

이달의 민변

권두언

- 살아 움직이는 사회를 위하여 / 조준희

특집 12·12와 5·18 재판 평가와 과거청산의 과제

- 12·12와 5·18 재판에 대한 평가 / 차병직
- 재판을 통해서 본 5·18의 정치사회적 의미 / 김상곤
- 12·12와 5·18 재판 이후의 과거청산 : 과제, 원칙, 전략 / 곽노현

외부에서 본 민변

- 로스앤젤레스에서 본 민변 / 이수형(뉴스플러스 기자)

판례소개

- 노동조합선거관리위원회가 가지는 선거무효결정 권한의 한계 / 김우진
- 미국 통신품위법의 위헌판결문 요지와 분석 / 고연금 (번역)

- 남북교류협력에 관한 법률에 대한 비판적 고찰 / 김인희
- 공정거래법 개정안에 대한 평가 / 김석연
- 환경소송 상의 주요쟁점과 기획방안 / 오종한(환경위원회)

노사관계개혁위원회 관련 활동보고

- 경과보고 / 김선수
- 노사관계개혁 시민사회단체 공동대응을 위한 의견조사서 / 사무국

신입회원 인사

- 박영립, 정주식, 허경미

기행 / 수필

- 운수 나쁜 날 / 이석태
- 이유정의 하루감옥체험기 / 이유정
- 미국 유학기 / 김선수

인권영화소개

- '데드 맨 워킹'을 보고 떠오른 몇가지 생각 / 조광희

활동보고 / 성명서

**민주사회를
위한 변호사모임**

영구보관

목차

권두언 / 1

살아 움직이는 사회를 위하여 / 조준희 / 1

특집 12·12와 5·18 재판 평가와 과거청산의 과제 / 3

12·12와 5·18 재판에 대한 평가 / 차병직 / 3

재판을 통해서 본 5·18의 정치사회적 의미 / 김상곤 / 19

12·12와 5·18 재판 이후의 과거청산 : 과제, 원칙, 전략 / 광노현 / 32

외부에서 본 민변 / 41

로스엔젤레스에서 본 민변 / 이수형(뉴스플러스 기자) / 41

판례소개 / 45

노동판례 :

노동조합선거관리위원회가 가지는 선거무효결정 권한의 한계
/ 김우진(노동위원회) / 45

인터넷 관련 판례 :

통신품위법 관련 미국시민자유연합(ACLU) 대 미연방 법무장관 민사소송
판결문 요지 및 분석 / 고연금(번역) / 50

남북교류협력에 관한 법률에 대한 비판적 고찰 / 김인희 / 67

공정거래법 개정안에 대한 평가 / 김석연 / 90

발행일 : 1996. 9. 10

발행단체 : 민주사회를 위한 변호사 모임

발행인 : 최영도 회장

편집 : 출판·홍보위원회

살아 움직이는 사회를 위하여

조준희 회원

우여곡절 끝에 12·12, 5·18사건에 대한 제1심 판결이 선고되었다. 주요공소사실 대부분에 대한 유죄인정, 전·노 두 전직대통령에 대한 사형과 징역 22년 6개월의 중형, 몇몇 기업총수들에 대한 실형선고 등등 …….

그 재판 자체가 갖는 역사성 때문에 판결결과의 적절성 여부와는 관계없이, 이를 지켜보는 국민들의 감회는 실로 컸다.

비록 미확정의 제1심 판결이기는 하나, 그것은 지난 한시대, 우리 사회를 그토록 분열, 타락시키고 급기야 사회해체로까지 몰고 갔던 폭력쿠데타와 억압, 정경유착과 총체적 부패 구조에 대한 역사의 단죄이었다. 『성공한 쿠데타』도 반드시 처벌된다는, 아니 나아가 민주법치국가에 있어서 쿠데타는 결코 성공할 수가 없다는 명제를 법의 이름으로 선언하면서 우리가 갖고 있는 민주사회 특유의 자기 복원력(自己復元力)을 재확인해 준 것이었다.

그럼에도 불구하고, 우리는 그 재판에서 드러난 몇 가지 양상, 그것과 결코 무관하지 않다고 보여지는 사회일각의 심상치 않은 분위기를 체감하면서 한가닥의 우려를 금할 수 없다.

전·노 그들은 심야의 연회동 골목에서부터 전 재판과정을 통해 뉘우침을 보이기는커녕 마치 지사나 양심수라도 된 듯이 오만을 떨었다. 선고후 한때는 전두환측이 항소포기를 운운하면서 마치 정부의 조기사면을 촉구하는 듯한 철면피성까지 드러냈었고, 그가 항소쪽으로 돌아서서 나팔을 불자 일당 모두가 일제히 항소를 하는 등 과거 일사불란했던 상하관계를 자랑스럽다는 듯 재현하기도 했다.

여기서 그들의 언동을 탓할 생각은 추호도 없다. 우리가 진정으로 우려하는 것은 그것이 단순히 그들의 몰역사적 사고나 무지등에서만 온 것이 아니라, 현 정부의 방향을 틈탄 수구세력의 조직적 저항움직임과 상호연계된 현상이라는 점이다. 이 사건 소추과정은 검

위원회 기획기사 / 97

환경소송 상의 주요쟁점과 기획방안 / 오종한(환경위원회) / 97

노사관계개혁위원회 관련 활동보고 / 104

경과보고 / 김선수 / 104

노사관계개혁 시민사회단체 공동대응을 위한 의견조사서 / 사무국 / 114

신입회원 인사 / 124

나의 개성과 빛깔 - 박영립 / 유중원 / 124

이제와 이 나이에 - 정주식 / 차병직 / 126

LETTER FROM…… - 허경미 / 양영태 / 128

기행 / 수필

운수 나쁜 날 / 이석태 / 131

이유정의 하루감옥체험기 / 이유정 / 136

미국 유학기 / 김선수 / 139

인권영화소개

‘데드 맨 워킹’을 보고 떠오른 몇가지 생각 / 조광희 / 146

활동보고 / 151

성명서 / 159

찰이 수시로 변하는 「윗분」의 말씀에 맞추어 마치 널뛰듯 해온 천방지축 바로 그것이였다. 그것이 이른바 표적사정론과 성역론 등에 넌더리를 내오던 국민일각으로 하여금 이 사건 기소의 전의와 역사성마저 의심케 만들었고, 그 분위기가 전두환 일파로 하여금 감히 고개를 쳐들게 한 것이다. 그뿐인가! 지난 총선과 8·15를 앞두고 연거푸 단행된 사면권의 남용, 당파적 이해만을 앞세운 몇몇 정당의 한심스런 공선작태들이 교차하면서, 의당 감옥에 있어야 할 구시대적 파렴치한들이 사면딱지와 금뺨지를 양어깨에 달고 다시 거들먹거리며 풀볼건마저 연출하였고, 급기야는 우리 사회에서 개혁과 함께 정의마저 실종케 하였다. 그리하여 국민다수는 전날의 실의와 허무주의에 다시 빠져드는 반면, 전두환 일파와 행정부 안팎에 엮여 있던 수구세력들은 제철 만난 듯 기지개를 펴게 된 것이다. 최근에는 한총련사태를 계기로 언론·경찰연합군의 융단폭격, 기록적인 대거연행과 대량구속 기소, 시위 진압용 경찰특수부대의 창설과 총기사용논의, 심지어 구약의 근원이던 안기부의 수사권을 확대하고 권리 남용금지 조항을 없애자는 법개정 논의등 시대역행적이고 위험천만한 현상들이 곳곳에 드러나고 있다. 한마디로, 경직된 이분법적 사고와 냉전적 싸움이 방식을 앞세워 지난날 우리 역사를 어둡게 했던 수구경향이 하나의 세를 이루며 서서히 수면위로 떠오르고 있다는 것이 오늘 우리의 불행한 현실이다.

사회도 인체와 같은 유기체이고, 그 사회가 건강하게 살아 움직일때에 비로소 인체처럼 위기로부터 자신을 방어하고 지켜낼 수 있는 힘, 즉 자기복원력을 갖게된다. 민주, 다원사회가 갖는 자기복원력의 바탕은 다양한 가치관과 이해가 혼재하면서도 그 충돌과 갈등을 대화와 타협으로 해소, 극복하고, 하나의 공동선을 추구하고 끝내 지켜낼 수 있는 공동체적 슬기와 탄력성이다.

돌이켜 보면, 12·12와 5·18사건, 그 반역사적 무리들을 뒤늦게나마 법정에 서게 한 것은 대통령도 검찰도 아니었다. 그것은 우리가 갖고 있는 민주, 다원사회 특유의 자기복원력이었다. 그리고 그 자기 복원력은 두말 할 것 없이 우리 사회 구성원 모두의 끈질긴 의지와 희생으로 쌓아 올린 것이다.

지금까지 가장 긴요한 것은 우리 모두가 우리의 공동선을 끝내 지켜내겠다는 의지와 자신을 갖는 일이다. 또다시 드리운 어두운 그림자에 지레 겁을 먹거나 외면할 것이 아니라, 우리의 자기복원력을 가다듬으면서 다시 한 번 두눈을 부릅뜨고 이에 맞서야 한다.

언제나 그러했듯이 우리 사회의 건강을 지키는 일, 그것은 정치권력에게도 그밖의 누구에게도 미룰 수 없는 우리 국민 자신의 몫이다.

12·12와 5·18 재판에 대한 평가¹⁾

차 병 직 회원(출판·홍보위원장)

1. 재판에 대한 평가의 범위와 의의

1996년 8월 26일, 유난히 더웠던 여름이 간 데 없이 갑자기 기온이 하강하고 빗발이 뿌리는 가운데 서울지방법원 형사대법정에서는 12·12 및 5·18 재판에 대한 판결선고가 오전부터 하루 종일 이루어졌다. 전직 대통령에 대한 사형 선고가 내려진 재판의 결과는 어느 정도 예상된 것이었으나 국내외를 통한 최대의 관심을 불러 모았다. 세계적으로는 흔치 않는 사건이기도 하려니와, 국내적으로는 민주화를 향한 현대사의 과정에서 나타난 치유할 수 없는 상처와 정권쟁탈로 얼룩진 질곡을 뒤늦게나마 정리하고 매듭짓는 실마리 구실을 할 수 있으리라는 기대 때문일 것이다.

무죄의 추정이라는 헌법이나 형사법상의 대원칙을 굳이 들먹이지 않더라도 재판이 아직 확정되지 않은 상태에서, 심급상으로 본다면 이제 겨우 3분의 1이 끝난 마당에 재판을 평가해 보아야 할 이유와 의의는 무엇인가를 먼저 생각해 볼 필요가 있다. 물론 전체적인 평가와 향후 과제의 정리는 재판이 확정된 이후 더 많은 시간과 노력을 쏟아 이루어 내어야 할 것이다. 그것이 그들의 처벌을 요구한 우리 모두의 의무이기도 하다. 그러한 넓은 견지에서 본다면 지금 시점에서의 중간평가는 최종평가에 이르기 전의 준비단계로서의 의미를 가질 수 있다. 준비단계에서의 중간평가는 시간을 두고 평가 자체의 오류를 시정하여 완전한 평가에 이를 수 있고, 완전한 평가는 과거청산의 완성이라는 마지막 목적에 봉사할 수 있을 것이다.

1) 이 자료를 포함해 연속하는 세가지 글은 모임이 지난 8월 28일, 변협회관에서 민교협, 5·18 진상규명과 광주항쟁 정신계승 국민위원회의와 공동으로 개최한 토론회에서 발제된 내용입니다.

12·12 및 5·18 범죄자들을 고소·고발하고 처벌을 촉구한 우리의 행위는 좁게 보면 기소를 원한 것이다. 그 의미는 기소를 한 후 유무죄의 판단은 법원에 맡기겠다는 것이다. 그러나 한편으로는 유죄를 확신하고 그 법적 절차의 확인을 기대한 면도 강하게 숨겨져 있었다. 그 의미는 판단이 제대로 이루어지지 않거나 중요한 부분에 무죄가 선고되면 그 반론을 제기할 준비가 되어있다는 것이다. 따라서 재판을 평가하는 데에 순재판적인 입장에서 법률적인 측면만 고려하기 보다는, 합리성의 범위를 벗어나지 않는 한 역사적 의미의 관점에서 고소·고발자로서의 주관적 측면까지 고려할 수 있다는 것이다. 그러므로 우리의 관심과 평가의 대상은 일차적으로 1심 판결 선고까지의 결과가 될 것이다. 재판에 대한 정확한 평가를 토대로 그 역사적 의미를 확고히 하고 향후의 과거청산의 과제를 정리할 수 있을 것이다.

전체적으로 재판이 확정되지 않은 상태에서 가장 중요한 문제의 하나는, 진행 중인 재판이 우선 법률상 하자 없는 정확한 결론에 도달함으로써 역사적 당위성까지 획득할 수 있어야 한다는 것이다. 그것은 소극적으로 표현하면 훗날 피고인들이나 그들의 측근 또는 지지자들이 절차상의 하자나 결과의 불공정을 거론하며 명예회복을 주장하는 등의 여지를 주지 않는 가능한 완벽한 것이어야 한다는 말이다. 1심 재판에 대한 준비단계로서의 중간평가는 그러한 문제를 포착하여 항소심에서라도 교정될 수 있도록 한다는 데에도 현실적인 의의가 있다.

따라서 여기서는 검찰의 기소 경위를 포함하여 1심 재판의 전과정에 대한 평가를 그 범위로 한다. 그 외의 수많은 부분은 이 토론회에서는 다른 발제자의 몫이고 향후에는 계속 보완되어야 할 과제이다. 그렇게 범위를 한정한다고 하더라도 이 글에서는 부족한 부분이 너무 많을 수 밖에 없다. 우선 1심 재판과정을 직접 지켜보지 못했을 뿐 아니라 수사기록이나 재판기록을 참고할 기회도 시간도 없었다. 보도를 통한 간접자료에 의존할 수밖에 없는 것이다. 그것도 1심 판결선고 후에야 본격적으로 착수하게 되어 그나마 참고 가능한 자료조차 제대로 소화하고 반영하지 못한 결과가 되어버렸다. 그러한 부분은 그동안 충실히 자료를 수집하고 문제점을 정리한 한인섭 교수와 조용환 변호사의 의견으로 메울 수밖에 없었다. 어려운 문제점들은 사색과 토론이 결여된 성급한 결론을 내리기보다는 문제를 제기하는 선에서 그치도록 하였다.

2. 공판의 전단계

공판이 이루어지기 전까지의 단계는 검찰에 대한 고소·고발과 수사의 착수, 검찰의 2차례에 걸친 불기소결정, 재수사와 기소 등으로 나누어 볼 수 있다. 그 사이에 공소시효와 특별법의 합헌성 문제가 함께 포함된다. 그러나 이러한 모든 부분의 문제는 이 재판과 관련하여 매우 중요하긴 하나 그동안 수많은 의견들이 오가고 정리가 된 상태이기 때문에 필요한 범위 내에서 간략히 언급한다.

가. 검찰의 불기소결정

김영삼 정부가 들어서서도 전두환, 노태우 등 12·12 및 5·18사건의 주범들에 대한 처벌의 기미는 전혀 보이지 않았다. 그러자 그들에 대한 공소시효 만료일을 염두에 두고 1994년 3월 25일 결성된 5·18 진상규명과 광주항쟁정신계승국민위원회의 노력으로 정동년 등 616명이 고소·고발인이 되어 그해 5월 13일 전·노 등 35명에 대한 고소·고발장을 민주사회를 위한 변호사 모임이 대리인이 되어 서울지방검찰청에 제출했다. 그 뒤를 이어 10월 24일에 이신범 등이, 10월 28일에 장기욱 등이 같은 취지의 고소·고발을 하였다.

검찰은 규모면에서 술한 방대한 기록을 남기고 수사한 끝에 1994년 10월 29일 12·12사건에 대하여 군사반란의 혐의는 인정하면서 기소유예 결정을, 1995년 7월 18일 5·18사건에 대하여 사법심사의 대상이 되지 않는다는 이유로 공소권 없음 결정을 하였다. 검찰의 이러한 2대 불기소처분의 당부에 관해서는 검찰의 결정변복과 이번 재판에서의 유죄확인 이전에, 당시의 각계각층의 반론에 의해 이미 확인된 것이다.

나. 검찰의 결정 번복과 기소

검찰의 불기소 처분은 주민들의 공감을 얻지 못하였고, 그에 대한 항의의 물결은 전국적으로 확대되었다. 전국연합, 참여연대, 경실련, 광주지역단체, 민교협 등 각계 각층에서 비난성명을 발표했고, 5·18학살자재판회부를 위한 공동대책위원회(95년 7월 21일), 5·18학살자처벌특별법제정범국민비상대책위원회(95년 10월 26일) 등이 결성되어 특별법입법 청원운동과 서명운동이 이어졌다. 또한 고려대 교수 131명이 1995년 7월 31일 '검찰수사와 결정에 대한 우리의 견해'를 발표한 이래 전국 각 대학에서 시국선언을 하고 6,678명의 교수

들이 서명에 참여했다. 민주당과 새정치국민회의에서도 특별법 시안을 준비하였고, 급기야는 1995년 10월 16일 변호사들이 시위에 나서기에 이르렀다.

10월 19일 민주당 박계동 의원의 비자금 폭로가 도화선이 되어 대검 중앙수사부가 수사에 착수한 후 11월 16일 노씨가 구속되기에 이르자, 김영삼 대통령은 민자당(현 신한국당)에 5·18특별법 제정을 지시하였다. 뒤이어 12월 3일 전두환 씨도 뇌물수수 혐의로 구속되었고, 노씨는 12월 5일에 전씨는 1996년 1월 12일에 각 기소되었다. 전·노씨가 모두 뇌물수수로 구속·기소되고 난 후 검찰은 수사를 보강하여, 군사반란 및 내란 혐의 부분을 기소하였다.

다. 검찰의 불기소와 기소가 남긴 문제들

(1) 특별검사제 : 검찰의 불기소 결정으로 제기된 제도적 문제는 기소법정주의, 재정신청 범위확대, 특별검사제 등이었는데, 이러한 문제는 현재까지도 검찰 개혁과 아울러 과제로 남아 있다. 그 중 특별법 제정 당시 마지막까지 쟁점이 되었던 것이 특별검사제이다.

특별검사제의 필요성에 관해서는 이미 충분한 논의가 있었다. 그런데 검찰이 결정을 번복하여 기소를 하고, 수사단계에서 방대한 자료를 수집하면서 '5공전사'와 같은 새로운 사실 등을 발굴하였으며, 권정달 씨와 같은 유력한 증인을 확보한 사실 등을 고려할 때, 이러한 것들은 현실적으로 검찰조직의 전면적 지원 없이 특별검사에게만 맡겨졌을 때 가능했겠는가 하는 의문을 제기하면서 기존 검찰이 실질적으로 특별검사의 역할을 했다고 볼 수도 있다는 의견이 있다. 검찰의 기소에 따른 노력과 성과 자체는 긍정적으로 평가할 수 있으므로 그에 한하여는 타당하다. 그러나 그러한 견해는 효율성과 기능성의 측면에서 바라볼 때 가능한 것이다. 특별검사제의 본질은 그러한 수사의 효율성보다는 제도적 공정성의 담보에 있는 것이다. 또한, 특별검사가 임명된다 하더라도 특별검사 혼자서 또는 몇 명의 보조인들과 수사를 하는 것이 아니고, 필요한 경우 모든 법무부 조직을 활용할 수 있도록 하여야 하므로 수사의 능률 면에서도 문제될 여지는 크지 않다. 그러한 우려는 특별검사가 임명되었을 때 기존 검찰이 수사에 협조하지 않거나 방해하는 경우를 전제해야 하는데, 만약 그러한 검찰이라면 더 큰 문제를 발생케 할 것이다.

(2) 불기소의 번복 : 불기소 입장을 두 차례에 걸쳐 확고히 했던 검찰이 스스로의 결정을 번복하고 모두 기소하였다. 이러하자 검찰의 기소 행위에 대해서도 불기소 때와 유사한 비난이 쏟아졌다. 그러한 비난은 감정적으로 가능한 것이기는 하나, 현실적으로 기소를 할 수 있는 권한은 검찰에게 있으므로 심화될 경우에는 곤란한 문제가 발생한다는 지적이 있다. 불기소와 기소를 동시에 동일한 기준으로 비난하는 것은 논리적으로도 맞지 않고, 자칫하면 현실적으로 기소에 의해 진행되고 있는 재판의 평가에도 문제가 될 수 있다는 것이다. 검찰의 기소는 일단 긍정적으로 받아 들이고, 평가는 기소의 내용에 대해서 하여야 할 것이라는 결론이다.

그러나 검찰의 기소 행위를 비난하는 의견도 그러한 측면을 모르는 것은 아니다. 문제는 사정이 그러함에도 검찰이 한 번도 진솔하게 잘못된 판단과 결정을 시인하고 국민 앞에 사과하는 태도를 보인 적이 없다는 것이다. 지금도 검찰은 불기소결정을 당시의 상황에서 과거사를 굳이 들추어낼 필요가 있느냐라는 관점에서 한 것이고 그 후 비자금 사건과 같은 새로운 사실이 드러나고 국민 여론이 확고히 되자 그에 따라 기소하기로 한 것일 뿐, 결코 정권의 의지에 따라 기소를 하게 된 것은 아니라고 하고 있다. 따라서 검찰의 기소에 대한 비난은 기소행위 자체에 대한 것이 아니라 검찰의 태도에 대한 것이라 할 수 있다.

검찰의 그러한 전후 모순된 행위로 인하여 막상 공판절차에 들어가서는 군사정권 세력에 대해 도덕적 우위를 확보하는 데 실패를 하고 말았다고 볼 수도 있다. 그리하여 결과적으로 피고인들이나 변호인들로 하여금 공소권 남용이라는 법률적 주장과 정치재판이란 정치적 주장을 할 수 있게 한 것이다.

(3) 진실규명 : 12·12 및 5·18사건은 범죄자들을 처벌해야 한다는 법률적 측면 외에 과거청산을 위한 진실규명이 이루어져야 한다는 과제를 안고 있다. 그러한 점에서 이번 재판 결과 일부 피고인들에 대한 내란목적 살인 부분의 무죄 선고와 관련하여 광주 발포명령 경위에 관한 진상이 제대로 규명되지 못하였다는 지적이 제기된다. 이 부분은 결국 검찰의 수사와 직접 관계되는 것이긴 하지만 뒤의 선고 결과 부분에서 언급하기로 한다.

(4) 기타 : 그 외 12·12사건을 반란으로 하지 않고 내란으로 기소하는 문제(이 때에는 공소시효가 문제되어 특별법이 적용되어야 한다), 발포명령에 따라 발포한 병사들의 문제, 최규하 전대통령의 경우 사후 재가의 경위를 파악하여 내란죄의 방조범 등으로 수사 대상

화 했어야 한다는 문제 등이 과제로 남아 있다.

3. 공판절차에 대하여

가. 전체적 적법절차의 문제

어떠한 재판이건 적법절차를 준수하여야 함에는 예외가 있을 수 없다. 그동안 형사재판의 현실에서 적법절차가 법률의 규정대로 지켜지지 않았던 점이 있었던 것은 관행이 잘못된 것일 뿐이다. 이 번 재판의 경우에는 부분적으로 문제가 제기되기도 하였지만 우선 전체적으로 보아 공판절차에서는 물론이고 수사단계와 구치소에서 미결수용자로서의 행형 단계 전부에 걸쳐 일반 형사재판의 경우보다는 적법절차가 모범적으로 지켜졌다는 것이 일반적인 평가다. 예를 들면 평소에는 사문화 된 형사소송법 제286조(“재판장은 피고인에게 이익이 되는 사실을 진술할 기회를 주어야 한다”)를 살려 검사의 모두진술에 이어 변호인으로 하여금 모두진술을 할 수 있게 하였다. 증거조사 절차에 있어서도 비교적 정황에 관한 많은 양의 신문내용을 특별한 제한없이 묻도록 하기도 했다.

그에 반하여 변호인 측에서는 야간재판의 진행, 구속기간에 쫓겨 채택한 증인들의 취소 등으로 방어권을 충분히 보장받지 못하였다는 항의를 제기하였다. 국선변호인들에게 기록을 검토할 시간이 제대로 주어졌는가는 의문도 제기되었다. 비록 이 사건에 한정된 것은 아니지만 수사과정에서의 철야수사, 고문신과 수의 등도 다시 한 번 적절한 지의 여부를 생각해 했다. 이에 대하여, 즉 적법절차의 보장과 방어권 보장의 요구에 대하여 일반적으로 제기된 비난은, 다른 재판에서는 그러하지 않으면서 왜 이 재판에서는 그러해야 하느냐는 것이었다. 이러한 비난은 우선 다른 재판에서는 지켜지지 않으면서 이 재판에서만 지켜지는 ‘특혜’에 대해서, 다음으로 지켜지지 않는 부분에 대한 변호인들의 요구에 대해서 이중적으로 가해졌다. 그러한 논리 중에는 인권을 유린한 피고인들이 어떻게 인권을 운위할 수 있느냐는 것도 있었다.

그러나 이 부분에 대해서는 냉정하게 생각할 필요가 있다. 우선 이러한 재판일수록, 그리고 이러한 피고인일수록 적법절차를 철저히 준수하고 그들의 요구를 최대한 들어 줄 필요가 있다는 것이다. 그러한 상태에서 그들의 범죄사실을 확인하게 되면 그들에 대한 확

고한 법적 정당성과 도덕적 우위성을 확보할 수 있는 것이다. 그렇게함으로써 이 재판의 역사성까지 확고히 할 수 있을 것이다.

그리고, 한 걸음 더 나아가 이 재판을 형사재판의 모범적 시범재판으로 삼아 모든 단계에서 철저히 형사법원칙에 따라 할 필요도 있다고 본다. 그리하여 우리는 왜 이 재판의 피고인들에게만 그러한 대우를 해 주느냐고 할 것이 아니라, 다른 피고인들에게도 그러한 대우를 해 달라고 요구하여야 할 것이다. 그에 따라 이 재판을 계기로 국제인권법상 재소자의 처우와 권리보장을 한 단계 끌어 올리는 계기로 삼을 수도 있을 것이다.

나. 피고인의 호칭 문제

첫 공판의 변호인 의견진술(모두진술)에서 피고인의 호칭문제를 둘러싸고 재판부와 변호인들 사이에 다툼이 있었다. 변호인들이 피고인들을 지칭할 때 ‘대통령’, ‘각하’라는 표현을 하는 데 대하여 재판장은 이를 강력하게 제지하며 법정에서는 법률용어인 ‘피고인’으로 부를 것을 요구하였다. 이것은 재판의 본질과는 관계없는 지엽적인 문제이다. 변호인들로서는 자신들과 피고인들의 입장을 고려하였고, 재판부는 사소한 것부터 엄격히 통제하여 소송지휘권을 장악하겠다는 의지의 표현이었다.

이에 대하여 피고인들은 무죄추정을 받고 있고, ‘피고인’이란 용어 자체가 형사소송법상 용어이긴 하나 형사소송법상의 지위를 나타내는 것이지 법률상의 호칭은 아니므로, 피고인들을 특정할 수만 있다면 어떠한 호칭도 관계없지 않느냐는 지적이 있었다. 형사재판의 심리과정은 사실관계에 대한 확인과 탄핵이다. 따라서 형사소송규칙 등에 호칭에 관한 규정이 없는 한 공소사실의 사실관계를 드러내는 절차에서는 당시의 사실관계에 부합하는 호칭을 사용하여도 특별한 문제는 없다고 볼 수 있다. 이러한 호칭의 제한이 재판장의 소송지휘권에 속하는 것인가도 검토대상이 되지만 지엽적이고 결과적으로도 더 이상 문제가 되지 않았다.

다. 야간심리와 기일지정의 문제

5월 20일 제8차 공판에서 전두환 피고인에 대한 변호인들의 반대신문이 시작되었다. 신문이 길어지자 재판부는 야간에 심리를 계속하기로 결정하였고, 이에 일부 변호인들은 반발하여 퇴정하였다. 이때부터 1주 1회 공판을 원칙으로 하던 것을 가능한 1주 2회 공판을 열기로 재판부는 결정했다. 6월 13일의 제13차 공판에서 일부 변호인들은 1주 2회 공판에 불만을 품고 재판에 출석하지 않았고, 이는 후에 변호인 집단사태로까지 번졌다.

형사소송법이나 규칙에 기일지정에 관한 규정은 있으나 그 시간에 관한 규정은 없다. 따라서 재판장이 소송지휘권의 행사로 심리시간을 야간으로까지 연장하는 것은 위법이라고 하기에는 곤란하다. 그러나 합리적으로 해석할 때 법원의 근무시간이 정해져 있고 피고인들의 인권보장적 측면을 고려한다면 피고인측의 동의가 없는 한 야간심리는 피하는 것이 옳다고 본다. 준비된 심리가 주간에 종료될 수 없다면 바로 다음날 속행하는 것이 더 매끄러운 진행이었을 것이다.

공판기일의 지정은 소송지휘권의 주된 내용 중의 하나이다. 구속피고인들의 인권보장과 관련하여 기일을 지나치게 늦게 정하는 것을 금지하는 규정은 있으나 반대의 규정은 없다. 그러나 기일의 지정은 당해 기일에 진행하고자 하는 내용에 대하여 소송관계인들의 준비가 전제되어야 할 것이고, 그렇지 아니한 경우에는 방어권을 침해하는 결과가 될 수도 있다. 기일지정과 아울러 거론되는 것은 형사소송에 있어 집중심리주의이다. 집중심리주의란 법원이 공판기일에 하나의 사건이나 대상을 집중적으로 심리하고, 공판기일이 연장되는 경우에도 시간적 간격을 두지 않고 계속적으로 심리해야 한다는 원칙을 말한다. 우리 현행 법에는 규정이 없으나(특별법에 일부 규정되어 있을 뿐이다) 헌법상 신속한 재판을 받을 권리 등을 근거로 일반적으로 형사소송법상 대원칙으로 받아들여지고 있다. 이 때에도 물론 심리의 충분한 준비가 전제되어 있어야 한다.

재판부가 검찰의 피고인들에 대한 신문 때에는 1주 1회 공판을 열다가, 변호인들의 반대신문이 시작될 때부터 1주 2회 공판 원칙을 정함으로써 반발을 일으켰다. 이는 재판부가 애당초 전체적인 시간 계획을 잘못 세웠고, 검찰과 비교하여 형식상 차별을 둔 결과가 되었으며, 지나치게 구속기간을 의식한 결과라는 지적을 할 수 있다. 그러나 자세히 살펴보면 재판부의 잘못보다는 변호인들의 주장과 태도에 더 문제가 있다. 검찰이 1주 1회 신문을 하여 모두 종료한 후(5월 6일 제7차 공판), 변호인들의 반대신문이 시작되기까지는 2주간의 여유를 두어 5월 20일을 다음 기일로 지정하였다. 그렇다면 기소 이후부터 시작하여 검찰의 신문이 행해진 과정에서의 시간은 물론이고, 그 후의 2주간의 시간은 반대신문을 준비하기에 충분한 시간이라고 볼 수 있다. 그러한 경우에는 사실 매일 공판을 열어도 무방하

거나 오히려 이상적이라 할 수도 있다.

라. 국선변호인 선정 문제

일부 피고인들의 출석 거부로 재판부가 소송진행을 위하여 국선변호인을 선정한 것은 적법한 조치였다. 그러나 공판 진행중 변호인들이 퇴정하자 그 자리에 있던 공동피고인의 변호인을 국선변호인으로 성급히 선정하려다가 사실상 거부 당한 것은 문제가 있다(다른 형사재판에서는 가끔 있는 일이긴 하지만). 그 후 다른 변호사들 중에서 국선변호인을 선정하였을 때에도, 과연 그들이 기록을 검토하고 방어권행사를 준비할 객관적인 여유가 있었느냐는 점을 따지면 문제가 있다. 형식적인 적법절차를 갖추어 공판을 진행하려 했다는 비난을 면하기 어렵다.

7월 8일 제20차 공판에서 일부 변호인들이 사퇴하고 퇴정하자, 속개된 오후 공판에서 전·노 두 피고인은 출석을 거부하였다. 재판장은 전·노 피고인들에 대한 심리를 중단하고 다른 절차를 진행하였다. 그러나 이 때에도 재판장으로서 강제로 법정 출석케 한 후 일정한 조치를 취했어야 옳다. 구속피고인의 경우 출석거부는 예상하기 어려운 일이며 형사소송법도 그러한 경우를 예상한 규정을 두고 있지 않다. 다만 내년부터 시행되는 개정형사소송법에는 그와 관련된 조항이 들어 있다.

마. 심리 과정의 문제

피고인들에 대한 신문이 이루어질 때 부분적으로 재판장은 제한을 가하였다. 이것이 적절하였는가, 또는 더 제한할 사유는 없었는가 하는 부분은 신문내용이 충분히 검토된 후 문제가 제기될 수 있을 것이다.

오히려 문제가 제기될 수 있는 부분은 채택된 증인을 재판장이 직권으로 취소하고 종결을 서둔 사실이다. 취소된 증인은 무려 50명으로서 검찰과 변호인들이 신청한 증인들이다. 재판장의 취소가 일정 기간 내 심리종결을 위한 것이라면 잘못된 것이다. 특히 일부 무죄가 선고된 부분과 관련하여, 만약 취소된 증인들의 증언 중에 그 사실을 입증할 수 있는

유리한 증거가 있었다면(이러한 것은 항소심에서 밝혀지겠지만), 재판부로서는 심리를 제대로 다하지 못했다는 점에서 변명의 여지가 없을 것이다.

4. 구형과 선고

가. 구형

모든 심리가 종결되고 난 후 진술하는 검사의 마지막 의견이 구형이다. 구형은 현행법상 아무런 법적구속력이 없으므로 그렇게 중요한 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 사건과 피고인들에 대한 처벌의 의지를 간접적으로 가늠할 수 있는 기준은 된다.

검찰은 전두환 피고인에 대해 사형, 노태우 피고인에 대해 무기, 그리고 나머지 피고인들에 대해서는 무기, 징역 15년, 징역 12년, 징역 10년을 차별화하여 구형했다. 구형에 대한 일반적인 반응은 중형의 구형으로 비추어졌다. 그러나 전두환 피고인을 제외하고는 법정 최고형에 크게 못미치거나 일부 감경을 전제로 한 구형이라는 비난도 있었다. 특히 김재규사건이나 김대중내란음모 사건과 비교할 때 구형량의 차이가 크다는 지적도 있었다.

나. 선고형량

전체적으로는 검찰의 구형과 비슷한 형태의 반응이 있었다. 국가적 범익을 목적으로 하는 이러한 유형의 사례가 거의 없으므로 양형을 합리적으로 판단할 자료가 부족함은 사실이다.

군사반란 및 내란에 대한 유죄가 인정된 이상 수괴인 전두환 피고인에게 사형이 선고된 것은 사형제도 존폐론과는 관계없이 당연히 받아들일 수 있다. 그러나 나머지 피고인들의 경우에는 헌정질서를 파괴한 중대한 범죄를 저질러 역사를 크게 왜곡하고, 자신들의 행위에 대하여 재판을 전후하여 단 한 번도 개전의 정을 보이지 아니 한 점 등에 비추어 볼

때 납득하기 어렵다는 의견이 많았다. 특히 모든 범죄의 제2인자라 할 수 있는 노태우 피고인의 경우 비록 양형 기술상 작량감경은 하지 않았다고 하나 미수감경을 하여 가능한 유기징역형을 선고하기 위해 애쓴 흔적이 보인다.

피고인마다 양형이유를 형벌의 목적에 비추어 검토해 볼 필요가 있다.

다. 선고의 의의

1심 판결의 선고 결과는 우선 오랫동안 논란이 되어 왔던 문제들을 법의 심판대에 올려 놓고 첫 법적 평가를 받게 하였다는 데에 무엇보다도 큰 의의가 있다. 그리고 극히 일부분을 제외하고는 모두 유죄가 선고되어, 피고인들이 그토록 강변하던 정승화에 대한 수사 목적의 적법행위는 군사반란으로, 시국수습을 위한 불가피한 행위는 내란으로, 그리고 통치자금은 뇌물이라는 점까지 확인되었다.

몇 가지 쟁점별로 본다면 고도의 정치적 행위로서 사법심사의 대상이 되지 않는다는 통치행위이론, 당시의 위기 상황에서는 불가피한 조치였다는 정당행위론, 그리고 공소시효가 이미 완성되었고 특별법은 위헌이라는 등의 주장이 모두 배척되었다. 한마디로 법률상의 의의를 요약한다면, 그것이 성공한 쿠데타든 무엇이든 민주법치국가에서 법치의 범위 밖에 존재하는 범죄행위란 존재할 수 없다는 것을 보여주었다는 것이다.

1심 판결 선고의 내용 중 가장 중요한 부분 중 하나는 공소시효에 대한 판단이다. 반란죄에 대한 공소시효는 이미 헌법재판소의 선고(1995년 1월 20일 선고 94헌마246호 결정)에 따라 전·노 씨의 대통령 재임기간 중 공소시효가 정지되므로 아무 문제가 없다. 문제는 대통령 재임 기간 중에도 형사소추가 가능하여 공소시효가 정지되지 아니하는 내란죄에 관해서이다. 내란죄의 공소시효의 기산점을 1981년 1월 22일 이전으로 본다면 내란죄로 최초로 기소된 1996년 1월 23일 이전에 공소시효는 완성되어 버린다. 따라서 이 경우에는 내란죄로 기소된 피고인들에 대하여 특별법(5·18민주화운동등에관한특별법 및 헌정질서파괴범죄의공소시효에관한특별법)을 적용할 수밖에 없다. 그런데 특별법은 공소시효가 완성된 이후에 제정된 것으로서 위헌이라는 논란이 끊임없이 제기될 우려를 안고 있다. 왜냐하면 비록 헌법재판소에서 특별법의 합헌성이 인정되기는 하였으나, 그 결정 과정이 특별법이 위헌이라는 결정에 이르는 정족수를 채우지 못했기 때문에 위헌이라는 의견이 다수였음에도

상대적으로 합헌의 지위를 얻게 되었기 때문이다.

이에 대하여 변호인들은 내란죄의 공소시효는 비상계엄 전국대가 선포된 1980년 5월 17일을 기산점으로 해야하므로 그로부터 15년이 경과한 1995년 5월 17일에 완성되었다고 주장하였다. 변호인들은 비상계엄 전국확대라는 폭동에 해당하는 행위의 종료로 범죄는 종료하고, 그 후의 폭동상태는 위법성만 유지된다는 즉시범의 논리를 주장하였다.

그러나 법원은 피고인들의 내란행위를 포괄적 일죄 중 접속범으로 파악하여, 내란의 기수시기는 변호인들의 주장대로 비상계엄 전국확대를 실시한 1980년 5월 17일이나, 내란의 범행이 종료된 시기는 분리하여 비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일로 해석하였다. 따라서 공소시효는 동일한 유형의 수 개의 범행 중 마지막의 것이 종료한 1981년 1월 24일부터 기산되어 15년이 경과한 1996년 1월 24일이 지나야 완성된다는 것이다. 결국 아슬아슬 하더라도 기소는 하루 전인 1월 23일에 이루어졌다. 법원은 종전부터 유력한 해석론으로 제가되었던 비상계엄 해제시절을 따름으로써, 항소 및 상고심에서 계속 유지만 된다면 이 사건에 있어 특별법으로 인한 위헌 시비는 종식시킬 수 있게 되었다. 그렇지만 대통령의 직에 있지 않았던 다른 피고인들의 반란죄 부분을 인정함에는 공소시효를 연장하는 특별법을 적용하지 않을 수 없었기 때문에, 불씨는 완전히 꺼지지 않았다.

라. 무죄 선고 부분의 문제

이번 재판에서 박준병 피고인에 대한 반란중요임무중사 부분과 황영시, 정호용 피고인들에 대한 내란목적 살인 부분은 무죄가 선고되었다.

당시 20사단장이었던 박준병 피고인은 정승화총장 연행계획을 사전에 모른 채 30경비단 모임에 참석을 하였고, 전두환이 요청하였음에도 불구하고 20사단 병력을 출동시키지 않았으며, 전후 사정을 알고 난 이후에도 전두환을 위한 뚜렷한 역할을 한 것이 없다는 것이 무죄의 이유이다. 이에 관하여 법원의 사실 인정과 증거 판단이 옳았는지 여부는 좀 더 깊은 연구가 필요하다. 문제는 박피고인이 30경비단에 계속 남아 있었던 이유와 그 시기의 행적에 관한 것이다. 판결의 취지로 보아서는 명백한 무죄의 증거가 있어서가 아니라 유죄의 증거가 불충분하다는 것이므로 적극적인 입증의 방법이 강구될 수밖에 없을 것이다.

황영시, 정호용 피고인에 대한 내란목적살인 부분도 자료에 의한 충분한 검토가 있기

전에는 정확한 평가는 어렵다. 그러나 우선 정호용 피고인의 경우 당시 수 차례 광주를 왕래하였으며, 공수부대의 강경진압을 지시하는 내용의 메모를 전두환으로부터 받아 소준열에게 전달한 사실이 인정되었음에도 무죄가 선고되었다. 부분적으로만 본다면 판결에서는 메모의 전달이 이미 자위권 발동 지시가 하달되어 발포행위가 이루어지고 있던 시점으로 보아 공모사실을 인정하기에 어렵다고 했다. 그러나 발포행위가 이루어지고 있는 상황에서 그러한 가담행위를 했다면 일종의 승계적 공동정범이 될 수 없는가 하는 점 등이 검토되어야 할 것이다.

사실 광주문제에만 한정하여 생각한다면 발포책임에 관한 진상규명이 가장 핵심적인 문제라 할 수 있다. 발포 책임의 법률상 문제는 바로 내란목적살인과 연결된다. 우선 선고 결과에서 나타나듯 전두환, 이회성, 주영복 피고인들에 대해서는 유죄가 인정되었으나, 정호용, 황영시 피고인들에 대해서는 내란목적살인이 인정되지 않았다. 이러한 점들까지 포함하여 발포경위 등에 관한 명확한 진상규명이 이루어지지 않은 점을 이번 재판의 한계로 평가하는 의견이 많다. 한편 발포경위와 책임의 소재 등 진상을 규명하는데 실패한 것은 재판부의 심리미진이라기 보다는 검찰의 수사미진이라는 지적이 대부분이다. 수사단계에서 좀 더 철저히, 예컨대 당시 직접 발포를 한 병사들 중 몇 명이나 직접 현장에서 지휘한 중간 또는 하급장교들을 확보하여 진술을 들었어야 한다는 지적이 있다.

반면에 다른 의견도 있다. 이 정도 만으로도 진상규명에 상당히 접근하였다. 예를 들어 3·15부정선거나 4·19혁명에서도 알 수 있듯이 단일한 발포명령자는 분명히 드러나지 않는 것이 이러한 사건의 특징이다. 권력형 범죄일수록 그 역할이 분업화되므로 자신은 발포에 대해 직접 책임이 없다고 생각하는 것도 무리는 아닐 수 있다. 따라서 우리가 상상하는 구체적이고 직접적인 발포명령 경위를 강제로 자백시킬 수는 없는 일이다. 발포명령에 대한 명확한 문서 같은 것이 있을리 없고, 최고 명령자가 관여사실을 부인하는 상태에서는 군대의 성격과 발포요건과 절차를 엄격히 하고 있는 군규정 등에 의할 경우 지휘계통에 있는 모든 사람에게 책임을 물을 수밖에 없을 것이라는 의견이다. 검찰은 한편으로 진상규명보다는 피고인의 처벌에 본연의 임무가 있다고도 할 수 있다. 그렇다면 미진한 진상규명은 아직 남은 과제로 볼 수 있고, 검찰의 수사기록은 그에 대한 중요한 참고자료가 될 것이다.

마. 판결문의 형식

이번 재판의 판결문은 그 분량이 200장이 넘는다. 그 내용과 형식의 면에서 가장 눈에

띄는 것은 변호인들의 주장을 빠트림없이 모두 정리하여 판단했다는 점이다. 공소권남용의 주장, 공소시효에 관한 주장과 같은 실체관계에 관련되지 않은 내용은 물론이고, 실체관계에 있어서도 변호인이나 피고인의 주장을 정리한 후 법원의 판단을 실시하였다. 어떻게 보면 당연한 것이긴 하나, 다른 형사사건의 경우 피고인의 주장에 대한 판단을 제대로 판결문에 나타내지 않는 경우에 비추어 보면 바람직한 형식이라 할 것이다.

그러나, 대부분의 경우 종래 관행대로 한없이 긴 문장을 그대로 이어 가 여간 주의해서 읽지 않고서는 제대로 이해하기가 어렵다.

5. 기타 문제

가. 재판과정에서 나타난 일부 변호인들의 행위를 어떻게 이해하고 평가할 것인가, 재판 과정을 보도한 언론들의 논점은 핵심을 벗어난 적이 없었는가 하는 문제에 관해서도 검토를 할 필요가 있다. 우선 여기서는 편의상 재판의 중계에 관해서만 언급하기로 한다.

나. 재판의 공개

헌법 제109조는 “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 하여 재판공개 원칙을 규정하고 있다. 형사재판에서 재판공개제도란 일반적으로 공개된 법정에서 공판절차가 이루어져야 함을 말한다. 이 제도는 비밀재판이 범하기 쉬운 절차의 졸속과 심리과정에서의 인권유린, 그리고 불공정한 소송진행 등을 제도적으로 방지함으로써 사법절차에서도 기본권을 실현 내지 보호한다는 인권보호적 기능을 갖는다. 그리고 공개된 상황에서 진행되는 재판은 법관에게는 물론 소송당사자에게도 실제적 진실 발견에 도움이 되는 통제효과를 갖는 기능 또한 무시할 수가 없다.

재판의 공개는 일차적으로 일반시민들이 입정할 수 있도록 법정을 개방하는 ‘직접공개’와, 매스미디어의 취재 활동을 허용하는 ‘간접공개’로 나누어 볼 수 있다. ‘직접공개’는 그 자체로 원하는 모든 사람들에게 방청을 허용할 수 없는 물리적 한계를 갖기 때문에,

‘간접공개’를 보장하여야만 재판공개제도의 진정한 취지를 살릴 수 있다.

이번 재판에서 재판공개주의 원칙과 관련하여 문제되는 것은 두 가지이다. 하나는 방청권 발행으로 직접공개를 제한한 것이고, 다른 하나는 중계방송을 허용하지 아니함으로써 간접공개를 제한한 것이다.

재판의 공개란 것은 재판과 무관한 제3자에게도 재판의 심리와 선고로 지켜볼 수 있도록 공개한다는 의미이지 원하는 모든 사람에게 방청을 허용한다는 것은 아니므로, 법정의 수용능력과 질서유지를 위해 방청인 수를 제한하는 것은 당연히 허용된다고 보아야 한다. 다만 이번 재판에서는 방청권을 둘러싸고 밤새워 줄서기, 고가의 암거래, 심부름꾼의 동원 등 말썽이 있었다. 방청권은 항상 수요자가 많아 그것을 얻기 위한 경쟁이 치열하였는데, 재판의 중반에는 법정애 빈 자리가 많은 기현상이 초래되기도 했다. 이를 두고 일부 피고인측에서 방청권을 다량 확보하여 다른 사람들의 방청을 고의로 방해했다는 소문까지 나돌기도 하였다. 그에 따라 신청자들을 대상으로 추첨을 하여야 한다는 의견도 있었으나, 현실적으로 방청권 실명제 등을 실시한 재판부의 결정이 잘못되었다고 평가할 수도 없고 다른 특별한 대안도 없어 보인다.

조금 더 본질적인 문제는 재판의 촬영과 중계에 있다. 단순한 호기심이나 교육용 방청은 단시간 내 피상적인 것으로 소송절차를 이해하는데 도움이 된다고 보기 힘들다. 공중의 관심을 끄는 인사들의 사건에 대해서는 관심을 가진 전문적인 관찰이 이루어질 뿐 그밖에는 거의 방청객이 없는 것이 보통이다. 이와 같은 현실에서 일반에 대한 재판의 공개는 그 의미가 감소되고 있고, 그에 따라 반면으로 언론에 대한 공개가 이루어짐으로써 보다 확대된 의미를 가질 수 있게 되었다. 정보화 사회에 있어 영상보도는 가장 진실에 부합하고 생생한 보도를 제공하는 것이므로 재판공개에 있어 아주 중요한 수단이다. 그러나 대부분의 나라에서는 재판의 중계나 녹음·녹화를 원칙적으로 금지하고 있다. 전면적으로 금지하고 있는 곳은 영국과 네델란드, 전면적으로 허용하는 곳은 이태리와 노르웨이로 알려져 있다.

미국은 린드버그 유괴사건 이후 사진보도를 금지하는 원칙을 유지하고 있었다. 이유 중에는 카메라의 존재가 피고인에게 불리한 편견을 일으키게 한다는 것도 있었다. 그러나 텔레비전 수상기가 일반화 되고난 1965년 이후 점점 보도를 허용하게 되었고, 1981년 캔들러 대 플로리다주 사건 이후 41개 주가 전파에 의한 보도를 허용하고 있다.

일본은 전후 일시적으로 자유로운 법정 취재가 허용되었으나 혼란을 가져와 1949년 형사소송규칙에 의해 허가를 받도록 규정했다. 그 이후 개정 전 약 2,3분간에 걸쳐 촬영만 허

용하는 것을 오래된 관행으로 유지해 오고 있다. 일본에서는 허가제를 엄격히 운영하고 있어 사실상 금지된 것과 마찬가지로는 이유로 아직까지 언론과 법원 사이에 다툼이 있다고 한다.

우리나라 법원조직법 제59조에서는 “누구든지 법정 안에서는 재판장의 허가없이 녹화, 촬영, 중계방송 등의 행위를 하지 못한다”고 규정하고 있어 일본과 같다. 법정에서의 방청촬영등에 관한 규칙은 재판장의 허가를 받기 위해서는 녹화, 촬영, 중계방송 등의 목적, 종류, 대상, 시간 및 소속기관명 또는 성명을 명시한 신청서를 재판기일 전날까지 제출하도록 하고 있다. 재판장은 형사사건의 피고인의 동의가 있는 때에 한하여 위 신청에 대한 허가를 할 수 있다. 다만 동의 여부에 불구하고 촬영 등의 행위를 허가함이 공공의 이익을 위하여 상당하다고 인정되는 경우에는 동의 없이도 허가할 수 있다. 재판장이 허가를 하는 경우에도 촬영 등의 행위는 공판 또는 변론의 개시 전으로 제한한다.

이번 재판에서는 한 때 중계를 허용해야 한다는 여론이 있었다. 그러나 재판부는 심리 초반부에 개정 전 피고인들의 뒷모습 촬영을 잠시 허용했다가, 그 후로는 전면 금지했다. 심리 종결 후 선고를 앞두고 중계를 허용할 것이라는 추측이 나돌기도 하였으나, 선고 당시에는 개정 전 피고인들의 정면촬영을 약 5분간 허용하였을 뿐이다. 물론 이러한 조치는 재판장이 법령의 범위 내에서 행한 것으로 아무런 하자는 없다. 그러나 사안의 중대성, 그리고 사안의 방대함으로 인하여 언론의 보도 내용만으로는 정확한 진행내용의 파악이 현실적으로 어려운 점들을 감안한다면, 엄격한 통제하에서 중계를 허용하는 것이 가능했으리라는 아쉬움은 있다.

특히 이번 사건만큼 전국민적 관심이 집중되어 중계에 적합했던 사건은 일찍이 없었으며 향후에도 있기 힘들 것 같고, 피고인들의 변호인들조차 지난 4월 29일의 제6차 공판에서 재판의 중계방송을 재판부에 요청한 사실이 있는만큼, 엄격한 통제하에서 중계를 허용하는 것이 가능했으리란 아쉬움은 있다. 물론 현실적으로는 대법원 규칙의 개정문제가 따른다. 현재 헌법재판소는 취재와 보도를 폭넓게 허용하고 있는 점은 참고가 될 것이다.

재판을 통해서 본 5·18의 정치사회적 의미¹⁾

김 상 곤 교수(민교협 공동의장, 한신대)

1. 머리말

정부의 강경방침과 언론의 흑백논리 속에 한총련사태가 우리 사회를 또한차례 진통과 轉化的 국면으로 이끌고 있는 가운데 12·12와 5·18사건에 대한 사법부의 1심 판결이 있었다. 12·12군사반란과 5·17내란, 5·18 양민학살은 우리 현대사를 가장 수치스럽게 만든 사건들이다. 재판부가 전두환 전대통령에게 사형을 선고함으로써 우리는 일단 우리 당대의 수치를 후대에 넘겨주지 않을 수 있는 가능성을 확보하였다.

이들 사건의 주역들이 12년간 번갈아 대통령을 지냈고 이들을 심판하고 있는 현정권 역시 이들과의 3당합당 과정에서 집권한 정권임에도, 전직 대통령을 내란혐의로 구속 기소하여 사형선고를 내릴 수 있었던 것에 대해 안팎의 언론들은 세계적으로 이해적인 현상이라고 말한다. 1년여전 검찰이 ‘성공한 쿠데타에 대해 공소권없음’ 결정을 내렸을 때만 해도 이들을 법정에 세워 국민의 심판을 받게 할 수 있으리라고는 생각하기 어려웠을 것이다. 무엇이 이러한 ‘이례적 현상’을 만들어냈는가. 그것은 오로지 역사의 좌절과 왜곡을 바로 잡으려는 국민적 연대를 만들어냄으로써 가능했다.

이 글의 목적은 이번 재판을 통해서 5·18이 우리 사회에서 갖는 정치사회적 의미를 정리하는 것이다. 이 글에서는 그러한 정리를 통해서 5·18이 오로지 국민적 저항에 의해서만 그 전통과 의의를 지켜왔으며 앞으로도 그러한 국민적 진출에 정확히 비례해서만 자신의 의미를 계승해 나갈 수 있음을 밝히고자 한다.

구사회주의권의 와해를 거쳐 세기의 전환점에 서있는 90년대 후반의 세계는, 글로벌라이제이션이라는 표현에서 짐작할 수 있듯이, 지역간 교류가 양적으로나 질적으로 가속화하고

1) 이 글에서 '5.18'은 1980년 5월18일을 전후한 민중항쟁에서 비롯되어 그 복권과 계승을 위해 최근까지 전개되고 있는 일련의 사회운동 전반을 지칭한다. 1980년 당시의 항쟁은 오월광주민중항쟁(이하오월항쟁)으로 지칭한다.

있다. 정보집중력과 기동성이 뛰어난 자본의 논리가 빠른 속도로 범세계적 공세를 펴고 있는데 반해, 그에 대한 대안논리는 상대적으로 분화되고 분산되어 있으며 이러한 분화 및 분산은 그자체 어느 정도는 자본의 교묘한 공세의 효과이기도 하다.

국내에서는 3당합당으로 출범한 현정권이 '민간주도'의 '탈규제화' 논리를 내세워 실인즉 재벌 독점대자본 중심의 지배질서 재편을 도모하고 있다. 이를 위해 현 정권은 먼저 시민 운동을 기층운동과 분리하여 선별적으로 지원함으로써 이들 중 체제친화적인 분파를 체제 유지의 방패로 삼고, 노동운동과 학생운동에 대해서는 군사독재 시절을 능가하는 직접적 폭력과 방자한 탄압으로 고립작전을 구사해 왔다. 이 과정에서 언론은 앞다투어 현정권을 '문민'정부로 분식해 줌으로써 정권 초기의 개혁사정을 회피하였으며 정부는 대규모언론사에 대한 독과점규제 등을 무기삼아 이들을 끊임없이 친정부세력으로 순치시키고 언론 고유의 건전한 비판기능을 잠재워 왔다. 최근의 한총련사태에서 언론은 정부보다 앞장서서 강경진압을 촉구하고 학생들을 친북 이적세력으로 몰아감으로써 우리 사회에 비이성적인 흑백논리를 유포하였다.

이처럼 오월항쟁 이후 16년이 지난 현재에 있어서도, 근대 시민사회의 가장 초보적인 권리라 할 수 있는 집회·결사의 자유조차 허용되지 않는 것이 '문민'통치의 현실이다. 또한 그간의 개혁사정에서 5,6공의 비리주범으로 기소되었던 수구적 인사들이 이번 8.15특사에서 대거 석방되었다. 이는 작년 이후 5·18운동이 열어진 우리 사회 발전의 계기가 보수적 공세에 의해 다시 원점으로 회귀하는 것이 아닌가 하는 우려를 자아내는 것이다. 12·12와 5·18사건에 대한 1심판결을 계기로 5·18의 정치사회적 의미를 되새겨 보는 것은 이런 점에서 더욱 시의적절하다고 할 수 있다.

2. 12·12쿠데타와 오월항쟁

12·12쿠데타는 5·18의 서곡에 해당한다. 전후 미국 중심의 자본주의세계체제 속에서 후진국의 초기 자본주의발전은 민간 부르주아지의 미성숙으로 인하여 상대적으로 조직화가 용이한 군부, 행정기술관료 등 국가기구에 의해 대행되는 예가 많았다. 다른 한편 국가에 의해 주도되는 급속한 자본주의발전의 제반 모순에 대해서도, 아직은 동질적인 사회집단의

로서 자기정체성을 갖추지 못한 노동자계급을 대신하여, 대항논리와 조직동원력에서 상대적으로 유리한 학생운동세력 및 지식인그룹이 문제를 제기하게 된다.

오월항쟁은 이러한 후진국 특유의 자본주의 발전유형 속에서, 민중의 생존권과 정치적 권리를 박탈해왔던 군사정권체제에 대한 저항의 연장선상에서 이루어졌다. 5·16군사쿠데타 이후 형성되어 1980년대 후반까지 지속되는 역대 군사정권에 의한 세계시장지향적 축적체제는 그 반민주성과 민중배제적 특성으로 인해서 지속적으로 민중의 저항에 직면하였다. 이 체제의 극단적인 파쇼독재적 성격은 초보적인 정치적 민주주의조차 부정하고 대외지향적 축적을 위해 유혈적인 노동통제를 자행하는 데서 노골적으로 드러났다. 이러한 극단적인 억압속에서 70년대 후반 학생·지식인들의 민주화 운동과 기층 민중의 생존권 투쟁은 연대의 단초를 보이기 시작했다. 동일방직 노동자의 투쟁이나 '함평고구마사건' 등은 재야와 학생의 동참을 가져왔으며, YH노동자 투쟁은 유신체제의 내부 분열을 불러왔다. 부마민중항쟁도 직접적으로는 이처럼 생존권 투쟁이 민주화운동과 초보적으로나마 결합하면서 계기가 주어졌던 것이다.

1980년 봄에는 그리하여 정치적 민주주의와 민중의 생존권 확보라는 두 사회적 과제가 전면적으로 제기되었다. 한편에서는 학생을 중심으로 한 민주화 운동과 다른 한편에서는 자연발생적인 노동운동이 급격하게 고양되었다. 기존의 제도권 정치가 이에 대하여 무능함을 드러낼수록 정치적 민주화와 생존권 보장에 대한 민중의 요구는 기존의 축적체제를 '보수'하여 지배를 유지하고자 하는 지배세력의 의도와 정면으로 상충되어갔다. 사회 전반의 수구세력들은 70년대 말의 축적위기 속에서 박정희대통령이 피살되고 유신체제에 일정한 균열이 발생하였을 때 이를 민주화의 계기로 수용하기를 거부하고 지배블록의 재강화를 획책하였다. 이 가운데 결국 물리력을 갖춘 군부가 민중의 진출로 동요하던 기존의 헤게모니 구조를 재구축하고 와해된 자본주의적 축적체제를 재구축하는 부르주아사회통합의 주도로 부상하게 되었던 것이다. 이러한 반동적인 흐름은 결국 12·12에서 5·17로 이어지는 쿠데타에 의한 정권 장악으로 구체화되었다. 전노일당을 중심으로한 신군부세력은 박정희 전대통령의 피살 이후 군사독재체제가 동요하자 전방 병력을 이동시키고 직속상관을 살해하는 등 지극히 파렴치하고 노골적인 방법으로 정권을 장악하였다.

이러한 반동적인 흐름에 대해 학생을 중심으로 한 민주화운동세력은 신군부를 중심으로 한 수구세력의 음모를 폭로하면서 그 퇴진을 요구하는 시위를 벌여나갔고 제도 정치권도 결국 여기에 동참하지 않을 수 없었다. 그러나 5·17군사쿠데타는 대중적인 민주화요구에 대한 근본적인 부정이었으며 민중을 수탈하는 축적체제 및 그에 조응하는 군사독재체제로

의 회귀를 의미하는 것이었다. 군사쿠데타에 대응하여 일어난 오월항쟁은 이러한 반동적인 지배세력의 재편음모에 대한 거부로서, 당시 사회의 모순구조가 특히 응집되어 있던 광주 지역에서 폭발한 것이었다. 항쟁은 1980년 5월 어느 특정지역에서 돌출한 사건이 아니라 노동자 생존권 투쟁, 부마항쟁, 그리고 80년 봄의 사복노동자를 비롯한 노동자와 시민 학생들의 민주적 권리, 생존권적 요구에 바탕을 둔 투쟁들이 있었기에 가능했던 것이다. 이처럼 오월항쟁은 단순히 학생 시위의 과잉진압에 대한 즉자적 대응이 아니었으며 당대의 사회적 모순이 낳은 결과였다.

첫째로, 무엇보다도 오월항쟁은 이후 민주운동을 성숙시킨 결정적인 계기였다. 그날 이후 모든 민주민주세력은 70년대 민주화운동의 한계를 고민하고 그날을 계기로 비로소 분명하게 드러난 한국사회의 모순구조를 깊이 인식하게 되었다. 그리하여 계급적 민족적 제모순이 중첩된 한국사회, 재벌형 독점자본과 반민주적 독재정권, 그리고 이를 옹호하는 외세로 구성되는 지배세력에 대한 과학적 인식이 진전되었다. 이에 따라 한국사회의 민주수탈적 구조를 극복하고 진정한 민주주의를 확립하는 과제는 결코 기층민중운동과 분리되어서는 사고될 수 없다는 것이 인식되었으며, 그동안의 급속한 축적에 따른 자본주의적 사회관계의 비약적인 확장으로 토대가 확보된 노동운동과, 농민운동, 도시빈민운동 등 기층민중운동의 역사적 지위가 분명하게 되었다.

둘째로, 오월항쟁은 민중 일반이 투쟁에 동참함으로써만이 민중억압적인 체제를 종식시킬 수 있음을 분명하게 보여주었다. 70년대 말 광주 전남지역은 자본주의적 성장이 뒤떨어진 후진 지역인데다 당시의 축적위기를 반영하여 불완전취업자와 같은 도시빈민 등 광범위한 기층민중이 퇴적되어 있었다. 한국자본주의 발전과정에서 이 지역은 독점적 대자본의 총체적 수탈에 노출되어 있었으며 이러한 조건하에서 지역주민 전반의 생활 상의 욕구가 제대로 충족될 수 없었고 이에 대해 이 지역의 일부 중소자본 등은 정부를 상대로 적극적인 지역 개발을 요구하기도 하였지만 대중은 경제정책에서의 반민중성과 지역적 차별을 노골화해가는 정권에 대해 깊은 불신과 대항의식을 키워왔다. 이러한 모순구조를 반영하여 학생 시위가 항쟁으로 발전함에 따라 항쟁의 주체는 노동자계급과 도시주변의 농민층, 그리고 다양한 구성을 가진 도시빈민 등 기층민중을 기초로 하면서 중간계층과 중소자본가 일부가 결합한 민중연합으로 형성되어 갔다. 항쟁이 진행됨에 따라 생산직 노동자와 도시빈민 등 6-70년대의 자본축적과정에서 철저히 수탈당하고 소외당한 사람들과 지역내 운동세력을 중심으로 항쟁 주체가 보다 분명히 부상했으며 이들에 의해 점차 항쟁이 주도되었다. 항쟁당시 구속자, 사망자, 부상자의 직업별구성에서 이 사실을 확인할 수 있다. 영세사

업장 취업자(31.4%), 운전기사(6%), 회사원(7.3%)등 노동자의 비중이 압도적이며 상업(5.8%), 농업(7.4%), 교수와 성직자 등 양심적 재야인사(4.8%) 등이 나머지를 구성하고 있다. 또 기동타격대 구성에서도 영세사업장 취업자가 50%, 불완전고용 및 무직이 32%를 차지하여 결국 항쟁을 지속한 집단은 대부분 임노동자와 농민 혹은 영세자영업자였다.

셋째로, 오월항쟁은 이지러진 한국 근현대사에 다양한 형태의 '저항의 정치'를 복원하였다. 자생적인 民富의 축적 속에서 봉건적 예속으로부터의 해방을 쟁취한 서구 근대사와는 달리 우리의 근현대사는 대중의 정치적 사회적 진출이 번번히 좌절되는 굴절의 역사를 전개해 왔다. 일제의 지배와 해방 후의 좌우대립, 한국전쟁에서의 동족상잔과 군사정권의 지배를 거치면서 대중정치의 공간은 계속 봉쇄되어왔다. 정치는 수구적 모리배들의 전유물이 되었고 대다수국민은 소시민적 보신주의 속에서 탈정치화되어 왔다. 오월항쟁은 이처럼 왜곡된 한국 근현대사에 대중적 정치, 저항의 정치를 복원시킴으로써 소시민적 패배주의로 굴절된 국민정서에 치열한 휴머니즘의 전통을 복원하였다. 자존을 짓밟는 폭력에 분노하고 불의에 항거하는 것이야말로 보다 나은 무언가를 이루려는 모든 인간적 실천의 바탕이라는 것, 오월항쟁은 바로 이러한 실천의 출발이었다. 열흘간의 저항 속에서 오월항쟁은 우리에게 대중적 토론과 시위, 민중의 건강한 도덕성에 바탕한 자위적 질서, 시민군의 무장투쟁 등 저항정치의 여러 형태를 압축적으로 남겨주었으며 마지막 도청사수대의 비장한 죽음을 통하여 우리 현대사에 깊은 각인을 남겼다.

민중적 저항을 반인륜적 폭력으로 진압하면서 일단 지배진영은 재구축되었으나 오월항쟁으로 시작된 한국의 80년대는 시가전을 방불케하는 시위 속에 지새었으며 이 속에서 진보적 저항세력의 계급적 정체성과 조직화가 진행되었다. 이런 점에서 한국의 80년대는 흔히 평시의 역사 수십년에 해당한다고 일컬어지는데 오월항쟁의 역사적 의의는 바로 이러한 저항의 정치, 진보의 연대를 열어제쳤다는 데 있다.

3. 비자금통치와 5·18운동의 전개

12·12쿠데타가 5·18의 서곡이라면 비자금사건은 5·18의 종장에 해당한다고 할 수 있다. 전방을 지키는 일선부대를 이동시켜 적이 아닌 아군에게, 그것도 직속상관에게까지 총격을

가하면서 집권한 5,6공세력이 '정의사회'를 구현한다는 것은 태생적으로 불가능한 것이었기 때문이다. 1980년 신군부 쿠데타세력은 총칼로 집권을 하기는 하였으며 한순간도 정권의 정통성과 정당성을 확보하지 못한 채 집권기간 내내 격렬한 범국민적 저항에 시달리다가 끝내 1987년 6월 민주대항쟁의 결과 7년만에 통제력을 상실하고 만다.

1980년 물리력에 바탕하여 지배블록 위기의 봉합자로 등장한 신군부는 80년대의 변화하는 국내의 상황 속에서 새로운 축적체제와 그것을 뒷받침할 사회통합기제를 구축해야 했다. 그러한 재편작업은 70년대 말까지 국가주도의 축적전략 속에서 빠른 속도로 진행된 자본주의적 사회관계의 효과 속에서 진행될 수 밖에 없었는데, 그것은 재벌로 대표되는 사적 독점 대자본의 지배력을 한 축으로 하고 80년 봄을 계기로 바야흐로 고조되기 시작한 기층 민중의 진출을 다른 한 축으로 하는 것이었다. 여기에 70년대까지의 케인지언적 개입주의적 축적체제로부터 이른바 신자유주의 신보수주의의 축적체제로 전환되기 시작한 세계자본주의의 변화가 중첩하고 있었다.

이러한 중첩된 상황 속에서 5,6공세력은 중화학공업 투자조정 등 자본의 재편성을 서두르고 공적거래제도의 강화와 대외개방 확대 등 대내외 경쟁을 촉진하는 한편 민영화·자유화의 확대라는 기치 하에 정부지원의 선별 및 집중을 표방하였다. 그리고 80년대 중반 세계경제의 호황이 더하여 한국자본주의는 최대의 호황과 고도축적을 맞이하게 된다. 이 과정에서 대자본은 자본축적의 새로운 전기를 맞이하게 되는데 이 때 선별지원과 자본재편성을 주도하는 정권과의 유착 여부는 축적의 중요한 전제조건이었다. 국제그룹의 해체는 이를 상징적으로 보여주는 것이었다. 그 액수와 방법에 있어 사상 유례가 없는 비자금조성은 이를 배경으로 진행된 것이었다. 80년대 중공업 주력산업의 합리화 정책, 여신관리와 업종전문화를 통한 재벌구조 재편 등의 과정에서 대자본 각 분파는 유리한 축적고지를 점하기 위해 정권과의 유착에 사활을 걸었다. 그리하여 정권과의 친소관계가 자본축적의 관건이 되었고 뇌물수수과 부실시공은 80년대 경제를 지배한 일반논리가 되다시피 하였다. 대통령이 직접 나서서 재벌총수를 접촉하고 뇌물을 착복함으로써 국가재정은 5,6공 세력을 위한 사금고가 되었다.

12·12사건 관련자에 대한 고소 및 5·18학살주범에 대한 고소에 대해 검찰이 각각 기소유예, 공소권없음 등의 결정을 내린 뒤 작년 10월 불거져 나온 노태우전대통령 비자금사건은 그간 한국경제의 왜곡과 비효율성을 단적으로 보여주는 것이었다. 80년대 이후 재벌과 정부는 민간주도의 경제를 주장하여 왔고 국제경쟁력 강화를 위해 노사안정이 필요하다고 역설하여 왔는데 수백억원에 달하는 뇌물을 상납하고 그 댓가로 이권사업에서 특혜를 받는

비자금경제에서 민간주도란 결국 재벌주도, 특히 정권과 유착한 재벌주도 외에 다름아니라는 것이 드러난 것이다. 이로써 경제의 효율을 저해하고 노사안정을 저해하는 자야말로 바로 이들 정권모리배 및 특혜재벌임이 드러났다.

재벌의 상납으로 조성된 비자금이란 기업의 투자기금이거나 종업원 복지기금이거나 혹은 탈세로 형성되었다는 의미에서 국민의 혈세일 것이다. 그러한 거액의 자금을 총수 1인이 멋대로 사용할 수 있는 재벌의 소유 및 경영구조야말로 우리 사회의 총체적 부실을 초래하고 이른바 국가경쟁력을 약화시키는 가장 근본적인 원인이었다.

80년대 우리 사회 지배블록의 몰상식이 어느 정도에 달했는가를 보여주는 좋은 예가 바로 평화의 댐 건설사업이었다. '북한의 남침위협'이라는 안보논리는 사회 각층의 체제비판을 봉쇄하는 동시에 재벌 측으로부터 언필칭 성금을 모금하는 일견 합법적인 기제였다. 이 과정에서 언론은 앞다투어 북한의 남침야욕을 과장되어 보도하였고 일부 대학교수를 포함한 지식인들은 북한의 금강산댐의 위험이 어느 정도인가를 '실증조사'를 통하여 구체적인 자료로써 제시하였다. 그런데 역설적으로 이와같은 몰상식은 오월항쟁 이후 급성장한 기층 민중운동에 대한 지배블록의 극단적인 대응을 보여주는 것이었다. 오월항쟁 이후 한편에서는 대학을 중심으로한 지식인들의 저항이 항상화되고 다른 한편으로는 노동운동과 농민운동 등 기층 부문운동이 조직화되면서 이들 사이에 이론적 실천적 연대가 형성되기 시작하자 이들에 대한 정권의 탄압도 극대화되고 있었던 것이다.

지배블록의 폭압에 맞선 기층 사회운동의 저항은 1987년 6월 민주대항쟁에서 절정에 달하였다. 전두환정권의 4.13호헌선언을 지지한 전경련과 노총 등 독점재벌 및 그 하수인을 제외하고 거의 전국민이 민주화운동에 나섬으로써 오월항쟁 이후 우리 사회 저항의 대중화를 웅변하였다. 더우기 6.29선언으로 '시민'운동적 사안이 해소된 이후에도 대중적 저항은 그것으로 미봉되지 않았으며 곧이어 대중적 노동운동으로의 질적 전환을 보여주었다. 이러한 과정은 한편으로 한국 자본주의의 물적 기반의 성숙과 그에 따른 '시민사회'의 형성을 반영하는 것이면서 다른 한편으로 자본주의적 모순의 성숙, 즉 노자관계의 전면화를 보여주는 것이었다.

오월항쟁 이후 예비되어 오던 노동운동은 국민적 저항으로 지배블록이 타격을 받고 정권의 폭압적 성격이 위축된 틈을 타 드디어 대중적 조직적으로 분출하기 시작하였다. 그리하여 1987년 7,8월 두달 간에 걸쳐 발생한 파업 등 노동자투쟁은 3,500여건에 이르렀고 이는 지난 30여년 간의 쟁의 수에 맞먹는 것이었다. 1987년 6월 말 현재 2,742개에 달했던 전국

의 노동조합 수는 1989년 7,833개로 늘어났으며 같은 기간 조합원 수는 105만명에서 193만명으로 증가하였다. 특히 300인 이상 고용 사업장의 80%에 노동조합이 결성됨으로써 기업별 노동조합 체계 하에서는 사실상 가능한 모든 범위에서 노동조합이 결성된 것이었다.²⁾ 이와 같은 노동자의 대중적 조직적 진출은 1990년 1월22일 전국노동조합협의회(전노협)의 결성으로 집중되어 드디어 민주적인 노동자 대중조직의 전국적 구심을 갖기에 이르렀다. 전노협이 온갖 탄압을 뚫고 1995년 11월 민주노동조합총연맹(민노총)으로 발전하는 과정은 오월항쟁 이후 모순의 응축기였던 80년대를 드디어 정리하는 것이었다고 할 수 있다.

4. 5·18의 현재적 의의

오월항쟁에서 비롯된 이와 같은 80년대의 국민대중의 정치적 진출은 이제 거꾸로 오월항쟁의 진실과 역사적 의의를 전면에 제기하는 것을 가능하게 하였다. 80년 이후 계속 제기되어 온 항쟁의 복원과 계승의 문제에 새로운 전기가 된 것은 1993년 이른바 문민정부의 출범이었다. 현정권은 광주항쟁을 역사적으로 복원시키는 듯 하면서도 용서와 화해라는 말로 진상규명과 책임자 처벌 등 핵심적 사안들을 우회하고자 함으로써 오히려 오월항쟁의 진실이 호도되고 미봉되리라는 우려를 확산시켰다. 작년 7월 검찰의 불기소 선언으로 김영삼 정부의 한계가 드러나자 마침내 다시 가열된 5·18운동은 특별법 쟁취에 이르는 전국민적 저항으로 확산되었다. 것처럼 우려스러웠던 상황이 이렇게 반전된 것은 '5·18공대위' 등 여러 단체들의 헌신적인 노력과 투쟁에 기인하는 것이지만 다른 한편 현정권의 한계에 대한 범국민적 인식이 크게 작용한 결과였다. 곧 광주민중항쟁의 연속선상에 있음을 내세운 김영삼정권이 개혁이라는 구호로 이룬 민주화의 허구성이 중요한 원인이었던 것이다.

현정권은 그간 사정과 개혁의 슬로건을 외치면서도 그러한 사정이나 개혁의 지지기반을 민중에게서 확보할 수가 없었으며 오로지 수구적 기득권세력의 지지를 통해서만 자신의 집권기반을 확충할 수 있었다. 따라서 각분야의 개혁이 슬로건에 머무르고 결국은 구지배세력과의 적정한 타협선에서 주저앉을 수 밖에 없었다.

작년 7월 검찰의 공소권 포기는 현정권의 태생적 한계를 더욱 분명히 보여주었다. 많은

²⁾ 이에 대한 자세한 경과는 김상곤, '정치경제적 정세와 노동운동의 발전방향', 한국사회경제학회 편 "한국자본주의와 노동운동", 사회경제평론 제8집, 한울, 1995, p.99 이하를 참조.

국민들은 그것을 '5,6공에 뿌리를 두고 있는 현 정권으로서 전노일당을 처벌할 자격이 없다'는 자기고백으로 받아들였다. 이에 대해 5월항쟁 관련단체, 학생, 광주·전남연합 등은 실무대책회의를 가졌고 이어서 '5·18공대위'를 구성하였다. 이후 5개월여에 걸쳐 진행된 투쟁은 각계각층의 명실상부한 전국민적 참여를 낳았다. 170일 넘게 진행된 명동성당농성과 학생들의 시위와 동맹휴업, 7000여명이 참여한 전국 각대학 교수들의 성명서, 시국선언 발표와 전국각지역 교사들의 성명서 발표, 스님·신부 등 종교계 인사들의 성명과 농성, 100만명이 넘는 사람들의 서명, 7월 22일 종묘공원에서 1차대회를 시작으로 9차례에 걸쳐 전국적으로 개최된 국민대회, 고소·고발·항고·재항고·헌법소원 등 법적 대응, 국회 청원과 범국민단일법안 제시 등 모든 수단을 동원하여 수행된 이 투쟁은 거국적인 참여를 불러와 광주항쟁의 문제를 전국민적인 과제로 전환시킬 수 있었던 것이다. 특히 각 대학 교수들의 서명은 해방 이래 특정 정치사안이나 사회적 사안에 대한 교수들의 견해표명 중 규모가 가장 큰 것으로서, 지난 1986년에서 1987년 상반기로 이어졌던 5공 당시의 시국선언에 비하여도 그 확산속도가 세배 이상 빠른 것이었다.

오월항쟁의 진실을 밝히는데 계속 소극적이고 타협적인 현정권을 내몰아 마침내 특별법을 제정하고 학살주범 및 비리관계자들을 법정에 세울 수 있었던 것은 오로지 이러한 국민적 연대의 힘이었다. 국민들의 저항과 연대가 소극적인 선에서 멈추었다면 오월항쟁은 이번에도 다시 검찰의 불기소 선언에서 마무리되고 말았을 것이다.

이제 스스로 새로운 수구적 특권집단이 되어가고 있는 현정권의 지배집단은 국민들의 다양한 의사표시에 대해 군사독재시절을 무색케하는 노골적인 탄압을 자행하고 있다. 이번 한총련사태에서 보듯이 현정권은 학생들의 자진해산 의사를 무시하고 또 사회각계의 합리적인 중재노력을 묵살하면서 군사작전을 방불케하는 강경진압을 자행하였다. 현정권은 특히 노동문제와 남북문제, 교육문제 등에서 점차 보수로의 회귀경향을 강하게 드러내 왔다. 노동문제의 경우 군사정권 시절부터 국내외에서 악법으로 지탄받아온 제3차개입금지, 복수노조금지, 공무원의 단결권 금지 등의 개폐를 계속미루어오다 ILO가입과 OECD 가입추진 등의 과정에서 내외의 여론에 밀려 비로소 이들 집단적 노사관계법의 개정움직임을 보이고 있다. 그대신 개별적 노사관계에 있어서는 다시 자본 측의 이해관계에 충실하여 그 적용에 문제가 많은 변형시간근로제, 정리해고제, 근로자파견법 등을 거론하고 있다. 남북문제는 현정권의 경직화, 보수화를 가장 잘 보여준다. 현정권은 특히 김일성주석의 사망 이후 대북 창구의 단일화를 더욱 경직되어 주장해 왔으며 북한의 식량부족 및 수해복구와 관련한 초보적인 인도주의적 차원의 지원에 관해서조차 여유를 잃어 국제사회의 웃음거리가 되어 왔

다. 금번의 현충권사태도 근거없이 민간의 다양한 통일논의를 봉쇄해온 정부의 태도가 근본적인 원인의 하나이다. 그런데도 정부는 이번 사태를 빌미로 오히려 집시법을 강화하겠다는 등 총기발사를 불사하겠다는 등 보수총공세에 나서고 있으며 뿐만 아니라 각 대학의 학사관리를 철저히 하고 학생운동을 감시하겠다는 등 대학자율과는 정면으로 대치되는 방안을 연달아 발표하고 있다. 반면 이번 8.15특사를 통하여 울곡비리와 동화은행 사건 관련자 등 대형비리 관련자들이 대거 사면 및 복권됨으로써 정권 초기의 개혁 사정이 그나마 무색해지고 말았다.

이와같은 비이성적 태도는 내년 대선을 앞두고 현 정권이 한편으로는 무원칙한 정략적 화해를, 다른 한편으로는 정권안보적 차원에서 점차 권위주의적 통제를 강화하고 있다는 우려를 낳고 있다. 우리는 국민적 연대로써 망설이는 현정권을 촉구하여 학살주범들을 법정에서 세울 수 있었으며 진상규명에는 미흡하지만 전두환 사형 등 그나마의 판결을 받아낼 수 있었다. 일각에서는 벌써부터 사면 운운의 논의가 대두되고 있는 현실에서 이번 판결에서 미흡했던 진상규명을 더욱 철저히 해내기 위해서는 더욱 폭넓은 사회각층의 참여가 요구되고 있다.

이번 재판이 진행되는 과정에서도 학살 및 비리주범들은 단식을 한다든지 변호인 선임을 거부한다든지 하여 가능한 한 이번 재판을 흠집내고 정치보복적인 것으로 폄하하려 가능한 온갖 술수를 연출하였다. 그런가하면 현정권의 태생적 한계와 관련하여 대통령선거자금과 관련한 밀설이 유포되는 등 정권담당자와의 정치적 흥정 가능성이 에드벌룬처럼 떠오르기도 하였다. 그리고 이에 화답하는 듯 한편에서는 아직 재판이 끝나기도 전부터 사면 운운하는 이야기가 흘러나오기도 하였다. 그에 따르면, 일단 재판은 절차대로 진행하되 마지막에 가서 내년 대선을 전후하여 대통령 사면으로 석방시키는 시나리오가 작성되어 있다는 것이다. 설사 전혀 근거없는 낭설이라 할지라도 이런 짐작이 공공연히 거론되는 것은 오월 항쟁에 대한 현정권의 모호한 태도에서 비롯되는 것이다. 현정권의 개혁이 정략차원에 그침으로써 자신의 태생적 한계를 완전히 벗어나지 못했기 때문에 5,6공 세력들이 그것을 현정권의 도덕적 콤플렉스로서 한껏 이용하는 것이다.

이번 재판은 진상규명, 책임자 처벌, 명예회복, 집단배상, 정신계승 등 광주해결 5원칙에서 볼 때 극히 초보적인 시작에 불과하다. 이번 1심판결은 사실확인 기초한 법리적 판단을 강조함으로써 광주 현지에서의 내란목적 살인부분에 대해서는 상징적인 판결을 내리는데 그쳤다. 따라서 광주진압군 지휘체계의 이원화를 밝히지 못했고 양민학살의 책임도 묻지 못했다. 또한 전두환과 노태우를 제외한 피고인들의 형량은 국민들의 일반 정서와는 크

게 떨어지는 가벼운 선고였다. 더욱이 전두환과 노태우 등 피의자들은 최후 진술에서 '현실의 권력이 아무리 막강하더라도 역사를 자의로 정리할 수는 없다'는 주장을 여전히 하고 있다. 따라서 이 재판은 학살 및 비리주범에 대한 응분의 단죄에서 나아가 우리 사회 곳곳에서 여전히 특권을 누리고 있는 수구집단의 척결이라는 의의를 안고 있다. 현재의 특별법은 조사와 공소유지 주체를 현정권의 검찰기구에 일임하고 있기 때문에 검찰로 하여금 미흡한 부분을 보완케하려면 향후 국민들의 가일층의 요구와 감시가 필요하다.

5. 맺음말

현재 지배세력은 미국 중심의 정치군사적 세계지배체제와 미국, 유럽연합, 일본 등의 다극적인 세계경제질서에서 나름대로 유리한 축적기반을 확보하고자 WTO체제의 출범과 더불어 OECD가입을 적극 추진하고 M&A의 개방 등 자본시장의 완전개방을 서두르고 있다. 그리고 국민대중에 대해서는 세계적인 무한경쟁의 시대라는 논리로 거국적인 협조를 강조하고 있다. 그러나 이는 초국적 자본과의 협력을 통해 새로운 축적기회를 마련하고자 하는 일부 대자본의 논리일 뿐이다. 국제화란 결국 세계적 규모의 이윤추구, 경쟁의 격화이며 지역간 부문간 불균등발전을 세계적 규모로 심화시키고 새로운 형태로 노자모순을 진행시킬 수 밖에 없다.

그러므로 지배세력의 친자본-반노동적 본질을 직시하고 독점대자본 중심의 정치 경제체제를 구체적으로 비판해내야 한다. 이와 관련하여 특히 언론을 통한 수구적인 여론조작정치를 폭로하는 것이 중요하다. 아울러 북한을 고립시켜 붕괴를 유도하는 지배계급 중심의 흡수통일정책을 저지해야 제반 사회운동의 정치사회적 활동공간을 넓게 확보해 갈 수 있을 것이다.

이와 관련하여 친자본적인 관변 신사회운동전략에 대응하는 환경, 여성문제 등 국민생활의 질과 관련한 대중운동이 과학적인 시각에서 노동운동과 결합해 나가는 것이 중요하다. 90년대 들어 우리 사회에서도 시민운동이 사회운동의 역할과 비중을 넓히고 있는데 노동운동은 시민운동이 인간다운 삶을 확보하고 사회적인 조건을 개혁하는 방향으로 나아갈 수 있도록 시민운동을 견인하는 한편, 노동자의 삶을 인간답게 만들 수 있는 시민적인 제조건

을 자신의 운동과제로 끌어안아야 한다.

우리 현대사에는 1960년 4·19 혁명과 1987년 6월 민주화대항쟁이라는 자랑스런 국민항쟁의 역사가 있다. 이 국민항쟁은 역사적으로는 동학혁명과 3·1운동이라는 민족운동의 전통 위에 서 있다. 그리고 5·18운동은 바로 이런 전통의 연장에 있는 것이었다. 동학혁명과 3·1운동이 자주민족국가를 지향하는 우리 근대사의 출발점이 되었다면 4·19 혁명은 한국 사회의 민주주의적 전통의 시원으로서 진정한 민주주의를 지향해야 할 소명을 우리에게 부여하는 역할을 하고 있다. 그런가하면 87년 6월의 민주항쟁은 4·19혁명을 뒤이어 우리 사회의 실질적인 민주화의 첫걸음을 내디디게 한 것이었다. 광주민중항쟁을 직접 계승한 6월항쟁은 80년대에 본격적으로 전개된 민중운동의 정점에 있는 것으로서 수십년을 이어온 군부독재의 후퇴를 강요하는 역사적 성과를 올림으로써 민중적 단결의 새로운 시대의 개막을 알린 것이었다.

5·18운동은 직접적으로는 이 6월항쟁의 뒤를 이어서 그것이 만들어 놓은 정세 속에서, 그러나 보수회귀의 거센 바람이 부는 새로운 조건속에서 진행되었다. 그런 어려움에도 불구하고 이제 우리국민의 민주주의식은 민주헌정질서를 부인하는 어떤 시도에 대해서도 단호히 저항한다는 것이 지금까지의 5·18운동 속에서 다시 확인되었다.

첫째, 5·17내란과 양민학살 사건이 쿠데타를 통한 정권탈취과정에서 계획적으로 저질러진 것이며 반민주적 반국민적 만행이라는 것을 밝혀내고 이러한 역사인식을 전국민이 공유하게 된 것이야말로 실로 중요한 성과이다.

둘째, 5·18 운동은 그 주체의 면에서 민중항쟁의 대중적 운동으로의 전환가능성을 보여준다. 오월항쟁이 광주전남의 전민중적 참여 속에서 이루어졌지만 그 가운데서도 기층대중의 참여가 지배적이었다면 5·18운동의 주체는 명실상부하게 국민운동으로서 폭넓은 공감대를 형성한 점에서 오월항쟁의 연속선상에 있다. 이 투쟁에는 시민, 사회단체 뿐만 아니라 국민모두가 지역과 계층적인 이해관계를 넘어서 주체로 참여해 왔으며 1987년 민주항쟁 이래 이렇게 폭넓은 국민적 공감대를 형성한 예는 없었다.

셋째, 5·18운동은 권력과의 투쟁에서 총체적으로 승리하고 성과를 낸 중요한 사건으로서 지배세력으로 하여금 자신의 태생기반을 허물게 한 사건이다. 이 투쟁은 과거를 바로잡아 새로운 사회를 건설해가는 과정에서 거치게 되는 역사적 왜곡을 정정하는 작업이자 다가올 세기를 국민 대중의 시대로 열어가기 위한 정지작업이다. 이 투쟁은 현대사의 정정을 지향하는 국민운동으로 이어지고 있으며 앞으로도 계속될 수밖에 없다.

반민족적 반민중적 억압에 대항하여 전국민의 참여와 지지를 바탕으로 수행되는 이러한 국민항쟁은 사회적 억압의 구조를 해체하는 계기를 만들고 새로운 역사적 시대를 열어가는 것이다. 한국 현대사의 이러한 계기 즉 사회적 저항운동이 국민항쟁으로 전환된 몇번의 경우, 비록 민주 질서의 확립이라는 수준의 지향점을 가진 것이었지만 그것이 수탈체제와 직결된 억압에 대한 저항이라는 점에서 직접적으로 민중적이었으며 바로 그래서 국민항쟁이라는 형태로 발전하게 된 것이다. 1960년대 이래 억압적인 체제하에서 급속하게 진전된 자본주의적 관계의 확산으로 이러한 민주주의 일반의 요구가 곧 생산현장에서의 모순에 대한 대응을 내포하게 된 것이다.

5·18운동은 직접적으로는 학살자의 처벌에 초점이 두어진 것이지만 그것이 국민항쟁으로 발전하게 된 것은 바로 그 문제가 억압적 수탈체제의 청산을 위한 첫걸음이라는 것을 민중이 공감했기 때문이다. 우리가 여기서 얻을 수 있는 교훈은 다름아니라 민중적 과제를 국민적 과제로 전환하는 노력이야말로 그것을 현실화할 수 있는 유일한 경로라는 점이다. 그리고 이것을 가능하게 하는 것은 광범한 민중연대라는 점이다.

전노재판 이후의 과거청산: 과제, 원칙, 전략

곽노현(방송대, 법학)

1. 과거청산에 대한 전노재판의 의미: 본격적 과거청산의 법적 토대

지난 8월 26일의 선고와 함께 12.12 반란 및 5.17 내란에 대한 1심재판이 종료되었다. 전두환씨에 대한 사형선고가 시사하듯이 법원은 12.12를 하극상으로, 5.17을 내란으로 파악하여 단죄하였다. 이로써 5.17 비상계엄확대조치에 대한 광주시민들의 유혈항거가 민주시민으로서의 정당한 권리 행사이자 역사적으로 올바른 선택이었음이 법적으로도 인정된 셈이다. 또한 이른바 김대중내란음모사건 역시 신군부쿠데타세력에 의해 집권 장애물 제거 차원에서 조작된 사건임이 분명해졌다. 따라서 전노재판의 직접적 여파로 바로 시정되어야 할 사항이 적지 않은 형편이다. 5.18특별법도 이런 사정을 예상하여 이들에게는 재심의 길을 열어놓고 있다. 그러나 여타의 사건들에 대해서는 어떤가? 예컨대 똑같이 내란기간중에 자행된 인권유린행위이건만 삼청교육대를 통한 인권유린, 언론인과 교수 대량해직 등은 아무런 특별조치없이 그대로 통상적 사법절차에만 해결을 일임하여도 괜찮은 것일까? 나아가서 가해자의 경우 전혀 처벌받거나 불이익을 당하지 않은 채 확보한 반면 피해자의 경우 온갖 고초를 겪으면서도 불이익을 당연한 것으로 여기며 숨죽이고 있을 수밖에 없었던 전노시대의 수다한 중대인권침해에 대해서는 어떻게 해야 하는가? 여기에 대해서도 지금까지처럼 증거가 확실하고 시효가 남아있는 예외적 경우에 한해 소송을 제기하는 방식으로 개별적으로 접근하여 사회적으로 고립된 채 진실규명과 피해배상을 요구하는 방법 이외에는 없는가? 보다 정의롭고 효율적인 방법은 없는가? 이 글에서는 “전면적 진실규명, 최대한의 관용, 합리적 피해배상”을 현 단계에서 과거군부독재시절의 인권침해를 청산할 기본 원칙으로 제시하고 그 구체적 방법으로 남아공이나 칠레의 예를 따라 진실정의위원회의 설치를 제안한다.

현재 전노재판이 과거청산에 대해 갖는 의미에 대해서는 두가지 대립된 견해가 있는 듯하다. 전노재판을 과거청산의 대미로 보는 견해와 본격적 과거청산의 시발점으로 보는 견해가 그것이다. 전자의 견해는 21세기를 눈앞에 두고 할 일이 많은 지금 더 이상 과거에 발목잡히는 일은 없어야 한다는 점을 내세우지만 불법과거의 청산은 과거에 발목을 잡히는 일이 아니라 미래의 초석을 닦는 일이라는 점에서 별 설득력이 없다. 과거청산은 또한 큰 국력이 소모되는 일도 아니다. 그럼에도 불구하고 전노재판은 그러나 적어도 현 정권 아래서는 미봉적 과거청산의 대미를 장식할 가능성이 작지 않다. 그 이유로는 첫째, 이들에 대한 때늦은 사법처리를 못마땅하게 여기며 형확정후 사면을 요구하는 5, 6공 세력이 사회도처에 아직도 존재하다는 점, 둘째, 피고인들에 대해 현 정권이나 정치권이 치명적 약점, 즉 대선자금 및 정치자금 수수(이른바 노태우 리스트)을 갖고 있다는 점, 셋째, 전노재판에서도 12.12와 5.17, 특히 12.12의 단죄에 치중할 뿐 12.12에서 1.24에 이르는 전내란과정 중의 다양한 인권유린행위에 대해 초점을 맞추지 않았다는 점을 들 수 있다. 그러나 전노재판의 객관적 의미는 여전히 향후 본격적 과거청산의 법적 토대를 마련했다는 데 있다. 왜냐하면 신군부가 불법내란을 통해 집권한 것이 틀림없는 이상 집권기간 중 벌어진 크고 작은 저항사건에 대해서도 이를 달리 볼 근거가 생겼기 때문이다. 또한 6공과 현 정권이 정도가 다르긴 해도 역사적으로나 인적으로나 모두 5공을 승계한 측면이 있는 이상 이 사실에 대한 항거도 법적으로 새롭게 조명되어야 마땅하기 때문이다.

2. 전노재판의 한계: 인권침해에 대한 과거청산적 관점의 결여

전노재판의 한계는 크게 두가지 요인을 갖는다. 첫째는 검찰의 수사 미진과 기소 내용에서 오는 한계이고 둘째는 사법절차와 과정 자체의 특징에서 오는 한계다. 법원이 내란목적 살인혐의에 대해 증거불충분을 이유로 무죄선고를 내린 것은 기본적으로는 이 부분에 대한 검찰의 수사 미진에 말미암은 것이다. 문제는 검찰의 수사미진이 다분히 고의적이었을 가능성을 배제할 수 없다는 데 있다. 즉, 김대중내란음모사건이나 삼청교육대사건 등에 대해서는 그와 같은 불법에 적극 가담했거나 소극 방치한 검찰도 책임을 면할 수 없는 부분이 있으므로 검찰로서는 이들 사건을 이제와서 다시 들추고 싶지 않았을 것이다. 아마도 검찰이 이 사건의 초점을 처음부터 군사반란과 내란행위에 맞춘 큰 요인이 되었을 성 싶다. 어

졌건 검찰은 이 사건의 본질을 헌정파괴범죄에 대한 재판으로 축소하여 파악하였다. 인권 유린에 대한 과거청산적 관점의 결여라는 한계는 무엇보다도 광주학살의 진상규명과 책임 추궁 실패, 그리고 삼청교육대 사건이나 언론인, 교수, 노동자 해직에 대한 언급 부재로 나타난다. 온 국민의 염원인 학살의 진상규명이나 내란의 전모 파악에 대단히 미흡한 모습을 보이고 만 것이다.

3. 전노재판 이후 과거청산의 과제

그러나 한 시대와 한 체제 전체에 대한 심판이나 다름없는 전노재판이 동 시대에 발생한 수다한 중대인권침해범죄에 대한 과거청산의 기폭제로 작용하지 않고 오히려 이들 범죄에 대한 면죄부 부여의 계기로 변질되는 것을 용인할 수는 없는 노릇이다. 무엇보다도 과거청산의 과제가 겹겹이 쌓여 있기 때문이고 이번이 과거청산의 절호의 찬스인 듯 하기 때문이다. 멀리는 한국전쟁을 전후한 대규모양민학살사건들을 위시하여 가까이는 군사독재기간 중 일상화된 고문의 진상을 규명하고 그 책임을 묻는 동시에 그 상흔을 치유하는 작업이 필요하다. 으시시한 국가테러의 공포로부터 자유롭기 위해서는 김형욱 실종사건이나 각종 의문사 사건도 진지하게 재수사될 필요가 있다. 또한 공안기구나 사법부의 무책임성을 바로 잡기 위해서 민청학련사건이나 김대중내란음모사건등 사법살인극으로 전락한 대표적 부실사법사건들의 진상도 재조명되지 않으면 안된다. 특히 국민의 지지와 관심이 상대적으로 낮은 과거의 각종 공안사건에 대해서도 중대한 인권유린의 의혹이 있으면 새시대답게 오직 법과 인권의 관점에 굳게 서서 철저한 진상규명의 기회를 주는 데 주저하지 말아야 한다. 억울하기 짝이 없는 조작간첩은 웅당 구제되어야 하며 사상전향을 강요하면서 자행한 끔찍한 고문에 대해서도 마땅히 진상규명은 물론 그 피해자에 대한 과감한 화해조치가 따라야 한다. 인권피해자가 누구이건 상관없이 인권피해자는 누가 어떤 목적으로 자신의 인권을 짓밟았는지를 알 권리와 피해배상을 요구할 권리를 갖고 있기 때문이다.

한편 보기 나름으로는 우리 사회의 과거청산과제는 적어도 군부독재기간만을 한정해서 볼 때 상대적으로 가벼운 편이라 올바른 마음만 먹으면 해결이 용이한 측면이 크다. 우선 가장 비극적인 인권침해행위였던 광주학살에 대해서는 이미 미흡한대로 보상 등의 조치가 취해졌고 또한 이번 재판을 통해 사법처리도 진행 중이다. 또한 5.18특별법에 따라 국가 차원의 기념사업등이 가능하다. 그외에는 타살, 실종, 의문사 사례가 3, 40건 정도다. 다만 고

문사례는 헤아릴 수 없을 정도로 많았던 것으로 파악된다. 그 중 사망에 이르거나 증거가 확실한 몇몇 경우에는 마지 못해 처벌의 시늉과 소액의 배상이 뒤따랐다. 김근태, 권인숙, 박종철 사건이 대표적이다. 물론 개별적, 고립적, 예외적이라는 한계를 벗어나지 못한다. 심한 고문휴유증이 남아있지 않은 이상 고문피해자들에 대해 사회는 무관심한 듯하다. 고문 피해자들도 특별히 고문의 악몽을 들춰내고자 하지 않는 듯하다. 워낙 당시에 일상화된 탓에 그러려니 하고 넘어가는 것이다. 더욱이 이제와서 별다른 증거가 남아 있을 턱도 없으니 공식적으로 주장하기가 껄끄럽기도 하다. 특히 고문사례중 가장 악질적인 것은 대개 국가보안법 관련, 이른바 공안사범과 관련된 것이었다. 빨갱이에게 무슨 인권이냐는 식의 냉전적 사회분위기에 편승하여 무자비한 고문이 가해졌던 것이다. 과거에 일상화된 고문과 관련해서 가장 어려운 부분은 당시 정황상 분명했던 피의자들의 절절한 고문피해호소를 외면하고 묵살한 검찰이나 판사들에 대한 처리 문제다. 또한 우리 상황에 특이한 과거청산의 문제로 독재에 항거하는 차원에서 투신, 분신한 열사들이 많았다는 것이다. 무려 60여건에 달하는 것으로 조사되었다. 이 분들의 희생에 대해 우리 사회가 공식적으로 어떻게 평가하고 예우할 것인가가 문제된다. 정치목적의 비밀사찰에 대해서는 보안사 사찰에 대해 사찰대상자 1인당 2백만원씩 배상하라는 판결이 며칠 전에 있었다. 죄의식조차 없이 관행으로 해온 일이라지만 대상자들에게 얼마나 커다란 불안과 주눅을 안겨주었는지 모른다. 이와 같은 모든 일이 이제는 공식 기록되어 정의로써 정리되지 않으면 안된다.

4. 중대인권침해에 대한 과거청산의 범원칙: 진실규명, 사법처리, 피해배상

광주학살문제를 놓고 진지한 고민을 거듭한 관심있는 시민들과 단체들은 자연스럽게 문제 해결의 5대원칙을 형성발전시켰다. 진상규명, 사법처리, 명예회복, 집단배상, 정신계승의 원칙이 그것이다. 이 원칙들은 그대로 과거의 중대인권침해를 푸는 국제법상의 확립된 원칙들이다. 특히 프랑스의 저명한 인권변호사 루이 주아네가 기초하여 금년의 제48차 유엔인권소위에서 채택될 예정으로 있는, 과거의 중대인권침해 청산원칙에 대한 최종보고서는 사회 전체의 진실을 알 권리와 국가의 기억할 의무라는 기본 바탕 위에서 인권유린의 사실, 이유, 구조에 대한 총체적 진상규명을 위해 진실조사위원회를 설치할 것과 관련공문서를 보존, 공개할 것을 제안한다. 또한 인권침해범의 실효적 사법처리를 위해 공소시효, 사면제

도, 망명제도, 범죄인 인도제도, 권력재판금지, 군사법원의 관할 등에 관한 각종 제한과 예외를 규정하고 있다.

보다 구체적으로 보고서는 시효와 관련하여 다음과 같은 원칙을 밝힌다. 첫째, 인권침해 형사범죄에 대해 효과적인 구제수단이 존재하지 않았던 기간중에는 시효의 진행이 정지된다. 둘째, 반인도적 범죄나 전쟁범죄등 국제법상의 중대범죄에 대해서는 시효 적용이 배제된다. 셋째, 중대인권침해에 대한 민사배상청구에도 시효의 적용이 원칙적으로 배제된다.

한편 사면에 대해서는 다음의 세가지 원칙을 천명한다. 첫째, 피해자가 효과적이고 공정한 구제수단을 이용할 수 없는 동안에는 중대인권침해에 대한 사면이 행해져서는 안된다. 다시 말해서 자기사면(auto-amnesty, self-amnesty)금지의 원칙인 셈이다. 둘째, 평화적 의견표시 및 표현행위 만을 이유로 기소, 선고된 이에 대해서는 사면이 유죄 인정을 함축적으로 의미하는 이상 사면이 강제될 수 없다. 이 경우 오히려 기왕의 유죄판결이 법적으로 무효다. 셋째, 평화적 의사표시 및 표현행위 이외의 죄목으로 형이 확정되어 사면의 대상이 된 자는 공정한 재판의 혜택을 받지 못했거나 수사과정에서 고문등 비인간적이고 모욕적인 취급을 받았을 경우 사면을 거부하고 재심을 요구할 수 있다. 확립될 수 있다.

상급자의 명령을 수행했을 뿐이라는 통상의 변명에 대해서도 보고서는 다음과 같은 원칙을 천명한다. 첫째, 인권침해가 하급자에 의해 실행되었다고 상급자가 그와 같은 인권침해가 발생 중이거나 임박했음을 알고도 마땅한 예방, 중지권한을 행사하지 않았을 경우에는 면책되지 않는다. 둘째, 인권침해범죄의 실행자가 정부나 상급자의 명령에 따라 행동하였다고 해도 면책사유나 감면사유가 되지 못한다. 다만 양형시 작량감경의 이유는 될 수 있다. 셋째, 자수하여 자신이나 타인의 범죄사실을 밝혔더라도 독재기간이 종료된 후에 그렇게 했다면 면책의 사유가 될 수 없다. 그렇지만 진실규명을 촉진하기 위해 형을 감해줄 수는 있다. 그러나 독재기간중 자수하여 죄상을 폭로한 자에 대해서는 면책이 가능하며 망명도 허용할 수 있다.

나아가서 국제법상의 중대범죄자에 대해서는 정치적, 외교적 망명을 허락해서는 안된다.

또한 범죄인 인도 요청이 있을 경우 정치범 보호조항이나 자국민 비인도 원칙에도 불구하고 넘겨줘야 한다. 심지어는 인권침해범이 붙잡히지 않은 경우라도 선고단계를 제외하고는 얼마든지 희생자와 증인의 증언을 듣는 등 필요한 수사, 기타 사법절차를 진행시켜도 무방하다. 즉, 권력재판금지원칙조차 예외가 인정된다.

보고서는 또한 인권피해자에 대한 철저한 원상회복, 피해배상, 재활지원의 의무를 규정함은 물론 재발방지를 위해 비상조치법의 개정을 비롯한 다양한 입법과 행정상의 조치를 취할 것을 제안하고 있다. 구체적으로 피해배상은 모든 피해에 대해 실시되어야 한다. 특히 고통, 정서적 충격등 모든 신체적, 정신적 손해, 교육기회등 모든 기회의 상실, 소득기회 상실등 모든 물질적 손해 및 소득상실, 평판이나 명예에 대한 훼손, 변호사비용, 평가비용등 모든 법률비용 등이 포함되어야 한다. 나아가서 인권피해자에 대해 의료비, 심리치료비, 정신치료비를 지급함은 물론 사회적, 법률적 서비스, 기타 적절한 재활서비스를 제공해야 한다.

조직적으로 자행된 대규모인권피해에 대한 국가차원의 기억의무를 이행하기 위해 또한 도덕적이고 집단적 회복을 위해 보고서는 다음과 같은 조치를 필수적인 것으로 예시한다. 첫째, 국가책임의 공식 인정과 사죄, 둘째, 피해자의 명예회복과 복권 공식 선언, 셋째, 공공도로의 명명, 기념물 건축등 기념사업, 넷째, 피해자들에 대한 연례 추모 및 치하, 다섯째, 역사교재 및 인권교육교재에의 삽입등이다.

끝으로 재발방지를 위해 첫째, 군부와 공안기구에 대한 실효적 민간통제의 확립, 둘째, 군사법원의 관할권을 군인간의 군사범죄로 제한, 셋째, 사법부의 독립성 강화, 넷째, 법조인 및 인권운동가 보호, 다섯째, 군대, 공안기구, 사법경찰관, 기타 사회 각 부문에 대한 인권교육의 향상 등의 조치가 요구된다.

이러한 일련의 법원칙에 비추어 우리가 작년에 제정한 특별법의 내용을 평가해보면 그것이 얼마나 영터리인지 바로 드러난다. 따라서 지금이라도 유엔의 최종보고서에 모아진 국제사회의 과거청산원칙을 존중하여 진실조사위원회의 설치와 운영에 관한 법률을 제정하여

과거의 중대인권침해행위에 대해 철저히 진상을 규명하고 사법처리 및 손해배상, 그리고 명예회복의 후속절차를 실시하며 확실한 재발방지책을 수립하는 일에 나서야 할 것이다.

5. 왜 진실정의위원회의 설치가 중요한가?

첫째, 이것이 없이는 언론에 의한 진실규명과 사법절차에 따른 정의추구가 가능할 뿐이다. 그러나 언론의 진실규명은 비공식적, 편파적, 야사적인 성격상 공식기록이 될 수 없는 한계가 있고 법원의 사법정리는 예외적, 개별적, 고립적인 성격상 총체적이지 못한 한계가 있다. 또한 시효 기타 여러 법리에 의해 제약을 받게 된다. 특히 형사재판은 기소된 개별적 사안에 대해 연루된 개개인의 행위를 중심으로 진행된다. 정황에 대한 진실규명이 이뤄지긴 하지만 아무래도 피고인의 구체적 행위를 중심으로 진행되므로 한계가 있다. 즉 형사재판을 통한 진실규명은 범죄구성요건 해당여부에 국한되는 것이다. 이에 따라 진실규명에 초점을 맞춰 이러한 한계들을 극복하기 위해 필요한 것이 진실정의위원회의 설치다. 이 위원회의 일차과제는 총체적 진실규명이다. 개개 인권침해사실은 물론 그것이 가능케한 사회적 메카니즘을 총체적으로 밝혀내어 사회와 피해자의 알 권리와 국가의 기억할 의무를 충족시켜야 하는 것이다. 둘째, 조직적 인권침해의 재발방지를 위해서는 법치와 민주가 부정된 과거의 독재기간중 국가이익이나 국가안보의 이름 아래 실제로 어떤 일이 발생하고 어떤 일이 은폐되었으며 왜 그렇게 되었는지 진실을 밝히는 것이 가장 중요하다. 형사처벌이나 민사배상등 사법정리의 추구는 시효경과, 재심요건등 여러 가지 법적 장애물로 어려운 경우가 적지 않다. 그렇다고 해서 이런 사건들에 대해 진실조차 파헤치지 않는다면 피해자의 원한을 풀 길이 없을 뿐 아니라 사회로서도 진실에 입각한 자성과 개혁의 기회를 놓치게 되는 것이다. 따라서 남김없는 진실규명, 그리고 가능한 최대한의 사법정리라는 원칙 아래 사법정리보다는 진실규명에 초점을 맞춰 과거청산을 진행해야 한다. 셋째, 비슷한 논거지만 세월이 많이 흘러 피해자의 피해가 자력 복구되고 피해자의 원한이 옅어진 상태인 점도 고려되어야 한다. 즉 세월이 지나면서 치유된 부분도 적지 않다는 것이다. 이런 이유들로 해서 진실조사위원회는 과거의 피해자들에게 일괄적으로 적용될 부분과 개별적 심사를 거쳐 적용될 부분으로 나누어 각종 조치를 건의해야 할 것이다.

진실조사위원회는 어떻게 구성되어야 하는가? 여기에는 정답이 없다. 작년의 5.18특별법 범국민단일안에서는 정부(국민대표), 광주단체(항쟁참여대표), 특별법제정법대위(특별법제정

운동대표)가 동수 2배수 추천한 인사중에서 대통령이 임명할 것을 예정했었다. 그러나 지금이라면 성격상 정부, 법조계, 피해자단체들(유가협, 민가협등)의 동수 추천방식이어야 하지 않을까 싶다. 위원회의 위원에게는 신분보장이 주어져야 하며 위원회에 나와 증언하는 증인과 피해자에 대해서도 적절한 보호조치가 주어져야 한다. 특히 위원회의 활동을 위해 유관기관의 자료제출의무가 명시되어야 한다. 위원회는 법률로 설치되어야 한다.

진실정의위원회는 총체적 인권유린의 진상을 밝힌 후 그에 따라 적절한 사법처리, 사면, 피해배상, 기념사업, 재발방지를 위한 법제개혁, 인적 청산, 교육프로그램 등을 총괄적으로 대통령에게 건의하여야 할 것이다.

6. 예상되는 사면정국을 청산정국으로 전환시키려면

어떻게 이러한 역사적 과업을 성취할 것인가? 우선 전노재판은 5, 6공 권부실세 전원, 나아가서는 당시의 사회지도층 전체에 대한 재판담임을 인식하는 바탕 위에서 5, 6공 권부실세 및 적극 영합인사들에 대한 책임문기운동을 전개해야 한다. 이들을 지금부터 압박해 들어가지 않으면 이들이 곧 사면을 주창하게 될 것이고 현 정권의 약점은 이를 바로 '국민화해'의 이름으로 수용할 것이기 때문에 이들에 대한 공적 참회요구운동은 전략적으로 매우 중요한 자리를 차지한다. 이 때 5, 6공 실세나 지도층의 전, 노씨 사면요구는 실제로 자기사면 요구에 다름아닌 파렴치한 요구라는 점이 홍보되어야 한다. 이와 함께 "전면적 진실규명, 최대한의 관용, 합리적 피해배상"을 내걸고 진실정의위원회 설치촉구 범국민운동을 벌여나가야 한다. 이렇게 되면 전, 노씨 사면정국 대신 5, 6공 실세 사퇴정국이 전개되어 무분별한 과거잊기정국 대신 분별력있는 과거청산정국을 여는 계기가 될 것이다.

끝으로 지적되어야 할 사항은 전노재판의 여파는 현 정권 아래 발생한 광의의 양심범의 처리에도 미치지 않을 수 없다는 점이다. 5공은 벌써부터 태어나서는 안될 정권이라는 역사적 평가를 받았으나 법적으로는 이제서야 같은 평가를 받게 되었다. 6공은 분명 5공과 다른 헌법정신과 헌법전의 지배 아래 있었으나 태생이 태생인지라 내용적으로는 5공을 계승한 사기정권으로 끝나고 말았다. 한편 현 정권은 3당야합이라는 태생의 한계를 갖고 있

는 정권이긴 하지만 문민정부로서의 차별성을 의식하는 정권이다. 그러나 누가 보더라도 5공과 6공, 그리고 현 정권 간에는 청산과 단절의 측면 못지 않게 야합과 승계의 측면이 강한 것이 사실이다. 그렇다면 5공을 내란정권으로 규정한 이제, 노정권이나 현 정권에 대해 5공정권과 실질적으로 같든가 야합한 정권이라는 이유로 강력한 반정부집회 및 시위활동을 벌인 끝에 지금까지 수감되어 있는 이른바 시국사범들에 대해서는 그야말로 국민화해의 차원에서 과감한 관용조치가 있어야 마땅하다. 이 점은 80년 이후의 정치적 왜곡과 굴절에 깊이 좌절하여 급진화된 끝에 국가보안법 관련으로 수감된 각종 공안사범에 대해서도 예외가 아니다. 우선은 이들이야말로 80년 서울의 봄의 좌절과 5.17 쿠데타의 성공에서 비롯된 5공 정권의 폭압성, 6공 정권의 기만성, 현 정권의 위선성에 몸을 던져 싸운 측면이 강하기 때문이다. 따라서 결자해지의 정신에 따라 현 정권은 전두환 등의 형이 확정 되는대로 바로 이들에 대한 특사를 단행하여야 할 것이다.

노동악법개폐와 더불어 이러한 과거청산작업이 제대로 진행되어야만 비로소 5.18항쟁의 의미가 제대로 살려질 수 있다. 또한 이 때라야 비로소 5.18영령들의 피값이 제대로 치뤄지는 셈이 된다. 이 과업의 달성을 위해 우리 사회의 모든 민주운동세력이 연대해야 할 때다.

로스엔젤레스에서 본 민변¹⁾

이수형(동아일보 뉴스플러스부 기자)

지금으로부터 3년전 나는 민변에 관해 결정적인 오보를 한 일이 있다. 당시 내가 쓴 기사는 백승헌변호사와 정연순변호사의 결혼을 소재로 쓴 '민주사회를 위한 변호사 부부'라는 조그만 기사였다. 이 기사를 본 민변 변호사들은 나에게 '오보'라며 정정보도를 요구했다. '민주사회를 위한 부부도박단'이 정확한 내용이라는 것이었다. 그러나 나는 당시만해도 꽤 순진한 편이어서 민변 변호사가 감히(?) 도박을 하리라는 생각을 하지 못했다. 고스톱은 돈 없고 한가한 기자들이 기자실에서 이리 저리 뒹굴며 하는 것으로 생각했다. 검사는 포커를 하고 판사는 마작을 하며 변호사는 골프를 하지만 민변 변호사들은 오로지 민주사회를 위한 변론과 투쟁만을 하는 것으로 생각했다.

어쨌든 이 일로 나는 민변 변호사들을 '사람'으로 보게 되었고 그들과 좀 더 가까운 동류 의식을 느끼게 되었다. 이 때 더 잘 알게된 백승헌변호사는 어느새 민변 사무국장이 되었다. 백변호사는 지난 7월말 취재차 찾아간 나에게 취재에 응하는 대신 '반대급부'를 요구했다. 자신의 부탁도 하나 들어달라는 것이었다. 백변호사는 부탁의 내용은 말하지 않고 들어 줄 수 있는지의 여부만 말하라고 했다. 기자란 기사 앞에서는 늘 '당근을 눈앞에 둔 당나귀' 신세다. 기사를 쓰기 위해서는 늘 어떤 '수모'라도 당할 각오가 되어있는 것이다. 나의 취재에 응한 뒤 백변호사는 '외부에서 본 민변'이라는 내용의 글을 하나 써 달라고 했다. 수영선수는 물에 들어가기 싫어하고 등산가는 산에 오르는 것을 제일 싫어한다. 기자도 마찬가지. 글짓기하는 것을 가장 싫어한다. 나는 백변호사가 나의 '궁박한' 처지를 이용해 글짓기를 강요했으므로 민법 제110조에 따라 취소할 수 있다고 생각하고 마음놓고 있었다. 백변호사도 나의 이같은 음흉한 생각을 눈치챘는지 8월초 민변의 다른 변호사를 통

1) 이 기고문은 뉴스플러스 기자인 이수형씨가 약 4년간의 법정출입기자를 하면서 민변에 대하여 느낀 소감을 쓴 것입니다.

해 원고를 재촉했다. 나는 그 변호사로부터 매주 수요일 빠짐없이 점심 또는 저녁을 얻어 먹고 있는 처지였으므로 그 요청을 거절할 수 없었다. 그래서 억지로 쓰기로 했다.

문제는 글의 내용이었다. '외부에서 본 민변' 이 제목은 나에게 잘 안 어울리는 것이다. 서당개 3년이면 풍월을 읊고 분식집 개 3년이면 라면을 끓이는 법. 그렇다면 '민변 개'도 3년이면 '민변 주인'과 한통속이나 다름없다. 특히 나는 93-95년 법원기자실 간사(기자실 간사라는 것이 청산되기 전의 과거에는 촌지를 분배하는 곳발 있는 자리였지만 지금은 잔일을 거드는 급사나 다름없다)를 하면서 당시 민변 홍보위원장이었던 유선호, 박인제변호사 등과 사전모의를 거쳐 민변 기사가 잘 먹히게 하는 일을 여러 차례 꾸민 적이 있으므로 민변을 외부에서 객관적으로 보기 어려운 입장이다.

이 무렵 나는 회사 일로 '외부'에 나가게 되었다. 미국 로스엔젤레스로 가서 '기로에 선 코메리칸 드림'이라는 내용의 기사를 취재하라는 지시가 내려진 것이다. 그래서 나는 8월 12일 로스엔젤레스로 왔고 '외부'에서 태평양 건너 민변을 보기로 했다. 나는 8월 15일 로스엔젤레스에 있는 민족학교를 방문했다. 교포사회를 자세히 취재하기 위해서다. 당시 LA의 민족학교는 저소득층과 이민 자들에 대한 복지혜택을 대폭 줄이는 내용의 사회복지 개혁법안에 대해 반대하면서 회원들이 LA정부청사 앞에서 단식농성을 하고 있었다. 민족학교에서 이것저것 물어보는데 갑자기 민변이야기가 나왔다. 민변의 '맹장'들인 조용환, 김선수, 유남영변호사가 미국에 있으면서 이곳에 자주 들렀다는 것이다. 나는 이곳도 '민변'의 외부가 아니구나 하는 생각을 할 수밖에 없었다. 이처럼 민변은 '인권'이 있는 곳이면 어디든지 있었다.

나는 명문대학 인기학과를 다녔지만 고시공부는 하지 않았다. 당시에 고시 공부하는 사람들은 모두 '전두환 노태우의 하수인이 되려는 사람들'이라고 생각했기 때문이다. 대학 졸업 후 나의 이런 생각이 잘못이었다는 것을 증명해준 사람들이 민변 사람들이다.

(2)

그들은 현실 밖으로 비켜나지 않고 현실 속으로 들어가 밖에서보다 더 많은 일을 하는 사람들이었다.

좀더 시간이 흐르면서 나는 민변에 할말이 있게 되었다. 남편이 판사인 박주현변호사는 언젠가 '변호사는 판사를 너무 모르고 판사는 변호사를 너무 모른다'고 말한 적이 있다. 나는 이 말에 전적으로 공감한다. 나는 검찰취재를 하면서 검찰의 실체를 좀 더 잘 알 수 있었다. 나는 취재과정에서 검사들 중에도 민변 변호사 같은 사람들이 많이 있다는 것을 알았다. 민변 사람들이 재야에 머무르지 않고 법조현실에 뛰어들어 많은 일을 하고 있는 것처럼 검사들도 또 다른 현실에 뛰어들어 최선을 다하고 있었다 (물론 모두가 그런 것은 아니지만). 나는 민변의 A변호사와 서울지검의 B검사를 모두 잘 안다. A변호사는 긴말이 필요 없는 훌륭한 변호사다. B검사도 마찬가지. 그는 '나쁜 놈은 끝까지 잡아넣겠다'는 신념으로 가득찬 사람이다. 그런데 A변호사는 늘 B검사가 피의자의 인권을 무시한다고 욕하고 B검사는 A변호사가 국가관이나 정의감이 없다고 비판한다. 이런 현상은 두 사람이 서로를 너무 모르는데서 비롯된다는 것이 나의 생각이다. 내가 볼 때 A변호사나 B검사는 정의를 추구한다는 점에서 같은 길을 걷고 있는 것이다. 다만 방식이 다를 뿐이다. 문제는 이같은 방식의 차이를 서로 이해하지 못하는데 있는 것. 검사들도 마찬가지지만 민변 변호사들한테서도 이따금씩 이런 모습을 보게 된다.

이어서 한총련에 대한 짧은 생각 하나. 비트겐슈타인은 그의 '논리철학논고' 맨 마지막에 '알 수 없는 것에 침묵하자'고 썼다. 나는 한총련사태가 한창일 때 미국에 있었으므로 그 내용을 잘 모른다. 그러나 한가지 중요한 사실은 안다. 이른바 '수령관'이라는 것. 그것은 비이성으로 푹푹 몽친 우상숭배 이외에 아무것도 아니다. 과거 전선(戰線)이 민주 대 반민주로 분명히 그어져 있었을 때는 민주진영의 비이성을 비판하는 것이 타당하지 않았다. 그것은 말하자면 '이적행위'였다. '죽음의 세력'을 이야기한 김지하시인이 너무 선불렀다는 지적도 그 때문이 아니었나 싶다. 그러나 지금은 다르다. 지금도 물론 민주화가 완성된 것은 아니지만 민주 대 반민주주의 전선은 퇴색했다. 지금은 오히려 이성 대 반이성의 전선이 형성되고 있다.

한총련 사태에 대한 정부와 경찰, 언론의 대응은 물론 비이성적인 것이었다. 그러므로 정부나 언론의 태도를 비판하는 것은 당연하다. 그러나 한총련의 수령관도 그에 못지 않은, 아니면 그보다 훨씬 더한 치졸한 반이성이다. 아쉬운 것은 민변에는 한총련 사태와 관련해 정부나 언론에 대한 비판은 많았지만 한총련에 대한 새로운 시각이나 비판은 별로 없었다

는 점이다.

최근 들어 민변에 대해 느끼는 또 한가지 아쉬운 점은 옛날에 비해 고민이 덜하다는 점이다. 성명서 한 줄을 보아도 무성의한 표시가 난다. 5·18 재판 판결에 대한 민변의 성명서를 보자. 이 성명은 명색이 법조인 단체의 성명서인데도 불구하고 '5·18 공대위'등 재야단체의 성명과 다를 것이 별로 없었다. 단순하고 상투적인 비판과 지적만이 있었다. 박준병의 무죄에 대한 비판을 예로 들어보자. 민변 변호사들은 '무죄는 죄를 짓지 않은 경우뿐만 아니라 증거가 없는 경우도 포함한다'고 말해왔다. 나는 이 논리가 박준병씨에게도 적용된다고 생각한다. 그가 5·18에 관련됐는지 여부는 나는 잘 모른다. 그러나 기록상 나타난 것을 보면 그가 5·18에 직접 개입했다는 증거는 없다. 적어도 박준병 무죄부분에 관한 민변의 성명은 생각과 분석이 없는 '무조건적이고 의례적인' 비판이었다. 그런 사례가 최근의 민변에는 많이 보인다. 아무리 옳고 정당한 주장이라도 확인되지 않은 사실에 기초한 주장은 신중해야 한다. 법조인 단체는 더 말할 것도 없다.

노동조합선거관리위원회가 가지는 선거무효결정 권한의 한계¹⁾

노동위원회(김우진 회원)

1. 취재판례

수원지방법원 1996. 6. 4.선고 96가합6830 위원장지위존재확인청구(본안사건)

원 고 : 권 오 규

피 고 : 고려합섬노동조합

- 주 문 : 1. 원고가 피고조합의 제7대위원장지위에 있음을 확인한다.
 2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

수원지방법원 1996. 6. 4.선고 96카합1628 직무집행정지가처분신청(신청사건)

신 청 인 : 권 오 규

피신청인 : 손 종 식

- 주 문 : 1. 피신청인은 신청인이 신청의 고려합섬노동조합의 제7대위원장으로
 서 직무를 집행하는 것을 일체 방해하여서는 아니된다.
 2. 피신청인은 신청의 고려합섬 노동조합위원장의 직함을 사용하여서

1) 이 노동판례란은 지난해부터 노동위원회 내의 노동판례모니터링팀(박수근, 김우진, 천낙봉, 김인희 회원)이 담당하고 있습니다. 이번호는 김우진 회원이 노동조합선거관리위원회가 가지는 선거무효결정 권한의 한계와 관련한 '수원지방법원 1996. 6. 4.선고 96가합6830 위원장지위존재확인청구'의 판결을 소개합니다.

는 아니되며, 신청인이 위 고려합섬노동조합위원장의 직함을 사용하는 것을 방해하여서는 아니된다.

3. 피신청인은 신청인에게 위 고려합섬노동조합의 직인을 인도하여야 하고, 신청인이 위 직인을 사용하는 것을 방해하여서는 아니된다.

2. 사건개요

고려합섬노동조합은 본조합이 안양에 있고 산하에 2개지부(안양지부 : 800여명, 울산지부 : 350여명)를 두고 있는 조합인데, 1996. 2. 23. 실시된 제7대위원장선거에서 후보자 4명이 모두 과반수득표를 하지 못하자 최다득표자 2인(원고: 제6대안양지부장, 피신청인: 제6대위원장)을 최종후보로 하여 같은해 3. 5. 결선투표를 실시하게 되었다.

그런데, 위 결선투표의 개표결과 원고가 다수득표(610표)를 하여 당시 위원장이던 피신청인이 낙선(457표)하게 되는 상황이 벌어지자, 피신청인은 선거관리위원회에 대한 자신의 영향력을 배경으로 하여 선거과정에서 있었던 몇가지 사유를 문제삼아 개표현장에서 선거 과정에 대한 이의를 제기하였다. 즉 피신청인은, 예컨대 원고가 허위유언비어(피신청인의 선거용구두티켓배포)를 유포하였다는 점, 선거관리위원회검인을 받지 아니한 유인물을 배포하였다는 점 등을 문제삼았는데, 선거관리위원회는 그 이의제기를 즉각 수용하여 개표결과를 개표장소의 후판에 기재한 채 원고의 당선공고를 유보하다가 결국 같은해 3. 17. 선거관리규정상의 근거를 들어 위 선거와 원고의 당선을 무효화하고 원고의 선거권 및 피선거권을 박탈한다는 결정을 하였다. 그 후 노동조합은 재선거를 추진하였는데 위 선거의 당선자인 원고는 선거관리위원회의 선거무효결정에 의해 위원장취임은 커녕 피선거권마저 박탈되어 재선거에 출마할 수도 없는 상황에 처하였다.

이에 원고는 피신청인을 상대로 위원장직무집행정지가처분신청을 하였는데, 곧바로 위 '직무집행정지' 가처분신청의 신청취지를 (원고가 위원장임을 전제로) '위원장직무집행방해

금지' 가처분신청내용으로 변경하였다. 그리고 본안소송으로서 노동조합을 피고로 삼아 조합위원장지위존재확인 소를 제기하였다. 이처럼 비교적 신속한 원고의 가처분신청 및 본안소송제기로 인해 피고 노동조합의 재선거추진은 제동이 걸려 그 재판결과를 기다리는 상황으로 바뀌게 되었는데, 결국 원고는 본안소송 및 가처분신청에서 전부 승소함으로써 선거관리위원회의 선거무효결정으로 인한 제약에서 벗어나 위 노동조합의 제7대 위원장직에 취임하게 된 것이다.

3. 판결요지

재판부는 우선 "피고 조합의 선거관리규정은 선거에 있어 사용자의 개입 또는 폭력, 공갈 등으로 인하여 조합원의 권리행사가 저해되었다고 인정되는 증거가 발견되었을 때에는 선거관리위원회가 선거를 무효로 결정할 수 있으며(제11조 제2호), 선거기간 중 입후보자 또는 조합원은 입후보자를 비방하거나 중상모략하는 행위, 조합규약 또는 조직규율에 반하여 선거질서를 문란하게 하는 행위, 조합원에게 금품을 제공하거나 향연을 공여 또는 공여를 약속하는 행위, 조합원에게 위협을 가하여 자유로운 선거권행사를 방해하는 행위를 하여서는 안된다고 규정(제11조 제3호)하고 있는 사실"을 전제로 삼은 뒤, "원고 및 원고의 선거운동원들이 이러한 사실(피신청인의 구두티켓유포사실)을 전파하였다는 점을 - - - 등의 증거에 비추어 믿기 어렵고", 그 외의 점에 관하여는 "이러한 점만으로는 위 선거관리 규정 제11조에서 규정한 선거무효사유에 해당한다고 보기 어렵다"고 판시하였다.

4. 해설 및 약평

(1) 이 사건은 법률적인 쟁점이 부각되지는 않았고, 선거관리위원회가 선거무효사유로 내세운 '유언비어유포' 등과 같은 사실관계에 대한 다툼이 쟁점으로 부각되었다.

최근 임원 등의 선거에서 기존 노동조합 집행부측이 선거관리위원회에 대한 영향력을

배경으로 선거무효결정이나 당선무효결정 등을 내리는 방법으로 반대파가 당선된 선거결과를 뒤엎는 사례가 더러 발견되는 바(이 사례외에도 1996. 2.경 대우전자부품노동조합의 선거 및 당선무효결정도 이와 유사하다), 이 판례는 그와같은 기존 노동조합 집행부의 비민주적인 노동조합운영에 대하여 경종을 울리는 의미가 있다고 생각한다.

노동조합법은 노동조합의 운영에 관하여 대외적인 자주성과 더불어 대내적인 민주성을 그 이념으로 하고 있으므로, 노동조합임원은 총회 혹은 대의원대회에서 직접, 비밀, 무기명 투표에 의하여 선출된다(제19조). 그리고, 대개 노동조합은 그 선거와 관련하여 선거의 객관성과 공정성보장을 위하여 선거시 선거관리위원회를 별도로 구성하여 선거과정 전반을 주재하게끔 하는 내용의 선거관리규정을 별도로 두고 있고, 선거과정에 선거의 공정성을 침해하는 사건이 발생하였을 때 선거관리위원회에 그 조사권과 선거 자체의 유무효, 혹은 당선의 유무효를 결정하는 권한을 부여하는 것이 대부분이다.

그런데, 노동조합의 선거관리규정은 소수의 예외를 제외하고는 것처럼 막강한 권한을 가지고 있는 선거관리위원회의 중립적이고 공정한 구성을 보장하기 위한 장치가 부족한 경우가 많다. 따라서 선거관리위원회는 통상 기존 위원장의 추천 혹은 기존 집행부의 영향력 하에 놓이는 경우가 종종 있게 되는데, 이 경우 기존 집행부측의 지지를 받는 후보는 선거 운동에서부터 여타 후보에 비해 유리한 입장에 서기 쉽상이다. 그리고 심지어 이 사건에서와 같이 선거결과가 다른 후보가 당선되면 선거과정의 사소한 꼬투리를 문제삼아 선거관리위원회가 선거무효결정 혹은 당선무효결정을 내리는 방법으로 선거결과를 뒤엎는 사태가 벌어질 소지도 있는 것이다.

위와같이 선거관리위원회가 위원장선거의 당선자의 지위를 부정하는 경우, 이 사건의 사례와 같이 선거의 당선자는 법적 대응의 측면에서 우선 본안소송으로 '조합위원장지위존재확인'을 청구함과 동시에 당선자가 조합위원장임을 전제로 선거후에도 당선자에게 업무 인수인계를 해주지 않고 조합위원장의 직무를 보는 자에 대하여 곧바로 '위원장직무집행방해금지' 가처분을 신청하는 방법으로 선거관리위원회의 선거 혹은 당선무효결정을 다투는 것이 효과적일 것이다.

(2) 지금까지 노동조합의 선거와 관련된 소송의 유형은 주로 임원선거에서 낙선한 자 혹은 부당하게 피선거권이 제약되어 선거에 출마하지 못한 자(예 : 선거관리위원회가 해고의 효력을 다투는 노동조합원의 입후보등록을 거부하거나, 과도한 수의 입후보추천인확보를 출마요건으로 하는 등의 예)가 선거의 무효를 주장하면서 본안소송으로 '선거무효확인'의 소를 제기하고 그 선거의 당선자를 상대로 '위원장직무집행금지' 가처분을 신청하는 사례가 대부분이었다(대법원 1992. 3. 31.선고 91다14413판결, 대법원 1992. 6. 9.선고 91다42128판결 등).

그러나 이 사건은 선거의 당선자가 선거관리위원회의 선거등무효결정에 의해 노동조합 위원장으로서의 지위가 부정된 경우이므로, 본안소송으로는 '선거(당선)유효확인청구', '위원장지위존재확인청구' 등의 소를 제기하여 선거관리위원회의 선거등무효결정의 당부를 다투어야 할 것인 바, 이때 당선자를 피고로 함은 확인의 이익이 없고 선거관리위원회는 노동조합의 기관에 불과하여 당사자적격이 없다는 것이 판례이므로 노동조합을 피고로 삼아야 한다(대법원 1992. 5. 12.선고 91다37683판결). 한편 이 경우도 위원장직무를 보고 있는 자를 피신청인으로서 '직무집행금지' 가처분을 신청하면서 적당한 제3자로 하여금 직무대행자로 선임하여 줄 것을 신청할 수도 있겠으나, 노동조합의 경우 여타 단체에 비해 조합대표자를 중심으로 한 단결력이 특히 중시되고 사용자와의 단체교섭에서도 조합대표자에 대한 조합원의 지지가 매우 중요하므로, 단순히 일반 회사관계사건에서와 같이 본안판결확정시까지 공정한 입장의 제3자를 정하여 위원장직무를 대행하게 하는 것이 적당하지 않다. 따라서 이 사건에서와 같이 당선자가 자신이 위원장임을 전제로 하여 현재 위원장업무를 보고 있는 자의 직무집행을 배제하는 '직무집행방해금지'의 가처분을 신청하는 것을 적극 고려해 보는 것이 좋다고 생각된다.

(3) 한편 선거 혹은 당선무효결정은 합리적인 이유없이 선거입후보를 제한하거나 선거과정에서 과도한 불법타락선거로 인하여 선거결과가 조합원의 진정한 의사로 볼 수 없는 것이 명백한 경우 혹은 이에 준하는 경우에 한정되어야 할 것이고, 그 요건에 관하여는 가급적 노동조합규약 혹은 선거관리규정에 명시하여 그 해석에 논란이 생길 소지를 최소화시키는 것이 바람직할 것이다.

통신품위법관련 미국시민자유연합(ACLU) 대 미국연방법무장관 민사소송 판결문 요지 및 분석¹⁾

고연금 회원 번역

1)[이 설명은 언론위원회에서 작성한 것임]

"인터넷의 힘이 '혼돈(CHOAS)'에 있듯이 우리 자유의 힘도 혼돈과 헌법수정 제1조가 보장하는 자유언론의 불협화음에 기초하고 있다" - 판결문 중에서

이 번역글은 1996. 6. 12. 미연방 동부지방법원(The United States District Court for The Eastern District of Pennsylvania)이 같은 해 2. 8.에 전면개정된 미연방 통신법(Telecommunications Act of 1996)중 제5편 통신품위법의 일부조항이 위헌이라고 한 판결의 요약문을 번역한 것이다. 판결 전문은 깨알같은 작은 글씨의 영문으로 A4용지 42장에 달하는 방대한 양이며, 컴퓨터통신과 인터넷의 특성을 법률가의 입장에서 세밀하게 분석하고 있다. 판결요약문과 판결전문은 미국시민자유연합(ACLU)의 인터넷홈페이지(주소: <http://www.aclu.org/court/tro.html>)에서 구한 것이다. 미국사회가 여전히 건강한 이유는 이 사건에서 보는 바와 같이 법률을 섬세하게 연구, 분석하고 국민의 자유를 침해할 우려가 있다고 판단되면 즉시 그 효력을 상실시키는 법원의 합리성때문인듯 하다.

위헌이라고 판단되어 효력이 잠정 정지된 해당 조항은 다음과 같다.

TITLE V 외설과 폭력
Subtitle A 전기통신설비의 이용에 있어서 외설, 희롱 및 불법

SECTION 223 (a) 누구든지,

(1) 주간(州間, interstate) 또는 외국과의 통신에서,

(A) 생략

(B) 전기통신장치를 사용하여 고의로, 외설적이거나 점잖지 못한 비평, 요구, 제안, 건의, 비유 또는 기타의 통신을 시도한 사람이 전화를 하였는지 또는 통신을 시도하였는지 여부에 관계없이 통신의 수신자가 18세미만이라는 것을 알면서 그 통신을 i)시도, 유발 또는 권유하는 경우, ii)전송을 시도하는 경우,

(C), (D), (E) 각 생략

(2) 위에서 열거한 행위의 의도를 가지고 고의로 자신이 통제하는 전기통신설비를 위 (1)항에서 금지한 행위에 사용되도록 허용하는 경우에는 미합중국법전 title 18에 의하여 벌금형(필자주:25만달러) 또는 2년이하의 징역에 처하거나 벌금형 및 2년이하의 징역에 처한다.

(d) 누구든지,

(1) 주간 또는 외국과의 통신에서 고의로, 서비스의 사용자가 전화를 하였는지 또는 통신을 시도하였는지 여부에 관계없이 사회통념에서 판단할 때 명백히 저속하게 성적 또는 불결한 행위나 기관을 묘사 또는 서술하는 비평, 요구, 제안, 건의, 비유 또는 기타의 통신을,

(A) 18세 미만의 특정인 또는 불특정인에게 전송하기 위해 인터랙티브 컴퓨터서비스를 사용하는 경우,

(B) 18세 미만의 사람이 이용할 수 있는 방법으로 진열하기 위하여 인터랙티브 컴퓨터서비스를 사용하는 경우,

(2) 위에서 열거한 행위의 의도를 가지고 고의로 자신이 통제하는 전기통신설비를 위 (1)항에서 금지된 행위에 사용되도록 허용하는 경우에는 미합중국법전 title 18에 의하여 벌금형 또는 2년이하의 징역에 처하거나 벌금형 및 2년이하의 징역에 처한다.

이하 본문

수석판사 Sloviter의 의견

A. 관련 법규정

원고의 예비적 중지명령(preliminary injunction) 신청은 원고가 헌법수정 제1조 언론의 자유 및 제5조 적법절차에 대한 위반이라고 주장하는 통신품위법 223(a) 및 223(d)에 관한 것이다.

B. 예비적 중지명령 기준

예비적 중지명령을 받기 위하여는 본안에서 승소가능성이 있다는 점 및 만일 그 명령이 내려지지 않을 경우 원고에게 회복할 수 없는 손해가 발생한다는 점을 증명하여야 한다.

그런데 헌법에서 보장하는 언론의 자유에 대하여 형사처벌하는 것은 그 자체로서 회복할 수 없는 손해를 발생시키는 것이다.

그리고 헌법에서 보장하는 언론의 자유를 보호하는 것이 공익적인 것임을 두말할 필요가 없다.

따라서 원고는 본안에서의 승소가능성만을 증명하면 예비적 중지명령을 받기위한 증명을 다하는 셈이 된다.

C. 심리기준

통신품위법이 언론의 자유에 대한 정부규제적이고 내용관련된 제한임은 명백하다. 그리고 "품위없음"이라고 일컬어지건 또는 "현저한 음란성"이라고 일컬어지건 간에 모든 표현

물은 헌법의 보호를 받을 자격이 있는 것이다.

D. 정부의 이해관계

정부는 미성년자가 품위없는 정보에 접근하는 것으로부터 보호하는 것이 통신품위법을 유지해야만 하는 이유라고 주장한다.

최근 일부 국가에서 여성의 성기를 훼손하는 일이 공공연히 자행되고 있다는 것에 관한 관심이 모아지고 있다. 뉴스기사는 묘사적이고 위 사건이 인터넷의 뉴스그룹과 대화방의 주제가 되고 있는 것은 사실이다. 그러나 이러한 토론이 성숙한 미성년 여성의 관심사항임은 명백하지만 어떤 사회에서는 “현저한 음란성”으로 보여지지 않을 수도 있는 것이다.

또한 정부의 주장을 일관한다면 내셔널 지오그래픽이나 여행잡지에서 볼 수 있는 다양한 자세로 성교하는 인도조각들의 사진처럼 인터넷의 비외설적인 다른 삽화들도 통신품위법상의 형사처벌을 받을 여지가 있게 된다.

정부는 법원이 본건에 관하여 입법적인 결론을 참조하여야 한다고 한다. 그러나 헌법 수정 제1조가 문제가 된 경우 입법적인 판단을 참조하는 것은 사법적인 판단을 제한하는 것이 아니며, 게다가 정부가 주장하는 입법적인 판단이라는 것이 주로 인터넷상의 음란물의 보급, 아동포르노 및 아동의 성적유혹에 대한 입법자의 진술과 관련되는 것으로 보인다.

정부가 인용하는 대법원 판결이 통신품위법이 다루는 방대한 범위의 규제를 정당화하는 의미를 갖는 것인지 여부에 대하여는 확신이 서질 않는다. 국회로 하여금 통신품위법을 제정하게 한 일정한 정보자료로부터 상당수의 미성년자를 보호하여야 할 정부의 의무가 있다는 점은 인정하지만, 본건에 관한 정부의 불완전한 증명에 기초하여 판단을 내릴 수는 없다.

E. 규제의 범위

미성년자를 “품위없고” “현저히 음란한” 정보로부터 보호하여야 한다는 점에 관하여 정부가 증명하는 이해관계가 아무리 강하다 하더라도 그 규제를 위해 선택한 수단이 필요한 정도를 벗어남으로써 성인(成人)들의 언론의 자유를 억압하게 되는 경우 그것은 헌법수정 제1조에 의하여 보호되는 권리에 대한 침해가 된다.

따라서 본건의 실제적인 논점중의 하나가 헌법에 의하여 보호되는 정보의 자유이용에 대하여 통신품위법이 미치는 영향인데, 사실인정 부분에서 다수의 증거를 통해 헌법이 보장하는 위와 같은 자유가 심각하게 방해받지 않고서는 통신품위법을 준수하는 것이 기술적으로 불가능하거나 경제적인 견지에서 방해된다는 것이 입증되었다.

정부는 규정의 적용범위를 상업적인 포르노 작가로 제한함으로써 이 문제를 회피하고자 하면서, 일견 위헌요소가 있어보이는 법률이라도 가능하면 유지하는 것이 우리 모두의 의무라고 주장한다. 그러나 명백한 용어 및 입법경위를 고려해 볼 때 통신품위법은 그 범위가 상업적인 포르노작가에 국한되는 것이라고는 해석될 수 없다. 법원은 쉽사리 축소해석이 되지 않는 경우에 그런 식의 해석을 할 수는 없는 것이다.

국회에서 통신품위법의 적용범위를 상업적인 포르노작가로 제한하는 것을 의도하지 않았음은 그 법 자체 및 입법경위에 비추어 명백하다. 만약 국회가 그런 의도가 있었다면 어떠한 방법으로 그러한 제한을 할 것인지에 관하여 물렸을 리가 없다. 실제로 전화 포르노 서비스에 관한 규정에서는 그러한 제한을 하였던 적이 있는데도 불구하고 통신품위법에서는 그와 유사한 제한이 없는 것이다.

통신품위법의 범위는 호색적인 흥미를 끄는 외설적 정보에 국한되지 않았는데 그 이유는 바로 국회에서 규제범위를 더 넓히고자 의도하였기 때문이다. 국회는 보호할만한 중요한 가치가 있는 정보를 규제범위에서 제외하기 위하여 “현저히 음란한” 또는 “품위없는”이라

는 것을 정의할 수 있는 용어를 사용하지 않았다. 따라서 정부에서 주장하는 바와 같이 본 규정을 좁게 해석하는 것은 법률의 헌법 준수여부를 그 법률이 씌여진 대로 심리할 수 밖에 없는 사법적 판단에서는 허용될 수 없는 것이다.

그러므로 위에서 살펴본 바와 같이 적어도 성인에 대하여 통신품위법은 헌법수정 제1조에 대한 침해라고 판단된다.

또한 정보 제공자들이 그 이용자들의 연령을 파악할 수 있는 현실적인 방법이 없기 때문에 통신품위법의 성인에 대한 적용을 막을 효과적인 방법도 없다고 판단된다.

F. 통신품위법 제정의 엄격성 여부

위와 같이 성인의 언론의 자유에 대한 주요한 부분의 침해가 분명함에도 불구하고 그 법률이 법제정의 엄격성을 준수하였는지 여부 또는 국회가 정부의 이해관계를 관철하기 위하여 최소한의 규제 방법을 사용하였는지 여부 등을 고려해야 한다는 것은 아이러니한 면이 있다.

그러나 심리 순서상 요구되므로 위 법률이 엄격히 작성되었다는 정부의 주장을 살펴보도록 하겠다.

본건에서 정부는 엄격한 법제정이라는 주장을 하면서 법정 면책사유를 그 근거로 든다. 그러나 위와 같은 면책사유도 통신품위법이 위헌이라는 결론을 번복할 수 없다. 왜냐하면 어떤 사람의 형사처벌 가능성이 제3자에 의하여 좌우되는 경우 엄격한 법제정이라고 볼 수 없기 때문이다.

가장 중요한 것은, 정부주장의 위와 같은 면책사유 특히 일정한 표시를 하는 방법은 순

전히 가설적인 것에 불과하며 인터넷 정보제공자들에게 아무런 유효한 면책사유가 될 수 없다는 점이다. 현재 합의된 표시방법도 없고 또한 표시된 자료를 봉쇄하기 위하여 형성된 심사제도도 없다. 또한 정부는 정보제공자들이 단지 그 정보에 표시된 함으로써 책임을 면할 수 있다는 규정을 둔 것도 아니다.

G. 예비적 중지명령

국회에서 인터넷에 미성년자에게 부적합한 정보가 있다는 판단을 하였을 때, 국회는 부모, 학교 또는 도서관이 그러한 정보를 그 목적에 비추어 심사할 수 있는 기술을 개발하는 것을 지지하고 도와야 한다는 결정도 했어야 했다. 그러나 국회는 그러한 결정을 하지 않았으며 따라서 외설적이지는 않으나 품위없고 명백히 음란한 서적과 잡지가 많은 인쇄매체에서 이용하는 방법을 따르지 않았다. 그 대신 국회는 통신품위법에서 정보제공자들에게 일정한 지역사회를 거슬리게 할 가능성이 있는 정보를 심사할 의무를 부과하였다.

정부는 터무니 없는 주장을 하고 있다. 정부는 부모의 적절한 통제를 위하여 필요한 금지기술이 현재 널리 보급되어 있지는 않지만 곧 그렇게 될 것이며, 통신품위법을 지지할 경우 인터넷 천재들에 의해 수많은 해결책들이 등장하게 될 것이라고 한다. 그러나 그 법률의 범위를 헌법이 인정하는 테두리내로 국한하기 위하여 미래의 기술에 기대한다는 주장보다 더 법원을 설득하기 어려운 주장은 거의 없을 것이다.

요점은 헌법수정 제1조가 검사의 결정에 그 보호여부를 맡기는 것으로 해석되어서는 안 된다는 것이다. 검사는 항상 바뀌고 연방판사라도 그가 살아있는 동안에 한해 일할 수 있을 뿐이다. 헌법수정 제1조는 후손들에게도 역시 그 보호를 제공하여야 한다. 따라서 원고가 본안에서 승소가능성이 있고 문제가 된 통신품위법 규정은 헌법수정 제1조 및 제5조하에서 무효라는 결론을 내리는 바이다.

판사 Buckwalter의 의견

A. 서론

주의깊은 증거조사를 통해 인정된 사실에 의하면 본 규정은 지나치게 범위가 넓고 엄격성 기준을 충족하지 못하는 것이라고 판단된다.

좀 더 확실하게 말하자면 현재의 기술수준하에서는 인터넷 정보제공자들이 안전할 수 없다는 것이다. 이 점에 있어 수석판사인 Sloviter와 견해를 같이한다. 그리고 “품위없음”이라는 용어가 헌법에 위반하여 모호하며, “명백한 음란성”이라는 용어 또한 헌법수정 제1조 및 제5조에 위반하는 모호한 것이라고 생각한다.

요점을 말하자면, 우선 문제된 규정이 헌법수정 제1조 및 제5조에 위반하는 모호한 것이고 특히 국회의 Pacifica에 대한 기대는 잘못된 것이라는 점이다. 그리고 현재의 기술로는 인터넷 정보제공자들이 안전할 수 없어서 본 법률을 엄격성 기준에 비추어 위헌이라고 판단하는 바이다.(지금은 예비적 중지명령의 단계임을 재차 밝혀둔다)

B.

적법절차란 그 핵심을 말하자면 페어 플레이에 다름 아니다. 만약 시민들이 정부와의 관계에서 페어 플레이를 기대할 수 없다면 정부가 제정한 법률은 민주주의 원칙에 따라 폐기되어야 한다. 헌법에 의하여 보호되는 언론의 자유에 대하여 형사처벌을 하는 법률에 대한 법제정의 엄격성이란 어떠한 경우에 그 법률의 위반이 되는것인지 여부가 가능한 한 정확하게 규정되어 그 법률을 보았을 때 그러한 점이 확실하도록 그 용어 하나 하나에 대하여 요구되는 조건이다.

만약 정부가 언론의 자유의 신성불가침의 영역에 대한 침해를 하고자 하고 또한 시민들이 헌법에 의하여 보호되는 언론의 자유의 구가행위로 인하여 감옥에 갈 수도 있다고 하는 경우 그 법률은 잠재적 위반자 뿐만 아니라 잠재적 범실행자를 위하여도 언론의 자유의 금

지되는 범위에 대하여 명확히 규정하여야 한다.

본건에서 중요한 헌법의 기본 원리는 단순한 정의인데 통신품위법에는 그것이 존재하지 않는다. 정부는 처음에 본 법률에서 “품위없음”이란 “현저한 음란성”과 같은 것이라고 주장하였으나 본 법률은 그렇게 읽혀지지 않는다. 통신품위법은 “품위없음”이란 용어의 정의를 두지 않았고 FCC(Federal Communications Commission) 또한 사이버스페이스 매체에서의 “품위없음”을 정의하는 규정을 공표하지 않았다. 만약 “품위없음”과 “현저한 음란성”이 같은 의미를 가지는 것으로 의도하였다면 확실히 section(a)를 그런 의도를 반영시키는 규정으로 했어야 했다.

그러나 몇몇 다른 법원에서 다른 매체에 관한 법률에서 그러한 용어를 사용하는 것을 지지한 적이 있다. 특히 전화와 케이블 텔레비전 사건에서 FCC는 그와 같은 특정 매체에 대하여 임시적 지역기준을 참조하여 “품위없음”을 “현저한 음란성”으로 규정하였었다. (Pacifica)

정부의 주장은 다양한 사회에서의 음란성의 해석으로서의 품위없는 정보에 대한 제한이 각 사회의 음란성 기준에 합치하지 않을 수도 있음을 나타내는 것이다. 따라서 무엇이 품위없는 것인가 하는 판단은 음란성 기준으로서 그 개념이 열려 있어야 하며, 만약 정부가 제안한 바와 같은 기능을 하고자 한다면 어떤 하나의 국가 기준으로 고정적으로 해석될 수는 없는 것이다.

위와 같은 문제는 불가피하게 통신품위법의 독자가 관련 지역사회를 식별할 수 없다는 문제를 남기기 때문에, 적용될 기준이 명확히 규정되지 않는 한 인터넷사용자는 당연히 불법영역으로부터 멀리 떨어진 곳에서만 인터넷을 사용함으로써 인터넷사용자의 언론의 자유를 움츠려 들게 될 것이 명백하다.

정부의 주장중 핵심은 법원이 검사가 통신품위법의 제한에 위반되는 일부 정보제공자만을 기소할 것이라는 점을 신뢰하여야 한다는 것이고, 검사는 모든 사회에서 “명백히 음란한”것으로 합리적으로 보이는 경우에만 기소할 것이라고 한다. 그러한 검사의 재량은 적

법절차가 허용하지 않는 것임은 명확하다.

따라서 현재 통신품위법은 그 법률을 준수하고자 하는 개인에 대하여 어떠한 경우에 형사처벌을 피할 수 있는가에 대한 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.

C.

품위없는 정보를 제공하는 대가는 가혹하다. 더욱 중요한 것은 법률의 집행자가 명확하고 정확한 기준의 안내를 받아야 한다는 것이다. 비록 일반적으로 이해되는 용어라도 새로운 분야에서는 다른 의미를 띠 수 있기 때문에 본건과 같이 비교적 새로운 분야에 관한 법률에서의 용어 정의 필요성은 더욱 큰 것이다.

어떠한 용어를 수학처럼 정확하게 정의하기는 어렵다. 물론 지금 우리앞에 있는 변호사들처럼 유능하고 똑똑한 변호사들이 계속하여 그것을 정의하는 방법을 찾아낼 것이지만, 그러한 이론적 설명만으로는 본건 법률의 합헌성을 유지하거나 또는 입법자들이 본건과 같이 특이한 사이버스페이스에 관한 법률의 제정시 법제정의 엄격성이라는 원칙을 지키지 않아도 된다는 것은 아니다.

판사 Dalzell의 의견

A. 서론

일반적으로 정부가 어떠한 정보의 내용이 특별하다는 이유로 언론의 자유를 제한하는 것은 헌법에서 금지한다.(R.A.V., Turner Broadcasting)

단 정부는 인터넷상 음란물과 아동포르노를 완전히 금지할 수 있으므로, 어떠한 인터넷 정보 제공자도 이러한 형태의 정보를 제공할 수 없고 어떠한 인터넷 정보 이용자도 그

러한 정보를 받아볼 수 없다.(Alliance for Community Media)

그러나 본건은 음란물이나 아동포르노에 관한 것이 아니다. 본 소송에서 원고는 위와 같은 형태의 언론의 자유에 대한 권리를 주장하는 것이 아니며 정부도 원고가 위와 같은 형태의 언론의 자유에 관련되었다고 주장하는 것은 아니다.

본건은 “품위없음”에 관한 것이다.

정부는 품위없는 정보제공에 대하여 불가피한 경우 최소한의 수단으로 규제할 수 있을 뿐이다.(Sable)

헌법수정 제1조 관련 사건에서 예비적 중지명령을 받기 위하여 제1의 조건인 본안에서의 승소가능성을 충족한 경우 일반적으로 언론의 자유의 박탈에서 회복할 수 없는 손해가 발생하므로 대부분 제2의 조건을 충족한다.

원고의 주장은 일견 분명하다. 언론의 자유의 내용에 대한 규제를 하는 법률은 그것이 위에서 언급한 엄격성 기준을 통과하지 못하거나 또는 헌법에서 보호하는 언론의 자유의 본질적인 내용에 대하여 형사처벌을 가하는 경우 무효이다. 원고가 통신품위법의 유효성에 대하여 이의를 제기할만 적격이 있다고 믿는다. 그리고 정부는 확실히 원고의 적격에 대하여 실질적인 방어를 못하고 있다(Virginia v. American Booksellers Assoc.). 따라서 쟁점은 바로 원고의 본안에서의 승소가능성이다.

B. 품위없음을 정의하는 것

지금까지 어느 상급 법원도 “품위없음”이라는 용어의 의미에 대한 모호성 주장에 대하여 판단하지 못하였으나, 최근 몇몇사건에서 케이블 텔레비전 및 포르노전화에 관련하여 그

단어의 의미를 정의하기 위하여 고민하였다.(Alliance for Community Media, etc.)

위와 같은 사건에서 FCC는 케이블 텔레비전 및 포르노전화에서의 “품위없음”을 직접 정의하지 않고 FCC 대 Pacifica Foundation 사건의 대법원 판결을 인용하였다.

문제가 된 통신품위법의 두 규정은 동일한 종류의 언론의 자유에 관한 것이다. 즉 223(a)에서의 “품위없음”이라는 용어는 223(d)의 축약이다. 역으로 223(d)에서의 기술은 그 자체가 “품위없음”의 정의이다. 국회는 법률의 의미를 변경시키지 말고 223(a)와 223(d) 모두에서 “품위없음”이라는 용어를 사용하든가 또는 223(d)의 “현저한 음란성”에 대한 기술을 223(a)에도 했어야 했다. 그러나 국회는 그러한 구별을 함으로써 통신품위법 각 조항의 범위를 변경시킬 것을 의도하지는 않은 것으로 보인다.

통신품위법은 헌법이 보호하는 권리를 제한하는 형벌 법규이기 때문에 모호성의 엄격한 심사를 받아야 한다는 점은 의심의 여지가 없다. 그럼에도 불구하고 “품위없음”의 정의는 위험적일 만큼 모호한 것이 아니라고 생각한다. 밀러사건에서 “음란성”이라는 용어도 그와 같은 기준을 통과하였다. 따라서 원고의 모호성 주장은 본안 승소가능성이 적고 예비적 중지명령을 받아내기에 어렵다고 판단된다.

223(e)에 규정된 면책사유를 통해서도 위와 같은 결론은 바뀌지 않는다. 법정 해석상 223(e)(5)(B)는 더할 나위없이 명확하다. 위 양 규정상의 면책사유가 많은 인터넷이 사용자들에게 이용가능성이 없다 하더라도 그 이용불가능성이 처벌 규정의 모호성을 의미하는 것은 아니며, 오히려 그 이용불가능성은 Butler 대 Michigan 사건과 Sable 사건에 위반하여 223(a)와 223(d)를 완전한 금지로 전환시키는 것이다.

다시 한 번 강조하지만 안전한 피난처가 없다는 것은 규정의 모호성과 관련되는 것이 아니라 규정이 지나치게 넓은 것에 관한 것이다.

C. 통신품위법하의 원고의 기소가능성

원고들의 주장 중 일부가 어느 정도 과장되어 있다는 정부의 견해는 일리가 있다. 그러나 과장된 주장이라는 것이 정부의 주장이 옳다는 것을 의미하는 것이라고는 할 수 없다. 최근의 헌법수정 제1조 관련 사건에서 대법원은 내용관련 법률의 적용한도에 대하여 상당한 판단을 하였다.(Simon Schuster)

카네기 도서관이 카드 카타로그를 온라인에 제공하였다는 이유로 피고인식에 서거나 또는 정부가 미국시민자유연합(ACLU)을 저속한 온라인퀴즈를 이유로 법원으로 끌고갈 리는 없겠지만 법 자체로는 그러한 일이 있을 수도 있다는 점을 알아야 한다. 품위없음의 정의는 음란성의 정의와 마찬가지로 정해진 공식이 있는 것은 아니고, 각 지역사회에 알맞는 정도의 범위를 정해야 하는 것이다.

과장된 법률적용이라는 점은 일단 접어두고, 지역사회에서는 원고의 주장인 “품위없음”에 대하여 고려하여야 하며 이들 원고는 기소에 대한 정당한 두려움을 가질 수 있고 또한 가져야 한다는 점은 사실이다.

Sable 사건은 Pacifica 사건을 두가지 면에서 좁혔다. 첫째 법원은 포르노전화에 관한 Pacifica의 불법방해원리를 암묵적으로 폐기하고 그 대신 정부는 헌법수정 제1조를 불필요하게 방해하지않는 범위내에서만 매체에 대하여 제한할 수 있다고 하였다. 둘째 법원은 1법률이 성인들에게조차 아이들에게 가능한 정보만을 허용함으로써 성인들의 언론의 자유를 인정하지 않고 있다고 판결하였다.

결론적으로 Turner Broadcasting System에서 대법원은 케이블 텔레비전에 관하여 방송 논리를 채택하지 않음으로써 Pacifica를 다시 한 번 암묵적으로 제한하였다. 법원은 방송과 케이블 방송간에는 기술수단의 차이가 있기 때문에 방송규칙은 케이블에는 부적절하다고 판결하였다.

위와같은 Turner 사건에서의 결론은 법률적으로 아주 중요하다. Turner에서의 결론은 Pacifica의 결론이 방송 기술에 특수한 희소논리에서 나오는 것이지 시청자가 보는 최종물에서 나오는 것이 아니라는 점을 확인시켜주었다.

따라서 Turner사건에서 특정 대중매체의 분석은 정보를 사용자에게 제공하는 기술에 중점을 두어야 함을 확인하였다. 방송에서 법원은 제한된 띠폭의 수 및 주처수방해의 위험에 중점을 두었다.

위와 같은 분석결과 두가지 결론에 이른다. 첫째 다른 매체를 다르게 규제하는 대법원 판결에 비추어 볼 때 단순히 통신품위법이 합헌인가에 주의를 기울임으로써 정부가 인터넷에 대하여 헌법에 의하여 보호되는 언론의 자유를 규제할 권한이 있다고 선불리 가정하여서는 안되며, 오히려 정부가 헌법에 의하여 보호되는 언론의 자유를 규제할 권한이 있는지 여부에 대하여 알기 위하여 그 전제조건인 유효성에 대한 판단을 해야 한다는 것이다. 그러한 결정을 함에 있어서는 문제가 된 매체의 실제 또는 가능한 범위의 기술을 고려하여야 한다.

둘째 본건은 원고와 정부가 인터넷통신이 풍부하고 또한 발전중에 있는 자원이라는 점에 대하여 합의하고 있다는 점에서 Pacifica의 경우와는 다르다는 것이다. 그리고 대법원은 Sable 사건에서 포르노전화라는 특수한 형태의 통신에 대한 판단을 하였을 뿐 헌법수정 제 1조와 전화통신간의 일반적인 결론을 내린 것은 아니므로 본건은 Sable의 경우와도 다르다.

3. 통신품위법의 영향 및 인터넷 통신의 특징

이러한 사실인정은 국회가 인터넷상의 품위없는 정보에 대하여 전혀 규제를 하여서는 아니된다는 결론에 이르게 한다.

다음과 같은 인터넷통신의 4가지 관련된 특징은 통신품위법이 일견 위헌이라는 판단에 대단히 중요한 의미가 있다.

- (1) 인터넷은 진입장벽이 낮다.
- (2) 이 진입장벽은 정보 제공자나 정보이용자 모두에 대하여 동일하다.
- (3) 그 결과 놀라우리만치 다양한 정보가 인터넷에서 이용가능하다.
- (4) 인터넷은 그 매체에 정보를 제공하고자 하는 자에게 중요한 접근방법을 제공하고 심지어 정보제공자간에 상대적 유사성을 만들어 내기도 한다.

통신품위법이 인터넷통신에 얼마나 방해가 되는 것인지를 이해하기 위하여는 내용에 대한 규제가 전혀 없었던 때의 발전된 인터넷을 기억해보면 된다. 통신품위법이 있기 전에는 오직 인터넷상에서 어떠한 특정 정보가 어떻게 그리고 얼마나 빨리 전송되는가만이 문제가 되었다.

그런데 통신품위법이 시행된 후에는 정보의 내용에 따라 매체에의 참여범위가 결정되게 되었다. 만약 제공되는 정보의 내용이 일부 지역사회에서 품위없다고하여 문제가 될 여지가 있는 경우 정보제공자는 통신품위법에 위반하여 기소될 위험과 통신품위법을 준수할 경우에 드는 비용간에 평가를 해 보아야 한다. 다른 매체와는 달리 인터넷 정보제공자가 그 정보를 일부지역에만 한정시킬 수 있는 것은 기술적으로 불가능하기 때문이다.

통신품위법은 확실히 인터넷의 기능인 주요 정보제공기능을 손상하는 것이다. 통신품위법의 영향을 받은 정보제공자 특히 비상업적이며 영리목적이 아닌 정보제공자의 진입장벽은 급히 상승할 것이고 그 결과 정보의 다양성은 필연적으로 감소할 것이다. 통신품위법은 현재 인터넷 정보제공자들간에 존재하는 상대적 동일성을 어긋나게 할 것이며 이러한 변화는 경제적인 힘이 곧 영향력인 방송 및 인쇄매체와 유사하게 인터넷을 변화시킬 것이다.

우습게도 상업적 포르노작가들 대부분은 이미 신용카드나 성인식별방법 등을 사용하고 있기 때문에 통신품위법의 적용을 상대적으로 덜 받고 있다. 상업적 포르노작가들은 정보 이용자를 Web site로 유혹하기 위하여 일단 무료로 몇가지 화상정보를 제공한다.

223(e)의 면책사유가 통신품위법의 붕괴 위력을 누그러뜨릴 것이라고 말하는 것은 해답이 되지 않는다. 왜냐하면 그러한 사유들은 원고들이 이용불가능하거나 아니면 지나친 비용이 들기 때문이다. 위와 같은 면책사유들은 특수한 형태의 인터넷 통신 참가자들에게도 이용불가능하다.

4. 인터넷의 다양성 및 인터넷에의 접근

시간이 흘러 투지가 사그라들 즈음, 원하는 최선은 언론의 자유에 의하여 더 잘 성취될 수 있고 진실이 무엇인가를 알 수 있는 가장 좋은 시험 방법은 시장기능이라는 것을 더욱 더 믿게 될 것이다.

Tomillo 사건 및 Turner 사건에서 시장 역기능(언론의 자유에 대한 정부규제적이고 내용관련된 제한)의 치유는 대부분 그러한 역기능보다 더 나쁠 수 있다는 것은 알 수 있었다.

정부가 주장하는 인터넷의 폐해는 그 매체를 통해 지나치게 많은 정보교환이 이루어진다는 암묵적 전제를 그 근거로 한다. 그러나 그것이 바로 인터넷 통신의 유용성이다. 정부는 법원에 대하여 인터넷상의 정보의 양 및 정보의 이용가능성 모두를 제한해 달라고 하지만 이러한 주장은 헌법수정 제1조와 기본적으로 모순되는 것이다.

인터넷 통신의 특징에 대한 심리 및 대법원의 매체관련 헌법수정 제1조에 대한 판결 조사 결과 인터넷은 정부규제적이고 내용관련된 규제로부터 가능한 한 보호를 받아야 한다는 결론에 이르게 되었다.

인터넷에 대한 내용관련 규제는 그 목적이 아무리 좋더라도 해로운 것이다.

5. 포르노로부터 아동보호

아동보호를 위하여 언론의 자유를 규제하는 법률은 그 제한원리가 없다. 그러나 언론의 자유를 그 내용에 관하여 제한하는 목적을 가진 법률은 그 의도가 아무리 좋은 것이라고 검열제도이다.

인터넷은 인쇄매체나 우편보다 더욱 더 언론을 향상시키는 매체이다. 인터넷은 필연적으로 인터넷자체에 영향을 미치기 때문에 통신품위법은 그 매체에서 성인이 이용가능한 정보를 감소시키게 된다. 그것은 헌법적으로 참을 수 없는 결과이다.

부모들도 선택권이 있어야 한다. 이미 밝혀진 바와 같이 부모들은 집에 있는 컴퓨터에 금지 소프트웨어를 설치하거나 그러한 규제를 제공하는 상업적 온라인 서비스를 이용할 수 있다.

E. 결론

인터넷은 세계인 간의 끝이 없는 대화라고 할 것이다. 정부는 통신품위법을 통해서도 그 대화를 막을 수 없다. 가장 발달된 의사소통방법이 개발되었으므로 인터넷은 정부의 방해로부터 고도의 보호를 받을 만한 가치가 있다.

인터넷의 힘이 혼동에 있듯 우리 자유의 힘도 혼돈과 헌법수정 제1조가 보장하는 자유언론의 불협화음에 기초하고 있는 것이다.

ORDER

신청을 인용한다.

다음과 같은 법률에 관련된 사건의 집행, 기소, 수사 또는 검토는 임시적으로 금지된다.

(a) 통신품위법 Sections 223(a)(1)(B)과 223(a)(2)(Pub. L. No. 104104, 502, 110 Stat. 133, 133-36)에 관하여 음란성 또는 아동포르노라는 주장 이외의 주장에 근거하여 집행, 기소, 수사 또는 검토하는 것

(b) 통신품위법 Sections 223(d)(1)과 223(d)(2)

Fed. R. Civ. P. 65(c)에 따라 원고는 본 명령에 대하여 보증서를 첨부할 필요가 없다.

당사자들은 본 명령 30일 후 또는 본 명령에 대한 상소심의 최종 심리 후 10일 중 더 나중의 날에 본건의 계속적인 진행 필요성에 대해 법원에 서면으로 통지하여야 한다.

남북교류협력에 관한 법률에 대한 비판적 고찰

김인회 회원

1. 남북간 교류에 관한 현황과 문제의 제기

최근 북한의 수재문제로 인하여 북한 주민을 돕고자 하는 여론이 그 어느 때보다도 거세다. 그리고 남북한 경험 문제도 나진, 선봉 지구의 투자문제와 겹치면서 많은 관심을 끌고 있다.

우선 그 현황을 살펴본다. 먼저 북한의 수재문제에 대하여 지원하고자 하는 흐름은 대한적십자사를 통한 것이 가장 많은 형편이다. 대한적십자사 구호2과는 1995년 9월 15일부터 수재민 돕기 성금을 접수하였는데 1996년 1월 31일까지 건수로는 총 58건, 성금 총액은 3억6천8백57만8천5백58원이었다고 한다. 58건 중 21건을 차지한 것은 종교인과 종교단체라고 하고 이 외에도 평남중앙도민회와 강원도 통천군민회 등 실향민 단체, 서울 고척중학교 1학년 8반 학생들, 한국여성단체연합, 경실련 통일협회, YMCA등 광범위한 사회단체 및 개인들이 포함되어 있었다. 그러나 이들에 대한 정부, 즉 통일원의 입장은 회원이 아닌 사람으로부터의 모금이나 캠페인은 불허하고 적십자사를 통하지 않는 지원은 불가능하다는 입장을 밝혔고 이에 따라 민주주의민족통일 성남연합의 경우처럼 아예 정부의 입장과 정반대로 시민들 가정을 방문하여 쌀보내기 운동의 취지를 설명하고 쌀 한되씩 기부받는 '한집 한되박 쌀보내기 운동'을 전개한 곳도 있다.¹⁾ 그리고 전국민주주의민족통일연합과 같이 북한을 지원할 쌀과 금액을 모금하였으나 쌀을 허용하지 않고 대한적십자사라는 창구 이외에는 허용하지 않는 통일원의 입장에 의해 북한을 지원하는 방법이 사실상 가로막힌 곳도 있으며 민주사회를 위한 변호사모임처럼 회원사이의 모금을 끝내고 북한을 지원할 방도를

1) '말'지 1996년 3월호 '북한 수재민 돕다 화해한 보수,진보 인사들'.

찾고 있는 곳도 있다. 또한 인의협외의 경우와 같이 유니세프를 통하여 북한을 지원한 곳도 있다.

정부는 지난 6월 11일 북한에 3백만 달러를 지원하고 쌀을 제외한 곡물도 포함하여 민간의 지원을 허용하며 다만 창구는 대한적십자사로 하여야 한다는 정책을 발표한 바 있다. 그러나 이에 대해 6월 14일 열린 '범중단 북한수재민돕기 추진위원회' 주최 공청회에서는 대북지원품목을 제한하지 말 것과 북한주민돕기운동이 전 국민운동으로 발전돼 나가야 한다는 점, 정부의 지원이 지나치게 적어 '상징적인' 수준에 불과하다는 비판을 가했다. 특히 범중추 집행위원장인 이윤구 선명회장은 한겨레 21과의 인터뷰에서 정부가 민간단체 대북 지원을 대한적십자사로 일원화한데 대해 한적에 전해준 지원금은 국제적십자사를 통하여 북한에 전달되며 한적에 대해 북한이 반관단체로 인식하고 있다는 점 등을 지적하고 대북 지원창구는 여러 군데 일수록 좋다는 의견을 제시하였다.²⁾

한편 남북 주민간 접촉은 1995년의 경우 1,011건(2,769명)의 신청과 1,006건(2,702명)의 승인이 있었음에 비하여 1996년의 경우는 5월까지 298건(1,264명)의 신청과 270건(869명)의 승인이 있었음에 불과하다. 남북한 왕래도 이와 유사하여 북한 방문의 경우 1995년에는 64건(559명)의 신청과 57건(538명)의 승인이 있었음에 반하여 1996년 5월까지 12건(65명)의 신청과 13(66명)의 승인이 있었을 뿐이다.³⁾ 그 내용을 살펴보면 1995년의 경우는 기업인 방북 25건(109명), 쌀 수송선박 승무원 방북 22건(399명), 경수로 부지조사단 방북 3건(22명), 종교인 방북 3건(6명) 등이므로 작년의 북한 쌀지원 문제와 경수로 문제가 핵심을 차지하고 있었고 그 이후에는 획기적인 내용이 없었음을 알 수 있다.

남북경제교류협력의 경우는 1996년 1월에서 5월까지의 승인실적은 589건 89,977천달러로 전년 동기 569건 143,767천달러에 비해 37.4%가 감소하였다. 1995년의 실적은 승인기준으로는 1,359건, 309,826천달러, 통관기준으로는 2,644건, 287,290천달러를 기록하여 그 어느때보다도 많은 교역이 있었던 것으로 평가된다. 그러나 1995년의 실적은 1991년의 92건 165,996천달러, 1992년의 93건 200,685천달러에 비하여 남북경협에 대하여 일반인과 기업이 관심을 갖고 있는 만큼의 대폭적인 증가세를 보여주고 있지는 못하며 그나마 1996년에 들어서서는 오히려 감소추세를 보이고 있다. 특히 남북경협외의 경우는 북한 제품의 가격과 품질이 경쟁력을 가지고 있음에도 불구하고 불안정한 대북사업에서 안전장치 역할을 하는 중개인을 이용해야 한다는 점, 수송을 제3국적선으로 해야 한다는 점, 도로나 철도로 운송

2) 한겨레 21, 1996년 6월 27일, 114호. '북한 돕기, 대문을 열라' 참조

3) 월간 남북교류협력동향 제55호, 제59호 참조. 이하 남북경제교류협력에 관한 통계수지도 이 자료에 의거하였음.

하는 것이 불가능하다는 점, 북한의 사정을 직접 확인할 수 없으므로 인하여 의사소통이 원활하게 이루어지지 않는다는 점, 제한품목의 통관 허가를 받기가 어렵다는 점 등의 문제점으로 인하여 상당한 애로사항을 겪고 있는 것으로 알려져 있다.⁴⁾ 또한 정부가 그 동안 줄곧 남북한의 경협을 북한의 핵문제, 경수로문제, 4자회담과 연계시키는 바람에 북한에 대한 본격적인 투자와 진출은 사실상 이루어지지 못하고 있는 실정이다.

이상을 살펴보면 첫째, 남북교류협력에 관한 법률이 제정된지 벌써 6년이 가까이 되는데에도 아직까지는 남북간의 교류가 원활하지 않다는 점, 둘째, 특히 남북간의 경협은 남북교류협력에 관한 법률이 제정된 직후인 1991년 이후에 기대한 바와 달리 확대성장율이 그렇게 크지 않고 여전히 많은 애로사항을 안고 있다는 점, 셋째, 또한 민간차원의 자발적인 접촉과 협력사업 등이 이산가족의 재회 등을 제외하면 지극히 저조한 실적이라는 점, 넷째, 남북경협을 포함하여 교류협력이 남북한 관계의 개선 또는 통일분위기 조성에 그다지 기여하지 못하고 있다는 점 등을 알 수 있다.

위와 같은 결과는 남북간의 교류가 북한의 핵문제, 경수로 지원 문제 등의 여러 정치적 이슈와 남한 정부와 북한 정부의 통일정책과 통일협상, 주변 국제정세의 영향을 민감하게 받는다는 측면과 함께 남북한 교류를 실질적으로 규제하는 남북교류협력에 관한 법률의 문제점에서 비롯된다고 할 것이다. 특히 남북한 경협과 교류, 협력은 남한 정부의 핵문제, 4자회담 등 남북한 관계개선 연계전략에 따라 어떤 때는 대규모 투자와 진출이 곧 이루어질 듯 하다가도 어떤 때는 급속히 냉각되는 과정을 반복하여 왔다.

이 글에서는 남북한간의 정치적 이슈나 남북의 통일정책과 통일방안은 제외하고 남북한간의 교류, 협력을 규정하고 있는 남북교류협력에 관한 법률이 존재함에도 불구하고 남북한의 교류, 협력이 제자리 걸음을 하고 있는 점에 착안하여 남북교류협력에 관한 법률의 문제점을 통일철학, 통일원칙과 관련하여 남북교류협력에 관한 법률의 지위와 역할, 다른 법률 특히 남북사이의 화해와 불가침 및 교류, 협력에 관한 합의서(이하 남북기본합의서라고 함), 국가보안법과의 관계, 지금까지 학계와 실무에서 제기되어온 문제점 등을 중심으로 총체적으로 점검해 보고자 한다.

2. 남북한 교류, 협력관계의 기본법으로서 남북교류협력에 관한 법률에 대한 비판적 고찰

4) '밀'지 1996년 5월호 '배는 남포로 출항하고 서류는 홍콩으로 간다?'

가. 분석을 위한 도구

주지하는 바와 같이 남북한 관계의 개선은 단순한 하나의 법률, 또는 어느 한쪽의 일방적인 조치를 통하여서는 개선되지 않는다. 기본적으로 대립하고 있는 양당사자, 그것도 주권을 가지고 있는 양당사자의 대립이므로 최소한 양당사자가 합의한 내용, 또는 합의할 수 있는 내용을 기본으로 통일정책을 수립하고 이에 따른 정치체제나 법체계를 정비해야 한다. 모든 법이 일정한 목적을 가지고 있는 것이 사실이나 어느 정도 세계 공통성을 갖고 있는 일반 법률과는 달리 특히 남북한 관계를 규율하는 법은 그 목적이 너무나 분명하기 때문에 통일정책에 올바르게 복무할 수 있는 내용을 담지 않으면 안된다. 그런 의미에서 남북교류협력에 관한 법률을 분석하는 도구로서 통일의 원칙과 통일정책의 원칙을 살펴볼 필요가 있다. 이러한 통일원칙 내지는 통일철학이 선행되지 않고는 올바른 통일법정책을 수립할 수 없기 때문이다.⁵⁾

(1) 조국통일의 원칙으로서 자주, 평화, 민족대단결과 운동으로서의 통일

남과 북이 1972년 7.4남북공동성명을 통해 합의한 통일의 대원칙은 자주, 평화, 민족대단결이었다. 북은 지금까지도 이 3대원칙을 일관되게 고수하고 있고 남한 정부는 자주, 평화, 민주의 원칙을 제시하고 있다. 자주, 평화, 민주의 원칙은 외세의 개입과 간섭을 배제하고 민족의 자주적 역량에 의해 통일을 이룬다는 것이며 평화의 원칙은 전쟁 등의 무력을 통한 방식이 아닌 평화적인 방법을 통해 통일을 이루는 것이며 민족대단결의 원칙은 사상이나 이념, 계급, 성별의 차이없이 민족구성원 모두의 단합과 결집에 의해 통일이 이루어져야 함을 뜻한다. 마찬가지로 민주의 원칙 역시 민족 모두의 자유와 권리가 보장되는 민주적 방법과 절차에 의해 통일이 달성되어야 함을 의미하는 것으로 민족대단결의 원칙과 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 위 내용은 그 배후에 숨겨진 정치적 의미를 배제하고 그 개념 자체만으로 본다면 통일의 과정과 방식에서 당연히 확립되어야 할 원칙이라 할 것이다. 그리고 이 점은 남북한 정부 모두 받아들이고 있는 실정이다. 따라서 위 통일의 3대원칙 또는 4대원칙

5) 이하 통일의 원칙, 통일정책 내지는 통일방안의 원칙에 대한 논의는 김근식(경희대 강사, 서울대박사과정수료) '통일시대, 통일방안: 쟁점과 대안 - 연합적 연방을 중심으로' (1995. 기독교 사회문제연구원, 통일프로젝트 발표논문)를 주로 참조하였음.

은 현재까지 가장 확실한 통일의 원칙으로서 통일에 대한 정책을 수립하고 통일법제를 마련하는데 이를 재확인할 필요가 있다.

여기에 통일의 원칙으로서 '운동으로서의 통일'을 강조할 필요가 있다.

이 점은 첫째, 통일의 과정이 정적이지 않고 오히려 동적이라는 점, 즉 통일이 어느 날 갑자기 권력자들의 타협과 흥정에 의해 이루어지는 것이 아닐 뿐 아니라 정해진 공식이나 수순에 따라 기계적으로 진행되지 않으며 주객관적 조건과 상황에 따라 매우 역동적인 모습으로 진행된다는 것을 의미한다. 따라서 통일정책을 수립하고 통일방안 및 통일법제를 연구할 때 통일국가의 상에 대한 연구와 함께 통일에 이르는 경로, 통일과정에 대한 법적인 연구가 중요한 고려대상이어야 함을 의미한다.

'운동으로서의 통일'이 갖는 두 번째 의미는 통일의 과정과 방식이 반드시 전체 사회의 변혁에 기여해야 한다는 점이다. 즉 통일은 분단으로 인한 한반도 차원의 모순 - 분단으로 인한 외세의 개입, 좌우파 어느 한쪽을 봉쇄하는 정치적 불구상태, 상승적 군비확장, 대결적 사회원리, 엄청난 경제적 손실 등 - 을 해결하는 과정이라는 점이다. 그러므로 통일의 과정에서 남과 북은 비록 정도의 차이는 있겠지만 공히 사회구조상 엄청난 변화를 겪게 될 것이며 또 그러한 변화를 두려워 하지 말고 이를 적극적으로 민족사 발전의 계기로 맞아야 할 것이다. 이 점에서 우리의 통일은 상호호혜적이고 우호적인 두 공동체가 보다 나은 공동이익을 위해 결합하는 서구식의 통합과 질적으로 다르며 따라서 통일에 대한 기능주의적인 접근방식은 근본적인 한계를 가지고 있다.

이러한 통일원칙은 곧바로 통일을 실제로 이룰 수 있는 기반조성, 즉 가장 기초적이며 본질적인 통일의 조건을 의미하는데 자주, 평화의 조건은 남북한 당사자 관계를 중심으로 한 대화와 문제해결을, 민족대단결의 조건은 군사적 대치상태를 해결할 수 있는 제도적 실천적 내용을 확보하는 것을 중심으로 발현되어야 한다. 그리고 민족대단결과 민주의 조건은 남과 북의 통일을 위한 원만한 교류와 협력을 가능하게 하는 것이어야 한다. 이런 점에서 남과 북의 교류를 원천적으로 봉쇄해온 남한의 국가보안법을 폐지하는 문제⁶⁾와 교류와 협력을 촉진하기 위해 촉진법이라기 보다는 오히려 규제법적인 성격이 강한 남북교류협력에 관한 법률의 개정문제가 대두된다.

6) 국가보안법 폐지에 대한 반대 근거 중 북한 형법의 독소조항과 연계하여 개폐문제를 논의해야 한다는 시각이 있다. 그러나 북한 형법은 1987년 대폭 개정하면서 대부분의 독소조항을 철폐한 것으로 알려지고 있다. 김근식 '독소조항빠진 북한 신형법' 말지 1994.5.호, 김일수 '남북통일과 형법' (남북통일에 대비한 법적 대응방안, 한국법제연구원.) 참조

(2) 통일정책 수립의 원칙

위와 같은 통일원칙은 통일정책의 수립에 그대로 반영되어야 할 것인 바 특히 통일의 경로와 과정에서 발생할 모든 변화를 수립해야 할 '운동으로서의 통일' 원칙까지를 포함한다면 다음과 같은 통일정책 수립의 원칙을 마련할 수 있을 것이다.

(가) 통일정책은 우선 통일과정상의 역동성을 충분히 담을 수 있어야 한다.

통일의 과정과 방식은 예상된 통일의 경로에 따라 기계적으로 진행되는 않는다. 그리고 현재 통일관련 정세는 국제정세의 변화를 포함하여 남북한의 처지, 민족구성원의 통일에 대한 의지 등으로 매우 역동적으로 진행될 수 있다. 그 단적인 예로 서로 적대적인 대치상태에서도 극적으로 합의한 1991년의 남북기본합의서를 들 수 있다. 이러한 역동성의 원칙은 남북한관계를 규율할 법체계를 구성할 때 개방성의 원칙으로 나타날 것이다. 따라서 법률적인 차원에서는 법률자체의 유연한 해석만이 아니라 제정, 개정 문체도 유연하게 고려하여야 하면서 내용 자체도 다양한 형태의 통일과정을 담을 수 있는 풍부한 내용이 되지 않으면 안된다.

(나) 통일정책은 통일과정의 '비가역성(irreversibility)'을 담보할 수 있어야 한다.

지금까지 통일의 과정에서 가장 어려웠던 점은 바로 양쪽이 아직 자신의 주권을 포기하지 않은 상황에서 다시 이전의 분립상황으로 회귀하거나 통일에 대한 합의를 무시하는 것이다. 한 때 민족사의 결정적 계기가 될 것 같았던 7.4 남북공동성명이 휴지조각처럼 변해버린 현실이나 역시 통일시대의 새로운 장을 열 것으로 기대되었던 91년 남북기본합의서가 효력을 발휘하지 못하고 있는 우리의 경험은 이를 잘 말해준다. 따라서 이러한 남과 북의 통일에 대한 합의, 통일정책에 복무하기 위한 통일대비 입법 등에 대하여 그 법적 효력을 확실하게 하고 강제력을 부과하며 위반행위가 있을 경우에 대비한 해결방안 등을 법학자로서는 당연히 고려해야 할 것이다. 이는 정부를 구속하지 않았던 정치적 합의나 공약을 구속력있는 법적인 합의로 발전시키는 것을 의미한다. 그리고 법적인 구속력은 자신에 대한 구속력일 뿐 아니라 상대방에 대한 구속력으로 나타날 수 있도록 구성되어야 한다. 이렇게 될 때에만 남과 북 공히 정권안정 차원에서 남북관계를 이용하는 반민족적 행

위도 방지할 수 있을 것이다.

(다) 통일정책은 또한 민족적 합의에 의해 통일이 이루어져야 함을 분명히 밝혀야 한다.

이는 한편으로는 일방이 타방을 무력으로 굴복시키거나 상대방의 붕괴를 통하여 흡수하는 방식을 포기하는 것을 말하며 다른 한편으로는 정부 당국간의 합의만이 아니라 통일의 실주체인 민족구성원 모두의 전면적인 합의까지 담보한다는 것을 말한다. 그리고 민족적 합의야말로 비가역성이라는 또 다른 원칙을 담보해 주는 유력한 수단이다. 이 원칙은 법률적 차원에서 이미 표현된 민족구성원의 통일에 대한 의지를 높이고 보장함과 동시에 잠재된 통일의지를 개발하고 이를 제도적으로 확립하는 문제로 제기되는 바 특히 민족구성원의 자유로운 교류문제와 긴밀한 관련이 있다.

(라) 마지막으로 통일정책은 통합당사자간의 원칙적인 대등성을 포함하고 있어야 한다.

현재 남한 정부의 공식적인 입장도 흡수통일을 반대하고 대등한 통일을 주장하고 있으나 여전히 남한 정부의 통일정책에 대하여 흡수통일을 의도하는 것이 아닌가 하는 의문이 많이 제기되는 실정이다. 위와 같은 우려를 불식하기 위해서도 통일이후의 통일국가상을 수립하는 데에서 한쪽의 입장을 너무 주장해서는 안되며 남북한 경험을 포함한 교류에 관한 법적 조치를 강구할 때에도 일방의 주장만을 내세워서 안된다는 점을 확인해야 할 것이다.

(3) 결론적으로 통일원칙과 통일정책의 원칙을 바탕으로 하여 통일의 경로를 생각해 볼 때 핵심적으로 제기되는 원칙은 '전민족적인 합의'라고 할 것이다.

'전민족적 합의'는 통일역량강화에 의하여 통일의 방식과 형태에 합의하는 것으로서 이것만이 통일의 정책과 경로가 가지는 역동성과 개방성을 만족시켜주며 당국자간의 합의를 실질적인 효력으로 추동할 수 있고 일방의 합의번복이나 이행거부도 막을 수 있으며 영구적이고 되돌릴 수 없는 통일을 확정지을 수 있는 비가역적인 힘이 된다. 이러한 '전민족적 합의'의 방식은 정부를 포함하여 통일을 열망하는 남북의 제계층과 계급, 그리고 제정당과 사회단체가 참여하는 형태일 수도 있고 아니면 정상간의 합의를 민간통일세력이 추진하거나 민간통일세력의 요구를 정상이 수용하여 합의하는 방식일 수도 있다. 그러나 최후의

통일정책의 결정, 통일방안의 결정은 반드시 당국의 합의를 포함하여 민족구성원 전체의 의사와 요구를 충분히 반영하여야 한다.

여기에 '자원의 공동개발, 민족내부교류로서의 물자교류, 합작 투자 등 경제교류와 협력의 실시'(남북기본합의서 제15조), '과학·기술, 교육, 문학·예술, 보건, 체육, 환경과 신문, 라디오, 텔레비전 및 출판물을 비롯한 출판·보도 등 여러 분야에서 교류와 협력의 실시'(합의서 제16조), '남북 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉의 실현'(합의서 제17조), '흩어진 가족·친척들의 자유로운 서신거래와 왕래와 상봉 및 방문의 실시, 자유의사에 의한 재결합 실현'(합의서 제18조), '철도와 도로의 연결과 해로, 항로의 개설'(합의서 제19조), '우편과 전기통신교류의 실시와 비밀보장'(합의서 제20조), '국제무대에서 서로 협력, 공동 진출'(합의서 제21조) 등을 규정하여 자유로운 남북한 교류를 통한 민족공동체의 구성과 전민족 구성원의 합의를 도출하고자 하는 남북기본합의서의 적극적인 의의가 있는 것이다.

나. 남북교류협력에 관한 법률의 지위와 역할에 대한 비판

(1) 입법과정에 대한 고찰

남북교류협력에 관한 법률은 '군사분계선 이남지역과 그 이북지역간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정'(법 제1조)함을 목적으로 한다. 그러나 위 규정은 지나치게 추상적이므로 이 법 제정 당시의 목적을 구체적으로 살펴 보지 않고는 이 법의 목적을 알기 어렵다.

남북교류협력에 관한 법률의 제정 이전에는 남북간의 인적, 물적 교류는 당연히 국가보안법 위반의 사안이었다. 물론 이 법 제정 이전의 정부의 행위에 대해서 일부의 논자는 통치행위로서 국가보안법위반에 해당하지 않는다고 주장하였으나 법적 근거가 미약한 이론에 지나지 않았다. 이 과정에서 정부는 1988년 7.7.선언 직후 '7.7.선언을 뒷받침하고 남북한 인적, 물적 교류활성화에 따른 법적 근거를 마련하기 위해 국가보안법 관련 조항 적용을 정지하는 "남북한교류에관한특별법(가칭)"을 제정키로 하고 작업에 착수'한다고 발표하였다. 그후 정부는 1989년 6월 12일 '남북교류협력에 관한 기본지침'이라는 대통령의 특별지시와 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위하여 '남북교류협력 세부 시행지침'을

1989년 7월 21일부터 시행한 바 있다.

그러나 이 '지시'와 '지침'은 남북한 주민간의 접촉, 물자교역, 협력사업 등을 규정하면서 정부가 이를 승인할 수 있도록 하는데 아무런 법적 근거가 없었으므로 무효일 뿐 아니라 이 '지시'와 '지침'을 제정, 시행한 사람도 국가보안법위반이라는 일부의 비판이 있었다.⁷⁾ 당시 특히 문제가 되었던 것은 1989년 1월의 현대그룹 정주영회장의 방북시 언동이었고 이에 대해 정부는 이례적으로 국가보안법 적용을 거부하였다.

바로 이러한 불합리를 해결하기 위한 방안으로서 남북교류협력에 관한 법률이 제정되게 되었는데 '이 법안은 1988년의 7.7.선언, 특히 그 1, 3항의 실현에 필요한 조건들을 미리 정해놓자는 것인데 7.7.선언의 후속조치로서는 사실은 뒤늦은 법제화'이고 '정부는 이 법안의 기본성격을 규제적인 것이 아니라 조장적인 것이라고 설명하고 있지만 사실은 그것이 아니라 7.7.선언이 완전히 개방적이고도 조장적이었으므로 해서 생겼던 부정부적인 남북교류협력의 주장 내지는 그 운동에 일정한 질서를 세우자는 뜻에서 필요해진 법제화'였다.⁸⁾ 그러므로 결국 남북교류협력에 관한 법률은 7.7.선언이라는 정책의 실현도구로서, 구체적으로는 국내법 특히 국가보안법과의 상충문제를 해결하기 위해 국가보안법의 특별법으로서 제정된 것임을 알 수 있다.

그러나 위와 같이 남북교류협력에 관한 법률은 국가보안법의 특별법으로 제정된 것이지만 남북한간의 교류, 협력을 촉진한다는 법의 목적상 이와 상반되게 '남북교류협력은 적대관계와 단절 속에 있는 북한과의 관계를 개선시키는 여러 과제 중의 하나이며 이것도 개선되는 남북관계의 새로운 틀안에서 짜여져야 하는 것'이었으므로 '전체의 틀은 만들지 않고 교류협력의 법부터 만든다는 것은 마치 아파트를 설계하는데 전체의 크기와 평수는 정하지 않고 부엌이나 거실을 몇 평으로 할 것인지를 먼저 정하는 것과 같은 일'이라는 비판이 따랐다.

결국 남북교류협력에 관한 법률은 정부 당국의 일관된 통일철학이나 통일정책으로부터 출발하여 남북한 교역문제를 해결하기 위해 제정된 것이 아니라 정부가 추진하고 있었던 북방정책에 따라 북한을 방문하였던 정부측 인사나 재계의 인사에 대한 법률상의 처리를 주목적으로 제정된 것이었다. 그러므로 남북교류협력에 관한 법률은 처음부터 남북한 교

7) 박원순, 국가보안법연구 3(역사비평사), 133쪽.

8) 이영명교수의 남북교류협력에 관한 특별법안에 대한 공청회 석상의 발언(대한민국 국회 사무처 제146회 국회 외무통일위원회 회의록 제2호 제43쪽)

9) 이상열 교수의 남북교류협력에 관한 특별법안에 대한 공청회 석상의 발언(위 회의록 제2호, 19쪽)

류에 대한 과도한 정부측의 개입문제, 자의적인 적용의 문제, 타 국내법과의 관계 문제 등의 기본적인 문제를 안고 출발하였다는 사실을 알 수 있다.

(2) 남북관계를 규율하는 기본법으로서의 남북교류협력에 관한 법률

그러나 '군사분계선 이남지역과 그 이북지역간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정'(법 제1조)함을 목적으로 하는 남북교류협력에 관한 법률은 현재 남북한 관계를 규율하는 일반법이 전혀 존재하지 않는 상태에서 그 자체로 현재의 남북한 교역관계를 정립하는 기본법일 수 밖에 없다. 남북한 관계를 규율하는 또 다른 법인 국가보안법은 '국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서' 일정한 행위를 하는 경우만을 처벌해야 하는 것인데다가 남북기본합의서의 규정과 정면으로 배치되므로 남북한 관계를 규율하는 기본법이 될 수 없다.

또한 이 법은 남북관계에 관한 기본용어를 정리하고 통신, 왕래, 교역, 협력사업 등에 관한 포괄적 규정을 두고 있으며 또 '남한과 북한과의 왕래, 교역, 협력사업 및 통신역무 등의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다'(법 제3조)라고 규정하여 기본법으로서의 성격을 분명히 하고 있다.¹⁰⁾

그리고 위에서 밝힌 통일정책 중 역동성과 개방성의 원칙에 비추어 볼 때 남북교류협력에 관한 법률은 현재 남북한 관계를 규율하는 기본법일 뿐 아니라 통일 이후의 법체계를 구성하기 위한 기초법으로서의 역할을 다해야 한다. 통일 이후의 통일국가상을 구체적으로 마련하는 것은 지극히 중요한 일이고 또 이에 따라 통일국가의 법체계를 어떻게 마련할 것인가 하는 점 역시 매우 중요한 일임을 부정할 수는 없다. 그러나 통일국가의 법체계를 선형적으로 주어지는 것이 아니라 남북한간의 교류와 협력, 평화무드의 조성속에서 생겨나는 전민족적 합의에 의하여만 가능하다. 그 과정에서 물론 당국자들의 정치적인 합의가 당연히 필요할 것이며 또한 남북한이 공히 안고 있는 문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 점에 대한 민족적인 검증이 필요하다.

따라서 현재로서는 통일 이후의 법체계를 연구하는 문제보다 현재 남북한간의 교류와 협

10) 오준근, '남북교류, 협력에 관한 현행 법제와 그 개선 방향' (통일문제연구 1992년 봄), 31쪽

력, 평화무드를 조성하는데 법이 어떻게 복무할 것인가 하는 점에 더 중점을 두어야 할 시점이라고 보여진다. 현재의 교류와 협력, 평화무드 조성에 초점을 두면서 변화된 상황에 맞게 법률을 제정하고 운용하고 해석하는 과정에서 통일국가의 법체계도 보다 구체적이고 선명하게 다가올 것이다. 이러한 과정은 바로 법체계 마련의 역동성과 개방성이라고 할 수 있다.

만일 그렇지 않고 남북간의 교류, 협력과 평화무드 조성 등의 변화과정을 적극적으로 고려하면서 이를 법체계에 반영하는 길을 선택하지 않고 지금 당장 통일국가의 법체계를 구상하는 것은 지극히 형이상학적인 방법이며 실제적으로는 통일을 저해하는 결론에 이를 가능성이 크다. 현재 많은 법학자들이 남북통일에 대비하여 법적인 대응방안을 연구하고 있는데 이런 연구는 위와 같은 역동성과 개방성, 나아가 대등성과 민족적 합의라는 원칙을 중요시하지 않는 것으로 보이며 따라서 위험한 결과에 이를 수 있다.¹¹⁾ 이러한 의미에서도 남북교류협력에 관한 법률은 통일 이후 통일국가의 법체계 구성의 기초법으로서 남북한 관계 규율의 기본법이라고 할 수 있을 것이다.

다. 남북기본합의서와 남북교류협력에 관한 법률

(1) 남북기본합의서와 부속합의서의 성격 문제

11) 한국법제연구원이 1995년 12월 14일에 개최한 제6회 법제세미나의 내용은 '남북통일에 대비한 법적 대응방안'이었다. 이 날의 세미나는 통일이후 통일국가의 상을 예견하면서 통일국가의 법제를 논의하는 자리였다. 이날 헌법분야 발표자인 장명봉 교수는 통일헌법의 기본질서로서 첫째, 자유민주주의를 근간으로 하되 형식적 민주주의의 한계를 극복하고 실질적 평등과 복지의 실현을 도모하는 것이어야 하고 둘째, 시장경제질서를 기초로 하고 사회주의 경제체제의 장점을 가미한 혼합경제체제를 채택하고 셋째, 전체주의를 배격하고 다원적 의회민주주의를 기반으로 해야 하며, 넷째, 국제평화주의와 국제협조주의를 확립하고 타국가와 우호협력관계를 유지하자는 내용을 발표하였다. 물론 이 과정에서 북한은 일당지배체제와 계획경제, 집단주의 원칙을 포기할 것을 전제로 하고 있다. 그런데 개인적으로 생각하기에 지금 북한이 동의할 수 있는 부분은 아마 네 번째 하나일 것이다. 그리고 민사법분야의 김상용 교수는 '우리의 민사법을 기본법으로 하고 북한의 민사법 중에서 참고할 만한 내용을 고려하는 방향'을 제시하고 있다. 경제법분야의 권오승 교수는 아예 '남한이 북한을 흡수하여 통일하는 흡수통일방식을 전제로 하여 통일한국의 경제 발전을 모색'하고 있다. 나아가 토론에 나서 구분민 법무부 특수법령과 검사는 '남한법의 원칙적 확장적용방안이 보다 현실적'일 뿐 아니라 나아가 '바람직하다'라고까지 말하고 있고, 조석찬 법제처 법제관은 '통일후의 헌법질서는 자유민주적 기본질서와 사회적 시장경제원리에 입각한 것이어야 하며 따라서 우리 헌법이 북한 지역에까지 확대적용되어야 한다고 못박고 있다. 한 마디도 북한이 완전히 남한의 체제에 동화될 것을 기대 또는 요구하고 있는 것이다. 이 정도가 되면 남북의 대등하고 평화적인 통일을 준비하는 세미나인지 흡수통일에 대비한 법연구팀인지 궁금할 지경이다. 그리고 정부당국의 공식적 입장이 흡수통일을 반대하는 것인데도 말이다. 이들의 혼란은 통일철학과 통일 원칙에 대한 이해 부족과 통일에 이르는 과정이 갖는 풍부한 역동성과 가변성, 그리고 이를 뒷받침할 전민족구성원의 통일에 대한 의지와 합의를 이해하지 못한데서 비롯된 것이라고 생각한다.

1991년 12월 13일 역사적인 '남북사이의 화해와 불가침 및 교류, 협력에 관한 합의서'가 채택되었고 1992년 2월 19일에는 위 남북기본합의서와 '한반도의 비핵화에 관한 공동선언'이 발효되는데 이어 1992년 9월 17일에는 화해, 불가침 및 교류협력에 관한 분야별 부속합의서가 발효되고 각 분야별로 남북공동위원회가 구성됨으로써 남북관계가 화해와 교류협력 단계로 발전될 수 있는 기초를 닦았다.

위 남북기본합의서를 두고 법적인 해석으로서 크게 남북기본합의서가 국제법상의 조약에 해당하는가, 그리고 남북기본합의서의 발효를 위해서는 국회의 동의를 필요하나, 남북기본합의서가 국내법으로서의 효력을 갖는가 등이 쟁점이 되고 있다.

남북기본합의서는 기본적으로 국가와 국가간에 체결된 조약이 아니라 민족내부에서 체결된 특수한 합의인 것이지만 다만 남과 북이 상대방을 서로 국가로 승인하지 아니하는 통일 의지를 표현한 것으로서 남북기본합의서의 체결로 남과 북이 상호 묵시적 국가승인을 한 효과는 발생하지 않지만 그 이외에는 국제법상의 조약으로서의 모든 효력을 갖는다.¹²⁾ 그리고 남북기본합의서는 헌법 제60조 제1항이 규정하는 조약에 해당하므로 국회의 동의를 받아야 한다. 나아가 국회의 동의를 받지 않은 상태에서 대통령의 재가로 발효되었지만 이는 국회의 동의를 요하는 조약이 국회의 동의 절차를 거치지 아니하고 체결, 비준되었을 경우 헌법재판소에서 무효의 선언이 있기 전까지는 국내법과 동일한 효력을 가지므로 남북기본합의서는 국내법으로서 효력이 있다고 해야 할 것이다.¹³⁾

이에 대해 정부는 이 합의서가 나라와 나라 사이가 아닌 잠정적 특별관계에 있는 남북한 사이에 체결된 것이기 때문에 대통령의 재가만으로 충분한 발효절차를 거쳤다고 주장하면서 국회의 비준절차를 밟지 않았다.

그러나 이는 통일정책의 원칙중 비가역성의 원칙에 비추어 보면 정부가 언제든지 남북기본합의서를 무시할 수 있다는 것을 스스로 인정하는 것에 지나지 않는다고 보여질 수도 있다. 지금까지 남북한 관계의 중요한 합의는 모두 정치적 합의였으며 이는 이행절차와 강제성을 마련하지 못함으로써 다시 이전의 분립상태, 적대관계로 돌아가는 과정을 반복하여 왔다. 그러므로 이번의 남북기본합의서에 대해서는 정치적인 합의를 법적 합의로 한단계 발전시키는 절차를 반드시 밟아야 할 것이다. 다만 이를 성실히 준수하겠다는 정치적 다

12) 김명기, 남북기본합의서 요론, 35쪽. 남북기본합의서가 조약이라고 주장하는 쪽은 조약당사자의 체결능력, 조약체결권자, 체결당사자의 하지않은 의사표시, 조약내용의 적법성 등에서 광의의 국제법적 조약으로서 하자가 없다는 것을 근거로 한다. 이장희, 남북합의서의 법제도적 실천과제, (전환기예선 한국법치민주주의, 아시아 법, 언론 연구총서 제 2권) 30쪽

13) 김명기, 남북기본합의서 요론, 67쪽

짐만으로는 부족한 것이 우리의 현실이기 때문이다.

이러한 면에서 UN사무국에 남북기본합의서를 등록하여 UN의 모든 기관에 대하여 이를 원용하는 방안도 유력한 방안이라고 할 것이다. 이는 남북기본합의서의 이행을 국제적으로 공약하는 효과를 발생시키는 것이므로 남북합의의 이행성 또는 실천성을 제고하는 법적 보장장치를 국제적으로 마련하는 의의를 갖는다.¹⁴⁾

그리고 비록 국회의 결의를 거치지 않았다고 하더라도 국내법으로서의 효력은 가지고 있으므로 위 합의서의 규정 내용대로 국가보안법이나 남북교류협력에 관한 법률은 개정되어야 한다. 이는 신법우선의 원칙상 당연한 결과라고 할 것이다.¹⁵⁾

(2) 남북기본합의서의 내용

남북기본합의서는 전문과 4장, 25조로 구성되어 있다.

전문에서는 7.4. 남북공동성명에서 천명된 조국통일의 3대원칙을 확인하고 쌍방사이의 관계가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고 평화통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주할 것을 다짐하고 있다. 그리고 제1장 남북화해, 제2장 남북불가침, 제3장 남북교류, 협력, 제4장 수정 및 발효로 구성되어 있다.

남북기본합의서는 특히 통일국가의 미래상에 대해 고정된 틀을 제시하지 않음으로써 통일과정의 역동성과 개방성을 담보하고 있으며 서로의 내정 간섭을 배격하고 상대방의 체제를 인정하고 존중함으로써 대등성의 원칙을 충실하게 견지하고 있다. 그리고 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉을 실현할 것을 밝힘으로써 통일에 이르는 민족적 합의를 중요시 하고 있다.

특히 제3장 남북 교류, 협력의 장에서는 '자원의 공동개발, 민족내부교류로서의 물자교류, 합작 투자 등 경제교류와 협력의 실시'(남북기본합의서 제15조), '과학, 기술, 교육, 문학, 예술,

14) 최승환, 남북교류협력의 활성화를 위한 기본원칙과 법적, 제도적 개선방안 (서울국제법연구 제1권 1호), 74쪽. 같은 취지 김명기, 남북기본합의서 요론

15) 설혹 남북기본합의서가 국내법적인 지위를 갖지 못한다고 하는 정부의 입장을 지지한다고 하더라도 정부는 이미 정치적으로 그 이행을 공약하였으므로 이를 성실히 준수하고 위 합의서에 맞게 국내법체계를 정비하지 않으면 안된다. 하지만 우리에게 필요한 것은 정치적 약속이 아니라 법적 구속력이다.

보건, 체육, 환경과 신문, 라디오, 텔레비전 및 출판물을 비롯한 출판·보도 등 여러 분야에서 교류와 협력의 실시(합의서 제16조), '남북 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉의 실현'(합의서 제17조), '흩어진 가족·친척들의 자유로운 서신거래와 왕래와 상봉 및 방문의 실시, 자유의사에 의한 재결합 실현'(합의서 제18조), '철도와 도로의 연결과 해로, 항로의 개설'(합의서 제19조), '우편과 전기통신교류의 실시와 비밀보장'(합의서 제20조), '국제무대에서 서로 협력, 공동 진출'(합의서 제21조)을 규정하고 있으며 이를 이행하기 위하여 '남북경제교류, 협력공동위원회를 비롯한 부문별 공동위원회의 구성, 운영'(합의서 제22조), '남북교류, 협력분과위원회의 구성과 구체적 대책의 협의'(합의서 제23조)를 규정하여 구체적이고 실질적인 남북 교류, 협력의 가능성을 제시하고 있다. 이는 통일을 이루기 위한 기본적 조건인 민족적인 공감대형성을 위한 기본 조치라고 할 수 있으며 교류, 협력의 과정을 통하여 서로의 실정을 더 정확하게 이해함으로써 한쪽이 한쪽을 잡아 먹는다는 일방 흡수하는 통일의 형태를 배격하고 서로가 서로를 존중하는 통일방안을 마련하여야 한다는 점을 보여준다.¹⁶⁾

결국 남북기본합의서는 통일의 원칙이나 통일정책의 원칙에 충실한 내용이라고 할 수 있는 바 따라서 정치적으로나 법적으로 남북기본합의서의 영향을 받지 않을 수 없는 남북교류협력에 관한 법률은 합의서의 정신에 맞게, 나아가 통일원칙과 통일정책의 원칙에 맞게 남북관계를 규율하는 기본법으로서 통일을 위한 전민족적 합의를 이끌어 내야 한다는 근본적인 목적에 부합하게 전면적으로 재정비되지 않으면 안된다.

라. 국가보안법과 남북교류협력에 관한 법률¹⁷⁾

위에서 살펴본 바와 같이 애초에 남북교류협력에 관한 법률은 모든 남북교류에 일방적으로 적용되어온 국가보안법을 일부 사항에 선별적으로 적용시키지 않기 위하여 제정된 것이

16) 이러한 점에서도 정부의 '창구단일화' 논리는 아무런 설득력을 갖지 못한다. 창구단일화논리의 핵심은 무분별한 통일논의를 정부가 조정하겠다는 것인데 우선 무분별할 정도로 통일논의, 남북한 교류, 협력이 이루어져 본 적이 없을 뿐 아니라 둘째, 정부가 조정하는 것을 넘어 이에 대해 국가보안법 등을 동원하여 형사벌까지 가함으로써 실질적으로 민간의 통일논의를 가로막고 있으며 셋째, 정부의 남북교류, 협력의 독점으로 인하여 언제든 통일의 성과를 물거품으로 만들 위험성을 가지고 있으며 넷째, 정책의 자의적인 집행을 가능하게 하여 통일정책이 정치적 흥정수단으로 전락하게 만든다. 이는 결과적으로 통일을 향한 민족구성원들의 창의적이고 건설적인 의견을 모두 봉쇄하는 결과가 되어 전민족구성원의 합의에 의한 통일이라는 중요한 원칙을 봉쇄하는 결과에 이른다. 그리고 무엇보다도 민족구성원의 자유로운 왕래를 규정한 남북기본합의서에 직접적으로 저촉된다.

17) 국가보안법은 당연히 폐지되어야 하지만 여기에서는 다루지 않는다. 국가보안법의 폐지문제에 대해서는 박원순, 국가보안법 1,2,3(역사비평사)를 참조할 것.

다. 따라서 남북교류협력에 관한 법률 제정시 남북한 관계를 규율하는 기본법이라는 생각보다는 국가보안법의 특별법이라는 생각이 지배적이었던 것이다.

그러나 사실 국가보안법은 엄격하게 말하자면 '국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서' 일정한 행위를 하는 경우만을 처벌해야 하는 것이다. 다만 정부의 필요에 의하여 위 규정은 사실상 사문화되어 모든 통일운동과 사회운동을 탄압하는 도구로 이용되어 왔다. 그렇다면 '남북한 간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위한' 남북교류협력에 관한 법률의 '정당하다고 인정되는 범위'(법 제3조)이외의 경우가 바로 국가보안법의 적용사례가 된다고 볼 수 있고 따라서 당연히 남북교류협력에 관한 법률이 남북관계를 규율하는 기본법이 되고 국가보안법은 이에 대한 특별법이 된다고 할 것이다. 이러한 연장선상에서 국가보안법은 국가의 안전존립이나 민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험이 있는 경우, 즉 구체적 위험성이 있는 경우에만 처벌해야 한다는 입장도 있다.

그리고 남북교류협력에 관한 법률의 '정당한 범위'라는 것 자체도 '그 의미를 구체적으로 한정할 수 있는 아무런 기준도 없는 매우 애매모호하고 추상적인 개념이고 따라서 행위자는 물론 법집행자조차도 그 의미를 이해할 수 없게 되어 결국 법집행당국이 추단하는 행위자의 내심의 의사에 따라 사람을 구별하고 그 사람이 정부당국 내지는 법집행당국의 이해관계에 순응하는 사람인가 아닌가를 기준으로 적용여부를 달리하게 하는 결과를 가져오게 되어 있어 이러한 결과는 범죄구성요건을 명확히 정해야 한다는 죄형법정주의에 반할 뿐 아니라 똑같은 행위라도 사람에 따라 차별대우할 수 있게 되는 것이어서 평등의 원칙에 위반'¹⁸⁾하므로 당연히 삭제되어야 한다. 그리고 위 구절이 삭제될 때만이 국가보안법과의 상충성도 줄어들게 되고 남북관계를 규율하는 기본법으로서의 역할을 다 할 수 있을 것이다.

또한 남북교류협력에 관한 법률은 제30조에서 북한주민의제 규정, 즉 '이 법의 적용에 있어서 북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원은 북한의 주민으로 본다'는 규정은 삭제되어야 한다. 북한의 노선이 무엇인가를 전혀 법적으로 정의하지 않은 상태에서 어느 국외 단체, 또는 개인이 북한의 노선에 따라 활동하는가에 대한 판단기준이 전혀 없어¹⁹⁾ 구성요건의 구체성을 결여하고 있다는 점과 북한의 노선이 남북교류와 평화일 경우 - 북한의 공식적인 입장도 평화적 통일, 남북교류의 신현 등이고 또한 북한도 동의하는 이산가족

18) 헌법재판소 결정 1993.7.29. 헌바48. 변정수 재판관의 반대이견

19) 신영무 변호사 토론내용, 남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완, 발전방향 (서울대학교 법학 제34권 1호, 1993), 25쪽

의 상봉 등은 평화적이고 인도주의적인 경우의 전형적인 예이다 - 이를 표방하는 단체와 회합, 통신하는 경우도 처벌하여야 하는 이상한 결과에 이른다는 점, 또 회합, 통신 자체에 대해서 특별히 처벌할 필요가 없다²⁰⁾는 점 등을 고려한다면 이는 남북교류, 협력을 저해하는 규정에 지나지 않는다.²¹⁾ 다시 말해 국가보안법적 사고의 잔존물일 뿐이다.

마. 남북교류협력에 관한 법률에 대한 구체적인 검토

(1) 남북관계를 규율하는 기본법으로서의 목적과 지위 확립의 문제

남북간의 교류, 협력, 남북간의 정치적 활동 및 제반 문제 해결을 위한 지침으로서의 법률은 반드시 필요하다. 이는 위에서 말한 통일정책의 비가역성을 확보하기 위한 필수적인 조치라고 하지 않을 수 없으며 현재의 정치적인 합의와 약속에 기반한 교류와 협력, 정치적 활동을 구속력있는 법적인 합의로 한 수준 발전시키는데 관건적인 이해관계가 있는 것이다.

한편 남북교류협력에 관한 법률은 그 법률의 구조상 남북관계에 관한 기본용어를 정리하고 통신, 왕래, 교역, 협력사업 등에 관한 포괄적 규정을 두고 있으며 또 '남한과 북한과의 왕래, 교역, 협력사업 및 통신업무 등의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다'(법 제3조)라고 규정하여 어느 정도 기본법으로서의 성격을 분명히 하고 있다.

그러나 구체적인 내용을 살펴보면 기본법으로서의 아직도 상당한 문제점을 안고 있으며 따라서 남북한 관계를 총체적으로 규율하기 위한 기본법이 되기 위해서는 다음과 같은 보완이 이루어져야 할 것이다.

첫째, 남북교류협력에 관한 법률은 자체적인 완결성을 갖추어야 한다.

20) 이에 대해서는 독일의 경우가 좋은 참고가 된다. 동독은 베를린 장벽이 구축된 1961년 이전에는 서독방송시청을 금지했지만 효과가 없자 그후 사실상 라디오청취와 TV시청을 허가했고 서독은 분단후 처음부터 동독 TV, 라디오 시청을 제한없이 허용해 왔다. 그리고 1972년 12월 31일 체결된 동서독기본조약에 의하여 쌍방은 상주특파원을 교류하면서 취재활동과 보도활동을 전개하였다. 이상은 여영무 '남북연합시대에 대비한 매스미디어의 과제', (개혁파 한국법치민주주의, 아사연 법.인론 연구총서 제3권), 59쪽

21) 오준근, 앞 글, 39쪽

남북교류협력에 관한 법률이 남북관계를 규율할 수 있는 기본법으로서의 역할을 다하기 위해서는 다른 법률이나 정책의 변화 등에 영향을 받지 않도록 우선 자체적인 완결성을 갖추어야 한다. 비록 기본법은 주위 환경의 변화에 개정 등의 방법으로 즉시 대응할 수 없는 한계를 가지고 있으나 이러한 급격한 변화는 특별법이나 시행령 등 다른 방법으로 해결할 수 있다고 보았을 때 그러한 특별법이나 입법의 근거를 마련하기 위해서도 남북교류협력에 관한 법률은 자체 완결성을 갖추지 않으면 안된다. 이런 점에서 지나치게 많은 준용 규정과 위임규정은 문제점을 가지고 있다. 자체적인 완결성을 갖추기 위하여 최소한 남북기본합의서의 정신을 반영하여 그 목적, 각종 용어를 구체화한 후 남북간의 인적, 물적 교류협력에 관한 제반 상황을 상정하여 개별적인 장, 절로 구분하여 원칙을 정하여야 할 것이다.²²⁾

이러한 점은 특히 남과 북이 남북기본합의서에서 남과 북의 관계를 '나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'라고 규정한 취지를 반영하는데 관건이 된다. 남북간의 교류는 통일을 대비한다는 시각에서 대외교류가 아닌 특수한 형태의 대외교류로서 다루어져야 하며 이 형태는 국제적으로 승인받아야 한다. 이런 점에서 대외무역법, 관세법, 출입국관리법 등 다른 법률을 준용한다(법 제26조)의 안이한 입법 태도를 버리고 독자적인 원칙하에 입법을 추진하여야 한다.

둘째, 기본법으로서 자체의 완결성을 갖추는 동시에 개방적이고 풍부한 구조를 가져야 한다.

이것은 통일과정의 역동성을 반영하기 위한 제도적 장치를 의미한다. 그러나 지나치게 개방적인 구조를 취할 경우 법적 안정성에서 문제가 생길 뿐 아니라 비가역성 원칙에 어긋날 수 있으므로 우선 남북교류, 협력의 목적과 그 기본원칙을 명확히 규정함과 동시에 확대적용의 가능성을 원칙적으로 보장하고 상정할 수 있는 모든 내용을 규정하면서 나머지 상황에 대해서도 남북교류협력에 관한 법률의 취지를 살려 적용한다는 점을 명시하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 이는 무차별적인 위임규정이나 준용규정과 질적으로 다른 제도적 장치를 마련함을 의미한다. 그리고 법의 제정과 개정만이 아니라 해석과 적용에 있어서도 개방적이고 풍부한 구조와 유연하게 법률을 적용할 것을 요구한다.

셋째, 집행의 자의성을 배제하여야 한다.

남북관계를 특별히 법으로 규율하려는 의도는 통일정책의 비가역성을 확보하려는 목적인

22) 오준근, 앞 글, 35쪽.

데 만일 집행 과정에서 유연성이라는 명목하에 지나친 자의성을 보장하면 통일을 위한 구심력 보다는 원심력이 더욱 작용하게 되어 결국 통일을 위한 귀중한 성과를 다시 물거품으로 만들 수 있다. 그리고 법적 안정성이라는 법의 또 다른 목적을 위하여서도 집행의 자의성을 배제하여야 한다. 이는 특히 통일원 장관의 거의 무제한적인 승인권, 교역 조정권 등을 규제하는 방식과 지나치게 많은 위임규정을 법률차원으로 흡수하는 형태로 나타날 것이다.

넷째, 집행의 일관성을 확보하여야 한다.

통일을 위한 준비로서 남북교류, 협력 사업은 그 어떤 나라에서도 시도해 본 적이 없는 독특한 것으로서 매우 복잡하고 어려운 작업이므로 이를 해당 부서에서 실무적인 것은 처리한다고 하더라도 기본적인 방향과 내용은 일관성있게 추진되어야 한다. 따라서 남북교류, 협력 체계를 가다듬고 이를 책임있는 기관이 담당하여 통일적으로 수행할 수 있도록 입법적 준비가 이루어져야 한다. 이는 집행의 관할과 긴밀하게 관련된 문제인데 지나치게 통일적인 집행만을 강조하다 보면 각 부문의 특수성과 전문성을 살리지 못할 결과가 될 수도 있으므로 통일성과 특수성을 조화하는 선에서 이를 결정하여야 할 것이다.

이와 관련하여 현행 법제는 남북교류협력에 관한 제반업무를 모두 통일원 장관의 권한으로 규정하고 있는데 통일성과 다양성의 요구를 충족하기 위하여 학술, 문화, 예술, 체육, 경제 등 교류협력분야의 다양성과 교류협력지원의 효율성 제고를 고려해 볼 때 남북교류협력에 관한 각종 규제와 지원에 관한 업무는 각 관계 부처에서 관할하고 통일원 장관은 통괄, 조정하는 권한만을 갖도록 하는 것을 고려해 볼 수 있다.²³⁾

다섯째, 특히 국가보안법과의 관계에서 국가보안법의 특별법으로서의 입법과정에 지나치게 얽매어 스스로 규제범위를 상당히 좁히고 국가보안법에 양보하고 있는 부분은 반드시 시정되어야 한다.

이는 남북교류협력에 관한 법률의 '정당하다고 인정되는 범위'라는 조항 자체를 삭제하고 모든 남북교류를 이 법으로 규율하면서 특히 '국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서' 일정한 행위를 하는 경우만을 국가보안법으로 처리해야 할 것이다. 궁극적으로 국가보안법이 폐지되어 남북관계 전반을 남북교류협력에 관한 법률이 규율하는 것이 타당할 것이다.

23) 최승환, 남북교류협력의 활성화를 위한 기본원칙과 법적, 제도적 개선방안 (서울국제법연구 제1권, 제1호, 1994), 76쪽

여섯째, 현재 규제위주로 규정되어 있는 법체계를 남북한 교류, 협력을 촉진하는 법체계로 변경하여야 한다.

이 점은 현재의 각종의 허가, 승인, 신고 등의 까다로운 절차를 모두 폐지하고 신고제로 전환하던가 아니면 이를 차등적으로 규정하는 방안과 남북교류, 협력사업에 대한 정부의 실질적인 지원방안을 마련하는 것으로 나타날 것이다. 그리고 단순히 남북 교류, 협력에 관한 승인, 허가 등의 절차를 거치지 않았다고 하여 자유형까지 과할 수 있는 과도한 벌칙 규정의 개정과 적용의 자제라는 방향으로 구체화되어야 한다.

마지막으로 남북한 교류, 협력에서 발생하는 실체법적인 문제를 규율할 조항을 늘 것인가 하는 문제가 있다.

이는 남북통일이 이루어진 이후 통일국가의 법질서를 구성하는 실체법적인 내용이 아니라 현재 진행되는 남북간의 교류, 협력에서 발생하는 실체법적인 내용을 규정하는 문제이다. 이러한 내용을 남북교류협력에 관한 법률에 규정할 것인지 아니면 다른 법률에 포함시켜 규정할 것인지, 특별법으로 규정할 것인지는 이후의 연구과제라고 할 수 있을 것이다. 그러나 결국 실체법적인 내용은 절차를 규율하는 것이 아니라 그 절차의 결과물 내지는 당위적 내용을 담을 가능성이 크므로 역동적이고 가변적인 남북관계를 저해하지 않을 선에서 규정되어야 할 것이다. 또한 일방의 법원칙을 강요하는 형태는 배제되어야 할 것이다.

(2) 남북교류를 실질적으로 추진할 남북교류협력추진협의회의 문제

남북교류협력추진협의회와 동 협의회에 상정될 의안준비와 위임사무처리를 위해 설치된 실무위원회에는 관련 민간인 전문가가 반드시 참여하여야 한다. 통일이라는 작업은 정부 당국의 일방적인 추진에 의하여만 이루어 지는 것이 아니라 광범위한 민족구성원의 참여와 이를 바탕으로 한 창조적인 작업이 선행되어야 이루어지는 것이다. 이는 전민족적인 합의를 이끌어 내는데 매우 중요한 문제이다.²⁴⁾

그리고 남북기본합의서에서 규정하고 있는 남북경제교류, 협력공동위원회를 비롯한 부문별 공동위원회(합의서 제22조), 남북교류, 협력분과위원회(합의서 제23조)와의 관계를 어떻게

24) 이상열 교수, 엄영석 교수, 이영명 교수, 김성남 변호사의 남북교류협력에 관한 특별법안에 대한 공청회석상의 발언, 위 회의록 참조

할 것인가 하는 점도 역시 중요한 규정내용이 될 것이다.

(3) 각종 규제법규의 완화 또는 철폐와 촉진규정의 실효화

남북기본합의서 제3장의 정신을 구체화하기 위하여 각종의 규제절차와 조항을 철폐 또는 대폭 완화하여야 한다. 기본적으로 남북기본합의서의 정신은 자유로운 왕래를 통한 민족 공동체의 구성에 있음을 남북교류협력에 관한 법률은 반영하여야 한다.

첫째, 현재 규제일변도로 된 까다로운 승인절차는 신고제로 전환하던가²⁵⁾ 아니면 각종의 허가, 승인, 신고 등 규제절차가 차등적으로 규정되어야 한다.²⁶⁾

둘째, 중복 번잡한 교류, 협력 절차를 대폭 간소화하여야 한다. 절차적 번잡의 대표적인 사례는 협력사업인 경우라고 알려져 있는데 이 경우 ①협력사업자 승인신청 ②북한주민접촉 승인신청 또는 북한방문 승인 신청 ③북측 상대방과의 협의 ④협력사업 승인신청 ⑤협력사업의 시행 ⑥사후보고의 과정을 거치도록 되어 있는 바, 이 경우 북한 주민접촉승인 및 협력사업 승인과 별도로 협력사업자 승인을 받아야 하는지 의문이며, 매단계마다 해당 서류를 모두 구비하는 것도 쉽지 않을 것이다. 그리고 협력사업승인에 있어서는 관할 행정기관의 번잡도 문제가 된다. 즉 협력사업자가 협력사업승인신청을 통일원장관에게 제출하면 경제기획원장관, 재무부장관 등 관계행정기관의 장과 협의하게 되어 있고 경미한 사항을 제외하고는 남북경제협력조정위원회를 거치도록 되어 있으며 또 다시 남북교류협력추진협의회를 거치도록 되어 있으므로 지나치게 중복되어 있다.²⁷⁾

셋째, 남북교류, 협력에 대한 정부의 지원을 대폭 강화하여야 한다. 아직도 여러 가지 위험성이 있는 남북간의 교류, 협력을 활성화시키기 위해서는 정부의 노력이 매우 중요하다. 남북교류협력에 관한 법률 제24조는 '정부는 남북교류, 협력을 증진시키기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이 법에 따라 행하는 남북교류, 협력을 위한 사업을 시행하는 자에게 보조금을 지급하거나 기타 필요한 지원을 할 수 있다'고 규정하고 있다. 그러나 위 규정만을 가지고는 정부가 어떤 원칙으로 어떤 방법으로 지원할 것인가가 구체적이지 못하다. 그러

25) 이장희, 남북합의서의 법제도적 실천과제(전환기에 선 한국법치민주주의, 아사연 법언론연구총서 제2권, 1993년 3월) 34쪽.

므로 지원을 위한 구체적인 대책을 수립함과 동시에 이에 대한 기준과 내용을 명확히 해야 할 것이다.

(4) 벌칙규정의 완화

현재 남북교류협력에 관한 법률 위반에 대해서는 최고 3년 이하의 자유형과 1,000만원 이하의 벌금형을 가하고 있다(법 제27조, 제28조). 그러나 이는 남북기본합의서의 정신인 자유로운 왕래 및 교역이라는 원칙에 반하고 남북교류와 협력을 촉진할 남북교류협력에 관한 법률의 목적에도 반한다. 그리고 굳이 국가의 존립을 위해할 정도의 위험한 행위는 형법 등 다른 법률로 규정하면 된다. 또한 정부가 일방적으로 정한 절차를 지키지 않는다는 것은 결국 단순한 질서범(행정범)에 지나지 않는 것이므로 이를 과태료 등 행정벌의 규정을 통하여 성과를 올리도록 하여야 한다. 왜냐 하면 정부가 정한 절차를 거치지 않았다고 하여 그 자체가 형사범과 같이 그 자체로서 반도덕성, 반사회성, 범죄성을 가질 수 없고 법규 이전에 존재하는 반윤리성을 포함한다고 볼 수 없으며 결국 절차위반에 대한 가벌성은 행정목적에 위하여 법규에 의하여 강제되는 것이기 때문이다.

물론 질서범을 가하기 전에 여러 행정지도와 정부의 지원 및 협조 배제 등의 방법을 통하여 이를 계도하는 방향을 먼저 선택해야 할 것이다.²⁸⁾

(5) 준용규정 및 위임규정의 극소화

준용규정을 가능한 한 축소해야 한다는 것은 특히 남북기본합의서에 명시된 '나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'라고 규정한 취지를 법 자체에서 반영하고 남북교류협력에 관한 법률의 자체적인 완결성을 확보한다는 점에서, 위임규정을 극소화해야 한다는 것은 특히 집행의 자의성을 배제한다는 점에서 관건적인 이해관계를 가진다. 이러한 과정을 거친 후에야 비로소 통일정책의 비가역성과 안정성 등을 확보할 수 있을 것이다.

구체적으로 남북교류협력에 관한 법률 제26조 제3항은 남북교역 등에 관하여 10여개의 법률을 준용하도록 함으로써 법적용의 혼란을 초래하고 있는데 특히 남북교역에 있어 대외 무역법 및 관세법의 준용은 남북교역에서의 무관세적용이 '관세와 무역에 관한 일반협정(GATT)'의 위반이라는 논란을 고려해 볼 때 남북교역을 민족내부거래로 인정받기 위한 차원에서 삭제하거나 꼭 필요한 내용을 추출하여 법률에 명시하는 것이 바람직하다. 또한 외환관리법상의 제규정을 남북교역에 일반적으로 적용하는 것은 부적당하며 남북간의 화폐결제문제, 대금결제문제 등에 관한 기본원칙을 확정하여 남북교류협력에 관한 법률에 규정하는 것이 바람직하다.²⁹⁾

결국 남북교류협력의 특수성을 고려하여 다른 법률의 준용을 최소화하고 불가피한 경우에는 구체적으로 준용조항을 명기하거나 필요한 내용을 법률에 명기함으로써 준용규정의 남용에 따른 법적용의 혼란을 방지하여야 한다.

또한 하위법령에 대한 위임규정의 경우 거의 모든 조문에서 이루어지고 있는데 그중 남북한 왕래에 대한 증명서 발급절차 등 모법의 시행에 필요한 절차적 사항을 위임한 경우도 있으나 남북한 왕래에 대한 심사, 물품의 반출,반입에 대한 승인, 협력사업자의 승인, 협력사업의 승인 등 중요한 사항을 포괄적으로 시행령에 위임하고 있다. 이는 하위법령에 대한 위임은 '법률에서 구체적으로 범위를 정하여' 하도록 한 헌법 제75조 제1항에 위반된다.³⁰⁾ 그리고 집행의 자의성을 방지하지 못함으로써 법의 차등적 적용이 가능하도록 될 것이며 시행령은 필요에 따라 개정될 수 있는 것이므로 통일정책의 비가역성을 위협할 수 있는 중요한 고리가 된다. 바로 집행의 자의성이야말로 언제든지 남북한 관계를 뒤로 되돌릴 수 있는 주요한 무기이다.

3. 결론

현재 한반도를 둘러싼 국제정세와 남북한 관계는 전환기에 진입해 있다. 국제적으로는 미,일,중,리의 4강 체제가 아직 자리를 잡지 못한 상태인데다가 남북한의 교류,협력에 대한 요구는 그 어느 때 보다도 높다. 따라서 이러한 시기에 올바른 통일철학에 근거하여 통일 원칙과 통일정책의 원칙을 확인하면서 이를 구속력이 없는 정치적 합의와 공약에서 구속력

29) 오준근, 앞 글, 43-46쪽

30) 박윤훈, 앞 글, 11쪽

이 있는 법적인 합의로 승화시켜야 한다. 이러한 점에서 남북한의 교류,협력의 관계를 총체적으로 규정할 기본 법률이 무엇보다도 필요한 시점이다.

이러한 측면에서 현재의 남북교류협력에 관한 법률은 전면적으로 개정되어야 한다. 자주, 평화, 민족대단결, 운동으로서의 통일이라는 조국통일의 원칙을 다시 한 번 확인하고 역동성, 비가역성, 민족적 합의, 대등성이라는 통일정책의 원칙을 이론적 바탕으로 하면서 1992년에 발효된 남북기본합의서를 정치적, 법적인 근거로 하여 남북기본합의서 정신인 전 민족구성원의 자유로운 왕래를 보장하고 이를 통하여 전민족적 합의를 이끌어 내기 위한 목적에 맞게 남북교류협력에 관한 법률은 개정되어야 할 것이다.

그리고 전면 개정의 방향은 구체적으로 기본법으로서의 자체 완결성, 개방성, 집행의 자의성 배제, 집행의 통일성 마련, 다른 국내법과의 조화, 규제 중심에서 촉진 중심으로 변화 등이 될 것이다. 이 중에서도 특히 현재 우리의 상황이 통일문제에 관한 한 정치적 공약을 법적인 구속력으로 발전시키지 않으면 안된다는 절박한 요구를 반영하여야 할 것이다.

이러한 개정과 내용 정비 과정을 통하여 남북교류협력에 관한 법률은 명실공히 남북관계를 규율하는 기본법으로서 통일을 위해 올바르게 복무할 것이다.

공정거래법 개정안에 대한 평가

김석연 회원

1. 개정의 방향

공정거래위원회는 최근 공정거래제도의 강화를 위하여 공정거래법을 개정하겠다고 입법예고한바 있다. 공정거래위원회가 밝힌 개정이유에 따르면 “경쟁촉진형 경제구조를 구축하기 위하여 공정거래법의 적용이 제외되는 분야나 행위유형을 대폭 축소하고, 독과점적 시장구조의 장기화나 기업합병 및 인수의 활성화 등에 의한 경제력집중의 심화에 대비한 제도적 장치를 마련하고, 그 외에 과도한 벌칙조항의 축소, 범위반행위에 대한 시정조치의 실효성확보, 위원회 운영의 공정성, 투명성 제고 등을 개정목적으로 한다”고 하고 있다.

원래 공정거래제도는 자본주의 시장경제에 있어서 시민법의 원리에 따른 형식적인 자유와 평등이 초래할 수 있는 실질적인 부자유와 불평등을 제거함으로써 독점적 지위의 남용에 따라 경제적 강자가 약자를 지배하는 경제적 종속관계를 시정코자 하는 경제민주화를 이념으로 하는 제도이다. 우리나라의 경우에는 선진국과는 달리 재벌이라는 대규모기업집단의 존재가 바로 위와 같은 경제민주화를 저해하는 가장 주요한 원인이 되고 있으므로 우리나라에 있어서 공정거래제도 개선의 중점적인 방향은 이러한 재벌에 대한 규제를 전제로 할 때에만 실효성을 확보할 수 있다는 특수성이 있다. 공정거래위원회의 개정방향도 기본적으로는 이러한 방향에 서 있다고 할 수 있으나 부분적으로 보완할 점이 없지 않다고 보여진다. 이하에서는 공정거래위원회의 개정안중 미흡하다고 생각되는 부분을 중심으로 개정안에 대하여 간략히 평가해보기로 한다.

2. 개정안의 내용 및 평가

(1) 경쟁제한적 법령에 대한 사전협의대상의 명료화 및 사후시정요청제도의 도입(개정

안 제63조)

(2) 부당한 공동행위에 대한 열거주의방식(8개 유형)을 포괄적 금지방식으로 전환(개정안 제19조)

(3) 금융, 보험사업자에 대한 공정거래법 적용제의 축소(현행법 제61조 삭제) - 금융기관도 경쟁제한적 기업결합금지 대상에 포함

원래 이 조항의 입법취지는 1960년대 이후 정부주도하의 성장정책하에서 금융관련 산업의 자금공급수단으로서의 기능과 정부의 통화관리정책의 수행자로서의 기능을 중시한 것이었다. 그러나 공정거래법의 적용이 제외됨으로써 동 산업에서의 경쟁원리가 왜곡되어 왔음은 물론, 80년대초 은행의 민영화조치이후 재벌의 은행지배현상이 가속화되어왔다. 최근 들어서는 금융기관을 매개고리로 탈법적인 계열기업확장 등의 우려가 제기되어왔으므로 이번 개정안은 시의적절하다고 보여진다. 다만, 공정거래위원회의 개정안을 보완한다면 출자총액제한규정의 적용이 무조건 배제되도록 할 것이 아니라 재벌이 지배하는 금융, 보험 회사가 출자를 통하여 실질적으로 타회사를 계열화하는 경우에 있어서는 공정거래법상의 출자총액제한규정이 적용되도록 보완할 필요가 있다고 하겠다. 그리고 이 기회에 공정거래법의 적용범위에 대한 입법방식을 제한적 열거방식에서 포괄적인 방식으로 전환할 필요도 있을 것이다.

(4) 경쟁제한적 기업결합 금지제도의 적용범위 확대(개정안 제7조) - 이제까지 일정규모(자본금 50억원 또는 자산 200억원)이상의 경우에만 적용되던 것을 기업규모와 관계없이 모든 경쟁제한적 기업결합에 적용(다만, 신고의무는 자산 또는 매출액 500억원 이상인 경우에만 부과)

개정안을 보완한다면 신고의무부과기준이 너무 높아 실효성이 약화될 우려가 있으므로 기준을 낮출 필요가 있다고 보여진다.

- (5) 거래과정에서 정상적으로 발생하는 보증을 제외한 대규모기업집단 계열사간 채무보증제도를 단계적으로 해소(개정안 제10조의2, 부칙 제3조) - 98.3.31.까지 100%로 축소하고(현행 자기자본의 200%), 2001.3.31.까지 완전해소

계열기업간 채무보증은 대기업집단에 의한 여신편중의 원인이 되고 부실계열기업의 퇴출을 가로막아 경쟁력의 약화를 가져오는 폐해가 있다. 따라서 합리적인 이유가 없는 채무보증은 종국적으로 해소되게 할 필요가 있다고 하겠다. 개정안의 문제점은 규제대상 채무보증의 범위설정에 있어서 그동안 비판받아온바 있는 광범위한 예외조항을 이번에도 그대로 유지하고 있는 점이다. 96.4.1. 현재 30대기업집단의 채무보증 규모는 67조 5천억원(그중 규제받는 채무보증만을 따지면 30대기업집단의 경우 평균 자기자본의 56%)인데, 공정거래법의 적용제외를 받는 예외가 32조 3천억원이나 되고 있는 실정으므로 위 규정의 실효성 제고를 위해서는 이와 같은 광범위한 예외를 축소하는 방향으로 보완되어야 한다.

- (6) 대규모기업집단 계열사간 자산, 자금분야의 부당내부거래에 대한 규제(개정안 제8조의2) - 대규모기업집단 계열사간의 부당한 주식, 부동산, 가지급금, 대여금 등의 거래를 금지

- (7) 독과점적 시장구조 개선을 위한 시책추진의 근거마련(개정안 제3조) - 위원회는 시장지배적 사업자의 형성, 강화를 방지하기 위한 시책을 수립, 추진하여야 하고 필요시 경쟁도입등 독과점 구조개선에 필요한 의견을 관계행정기관에 제시할 수 있다는 선언적 규정 신설

현재 공정거래법은 시장지배적사업자를 해마다 공정거래위원회로 하여금 지정, 고시하도록 하고 있는바, 우리 법은 독과점에 대하여 원인금지주의가 아닌 폐해규제주의 입법방식을 택하고 있으면서도 시장지배적사업자의 인정기준이 너무 높아 실효성에 의문이 제기되고 있는 실정이다. 따라서 이번 기회에 시장지배적사업자의 지정기준(현재 1사업자의 점유율이 50%이상 또는 3이하 사업자의 점유율의 합계가 75%이상인 경우)을 하향시킬 필요가 있다고 할 것이다. 최소한 폐해규제방식을 택하고 있는 독일의 예에 따라 1기업의

시장점유율이 1/3이상이거나, 3이하 기업의 시장점유율의 합계가 50%이상 혹은 5이하 기업의 시장점유율의 합계가 2/3이상인 경우로 지정기준을 낮출필요가 있을 것이며, 시장지배적사업자의 지위남용행위의 기준도 보다 명확히 할 필요가 있다.

- (8) 독과점시장구조 형성과 경제력집중의 원인이 되는 혼합결합에 대한 심사 강화(개정안 제7조) - 대기업이 중소기업 분야에 기업결합을 통해 진출하거나 시장지배적사업자와의 결합시 경쟁제한성이 있는 것으로 추정

- (9) 상장법인에 대한 기업결합관련 신고대상주식 소유비율을 20%에서 10%로 인하하고 주식소유비율 계산시 특수관계인이나 계열회사 지분을 합산하여 계산(개정안 제12조)

현재 30대기업집단의 경우 계열사의 공개비율이 30%를 넘지 않고 있는 실정이고 보면 30대 기업집단 소속 계열사의 경우에는 비상장 법인이라도 신고대상주식 소유비율을 상장사와 마찬가지로 낮추어 기업결합으로 인한 경쟁제한여부에 대한 감시를 강화할 필요가 있다고 보여진다.

- (10) 불공정거래행위, 재판매가격유지행위, 불공정한 국제계약 체결행위에 대한 형사벌을 폐지하고 과징금을 매출액의 2%에서 3%로 상향조정(개정안 제24조의2, 제31조의2, 제34조의2)

절차규정위반에 대하여는 형사벌의 폐지가 타당할 수 있으나, 실체법규위반인 불공정거래행위, 재판매가격유지행위등과 같은 경우 형사벌을 유지하는 것이 공정거래법의 실효성을 확보하기 위해 필요하다. 이 문제는 공정거래위원회가 형사고발독점권을 가지고 있으면서도(친고죄임), 고발조항을 사문화시켜온 것과도 관련되는 문제로서 고발독점권의 폐지를 전제로 할 때 형사처벌조항의 존치가 요망된다.

- (11) 기업결합신고를 원칙적으로 사후신고제도로 전환하고, 소규모기업결합등 경쟁제한성이 크지 않은 기업결합에 대해서는 간이신고제도를 도입하여 심사기간을 단축하고, 신고서류를 대폭 간소화(개정안 제12조)
- (12) 부당한 공동행위의 경우 신고자에 대해 처벌을 면제 또는 경감하는 면책제도 도입(개정안 제22조의2)
- (13) 사업자단체가 구성사업자로 하여금 경쟁제한 행위를 하도록 유도하는 행위도 규제(개정안 제26조)
- (14) 경쟁사업자에 대한 사업활동 방해행위도 불공정거래행위유형에 포함하여 규제(개정안 제23조)
- (15) 이행강제금제도(개정안 제65조의4)와 긴급중지명령제도(개정안 제65조의2)의 도입
- (16) 소위원회제도 도입(개정안 제37조, 제37조의2), 상임위원으로 외부전문가 임명근거 규정(개정안 제37조)마련등 공정거래위원회 조직 개편
- (17) 공정거래법상 손해배상청구권의 소멸시효기간 1년에서 3년으로 연장(개정안 제57조)
- (18) 친족독립경영회사의 신설(개정안 제2조 제3호)

공정거래위원회는 재벌기업집단의 계열분리를 촉진하기 위하여 공정거래법상 대규모기업집단의 하위개념으로 친족독립경영회사개념을 이번 개정안을 통해 도입하고 있다. 그러나 모그룹과 분리되는 친족독립경영회사가 모두 30대 기업집단에 포함되는 경우(예를

들면 현대그룹과 한라그룹, 삼성그룹과 한솔제지그룹등)에는 30대 그룹이면서 동시에 친족독립경영회사로 분류돼 규제가 강화되는 효과를 가져오게 되지만, 분리되는 친족독립경영회사가 30대 그룹에 포함되지 않는 경우(예를 들면 현대그룹과 금강그룹, 삼성그룹과 새한미디어, 엘지그룹과 회성그룹, 롯데그룹과 농심, 효성그룹과 한국타이어 및 대전피혁등과 아직 미분리되었지만 삼성그룹과 제일제당같은 경우)에는 분리되는 친족독립경영회사는 부당내부거래제한 등의 규제는 받게 되더라도 계열사간 채무보증제한, 출자총액제한 등의 규제는 받지 않게 되는 문제점이 있다고 할 것이다. 따라서 위와 같이 애매한 개념을 도입하게 되는 경우 30대 기업집단을 중심으로 경제력집중억제를 해온 공정거래법의 기본틀을 뒤 흔들 우려가 있고, 부당내부거래 규제만으로는 향후 위장분리에 대처하기가 쉽지 않다고 보여진다. 따라서 친족독립회사 신설문제는 경제력집중억제를 위해 그것이 과연 효율적인 방안인지에 대한 득실을 잘 따져보아 신중하게 도입되어야 할 것이다.

3. 개정안의 보완점

(1) 공정거래위원회의 형사고발권 독점과 관련하여

위 규정은 폐지되어야 한다. 그 이유는 ㄱ) 현재까지 공정거래위원회가 고발권을 행사한 예가 거의 없다는 사실에서 알 수 있듯이 공정거래위원회가 범위반 기업의 형사처벌문제에 대하여 적극적이지 않았다는 점, ㄴ) 공정거래위원회가 모든 범위반 사항을 조사한다는 것은 불가능하므로 피해자의 고발권을 보장하는 것이 보다 공정거래제도의 실효성 보장을 위해서도 필요하다는 점, ㄷ) 지난번 공정거래위원회의 독직사건에서 보듯이 공정거래위원회가 범위반기업과 결탁하는 경우 피해자나 일반 국민들의 입장에서는 그 시정을 구할 방도가 없다는 점, ㄹ) 검찰이 독자적으로 인지수사할 수 있도록 하는 것 만으로도 공정거래법의 보다 나은 준수를 기대할 수 있을 것이라는 점 등이다. 그러나 이 문제에 대하여 공정거래위원회는 결사적으로 반대하고 있는바, 이는 공정거래위원회의 권한약화를 우려한 때문인듯하다. 그러나 일반국민이나 소비자단체를 비롯한 시민단체의 입장에서는 반드시 폐지시켜야 할 필요성이 있다고 하겠다.

(2) 공정거래위원회 기구 및 권한과 관련하여

이와 관련하여서는 상임위원의 수를 늘리고, 인원 및 기구를 확충할 필요가 있으며, 한편 공정거래제도의 중요성에 비추어 그리고 독립성을 강화한다는 측면에서 위원장의 지위를 부총리급으로 격상시키고 임명시 국회의 동의를 받도록 해야 할 것이다.

(3) 손해배상과 관련하여

징벌적 의미의 손해배상개념을 도입하여 공정거래법위반으로 인한 피해에 대하여는 2배상 또는 3배상하는 제도를 도입할 필요가 있을 것이며, 소액다수 피해자의 소송을 돕기 위한 집단소송제도도 보완되어야 할 것이다.

4. 결론

공정거래위원회의 이번 공정거래법개정안은 여러 가지 측면에서 문제점과 보완해야 할 측면이 있다. 그런데 그보다 더욱 큰 문제는 공정거래위원회의 미흡한 개정안마저도 최근의 경기침체, 경제위기론에 밀려 대폭적인 완화 내지 축소등으로 후퇴하고 있다는 점이다. 기업의 경쟁력을 장기적으로 강화하는 길은 공정거래제도의 후퇴가 아니라 강화에서 찾아야 할 것임에도 단지 재벌 총수들의 투자욕을 북돋아 주기 위해 공정거래제도를 후퇴시킨다는 것은 결코 있을 수 없는 일이다. 공정거래제도는 한 국가의 경제질서를 바로잡기 위한 기본제도에 속한다. 그것은 결코 재벌의 단기적인 이익이나 대통령선거 등을 이유로 한 정치적 판단에 희생되어질 성질의 것이 아닌 것이다.

환경소송의 주요쟁점과 기획방안¹⁾

환경위원회 오종한 회원

1. 환경관련 판례들의 동향

최근 몇년 사이에 환경관련 소송이 부쩍 늘면서 환경관련 판례들도 상당수 나오고 있다. 대표적인 예를 들면, 근린공원 인근주민들의 환경권에 기한 청담동 골프연습장 설치금지가 처분신청을 당사자적격이 없다는 이유로 기각한 판결(대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 판결), 교육 환경권에 근거한 방해배제청구권은 인정되지 않으나 소유권에 기한 방해배제청구권은 인정된다고 보아 부산대 인근 아파트 공사금지가처분을 적법하다고 본 판결(대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결), 봉은사 인근 스포츠센터건물에 대한 공사중지가처분의 사건에서 현재 환경이익을 누리는 구성원은 환경이익의 부당침해방지청구권을 갖는다고 하면서 신축건물 층수와 높이에 일정한 제한을 부과한 판결(서울민사지법 1995. 10. 5. 선고 94카합6253 판결), 공설화장장설치결정처분에 대하여 인근주민들에게 그 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다고 인정한 판결(대법원 1995. 9. 26. 선고 94누14544 판결) 등이다.

특히 위 청담동 골프연습장 사건에서 대법원은, 헌법 제35조 제1항이 개개의 국민에게 직접적이고 구체적인 사법적인 권리로서의 환경권을 부여한 것으로 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 하며,

1) 이 란은 이번호부터 각 위원회의 기획사업과 특성들을 소개하는 공간으로, 계속적으로 연재할 예정입니다. 위원회 소개 혹은 위원회 기획사업등 형식에 제한받지 않고 다양한 형태로 위원회를 알릴 수 있게 기획하였습니다. 이 글에서는 환경관련 판례동향, 환경소송의 유형, 환경소송의 기획방안 등, 환경소송 상의 제반 문제를 포괄적으로 다루고 있습니다.