탈주민은 대한민국의 국내법상 혹은 국제법상 지위는 무엇인가. 북한이탈주민은 대한민국의 국민인가. 북한을 탈출하여 제3국에 체류하는 북한주민은 대한민국의 국민으로서 보호받을 수 있을 것인가. 이것이 바로 북한이탈주민의 국적과 외교적 보호에 관한 문제이다. 관련되는 문제점들을 차례로 분석, 검토하기로 한다.

1. 북한이탈주민의 국적

북한이탈주민은 대한민국의 국내법상 국적을 가지는가. 이는 우리나라 국적법의 규정을 둘러싸고 최근까지 학자들간에 격렬한 논쟁이 벌어지고 있는 문제이기도 하다. 이것은 국적법에 '최초의 한국인'에 관한 아무런 명시적 규정을 두고 있지 아니함으로써 발생된 논쟁이다. 일부학자들의 견해에 의하면,⁹⁾ 최초의 한국인에 관한 경과규정없이 1948년 12월 20일 이전의 조선인은 당연히 대한민국의 국적이 되는 것은 아니며, 최초의 한국인에 대한 명문규정을 두지 않은 것은 입법상의 중대한 흠결이라고 지적한다. 이에 따라 1948년의 국적에관한임시조례에 의한 국적처리는 38선以南 이외의 지역에 거주하던 조선 혈통자의 국적을 확정할 수 없게 되었다거나,¹⁰⁾ 임시조례의 적용에 의하여 해방이후 우연히 남조선에 있던 사람만이 한국인이 되고 (북조선을 포함하여) 그 외의 지역에 있던 사람들은 모두가 외국인으로 간주되게 되었다고 비판한다.¹¹⁾ 그래서 1997년 국적법 개정에 관한 논의당시 헌법상 국적법률주의와 영토조항에 충실하기 위해서는 개

8) 강호양, 앞의 글, 96쪽.

9) 노영돈, '우리 나라 국적법의 몇 가지 문제에 관한 고찰', 국제법학회논문총 41권 2호(1997), 53쪽; 노영돈, '1997년 국적법 개정안의 검토', 서울국제법연구 4권 2호(1997), 50쪽; 이장희, '통일시대에 대비한 국적법의 개정방향', 이장희(편), 통일시대에 대비한 국적법의 개정방향, 사회과학연구원(1998), 55-56쪽; 손희두, 북한의 국적법, 한국법제연구원(1997), 61-62쪽..

10) 이장희, 앞의 글, 58쪽.

11) 노영돈, '우리 나라 국적법의 몇 가지 문제에 관한 고찰'(주 9), 64쪽.

정 국적법의 부칙에 '이 법은 북한주민에게도 적용한다'는 조항을 들 필요가 있다고 주장하기도 하였다.¹²⁾

이에 반하여, 다른 몇몇 학자들의 견해에 의하면, 1948년의 국적에관한임시조례의 관련 조항과 이를 계승한 현행 국적법의 해석상 최초 국민 확정기준은 충분히 도출될 수 있으며, 그 내용은 일제시대부터 사용되어 온 조선호적 업적자를 대한민국 국민의 기본으로 수용하였다는 것이다.¹³⁾ 이에 따라 거주지와 관계없이 조선호적 입적(대상)자는 임시조례에 의하여 대한민국 국적을 인정받았다고 해석되며, 따라서 북한주민도 제헌헌법의 발효와 동시에 대한민국의 국적을 인정받은 것이라고 해석한다.¹⁴⁾ 또한 1910년의 한일합방조약은 무효이므로 1910년 이후 한국은 국가로서 소멸한 것이 아니라 그대로 법통성을 가지고 국가로서 존속한 것이고 따라서 1910년 이후 1948년 이전에 출생한 자도 그 당시 부가 한국 국민이면 그는 일본의 국적을 취득한 것이 아니라 한국 국적을 취득한 것이라는 주장도 있다.¹⁵⁾ 이러한 견해들에 의하면 국적법의 해석을 통하여 대한민국의 국내법상 북한주민은 당연히 대한민국의 국민으로 인정될 수 있다고 한다. 1997년 국적법 개정 당시 법개정작업을 담당하고 있던 법무부측은 외국인, 즉 대한민국의 국민이 아닌 자가 대한민국의 국적을 취득하는 요건과 절차를 규율하는 국적법에서 이미 대한민국의 국민으로 되어 있는 북한주민의 국적사항에 관하여 특별히 규율하는 것은 논리적으로 모순이며, 이러한 취지에서 국적법 개정안에서 북한주민의 국적에 관한 사항을 규정하는 것은 이를 고려대상에서 제외되었다고 한다.¹⁶⁾

한편, 국적법 이외에 국내법제도가 관행은 북한주민을 당연히 대한민국의 국민으로 간주하여 왔다. 우리에게 있어서의 북한은 헌법상의 영토조항에 의하여 대한민국의 주권이 미치는 지역이라는 점에서 북한 지역에 살고 있는 북한의 공민이나 중국 또는 러시아 등 한반도 이외의 지역에 거주하는 북한의 해외공민은 대한민국 국민으로 볼 수밖에 없다는 것이 국내 헌법학계의 지배적인 견해이다.¹⁷⁾ 그리고 우리 정부는 지금까지 북한으로부터의 귀순자에 대해 국적을 취득시키지 않고 호적을 창설하는 조치를 취해 왔다. 또한 북

12) 노영돈, '1997년 국적법 개정안의 검토'(주 9), 52쪽; 이러한 주장은 국적법 개정시에 수용되지 못하였다.

13) 정인섭, '우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토', 국제법학회논문집 43권 2호(1998), 243-246쪽; 이러한 견해에 대해서는 법률에 의해서가 아니라 관행으로 호적을 국적으로 본다는 점에서 국적법률주의에 위배된다는 비판이 있었고(노영돈, 이장희 교수), 이러한 비판에 대하여 정인섭 교수는 단순히 호적을 국적으로 보는 관행을 통하여 최초 국민의 문제가 해결되었다고 주장한 바 없으며, 임시조례의 조항과 이를 승계한 국적법의 해석, 적용을 통하여 그러한 결론을 내린 것이라는 반론을 제기하기도 하였다(위의 글, 246쪽).

14) 정인섭, 앞의 글, 245쪽.

15) 김명기, '북한주민을 대한민국 국민으로 본 대법원 판결의 법이론', 저스티스 44호(1997), 203-204쪽; 김명기, '재외탈북자에 대한 법적 보호의무', 북한동포의 생명과 인권을 지키는 시민연합이 주최한 제1회 북한동포의 생명과 인권 세미나 발표문(1997), 5쪽.

16) 석동현, '국적법의 개정방향', 서울국제법연구 4권 2호(1997), 25쪽.

17) 위의 글, 15쪽.

한이탈주민보호법은 북한주민에 대하여 국적취득에 관한 규정을 두지 않고, 단지 제19조에서 남한지역에 본적을 가지지 아니하는 자에 대하여는 본인의 의사에 따라 본적을 정하고 서울가정법원에 취적허가를 신청할 수 있다 하여 취적절차에 관해서만 규정하고 있다.

또한 우리 법원의 판례도¹⁸⁾ 국적에관한임시조례와 헌법규정의 해석을 통하여 북한주민을 대한민국의 국민으로 보고 있다. 즉, 원고는 조선인을 부친으로 하여 출생함으로써 남조선과도정부법률 제11호 국적에관한임시조례 제2조 제1호의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948년 7월 17일 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다고 판시하였다. 이러한 판례의 태도에 대해서는 비판적인 견해가 표명되기도 하였다. 즉, 법적으로 북한주민이나 탈북자들을 대한민국의 국민으로 인정하는 것은 옳지 않고 바람직하지도 않다고 주장한다.¹⁹⁾ 왜냐하면 남한의 헌법이 한반도 전역에 미치는 것으로 본다면 북한주민은 법률상으로 남한 국민이 될 것이고 그렇지 않다면 달라질 것인데,²⁰⁾ 대한민국의 성립시기는 헌법이 제정된 시기로 보는 것이 정당하며,²¹⁾ 헌법의 영토조항은 헌시점에서 통일한국의 영역범위를 선언한 것으로 해석하면 될 것이고,²²⁾ 일정한 지역 및 그 지역의 주민에 대해 실효적인 배타적 지배권을 행사하고 있는 반국가단체의 주민으로 국민으로 인정한다는 것은 쉬운 일이 아니라고 주장한다.²³⁾ 나아가 현실로 각기 다른 국가 내지 정부를 구성하여 이미 50여년을 지냈는데 단지 같은 언어를 사용하는 하나의 민족이라는 이유로 무조건 국민자격을 부여하는 것은 통일된 한국의 사회통합에 도움이 되지 않으리라는 것이다. 요컨대, 법리적으로나 현실적으로 북한주민을 대한민국 국민으로 인정하는 것은 옳지 않다는 것이다.

생각건대, 우리 나라의 헌법학계나 국제법학계는 물론이고 헌법조항의 해석에 관한 일관된 판례의 태도가 법리적으로 헌법상의 영토조항에 근거하여 대한민국의 주권은 북한 지역을 포함한 한반도 전역에 미치며 이에 따라 북한주민은 당연히 대한민국의 헌법이나 국적법상의 국민에 해당한다고 해석하고 있음에 반하여, 위와 같은 비판적 견해는 소수의견으로서 시사하는 바가 크다고 생각된다. 특히, 북한지역에 현실적으로 거주하고 있는 북한주민이나 해외에 거주하면서 북한의 해외공민으로 살아가고 있는 사람들의 경우 위와 같은 비판적 견해에 대하여 일응 수긍이 가는 점도 없지 아니하다. 이 글에서는 이 문제에 관한 논란을 제기하고자 하는 것은 아니다. 여기서 문제삼고자 하는 것은 북한이탈주민의 지위에 관한 것이다. 북한이탈주민의 보호를 위해서는 북한거주주민과 북한이탈주민의 국적문제는 달리 해석할 현실적 필요성이 있지 않을까. 북한이탈주민의 국적은

18) 대법원 1996.11.12. 선고 96누 1221 판결(소위 '이영순사건' 판결).

19) 권은민, '탈북자들은 대한민국 국민인가?', 시민과 변호사 43호(1997), 84쪽.

20) 위의 글, 78쪽.

21) 위의 글, 82쪽.

22) 위의 글, 81쪽.

23) 위의 글, 77쪽.

소위 '문호개방이론'을 적용할 수 있지 않을까 생각해 본다.

2. 북한이탈주민에 대한 소위 '문호개방이론'의 적용

북한이탈주민의 국적 문제는 통일전 독일에서의 서독과 동독주민의 국적문제의 해결방법이 적용가능한가. 즉, 동독주민들의 대량탈출문제를 법적으로 해결할 수 있었던 소위 '단일국적이론'(a single nationality)과 '문호개방이론'(offene Tür, open door)이 북한탈출주민에게도 적용함이 타당한가.

단일국적이론과 문호개방이론은 서독의 연방헌법재판소의 판결을 통하여 만들어진 분단국가 국민의 국적이론이다.²⁴⁾ 독일국적에 있어서 단일국적이론의 내용은 다음과 같다. 즉, 서독 기본법 제116조 제1항은 1937년 12월 31일의 독일제국영역이라는 연결점을 가지는 사람들의 독일국적문제에 관한 규율권한을 기본법이 인정하고 있음을 규정하고 있다. 나아가 기본법 제16조 제1항 및 제116조 제1항에 의거하여 모든 국가기관은 독일민족의 단일성을 보전할 헌법상 의무를 지며, 재통일의 목표 달성에 적극적으로 노력하여야 할 뿐만 아니라 재통일을 저해하는 어떠한 행위도 하여서는 안될 의무도 아울러 지고 있다. 이러한 의무는 동독국적의 취득이 서독의 법질서나 공공질서의 한계내에서 독일국적(서독국적)의 취득이라는 법적 효과를 가진다는 것을 의미한다. 따라서 오로지 '독일국적'이라는 단일국적이론이 존재할 뿐이며, 동독시민권의 취득은 기본법 제16조 제1항 및 제116조 제1항에 따라 서독에서 인정되는 독일국적의 취득이라는 법적 효과를 가지게 되는 것이다.²⁵⁾

다음으로, 문호개방이론의 내용은 다음과 같다. 동독주민도 기본법 제16조에 근거하여 독일인으로서 독일국적(서독국적)을 가진다. 그러나 그가 동독의 영역 안에 머무는 한 이러한 독일국적은 그 효력이 정지된 상태에 있게 되고, 동독의 영역을 벗어나 서독의 영역으로 들어오면 이러한 효력정지상태에서 벗어나게 된다. 또한 동독을 탈출하여 제3국에 머물고 있는 경우에는 이미 동독의 영역을 벗어난 것이므로 원칙적으로 자동적으로 독일국적의 효력정지상태에서 회복되어 즉시 독일국적을 취득한다는 것이다.²⁶⁾

생각건대, 단일독일국적이론은 매우 편리한 사고방식이다. 이 이론에 의하면 분단 이전에 동독지역에 거주하던 독일인 뿐만 아니라 분단 이후 동독에 귀화하거나 새로이 국적을 취득한 독일인도 서독의 국적을 취득할 수 있기 때문이다. 그러나 북한거주주민 혹은 북한이탈주민에 대하여 위와 같은 단일국적이론을 적용하는 것은 아무래도 무리라고 생

24) Re Treaty on the Basis of Relations between the FRG and the GDR, 1972 (FRG-GDR relations) Case, FRG, Federal Constitutional Court(BVerfG), 31 July 1973, 78 ILR 157-159; Single German Nationality (TESO) Case, FRG, Federal Constitutional Court(BVerfG), 21 October 1987, BVerfGE 77, 149; 91 ILR 211.

25) Ibid., 91 ILR 220-223.

26) 김승대, "동포들의 대량 유입과 그 대책① - 독일통일 전후과정과의 비교·고찰 -," 시민과 변호사 37호(1997), 70쪽.

각된다. 즉, 가령 '조선국적'(혹은 대한민국국적)이라는 단일국적이론이 존재하며 북한의 국적취득은 곧 남한에서 인정되는 대한민국국적의 취득이라는 법적 효과를 가지게 된다고 생각할 수는 없기 때문이다. 이것은 우리의 국내법상 반국가단체로 보는 북한정권의 국적부여행위의 합법성을 인정하는 셈이기 때문이다. 이러한 단일국적이론을 수용하지 않는다면 북한이탈주민 중에서 적어도 1949년 북한정권수립이후 귀화하거나 북한국적을 취득한 주민들은 어떠한 경우에도 자동적으로 대한민국의 국적을 취득한 것으로 해석될 수는 없을 것이다.

반면에, 북한주민의 대량국외탈출사태와 관련하여 위에서 본 문호개방이론은 수용의 필요성이 있지 않을까 생각한다. 문호개방이론을 북한이탈주민의 국적문제에 적용한다면, 북한주민은 대한민국의 국적을 가지나 북한지역에 머무르고 있는 동안에는 그 국적의 효력이 사실상 정지된 상태에 있으며, 북한을 탈출할 의사를 가지고 북한영역을 벗어나면 이와 같은 대한민국의 국적에 대한 효력정지상태가 해소되므로, 우리 정부는 북한이탈주민을 우리 국민으로 인정하고 보호해야 한다는 것이다.²⁷⁾

3. 북한이탈주민에 대한 우리 정부의 외교적 보호권

대한민국 국내법이 북한이탈주민을 자국민으로 인정하고 있는데 이것을 기초로 하여 북한을 탈출하여 제3국에 체류하고 있는 북한이탈주민에 대하여 대한민국 정부는 국제법상 외교적 보호권을 행사할 수 있는가.

북한이탈주민에 대한 대한민국 정부의 국제법상 외교적 보호권의 존부에 대해서는 상반된 견해들이 있다. 하나는, 국제법상 실효적 국적원칙에 비추어 우리 정부는 중국이나 러시아에 대해서는 북한이탈주민을 위한 외교적 보호권을 행사할 수 없다는 견해이다. 즉, 중국과 러시아는 우리와 국교를 가지고 있지만 그 보다 훨씬 앞서 북한과 국교를 맺어 왔었고, 우리는 그러한 사태에 대한 이의제기없이 이들 두 나라와 국교를 가지게 되었기에 이들 두 나라가 북한주민을 북한의 국민으로 보는데 대해 이의를 달 수 없다는 것이다. 또한 북한주민이 남북 양측의 국적을 동시에 가진다고 해석하더라도 오늘날 확립된 국제법원칙인 실효적 국적의 원칙에 비추어 우리 정부가 제3국에 대해 북한주민에 대한 외교적 보호권을 행사하는 것은 어렵다는 것이다.²⁸⁾

다른 하나는, 북한이탈주민에 대한 외교적 보호권의 행사를 긍정하는 견해이다. 이 견해에 의하면 원칙적으로 남한과의 관계에서 북한은 국가가 아니라 교전단체에 불과하지만 교전단체의 주민에 대한 외교적 보호권은 교전단체에 있으므로 북한주민에 대한 외교적 보호권은 북한에 있는 것이며 남한에 있는 것은 아니라고 한다. 그러나 남민에 해당하는 북한이탈주민은 '사실상 무국적자'(de facto stateless persons)²⁹⁾로서 북한의 외교적

27) 위의 글, 71쪽.

28) 김찬규, '북한탈출자의 난민자격과 그 처우에 관한 고찰', 인권과 정의 214호(1994), 9-10쪽.

보호대상에서 제외된다는 것이다. 따라서 북한이탈주민에 대한 외교적 보호권은 북한에 있는 것이 아니라 그의 또 다른 국적국인 남한에 있다는 것이다.³⁰⁾

나아가, 독일의 문호개방이론을 적용하여 북한이탈주민에 대한 우리 정부의 외교적 보호권의 행사를 주장하는 견해도 있다. 즉, 북한주민은 압록강, 두만강 혹은 해상탈출의 경우 북한이 주장하는 그 영해를 넘는 순간부터 이미 우리 국적자로서의 모든 효력이 발생된 대한민국 국민이라는 것이다. 이에 따라 우리 정부는 북한이탈주민이 북한의 영내를 벗어난 시점부터 그들에 대한 외교적 보호를 시작해야 하며, 이들을 선별처리하거나 그들이 우리의 대사관에 찾아와 보호를 요청할 경우 그 성향에 따라 보고를 거부하여서는 안된다는 것이다.³¹⁾

생각건대, 문호개방이론을 적용한다면 북한이탈주민은 대한민국의 국적을 가지거나, 혹은 남한과 북한의 이중국적을 가진다고 생각된다. 북한이탈주민의 국적국인 대한민국은 그들이 북한지역을 이탈하는 순간부터 당연히 국제법상 그들에 대한 외교적 보호권을 가진다. 문제는 남한과 북한을 모두 국제법적으로 승인하고 있는 중국이나 러시아에 대하여 우리 정부가 북한이탈주민에 대한 외교적 보호권을 주장할 수 있는가에 있다. 다시말하자면, 북한이탈주민은 남한과 북한의 이중국적자이고 실효적 원칙에 의거하여 보다 밀접한 관련성을 가지는 북한만이 그들에 대한 외교적 보호권을 행사할 수 있는 것인가. 이에 대해서 국제법이론상 우리 정부는 북한이탈주민에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 없다는 주장이 있다는 것은 앞서 본 바와 같다. 그러나 이러한 주장에는 찬성할 수 없다. 이중국적에 관하여 적용될 수 있는 실효적 원칙이 확립된 국제법원칙이라는 점은 의문의 여지가 없다. 그러나 북한이탈주민이 국제법상 남한과 북한의 이중국적자라고 하더라도, 국제법이론상으로는 우리 정부는 그들을 위해 중국이나 러시아에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 있다고 생각한다. 왜냐하면 이중국적자에 대한 외교적 보호권 여부에 관한 실효적 국적의 원칙은 이중국적국 중에서 보다 덜 밀접한 관련성을 가지는 어느 한 국적국이 보다 더 밀접한 관련성을 가지는 다른 국적국에 대하여 외교적 보호권을 행사할 수 없다는 것을 의미할 뿐이기 때문이다. 만약 제3국의 국제법위반행위로 인하여 어떤 개인이 침해를 입은 경우 그 개인의 이중국적국은 어느 국가를 막론하고 자신의 국민인 그 개인을 위해 외교적 보호권을 행사할 수 있게 된다.³²⁾ 결국, 실효적 국적의 원칙이 적용

29) "So long as a person is deprived of diplomatic protection, it is immaterial for his quality as a refugee whether he is stateless or still formally holds the nationality of the country from which he fled. Refugees may therefore be stateless persons or not. It has become usual to speak of refugees who still retain the nationality of their country of origin as 'de facto stateless persons', as distinct from *de jure* stateless persons." (P. Weis, 'Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 relating to the Status of Refugees', BYIL 30호(1953), 480쪽).

30) 김명기, '제외탈북자에 대한 법적 보호의무'(주 15), 7쪽.

31) 김승대, 앞의 글, 72쪽.

32) I. Brownlie, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, 4th ed., Clarendon Press (1990), 399-401쪽.

된다고 하더라도 국제법상 남한정부가 북한을 상대로 하여 북한이탈주민에 대한 외교적 보호권을 행사할 수 없다는 것일 뿐이고, 제3국인 중국이나 러시아에 대해서는 북한이 적극적으로 외교적 보호권을 행사하지 않는 한 우리 정부는 북한이탈주민을 위한 외교적 보호권을 주장할 수 있다고 해석된다. 나아가, 가령 제3국에 대해서도 실효적 국적을 가진 국가만이 국제법상 정당한 외교적 보호권을 행사할 수 있을 뿐이라고 해석한다고 하더라도,³³⁾ 북한이탈주민의 경우와 같이 실효적 국적을 가진 북한이 그들에 대한 외교적 보호권을 행사하지 않음이 명백한 경우에는 또 다른 국적국인 우리 정부가 그들에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 있다고 해석함이 타당할 것이다.

III. 난민자격과 농레풀망원칙

만약, 북한탈출주민이 대한민국정부로부터 적절한 외교적 보호를 받지 못하는 경우 일 반국제법상 난민으로서 보호받을 수 있을 것인가. 이것이 바로 난민자격과 농레풀망원칙의 문제이다. 여기서는 특히 난민자격과 농레풀망원칙은 필연적인 관련성을 가지는가 여부가 문제된다. 다시말하면, 난민협약상 난민자격을 가진 자에 대해서만 농레풀망원칙이 적용되는가.

1. 북한이탈주민의 난민자격

북한이탈주민은 난민협약상 난민, 소위 정치적 난민에 해당하는가. 아니면, 북한이탈주민은 그 탈출동기를 불문하고 UNHCR 관행상의 난민(위임난민)으로 인정되어 보호받을 수 있을 것인가.

난민(refugee)라는 용어는 매우 오랜 역사를 가지고 있다. 이 용어는 1685년 루이 14세에 의해 낭트칙령이 폐지된 후 프랑스에서 추방된 프로테스탄트 위그노를 묘사하기 위하여 처음으로 사용되었다고 한다.³⁴⁾ 오늘날 난민이란 용어는 일반적인 언어적 의미에 있어서는 여전히 매우 폭넓은 개념으로 이해되고 있다. 그것은 때로는 자신의 일상적인 거주장소를 본의 아니게 떠난 모든 사람들을 의미하는 것으로도 사용되기도 한다. 박해, 정

33) Under Article 4(b) of the 1965 Warsaw Resolution of the Institut de Droit International, only the State to which the person in question has a stronger social bond of attachment is entitled to give diplomatic protection when each home state is willing to grant diplomatic protection against a third subject of international law (W.K. Geck, 'Diplomatic Protection', in: R. Bernhardt (ed.), ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, 10권(1987), 105쪽).

34) W.Gunther Plaut, 'Refugees and the Right of Asylum - Some Historical Notes -', in: G. Alfredsson et al.(eds.), THE LIVING LAW OF NATIONS, Essays in Memory of Atle Grahl-Madsen, N.P. Ehngel Publisher(1996), 75쪽.

치적 폭력, 사회 내부적 혼란, 생태적 재해 혹은 빈곤 등과 같은 동기를 불문하고 난민이라는 용어가 사용되는 것이 보통이다.

그러나, 법리적 의미에 있어서 난민의 개념은 위와 같은 일반적인 언어적 의미와는 다른 개념으로 사용되고 있다. 난민협약 제1조 A항 2호 및 UNHCR규정 제6조 A항 2호에 의하면 난민의 개념을 매우 좁게 정의하고 있다. 즉, "인종, 종교, 국적, 특정사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 이유가 있는 공포로 인하여 자신의 국적국 밖에 있는 자로서, 국적국의 보호를 받을 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 혹은 개인적인 사정 이외의 이유로 인하여 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자, 또는 종전의 상주국 밖에 있는 무국적자로서, 상주국으로 돌아갈 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 혹은 개인적인 사정 이외의 이유로 인하여 상주국으로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 사람"을 의미한다. 이러한 난민의 정의는 '개인적인 박해', '정치적 난민', '개별적 난민'이라는 점에 그 초점을 두고 있다.

위와 같은 좁은 의미의 난민 개념은 기본적으로 제2차세계대전 이후의 유럽난민에 대한 국제적 관심을 반영한 것이었다. 그러나 이러한 난민 개념은 최근 아프리카와 아시아 등의 세계 각 지역에서 발생하고 있는 대량난민사태를 처리함에 있어서 매우 부적절한 것으로 지적되어 왔다.³⁵⁾ 왜냐하면 이러한 대량난민의 경우에는 개별적인 난민인정절차가 불가능할 뿐만 아니라, 그 탈출동기도 내전, 정치적 폭력, 경제적 혹은 환경적 재해, 극도의 빈곤에 이르기까지 매우 다양하고 복잡하기 때문이다. 또한 그들의 대부분은 개인적 박해로 인하여 조국을 떠난 사람이라고 볼 수 없으므로 전통적 의미의 난민에 속하지 않는다. 그렇다고 하여 그들을 난민보호의 대상에서 제외하고 그대로 방치하고만 있을 것인가.

이러한 상황에서, UNHCR은 그의 관행을 통하여 난민의 개념을 결코 난민조약과 의정서 등의 개별적, 특수한 조약법상의 해석에 한정시키지 아니하고 보다 폭넓은 개념으로 수용하여 왔다. 오늘날 일반적으로 난민은 탈출동기를 고려하여 대체로 정치적 난민, 전쟁난민, 경제적 난민, 인도적 난민의 네 가지 유형으로 나누기도 한다.³⁶⁾ 난민협약상의 난민은 앞서 본 바와 같이 정치적 난민만을 의미하는 반면에, UNHCR의 관행에 따른 난민은 전쟁난민, 경제적 난민 및 인도적 난민도 아울러 포함한다. UNHCR은 유럽지역을 전제로 한 난민협약상의 난민뿐만 아니라 아프리카와 남미지역의 OAU난민협약(1969년)이나 Cartagena선언(1984년)에서 보여주는 바와 같은 보다 폭넓은 난민개념을 수용하고 있다. OAU협약에 의하면 박해를 이유로 본국을 떠난 사람뿐만 아니라 외세침략, 점령, 외국의 지배나 공공질서를 심각하게 해하는 사태로 인하여 자신의 나라를 떠나야만 했던 사람들도 난민개념에 포섭하고 있다(동 협약 제1조 제2항). 또한 Cartagena선언에서도 난민 개념에 대하여 자신의 생명, 안전 혹은 자유가 일반화된 폭력, 외세의 침략, 내

35) 위의 글, 76-77쪽.

36) 제성호, '북한탈출동포의 법적 지위와 처리방안', 북한연구 1994 가을호, 112-113쪽.

전, 대규모적인 인권침해 혹은 공공질서를 중대하게 침해하는 기타 사정으로 인하여 자신의 나라를 떠난 사람들을 난민이라고 정의하고 있다. 나아가 내전 등으로 인하여 국내에서 난민과 유사한 상황에 처하게 된 국내실향민(internally displaced people)도 최근에는 난민에 준하여 UNHCR의 보호대상이 되고 있다.³⁷⁾

이에 따라 유엔총회의 결의³⁸⁾에 의해 승인받은 UNHCR의 일반관행³⁹⁾에 의하면 난민 개념에 대한 다음과 같은 새로운 정의를 하기도 한다. 즉, 난민이란 박해, 대규모적인 인권침해, 일반화된 폭력, 무력충돌, 내전 혹은 공공질서를 중대하게 침해하는 기타 사정으로 인하여 자신의 생명, 안전 혹은 자유를 위협당함으로써 자신의 나라를 떠나지 않을 수 없었던 사람들을 의미한다는 것이다. 나아가, 때때로 '사실상의 난민' 혹은 '인도적 난민'이라고 불리는 '비난민'(non-refugees)이라고 하더라도 자신의 본국으로 강제송환된다면 위협에 처할 수 있다면 인도적 이유로 UNHCR의 보호대상이 된다고 한다. 위와 같이 UNHCR의 관행에 의해 확대된 난민 개념을 흔히 '위임난민'(mandate refugees)라고도 부른다.⁴⁰⁾

위와 같은 확대된 개념으로서의 난민에 대한 국제적 보호는 최근들어 서구국가들의 지지도 받고 있다. 1995년 제50차 유엔총회에서 유럽연합의 대표는 비록 난민협약상으로는 보호를 받지 못하는 '난민유사상황'(refugee-like situations)에 처한 사람들에 대한 보호를 강화할 필요성을 강조하고, 보호를 필요로 하는 모든 사람들에 대한 국제적 보호를 위한 조치를 강구함에 있어서 UNHCR의 역할을 지지한다고 표명한 바 있다.⁴¹⁾

그렇다면 북한이탈주민은 난민협약상 난민 혹은 UNHCR의 관행상 위임난민에 해당하는가. 이것은 일률적으로 말할 수는 없고 개별적으로 판단할 사항이다. 그런데 국내학자들 중에는 난민협약상의 난민 개념은 주로 정치적 난민을 중심으로 형성, 발전되어 온 좁은 의미의 난민임을 인정하면서도, 북한이탈주민들이 설령 정치적 난민이 아니라 하더라도 우리는 공산주의 국가의 특성에 주목함으로써 정치적 난민의 개념을 폭넓게 이해하여야 한다고 전제한 후, 설령 탈북동포들이 당초 경제적 궁핍이나 곤경을 피하기 위한 경제적 동기에서 탈출했다라도 탈출행위 자체의 정치적 성격으로 인하여 소위 '조국을 배신한 자'(Republikflucht)에 해당하여 모두 '난민협약상의 난민'의 지위를 확보하게 된

37) 장복희, 'UN 난민고등판무관(UNHCR)', 국제인권법 제2호((1998), 45쪽.

38) UNGA Res. 3143, 14 December 1973; UNGA Res. 1673, 148December 1961; UNGA Res. 2294, 11 December 1967; UNGA Res. 31/55, 30 November 1976; UNGA Res. 36/125, 14 December 1981; UNGA Res. 44/150, 15 December 1988; UNGA Res. 48/118, 20 December 1993.

39) EXCOM Conclusions No.71(1993), para.(m), <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/excom/xconc/excom71.htm>, p.2; UNGA Res. 50/152 (1993), operative para.5.

40) EXCOM, NOTE ON INTERNATIONAL PROTECTION, 7 September 1994, para.III, B, 30쪽, <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/notes/830/htm>, 10쪽; 장복희, '국제법상 난민보호와 그 문제해결', 국제법학회논총 42권 2호(1997), 184쪽.

41) Statement by Spain on behalf of the European Union in the Third Committee debate on the Report of the High Commissioner(7 November 1995), 3-4쪽, 7쪽.

다는 주장도 있다.⁴²⁾

그러나 위와 같은 주장에는 쉽게 동조할 수 없다. 왜냐하면 난민협약상의 난민인정에 관한 각국의 관행에 의하면 몇몇 나라의 경우를 제외하고는 대부분의 국가들, 특히 중국 정부의 경우에는 난민신청에 대하여 그들을 폭넓게 수용하기 보다는 매우 엄격한 요건과 절차에 따라 극히 제한적인 경우에 한하여 난민으로 인정하는 것이 일반적인 관행이다.⁴³⁾ 이러한 사정에 기초한다면 북한이탈주민은 모두 '조국을 배신한 자'에 속한다는 단 한 가지의 이유만으로 그들을 모두 정치적 난민으로 인정하여야 한다는 주장은 설득력을 잃게 될 것이고, 그러한 주장은 난민인정의 결정권한을 가진 각국 정부를 승복시키는 매우 곤란한 일일 것이다. 그럼에도 불구하고, 북한이탈주민의 대부분은 난민협약상의 난민 범주에 속하지 않더라도 UNHCR의 보호대상이 되는 난민의 범주에 속함은 명백하다. 따라서 굳이 모든 북한이탈주민을 억지로 난민협약상의 난민 범주에 끼워 넣어 도식화할 필요는 없다고 생각된다. 결국 북한이탈주민 중에서 난민협약상의 난민에 해당하는 경우에는 그에 따른 보호를 받아야 할 것이고, 그렇지 않는 경우에는 UNHCR의 보호를 받으면 될 것이다. 특히, 이 글에서 논의하는 북한주민의 대량국의탈출이라는 사태에 직면하게 될 경우 난민협약상의 난민절차의 적용은 불가능하게 될 것이 명백하므로 UNHCR의 관행과 제도에 따라 그들을 보호하여야 할 것임은 당연하다.

나아가, 난민자격을 인정하는 주체는 난민협약의 체결국 혹은 국제기관인 UNHCR이다. 난민협약에 기초한 난민인정여부는 당해 체결국 정부의 권한에 속하는 반면에, UNHCR의 관행에 기초한 난민인정여부는 UNHCR의 고유권한이다. 이에 따라 체결국은 UNHCR의 관행에 따른 폭넓은 난민개념을 수용하기 보다는 난민협약상의 좁은 의미의 난민개념에 따라 난민판정을 할 가능성이 높다. 특히 체결국정부들은 난민인정여부에 관하여 순수한 인도주의적 고려 보다는 오히려 정치적이고 전략적인 고려에 기초하고 있다는 비판이 제기되기도 한다.⁴⁴⁾ 그렇다고 하더라도 법리상 UNHCR이나 다른 체결국들은 원칙적으로 체결국 정부의 권한에 속하는 난민협약상 난민인정절차에 개입하지 못한다. 이와 같이 다른 체결국정부나 UNHCR과 같은 국제기관이 난민인정절차에 적극적으로 개입할 수 없다는 것은 오늘날의 난민보호제도의 핵심 중의 하나라고 말할 수 있다.

2. 농레플망원칙의 적용

어느 누구도 자신의 생명 또는 자유가 위협받을 수 있거나 박해를 받을 우려가 있는 영역으로 자신의 의사에 반하여 강제로 송환되지 아니한다. 이러한 농레플망

42) G.S. Goodwin-Gill, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW, 2nd ed., Clarendon Press (1996), 53쪽; 제성호, 위의 글, 113-115쪽; 김찬규, 위의 글, 11-13쪽.

43) 우리 나라의 경우도 마찬가지다. 우리 정부가 난민협약에 가입한 후 1997년 현재까지 난민을 공식적으로 인정한 사례는 한 건도 없는 것으로 알려지고 있다(장복희, 앞의 글(주 40), 194쪽).

44) 장복희, 앞의 글(주 37), 48쪽.

(non-refoulement, 강제송환금지) 원칙은 난민협약 제33조에서 명문으로 인정되고 있다. 또한 각종 국제기구들의 결의와 각국의 관행도 농레플망원칙을 난민에 대한 국가행동의 기본원칙으로서 재확인하여 왔다.⁴⁵⁾

북한이탈주민에 대해서도 이러한 농레플망원칙이 적용될 수 있는가. 만약 그들이 난민협약상의 난민의 범주에 포함되는 경우에는 이 원칙이 적용됨은 당연하다. 문제는 북한이탈주민이 난민협약상의 난민에 해당하지 않는 경우에도 이러한 농레플망원칙이 적용될 수 있는가. 이 문제와 관련하여 농레플망원칙의 인적 적용범위가 문제되고 있다. 이 문제는 곧 농레플망원칙이 단순히 난민협약이라는 조약상의 원칙에 불과한가,⁴⁶⁾ 아니면 그것은 오늘날 확립된 국제관습법규칙⁴⁷⁾ 혹은 국제법상 강행규범⁴⁸⁾인가에 따라 결론이 달라진다. 전자의 견해에 의하면 이 원칙의 직접적인 적용대상은 난민협약상의 난민에 해당하는 자에게만 한정된다고 한다.⁴⁹⁾ 이러한 견해에 의하더라도 농레플망원칙과 관련한 국가관행을 보면 난민으로서 공식적으로 승인받았는지의 여부와 관계없이 이 원칙이 적용되는 경우가 종종 있어 왔다는 점은 인정하고 있다.⁵⁰⁾ 후자의 견해에 의하면 농레플망원칙의 적용범위를 난민협약상의 난민에 한정하지는 않는다.

그런데, 이 문제에 관한 UNHCR의 관행에 의하면 농레플망원칙은 국제관습법규칙의 하나일 뿐만 아니라, 이 원칙은 대량난민사태에 있어서 '국경에서의 입국거절불가'(non-rejection at the frontier)를 포함하는 폭넓은 개념으로 수용되고 있다. 1981년 EXCOM(The Executive Committee of the High Commissioner's Programme)은 모든 경우에 있어서 국경에서의 입국거절불가를 포함하는 농레플망의 기본원칙은 엄격하게 준수되어야 한다고 결론내렸다.⁵¹⁾ 또한 1993년 유엔총회에 제출한 UNHCR의 보고서에 의하면 모든 난민은 그의 지위가 확정될 때까지는 난민이라는 추정하에서 다루어져야 하며, 농레플망원칙은 그와 같이 공식적으로 난민자격을 확정되었는가 여부를 불문하고 적용되어야 한다고 하였다.⁵²⁾ 이에 따라 1997년경 EXCOM은 농레플망원칙을 다음과 같이 매우

45) Article 3 of the UN Declaration on Territorial Asylum; Article 8 of the UN Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance; Principle No.5 of the UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions.

46) 최태현, '정치적 난민의 강제송환금지', 법정고시 1996년 5월호, 55-56, 60쪽; 최교수는 결론적으로는 농레플망원칙은 '현재 형성 중에 있는 국제관습법상의 원칙'이라고 하면서 말을 맺고 있다(위의 글, 68쪽).

47) G.S. Goodwin-Gill, 167-170쪽; 김찬규, 앞의 글, 14-16쪽; 장복희, 앞의 글(주 40), 186쪽.

48) G. Gilbert, ASPECTS OF EXTRADITION LAW (1991), 236쪽; 김찬규, 앞의 글, 15-16쪽; 김명기 외2, '국제법상 제중국 탈북자의 법적 지위에 관한 연구', 국제법학회논문총42권 2호(1997), 32-33쪽.

49) 최태현, 앞의 글, 60쪽.

50) 위의 글, 64쪽.

51) EXCOM Conclusions No.22 (1981), para.(f), <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/excom/xconc/excom22.htm>, 1쪽.

52) EXCOM, NOTE ON INTERNATIONAL PROTECTION, 31 August 1993, op. cit., para.

폭넓은 개념으로 파악하게 되었다. 즉, 이 원칙은 공식적으로 난민지위를 부여받았는지 여부를 불문하고, 인종, 기타의 이유로 자신들의 자유와 생명이 위협받을 수 있거나, 혹은 자신들이 고문의 위협에 처할 위험이 있다고 믿을만한 실질적 근거가 있는 영역으로 어떠한 방법으로든지 난민을 추방 혹은 송환하는 것을 금지한다는 것이다.⁵³⁾ 요컨대, 적어도 대량난민의 경우에는 각국은 자신의 국경으로 밀려드는 난민들을 차단하거나 국경을 봉쇄하여서는 안된다는 것이 UNHCR의 관행이 요청하는 바이다. 나아가, 대량난민의 경우에는 공식적으로 난민자격을 인정받지 못한 사람들이라고 하더라도 농레플망원칙에 의해 보호받을 자격이 있다는 것이다. 이러한 UNHCR의 관행을 존중한다면, 북한주민들이 한꺼번에 대량국외탈출이 이루어지는 경우에도 관련국인 중국과 러시아는 국경폐쇄 조치를 취해서는 안될 것이다.

한편, 밀입국자송환협정과 난민협약(농레플망원칙) 중에서 어느 것을 우선하여 적용할 것인가. 중국과 러시아 등의 제3국이 북한을 탈출하여 자국으로 밀입국한 북한국적인을 북한으로 추방하는 것은 '외국인의 입국 승인여부는 당해 국가가 재량권을 가진다.' '밀입국자에 대해서는 체포하여 본국으로 송환할 수 있다'는 일반국제법원칙이나 양국간의 밀입국자송환협정 등과 같은 양자조약에 근거한 것으로서 국제법상 정당한 행위로 평가될 것인가, 아니면 그것은 난민조약과 국제관습법상 '농레플망(강제송환금지)원칙에 위배되는 국제법위반행위인가. 이것은 곧 북한당국이 북한탈출주민을 국내법상의 범죄인으로 규정하고 그들이 체류하고 있는 중국과 러시아 등에 대하여 범죄인인도를 요구하는 경우,⁵⁴⁾ 중국과 러시아 등은 이에 응하여 북한탈출주민을 북한당국에 인도할 의무를 지는 가 라는 문제이기도 하다.

1960년대 초경 중국과 북한은 양국의 공안기관간에 비밀리에 밀입국자송환협정을 체결하여 약 20여년간 시행하여 오다가, 1986년 양국은 구협정을 대체하여 불법월경자상호송환협정('변경지역에서의 국가안전과 사회질서유지를 위한 상호협력의 정서')을 체결하여 시행 중에 있다. 또한 1993년경 '변경의 정상적인 치안질서를 구호하고 변강군중들의 합법적 권익과 생명, 재산을 보호'한다는 입법취지에서 길림성변경관리조례가 제정되어 시행되고 있다.⁵⁵⁾ 이러한 조약과 국내법에 따라 최근까지 수차에 걸쳐 북한이탈주민들이 중국에서 체포되어 본인의 의사에 반하여 북한으로 강제송환되었다는 보고가 계속되어 오고 있다.

그런데 농레플망원칙과 밀입국자송환협정의 저촉문제에 관하여 농레플망원칙이 국제법상 강행규범에 해당함을 전제로 하여 밀입국자송환협정의 규정은 강행규범인 농레플망원

II, A, 11.

53) EXCOM Conclusions No.82 (1997), para.(d)(i), <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/excom/xconc/excom82.htm>, 1쪽.

54) 농레플망원칙과 범죄인인도협정과 관계에 있어서 최근의 각국 관행에 의하면 난민으로서 농레플망원칙의 적용대상이 되는 자는 범죄인인도협정의 인도대상이 되지 않는다고 한다(G.S. Goodwin-Gill, 앞의 책, 147-150쪽).

55) 제성호, '북한인권개선을 위한 국제협력방안-국제인권기구의 활용을 중심으로-', 국제인권법 2호(1998), 408-409쪽.

칙(난민협약 제33조)에 저촉되어 무효이며(조약법에관한비엔나협약 제64조), 또한 밀입국자송환협정의 체약국의 의무는 유엔회원국의 '국제협약상의 의무'인 반면에 난민협약상의 의무는 유엔회원국의 '유엔헌장상의 의무'이므로 후자의 의무가 전자의 의무에 우선된다고 하면서(유엔헌장 제103조), 중국이 밀입국자송환협정 등에 의해 북한이탈주민을 북한에 강제송환하는 것은 국제법위반행위를 구성한다는 주장이 있다.⁵⁶⁾

생각건대, 위 주장의 결론에는 찬성하지만, 그 결론에 이르는 논리적 근거에 대해서는 쉽게 동의할 수 없다.⁵⁷⁾ 농레플망원칙과 밀입국자송환협정은 서로 저촉되는 것은 아니며 양립할 수 있다고 해석될 수 있다. 다시말하면 그 적용범위를 달리한다는 것이다. 앞서 본 바와 같이 농레플망원칙의 보호대상은 난민협약상의 난민이나 혹은 UNHCR의 관행에 의해 국제적 보호대상인 난민이다. 이러한 난민이 위 밀입국자송환협정의 '밀입국자'에 해당하지 않음은 물론이다. 여기서 강제송환의 대상이 되는 '밀입국자'라 함은 농레플망원칙의 보호대상이 되지 못하는 자만을 의미한다고 해석함이 타당하다. 따라서, 만약 중국의 당국이 '밀입국자'가 아닌 '난민'을 밀입국자로 보고 북한에 강제송환하였다면 그것은 곧 농레플망원칙에 위반될 뿐만 아니라 또한 양국간의 밀입국자송환협정에도 위반된다고 해석할 수 있다. 문제는 북한이탈주민이 '난민'에 해당하는가, 아니면 단순한 '밀입국자'인가 라는 '사실문제'일 뿐이고, '법률문제'는 아니라고 생각한다.

IV. 대량난민사태에 대한 UNHCR의 대응

전쟁과 내전, 기아와 천재지변 등으로 인한 대량난민사태는 오늘날의 국제평화를 깨는 가장 중요한 원인 중의 하나이다. 이러한 대량난민사태에 대해서는 UNHCR의 관행과 대응이 특히 돋보인다. 실제로 UNHCR의 관행에 의하면 난민협약상의 난민보호(개별적 난민) 보다는 오히려 난민협약상의 난민 개념의 범주에 해당하지 않는 대량난민사태에 있어서 난민보호를 위한 활동을 주로 하여 왔다. UNHCR은 대량난민사태와 관련하여 전통적인 방식인 난민보호 뿐만 아니라 난민발생예방, 그리고 난민문제의 중국적인 해결 방식을 아울러 채용하고 있다. 또한 그 기본정책(대응책)으로는 일시적 보호(비호)와 자발적 귀환 등과 같은 전형적인 대응책뿐만 아니라, 보다 종합적이고 새로운 매커니즘의 마련과 새로운 난민법의 제정을 시도하고 있다. 예컨대, 전통적 망명(비호)-대량국외탈출-국외이주-실향민 등을 포섭하는 종합적인 대책마련(포괄적 접근방식), 종래의 난민협약을 대체하여 현대적인 대량난민문제를 모두 포섭할 수 있는 신난민협약의 제정 움직임('난

56) 김명기 외2, 앞의 글, 32-34쪽; 김찬규, 앞의 글, 17쪽.

57) 위 주장에 대해서는 다음과 같은 반론이 가능하다고 생각된다. 즉, 농레플망원칙이 확립된 국제관습법규칙에 해당하는가 여부는 별론으로 하더라도, 이 원칙이 현재의 국제법 발전의 단계에 있어서 과연 '국제법상 강행규범'에 해당하는가에 대해서는 이를 긍정하는 견해가 많지 않다. 심지어 국제법상 강행규범의 존재 자체를 의문시하는 견해도 아직까지 남아 있다. 그럼에도 불구하고 이것을 당연한 명제로 하여 문제에 접근하는 것은 무리라고 생각된다. 또한 난민협약상의 의무가 유엔회원국의 '유엔헌장상의 의무'와 동일시되는가에 대해서도 의문이 있다.

민의국제적보호에관한유엔협약) 등이 그것이다.

1. 일시적 보호(비호)

일반국제법원칙 뿐만 아니라 난민법에 있어서도 난민(개인)은 특정한 국가에 대하여 보호(protection) 내지 비호(asylum)를 요청할 수 있는 법적 권리를 가지는 것은 결코 아니다.⁵⁸⁾ 국제법상 개인의 비호권은 지금까지 계속하여 부인되어 왔다. 일반국제법상 인정되고 있는 비호권은 국제법상 국가의 권리로 인정될 뿐이고(영토적 비호권), 비호를 요구할 수 있는 개인의 국제법상 권리로 인정된 것도 아니며, 또한 비호를 부여해야 할 국가의 국제법상 의무로 인정되는 것은 결코 아니다.⁵⁹⁾ 세계인권선언 제14조 제1항과 영토적 비호에 관한 선언 제2조 제1항에서 개인의 비호권을 인정하고 있다고 하더라도, 그것이 법적 구속력을 가지는 국제법원칙으로 인정되지는 못하고 있다. 또한 난민협약 제31조에서 난민의 입국문제를 다루고 있으나, 그것도 역시 단순히 난민의 불법적인 입국이나 체류에 대한 형사적 혹은 행정적 제재를 가하는 것을 금지시키고 있을 뿐이고, 계약국에게 난민의 지위를 인정하고 영구적 비호를 인정할 의무를 지우는 것으로 해석되지는 않고 있다.⁶⁰⁾ 나아가 난민협약 제33조에서 뿐만 아니라 국제관습법규칙으로 인정되고 있는 앞서 본 농레플망원칙도 역시 난민의 비호권을 포함하는 것으로 해석되지는 않는다.⁶¹⁾

그러나, 위와 같은 난민협약의 규정과 농레플망원칙은 영구적 비호는 아니라고 하더라도 계약국은 자신의 영역으로 들어온 난민에 대하여 적어도 일시적(temporary, '잠정적'이라고도 번역함) 보호(protection) 혹은 비호(asylum)를 부여하여야 할 의무를 포함하는 것으로 해석함이 일반적이다.⁶²⁾ 이에 따라 UNHCR은 대량난민사태의 해결방식의 하나로써 일시적 보호 내지 비호라는 관행을 발전시켜 왔으며, 실제로 이것은 대량난민사태의 해결에 있어서 매우 실효적인 제도로 인정되고 있다.

대량난민에 대한 일시적 보호제도에 관한 국가관행에 의하면 이것은 크게 다음과 같은 2가지로 나누어질 수 있다. 하나는, 동남아시아모델인 '일시적 피난'(temporary refuge) 내지 '일시적 비호'(temporary asylum) 제도이다. 다른 하나는, 유럽모델인 '일시적 보호'(temporary protection) 제도이다. 전자는 처음부터 제3국에의 '재정착'(resettlement)을 전제로 하는 반면에, 후자는 중국적인 '본국귀환'(repatriation)을 전제로 한다는 점에서

58) M.A. Castillo & J.C. Hathaway, 'Temporary Protection', in: J.C. Hathaway (ed.), RECONCEIVING INTERNATIONAL REFUGEE LAW, Martinus Nijhoff Publishers(1997), 2-3쪽.

59) 장효상, '난민의 지위와 처우', 국제법학회논문총 26권 1호(1981), 25쪽.

60) 장복희, 앞의 글(주 40), 185쪽.

61) 위의 글, 186쪽.

62) 제성호, 앞의 글(주 36), 124쪽; 장효상, 앞의 글, 27-29쪽.

구별된다.⁶³⁾ 또한 국가관행의 흐름은 전자에서 후자로 발전되어 가고 있다.⁶⁴⁾

'일시적 피난'에 관한 국가관행은 이미 1950년대부터 형성, 발전되어 왔다. 그러나, 이에 관한 개념화의 시도는 비교적 최근인 1980년대 중반경이다. 1986년경 Perluss와 Hartman 교수는 자신들의 논문에서 일시적 피난이라는 제도가 국제법상 관습규범의 전형적인 예로서 발전하여 왔으며, 이 제도는 특히 내전으로 인한 대량난민사태의 실질적인 해결을 위하여 발전하여 온 것이라고 지적한 바 있다.⁶⁵⁾ 그리고 이러한 제도가 UNHCR의 공식적인 문서에 처음으로 등장한 것은 1979년경 EXCOM 결정 제15호에서였다.⁶⁶⁾ 이 결정에 의하면 대량난민사태에 있어서 비호를 구하는 사람들은 항상 적어도 일시적 피난을 제공받아야 한다는 것이다. 이러한 결정은 1981년에도 반복되었다.⁶⁷⁾ 그러나 이러한 일시적 피난은 비호에 관한 현행의 관행과 농레플망원칙을 저해할 수 있다는 비판이 제기되었다.⁶⁸⁾ 어떤 정부들은 난민의 위와 같은 권리를 부인하는 다른 수단으로서 일시적 피난이라는 제도를 이용하고 있으며, 이에 따라 점차 농레플망원칙을 존중하지 않게 된다는 것이다. 또한 실제관행에 있어서도 인도차이나나난민이나 '보트 피플'의 경우에는 보는 바와 같이 제1차 비호국에의 정착이나 제3국에의 재정착을 전제로 한 위와 같은 일시적 피난제도는 난입유입국에게 많은 부담을 초래할 수 있기 때문에 최근에는 제대로 활용되지 못하고 있는 실정이다.⁶⁹⁾

한편, 일시적 보호제도의 또 다른 모델인 '일시적 보호'는 1990년대 초경에 발생한 구유고 내란으로 인한 대량난민사태에 대한 대응방법으로서 출현한 것이다.⁷⁰⁾ 당시 수십만명의 피난민들이 인접국가들로 모여들게 되자, 유럽의 각 국가들은 이러한 대량난민을 수용할 수 없다고 하면서 국경을 폐쇄하기에 급급하였다. 이러한 긴급상황하에서 UNHCR의 개입에 따라 서유럽국가들은 피난민들에 대한 일시적 보호를 하기에 이르렀다. 이러한 일시적 보호를 받게 된 구유고 난민들의 숫자는 1995년경 약 700,000명에 이르기도 하였다.⁷¹⁾

63) G.S. Goodwin-Gill, 앞의 책, 199쪽.

64) 위의 책, 199-202쪽.

65) Perluss, Deborah and J.F. Hartman, 'Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm', Virginia Journal of International Law (Spring 1986), 580쪽; J. van Selm-Thorburn, REFUGEE PROTECTION IN EUROPE - LESSONS OF THE YUGOSLAV CRISIS -, Martinus Nijhoff Publishers(1998), 119-120쪽.

66) EXCOM Conclusions No.15 (1979), para.(f), <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/excom/xconc/excom15.htm>, 1쪽.

67) EXCOM Conclusions No.22(1981), para. II, A, <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/excom/xconc/excom22.htm>, 1쪽.

68) G.S. Goodwin-Gill, 앞의 책, 196쪽.

69) Amnesty International, REFUGEES: HUMAN RIGHTS HAVE NO BORDERS, Conclusions and Recommendations, 1997 Refugee Theme Campaign, Report-ACT 34/08/97, March 1997, <http://www.amnesty.org/ailib/intcam/refugee/report/chapter6.htm>, 1쪽.

70) 위의 책, 200쪽.

71) UNHCR, THE STATE OF THE WORLD'S REFUGEES - IN SEARCH OF SOLUTIONS -,

이 제도의 가장 중요한 장점은 바로 가장 넓은 의미의 난민개념을 포섭할 수 있다는 점이다. 난민유입국으로서도 위와 같은 일시적 보호를 부여하더라도 그 궁극적인 해결방식은 본국귀환에 있으며, 영구적 비호나 제3국에의 재정착이라는 부담을 지지 않으므로 보다 쉽게 수용할 수가 있다. 따라서 이러한 일시적 보호제도는 뒤에서 보는 자발적 본국귀환과 더불어 대량난민사태에 대응하기에 가장 적합한 제도로 인정되고 있다.⁷²⁾

그러나, 일시적 보호가 무엇을 의미하며, 또한 어떠한 법적 성격을 가지는지 여부에 대해서는 아직까지 국제적 차원에 있어서의 확고한 콘센서스가 존재하는 것은 결코 아니다. 특히, 이 제도는 확립된 국제관습법규칙으로서 법적 구속력을 가진다고 말할 수 없음을 명백하다.⁷³⁾ 더구나 일시적 보호기간이 언제까지 지속되어야 하는가를 결정하는 것은 매우 어렵고 또한 복잡한 일이다. 이론적으로는 자발적 본국귀환이라는 중국적인 난민문제 해결시까지 일시적 보호가 계속되어야 한다고 말할 수 있다. 그러나 그 기간이 장기화되는 경우 일시적 보호에 대한 부담을 오로지 난민유입국에게만 지울 수 없을 것이다. 이에 따라 일시적 보호는 난민유입국의 일방적인 기간에 의해 종료되기도 하였다. 1996년 9월경 약 350,000명의 구유고 난민들에 대해 일시적 보호를 부여하고 있던 독일 정부는 일방적으로 일시적 보호를 중단하고 강제적인 본국귀환을 시도하였다. 이러한 조치에 대해 UNHCR는 강도높은 비난을 하였으나, 일시적 보호제도가 국제법적 구속력 있는 제도가 아니며 또한 일시적 보호의 중단에 관한 국제법규칙도 없는 상태에서 그와 같은 비난만으로는 독일정부를 설득하기란 역부족이었다. 여기에 일시적 보호제도의 한계가 있다.

2. 자발적 본국귀환

대량난민사태에 있어서 일시적 보호는 곧 자발적 본국귀환과 이론상으로 직접적 관련성을 가지고 있다. 왜냐하면 대량난민에 대한 일시적 보호를 부여하는 어떠한 국가들도 그들 모두에게 영구적 비호를 부여하지 않을 것임이 명백하며, 또한 그들 모두를 제3국

Oxford University Press(1995), 85-86쪽.

72) EXCOM, NOTE ON INTERNATIONAL PROTECTION, 7 September 1994, para. IV, B, 45, <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/notes/830/htm>, 14-15쪽.

73) In *Echeverria-Hernandez v. INS Case*, US Court of Appeals (9th Circuit, 14 January 1991) held: "the United States and other nations often have, in times of great tumult, granted temporary asylum to persons fleeing internal armed conflict. We are not persuaded, however, that these nations acted in the belief that the practice was acquired by international law. More plausibly, they acted out of understandable humanitarian concern. These nations, by their conduct, have not relinquished the power to control their own borders, nor do their acts constitute a waiver of traditional sovereign rights. -- To the extent they describe the humanitarian practice of granting temporary asylum, we agree with their description. We do not, however, agree with those statements implying the existence of a binding rule requiring the practice." (95 ILR 567).

에 재정착하는 것도 불가능할 것이기 때문이다. 결국 일시적 보호를 받은 후의 중국적인 난민문제해결방식은 자발적인 본국귀환일 수밖에 없다.

난민문제의 중국적인 해결책은 기본적으로 세 가지 방법이 있다.⁷⁴⁾ 자발적으로 본국에 돌아가는 것(voluntary repatriation), 그들의 비호가 인정된 국가에서 영구적으로 정착하는 것(제1차 비호국에 정착, local settlement), 그리고 제3국에서 새 삶을 찾는 것(resettlement)이 그것들이다. 그러나 UNHCR규정은 자발적 본국귀환이야말로 가장 바람직한 난민문제의 해결방법임을 지적하고 있다. 특히, 자발적 본국귀환은 개별적 난민의 중국적인 해결뿐만 아니라 대량난민사태의 중국적인 해결책으로서 가장 적절하다고 인정되고 있다.⁷⁵⁾ 그리고 일시적 보호를 받고 있는 대량난민의 경우에는 어쩌면 이러한 자발적 본국귀환이 유일한 중국적인 해결책인지도 모른다.⁷⁶⁾

자발적 본국귀환이란 난민이 된 사유가 소멸한 경우에 난민의 자유의사에 기초하여 자발적으로 본국으로 귀환하는 것을 의미한다. 난민협약 제1조 C항에 의하면 난민의 지위를 종료시키는 소위 '정지조항'(cessation clause)을 규정하고 있다. 동 규정 제5호에 의하면 '난민으로 인정되게 된 사유가 소멸되었기 때문에 더 이상 국적국의 보호를 받는 것을 거부할 수 없게 된 경우'에는 난민으로서의 권리와 지위를 정지시키도록 규정하고 있다. 이러한 정지조항이 적용되어 난민의 지위를 박탈당하게 되면 어쩔 수 없이 본국으로의 귀환을 하지 않을 수 없게 될 것이다.

그런데 대량난민의 경우에는 난민협약상으로 난민으로서 지위를 인정받는 것이 아니기 때문에 위와 같은 정지조항이 적용된다는 것은 논리적 모순일 지도 모르나, 위에서 본 바와 같이 대량난민에 대해 난민유입국이 그들에게 협약상의 난민으로서의 지위를 인정하지 아니한 채 일시적 보호를 하고 있던 중, 본국의 정치적 안정 등과 같이 난민으로 인정된 사유가 소멸되었다고 판단되는 경우에는 일시적 보호를 중지하는 방법으로 위와 같은 정지조항을 원용함으로써 자발적 본국귀환을 촉진하게 될 것이다.

문제는 자발적 본국귀환에 있어서 '자발적'(voluntary)이라는 것이 도대체 무엇을 의미하는가 라는 점이다. 여기서 자발적이란 본국귀환여부의 판단이 전적으로 난민 자신의 자유의사에 맡겨져 있다는 의미인가. 만약 난민유입국이나 본국, 혹은 UNHCR과 같은 국제기관이 난민들의 본국귀환을 유도한다면 그것은 자발적인 본국귀환이 아니라고 판단되어야 하는가.

1985년경 EXCOM은 난민들의 본국귀환은 본국에서의 거주장소의 절대적인 안전이 보장되는 조건하에서 본국귀환이 이루어져야 하며, 또한 오로지 자유롭게 표명된 그들의

74) 장복희, 앞의 글(주 37), 55-64쪽.

75) EXCOM Conclusions No.18 (1980), para.(a) and (c), <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/excom/xconc/excom18.htm>, 1쪽.

76) UNHCR, International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia - Comprehensive Response to the Humanitarian Crisis in the Former Yugoslavia, HCR/IMFY/1992/2; European Community, Conclusion on People Displaced by the Conflict in the Former Yugoslavia, 1992.

의사에 따라 이루어져야 한다는 것을 강조하였다. 다른 한편으로는, 자발적 본국귀환을 조장하고(promoting), 촉진하며(facilitating), 조정하는(coordinating) 일도 역시 UNHCR의 역할이라고 하였다.⁷⁷⁾

그리고 실제에 있어서도 일시적 보호를 받고 있는 대량난민의 경우에는 자발적 본국귀환을 목적으로 난입유입국의 '밀기'(push)와 본국의 '당기기'(pull) 정책이 사용되기도 한다. 즉, 난민유입국은 난민들에 대한 원조를 삭감하거나 난민 캠프에 계속하여 머무는 것은 위험한 일이라고 말하는 한편, 본국은 난민들에게 본국의 정치적 안정과 인권수준의 향상을 홍보하여 난민들의 자발적 본국귀환을 유도하기도 한다. 일반적으로 이러한 '밀고 당기는' 정책은 자발적 본국귀환과정을 촉진할 수 있는 적절하고 정당한 정책으로 인정되고 있다. 그러나 그러한 정책을 통하여 실행된 무리한 본국귀환은 보다 큰 대량국의탈출을 야기하거나 인간적 고통을 주게되는 결과가 발생할 수 있음을 염두에 두어야 함은 물론이다.

3. 새로운 제도와 포괄적인 접근방법

위의 일시적 보호와 자발적 본국귀환은 대량난민사태를 해결하는데 가장 바람직한 제도임은 앞서 본 바와 같다. 그러나 최근의 경험에 의하면 자발적 본국귀환은 현실적으로는 매우 곤란한 경우가 많고, 가능하더라도 그것을 실행하는데 많은 비용이 소요될 수 있으며, 나아가 본국(난민유발국)의 상황이 호전되지 않는 경우에는 자발적 본국귀환은 전혀 불가능한 상황에 놓일 수 있음을 알게 되었다. 반면에, 1996년의 독일정부의 예에서 보는 바와 같이 일시적 보호를 부여하고 있는 난민유입국으로서도 재정적 부담의 가중 등으로 말미암아 난민들의 자발적 본국귀환이 이루어질 때까지 언제까지나 계속하여 일시적 보호를 부여할 수는 없는 상황에 처하게 되기도 하였다. 이리하여 '일시적 보호와 자발적 본국귀환이라는 제도만으로는 대량난민사태를 실질적으로 해결하는 대응책이 될 수 없음을 인정하지 않을 수 없게 되었다. 이러한 배경속에서 1990년경 냉전 종식 이후 UNHCR을 중심으로 하여 대량난민사태에 대한 대응책을 재평가하고 새로운 제도의 마련을 시도하기에 이른 것이다.⁷⁸⁾

최근 각국의 정부대표, 국제기구 혹은 NGOs의 대표들은 다양한 측면에서 난민문제 해결을 위한 새로운 국제적 메카니즘을 제시하고 있다. 그들 중에서 일부는 해결, 예방 및 책임(보상을 포함)을 강조하는 반면에, 다른 일부는 보다 효과적인 보호, 협력 및 비용부담의 공유의 필요성을 특히 강조하는 경향이 있다.⁷⁹⁾ 또한 포괄적인 접근방법이

77) EXCOM Conclusions No.40 (1985), para.(b), <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/excom/xconc/excom40.htm>, 1쪽.

78) J. van Selm-Thorburn, 앞의 책, 81쪽.

79) T. Einarsen, 'Mass Movements of Refugees - in search of new international mechanisms', in: G.Alfredsson et al. (eds.), 앞의 책, 24-31쪽.

UNHCR이나 일부 학자들에 의해 주장되고 있다.

어떤 학자는 대량난민의 경우 난민이나 난민유입국은 난민유발국에 대하여 일정한 보상을 요구할 수 있는 국제법상의 권리가 인정되어야 한다고 주장한다.⁸⁰⁾ 이러한 내용의 국제책임의 필요성은 또한 1991년 EXCOM 제42차 회기에 제출된 작업단의 보고서에서도 강조된 바 있다. 즉, 위 보고서에 의하면, "국가책임의 수용은 일반적으로 난민의 대량유출을 사전에 방지할 뿐만 아니라 대량난민문제의 종국적인 해결을 용이하게 하기 위한 요소이다. 이러한 책임의 부과는, 특히 난민유출국에 관하여서는, 안전과 존엄 속에서 국민들의 본국귀환과 재통합을 용이하게 할 뿐만 아니라 예방적으로나 치료적인 방법으로 대량난민의 원인, 즉 인권침해, 내전, 외세침략, 국내적 및 국제적인 사회경제적 부정의 등을 시정하는 것을 포함한다."고 하였다.⁸¹⁾ 그러나, 국제법상 국가책임의 일반원칙이 난민문제의 경우에도 적용될 수 있을 것인지 여부는 매우 의문시된다.

한편, 다른 학자들은 기존의 난민협약에 더하여 난민의 국제적 보호에 관하여 법적 구속력을 가지는 새로운 국제문서, 가칭 '난민의국제적보호에관한유엔협약'(United Nations Convention relating to International Protection of Refugees, CIPR)의 제정을 촉구하고 있다. 위 신협약은 기존의 난민협약과 달리 개별적 난민문제의 해결에 그 목적을 두는 것이 아니라, 대량난민사태에 대한 효율적인 국제적 보호와 해결의 향상을 목적으로 한다.⁸²⁾ 그 난민인정절차에 있어서도 개별적 난민의 엄격한 심사절차가 아니라 대량난민의 발생 초기에 신속하게 단체적 심사절차와 기능적 접근방법을 제시하고 있다. 또한 위 신협약은 대량난민의 발생지역에서 곧바로 국제적 보호가 이루어질 수 있도록 하기 위하여 인접국이나, 혹은 예외적인 경우에는 난민발생국 내에 '지역적 안전지대'(local safe havens)를 설정하는 매커니즘을 제시하고 있다.⁸³⁾

나아가, 1990년대 초경부터는 새로운 제도의 하나로서 모든 난민문제의 해결을 위한 '포괄적 접근방법'(a comprehensive approach)이 제안되었다. 포괄적 접근방법이란 난민을 발생시키는 긴급상황에서 난민유발국과 비호국을 포함하는 포괄적인 노력을 필요로 하고, 난민문제의 예방, 보호 및 해결 모두를 동시에 고려하며, 갈등을 해결하고 발전을 도모하기 위한 국제적 및 지역적 노력이 상호 보완을 하는 해결방안을 말한다.⁸⁴⁾ 1989-1995년의 인도차이나난민을 위한 CPA(포괄행동계획), 1989년-1994년의 중미지역의 난민을 위한 CIREFCA(중미난민국제회의), 1996년의 CIS국가들의 난민을 위한 행동계획안 등이 그 예이다.

80) L.T. Lee, 'The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum', AJIL 80권 3호 (1986), 532-567쪽.

81) EXCOM, NOTE ON INTERNATIONAL PROTECTION, 1 July 1996, para.III, 28, <http://www.unhcr.ch/refworld/unhcr/notes/863.htm>, 6-7쪽.

82) T. Einarsen, 앞의 글, 24-25쪽.

83) 위의 책, 25-26쪽.

84) 장복희, 앞의 글(주 37), 66쪽.

위와 같은 포괄적 접근방법에 관하여 이론적인 측면에서는 국제이민기구의 사무총장인 Purcell과 현유엔난민고등판무관인 Ogata에 의해 주창되었다. 두 사람은 국제적 이주의 일반적인 문제를 다룸에 있어서 보다 통합적인 전략의 필요성을 강조하였다. 특히, Ogata는 1992년경 포괄적 난민전략에 있어서 5가지 핵심적 요소를 지적한 바 있다. 즉, 보호; 난민과 이민자의 구별; 난민계획에 대한 보다 큰 원조; 난민발생의 예방; 정보의 공개, 그리고 예방, 준비 및 해결이라는 3가지 연속된 전략 등이 그것이다. 이러한 난민고등판무관의 주장은 1993년경 EXCOM의 반향을 불러일으키기도 하였다.

포괄적인 접근방법은 위에서 본 바와 같이 기본적으로 예방, 보호, 그리고 중국적 해결이라는 3가지 주제를 내용으로 한다.⁸⁵⁾ 첫째, 예방(prevention)은 '난민발생의 사전적 예방' 내지 '근원적 접근방법'(root cause approach)을 말하며, 새로운 제도의 가장 중요한 특징이다. 난민발생의 원인을 제거하는 것은 곧 난민발생자체를 예방할 뿐만 아니라 나아가 이미 발생한 난민에 대한 일시적 보호후 안전한 귀환을 가능하게 하기도 한다. 둘째, 보호(protection)는 안전지대의 설정, 인도적 개입, 일시적 보호, 비용부담의 공유, 그리고 (영구적) 비호 등을 포함한다. 셋째, 중국적 해결(durable solution)은 본국귀환, 제1차 비호국에의 정착(통합), 제3국에의 재정착 등을 포함한다. 이러한 중국적 해결방식은 전통적 방식에 해당하는 것이지만 포괄적 접근방법의 요소들로서 매우 중요하다. 특히, 대량난민사태의 중국적 해결방식으로서 자발적 본국귀환이 가장 필수적일 수 단임은 앞서 본 바와 같다.

V. 북한이탈주민의 수용에 관한 국내법과 정책

지난 독일통일의 과정은 동독인들의 국외탈출에서부터 시작하였다. 우리 '나라의 경우 독일과는 여러 가지 다른 사정이 있기는 하나, 현재 북한주민들의 북한탈출이 가속화되고 있고, 또한 독일의 경우와 같은 대량국외탈출이 예측되기도 한다. 따라서, 북한주민들의 국외탈출의 문제는 우리 나라의 통일과정 속에서 분석되고 평가되지 않으면 안될 것이다. 가상 시나리오이기는 하나 북한주민들의 대량탈출이라는 사태가 발생할 경우를 대비하여 우리 정부로서는 미리 그 대책을 마련하여야 할 것임은 당연하다.

그 동안 우리 정부는 북한이탈주민들의 대량국내유입을 어떻게 소화해야 할 것인가를 신중히 검토하여 온 것으로 알려지고 있다. 1997년경 당시 통일원 대변인은 비공식적인 개인적인 입장에서 대량 탈북자 발생과 북한붕괴 가능성에 대하여 아직까지는 대량탈북자 발생가능성은 희박한 것으로 보고 있으나, "정부는 북한이 주는 다양한 위협에 대해서도 대비해 왔다. 구체적으로 밝힐 수 없지만 위기관리 대책을 운영하고 있는 것도 사실이다. 어떤 사태가 발생하더라도 만반의 준비를 갖추어야 한다는 것이 정부의 입장이다"

85) J. van Selm-Thorburn, 앞의 책, 85쪽.

때문이다."라는 견해를 표명한 바 있다.⁸⁶⁾

그 대책의 하나가 종래의 귀순동포보호법 대신에 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률을 제정한 것이라고 한다. 우리 정부는 과거 동구권의 붕괴와 같이 북한의 급속한 붕괴가 발생하는 경우 북한이탈주민들의 대량국내유입, 특히 제3국을 통한 귀순은 기존의 귀순동포보호법으로 감당할 수 없다고 판단하고, 북한이탈주민보호법을 제정하여 1997년 7월 14일부터 시행하고 있다. 신법은 장차의 대량탈북사태가 발생할 경우 우리 정부의 부담을 최소화함과 아울러, 중국이나 러시아 등 제3국과의 외교적 마찰을 회피하고자 하는 취지에 따라 제정된 것이다.⁸⁷⁾ 과거 귀순동포보호법이 북한이탈주민들에 대한 보상이라는 소극적 처리방식에 머무른 데 비해, 새 법은 북한이탈주민들의 사회화를 통한 한국사회에의 적용에 초점을 맞춘 것이라고 할 수 있다.⁸⁸⁾ 그리고 북한이탈주민보호법에 의하면 통일부내에 북한이탈주민에 관한 정책을 협의, 조정하고 보호대상자의 보호정착지원에 관한 사항을 심의하기 위하여 북한이탈주민대책협의회를 구성하도록 하고 있다(동법 제6조). 그리고 보호대상자의 생활안정과 자립, 정착을 지원하기 위하여 법인체인 북한이탈주민후원회를 설치하도록 하고 있다(동법 제30조). 위와 같은 법규정에 따라 우리 정부는 통일부 등 19개 관련부처가 참여한 북한이탈주민대책협의회를 구성하였고,⁸⁹⁾ 또한 북한이탈주민후원회도 설립되어 활동 중에 있다.

그러나 신법은 그 자체의 내용과 시행과정에 있어서 여러 가지 문제점을 내포하고 있다. 첫째, 북한이탈주민보호법에 의하면 그 적용대상이 대한민국의 보호를 받고자 하는 의사를 표시한 북한이탈주민으로서(법 제3조) 재외공관 기타 행정기관의 장에게 원칙적으로 본인이 직접 보호신청을 하도록 하고(법 제7조, 시행령 제10조),⁹⁰⁾ 보호결정은 원칙적으로 통일부장관이 하도록 규정하고 있다(법 제8조). 그런데 보호결정기준에 관하여 '체류국에서 상당한 기간동안 생활근거지를 두고 있는 자'(법 제9조 제4호), 그리고 '보호결정시 정치, 외교적으로 대한민국에 중대한 어려움을 야기할 것으로 예상되는 자'(법 제9조 제5호, 시행령 제16조) 등에 대하여는 보호대상자에서 제외할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 중국, 러시아 등 제3국에서 대한민국으로의 귀순의 날만을 기다리며 상당한 기간 동안 체류하고 있는 탈북자들은 사실상 국내 입국 자체가 원천적으로 봉쇄당할 심각한 위협에 처하게 되었으므로, 위 법 제9조 제4호는 반드시 폐지되어야 한다는 비판이 제기되고 있다.⁹¹⁾

둘째, 사실상 귀순보상정책의 포기과 선별적인 보호 및 제3국 체류 북한이탈주민의

86) 강호양, 앞의 글, 96쪽.

87) 위의 글, 88쪽.

88) 위의 글, 98쪽.

89) 통일부 인도지원국(지원1과) 1997년 7월 15일자 보도자료.

90) 북한이탈주민보호법 시행령 제10조에 의하면, 보호신청은 북한이탈주민 본인이 직접 하여야 하나, 다만 심신의 장애가 있거나, 가족의 구성원이 나머지 가족을 대리하여 신청하거나, 혹은 기타 긴급한 사유가 있는 때에는 예외로 하고 있다.

91) 이찬진, 앞의 글, 88-89쪽.

사실상의 보호배제(즉, 국내입국불허)의 문제이다.⁹²⁾ 북한이탈주민보호법의 시행과정에 있어서 우리 정부의 기본적인 정책은 북한의 붕괴로 발생하는 대량 탈북자 발생이나 유혈사태 등이 한반도 안정에 결코 도움이 안된다는 입장을 가지고 있다는 것이다. 이에 따라 탈북자들을 우리가 무분별하게 수용함으로써 북한주민의 대량 탈북을 의도적으로 조장해서는 안된다는 것이다. 즉, “북한이 사람이 살 수 없는 땅이라고 모두 탈출하고 북한 땅이 비워진 상태에서 이뤄지는 통일은 바람직하지 않다.”는 것이다.⁹³⁾ 이러한 기본입장에서 우리 정부는 제3국에 체류하는 북한이탈주민들에 대한 보호의 사실상 포기과 선별적인 국내유입의 허용이라는 정책을 취하여 왔다.

위와 같은 우리 정부의 기본적인 정책이 북한주민의 대량국의탈출이라는 사태를 어느 정도로 예방할 수 있을 것인지 알 수는 없으나, 어쨌든 이것은 과거 서독정부가 동독을 탈출한 동독인들에 대하여 선별없는 전원 수용, 탈출노력의 적극 지원, 자구노력에 바탕을 둔 정착 지원 등을 실시한 것과는 매우 상반되는 것은 명백하다. 특히 중국 등 주변 국가들의 북한당국과의 외교적인 마찰을 고려하여 불법체류 탈북자들에 대한 보호시설에 의 격리 및 강제송환을 적극적으로 추진하고 있는 현실에서 우리 정부가 제3국 체류중인 북한이탈자의 국내 입국을 거부하는 것은 결국 동인들을 국가적 차원에서 유기하는 것에 다름 아니며, 그것은 곧 변명의 여지가 없는 반인도적인 것으로 비난받아야 마땅하다는 비판도 제기되고 있다.⁹⁴⁾

북한이탈주민의 보호업무를 담당하고 있는 통일부는 1998년 7월경 북한이탈주민보호법의 시행 1주년을 맞이하여 “지난 1년간의 추진과정을 통해 북한이탈주민 정착지원의 제도화와 자립, 자활기반 조성에 크게 기여하였으나, 해외체류 탈북주민의 안정적 송환 및 이탈주민의 양적, 질적 변화에 부응한 다양한 지원프로그램의 미비”를 인정하고 있다.⁹⁵⁾ 그래서 우리 정부는 북한이탈주민정책의 추진방향을 전환하여 통일정책의 전반적 구도하에서 귀순희망자 전원수용원칙 및 해외체류 북한이탈주민의 송환을 위한 적극적 노력을 할 것을 발표하기도 하였다.⁹⁶⁾ 그러나 1998년 전반기까지 북한이탈주민의 국내 입국자는 39명에 불과하며, 위 발표 후에도 그 입국자의 숫자가 급격히 증가하였다는 보고가 없는 점을 고려한다면 위와 같은 귀순희망자 전원수용원칙이 과연 어느 정도로 실현되고 있는지는 매우 의문이다.

셋째, 북한이탈주민보호법에 의하면 통일부장관으로 하여금 보호대상자에 대한 보호 및 정착지원을 위하여 정착지원시설을 설치, 운영하도록 하고 있다(법 제10조). 이에 따라 통일부는 1998년 7월 현재 단순수용시설이 아닌 보호, 교육, 지원이라는 3대 기능의 체계적이고 효율적인 추진을 위한 부지 18,000여평, 연건평 2,000여평의 수용인원 100명

92) 이찬진, '탈북자들의 국내법상의 법적 지위', 시민과 변호사 37권(1997), 85쪽.

93) 강호양, 앞의 글, 99쪽.

94) 이찬진, 앞의 글, 88쪽.

95) 통일부 대변인실 1998년 7월 13일자 보도자료.

96) 통일부 대변인실 1998년 7월 13일자 보도자료.

을 기준으로 한 북한이탈주민의 정착지원시설(종합지원센터)을 건설하는 공사를 진행하고 있음을 밝히고 있다.⁹⁷⁾ 그리고 향후 그 수용규모를 500명 정도로 늘려간다는 것이다.⁹⁸⁾ 그러나 위와 같은 소규모의 정착지원시설의 건설만으로 북한주민들의 대량국의탈출이라는 사태에 충분히 대처할 수 있을 것인지 매우 의문이다.

넷째, 1998년 11월경 우리 정부(통일부)도 그 동안의 법시행과정에서의 문제점으로서 북한이탈주민의 사회화를 통한 한국사회에의 적응이라는 당초 법취지와는 달리 북한이탈주민에 대한 정부의 지원규모가 미약하고 또한 최근의 경제난까지 겹쳐 이들 중 상당수가 영세계층으로 전락하는 등 우리 사회에서의 조기 정착과 생활안정에 애로가 발생하고 있는 현실을 인정하고 있다.⁹⁹⁾ 이러한 현실에 기초하여 1998년 12월 31일 북한이탈주민 보호법시행령을 개정하여 북한이탈주민들에 대한 정부지원금을 상향 조정하고(개정령 제39조 제1항),¹⁰⁰⁾ 교육지원범위를 확대할 뿐만 아니라(개정령 45조, 제46조), 취업확대를 위한 직업훈련에 전념할 수 있도록 훈련수당 등을 지급하기로 하였다(개정령 제32조의 2). 위 시행령의 개정으로 북한이탈주민의 초기 생활안정과 자립능력이 크게 재고될 것으로 기대하고 있으나, 과연 그러한 기대효과가 발생할 수 있을 것인지 여부는 두고 볼 일이다.

이상과 같이 북한이탈주민보호법의 제정과 시행은 북한주민들의 대량탈출사태에 대응하고자 하는 본래의 입법취지에 과연 어느 정도로 부합되는지 매우 의문이다. 생각건대, 현행의 북한이탈주민보호법은 현재와 같은 개별적인 혹은 소규모적인 북한지역을 탈출한 난민의 국내적 수용과 보호라는 입법목적에 유지함이 나올지도 모른다. 현행의 북한이탈주민보호법은 어디까지나 개별적인 혹은 소규모적인 북한이탈주민의 국내적 수용을 그 목적으로 하고, 향후 북한주민의 대량국의탈출이라는 사태를 대비해서는 1980년경 독일의 소위 '분담난민법'(인도적고려에의해수용된난민을위한조치에관한 법률)과 유사한 별도의 법률을 제정하여 시행함이 옳을 것이다. 지금 당장 그와 같은 법률의 제정이 시급한 것은 아니라고 생각된다. 현상황하에서는 그와 같은 법률제정 보다는 앞서 본 바와 같은 UNHCR의 관행 등을 통하여 발전되어 오고 있는 대량난민사태에 관한 국제법과 국제제도의 분석과 북한주민의 대량난민사태에의 적용가능성 등을 검토하는 것이 급선무이다.

VI. 결론

97) 통일부 인도지원국 1998년 7월 13일자 보도자료.

98) 강호양, 앞의 글, 98쪽.

99) 통일부 인도지원국 1998년 11월 17일자 보도자료.

100) 북한이탈주민에 대한 정착금의 상한을 종전에는 월최저임금액의 100배 상당액 이내로 하였으나, 개정시행령에 의하면 이를 250배 상당액 이내로 상향 조정하였다. 1999년 1월 현재 실제 지급되는 정착금은 기본적으로 5급(1인)을 기준으로 월최저임금액(344,650원)의 80배 상당액인 27,572,000원이며, 그리고 1급(5인 이상)인 경우에는 160배 상당액인 55,144,000원이다(통일부 인도지원국 1999년 1월 5일자 보도자료).

지금까지의 논의를 다시 정리하자면 대략 다음과 같다.

첫째, 북한주민은 대한민국의 국적을 가지나 북한지역에 머무르고 있는 동안에는 그 국적의 효력이 사실상 정지된 상태에 있으며, 북한을 탈출할 의사를 가지고 북한영역을 벗어나면 이와 같은 대한민국의 국적에 대한 효력정지상태가 해소되므로, 우리 정부는 북한이탈주민을 우리 국민으로 인정하고 외교적 보호를 하여야 할 것이다.

둘째, 북한주민의 대량국외탈출이라는 사태가 발생하는 것을 예상한다면 그들 모두가 난민협약상의 난민에 해당한다고 말할 수는 없을 것이다. 그러나 UNHCR의 관행에 따른 폭넓은 난민개념의 범주에 속할 수 있음은 당연하다. 따라서 그들은 UNHCR의 국제난민보호관행과 제도에 의해 국제적 보호를 받을 자격이 가진다.

셋째, 북한이탈주민은 농레플망원칙의 적용을 받아야 할 것이다. 농레플망원칙이 원래 개별적 난민의 경우에 발전되어 온 국제법원칙으로서 난민인정자격을 받은 자만이 혜택을 누릴 수 있다고 하더라도, UNHCR의 관행에 의하면 대량난민의 경우에는 공식적으로 난민자격을 인정받지 못한 사람들도 이 원칙에 의해 보호받아야 한다는 것이다. 이러한 UNHCR의 관행을 존중한다면, 북한주민들이 한꺼번에 대량국외탈출이 이루어지는 경우에도 관련국인 중국과 러시아는 국경폐쇄조치를 취해서는 안 될 것이다.

넷째, 대량난민사태가 발생하는 경우에는 종래의 전통적인 난민보호방식은 수정되지 않을 수 없다는 것이다. 대량난민에 대한 기본적인 대응책은 바로 일시적 보호와 자발적 본국귀환이다. 만약, 북한의 국경이나 휴전선이 무너져 북한주민들이 대량으로 국외탈출이 감행된다면 인접국인 중국과 러시아는 물론이고 남한의 경우에도 국경폐쇄조치를 취할 것이 아니라, 그들을 일단 수용하여 국경지역 등에 안전지대(난민캠프)를 설치한 후 국제사회의 지원하에 일시적 보호를 하고, 북한의 난민유발원인이 제거되었을 때에는 중국적으로 자발적 본국귀환을 유도함으로써 문제해결하여야 할 것이다. 이러한 과정에서 새로이 도입되고 있는 포괄적 접근방법은 매우 유익할 것이다.

마지막으로, 북한주민의 대량국외탈출이라는 가상적 사례를 예상하여, 북한이탈주민의 무차별적인 국내적 수용과 사회화를 통한 한국사회에의 적응이라는 목적으로 새로 제정되어 시행되고 있는 북한이탈주민보호법이 과연 이러한 당초의 입법목적에 충실하고 실효적일 것인가에 대해서는 상당한 의문을 갖지 않을 수 없다. 따라서 북한주민들의 대량난민사태에 대비한 별개의 법률제정이 요망된다. 나아가, 북한주민의 대량난민사태는 중국과 러시아의 국경에서 발생할 것이기 때문에 국내법의 제정과 더불어 이에 관한 국제법과 국제제도를 연구하여 그에 기초한 우리 정부의 기본적 정책을 마련함이 옳을 것이다.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

중대한 인권침해 사례인 의문사 해결을 위해

— 김 학 철 —

15

중대한 인권침해 사례인 의문사 해결을 위해

민족민주열사 희생자추모(기념)단체연대회의 집행위원장 김학철

1. 서론

우리에게도 행복한 시간이 있었다네.
가족이 있고, 친구가 있고.....
그러나 무엇보다도 잊을 수 없는 시간들은
동지들과 함께했던 시간들이라네.

보아라, 이렇게 짓이겨진 나의 얼굴을
누가 나의 죽음을 말해 줄 것인가. 누가 나의 동지인가.
나의 눈을 찾아다오. 나의 입을 찾아다오. 나의 머리를 찾아다오.

죽음에 임박했을 때 나는 동지들이 그리웠다.
죽더라도 내가 왜 죽어야 했는지
들어줄 동지들이 그리웠다.
마지막 날 밤을 동지여 잊지 말아다오.

누가 내 죽음에서 눈을 돌리는가.
그대 내 모습이 끔찍한가.
그대의 사랑이었던 내가, 그대의 희망이었던 내가
이리 죽었다네.
한 마디 비명도 지르지 못하고 놈들에게 당하고 말았다네.
그대여, 내 죽음을 기억해다오.
내 원한을 풀어 줄 사람은 그대뿐일세.

한마디 충고하네만
내 죽음을 외면하기만 한다면
언제 놈들이 그대의 가족들, 심지어는 자네를 어떻게 할지 모른다는 것일세.
이 말 한 마디만 명심하게.)
참으로 한 많은 세월이 흘렀다. 자식을 잃고, 형제를 잃고, 동료를 잃고, 거리로, 군부대
로, 국회로, 바닷가 해변으로 실성한 사람마냥 그렇게 떠 돌았다.

1) 민족민주열사 희생자추모(기념)단체연대회의, 열사회보, 1998년 5월호, 6-7p

그동안 할 수 있는 것은 다 해보았다. 관련자들을 찾아 다니고, 청와대와 국회, 그리고 법정에 호소도 해 보았고, 각 정당과 관계기관에 찾아다니기도 하였고, 10만명 서명을 받기 위해 전국 방방곡곡을 돌기도 하였고, 이를 국회에 청원하기도 하였다. 135일간 농성을 하며 집회와 시위를 하기도 하였다. 그리고 1998년부터는 서울역 광장에서, 광주에서, 대구에서, 부산에서 대국민캠페인²⁾을 하면서 안기부, 기무사, 경찰청, 국방부에 항의 방문을 하기도 하였다. 그리고 1998년 11월 4일부터 지금까지 국회 앞에서 특별법 제정을 요구하며 천막 농성을 진행하고 있다.

의문의 죽음은 한 개인의 죽음으로 끝난 것이 아니었다. 졸지에 당한 일로 그 가족 구성원 모두가 주체할 수 없는 정신적 충격을 받았고, 진상규명을 요구하며 자살³⁾하기도 하였다. 그리고 그들은 아무 일도 없었던 것처럼 정상적인 삶을 영위할 수 없었다. 동료들과 국민들도 마찬가지였다. 정부에 대해 엄청난 불신을 갖게되었을 뿐 아니라, 정의와 진실의 승리가 아닌 불의와 거짓이 세상을 지배한다는 생각을 갖도록 만들었다.

이제라도 의문의 죽음 진상규명은 이루어져야 한다. 이러한 비극과 한을 새천년까지 안고 갈수는 없는 일이다. 만일 그렇게 된다면 도래하는 새천년도 희망이 아닌 절망으로, 진실이 아닌 거짓으로, 정의가 아닌 불의로, 화합이 아닌 분열로 뒤 덮이게 될 것이다. 우리는 지금 결단하여야 한다. "우리 후손들에게 무엇을 물려 줄 것인가를."

1) 의문사(疑問死)의 정의

의문사(疑問死)는 죽음에 이르는 과정이 자연인 자체의 요인⁴⁾에 의한 것이 아니라 밝혀지지 않은 외부의 작용⁵⁾으로 인해 죽음에 이르렀을 개연성이 높은 것을 말하며, 외부의 요인이 밝혀졌다 하여도 그 목적이나 죽음에 이르게 한 과정 등이 명확하게 규명되지 않은 경우⁶⁾를 말한다.

"세상에서 가장 고귀한 죽음이 타인을 위해 자신의 목숨을 바친 것이라 한다. 수많은 민족민주열사·희생자들이 조국과 민족을 열렬히 사랑하였기에 그 제단에 기꺼이 목숨을 바쳤다. ...죽음에 대한 공포는 모든 사람들에게 공통적인 것이지만 특히 타인에 의해 항거할 수 없는 상황에서 죽음을 맞이한 경우에는

2) 1998년 4월 24일부터 민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의와 전국민족민주유가족협의회 주관으로 '민족민주열사 명예회복과 의문의 죽음 진상규명을 위한 대국민캠페인'을 5월말까지는 일요일을 제외한 매일, 6월부터 10월말까지는 매주 금요일 서울역 광장을 중심으로 진행하였음.
 3) 이이동의 아버지는 진상규명을 요구하며 농약을 마시고 음독 자살하였고, 최우혁의 어머니는 양화대교에서 투신 자살하였다.
 4) 노쇠, 질병, 자살 등의 범주가 이에 해당하나 질병에 의한 경우라도 그 질병을 가져오게 된 경위가 살해를 목적으로한 외부의 요인일 경우에는 의문사의 범주에 포함된다.
 5) 대개의 경우 살인이 해당되며, 일반적인 사고사의 경우는 포함되지 않는다.
 6) 교통사고를 당하여 사망한 경우라도 살해의 목적으로 사고를 위장한 경우나, 백범 살해범인 안두희가 단독 범행이라 주장하나 그 배후 및 살해 동기 등이 명확히 밝혀지지 않은 경우 등.

더욱 그러했을 것이다. 더욱이 그들의 요구대로 따르면 살 수 있는 길이 보였을 때, 그 공포와 갈등은 이루 말할 수 없을 정도였을 것이다. 이처럼 자신의 죽음조차 세상에 알려지지 못하는, 외부와 완전히 차단된 곳에서, 자신의 사상과 조직, 그리고 동지들을 지키다가 목숨을 잃은 분들과 같이 가해자가 은폐된 의문의 죽음을 당한 경우에는 스스로 목숨을 끊은 경우보다 몇 배의 고통이 있었으리라."⁷⁾

2) 국가공권력이 개입한 의문사

의문사에 해당하는 경우는 어떠한 죽음이 발생했을 때 죽음에 이른 인과관계가 명확히 밝혀지지 않은 모든 경우가 포함된다고 볼 수 있다. 이렇게 볼 때 의문사에 포함되는 범주는 매우 광범위하다. 그러나 대개의 경우 그 인과관계가 밝혀져 자연사, 병사, 중독사, 과로사, 사고사, 자살, 타살 등으로 원인이 분류된다. 그러나 이처럼 분류되지 않고 의문사로 남게되는 가장 큰 원인은 죽음에 이를 하등의 이유가 없던 사람이 갑자기 사망하였기 때문이다. 더욱이 사망 전에 국가공권력⁸⁾ 등의 개입이 역력한 경우에는 그 죽음을 발표된 사인 그대로 믿지 못한다. 왜냐하면 피해자의 가족이나 동료 및 국민들은 가해자가 범죄 행위를 은폐시키기 위해 자살이나 사고사로 위장하였다고 확신하기 때문이다. 이러한 위장과 은폐는 일반인에 의해 자행된 경우보다 국가공권력이 개입된 사건에서 그 정도가 매우 심하고 조직적이다.⁹⁾

모든 의문사의 문제는 중대한 인권침해 사항이다. 그렇기 때문에 민주국가에서는 하나 하나의 사건 해결을 위해서 국가권력이 다 동원되어서라도 진상 규명을 위해 노력해야 한다. 왜냐하면 국민 개개인의 생명권을 지켜주는 것이 바로 국가권력의 일차적 의무이며, 그 생명권에 대한 중대한 침해를 해결하지 않는 정부를 국민들은 신뢰할 수 없기 때문이다.

여기에서는 그 많은 의문사 중에 독재정권의 유지를 위해 국가공권력이 개입하여 죽음에 이른 인과관계가 명확히 밝혀지지 않은, 민주인사들의 의문사를 중점으로 하여 다루고자 한다.

2. 의문사 발생 배경

정치적 의문사의 본질은 국가 테러리즘이다.

7) 민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의, '의문의 죽음 진상 규명 및 민족민주열사·희생자 명예회복을 위한 대국민 캠페인' 취지 중에서 (1998)
 8) 여기에서 말하는 국가 공권력의 대표적인 기관은 국정원(안기부, 중앙정보부), 보안수사대(치안본부 대공분실, 일반 경찰 포함), 기무사(보안사, 특무부대, 일반 군대 포함)를 말한다.
 9) 박종철 고문치사 사건의 경우 처음에는 '책상을 탁 치니 억하고 죽었다'는 발표를 치안본부에서 하였고 고문에 의한 죽음이라는 사실이 밝혀진 뒤에도 관련자들과 그 범죄 행위들을 축소, 은폐하려는 국가공권력의 조직적인 행위들이 계속되었다.

의문의 죽음이 발생하는 근본적인 원인은 그 첫 째가 사상의 자유를 부정하는 것에서 출발한다. 다음으로 기득권 세력에 도전하는 어떠한 행위도 용납하지 않는 데 있으며, 세 번째로 사회에 만연되어 있는 테러리즘에 기인한다. 그리고 네 번째로는 아주 예외적인 경우인 박종철 치사사건을 제외하고는 정치적 의문의 죽음이 진상 규명되지 않은 채 영구미제 사건으로 묻혀 버렸기 때문에 의문의 죽음들이 계속 발생되고 있는 것이다.

우리 나라는 지구상의 유일한 분단 국가로 각각이 서로 다른 체제로 유지되어 오고 있다. 이로 인해 헌법에 보장된 사상의 자유와 표현의 자유는 국가보안법이나 국정원법 등에 의해 보장되지 않고 있으며 기득권 세력의 사상 외에는 인정되지 않고 있다. 즉 지배 권력의 기득권에 도전하는 어떠한 행위도 수단과 방법을 가리지 않고 탄압해 왔으며, 그 탄압의 본질이 바로 국가 테러리즘인 것이다. 이는 섬멸적인 제국주의 양태와 폭압적인 군사 독재의 방식으로 표현되어 집단에 대해서나 개인에 대해서나 마찬가지로 자행되어 왔다.

이러한 양태는 일제시대 때부터 자행되어 온 치안유지법과 같은 사상전향 제도가 껍질을 바꿔가며 지금까지 그대로 이어져 오고 있음에도 알 수 있다. 그리고 여기에다 해방 이후 미군정이 자행한 고문 기술이 보태졌고 이후 군사독재 정권을 거치면서 더욱 발전하였다. 테러리즘은 국가공권력 외에도 기업이나 사학재단 등에서도 마찬가지로 자행하여 왔다. 즉, 조직 폭력배를 동원하거나 구사대, 첩거반원을 동원하여 노동조합 간부, 학생회 간부, 노점상, 첩거민들에 대한 테러를 자행해온 것이다. '쥐도, 새도 모르게 죽여 버린다'는 말이 사회 저변에 만연화되어 있음은 바로 여기에서 기인하고 있다.

3. 국가테러리즘으로서의 의문사 유형

1) 암살의 결과로서의 의문사

일제치하에서는 전쟁의 한 수단으로 적국 고위 간부들에 대한 암살이 이루어졌다. 안중근 의사, 윤봉길 의사, 이봉창 의사 등이 다 우리 민족을 일제 치하에서 해방시키는 하나의 투쟁으로 이토오 히로부미 등 일제 고위 관료들을, 폭탄 투척 등의 방식으로 살해하였다. 이 분들은 그 현장에서 체포되어 옥고를 치르다 일제의 손에 의해 죽임을 당하였다. 당시 적장들에 대한 암살은 자신의 목숨과 바꾸는 숭고한 투쟁이었다.

이와는 달리 해방 이후에는 국가권력이 정치 지도자들이 정적 제거의 목적으로 암살 당했다. 45년 12월 고하 송진우 선생의 암살, 47년 7월 몽양 여운형 선생의 암살, 47년 12월 설산 장덕수 선생의 암살, 49년 6월 백범 김구 선생의 암살이 그 대표적인 예이다. 여기에서 해방 이후에 자행되었던 암살의 형태를 알게 해주는, 밝혀진 하나의 사례를 들어보고자 한다. 1949년 반민특위 위원들에 대한 암살 음모사건이 발각된 적이 있다. 이 사건은 최고 권력자가 개입한 여타의 경우와는 다르지만, 이 사건을 통해 정적을 어떠한

방법으로 제거하려 하였고, 이를 정치적으로 어떻게 이용하려 했으며, 어떻게 사건을 은폐하려고 했는지 알 수 있게 해주는 사건이다.

1949년 1월 25일 발표에 의하면 "서울시 경찰국 수사과장이었던 최난수, 수사과차장 홍택희, 그리고 노덕술, 박경림 등 4명이 1948년도 국회에서 제정한 반민법 시행에 대하여 적의를 품고 비밀리에 작당하기 시작하였다. 즉 그들은 중국태생 백민태와 함께 1948년 11월 중순경 백의 일파로 하여금 국회에서 반민법 실시에 관하여 제안 연설을 한 김용진 의원 등 3명을 강제로 납치하여 '나는 이남에서 국회의원 노릇 하는 것보다는 이북에 가서 살기를 원한다'는 취지의 성명서 3통을 자필로 작성케 하여 한 통은 대통령에게, 한 통은 국회에, 그리고 나머지 한 통은 각 신문에 발표하게 하고, 38선에서 전기 3의원을 살해한 다음에 애국청년이 그들을 살해한 것처럼 허위 선전할 음모를 꾸몄다."¹⁰ 이처럼 권력이 개입한 정적에 대한 암살은 살해당한 것이 명백하게 드러나더라도 그 본질적 부도덕성으로 인해 배후를 철저히 은폐하는 것이 특징이다.

이와 같은 유형의 의문사로 70년대 이후에 발생한 사건은 박정권이 장준하 선생을 살해한 뒤 실족사로 은폐시킨¹¹ 경우와 민주화운동과의 연관성은 없지만 김형욱 사건¹² 등이 있다.

2) 고문 과정에서의 의문사

민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의에서 집계한 42건의 의문의 죽음들 중 이 범주에 속하는 사건들이 가장 많은데, 처음부터 살해 의도는 없었지만 죽어도 상관없다는 생각으로 국가공권력이 자신들이 요구하는 대로 따르도록 고문하는 과정에서 사망하자 자살이나 사고사로 위장, 은폐시킨 경우들이다. 위에서 보았듯이 처음에는 의문사였다

10) 김우중, 무크/친일문제연구3, '반민자'가 잡아먹은 반민특위, 나남(1995), 270-271쪽

11) 항일 독립운동을 했으며 오랜 민주화투쟁과 통일운동으로 재야 대통령이라는 칭송까지 들은 민족의 지도자 장준하 선생은 72년 박정희 정권이 유신체제를 구축해 갈 때 반유신의 선봉에 서서 민주세력들을 결집하기 위한 노력을 경주하였다. 74년 1월에는 민주회복을 위한 백만인 서명운동을 주도하여 긴급조치 위반으로 구속되어 15년형을 선고받고 복역하다가 74년 12월 형집행정지로 석방된 뒤에도 지속적인 유신헌법 철폐를 목적으로 한 개헌운동을 광범위하게 꾸려 나갔다. 그러던 75년 8월 17일 선생이 약사봉에서 번사체로 발견되자 박정희 정권은 등산을 하다가 실족, 추락사한 것으로 사건을 서둘러 종결지었다.

장준하 선생은 최고위층의 지시를 받은 현 국정원의 전신인 중앙정보부나 육군 특무부대에 의해 살해당한 것으로 보인다.

12) 한겨레, 10대의혹사건/8.김형욱실종, 중정 암살팀 10여명 고강도 훈련, 98/08/13

...중정 감찰실장을 지낸 방준모(72·미국 뉴저지 거주)씨도 기자와의 전화통화에서 81년 여름 중정에 근무하던 서아무개씨가 "79년 여름 김재규에 의해 김형욱 암살요원들의 훈련조장으로 임명된 특수부대 출신 등 10여명을 데리고 강도높은 훈련을 시켰는데 어느날 갑자기 훈련중지가 떨어져 물어보니까 상황끝이라는 대답을 들었다"고 증언했다고 전했다. 송진섭(49·전 안산시장)씨는 YWCA 위장결혼 사건으로 수감된 서대문 구치소에서 박정희 암살 사건으로 들어와 있던 박선호 중정 의전과장으로부터 '중정 특수공작단에서 김형욱을 데리고 왔다'는 얘기를 들었다"고 말했다. ... "배신자는 절대 용서하지 않는 박정희의 성격에 미루어 볼 때 차지철의 소행일 가능성이 더 높다"며 "당시 차지철은 산하에 정보업무를 수행하는 조직을 운영하고 있었다"고 말했다.

가 살해당한 것으로 밝혀진 박종철 치사사건이 그 대표적인 예이며, 70년대에 박정희 정권이 반공법 위반 정치수들에 대한 사상 전향 과정에서 고문, 폭력으로 살해한 뒤 병사 처리한 수많은 장기수들의 경우¹³⁾가 그러하고, 73년에 발생한 서울대 법대 최종길 교수 사건¹⁴⁾, 80년 보안사에 끌려 간 임기윤 목사 사건¹⁵⁾, 전두환 정권이 학생운동 탄압의 일환으로 81년부터 84년까지 자행한 강제징집¹⁶⁾ 시킨 학생들에 대한 녹화사업¹⁷⁾ 중 의문의

13) 권오현, 옥중희생자 문제, 민족민주열사·희생자·의문사 명예회복을 위한 제2차 학술회의 자료집, 민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의 (1997) 107-117p, 142-148p

14) 중앙정보부는 73년 10월 25일 [유럽거점 대규모 간첩단]을 적발하였다고 발표하였다. 그 명단에는 73년 10월 19일 중앙정보부에서 의문사한 서울대 법대 교수 최종길 선생도 들어 있었다. 이에 대한 중앙정보부의 해명은 최씨가 "범행사실을 자백한 후 국내 간첩조직망에 대한 여죄를 조사받던 중 용변을 보겠다고 변소에 가 투신자살했다"는 것이었다. 그러나, 당시 박정권은 유신체제에 대한 국내외적인 비난을 모면하기 위해 간첩단 조작음모를 꾸미고 있었고, 중앙정보부의 연락을 받고 최씨가 출두하기 이전 동베를린을 거쳐 평양에 다녀온 것으로 사건 조서가 꾸며져 있었다. 그리고 투신했다는 현장을 공개하지 않았으며, 부검을 완강히 거부한 속에서 유가족을 협박해 장례를 급히 치루게 만든 점 등은 고문에 의한 타살을 은폐하기 위한 술책으로 간주된다.

15) 임기윤 목사는 1980년 7월 19일 국군보안사령부 부산분실 참고인으로 불려간 뒤 3일만인 21일 통합병원으로 옮겨졌다가 26일 순교하였다. 보안사 안에서의 3일 동안 어떠한 일이 임기윤 목사에게 있었는지 알려진 바가 없으며 보안사 측에서는 가혹행위는 전혀 없었고 고혈압으로 쓰러진 것이라고 주장하고 있다. 그러나 평소 혈압이 80-150으로 체구에 비해 볼 때 그렇게 높은 편이었다고 할 수 없으며 혈압으로 인한 이상도 없었다. 게다가 미망인이 목격한 바에 의하면 뒷머리 왼쪽이 3센치 가량 찢어져 있고 그 곳에 피가 흘러 말라붙어 있었다고 한다. 당시에 통칭 삼일공사라 불리는 보안사에 연행되었던 사람들은 그 곳 지하실에서 20대 청년들에 의해 폭행이 흔히 행해졌다고 증언하고 있다. 이상으로 미루어 볼 때 임기윤 목사는 보안사 내에서의 폭행, 고문 등 가혹행위로 인하여 운명하였거나 설혹 육체적 고통은 당하지 않았더라도 죽음에 이를 정도의 공포분위기에서의 정신적 고문으로 운명한 것으로 추정된다.

16) 강제징집 당해 보안사의 녹화사업 과정에서 의문의 죽음을 당한 경우, 민족민주열사·희생자·의문사 명예회복을 위한 제2차 학술회의 자료집, 민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의, 1997, 175-209p

강제징집이란 시위현장에서 체포된 시위단순가담자, 뚜렷한 혐의 사실도 없이 문제학생으로 지목당한 학생, 노동자들에게 배움의 기회를 주기 위해 야학활동에 참여했던 학생들이 병역법에 규정되어 있는 절차(병무청 시행령 제19조에 규정된 신체검사 통지서의 20일전 송달 및 입영영장의 30일전 송달)을 무시당한 채 경찰서에서 곧바로 군부대로 끌려가는 것을 의미한다.

88-89년 국회 5공특위 때 국방부에서 당시 평민당 조승형 의원에게 제출한 자료에 의하면 1982년 11월부터 1984년 11월까지 학생운동을 하던 447명을 정상적인 절차를 밟지 않고 강제징집 하였다. 이 중에는 소아마비 환자 등 장애자와 3대 독자 등 징집 면제 대상자도 포함되어 있었다.

17) 위 학술회의 자료에서 국방부가 국회에 제출한 자료를 보면 강제징집자 447명(실시 기간이라 밝힌 82.11부터 84.11까지가 아닌 81.11부터 83.11까지 입대 조치된 자)에 대한 정훈교육(녹화사업) 대상자로서 82년 9월부터 84년 11월까지 보안사에서 분류, 관리한 인원은 429명이며 교육을 실시한 인원은 265명이라 밝히고 있음.

녹화사업에 대해서는 유시민씨(80년 서울대 총학생회 대의원 의장)의 항소이유서에 주목할만한 기록이 있다. ...제대를 불과 두 달 앞둔 83년 3월 또 하나의 시련이 기다리고 있었습니다. 지난해 세상을 놀라게 한 '녹화사업' 또는 '관계프락치공작'이 바로 그것입니다. 인간으로 하여금 일신의 안전을 위해서는 벼를 팔지 않을 수 없도록 강요하는 가장 비인간적인 형태의 억압이 數百 특변자(특수학적변동자)들에게 가해진 것입니다. 당시 현역군인이던 본 피고인은 보안대에 대한 공포감을 이겨내지 못하여 형식적으로나마 그들의 요구에 응하는 타협책으로써 일신의 안전을 도모할 수 있었지만 그로 인한 양심의 고통은 피할 수 없는 일이었습니다.

일반사람들에게는 별거숭이 산을 푸른 나무로 채우려는 산림청의 사업정도쯤으로 이해될법한 녹

죽음을 당한 정성희¹⁸⁾, 김두황¹⁹⁾, 이윤성²⁰⁾, 한영현²¹⁾, 최은순²²⁾, 한희철²³⁾ 사건들과 녹화사업의 공식적인 중단 이후 발생한 사건들²⁴⁾, 85년 발생한 민주위 관련 수배자 서울대생 우종원 사건²⁵⁾, 86년에 발생한 서울대생 김성수 사건²⁶⁾, 인천 연안가스 노동자 신호수 사

화사업이란 용어는 여러 당사자들의 증언을 종합해보면 학생운동에 대한 정보입수와 탄압을 위한 수사기관의 순화 및 공작 사업을 총칭하는 것으로 풀이된다. 즉 특수학적변동자로 처리돼 강제징집된 학생들은 대부분 최전방에 배치돼 순화시켜야 할 대상으로 간주되는데, 이들을 관리하는 군보안대는 반체제 반정부의식에 물든 이들 운동권학생들을 일단 좌경 용공분자로 규정하고 그들의 붉은 색깔에 가까운 의식을 푸르게 녹화시킨다는 것이 녹화사업의 기본 취지였다. 국군보안사령부는 82년경부터 녹화사업을 전담하는 특별심사과를 신설, 순화사업과 프락치 공작사업을 병행토록 했으며, 이 목적을 위해 정규대학 출신의 중위급 단기장교를 선발, 특수학적변동자들이 복무하던 전방 일부 사단에 배치, 녹화사업을 담당케 한 것으로 알려져 있다.

18) 연세대 영,독 불문계열 입학 후 8개월 학교생활후인 82년 11월 25일 교내시위 현장에서 20여명 학생들과 연행되어 그중 15명과 함께 강제징집당함. 국방부 발표에 의하면 녹화사업 실시 이전인 82년 7월 23일 보초 근무 중 M16소총으로 자살하였다고(국방부 제출자료 29p)하나 같은 자료 앞쪽에는 녹화사업 실시 기간을 82. 5 - 84. 11로 명시하고 있음(국방부 제출자료 25p). 국회 5공특위 당시 평민당 조승형 의원에게 국방부가 제출한 자료 24-29p

19) 고려대학교 경제학과 학회장으로 학생운동의 중심적 역할을 하다 83년 3월 성북경찰서에 연행된 뒤 병무청 직원 1명이 와서 간단히 서류를 작성하고 강제징집되었다가 녹화사업 도중 M16소총에 의해 두부가 없어진 참혹한 모습으로 발견됨. 국방부 발표는 염세자살이었다고 하나 군당국이 내어놓은 유서가 본인의 필적이 아님.

20) 1982년 2학년때 성균관대 인문과학연구부 회장직을 맡아 활동 중이던 82년 11월 3일 학생의 날 가두시위때 다른 많은 학생들과 함께 경찰에 연행되어 조사를 받았는데 인문과학연구회 회장이라는 것이 밝혀져 11월 7일 새벽에 신체검사도 받지 않고 군에 입대하게 되었다. 그런데 그는 아버지가 고령(60세가 넘음)인데다가 3대 독자이고 시력이 나빠 보통의 경우에는 현역입대가 불가능한 조건이었다. 국방부에서 유일하게 조사 중 사망한 것으로 발표한 경우이나 이마저도 죽음에 직접적인 연계성을 부인하고 제대 8일 전에 목매 자살하였다고 발표.

21) 한양대 공대 제학 중 교내 서클 활동, 야학 등 학생운동을 열심히 함. 83년 4월 야학 관련으로 경찰서에 갔다가 녹막염으로 병중 판결을 받았음에도 불구하고 강제징집 됨. 그해 7월 녹화사업을 받던 중 M16 소총으로 연발 사격하여 자살했다고 군 당국이 발표하였으나 연발사격의 경우 사입구가 발사에 의한 반동으로 인해 일직선의 형태를 띄게 되는데 삼각형의 형태로 집중된 점으로 보아 조준 사격했음이 분명함.

22) 동국대 사범대에 다니면서 학생운동에 헌신해 오던 중 83년 3월 29일 시위에비음모 혐의로 5명의 학생들과 함께 경찰에 연행되어 1주일간의 조사를 받은 뒤 강제징집 당했다. 83년 8월 14일 군에서 자살했다고 통보하자 가족들이 자살할 리가 없다는 확신을 갖고 강력히 항의하며, 영안실의 사체를 1주일간이나 지키면서 계수사 및 진상규명을 요구하자 군수사대는 고참병과의 말다툼 끝에 피살되었다는 수정통보를 함. 녹화사업 과정에서 살해된 것을 밝히지는 못함.

23) 서울 공대에 다니며 학생운동을 하다 군에 입대한 뒤 녹화사업 과정에서, 입대 전 학생시절의 민주화운동과 야학연합회 사건 관련 혐의로 전기고문을 두 번씩이나 당하면서 5일 동안 취조를 받다 가슴에 3발의 총탄을 맞고 죽어있는 채로 발견됨. 국회 5공 특위 당시 국방부 자료에 의하면 녹화사업 실시 2일 후에 일어난 사건이라고 하였음.

24) 서울대생으로 카투사로 복무 중 87년 의문의 죽음을 당한 김용권 사건, 서울대생으로 군 복무 중 87년 의문의 죽음을 당한 최우혁 사건 등 다수가 있음.

25) 서울대 사회과학대에 다니면서 학생운동으로 복역 이후 민주위 사건 관련으로 수배를 받던 중인 1985년 10월 11일 경부선 하행 열차를 타고 가다 충북 영동 - 황간 역 사이에서 변사체로 발견됨. 소지품 속에 신분을 증명할 수 있는 주민등록 번호를 적은 쪽지가 있었는데 이 글씨는 평소의 필적과 전혀 상이하며 가해자가 신원을 알리려고 적어 놓은 것으로 추정 됨. 더욱이 시신에는 가슴에 나타난 멍 자욱 등 인공 호흡을 시킨 흔적이 역력히 나타나 있음.

26) 서울대 사회과학대 입학하여 총학생회 연극부에서 활동하다 1986년 6월 18일 서울대생을 찾는 정체 불명의 전화를 받고 나간 뒤 6월 21일 부산송도 앞 바다 속에서 시멘트덩이를 3개나 매

건²⁷⁾, 89년 조선대 민주조선 편집장 이철규 사건²⁸⁾ 등이 있으며, 이 외에도 다수의 의문의 죽음들이 있다.

이들 사건의 특징은 위에서 언급한 바와 같이 국가 권력이 사건을 은폐시키기 위해 모든 수단을 다 동원하고 있다는 점이다. 이런 이유는 이들 사건 하나 하나가 갖는 의미가 정권의 부도덕성을 만 천하에 폭로하여 정권의 존립 기반을 뒤흔들어 놓기 때문이다.

3) 조직적인 범행 뒤 살해 은폐된 의문사

이 범주에 속하는 대표적인 사건으로는 87년 군대에서 학생 시위 옹호 발언을 하다가 살해된 이이동 사건²⁹⁾, 88년 중앙대 안성캠퍼스 총학생회장으로 안기부 직원에게 유인되어 거문도 앞바다에서 살해된 이내창 사건³⁰⁾, 속초 동우전문대 총학생회장으로 재단 측의 끈임 없는 협박을 받다가 의문의 죽음을 당한 김용갑 사건³¹⁾, 부산 한진중공업 노조 위원장으로 안기부의 집요한 전노협 탈퇴 공작 중에 살해된 박창수 사건³²⁾, 인천 아암도 앞 바다에서 노점을 하다 철거반원 등에 의해 살해된 이덕인 사건³³⁾ 등이 있다.

단 채 죽어있는 것을 잠수부가 발견함. 행방 불명 당시 시험기간이었고, 물 속에 있었음에도 피가 응고되어 있었으며 두피 아래 피하출혈이 있었음. 발견 장소와 상태로 보아 배에서 던지지 않으면 가능하지 않은 조건이었음.

27) 1986년 6월 11일 오후 1시 30분경, 인천 도화가스에서 가스통 벨브작업을 하고 있던 중 서울 시경 대공수사과 형사라고 신분을 밝힌 3명의 남자에 의해 연행된 뒤, 19일 전남 여천군 대미산 중턱의 한 동굴에서 목 맨 시체로 발견됨. 경찰은 가족에게 연락도 취하지 않고 가매장. 이후 시신의 상태를 보니 두개골이 갈라진 상태였음. 국회 5공 특위 당시 제출 자료에 의하면 치안본부에서 신호수 사건을 '장흥공작'이라 이름을 붙이고 수사하였음.

28) 조선대에서 학생운동을 하다 교지 '민주조선' 내용과 관련하여 국가보안법 위반으로 수배를 받던 중 1989년 5월 3일 경찰의 불심검문을 피하기 위해 도주하다, 5월 10일 광주 청옥동 수원지에서 변사체로 발견됨. 발견 당시 시신의 상태는 수갑을 찬 흔적과 멍이 많이 들어 있는 등 고문의 흔적이 역력함. 이후 수사 과정에서 경찰은 여러 증거에도 불구하고 억사로 몰고 감.

29) 전남대에서 학생운동에 헌신하다 군에 입대. 부대에서 충정교육 도중 학생 시위 옹호 발언을 하자 중대장이 주먹과 발길질로 구타하여 실신시키고 이어서 총성이 들림. 군의 발표는 자살하였다고 하나 살해당했다는 증언이 있음. 부친은 그 후 진상규명을 위해 애쓰다 반향이 없자 대통령을 비롯한 각계에 진상규명을 해 달라는 유서를 남기고 농약을 마셔 음독 자살함.

30) 1989년 중앙대학교 안성교정 총학생회장으로 학생운동의 선두에서 활동하던 중 1989년 8월 15일 거문도 앞 바다에서 외상에 의한 피하출혈 흔적이 7군데나 있는 시체로 발견되었다. 나중에 안기부 인천분실(세칭 인하공사) 소속 여직원으로 밝혀진 도연주와 그 남자친구 백승희 등 2인과 동행하여 편도로도 밤새워야 갈 수 있는 거리인 거문도까지 갔다가 변을 당했다는 일은 다른 의문사의 경우도 찾아보기 힘든 경우이다.

31) 1990년 동우전문대 학생회장으로 활동하던 중, 학교재단 측이 고용한 지역의 조직 폭력배들에게 총학생회장직을 사퇴할 것을 강요받으며 수 차례에 걸쳐 납치, 감금, 폭행 협박을 당하다가, 3월 28일 타살 당한 뒤 단순 교통사고로 위장된 의문의 죽음을 당함.

32) 한진중공업 노조위원장으로 노동운동 중 1991년 대우조선 파업 관련 대기업노조 연대회의에 참여했다가 3자 개입 위반으로 구속되어 서울구치소에 수감 중 의문의 상처를 입고 안양병원에 후송된지 2일 만에 투신 자살로 위장한 변사체로 발견됨. 경찰은 시신을 강제로 탈취하여 부검하고 사건을 종결지음.

33) 4급 장애인으로 인천 송도 앞바다 아암도에서 노점을 하던 중 인천시 당국의 대책 없는 노점 단속에 항의하여 철탑 망루에서 투쟁하다, 1995년 11월 25일 망루에서 내려 왔으나 실종되었다가 28일 아암도 앞 바다에서 손에 포박이 묶인 채 시체로 발견됨.

이들 사건들의 경우는 테러를 목적으로 폭행을 하다 살해되자 사고사나 자살로 위장시킨 경우와, 집요한 공작 중에 회유되지 않자 이것이 드러날 것을 우려하여 살해하고 이를 자살이나 사고사로 은폐시킨 경우가 있다.

4. 의문사 진상규명을 위한 시도와 좌절

1) 정당, 국회, 사법부에서 다루어 진 경우

의문사 진상규명을 위해 정당, 국회, 사법부 등에서 수 차례의 노력이 있어 왔다. 그러나 이들 기관 외에는 다른 어떠한 해결 주체가 서 있지 못한 조건에서 진상 규명은 이루어 지지 않았다. 어떤 경우는 요식 행위에 지나지 않은 경우도 있었고, 또 어떤 경우는 진상 규명을 가로막고 이를 저지하는 세력에 의해 무릎을 꿇었던 것이다. 이들 기관이 국가의 중요 사건들을 해결하지 못하는 것은 무언가 잘못되어 있는 것이다. 이제 국민들은 진상 규명을 위해 또 다른 주체를 세워야만 하게 되었다.

가) 국회 법사위의 <백범 김구선생 시해 진상규명 소위>

백범 테러 살해범인 안두희³⁴⁾가 평소에 백범 김구 선생을 흠모하던 버스운전사 박기서씨의 테러에 의해 살해되는 사건이 96년 10월 23일 발생했다. 그 동안 백범 살해의 배후를 밝히기 위해 다방면의 노력이 있었지만 그 때마다 번번히 실체에 접근하지 못하고 흐지부지 되고 말았다. 정부 차원의 노력은 거의 진행되지 못하고 사실상 민간 차원에서 진상 규명 작업이 진행되었다. 민족정기구현협의회장 권중희씨의 집요한 노력에 의해 91년 11월과 92년 4월 CIA 전신인 미육군전략처(OSS)의 한국 책임자 미군 중령이 안두희에게 백범을 "제거해야 할 '블랙 타이거'"라 부르며 던지시 암살의 필요성을 흘렸다는 자백을 받아냈고³⁵⁾ 이에 따라 관련 단체에서 미 대사관에 진상 규명을 요구하기도 하였으며³⁶⁾ 대사관 앞에서 학생 시위가 일어나기도 했다³⁷⁾. 그리고 안두희가 당시 포병사령관 장은

34) 당시 포병 소위였던 안두희가 49년 6월 26일 백범 선생을 권총으로 살해하고 현장에서 체포되어 그해 8월 종신형을 선고받았으나 석 달 후 15년으로 감형되었고 옥중에서 2계급 특진되어 대위가 되었다. 그후 50년 6월 27일에 잔형집행정지로 석방됐다.

35) 중앙일보 92/4/13 참조

36) "백범암살 진상규명 비상대책회의"(대표 백기완) 소속 회원 20여명은 28일 오전 서울 종로구 세종로 주한 미대사관을 방문, 백범 김구선생 암살과 관련한 항의서한을 전달하고 당시 미정보기관인 OSS (CIA 전신)의 백범암살개입을 증명할 수 있는 모든 관련자료의 공개를 촉구했다. 이들은 조지 부시 미대통령 앞으로 보낸 항의서한에서 "백범암살은 미국정부의 한반도 분할통치 계획에 따라 이루어진 것"이라고 주장하고 "미국 정부는 백범암살에 대해 공개사죄하고 김구선생의 유족과 국민에게 정치적, 정신적, 물질적으로 배상하라"고 요구했다. 중앙일보 92/09/28

37) 경희대와 한양대 학생 50여명은 22일 오후 3시20분께 서울 종로구 세종로 주한미대사관 앞에서 '광주민주화항쟁과 백범 김구선생 암살사건 등의 배후에서 미국이 행한 역할'과 관련, 도널드 그레그 대사와의 공개토론회를 요구하며 30여분간 시위를 벌였다. 서울지역 총학생회연합 소속이라고 밝힌 학생들은 이날 대사관 측에 전달한 공개서한을 통해 "우리 국민들은 김구선생 암살과 광주민주화항쟁에서부터 최근의 남북관계 진전에 이르기까지 미국이 행한 역할에 강한 의혹을 갖고 있다"면서 "오는 27일 공개토론회를 열어 미국의 역할과 과거의 사안에 대해 진지한 토론을

산 등으로부터 직접 백범 암살 지령을 받았고³⁸⁾ 이후 암살 실행 6일 전에 경무대에서 이승만과 면담하는 과정에서 백범에 대한 암살을 의미하는 말을 들었다³⁹⁾는 자백을 받아내기도 하였다. 이러한 노력으로 94년 1월 4일 국회 법사위에 <백범 김구선생 시해 진상규명 소위>⁴⁰⁾가 구성되어 활동에 들어갔으나 별다른 사항을 알아내지 못하고 95년 12월 18일 '백범 암살 사건은 안두희에 의한 단독 범행이 아니라 면밀하게 모의되고 조직적으로 역할 분담된 정권적 차원의 범죄'라는 요지의 조사보고서를 채택하는 것을 끝으로 활동을 마감하였다.

나) 민주당 <장준하 선생 사인 규명조사위원회>

백범 김구 선생 암살의 배후를 밝히는 과정에서 권중희씨의 길고도 집요한 노력이 주축이었다면, 장준하 선생 의문의 죽음에 대한 진상규명 과정에서는 언론의 역할이 돋보였다. 서울방송에서는 93년 3월 14일과 28일에 걸쳐 '그것이 알고 싶다'라는 프로를 통해 장준하 선생의 사인에 대해 심도 있는 취재를 하여 살해당했을 가능성이 크다는 결론을 내었다. 이에 대한 반향은 컸다. 한겨레신문은 다음날 계훈제 선생의 인터뷰를 통해 정치적 타살임을 다시 확인하였다.

...이와 관련해 당시 장씨와 함께 반독재운동을 펼쳤던 계훈제씨는 이렇게 회고하고 있다.

"장씨의 죽음은 유신독재와 민주세력의 치열한 대결 속에서 장씨와 나, 윤보선, 홍남순, 백기완씨 등이 그해 8월22일께 모여 긴급조치 9호에 반대하고 반전평화대회를 선언하기로 했다는 정보를 입수한 권력에 의해 저질러진 정치적 타살로 확신한다"고 말했다. 계씨는 "비록 타살 용의자들에 대한 공소시효는 지났지만 현재도 권력 주변에 있는 관련자들을 철저히 밝혀내 역사의 심판을 받게 하는 것이 다시는 이러한 야만스러운 일이 벌어지지 않게 하는 길이다"⁴¹⁾.

진상규명을 요구하는 국민 여론이 비등하였다. 한겨레신문은 "장준하 죽음"과 민족의 공소시효"라는 제목의 사설을 통해 이렇게 말하고 있다.

"...그의 죽음, 아니 죽음 당함이 18년에 가까운 지금, 진상을 밝히려는 요구가 대중 사이에서 큰 공감을 얻고 있는 까닭은 무엇일까? 지금도 어둠 속에 숨어 있는 '살인의 손들'을 가려내야 국민들이 안심하고 살 수 있기 때문일 것이다. ...일제 식민시대 중국에서 김구 선생을 모시고 해방운동을 한 장준하씨는 일본 육군장교로서 '천황 폐하에게 충성하던' 박정희씨가 독립된 나라의 합법적 정부를 뒤엎고 권력을 빼앗은 일을 용서할 수 없었을 것이다. 그래서 그는 목

갖자"고 요구했다. 중앙일보 92/05/22, 92/04/14, 92/04/20 참조

38) 중앙일보 92/6/26 참조

39) 중앙일보 92/9/24 참조

40) 위원장 강신옥을 포함한 민자당 의원 3인과 민주당 의원 2인 등 5인으로 구성.

41) 한겨레신문 93/03/15 참조

숨을 걸고 군사독재와 싸우다가 결국은 목숨을 앗기고 말았다. '그것이 알고 싶다'를 통해 장준하씨가 죽임을 당했음이 분명하게 드러나자 검찰은 "그가 살해됐다 하더라도 공소시효인 15년이 지났으므로 처벌이 불가능하다"고 말했다. 그러나 그 '죽임'은 법률을 떠나 민족의 공소시효라는 차원에서 진상이 밝혀져야 한다. 그 범죄자들을 잡아내는 작업은 국회와 언론과 국민이 함께 할 일이다."⁴²⁾

이렇게 국민들의 진상규명 요구가 높아지자, 당시 민주당에서는 성명을 내고 정치적 타살임이 분명하다고 주장하며 '검찰은 공소시효가 지났다는 미명 아래 실제적 진실 파악의 책임을 회피만 할 것이 아니라 왜곡된 현대정치사를 바로잡고 과거 군사독재권력의 만행을 밝혀내 역사의 심판을 받도록 한다는 의미에서 재수사에 즉각 착수할 것을 촉구한다'고 발표하였다⁴³⁾. 이후 민주당은 3월 29일 '장준하 선생 사인 규명조사위원회'(위원장 한광옥, 위원 이부영, 조철구 등 9인)⁴⁴⁾을 설치하고 진상규명 작업에 착수하였다. 4월 2일에는 의문의 죽음으로 발견된 현장인 경기도 포천 약사봉을 답사하였고⁴⁵⁾, 4월 5일에는 장준하 선생 사인 10가지 의혹을 발표하고 타살이라는 심증을 굳혔다는 발표를 하였다⁴⁶⁾. 이어서 5월 1일에는 중간 보고서를 발표하면서 국회 차원의 조사를 촉구했다⁴⁷⁾. 그러나 민주당 조사위가 이와 같이 국회 차원의 조사를 촉구하게 된 이유는 사건 목격자인 김용환씨 증언의 신빙성과 당시 사건 관련 검찰, 군 검찰관 검시의 등 진상규명의 열쇠를 쥐고 있는 사람들이 한결같이 "지금은 말할 수 없다"⁴⁸⁾고 하여 진실에 접근할 수 없었기 때문이었다.

다) 법원<이내창씨 의문사사건 보도와 관련한 출판물에 의한 명예훼손 사건 재판⁴⁹⁾>
중앙대 안성교정 이내창 총학생회장의 의문의 죽음에 대한 진상 규명 과정에도 언론의 역할이 컸다. 사건 이후 40여 일에 걸쳐 중앙대 '공동대책위'는 4차례에 걸쳐 연인원 200여명의 조사단을 현지에 보내 진상규명 노력을 하였다. 그러던 88년 10월 6일, 장례식이 있던 날 한겨레신문에는 "이내창씨 최후 동행자 안기부 직원" 제하의 글에서 안기부 직원 도연주와 그의 애인이라 주장되는 백승희씨가 사건에 깊숙히 개입되어 있다고 밝혔

42) 한겨레신문 93/03/16

43) 한겨레신문 93/03/16 참조

44) 한겨레신문 93/3/29 참조

45) 한겨레신문 93/04/02 참조

46) 한겨레신문 93/04/05 참조

47) 한겨레신문 93/05/01 참조

48) 위 93/04/05기사 참조

49) 의문사와 관련한 재판의 경우 이내창 사건 외에도 경찰의 불심검문에 항의하다 집단 폭행을 당한 뒤 행려병자로 위장되어 식물인간 상태에서 사망한 김상원 사건이 재판을 통해 경찰의 유죄가 인정된 사례가 있고, 87년 6월 항쟁 당시 오버브릿지 아래에서 최루탄을 뒤집어 쓴 채 의문의 죽음을 당한 이태준씨 사건의 재판에서 국가의 일부 책임이 인정된 적이 있으며, 한진중공업 박창수 위원장 사건도 재판을 하였으나 이내창 사건과 마찬가지로 유력한 증인들의 진술 번복과 불참 등으로 1심에서 패소하자 더 이상 기대 할 수 없어 항소를 포기하였다.

다. 이에 따라 다시 진상규명을 요구하는 여론이 비등하자 88년 10월 국회 국정 감사에서 이 사건이 다뤄지고 야당에서 국정조사권 발동을 요구하였으나 진상규명에 접근하지 못 하였다⁵⁰⁾. 이후 이 사건은 안기부 직원 도연주가 한겨레신문 이공순 기사를 형사고발과 손해배상 소송을 제기해 4년에 걸쳐 소송이 진행되어 법정에서 다뤄지게 되었다. 재판부는 재판 과정에서 사건의 본질인 사인에 대한 진상규명을 다루기보다 명예훼손 부분에만 초점을 맞추었다. 그리고 장임원 교수 등 변호인 측 증인의 증언을 채택하지 않고 사건에 깊숙이 관여한 것으로 의심되는 백승희씨에 대한 증인신문을 법원의 소환에 응하지 않는다는 이유로 사실상 포기하고, 백씨의 진술조서 등을 증거로 채택하였다. 이에 대해 조용환, 이석태, 김형태 변호사로 구성된 변호인단은 재판부 판단의 근거가 된 문체의 조항이 △공정한 재판을 받을 권리 △공개재판을 받을 권리 △무죄로 추정될 권리 등을 모두 침해한 위헌조항이라고 반박했다. 변호인들은 이번에 증거능력을 인정받은 백씨의 진술처럼 수사기관에서 만든 수사서류 가운데 증거로 제출되는 것은 결국 피고인 쪽에 불리한 내용이 될 수밖에 없는데도 진술자의 법정증언을 거쳐 성립의 진정성을 입증받지 않은 상태에서 증거능력을 인정하는 것은 재판 받을 권리를 본질적으로 침해할 수밖에 없다고 주장하고 헌법소원을 냈다⁵¹⁾. 대법원까지 간 이 재판에서 당시 한겨레신문의 보도에 대해서 재판부는 “문제의 기사는 당시 임수경양 방북사건을 계기로 정부수사기관과 학생운동권간의 긴장이 국민적 관심사로 부각되는 시점에서 전대협 간부인 이씨의 변사의혹을 다룬 것인 이상, 이 기사를 보도한 주요목적은 공공의 이익을 위한 것이지 특정인을 비방하기 위한 것으로 볼 수 없다”고 무죄 선고의 이유를 밝혔다. 그러나 재판부는 “안기부요원 도연주씨가 이씨 사망 직전 동행했다는 보도내용은 도씨의 알리바이가 성립돼 사실과 부합하지 않는 것으로 볼 수밖에 없다”고 밝혀⁵²⁾ 진상규명에는 오히려 접근하지 못하고 말아, 재판부가 소송 당사자간의 명예가 실추되지 않는 범위 내에서 판결하지 않았나 하는 의혹이 제기되었다. 이 재판은 94년 11월 9일 항소심에서 검찰의 항소가 기각되었고, 96년 8월 23일 대법원에서도 검찰의 상고가 기각되어 무죄가 확정되었다. 재판 당시 한겨레신문 이공순 기사는 최후진술에서 진실과 현실의 벽에서의 언론인으로써의 고통스러운 심경을 이렇게 밝혔다.

“이 사건이 일어난 지 4년여 동안 진상규명 면에서 한 걸음도 진전된 것이 없다. ...그런 점에서 이미 죽은 지 4년이나 돼 가는 이내창씨에게 죄송스러운 감마저 든다. ...보도 뒤에 추가로 현장취재를 했는데 주요 증인 가운데 한사람인 덕성호 선장 이현우씨가 ‘안기부에서 온 사람이나?’면서 집으로 들어가 버렸던 일이 기억에 남는다. 또 소재조차 불분명해 이 재판에 나오지 않은 또 다른 주요 증인인 다방 여 종업원 최희씨가 취재 때 만나 ‘죽은 이내창씨가 꿈속에 보인다. 더 이상 괴롭히지 말아달라’고 말한 것도 기억에 남는다. 이런 결정적

50) 민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의, 살아서 만나리라, 293-296p

51) 한겨레신문 93/08/04 참조

52) 한겨레신문 93/11/17 참조

인 증인들이 ‘기억에 없다’고 잡아떼거나, 아예 법정에 나오지조차 않아 한 걸음도 더 앞으로 나갈 수 없었던 것이 안타깝다. 그들이 검찰·경찰 조사에서 진술을 번복한 데 대해 아직도 깊은 의혹을 가지고 있다. 지금도 어떻게 죽었는지 모르는 이내창씨 사건의 진상이 밝혀지기만을 바라고 있다. 검찰조사를 받을 때 담당검사에게 수사결과를 놓고 “이것을 믿을 수 있느냐?”고 되물은 일이 있는데, 그 때 검사는 “사건 진상규명은 문제가 아니다. 다만 명예훼손을 했느냐, 안 했느냐가 중요할 뿐이다”라고 대답한 적이 있다. 그렇다면 내가 보도한 것이 사실인지, 허위인지 가리지 않은 채 어떻게 ‘허위에 의한 명예훼손’으로 기소할 수 있단 말인가? 나는 이 점을 도저히 납득할 수 없다. 그렇다면 이와 똑같은 상황이 닥쳤을 때 나는 어떻게 할 것인가를 고민해 보았다. 증인들이 얼마든지 진술을 번복할 수 있고, 물증이 없다면 또다시 법정에서야 하는 두려움을 어떻게 할 것인가. 그러나 그렇다고 내가 기사를 쓰지 않는다면 그것은 진실과 언론의 사명을 외면한 진짜 ‘유죄’가 될 것이다. 신문기자로서 기사의 신빙성을 의심받을 수도 있는 이번 사건으로 지난 4년간 매우 힘들었다. 그러나 다시 이런 경우가 있더라도 양심의 부름에 따라 역시 진실 그대로 보도할 것이다. 그 동안 도움을 준 여러 사람들에게 감사한다.”⁵³⁾

라) <국회 이철규군 변사사건 국정조사위원회>

89년 5월 10일 광주 청옥동 제4수원지에서 공안합수부의 수배를 받던 민주조선 편집장 이철규 학생의 시신이 발견되었다. 조선대학교 학생들을 중심으로 광주·전남지역의 민족민주운동 단체들은 이 사건을 고문에 의한 살해로 규정하고 즉각 ‘애국학생 고 이철규 열사 고문살인규명 대책위원회’⁵⁴⁾를 구성하여 진상규명 투쟁을 시작하였다. 그 참혹한 시신의 상태와 실종까지의 정황으로 미루어 보아 국민들은 노태우 정권이 고문 살해한 뒤 이를 은폐시킨 것이라 믿어 의심치 않았다. 여기에서 5월 12일에는 미국무부까지 ‘이번 사건의 범인이 누구인지는 알 수 없으나 개탄스러운 사건이며 잔학스러운 행위다. 노태우 대통령이 철저한 수사를 지시한 점을 유의하며 살인범을 밝혀 엄벌에 처하기를 기대한다.’라는 성명을 이례적으로 발표⁵⁵⁾하기도 하였다. 이처럼 진상규명을 외치는 목소리

53) 한겨레신문 93/08/05 참조

54) 이철규열사추모사업회, 이철규열사 사인 진상규명 자료집, 639-677p 참조

55) 시신 발견 다음날인 1989년 5월 11일 준비위 명의로 ‘대책위 속보’가 발행되었다. 준비위는 5월 15일부터 대책위로 전환되었고, 5월 19일에는 국민위로, 7월 1일부터는 ‘애국학생 고 이철규열사 고문살인 진상규명 및 노태우 정권 퇴진을 위한 범국민위원회’로 전환하여 진상규명 투쟁을 정권 퇴진 투쟁과 연결시켜 나갔다. 그리고 11월 4일 장례를 앞둔 3일에는 ‘애국학생 고 이철규열사 민주국민장 장례위원회’로 전환하고 진상규명 투쟁을 마무리하였다.

55) 1989년 5월 14일자 주요 신문 참조. 외무부에서는 미국무부에 정정 요구를 하였으나 미국은 거부하였고 당시 강영훈 총리는 이에 대해 유감표명을 하였다. 이에 대해 많은 사람들은 한 미간의 공안조직간의 관계 상, 미CIA에서 공안당국의 고문 살해 후 위장한 사실을 알 수밖에 없었고 이를 국무부에 보고, 이 같은 성명이 나왔을 것이라는 추측을 하였다.

가 광주 뿐 아니라 전국, 세계로 확산되어 가자 6공화국 최초로 5월 23일 국정조사권이 발동되어, 5월 29일부터 활동하게 되었다. 국정조사위원회는 위원장 정동성을 비롯한 민주정의당 국회의원 5인, 평화민주당 3인, 통일민주당 2인, 신민주공화당 2인 등 모두 12인의 국회의원으로 구성되어, 조사 활동 이후 1년여가 지난 1990년 7월 13일, 야당을 배제한 채 3당 야합으로 탄생한 민자당 단독으로 조사결과 보고서를 채택 할 때까지 존속하였으나, 56) 실제 활동 기간은 89년 6월 27일까지 30일에 불과하였다. 위원회는 3회에 걸쳐 광주 현지 조사와 15차례의 전체 회의, 3차의 소위원회 활동을 통해 87명에 대한 증인 신문과 17명의 참고인 진술을 청취하였다. 국정조사위원회의 활동은 결론부터 말하자면, 위원회의 목적으로 '국민의 의혹을 사고 있는 이철규변사사건에 대하여 국민의 대표기관인 국회가 그 진상을 규명함으로써 국민의 의혹을 해소하고, 공권력에 대한 신뢰회복을 통하여 사회안정에 기여케 할 목적'이라 밝힌 것처럼, 진상을 규명하기 위한 것이라기보다 공권력에게 형식적으로라도 면죄부를 주기 위한 도구에 지나지 않았고, 조사 활동도 이에 준하여 운신의 폭이 결정되어 졌다. 위원회는 검찰의 조사 발표에 제기되는 의문점의 조사, 검찰 조사와 관련된 서류를 제출 받아 검토, 증인 및 참고인의 증언 청취, 현장 검증 등의 활동을 하였는데, 검찰은 이러한 위원회의 활동에 협조하지 않았을 뿐 아니라 57) 여야가 합의한 재 부검 58) 조차 노골적으로 방해하여 이루어지지 않도록 하였다. 59) 위원회는 보고서를 통해 다음과 같은 결론을 내리고 그 활동을 마감하였다.

1) 이철규군의 사인은 검찰의 발표와 같이 실족에 의한 익사라는 사실에는 조

56) 위원회의 구성은 3당 야합이 이루어진 90년 2월 16일 이후에는 민자당 9인, 평민당 3인 이었음.

57) 한국일보, 전남일보 등, 89/06/01 참조. 위원회가 광주 지검에 수사기록을 제출할 것을 요구하자 광주 지검은 참고인 사생활 침해의 우려가 있다며 이를 거부.

58) 앞의 책, 257-260p. 당시의 부검에 대해 6월 13일 인의협은 '이철규씨 의문사 사건에 관한 인도주위외사실천협의회 견해'라는 성명을 발표하고 "이철규씨의 죽음의 원인을 의학적으로 규명함에 있어 적어도 다음과 같은 원칙이 지켜져야 한다고 생각한다. 첫째, 사인의 규명은 사망에 이를 수 있는 모든 가능성을 다양하게 그리고 철저하게 검토되어야만 제대로 진실이 밝혀질 수 있다. 둘째, 법의학적 검사의 전 과정은 과학적 수칙들이 엄격히 준수되어야 하며 그리고 공개로 진행되어야 한다. 셋째, 의학적 소견들은 정황적 증거와 함께 정확한 논리적 추론에 의해서만 해석되어야 하며, 어떤 예단이나 편견이 개입되어 증거물이 의도적으로 취사선택됨으로써 왜곡된 판단이 내려져서는 안된다." 인의협은 특히 둘째 과학적 수칙을 지키지 않은 것을 주요하게 지적하고 재 부검의 필요성을 강력히 촉구하였는데 그것은 부검의 장기조직을 채취하는 과정에서 메스와 가위 및 장갑 등을 새 것으로 교체하지 않은 것은 법의학상 가장 기초적인 수칙을 지키지 않은 것으로 장기 조직에서 플랑크톤이 발견되어 익사로 단정케 한 결정적 소견과 연결된 것으로 과정상의 잘못을 넘어서는 문제라 지적하였다.

59) 앞의 책, 243-244p 참조. 국민위는 부검 과정에 많은 의혹을 제기하고 국제적으로 권위가 인정되는 법의학자 로버트 커쉬너 박사를 초청해서 재 부검을 의뢰하였으나 검찰은 다섯 가지 이유를 들어 이를 완강히 거부하였다. 첫째, 출입국관리법상의 입국 목적이 의학적, 학문적 자문의 목적으로 되어 있으므로 사인규명을 위한 해부에는 참관할 수 없다. 둘째, 외국인은 우리나라의 국내문제에 대하여 주권침해 행위를 할 수 없다. 셋째, 학문연구의 필요 이외에 수사에 이의를 제기하거나 사인규명을 위해서는 해부할 수 없다. 넷째, 해부에 직접 가담하여 집도를 하지 아니하고 참관하는 것 그 자체도 탈법 행위이다. 다섯째, 해부는 장기 등 일부분을 떼어내서 조직검사를 하는 것을 포함하지 아니한다. 검찰은 이후 여야의 요구에도 이를 묵살하였다.

사위에서 의견을 같이 하나 다만, 실족현장에 관하여는 조사위에서 조사한 결과에 의하면 검찰이 제시한 실족지점은 사실인정의 불합리성과 과학적 검증방법의 미흡 경험측상 상황논리에 불합리한 점 등에 비추어 다소 의혹을 제기하고 있다.

2) 고문살인에 의한 타살이라는 주장은 검찰에서 발표한 이철규군의 사인진상이 익사라는 부검결과를 반증할 만한 객관적 정황이나 증거가 없을 뿐만 아니라 유류품 조작 및 조작 수사의 의혹의 경우 그러한 사실이 없다고 보며, 특히 조작수사의 의혹을 강하게 뒷받침하는 것은 검문경찰들의 진술이 자주 반복된다는 사실에서 기인한 듯 하나 이는 사건발생 후 10일 지난 후에 순간적으로 발생하였던 사실에 대한 진술이 반복되지 않는다면 이 또한 이상한 것이고 오히려 기억에 따른 진술 때문에 진술이 약간씩 차이가 나는 것이 더욱 자연스럽다고 보여지는바 조작수사에 대한 의혹은 없다고 보아야 할 것이다.

마) <국회 제5공공화국 권력형비리 특별위원회>

전국민족민주유가족협의회는 의문사 진상규명을 요구하며 1988년 10월부터 135일 동안 NCC인권위원회에서 농성을 하였다. 그러한 노력으로 인해 당시 여소 야대의 정국에서 열린 국회 5공청문회에서 의문사 문제가 다뤄지게 되었다. 그러나 유가족을 비롯한 많은 국민들의 진상규명에 대한 염원을 뒤로 한 채 5공 특위는 진상규명에 접근하지 못하고 3당 합당으로 그 활동을 중단하고 말았다. 진상규명을 요구하였던 사람들이 특위 활동으로 얻은 것은 그 동안 관계당국에 끈임 없이 요구해도 구할 길이 없던 강제징집자 명단과 당국에서 주장한 근거, 그리고 녹화사업을 실시했다고 공식적으로 확인한 것과, 개별 사건들에 대한 당시의 사진들을 비롯한 조사 자료뿐이었다.

2) 청원을 통한 시도와 좌절

위에서 살펴 본 바와 같이 의문사 진상규명 문제는 국회 차원에서, 당 차원에서, 그리고 재판관을 통해 진실에 접근하려 하였던 사례들이 있다. 일반인들의 생각으로는 이처럼 공적으로 진상규명에 접근하면 그 실체가 밝혀질 것으로 기대하였는데 결과는 어느 것 하나 속 시원히 해결 된 사례가 없다는 것이다. 국민적 관심사가 집중된 이러한 경우들이 실패했는데 유가족 개별 차원에서 노력한 것이 어떠한지는 자명한 일이다. 여기 개별 청원의 사례를 허원근 60)의 아버지 허영춘씨(현재 전국민족민주유가족협의회 의문사지회 회장)의 그 동안의 시도와 좌절을 통해 살펴보고자 한다.

허원근은 광주 대동고등학교에 다닐 때 광주항쟁에 참여하기도 하였던 양심적인 청년 학생이었다. 부산 수산대를 다니다 군에 입대하여 첫 휴가를 하루 앞둔 날 머리와 양쪽 가슴에 M16 소총으로 세 발을 맞은 채 죽음을 당하였다. 군에서는 자살로 발표하였으나

60) 민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의, 열사회보 98년 4월호 81-83p

시신의 상태를 본 어느 누구도 자살이라 생각할 수 없을 정도로 타살이 아니면 가능하지 않은 상처를 입고 있었다. 우선 두개골이 상당부분 파손되어 뇌가 튀어 나와 있었고 양쪽 가슴을 관통한 총상을 각각 입어 스스로 자살하였다면 죽지 않고 세발을 다 쏘기는 불가능한 일이었다. 허영춘씨는 아들의 시신을 보자 타살되었음이 확실하다고 생각하고 관련자들로부터 사실 확인에 들어갔다. 이로써 밝혀진 사실은, 사건 당시 총성이 두 번 밖에 들리지 않았다는 것이고, 현장에서 수거한 탄피도 두 개 뿐이었다는 것이다. 그리고 부대원들에게 실시한 화약 검사도 실시하지 않고 조작했다는 것과, 사건 이후 부대원들에게 두 달씩이나 정훈교육을 실시하여 발설하지 말 것, 만일 발설하게 되면 쥐도 새도 모르게 죽는다고 협박을 당하였으며 이에 따라 만기 제대를 앞둔 사병들의 제대가 늦어지기까지 했다는 것 등이다. 허영춘씨는 이러한 사실들을 적은 탄원서를 사건 직후인 1984년 대통령과 국회의장, 지역구 국회의원, 부산수산대 총장, 국방부, 관할 군부대 헌병대 등에 보내고 진상 조사를 하여 줄 것을 요청하였다. 그러나 이에 대한 회신은 부산수산대 총장의 위로의 편지 외에는 관할 기관에 이첩하였다는 것과 애석하게 생각한다는 내용 외에는 없었다. 그리고 89년 노태우 정권 당시 신문고에 장문의 글을 써서 억울한 사연을 호소하였으나 서류 반송과 함께 그런 사건은 다루지 않는다는 답변이었다. 96년에는 의문사지회의 여러 사건들을 국민고충처리위원회에 접수하여 진상규명을 위한 재수사를 요청했다. 여기에서 처음으로 '자살로 보기 어려우므로 관할 기관에서 재수사하라'고 하였다는 회신을 받았으나, 관할 기관인 국방부 등에서는 지금까지 아무런 연락이 없었다. 그리고 98년에도 국방부에 진상규명을 요구하는 서류를 접수시켰으나 관련 자료가 없다는 말을 들었을 뿐이다.

5. 국제법상서의 의문사 문제

1) 의문사를 자행한 자는 국제법상의 인도에 반한 죄 또는 비인도적 범죄에 해당 의문사에 관하여 국제법과 관련하여 주목하는 부분은 이 같은 범죄가 전 인류에게 어떠한 범죄인가 하는 점이며, 그 범죄자들에 대한 처벌과, 피해자들에 대한 확실한 구제이다. 그리고 이를 통해 재발 방지를 이뤄 내는 법적, 제도적 장치를 마련하는 데 있다.

전쟁범죄, 학살, 고문 등 반 인도적 범죄에 대한 지구차원의 처벌 노력은 2차대전 이후 나치 전범을 처벌하기 위한 '뉘른베르크 재판', 태평양 전쟁을 일으킨 일본의 전범 처리를 위한 '도쿄 재판'이 처음이었다. 그런 뒤 1968년 11월 26일 유엔 총회에서 '전쟁 범죄 및 비인도적 범죄에 대한 법(적용)제한의 비적용에 관한 다자간 협정'을 채택하였다. 이 협약에 따르면 국제법으로써 전쟁범죄 및 비인도적범죄에 대해 (공소)시효 제한이 없음을 확정하고 그 국제적 적용을 담보하는 것이 필요하고 시의적절함을 인정하였기 때문이다. 최근의 사례를 보면 보스니아 전범처벌을 위해 헤이그에 유엔 형사재판소를 세웠고,

트완다 내전에서 대량학살 책임자 처벌을 위해 탄자니아에 유엔형사재판소를 세운 사례가 있다. 그리고 98년 7월 로마에서 한국을 포함한 120개국이 서명하여 2000년 개설하기로 한 '국제형사재판소(ICC)'가 상설적으로 전쟁범죄, 대량학살 등에 대해 처벌하기로 되어 있다.

2) 처벌 사례

가) 도쿄 재판(극동 군사재판)

도쿄 재판은 유럽에서 열린 '뉘른베르크 나치전범재판'과 더불어 다시는 세계에서 군국주의의 부활을 용납하지 않겠다는 인류의 준엄한 이성의 심판이었다.⁶¹⁾ 도쿄 재판에서 다룬 범죄는 (1) 평화에 대한 죄(침략전쟁의 계획·준비·개시·실행 또는 그 중의 것에 대해 공동 모의한자) (2) 전쟁법규 또는 관계를 위반한 죄 (3) 인도(人道)에 반한 죄(전쟁 전 또는 전시중의 살육, 섬멸, 노예적 잔학상, 추방 그밖의 비인도적인 행위)의 세 가지였다.

도쿄 재판에서 국제검사단의 수석검사로 임명된 조셉 B. 키넨 검사는 1945년 11월 6일 그 활동에 들어가며 "장래에도 다시 오늘과 같은 일이 일어나지 않도록 하는 것이 목적이다."라고 밝혔다.⁶²⁾

그리고 46년 6월 24일 논고문을 통해 "피고인들은 문명에 대하여 선전 포고를했다. 민주주의와 그 본질적 기초, 즉 인격의 자유와 존중을 파괴하기로 결의하고 그 목적을 위하여 히틀러의 일파와 손을 잡았다. ...살육은 정의 또는 법률과는 상호 용인되지 않는다. 백만명의 생명 파괴를 계획하고 이를 실행한 것이나, 단 한사람의 살해를 계획하고 이를 실행한 것이나 불법행위라는 점에서는 똑같다. 나아가 국가의 법률 및 제도의 지지를 받고 한 살육이라고 해서 그 범죄 자체가 결코 형벌의 면제 이유는 될 수 없다. ...그러므로 우리가 만일 우리에게 지워진 책무를 다하지 못하고, 세계를 파괴로 이끄는 폭력에 대하여 종지부를 찍지 못한다면, 이 실패는 그 자체가 범죄를 구성하는 일이 될 것이다. 기소장이 근거로 삼고 있는 법률에 대하여 한 마디 언급하라면, 제1의 범죄는 공동모의이다. 제2의 범죄는 기소장에 있는 불법행위인데, 그 본질적 요소는 침략적 전쟁이라고 단언할 수 있다." 그리고 기소장에서 피고들은 공범자의 죄 뿐만 아니라 개인적으로도 죄가 있다고 논고하고 있다.

도쿄 재판 3년여의 재판 기간 끝에 48년 11월 12일 이들에 대한 판결을 내려 침략전쟁의 원흉 도조 히데키 등 7명의 A급 전범자에게는 교수형, 18명에게 종신 또는 7년의 징역형을 선고하는 철퇴를 가하였다.

61) 김삼웅, 도쿄 전범재판, 무크/친일문제연구회, (가람) 110p

62) 앞의 책, 114p

나) 프랑스 나치 협력자 대숙청

의문사 문제에 국한 된 것은 아니지만 프랑스에서의 나치 협력자들에 대한 숙청은 지금도 계속되고 있다. 나치 전범뿐 아니라 자국 내 협력자들에게 공소 시효가 없는 인도에 반한 죄를 유럽의 모든 나라들이 국내법에 도입하여 지속적으로 처단하고 있다(63).

최근의 사례를 보면 프랑스의 리옹 지역 민병대장 폴 투비에가 1994년에 시효가 없는 인도에 반한죄로 무기징역을 선고받았고, 파리의 고등법원은 98년 2월 27일 프랑스의 저명한 철학자 로저 가로디에게 반인도주의죄로 12만프랑의 벌금형을 선고했다. 95년 12월 발간된 그의 저서 <이스라엘 정치의 기초신화>라는 책이 유대인에 대한 대학살 현장인 가스실의 존재에 의문을 제기했기 때문이다.

이처럼 프랑스에서 지금까지 나치 협력자나 당시 사건에 대해 의문을 제기하는 것까지 처벌할 수 있었던 것은 드골이 나치 점령 하에서 비시 정권을 부인하고 임시 정부를 세워 나치 협력자 처단과 저항운동의 정당성을 선언한 것에서 출발하였다. 드골은 이어서 각각의 훈령을 발표하여 전국에 나치협력자 처리 전담재판소 설치(64), 시민법정과 비국민 제도(65) 창설(66), 비시 정권의 국가원수격인 페탱 원수를 포함한 3부 요인을 특별심판하는 최고재판소를 설치(67)하였다.

드골은 나치 협력자들을 사회로부터 소멸시켜야 할 사회의 악으로 규정했으며, 저항운동 세력과 이를 지지하는 국민들 모두를 선으로 보고 새로운 민족 통합을 시도하면서 가치 기준을 분명히 설정하였다(68). 이에 따라 프랑스에서는 150만~200만 명이 나치협력자 숙청 조치에 연관되었다. 드골은 나치협력자 숙청을 하며 이들을 숙청할 사법부부터 숙청하였다(69). 그러면서 정치인(70), 경찰(71), 언론인(72), 행정관료(73), 문학 예술인(74), 등 사회 지

63) 독일도 예외가 아니다. 2차대전 중 독일 점령 폴란드의 유대인 강제 수용소에서 어린이를 포함해 500명을 직접 살육한 게슈타포가 55년만에 독일 검찰에 체포됐다. 독일 슈트트가르트에서 여생을 보내고 있는 알폰스 피츠프리트(78) 노인이 주인공이다. 한겨레신문 98/03/06 참조

이와 함께 독일 의회는 98년 5월 28일 아돌프 히틀러의 제3제국이 패배한 지 반세기만에 나치 치하에서 내려진 50만건의 유죄판결을 파기하는 법안을 통과시켰다. 여당과 제1야당인 시민당의 지지를 받아 통과된 이 법안은 나치 집권 기간인 33~45년 사이에 정치와 종교, 인종, 및 군문제 등으로 이뤄진 모든 유죄판결을 무효화하고 있다. 한겨레신문 98/05/30 참조

64) 1944년 6월 26일 드골의 훈령

65) 나치 협력자 9만5천명이 비국민 판정을 받음. 비국민이 되면 선거권과 피선거권 박탈, 정부와 국영기업 등 공직 진출자격 박탈, 군에서 제급 박탈, 민간기업, 은행, 신문과 방송 등의 간부직에서 제외, 노동조합, 직업연맹, 사법부와의 연관직업(변호사 등), 교육기관, 언론관련 공공기관 진출 금지, 무기 소유와 휴대 금지.

66) 1994년 8월 26일 드골의 훈령

67) 1945년 11월 28일 드골의 훈령

68) 주섭일 / 무크/친일문제연구-프랑스의 나치협력자 대숙청, 145p

69) 18명의 헌법위원회 위원들과 334명의 판사들이 이에 해당.

70) 비시 정권 당시 416명의 상·하의원 중 302명이 피선거권 박탈, 자문위원 233명 중 154명 참정권 박탈

71) 170명의 경찰 간부가 이에 해당.

72) 4명 총살, 6명 사형선고에서 종신 징역으로 감형, 5명 종신 징역과 함께 이와 연관된 다수의 언론사들이 폐간되었다.

73) 28,750명이 숙청됨.

도급 인사들을 대대적으로 숙청하였다.

프랑스에서의 나치협력자 숙청 과정은 역사의 교훈이다. 그리고 하나의 전형을 제시해 주고 있다. 그 전형은 많은 고통을 수반하지만 다시는 그와 같은 일이 되풀이 될 수 없다는 것과 함께, 진실과 정의가 미래를 이끌어가는 기둥이 되게 하고 있다.

2차 대전 후 프랑스를 지배한 정신은 반나치 저항정신이었다. 그 저항 정신은 반독재, 민주, 정의, 인권을 포함하는 정신이었다(75).

다) 영국 경찰의 피노체트 체포

세계를 깜짝 놀라게 한 사건이 일어났다. 바로 피노체트가 영국에서 체포된 것이다. 많은 사람들은 의아해 했다. 피노체트가 살인마이지만 영국 경찰이 무슨 권리로 피노체트를 체포했을까 하는 생각이었다.

스페인의 발타사르 가르손 치안판사는 피노체트 집권 시 자국민들이 고문, 살해된 것과 관련하여 피노체트를 '대량학살, 테러, 고문' 등의 혐의로 정식 기소하였고, 신병 치료차 영국에 와 있던 피노체트를 영국 경찰이 98년 10월 16일 체포 억류하였다. 이렇게 영국 경찰이 자국과 관련된 사건이 아닌 타국에서 자국민과 연관 없는 사건으로 피노체트를 체포할 수 있었던 것은 '테러 진압을 위한 유럽 협약'에 의해서였다. 이에 대해 면책특권 시비가 일어났다. 영국 대법원은 11월 25일 피노체트에 대한 면책특권 불인정 판결을 내려 다른 나라에서 발생한 '인권'에 관한 국제 협약 위반자를 자국의 법정에 세울 수 있음을 보여 주었다. 그리고 잭 스트로 영국 내무장관은 99년 2월 9일 성명을 발표하고 피노체트를 유럽 범죄인 인도협약(ECE)에 따라 스페인에 인도하는 것은 영국의 의무라 밝혔다. 또한 스페인에서 받고 있는 범죄가 영국에서 살인 미수 및 음모, 고문(음모), 납치(음모) 등의 범죄에 상당하는 것으로 간주하고, 피노체트는 문제의 범죄와 관련하여 어떠한 면책특권도 누릴 수 없다고 하였다.

국제 사회는 전쟁범죄, 고문, 학살 등 인도에 반한 죄에 대해서는 공소 시효 없이 처벌하는 추세로 되어 있다. 여기에 정치적인 의문사 문제도 당연히 포함된다 할 것이다. 이 추세는 2000년에 국제형사재판소(ICC)가 설치되면 더욱 가속화 될 것이며 우리 나라도 예외가 되지 않을 것이다.

95년 3월 15일자 한겨레신문에 <살 떨리는 아르헨티나 '의문사'>라는 제목으로 실린 글로 지금도 계속 되고 있는 인류의 인도에 반한 죄에 대한 처벌의 필요성을 대신하고자 한다.

74) 앙드레 말로, 장 폴 사르트르 등 저항 작가들이 전국작가위원회(CNE)를 결성하고 예술가들도 전국예술연맹을 결성하여 나치협력 문학 예술인 블랙리스트 작성 발표. 이들 중 일부가 사형과 종신 징역 등의 형을 받았고 50명이 문인들이 작품 발표 금지 당했고 예술인들도 미술활동을 금지 당함.

75. 주섭일 / 무크/친일문제연구-프랑스의 나치협력자 대숙청 160p

“벌거벗겨진 채 진정제 과다주사로 축 늘어져 잠든 13명의 남녀들을 비행기 바닥에 일렬로 끌어다 놓았다. 이제 그들을 남대서양 밤바다에 한 명씩 떨어뜨려야만 한다. 아돌프 프란시스코 실링고는 순간 2차대전 때 찍은 나치 수용소의 끔찍한 장면을 떠올렸다.”

아르헨티나의 전 해군소령 실링고(48). 지난 70~80년대 군부독재 시절 좌익세력을 포함한 반체제인사들을 ‘쥐도 새도 모르게 없애버린’ 이른바 ‘더러운 전쟁’에서 ‘죽음의 비행대’ 책임자로 직접 반정부인사들을 산 채로 바다에 수장한 장본인 가운데 한사람이다.

그가 최근 마침내 그 잔혹 행위에 대해 회오의 눈물을 흘렸다. 이제까지 ‘더러운 전쟁’의 실상이 자료와 증언들을 통해 일부 드러나긴 했지만 이처럼 살인행위에 직접 가담했던 고위관계자가 실토한 적은 없었다. 이 때문에 잊혀져 가던 악몽이 다시 세상을 뒤흔들고 있다고 <로스엔젤레스 타임스>는 13일 전했다.

어느 날 느닷없이 반정부인사로 지목돼 연행된 인사들은 주로 부에노스아이레스 시내의 해군기술학교 수송부에 수용됐다. 그들은 그곳에서 참혹한 고문 속에 심문을 받은 뒤 죽음의 비행을 떠났다. 이렇게 해서 매주 수요일 20명 안팎의 반체제인사들이 해군기술학교에서 죽음의 비행기를 타고 흔적도 없이 사라졌다. 그 수가 지금 9천~3만 명으로 추산되고 있다. 세월이 지나면서 실링고는 그 끔찍한 악몽에 시달린 끝에 진정제를 먹지 않으면 견딜 수 없는 정신장애인이 됐다. 그는 고백록 출간과 함께 죽음의 비행 책임을 물어 해군 총책임자를 고소했다.

3) 피해자에 대한 구제

피해자에 대한 구제에서 기준이 되는 것은 유엔 인권위원회로부터 ‘중대한 인권침해 희생자들의 배상 등의 권리에 관한 연구’를 위해 특별보고자로 임명된 테오. 반 보벤의 보고서의 다음과 같은 결론 부분이다.⁷⁶⁾

- 1. 현금 또는 그에 유사한 형태의 배상. 육체적 또는 정신적 건강에 대한 진료, 고용, 주택, 교육 등의 형태에 의한 배상을 포함한다.
- 2. 비금전적 배상의 형태로서 희생자들의 도덕적, 사회적 복지와, 정의와 평화의 목적에 제공되는 다음과 같은 것들이 포함된다.
 - (1) 사실의 규명과 진실의 완전하고도 공적인 공개
 - (2) 범해진 침해에 대한 책임의 공개적인 인정
 - (3) 책임자의 처벌
 - (4) 희생자, 그들의 친척과 친구, 증인들의 보호
 - (5) 희생자들에 대한 기념과 애도의 표시
 - (6) 희생자들을 돌보는 기관의 설립과 지원, 그들을 돕는 요원의 훈련
 - (7) 다음의 수단을 포함하는 침해의 재발 방지 조치

76) Second Progress Report Submitted by Mr. Theo van Boven, Special Rapporteur, "Study concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms" 29 July 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/8, p22-23 참조

- ① 보안군에 대한 엄격한 통제와 특히 민간인의 통제하에 두는 일
- ② 군사법정의 권한을 제한하는 일
- ③ 사법부의 독립성을 강화하는 일
- ④ 인권운동가와 법률가들을 효과적으로 보호하는 일
- ⑤ 구금과 등록제도를 개선하는 일
- ⑥ 보안군과 법 집행자들에게 인권교육을 제공하는 일

피해자에 대한 구제로 주목할 만한 것은 최근 독일 정부와 국제 사회의 동향이다. 근래에 들어 미국과 폴란드 등의 나치 강제노역자 생존자들은 강제 노역에 대한 배상을 청구하였고 이에 따라 독일 정부와 재계는 강제노역자 배상재단을 설립하기로 하였다 한다. 여기에 스위스와 오스트리아, 이탈리아 등도 배상에 참여하기로 하였다.

게르하르트 슈뢰더 총리는 1999년 2월 16일 재계 지도자들과 회담한 뒤 기자 회견에서 “독일은 책임있는 태도로 과거사 문제를 처리하고 있다”면서 “기금의 도덕적, 윤리적 목표는 연로한 강제노역 피해자들의 생활수준 향상을 지원하는 것”이라고 말했다. 독일 최대 은행인 도이체뱅크의 로프 브로이어 회장도 “이 문제를 다음 세대까지 끌어서는 안 된다”면서 이번 결정이 과거사 청산의 ‘이정표’가 될 것이라고 강조했다.⁷⁷⁾

이와 함께 미국을 비롯한 유럽 각국은 나치 약탈 예술품 반환을 하기 위해 11개항에 대해 원칙을 합의하였다.

미국은 2일(현지시각) 워싱턴에서 열린 홀로코스트 (유대인 대학살) 관련 국제회의에서 유럽 주요국들과 나치 약탈 예술품의 반환을 위한 11개항의 계획에 관해 원칙적으로 합의했다. 이 계획은 각 박물관과 미술관에 대해 나치가 약탈한 예술품을 확인하고 관련 기록을 공개하며 소유권 반환요구에 신속히 대응하기 위한 조치를 취할 것 등을 주문하고 있다.⁷⁸⁾

6. 의문사 해결을 위하여

위에서 살펴본 바와 같이 정치적 의문사 해결은 쉽고 간단한 문제가 아니다. 그리고 모든 나라에서 다 성공하고 있는 것도 아니다.⁷⁹⁾ 이를 이루기 위해서는 엄청난 고통이 수반된다. 때로는 그 고통으로 인하여 국가 전체에 심대한 영향을 미칠 수도 있다. 하지만 되풀이되는 속성을 가진 역사에서 웬만한 고통을 감내하지 않으면 중대한 인권 침해이며 인도에 반한 죄인 정치적 의문사는 계속될 것이다. 그렇기 때문에 정치적 의문사를 비롯하여 모든 의문사를 해결하는 것은 향후 발생할 가능성이 있는 유사한 사례를 예방하는

77) 한겨레신문 99/02/18 참조

78) 한겨레신문 98/12/04 참조

79) 이 글에서 자세히 언급하지는 않았지만 남미 각국에서 유사한 사례에 대한 과거 청산 작업이 있었는데 대부분의 경우 완전하게 성공하지 못하고 오히려 가해자들에게 면죄부를 준 경우도 있었다.

적극적인 의미를 가지고 있다. 이러한 정치적 의문사를 해결하기 위해 가장 중요한 것은 공소 시효의 문제도 아니고, 특검제도 아니다. 그것은 바로 진상규명을 철저히 하겠다는 강력한 의지이다. 이 의지가 있을 때 그 외에 수반되는 문제는 본질적으로 중요한 문제가 아니며 때로는 기술적으로 쉽게 해결될 수 있는 문제이다.

의문사 진상규명을 위한 요건

가) 위에서 언급한 바와 같이 통치권과 국민들은 진상규명이 국가의 장래를 위해 반드시 필요하다는 생각과 이를 이루어 내기 위한 강력한 의지를 가져야 한다.

나) 과거 정치적 의문사를 자행했던 국가 기관에 대한 수사권 등 강력한 권한을 갖는 법적 장치와 주체를 세워야 한다.⁸⁰⁾ 이는 그동안 민간 차원은 물론이고 국회 등

77) 전국민족민주유가족협의회와 민족민주열사·희생자추모(기념)단체연대회의는 의문사 진상규명을 위한 특별법을 제정하기 위해 9년부터 전력을 다하고 있는 중이다. 여기서의 핵심은 '진상규명' 그 자체에 있다.

여기에는 현재의 법의학 지위와 체계를 바꾸는 것도 포함되어 있다. 한겨레21 99년 1월 14일자에는 다음과 같은 글이 게재되어 있다.

“지난 군사정권 시절에는 정부의 협박과 회유로 인해 마치 목에 칼이 겨눠져 있는 심정으로 감정을 한 적도 있다고 법의관들은 회고한다. 그러나 이들은 ‘지난 87년 박종철씨 사건’ 때 황적준 당시 법의학과장(현 고려대 교수)이 고민 끝에 경찰이 발표한 단순 쇼크사를 뒤집고 고문치사라고 발표한 이후 정권에 휘둘린 적은 없다’고 주장한다. 하지만 의도하지 않은 오판의 개연성은 여전히 상존 한다. 실제 그동안 오판 사례가 있었다는 점을 이들도 시인한다.”

그러나 열악한 현재의 법의학 구조에서 오판의 가능성이 많더라도 한 번 결정난 결과를 바꾸기는 거의 불가능에 가깝다. 동류의식이 이를 가로막고 있는 것이다. 다시 한겨레21의 기사를 보자.

“한번 감정결과를 내리면 동료 법의관들이 이에 대해 함부로 왈가왈부하지 않는 게 이 세계의 불문율이다. 집도를 맡았던 법의관만큼 감정 결과에 신중을 기하는 사람이 없기 때문이다. 또 집도 책임자가 아닌 다른 사람은 부검이라는 1차 감정이 아닌, 사진이나 서류 등을 통한 2차 감정을 하는 데 그친다는 이유도 있다. 그래서 법의관이 한번 감정 결정을 하면 국과수 법의학과장이나 소장 등 상사라 하더라도 쉽게 이를 번복할 수 없다. 이한영(41) 법의학과장은 ‘의혹이 있을 경우 1차로 서류를 담당 법의관에게 반송할 수 있고, 그래도 담당 법의관이 주장을 굽히지 않으면 마지막으로 법의관 전체 회의를 열어 다른 법의관들이 의견을 개진한다. 그러나 이때도 집도 책임자가 자신의 주장을 고수하면 어쩔 수 없다’고 설명했다.”

서울대 법의학과 이윤성 교수는 97년 개최된 민족민주열사·희생자·의문사 명예회복을 위한 제2차 학술회의에서 현재의 구조를 개선하기 위한 방안을 다음과 같이 제시하였다.

1. 검시 제도(檢視制度)

우리 나라에서는 수사권을 검찰이 독점하고 있다. 검시권도 당연히 검찰에 속한다. 그러나 몇 나라에서는 변사체에 대한 수사권을 따로 떼어 법의관이나 검시관이 이를 담당하기도 한다. 이렇게 하는 이유는 서로 다른 직종이 다른 시각으로 접근함으로써 한 가지 사건에서 독립된 다양한 의견을 얻고자 하기 때문이다. 우리 나라에서는 수사 기관과 같은 기관에 속함으로써 독립성을 인정받지 못하거나, 싸잡아 매도당하는 경우가 많다. 독립하여 공정하게 검시하는 전문 기관이 생긴다면 불필요한 갈등은 크게 줄일 수 있다.

2. 사법부검 위주

부검 여부를 결정하는 것은 검찰이다. 따라서 부검은 검찰의 관심에 따라 좌우한다. 일견 자살

에서 진상규명 작업이 실효를 거두지 못한 가장 큰 원인이었다. 따라서 이 문제의 해결 없이는 진상규명 작업은 또 한 번의 시도와 좌절로 끝나게 되어 국민들에게 더 큰 불신만을 주게 될 뿐이다.

다) 프랑스의 나치협력자 숙청 과정에서 보듯이 정치권을 비롯한 사회 각 분야의 반인도적 범죄를 저지른 사람들을 공소시효를 두지 않고 청산하는 작업이 수반되어야 한다. 진상규명 과정에서는 필연적으로 관련자들이 드러날 수밖에 없는데, 이들에 대한 처벌 없이는 제대로 진상규명을 했다고 볼 수 없다. 이들에 대한 처벌은 형사적인 처벌과 프랑스의 비국민제도와 같은 사회적 처벌을 하여 다시는 역사의 무대 전면에서 활동할 수 없도록 하여야 한다. 그리고 이 처벌의 범주는 사회적인 합의를 통해 정해야 한다.

라) 정치적 의문사가 계속 발생될 수 있는 요인, 즉 국가보안법 등의 악법들을 제거하고 국정원의 수사권 폐지, 보안수사대와 기무사의 민주적인 기관으로의 개편 등이

이 분명하거나 사고사이면 부검을 시행하지 않는 편이 많다. 법의부검은 형사 사건뿐 아니라 민사 소송에서도 중요한 역할을 한다. 공중의 보건이나 안전을 위한다면 부검은 필요한 경우에 제한 없이 적용되어야 한다. 실제로 부검이 필요한 주검인데도 부검을 시행하지 않거나 부검이 필요 없는 주검을 구태여 부검하기도 한다. 적어도 부검 시행 여부는 검시를 전문으로 하는 직종의 의견에 따라야 할 것으로 본다.

3. 부검에 대한 거부

우리 나라에서 가장 큰 어려움은 부검을 꺼리는 것이다. 사랑하던 가족의 주검에 칼을 댄다는 사실이 반가울 리 없다. 실제로 조선 시대에는 참시(斬屍)의 형이 있었다. 그러나 부검은 변사자나 그 가족을 처벌하거나 괴롭히기 위해서 시행하는 것이 아니라, 죽은 사람이나 살아 있는 사람이 억울하지 않도록 하고, 사회의 정의를 위하여 어쩔 수 없이 시행하는 일이다. 부검 거부하는 당연한 감정이었으나 근거 없는 고집이나 투쟁의 방법으로 부검을 거부하는 것은 좋지 못하다. 가족들도 더 크게, 더 넓게, 더 길게 생각하여 판단해야 한다.

4. 법의학에 대한 전문성 결여

법의학의 대상 가운데 많은 부분은 일반적인 의학 지식으로 해결된다. 그러나 전문적인 지식이 필요한 부분도 적지 않다. 아직 우리 나라에는 법 의학을 ‘취미’로 하는 사람이 법 의학을 ‘치열하게’ 하는 사람보다 많다. 한 30년 전만 하더라도 전문과목이 알려지지 않았고, 의사는 거의 모든 과목의 진료를 하던 시절도 있었다. 그러나 지금은 그렇지 않다. 출산을 앞둔 산모가 산부인과가 아닌 피부과를 가는 일은 없다. 부검은 어떨까?

5. 법의학 전문 인력 부족

여러 가지 이유로 우리 나라에서 법 의학을 전문으로 하는 의사는 적다. 아직 법 의학은 전문의 과목으로 인정되지도 않았다. 학교에서 교육을 받고 있는 사람의 책임이 가장 크다고 본다. 그러나 법 의학 전문 인력을 키우지 못하는 사회도 책임은 있다. 필요하면 일회용으로 써 먹고 말려는 ‘이용자’나 마음에 들지 않으면 일방적으로 매도해 버리는 ‘다수’의 횡포도 법 의학 전문인이 자라는데 방해 요소이다.

6. 불신

우리 나라 사회 전반에 걸쳐 있는 불신은 부검과 관련된 법 의학 조사에서도 큰 장애물이다. 특정 사건과 관련된 사람들은 미리 판단하고 그와 다른 결론이 나오면 믿지 않는다. 오히려 부검 의사를 비난한다. 부검은 사망 사건을 조사하는 여러 가지 방법 가운데 하나이다. 부검이 사망 사건 조사의 전부일 수 없다. 또 부검 감정이 잘못 될 수도 있지만 아무런 근거도 없이 논리적 주장도 없이, 단지 자신들의 의견과 다르다는 이유만으로 불신하거나 매도할 수는 없다.

반드시 수반되어야 한다. 이 과정에서 의문사를 자행한 국가기관 스스로가 과거의 죄를 밝혀 내는 것이 동반되어야 한다.

마) 양심 선언자의 보호는 반드시 필요하고 진상규명 작업에 이들의 인권이 철저히 보호되도록 하여야 한다. 양심선언자와 마지못해 자백을 하는 경우와는 구별되어야 한다. 지금까지 수많은 중대 인권침해 사항들이 있었음에도 진실을 고백하는 사람들이 적었던 것은 이들이 가해자 집단의 보복에서 자유롭지 않았던 이유와, 주변에 자신의 죄악이 알려지는 것이 두려웠기 때문이다. 이들의 인권을 보호하는 일은 진상규명만큼이나 중요한 일이다.

바) 테오. 반 보벤의 보고서와 같이 피해자의 구제에 대해 최선을 다하여야 한다.

평생 나치를 추적해 많은 전범을 재판정에 세운 공로로 98년 유럽 인권상을 수상한 나치 추적자 시몬 비젠탈의 수상 소감으로 글을 마친다.

“정의 없이 평화는 존재하지 않으며, 진실이나 관용 없이 정의는 존재하지 않는다”

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

難民의 人權

— 문 준 조 —



難民의 人權

文俊朝 (한국법제연구원 연구위원)

1. 난민의 개념

난민을 의미하는 refugee에 대한 사회학적(sociological) 개념은 '상거주지에서 도피하여 다른 장소에 도피처를 구하여야 하는 자'이며 여기에서 도피의 원인은 홍수나 지진 등의 자연적 재난이나 외국의 지배, 점령이나 내란, 정변 등의 인위적인 재난이 될 것이다. 반면에 refugee의 법학적인(legal) 개념은 '인위적인 재난이 정치적인 이유로 본국에서 도피한 자'로 한정된다.¹⁾ 그런데 최근에는 앞서 언급한 인위적인 재난보다는 자연적인 재난 예컨대, 식량난 또는 자국 국민에 대한 대규모적인 인권침해등으로 인해 자국을 떠난 자들이 부쩍 늘고 있다.

또한, 우리가 흔히 접하는 망명자와 난민이라는 용어는 모두 refugee 또는 Flüchtlinge의 번역어인 바, '일반적인 정의를 내리거나 명확한 구분은 어렵고, 굳이 구분하자면 난민의 개념은 체류국에서의 보호, 대우라는 측면이라는 착안한 것이고 망명자의 개념은 어떠한 자가 박해받고 있음을 이유로 비호를 요청 받은 국가가 입국과 체류를 인정하고 비호를 부여할 것인 지의 여부가 문제가 되는 경우에 사용된다.²⁾ 또한, 망명자는 「정치적인 이유로 본국을 탈출하여 타국에 몸을 의탁하고 있는 자」, 난민은 「戰禍, 政變을 피하여 유랑하는 망명자」, 피난민은 「天災地變, 전쟁으로부터 피하여온 자」라고 보는 견해도 있다.³⁾ 이러한 용어의 혼란은 우리나라나 미국에 국한된 문제는 아니다. 예컨대, 미국에서도 political refugee, political offender, political fugitive 등의 용어들이 그 異同이 불분명한 상태에서 혼용되고 있다.⁴⁾

또한 Grahl-Madsen은 국적국 또는 상거주지국간의 정치적 대립관계의 존재를 refugee의 요건으로 하고 refugee를 political refugee와 동일한 개념으로 본다.⁵⁾ 그는 일반외국인, 일반이민, 사법으로부터의 도피자, 무국적자와는 달리 본국정부와의 대립적 요소가 있는 자로서 본국을 이탈한 자라고 정의하고 있다.⁶⁾ 한편 난민협정의정서 제1조(A)는 refugee를 「인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받거나 그러한 우려가 있다는 충분한 이유가 있는 공포를 갖고 있기 때문에 국적

1) J. Patronogic, "Promotion, Dissemination and Teaching of International Refugee Law," *Philippine Law J.* Vol.50(1980), p.142.

2) 田中利彦, "難民のついて", *法律のひろば*(1981.9.), p.18.

3) 川島慶雄, "國際法における政治難民の特質", *阪大法學*, 第72, 73號 p.46.

4) A. E. Evans, "Observation on the Practice of Territorial Asylum in the United States", *A.J.I.L.* vol.56.56(1962), p.149.

5) Grahl-Madsen. *The Status of Refugees in Intenational Law*, Vol.1(1966), p.78., Vol.1(1966), p.78.

6) *Ibid.*

국의 보호를 받을 수 없는 자 또는 그러한 공포 때문에 국적국의 보호를 받기를 원하지 아니하는 자 및 그러한 사건의 결과로서 상거주지국밖에 존재하는 무국적자로서 상거주지국에 돌아갈 수 없는 자 또는 그러한 공포로 인해 돌아가기를 원하지 아니하는 자」라고 규정하고 있다. 또한 국제연합 난민고등판무관(the United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) 사무소 규정 7 제6조 (b)도 국가의 보호를 받을 수 없고 박해의 공포를 가진 자로 보고 있다.⁸⁾

이러한 국제법상의 통상적인 의미의 난민과는 다소 성격이 다르지만, 박해의 여부와 관계없이 대량으로 본국을 떠난 난민 - 일반적으로 그들 개개인에 대한 박해의 여부를 판단하기는 어렵지만 정치적인 이유로 본국을 떠난 경우가 많다. - 과 관련하여 새로운 개념이 등장하였다. 즉, 통상적으로 난민의 상황에 따라 난민의 원조를 위하여 각국으로부터 기금의 모집을 알선하도록 UNHCR에 요청하며, 이와 같은 원조활동에 따라 보호를 받는 난민을 알선난민(good office refugee)이라고 부른다.⁹⁾

또한 유민(displaced persons)은 본국을 떠난 후 제3국에서 체류를 인정받아 그 국가의 여권으로 타국에 입국한 자이며 국제연합에서도 인도지나난민과 같은 경우를 'refugees and displaced persons' 또는 단순히 'displaced persons'로 불러 혼동을 피한다.¹⁰⁾ 북한으로부터의 대규모 주민이탈이 발생한 경우에는 이러한 차원에서 접근할 수 있을 것이다. 즉, 과거 월남난민을 주변국가들이 어떻게 처리하였는가는 좋은 참고사례가 될 것이다. 그러나 이러한 난민은 난민협정·의정서상의 난민과 다르다는 점을 다시 한번 지적하고자 한다.

2. 정치적 난민과 비호

비호권(the right of asylum)은 법적 용어이면서도 그 명확한 정의가 내려져 있다고 보기 어렵다. ¹¹⁾ 1950년 국제법학회의 결의 제1조는 비호를 「어떠한 국가가 자국영토내에서 또는 자국의 기관이 있는 장소에서 개인에게 그 요청에 따라 부여하는 보호」라고 규정

7) U.N. G.A. Res., 428(V) 1950.

8) 이상의 제학설 및 규정에 근거하여 정치적 난민을 「본국정부가 인도의 요구 또는 추방의 요청과 관련하여 제시한 표면적인 이유의 여하 또는 그러한 요청, 요구의 존부와는 관계없이 실질적으로는 본국 정부의 지배총과 대립되는 신조를 가졌다는 이유로 박해를 받거나 받을 우려가 있어 타국에 도망하여 비호를 구하거나 또는 본국 정부가 인정한 체재허가기간이 종료하였음에도 타국을 비호지로 하여 체류하고 있는 자」로 설명할 수 있을 것이다. 이오 같이 정치적 망명자는 사실상(de facto) 또는 법률상(de jure) 무국적자인 것이다. (齋藤惠彦, *op.cit.*, p.18.)

이와 같은 '사실상의 무국적자'라는 개념은 정치적 망명자가 본국정부의 보호를 받을 수 없는 상태를 상정한 것이다. 난민협정, 의정서 제1조 C도 이러한 점을 고려하여 난민의 종료사유를 열거하고 있다. 따라서 망명자 또는 난민의 지위는 국적의 유무는 별개이며 다국적자라 할지라도 영향을 받지 아니한다.

9) 齋藤惠彦, "今日における難民の保護と援助の法理," 法律時報 第53卷 7號(1981), p.17.

10) 宮崎繁樹, "難民條約の國內法," 法律時報 第53卷 7號(1981), p.1.

11) J. Rochette, "The Right of Asylum in France," *I. C. J. Rev.* Vol.5(1956), p.132.

하였다. ¹²⁾ 따라서 비호란 일국의 관할권으로부터의 면제를 위해 어떠한 개인이 대사관, 외국군함 또는 직접 외국영토로의 피난을 지적할 때 사용되는 말이며 영토적 비호와 영토외적 비호로 구분된다. 후자는 다시 외교적 비호와 군함에 의한 비호로 나눌 수 있다. 전통국제법이론에 의하면 국가는 자국영역내에서 배타적인 영토고권을 보유하고 있기 때문에 국제법상의 제한이 없는 한, 외국인의 출입국을 자유재량적으로 규제할 권한을 가진다. 따라서 조약상의 인도 의무가 없는 한 정치적 망명자의 입국을 허용하고 비호라는 형식으로 보호하여 그 인도를 거부할 수 있다. ¹³⁾ 그런데 비호권의 성질에 대해서는 다소의 의견차이가 있는 바, 국가가 단독판사의 입장에서 비호의 여부를 결정한다는 사실에 착안하여 국가의 독립된 권리가 아니라 자유재량을 의미한다는 견해 ¹⁴⁾, 국가가 비호를 부여할 의무가 없다는 점에 착안하여 비호는 특정한 국가와 개인과의 관계, 국가의 국제법과의 관계에서 자유라고 하여 관할권(jurisdiction)이라고 하는 견해 ¹⁵⁾가 있다. 어떠한 견해를 취하든간에 원칙적으로 모든 국가가 영토적 비호권을 갖는다는 것은 전통국제법상 인정되고 있고 다만, 문제가 되는 것은 인도조약내의 정치적 유보조항에 따른 그리고 형사사건에서의 그 해석에 대한 것이라고 본다. 정치적 망명자에 비호를 부여한다는 사실은 형법상의 긴급피난에 해당하는 요건을 충족시킨 것으로 비호국이 판단하기 때문이다. ¹⁶⁾ 따라서 비호를 구성하는 행위로 간주되기 위해서는 정치적 망명자가 당해국 생활에 흡수된 사실만으로는 충분하지 않으며 그 국가 당국이 특별한 보호를 통해 보통 외국인과는 달리 취급되어야 한다. 이것은 인도의 거절이나 비호부여의 공식선언에 의할 것이다.

또한 통상적으로 퇴거시킬 상황에서 퇴거시키지 아니할 경우와 입국시키지 아니할 상황에서 입국시키는 경우 그 성질을 달리한다. 두 가지 경우 모두 국제법상 영토주권의 행사임에는 틀림없으나 전자는 비호의 부여에 내재된 보호의 요소를 충분히 강조한 것이 아니기 때문에 정확한 의미에서 비호의 부여라고는 말할 수 없으나 통상적으로 는 법과 절차를 위반한 것으로부터 개인을 보호하는 것이다. 그런데 정확한 의미에서의 비호라 함은 어떠한 국가로부터 개인을 보호하는 조치를 베푸는 것을 말한다.

또한 정치범불인도의 원칙이 국제법상 확립되어 있다 할지라도 정치범 자신이 비호해줄 것을 타국에 요구할 수 있는 권능을 갖는 것은 아니며 따라서 설령 인도가 행하여진다고 할지라도 인도받은 국가의 법정에서 재판받지 아니할 권리를 유효하게 주장할 수는 없다. 1948년 Chandler사건에서 미국의 순회항소법원은 「그 권리(비호권)는 자발적으로 부여하는 국가의 권리지 개인의 권리가 아니다. 비호를 부여하지 않고 정책적인 이유에서 도망범죄인을 인도할 수도 있다. 이 경우 피소추자는 인도요청국의 법원에서 재판을

12) Strupp-Schlochauer, *Das Wörterbuch des Völkerrechts*, p.8.

13) F. Morgensern, "The Right of Asylum," *B. Y. I. L.* Vol.26(1940), p.327.

14) J. Rochette, *op. cit.*, p.132.

15) J. Stone, *The Province and Function of Law*, (1949), p.131.

16) 渡部惇, "不法入國等のについての刑の免除," 法律のひろば, (1981,9), p.136.

면제받는다』라고 생각되지 않는다』라고 판시한 바 있고 17) Eichmann사건에서 이스라엘 법원도 「부정규인으로 인한 관할권면제의 주장에 대하여 비호권이나 면제권은 비호국에 속하는 것이지 개인에 속하는 것은 아니다」라고 판시한 바 있다. 18)

한편 서독연방법원은 1979년 11월의 한 판례에서 1951년 난민협정의 타당사국이 어떠한 자를 정치적 난민으로 인정하였다 할지라도 그 자가 독일연방공화국의 영역 내에 있을 때에는 독일이 난민으로서의 자격요건인 정치적 박해여부를 결정할 수 있다』라고 판시하고 19) 프랑스에서 정치적 난민으로 인정받아 비호를 향유하던 유고인을 보통범죄인으로 판정하여 인도하였다.

이와 같이 정치범죄나 정치적 박해여부에 대한 해석기준이 상이하여 비호를 부여받지 못하는 경우도 있다. 따라서 비호를 부여받았다 할지라도 개인과 국제법간의 원칙적 교량 역할을 하는 국적을 통한 외교적 보호를 기대할 수 없기 때문에 개인의 비호권이라는 개념은 권리로서의 실효성을 확보하기 어렵다.

그런데 비호를 인도주의적 기반위에 선 보호라는 점을 특히 강조하는 Garcia Mora는 혼란스러운 정치상황이 존재할 때에는 개개의 국가에 일임하여서는 아니되며, 만약 그렇게 할 경우 개인의 권리와 기본적 자유는 말살되고 말 것이며 고대로부터 폭제에 대한 저항권이 불가양의 권리로 인정되어 왔기 때문에 비호권은 개인의 인권이라고 한다. 20) 이러한 전제하에 그는 비호를 부여하는 것은 본국의 사법절차로부터 부당한 소추를 받았기 때문에 보호하는 수단으로서 국가가 이미 존재하는 인권을 실행하는데 지나지 않는다고 주장한다. 21) 이러한 관점에 입각하여 그는 전통국제법과 배치되는 인권으로서의 개인의 비호권이 국제인권분야에서 '있어야 할 법'(de lege ferenda)이며 그 논거로서 첫째 개인의 비호권을 부인하기에는 아직 인권의 국제적 시행을 위한 법적 구속력을 가진 원칙이 결여되어 있고 둘째, 국제법이 인권보호의 제제도를 자신의 이익과 정책을 위해 행동하는 국가에 위임되어 있으며 셋째, 비호권의 효율성이 구체적인 경우에 국가의 무제한적인 의지에 좌우된다면 비호권에 대하여 논하는 것은 큰 모순이고 넷째, 개인의 비호권을 인정한다고 해서 아직은 확립된 국제법원칙이라고 단언할 만한 하등의 근거가 없음을 들고 있다. 22)

Grahl-Madson 역시 비호권은 난민 특히 정치적 난민의 권리로 인정되어야 한다고 주장한다. 그런데 이와 같이 개인의 비호권에 대한 인정은 국가주권의 본질적 수정에 대한 제국의 동의를 얻는 것만 크거나 어려운 일이라고 생각된다. 영토적 비호에 관한 외교회의에서 서독 대표는 「정치적 이유로 인해 박해를 받는 자는 개인으로서 비호권을 가진

17) F. Morgenstern, *op.cit.*, pp.332-333.

18) C. Oliver, "Jurisdiction of Israel to Try Eichmann," *A.J.I. L.* Vol.56(1962), pp.844-845.

19) *Juristenzeitung*(1980.1), p.24. 이에 대한 해설은 O. Kimmlich, "Asylrecht und Auslieferungspflicht", *ibid.*, p.174.

20) Garcia-Mora, *International Law and Aylum as a Human Right*(1959), p.120.

21) *Ibid.*, p.121.

22) *Ibid.*, p.122.

다』는 취지로 영토적 비호에 관한 초안 제1조에 대한 수정안을 제출하였으나 결국 서독, 바티칸 시국, 스웨덴 및 4개국만 찬성하였을 뿐 53개국이 반대하고 21개국이 기권을 한 사실로도 충분히 이해가 된다. 23)

결론적으로 개인의 비호권이 국제법상의 진정한 권리로 인정받기 위해서는 망명자 개인이 자신의 이름으로 국제적인 소권을 인정받고 국제적인 차원에서 그 권리의 실현을 보장받아야 하며 국제법상 개인의 권리로서 규정되었다는 사실만으로는 미흡하다고 할 수 있다. 따라서 현국제법상 발달단계로서는 개인의 비호권을 인정하기에는 난점이 있으며, 주권이 강조되는 전통국제법의 질적인 변화가 없는 한 시기상조이다. 다만, 국가의 비호권 행사가 자유재량적 성격을 갖기는 하지만 절대 무제한한 것은 아니며 국제법 원칙과 기준에 의하여 제한을 받는 바, 논란이 있기는 하지만 그 범위가 아직 확립되어 있지는 않다 할지라도 국제범죄의 경우, 비호의 부여대상에서 제외된다는 점에서 상당한 국제적인 의견일치가 존재하고 있으며 또한 그러한 방향으로 규범의식이 형성되어 있으므로 그러한 자에 대하여 비호를 부여하는 국가는 도의적인 책임을 져야 할 것이다. 24)

영토적 비호 또는 난민에 대한 국제조약이나 국제기구의 선언은 비호의 부여가 비우호적인 행위가 아니며 인도주의적 입장임을 강조한다. 그러나 정치적 망명자는 자신의 정치적 신조를 옹호해줄 가능성이 있는 국가를 선택하기 마련이고 비호가 부여될 경우 본국과 비호국간의 정치적 불화, 대립관계가 발생하기 쉽다. 오늘날의 국제사회는 다수의 국가가 대국을 중심으로 분극화되어 있어 국내사회도 이러한 국제구조가 투영되어 의견상으로는 일국의 국내권력투쟁이 실질적으로 국제적인 관련성을 갖는 경우가 허다하다. 이러한 상황에서는 정치적 망명자의 본국과 비호를 요청받은 국가와의 기본적인 정치관계가 어떠한가에 따라 비호의 부여 여부(특히 정치범인 경우에는 정치범 불인도원칙의 적용여부)가 결정되기 쉽다. 그러한 정치적 망명자가 비호를 요청받은 국가에 이미 입국해 있을 경우 본국의 대인고권에 대해 요청을 받은 국가의 영토고권이 우위에 있다.

그럼에도 불구하고 비호를 부여함으로써 발생하는 특정한 사태에 대해 비호국은 책임을 져야 할 것인가라는 문제가 남는다. 1948년 이스라엘 건국 이후 팔레스타인의 아랍계 주민들중 인근 아랍제국에서 비호를 부여받은 자들의 수는 수차례의 중동전쟁 결과 크게 증가하여 대정치세력화하여 이스라엘에 대한 테러활동, 무력공격을 하는 사례가 빈번하였고 서방진영의 이스라엘 원조를 저지하기 위하여 항공기 납치를 하고 아프리카제국으로 하여금 이스라엘적대정책을 쓰도록 하기 위해 무력충돌을 하는 경우도 있었다.

이와 같이 정치적 망명자 집단이 비호국정부와 결탁하고 있을 경우에는 특히 논란의 대상이 되지만 비호국이 망명자의 본국 정치질서 위협행위를 묵인, 조장하는 등 비호권을 남용할 때에는 비호국의 금지된 간섭이라는 불법행위로 국가책임이 성립하지만, 25) 다만,

23) 齋藤惠彦, "領土的庇護全權會議の日本," *ジュリスト*, 第636號(1977.4.), p.127.

24) G. S. Goodwin-Gill, "The Limitation of the Power of Expulsion in Public International Law," *B.Y.I.L.* Vol.57(1974-1975), p.97.

25) Strupp-Schlochauer, *op.cit.*, p.89.

국가는 자국영역내의 망명자나 무국적자를 일반외국인에 깰이하는 이상의 주의로써 감시할 의무는 없다고 본다. 1950년 국제법협회(the Institute of International Law)는 『국가는 그 영토내에 거주하는 기타 인물의 행동에 책임을 질 상황과 동일한 경우에만 망명자의 행동에 대하여 책임을 진다』 라고 결의하였다.

3. 박해받는 곳으로 추방금지(non-refoulement)원칙

일단 비호를 부여받은 망명자가 추방으로부터의 보호를 향유함은 논리적으로 당연하며 비호를 부여받지 못한 망명자도 인도주의적 견지에서 그 처우가 고려되어야 할 것이다. 그러나 일정한 요건하에 망명자가 추방을 당하게 될 경우 그 추방처가 형사소추나 처벌이 행하여질 국가라면 인도와 동일한 효과를 초래하게 되는 것이다. 그러므로 당해 망명자로서는 그 추방처가 어느 국가이나가 중요한 문제라고 하겠다. 각국의 입법 및 사법상의 관행에 의하면 망명자를 그러한 국가로 처벌하는 국가로는 인도하지 않는다.

그런데, 이러한 원칙에 대한 법적 성질에 대하여는 견해가 엇갈린다. Grahl-Madsen은 박해받는 곳으로의 추방금지원칙이 일찌기 1933년의 난민협정에 채택되었지만 1954년 무국적자의 지위에 관한 국제연합회의(the United Nations Conference on the Status of Stateless Persons)결의가 동원칙을 '일반적으로 수락된 원칙의 표현'(the expression of the generally accepted principle)이라고 선언한데 대해 부정적 견해를 피력하고 박해받는 곳으로의 추방금지원칙이 국제법상 확립된 것임을 밝히려고 한 것이라면 비준된 조약, 국내적 조치, 사법적 결정의 기반위에서 분석해보아야 하며 이러한 분석에 의하면 그 결의는 설득력이 없다고 주장하였다. 26)

그러나 "박해의 개념을 중심으로 국가의 자의적인 권리행사를 제한하려는 것이며 아직 국제관습법화되어 있다고 보기는 어렵고 다만 그러한 방향으로의 규범의식이 형성되고 있는 과정에 있다고 보아야 할 것이다"는 20여년전의 주장 27)이 아직도 타당하다고 본다. 1967년의 영토적 비호에 관한 선언의 채택과정에서 각국이 보여준 태도도 동원칙이 고도의 일반적 승인(high degree of general acceptance)을 얻었음을 시사해주는 것이지만 영토적 비호에 관한 선언은 법적 구속력이 없으며 따라서 "법률적 주장을 할 수 있는 근거로서보다는 어떠한 정부를 설득시키기 위한 도덕적 수단으로서 더욱 중요하다"고 할 수 있다. 28)

그러나, 그 원칙이 국제관습법의 일부 또는 "문명국에 의하여 일반적으로 승인된 법의 일반원칙"으로 보는 견해도 많다. P. Weis는 박해를 받을 곳으로의 불송환과 비호의 부

26) A.Grahl-Madison, *Territorial Asylum*(1980), pp.40-41.
27) 廣部和也, "政治犯罪人不引渡の原則は確立した國際慣習法か" *ジュリスト*, 第609號(1972), p.251.
28) A. Grahl-Madson, *op.cit.*, pp.41-42.

여를 명확히 구분하여 박해받는 곳으로의 추방금지원칙은 입국을 완료한 망명자에게만 적용된다는 협의의 해석을 내리고 오늘날의 국제난민법과 비호법에서 박해받는 곳으로의 추방금지원칙이 거의 예외없이 규정되고 있다는 사실 자체만으로도 망명자 보호를 위한 최소한의 조치로서 법의 일반원칙성을 인정되어야 한다고 주장한다.

Refugee(German)사건에서 독일연방 재판소는 「비진실의 진술로 체류연장을 얻은 난민이라 할지라도 독일연방내에 불법적으로 존재하고 있는 것은 아니다」 라고 판시한 바 있다. 29) 따라서 동판례는 입국의 합법성 무관하게 비호의 부여여부를 결정할 수 있음을 밝힌 것이다. 한편 1951년의 난민협정도 출입국에 관한 규정인 제31조 제1항에서 「난민이 지체없이 당국에 보고하고 불법입국에 대한 합리적인 이유를 제시한 경우에는 불법입국에 대한 형벌을 부과하여서는 아니된다」 는 의무를 체약국에 부담시키고 있으며 제32조는 합법적으로 체약국에 체류하는 난민을 오직 국가안전과 공공치안을 이유로 한 경우에만 추방될 수 있으며 국가안전이라는 불가피한 이유가 달리 요구되지 아니하는 한, 그에게 청문과 추방명령에 대한 항변의 기회를 주도록 하고 있다.

정치적 망명자에 관한 기본원칙과 박해받을 곳으로의 추방 또는 송환을 금지하는 박해받는 곳으로의 추방금지원칙은 다수국가의 국내법과 일련의 국제문서에서 허다하게 발견되지만 보편적인 법적 구속력을 갖는다는 국제적 합의는 아직 존재하지 아니한다. 1951년 난민협정도 정치적인 피박해자의 보호를 위한 최소한의 법원칙으로 인식되는 박해받는 곳으로의 추방금지를 제33조에 다음과 같이 규정하고 있다.

- 1. 체약국은 인종, 종교, 국적, 특정한 사회집단의 구성원자격, 또는 정치적 의견을 이유로 생명과 자유가 위협을 받는 영역의 국경으로 어떠한 방식으로든 난민을 추방하거나 송환하여서는 아니된다.
- 2. 동 규정의 혜택을 체류국에 위협한 요소로 간주될 만한 합리적인 이유가 있는 난민 또는 특별히 중요한 범죄에 대해 유죄판결을 받아 체류국의 사회에 위협이 되는 난민은 주장할 수 없다.

이상의 33조 1항과 2항의 규정은 박해받는 곳으로의 추방금지원칙의 적용 적격자와 비적격자를 각각 명시하고 있는 바 제1조 (2)의 난민에 해당하는 자는 박해받을 곳으로 추방해서는 아니된다는 취지이다. 그런데 제33조의 박해받는 곳으로의 추방금지조항의 효과에 대해서는 제1조 A(2)의 난민의 정의와 마찬가지로 심각한 애매성(serious ambiguity)이 남아 있어 'in any manner whatsoever'를 박해받고 있는 난민을 국경에서 입국시켜야 할 의무를 포함하는 것으로 해석하는 견해, 합법적이든 불법적이든 이미 입국한 자에게만 적용된다고 해석하는 견해가 있다. 후자의 해석은 불법으로 입국한 난민이 때로는 합법적인 입국을 요청하며 국경에서 대기중인 자보다 더 유리한 대우를 받을 수 있다는 불합리한 결과를 초래할 수 있다는 점에서 국경에서의 불배척(non-rejection at the

29) H. Lauchterpacht, *International Law Report*, Vol.28(1963), p. 298. ; Chin Ming v. Marks사건에서도 同旨

frontier)을 포함한다는 전자의 해석이 타당하다. 그러나 허다한 국제문서나 국제회의상의 결의 등에서 박해받는 곳으로의 추방금지원칙에 대한 폭넓은 지지를 받고 있으면서도 국경에서의 입국대기중인 난민에게 까지 적용된다는 명확한 내용을 담고 있지 못하다.

난민의 추방이라는 문제는 오늘날 난민을 후하게 보호하여야 한다는 점에서 볼 때 다음과 같은 문제점이 지적되지 않을 수 없다. 첫째, 난민의 특수한 지위와 관련된 문제로서, 난민은 일반외국인과 달리 본국의 외교적 보호를 받을 수도 기대할 수도 없으므로 사실상의 무국적자인 것이다. 다수의 국제협정에서 난민과 무국적자 모두 추방으로부터의 보호를 규정한 것도 바로 그러한 이유 때문이다.

둘째, 추방의 정당화사유로서의 국가안전과 공공의 치안이라는 개념도 일반외국인에 대한 추방사유 보다 더욱 엄격한 요건을 갖춘 것이어야 한다. 그러한 추방사유는 실제로 전혀 기술적인 것만도 아니다. 결국 그러한 요건의 판정은 국가 및 사회의 이익과 난민의 인권보호라는 두 가지 요청의 비교형량에 의할 것이다. 한편 추방되는 경우에도 결코 난민이 박해를 받을 지역으로 향하게 해서는 안될 것이며 난민의 퇴거 그 자체만으로도 일단 국가의 안전이나 공공의 치안이라는 법익은 충분히 회복되기 때문이다. 그런데 국가의 안전이나 공공의 치안이라는 개념이 국내관할사항적인 것이어서 국제적인 합의가 충분히 이루어져 있지 못하며 그러한 요건의 판단에 대하여 다른 국가가 논쟁을 삼가하는 경우가 허다하다. 이러한 맥락에서 볼 때, 난민의 계속적인 체류가 체류국의 법익을 현저하게 침해하는 경우에 한하여 추방되어야 할 것이다.

셋째, 난민의 추방지에 관한 문제로서 망명자로 하여금 추방지를 선택할 권리를 인정하여야 마땅하다. 제1차적으로 선택한 국가가 입국을 거부할 경우에는 제2, 제3의 국가를 선택하여 그 국가로의 입국이 허용될 수 있도록 하여야 한다. 그러나 난민이 일국에서 체재를 인정받은 후에 추방될 경우에는 체류지 행정당국의 지시에 따라야 하므로 추방지를 선택할 수 있는 자유가 침해당할 우려가 있다.

한편 국제사회 전체에서 받아들여기를 거부하는 난민은 어떻게 처우할 것인가. 이러한 예에서 추방이라는 조치가 당해 국가가 일방적이고 편의적으로 결정할 수 있다는 고식적인 [국가안보관]이 난민의 인권보호라는 중요한 국제사회의 법익을 침해할 가능성이 있음이 명백해진다.

4. 역사적으로 본 대량난민문제의 처리

양차대전간에는 러시아 혁명, 나치즘의 등장 등에 의하여 수차에 걸쳐 대규모 난민이 출현하게 되고 이들의 처우문제는 국제사회의 공동관심사가 되었는데, 난민의 보호를 위한 국제협력의 방향은 첫째, 보호를 위한 입법화 사업, 둘째, 국제기구를 통한 보호였다. 전자는 난민구제조치를 결국 각국의 개별조치에만 기대할 수 없어 초국가적으로 국제기구를 통한 보장을 하고 망명자 개인에 국제적 소권을 부여하고자 하는 것이며, 후자는

국제기구를 설립하여 일정한 보호활동을 행하기 위한 것으로 전자의 방향과도 밀접한 관계가 있으며 그러한 국제기관에 초국가적인 권한을 부여하여 각국간의 구제활동을 조정하고 그러한 범위내에서 기능적 독자성을 유지하도록 하기 위한 것이다.³⁰⁾

이러한 난민의 구제활동의 구심점은 물론 국제연맹이었는데, 1921년에 제네바에 설치한 [난민구제고등판무관사무소]는 물질적 원조를 중심으로 한 각국의 개별적 구제활동을 통일적으로 협력, 조정하려는 것으로 인도주의적 입장을 갖는다는 일면도 있었으나 직접적으로는 국제연맹의 가맹국의 부담경감에의 욕구와 더불어 러시아 혁명에 대한 두려움과 대항심에서 비롯된 것이다. 따라서 초국가적 기능을 국제연맹에 부여하려는 의도를 각 가맹국은 전혀 갖고 있지 않았다. 그러한 한계는 「러시아난민에 대한 신원증명서의 발급에 관한 협정」(이러한 증명서를 통칭 난센협정이라고 부른다)의 내용에서 여실히 드러난다. 그 신원증명서는 난민에 대한 일정한 행동의 자유와 체류국에서의 재입국을 보장하려는 목적을 갖는 것이었다.

그런데 국제연맹이 보증을 한다는 점에서 국제적 성격을 갖는 여권이지만 망명자가 체재하는 국가의 권한 있는 기관에 의해 1년의 유효기간으로 발행교부를 받아야 했으며 더욱이 동협정의 당사국에 의무를 부담시키는 것은 아니었다. 한편, 국제연맹난민구제기관은 러시아난민의 본국 복귀를 위해 소련과 협정을 체결하고 다른 국가와 소련간의 조약체결을 지원하였으며 터키난민문제로 국내경제의 압박을 받던 그리이스를 지원하기 위하여 1923년 난민구제위원회(Refugee Settlement Commission)의 설치를 결의하기도 하였다.³¹⁾

그런데 이러한 난민구제사업을 토대로 난민의 국제적 지위 확립, 안정화를 모색하기 위하여 국제연맹의 주도하에 다수의 난민관련조약이³²⁾ 체결되었고 난민보호를 위한 국제기관이 설립되었지만 현실적인 한계로는 첫째, 난민의 개념에 대한 정의가 확립되어 있지 않았고 둘째, 난민에 대해 물질적 원조 이외에 보장된 것은 査證에 관한 사항에 지나지 않았으며 그것도 각국의 주권적 권리로 인정되어온 출입국 관리에 대한 배타적 권한을 손상시키지 않는 범위내에서 허용된 점을 지적할 수 있을 것이다. 1928년 「러시아난민 및 아르메니아난민의 법적 지위에 관한 협정」(Arrangement relating to the Legal Status of Russia and Armenian Refugees)에서 신분상의 지위, 이동 등 극히 협소한 범위 내에서도 난민의 법적 지위를 인정한 것은 난민보호의 법제에 있어서 확실히 진

30) 本間浩, 政治亡命の法理, 早稻田大刊(1974), p.142. 제1차세계대전 이후 대규모 난민의 출현은 유럽지역에만 국한된 것은 아니며, 라틴아메리카, 아프리카, 아시아 등 세계 전역에 걸쳐 등장하고 있다(小西芳三, 「難民條約及議定書成立経緯」, 法律時報 第53卷 7號(1981.9), pp.9-12의 별표에는 1917년부터 1980년까지의 난민출현과 관련된 사건들을 수록하고 있다.

31) 동 위원회를 재정적으로 지원하기 위해 영국, 프랑스, 이태리에 의해 국제재정위원회(International Financial Commission)가 설치되었다.

32) 특히 1933년의 「난민의 국제적 지위에 관한 협정」의 출국 및 재입국의 보장(제2조), 추방, 강제송환의 원칙적 금지, 입국거부의 금지(제3조), 출소권의 절대적 보장(제6조) 등이 주목을 요한다.

일보하였지만, 그러한 협정의 실시도 결국 협정당사국의 태도여하에 따라 그 효력의 정도가 결정된다는 한계점도 여전히 남아 있었다.

그리하여 국제기관에 의해 각국의 협정실시상황을 감시하고 적절한 보고를 하도록 하여야 한다는 필요성이 인식되어 고안된 제도가 난민구제고등판무관(High Commissioner for Refugees)제도이다. 그 기능은 난민과 그 가족의 신원과 지위의 증명, 출국증명서의 정당성, 유효성 및 적법성의 심사였으며 동 판무관이 독자적인 권한을 행사할 수 있는 분야는 당해국 당국의 목적에서 난민의 자격, 행위 및 종전의 기록에 대해 심사하여 권한있는 당국에 난민의 체류를 허가해주도록 권고하는 것이었다. 따라서 당해국의 외국인 처우에 관한 주권적 권리에 관계되는 분야에 대해서는 그 권한이 미치지 못했다.

더욱이 그 기능에 대해서도 결국 관계국 정부의 합의에 의해 결정된다는 점에서 난민구제에 관한 국제사회의 기본적 한계를 잘 표현해주고 있다. 그러한 난민문제의 한계를 타파하려는 하나의 시도로서 1937년 국제연맹 제6위원회가 난민의 법적, 정치적 보호를 국제연맹의 의무라고 명시한 결의를 채택하고자 하였으나 소련의 반대로 실패로 끝난 바 있다. 33) 이러한 한계에도 불구하고 난민구제고등판무관 제도는 많은 성과를 올린 바 있으나 주축국의 대두와 더불어 국제연맹의 위신이 凋落하자 그 활동을 부진을 면하지 못하였다.

이상과 같은 국제연맹의 활동과는 별도로 지역적 차원에서 다수국간에 정치적 망명자의 비호 또는 보호에 관한 조약이 상당수 체결되었다. 예컨대 라틴아메리카제국은 헌법에 정치적 망명자의 비호를 규정하게 되었고, 1928년 the Havana Convention on Asylum, 1932년 the Montevideo Convention on Political Asylum, 1939년 the Montevideo Treaty on Political Asylum and Refugee 등 일련의 협정에서 정치적 비호와 정치적 망명자의 보호를 규정하였다.

한편, 국제연맹의 목적과 기능을 실질적으로 계승한 국제연합의 근거법인 헌장에서도 정치적 망명에 관한 규정은 없지만 국제연합은 담당 기관의 설치와 국제입법이라는 두 가지 방향으로 적극적 조치를 강구하여왔다. 먼저, 국제기관으로서 국제난민기구(International Refugee Organization: IRO)가 1946년 발족되어 1952년까지 난민보호를 위한 활발한 활동을 한 바 있다. 그러나 국제연맹시대의 국제기관에 의한 활동이 그러하였듯이 국가는 자신의 외국인 출입국에 대한 규제권에 어떠한 외부의 상위권력에 의한 제한도 용인하고자 하지 않았다. 따라서 국제기구에 의한 난민의 보호는 국가의 출입국 규제권능을 손상시키지 아니하는 한 도내에서 이루어지고 있는 것이다.

그러나 이러한 한계에도 불구하고 장차에 있어서는 국제기구를 통해 국가의 난민처우를 일정한 범위 내에서 감시하도록 할 수 있는 제도도 생각해 볼 수 있다. 한편 국제적인 입법화사업도 활발히 전개되고 있는 바, 제2차세계대전후 유럽에서 대량으로 배출된 난

33) G. Ginsburgs, "the Soviet Union and the Problem of Refugees and Displaced Persons 1917-1956," A. J. I. L. Vol.51(1957), p.341.

민문제를 해결하기 위한 1951년 난민협정(the Convention Relating to the Status of Refugees), 동 협상상의 시간적, 지역적 제한을 삭제한 1967년의 난민의정서가 대표적이다.

이 협정과 의정서는 체약국의 영역 내에 있는 난민의 체제와 보호에 중점을 두고 있을 뿐이며 비호를 부여할 체약국의 법적 의무를 부담시킨 것은 아니다. 이와는 달리 비호제도를 직접 규정한 국제문서도 있다. 1949년 국제연합 총회에서 채택된 세계인권선언(the Declaration of Human Rights)의 제14조 제1항은 「누구를 막론하고 박해로부터의 비호(Asylum from persecution)를 타국에서 구하고 향유할 권리를 가진다」라고 규정하고 동조 제2항은 「이러한 권리는 비정치적 범죄 또는 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 진정한 원인으로 하여 기소된 경우에는 원용하지 못한다」라고 규정하고 있다.

이 선언은 국제연합의 회원국에 법적 구속력을 갖는 것은 아니지만 국제인권보장의 차원에서 비호제도를 인정한 점에서 그 역사적 의의가 있다. 그런데 「박해로부터의 비호의 권리」는 어떠한 국가에 대하여 입국을 주장할 수 있는 개인의 권리가 아니며, 피난처를 제공하여 난민의 인도를 거부할 수 있는 국가의 권리」라는 것은 동 선언의 문안작성과정에서 나타난 각국의 태도로부터 알 수 있다.

5. 우리나라의 난민처리관행

한편, 우리 나라의 난민과 관련하여 우리 정부가 조처한 사건으로는 1985년 3월 22일 발생한 中國魚雷艇事件과 1986년 6월 17일 발생한 中國船上難民事件이 있으며 이 사건들은 그 처리가 다분히 정치적인 상황에 좌우되었을 가능성도 없지 아니하나 크게 주목을 끌었음에는 틀림없으며, 정부의 국제법관행을 파악할 수 있는 좋은 사례가 될 것이다. 먼저 중국어뢰정사건의 전말과 그 처리에 따른 국제법적용에 대하여 검토하여 보자. 동일 상오 11시경 底引網 漁船 群山 第6漁盛號는 5마일 떨어진 해상에서 군함 1척이 신호탄을 쏘는 것을 발견하였으며 동 군함이 구조를 요청하는 것으로 판단하여 구조에 나섰으며 익일 상오 3시 20분경 海洋警備艇 1척이 현장에 와서 승무원들의 무장을 해제하고 中國 군함을 군산항에 입항시켰다. 이 군함은 魚雷艇이었으며 다른 5척과 함께 21일 산동성 청도항을 출발, 훈련을 마치고 돌아가던 중 7시 30분 하극상의 선상반란이 발생하였다. 선상반란은 우발사건이었던 바, 조사결과에 따르면 난동자 2명은 艇内に 있던 AK소총을 난사하여 艇長 및 정치장교를 비롯한 6명을 사살하고 副艇長과 통신사에게 중상을 입혔다. 그 후 이 어뢰정은 연료부족으로 해상을 표류하던중에 한국 어선에 구조되었던 것이다.

그런데 23일 이 어뢰정을 수색을 위하여 중국 군함 3척이 우리 영해를 3시간 동안 침범하는 사건이 발생하였다. 사건의 처리에 있어서 우리 정부는 어뢰정 및 그 승무원 문제와 영해침범 문제를 분리하였다. 정부는 그 사건이 근본적으로 긴급피난 및 해난구조의

성격과 아울러 공해상에서 일어난 중국 군함 내부의 난동 살인사건이라는 판단하에 유사한 성격에 적용될 수 있는 국제법 및 관행을 존중하여 부상 승무원의 긴급치료를 끝내고 승무원과 死體 그리고 선체를 중국에 인도하였다. 또한 우리 정부는 영해침범사건을 중시하고 중국 당국에 엄중 항의, 사과와 책임자 문책 및 유사한 사건의 재발방지를 요구하였으며 중국 외교부는 성명을 통하여 그 군함들이 실종선박을 수색하는 과정에서 부주의로 한국의 영해에 들어갔음을 시인하고 동 사실을 안 즉시 퇴거하였다고 해명하였으며 魚雷艇과 모든 乘務員이 조속히 송환되도록 한국측의 협조를 요청하였다. 중국은 駐香港 한국총영사관을 통하여 각서에 의하여 영해침범사건에 대해 공식으로 사과하고 재발방지에 노력하고 책임자에 대하여는 조사 후 필요한 조치를 취하겠다고 통보하였던 것이다. 34)

그런데, 이 사건에서 중국의 어뢰정은 선상반란이 일어난 순간부터 이미 군함의 지위를 상실하였는 바, 군기에 복종하는 승무원이 승선하고 있어야 한다는 것이 군함의 요건임은 유엔해양법협약에서도 명시되어 있음을 들어, 난동살인사건의 당사자들에 대한 난민 지위 부여여부를 결정하였어야 한다는 지적도³⁵⁾ 대단히 타당하다고 본다. 그러나, 우리 당국에서는 중국어뢰정이 이미 군함의 지위는 상실하였지만, 그래도 양국관계의 '앞날'을 고려하여 군함처럼 대우하여 주었다고 보아야 할 것이다. 36)

1951년 난민협약에는 난민 부적격자에 관한 규정을 두고 있는 데 그 중에는 피난지국에 난민으로 입국허가를 받기 전에 그 나라 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 범하였다고 생각할 만한 중대한 사유가 있는 자라는 항목이 있다.³⁷⁾ 이에 대해서는 國際難民機構 憲章 및 國際聯合 難民高等辦務官 事務所 規程에도 유사한 규정이 있는 바, 前者에서는 범죄인인도조약에 의하여 인도가 가능한 일반범죄인은 동 기구의 관심사항이 아니라고 규정하고 있고³⁸⁾ 후자에서는 범죄인인도조약의 여러 규정의 대상이 되는 범죄를 범하였다고 생각할 중대한 사유가 있는 자에 대해서는 高等辦務官의 권한이 미치지 아니한다라고 규정하고 있다.³⁹⁾

물론, 중국 어뢰정 사건의 난동자들이 과연 정치범이라고 할 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 1983년 중국 민항기 사건 때에는 납치자들에게 실형을 과한 후 대만으로 송환하였지만, 이 사건에서는 그렇게 하지 않았다. 이에 대해 다음과 같은 이유가 있

34) 이상의 사실관계에 대하여는 金燦奎, "難民處理에 대한 우리나라의 實踐," 韓國國際法學의 諸問題, (博英社, 1986), p.15-17.에서 재인용하였다.

35) 張孝相, 現代國際法, (博英社, 1987), p.500.

36) *Ibid.*

37) 제1조 F(b).

38) 憲章 第1附屬書 Part II, 3.

39) 規程 第7조 (d) 前段. 世界人權宣言에서도 "모든 사람은 他國에서 迫害로부터의 庇護를 추구하고 이를 향유할 권리를 가진다"라고 하는 한편(제14조 (1)), "순수하게 非政治的인 犯罪으로 인해 발생한 訴迫의 경우"에는 이 權利를 援用할 수 없다라고 규정하고 있다(제14조 (2)). 여기에서 "중대한 非政治的 犯罪" 또는 "條約에 의하여 引渡可能한 一般犯罪人"에 대해서는 世界人權宣言이나 難民關聯 諸條約에서 정의하고 있지 않다.

있을 것이라고 추정하는 견해가 있다. 즉, 민항기납치사건에서는 계획된 탈출이었지만 어뢰정 사건에서는 우발적으로 하극상으로 저지른 후 되돌아갈 수 없어 탈출하였다는 것이며 前者가 정치적 목적을 가진 반면, 後者는 통상적 범죄행위에 불과하였다는 것이다. 40) 물론 우리 정부의 공식적인 발표에 의거한 사실관계만을 놓고 본다면, 분명히 통상적인 범죄를 범한 것에 불과하다. 여기에서 우리 나라의 경우 난민의 자격인정에 있어서 行爲보다는 行爲의 目的을 중요시 여기고 있지 아니한가 한다는 지적이 있지만 41) 이러한 처리방식은 우리 나라에 특유한 것은 아니라고 본다. 만약 침예한 냉전시대였던 1950년대 내지 1970년대였다면 우리 나라가 그들을 난민으로 처리하지 아니하였을까라는 생각을 하게 된다. 따라서 이 사건에서는 의견상으로는 정치적인 고려가 없었던 것같아 오히려 難民으로서의 지위를 인정하지 아니한 처리방식에 대하여 비판만을 할 수는 없을 것이다. 다만, 당시의 상황이 대만과는 외교관계를 수립하였으나 중국과는 외교관계가 수립되어 있지 아니하였고, 조만간 외교관계를 수립할 가능성이 있음을 염두에 두고 우리 정부가 행동한 것은 아닌가하는 느낌을 갖게 한다.

또한 어뢰정사건이 있는 후 1년후인 1986년 6월 17일 충청남도 瑞山郡 遠北面 앞바다에 표류중이던 중국 木船 한 척이 우리 나라 해양경찰에 의해 구조된 사건이 있다. 여기에는 중국을 탈출한 19명의 중국인들이 타고 있었으며 그들은 7월 8일 臺灣으로 떠났으며 우리 나라 외무부가 발표한 그들의 탈출동기 및 그 경위는 다음과 같았다. 탈출자들은 20대 내지 30대의 청년들이며 공장노동자 11명, 기능공 3명, 사무원 3명, 요리사 1명, 노무자 1명이었다. 주모자인 劉強(23 印刷工)은 평소 대만방송 등을 청취하면서 자유를 찾아 중국 탈출을 결심하고 1985년 10월경부터 8개월간 항해 경력이 있는 何永安 등 18명을 규합하였으며, 6월 15일 丘榮城港을 떠나 항해하다가 서산군 원북면 앞바다에서 스크류가 그물에 걸리는 바람에 표류하게 되었으며, 탈출자들이 모두 원래의 목적지로 보내 줄 것을 요청하여 우리 정부는 국제법과 국제관계 및 본인들의 의사를 존중하여 대만으로 출발하도록 조치하였다는 것이다.

요컨대, 이들에 대하여는 難民으로 처리하였던 것이다. 이 事件의 處理結果에 대한 外交通商部 代辦人의 發表文은 그들이 탈출을 위한 면밀한 計劃을 세웠음을 특히 강조하고 있는데 여기에서 難民으로 인정되기 위해서는 脫出이 偶發的으로 이루어져서는 안된다는 것이 우리 나라의 입장을 알 수 있다는 지적이 있다. 42) 그러나, 탈출이 계획적이었는지의 여부는 난민관련 조약들중 어느 것에도 난민자격인정의 기준이 된다고 명시되어 있지 아니하며, 따라서, 이 사건에서 탈출의 계획성을 강조한 것은 우리 나라의 難民資格 基準의 하나를 지적했다기 보다는 그들이 중국에서 박해를 받았거나 받을 우려가 있다는 증거가 없었기 때문에 그들이 중국의 사회주의체제 혐오로 인해 면밀한 계획하에 중국을 탈출하였음을 이유로 난민의 자격을 인정한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서, 과거 냉

40) 金燦奎, *op.cit.*, p.40.

41) *Ibid.*

42) *Ibid.*

전시대에 자본주의국가와 사회주의국가들이 각각 자신들의 체제의 우월성을 과시하기 위하여 박해의 유무에 관계없이 다른 체제에서 넘어온 자들에게 비호를 부여하였던 관행을 답습한 것이지 엄밀한 의미에서 국제법상의 난민의 자격을 구비한 자들이라고 보기는 어렵다.

물론 앞서 언급한 중국어뢰정사건에서의 탈출의 우발성과는 다소 대비되는 것은 사실이지만, 평소 대만 등 자유국가의 방송들을 청취하면서 자유를 찾아 중국을 탈출하기로 결심하였고 이를 실천에 옮기기 위해 장기간에 걸쳐 면밀하게 행동해 왔다는 탈출의 계획성이 난민자격인정의 결정적인 기준이 되는 듯한 정부의 발표는 오해의 소지가 있다고 할 수 있다.

한편, 어느 나라의 국제법에 대한 해석과 적용에 있어서 법원이 차지하는 비중은 대단히 크다. 일본만 해도 국제법의 연구대상의 극히 일부인 승인과 외국인법에 관계되는 자기 나라의 판례를 소개하는 영문판 책자를 간행하기도 하였다. 물론 우리에게도 아직은 국제법관계 판례가 비교적 적은 것은 사실이다. 그러나 최근에는 국제법관련 사건이 크게 늘어나기 시작하였으며 우리 법원도 국제법의 적용이 문제가 되는 사건에 대해 판결하지 않을 수 없는 한도에서는 국제법의 국내적 적용에 관한 많은 연구가 있어야 하겠다. 아래에서는 국제법 관련 판례의 대표적인 몇 가지만 집중적으로 논의함으로써 우리 법원의 국제법 적용관행을 파악해보기로 한다.

먼저 가장 대표적인 판결로는 중국민항기사건판결을 들 수 있다. 그 사실관계를 간략히 소개하면 다음과 같다. 6명의 무장승객에 의하여 납치된 중국민항기가 1983년 5월 5일 중부전선의 한 기지에 불시착한 사건에 대하여 1983년 8월 18일 서울형사지법 제11부의 판결이⁴³⁾ 있었다. 그 판결은 재판관할권과 적용법조 및 酌量減輕事由 등과 관련하여 많은 논의가 있었으며, 그 후 내려진 대법원 제2부의 판결에⁴⁴⁾ 대해서도 문제점으로 지적될 수 있는 부분이 있었다. 1983년 8월 18일의 서울형사地法 제11부는 재판권에 관하여 「항공기내에서 범한 범죄 및 기타 행위에 관한 협약」(東京協約) 및 「항공기불법납치의 제를 위한 협약」(헤이그협약)에 의하여 곧바로 우리 나라에 착륙국으로서, 재판권이 생기게 되는 것은 아니라는 변호인의 주장에 대해 재판권은 주권의 영토고권으로서의 성질에 비추어 보아 원칙적으로 영역안에 거주하는 내외국인 모두에게 미친다고 할 것이므로 우리 나라 영역내에 있는 피고인들에 대하여 우리 나라의 재판권이 미치게 되는 것은 당연하다고 判示하였다.

東京協約과 헤이그協約에 의하여 곧바로 우리 나라에 재판권이 생기게 되는 것은 아니라는 변호인들의 주장도 타당성이 없었지만 제1심판결에서 '헤이그協約'에 명시된 재판권에 관한 조항에 대해 아무런 언급도 하지 아니한 점도 문제로 지적될 수 있었다. ⁴⁵⁾헤이

43) 83 고합 565.

44) 84. 5.22 판결 84도 39.

45) 遭難航空機임이 명백한 경우에는 着陸의 權利가 보장된다. 航空機 拉致의 경우에도 이를 緊急避難으로 보고 入國과 着陸의 허용에 관한 한 遭難航空機와 같은 권리가 인정된다. 따라서 拉致

그協約은 '동경협약'을 보완하기 위하여 체결된 것으로 납치범에 대한 형사재판관할권과 관련하여 피납항공기의 등록국뿐만 아니라 그 착륙국도 납치범에 대한 재판권의 행사에 필요한 조치를 취하도록 하였다. ⁴⁶⁾ 이 협약에서도 국내법이 정하는 바에 따른 형사재판권의 행사를 배제하고 있지 않으나⁴⁷⁾ 협약 당사국은 납치범이 자국 영역안에 들어와 있으면 제8조에 따라 범인을 인도하지 않는 한, 반드시 재판권의 행사에 필요한 조치를 취하도록 하였으며,⁴⁸⁾ 헤이그 협약도 범인을 발견한 협약당사국은 그 범인을 인도하지 않는 한, 당해 범죄의 행위지를 가리지 않고 예외없이 사건을 관계당국에 넘겨 소추하여야 한다고 명시하고 있다. ⁴⁹⁾

대법원 제2부의 판결은⁵⁰⁾ 이 점에 관하여 동경협약 제4조 3항과 우리 나라 항공기운항안전법 뿐만 아니라 헤이그 협약 제7조를 들어 이 사건 항공기의 착륙국인 우리 나라에도 경합적으로 재판관할권이 있다고 판시하였다. 납치범에 대한 형사재판관할권 행사부분에 관한 이러한 판시내용은 서울형사地法의 그것보다 진일보한 것임이 분명하였지만 항공기 납치의 정치범죄적 성격을 비롯하여 難民에 관한 부분과 적용법조 및 量刑時의 酌量減輕事由 부분에서는 여전히 다소의 문제점을 남겼다.⁵¹⁾

大法院 제2부 판결에서는 「본국에서 정치범죄를 범하고 소추를 면하기 위하여 다른 국가로 피난해 오는 경우에는 이른바 정치범불인도원칙에 의하여 보호받을 수 있으며, 이는 국제법상 확립된 원칙이라 할 것이나 정치적 박해를 받거나 정치적 신조를 달리함으로써 다른 국가에 피난하였을 때 이를 보호하여야 할 것인가에 관해서는 기본적인 인권의 국제적 보장과 관련하여 문제가 없지 않다」고 하고 이어 「이 사건의 경우처럼 중국의 정치·사회현실에 불만을 품고 자유중국으로 탈출하고자 이 事件 항공기를 납치하여 입국한 피고인들은 후자의 범주에 속하는 政治的 難民이라고 할 것인 바, 이와 같은 정치적 피난민에 대한 보호는 소수의 국가가 국내법상으로 보장하고 있을 뿐 우리 나라도 이를 보장하는 국내법규가 없으며, 개개의 조약을 떠나서 일반국제법상의 보장이 확립된 것도 아니다」라고 판시하였다.

그러나 항공기납치사건에 있어서는 그 동기나 배경 여하에 관계없이 정치범불인도의 문

犯이 乘客과 航空機의 안전을 위협하면서 航路의 邊境을 강요한 경우에는 그 航空機의 着陸을 거부할 수 있다. Kay Hailbronner, "Einführte Flugzeuge auf fremdem Staatsgebiet und die analoge Anwendung humanitärer Grundsätze im Völkerrecht," *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 32(1972), S. 281.; Joachim F. Bentzien, *Der Unerlaubte Einflug*, (Dunker & Humboldt, 1982), S. 313.

46) 제4조 1(a) (b).

47) 동조 3항.

48) 제4조 제2항.

49) 제7조.

50) 84. 5.22.판결 84도 39.

51) 美國과 쿠바간의 航空機와 船舶의 拉致 및 기타의 犯罪에 관한 諒解覺書 제4조에서도 犯人이 순전히 정치적인 이유로 수배중에 있었을 뿐만 아니라 별다른 脫出의 방안도 없이 死刑의 급박한 현실적인 위협에 빠져 있었던 경우에는 乘客과 乘務員들에게 金品の 喝取나 加害行爲를 하지 않았다면 酌量減輕事由로 참작할 수 있도록 하였다. *A.J.I.L.*, Vol. 67(1973), p.535.

제는 제기될 여지가 없다. 52) 일부 국가에서 정치성을 이유로 납치범의 인도를 거절한 사례가 없는 것은 아니지만, 항공기납치의 정치범죄적 성격을 인정한 견해는 찾아 볼 수 없다. 53) 따라서 항공기납치사건은 흔히 정치성을 띠는 경우가 많기는 하지만 그 동기 여하를 가릴 것 없이 정치범임을 내세워 인도를 거부할 수는 없다. 오히려 이보다는 인도를 요청한 국가에서 범인의 기본적 인권이 침해당하리라고 볼 수 있는 정당한 사유가 있으면, 당해 범행의 성질 여하를 불문하고 인도거부의 사유로 원용할 수 있을 것이다. 54)

이와 같이 하이잭킹은 정치범죄로 볼 수 없고 다만 정치적 박해가 입증되면 量刑時의 酌量減輕事由로서나 또는 강제송환금지원칙(rule of non-refoulement)의 55) 적용이나 비호와 같은 난민조약의 관계규정이 적용되게 된다는 점에서만 법적 의의를 갖는다. 56) 대법원 판결에서는 범인들을 정치적 피난민으로 규정하였다. 그럼에도 불구하고 난민인가의 여부를 가리는 데에 있어서 핵심적인 중요성을 가진 정치적 박해의 입증문제에 대하여는 아무런 논급도 없었다. 그러나 그들이 중국내에서 정치적인 박해를 받았거나 받을 우려가 있다는 증거도 없었다는 점에서 과연 정치적 난민이였는가에 대해서는 회의적이라 할 수 있으며 이 점을 고려하여 대법원이 침묵한 것인지도 모른다.

한편, 헤이그협약에서는 범인 소재지국은 범인을 인도하지 아니한 경우에는 형사재판권의 행사에 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다. 사실 犯人の 인도여부는 韓·中間의 경우처럼 범죄인인도협정이 체결되어 있지 아니한 경우에는 우리 나라가 당사국이 인도를 하여야 할 의무는 없으며 여러 가지 사정을 고려하여 재판권을 행사하는 것은 법적으로 아무런 하자가 없다. 57) 이 사건에서 우리 법원이 주목한 요소는 항공기납치가 자유세계를 찾아 탈출할 수 있는 유일한 수단이었다는 점일 것이다. 그런데 8월 25일자 중국의 인민일보에는 당시 중국 국제법학회부회장이었던 陳體強의 글이 게재된 바 있다. 그는 납치범들에 대한 형량과 우리 나라 관할법원의 재판권행사에 대하여 이의를 제기하였다. 그는 중국이 문제의 항공기 등록국이며 이 사건 자체가 중국영공내에서 발생하였고 납치범과 절대다수의 피해자가 중국인이므로 중국이 관할권을 행사할 수 있는 자격을 가장 많이 가진 국가라는 점을 들어 우리 관계당국이 범인들의 인도에 응하지 않고

52) 현재도 難民, 政治的 難民과 政治犯의 概念이 혼용되어 온 것은 사실이다. Alona E. Evans, "Observations on the Practice of Territorial Asylum in the United States," *American Journal of International Law*, Vol.56(1962), p.149. 특히 難民과 亡命者라는 용어는

53) L.C. Green, "International Crimes and the Legal Process," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.29(1980), p.578.

54) 헤이그 協約도 政治的 性格을 띠는 航空機 拉致를 예외로 인정하지 않았으므로 政治的 冬期の 拉致行爲라 하더라도 引渡義務에 대하여는 아무런 영향도 미치지 아니한다, 최근 들어 이와 같은 경향은 兩者條約에도 그대로 반영되고 있다. 예를 들어 美國과 英國은 1985년 犯罪人引渡條約을 개정하여 拉致와 人質抑留 등의 행위에 대하여는 政治犯에 관한 例外的인 규정을 적용하지 아니하기로 명문화하였다.

55) 이 原則이 國際法上 확립되었는지의 여부에 관하여는 文俊朝, "北韓離脫住民의 法的 地位," 法制研究, 제12호(1997), pp.75-78. 참조.

56) 張孝相, 現代國際法, *op.cit.*, p.578.

57) *Ibid.*, p.582.

직접 심리한다는 것은 협약상의 의무를 성실하게 이행하지 아니하는 것이라고 비판을 하였다.

그러나, 헤이그협약과 동경협약의 모두 피납항공기의 착륙국과 범인의 소재지국에 인도 의무를 부과하고 있지 않다. 헤이그 제4조에서 재판관할권을 행사할 수 있는 국가로서 항공기 등록국, 착륙국, 전세비행기의 임차인의 본점소재지국이나 주소지국을 들고 있으며 (a)항에서 항공기등록국, (b)항에서 항공기착륙국을 열거하였다고 하여 열거순위에서 뒤진 국가의 재판관할권이 배제된다는 해석은 있을 수 없다. 오히려 피납항공기와 범인이 소재하는 국가가 범인의 인도여부에 대한 결정을 내려야 비로소 등록국이나 범인의 국적국의 형사재판관할권의 행사가 가능하게 된다. 몬트리얼 협약 제7조도 범인이 자국의 영역내에서 발견되었으면 그 국가는 범인을 인도하지 아니한 경우에는 범행장소가 자국의 영역내인지의 여부를 불문하고 사건을 관계 당국에 넘겨 소추하도록 규정하고 있다.

한편 우리 법원의 적용법조에도 문제가 없는 것은 아니다. 즉, 서울형사지법 제11부의 판결에서는 법령의 적용에 있어서 항공기납치사건의 점은 航空機運航安全法 제9조, 제8조 제1항, 刑法 제30조에 그리고 허가 없이 총포·화약류를 수입한 점은 총포·도검류를 수입한 점은 총포·도검·화약류단속법 제55조 1항, 제9조 1항, 형법 제30조에 해당한다고 밝혔다. 이어 입국허가서 없이 입국한 점은 出入國管理法 제88조 2호, 제8조 2항 1호, 刑法 제30조에 그리고 허가 없이 외국국적의 항공기를 대한민국 외에서 출발하여 대한민국 내에 도착하는 항행을 한 점은 航空法 제134조 1항, 제102조 1항 1호, 刑法 제34조 1항, 제31조 1항, 제30조에 해당한다고 판시하였다. 그러나 항공기납치사건에 있어서는 물론 반대의견이 없는 것은 아니지만 대체로 出入國管理法이나 關稅法의 적용을 배제해온 사실에 비추어 볼 때, 제1심 판결에서 출입국관리법의 일부 조항까지를 적용법조로 삼는 것이 과연 타당하였는지는 의문이다.

대법원 제2부의 판결에서도 出入國管理法 제88조 2호, 제8조 2항 1호의 위반의 범위는 대한민국 정부가 승인하지 아니한 국가의 국민이 재외공관의 장 또는 출입국관리소장이 발급한 외국인 입국 허가서를 소지하지 아니하고 입국함으로써 성립한다고 하여 원심의 판시이유와 달리 판시하면서도 결론에 있어 피고인들이 출입국관리법 위반의 점에 대한 공소사실을 유죄로 인정한 조치는 정당하다고 하였다. 대법원에서도 원심의 출입국관리법 위반부분을 그대로 적용하였다. 그들의 행위의 본질을 이루는 부분에 대하여 출입국관리법이나 관세법 위반을 적용하는 것이 타당한가 아니면 항공기납치범죄라는 개념의 내포로 보아 납치범을 엄벌에 처하게 되어 있는 헤이그 협약을 적용하는 것이 타당한가는 명약관화한 것이었다고 판단된다. 사실 그러한 행위에 대하여 본질과는 거리가 먼 출입국관리법 등 굳이 국내법을 적용하였어야 했는지는 의문이다. 58)

58) 航空機拉致事件에 있어서는 着陸後에도 대부분 出入國管理法이나 關稅法의 적용을 배제하여 왔다. Hailbronner, *op.cit.*

우리 나라의 항공기운항안전법은 폭력 또는 협박 기타의 방법으로 운항중인 항공기를 납치한 자는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하게 하고,⁵⁹⁾ 항공기납치범죄를 범하여 사람을 치사상하게 한 자는 사형 또는 무기징역에 처할 수 있게 하였다.⁶⁰⁾ 우리 나라 관할법원이 선고한 형량에 대한 중국측의 비판도 바로 이 항공기운항안전법의 규정에 집중되어 있다. 이 법 제3조는 동경협약 제1조의 규정에 의한 모든 범죄행위에 적용한다고 규정하고 있다. 동경협약은 형법에⁶¹⁾ 반하는 범죄뿐만 아니라 항공기와 그 탑승자의 안전을 위협하거나 그러한 우려가 있거나 항공기내의 재산기물을 위태롭게 하거나 그러한 우려가 있는 행위 기타 기내의 질서 및 기율을 해하는 행위에 대하여 적용된다.⁶²⁾

그런데 이 사건의 제1심판결에서는 재판권에 관한 변호인들의 주장과 관련하여 동경협약과 헤이그협약에 언급하였을 뿐이고 대법원에서도 역시 형사재판관할권에 관한 부분에서 헤이그협약 제1조, 제3조, 제4조, 제7조만을 들었을 뿐이었으며 양형과 관련하여 핵심적인 중요성을 가진 제2조에 대하여는 아무런 언급도 하지 않았다. 항공기운항안전법의 제정은 엄벌에 처할 수 있도록 할 의무가 있다는 헤이그 협약 제2조를 무력으로 항공기를 납치한 범죄에 대한 정의 및 제재를 국내법으로 법제화하도록 한 의무규정으로 보려는 견해가 있으나⁶³⁾ 반드시 그러한 뜻으로만 해석하는 것은 문제가 없지 않다. 사실 항공기운항안전법이 제정되어 있지 않다 하더라도 국내법의 흠결을 이유로 국제법의 의무를 면탈할 수 없다는 것을 하나의 확립된 국제법원칙을 감안해 볼 때 헤이그협약의 규정만으로 납치범죄의 처벌이 불가능하지는 않다. 또한 재판권의 행사와 범인의 인도를 재량으로 선택할 수 있도록 한 동 협약의 취지에도 반한다. ⁶⁴⁾

6. UNHCR, UN 전문기구 및 NGO의 역할과 한계

국제연합고등판무관(United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR)은 1951년 국제연합 총회의 결의에 의하여 설치된 후 난민에 대한 지원과 보호에 관한 업무를 수행하고 있다. UNHCR 規程 제1조에 의하면 난민에 대하여 국제적인 보충 제공하고 난민의 자발적인 본국귀환 또는 새로운 국가사회내에 동화를 할 수 있도록 각국 정부를 지원하는 것을 그 임무로 하고 있다. 앞서 언급한 바와 같이 UNHCR도 보호 대상이 되는 난민이 정치적 박해를 받는 자임을 전제로 하여 그 임무를 수행하여 왔으나, 최근의 난민상황이 전통적인 난민의 범주에 속하지 아니하면서 여러 가지 복합적인 사유로 인한

59) 제8조 1항.

60) 제9조.

61) 이 協約 제3조 또는 제4조에 의하여 재판권을 행사하는 국가의 刑法을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. Sami Shubber, *Jurisdiction over Crimes on Board Aircraft*, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1973), p.154.

62) 제1조 1 (a)(b).

63) 閔丙國, “大韓民國이 中共의 民航機拉致犯에 대한 刑事裁判管轄權을 행사할 경우의 國際法的인 問題點,” 大韓辯護士協會誌 통권 87호 1983년 6월 30일, p.40.

64) 張孝相, 現代國際法, p.579.

인권침해를 피하여 본국을 이탈하여온 자들에 대한 관심을 갖지 않으면 안되게 되었으므로 이러한 새로운 범주의 자들에게도 보호와 지원을 하는 업무까지도 수행하고 있다. ⁶⁵⁾ 국제연합 총회와 사무총장이 국내에서 난민과 유사한 상황에 처한 국내유민(internally displaced people)의 보호와 지원을 하도록 한 것도 이러한 최근의 상황변화를 반영한 것이다. 이에 따라 보스니아와 헤르체고비나의 국내유민 등에 대한 인도적인 구호활동을 한 것은 최근의 UNHCR의 업무수행을 파악하는데 좋은 예가 될 것이다. 그런데 이러한 UNHCR의 활동은 개개의 난민에 대한 지원이외에도 대규모 난민 또는 유민의 발생과 관련하여 활발하게 진행되고 있으며, 앞서 언급한 바와 같이 난민에게 비호를 부여하고 자국영역내에서 난민자격을 인정하는 각국 정부의 권한까지 대신하는 것은 아니다. 물론 UNHCR이 국제연합의 전문기구들과 협력하여 대규모 난민 또는 유민에 대한 지원사업을 하는 등 중요한 역할을 하고 있는 것과 동시에, NGO의 역할도 최근 대단히 중요시되고 있고 실제로 대단히 활발한 활동을 통하여 개별적으로 또는 UNHCR과의 긴밀한 협력을 통하여 UNHCR의 업무를 지원하고 있다는 점도 주목할 점이다. NGO가 다른 분야에서 마찬가지로 인권관련 분야에서도 그 역할의 중요성이 날로 커지고 있는 것만은 사실이다.

7. 결론

앞서 언급한 바와 같이 UNHCR, 유엔의 전문기구 및 NGO가 난민의 국제적인 구호와 지원에 대하여 대단히 중요한 역할을 수행하고 있으며 이러한 경향이 최근의 난민 또는 유민의 발생상황을 고려하여 볼 때 더욱 커질 것으로 예상된다. 그러나, 이들이 난민의 정착에 대한 결정적인 역할을 할 것으로 기대하기는 어렵다. 이러한 점에서 국제사회에서는 적어도 국가주권의 원칙을 뒤흔들 수 있는 기반이 조성되어 있지는 못하는 것을 알 수 있다. 따라서 적어도 전통적인 난민 자체에 대한 비호의 부여와 자국내의 정착을 지원하는 것은 역시 국가의 업무임에는 틀림없다. 물론 UNHCR, 유엔의 전문기구 및 NGO의 활동과 여론 조성이 국제난민법의 새로운 방향과 국가에 대한 압력으로 작용할 수 있다는 점을 간과해서는 안된다.

그러나, 이 글에서는 주로 난민과 국가의 처리관행 및 그에 따른 법률문제등을 검토하였다. 이와 더불어 우리 나라의 관행도 아울러 검토하였으나, 현재까지 우리나라에 직접 난민이 비호를 요청한 경우는 찾기 어렵고 제3국으로의 정착을 위한 중간기착지로 우리나라를 이용한 경우가 있을 뿐이다. 이러한 점에서 우리 나라의 난민관련 관행에 대한 법률적 분석은 한계가 있을 수밖에 없지만, 이를 통하여 간접적으로 우리 나라의 입장을 살펴보는 수밖에 없을 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리 나라의 난민의 처리에 대한

65) UNHCR, *UNHCR, The State of the World's Refugee -In Search of Solutions*(New York:Oxford University Press Inc., 1995). 참조.

입장이 다른 선진국과 크게 다르다고 말할 수는 없다.
 또한 난민의 인권과 관련하여서는 국제법상 많은 발전이 이루어지고 있고 심지어 비호권을 개인의 인권의 하나로 보고자 하는 견해도 일찍이 등장할 바 있지만, 국가의 관행으로 보아 그러한 주장이 국제난민법의 일부가 되기에는 아직 시기상조이다. 난민 또는 유민에게 일시적인 구호 및 국제적인 여론의 조성을 이끌어내는 데는 UNHCR, UN전문기구, NGO 등의 역할이 클 수 있으나, 난민의 항구적인 정착을 위한 최종적인 결정권은 개개의 국가에 있다는 점을 강조하지 않을 수 없다.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

人權과 刑事法の 機能

— 박 미 숙 —



人權과 刑事法의 機能

박 미 숙(법학박사, 한국형사정책연구원 선임연구원)

I. 들어가는 말

형사사법에 있어서 국민의 자유와 권리를 실질적으로 부당하게 침해하지 않는 정당한 법 다시 말하면 헌법합치성을 갖는 법을 제정하고 정당한 사법절차에 따라 그것을 정당하게 적용하여 국민적 공감에 의하여 지지되는 형벌을 범인에게 가하는 것은 매우 중요하다. 형벌권실현은 우선 헌법에 규정된 인권보장의 요청을 충족하여야 한다. 인간존엄성, 평등한 형벌적용, 기본권의 본질적 내용에 대한 침해불가능성, 형벌제재의 최후수단성과 최소필요성 그리고 법의 적정절차보장은 형벌권실현의 한계가 된다. 1998년 새정부 100대 과제로서 인권보장과 사법서비스의 획기적인 개선이 국가정책의 우선순위에 포함되어 있다는 것은 아직 우리가 인권보장에 충실한 형사사법체계를 갖지 못하다는 점을 점을 반증하는 것이기도 하다. 여기서 세계인권선언을 비롯한 각조의 국제인권규약 등에서 천명한 문명국가 수준에 준하여 형벌권발동의 실제적 · 절차적 조건이 보장되고 있는가. 그리고 실질적으로 법과 현실이 어느 정도 일치하는가 하는 점도 살펴볼 필요가 있다. 인권보장의 국제적 수준과 형사법의 기능에 비추어 현행 형사절차에서 피의자 · 피고인의 인권보장방안의 현황과 문제점을 검토하여 인권보장을 위한 형사법의 기능을 재조명해보고자 한다. 마지막으로 행형단계에서 특히 미결수용자의 처우와 관련하여 현황과 개선방향을 제시하고자 한다.

II. 형법체계와 인권

형사법에 의한 제재는 개인에게 가장 고통스러운 물리적 강제력을 수반하는 법률 효과이다. 따라서 형법을 적용함에 있어서 부득이한 경우, 즉 다른 통제수단을 이용할 수 없거나 이용하기 어려운 경우에, 또 형벌에 의해 초래되는 불이익보다 더 큰 해악을 제거하기 위하여 최후수단으로 가해져야 한다. 이는 국민의 자유에 대한 제한은 예외적인 경우에만 가능하다는 헌법 제37조 제2항에 따른 헌법원리일 뿐만 아니라, 형법의 한계원리이기도 하다. 따라서 법치국가 헌법하에서 형법의 목적이나 역할은 국가의 형벌권행사의 한계를 명확히 하여 자의적인 형벌로부터 국민의 자유와 권리를 보장하는데 있다. 형법이 일반국민의 권리장전으로 불리는 것도 그러한 이유에 기인한다.

형법의 인권보장기능을 담보하기 위해서는 어떤 행위가 법익을 보호하기 위한 범죄행위인가 하는 점이 법률로써 먼저 결정되고, 그러한 범죄행위에 대하여 적정한 형벌이 가해져야 한다. 그리고 범죄구성요건과 형벌은 명확해야 한다(명확성의 원칙). 이러한 의

미의 죄형법정주의는 국가의 강력한 형벌권행사 및 남용으로부터 국민의 자유를 보장할 수 있는 기준으로서 헌법(제12조 제1항, 제13조 제1항) 및 형법(제1조 제1항)의 기본원칙이다. 오늘날 현대적 의미의 죄형법정주의는 어떤 법률이라도 있으면 범죄이고 형벌있다는 형식적 의미의 죄형법정주의가 아니라 적정한 법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다는 실질적 의미의 죄형법정주의를 의미한다. 죄형법정주의는 어떤 행위를 범죄로 할 것인가를 결정하는데 중요한 한계원칙이 된다. 일정한 경미범죄에 대하여까지 범죄로 하여 형벌을 가하는 것은 이미 죄형법정주의에 반하는 것으로 보아야 한다.

이런 전제위에서 현행 형사법체계를 살펴보기로 하자. 현행 형법체계를 보면 일반 형법보다 특별형법에 의해 규율되고 있다고 해도 과언이 아니다. 형사특별법은 개별사안에 대응하여 구체적인 조치를 입법화한 법률이고 따라서 일반법에 대한 예외로서의 특성을 갖는다는 점에서 구성요건과 법률효과가 명확할 것을 요청하는 것은 당연하다. 그런데 현행 형사특별법에 의해 운용되는 사법체계는 물론 입법과정을 보면 과연 인권보장에 있어서 형법의 기본원리가 제대로 실현되고 있는지 하는 점에 의문이 제기된다.

먼저 형사특별법에서 범죄구성요건을 새로이 만들거나 변경하는 경우에 그 구성요건 개념이 불명확하거나 광범위한 경우가 많다. 예컨대 국가보안법 제7조 제1항의 찬양·고무·동조죄는 그 불명확한 구성요건개념의 대표적인 예이다. 결국 이는 규정의 사문화를 초래할 뿐만 아니라, 법적용상의 형평을 상실하도록 하여 국민의 자유와 권리를 보장한다는 형법의 기능에 대한 중대한 장애가 된다.

그 다음으로 형사특별법은 범죄예방을 위해서 강한 형법을 지향한 법률형태로서 대부분 형가중규정을 두고 있다. 그런데 법정형의 상한과 하한이 지나치게 광범위하여 특정 범죄행위에 대한 법률효과를 예측할 수 없는 경우가 많다. 이는 그 구성요건과 법률효과를 명확하게 규정하여 법관의 자의를 방지하고, 동시에 국민으로 하여금 어떤 행위가 형법에 금지되어 있고 그 행위에 대한 법률 효과가 무엇이다라는 것을 예측할 수 있도록 해야 한다는 죄형법정주의에 반한다. 무엇보다 형가중이라는 법률효과는 일반예방이라는 형벌목적에 비추어서도 정당성을 인정하기가 어렵다. 왜냐하면 타인 즉, 잠재적 범죄자를 위하하기 위하여 과중한 형벌을 가하는 것은 범죄자를 범죄예방의 수단으로 이용하는 것이고 이는 헌법의 인간존엄성보장이라는 대원칙에도 반하기 때문이다.¹⁾

1) 헌법재판소(헌재 90헌바24호, 1991.4.28.선고) 또한 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의 제2항 1호에 대한 헌법소원사건에서 '형벌을 가중하는 특별법의 제정에 있어서도 형벌위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구와 그에 따른 입법상의 한계가 있는 것이며, 나아가 입법자가 법관들에게 구체적으로 양형을 선고함에 있어서 그 책임에 알맞는 형벌을 선고할 수 있도록 형벌 개별화의 원칙이 적용될 수 있는 폭넓은 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가원리를 구현하여야 하는 헌법적 제약이 불가피하다... 이러한 점에서 특정범죄가중처벌등에 관한 법률은 그 가중처벌의 정도가 지나쳐 현실적으로 폭넓게 활용될 수 없는 법정형을 정하여... 오히려 이러한 맹목적인 가중처벌의 법정형이 범죄자의 생존권을 부정하는 것은 지나치게 가혹한 형벌이어서... 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백하다'고 판시하였다.

이미 말한 바와 같이 죄형법정주의에 따라 형사실체법은 어떤 행위를 형벌로 처벌할 것인가 하는 점에서 명확한 한계가 설정되어야 한다. 경미한 범죄를 규율할 것을 목적으로 한 경범죄처벌법은 그 원래의 취지에도 불구하고 경미한 범죄 일반을 규율하고 있는 일반법이라고 할 수 없다. 다만 범죄의 예방, 공공의 안녕질서 유지 및 경찰목적의 달성을 위해 51개의 특정유형만을 선별적으로 규정한 것에 불과하다. 경범죄처벌법이 일반 경미범죄의 실질적 기준이 되지 못할 뿐만 아니라, 경범죄처벌법상의 구성요건도 각 위반행위의 보호법익이나 형벌필요성, 위반행위에 대한 제재의 효과 등을 적절하게 고려하지 않은 경우가 많다. 그리하여 형법상 구성요건과 중복되거나²⁾ 명확하지 않은 개념³⁾이 사용되기도 한다. 형법은 최후의 통제수단이나 인권보장장치로서가 아니라, 사회의 기초질서에 대한 가장 편리한 통제수단으로 이용되고 있을 뿐이다.

이상과 같은 현행 형법체계에 비추어 인권보장장치로서 형법의 본래적 기능을 발휘하고 있지 않다는 것을 알 수 있다. 앞으로 사회는 더욱 전문화, 복잡해지고, 이에 따라 범죄도 증가, 다양화하는 추세인데, 그때마다 각 사안에 특별하고 가중형태로써 대처해가는 것은 형법의 특성에 바람직하지 않다. 인권보장장치로서 형법의 기능회복이 절실히 요청된다.

III. 형사절차에서의 인권보장

1. 헌법적 형사절차와 현행법

형사절차에서는 형사절차법정주의와 무죄추정원칙을 기반으로 하여 현대에 들어와 인권보장을 그 핵심으로 하는 법의 적정절차이념의 존중과 더불어 헌법적 형사소송이 발전되어 왔다. 특히 1948년의 세계인권선언을 통해 각국의 헌법은 이 선언의 인권보장이념을 형사절차의 근본규범으로 받아들이기에 이르렀다. 세계인권선언 제10조4)의 공정한 재판을 받을 권리는 사실상 근대 이후 인권개념 가운데 제1세대 인권⁵⁾ 전통적인 자유와 권리의 중요한 내용으로 인정되어 왔다. 그리고 형사범죄로 기소된 자는 자신을 변호하기 위하여 필요한 부가적이고 특정한 권리를 갖는다(세계인권선언 제11조, 국제인권규약 제14조 제2-7항, 제15조, 유럽인권조약 제6조 제2-3항, 제7조). 형사범죄로 기소된 자는 무엇보다도 먼저 법률에 의해 유죄로 입증되기까지는 무죄로 추정된다.⁶⁾ 이러한 변호인의

2) 예컨대 경범죄처벌법 제6호 시체현장변경, 제12호 업무방해, 제18호 의식방해가 이에 해당한다.

3) 제16호 오물방치의 '더러운 물건', 제24호 불안감 조성의 '귀찮고 불쾌하게' 또는 '험악한 문신', 및 제41호 과다노출의 '지나치게 내놓거나'등이 이에 해당한다.

4) 모든 인간은 자신의 권리와 의무 그리고 형사소추에 관하여 재판을 받게 될 때 독립적이고 공평한 법정에서 공정하고도 공개적인 심문을 완전히 평등하게 받을 권리가 있다.

5) 유네스코한국위원회, 인권교육 어떻게 할 것인가, 1997, 24쪽.

6) 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 자기에 대한 기소의 성질 및 이유를 통지받을 수 있고

2) 변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것과 본인이 선임한 변호인과 연락을 할 수 있고

조력을 받을 권리와 무죄추정의 원칙은 모든 현대 형법의 본질 자체를 구성하는 권리며 원칙이다. 이들 형사절차상의 기본권리는 국제인권규약 제15조에 의해 죄형법정주의 원칙과 그 파생원칙으로서 형벌 및 입법불소급의 원칙, 명확성의 원칙이 보장된다는 전제위에서만 그 의미가 있다.

현행 헌법 또한 형사절차적 기본권과 관련한 보장규정을 많이 두고 있다. 헌법 전문에서 자유민주주의의 기본질서와 기회의 균등한 보장을 선언하고 법의 적정절차의 보장에 관한 총괄적 규정(제12조 제1항), 영장주의 · 피구금자의 변호권 · 국선변호인선임권 · 고문금지 · 묵비권 · 자백배제법칙 · 구속적부심사 청구권(제12조 제2-7항), 이중위험금지의 원칙(제27조 제4항), 기본권존중에 관한 기본적 선언(제10조), 평등의 원칙(제11조), 기본권제한의 예외적 규정(제37조)을 두고 있다. 형사소송법의 과제는 헌법상 보장된 이들 절차적 기본권리를 형사절차에서 구체적으로 실현하는데 있다. 이런 점에서 형사소송법은 일반국민과 피의자 내지 피고인의 인권보장의 보루로서도 기능을 갖는다고 하겠다.

현행 형사절차법은 실제법과 달리 기본적으로는 권위주의적 형벌권실현이라는 전통위에서 대륙의 형사절차를 받아들였고, 부분적으로는 영장제도나 증거법상의 기본원칙들은 영미법의 영향을 받아들여 인권보장적인 형사절차적 규정을 두었다. 그럼에도 불구하고 인권에 관한 논의는 사실상 1990년대 이전에는 정치적 상황과 맞물려 주로 정치적 자유와 이에 관련되는 몇몇 부분에 한정되어 논의되어 오다가 1990년 이후 소위 시민적 민주주의의 확보 이래 점차 일반 형사절차에서의 적법절차의 확보의 문제로 자리잡으면서 이에 관한 논의의 장이 확대되기에 이르렀다. 김영삼대통령 때의 사법개혁문제도 그동안 쌓여왔던 전관예우를 둘러싼 법조부조리, 고액의 변호사수임료, 변호사와 검사 그리고 판사의 유착 등의 문제가 도화선이었으나 민 · 형사절차에서 일반 국민이 겪는 기본권침해에 대한 문제인식도 중요한 원인이었음은 주지의 사실이다.

1995년의 형사소송법 개정(1997.1.1.시행)은 1953년 현행 형사소송법의 제정 이후, 정치 경제 사회 등 모든 영역에서의 발전과 변화로 인한 법규범과 현실간의 괴리를 해소하고 민

- 3) 부당한 지체없이(이 표현은 유럽인권협약 제6조 제2항에 의하면 '합리적인 시간내에'(within reasonable time)으로 라고 규정되어 있다) 재판을 받을 수 있고,
- 4) 본인의 출석하에 재판을 받고, 본인이 직접 선임한 자의 법적 조력을 받을 것과 필요한 경우 내지 자력 없는 자의 경우 무료로 법적 원조를 받을 수 있고, 만약 법적 조력을 받지 못하는 경우 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 통지를 받을 것.
- 5) 자기에게 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문받도록 할 것과 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자기에게 유리한 증인을 출석시켜 신문받도록 할 것.
- 6) 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 또는 말할 수 없는 경우에는 무료로 통역의 도움을 받을 수 있고
- 7) 자기에게 불리한 진술 또는 유죄의 자백을 강요당하지 않을 것
- 8) 유죄판결시 상급법원에 재심청구를 할 수 있고
- 9) 오판시에 보상을 받을 수 있고
- 10) 같은 범죄로 다시 재판을 받아 처벌되지 않는다(이중처벌의 금지).

주화의 결과에 따른 기본권보장의 강화요청에 실질적으로 부응할 필요에 의한 것이다. 범죄행위에 대한 적정한 절차를 규정한 형사소송법은 그 시대의 인권관념을 반영한 거울일 수 밖에 없고, 형사소송법의 변화 또한 이러한 인권관념의 변화를 민감하게 반영할 필요가 있기 때문이다. 현행 형사소송법은 형사피의자 · 피고인의 신체의 자유박탈로서의 인신구속제도에 관하여 구속전 피의자심문제도를 통해 구속에 있어서 영장발부여부의 심사를 임의적이거나 할 수 있게 한 점(제201조의 2), 체포영장제도의 도입(제200조의 2), 구속적부심사 과정에서 피의자에게도 판사의 재량에 속하는 보석을 허용한 점(제214조의 2 제4항) 등 그동안 구속제도의 문제점으로 제시되어 온 부분을 수용하여 인권의 국제적 수준에 맞추려고 했다는 긍정적인 측면을 갖는 것도 사실이다. 그러나 그동안 범죄의 급증과 이에 따른 사건처리의 부담경감을 위해 형사절차의 신속한 진행을 도모하면서 지나치게 수사 · 재판의 편의와 합리성을 제고하기 위해 인권보장이념이 후퇴한 것은 아닌가 하는 점에서도 문제가 제기되고 있다.7) 그리고 형사소송법 개정논의에서 포함되어야 할 것으로 기대되었던 수사절차에서 피의자에게 충분한 변호인의 조력을 받을 권리가 포함되지 못했다는 것은 큰 문제점으로 남아 있다.8)

7) 대표변호사제도(형사소송법 제32조의 2 제3항 및 제4항)는 이미 형사소송규칙에 의하여 도입된 제도이고, 소송지연을 목적으로 하는 기피신청(형사소송법 제20조 제1항)은 결정에 의하여 기각해야 한다는 점도 이미 판례에 의하여 인정되고 있다. 문제는 간이공판절차의 심판대상을 확대(제286조의 2)한 것과 현행 형사소송법상 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 결석재판(제277조의 2, 제458조 제2항)을 할 수 있게 하는 것이 타당한가 하는 점이다. 특히 결석재판과 관련하여 문제되는 것은 집단공안사건으로 구속된 피고인이 법정투쟁의 일환으로 출석을 거부하고 교도관리에 의한 인치도 불가능한 경우이다.

원래 형사소송법의 기본원칙인 직접주의 원칙에 따르면 피고인의 직접심문에 의해서 올바른 심증형성이 가능하고 이에 따라 적정한 판단을 할 수 있다. 세계인권선언 제10조에서 공정하고 공개적인 심문을 받을 권리를 인정하고 있는 것도 이런 의미이다. 결석재판의 확대는 현행 형사소송법상의 공판중심주의의 이념을 퇴색하게 할 뿐만 아니라, 피고인의 방어권행사에 중대한 지장을 초래하며, 관료적 소송추진정책만이 있을 있을 뿐이라는 비판을 면하기 어렵다. 다만 일정한 경우에까지 결석재판을 인정하지 않으면 소송의 지연으로 인한 개인적 국가적 손실 또한 클 것이므로 예외적인 경우에 한하여 이를 인정하는 것이 어쩔 수 없다. 즉 피고인의 방어권을 보장하고 재고의 기회를 부여한다는 의미에서 구속피고인이 출정을 2회 이상 거부하고 피고인을 인치할 수 없는 예외적 경우에만 결석재판이 가능하도록 하여야 한다.

간이공판절차의 심판대상을 모든 범죄의 공판정자백사건으로 확대함으로써 경미한 자백사건 뿐만 아니라, 정식절차의 신중한 심리를 필요로 하는 사건에 대하여도 간이공판절차를 편의적으로 운용할 수 있는 가능성을 열어두었다. 따라서 현행 형사소송법의 간이공판절차는 신속한 재판을 위하여 적정절차를 희생시킬 우려가 있다는 비난을 면하기 어렵다.

8) 예컨대 경찰에서 피의자신문단계에서의 국선변호인제도는 사실상 법과 현실의 괴리가 가장 큰 영역이라고 하겠다. 그럼에도 불구하고 실무에서는 형사소송법상 명문규정이 없음을 이유로 인정하지 않고 있다. 피의자신문시에 국선변호인의 조력을 받을 권리는 이미 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리에서 도출될 수 있다. 학설상으로도 헌법상 피고인이라는 개념에는 형사절차상의 모든 피의자 · 피고인이라는 의미에서 피의자도 포함시킬 수 있다고 해석한다. 물론 보다 충실한 인권보장을 위해서는 법문에 가능한 한 명확한 규정을 해두는 것이 요구된다. 구속된 피의자 피고인의 변호인과의 접견교통권에 관하여는 아무런 제한 없는 변호권의 보장이 헌법의 기본원칙이다. 따라서 수사기관의 피의자신문중에도 변호인이 참여하여 피의자의 정당한 권리행사를 권고하는 것도 해석상 헌법의 기본권보장취지에 적합한 것으로 이해할 것이 요구된다.

한편 인신구속제도에 관한 개정내용 가운데 특히 구속전 법원에 의한 피의자심문제도는 시행후 1년도 채 안되어 다시 폐지 내지 완화를 둘러싼 법원 · 검찰 사이의 공방을 불러일으켰고, 결국 형사소송법을 재개정하기에 이르렀다. 그러나 이 문제를 둘러싼 논의가 완전히 그친 것이라고 보기는 어렵다. 이는 종래 형사절차의 목적 · 기능으로 인정받던 범인처벌은 더 이상 유지될 수 없음은 분명하지만, 그렇다고 하여 형사사법이 인권보장과 관련하여 어떠한 방향으로 나아가야 할 것인가에 관하여 분명한 좌표를 갖지 못한데서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 현재 형사절차실무를 보면 형사소송법의 규정이나 운영상황이 헌법의 규정과 원칙을 제도적으로 충분히 구체화 실질화하고 있지 않다. 오히려 그 제도적 보장을 훼손하거나 형해화시키고 있는 것이 문제이다. 여기서 형사절차법과 헌법상의 인권보장원칙과의 불일치현상을 헌법정책적 관점에서 해석하거나 입법에 의해 극복하려는 보다 적극적인 방안이 모색되어야 할 필요가 있다. 이러한 전제를 바탕으로 하여 형사절차상 인권보장책의 주요내용을 다루어보기로 한다.

2. 무죄추정원칙의 보장

in dubio pro reo원칙 즉 의심스러운 때에는 피고인에게 유리하게'의 핵심내용으로서 무죄추정원칙은 세계인권선언 제11조 제1항에서 선언하고 있는 원칙으로서 현행 헌법 제27조 제4항에서 규정하고 있는 형법의 중요한 형성원칙일 뿐만 아니라, 형사소송법 제275조의 2에 의해 '피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 점에서 중요한 증거법칙이기도 한다.

형사절차는 혐의자를 가려내어 유 · 무죄를 결정하고 유죄판결을 받은 자를 적절히 사회로부터 배제하는 기능만을 강조할 때 사실발견의 결과만이 중요하다. 수사절차에서 무죄일 것 같은 자는 배제되고 유죄라고 추정되는 사람만이 절차의 대상에 포함된다. 따라서 행위자가 수사절차과정에 있다는 것은 이미 유죄의 추정을 받고 있다는 것을 의미한다. 이런 입장에서는 경찰 · 검찰 등 사법관리의 사실발견능력에 대한 깊은 신뢰가 전제된다.

그러나 형사절차는 국가의 형벌권실현절차로서 근본적으로 공정하고 적정한 절차여야 하며 이로써 국가의 부당한 형벌권행사로부터 피의자 · 피고인의 헌법상 보장된 권리를 보장하는 절차로서 파악하는 경우에는 사실발견과정의 오류가능성을 강조한다. 따라서 유죄의 추정하에 무리하게 사실을 밝히려는 행위(고문이나 폭행 · 협박 등에 의한 위법수사, 부당한 장기구속)를 해서는 안 되며, 형사절차상 인권보장을 위해 노력해야 할 뿐만 아니라, 이들 위법행위에 대하여는 그 구제를 요구할 수 있다. 왜냐하면 행위자는

대검찰청은 1999.1.22일 내년부터 수사단계의 체포 · 구속 피의자에게 국선변호대상을 확대하기로 했다고 밝혔다. 이는 그동안 재판중인 피고인만 대상으로 한 현행 국선변호인 제도가 수사단계의 피의자 방어권보장에 미흡하다는 지적에 따른 것이다. 체포 · 구속된 피의자를 위한 국선변호인으로 법률구조공단에 배치된 공익법무관을 활용할 것이라고 한다.

9) 한국형사정책연구원, 구속영장청구와 피의자심문, 제21회 형사정책세미나, 1997/11 참조.

유죄의 확정판결이 있기까지는 무죄로 추정되기 때문이다. 예컨대 비록 행위자가 범행 현장에서 체포되어 진범임을 자백한 경우라고 할지라도 무죄의 추정이 의미하는 바는 다르다. 물론 행위자가 범죄를 저지르지 않았다고 말할 수는 없다. 다만 무죄의 추정이란 법적으로 그러한 결정을 할 권한이 있는 자에 의해 유죄의 판결이 있을 때까지 혐의자는 무죄인 것처럼 취급되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 무죄의 추정은 형사사법관리로 하여금 그들을 다루는데 있어서 나아가야 할 방법에 대한 방향을 의미할 뿐, 결과의 예견이 아니다.¹⁰⁾ 다시 말하면 무죄의 추정은 사실상의 가능성일 수 있는 것에 대하여 형사사법관리로 하여금 그들의 눈을 감아달라고 주문하는 것이다. 이런 의미에서 유죄의 추정은 기술적이고 사실적인 데 반하여 무죄의 추정은 규범적이고 법적이다.

무죄추정원칙하에서는 행위자의 유죄임을 증명하는 모든 가능성과 신뢰할 만한 증거에 기초하여 그가 사실상 범죄를 행했다는 것만이 중요한 것은 아니다. 여기서는 그의 유죄가 절차적으로 정당한 방법으로 밝혀졌는지, 그리고 형사사법기관은 그에게 정당하게 부여된 자격범위내에서 권한을 갖고 사실발견을 행했는지 하는 점이 중요하다. 형사절차에서 피의자 · 피고인을 보호하기 위한 다양한 장치들이 충분히 보장받지 않은 상태에서 유죄를 선고해서는 안 된다.

3. 불구속수사

피의자에 대한 불구속 수사원칙은 피의자의 인권보호 특히 무죄추정의 원칙보장을 위해 중요한 의미를 갖고 있으며 실무에서도 매우 강조되고 있지만, 제대로 지켜지지 않는 경우가 많다.

구속은 범죄에 대한 응징수단이 아니며 유 · 무죄의 판단기준도 아니다. 단지 일정한 구속사유 즉 증거인멸과 도주의 우려가 있는 경우에 신병확보를 위한 수사기관의 강제처분일 뿐이다. 따라서 형사소송법상의 구속으로써 다른 목적 예컨대 구속을 통한 범죄응징, 또는 구속에 의한 일반예방적 효과 등을 달성하려는 것은 절차적 수단인 구속으로써 형벌을 대체하는 결과가 된다. 구속을 형벌의 일종으로 파악하는 입장은 무엇보다 헌법상의 무죄추정의 원칙에 대한 중대한 침해가 된다고 해야 한다.

그럼에도 불구하고 불구속수사와 관련하여 실무상 끊임 없이 문제가 제기되고 있다. 최근들어 생계형 범죄의 증가와 단순과실사고에서도 합의율이 낮고, 또 영장실질심사제도가 임의심사로 개정되면서 오히려 구속자수가 늘고 있다고 한다. 이로 인해 수용자의 과밀현상은 더 이상 묵과할 수 없는 상황에 이르렀고 이로 인한 인권침해가 심각해졌다고 한다. 이와 같은 구속수사로 인한 인권침해를 방지하기 위하여 최근에 법무부에서는 구체적으로 기준을 제시하여 '구속사유를 지나치게 폭넓게 해석하거나 수사상 편의를 앞세워 영장을 남발하는 경우'에는 인사상 불이익을 주겠다는 내부 방침까지 세워두고 있

10) H.L.Parker, Two Models of the Criminal Process, in : Criminal Justice - Law and Politics, Brooks/Cole Publishing Company, 1988, 22쪽.