

치, 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유 등을 침해한 것으로 위법한 것이 아닐 수 없다.

마. 시민사회단체에 의한 통제

보안수사기관의 권한은 항상 남용될 가능성이 있다는 것은 역사적인 교훈이므로 각종 시민사회단체가 끊임없이 이들 기관의 직권남용행위를 감시하고 그 사례가 발견되었을 경우에는 이를 시정하기 위한 활동을 계속할 필요가 있다.¹⁹⁾

4. 결론

국민의 정부에 들어서도 보안수사기관의 활동이 과거에 비해 크게 달라진 것은 없으며 과거의 잘못된 수사관행과 활동방식은 쉽게 고쳐지지 않고 있다. 그러한 점에서 위법한 활동을 근본적으로 없애기 위해서는 국가보안법폐지나 국정원의 수사권폐지와 같이 법제도 자체를 바꾸는 것이 가장 바람직한 방법이 될 것이다. 그 다음으로는 과거의 잘못된 사고와 수사방식에 젖어 있는 보안수사기관의 구조와 인력을 축소, 정리하는 것이 바람직하다. 그러나 보안수사기관의 위법한 활동이 하루아침에 없어지지 않는다면 이에 대한 꾸준한 감시와 견제를 통해 권남용행위를 줄이는 방법밖에 없을 것이다.

19) 이와 관련하여 대한변호사협회에서는 1999.9. 국정원의 변호인 접견권침해와 관련하여 진상조사활동을 벌인 바 있으며, 참여연대 등은 1999.1.15. 경찰의 민간인 사찰자료에 대한 정보공개 거부처분에 대한 취소청구소송을 제기한 바 있다.

국가보안법 구속기간연장규정에 관한 합헌결정 비판

강 금 실 변호사

1. 법원의 위헌제청과 헌법재판소 결정 요지

가. 국가보안법 구속기간연장규정(제19조)

국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호, 개정1991.5.31. 법률 제4373호) 제19조는 형사소송법 제202조, 203조의 일반적 구속기간의 연장규정(검사에 한하여 1차 연장가능)에 대한 예외적 특례로서 국가보안법 제3조 내지 제10조의 죄에 관하여는 사법경찰관은 1차에 한하여, 검사는 2차에 한하여 판사의 허가를 받아서 구속기간을 연장할 수 있도록 규정하고 있다.

나. 국가보안법 제7조(찬양고무)와 제10조(불고지)의 죄에 관한 구속기간연장규정 위헌결정(1992.4.14. 헌법재판소 90헌마82 결정)과 이유

국가보안법 제19조에 대한 헌법소원사건에서 헌법재판소는 제19조 중 제7조, 제9조의 죄에 대한 구속기간연장규정은 헌법에 위반된다고 결정하였다. 위 결정과 관련된 사건에서 피고인들은 국가보안법 제7조 위반으로 공소제기되었다. 헌법재판소의 위헌 결정 이유요지는 다음과 같다(위헌결정에서는 구속의 일반원칙론이 전개되고 있으므로 논의의 편의를 위하여 다소 길게 인용하였다).

헌법 제12조의 신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유이고, 헌법 제27조의 신속한 재판을 받을 권리와 무죄추정의 원칙은 신체의 자유보장을 위한 규정이다. 무죄추정의 원칙에 따라 불구속수사 원칙 하에 예외적으로 구속수사가 인정되는 것이고, 구속수사의 경우에도 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 하며, 수사기관에 의한 신체구속은 신체적 정신적 고통 외에도 자백 강요, 사술(邪術), 유도(誘導), 고문 등의 사전예방을 위하여서도 최소한에 그쳐야 한다. 구속기간의 제한은 형사피의자의 신체적 고통을 감경시켜 주고, 수사를 촉진시켜 신속한 재판을 가능케 한다는 점에서도 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위하여서도 불가결한 조건이다. 수사단계에서의 장기구속은 상당한 증거도 없이 구속하고 나서야 증거를 찾아내려고 하는 폐단을 야기할 우려도 있다(구속하려면 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 인정될 만한 증거가 있어야 하고, 그러한 증거를 조사한 끝에 발부된 법원의 영장이 있어야 하므로 구속당시 이미 상당한 증거가 수집된 상태에 있어야 한다. 그러한 증거도 없이 앞으로 구속할 만한 증거를 찾아내기 위한 구속은 허용될 수 없다). 형사소송법상의 구속기간은 공소제기 여부의 판단에 지장이 없을 것으로 보아 책정된 것이라고 말할 수 있으며, 헌법상의 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서 설정된 기간이다. 그러므로 이 구속기간을 더 연장하는 것은 예외에 대하여 또 다시 특례를 설정하여 주는 것이 되고 이처럼 기본권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를 확장하는 데에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되며, 따라서 그 예외의 확장은 극히 최소한에 그쳐야 할 것이다.

국가보안법 제3조 내지 제10조의 조항을 검토해보면, 구성요건의 내용으로 볼 때 일용 국가보안법 제3조(반국가단체의 구성 등), 제4조(목적수행), 제5조(자진지원 금품수수), 제6조(잠입탈출), 제8조(회합통신 등), 제9조(편의제공)의 각 죄에 있어서는 모든 사건이 다 그런 것은 아니지만 사건에 따라서는 수사에 착수하여 공소제기 여부의 결정을 하기까지는 일반 형사사건에서보다는 비교적 시간과 노력이 더 필요할 수도 있다고 보여진다. 그러나 제7조 및 제10조의 죄는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고, 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것도 아니어서 굳이 수사기관에서 일반형사사건의 최장구속기간보다 더 오래 피의자를 구속할 필요가 있다고 인정되지 아니한다. 따라서 위 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여는 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙 등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고, 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 명백하다.

(한편 위 사건에서 법무부장관은 국가보안법위반 범죄는 대부분 지능적이고 그 형태가 조직적이어서 단기간의 수사로 배후관계의 규명

이나 증거포착이 어려우므로 충분한 수사기간이 필요하고, 국가보안법위반 피의자에 대한 차별적 대우는 불가피한 일이며 기본권제한 한 계에도 포함되는 합리적이고 정당한 법률이라고 주장하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 위 결정에서 국가보안법 위반죄라 하여 모두가 반드시 다른 범죄보다 지능적이거나 조직적이라고는 말할 수 없고, 형사소송법상의 최장 구속기간이내에 공소제기를 결정하기 어려울 만큼 사건이 복잡하거나 증거수집이 어려운 죄라고는 일률적으로 인정할 수 없으며, 국가보안법과 보호법익이 같은 형법상의 내란죄, 외환죄의 경우에도 수사기관에서의 구속기간은 30일을 초과할 수 없고, 국가보안법위반범죄보다도 더 조직적이고 지능적이라고 할 수 있는 마약사범이나 조직폭력사범의 경우에도 수사기관에서의 구속기간이 30일을 초과할 수 없게 되어 있는 점을 감안할 때 법무부장관의 의견은 일률적으로 모든 범죄에 다 해당될 수 있는 견해는 아니라고 하였다.)

다. 국가보안법 제3조, 제5조, 제8조, 제9조에 관한 구속기간연장규정 위헌제정과 이유

위 국가보안법 제7조와 제10조에 대한 구속기간연장 위헌결정이 나온 후에 1996.3.5. 서울지방법원(박시환 판사)은 국가보안법 제3조, 제5조, 제8조, 제9조(1991.5.31. 개정되기 전후의 것)위반 피의사실이 전제가 된 피의자들의 구속기간연장허가신청사건에서 위헌여부에 관한 심판을 제청하였다.

그 이유요지는 다음과 같다.

위 헌법재판소 결정에서는 국가보안법 제19조의 구속기간연장규정이 일반적으로 위헌의 소지가 있을 수 있다는 판단을 하면서도 사건의 전제가 된 규정인 제7조와 제10조에 대하여서만 위헌여부에 대하여 결론을 내린 것으로 보인다. 나머지 죄에 대한 위 헌법재판소 결정이 사건에 따라서는 일반 형사사건보다 비교적 시간과 노력이 더 필요할 수도 있다는 점은 인정하고 있으나, 그렇다고 하여 위 제7조와 제10조의 죄를 제외한 나머지 죄에 관한 구속기간연장규정이 헌법에 위반되지 않는다는 결론을 내린 것은 아니고 위헌여부의 결정을 유보한 것으로 보인다.

위 두 조항을 제외한 나머지 죄에 관하여도 위 결정에서 실시한 바와 같은 위헌의 소지가 있고, 어느 범위까지를 위헌으로 볼 것인지에 관하여는 명확한 기준이 제시되지 않고 있어 헌법재판소의 결정을 받아볼 필요가 있다. 더구나 사상과 표현의 자유와 관련하여 더욱 엄격한 헌법원칙의 적용과 적법절차의 존중이 요구되는 국가보안법위반범죄에 대하여만 유독 위와 같은 예외규정을 두는 것은 헌법상 보장된 평등원칙에도 위반될 소지가 있다.

라. 국가보안법 제3조, 제5조, 제8조, 제9조에 관한 구속기간연장규정의 합헌결정(1997.6.26. 헌법재판소 96헌가8-9-10 결정)과 이유

위 법원의 위헌제정에 대하여 헌법재판소는 구속기간 제한에 관한 일반적 법리는 종전의 결정이유를 원용하면서 다만 위 각 조항의 죄에 관한 구속기간연장규정은 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 하였다. 그 이유 요지는 다음과 같다.

위 위헌결정에서 위 각 조항의 죄에 관하여 (위헌 여부를 유보한 것이 아니라) 헌법에 위반된다고 선언하지 아니하였고, 사정변경은 존재하지 아니한다. 오히려 최근의 남북한 관계는 북한의 식량난 등 체제위기상황에 직면하여 무력도발 특히 국지전을 감행하여 체제유지를 기도할 가능성을 배제할 수 없고, 상대적으로 둔감된 국민의 안보의식에 편승하여 우리 나라 국내외에 대대적인 간첩활동을 전개하여 우리 국가사회를 교란하고자 하는 시도를 할 가능성을 배제할 수 없다.

위 각 조항에 해당하는 피의사건은 일반형사범죄의 피의사건과는 달리 지능적, 조직적으로 범죄가 이루어지는 것이 일반적이고, 또 이들 범죄는 그 성질상 은밀하게 그리고 우리의 수사권이 사실상 법률상 미치지 아니하는 북한과 중국·일본·독일 등지에 걸쳐 광범위하게 이루어지는 일도 흔히 있으므로 그 사건 수사를 하기 위하여서는 우리 공관 등 외교경로를 통하거나 국제형사경찰기구 등을 통하여 사실확인을 하거나 증거자료를 확보하는 경우도 흔히 있다. 따라서 이들 범죄에 대한 수사는 수사단서의 발견, 증거수집, 심증형성 등 수사를 함에 있어서 일반형사범죄에 비하여 상대적으로 많은 시간을 필요로 한다. 이들 범죄의 피의자는 일반적으로 주거가 일정하지 않고 증거를 인멸할 염려가 많은데다가 이들 범죄의 성격상 불구속수사를 하기에는 부적절한 경우가 많다. 그 구속기간의 연장에는 지방법원 판사의 허가를 받도록 규정하고 있어서 수사기관의 부당한 장기구속에 대한 법적 장치도 마련되어 있다. 따라서 구속기간연장은 국내의 의 반국가활동으로부터 국가와 국민의 존립과 안전을 보호하고 자유민주적 기본질서를 수호하기 위하여 반드시 필요한 것일 뿐 아니라 그 규제의 정도가 지나친 것이라고도 볼 수 없으므로, 평등의 원칙, 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판받을 권리 등을 침해하는 위헌법률조항이라고 할 수 없다.

2. 쟁점의 정리

이 글에서는 국가보안법 제3조, 제5조, 제8조, 제9조에 관한 위 구속기간연장규정부분의 합헌결정을 평석 대상으로 한다. 위 합헌결정은 종전의 위헌결정이 제7조와 제9조를 제외한 나머지 국가보안법 조항의 죄에 대한 구속기간연장규정이 위헌이라고 선언하지 않았다는 점을 전제로 하고 있고, 국가보안법 제4조, 제6조는 재판의 전제가 아니었기 때문에 판단이 누락되었을 뿐이며, 그 합헌 이유취지에 비추어 위 합헌결정은 사실상 위헌 결정된 제7조와 제9조에 관한 연장규정을 제외한 나머지 죄에 대한 구속기간 연장규정의 합헌을 선언한 것이나 다름이 없다 할 것이다.

합헌결정이유의 쟁점을 다시 한 번 정리한다면, 형사소송법상의 구속기간연장을 포함한 구속기간규정은 신체의 자유와 이를 보장하기 위한 무죄추정의 원칙, 그로부터 파생되는 불구속수사원칙, 신속한 재판을 받을 권리에 대한 예외적 기본권제한에 해당하고, 이러한 예외의 범위를 확장하는 데에는 국가안전보장, 질서유지라는 공익과 기본권보장의 비례성형량이 필요하며 그 예외의 확장은 극히 최소한에 그쳐야 한다는 점을 전제로 하되, 국가보안법상의 제7조와 제9조를 제외한 나머지 죄에 대한 구속기간 연장규정은 남북한의 대치적 긴장국면이라는 현실적 상황에서 범죄의 성격과 행태상 일반범죄와는 다른 수사상의 필요가 있으므로, 비례성량에 비추어 기본권제한규정으로서 적법하다고 요약할 수 있다. 즉, 합헌결정에서 구속기간연장의 예외적 기본권제한범위를 확장하는 정당성 근거는 헌법질서의 현실적 여건과 수사의 현실적 필요성이라는 '현실적합성'만을 기본권제한의 정당성 논거로 들고 있는데 그치고 있다.

이하에서는 기본권 제한법률인 형사소송법상의 구속기간연장규정에 대한 부가적 예외로서 국가보안법 위반죄에 대한 구속기간 연장확장규정이 과연 기본권 제한법률로서 헌법적합성을 갖추었는가 여부를 헌법의 일반원리에 비추어 검토하면서 아울러 합헌결정의 현실적합성 논거의 정당성 여부를 검토하기로 한다.

3. 국가보안법 구속기간연장규정의 연혁과 문제점

국가보안법 구속기간연장규정의 헌법적합성 여부를 검토하기 위하여서는 어떠한 이유에서 이와 같은 형사소송법 대원칙에 대한 '유일한' 예외규정으로서 우리 법질서 내에서 국가보안법상의 범죄에 대하여서만 기본권제한의 특례가 설정된 것인지, 그와 같은 법형식은 가능한 것인지, 그 규정이 탄생되기에 이른 이면에 과연 신체구속의 특별한 제한을 통하여 헌법질서를 수호하여야 할 만한 현실적 필요가 있었던 것인지 규명하지 않을 수 없다. 이를 위하여서는 먼저 위 규정의 연혁과 제정배경을 살펴볼 필요가 있다.¹⁾

국가보안법은 1948년 9월 20일 제헌국회에서 내란행위특별조치법안으로 최초 발의되었다가 여순반란사건 이후 제정작업이 가속화되는 과정에서 내란행위 그 자체보다는 내란유사의 목적을 가진 결사집단의 구성과 가입을 처벌하는 것으로 그 중점이 변질되어 1948년 12월 1일 법률 제10호로 제정·공포되었다. 이 당시 국가변란목적의 결사집단 구성죄를 중심으로 한 전6조의 실체적 처벌법규만 두었고, 구속기간 등에 관한 형사소송절차규정은 없었다. 그 후 자유당정권 하에서 국가보안법은 두 차례 개악되었다가 집권말기인 1958년 12월 3차 개정(1958.12.26. 법률 제500호)이 이루어 졌는데, 전문 3장 40조, 부칙 2조로 구성되고 특별형사소송규정들을 두어 사실상 신법제정의 수준이었고, 여기에서 처음으로 구속기간의 연장과 갱신규정 등이 등장하였다. 당시는 1954년의 사사오입 개헌과 1958년 국회의원 부정선거에 의하여 집권을 연장한 자유당정권이 정권붕괴 위기에 봉착한 상황 이었고, 야당과 언론 등 내부 반대세력을 억압하기 위한 위기해소방안으로 국가보안법 개정이 추진되었다. 국가보안법 개정안은 야당국회의원들이 점심을 먹으러간 사이 자유당의원만으로 법사위에서 날치기 통과되고, 다시 국회 본회의에서는 농성하는 야당 의원들이 본회의장 밖으로 강제로 끌려간 상황에서 무술경위들이 의사당 내 사방을 경위하는 가운데 자유당 의원만이 참석하여 날치기 통과되었다.²⁾ 이 당시의 구속기간연장규정은 국가보안법 제36조로 신설되었는데, 국가보안법 제19조(왕래, 잠입, 은거)의 죄에 한하여 사법경찰관의 신청에 의하여 1차에 한하여 연장될 수 있다는 내용이었다.

이와 같은 구속기간연장규정은 제2공화국에 이르러 국가보안법이 축소 개정되면서(1969.6.10. 법률 제549호) 연장규정은 제15조로 존치되되, 사법경찰관의 신청권한을 검사의 승인을 요건으로 하는 제한을 두는데 그쳤다가, 다시 제5공화국에 이르러 전면 개정되면서(1980.12.31. 법률 제3318호) 제19조로서 현행규정의 형태로 개정되었다.

1) 이하 국가보안법 구속기간연장규정의 제정과 변천에 대하여서는 박원순, 『국가보안법 연구1』, 제3부, 역사비평사(1989), 75쪽 이하를 참조하였다.
2) 이른바 '보안법파동'(24파동). 박원순, 앞의 책, 147-148쪽

제5공화국에서 개정된 현행 구속기간연장규정은 몇 가지 특징을 갖고 있다. 첫째로, 종전의 구 국가보안법(법률 제549호)은 제1조 내지 제6조(반국가단체구성죄, 군사목적수행죄, 일반목적수행죄, 선동·선전죄, 자진지원·금품수수죄, 불법지역왕래죄)에 한하여 연장규정이 적용되고, 당시 설정되어 있던 불고지죄에 대하여는 적용규정이 없었다. 이에 반하여 제5공화국에서 개정된 현행 조항은 잠입·탈출죄, 회합·통신죄, 편의제공죄 뿐 아니라 위헌결정된 부분인 찬양·고무죄, 불고지죄에 대하여도 구속기간연장규정을 확장적용할 수 있게 하였다.

구속기간연장규정이 확장적용되기에 이른 위 범죄유형들은 불고지죄를 제외하고는 모두 제3공화국 당시에 제정된 반공법(1961.7.3. 법률 제634호)에 규정되어 있던 것으로 제5공화국에 이르러 반공법을 폐지하고 국가보안법이 전면 개편되면서 흡수된 것들이다. 그러나 문제는 반공법 상에는 구속기간연장규정 자체가 없었다는 점이다. 따라서 반공법에서 흡수된 범죄유형들에 대하여 새로 구속기간연장규정을 적용하는 것 자체가 범형식 상으로 개악에 해당한다.

둘째로, 제5공화국에서 개정된 현행 구속기간연장규정은 종전 규정이 1차에 한하여 연장할 수 있도록 규정하였던 데에 비하여 검사의 청구에 의한 2차 연장을 허용함으로써 명백하게 개악되었다는 점이다.

셋째로, 국가보안법 전면 개편의 입법주체가 헌법상의 입법권을 갖는 국회가 아니라 국가보위입법회의라는 점이다.

위와 같은 구속기간연장규정의 연혁을 훑어보면서 발견되는 문제들은 바로 구속기간연장규정의 위헌 여부를 규명하는 논의의 기초로 작용한다고 할 수 있다. 1958년의 국가보안법의 제3차 개정을 통해서 신설된 구속기간연장규정은 1948년 제헌국회에서의 제정당시나 6·25전쟁을 치른 이후 1954년 사사오입개헌에 이르기까지의 헌정질서의 현실에 비하여 굳이 보안사범에 대한 인신구속을 강화할 만한 새로운 상황변화가 있었는가, 또한 구속기간연장이 필요할 만큼 보안법위반사건의 수사가 복잡하고 어려워졌는가하는 문제이고, 이는 80년대 제5공화국에 와서 개악과정을 거치는 시기에 대하여서도 반복해서 던질 수 있는 문제이다. 그리고 이러한 법규정의 발생사적으로 현실적 필요성이 있었는가 하는 반성을 통하여, 또한 그 연장선상에서 현재에 이르러 헌법재판소가 내세운 현실적합성 문제의 정당성도 검증될 수 있다.

아울러 규정의 제정이나, 80년대 개악과정에서 입법절차의 위헌문제는 없는지 의문을 품지 않을 수 없다. 나아가, 범죄 일반을 대상으로 하는 형사소송법과 달리 유독 보안사범에 대하여서만 설정된 기본권제한규정은 가능한 것인지 문제제기를 할 수 있겠다.

4. 기본권제한의 범형식과 구속기간연장 규정의 헌법적합성 여부

헌법재판소결정에서 밝히고 있듯이 형사소송법상의 구속제도는 신체의 자유와 무죄추정의 원칙에서 비롯되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서 기본권제한입법이다. 헌법 제12조는 '법률에 의하지 아니하고는' 인신구속을 받지 아니한다고 규정하여 신체의 자유에 대한 개별적 법률유보조항을 두고 있다.

법률에 의한 기본권제한은 헌법 제37조에 의하여 목적, 내용, 방법상의 실제적 한계를 갖거나, 법률개념과 형식상으로도 명백한 한계를 갖고 있다. 즉 기본권제한입법의 '법률'이라 함은 국민의 대표기관으로서 헌법상 입법자인 국회에 의하여 정당한 절차를 밟아 제정된 성문의 법률만을 가리킨다는데에 이론의 여지가 없고, 또한 기본권을 제한하기 위한 법률은 '일반적인 법률'의 형식으로 제정되어야 한다는 것이 기본권론의 대원칙이다.³⁾

가. 일반적 법률의 요건과 문제점

'일반적인 법률'이란 두 가지 요건을 충족시키는 법률을 말하는데, '규범수신(受信)인의 일반성'과 '규율대상의 일반성'이 그것이다.⁴⁾ 이러한 의미에서 일반적 법률은 '규범적 법률'이라고도 한다. 범치국가적 법률은 일반성·추상성을 그 속성으로 한다.⁵⁾ 일반적 법률에 대비되는 개별법규나 이른바 처분법률로 기본권제한입법을 할 수 없고, 법적 안정성의 확보와 법규범 상호간의 조화를 위해서도 특별법인 처분적 법률의 제정은 바람직한 현상이 아니다.

3) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사(1996), 429쪽; 박규하, 「근대헌법에 있어서의 기본권보장의 유형과 기본권의 제한」, 『한국헌법학의 현황과 과제』(琴浪 김철수 교수 정년기념논문집), 박영사, 1998.

4) 허영, 앞의 책, 429쪽

5) 박규하, 앞의 글, 324쪽

일반적 법률에 대비되는 개별법규란 일정한 범위의 국민만을 대상으로 하는 개인적 법률, 개별적·구체적 상황 또는 사건을 대상으로 하는 개별사건법률, 시행기간이 한정된 한시법률의 세 가지 법률유형이 존재할 수 있고⁶⁾, 처분법률이란 법률이 직접 실질적인 형의 선고나 권리박탈을 규정하여 개인에 대한 일정한 처분을 가함으로써 사실상 사법권을 침해하는 법률을 가리킨다. 과거 부정선거관련자처벌법·정치활동정화법·정치풍토쇄신을위한특별조치법을 그 예로 든다⁷⁾

신체의 자유 제한으로서의 구속제도를 규정한 형사소송법은 이와 같은 측면에서 볼 때에 모든 국민과 모든 형사사건을 대상으로 함으로써 일반적인 법률에 해당하되, 국가보안법의 구속기간연장규정은 형사소송법의 적용을 받는 모든 사건과 일반 국민 가운데 국가보안법상의 개별 구성요건 중 일부에 해당하는 사건(위헌결정된 조항 제외)으로 적용사건의 범위를 한정하고 있고, 적용대상인 인적 범위도 적용대상인 개별사건의 피의자인 일부 국가보안사범에 대하여서만 규정함으로써 특별하고 범위축소적인 기본권제한을 규정하고 있다는 점에서 개별법규에 해당하지 아니한가 하는 의문이 있다. 이점과 관련하여 국내에서 충분한 논의를 찾아볼 수 없었으나⁸⁾ 독일기본법 제19조의 규정은 참조할만하다. 기본법 제19조는 기본권제한에 관한 규정으로서, 제1항에서 "기본권이 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있는 때에는, 그 법률은 일반적으로 적용되어야 하고 개별적 경우에만 적용되어서는 안된다"고 규정하고 있다. 적어도 국가보안법 구속기간연장규정은 일반적 법률에 의한 신체의 자유제한에 더하여 특별법규에 의하여 국가보안법사범 중 일부에 대한 기본권제한입법의 형식을 취하고 있다는 점에서 이와 같은 범형식의 관점에서 헌법적합성 여부에 대한 검토가 필요하다고 본다.

나. 규정의 절차적 적정성의 문제

나아가 이와 같은 국가보안법의 구속기간연장규정은 헌법의 적법절차원리와의 관계에서도 논의될 필요가 있다. 형벌권을 실현하는 절차에서 개인의 자유침해를 억제하기 위하여는 형사절차를 법률에 의하여 규정할 것이 요구되고, 이는 형사절차법정주의이며, 형사절차법정주의는 단순히 형사절차를 법률에 의하여 규정할 것을 의미하는데 그치는 것이 아니라 법률에 규정된 형사절차가 공정한 재판의 이념에 일치하는 적정한 절차일 것까지 요구한다.⁹⁾ 신체의 자유에 관한 헌법 제12조에서 법률에 의하지 아니하고는 구속을 받지 아니한다고 규정한 것은 이와 같은 적정한 절차, 적법절차의 원칙을 규정하고 있는 일반조항에 해당한다. 이와 같은 적법절차의 원리는 보통 절차적 적법절차와 실제적 적법절차의 원리로 나누어 이해되고 있는데, 형사소송절차상의 신체의 자유를 제한하는 강제절차로서의 구속제도는 절차적 적법절차의 원리의 지배를 받으며, 절차적 적법절차의 의미는 절차적 정의, 즉 강제절차에서의 '형평·자의 배제·합리성'을 의미하고¹⁰⁾, 절차적 정의의 실현을 위한 절차적 적법절차는 무엇보다도 합리적이고 정당한 법률에 근거하여 정당한 절차를 밟은 경우에 위와 같은 '형평·자의 배제·합리성'을 보장받을 수 있는 기초를 제공하는 것이다. 즉, 이와 같은 적법절차의 '절차적 차원의 적정성'은 무엇보다도 근거법을 자체가 정당한 절차에 의해서 제정될 것을 요구한다.¹¹⁾

이 점에서 국가보안법 구속기간연장규정은 1958년 신설 당시에 국회에서 통과되는 형식은 갖추었으나, 야당의원들을 폭압적으로 의결과정에서 배제한 가운데 자유당의원들만으로 날치기 통과되었으므로, 정당한 적법절차 원리에 위반되지 아니하는가 문제가 된다. 이와 관련하여 국회에서의 기본권관련법안 날치기처리는 입법과정에도 적용되는 적법절차원리 위반으로 명백한 위헌이라는 지적이 있고¹²⁾ 헌법이 정한 표결절차를 위반한 것으로 무효라는 견해도 있다.¹³⁾ 이와 같은 측면에서 보면, 국가보안법의 구

6) 박규하, 앞의 글, 325쪽 참조

7) 박규하, 앞의 글, 324쪽

8) 배종대 교수는 국가보안법 자체를 "일종의 개별입법"이라고 한바 있다. 배종대, 「다시 한번 국가보안법을 말한다」, 『법과 사회』(1991년 하반기 통권 제4호), 창작과 비평사, 1991, 141쪽

9) 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 1998, 4쪽

10) 최대권, 『헌법학강의』, 박영사, 1998, 241쪽

11) 허영, 앞의 책, 483쪽; 정종섭, 『우리나라 입법과정의 문제상황과 그 대책』, 『법과 사회』이론연구회, 『법과 사회』, 1992년 하반기 통권 제6호, 창작과 비평사, 1992, 9쪽.

12) 김남준, 『노동법안기부법 날치기의 법적 검토』, 『인권보고서』(제11집), 대한변호사협회, 1996, 416쪽; 과거 우리 헌정사에서 법률이 국회에서 날치기처리된 경우는 여러 번 있었는데, 1990년 7월 14일 국군조직법 등 25개 법률의 날치기처리사건, 1991년 12월 추곡수매등의안 등에 대한 날치기처리사건의 헌법소원, 권한쟁의심판사건에서 헌법재판소는 한결같이 당사자능력이 없거나 심판대상이 되지 아니한다는 이유로 각하결정을 하여 실제적 결론을 회피하였다는 지적을 받는다. 앞의 글, 404쪽 이하 참조

13) 정재환, 「국회의 날치기통과 등 졸속입법에 대한 통제」, 『법과 사회』이론연구회, 『법과 사회』(1992년 하반기 통권 제6호), 창작과 비평사, 1992, 33쪽

속기간연장규정은 '원천적으로, 시원적으로' 기본권 제한법률로서의 적정성을 결여한 위헌의 소지가 있다. 그밖에도 법안의 날치기처리는 민주주의와 소수자보호의 필수요소인 복수정당제도를 무시한 것이고¹⁴⁾, 소수자보호를 전제로 하는 다수결 원리에 대한 침해가 될 뿐만 아니라 이를 근간으로 삼는 대의제 민주주의와 국민주권주의의 위반, 선거권의 본질침해, 정치적 민주주의가 보장되는 헌법질서를 향유할 권리라는 시원적 기본권침해라는 지적이 있다.¹⁵⁾

다. 규정의 입법주체의 문제

기본권 제한법률이 국민의 위임을 받은 대표기관으로서 헌법상 입법자인 국회에 의하여 제정된 성문의 법률만을 가리킨다고 할 때, 현행 국가보안법 구속기간연장규정은 1980년의 전면 개편과정에서 국가보위입법회의에서 개정된 것이므로, 과연 적법한 헌법상의 입법주체의 의하여 설정된 것으로서의 효력을 인정할 수 있겠는가 법형식에서의 또 다른 문제이다.

주지하는 바와 같이 이미 국헌문란의 내란행위로 역사적·법적 평가가 내려진 5·17 군사쿠테타의 과정에서 1980년 5월 31일 비상계엄 하에 대통령 보좌기구의 형식으로 국가보위비상대책위원회가 설치되었고, 형식적으로 대통령을 의장으로 하여 10여명의 행정관료와 15명의 현역장성들로 구성된 이 위원회는 내란행위를 주도하는 폭압적인 권력기관 역할을 하였다.¹⁶⁾ 전두환 국군보안사령관이 대통령에 취임하고 제5공화국헌법이 제정되면서 새 헌법의 부칙에 따라 그 해 10월 27일 국가보위비상대책위원회는 국가보위입법회의로 개편되고, 제5공화국헌법 부칙 제6조에 의하여 국가보위입법회의가 제정한 법률은 지속효과를 가진다고 규정되었다. 국가보위입법회의법(1980.10.28. 제정공포)은 10월 27일 국가보위비상대책위원회에서 심의·통과한 것으로 대통령령에 의하여 설치된 기관이 법률을 제정한 법률체계상의 모순도 범하고 있다.¹⁷⁾ 국가보안법은 12월 30일에 이르러 국가보위입법회의에서 전면 개편되었는데, 이와 같은 국가보위입법회의를 정당한 입법주체로 인정할 수 있는가, 국가보위입법회의에서 처리된 법률의 효력이 정당한가는 문제를 남긴다.

이와 관련하여 헌법재판소는 제5공화국헌법 부칙(附則) 6조의 규정¹⁸⁾을 들어서 국가보위입법회의에서 제정된 법률은 "그 내용"이 현행 헌법에 저촉된다고 하여 이를 다루는 것은 별론으로 하고 "그 제정절차"에 하자가 있음을 이유로 하여 이를 다룰 수는 없다고 보아야 한다고 하여 전면적 합헌결정을 한 바 있다.¹⁹⁾

(1) 헌법부칙에 의한 위헌법률의 합헌화 문제

국가보위입법회의의 설치근거법률이 법형식상 무효이므로, 법률적 정당성을 결여하여 입법기관으로서의 존립근거는 없다 할 것이다.²⁰⁾ 또한 대법원은 5·18판결에서 내란행위의 종료시기를 비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일로 보고 있다.²¹⁾ 1980년 10월

14) 김남준, 앞의 글, 417쪽
 15) 민주주의법학연구회 교수 회원 일동, 「국가안전기획부법과 노동관계법 등 날치기 통과 위헌 여부에 관한 의견서」, 『헌법해석과 헌법실천』, 도서출판 관악사, 1997, 478쪽 이하 참조
 16) 박원순, 앞의 책, 217쪽 참조
 17) 박원순, 앞의 책, 218쪽
 18) 1항 : 국가보위입법회의는 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 존속하며, 이 헌법시행일로부터 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 국회의 권한을 대행한다.
 3항 : 국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 취소하거나 이의를 할 수 없다.
 19) 1997.1.16. 헌법재판소 92헌바626, 93헌바343536 결정
 20) "국보위는 첫째, 국민의 기본권에 의하여 직·간접적으로 영향을 미치는 정부조직은 그 구성에 있어서 공개적이고 국민의 통제가 가능해야 하고 그 정부조직의 권한은 민주주의의 원리로서 국민주권에 기초하여 합법적 근거를 가져야 한다는 점에서 국보위의 행위는 위헌이며 당연무효이다. 둘째, 국보위설치근거로 계엄법과 정부조직법을 들고 있으나, 계엄상태에서도 국회의 본질적 기능을 침해할 수 없으며, 하위규범에 근거하여 행정기관의 부속기관을 설치한 후 행정권을 실질적으로 행사하는 것은 민주적 기본질서의 법체계를 파괴하는 것이다. 셋째, 당시 비록 절름발이 국회이지만 헌법개정특위가 구성되어 있었고 민주적 정치일정을 계속 약속하며 국민들의 정치적 의사표현이 곳곳에서 표출·수렴되고 있었음에도 불구하고 대통령령으로써 행정·사법을 조정·통제하며, 입법권을 침해할 수 있는 기구를 구성한 것은 국민주권에 정면으로 위배된다.", 이상영, 「1980年代 立法과 法秩序에 관한 小考」, 『인권과 정의』 160호, 대한변호사협회, 1989. 12. 26쪽 ; 국가보안법의 개정기관이었던 국가보위입법회의는 그 설치의 근거에서부터 법적인 흠을 지닌 것으로, 법의 지배의 원칙에 비추더라도 "개별적 법규의 제정은 절차적으로나 실제적으로 공개적이고, 안정적이고, 명백하고, 일반적인 기준에 의해 지도되지 않으면 안된다"는 원리에 저촉된다. 양 건, 「法の支配에 비추어 본 80年代의 法과 現實」, 15·17쪽, 위 책에서 인용
 21) 대법원 1997.4.17. 96도3376 판결

27일 공포·발효된 제5공화국헌법이나, 국가보위입법회의의 입법활동 자체도 일련의 계속적인 내란행위 과정에서 이루어진 행위라고 할 수 있다. 그렇다면 헌정질서파괴행위로서의 국가보위입법회의의 입법행위, 특히 국민의 기본권, 기본권 가운데에서도 인간의 존엄과 가치 구현을 위한 가장 기본적인 신체의 자유제한법을 제정행위가 내란행위의 일환으로 제정된 제5공화국헌법 부칙조항에 의하여 합헌화될 수 있는가 하는 문제는 그 실제적 효력 유무를 떠나서 먼저, 부칙에 의한 위헌법률의 합헌성 부여가 가능한가 하는 법형식의 관점에서 의문을 제기한다. 헌법재판소는 부칙의 성격에 관하여는 아무런 언급이 없다.

헌법부칙에 의한 합헌성 부여의 문제에 관하여서도 국내에서 충분한 논의가 이루어지지 않고 있는 듯 하다. 허 영 교수는 "제5공화국헌법은 그 개정의 '質'이 통상적인 헌법개정이나 헌법개혁의 범주를 벗어날 뿐 아니라 그 부칙에 나타난 정치결단적 내용 때문에 이를 헌법개정 내지는 헌법개혁으로 성격화하기에 어려움이 있고, 제5공화국헌법을 탄생시킨 원천적인 힘은 '정치적인 힘'에 의해서 추진되었다는 점에서 그 정치결단으로서의 성격을 부인할 수 없고, 특히 그 부칙의 정치결단적 내용을 설명하는데 헌법이론적인 어려움이 있다. ... 제5공화국헌법의 헌법적 효력도 문제가거니와, 부칙에 의한 위헌법률의 합헌성 부여 문제는 헌법원리상의 근본적 검토를 필요로 한다"고 이야기한다.²²⁾

어느 법에서나 부칙이라는 것은 그 시행과 관련한 경과적 절차에 관한 언급을 하는 부차적 규정일 뿐이라고 보아야 할 것이다. 법률의 본문에서 규정되어야 할 실제적 효력에 관하여서는 부칙으로 정할 수 없다. 따라서 헌법 부칙은 어디까지나 새 헌법이 시행됨에 있어서의 경과조치에 관한 경과규정이며 종결규정(dispositions transitorias)이다. 갈봉근 교수는 "헌법 부칙의 법적 성격은 헌법 본문에 부수된 법적 성격을 본체로 하며, 결코 헌법 본문의 창설적 성격은 아니다"라고 못박고 있다.²³⁾ 한편 현행 헌법 부칙은 위 5공화국 부칙 6조를 전면 삭제하고 국가보위입법회의와 관련된 어떠한 조항도 두지 아니하였고, 헌법 제40조에 입법권은 국회에 속한다고 못박고 있으므로, 국가보위입법회의의 법률 성립과정이 현행 헌법에 어긋난 것이며, 그러한 법률이 그 성립과정에도 불구하고 그 효력을 지속한다고 볼 어떠한 명분의 근거도 없다는 견해도 있다.²⁴⁾ 또한 이러한 부칙에 의한 기본권 제한의 정당화는 위에서 본 바와 같이 일반적 법률의 요건에도 위배된다는 점을 지적하여야 할 것이다. 일반적 법률이란 규범과 그 규율대상을 내용으로 내포하는 법률형식을 갖춘 법률의 본문을 말하는 것이지, 부칙이 이에 해당한다고는 할 수 없기 때문이다.

(2) 내란행위로 성립된 국가권력의 법적행위와 효력의 문제

부칙의 형식에 의한 위헌법률의 합헌화 문제는 나아가 실제적 논리의 차원에서 내란행위로 성립된 헌법과 법률은 적법한 효력을 갖는가 하는 보다 근원적인 의문을 제기한다. 5·18판결이 있기까지 80년 군사쿠테타의 법적 성격에 관하여 상당한 논의들이 진행되었고, 이제 관례상으로나, 입법상으로나 헌정질서파괴행위로서의 군사쿠테타이며 내란행위에 불과하다는 평가는 내려진 상태이다. 그러나 그러한 내란행위와 내란행위의 과정에서 성립된 법의 효과와의 상관관계에 관하여서는 별다른 논의가 없는 듯 하다. 이 점에 관하여 헌법재판소는 5·18 등 내란사건의 불기소처분에 대한 헌법소원사건에서 5·18특별법 제정선언 후 헌법소원이 취하되자, 헌법심판절차종료선언을 하면서 헌법소원청구의 취하가 있기 전에 이미 작성되어 있던 결정문 초고 내용을 소수 의견의 형식을 빌어 내란행위와 법적 안정성의 문제로 언급한 바 있다.²⁵⁾ 헌법재판소는 법적 안정성에 기초하여 내란행위에 의하여 성립된 국가권력이 행한 법적 행위의 효력은 인정하고 있는데, 그 이유는 다음과 같다. :

내란행위에 의하여 성립된 국가권력도 일용 사회질서유지를 위하여 법규를 제정하고 처분을 할 권한을 가지는 것이고, 사후 내란행위를 처벌하더라도 특단의 사정이 없는 한, 그 법규나 처분의 효력은 소멸하지 아니하는 것이다. 이는 법적 안정성이라는 법의 또 다른 요구에 기하여 내란행위로 수립된 질서에 대하여도 일용의 규범력을 인정하는 것이며, 따라서 내란으로 성립한 통치체계가 그후 내란정부로 단정된다고 해서 그 정부가 행한 대내외적인 행위의 법적 효력이 인정될 수 없게 되어 법적 공백상태와 혼란이 초래되는 것은 아니며 헌정질서가 중단되는 것도 아니다.

22) 허 영, 앞의 책, 67쪽
 23) 갈봉근, 「제5공화국 헌법의 성립과 그 발전과정」, 『한국헌법사(下)』, 한국정신문화연구원, 1991, 390쪽
 24) 이임성, 「현행 헌법 부칙 제5조와 헌법재판소의 위헌심사권에 관련된 의문들」, 『인권과 정의』(150호), 대한변호사협회, 1989. 2. 128쪽
 25) 1995.12.15. 헌법재판소 95헌마221 233 297 결정 ; 정태욱, 「5·18사건 처리에 대한 법철학적 관점」, 민주주의법학연구회 편 『헌법해석과 헌법실천』, 도서출판 관악사, 1997, 423쪽 중에서 재인용

헌법재판소의 위 결정이유에 관하여는 전체적으로는 그 논거에 동의하되, 그 법적 조치들은 권한 없는 자에 의하여 발하여진 하자가 있기 때문에 헌법재판소처럼 “특단의 사정이 없는 한” 법적 안정성을 이유로 무조건 그 효력을 인정할 수는 없고, 법적 안정성의 비교우위를 말해 주는 일정한 조건이 필요하다는 견해가 제시되어 있다.²⁶⁾ 그 주체상의 흠결을 무효로 하는 정의회복의 이익보다 그에 수반되는 국민들의 권익의 침해와 그에 소요되는 비용이 훨씬 크다는 현상유지의 이익에 관한 논거들이 필요하고, 그 법적 조치들 자체가 주체의 흠결에도 불구하고 일정한 정의가치를 담보하고 있어야만 할 것이라고 한다. 더 나아가 내란 정부의 법적 조치들의 유효성이 대체로 긍정된다고 할 때, 불법적인 정부에서 합법적인 법적 행위가 나오는 모순에 직면하게 되는데, 집권행위 자체가 범죄인 이상 그 정부는 원천적으로 무효이며, 내란정부와 법적 조치를 분리하여 법적 처분의 유효성은 처분 주체의 법적 자격에 의한 것이라기보다 처분 자체 혹은 처분의 대상자에 의하여 확보될 수 있고, 이와 같이 법적 조치의 주체를 도외시키고 법적 조치 자체 즉 그 형식과 내용만으로 효력을 인정할 수 있는 가능성은 법의 가치와 효력은 인간에서 나오는 것이 아니라 초월적 이념 혹은 존재에서 연유한다는 사상에서 발견된다고 한다.²⁷⁾ 이는 또한 수범자인 국민의 입장에서 불완전한 정의의 상태에 만족할 수밖에 없는 질서이익, 즉 법적 안정성에 대한 승인·무효로 하는데 수반될 곤란과 부담을 피하기 위한 수인으로 이해되어야 한다는 것이다.

(3) 국가보위입법회의의 기본권 제한법률 제정효력의 문제

법적 안정성론이나 위 보충적 견해의 기본적 근거는 결국 위헌적 입법주체에 의하여 형성된 법질서 전체를 무효화함이 원칙이나, 그 질서상태가 현실적으로 정적이 된 경우에 국민의 이익의 관점에서 비교형량을 통하여 합법화할 수밖에 없다는 비교형량론이라 할 것이다. 그러나, 원천적 무효인 법질서 전체를 법적 안정성론만으로 단순화시켜서 일반적인 합헌성을 부여하는 헌법재판소이론에는 동의할 수 없다. 국민의 이익의 관점에서 비교형량을 한다 하더라도, 인간의 존엄과 가치라는 헌법의 핵심적 정신을 침해하는 기본권제한규정들은 합법화될 수 없는 절대적 한계규정들이고, 헌법재판소가 실시한 ‘특단의 사정’에 속한다 할 것이다. 보충적 견해에 의하더라도, 구속기간연장규정과 같은 기본권제한규정은 종전의 규정에 비하여 오히려 기본권제한범위를 확장한 개악에 해당하므로, 새로운 기본권침해상황을 지속시키는 것으로서 아무런 정의가치가 없고, 그 효력의 인정에 의하여 국민의 권익침해를 확산시킬 뿐이고, 법의 이념과 존재의 측면에서도 효력을 승인할 만한 근거는 없다 할 것이다.

여기에서 일단 제5공화국헌법 부칙규정의 성격을 논외로 접어둔다면, 국가보위입법회의에 의한 제정법률의 효력은 개별적 판단을 필요로 한다는 점을 지적하여 두고자 한다. 헌법재판소의 이론은 내란행위를 바탕으로 새로 형성된 법질서 전체의 효력을 모두 무효화시키기 어렵다는 현실적 고려가 작용한 것으로 보인다. 그러나 법질서 전체의 효력 유무를 떠나서 개별 법률의 효력을 판단하는 과정에서 얼마든지 법적 안정성론이나 이익형량의 검토가 가능하다고 본다. 또한 법률의 효력은 그와 같이 개별적 법률을 평가하여 구체적으로 검토되어야 할 문제라고 본다. 기본권 제한법률의 제정행위는 합법화될 수 없는 절대적 한계규정으로 보아야 할 것이다. 가사 이와 견해를 달리한다 하더라도, 국가보위입법회의에 의한 제정법률이 그 주체와 대상, 효력의 면에서 일반적 법률로서 갖추어야 할 완전한 효력요건을 갖추지 못한 일종의 불완전한 효력, 불안정적인 효력을 갖고 있다고 평가되는 한, “그 내용”이 현재에 이르러 헌법적합성을 갖추고 있는가를 판단하는데 있어서는 기본권제한의 한계원리와 관련지어 섬세한 취급이 요구된다 할 것이다. 이러한 의미에서 단지 헌법부칙에서 “그 제정절차”가 합헌화되어 있다 하여 기본권침해여부의 이익형량에서 합헌성추정의 원칙의 적용을 받을 수는 없는 것이고, 오히려 위헌성추정의 관점에서 문제에 접근할 필요가 있다. 법률의 위헌여부 판단에서 합헌성추정의 원칙은 범형식상 의회가 정당한 절차에 의하여 제정한 적정성을 갖춘 법률을 전제로 전개되는 이론임이 명백하다. 제5공화국헌법 자체도 법적 안정성론과 관련지어 그 효력의 유무를 점검하여야 할 불완전한 효력의 법률일진대, 그 부칙에 의한 합헌성 부여는 주체의 흠결을 범형식적으로 절차적으로 정당화하는데 그치는 것으로 보아야 마땅한 것이다.

5. 기본권 제한법률의 실제적 문제와 구속기간연장규정의 헌법적합성 여부

26) 정태욱, 앞의 글, 431쪽

27) 정태욱, 앞의 글, 432쪽 이하 참조

이하에서는 범형식의 차원을 떠나 기본권 제한법률의 실제적 내용과 관련하여 검토되어야 할 이념의 문제를 살피고자 한다.

기본권을 제한하는 법률이 일반적인 법률이어야 한다는 원리는 민주주의와 법치주의 그리고 사회국가의 핵심적인 내용으로 간주되는 ‘평등의 원리’, ‘특권배제의 사상’과도 불가분의 밀접한 관계에 있다.²⁸⁾ 또한 절차적 적법절차에서의 절차적 정의인 ‘형평·자의 배제·합리성’의 의미도 평등의 원리와 직결된다. 법원의 위헌제정이유에서도 이와 같은 평등의 원리 위반의 문제를 제기하고 있거니와, 헌법재판소 합헌결정은 이 점에 관한 명시적인 해명이 없고, 다만 예외의 헌법질서의 상황과 수사상 필요라는 현실적합성 문제로 뚫고 나서 합헌론을 전개하고 있을 뿐이다.

다음으로 헌법재판소 합헌결정이 들고 있는 남북한 관계의 대치적 긴장관계라는 것은 결국 일반적 구속기간제한의 원리를 국가안전보장의 기본권제한원리에 의하여 연장의 확장을 합헌화하는 논리인데, 합헌논거로서의 국가안전보장론이 과연 연장규정의 적정근거가 될 수 있는가 하는 의문을 던지게 된다. 또한 수사상 필요라는 것도 결국 형사소송절차의 실제적 진실발견이라는 대원칙을 논거로 하는 것인데, 적법절차원리와 관련해서 이러한 논거는 정당한가 하는 의문을 던지게 된다.

나아가 형사소송법은 구속의 합헌성 요건으로서 범죄의 혐의 존재, 도망·증거인멸의 염려를 들고 있거니와 이는 국가보안법 구속기간연장의 합헌성 요건이기도 하다. 따라서 이 점과 관련한 실제적 조망 또한 필요한 작업이라 할 것이다.

가. 평등권 이념과 구속기간연장규정의 헌법적합성 여부

헌법상의 평등권 보장은 단순한 개별적 자유권의 문제가 아니라 ‘인간의 존엄과 가치’를 그 핵으로 하는 기본권실현의 방법적 기초인 동시에, 기본권실현의 방향을 제시하여 주는 의미와 기능을 갖고 있다고 지적된다.²⁹⁾

정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 금지하고 기회균등을 보장함으로써 기본권의 실효성과 동화적 통합효과를 촉진시켜 주는 수단이라는 것이다. 평등권의 내용과 관련하여 논란이 되어 온 쟁점 중 한가지는 입법권 지속여부의 문제이다. 연혁적으로 볼 때 평등권은 법률을 집행하거나 적용하는 과정에서 국가의 공권력으로부터 차별대우를 받지 않을 것을 그 주된 내용으로 하여 왔으나, 현대에 와서 입법권까지를 지속한다는 인식이 하나의 정설로 굳어졌다고 한다.³⁰⁾ 평등권의 입법권 지속의 효과는 차별입법의 금지로 나타난다.

이와 같이 볼 때에 국가보안법 구속기간연장규정은 개별적 법률로서 일반적 형사사건과 일반 국민에 비하여 예외적으로 일정범위의 사건과 인적 대상에 대한 특례적 기본권제한규정으로서 차별입법의 금지원칙에 위반될 여지가 있다.

또한 평등의 원칙이 적법절차 원리와 관련 아래 법집행과정에서의 국가권력의 자의적 집행을 배제하고, 형평성을 보장하기 위한 것이 주된 내용이라고 할 때, 구속기간연장규정을 존속시키는 경우 수사상 필요의 편의적 적용에 의하여 평등권 침해의 우려가 나타날 가능성을 충분히 예견할 수 있다고 하겠다. 이 점에 관하여 헌법재판소 합헌결정은 규정상의 판사의 허가요건에 의하여 자의적 집행가능성을 배제할 수 있는 장치가 마련되어 있다고 하나, 법집행과정에서의 평등권 침해 여부는 기본권침해의 문제로서 법규정 자체가 자의적 집행가능성을 배제할 수 없는 상황이라면 그 자체로서 기본권침해법률의 문제가 발생하고, 기본권 보장을 명시한 법률이 아닌 법집행기관으로서의 사법부의 허가절차만으로 침해 가능성을 정당화할 수는 없다 할 것이다.

헌법재판소 합헌결정은 종전의 위헌결정의 논리를 원용하고 있거니와, 위헌결정에서는 “국가보안법 위반죄라 하여 모두가 반드시 다른 범죄보다 지능적이거나 조직적이라고는 말할 수 없고, 형사소송법상의 최장구속기간이내에 공소제기를 결정하기 어려울 만큼 사건이 복잡하거나 증거수집이 어려운 죄라고는 일률적으로 인정할 수 없으며, 국가보안법과 보호법익이 같은 형법상의 내란죄·외환죄의 경우에도 수사기관에서의 구속기간은 30일을 초과할 수 없고, 국가보안법위반범죄보다도 더 조직적이고 지능적이라고 할 수 있는 마약사범이나 조직폭력사범의 경우에도 수사기관에서의 구속기간이 30일을 초과할 수 없게 되어 있는 점을 감안할 때 일률적으로 모든 범죄에 다 해당될 수 있는 견해는 아니다”라고 밝힌 바 있다. 이러한 사안이 복잡하고 증거수집이 어려운가 여부는 원천적으로 범죄의 구성요건에 의하여 일률적인 평가를 할 수 없는 수사현실의 문제이다. 이점과 관련하여 위헌결정에서 “국가보안법 제3조(반국가단체의 구성 등), 제4조(목적수행), 제5조(자진지원·금품수수), 제6조(잠입탈출), 제8조(회합·통신 등), 제9조(편의제공)의 각 죄에 있어서는 모든 사건이 다 그런 것은 아니지만 사건에 따라서는 수사에 착수하여 공소 제기 여부의 결정을 하기까지는 일반 형사사건에서보다는 비교적 시간과 노력이 더 필요할 수도 있다고 보여진다”라든가, 합헌

28) 허영, 앞의 책, 429쪽

29) 허영, 앞의 책, 465쪽

30) 허영, 앞의 책, 468쪽

결정에서 “이들 범죄에 대한 수사는 수사단서의 발견, 증거수집, 심증형성 등 수사를 함에 있어서 일반형사범죄에 비하여 상대적으로 많은 시간을 필요로 한다”라든가 하는 논의는 경험적 개연성의 추측에 불과할 뿐, 아무런 법리적 근거도 없고, 과연 현실의 수사상황을 통계자료로라도 비교, 검토하여 본 것인지 과학적 토대도 없는 재판관의 비법률적 짐작에 불과하다 할 것이다. 이와 같은 비법률적 짐작의 반증으로 5·18 내란행위의 수사, 형사특별법상의 거액의 경제범죄수사의 경우에도 위와 같은 헌법재판소의 이유가 그대로 들어맞을 수 있다는 점을 들 수 있고, 심지어 개인적 법익침해의 개별 형법에서도 범죄에 따라서 구속기간의 범위 내에서 수사를 마치기에 벅찰 정도로 까다롭고 복잡한 사건은 얼마든지 예를 들 수 있을 것이다. 이 점에서도 범죄의 구성요건을 가지고 일률적으로 수사상 필요에 의하여 구속기간을 연장하는 것은 원칙적으로 자의적 집행가능성과 형평성 원리의 침해를 가져올 위험 소지가 있다고 보아야 한다.

나. 적법절차원리와 실제적 진실발견원칙의 비교우위 문제

헌법의 기본권 존중주의의 근본규범은 인간의 존엄과 가치이므로 헌법적 형사소송의 기본이념 내지 법치국가적 형사소송의 최고원리는 인간의 존엄과 가치를 인정하고 기본적 인권을 보장하는데 있다.³¹⁾ 이러한 의미에서 인간의 존엄과 가치를 인정하고 형사피의자와 피고인의 인권을 보장하는 절차에서 국가형벌권을 실현해야 한다는 적정절차, 적법절차의 이념은 형사소송의 최고 이념이다. 이에 반하여 형사소송절차에서의 또 다른 이념인 실제적 진실발견의 원리는 적법절차원리와 긴장관계에 놓여 있게 되는데, 법의 적정절차의 이념은 무죄추정의 절차상 구현으로서 헌법의 직접적인 요청이고, 처벌위주의 실제적 진실주의는 법의 적정절차의 보장이라는 기본적 이념 아래에서 추구되어야 할 소송법에 내재하는 하위목적의 하나라고 평가된다.³²⁾ 이 점에서는 이론의 여지가 없다 할 것이다.

적법절차의 이념은 이미 언급하였거니와 “법률”에 의하지 아니하고는 구속받지 아니하며, 그 법률 자체가 정당성, 적정성을 갖추어야 한다. 국가보안법 구속연장규정 자체가 적법절차원리에 비추어 위헌의 소지가 있음은 위에서 보았거니와, 가사 국가보안법의 규정이 법률로서의 형식을 갖추었다고 하더라도, 일반 형사소송절차의 예외적 특례로서의 구속연장규정은 형사소송법상의 적법절차원리에 대한 기본권 제한적 예외를 인정하는 것이다. 이 점에 관하여 헌법재판소의 합헌결정의 논거로서 수사상 필요성을 들고 있는데, 이는 바로 형사소송절차에서의 실제적 진실발견의 원리에 다름 아니다. 형사소송법에서 일반적 원리로서 구속제도를 인정하고 구속기간 연장제한규정을 둔 것이 적법절차에 의한 기본권제한에 해당되며, 실제적 진실발견을 위한 수사상 필요성에 대한 제한을 설정한 것이라면, 국가보안법에 의한 구속기간의 추가적 연장은 수사상 필요성에 의한 적법절차의 예외설정에 해당하고, 실제적 진실주의를 적법절차원리보다 우월한 지위에 놓고 적용한 결과가 된다. 국가보안법 위반죄에 대하여서만 일반 형사사건과 달리 적법절차원리가 실제적 진실주의에 양보를 한 셈이 된다. 바로 이 점에서 헌법재판소 합헌결정은 실제적 진실주의는 적법절차원리에 의하여 제약된다는 헌법적 원리에 위배된다고 아니할 수 없다.

다. 일반적 구속요건과 수사상 필요성의 헌법적합적 해석 여부

구속의 요건은 첫째로, 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유, 즉 범죄의 혐의 존재이다. 범죄의 혐의란 수사기관의 주관적 인 구체적 혐의에 의하여 개시된다. 그러나 구속은 개인의 자유를 제한하는 강제처분이므로 보다 강한 범죄의 혐의가 필요하다.³³⁾ 부당한 구속이나 구속의 남용으로부터 개인의 자유를 보장하기 위하여는 구속의 요건이 되는 범죄의 혐의가 무죄의 추정을 깨뜨릴 정도로 유죄판결에 대한 고도의 개연성이 인정되는 경우로 제한된다. 구속요건을 입증하기 위하여는 이와 같은 유죄판결에 대한 고도의 개연성은 객관적으로 입증되어야 하고, 이는 결국 증거의 제시에 의하여야 한다. 헌법재판소의 국가보안법 제7조, 제10조에 대한 구속연장규정의 위헌결정에서는 부가적으로 이 점을 명백히 밝히고 있다. 즉, “구속하려면 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 인정될만한 증거가 있어야 하고, 그러한 증거를 조사한 끝에 발부된 법관의 영장이 있어야 하므로 구속당시 이미 상당한 증거가 수집된 상태에 있어야 한다. 그러한 증거도 없이 앞으로 구속할 만한 증거를 찾아내기 위한 구속은 허용될 수 없다”는 것이다. 따라서 이미 구속단계에서 유죄판결에 대한 고도의 개연성이 인정될 만큼 상당한 증거

31) 이재상, 앞의 책 24쪽

32) 차용석, 『형사소송법』, 세영사, 1997, 58쪽; 이재상, 앞의 책 19쪽도 같은 취지

33) 이재상, 앞의 책, 228쪽

수집이 이루어진 경우에 한하여 구속이 적법화된다면, 형사소송법상의 구속기간연장을 거쳐 구속기간 30일이 지난 마당에 다시 국가보안법에 의하여 구속기간연장을 함에 있어서 수사의 어려움을 호소하는 것 자체가 법리상 무리라 아니할 수 없다. 또한 공소제기 후에도 상당한 구속기간이 보장되어 있고, 수사기관의 증거수집이 계속될 수 있는 만큼 수사상 필요를 위한 연장규정의 정당성 논거는 설득력이 없다. 이 점에 관하여 헌법재판소 합헌결정은 “이들 범죄에 대한 수사는 수사단서의 발견, 증거수집, 심증형성 등 수사를 함에 있어서 일반형사범죄에 비하여 상대적으로 많은 시간을 필요로 한다”고 하였는데, 수사단서의 발견, 증거수집 자체가 이미 구속 전에 이루어져야 강제처분으로서의 구속수사가 가능한데, 구속요건의 일반원칙에 배치되는 이유제시라 아니할 수 없다.

나아가 이러한 “수사상 필요”의 논리는 일반적으로 “위장된 구속사유”³⁴⁾에 해당하여 적법성을 결여하는 것이며, 따라서 더욱 헌법적합성은 갖추지 못한 것이라는 점을 지적하여야 할 것이다. 헌법과 법에 정한 구속요건은 범죄의 혐의와 증거인멸·도망의 염려 세 가지가 있을 뿐이다. 구속요건을 갖추어 구속이 된 후에 그러한 구속요건이 계속되는 상황에서만 구속의 연장은 적법성을 갖는다고 할 것이다. 수사의 필요에 의하여 구속을 할 수 없다는 것이 신체의 자유 제한입법이 갖추어야 할 첫 번째 덕목인 것이다. 헌법재판소 스스로 “수사상 필요”를 인정하는 것은 헌법은 물론 하위법인 형사소송법의 규정을 위반하는 모순이 있다고 아니할 수 없다.

또한 형사소송법은 구속의 합헌성 요건으로서 도망·증거인멸의 염려를 들고 있거니와, 헌법재판소 합헌결정은 “이들 범죄의 피의자는 일반적으로 주거가 일정하지 않고, 증거를 인멸할 염려가 많은데다가 이들 범죄의 성격상 불구속수사를 하기에는 부적절한 경우가 많다” 하나, 과연 이와 같은 논리가 국가보안법위반사범에만 해당한다고 할 수는 없을 것이다.

이와 같이 볼 때에 헌법재판소 합헌결정은 구속요건을 간과하고, 비과학적이고, 비법률적인 수사상 필요의 개연적 추측에 의하여 헌법적합성 여부를 해석하고 있다고 아니할 수 없다.

라. 국제인권법상 위법평가의 고려 문제

구속기간연장규정의 실제적 측면의 효력과 관련하여 마지막으로 국제인권법상의 평가에 대한 고려가 필요하다는 점을 지적하고자 한다. 두 차례에 거친 세계대전 후에 국제연합 결정을 계기로 하여 인권의 문제는 더 이상 한 나라의 헌법질서 속에서 규정되는 국가의 전속적인 국내관할(Exclusive Domestic Jurisdiction)의 문제가 아니라, 국제적 수준에서 모든 개인에게 균등한 보장이 요구되는 국제인권법(International Human Rights Law)차원으로 고양되었다. 우리 나라는 국제연합에 가입하였을 뿐 아니라, 문민정부가 들어선 이후에 적극적으로 국제인권협약의 가입을 추진하여 현재 유엔고문방지협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)에 가입되어 있으므로, 협약의 내용을 실현할 의무를 부담하고, 협약은 법률과 동일한 효력을 갖고 있다. 또한 규약의 규정들은 국내법과 비슷한 용어를 사용하고 있더라도 국내법의 의미에 구속되는 것이 아니라 규약 나름대로의 독자적인 뜻(independent meaning)을 가진다. 따라서 국가는 규약의 독자적인 뜻에 따라서 인권을 실질적으로 보장할 의무를 부담하는 것이며, 자국의 국내법의 해석을 이유로 하여 의무를 이행하지 않아서는 안 되는 것이다.³⁵⁾ 위 협약 제17조에 의하여 설립된 고문방지위원회(Committee against Torture)는 협약규정의 의미를 해석하고 적용기준을 제시하는 기능을 한다. 위 위원회는 합헌결정이 나오기 전에 국가보안법의 구속기간연장규정에 의한 30일~50일간의 구속기간은 너무 길어서 단축되어야 한다는 권고를 하였다.³⁶⁾ 인권협약의 적용국가로서 해석상으로는 법을 개정하여야 하는 의무를 부담하게 된 것이다. 이와 관련하여 보면, 국제무대에서 헌법재판소의 합헌론은 설득력을 가질 수 없을 것으로 보인다. 기본권을 국제인권의 차원에서 고려하여야 하는 현시점에서 자국의 헌법질서내의 기본권해석과 관련하여 국제인권법상 요구되는 기준을 반영하는 것은 헌법재판소에 요구되는 의무라고 할 것이다.

34) 김경선, 「위장된 구속사유」, 『영장실질심사제도』, 법원행정처, 1997, 429쪽

35) 조용현, 「국제적 인권보호제도도 이용가능성」, 『법과 사회』(1992년 상반기 통권 제5호), 법과사회이론연구회, 창작과 비평사, 1992, 99쪽

36) Concluding observations of the Committee against Torture : Republic of Korea : Republic of Korea, 03/21/97, CAT/C/XVIII/CRP.1/Add.3(Concluding observations/Comments)

6. 법률의 위헌성 해석과 현실적합성 판단에 대하여

헌법재판소의 합헌결정구조는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성형량을 바탕으로 하여 그 이익형량결과 국가안전보장의 공익이 더 커서 구속기간연장이 반드시 필요하다는 것이다. 이와 같은 이익형량만큼 자의적이고 판단주체의 주관에 따라, 세계관에 따라서 형량의 결과 자체가 달라지는 개념도 드물다.³⁷⁾ 수사상 필요라는 이익형량의 비교우위 이유 자체가 이론적 근거가 없음은 언급하였거니와, 비례성형량을 위하여서는 법률을 존치하여 얻게 되는 이익과 그로 인한 기본권침해정도를 실질적으로 엄밀하게 비교, 검토하는 것이 필요한 작업이다. 이 점에 관하여 헌법재판소는 국가안전보장을 위한 수사상 필요만을 언급할 뿐, 실제로 비례성형량을 하고 있지는 아니하다. 여기에서 자세한 언급은 생략하나, 특히 위 구속연장규정이 전면 개편된 후인 제5공화국 이후 국가보안법에 의한 내부 비판세력의 탄압과 인권침해의 시비는 그치지 아니하였다. 이 점에 관하여 아무런 형량적 고려가 없는 현실적합성 판단은 재검토되어야 할 필요가 있다.

이익형량은 기본권제한 여부의 최후의 단계에서 실현될 수 있는 문제이다. 국가보안법 구속기간연장규정의 위헌 여부를 가리기 위하여서는 먼저 그 법률의 제정과정에 나타난 위헌성 문제 - 국회의 날치기통과, 국가보위입법회의 입법, 성공한 쿠데타에 의하여 성립된 법률 효력의 불완전성 문제 - 의 규명이 선행되어야 한다고 생각된다.

다음으로 왜 형사소송법이라는 일반적 법률에 의한 구속기간연장 외에 굳이 국가보안법이라는 특별법에 한하여 구속기간연장이 필요하다는 것인가, 기본권제한논리와 어떠한 관련이 있는가 하는 기본권론에 대한 연구가 필요하다. 이와 같은 단계를 거친 후에야, 기본권제한이념인 국가안전보장의 공익의 보호와 기본권 제한의 비례형량이 행사될 수 있을 것이다. 또한 그 비례형량에서 국가안전보장의 필요성을 강조하는 것만으로는 아무것도 형량되지 아니하였다고 평가할 수밖에 없다. "겉으로는 이익형량을 내세우고 있지만, 그것은 폐기의 불이익을 정당화시키기 위한 형식에 지나지 않고 실제로는 어떠한 이익형량도 하고 있지 않다"³⁸⁾는 비난을 면하기 어렵다. 법률의 존속에 의하여 야기되는 국가의 존립, 헌정질서 문란의 실제 피해 정도와 반대로 기본권 침해 정도의 실례를 통하여 엄밀한 심리가 필요하다. 이 점, 헌법재판소 스스로 기본권제한의 예외로서의 제한확장이기 때문에 필요최소한도에 그쳐야 하고, 보다 엄격한 기준이 필요하다고 밝히고 있기는 하다. 기본권제한은 추상적 위험에 의하여 정당화될 수 없다. 구체적이고 직접적인 위험이 현존하여야 한다. 재판관의 개연성 추측에 의하여 비교형량행위를 하는 것은 추상적 위험판단에 그칠 우려가 있다.

한편, 현행 구속기간연장규정은 1980년대에 이르러 종전보다 개악된 것임은 이미 지적하였다. 반공법에 규정되어 있던 잠입·탈출죄, 회합·통신죄, 편의제공죄는 원래 구속기간연장의 적용을 받지 아니하였다. 그렇다면, 그와 같은 연장규정의 확장을 필요로 하는 상황변화가 있었는가에 관하여, 1980년대에 이르러 과연 남북관계의 위기가 그 전보다 심화되었는가, 그 전에 구속기간의 제한으로 인하여 수사의 어려움이 실제로 있었는가, 1980년대 이후 사정변경에 의하여 수사상 복잡성과 난이도가 심화되었는가에 대한 최소한의 심리가 요구되고, 그러한 과정을 거쳐야만, 헌법재판소의 비례성형량의 적정 여부를 논의할 수 있을 것이다.

7. 맺는 말

국가보안법 구속기간연장규정은 일반적 법률에 의한 기본권제한의 헌법적 원리의 저촉 여부, 적법절차로서의 정당한 법률요건의 이론, 입법주체의 문제 등 법규정의 제정과정과 그 귀결로서의 형식면에서 많은 위헌의 소지를 안고 있다. 헌법재판소 합헌결정은 이와 같은 문제점들에 대하여 충분한 검토를 하였다고 보기는 어렵다. 헌법재판소는 기본적으로 기본권보장의 최후보루기관이며, 헌법질서의 수호기관이며, 헌법의 최종적 해석기관이라는 점에 이론의 여지가 없다.³⁹⁾ 헌법재판소가 위와 같은 관점에서의 위헌 여부 문제에 대하여 견해를 달리한다 하더라도, 국가보안법의 구속기간연장규정의 위헌 여부를 판단하면서 현실적합성 문제를 거론하기에 앞서 그 전제로서 법규정의 연혁과 형성배경, 기본권의 일반이론에 관한 기초적인 검토는 선행되었어야 할 것

37) 이익형량의 원칙은 서독의 헌법재판소가 실무를 통하여 확립한 원칙이라고 한다. 그러나 이 원칙의 특성은 탄력성과 상황성으로, 사건마다 다른 결정을 정당화시켜주고 복잡한 판결상황을 단순화시키는데 이용되며, 기본권과 충돌되는 이익보호의 효율성을 위한 원칙이라는 점에서, 헌법의 기본가치가 사건마다 가변적 내용으로 둔갑하여 장기적으로 보았을 때 헌법의 규범성에 대한 침해를 의미한다는 비판이 있다. 배종대, 앞의 글 147쪽 참조.

38) 배종대, 앞의 글, 146쪽

39) 배종운, 「헌법수호를 위한 헌법재판소의 역할」, 『법과 인간의 존엄』(淸菴 정경식박사 화갑기념논문집), 박영사, 1997; 허영, 앞의 책, 1050쪽 등 참조.

이다.

헌법재판소 합헌결정은 위헌대상법률의 형식과 입법주체, 헌법원리 모든 측면에서의 법논리적 위헌성 여부에 대한 심리를 누락하여 이집고, 더 나아가 추상적 위험만으로 비례성형량을 하여 쉽사리 결론지음으로써 상당히 부실한 헌법해석에 이르렀다고 평가된다. 끝으로 현재에 와서 가장 중요한 것은 우리 나라가 국제조약에 가입하여 국제인권법에서 요구되는 인권의 최소기준들을 실현할 의무를 부담하고 있고, 인권은 더 이상 국내문제가 아니라는 인식이 전제되어야 한다는 사실이다. 바로 이점에서 헌법재판소가 인식의 지평을 확대할 때가 되었다는 점을 강조하여야 할 것이다. 이 글에서는 다루지 못하였으나, 기본권론에 기초한 다각적인 접근을 외면하고 쉽사리 비교형량론에 매몰되는 근본적인 이유는 헌법해석의 사상적 기초가 반공·냉전 이데올로기에 놓여 있는 데에서 비롯된다고 생각되기 때문이다.

참 고 자 료

- 갈봉근, 「제5공화국의 성립과 그 발전과정」, 『한국헌법사(下)』, 한국정신문화연구원, 1991.
- 김경선, 「위장된 구속사유」, 『영장실질심사제도II』, 법원행정처, 1997.
- 김남준, 「노동법-안기부법 날치기의 법리적 검토」, 『인권보고서』(제11집), 대한변호사협회, 1996.
- 민주주의법학연구회, 「국가안전기획부법과 노동관계법 등 날치기통과의 위헌여부에 관한 의견서」, 『헌법해석과 헌법』, 도서출판 관악사, 1997.
- 박원순, 『국가보안법연구1』, 역사비평사, 1989.
- 박규하, 「근대헌법에 있어서의 기본권보장의 유형과 기본권의 제한」, 『한국헌법학의 현황과 과제』, 박영사, 1998.
- 배종대, 「다시 한번 국가보안법을 말한다」, 법과사회이론연구회, 『법과사회』(1991년하반기 통권 제4호), 창작과 비평사, 1991.
- 배종운, 「헌법수호를 위한 헌법재판소의 역할」, 『법과 인간의 존엄』(淸菴 정경식박사 화갑기념논문집), 박영사, 1997.
- 양 건, 「法の支配에 비추어 본 80年代의 법과 現實」, 『인권과정의』(160호), 대한변호사협회, 1989.12.
- 이상영, 「1980年代 立法과 法秩序에 관한 小考」, 『인권과 정의』(160호), 대한변호사협회, 1989.12.
- 이임성, 「현행 헌법 부칙 제5조와 헌법재판소의 위헌심사권에 관련된 의문들」, 『인권과 정의』(150호), 대한변호사협회, 1989.2.
- 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 1998.
- 정재황, 「국회의 날치기통과 등 졸속입법에 대한 통제」, 법과사회이론연구회, 『법과 사회』(1992년 하반기 통권 제6호), 창작과 비평사, 1992.
- 정종섭, 「우리나라 입법과정의 문제상황과 그 대책」, 법과사회이론연구회, 『법과 사회』(1992년 하반기 통권 제6호), 창작과 비평사, 1992.
- 정태욱, 「5·18사건 처리에 대한 법철학적 관점」, 민주주의법학연구회 편 『헌법해석과 헌법실천』, 도서출판 관악사, 1997.
- 조용환, 「국제적 인권보호제도와 이용가능성」, 법과 사회(1992년 상반기 통권 제5호), 법과사회이론연구회, 창작과 비평사, 1992.
- 차용석, 『형사소송법』, 세영사, 1997.
- 최대권, 『헌법학강의』, 박영사, 1998.
- 허 영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 1995.

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 우리나라 정부 보고서에 대한 UN 인권이사회의 최종의견

1999년 11월 1일

유엔문서번호 : CCPR/C/79/Add.114

한국정부 인권보고서에 대한 인권이사회의 최종 견해¹⁾

1. 위원회는 1999년 10월 22일에 열린 1791, 1792차 회의(CCPR/C/SR.1791과 SR.1792 참조)에 한국정부의 2차 정기보고서(CCPR/C/114/Add.1)를 검토하고, 1999년 10월 29일에 열린 1802차 회의(CCPR/C/SR.1802)에서 다음의 최종 견해를 채택했다.

A. 들어가며

2. 위원회는 한국 정부가 제2차 정기 보고서를 정해진 기간 내에 제출한 것을 환영한다. 하지만 당사국의 1차 보고서가 규약의 실제 이행 상황에 대한 충분한 정보를 포함하지 않았다고 견해를 밝혔음에도 불구하고, 2차 보고서 또한 마찬가지로 결함을 갖고 있다는 것에 대해 유감스럽게 생각한다. 더 나아가 보고서 심사 중 위원들이 제기한 여러 질문에 대해 제대로 답변하지 않은 것을 위원회는 유감으로 생각한다. 결과적으로, 위원회는 정부가 규약의 모든 조항들에 잘 따르고 있는지 이행을 제대로 감시할 수 없었다.

B. 규약의 이행에 영향을 미치는 요인과 장애

3. 두개의 한국간에 아직 어떠한 최종적 합의도 없었다는 사실로 인해 한국정부가 갖고 있는 안보에 대한 우려를 위원회는 이해한다. 그러나 안보에 대한 우려를 언급하는 것, 그 자체로 규약에 인정하고 있는 권리들에 대한 제한을 정당화할 수 없다. 그리고 당사국이 진정한 안보의 문제에 직면하게 됐다 하더라도, 권리의 제한은 규약의 요건을 충족시켜야만 한다.

C. 긍정적인 요소

4. 위원회는 민간단체들에게 보고서를 전파한 것을 높이 평가한다. 민간단체들은 위원회가 보고서를 심의하는데 크게 기여했다. 예술작품 상영에 대한 검열을 책임졌던 공연윤리위

1) 편집자주 : 인권이사회는 국내에서 자유권규약위원회라고 부르기도 하는데 이번 67차 회기에서는 한국정부가 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약에 90년도에 가입한 이래 이 규약에 따라 두 번째로 제출한 정기인권보고서가 심사되었고 민변에서는 이번 8월에 반박보고서를 위원회에 제출하고 심사당일인 10월 22일을 전후로 박찬운, 김선수, 한택근 회원이 회의 안팎에서 로비활동을 전개하였다.

원회의 폐지가 보여주듯, 사회의 개방성이 증가하고 있음을 위원회는 주목한다.

5. 위원회는 규약에서 인정하는 권리들, 특히 제2조1항, 제3조, 제26조 하에서 보장하는 평등에 대한 권리의 보호를 강화하기 위해 많은 법들이 제정된 것을 인지한다. 여성발전기본법, 고용평등에 관한 법률 내 개정들, 장애인고용법, 성차별금지 및 구제에 관한 법률, 그리고 가정폭력방지 및 피해자 보호에 관한 법률 등이 바로 그것이다.

6. 위원회는 규약 및 인권 일반에 대한 인식을 높이기 위해 취해진 조치들을 인지한다. 여기에는 판사, 변호사 그리고 검사들에 대한 의무적인 인권교육이 포함된다. 또한 주요 국제인권규약들을 한글로 번역하고 배포한 것에 대해 환영한다.

D. 주요 관심 분야 및 권고

7. 규약에서 규정하는 권리들의 국내법적 지위는 여전히 불명확하다. 이는 특히 대한민국의 헌법이 모든 권리들, 그리고 그 권리들이 제한될 수 있는 정도와 범위를 낱말이 밝히지 않고 있기 때문이다. 헌법의 제6조에 따르면, 당사국이 비준한 국제규약은 국내법과 동등한 효력을 갖는다고 명시하고 있는데, 규약에 가입한 후 제정된 법률이 규약이 인정하는 권리보다 우위에 있음을 내포하는 것으로 이 조항이 해석돼 온 것에 대해 위원회는 우려한다.

8. (한국 정부의) 1차 보고서를 검토한 이후, 위원회는 국가보안법의 존재와 그것이 지속적으로 적용되고 있는 것에 대해 재차 심각한 우려를 표명해왔다. 당사국에 따르면, 국가보안법은 분단상황이 야기하는 법적인 문제를 다루기 위해 사용된다. 그러나 위원회는 국가보안법이 구금, 조사 그리고 실체법상의 책임(substantive liability)에 관한 특별법규를 마련하는데 이용된다는 점을 유감스럽게 생각한다.(역자주 : 일반적인 경우보다 긴 구금일수, 지나치게 높은 형량을 부과하는데 사용되고 있는 점에 대한 유감을 표명하는 부분) 이는 규약의 제9조, 제18조, 그리고 제19조 등 다양한 조항들에 반하는 것이다.

위원회는 정부의 1차 보고서를 검토한 이후 권고한 사항, 즉 당사국이 국가보안법을 단계적으로 폐지해나가야 함을 다시금 권고한다.

9. 위원회는 국가보안법 제7조 하에서 “반국가단체”를 고무하는 것으로 간주되는 행위의 범위가 불합리하게 광범위하다고 생각한다. 선택의정서에 따라 개인적 통보로서 위원회에 보내진 사례들과 제7조 하에서 기소된 내용에 대한 정보들을 검토해본 결과, 표현의 자유에 대한 제약이 규약의 제19조 세 번째 문장의 요건을 충족시키지 못하고 있음이 분명하다. 왜냐하면 그것들은 국가안보를 위해 필요한 정도를 넘어서기 때문이다. 규약은 단지 사상의 표현이 적성단체(enemy entity)의 주장과 일치하거나 그 실체에 대해 동조하는 것으로 보여진다는 이유만으로, 사상의 자유를 제약하는 것을 허용하지 않는다. 위원회는 검찰의 내부 지침(역자주 : 국보법을 엄격하게 해석 적용하라는 행정지침)이 규약과 합치하지 않는 국보법 제7조의 남용을 억제하는 적절한 방법이 아님을 강조하고자 한다.

당사국은 규약에 부합하도록 제7조를 긴급히 개정해야 한다.

10. 위원회는 여성에 대한 차별적인 태도를 장려하고 강화시키는 법률과 관행에 대해 심히 우려한다. 특히, 호주제는 여성을 종속적인 역할로 위치 짓는 가부장적 사회를 반영하면서 동시에 강화시킨다. 태아성감별 관행, 둘째와 셋째로 태어나는 아동 중에 남아의 불균형한

비율, 위험한 낙태가 명백히 초래한 높은 모성사망률이 심각하게 우려된다. 위원회는 남녀가 이 규약에 명시된 모든 권리들을 동등하게 향유할 권리와 법의 동등한 보호를 보장할 국가의 의무-규약 제3조와 제26조-를 이행하지 못한 정부의 실패가 전반적인 사회적 태도로 인해 정당화될 수 없다는 점을 강조한다.

11. 가정폭력 방지와 처벌에 대한 당사국의 새로운 입법을 환영하는 반면에, 높은 수준의 가정폭력과 법과 관행에 여전히 남아있는 부적절함에 대한 우려는 남아있다. 특히, 위원회는 강간 범죄가 여성의 저항을 증거로 요한다는 점, 강간 피해자와의 결혼이 피고인의 변호 사유가 된다는 점, 혼인상의 강간은 형사상의 범죄를 구성하지 않는 것처럼 보인다는 점을 우려한다.

가정폭력 방지와 처벌을 규정한 새입법은 여성을 폭력으로부터 보호하는 것을 약화시키는 기존의 법규범을 폐지함으로써 강화되어야 한다.

12. 위원회는 고용에 있어 여성에 대한 차별의 정도, 소규모 사업장에 고용된 많은 수의 여성들에 대한 적절한 보호의 미흡 그리고 남녀사이의 임금 격차를 우려한다.

본 규약의 제3조와 제26조에 대한 준수를 보장하기 위하여, 당사국은 1999년 1월에 제정된 성차별 방지 및 구제에 관한 법률의 효과적인 이행을 도모해야 한다. 그리고 여성에게 동등한 고용의 기회와 고용조건을 보장하기 위한 적극적인 조치를 취해야 한다.

13. 오로지 피구금자가 요구하는 경우에만 구금의 사법부의 심사를 받도록 하는 형사절차법은 규약 제9조3항에 반한다. 규약의 제9조 제3항은 형사기소(criminal charge)로 구금된 모든 사람은 판사 혹은 법에 의해 사법권을 행사하도록 돼 있는 다른 관리의 심사를 받을 수 있어야 한다고 명시한다. 과도한 기소전 구속(일반적인 사건의 경우 30일, 국가보안법 관련 사건은 50일)과, 그러한 구금의 정당한 근거 부족은 한국정부의 규약 제9조 이행에 의문을 제기한다.

당사국은 규약 제9조가 정하는 피구금자의 모든 권리를 존중할 수 있도록 해당 법률을 개정해야 한다.

14. 위원회는 검사가 구금 시설을 매달 감독하는 절차에 주목한다. 하지만 이를 비롯하여 여타의 체계들이 고문과 잔인하고 비인도적인 처우를 방지하기에 충분치 않다는 점을 우려한다. 고문과 잔인하고 비인도적인 처우와 관련된 고소에서 적은 비율만이 공무원에 대한 조치로 이어졌다는 것은 기존의 수사 절차의 신뢰성을 의심케 한다. 위원회는 또한 본 규약 제9조의 요건을 당사국이 준수하지 않는다는 점을 우려한다. 표면상 검찰 당국과 법원이 피고인과 공범의 자백에 광범위하게 의존한다는 것은 수사 공무원에 의한 고문과 잔인하고 비인도적인 처우를 부추긴다는 사실을 우려한다.

고문의 혐의를 조사하는 독립적인 기구의 설치와 위 13번째 문장(편집자주 : 원문에는 15로 되어 있음)에 언급된 형사절차의 개정은 지연되어서는 안된다.

15. 위원회는 '사상전향제'를 폐지한 것을 환영하지만 그것이 '준법서약제'로 대체된 것에 대해 유감으로 생각한다. 위원회에 제공된 정보에 따르면, 어떤 재소자가 준법서약을 하도록 요구받고 있는지, 무엇이 서약의 결과이고 법적 효력인지가 불분명한 채로 남아있다. 위원회

는 (준법)서약 요구가 차별적으로, 특히 국가보안법 위반 사범들에게만 적용되고 있으며, 이는 사실상 규약에 합치되지 않는 법을 따르겠다는 서약을 사람들에게 요구하는 것이라는 점에 대해 우려한다.

일부 재소자들에게 석방의 조건으로 부과되는 '준법서약제'는 폐지되어야 한다.

16. 정부 보고서에서 제공된 정보의 신빙성과 보고서 검토과정에서 보여준 대표자들의 응답을 볼 때, 사법부의 독립 정도를 충분히 판단할 수 없음을 위원회는 유감스럽게 여긴다. 사법부의 독립성에 심각한 문제를 제기하는 판사 재임용 제도에 대해 특히 우려한다.

한국정부는 법관임명의 제도와 실제 운영에 대한 구체적 내용을 제공해야 한다.

17. 광범위한 도청은 당사국이 이 규약의 제17조를 준수하고 있는지에 대한 심각한 의문을 낳게 한다. 위원회는 또한 데이터베이스 상의 부정확한 정보의 시정을 위한 구체적 혹은 그러한 정보의 오용 또는 남용에 대한 적절한 구제책이 존재하지 않는다는 점을 우려한다.

18. 수도 내의 주요 도로에서의 모든 집회를 금지하는 것은 너무 광범위한 것으로 보인다. 공공질서의 이익을 위한 주요 도로에서의 일부 제한은 허용할 수 있지만, 이 규약 제21조는 그러한 모든 제한은 법에 합치할 뿐 아니라 민주사회에서 꼭 필요하다고 인정될 경우에만 한한다. 당사국에 의해 부과된, 주요 도로에서 집회를 가질 권리의 절대적 제한은 이러한 기준을 충족시키지 못한다.

19. 위원회는 교사들의 노동조합 결성을 허가하고 공무원들이 작업장 협회를 결성하는 것을 허용하도록 한 법의 변화를 주목한다. 그럼에도 불구하고, 위원회는 교사와 기타 공무원의 결사의 자유에 관해 남아있는 제약들이 이 규약의 제22조 제2항을 충족시키지 않는다는 점을 우려한다.

당사국은 대한민국 내 모든 사람들이 이 규약 제22조 하의 권리들을 향유할 수 있도록 보장할 목적을 가지고, 공무원의 단결권에 관한 입법 계획을 지속해 나가야 한다.

20. 위원회는 당사국이 제23조 제4항과 제14조 제7항의 유보철회를 환영한다. 위원회는 아직도 남아있는 유보사항인 규약 제14조 제5항과 제22조에 대하여 그 철회를 검토할 것을 강력히 권고한다.

21. 선택 의정서에 의거하여 제출된 통보에 대한 위원회의 견해와 관련하여, 위원회는 한국정부가 통보제출자에게 추가적인 이의나 금전 배상을 위한 소송과 같은 국내소송절차를 통해 위원회의 구제권고를 실현하라고 하는 것은 적절치 않음을 지적한다.

이미 그 문제에 관하여 의견을 낸 국내법원으로 사건을 보내는 것보다는, 한국정부는 위원회의 의견을 실현하기 위해 즉각적으로 절차를 밟아야 한다.

22. 위원회는 공무원에게 인권교육을 제공하는 노력을 계속할 것을 당사국에 요청한다. 위원회는 한국정부에게 공무원 뿐만 아니라 사회공공단체의 직원이나 의료관계 종사자들을 포함한 인권관계 전문가들에게도 의무적으로 인권교육을 시행할 것을 권고한다.

23. 위원회는 당사국인 한국 정부가 2003년 10월 31일까지 3차 정기 보고서를 제출할 것을 요구한다. 그 보고서는 위원회에 의해 채택된 개정 지침(CCPR/C/66 /GUI)에 따라 준비

되어야 하며 이번 최종 견해에서 제기된 문제들에 특별한 관심을 기울여야 한다. 위원회는 이번 최종 견해와 다음 정기 보고서가 대한민국 내에서 널리 배포되어야 함을 촉구한다.

국제인권규약과 실정법의 갈등사례

<유엔 개인통보제도>

2004. 4. 인권과

I. 개인통보제도 개요

□ 개념

- 개인통보제도는 국제인권규약상의 권리 침해를 주장하는 진정인이 국내 권리구제절차를 모두 거쳤음에도 그 구제를 받지 못한 경우에 유엔 해당위원회에 진정(통보 : communication)을 하고, 유엔 해당 위원회는 당사자의 주장을 심사하여 해당 국가의 국제인권규약 위반 여부를 결정하고, 당사국에게 배상 및 재발방지 등 적절한 조치를 취하도록 권고하는 제도임

□ 개인통보제도 관련 국제인권규약

- 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제1선택의정서
(우리 정부는 1990. 4. 10. 가입)
- 인종차별철폐협약 제14조(우리 정부는 1979년 수락)
- 고문방지협약 제22조(우리 정부는 현재까지 유보)
- 여성차별철폐협약 선택의정서(우리 정부는 미가입)
- 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서(A규약)
(현재 유엔에서 협약 성안 논의 중)

II. 인권이사회 최종견해 통보현황

1. 인용된 사례

□ 손종규 사건

- 진정인 : 손종규(금호 노조위원장, 대리인 : 조용환 변호사)
 - 진정 요지
 - (주)금호 노조위원장인 진정인이 '연대를 위한 대기업 노동조합회의' 충청·호남 지역 대표로 활동하면서, 1991. 2.경 파업 중이던 대우조선 노조원들에게 위 연대회의 명의의 공동투쟁선언 성명서를 배포한 사실로, 노동쟁의조정법(제3차 개입금지)위반으로 구속·기소되어 징역 1년 6월, 집행유예 3년 선고
 - B규약 제19조 제2항 표현의 자유 침해라고 주장
 - 인권이사회 최종견해(1995. 8. 3.)
 - B규약 제19조 제2항(표현의 자유) 위반사실 인정
 - 적절한 보상을 포함한 효과적인 구제조치, 노동쟁의조정법 제13조 제2항(제3차 개입금지조항)의 개정 검토, 유사사례 재발방지
 - 정부 조치사항
 - 법무부 답변자료(진정인에 대한 보상은 재심에 의하여 무죄판결을 받지 않는 한 불가능하며, 노동쟁의조정법의 개정은 노동부 주관사항임) 외교통상부 송부
 - 인권이사회 최종견해 번역·공표
 - 외교통상부에서 관계부처 회의 개최, 유엔 인권이사회에 정부 답변자료 미제출
- ※ 진정인이 인권이사회 최종견해를 근거로 국가배상을 청구하였으나, 대법원에서 패소 확정됨.

□ 김근태 사건

- 진정인 : 김근태(전민련 집행위원장, 대리인 : 조용환 변호사)
- 진정 요지
 - 진정인이 "전국민족민주운동연합 결성대회"라는 제하의 대한민국 정부와 동맹국을 비판하고 통일을 주장하는 내용의 이적표현물을 제작하여, 이를 1989. 1. 21. 연세대 강당에서 개최된 전민련 출범식에서 참석자 4000명에게 배포한 사실로, 국가보안법위반(제7조 찬양·고무 등)으로 징역 2년 선고
 - B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종견해(1998. 11. 3.)
 - B규약 제19조(표현의 자유) 위반사실 인정
 - 효과적인 구제조치, 인권이사회 최종견해 번역·공표
- 정부 조치사항
 - 법무부 답변자료(재심에 의하여 무죄판결을 받은 경우 형사보상을 할 수 있고, 국가배상법에 따른 국가배상을 받을 수 있음을 소개, 국가보안법의 엄격 적용으로 재발방지 노력) 외교통상부 송부
 - 인권이사회 최종견해 번역·공표
 - 외교통상부는 유엔 인권이사회에 정부 답변자료 미제출

□ 박태훈 사건

- 진정인 : 박태훈(재미한국청년연합 회원, 대리인 : 조용환 변호사)
- 진정요지
 - 1985. 9. 초순경 진정인이 미국 시카고에서 이적단체인 재미한국청년연합(한청련)에 가입하고, 1988. 8. 12. 뉴욕 소재 명불상 교회에서 개최된 한청련 주관 '8.15. 남북 청년학생회담 성공 및 조국의 평화와 통일을 위한 해외동포대회'에 참석하여 '미국이 남한의 군사독재정권을 앞세워 남한사회를 지배하고 있다'는 등 발표 내용에 동감을 표시하는 등 북한 주장에 동조한 사실로, 국가보안법위반(제7조 제3항 이적단체가입)으로 징역 1년, 집행유예 2년 선고
 - B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종견해(1998. 10. 20.)
 - B규약 제19조(표현의 자유) 위반사실 인정
 - 손해배상 등 효과적인 구제조치, 유사사례 재발방지, 인권이사회 최종견해 번역·공표
- 정부 조치사항
 - 법무부 답변자료(형사보상제도 및 국가배상제도 설명, 박태훈은 복권되어 공민권이 회복되었음, 국가보안법의 엄격 적용으로 재발방지, 인권이사회 최종견해 번역문 언론에 배포) 외교통상부 송부
 - 외교통상부에서 법무부 답변자료 유엔 인권이사회 제출

□ 강용주 사건

- 진정인 : 강용주(대리인 : 조용환 변호사)
- 진정 요지

- 1984. 11. 진정인이 간첩에 포섭되어 전남대 삼민투 등 지하지도부 요원으로 침투하여 불순시위를 주도한 혐의로 1986년 무기징역형을 선고받고 복역중 1999. 2. 25. 형집행정지 석방
- 안기부에서 불법감금 고문을 당하고, 사상전향 거부로 독방 수용 등 불이익을 받음
- B규약 제10조(인간의 존엄성), 제18조(양심의 자유), 제19조(표현의 자유) 등 침해라고 주장
- 인권이사회 최종건해(2003. 7. 16.)
 - 사상전향제도 및 준법서약제도는 정치적 견해를 이유로 표현과 신념의 자유를 제한하는 조치라며, B규약 제18조 제1항(사상, 양심의 자유), 제19조 제1항(의사표현의 자유) 위반사실 인정
 - 정치적 견해를 이유로 13년간 진정인을 독방에 구금하였다는 이유로 B규약 제10조 제1항(인간의 존엄성 존중), 제3항(교정과 사회적 재할도모) 위반사실 인정
 - 손해배상, 유사사례 재발방지, 인권이사회 최종건해 번역·공표
- 정부 조치사항
 - 법무부 답변자료(손해배상은 국가배상 등 절차에 따라 결정, 사상전향제도와 독거수용은 관련이 없음, 2003. 7. 30. 준법서약제도를 폐지, 인권이사회 최종건해 번역 공표) 외교통상부 송부
 - 외교통상부에서 법무부 답변자료 유엔 인권이사회 제출

□ 신학철 사건

- 진정인 : 신학철(대리인 : 조용환 변호사)
- 진정 요지
 - 1986. 7.경부터 1987. 8.경까지 진정인이 가로 130센티미터, 세로 160센티미터 크기의 캔버스에 유화로 “모내기”라는 제목의, ‘그림 하반기는 모내기를 하는 농부가 황소를 이용하여 씨래질을 하면서 양담배, 코카콜라, 람보, 레이건 당시 미국 대통령, 나카소네 일본 수상, 전두환 당시 대통령, 탱크, 핵무기, 지주 및 매판자본가 등을 짓밟으면서 남해 바다 속으로 쓸어버리고, 그림 상반부는 천도복숭아, 비둘기 두 마리, 백두산, 초가집, 호수, 오곡풍년을 경축하며 각종 음식을 차려놓고 춤추는 농민들, 포충망을 들고 행복하게 뛰노는 어린이들’ 내용의 그림을 제작한 사실로, 1999. 8. 국가보안법위반으로 선고유예 및 몰수 판결을 받고 그림 압수
 - B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종건해(2004. 3. 31.)
 - B규약 제19조 제2항(표현의 자유) 위반사실 인정
 - 유죄판결에 대한 보상, 유죄판결의 무효화, 소송비용 등을 포함한 효과적인 구제

- 조치, 작품의 원상회복 및 반환을 권고
- 정부 조치사항
 - 인권이사회 최종건해 번역·공표, 검찰 3과·송무과 의견조회 거쳐 우리 부 답변자료(조치사항) 외교통상부 송부 예정

2. 기각된 사례

□ Mohammed Ajaz, Amir Jamil 사건

- 진정인 : Mohammed Ajaz, Amir Jamil(파키스탄인)
- 진정 요지
 - 진정인들은 1992. 3. 24. 성남시에서 반대파 조직폭력원인 파키스탄인 2명을 살해한 혐의로 구속 기소되어 사형 선고를 받음.
 - 증인인 동료 파키스탄인이 경찰에서 야구방망이로 폭행을 당하고 전기고문을 당하여 진정인들에게 불리한 허위진술을 하였음.
 - B규약 제6조 생명권, 제7조 고문금지, 제9조 형사절차상 신체의 자유, 제10조 피구금자의 권리, 제14조 재판을 받을 권리 등 침해라고 주장
- 인권이사회 최종건해(1999. 7. 30.)
 - 구체적 사건에 대한 사실관계 및 증거판단은 인권이사회의 권한이 아니라 당사국 법원의 권한에 속하며, 한국 법원의 판단이 자의적이거나 사법거부라고 볼 만한 사항을 발견하지 못함.

□ 남기정 사건

- 진정인 : 남기정(희경여자중학교 국어교사)
- 진정 요지
 - 정부가 교과서를 검증하고, 검증된 교과서 이외의 것은 사용하지 못하도록 하는 것은 B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 인권이사회 최종건해(2003. 7. 28.)
 - 본 진정은 규약 제19조의 범위를 벗어나는 것으로서, 선택의정서 제3조에 따라 허용될 수 없음.

3. 심사 진행중인 사건

□ 김종철 사건

- 진정인 : 김종철(한겨레21 기자, 대리인 : 조용환 변호사 등 3인)
- 진정 요지
 - 시사주간지 한겨레21 기자인 진정인이 제15대 대통령선거와 관련, 선거기간 중 여론조사결과를 보도한 혐의로 공직선거및선거부정방지법위반(제108조 제1항 여론조사결과외의 공표금지)으로 기소되어 1999. 8. 20. 대법원에서 벌금 100만원의 형이 확정
 - B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장
- 정부답변(2002. 1. 30.)

- 선거일이 임박한 선거기간 중에 불공정 또는 부정확한 여론조사결과 공표로 국민의 진의를 왜곡하고 선거의 공정성을 해칠 가능성이 높으므로 기본권의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위내에서 법률상 여론조사결과 공표를 제한하는 것은 B규약 제19조(표현의 자유) 위반이 아님, 헌법재판소도 합헌 결정

□ 이정은 사건

- 진정인 : 이정은(제9기 한총련 대의원)
- 진정 요지
 - 2001. 3. 진정인이 제9기 한총련 대의원으로 선출되어 이적단체인 한총련에 가입하고, 등록금 인상 반대를 이유로 총장실 점거·농성하였다라는 이유로 국가보안법(제7조 제1항, 제3항, 이적단체 가입) 및 폭력행위등처벌에관한법률 위반으로 기소되어 징역 1년 선고
 - 한총련 가입만을 이유로 국가보안법 적용 처벌하는 것은 B규약상의 표현의 자유, 양심의 자유 및 결사의 자유 침해라고 주장
- 정부답변(2003. 1. 27.)
 - 국가보안법은 국가안보 및 자유민주적 기본질서를 유지하기 위한 것으로서, 규약의 정신에 위배되지 아니함.
 - 한총련은 국가안보 또는 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하고 북한의 노선에 동조하는 단체이며, 법원의 적법절차에 따른 재판의 결과로 처벌받은 것이므로 규약 위반이라고 볼 수 없음.

III. 국가인권위원회의 권고(2003. 12. 15.)

- 국가인권위원회는 우리 부와 국무총리실, 외교통상부에 개인통보제도에 따른 국내 구제 절차마련을 위한 특별법 제정을 권고
 - 유엔 해당위원회의 결정이 있을 경우에, 이를 바로 국내적으로 수용할 수 있도록 국가배상법을 포괄하는 특별법 제정을 권고
 - 유엔의 개인통보제도 결정(최종견해)을 관보에 게재할 것을 권고
- 여성차별철폐협약 선택의정서(개인통보제도)에 가입할 것을 권고
- 고문방지협약 제21조 국가통보제도 및 제22조 개인통보제도에 대한 유보를 철회하고 명시적인 수락선언을 할 것을 권고

<신학철 사건에 대한 UN 인권이사회 최종견해>

진정사건 : 2000제926호

진정인 : 신학철(대리인 조용환 변호사)
 피해자 : 진정인
 당사국 : 대한민국
 진정일자 : 2000. 4. 25.(최초제기일)

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(이하 규약이라 함) 제28조에 의거해 설립된 인권이사회(이하 이사회라 함)는 2004. 3. 16. 회의에서 동 규약 선택의정서에 의해 신학철이 제기한 진정에 대한 심리를 종결하고 진정인과 당사국에 의해 제출된 모든 자료를 고려하여 다음과 같은 견해를 채택하였다.

선택의정서 제5조 제4항에 의거한 견해

1.1 진정인 신학철은 1943. 12. 12.생인 대한민국 국민이다. 그는 대한민국이 규약 제19조 제2항을 위반하여 자신에게 피해를 주었다고 주장하며, 변호사의 대리를 받고 있다.

1.2 2000. 5. 8. 인권이사회는 새로운 진정사건에 대해 이사회 절차규정 제86조에 의거해 당사국에 대하여, 본 사건의 심리가 계속 중인 동안은 진정인이 그 제작으로 인해 기소된 이 사건 그림을 파괴하지 말도록 요청했다.

진정인의 주장사실

2.1 직업화가인 진정인은 1986. 7.부터 1987. 8. 10.까지 가로130cm, 세로160cm 크기의 캔버스에 유화를 그렸다. '모내기'라는 제목의 위 그림은 대법원 판결에서 묘사된 바에 따르면 다음과 같다.

그림의 상단 우측에 백두산을, 하단에 파도가 이는 남해 바다를 그리는 등 전체적으로 보아 한반도를 묘사하고 있고 상반부와 하반부로 나누어 각각 다른 광경을 그리고 있는 바, 그림 하반부는 모내기를 하는 농부가 황소를 이용하여 썩래질을 하면서 소위 미·일 제국주의 등 외세를 상징하는 이.티(E.T), 람보, 양담배, 코카콜라, 매트헨터, 일본 사무라이, 일본 기생, 레이건 당시 미국대통령, 나카소네 일본수상, 군사파쇼 정권을 상징하는 전두환 당시 대통령, 미군을 상징하는 탱크, 핵무기 등은 물론 지주 및 매관 자본주의 계급을 상징하는 사람들을 황소가 짓밟으면서 남해 바다 속으로 쓸어버리고 삼으로 분단을 상징하는 38선의 철조망을 걷어내는 형상을 묘사하고 있고, 그림 상반부는 상단에 잎이 무성한 나무숲에 천도복숭아가 그려져 있고 그

림 좌측상단에 두 마리 비둘기가 다정하게 깃들어 있는 모습이 그려져 있으며 그 나무숲 우측 아래에 북한에서 '혁명의 생산'으로 일컬어지는 백두산이 그려져 있으며 그 바로 밑 좌측 부분에는 꽃이 만발한 곳에 초가집과 호수가 그려져 있으며 그 아래 부분에 농민들이 무르익은 오곡과 풍년을 경축하며 각종 음식을 차려놓고 둘러앉거나 서서 춤을 추며 놓고 주변에는 어린이들이 포충망을 들고 행복하게 뛰어 노는 장면이 그려져 있다.

진정인은 당시 그림이 완성되자마자 다양한 형태로 제작되어 배포되고, 널리 알려졌다고 진술한다.

2.2 1989. 8. 17. 진정인은 영장이 발부되어 경찰청 보안국에 의해 체포되었다. 그림은 압수되었고, 진정인은 검찰의 부주의한 관리로 그림의 가치에 손해가 생겼다고 주장한다. 1989. 9. 29. 진정인은 그림이 이적표현물이라는 점에서 국가보안법 제7조 위반으로 기소되었다. 1992. 11. 12. 서울형사지법의 단독판사는 진정인에게 무죄를 선고했다. 1994. 11. 16. 서울지법 형사5부는, 국가보안법 제7조는 국가의 존립이나 자유민주주의 기본질서를 명백히 위태롭게 할 정도의 행위에만 적용된다는 이유로 검찰의 항소를 기각했다. 그러나, 1999. 3. 13. 대법원은, 원심이 그림을 이적표현물로 보지 않은 것은 잘못이라고 하며 검찰의 상고를 받아들였다. 대법원은 "문제의 표현이 적극적이고 공격적으로 국가안전과 자유민주주의 기본질서를 위협할 때 국가보안법 제7조 위반"이라고 해석했다. 사건은 서울지법 본원 합의부로 환송되었다.

2.3 환송 후 원심에서, 진정인은 대법원의 국가보안법 제7조의 광범위한 해석이, 국가보안법 제7조를 상대적으로 좁게 해석하는 것이 헌법에 합치한다는 헌법재판소의 확인에 비추어 볼 때 헌법에 위반되지 않는지 헌법재판소에 문의해야 한다고 주장했다. 1999. 4. 29. 헌법재판소는 같은 문제에 대한 제3자의 헌법소원 사건에서, 이미 문제의 조문이 합헌이라고 결정하였으므로 조문의 적용범위의 판단은 대법원의 해석에 맡긴다는 이유로 이를 기각했다. 결국 서울지법은 진정인의 신청을 기각했다.

2.4 1999. 8. 13. 진정인은 유죄판결의 선고유예 및 그림의 몰수선고를 받았다. 1999. 11. 26. 대법원은, 환송 후 원심이 단순히 대법원의 환송 전 원심 견해의 배척이라는 결론을 따르고 있다는 이유로 정당하다고 하여 진정인의 상고를 기각하였다. 진정인에 대한 절차의 종결로, 그림은 압수에 이어 파기될 상태에 있었다.

진정인의 주장

3.1 진정인은 유죄판결 및 그림을 잘못 다루어서 입은 손해는 규약 제19조 제2항에서 보호하는 표현의 자유 침해라고 주장한다. 처음부터 그는 그림이 어린 시절 자신의 전원생활 경험에 기반해 조국의 평화통일과 민주화의 꿈을 묘사한 것이라고 한다. 그는 이 사건 그림이 부패한 남쪽 군사정권에 대한 반대, 평화로운 전통적 농경사회인 북 체제로의 구조적 변화의 소망과 대한민국의 공산화의 선동을 나타낸다는 검찰의 논고가 논리적인 이해력의 수준을 넘는 것이라고 주장한다.

3.2 진정인은 자신이 기소된 국가보안법은 '국민의 소리'를 제한하는 것을 직접 목적으로

한다고 주장한다. 그는 이러한 논조로 규약 제40조에 의거한 당사국의 최초 및 2차 보고서에 대한 이사회의 최종의견, 선택의정서에 따른 진정사건에 대한 이사회의 견해들, 의사표현의 자유에 대한 인권위원회 특별보고관의 권고들을 상기시킨다.

3.3 진정인은 검사가 그의 기소를 뒷받침하기 위해 대법원에서 그 증거가치를 높이 인정 받은 전문성 있는 증인을 불렀다는 점을 주목했다. 이 증인은 이 사건 그림이 사회주의 리얼리즘 이론에 따른 것이라고 주장했다. 그의 견해에 따르면, 이 그림은 대한민국의 미·일과의 관계 때문에 대한민국을 전복시키려 하는 농부들에 의한 "계급 투쟁"을 묘사한 것이라고 한다. 위 증인은, 그림에 나타난 산이 북한에 의한 혁명을, 초가지붕은 북한의 전 지도자 김일성의 생각을 각 상징한다고 한다. 따라서 위 증인에 의하면 진정인은 대한민국의 전복 및 북한의 사상에 따라 사는 "행복한 삶"으로의 대체를 선동하고 있다는 것이다.

3.4 대법원은, 이 사건 그림에 대해 진정인의 말처럼 "통일에 대한 열망 속에서 유토피아에 대한 개인적인 관념에 따른 상상을 묘사한 것일 뿐"이라고 한 하급심의 판단과 위 증인의 증언에 대한 하급심의 평가를 아무런 설명 없이 배척하고, 위 증인의 견해를 증거로 채택했다. 환송심에서 같은 증인이 다시 증언을 했다. 그는 이 그림이 사회주의 리얼리즘에 꼭 들어맞지는 않지만, 북한에서의 행복한 삶을 그리고 있으므로 북한 사람들이 이를 보면 기뻐할 것이고, 따라서 이 그림은 국가보안법의 적용범위에 드는 것이라고 주장했다. 반대신문에서 위 증인은 전직 북한 스파이이자 전직 미술교사로서 미술에 대한 그 이상의 아무런 전문식견이 없고, 경찰청의 대공전략연구기관에 고용되어 국가안보 사건에서 경찰 조사를 도와주는 임무를 띤 사람이었음이 드러났다.

3.5 진정인에 따르면, 환송 후 원심에서 그의 변호사는 1994년 진정인의 1심 재판 당시 이 사건 그림의 복사본이 국립현대미술관의 "민중예술 15년"이라는 제목의 전시회에서 전시되었을 때 그 미술기법이 긍정적으로 논평되었다는 점을 지적했다고 한다. 또 변호인은 국제적으로 저명한 미술평론가를 전문가증인으로 불렀는데 그는 검사가 신청한 위 증인의 주장을 반박했다. 덧붙여, 변호사는 국가보안법 제7조를 좁게 해석할 것을 주장하며 국가보안법에 비판적인 인권이사회의 견해들(Views)과 최종의견들(Concluding Observations), 특별보고관의 권고들을 제출하였다. 그림에도 불구하고, 대법원은 그의 유죄는 국가보안법 하에서 필요적이며 정당하다고 결론지었다.

3.6 진정인은 대법원의 유죄 선고가 표현의 자유 제한을 정당화하기 위해 규약 제19조 제2항에서 요구되는 대로 국가안전보장 목적에 필수적이라는 점을 설명하지 못했다고 주장한다. 대법원은 그림에 대해 판단에 있어, 헌법재판소에서 이미 밝힌 객관적인 기준에 따르는 대신 "적극적이고 공격적"이라는 주관적이고 감정적인 기준을 적용하고 있다. 대법원 재판부는 진정인의 북한이나 국가안보 문제에 대한 연관을 제시하지 않고, 그림을 보는 경우 따르는 효과에 대한 단순한 개인적인 감정을 표현하고 있다. 이러한 조치는 무죄에 대한 입증책임을 피고인이 스스로 부담하게 하는 것이다.

3.7 구제조치로서, 진정인은 (국가에 대하여) ① 그의 유죄판결과 부주의한 취급으로 인한 그림의 피해가 표현의 자유 침해라는 선언 ② 그림의 현상 그대로의 무조건, 즉각적인 반환 ③ 국가보안법 제7조 폐지 혹은 적용유보를 통해 당사국이 앞으로 권리를 침해하지 않

는다는 보장 ④ 관할 법원의 그의 유죄 판결에 대한 재심 ⑤충분한 보상 제공 ⑥ 관보에 인권이사회에 견해 게재 및 사법부 공람을 위한 대법원에의 당 견해 송부를 구한다.

3.8 진정인은 본 사안이 조사나 해결을 위해 다른 국제 절차에 제출된 바 없다고 진술한다.

심사허용성 및 본안에 대한 당사국의 주장

4.1 2001. 12. 21. 구두 통고로 당사국은 진정이 심사 요건을 갖추고 있지 않고 실제적 요건도 갖추지 못하였다고 주장했다. 심사허용성과 관련하여 당사국은 진정인 사건의 사법절차가 규약에 부합되므로 본 사건은 심사가 허용될 수 없다고 주장한다.

4.2 본안과 관련하여, 당사국은 표현의 자유는 표현이 법을 위반하지 않는 한도에서 보장 받는 것이고, 규약 제19조 자체에서 권리의 일정한 제한을 인정하고 있다고 주장한다. 그림은 적법하게 압수되었으므로 재심이나 보상의 근거가 없다. 게다가, 인권이사회 견해에 따른 재심은 국내법에서 가능하지 않고 그러한 법 개정도 현재 실행할 수 없다. 표현의 자유 침해의 주장에 대해서는 개별 사건의 본안에서 고려되고 있다. 결국, 국가보안법 개정이 논의되고 있다 하더라도 당사국은 국가보안법 제7조의 적용유보나 폐지를 약속할 수 없다.

진정인의 진술

5.1 진정인은 2003. 8. 3. 당사국이 규약 제19조와 관련 그의 유죄를 정당화할 실제적인 근거를 제시하지 않았으므로, 그는 당사국 주장에 대해 더 언급할 것이 없다고 했다.

논점과 이사회에 심리

심사요건의 판단

6.1 진정에 포함된 주장을 판단하기 전에, 인권이사회는 우선 절차규정 제87조에 따라 진정이 선택의정서 하에서 심사 요건을 충족하는지 결정해야 한다.

6.2 이사회는 동 사안이 규약 선택의정서 제5조 제2항의 목적으로 다른 국제적 조사나 해결절차에서 심사되지 않고 있음을 확인했다. 국내적 구제수단의 완료에 대해 이사회는, 진정인이 거치지 않았거나 더 좇아야 하는 국내적 구제수단이 있다고 당사국이 주장하지 않았음을 주목한다. 당사국이 심사요건과 관련하여, 국내 소송절차가 규약에 부합한다는 포괄적인 주장만 하고 있는데 이사회는 이에 대해 본안 단계에서 심사하는 것이 더 적당하다고 생각한다.

본안 판단

7.1 인권이사회는 선택의정서 제5조 제1항에 의거, 양 당사자가 제출한 모든 자료에 입각하여 본 건 진정을 검토하였다.

7.2 이사회는 진정인의 그림이 규약 제19조 제2항이 보호하는 표현의 자유 범위 내에 든다고 본다. 이사회는 이 조항이 특히 예술의 형태로 전달되는 사상에 관해 설명하고 있음을 상기한다. 그림의 몰수와 유죄의 선고를 통한 진정인의 표현의 자유 침해가 국내법 적용의 결과라 해도 이사회는 당사국은 본 조치의 필요성을 규약 제19조 제3항에 열거된 목적 중 하나로 설명해야 한다. 결과적으로 그 권리의 제한은 규약 제19조 제3항에 의거해 법률에 의하여, 타인의 권리나 신용, 국가안보, 공공질서의 존중, 공중보건, 도덕을 위해 꼭 필요한 경우에 정당화된다.

7.3 이사회는 당사국의 의견개진은 당사국의 조치가 이 목적 중 어느 것에 해당하는지를 밝히고 있지 않음을 주목한다. 그 목적을 위한 필요성을 밝히고 있지 않음은 물론이다. 당사국의 대법원은 국가안보를 피고인의 그림 몰수와 피고인에 대한 유죄판결의 근거로 밝히고 있기는 하다. 그러나, 당사국은 특정된 방법으로 이 사건 그림이 위에 열거된 목적에 미치는 위협의 정확한 성질 및 그림의 몰수와 진정인에 대한 유죄판결이 필수적인 이유를 설명해야 한다. 그러한 정당화 근거 없이는 규약 제19조 제2항 위반이 될 것이다. 본 사건에서 그림의 몰수와 진정인에 대한 유죄 조치가 위에 열거된 조치를 위해 왜 필수적인가에 대한 개별적인 정당화 없이는 이사회는 위 조치들은 진정인에 대한 표현의 자유 침해라고 본다.

8. 인권이사회는 규약 선택의정서 제5조 제4항에 의하여, 본건의 사실관계가 규약 제19조 제2항 위반이라고 본다.

9. 규약 제2조 제3항에 의거하여, 당사국은 진정인에게 유죄판결에 대한 보상, 유죄판결의 무효화, 법정 비용 등 효과적인 구제조치를 취할 의무가 있다. 덧붙여, 당사국은 진정인의 그림을 통한 표현의 자유의 제한에 대한 정당한 근거를 제시하지 않았으므로, 그림을 원상복구하여 그에 따른 추가비용을 부담하며 진정인에게 반환하여야 한다. 당사국은 향후 유사한 침해가 발생하지 않도록 할 의무가 있다.

10. 선택의정서의 당사국이 됨으로써 당사국은 이사회에 조약 위반이 있었는지 여부에 대해 결정할 권한을 인정하였고, B규약 제2조에 따라 당사국은 영토 안에 있거나 재판권이 미치는 모든 개인에게 규약에 인정된 권리들을 보장할 의무를 띠게 되었음을 명심하고, 이사회는 90일 이내에 본 견해를 실효성 있게 하기 위해 취해진 조치에 대한 정보를 받고자 한다. 또한 당사국이 이사회에 최종 견해를 공표하기 바란다.

<발표 4>

아시아의 국가보안법¹⁾ - 국가안보와 민중안보

빅토르 카루난 Victor P. Karunan
(박사)

1. 서문

‘국가안보’라는 개념은 최근의 정치적 권리 및 인권에 대한 논의 중 가장 쟁점이 되고 있는 개념들 중의 하나이다. 기본적으로 이 논쟁은 지속가능한 ‘사회적 이익’과 ‘개인의 이익’ 간의 적절한 균형점은 기본적 권리와 자유임을 확인할 필요성을 제기한다. 한편 (특히 정부측)에서는, 인간의 생존 그 자체가 사회의 안전에 달려있고, 따라서 ‘국가안보’가 그 어떤 이해관계보다 우선시되어야함을 계속 주장하고, 다른 한편(특히 인권옹호자들)에서는 ‘국가안보’가 단지 사회의 광범위한 국민적 이해들 중의 하나에 지나지 않으며, 따라서 국가안보는 당연히 개인의 자유보다 하위에 속한다고 믿고 있다. 현재까지도 이 두 가지 상반된 관점 사이에는 타협점이 보이지 않고 있다.

‘안보’라는 개념은 사회내의 현존하는 권력관계의 기본구조내에서 나온다. 이 개념 속에는, 사회가 항상 그 사회의 보전에 해가되는 대내외적 위협을 받고 있음이 내포되어 있다. 각국 정부가 보안법을 만들어 낸 것도 소위 ‘비상사태’라고 불리는 그러한 위협적 상황 속에서였다. 따라서,

“보안법은 통상 비상법 즉, 비상사태시 제정되어 적용하는 법률로 분류된다. 하지만 이 법은 뚜렷한 비상사태가 없는 나라에서도 찾아볼 수 있다.”²⁾

1) 94년 10월 15~17일 방콕에서 열린 「인권과 개발에 대한 아시아포럼」 제1차 총회에 제출된 글이다.
2) VENKATESWARAN, K.S.: “아시아에서의 보안법 고찰”, “아시아국 보안법 하에서의 인권침해”, KONUCH, Seoul, 6쪽.

사회질서 외에 시민생활에 실제적 위협과 관련해서는 ‘국가안보’의 필요성이 정당화될 만한 어느 정도의 이유가 있다. 하지만, 대부분의 경우 국가안보는 아시아 각국 정부가 정치적 불만을 억누르고 국민의 기본권과 자유를 억제하기 위한 구실로 삼기 위해 왜곡되어 왔다. 그런 상황에서 어떤 사상에 동조하거나 어떤 행동을 취하거나 심지어는 국가관에 배치되는 생활방식을 선택한 시민은 ‘체제전복세력’으로 취급되어 그들의 자유는 국가안보라는 명분으로 억눌리게 된다.

그리하여 실질적으로,

“대부분의 경우, 국가기관의 국가안보에 대한 옹호는 사회에 대한 위협이 존재하고 이를 막아야 하며 ... 위협요인이 그저 거짓으로 만들어진 것이라고 (생각하는) 위협성이 항상 존재한다는 인식에 기반하고 있다. 다시 말해서, 국가안보는 국가권력 사용의 남용을 정당화하고 국가기관이 떠맡아야 할 책임에 대한 회피를 보장해주는 선전활동의 한 부분으로 날조될 수 있다.”³⁾

이 글은 아시아 국가의 전통적 국가안보 개념을 재검토함으로써 좀더 국민 중심적인 비전을 지향한 보안관련 문제들을 재정립하고자 한다. 논의과정에서 우리는 몇몇 아시아 국가들에서의 국가안보 상황을 살펴 볼 것이며, 특히 다음 사항들에 중점을 둘 것이다. (1) 국가안보 개념에 대한 변화된 인식과 해석, (2) 시민적, 정치적 삶 속에서의 국가안보의 역할, (3) 국가안보가 인권상황에 미치는 영향, 그리고 (4) 아시아 지역 인권단체의 장래 현안.

2. 국가안보 : 그 정책의 기원과 본질

2.1 역사

국가안보정책은 2차대전 후 미국에서 생성되어 제3세계에서 활발한 시험과정을 거쳐 그 시행이 완전히 정착되었다. 국가안보에 대한 최초의 이론은 인도차이나, 알제리 전쟁 후 프랑스의 군 장교에 의해 정리된 것으로 생각된다. 하지만 국가안보를 정치적 정책 그리고 군사전략으로 변형한 것은 미국인들인데, 70년대 당시 ‘저강도전쟁(Low Intensity Conflict)’ 전략이라고 알려진 대폭동전에 그 근거를 두고 있었다. 이 전략은 쿠바혁명 후 남미 국가에서 최초로 실행에 옮겨졌다. 아시아 지역에서는, 미국의 주도로 대폭동전에 대한 국가전략으로 계획되어 한국, 인도네시아, 베트남 그리고 필리핀 등지에서 처음으로 실행되었다. 그리고 다른 아시아국에서도 다양한 수준에서 주기적으로 부분 시행되었다.⁴⁾

3) Munhabhom, Vitit: “인간의 안전을 찾아”, The Nation, 방콕, 94. 6. 30, p. A6
4) “아시아국 국가보안법 하에서의 인권침해”, KONUCH, SEOUL, p.85

2.2 '국가안보' 정책

'국가안보' 정책에서는 '내란'(internal subversion)이 국가안보에 가장 중요한 위협이라고 규정한다.

“이는 국가와, 국민들 안에 있다고 확인된 적 사이에 잠재적이고 그리고 영구적인 전쟁이 존재한다는 것을 의미한다. (체제)전복을 적으로 묘사하는 일은 광범위하고 무한정하다. (체제)전복은 객관적으로 존재하는 무장세력에 의한 비상사태만으로 한정되지 않는다. (체제)전복이라는 현상은 훨씬 더 복잡하고, 심오하고 광범위하다.”⁵⁾

따라서 국가안보는 결국 국가의 생존과 삶의 모든 면에 대한 궁극적인 준거점이 된다. 국가안보정책은 정부가 장차 사회의 존립을 보장하기 위해 '최고의 진실' 그리고 '절대적 필요'로서 그 가르침을 끌어다 쓰도록 하는 권한을 부여한다.

이러한 논지 내에서는, 경제발전이란 국가가 잠재적 위협에 대해 스스로를 방위하기 위한 효과적 무기를 더 많이 획득하는 한 과정에 불과하게 된다. 이러한 논지는 논리적으로 완벽하다.

“기술적으로 발전된 세상에서는 어떠한 결점도 심각한 위협이 된다. 즉, 다른 국가가 더 큰 힘을 축적할 수 있을지도 모르는 것이다. 따라서 국가안보와 관련해서는 발전이란 국가 간 경쟁의 일부로밖에 보이지 않는다. 모든 국가들이 기술적 진보, 경제성장을 통해 가장 유리한 입지를 확보하고자 애를 쓴다. 즉, 발전이란 경제적인 면에서의 전쟁인 것이다.”⁶⁾

때때로 아시아 지역 정부는 국가안보 이데올로기의 기반을 사회주권을 보장하기 위한 근본원리로서 내세운 개념인 '민족주의'에 두었다. 따라서 시민들은 일상생활에서 이 원리에 순종할 수밖에 없게 되고 정부는 민족주의의 이름으로 시민사회를 보호하고 방위할 권리를 부여받는다. 정부에 의해, 국가안보가 민족주의를 보존하고 발전시키는 데 필수적인 요소로 정당화되는 것이 바로 이런 맥락에서이다. 하지만 문제는 민족주의와 국가안보에 대한 개념 규정에는 어떠한 명확한 한계도 없다는 점이다. 그리하여, 국가안보를 핑계로 정부는 가장 극단적인 형태의 민족주의를 '국가 이데올로기'로 채택, 이용해왔다.

2.3 아시아 지역의 국가안보

아시아국가에 적용된 국가안보에는 몇가지 특별한 특징이 있는데, 이는 남미의 경우와는 확연히 다르게 아시아 지역에서 국가안보가 어떻게 해석되고 시행되었나를 명확히 하기 위해서라도 분명히 짚고 넘어가야 할 필요가 있다.

5) 같은 글, p.85.

6) CHURCH TRENDS: (nd) "남미의 국가보안체계", p.6.

(a) 아시아 지역에서의 국가안보법은 미국뿐만 아니라 그 이전 포르투갈, 스페인, 프랑스, 영국, 네덜란드, 그리고 일본과 같은 제국주의 국가들에 의해 최초로 도입되었다. 식민통치 하에서 국가안보법은 외국세력이, 식민통치를 벗어 던지고 민족주의적 통치체제를 세우고자 한 현지 주민(현지 왕조와 군벌, 부족과 원주민, 반식민 무장농민운동 등)을 억압하기 위해 이용되었다. 제국주의 세력은 국가안보법을 심지어는 현지 주민들의 비폭력 반식민지 저항운동을 막는 데도 사용했다.

(b) 독립 이후에, 제국주의 세력으로부터 정치권력을 넘겨받은 민족주의 지도자들은 국가안보법을 그대로 이어받아 바로 자국의 국민들을 대상으로 이용했다. 공산주의의 위협에 대한 전쟁을 확대시키기 위해서 뿐만 아니라 정부와 지배권력에 대한 어떠한 형태의 대중적 반발도 막기 위한 것이었다. 합법성을 얻기 위해 민족주의 정부는 '민족주의'의 깃발 아래 국가안보를 마음대로 꾸며냈다. 그런 일이 어떤 나라에서는 특정한 이데올로기적 틀(예를 들면, 인도네시아의 판차실라 Pancasila)내에서 이루어지기도 하고, 또 다른 어떤 나라에서는 극단적 국가 이데올로기(예를 들면, 스리랑카의 불교-싱할라족 소비니즘 Buddhist-Sinhala chauvinism, 인도의 힌두 근본주의, 마르코스 시절 필리핀 계엄법 Martial Law)의 형태를 띠기도 했다.

(c) 1960년대, 70년대는 국가 이데올로기와 계엄법이 당시 막 싹트기 시작한 급진적 학생운동, 그리고 민중운동에 의해 도전을 받던 시기였다. 국가는 당시의 내부적 위협에 대한 폭력적 억압 전략을 교묘히 위장하기 위해 국가보안법을 효과적으로 이용했다. 예를 들자면, 인도네시아(1965), 필리핀(1970, 72), 그리고 태국(1973, 76)이 그러한 경우였다.

(d) 80년대 들어서면서 공산주의의 위협이 상당히 줄어들자 아시아 지역 정부는 그들의 통치에 반대하는 소수 민족, 종교단체, 부족, 원주민, 중산층, 전문분야 계층, 군벌, 야당 등 잠재적 사회부문조직에 국가보안법을 적용하기 시작했다. 아시아 지역 정부는 민족적, 종교적, 사회문화적 그리고 자생적 사상들로부터의 위협에 대해 기존의 국가보안법으로는 더이상 대처하기가 부적절한 것을 깨닫게 되었다. 그 때문에 이 기간에 거의 모든 아시아 국가의 국가보안법은 변화한 정치적 환경에 대처하기 위해 끊임없이 개정, 수정되었다. 이는 또한 당시 세계시장이 요구하는 소위 '신흥공업국가 모델(NIC-model)'에 기반한 고속 경제성장을 확보하기 위한 정부의 설득이 상당한 영향을 끼쳤다. 그리하여 아시아 지역 정부는 경제문제를 정치적 편이나 민주적 규범보다 우선적인 고려사항으로 만들으로써 국가보안법을 새롭게 개편하고자 했다. 이러한 경향은 90년대까지 지속되어 결과적으로 국가보안법은 아시아 지역 정부의 정치적 과제 중에서 최우선적 지위를 차지하게 되고, 모든 시민들의 기본적 인권이 계속해서 침해당하는 상황이 영구적으로 고착화되게 되었다.

'내부안전법(Internal Security Act, ISA)', '국가보안법(National Security Law/Act, NSL/A)', '공공안전법(Public Security Act)', '국가방위법(Defense of State Act)', '체제전복 대응법(Anti-Subversion)', '테러금지법(Prevention of Terrorism Act, PTA)' 등 아시아 지역의 보안법은 국가별로 서로 상이한 이름으로 알려져 있다. 보안법에 대한 이들 명칭을

보면 뚜렷이 알 수 있듯이 이러한 법은 국가가 자국방위, 공공의 이해에 대한 위협에 대응하고 체제전복이나 테러리즘에 대항해야 할 필요성에 대해 여러 가지 다양한 방식으로 언급하고 있다. 하지만 어떤 경우라도, 정부측에서는 이같은 "중요한 개념들에 대해서는 명확한 규정을 하지 않음으로써, 국가가 상징하고 있는 위협의 정확한 본질에 대해서는 이해할 수가 없다. 국가가, 위에서 언급한 비상법을 시행하고, 공개적 조사와 비판으로부터 스스로를 방어할 수 있는 광범위한 권력을 가질 수 있었던 것은 다름 아닌 보안법이 띠고 있는 고의적인 애매모호함 때문이다.

하지만 아시아 지역 국가들의 '비상법'들이 그 어떤 이름이나 명목을 가지더라도 이들은 몇가지 공통적 특징을 지니고 있다. 그 중 두드러진 특징은 다음과 같다.

- (a) 사법적 절차의 범위를 벗어난 체포, 심문, 협박 등의 광범위한 권한,
- (b) 기소, 재판절차 없이도 구금할 수 있는 광범위한 행정적 권력,
- (c) 통행금지, 가택연금, 국내유배 등 개인 및 단체운동의 이동에 대한 엄격한 제한 조항,
- (d) 폭력행위 및 기타 정치적 동기의 행위에 대한 애매모호한 위법규정을 근거로 한 사형을 포함한 과도한 처벌조항,
- (e) 일반 형법상의 피고인이 받는 관례적 보호절차를 무시한 특별절차에 의한 특별재판 조항,
- (f) 보안법상 불법적인 권한행사에 대한 국가안보 요원 면책 조항.⁷⁾

아시아 지역에서의 국가안보의 전반적 이데올로기 및 그 영향에 대해서는 제네바의 세계교회위원회의 국제문제에 대한 교회위원회가 출간한 문서에 잘 요약되어 있다.

"국가안보란 명목으로 정치적 반대행위는 폭동으로 간주되어 무자비하게 진압된다. 그 누구도 이 신성한 법을 거스를 수 없고 이 법으로부터 자유로울 수 없다. 국가안보라는 이상을 둘러싸고 있는 탁자는 민주화 운동으로도 깨뜨리기가 힘들다. 민주화운동(국민운동)은 국가안보라는 신성한 제단에 가장 큰 위협이다. 그 운동은 내부안정을 뒤흔들고 외부의 적이 침공할 수도 있는 위협을 초래한다. 바로 그 때문에 최근 수년동안 아시아 지역의 많은 수도권에서 이 신성한 국가안보가 진노하는 것을 볼 수 있었다."⁸⁾

아시아 지역은 오랫동안 군사통치 및 군국화를 경험했다. 국가안보를 구실로 정부는 스스로를 무장하고 시민과 시민 상호간의 무력 갈등을 조장했다. 각국이 국가안보에 따라 양분되었다. 60년대부터 아시아 정부는 심각할 정도로 군국화되었다.

아시아 지역에서의 이같은 장기간의 군국화 및 무력갈등의 과정은 일반 대중에게는

7) VENKATESHWARAN, K. S., 앞의 인용 글, P.7.
8) WCC-CCIA: (1981): "국가보안 정책", p. 7.

'시민생활의 군대화'라는 결과를 초래했다. 이런 점에서 군국화는 다음과 같은 과정으로 이해되어야 한다.

"군대식 가치, 이데올로기, 행동양식이 정치적·사회적·경제적 그리고 국가의 대외적 문제에 대한 지배적 영향력을 가지게 되고, 그 결과 사회와 정부 모두의 구조적 이데올로기와 행동양식이 '군대화'되는 과정"⁹⁾

타계한 필리핀 상원의원 호세 디오크노(Jose Diokno)는 아시아 지역에서의 군대화에 대한 분석을 좀더 진전시켜, 아시아 정치 그 자체가 군대화되었다고 발표했다. 그의 주장은 70년대 당시 '군대법(Martial Law)' 기간 동안의 필리핀에서의 현상에 대한 것으로 이는 또한 오늘날 대부분의 아시아 국가들이 처한 현실에도 그대로 적용될 수 있다.

"군대법의 강요에 의해 우리의 정치가 노골적으로 군대화되기 이전 필리핀의 상황은 다음의 4가지 심각한 역설로 요약될 수 있다. 1) 국가는 존재하지만 국민의 국가는 아니었던 나라, 2) 공식적으로는 독립국가지만 주권이 없는 나라, 3) 모두에게 평등한 자유를 선언한 민주적 헌법은 있었지만 실제로는 몇몇 소수만이 그 자유를 누리던 나라, 4) 가난한 사람들로 가득찬 풍요의 땅. 저는 이 모든 것을 여타 아시아 지역 개발도상국에게도 똑같이 얘기할 수 있다고 믿고 있습니다."¹⁰⁾

3. 국가안보의 특징적인 면들

또한 국가안보는 그것이 가진 두 가지 주요 측면에서 묘사될 수 있다.

- (a) 내부적 측면 : 국가안보는, 현정부를 자기자신의 정부로 바꾸고자 하는 국내 반정부세력에 대한 국가방위와 관련이 있다. 국가안보는 현존하는 정치, 사회, 경제 질서에 대항하는 자국내의 도전에 대처할 여러 가지 수단에 대해 언급한다.
- (b) 외부적 측면 : 국가안보는, 자국의 주권을 외부 국가의 통제하에 두려는 목적으로 자국의 주권을 침해, 또는 지배하려는 외부 세력의 압력이나 영향력에 대항하는 국가 방위와 관련이 있다. 국가안보는 외부의 간섭이나 지배에 대항하여 자국의 안전을 보장하기 위한 방위조치들에 대해 언급한다.¹¹⁾

9) 세계교회위원회- 국제문제에 대한 교회위원회:(1978): "군국화와 비무장화"에 대한 연구- WCC-CCIA: (1981): "국가보안 정책", P.7.
10) 호세 디오크노: "다음 세대를 위한 국가", p.217.
11) 시민자유연합: (1983): "국가보안에 대한 질문", p.2.

권력을 지닌 정부가 만들어낸 “국가안보는 하나의 객관적 사실이다.”라는 관념의 신비성을 파헤치는 일이 중요하다. 오히려 정반대로, 국가안보는 하나의 ‘관념’ 즉, 한 국가 안팎의 ‘비이성적인, 마치 중세의 종교전쟁 때의 망상’과도 같은 “정신상태이다. 그렇기 때문에 국가안보는 어떤 위협에 대해서도 대응할 만반의 군사적 준비상태가 되어 있다고 떠들어댄다. 다시 말하면 국가는 ‘대내외적 적들’에 대해 영구적인 경계태세를 갖추어야 하는 것이다.

경제력의 국제화에 따른 ‘기업국가’의 출현으로 인해 국가안보는 국가내의 최우선적이고 중심적인 힘으로 등장하게 되었다. 그런 상황에서 국가안보라는 지상명령은 군대와 그리고 무력갈등의 차원을 훨씬 넘어서게 되었다. 이제는 군, 정부, 산업, 그리고 시민사회간의 복합적인 힘의 동맹관계까지 포함하게 되었다.

국가안보라는 지상명령과 그 기능의 시민사회로의 확산은 국가지도력, 제도, 자원, 가치 등의 항구적 동원체제를 뜻하는 것이다. 국가안보는 국민의 시민적, 정치적 삶의 모든 면을 지배하게 된다. 이러한 국가안보의 주도적 역할에는 다음과 같은 사항들이 포함된다.

- (a) 정보, 수사업무의 확대,
- (b) 외국으로부터의 공격 또는 자국내의 반발 발생시에 대비, 국가가 전쟁준비를 완료할 수 있게 허락하는 국민적 자각,
- (c) 신속하게 전쟁을 수행할 수 있는 능력.¹²⁾

대부분의 아시아 국가에서 경제발전은 국가안보의 범위 내에 포섭되어 있다. 많은 경우에 군은 시민사회에서, 경제계획을 포함, 지배적 역할을 맡고 있다. 경제발전은 이룩한다는 구실로 군은 아무 힘없는 주민들에게 군의 의지를 강요하여 자원, 시민적·정치적 삶, 시민행정에 대한 통제권을 장악한다. 많은 아시아국에서 군이 “(국가안보를) 고속경제성장 및 안정을 유지할 능력을 갖춘 유일하게 현대적인 그리고 유용한 제도”라고 주장하는 게 사실이다.¹³⁾

이러한 국가안보 시나리오 그리고 시민사회에 대한 군의 지배 내에서 대중적 반발은 ‘체제전복’이란 악명이 붙어 질식되고 만다. ‘적’은 국민의 내부에 있고 따라서 국민 자체가 ‘국가안보에 대한 위협’ 세력이다. 그러한 위협은 다양한 형태를 띠고 다양한 부문에서 발생하지만, 그 본질적 위협은 항상 동일하게 ‘공공질서와 국가안보에 대한 위협’이다. 조용환씨가 늘 지적하듯이, “국가안보와 같은 관변 이데올로기 중 가장 낮은 형태는 반공산주의 이데올로기이지만 그 겉모습은 상황에 따라 제국주의의 위협, 인접국에 대한 적대성, 자기 민족적 혹은 단순한 과격주의, 혹은 ‘범죄와의 전쟁’ 등 다양한 모습

12) 세계교회위원회 - 국제문제에 대한 교회 위원회 : (1981) : “국가보안정책”, 앞의 글, pp. 3-4.

13) 앞의 글, p. 9.

으로 시시각각 변할 수 있다. 단순히 부패한 사회구조에 대한 민주화, 개혁을 주장하거나, 권력자들과 일치하지 않는 국가의 미래상을 꿈꾸는 사람들은 국가안보를 위협에 빠뜨리는 ‘적’으로 여겨진다.”¹⁴⁾

바로 이런 이유 때문에 국가안보 및 관련법에 대한 개념 규정이 모호하게 사용되고 있다. 예를 들면, ‘반국가단체’, ‘반국가활동’, ‘국가안보에 해를 끼치는’ 등이 그렇다. 이는 보안법 시행에 있어 자의적으로 법을 해석, 사용할 수 있는 충분한 여지를 제공한다.

4. 국가별 국가안보의 유형

아시아 지역에서 국가보안법이 시행되는 국가의 상황을 3가지 형태로 확인할 수 있다.

4.1 이데올로기적 반대

국가 또는 권력체제를 이데올로기적으로 반대하는 집단으로부터의 위협에 대처하기 위해 국가보안법을 사용해온 나라들. 이들 나라에서 가장 흔한 반정부 집단은 공산당이나 극우집단이었다. 국가보안법이 예외적으로 특정 이데올로기 집단을 특별히 가리킨 경우로는 태국의 1952년 반공산주의활동법을 예로 들 수 있다.

또 하나의 사례로는 싱가포르의 내부보안법(Internal Security Act)으로, 87년 마르크스주의에 동조한 혐의 및 정부체제를 전복시키려는 음모를 꾸몄다는 이유로 16명의 젊은 활동가들을 구속시키는데 사용되었다. 한국 역시 특별히 공산주의자들을 대상으로 국가보안법을 사용해왔다. 이와는 대조적으로 중국에서는 국가보안법이 종종 지배정당인 공산당에 대한 이데올로기적 반대자들을 막기 위해 사용되어 왔다. 기타 필리핀, 대만, 태국, 말레이시아 등에서도 이데올로기적 반대자들에게 특별법이 사용되었다.

4.2 군부통치에 대한 저항

두 번째 범주에는 군부통치국가 혹은 군부가 시민생활에 막대한 역할을 하고 있는 국가들이 포함된다. 이들 나라에서는 국가보안법이 권력을 쥐고 있는 군사정권을 유지하기 위해 사용되어 왔다.

예를 들면, 62년 이래 군부의 지배하에 있던 버마, 1932~92년까지 여러 번의 쿠데타가 있었던 태국, 그리고 인도네시아의 경우엔 군부가 국가정치에 지배적 영향력을 행사하고 있으며, 국가보안법이 다양한 집단(학생, 농민, 공산주의 혐의자 뿐아니라 Aceh, Irian Jaya, 동티모르의 분리독립운동 등)을 대상으로 사용되어 왔다. 기타 이 범주에 포함되는

14) 조용환: “국가보안인가, 인간보안인가? - 인권 및 국가보안법에 대한 제안”, 아시아 국가보안법의 인권 침해, KONUCH, SEOUL, p. 96.

나라로는 파키스탄과 방글라데시가 있다.

4.3 기타 다른 위협들

국가안보법은 또한 몇몇 아시아 국가들에서 다양한 방법으로, 그리고 여러 가지 이유를 근거로 사용되어 왔다. 예를 들면, 인도는 당시 수상이던 인드라 간디(Indra Gandhi)가 1975~77년 선포한 비상사태 기간과 Punjab, Jammu, Kashmir, Assam 등지에서의 분리독립운동을 막기 위해 국가보안법이 사용됐고, 말레이시아는 1987년 10~11월, 106명이 내부보안법(Internal Security Law)에 의해 억류되었고, 네팔에서는 1990년 민주화 투쟁 기간 동안에 사용되었다.¹⁵⁾

5. 결론

5.1 '국가안보'와 '민중안보'

인권운동에서는 '국가안보'와 '민중안보' 간의 차이를 명확히 하는 것이 중요하다. 국민의 기본 권리가 보존될 때만이 국민에 대한 안전은 보장될 수 있다. 민중안보와 지배엘리트 혹은 권력을 쥐고 있는 정부의 안보, 이 두 가지는 혼동되어서는 결코 안된다. 인권운동가들은 이러한 명확한 차이를 분명히 하고 '국가/정부안보'와 '민중안보' 사이의 모순점들을 폭로하는데 중요한 역할을 할 수 있다.

“민중안보란 보통의 개인 및 공동체의 안전에 보다 많은 관심을 갖는 것이라고 규정할 수 있다. 민중의 안전이란 개념은, 국민의 정치적, 경제적, 문화적 권리와 국민의 존엄성에 대한 효과적 보호에서 비롯되는 안전이라고 규정될 수 있다. 따라서 민중의 안전은 해당 지역 시민과 정부의 공통적 책임이자 주된 관심사가 되어야 한다.”¹⁶⁾

5.2 감시 및 감독(Monitoring & Control) 체계

국가보안법 하에서의 권력 남용에 대한 적절한 감시 및 감독체계를 마련할 필요가 있다. 여기에는 2가지 형태가 있을 수 있다.

(a) 입법관련 : 여러 가지로 다르게 해석될 소지가 있는 애매모호한 규정을 막기 위해 최대한 정확하게 법률이 만들어지게끔 보장되어야 한다. 예를 들면, '공공의 안전과 관련된 어떤 목적', 혹은 '국가안보를 해치는 여하한 방식의 행동', 혹은 '평화와 국가안보를 위해'

15) 조용환, 앞의 글, pp. 8-20.

16) 보도자료에서 인용. "아태지역에서 평화시의 비상사태 법률 사용"에 대한 아시아 법률자료센터(ALRC) 워크샵, 쿠알라룸푸르, 10월 5-8일.

롭게 하는' 등등의 애매모호한 범조항들은, 국가의 왜곡된 법해석을 허용하여 의심스런 법집행을 가능하게 할 충분한 여지를 제공한다.

(b) 사법관련 : 진정으로 독립된 그리고 공평무사한 사법제도의 존재 여부에 따라, 국가의 이해와 개인의 이해간에 올바른 균형이 이루어지도록 보장되어야 한다. 법원은 "행정부가 지나치게 국가보안법을 적용하고자 하는 열정을 완화"시킬 필요가 있다.

효과적인 사회적 감독체계는 정부 예산 중 군사비지출과 사회발전 관련 지출간의 관계를 감시할 수 있다. 이는 정부가, 국민복지와 발전과 관련하여 정책수립과 통치에서 어디에 우선순위를 두고 있는가 하는 점을 알아내는데 도움이 될 것이다. 94년 유엔개발계획(UNDP)의 94년 인간발전보고는, 한 나라의 정치적 불안정성을 측정하는 중요한 지표 중의 하나로 정부가 군사력에 부여한 우선순위를 지적했다. 만약 정부가 국민복지보다 군사력 강화에 더 관심을 둔다면 그로 인한 불균형은 군사비 지출과 사회적 지출간의 비율에 나타난다.

5.3 인권운동가들의 과제

(i) 개념적 수준

(a) 인권에 대한 '종합적 접근(wholistic approach)'을 확대할 필요가 있다. 다시 말해, 시민적·정치적 권리를 경제적·사회적·문화적 권리와 그리고 즉시 실현되어야 하는 권리와 점진적으로 실현되어야 하는 권리의 통합이 이루어져야 한다.

(b) 인권과 개발을 서로 연계시키기 위해, 인권침해를 허용하고 영속화시키는 대내외적 조건들에 초점을 맞춰야 하고 '사후 치료'가 아닌 '사전 예방'적으로 접근해야 한다.

현존하는 정치적/이데올로기적 지향과 정당 정책의 한계를 뛰어넘기 위해 인권문제에 '비당파적'으로 접근해야 한다.

(d) 성차별, 원주민, 소수민족 문제, 문화 그리고 이제까지 소홀히해 온 계층(아동, 노인, 장애인 등)에 대해 보다 많은 관심을 가져야 한다.

(ii) 전략적 수준

(a) 모든 형태의 인권침해에 대응하기 위하여 정부/국가, 시민사회, 다국적 기업, 국제금융기관(세계은행-IMF) 등에 초점을 맞춘 '다면적 전략'을 수립할 필요가 있다.

(b) 지역(아시아)간, 소지역(ASEAN, SAARC)간, 공동체·지방·지역·국가 등의 차원에서 '초국경적 연대' 활동을 발전시켜야 한다.

비정부기구(NGOs)의 한계를 극복하기 위해 시민사회 내에서 '시민인권체계'를 강화해야 하며, 우선 무엇보다도 수도권 및 도시중산층에 그 방향을 맞춰야 한다.

(d) 인권운동가들은 때때로 일반시민과 국가권력 사이에 위치한 유일한 세력이다. 그렇기 때문에 그들은 인권피해자와 취약 계층을 대신하여 옹호하고, 중재하는 중요한 역

할을 지니고 있다.

(e) 인권운동가들은 특히 지금은 인권운동이 실질적으로 불가능한 나라에서 인권 활동을 위한 더 넓은 공간을 만들어내는 노력을 해야 한다. 이는 시민사회제도의 확립과 그 안에서 평화적 반대의 권리가 행사되고 보호될 수 있는 공간을 만드는 데 도움을 줄 것이다.

(f) 인권운동가들의 작업은 인간의 기본적인 자유와 권리를 보장할 수 있는 새로운 법과 제도를 만들어내는데 공헌해야 한다. 그리고 인권운동가들의 활동을 통해, 과거 그리고 현재의 인권침해 당사자들이 응당한 책임을 지도록 해야 한다.

참고 문헌

- (1) 국제앰네스티 : REPORT 1991, LONDON.
- (2) 국제앰네스티 : REPORT 1992, LONDON.
- (3) 국제앰네스티 : REPORT 1993, LONDON.
- (4) 아시아 법률자료센터(ALRC) (1987) : "평화시의 비상법 사용" - 아시아 법률자료센터 워크숍 논문, 쿠알라룸푸르, 10월 5-8일.
- (5) 조용환 (1993) : "국가안보인가, 민중안보인가? -인권 및 국가안보법에 대한 제안", "아시아 국가보안법의 인권침해" 중, KONUCH, 서울.
- (6) CHURCH TRENDS: (n.d.) "남미의 국가안보체제" (Mimeo)
- (7) DIODNO, MARIA Socorro (1987) : "아시아의 예비구금(Preventive Detention)", "아시아 법치의 침식(erosion of the Rule of Law)", 국제법률가위원회 (ICJ)와 아시아교회협의회(CCA) 국제위원회 공동 심포지엄, 쿠알라룸푸르, 1987년 12월
- (8) Jose DIOKNO, W. (1987) "우리 자녀들을 위한 국가" - 호세 디오코노 선집, 마나랑 프리스실라 (Manalang Priscilla) 편집, The Jose W. Diokono Foundation., & Claretian Publication, Quezon City.
- (9) 유엔세계인권대회를 위한 민간단체공동대책위원회 KOREA NGO'S NETWORK FOR THE UN WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS (1993), : "국가보안법하의 인권침해", KONUCH, 서울, 한국
- (10) KOSHY, Prof. Ninan: (1987): '아시아 법치의 침식(erosion of the Rule of Law)', 국제법률가위원회 (ICJ)와 아시아교회협의회(CCA) 국제위원회 공동 심포지엄, 쿠알라룸푸르, 1987년 12월
- (11) MUNTABHORN, Dr. Viti : "In Search of Human Security", "The Nation" 지, 방콕, 1994년 6월 20
- (12) VENKATESWARAN, K.S. (1993) : "아시아의 국가보안법 - 개관", 국가보안법하의 인권침해, KONUCH, 서울, 한국
- (13) WCC-CCIA : (1981), "국가안보 독트린", 아태지역 회의에 제출 논문, 마닐라.

<발표 1>

미국인이 본 표현의 자유, 공포 및 국가안보

마가렛 블랜차드 Margaret A. Blanchard
(노스캐롤라이나 주립대학 교수)

제2차 세계 대전이 발발하기 직전 미국의 프랭클린 루즈벨트 대통령은 인류에게 필요한 네 가지 자유에 대한 그의 신념을 미국인과 전 세계에 천명하였다. 첫번째가 표현과 언론의 자유였고, 마지막이 공포로부터의 자유였다. 공포로부터의 자유는 지구상에서 어느 나라도 이웃나라에 대해 물리적 침략을 할 수 없을 정도의 군비축소를 의미하는 것이었다.

루즈벨트 대통령은 인류역사상 줄기차게 이어져온 두 가지 요소인 표현의 자유와 국가안보에 대한 공포로부터의 해방을 언급한 것이다. 후자의 성취는 전자의 성취에 필수적인 전제조건인 것이다. 이러한 국가안보에 대한 우려때문에 자신의 국가가 내적, 외적 위협을 당하고 있다고 생각하는 정부지도자들은 이러한 상황에서는 사상과 언론의 자유가 존재할 수 있다고 믿지 못하고 표현의 자유를 억압하였다. 나는 남한에서는 북한으로부터의 위협때문에 표현의 자유를 추구하는데 어려움이 많다는 것을 알고 있다. 그러나 한국 뿐만 아니라 모든 국가가 비슷한 공포의 희생자이다. 이것은 미국도 마찬가지다. 비록 우리는 미국이 표현의 자유를 크게 누리는 나라로 인식하고 있지만, 사실 많은 억압을 해왔다. 미국의 경험을 이야기하면서 비록 적은 경우이긴 하지만 어떻게 표현의 자유를 쟁취할 수 있었는지 설명하겠다. 미국의 성공과 실패로부터 여러분의 나라에서 표현의 자유를 가장 잘 보장할 수 있는 방법을 찾아낼 수 있기를 바란다.

1. 국가안보에 관한 토론에서의 주요 쟁점

미국의 경험을 듣기 전에 우리는 먼저 일부 단어들에 대한 정의를 내릴 필요가 있다.

‘국가안보’라는 용어는 한 국가의 생존을 위협하는 모든 것을 포함할 수 있는 광의어이다. 그 위협은 한 국가에 대해서 적대적인 행동을 취할 수 있는 외부로부터 발생할 수도 있고 사회구조를 파괴한다고 여겨지는 내부 세력에 의해서도 생각할 수 있다. 실제로 존재하는 혹은 단순히 느껴지는 내외로부터의 위협은 한 사회에서의 공포의 정도를 높인다. 국내적 안보의 경우 정치적 반대자들이 기존의 사회질서에 도전하는 것으로 보여지는데, 특기된 질서는 정부 당국자와 기업인, 전문직 종사자, 교육계에 의해 선호되는 것이다. 특히 강조하고 싶은 것은, 국가안보의 위협에 대한 공포가 한 국가내에서 퍼지게 되는 것은 여론주도층들이 그러한 공포가 국가의 주요한 논의가 되도록 만들기 때문이다. 사실은 여론주도층들이 그러한 공포가 국가의 주요한 논의가 되도록 만들기도 한다. 미국의 국가지도자들은 종종 그러한 공포에 불을 붙여 걸잡을 수 없도록 만들기도 한다. 그러나 전쟁중 경우 외부로부터 위협이 느껴질 때 표현의 자유에 대한 문제가 발생한다. 그러나 전쟁중일 때보다도 내부의 위협에 대한 공포를 느낄 때에 더 큰 억압적 조치를 취했다. 그리고 미국인들은 스스로가 종종 그러한 과대한 공포의 희생자가 되었다.

국가안보에 대한 내적, 외적 위협은 성질상 보편적인 것이다. 이러한 위협이 생성해내는 공포는 국경을 초월하여 공통적으로 나타난다. 이러한 위협에 대한 반응도 세계적으로 비슷하다. 오늘날 국가안보의 우려에 의해 생긴 공포의 기간 동안에 제기되는 여섯 가지 주된 공통점에 대해서 살펴보겠다. 그것은 1) 국민들의 이성적 판단에 대한 불신, 2) 정부의 지나친 비밀유지로 인한 정보 접근의 한계, 3) 국민들이 수용할 수 있는 사상에 대한 정부의 통제, 4) 정치적 반대자들에 대한 감시, 5) 법적 억압의 동원, 6) 정부의 보호가 한 사회에서 가장 중요하다는 생각이다. 이제 미국의 경험이 여러분들에게 어떤 교훈을 줄 수 있는 지 이 여섯 가지 요소들을 차례로 점검해 보겠다.

1) 국민들의 이성적 판단에 대한 불신

정부지도자들은 종종 소수의 국민들-대개 자신들의 친구나 동료-만이 국가를 위해 적절한 결정을 내릴 수 있을 만큼 현명하다고 생각한다. 보통사람들이 특정한 상황에서 어떻게 대응할 것인가 하는 불신이 건국 이래로 미국을 어렵게 만들었다. 이러한 상황은 현대에까지 지속되어 프랭클린 대통령 시절에서 조지 부시 대통령 시절까지 미국인들이 스스로 민주주의와 공산주의 사이에서 합리적으로 선택할 수 있다는 신뢰감이 부족했다. 따라서 미국 행정부는 공산주의 이론을 가르치는 것을 처벌하고 그것을 주장하는 사람들을 사회적으로 낙인을 찍어 미국인들이 공산주의 이론에 접하는 것을 막으려 했다. 많은 공산주의 신봉자들에게 미국 입국을 허용하지 않기도 했다. 이것은 사회문제에 대한 자유로운 토론이 허용되는 민주사회에서 공산주의는 아무런 가치도 갖지 못한다는 사실을 무시한 것이다.

냉전이 한창일 때 미국 연방대법원의 윌리엄 더글라스(William O. Douglas) 대법관이 말한 것처럼, 공산주의가 미국인들에게 인기를 끌었던 유일한 시기는 1930년대 대공황 때였다. 그때에도 미국의 사상의 자유시장에서 공산주의를 선택한 사람은 극소수였다. 더글라스 대법관과 그의 동료인 휴고 블랙 대법관은 공산주의에 관해 토론을 금지하려

는 것은 공산주의를 실제보다 더 중요한 것처럼 과대포장하는 것이라고 개탄하였다. 차라리 그 이론을 가르치고 토론하게 되면 오히려 더 빨리 공산주의는 사라질 것이라고 그들은 주장했다. 그러나 미국 시민에 대한 신뢰의 부족은 수십년동안 미국에서 공산주의 이론에 대한 토의를 어렵게 만들었다.

이성적 판단에 대한 신뢰의 부족은 정부로 하여금 미국인이 현명한 결정을 내리는데 필수적인 정보에 대한 접근을 억제하게 만들었다.

2) 정부의 지나친 비밀유지로 인한 정보 접근의 한계

정부의 지나친 비밀유지는 미국의 국가안보 체제의 주요한 또 하나의 요소이다. 미국 정부 지도자들은 정부 조직에 대한 개방과 시민의 정치과정 참여에 대해 양면성을 보이고 있다. 정치지도자들은 종종 현명한 여론의 중요성과 정부에 대한 시민의 공헌에 대해서 얘기하지만 한편으로는 그들에게 필요한 정보를 제공하지 않음으로써 정책토의 과정에서 시민들의 참여를 제한하는데 주력한다.

특히 위기의 상황에서 미국 정부 지도자들은 미국인들이 정책결정에 참여할 능력을 더욱 과소 평가하는 경향이 있다. 이러한 태도는 1789년에 초대 대통령에 취임한 조지 워싱턴에서부터 시작된 공통 현상이었다. 특정 정보는 일반에 공개되어서는 안된다고 대통령들은 주장했고, 정부 운영에 대한 지나친 공개는 시민들로 하여금 정부 정책에 대한 변화를 요구할 것이라고 우려하였다.

비밀유지는 국가안보의 대표적 현상이다. 국민의 이름으로 정부기관들이 일을 하면서 그것을 국민들에게 알리지 않는 것은, 이러한 것을 알리면 국민들이 이를 승인하지 않을 것이라는 발상에서 기인한다. 사실 많은 경우에서 미국인들은 정부의 정책을 승인하지 않았다. 가장 최근에는 1960년대와 70년대의 월남전에서 이러한 현상이 나타났다. 미국인들은 월남전에 관하여 미국정부가 발표하는 것을 믿을 수 없게 되었다. 미국의 전쟁 개입 정도, 전쟁으로 인한 인적·재정적 손실, 그리고 전쟁수행에 따른 외교상의 이익 등에 대한 것들이 비밀에 붙여졌고, 정부는 공산주의의 침투를 막기 위해 전쟁을 하는 것이라고 말할 뿐이었다.

그러나 많은 미국인들은 미국의 월남전 개입을 너무나 혐오하여 정부의 비밀을 폭로하기 위하여 비상한 조치까지 취했다. 이러한 범주에 들어가는 사람이 1971년 언론에 국방성 문서를 배포한 다니엘 엘스버그(Daniel Ellsberg)였다. 미국의 월남전 개입에 대한 20여년간의 기록을 담은 이 기밀문서의 출판으로 미국인들은 미국이 어떻게 그리고 왜 월남전에 개입하게 되었는가를 알게 되었다. 이러한 역사적 배경과 함께 월남전쟁이 어떻게 수행되었는지가 알려지면서 미국인들은 미국의 전쟁개입을 항의하였고 정부가 장악하였던 전쟁과 외교정책에 관한 독점권한을 빼앗겼다.

엘스버그가 한 일과 같은 것은 쉬운 일이 아니고 큰 헌신이 필요한 것이다. 왜냐하면 미국 정부는 승인 없이 정보를 누출하는 사람들을 싫어하기 때문이다. 엘스버그는 만약

자신의 행위가 범죄로 판명된다면 처벌을 받을 각오가 되어 있었다. 그리고 월남전 개입을 향의한 미국인들은 미국정부로부터 예상치 못한 거친 대우를 받았다. 많은 사람들이 부상당하고 체포되었기 때문이다. 그러나 전쟁과 관련하여 정부가 감추고 있는 사실을 폭로하는 것이 매우 중요하게 여겨졌기 때문에 그러한 위험을 감수할 만한 가치가 있었다. 그렇게 행동하는 사람들은 표현의 자유에 대한 권리를 행사하는데 필수적인 정보를 다른 미국인들에 제공함으로써 그들을 정책논의 과정에 참여할 수 있게 만든 것이다.

이러한 사실이 알려지면서 국가적 논쟁은 예측된 대로 진행되었고 많은 미국인들이 미군의 철수를 요청하게 되어 마침내 1973년에 이루어졌다. 미국민의 의사가 초기 단계에서부터 정책결정 과정에 포함되었다면 월남전의 방향이 어떻게 달라졌을까 정확히 예상하기는 힘들다. 그러나 분명한 것은 미국인들은 자신들의 입장을 정부의 정책결정 과정에 전달하였고 그를 통해 그들도 국가안보 문제에 변화를 가져올 수 있다는 것을 보여주었다.

대중들을 국가안보 문제에 참여하도록 유도하는 것은 쉽지 않다. 국가를 통치하는 사람들은 국민들이 사상도 통제하기 때문에 사람들의 마음을 변화시키는 것은 쉽지 않다.

3) 국민들이 수용할 수 있는 사상에 대한 정부의 통제

국가안보제도의 주요한 부분은 정부가 국가적 논쟁에 필요한 소재에 대해 통제하는 것이다. 미국에서 이러한 사상통제는 권력자들이 불순하다고 간주하는 이념에 대한 접근을 억제하려는 형태를 띠었다. 미국인들에게 이 문제는 미국역사만큼이나 오래된 것이다. 초기 미국의 정치지도자들은 정치적 반대자들에 의해서 형성된 사상이 확산되는 것을 막으려 노력하였다. 그들의 행동은 정치적 반대자의 사상을 접하는 것이 정부를 위협하는 것이라는 공포에 근거한 것이었지만 사실은 자신들의 집권을 위협하는 것이기 때문이었다.

미국내에서 특정한 이념을 확산시키는 것을 억제하려는 시도는 그러한 이념들을 '외국의 이념'이라고 비난하는 형태를 띠었다. 이러한 국수주의적 태도는 정부 관리로 하여금 이민과 귀화를 제한하고 그러한 이념을 주장하는 사람들의 입국을 제한하게 만들었다. 이것은 100년이 넘도록 계속되었다. 무정부주의자, 과격노조운동가, 공산당원들이 이러한 입국금지조치에 희생당하였다. 대부분의 제한적인 이민정책은 특정 외국 사람들이 미국땅에 혁명적인 이념을 갖고 올 가능성이 많다는 생각에서 비롯되었다. 따라서 이러한 사람들의 입국을 제한하는 법이 만들어졌다.

최근까지 미국내의 자유주의자들은 이러한 이민정책과 귀화정책을 수행하는 관리들이 이러한 이념을 미국내에 갖고 들어오는 것이 금지된 사람들의 명단을 작성함으로써 미국국경에 '나일론 장막'을 드리웠다고 비난하였다. 이 명단은 공화당이나 민주당의 집권 여부에 따라 변하기는 하였으나 그 존재는 사라지지 않았다. 그 목적은 특정한 사람들과 그들의 사상이 미국내에 소개되거나 영향을 미치는 것을 막기 위한 것이었다. 자유주의자들은 국경에서 정치적 반대자들의 사상을 차단하려는 것이 소용없다는 것을 강력히

주장했다. 결국 자유주의자들은 이민국 관리들이 이러한 명단을 유지하는 것을 금지시키는 법안을 통과하도록 설득하는데 성공하였다. 설사 이 법이 지켜진다 하더라도 미국에 입국하는 것을 제한하는 것이 영원히 사라졌다거나 모든 사람들이 자유롭게 미국에 들어오게 되었다고 확신하지는 않는다.

미국인들이 사상을 통제하고 정치적 반대세력의 이념에 접근하는 것을 제한하려는 노력은 미국역사에서 자주 발생되었다. 이것은 미국 정부가 정치적 반대자들을 감시하는 것과 밀접하게 연관되어 있다.

4) 정치적 반대자들에 대한 감시

애국심(royalty)은 국가안보에 집착해 있는 나라에서 매우 중요한 요소이다. 미국인들은 그것에 대해서 매우 잘 알고 있다. 권력자들에 의해 규정된 애국심의 기준은 17세기 영국의 종교박해를 피해 신세계를 찾아온 사람들과 함께 미국에 들어왔고, 그 이후 애국심에 관한 문제는 거듭 제기되었다. 기업인들이 노조운동가들을 두려워했던 19세기말 정치적 반대자들을 감시하는 것은 비밀비재했고 1차 세계대전과 1960년대와 1970년대에도 반복되었다.

냉전시대에도 물론 애국심과 감시에 강조를 두었다. 모든 계층의 정부 관리가 애국심에 대해서 조사를 받았고, 불순단체와 그 회원들의 명단이 만들어졌다. 의회의 청문회가 견찰을 수 없는 횡포를 부리면서 이러한 단체에 아주 오래전에 가입했었던 사실만으로도 문제가 될 수 있었다. 1940년대 말과 1950년대에의 공산주의와의 전쟁에서는 개인의 신상폭로를 통한 사회적 매장이 주요한 무기로 사용되었다. 의회의 조사위원회가 개인의 정치적 신념을 조사하면서 시민적 자유는 거의 사라졌다. 수정헌법 1조에 보장된 사상의 자유와 죄는 개인적인 행동에 근거한 것이지만 단순히 어느 집단에 소속한 것과는 별개의 것이라는 기본적 개념이 함께 사라졌다.

이러한 미국인들의 정치적 신념에 대한 조사는 불순하다고 여겨지는 거의 모든 정치 조직에 정부공작원이 침투하면서 더 큰 도움을 받았다. 이러한 공작원들은 19세기말 노조 조직에 관한 정보를 입수하려고 처음 사용되기 시작하면서 미국인중에 불순세력이 있다고 우려하는 사람들에게 인기있는 방법이었다. 사실 냉전시절 동안 미국 공산당에는 실제 당원보다 이렇게 침투한 공작원들의 숫자가 더 많았다.

냉전 시기동안 자유주의 기운이 거의 모두 사라지면서 미국인들은 악몽에 시달려야 했다. 결국 1950년대 말 일부 반공주의자들이 정치적으로 매장당하고 자유주의자들이 다시 등장하여 미국인들이 신봉하는 민주적 가치는 어떤 도전도 이겨낼만큼 강하다고 주장하였다. 그러나 냉전시절 동안 미국인들의 표현의 자유에 대한 신뢰는 냉전이 야기한 공포에 의해 철저히 억압되었다고 미국인들은 인정해야 했다. 국제적인 요인들이 냉전의 강도를 약화시키고 나서야 그러한 가치들이 재생된 것이다. 긍정적인 측면으로는 냉전이 종식되면서 냉전경험과 같은 억압이 재할하는 것을 막기 위해 표현의 자유의 필요성에 대한 인식이 미국사회에 증가하였다.

그러나 명단 작성과 애국심 감시행위는 사라지지 않았다. 이것은 1960년대와 70년대 월남전 참전 반대운동 당시에 다시 등장하였다. 경찰들은 시위자들의 사진을 찍었고, 그들에 관한 파일이 보관되었으며 그들의 개인신상에 관한 정보가 가족이나 친구, 직장에 전달되었다. 운동단체에는 정부공무원들이 다시 침투하였고 이러한 공작원들은 시위자들이 폭력을 사용하도록 유도하곤 하였다. 정치적인 반대활동을 했다는 이유 때문에 수천명의 미국인들이 연방수사국 파일에 등장하였다. 이러한 파일은 1970년대 초 워터게이트 사건 이후 수집이 중단되었고 파괴되었다. 자유주의자들과 의회의원들은 민주정부만이 국민들의 정치활동에 대한 파일을 작성하지 않는다고 주장하였다. 민주정부는 국민들의 정치활동을 장려해야지 방해해서는 안된다는 것이었다.

정치적 활동을 이유로 미국 시민들을 감시하는 것은 언제나 행정부의 명령을 통해 입법부나 사법부의 고지나 승인이 없이 이루어졌다. 또다른 국가안보체제의 형태인 억압적 법률은 이것이 공식적인 기록이기 때문에 더욱 잘 나타난다.

5) 법적 억압의 동원

미국은 정치적 반대자에 대한 억압적 입법에 대한 오랜 역사를 지니고 있다. 그 시점은 1798년으로 미국이 건국한지 겨우 10년이 넘었던 때이다. 국내외적인 위협이 제기될 때마다 새로운 법안이 만들어졌다. 1901년의 대통령 암살과 제1차 세계대전 그리고 제2차 세계대전 발발 직전의 나치 공포 등이 그러한 법률을 만들게 하였다. 이러한 법들은 아직도 대부분 법률적 효력이 있어 미국민들에게 공포를 일으킬 만한 단체가 나타난다면 미국 지도자들은 그것을 다시 사용할 수 있다.

미국에 있는 대부분의 억압적인 법은 행동보다는 표현을 대상으로 하고 있다. 특정한 사람들이 서로 만나서 정부를 전복하기 위해 의논하고 그러한 토의들이 결국 정부를 전복하는 행동으로 이어질 것이라는 우려에서였다. 자유주의자들은 정부에 대한 무력행동이 취해졌을 경우에만 정부가 개입해야 한다고 주장한다. 말은 아무런 힘이 없고, 특히 사람들이 행복할 때에는 더욱 그렇다고 그들은 주장한다. 이러한 확신은 국가안보의 문제가 국가 지도자들의 가장 주요한 관심사가 될 때는 매우 힘들어진다. 냉전시기 동안 공산당 지도자들과 그들의 추종자들은 무력행동을 취했기 때문이 아니라 정부 전복을 주장하거나 공산주의 이론을 가르쳤다는 이유로 법정에 서게 되었다. 이들에 대한 처벌은 표현의 자유에 대한 미국인들의 신념에 큰 오점을 남겼다. 공산주의에 대한 극심한 공포가 사라진 후에야 미국인들은 자신들이 어떤 일을 저질렀는지 깨닫게 되었고 후회하게 되었다.

그럼에도 불구하고 1960년대 말과 1970년대 초의 반전주의자들도 법적인 문제로 고초를 겪어야 했다. 그들을 기소한 주된 이유는 정부 전복을 막기 위해 만든 법을 위반한 것 때문이 아니라 공증질서를 교란했다는 것이었다. 이러한 사건의 대부분은 표현의 자유를 침해했다는 이유로 정부측이 패소하였다. 미국인들은 정부의 정책에 대해서 항의할 권리가 있다는 것이었다. 그러나 이러한 법원의 판결들은 법정투쟁을 위해 상당한 시

간과 에너지와 경비를 투입한 후에야 나온 것이었다. 사실, 정부는 국가안보 정책에 동의하지 않는 사람들을 탄압하기 위해 새로운 방법을 발견하였다. 정부는 반대자들의 돈과 에너지가 소진될 때까지 그들을 법정에 묶어두는 것이었다. 이것은 국내의 반대자들을 진압하기 위한 아주 손쉬운 방법이었다.

그러나 미국 정부가 국내안보에 도전하는 세력들을 제압하기 위한 입법조치를 포기한 것은 결코 아니었다. 일단 입법이 되면 이러한 법들은 일부 사법부에 의해서 무효가 되기도 하지만 대부분 실정법으로 남아있게 된다. 최근의 예로 미국정부는 1862년 남북 전쟁 때 만들어진 법을 이용하여 미국정부에 대한 테러를 모의했다는 이유로 셰이크 오마 압들-라만(Sheik Omar Abdel-Rahman)과 그의 추종자들을 기소하여 유죄판결을 내렸다. 세계무역센터와 오클라호마에서의 폭탄테러 이후 아랍국가나 극우 극단주의자 집단의 테러에 대한 공포는 미국의 정치인들과 일반 국민들 사이에 팽배해 있다.

최근 몇년간의 경험을 통해 미국인들은 공산주의 위협과 반전주의자들의 도전을 겪으면서 정치적 억압을 방지하기 위해 표현의 자유의 중요성에 대한 더욱 확고한 신념을 갖게 되었다. 미국인들이 테러리즘에 직면해서도 표현의 자유에 대한 신념을 지킬 것인지는 확실하지 않다. 사실 클린턴 행정부는 테러리즘에 대처할 능력을 강화하기 위한 법안을 제안하고 있다. 이러한 법안이 미국의 정부형태를 유지하는데 매우 중요하다는 것이다. 사실 정부의 자기보존은 국가안보문제에서 가장 근본적으로 제기되는 주장이다.

6) 정부의 보호가 가장 중요하다

정부의 자기보호는 국가안보 조치를 지지하는 가장 오래된 근거논리 중의 하나이다. 이것은 국가안보를 염려하는 사람들이 갖는 궁극적인 공포에서 기인한다. 미국인들은 이러한 주장을 1798년의 불순반역법(Alien and Sedition Acts)에 관한 토론, 20세기에는 평화시 반역법에 대한 토론에서 거듭 제기해 왔다. 정부를 유지하지 못한다면 어떤 권리도 보장되지 않는다는 것이 이들의 주장이다. 표현의 자유라는 것도 정부가 보호하는 것이는데 정부가 존재하지 않는다면 누가 당신의 표현할 권리를 보호할 것인가? 그래서 냉전시기에 미국인들은 표현의 자유를 보호하려는 공산주의자들의 노력을 비난하였다. 그 이유는 만약 공산당이 미국에서 집권하게 된다면 공산주의자들이 가장 먼저 할 일이 그들의 반대자들의 표현의 자유를 억압하는 것이라고 믿었기 때문이다. 따라서 공산주의자들의 표현의 자유는 정부의 존재를 보호하기 위하여 제한되어야 하고, 정부는 모든 사람들에게 표현의 자유를 보장하되 공산주의자만은 제외되어야 한다는 논리였다.

기껏해야 이것은 순환논리의 모순에 불과하다. 공산주의자들이 미국에서 집권할 가능성은 매우 희박했다.

반면 공산주의자들의 표현의 자유에 대한 침해는 매우 심각했다. 더욱이 단순히 핵심 공산주의자들의 표현만 침해당한 것이 아니라 공산주의자들에 의해서 지지를 받고 있는 사상이나 정책을 지지하는 사람들과 과거 공산당과 연관관계가 조금이라도 있었던 사람들마저 표현의 자유를 억압당하였다.

우리 대부분은 정부를 보호하는 것에 대해서 이의를 제기하지 않는다. 문제는 정부가 변화의 요구를 자신의 생존의 위협으로 여길 때 발생한다. 정부를 포함한 어떤 조직도 완벽하지 못하다. 따라서 모든 조직은 시간의 흐름에 따라 구성원들의 요구에 맞추어 스스로 변화해야 한다. 정부가 이러한 변화의 요구에 순응하는데 필수적인 것이 비판이다. 정부가 모든 비판에 재갈을 물린다는 것은 사회변화에 능동적으로 대처하는데 도움이 되는 힘을 차단하는 것이다.

시간이 흐르면서 미국인들은 정부를 비판하고 정부를 개혁하기 위한 계획을 제안하고, 그러한 개혁에 참여하는 것을 표현의 자유가 주어진 중심적 이유로 이해하였다. 그들은 정부를 보호하기 원하였으나 동시에 정부가 변화하기를 요구하였다. 실제로 미국 정부는 많이 변화해 왔다. 20세기 초 여성에게 투표권 부여, 연방 상원의원의 직선제, 비밀투표 실시 등은 극단주의자들이 요구하는 것으로 여겨졌다. 그러나 이러한 개혁요구들은 결국 실현되었고 미국정부의 구조에 변화를 가져왔다. 또 하나의 예를 들자면 1930년대 대공황기에 후버(Hoover) 대통령은 정부가 공공사업을 통해 실업을 해소하라고 요구하는 사람들을 위협스러운 과격주의자로 취급했다. 그러나 1933년 루즈벨트가 대통령이 되면서 수많은 공공사업이 실시되고 일자리가 마련되었으며 그렇게 함으로써 루즈벨트는 영웅대접을 받게 되었다. 또 닉슨 대통령이 반진주의자들을 경멸하고 억압하였지만 그는 결국 월남에서 미군을 철수시켰다. 정부의 변화를 요구한다는 이유로 표현활동을 억제하는 것은 미국이 성장하고 발전할 기회를 차단하는 것이다.

2. 국가안보에 대한 공포의 극복

지난 200여년간 미국인들은 국가안보에 대한 우려가 높았던 시절에 특히 표현의 자유에 대해서 많은 것을 배웠다. 그러나 이러한 교훈은 쉽게 배울 수 있는 것이 아니었고 따라서 미국인들을 종종 국가안보에 대한 우려에서 기인한 공포를 극복하지 못하여 동일한 실수를 반복하기도 하였다. 그러나 결국 미국인들은 교훈을 체득했고 인간의 이성적 판단을 통해 그러한 공포를 극복하였다. 지금까지 언급한 여섯 가지 문제점들을 다시 새겨본다면 어떻게 미국인들이 어려움을 극복했는지 알 수 있을 것이고 한국을 비롯한 아시아 사회에 적절한 교훈도 발견되리라 본다.

첫째로, 미국인들은 자신들이 늘 이성적 판단을 내리는 것은 아니라는 것을 알게 되었다. 우리의 생각들은 어리석고 산만하기도 하지만 그럼에도 불구하고 그런 생각을 표현해야 한다. 우리 대부분은 사상의 자유시장 이념을 신봉한다. 모든 사상들이 표현되어 자유롭게 경쟁한다면 결국 좋은 것이 채택이 될 것이라는 것이다. 미국인들은 대체로 어떤 이념들이 채택하기 적절한 것인지 구별할 수 있었다. 미국인들은 200여년동안 건전한 이념과 불순한 이념 속을 헤치며 지나왔다. 그리고 미국 정부도 시대변화에 따라 적절하

게 변화하여 왔다. 물론 가장 큰 어려움은 국가안보에 위협이 있다고 느껴질 때 정부가 변화에 긍정적 태도를 취하도록 만드는 것이다. 그러나 그러한 때에도 특정한 주장이 정당한 것이라고 정부를 확신시키는 것은 가능하다. 월남전에서 철수한 것이 바로 그러한 예이다. 우리가 정부체제 내에서 하나의 가치있는 목소리라고 주장하는 것은 근면과 용기를 필요로 한다. 그러나 인내를 갖는다면 그러한 변화는 성취될 것이다.

둘째로, 정부정책에 관한 정보의 접근문제를 해결하기 위해 미국인들은 정보의 자유법(Freedom of Information Act)이라는 것을 만들어 정부가 특정한 자료를 비밀로 할 수 있는 권리에 누구나 도전할 수 있도록 만들었다. 이러한 도전을 하는 사람들은 자주 승리한다. 만약 공식적인 법적 도전이 적절하지 않다면, 미국인들은 정보를 언론에 제공하는 정부관리나 그러한 것을 공개할 용기를 가진 언론을 높이 평가한다. 내부고발자의 폭로를 통하여 우리는 국가안보문제를 포함한 정부정책에 대해서 숨겨진 사실을 알게 된다.

셋째, 대부분의 미국인들은 국가안보에 관련한 것까지 포함한 어떤 이념에 대해서도 정부가 제한하려는 것에 대해 반대한다. 정부의 사상통제에 대한 개인들의 도전은 자주 강력하게 제기된다. 미디어 혁명의 시대인 지금은 이러한 통제가 훨씬 더 어려워졌다. 미국정부는 인터넷과 정보고속도로가 정부의 정보통제에 도전할 것이라는 것을 알고 있다. 그래서 클린턴 행정부는 미국의 국가안보에 위협하다고 간주되는 특정 정치적 반대세력들의 컴퓨터 통신을 정보기관이 암호해독을 통해 도청할 수 있도록 하려고 시도하고 있다. 정부의 주장은 테러리스트들에게는 표현의 자유를 주어서도 안되고 정부의 감시로부터 벗어난 통신수단에 접근하게 해서도 안된다는 것이다. 테러리스트로 의심받는 사람들의 표현의 자유를 제약하거나 적어도 그들의 통신을 도청하여 테러모를 적발해 내는 것에 대해서는 많은 사람들이 지지하고 있지만 또한 상당한 반대에 부딪히기도 하고 있어 이를 둘러싼 논쟁은 아직 끝나지 않았다. 자유주의자들에게는 테러리스트로부터의 위협보다 컴퓨터 통신에 대한 미국 정부의 통제가 훨씬 더 위협한 것이다.

넷째, 대부분의 미국인들은 정치적 반대세력들을 감시하고 그들의 행적을 기록하는 것을 용납하지 않고 있다. 정부의 존재에 도전하는 문제에 대해서 토의하는 것과 정부를 전복하려 시도하는 것은 별개의 것이다. 대부분의 미국인들은 정부의 존재가치에 도전하는 사람들도 원하는 대로 표현을 하도록 허용되어야 한다고 믿고 있다. 그러나 정부에 대항해서 무력을 사용하자는 얘기까지 나온다면 그때는 정부가 개입해야 한다. 물론 정부 관리들은 정치적 반대세력들 중 누가 그런 일을 할 것인지 알아내기 위해서는 그들을 감시해야 한다고 주장한다. 그러나 자유주의자들은 평화적인 정치적 행위를 감시하는 것은 용납할 수 없다고 단호히 말해왔다. 현재 의회는 자유주의자들의 입장을 지지하고 있다.

다섯째, 대부분의 미국인들은 정치적 반대세력을 억압하기 위하여 만든 법은 필요없다고 말한다. 그러나 불행하게도 미국인들은 과거에 제정된 악법들이 아직도 그대로 존재하고 있다는 사실과 많은 법적 조항들은 위헌가능성이 있다는 사실을 모르고 있다. 시

간이 지나봐야 알겠지만 이러한 법률들은 국가의 안보에 위협하다고 간주되는 사람들에게 다시 적용될 수 있을 것이다.

마지막으로 대부분의 미국인들은 정부형태를 유지하는 것은 매우 중요하다고 인정한다. 이러한 유지가 다른 가치를 넘어서는 것인지는 또 다른 문제이다. 많은 국민들은 국가안보에 대한 우려가 높은 때에도 정부는 국민들의 요구에 순응해야 한다고 생각할 것이다.

3. 민주사회에서 표현의 자유가 지닌 역할

미국인들이 어떻게 표현의 자유에 높은 가치를 두게 되었는가를 짧은 시간에 얘기하는 것은 힘들다. 표현의 자유에 대한 중요성을 이해해야 한다는 주장은 19세기 말과 20세기 초 정치적 반대세력들의 요구에 의해서 제기되었다. 그리고 그것은 사법권 영역으로 옮겨갔고 자유의 보호 정도에 대한 토의가 수년동안 계속되었다. 1차 세계대전이 끝나자 연방대법원은 표현의 자유에 관한 사건을 채택, 심리하기 시작했고, 1930년대에 이르러 대법관들은 수정헌법 1조를 폭넓게 해석함으로써 표현의 자유에 대한 가치를 높이고, 미국인들의 이해의 폭을 넓혔다. 여러분들이 표현의 자유의 범위를 넓히려고 노력하는데 도움이 될 것 같아 연방대법원의 판결에서 강조된 내용들을 소개한다.

첫째, 표현의 자유는 다양한 집단의 다양한 이념에 대한 토의를 의미하기 때문에 정부에게는 불편함을 가져올 수 있다. 이러한 많은 이념들이 자유롭게 개진될 수 있도록 하는 것이 정부의 의무이다. 만약 필요하다면 정부는 듣는 사람들이 이러한 의견개진을 어렵게 할 경우 표현을 하는 사람들의 편에 서서 개입해야 한다.

둘째, 표현의 자유는 시끄럽고 때로는 불쾌한 토론을 만들기도 한다. 사람들은 다른 사람들이 듣고 싶어하지 않는 언어를 사용할 수도 있다. 인신공격을 하거나 정부를 비판하는 등 듣는 사람을 불쾌하게 하기도 한다. 이러한 일은 표현의 자유를 보장하는 과정에서 생겨나는 자연적 부산물로서 보호되어야 한다. 매우 중요한 표현이 듣는 사람들을 아주 불쾌하게 만들 수도 있다.

셋째, 표현의 자유는 기존 질서에 도전을 한다. 만약 우리가 모두 지방정부나 중앙정부의 정책에 동의한다면 표현의 자유는 크게 필요하지 않을 것이다. 그러나 우리는 모두 동의하지 않으며 우리는 권력을 잡은 자에게 도전하고 변화를 요구할 권리가 있다.

넷째, 표현의 자유는 우리가 증오하는 사상에 대한 관용을 의미한다. 다시 말하건데 우리가 모든 이념에 서로 동의한다면 표현의 자유는 필요하지 않다. 우리가 증오하는 이념들은 정부를 훼손하는 것일 수도 있다. 그러나 자유사회에서 표현의 자유를 유지하려면 우리는 그들이 그러한 의견을 표현하도록 허용해야 한다.

다섯째, 표현의 자유는 미리 정한 정통성있는 견해가 있지 않다는 것을 뜻한다. 표현

의 자유가 주어진다 것은 우리가 어떤 사람과 어떤 문제를 놓고도 토론할 권리가 있다는 것이다. 우리는 그들의 마음을 변화시킬 수 있고, 반대로 그들이 우리의 생각을 바꾸게 할 수 있을 것이다. 어쨌든 표현의 자유는 종교나 정치, 국제관계 등 그 어느 것에 관해서도 토론을 시작하도록 허용하는 것이다.

그리고, 표현의 자유는 민주주의의 상징이다. 자신감 있는 정부는 자국민들이 어떤 주제에 대해서든 자유롭게 말하도록 허용하는 것을 두려워하지 않는다. 진실로 자신있는 정부는 그러한 토론을 통해 많은 것을 배우게 되고, 정부를 국민들의 요구에 좀더 순응할 수 있게 만드는 길을 찾아낸다. 그러나 그러한 것을 가져오는 토론은 언제나 즐겁고 아름다운 것이 아니며 가끔은 정부가 중요하게 생각하는 가치에 대해서 도전도 하게 된다. 그것이 진실로 표현의 자유가 시험되는 곳이다.

나는 미국인들이 완전한 표현의 자유를 누리고 있고 우리는 더이상 국가안보의 위협으로부터 생기는 공포에 의한 희생자가 되지 않을 것이라고 말할 수 있었으면 좋겠다. 그러나 나는 그것을 자신있게 말할 수 없다. 그것은 미국 역사를 통해 자유와 억압이 순환되어 왔기 때문이다. 내가 말할 수 있는 것은 미국인들이 표현의 자유에 대한 가치와 중요성을 오늘날 훨씬 더 많이 이해하고 있다는 것과, 그들이 표현의 자유보다는 국가안보가 더 중요하다는 정부의 주장을 훨씬 더 외면할 것이라는 것이다. 그런 면에서 우리는 루즈벨트 대통령의 또다른 연설을 우리의 것으로 만들었다. 1933년의 대통령 취임식에서 루즈벨트는 "우리가 두려워해야 할 것은 두려움 그 자체이다"라고 말했다. 공포는 스스로 번식하지만 국가안보에 대한 우려에서 생긴 공포는 표현의 자유에 의존하는 국가에 의해 극복될 수 있다. 자국의 정체성에 대해 확신하고 있고 국민을 신뢰하는 정부는 어떤 공포도 극복할 수 있다. 미국의 경험은 완벽한 것이 아니었다. 그러나 우리는 자유의 중요성을 점점 더 많이 알게 되었기 때문에 자유를 더 많이 보호하는 방향으로 나아가고 있다. 내가 여러분의 국가에 대해서 바라는 것은 바로 그러한 표현의 자유에 대한 가치를 인식하는 것이다.

<발표 2>

국가 안보, 의사 표현의 자유 및 정보 접근의 원칙들

- 요하네스버그 회의 결과

산드라 콜리버 Sandra Coliver
(ARTICLE 19 법률 프로그램 국장)

나는 'ARTICLE 19'이 95년 9월 남아프리카 요하네스버그 교외에서 개최한 한 국제 회의에서 전문가 그룹들이 기초한 국가 안보, 의사 표현의 자유 및 정보 접근에 관한 원칙에 대해서 발표를 하고자 한다. 전문가들이 모두 19개국에서 참여하였는데 어떤 사람들은 자국의 법률 및 관습법 전문가들이고, 또 일부는 국제법에 아주 조예가 깊었다. 한국에서는 조용환 변호사가 참석하였다.

요하네스버그 회의 참석자들이 내린 첫 번째 결정은 이미 국제사회에서 폭넓게 수용되고 있는 국제법 원칙들을 단순하게 언급하지 말자는 것이었다. 그 보다는 오히려 우리는 그 원칙들이 국가안보에 대한 적법한 관심을 적절하게 고려하고 있는 현존 국제법보다 의사 표현 및 정보의 자유를 잘 보장하고 있는 발전적인 기준을 반영해야 한다고 결정하였다. 가능한 범위내에서 그 원칙들은 국제재판소나 일국의 법원들이 수용한 몇 가지 조치를 담고 있는 개념을 기초로 삼았고, 이런 방식때문에 이 원칙은 국제사회에서 더 존중될 것이라고 기대하였다. 하지만 적절한 법적 전례가 없는 분야의 경우에는, 우리는 주저하지 않고 정부가 자신에게 너무 넓게 부여된 자유재량(discretion)의 한계(margin)를 남용하는 문제를 다루어온 우리의 경험에 근거해 새로운 기준을 만들었다. 따라서 우리의 출발점-결승점이 아닌-은 국제법, 특히 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR, B규약)이었다. 이 규약 제19조는 아래와 같다.

(2) 사람은 누구나 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리에겐 구두, 필기, 인쇄, 예술형태, 본인이 선택하는 그 밖의 전달수단으로 국경과는 무관하게, 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 얻고 전달하는 자유가 포함된다.

(3) 제2장에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 그러므로 이 권리에 일정한 제한이 가해질 수 있다. 그러나 그 제한은 법률에 규정되어 있고, 또 다음을 목적으로 삼는 것이어야 한다.

- (a) 타인의 권리 또는 평판에 대한 존중
- (b) 국가의 안전, 공공질서, 공중건강 또는 도덕의 보호

한국은 1990년에 이 규약을 비준하였고, 제1 선택의정서(First Optional Protocol)도 비준하였다. 이 의정서는 개인에게 규약에서 열거한 권리를 침해한 정부를 고소할 권한을 부여하고 있다. 1995년 7월 현재, UN 181개 회원국 중에 불과 85개국만이 선택의정서에 비준하였다. 따라서 남한의 이런 조치는 찬사를 받을 만한 것이다.

1992년 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)¹⁾는 한국 정부가 제출한 최초 보고서를 상당히 세밀하게 검토했다. 이사회는 "국가보안법을 지속적으로 운용하는 것이 우리의 관심사항"이라면서 "일반 법률과 특별하게 적용되는 형법으로도 충분히 국가 안보에 반하는 범죄를 다룰 수 있다"고 결론을 내렸다.²⁾

1995년 인권이사회는 선택의정서에 의거해서 한국을 상대로 한 최초의 개인 소송을 결정했다.³⁾ 노동조합 간부와 관련된 사건이었다. 1991년 2월에 그 간부(손종규)는 서울에서 400km 떨어진 거제도 조선소 파업에 연대를 표명하고 정부의 병력 투입을 비난하기 위하여 연대(Solidarity Forum) 회의를 소집했다. 노조 간부와 그 동료들이 체포되었다. 사업장과 직접 관련된 고용주, 피고용인 또는 노조를 제외한 다른 사람들이 노동쟁의에 개입하는 것을 금지하는 노동쟁의조정법 제13조 2항 위반으로 기소되었다. 그 간부는 징역 1년 6개월의 유죄판결을 선고받았다. 상고는 기각되었다. 그러나 유엔 인권이사회는 B규약 제19조 2항의 범위안에 있는 표현의 자유에 대한 권리를 그 간부가 침해받았다고 판결을 내렸다. 비록 한국 정부는 손씨의 발언이 전국적인 파업을 의도적으로 선동하였고, 그러한 전국적 파업이 국가 안보를 위협했을 것이라고 주장했지만, 한국 정부는 손씨의 발언이 어떤 방식으로 국가 안보를 위협했는지를 설명하는 구체적인 정보를 제시하지 못했다.

유엔 인권이사회는 한국 정부에 손씨에게 배상하고 노동쟁의조정법 13조(2)를 검토하여 폐지 혹은 개정하라고 지시했다. 한국 정부가 이에 따라 적절한 조치를 취했는지 나

- 1) 18명의 전문가로 구성되어 있는데 이들은 개인 자격으로 일하고 있으며 유엔 인권위원회의 정부 대표가 선출한다
- 2) Report of the Human Rights Committee, GAOR, 47th SEss., Supp. No. 40, UN Doc. A/47/40 (1994), at p. 123, para. 515.
- 3) Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea, application 518/1992, views adopted July 1995.

는 모른다. 정부들은 인권이사회를 결정에 준수하는데 종종 늦장을 부린다. 그러나 통계에 따르면, 80% 정부들이 결정의 80%를 따르는 것으로 추산되고 있다.

따라서 유엔 인권이사회는 한국 정부나 관련 조약 당사국 정부들을 공개적인 조사와 비판이 가능한 유용한 장을 제공한다. 그러나 이사회는 비판 자체만으로는 정부가 억압적인 국가보안법을 바꾸도록 하지는 못했다는 것을 부인하지 않을 수 없다. 이사회는 발언은 여러 가지 실천행동을 필요로 하는 전략의 한 부분이다.

앞에서 말한 원칙의 활용에 관한 것이 이 발표의 중심적 내용이다. 이 원칙들은 전문가의 심사숙고에서 나온 것으로, 정부가 국가 안보라는 이유로 강요하거나 강요해서는 안되는 표현이나 정보접근의 자유에 대한 제한에 대해 명백하고도 상당히 구체적으로 언급하고 있다. 이러한 원칙들을 설정하는 목적은 인권활동가들이 정부를 책임성있게 만들 수 있는 일련의 인정된 기준을 발전시키는 것이다. 이 원칙은 정부가 특정한 탄압 조치들을 중지하도록 요구하는데 사용될 때 더욱 비중을 지니게 될 것이다.

이 원칙들은 네 가지 영역을 다루고 있다. 1) 일반 원칙, 2) 표현의 자유, 3) 정보 접근, 4) 적절한 절차 보호(due process protection). 제1(d)에 규정되어 있는 기본 원칙은 다음과 같다.

정부는 (1) 법률에 규정된 제한과 (2) 민주 사회에 필요한 경우, (3) 정당한 국가안보 이익(legitimate national security interest)의 보호를 입증하지 못하는 한, 국가 안보를 이유로 표현 혹은 정보접근의 자유를 제한할 수 없다. 제한의 정당성을 입증하는 책임은 정부에 있다.

원칙 제2(a)에는 '정당한 국가안보 이익'의 의미를 상세히 규정되어 있다.

(a) 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가 무력사용 또는 위협에 맞서 국가의 존립과 영역적 통합성을 보장하기 위함이거나, 외적으로는 군사적 위협이나 내부적으로는 폭력적 정부전복의 선동과 같은 위협 또는 무력사용에 대처하는 국가의 대응능력을 보호하기 위한 경우 외에는 정당화되지 아니한다.

그리고 원칙은 정부가 할 수 있는 것과 없는 것에 관해서 자세하게 언급하고 있다. 주요 논지는 다음과 같다.

(1) 정부는 평화적인 수단에 의한 헌법의 변화를 평화적으로 옹호하는 것을 허용해야만 한다.(성취될 경우, 그 옹호된 목적이 근본적인 국제 규범을 위반하지 않는 한)

(2) 정부는 정부 부처의 운영에 관한 정보 접근을 보장해야 하며, 출판물이 정당한 정부

차원의 이익을 실제적으로 침해했다고 증명할 수 없다면, 정부의 잘못과 기타 공공 이익에 관한 정보를 출판한 것에 대해 처벌할 수 없다.

(3) 정부는 대중매체가 무력 갈등 상황을 보도하는 것을 허용해야 한다. 왜냐하면 바로 이러한 기간에 인권과 민주주의 그 자체가 가장 위험한 상황에 처하기 때문이다.

(4) 정부는, 국가 안보를 수호하기 위해서 적절한 절차 권리를 제한할 필요가 있다고 주장할 때, 특정한 제한의 불가피성을 입증해야만 하며, 이때에도 근본적인 적절한 절차 보호를 침해할 수 없다.

'ARTICLE 19'은 이 원칙들이 광범위하게 수용되어 더 유용하게 되도록 하기 위하여 전세계 민간단체들과 전문가들이 이 원칙을 승인할 것을 요청하고 있다. 우리는 또한 각국 및 지역의 민간단체들이 이 원칙들이 자신들의 특별한 상황에 보다 잘 부합되도록 이 원칙들을 적절히 수정하고 재출판할 것을 권고한다.

아울러 우리는 유엔의 전문가와 라틴아메리카, 유럽 및 아프리카의 지역 인권기구에서 활동하는 사람들이 자신들의 활동과 관련이 있을 때 이 원칙을 길잡이로 활용할 것을 요청한다. 우리는 이미 몇 가지 성공 사례를 가지고 있다. 의사 표현의 자유에 관한 특별보고관 아비드 후사인(Abid Hussain)은 1996년 유엔 인권위원회(Commission on Human Rights)에 제출할 보고서에 그 원칙들을 첨부한다고 약속했다. 이런 식으로 이 원칙은 대부분의 정부와 민간단체의 유엔 대표자들에게 배포될 것이다. 이 원칙은 6개 유엔 공식 언어로 번역될 것이다. 또 그것에는 유엔 문서보관소를 찾는 사람들이 손쉽게 찾을 수 있도록 유엔 공식 문서번호가 부여될 것이다.

판사 및 변호사의 독립(Independence of Judges and Lawyers)에 관한 유엔 특별보고관 파람 쿠마라수와미(Param Kumaraswamy) 씨는 다른 긴급 사안 때문에 유감스럽게도 요하네스버그 회의에 참석하지 못했지만, 그 역시 유엔 인권위원회에 제출하는 보고서에 이 원칙들을 언급할 계획이라고 밝혔다.(Kumaraswamy 씨는 현재 LAWASIA 의장이라고 점을 아는 사람도 있을 것이다. 전에는 말레이시아 변호사협회 의장을 역임했다. 1985년에는 선동 혐의로 기소되었지만, 고등법원에서 성공적으로 자기 변호를 했다.)

B규약 감시 기구인 유엔 인권이사회 위원인 엘리자베스 에바트(Elizabeth Evatt)는 요하네스버그 회의에 참석하였는데 그녀는 이사회회의 심의와 연관이 있을 때 그 원칙을 이용할 것이라고 말했다.

전미주(全美洲) 인권위원회(Inter-American Commission)와 인권재판소에서 자주 활동하는 두 명의 참석자들도 적절한 기회가 있을 때마다 이 기구들이 이 원칙에 관심을 갖도록 하겠다고 말했다. 이런 식으로, 우리는 국제 인권협약과 지역 인권 조약들을 해석하는데 하나의 지침으로 이 원칙이 점점 더 수용되기를 기대한다.

결론적으로, 아마 아태 지역만큼 국가보안법이 표현 및 집회의 자유를 위협하는 곳이

없다는 사실에 주목하고자 한다. 이런 이유 때문에 아태지역의 인권단체가 이에 대해 토론하고 내용을 증진시키는 것이 국가 안보에 관한 요하네스버그 원칙들을 발전시키는데 특히 중요하다. 'Article 19'은 아태지역의 억압적인 국가안보 법률들이 철폐되도록 이 원칙과 여타의 전략에 대해서 여러분과 협력하기를 기대한다.

발표 2의 첨부자료

국가안보, 의사 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙

The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information

서문(Introduction)

이 원칙들은 1995년 10월 1일 'ARTICLE 19'이 요하네스버그 근방 Mabula 소재 Witwaterarand대학 법학연구센터의 협조아래 개최된 회의에 참여한 국제법, 국가안보 및 인권에 관한 전문가그룹에 의해 채택되었다.

동 원칙은 국제법과 지역법 및 인권보장과 (특히 법원의 판결에 반영된) 국가관행에 관련한 기준, 그리고 국제사회에 승인된 일반법원칙들에 터잡고 있다.

동 원칙은 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약상 조항의 규제와 침해에 관한 시라쿠사 원칙(Siracusa Principles) 및 비상사태에서의 인권규범에 관한 파리 최소기준(Paris Minimum Standards)의 영속적인 적용을 인정한다."

4) 시라쿠사 원칙은 1984년 5월 국제법률가위원회(ICJ)와 국제형사법협회(IAPL), 국제법률가위원회 미국협회, Urban Morgan인권연구소 및 국제범죄학과고등연구소의 주최로 회합한 전문가 그룹에 의해 채택되었다. 파리 최소기준은 1984년 4월 국제법협회(ILA) 후원으로 모인 전문가그룹에 의해 채택되었다.

전문(Preamble)

동 원칙을 기초한 참가자들은:

국제연합헌장에 선언된 원칙들에 따라 모든 인류의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리들의 인정이 세계의 자유와 정의와 평화의 기초임을 깊이 생각하면서;

인민들의 독재와 억압에 대한 저항은 마지막 수단으로 불가피할 때 필수적이며, 인권은 법치주의에 의해 보장되어야 한다는 점을 확인하고;

표현의 자유와 정보의 자유는 민주사회에 본질적이며 사회발전과 복지 및 여타 인권과 기본적 자유의 향유에도 필수적이라는 인민들의 신념을 재차 확인하고;

세계인권선언, 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약), 아동의 권리에 관한 유엔협약, 사법권독립에 관한 유엔기본원칙(UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary), 인권 및 민중의 권리에 관한 아프리카헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights), 미주인권협약(American Convention on Human Rights) 그리고 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)의 관련조항을 고려하면서;

국가안보를 구실삼은 표현의 자유와 정보접근의 자유에 대한 정부의 수많은 부당한 규제들에 주목하면서;

국가안보를 이유로 한 표현의 자유와 정보접근의 자유에 대한 규제범위가 명확히 확정되어, 정부로 하여금 국가안보를 구실로 표현과 정보접근의 자유실현에 부당한 규제를 가하지 못하도록 보장할 것을 바라면서;

법치주의의 핵심적 요구들을 충족하는 간명한 규정의 입법을 통한 표현과 정보의 자유에 대한 법적 보장의 필요성을 인식하고;

독립된 법원에 의한 표현과 정보접근의 자유에 대한 사법적 보장의 필요성을 다시금 요청하면서;

다음과 같은 원칙들에 따라 국가적, 지역적, 국제적 수준에서의 적절한 기구가 동원칙들의 광범한 확산, 수용 내지 실현을 촉진하기 위해 나설 것을 요청한다:

I. 총칙(General Principles)

원칙 1 :

(a) 모든 사람은 간섭받지 않고 의견을 가질 권리를 보유한다.

(b) 모든 사람은 모든 종류의 정보와 생각을 각자의 선택에 따라 말, 문서, 인쇄물, 예술행식 또는 어떠한 매체의 형식으로든지 국경을 넘어 추구하고 수용하고 전달할 표현의 자유를 가진다.

(c) (b)항에 제시된 권리의 실현은 국제법에 확립된 바와 같이 국가안전보장을 포함한 특별한 근거에 의해 규제될 수 있다.

(d) 국가안보를 이유로 하는 표현과 정보의 자유에 대한 어떠한 규제도 정부가 그 규제가 실정법에 명문화되어 있고 민주사회에서 정당한 국가안보이익을 보호하기 위해 필요하다는 점을 제시하지 못하는 한 과해질 수 없다.⁵⁾ 규제의 정당성에 대한 입증책임은 정부에 있다.

원칙 1.1 : 법적 명문화(Prescribed by law)

(a) 표현과 정보에 관한 모든 규제는 법에 명문화되어 있어야 한다.

(b) 규제의 타당성에 대한 독립된 법원 또는 심판기관에 의한 신속하고 전면적이며 효과적인 사법적 심사를 포함하여 규제의 남용에 대한 충분한 법적 방지책이 마련되어야 한다.

원칙 1.2 : 정당한 국가안보이익의 보장(Protection of Legitimate National Security Interest)

정부가 국가안보를 이유로 정당화하고자 하는 표현과 정보에 대한 모든 규제는 정당한 국가안보 이익보장에의 순수한 의도와 명시적 효과가 있어야 한다.

원칙 1.3 : 민주사회에서의 필요성(Necessary in a democratic society)

표현 또는 정보의 자유에 대해 정당한 국가안보 이익보장에 필요한 규제를 하기 위해서는 정부는 다음을 제시해야 한다:

- (a) 특정사안에 대한 표현이나 정보가 정당한 국가안보에 심각한 침해를 가져올 것;
- (b) 부과된 규제가 국가안보이익보장을 위해 가능한 최소한의 제한수단일 것; 그리고
- (c) 규제가 민주주의 원칙에 부합될 것,

원칙 2 : 정당한 국가안보이익(Legitimate National Security Interest)

(a) 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가 무력사용 또는 위협에 맞서 국가의 존립과 영토적 통합성을 보장하기 위함이거나, 외적으로는

5) 이러한 원칙을 위해서 민주사회란 그 자신과 구별되는 실제 또는 조직을 위해서만 책임지는 정부를 보유하며, 투표자의 자유로운 의사표현을 보장하는 비밀투표에 의한 정기적인 보통선거가 실시되며, 집권정부에 맞선 정치단체의 조직이 자유로워야 하며, 독립된 사법기관에 의해 집행되는 기본권의 효과적인 법적 보장이 있어야 한다. 이러한 정형은 법치국가에 대한 정의(S. A. de Smith, *The Commonwealth and its Constitution*, London:Stevens & Sons, 1964)에 터잡고 있다.

군사적 위협이나 내부적으로는 폭력적 정부전복에의 선동과 같은 위협 또는 무력사용에 대처하는 국가의 대응능력을 보호하기 위한 경우외에는 정당화되지 아니한다.

(b) 특히 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가, 예컨대 정치적 위기나 부정에 대한 폭로로부터 정부를 두둔하려거나 특정한 이데올로기를 옹호하려거나, 국가공공기관의 기능에 대한 정보를 은폐하려거나, 노동운동을 탄압하는 것과 같이 국가안보와 무관한 이익을 보장하기 위한 것일 경우에는 정당화되지 아니한다.

원칙 3 : 비상사태(States of Emergency)

국가의 존립을 위협하는 비상사태에, 국제법과 지역법에 따라 공식적으로 법적으로 비상사태가 선포된 경우, 국가는 엄격하게 상황의 긴급성이 요하는 정도까지 정부의 여타 국제법상 의무와 충돌하지 않고, 또 않는 한에서 표현과 정보의 자유에 대해 규제를 가할 수 있다.

원칙 4 : 차별의 금지(Prohibition of Discrimination)

어떠한 경우에도 국가안보에 근거한 표현과 정보의 자유에 대한 제한이 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 견해, 태생, 국적, 재산, 출생 여타 지위에 근거한 차별과 관련되어서는 아니된다.

II. 표현의 자유에 대한 제한(Restrictions on freedom of expression)

원칙 5 : 의견의 보장(Protection of Opinion)

누구도 자신의 의견이나 신념으로 인해 어떠한 강제, 불이익이나 제재를 받아서는 아니된다.

원칙 6 : 국가안보를 위협하는 표현(Expression that Threatens National Security)

원칙 15와 16에 따라 정부가 다음의 경우임을 입증할 수 있을 때 정부는 그러한 표현을 국가안보에 대한 위협으로서 처벌할 수 있다. 즉

- (a) 표현이 즉각적인 폭력을 선동할 의도인 경우
- (b) 그와 같은 폭력을 선동하리라 여겨지는 경우
- (c) 그와 같은 폭력의 발생 또는 발생조짐과 표현 사이에 직접적이고도 즉각적인 관련이 있는 경우

원칙 7 : 보장되는 표현(Protected Expression)

(a) 원칙 15와 16에 따라, 표현의 자유에 대한 권리의 평화적인 행사는 국가안보에 대한 위협으로 간주되어서는 아니되며, 어떠한 규제나 형벌도 과해져서는 아니된다. 국가안보에 대한 위협이 되지 아니하는 표현은 다음의 예를 포함하며 이에 한정되지 아니한다.

- (i) 정부정책 또는 정부자체의 비폭력적 교체를 옹호하는 표현
- (ii) 국가, 국가의 상징, 국민, 정부, 정부기관 내지 공무원(Public Officials)⁶⁾ 또는 외국, 외국의 상징, 국민, 정부, 정부기관 내지 공무원에 대한 비판 또는 모욕적 표현
- (iii) 종교, 양심 또는 신념에 따른 징병, 특정분쟁, 국제분쟁해결을 위한 무력사용 또는 무력위협에 대한 반대표현 또는 반대에 대한 옹호적 표현
- (iv) 국제적 인권기준 내지 국제인권법에 대한 침해주장 사실의 통보(communicating information)에 관련된 표현

(b) 누구도 비판이나 모욕이 폭력을 선동하려는 의도가 아닌 한, 국민, 국가 내지 국가의 상징, 정부, 정부기관이나 공무원 또는 외국국민, 외국 또는 외국의 상징, 정부, 정부기관 내지 공무원을 비판하거나 모욕했다는 이유로 처벌되지 아니한다.

원칙 8 : 국가안보를 위협할 수 있는 행동의 단순한 선전(Mere Publicity of Activities that may threaten National Security)

단지 정부가 국가안보 기타 이익을 위협한 것으로 선언한 단체에 관해서 또는 그 단체에 의해 발표된 정보를 전달했다는 이유만으로 표현이 금지되거나 처벌되어서는 아니된다.

원칙 9 : 소수언어 내지 기타언어의 사용(Use of Minority or Other Language)

문서에 의한 표현 내지 말에 의한 표현이 결코 특정언어, 특히 소수민족언어라는 이유만으로 금지되어서는 아니된다.

원칙 10 : 표현에 대한 제삼자의 부당한 침해(Unlawful Interference with Expression by third Parties)

정부는 정부나 정부정책에 대한 비판적 표현일지라도 사적 단체나 개인이 표현의 자유의 평화적인 행사를 불법적으로 방해하지 못하도록 합리적인 조치를 취할 의무가 있다. 특히 정부는 표현의 자유를 부인하기 위한 불법적 행동을 규제하고 이에 책임있는 자를 수사하고 사법처리할 의무가 있다.

6) 동 원칙의 취지에 따라 '공무원'에는 국가원수, 정부수반, 장관을 포함한 모든 정부공무원, 준장교, 보안군, 경찰, 선출직 공무원을 포함한다.

III. 정보의 자유에 대한 제한(Restrictions on freedom of information)

* 정보에 대한 접근(Access to Information)

원칙 11 : 총칙

모든 사람은 국가안보에 관련된 정보를 포함해서 공공기관으로부터 정보를 획득할 권리를 가진다. 정부는 규제가 법에 규정되어 있고 민주사회에서 정당한 국가안보이익을 보장하기 위해 필요하다는 점을 입증하지 못하는 한, 국가안보를 이유로 정보의 자유에 대한 권리에 어떠한 규제도 가할 수 없다.

원칙 12 : 안보예외에 대한 세밀한 명시(Narrow Designation of Security Exemption)

국가는 국가안보 전반에 관련된 정보에 대한 접근을 부인해서는 아니되지만, 정당한 국가안보 이익보장을 위해 유보할 필요가 있는 정보영역을 세밀히 법에 명시해야 한다.

원칙 13 : 정보공개에서의 공익(Public Interest in Disclosure)

정보획득의 권리에 관련한 모든 법과 결정은 정보공개에 따른 공익을 우선적으로 고려하여야 한다.

원칙 14 : 정보공개외의 장단점을 심사할 권리(Right to Review on the Merits of Denial of Information)

국가는 정보획득권을 실행할 수 있도록 적절한 조치를 취할 의무가 있다. 이러한 조치들은 국가기관으로 하여금 정보에 대한 요청을 거부하는 경우 가능한 한 즉시 문서로 거부사유를 밝힐 것을 요청하며, 거부의 이익과 유효성에 대해 사법적 검토를 포함하는 독립된 기관의 재심사권이 주어질 것을 요청한다. 이 심사기관은 유보된 정보를 심사할 권리를 가져야 한다.⁷⁾

* 비밀정보의 공개(Disclosure of Secret Information)

원칙 15 : 총칙

누구도 다음과 같은 경우 국가안보에 관련된 정보공개를 이유로 처벌되어서는 아니된다 :

7) 사생활의 권리와 같이 개인에 대한 기록된 정보의 획득 내지 정정에 대한 그밖의 근거들은 이 원칙들의 범위를 벗어난다.