

헌법질서에 합치된다고 보고 있다.

사형제도의 존치여부에 관한 논의는 어제 오늘의 일은 물론 아니다. 한국에서도 여러 가지 관점에서 사형폐지론과 존치론이 대립하고 있는 현실에서 본인은 특히 사형제도에 관한 헌법재판소와 대법원의 판결 및 법무부의 입장내용과 그 내용에 관한 비판을 중심으로 언급하고자 한다.

## II. 한국형법상 사형제도의 현상

본인의 견해로는 한국에서 사형이 아주 폭넓게 인정되고 있는 셈이다. 이것은 살인죄인 현행 형법 제250조를 포함하여 89개의 죄에서 법정형으로 사형을 규정하고 있는 것만 보아도 알 수 있다. 또한 사형의 宣告率도 아주 높아서 군사법원의 실태를 제외하고도, 기록상에 나타나있는 일반법원의 사형사건의 경우 1960년 이후만 하더라도 1960년에는 38명에 대해 사형을 선고했고, 1971년에는 무려 45명에 대해 사형을 선고했다. 사형의 집행도 거의 해마다 있었으며, 이른바 문민정부가 구성되었던 최근의 경우만 하더라도 1994년에는 15명, 1995년에는 19명 그리고 1997년 12월에는 23명에 대해 사형이 집행되었다. 따라서 한국에서 사형의 현실은 그 법정형의 차원에서 뿐만 아니라, 선고와 집행의 차원에서도 아주 폭 넓게 인정되고 있다.

## III. 사형폐지에 대한 헌법재판소의 입장

최근에 헌법재판소는 사형제도의 합헌성여부에 대하여 9대2의 찬성으로 사형을 합헌으로 결정했다. 그 결정요지는 다음과 같다.

법상 사형제도를 금지하지 않고 있고, 아울러 우리 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 볼 때 국가의 형사정책으로서 질서유지 및 공공복리를 위하여 형법이 사형이라는 처벌의 종류를 규정하고 있고, 행정법 제57조 제1항이 그 집행절차를 규정하였다고 하여도 그것이 헌법상 보장된 신체의 자유나 생명권을 침해하는 입법이라고 할 수 없다. 사형을 선고받게끔 한 범죄나 피해자의 생명의 가치를 고려하지 않고 사형 자체가 인간의 존엄과 가치를 부정하는 형벌이라고 단정함은 타당성이 없고, 형벌의 본질이 응보에도 있다고 할 수 있는 만큼 반사회적 범죄에 대하여 가하여지는 사회의 도덕적 반응의 표현으로서의 사형제도는 사회안정에 기여함은 물론 범죄 피해자 및 일반인의 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하는 효과도 있다고 할 것이어서 사형제도를 규정한 각 법률은 헌법에 위배된다고 할 수 없다(헌법재판소결정 89헌마, 법률신문 1994년 1월 20일, 12쪽 참조). 사형제도의 존폐는 그 나라의 정치적·사회적 및 역사적·문화적 환경과 깊이 결부되어 있는 문제라 할 것이므로 이상적이고도 가치지향적 결론만 좇아 사형제도의 폐지를 운위하는 것은 온당치 않다. 가정과피범, 폐강도 등 치안문제가 중요시되는 현시점에서 사형이 가지는 강한 위하력에 의한 범죄방지 효과라는 관점에서의 존치론이 압도적이다. 생명권이라 하여 그 자체로서 무한정하게 인정되어야 하는 속성을 가졌다고는 볼 수 없으므로 그 생명권이 다른 생명권을 불법하게 침해할 경우, 사회규범적 가치판단이 개입하게 되는 제약을 면치 못한다. 따라서 이런 관점에서 사형제도는 바로 우리 헌법에서 예상하고 있는 형벌의 한 종류로서 헌법질서에 반하지 아니한다(헌법재판소결정 95헌바1, 법정신문 1996년 12월 9일, 5쪽 참조).

① 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적인 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피하게 선택된 것이며, 지금도 여전히 기능하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다고 할 것이고, 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 종류이기도 하므로 아직은 헌법질서에 반하는 것이라고 판단되지 아니한다.

② 우리 문화수준이나 사회현실에 미루어 보아 완전히 무효화시키는 것이 타당치 않아 아직은 현행헌법질서에 위반되지 않는다고 판단했으나, 사형이란 형벌이 일종의 “제도살인”의 속성을 벗어날 수 없는 점에 비추어 우리의 형사관계법령에 폭넓게 사형을 법정형으로 규정하고 있는 법률조항들(89개 조항)이 과연 행위의 불법간에 적정한 비례관계를 유지하고 있는지를 개별적으로 따져야 할 것임은 물론, 나아가 비록 법정형으로서의 사형이 적정한 것이라 하더라도 이를 선고함에 있어서는 특히 신중을 기해야 한다.

③ 형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 살인의 죄는 인간생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이런 범죄에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 보아 반인륜적 범죄라고 규정지을 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있다. 따라서 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한, 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 선택이라 볼 수밖에 없으므로 이를 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어, 헌법에 위반되는 것이 아니다.

## IV. 사형제도폐지의 정당성

### 1. 인간의 존엄성 확보를 위하여

헌법의 근본정신 내지 근본규범이라고 볼 수 있는 헌법 제10조의 “인간존엄권”과 제37조 2항 단서에서 본질적 인권의 침해금지를 통하여 우리 헌법은 근본적으로 사형제도를 부정적으로 보고 있다고 해석되어진다.

이 점을 분명히 하기 위해서 우리는 헌법 제10조 및 제37조 2항 단서규정의 근본정신을 검토해 볼 필요가 있어 보인다. 이를 위해 우리는 무엇이 인간의 존엄과 가치이고, 또한 무엇 때문에 그런 가치가 다른 법익보다 우월적으로 보장되어야 할까라는 문제에 직면하게 되고 또한 이를 답해야 한다고 본다. 그리고 그에 대한 대답은 다음과 같은 것에 근

거에 토대를 두고 있다고 보여진다.

인간은 모든 생물과 마찬가지로 생존의 본능과 종족보존의 본능을 갖고 있다. 이러한 본능은 인간 자신에게 절대적인 것이어서 넓게는 인류나 민족을 위하여, 좁게는 자기가족과 자기자신을 위하여 포기할 수 없는 것으로 인정된다. 이러한 생각은 극히 인간 본위적이긴 하지만, 인간은 그 자신의 능력을 최대한 꽃피워 행복한 삶을 영위하기 위해, 우리는 그와 같은 생각을 불가피한 것으로 전제한다. 이러한 맥락에서 인간이 다른 생물들에 대한 가치적 우위를 확고히 하고, 그와 같은 생각에 대한 객관적인 설득력을 갖도록 하기 위하여, 우리는 "인간이 다른 생물들과 근본적으로 다르면서 존경받을 만한 가치가 있는 주체"로 인정한다. 그리고 그와 같은 가치는 "인간은 자신의 자율적 의사에 따른 행동능력을 가졌다"는 데에 주목한다. 즉 인간은 다른 동물에 비해 근본적으로 다른 점은 소극적으로는 본능적 행동양식으로부터 광범위하게 자유롭다는 데에 있고, 적극적으로는 그의 행위의 올바른 지침을 자신의 통찰력으로써 발견하고, 또한 설정할 수 있을 뿐만 아니라, 그에 따라 행동할 수 있는 능력을 가지고 있다는 데에 둔다. 따라서 인간은 자신에게 주어진 객관적 사정에 그대로 따르지 아니하고, 자신의 행위를 조종해 나가면서 그 무엇인가를 적극적으로 형성할 수 있는 능력을 구비하고 있기 때문에 인간의 사회적 생존을 위해서 인간은 그 자신의 능력에 어울리는 행동을 해야 할 책무를 지니게 된다. 인간은 이런 책무를 지닌 이성적 존재로서 인격의 주체가 될 수 있다는 데에 보호해야 할 존귀한 가치가 있는 것이다. 그러므로 인간으로서의 존엄성이란 것은 사회적 책무를 지닌 주체적 인간이며, 바로 인간의 본질로 간주되는 인격성을 말한다. 이러한 인격성은 양도하거나 포기할 수 없는 불가침적 권리인 것이다. 이러한 이유로 인간의 존엄성은 정신적으로 자율권을 갖는다는 점에서 존엄하고, 이러한 정신적 자율권은 그러나 인간의 생명과 육체를 전제로 하여야만 된다. 따라서 인간의 생명권과 육체에 대한 불가침권도 역시 인간 존엄의 핵심이라고 말할 수 있을 것이다. 이에 따라 인간의 자율적 의사에 대한 본질적 침해행위 뿐만 아니라, 인간의 생명이나 육체에 대한 본질적 침해도 역시 인간의 존엄을 해치는 행위라고 본다. 그러므로 사형제도는 인간이 인간 스스로에게 부여한 존엄을 침해하는 자기모순이자, 인간이 지극히 인간적이라는 인간자신의 본능에 반하는 것이다.

## 2. 헌법 제110조에서 사형제도를 인정하기 때문이라는 이유로 사형제도의 존치론을 옹호하는 입장의 부당성

우리 헌법은 물론 제110조 제4항 단서를 통해서 사형제도를 전제하고 있음은 틀림없는 사실이다. 그리고 형법 제41조에서 형벌의 종류로써 사형을 첫 번째로 열거하고 있을 뿐만 아니라, 형법 제93조의 與敵罪는 법정형으로서 사형만을 허용하고, 행형법 제13장에서

는 사형의 집행방법 등에 관해서 규정하고 있다. 즉 사형제도는 형법이나 행형법상으로 뿐만 아니라, 헌법상으로도 인정하고 있다. 그러나 이 사실만을 가지고 우리 헌법은 인간의 기본적 인권을 본질적으로 침해하는 사형제도를 무조건 용납하고 있다고 단언적으로 말할 수 없다. 그러한 이유는 두 가지 점에 있다.

그 첫 번째 이유로 헌법의 근본정신 내지 근본규범이라고 볼 수 있는 헌법 제10조의 "인간존엄권"과 제37조 제2항 단서에서 본질적 인권의 침해금지를 통하여 사형제도를 부정적으로 보고 있다는 점이다. 즉 우리 헌법의 근본정신은 인간존엄성의 확보를 중시하고, 이를 위해 기본권을 유보할 때에도 국가안전보장·질서유지 및 공공복리를 위하여(목적상의 한계), 필요한 경우에 한하여(방법상의 한계), 법률로써(형식상의 한계) 제한하는 것에 국한되고, 이와 같은 한계 내에서 제한하는 경우에도 그것의 본질적 가치를 침해할 수 없으며, 따라서 인간존엄권 내지 본질적 인권은 다른 무엇보다 높은 가치에 두고 있다는 점을 분명히 하고 있다. 결국 헌법 제37조 제2항을 통해서 헌법이 달성하고자 한 것은 인간의 존엄과 가치의 확보에 있다고 믿어지며, 어떠한 다른 이유로도 그와 같은 가치의 본질적인 것을 훼손시킬 수 없을 것이다. 이 때문에 헌법 제110조 제4항의 단서가 제아무리 헌법상의 규정이라 하더라도 한국의 헌법 정신에 관계되는 근본규범이라고 볼 수 있는 헌법 제10조 및 제37조 제2항 단서규정에 반하여 적용될 수 있는지는 의문이다. 이 점은 이미 바로 위에서 상론한 바 있다. 즉 그 결론에 의하면 사형제도는 인간이 인간 스스로에게 부여한 존엄을 침해하는 자기모순이자, 인간이 지극히 인간적이라는 인간자신의 본능에 반한다는 점이다. 이에 따라 인간의 존엄은 우리 인간이 인간다운 생활을 가능하기 위한 최후의 보류로써 인정한 가치이기에 이에 상충하는 헌법규정, 예를 들면 헌법 제110조 4항 단서가 전제한 사형허용은 우리 인간의 근본가치를 보장하려는 정신에 반할 수 있는 규정이다. 이러한 의미에서 헌법재판소의 다수의견이 사형제도의 합헌성으로 내 새우는 헌법 제110조 제4항 단서는 실정 헌법적 근거로 보는데 문제가 없는 것이 아니다. 즉 우리의 헌법질서에서 인간의 존엄과 가치가 지니는 위치를 살펴볼 때, 헌법 제110조 제4항 단서가 헌법적 지위를 갖는 법규범이라 하더라도, 이 규정이 사형제도를 합법으로 보는 한, 이 규정의 상위규정이자 헌법상의 근본가치보호규정인 헌법 제10조와 헌법 제37조 제2항에 반할 수 있는 것이다<sup>4)</sup>. 비록 헌법 제110조 제4항 단서가 군사법원에서 사형제도의 전제를 예외적으로 인정하고 있더라도 인간이 제정한 헌법은 인간적 실수로 인해 헌법상의 모순을 품을 수 있음을 무시해서도 안 된다. 더욱이 그런 모순은 그러나 헌법의 근본정신에 따라 극복되어야 한다. 이런 이유에서 헌법의 근본정신은 인간의 존엄성보장에 있을 때, 그것에 배치되는 지엽적 헌법조문 제110조 제4항 단서가 우리 헌법에서 사형제도를 전제하고 있다는 이유로 사형제도가 무조건 위헌이 아니란 주장은 무리가 있어 보인다.

4) 헌법재판소재판관 김진우, 헌법재판소판례집 제8권 2집, 553쪽 이하 참조.

두 번째 근거로 헌법 제110조 제4항 단서가 명시적으로 사형제도를 인정하고 있음은 분명하지만, 이 규정이 우리 헌법의 근본규범의 정신과 배치되는 문제를 제외하고서도, 어떠한 경우에도 일반적으로 사형제도를 인정하고 있다는 점을 명시한 사형제도 호헌성의 일반규범의 근거라고 볼 수 없다. 즉 헌법의 이 단서규정은 그 본문상의 특수한 사정, 예를 들면 비상사태라는 특수한 사정으로 인한 군사법원에서의 적용가능한 규정일 뿐이다. 이 때문에 헌법 제110조 제4항 단서가 예상하는 것은 사형제도의 일반적인 許容性을 말하려는 것이 아니라, 특수한 사안인 비상사태 등의 경우에 한해서 그리고 군사법원에서 예외적으로 인정될 수 있다는 것을 말할 뿐, 이러한 제한된 예외사유에 해당되지 아니하면 사형제도는 결코 허용할 수 없다는 강한 의사표시라고 생각된다. 그러므로 설사 백보를 양보하여 우리 헌법 제110조가 우리 사회방위체계상 전시 등의 경우 사형제도를 불가피하게 인정하는 규정이라 하더라도, 그것은 戰時와 같은 비상사태라는 예외적 상황에서 인정될 수 있는 것뿐이지, 이를 확대 적용하여 평상시의 범죄자들에 대한 사형제도의 호헌성을 담보할 수 있는 규정이라고 무조건 해석해서는 안될 것이다.

### 3. 응보욕구와 범죄에 대한 위하력의 허구성

사형제도의 존치론을 주장하는 분들은 그 근거를 우리의 헌법재판소의 견해처럼 인간의 동해보복심리와 범죄에 대한 위하력에서 주로 찾는다. 물론 형벌의 행사는 범죄피해자에 대한 일정한 보상심리를 가져다줌을 배제할 수 없고, 또한 보상적인 기능을 해야만 사적인 복수를 억제할 수 있을 것이다. 그러나 형벌의 주된 기능은 피해자의 보상심리에만 있는 것이 아니고, 더욱 본질적인 것은 형벌을 통해서 사회평화를 달성하려는데 있는 것이다. 형벌이란 오직 죄를 범한 만큼 받게 되는 고통으로 끝나는 것이 아니라, 과거의 잘못된 행위에 대한 사회적 비난이란 응답을 치름으로써 장래에 일반인에 대한 범죄예방뿐만 아니라, 범인 당사자도 다시는 죄를 짓지 못하도록 하는데 있다. 즉 어떤 범죄에 대해서도 범인에 대한 재사회화의 관점없이 오직 응보적 관점이나 일반예방적 관점에서만 형벌을 내려서는 안 된다. 왜냐하면 형벌의 목적에서 요구하는 책임형벌, 일반예방형벌 및 재사회화를 위한 형벌이라는 3요소는, 범죄는 오직 개인의 책임만이 아니며, 정상적 개인도 위급시에는 동물적 속성을 극복하기 힘들며, 모든 인간은 생리적으로나 정신적으로 잘 통제할 수 있을 만큼 언제나 성숙되어 있는 것은 아니라는 점에 기초하고 있기 때문에, 형벌에 있어서 재사회화의 관점은 불가결한 원리이다. 그런데 사형은 형벌의 목적에서 볼 때도 특별예방적 관점이 철저히 배제된 형벌이므로, 극복되어야 할 제도이다.

사형은 물론 범죄예방에 위하력이 없는 것이 아니다. 다소의 위하력이 있음은 사형을 집행한 직 후에는 반인륜적인 범죄가 상당수 줄어든다는 것은 이제 상식에 속한다. 그러나

사형집행이 가져다주는 위하력은 제한적 경우에만 한정된다는 데에 문제점이 있다. 즉 살인사건 등 반인륜적 범죄의 상당수는 적어도 서로 아는 사이에 그리고 술을 상당히 마시고 난 후에 일어난다고 한다. 특히 순수 살인사건의 경우 독일의 예를 보면 약 75% 정도가 술기운이 상당히 된 상태에서 사소한 말다툼에서부터 시작하여 폭행과 상해를 하는 과정에서 어느 한 사람은 힘이 세서 혹은 운이 좋아, 또는 좋은 무기가 있어 죽이게 되어 죽일 놈이 되고, 다른 한 쪽은 운이 없어 혹은 무기가 좋지 않아 죽게 되어 불쌍한 놈이 된다고들 한다. 그리고 나머지 25% 정도에서도 일부는 행위시에 자기통제력을 제어할 수 없거나 미약한 상태에서 하는 경우도 있어, 사실상 계획적 살인사건은 전체 살인사건의 일부분에 지나지 않는다. 설사 범인이 계획적으로 살인을 했다하더라도 그는 살인에 대한 사형이란 형벌을 제1차적으로 고려한 것이 아니라, 어떻게 하면 수사망을 피할 것인가가 더 우선적인 문제로 생각한다. 그 때문에 사형이란 형벌이 가져다주는 흉악범죄 예방이나 흉악범죄 억제효과는 미미한 것이고, 그 보다는 오히려 범죄를 범하면 잡힌다는 의식을 심어주도록 과학적이고 철저한 수사가 흉악범죄 예방이나 흉악범죄 억제에 더 효과가 있는 것이다.

이러한 점에서 볼 때 비록 사형이 반인륜적 범죄행위를 방지하는데 위하력이 있다 하여도 앞에서 보는 것처럼 지극히 한정된 계획적 범죄에 불과하다. 또한 계획적 범죄에 대한 犯罪抑止力도 사형집행이 있으면 지속적으로 있는 것이 아니라, 그 효력은 기껏해야 한 두 달을 넘기지 못한다고 한다. 바로 이러한 이유 때문인지 예를 들면 사형집행이 거의 없었던 1974년부터 1976년 11월까지<sup>5)</sup>는 사형선고를 받는 중범죄자는 해마다 약 30여 명내외였는데 반해, 사형집행이 있었던 1974년 이전 4년간에는 해마다 38명여명 내의 중범죄자가 발생했다. 이는 사형불집행이 곧바로 중범죄의 폭증을 가져다준다는 가설이 맞지 않다는 증거이다.

### 4. 한국의 문화수준이나 현실적 여건을 이유로 한 사형제도 존치입장의 부당성

살인제도는 물론 아주 예전부터 있어 왔다. 또한 전세계적으로 모든 나라가 사형제도를 당연한 형벌로 인정해왔던 역사도 있었다. 그리고 18세기 이전까지만 해도 사형은 범죄방지와 사회질서유지에 필요한 거의 유일한 제재수단으로서 사소한 범죄에 대해서까지 사형제도를 존치하였다. 그것은 당시의 국가재정이나 치안유지 능력 등이 오늘날 형태의 자유형의 실현을 불가능하게 한 것도 한 요인이랄 수 있다. 그런데 사형의 지속적 실현으로 우리 국민이나 민족에게 사형은 당연한 것이고, 살인을 하면 그에 어울리는 동해보복이 필요한 것으로 이해한다는 것은 우리의 오래된 사형에 대한 관습이 우리의 마음 속

5) 이 기간에는 황산덕씨가 법무부 장관으로 재임시로 독실한 불교신자였던 황장관은 육영수여사의 살해범인 문세광에게만 집행명령을 내렸고, 일반 사형수에겐 한번도 집행명령에 결재를 하지 않았다고 한다. 문세광에 대한 집행명령서도 자신의 제주도 출장 중 법무차관이 대신했다고 한다.

깊이 길들여져 있기 때문이 아닌가 하는 생각이 든다.

그러나 오늘의 우리는 하등동물이나 미개한 민족이 아니라, 사리를 제대로 파악하고 그에 따라 활동할 수 있는 이성적 인간이다. 그리고 형법이라는 것이 지고의 선이 아니라, 오직 최후의 수단으로 이용되어야 하는, 그래서 장래 가장 빨리 없어져야 할 법이란 점을 우리가 바르게 인식한다면 동해반복의 형벌, 따라서 살인에는 사형이라는 것이 우리 민족의 감정에 어울리는 것이라고 보는 생각은 우리 민족을 지나치게 무시하는 생각으로 보여진다.

또한 사형제도의 존치이유를 공공복리 등의 현실적 여건에서 찾는 견해도 동의할 수 없다. 대법원은 "국민의 모든 자유와 권리는 질서를 유지하고, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있음을 헌법이 허용하였는바, 현재 우리 나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사상 정책으로써 질서유지와 공공복리를 위하여 사형을 허용하는 것은 헌법에 위반된다고 할 수 없다"<sup>6)</sup>고 하였다. 그러나 대법원의 이와 같은 견해는 두 가지 점에서 비판된다. 첫째로 대법원은 이와 같은 결론에 이르기까지 지나친 논리비약을 범했다. 즉 "... 생명은 한 번 잃으면 영원히 회복할 수 없고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 한 사람의 생명은 전지구보다 무겁고 또 귀중하고도 엄숙한 것이며, 존엄한 인간존재의 근원인 것이다"고 천명했으면, 생명의 가치는 한반도의 가치보다 훨씬 크다는 것을 강조한 것이고, 그렇다면 한반도 안에서 야기되는 어떤 이익보다 생명의 가치는 더 크다고 해야 할 것이다. 그런데도 불구하고 사형제도는 대한민국의 특수한 여건이나 공공복리 등에 의해서 제한 가능하다고 하여, 결과적으로 생명의 가치는 한반도 보다 작다고 하는 이해하기 힘든 논리를 구성했다는 점이다. 둘째로 대법원은 한편에서 생명에 대한 절대적 가치를 인정하면서도 다른 한편에서 생명권에 대한 제한가능성을 인정한 생명에 대한 상대적 가치를 주장하는 모순성을 보였다는 점이다.

#### 5. 인권옹호를 담보해야 할 한국 형사사법의 역사적 현실에서 본 사형제도의 부당성

아직도 실제법의 내용뿐만 아니라, 적법절차도 국민의 기본적 인권보장을 위해 선진국 수준으로 완전하게 정착하지 않는 이 한국 땅에서 사형제도는 한편으로 정치적 반대자를 위해 악용되거나, 다른 한편으로는 오판에 의해 무고한 사람들이 형장의 이슬로 사라지게 했다.

즉 사형제도의 존치는 20세기에 들어와서도 일제하의 식민지 통치를 위해서 뿐만 아니

6) 대판 1963. 2. 28, 선고 62도241.

라, 8·15 해방 이후에도 독재정권 내지 군사정권 등 권위주의적 통치의 수단으로써 이용되어 왔다. 지난 반세기만 하더라도 권위주의적 정권 아래서는 대통령의 권력강화를 주된 목적으로 사소한 사건을 정치적으로 대단한 것처럼 조작하여 사형을 선고케 하거나 민주적 인사나 정치적 반대자를 제거하여 지속적 정권장악의 한 방법으로 이용하려고 했던 일도 적지 않다<sup>7)</sup>.

사형제도의 정치적 악용은 오판을 야기하고, 또한 그런 오판은 사형과 결부되는 경우가 허다하며, 사형제도의 존치로 사형의 집행은 사형을 당한 당사자에게는 오판을 시정할 기회를 가질 수 없게 한다. 그 예로 6·25 당시에 있었던 한강철교폭파사건의 오판은 무고한 자의 희생을 야기했다. 사형이 집행이 된 후, 그 사건이 오판임이 밝혀졌지만, 그 오판으로 희생된 자는 그 무엇으로도 보상될 수 없었다<sup>8)</sup>. 비슷한 사례가 한국 땅에서 적지 않다는 것이 문제이다. 국제인권옹호 한국연맹의 조사에 따르면, 한국의 전체 법원 중 35%가 한번 이상 오판의 경험을 갖고 있다고 한다<sup>9)</sup>.

#### 6. 사형제도의 폐해

사형이란 범죄 피해자 측에는 일시적인 보상감을 줄 수 있을지는 모르지만, 사형을 당한 당사자에게는 비인간적이고, 야만스럽기 짝이 없는 잔인한 고통 바로 그 자체이며, 인간성을 말살하는 참을 수 없는 고통만을 안겨줄 뿐만 아니라, 돌이킬 수 없는 생명의 희생을 초래한다. 그것만이 아니다. 사형 당사자의 직계존비속에게도 일생 동안 가슴에 못박는 일이다. 형벌은 죄를 범한 그 자신에게만 미쳐야지 사형처럼 사형수의 부모에게 인간적으로 참을 수 없는 고통을 가져다주는 것은 또다른 사형인 셈이며, 그 때문에 그 직계존비속의 삶의 질을 근본적으로 초토화시키는 것이 된다. 자식이 부모에게 범한 가장 큰 불효는 자식이 부모 앞에 죽는 일인데, 사형수들의 거의 대부분은 사회활동이 한창인 젊은 사람들이란 것을 감안해 볼 때, 하물며 소위 법의 이름으로 젊은 사람을 고의로 살해케 하여 부모의 가슴에 못박는 짓거리는 유교적 전통을 가진 우리 국민의식에 반한다고 보여진다. 이는 형벌의 개별책임 사상에도 반한 것이다.

#### V. 결론

이상에서 언급한 바와 같이, 한국사회에서 사형제도는 당연한 것으로 전제될 수 있는 것

7) 예를 들면 김대중내란음보조작사건(허일태, 법관의 법외곡에 대한 처벌필요성, 형법연구 I 참조)이나 조봉암의 진보당사건(이종진, 진보당사건과 조봉암의 사형집행, 시민과 변호사, 통권 33호 및 통권 34호 참조; 법원행정처 편, 法院史, 406쪽 이하)에서도 독재자들은 권력유지 내지 권력강화를 위해 사형제도를 심분 활용했다.

8) 이에 관해 자세한 것은 허일태, 형법연구 I, 277쪽 이하 참조.

9) 동아일보, 1985년 12월 20일자, 2쪽 참조.

이 아니라, 그 역사적 맥락에서 볼 수 있는 바와 같이 중앙집권적 통치능력이 확고하게 자리잡지 못했을 당시, 국가의 재정과 인력 및 보안상 중범죄자들을 평생동안 감옥에 가두어 둘 수 없는 불가피한 사정이 있었다. 그러나 오늘날은 예전의 사정과는 근본적으로 달라 경제적으로 뿐만 아니라, 보안상으로도 사형을 시키지 않고 중범죄자들 정도야 무기수로 격리 수용할 수 있는 여력이 있는 것은 분명하다. 그럼에도 불구하고 사형제도를 역사적인 당연한 것으로 전제하여 무조건 인정하거나, 인간생명을 중시하는 헌법의 근본 정신에 어울린다고 보는 것은 용납할 수 없는 비이성적 행위라고 보여진다.

인간존엄에 대해 철학적 성찰과 헌법의 근본정신을 도의시한 헌법재판소, 대법원, 법무부의 공식견해를 살펴본다면, 한국에서 사형제도의 완전한 폐지가 매우 힘들다는 생각이 든다. 그러나 사형제도가 가져오는 잔학성과 비인도성 등, 사형제도의 존치에서 야기되는 구체적 문제점들을 우리가 제대로 알게 된다면, 사형제도의 존치를 적극적으로 주장하는 사람은 근본적으로 감소할 것이다. 끔찍한 살인의 현장을 본 사람은 사형존치론자가 되고, 처연한 사형집행을 목격한 사람들은 사형폐지론자가 된다고 한다. 우리 국민들은 사형제도의 구체적 실체에 별로 접할 수 있는 기회가 없기에 당연히 사형존치론자가 될 가능성이 많은 환경 속에서 살고 있다. 결국 사형제도의 폐지를 위해서는 우리 모두 인간의 존엄, 특히 휴머니즘에 대한 깊은 이해가 우선되어야 할 것이다. 그러나 그보다 중요한 것은 가정과교범같은 흉악범들에 대한 분노로 극형을 주장하는 대다수 국민에 대하여 인기없는 사형폐지에 선뜻 찬성하지 않으려는 정치인과 정책실무자 그리고 법관들과 헌법재판소의 재판관들의 의식의 전환에 달려있다 할 것이다. 시류에 영합하여 사형제도를 주장하는 비인도적이고 철학없는 법관들, 특히 헌법재판소의 재판관들에 대한 가차없는 이성적인 비판이 필요하고, 이들에 의한 의식의 전환만이 최단 시일 내에 사형제도의 폐지를 일궈낼 수 있을 것이다<sup>10)</sup>. 왜냐하면 헌법재판소의 재판관들 스스로 “사형이란 형벌의 일종의 제도살인의 속성을 벗어날 수 없는 점”을 잘 인식하고 있을 뿐만 아니라, 사형이 합헌인가 하는 문제가 헌법상의 문제임에도 불구하고, 시류에 영합해서 다음과 같이 국민의식 내지 국민여론에 내맡기고 있기 때문이다. 즉 “위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 계속 존치시키는 것이 필요하고 바람직한가에 대하여 진지한 찬반논의가 계속되어야 할 것이고, 시대상황이 바뀌어 사형이 가진 위하의 범죄예방필요성이 없게 되거나 국민의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 폐지되어야 한다. 그럼에도 사형이 그대로 남아 있다면 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다”고 고백하고 있다. 이는 사형이 헌법상 위헌인가의 여부문제를 헌법정신과 전혀 관계없는 국민의 시류에 편승해서 헌법을 해석한 데서 비롯된 것이다. 헌법해석은 국민의 일시적 여론에 따른 해석이 아니라, 우리의 헌법정신에 따른 해석이라는 것은 법과대학 초학년 생이라도 아는 사실이다. 더구나 국가에 의한 제도적 살인은 인간의 생명의 존엄을 최고

10) 이상혁, 앞의 글, 제8쪽 참조.

이념으로 하고 있는 오늘날 한국의 자유민주적 헌법정신에 비추어 볼 때도 역시 그 정당성에 의문이 있음을 그리고 생명이 인격의 최후 보류라는 것도 우리 모두가 인식하고 있다면, 국가에 의한 제도적 살인인 사형제도는 폐지되어야 한다. 백보를 양보해서 사형제도의 폐지의 필요성과 정당성에 있어 혹시 의심스러운 문제가 있다해도 의심스런 경우는 최소한 생명의 유보 쪽으로 가능 것이 건전한 상식있는 분들의 태도라고 생각된다.

## 학교교육에서의 어린이·청소년 인권 보장 실태와 개선방안

— 이종원 —

40

세계인권선언 50주년 기념

# 「한국인권의 현황과 과제」

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

## 학교교육에서의 어린이·청소년 인권 보장 실태와 개선방안

— 허종렬 —

40

# 학교교육에서의 어린이·청소년 인권 보장 실태와 개선방안

許宗烈 (서울교육대학교 교수, 교육법·법교육)

## I. 개 관

1989년 11월 20일 국제연합(이하 "유엔"이라고 한다)은 「어린이·청소년의 권리에 관한 국제 조약」(이하 "어린이권리조약"이라고 한다)을 채택하였다.<sup>1)</sup> 이 조약은 1990년 9월 2일 국제법으로서 효력을 발생하게 되었다.

우리 나라는 1990년 9월 2일에 발효된 이 조약에 1990년 9월 25일 서명하고 1991년 11월 20일 비준서를 기탁함으로써 1991년 12월 20일 정식의 조약 당사국이 되었다. 협약에 나타나고 있는 내용 중에서 현행의 관련 법들과 저촉되고 있는 일부 조항들에 대하여 유보하는 방식을 취하면서 1991년 11월 20일에 비준서를 기탁했다.<sup>2)</sup> 이로써 이 조약은 국내 법으로서 효력을 갖게 되었다.<sup>3)</sup>

1) 종래 특히 학계나 관련단체들이 어린이와 청소년을 대상으로 하는 국제인권 규범들의 소개 시 대개 초등학생만이 아니라 중등학생까지 지칭하는 Child 혹은 Children이라고 하는 말을 '아동'이라고 하는 말로 번역해 온 바 있다. 그러나 본고에서는 이것이 국내의 언어사용 환경상 부적절한 점을 고려하여 다소 번거로운 점은 있지만 '어린이·청소년'이라고 하는 말로 고쳐 부르기로 한다. 이에 관해서는 마침 발제자와 같은 생각을 가지고 이것을 명료하게 설명한 문건이 있다. 류은숙, "유엔어린이·청소년권리조약의 역사적 배경과 각 조항 해설," 어린이·청소년권리연대회의, 아이들의 인권, 세계의 약속(내일을 여는 책, 1997), 25쪽 참조.

2) 정부가 밝힌 유보의 내용과 사유는 다음과 같다. "대한민국이 유보하고 있는 협약의 조항은 제9조 3항, 제21조 가항, 그리고 제40조 2항 나호 (5) 등이다. 협약의 제9조 3항은 부모와의 면접 교섭권을 보장하고 있는데, 대한민국의 민법 제837조의 2는 부모의 면접 교섭권만을 보장하고 있을 뿐 아동의 면접 교섭권은 보장하지 않고 있다. 입양에 관한 협약에서는 관계 당국의 허가에 의한 입양만을 인정하고 있으나(제21조 가항), 대한민국의 민법 제871조는 부모가 입양에 대하여 동의한 경우에는 가정법원의 허가를 필요로 하지 않고 있으며, 또한 민법 제878조와 제881조에서는 호적법에 따른 신고만으로 입양이 가능하도록 허용하고 있다. 협약의 제 40조 2항 나호 (5)에서 보장하고 있는 상소권과 관련하여, 대한민국에서는 헌법 제 110조 4항 및 군사법원법 제 534조에 의하여 비상 계엄하의 군사 재판에서 단심제가 인정되고 있다. 「유엔어린이·청소년권리위원회」(이하 "어린이청소년권리위원회"라고 한다)는 한국 정부가 조약 제9조 3항, 제21조 (가)항 그리고 제40조 2항 (나)호의 (5)를 유보한 것은 '어린이와 청소년의 최선의 이익'이라는 원칙과 '어린이·청소년의 관점 존중'이라는 원칙을 포함하여 이 조약의 원칙 및 규정들에 반하는 처사가 아닌가 하는 의문을 표시하였다. 동위원회는 한국 정부가 유보했던 조항들에 대하여 그 유보를 철회하는 방향에서 계속 재고해 줄 것을 권장하고 있다.

3) 이 조약에 비준함으로써 이 조약이 국내법상 어떠한 효력을 갖는가 하는 문제에 대해서는 권형준, "어린이의 기본권에 관한 고찰-특히 UN 어린이 권리조약을 중심으로-, 한국헌법학회 「헌법학연구」, 제4집 제2호(1998.10), 118-124쪽 참조. 요지는 학계의 통설에 따라서 국내 법률과 동일한 효력을 갖는 것으로 새기고 있다. 다만 어린이권리조약 가운데 시민적·정치적 권리가 아닌 사회적·문화적 권리의 경우에는 조약 제4조가 "...당사국은 자국내의 이용가능한 수단을 최대한으로 이용하게 하며, 필요한 경우에는 국제협력구조를 통하여 이러한 조치를 취해야 한다"고 규정하고 있기 때문에 이것의 실시의무는 점진적인 것이라고 보아야 한다고 설명하고 있다. 아울러 이 문헌은 이 조약상의 권리를 정신적 자유에 관한 것, 신체의 자유에 관한 것, 절차적 권리로

1990년 9월 30일 유엔은 유니세프(UNICEF) 주관 하에 「어린이를 위한 세계 정상 회담」을 개최하여 71명의 국가 원수를 포함한 총158개국 대표가 참석한 가운데 「1990년대 어린이의 생존, 보호, 발달을 위한 세계 정상 선언과 행동계획」<sup>4)</sup>을 만장일치로 채택하고, 회원국들이 각기 자국의 어린이를 위한 「1990년대 행동프로그램」(National Programme of Action)을 작성·시행하되, UNICEF를 비롯한 관련 유엔기구들이 이를 국제적·국가적 차원에서 지원하도록 요청하였다. 정부는 외무부장관을 참석시키고, 1991년 6월 그 선언 및 행동계획에 서명하면서, 이 행동계획의 요청에 따라서 1992년 2월 「한국아동복지 10개년 계획서」를 제출하였으며, 우리 나라 어린이를 위한 「1990년대 행동 프로그램」을 제7차 경제사회발전 5개년 계획(1992-1996)의 일환으로 작성하여 시행한 바 있다.<sup>5)</sup> 또한 정부는 1994년 11월 30일 어린이권리위원회에 “유엔어린이권리조약 이행에 관한 대한민국정부 최초보고서”를 제출한 바 있다.<sup>6)</sup>

정부는 어린이권리조약에 관한 협약을 비준하기 전부터 이미 이들의 권리를 실현하기 위하여 노력을 기울여 왔다. 1981년에 개정된 아동복지법의 제정이나 1957년에 선포하고 1988년에 개정된 어린이헌장, 1990년에 선포한 ‘청소년헌장’이 그 사례들이다. 특히 어린이권리조약에 가입한 이후 이들의 권리보장에 관한 정부의 의지는 보다 더 구체적으로 현실화되어 왔다. 아동 및 청소년을 위한 국가 정책은 정부의 여러 부처와 각종의 민간 단체들에서 수립되고 시행되고 있다.<sup>7)</sup>

서의 의견 표명에 관한 것, 기타의 것으로 분류하고, 이것들의 취지에 위반하는 학교에서의 각종의 학칙이나 구체적 처분들은 모두 시정되어야 할 것으로 본다고 설명하고 있다. 특히 민법 제 909조 등이 양친의 협의이혼시 친권자 등을 결정함에 있어서 어린이 자신의 의사를 반영하지 않고 오직 부모의 의사에 맡기고 있는 것은 이 조약 제12조에 위배되는 것으로 재검토를 요한다고 설명하고 있다. 그러나 앞에서 동조약이 국내법상 법률과 동위의 효력을 갖는다고 설명하는 한 이것에 대한 설명은 단순히 재검토를 요한다고 설명할 것이 아니라 이 조약이 민법에 대해서 후법의 지위를 가지는 한 우선의 원칙에 따라서 민법의 관련 조항이 그 즉시 무효가 된다고 하거나 하는 설명이 필요하다고 사료된다. 또한 재검토를 요한다고 하기 위해서는 이 조약이 국내 법률보다는 상위의 규범에 해당한다고 하는 법리적 근거 제시가 필요하다 할 것이다. 이것에 대해서 필자는 국제인권 규약과 마찬가지로 이 조약의 경우에도 헌법보다는 하위이지만 국내 법률보다는 상위의 규범에 해당하는 것으로 보아 이 조약의 국내적 발효 즉시, 이것에 위배되는 국내 법률은 무효로 된다고 해석하고자 한다. 필자의 국제인권규범의 국내법적 효력 여하에 관한 상세한 견해에 관해서는 “國際人權規約의 國內法的 效力과 憲法,” 성균관대학교 법학연구소 「成均館法學」, 제5호(1994), 35-64쪽 참조.

4) 정확한 표기로는 “The World Summit Declaration and Plan of Action for Survival, Protection and Development of Children for the 1990s”이다.

5) 權亨俊, 앞의 책, 99쪽 참조. 그 시행 상황을 평가하고 대안을 제시한 것으로는 노혜련, “어린이·청소년권리조약 및 세계 정상행동 계획의 국내 이행 상황에 관한 연구” 어린이·청소년의 권리연대회의, 앞의 책, 100-125쪽 참조. 주한유니세프대표부의 프로젝트 작업의 일환으로 수행된 이 연구에서 노 교수는 주로 입양서비스의 현황과 문제점 및 개선방안, 학대아동보호서비스의 현황과 문제점 및 개선방안, 요보호아동을 위한 서비스(소년소녀 가장 세대)의 현황과 문제점 및 개선방안을 중심으로 위 계획의 이행여부를 점검하였다.

6) 유엔문서번호 CRC/C/Add.21 30 November 1994 참조. 그 내용의 소개에 관해서는 역시 어린이·청소년권리연대회의, 앞의 책, 137-197쪽 참조.

7) 정부 부처로는 교육부, 보건복지부, 문화체육부의 청소년정책실, 법무부 합동 단속반, 소년

어린이권리조약 중 직접 인권 자체를 다룬 조항은 제6조로부터 제40조까지 모두 35개조에 이른다.<sup>8)</sup> 그러나 이 가운데 학교교육에서 특히 의미가 있는 권리들은 제12조상의 의견표시권(적법절차권), 제13조상의 언론·출판의 자유권, 제14조상의 사상, 양심 및 종교의 자유권, 제15조상의 결사 및 집회의 자유권, 제16조상의 사생활보호권, 제17조상의 정보접근권, 제23조상의 장애어린이의 특별한 보호권, 제28조상의 교육을 받을 권리, 제29조상의 교육목표설정에서의 어린이의 인격존중 등의 권리, 제30조상의 소수자 및 원주민 어린이의 권리, 제31조상의 휴식 및 여가, 문화 및 예술활동권, 제39조상의 신체적, 심리적 및 사회 복귀권 등 12개이다.

발제자는 이것들을 감안하면서, 국내의 각종의 다른 어린이 및 청소년 관련 헌장과 헌법상의 기본권, 각종의 법률상의 어린이·청소년 권리 항목을 참고하여 특히 학교 교육에서 의미를 갖는 항목들을 다음과 같이 종합하였다 : ①교육을 받을 권리, ②학교운영참가권, ③일반인권로서의 인간으로서의 존엄권, ④인격권, ⑤사생활보호권, ⑥양심과 사상 및 종교의 자유, ⑦언론·출판과 집회·결사의 자유, ⑧학문과 예술의 자유, ⑨여가를 누릴 권리, ⑩정보접근권, ⑪형사사법과정에서의 신체의 자유, ⑫적법절차권으로서의 의견표시권, ⑬폭력으로부터의 자유 및 신체적·심리적 및 사회적 복귀권, ⑭그 밖의 일반인권.

여기에서는 이들 권리들의 보장 실태 및 개선방안들을 차례대로 검토하기로 한다. 검토 자료로는 주로 정부가 1994년 11월 30일 어린이권리위원회에 제출한 「유엔어린이·청소년권리조약 이행에 관한 대한민국정부 최초보고서」(이하 “정부보고서”라고 한다)<sup>9)</sup>와 이

원 및 소년감별소, 가정법원, 노동부등이 이것에 관여하고 있으며, 정부출연연구기관으로서는 한국교육개발원, 1989년에 개원한 한국청소년연구원, 한국보건사회연구원, 한국보건사회연구원, 한국여성개발원등이 있다. 또한 민간 단체 및 기관들로서는 전국교직원노동조합과 한국교원단체총연합회, 참교육을위한전국학부모회, 인간교육실현학부모연대, 한국청소년단체협의회 등이 있다. 아동복지와 관련된 민간 조직으로는 한국아동단체협의회, 한국아동복지시설협회, 한국영유아보육원시설협회, 한국부녀복지연합회 등이 있다.

8) 제6조상의 생명권 및 생존·발달권, 제7조상의 국적취득권, 제8조상의 사회적 신분보존권, 제10조상의 부모에 의한 양육권, 제10조상의 가족재결합권, 제11조상의 아동의 불법해외이송방지 의무, 제12조상의 의견표시권(적법절차권), 제13조상의 언론·출판의 자유권, 제14조상의 사상, 양심 및 종교의 자유권, 제15조상의 결사 및 집회의 자유권, 제16조상의 사생활보호권, 제17조상의 정보접근권, 제18조상의 부모 쌍방의 양육책임, 제19조상의 가정 폭력으로부터의 자유 및 보호권, 제20조상의 불가피한 경우의 국가의 가족으로부터의 격리 보호 책임, 제21조상의 입양에서의 어린이의 최상의 이익보호권, 제22조상의 난민으로서의 보호권, 제23조상의 장애어린이의 특별한 보호권, 제24조상의 건강권, 제25조상의 건강 정기 심사권, 제26조상의 사회보장권, 제27조상의 일정 수준의 생활여건 확보권, 제28조상의 교육을 받을 권리, 제29조상의 교육목표설정에서의 어린이의 인격존중등의 권리, 제30조상의 소수자 및 원주민어린이의 권리, 제31조상의 휴식 및 여가, 문화 및 예술활동권, 제32조상의 경제적 착취로부터의 보호권, 제33조상의 마약등으로부터의 보호권, 제34조상의 성적 착취로부터의 보호권, 제35조상의 인신매매로부터의 보호권, 제36조상의 모든 유해한 형태의 착취로부터의 보호권, 제37조상의 형사상 신체의 자유권, 제38조상의 무력분쟁에서의 국제인도법상의 보호권, 제39조상의 신체적, 심리적 및 사회 복귀권, 제40조상의 형사소추상의 특별보호권 등이 그것들이다.

9) CRC/C/Add.21 30 November 1994 참조. 그 내용의 소개에 관해서는 역시 어린이·청소년권리연대회의, 앞의 책, 137-197쪽 참조. 이 보고서에 따르면 1990년 현재 대한민국 0-17세의 아동 인구는 13,752,575명으로 전체 인구의 31.7%를 차지하고 있으며, 남자 아동이 여자 아동보다 많아



보고서에 대해서 어린이권리위원회가 이것을 평가하고 문제점을 지적하며, 개선방안을 제시한 「유엔어린이권리위원회 제11차 회기 유엔어린이권리위원회의 결론적 의견」(이하 어린이 권리위원회의 의견"이라고 한다)<sup>10)</sup>을 활용하였으며, 그밖에 이들 자료에서 다루지 않았으나 국내 문헌에서 실태를 조사한 자료중 일부도 참고하였다.<sup>11)</sup> 개선방안은 그 동안 주로 이 분야에 관해 학계에서 발표된 기존의 논문들과 청소년개발원에서 출판한 자료들을 검토함으로써 시사를 받았다.

## II. 교육을 받을 권리 보장 실태와 개선방안

### 1. 정부보고서상의 교육을 받을 권리의 보장 실태

어린이의 교육을 받을 권리의 보장실태에 관한 정부의 보고서 내용을 요약하면 다음과 같다.<sup>12)</sup>

대한민국에서의 교육은 국가 발전의 원동력이었으며, 전통적으로 가장 중시되는 가치 중의 하나이다. 대한민국은 9년간의 교육을 의무 교육으로 정하고 있으며, 대부분의 아동들이 학업을 계속하고 있다(1993년 4월 현재 중학교 진학률 99.9%, 고등학교 진학률 99.1%). 정부는 이러한 교육의 양적 확대뿐만 아니라 질적 향상을 위하여 노력하고 있다.

#### (1) 의무교육의 실태

대한민국 헌법은 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가지며, 그 보호하는 자녀에게 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 부여하고, 의무교육은 무상으로 하도록 규정하고 있다. 헌법의 규정을 구체화하기 위하여 교육법에서는 모든 국민이 6년의 초등교육과 3년의 중등 교육을 받을 권리가 있음을 밝히고, 이를 위한 시설확보에 필요한 조치 및 초등학교와 중등학교의 설치·경영의무를 부여하고 있다. ....1993년 현재 학생수는 전국민의 4분의 1에 이르는 1,146만 여명, 교원수는 41만여명,

107.3의 성비를 나타낸다. 아동 인구는 점차로 감소하여 2000년에는 1,200만 명(전체 인구의 26%), 2010년에는 1,100만 명(전체 인구의 23%), 2020년에는 1,000만 명(전체 인구의 20%)이 될 것으로 추계된다.

<sup>10)</sup> 위원회는 1996년 1월 18일과 19일에 가졌던 266, 267, 268번째 회의에서 대한민국의 최초 보고서(CRC/C/8/Add. 21)를 심의하였고, 이것에 대해서 의견서를 채택하였다. 이에 관해서는 동 위원회의 회의자료인 CRC/C/SR. 266-268을 참조.

<sup>11)</sup> 예컨대, 이의동, "학생권 침해 사례 연구," 학교교육에서의 학생권-개념과 실태(서울대학교 사회교육과대학원·筑波대학교사회교육과대학원 공동 주관, 한·일 사회교육과 대학원 세미나 자료집), 1998.12.17, 35-43쪽; 권형준, 앞의 책, 98-126쪽 참조.

<sup>12)</sup> 이하의 내용에 관해서는 원래의 정부의 보고서상의 일련 번호를 생략하고 내용만을 발췌하여 소개한다.

학교 수는 19,790여 개에 이르고 있다. 교육에 대한 지원체제로는 중앙정부의 교육부와 특별시, 광역시, 도의 교육청(15개), 그리고 시·군의 하급교육청(179개)이 있다. 교육여건의 지표로 사용되는 학급당 학생수는 1993년 4월 현재 초등학교 38.7명, 중학교 48.5명, 고등학교 47.7명으로 나타나며, 제7차 경제사회발전 5개년 계획이 끝나는 1996년에는 초등학교 37.8명, 중학교 47.5명, 그리고 고등학교 47명 수준이 될 전망이다. ....1950년에 시작된 초등교육과정의 무상의무교육은 1993년 말 현재 거의 완전하게 실시되고 있다. 초등학교를 졸업한 학생은 중학교 과정의 교육을 받을 권리가 있으며, 이는 또한 의무이기도 하다. 다만, 중학교 교육을 무상으로 실시함에는 막대한 재원이 소요되기 때문에 국가의 재정 형편에 따라서 1985년 이후에는 도서벽지에, 1992년 이후에는 군지역에 한하여 단계적으로 실시하고 있다. 1993년 4월 현재 초등학교 졸업생의 중학교 진학률은 99.9%에 이르고 있다. 중학교 과정에 대한 무상교육실시율은 17.3%이다. 이 비율은 1994년에 25.1%에 이를 전망이다. 중학교를 졸업한 학생은 본인의 희망에 따라서 실업계 고등학교 또는 일반계 고등학교에 진학하게 되며, 고등학교 진학률은 1993년 4월 현재 99.1%이고, 실업계학생수와 일반계 학생수의 비율은 1993년 4월 현재 35:65이다.

#### (2) 고등교육의 기회 보장 실태

대한민국의 고등교육에 대한 교육기회는 비교적 폭넓게 열려져 있다. 1993년 현재 고등교육기회는 비교적 폭넓게 열려져 있다. 1993년 현재 고등교육의 적령인 18세-21세 인구의 56.5%인 1,995,047명이 297개 고등교육기관에 재학하고 있다. 고등교육에 대한 기회를 보장하기 위하여 학자금을 융자해 주고 있다. 학비조달이 어려운 대학생에게 장기저리로 학자금을 융자해 줌을 물론 정부가 이자의 2분의 1을 부담하고 있다. 원리금의 상환도 졸업 5년간 상환하게 하고 있다.

#### (3) 유아교육의 취원률

만3세부터 초등학교 입학 전까지의 유아를 교육하고, 적당한 환경을 주어 심신의 발육을 조장하고, 건전한 국민으로 성장하게 하기 위하여 유치원 또는 유아원을 두고 있다. 1993년 현재 취원율은 47.3%에 그치고 있으나 단계적으로 유아 교육기관을 확충하여 1998년에는 60% 수준이 되도록 확대할 계획이다.

#### (4) 장애학생을 위한 무상교육 및 지원 실태

장애학생을 위한 학교는 교육법 제143조 내지 145조의 규정에 의한 특수학교가 있으며, 특수교육진흥법 및 동법 시행령을 통하여 장애 학생에 대한 교육을 지원하고 있다. 특수교육은 모든 교육대상자에 대하여 무상으로 실시하고 있다. 입학금, 수업료 및 교과서대가 전액 면제되며, 통학버스비와 기숙사비용은 일부 또는 전액 지원하고 있다. 사립의 특수 학교에도 국·공립학교와 동일한 수준의 경지를 지원하고 있다. 특수교육예산은 1992

년에 750억원, 그리고 1993년에는 832억원(총교육비의 0.85%)에 이르고 있다. 교육부는 1993년 현재 46,000명의 중도 장애 아동과 198,000명의 경도 장애아동을 특수 교육대상자로 추정하고 있다. 특수학급 또는 특수학교 수용학생은 전체 장애아의 20.2%(중도장애아의 45.7%, 경도 장애아의 14.3%)에 불과하다. 정부는 1993년부터 2001년까지 33개의 특수학교를 신설하고 특수학급 3,350학급을 운영하여 아동 전원에 대한 특수 교육의 수혜 범위 증대를 적극 추진할 계획이다.

(5) 사립학교에 대한 재정 보조 실태  
전체 학교에서 사립학교가 차지하는 비율은 31.9%이고, 총학생수의 32.8%를 차지하고 있다. 대학에서 사립학교와 사립학교에 다니는 학생이 차지하는 비율은 각각 73.9% 및 74%로, 고등교육에서 사학이 차지하는 비율이 상당히 높은 편이다. 국가에서 재정 결합 보조금을 지원해주고 있다.

(6) 근로청소년의 학력 취득 기회의 보장 실태  
.....정규학교에 진학할 형편이 못되는 근로청소년 등을 위한 학교제도로써 방송통신중(고등)학교,<sup>13)</sup> 산업체 부설학교 및 산업체 부설특별학급을 두고 있다. 소년원법에서는 비행으로 인하여 교육기회를 잃은 학생들에게 학력 취득의 기회를 부여함으로써 퇴원 후 학업 좌절로 인한 제비행의 악순환을 예방할 목적으로 교과교육소년원의 설치와 운영에 관한 규정을 두고 있다. 교육법에 의하여 설치된 학교와 동일하게 취급하고 있다.

(7) 부모의 교육의무의 제도화  
학생들의 출석을 높이고 결석으로 인한 탈락을 방지하기 위하여 교육법 시행령 제97조와 제98조에 다음과 같은 결석의 경우나 의무교육을 방해하는 보호자 또는 사용자에 대하여 경고 또는 통고하여 출석을 독촉하도록 규정하고 있다. 교육감은 교육법 제164조에 의하여 취학 아동의 의무교육을 방해하는 자를 5만원 이하의 과태료에 처하도록 규정하고 있다. 중학교 학교 준칙 제13조 2항과 고등학교 학칙준칙 제14조 2항에 의거하여 각 학년도 수료에 필요한 출석일수는 수업일수의 3분의 2이상으로 규정하여 결석으로 인한 탈락 방지에 강제규정을 삽입하고 있다.

(8) 국제교육의 증진  
대한민국은 교육의 국제화를 교육정책의 주요 목표로 삼고, 교육법에 '국제교육 및 국제교육협력의 장'을 신설하여 국민으로 하여금 국제 사회의 일원으로서 필요한 소양 및 역량을 강화하기 위한 국제화 교육을 추진하고, 외국 정부, 국제기구 및 외국 교육기관 등과 국제교육협력의 증진을 위한 노력을 기울이고 있다.

13) 1998년 12월 13일의 교육법 개편과 함께 현재에는 방송통신중학교제도는 폐지되었다.

## 2. 개선방안- 중학교 의무교육제도의 문제점을 중심으로

위의 보고서를 보면 현재 국내의 어린이 및 청소년들의 교육을 받을 권리가 큰 문제 없이 잘 보장되고 있다는 설명을 하고 있다. 그러나 과연 그러한지를 검토해보기로 한다. 교육을 받을 권리는 일단 사회권적 기본권의 일종으로서 취급된다. 여기에서 법리상 점에 대해서 급부청구권을 파생적 청구권(derivative Anspruecherechte)과 본래적 청구쟁점이 되는 것은 사회권적 기본권이 국가에 대한 구체적인 개인의 급부청구권(Ansprueche auf staatliche Leistungen)을 포함하고 있는지의 여부이다. 독일에서는 이권(orginaere Anspruecherecht)으로 구별하여 검토하고 있다.<sup>14)</sup>

파생적 청구권으로서의 교육을 받을 권리는 기존의 교육제도를 전제로 이것에의 평등한 참여 청구권을 의미한다. 본래적 청구권으로서의 교육을 받을 권리는 일정한 교육제도 자체를 마련할 것을 국가에 의무지우는 것(Verpflichtug des Staates)을 의미한다. 국가는 헌법상 교육을 급부할 의무가 있고 사회적으로 정당한 교육제도를 배려할 의무가 있다. 우리나라의 경우 생존권으로서의 교육을 받을 권리의 보장에 대한 정부의 보고서 내용은 위에서 본 바와 같다. 초등학교의 경우에는 이 권리가 대체로 잘 보장되고 있다고 할 것이다. 그러나 아직도 중학교의 경우 대부분의 학력 아동이 거주하고 있는 대도시의 청소년들이 무상 의무교육의 혜택을 누리고 있지 못하는 점은 주목해야 한다고 생각한다.<sup>15)</sup> 정부보고서도 1993년 4월 현재 초등학교 졸업생의 중학교 진학률은 99.9%에 이른다. 하지만, 중학교 과정에 대한 무상교육실시율은 17.3%에 불과함을 보여주고 있다. 현행 법제상 취학의무대상자의 범위에 대한 관련 실정법제는 다음과 같이 되어 있다. 우선 헌법 제31조 2항과 3항이다.

① 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.

② 의무교육은 무상으로 한다.

이 헌법의 취지를 따라서 초·중등교육법 제13조 제3항과 제4항은 중학교의무교육에 대해서 다음과 같이 규정하고 있다.

③ 모든 국민은 그가 보호하는 자녀 또는 아동이 초등학교를 졸업한 학년의 다음 학년초부터 만 15세가 되는 날이 속하는 학년말까지 그 자녀 또는 아동을 중학교에 취학시켜야 한다

14) H. Heckel u. H. Avenarius, *Schulrechtskunde*(Luchter Verlag, 1986), S. 22.

15) 이의동, 앞의 논문, 35쪽

④ ...제3항의 규정에 의한 취학의무의 이행 및 독려 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

위의 법의 위임에 따라서 초·중등교육법시행령 제23조 제1항은 중학교 의무교육 대상자를 다음과 같이 규정하고 있다.

- 1. 행정구역상 읍·면지역에 소재하는 초등학교를 학구로 하는 지역에 거주하는 중학교 학령대상자
- 2. 행정구역상 읍·면 지역이 아닌 지역 중 별표 1에 의한 도서·벽지 지역에 소재하는 초등학교를 학구로 하는 지역에 거주하는 중학교 학령 대상자
- 3. 특수교육진흥법 제10조의 규정에 의한 특수교육대상자 중 중학교과정 교육대상자

요컨대, 법제상으로는 보면 헌법이 중학교 교육까지를 의무교육으로 한 것은 아니기 때문에 법률에서 우선 읍·면지역과 읍·면지역이 아닌 지역중 특정의 도서·벽지 지역 학령아동 등만을 의무교육대상자로 규정한 것 자체는 위헌의 문제로까지 보기 힘들지도 모른다. 그러나 우리나라보다도 경제적인 형편이 열악한 국가들도 대개 중학교까지 의무교육을 실시하고 있는 것을 감안하면, 이것은 본래적 의미의 교육을 받을 권리의 침해라고 볼만한 사유가 될 수도 있다고 생각한다. 앞으로 이 문제에 대한 보다 심도있는 연구를 할 필요를 느낀다.

III. 학습의 자유의 보장 실태와 개선 방안

1. 학습의 자유의 의의

가. 학습의 자유와 교육을 받을 권리와 관계

학습의 자유에 관한 논의에 들어감에 있어서 우선 검토할 것이 이 권리의 교육을 받을 권리와 관계 여하에 관한 문제이다. 이것에 대해서는 두 가지 입장이 나뉘어 있다. 주로 어느 것이 본래적인 권리이며, 어느 것이 파생적인 권리이나 하는 점이 쟁점으로 되어 있다.

어떤 이는 학습권을 본래적인 권리로 보고 교육을 받을 권리를 파생적인 것으로 본다. 학습권의 법적 성격에 대해 학습의 자유라는 자유권적 측면과 더불어 ... (교육을 받을 권이라고 하는) 실정법적 생존권의 보장요의 요구권으로 고양된 측면을 아울러 가지는 개인적 공권이라는 것이다.<sup>16)</sup>

반면에 다른 이는 교육을 받을 권리 자체를 복합적인 성격의 것으로 규정하고 이 권리를 생존권으로만 파악하지 않고 자유권으로서의 성격을 아울러 가지고 있는 것으로 설명하여 왔다. 즉, 일본의 학설을 수용하여 교육을 받을 권리에 대하여 생존권성, 공민권성, 학습권성을 모두 인정하고 있다.<sup>17)</sup>

양자가 다 일리가 있다고 본다. 헌법 자체의 전체적인 체계를 고려하고, 그 체계상의 교육을 받을 권리 조항의 위치를 생각하면, 이것은 분명히 생존권적 기본권으로서의 성격을 가진 것에 불과하고, 자유권으로서의 학습권을 인정하는 경우에는 그 헌법적 근거를 이것과는 별도로 헌법 제20조상의 학문의 자유나 같은 법 제10조상의 인간의 존엄과 가치 및 행복 추구권에서 구하는 것이 옳다고 본다. 그러나 헌법 제31조 조문 자체만을 놓고 보면 이 권리는 일본의 그것과도 달라서 이 권리를 단순히 생존권적 기본권으로서의 교육의 기회균등만을 규정한 것으로 보기 어려운 측면이 있다. 그것은 같은 조 제4항이 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성 및 대학의 자율성을 규정함으로써, 국민의 입장에서 제1항상의 교육을 받되, 자주적이고 전문적이며, 정치적으로 중립적인 교육을 받을 권리를 보장한 것이라고 하는 해석이 가능하도록 하고 있기 때문이다. 여기에 최근 들어 헌법상 기본권을 그 체계상의 분류와 위치에 따라서 엄격하게 생존권과 자유권으로 구분하는 것을 부정적으로 보는 학설이 유력하게 계속 제기되고 있다.

발제자는 두 가지 학설 가운데서 일단 후자의 입장을 따르기로 한다. 이렇게 볼 경우 교육을 받을 권리는 능력에 따라서 균등하게 교육을 받을 권리로서의 의미만을 가지는 것이 아니라 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리, 학문의 자유 등에 근거하여 자주적이며, 전문적이고 거기에 정치적으로 중립적인 자유로운 교육을 받을 권리로서의 의미를 아울러 가지는 것이 된다. 본고에서 학습권이라고 함은 교육을 받을 권리와 관계를 이렇게 규정하는 것을 전제로 한다.

현재 국내에서 학습권은 그 자체가 기본권인 동시에 그 밖의 다른 인권의 실질을 규정하는 인권 중의 인권이며, 어린이나 학생뿐만 아니라 모든 사람의 전생애와 전활동의 장을 통한 권리로서 교육권의 구조에서 가장 우선적이고 중핵적인 권리로 자리잡게 되었다.<sup>18)</sup>

나. 학습권의 두 가지 측면과 학습의 자유

학습권은 이것을 어떻게 규정하느냐 하는 데에 따라서 그것이 강조하는 바가 달라진다. 어떤 이는 이미 언급한 바와 같이 학습권 자체를 사회권적 성격과 자유권적 성격을 모두 가지고 있는 것으로 파악하면서 그 자유권적 측면을 "학습의 자유"라고 규정하고 이 "학

16) 박인회, 현대교육법원리로서의 교육의 자유, 경북대학교대학원 법학박사학위논문, 1982, 22쪽.

17) 이강혁, 헌법의 기본원리(한국헌법학회 출판부, 1978), 91-92쪽 ; 권영성, 헌법학원론(법문사, 1989), 536쪽.

18) 정태수, 독자적 교육법리로서의 교육권론, 교육법학연구, 창간호(1988), 12-13쪽 ; 신현직, 교육기본권에 관한 연구, 서울대학교대학원 법학박사학위논문, 1990, 91쪽.

습의 자유"는 친권자의 "교육의 자유"에 의해서 대위되는 경우가 많다고 하고 있다.<sup>19)</sup> 이러한 설명은 학습의 「자유권적 측면」을 강조한 것이라 하겠다. 반면에 다른 이는 학습권의 개념을 "인간의 성장·발달권"으로 인식하고 있다.<sup>20)</sup> 학습권을 모든 인간의 생래적 권리이며 인간의 전생애에 걸쳐 인정되는 것으로 파악하여 어린이에게는 장래에 그 인간성을 충분히 개화하도록 학습하고 사물을 지득함으로써 스스로 성장·발달할 권리이며, 성인이 되면 자기 교육의 권리로 되어 국민 각자가 한 시민으로 성장·발달하고 자기의 인격을 완성·실현하기 위해 필요한 학습을 할 고유한 권리로써 국민의 학습권이 된다고 한다.<sup>21)</sup> 따라서 이러한 의미의 학습권은 모든 사람의 가지가지 기회, 가지가지 장소에 있어서의 전생애와 전활동의 장을 통한 권리로 인식할 수 있다.<sup>22)</sup> 이러한 설명은 특히 사회교육 혹은 「평생학습」을 강조하는 것이라 할 수 있다.<sup>23)</sup> 정부가 1998년 12월에 교육법을 전면 개편하면서 다음과 같이 교육기본법 제3조에 규정 한 학습권은 그것의 평생학습적 성격을 강조한 것이라고 생각한다.

모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육을 받을 권리를 가진다.

발제자는 우선 학습권이 논자에 따라서 위의 두 가지 점이 모두 강조될 수 있다고 생각한다. 그러나 여기에서는 학교교육에서의 어린이와 청소년의 인권 보장이라고 하는 관점에서 평생학습쪽보다는 학습의 자유라고 하는 점에 초점을 맞추기로 한다. 이렇게 볼 경우 학습권은 특히 어린이와 청소년의 경우 헌법에 보장되어 있는 교육을 받을 권리(취학권 또는 교육청구권)는 물론 그것의 자유권적 성격을 구체화하는 학교선택권, 교육내용 결정에 대한 참여권, 교육내용의 선택권, 재학관계에서의 일반인권 등을 중요한 내용으로 삼게 되는 것이다.<sup>24)</sup>

## 2. 어린이와 청소년의 학습의 자유 보장 실태와 개선 방안

### 가. 접근의 관점

어린이나 청소년의 학습의 자유는 그 어린이의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장을 궁극적인 목표로 하고, 국가의 교육목적 설정이나 교육과정의 개발, 교과서 제

19) 박인회, 앞의 논문, 37-67쪽.

20) 신현직, 앞의 논문, 101-102쪽.

21) 앞의 논문, 104쪽. 同旨 ; 정태수, 앞의 논문, 12-15쪽.

22) 정태수, 앞의 논문, 13쪽.

23) 신현직, 앞의 논문, p. 104.

24) 장인수, 교육법연구, pp. 24-31 ; 신현직, 교육기본권에 관한 연구, pp. 167-174. ; 박인회, 현대교육법원리로서의 교육의 자유, pp. 37-62.

작 및 발행, 상급학교 진학과정에서의 학교 배정이나 학교 내에서의 교육 내용 결정 과정에 대한 참여권 보장을 수단적 내용으로 한다. 이하에서 특히 학습의 자유 보장과 관련하여 중요한 문제가 되고 있는 이들 각종의 참여권 보장의 실태와 그 개선방안을 검토해보기로 한다.

### 나. 국가의 교육목적 설정과 어린이·청소년의 참여권

#### (1) 어린이권리위원회의 지적과 검토 사항

어린이권리위원회는 한국 정부가 교육 제도에서 어린이권리조약 제29조에 반영되어 있는 교육의 목적을 충분히 고려하지 않고 있다고 지적한다. 입시위주의 학교교육에 의한 지극히 경쟁적인 풍토는 어린이가 잠재된 재주와 능력을 계발하고, 자유로운 사회에서 책임 있는 생활을 영위하기 위하여 준비하는 것을 가로막을 위험을 안고 있다고 지적하면서, 이것을 방지하기 위한 법적 개혁을 비롯해 한국 정부가 취한 조치들이 불충분하다고 본다.

어린이나 청소년의 학습의 자유는 국가의 교육목적 설정 과정에의 참여권 보장을 하나의 내용으로 한다. 따라서 국가의 교육목적 설정 영역에서 어린이의 학습의 자유가 제대로 보장되고 있는가 하는 문제를 판단하기 위해서는 교육목적 설정에 관하여 국가가 어느 정도 결정권을 행사하는가, 결정 과정에 학부모나 어린이의 참여권을 허용하는가 하는 문제를 검토할 필요가 있다.

#### (2) 교육목적 설정 영역에서의 국가의 결정권 여하와 어린이·청소년의 참여 범위

교육목적에 대한 국가의 결정권 행사에 대해서는 학설상 이를 인정하는 입장과 부정하는 입장의 다름이 있다.<sup>25)</sup>

이것을 긍정하는 입장에서는 국가의 학교감독권은 교육제도의 외부조직에 국한되는 것이 아니며, 교육의 내적 사무에 대한 결정권 즉, 교육권(Erziehungsauftrag)을 포함한다고 본다. 이 법리에서는 국가의 교육권은 부모의 교육권과 동격이다.<sup>26)</sup> 국가의 교육권은 지식의 전달만이 아니라 개별 학생을 사회에서 자기책임을 질 줄 아는 구성원으로 양성하는 목적을 가진다.<sup>27)</sup> 그러나 이것을 부정하는 입장에서는 첫째, 국가는 교육의 본질을 규정

25) 교육목적의 설정에 대한 국가의 권한 및 교육방침에 대한 보다 자세한 문헌으로는 Hans-Ulrich Evers, Die Befugnis des Staates zur Festlegung vom Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 1979 ; Raimund Wimmer, "Sind die deutschen Unterrichts-verwaltungen rechtsstaatlich?", DVBl. 1966, SS. 846-854 ; Gerhard Eiselt, "Richtlinien für Unterricht und Erziehung im Schulwesen als administrativ gesetztes Recht," DÖV 1980, SS. 405-409 ; Peter Grauer, Die Unterrichtsrichtlinien: Rechtsnatur Bindungswirkung-Justiabilität, Schäuble Verlag, Rheinfelden und Berlin, 1988 참조.

26) BVerfGE 34, 165(183).

27) BVerfGE 47, 46(71f).

하는 기본 가치에 대한 논쟁에서는 무엇보다 중립성을 견지하고 당파성을 띠어서는 아니 될 것이며, 둘째, 국가의 권한은 공립학교에서의 교육기회의 보장에 국한되고, 수업의 내용적 형성 예컨대, 교육목적의 설정은 자치행정사무로서의 학교에 양도된다고 본다.<sup>28)</sup> 바이에른주 헌법재판소는 교육목적에 대한 국가의 독자적 권한 행사를 인정하고 있다.<sup>29)</sup> 판결 내용 중 중요한 부분을 발췌해보면 다음과 같다.

모든 학교 및 교육제도는 국가의 감독 하에 있다. 부모 이 외에 국가도 학교 영역에서 독자적인 교육권한을 가지고 있다. 국가는 교육과정과 수업목적에 내용적으로 확정할 권한이 있다.<sup>30)</sup> 바이에른주 헌법 제131조 1항의 헌법상 명령에 의해 학교는 지식과 기능을 전달할 뿐만 아니라, 심혼과 품성을 '교육하여야 한다. 학교는 가치중립적 방법으로 가르치는 데에 제한되지 않는다.<sup>31)</sup> 학교는 헌법에 의해 원칙적으로 일정한 최고의 교육목적에 달성해야 할 의무가 주어진다. 책임의식이 있는 교육은 교육자가 그에게 위탁된 어린 인간에게 전수할 하나의 가치질서를 의무적으로 알려야 한다. 자유롭고 민주적이며 다원주의적인 사회에서는 부모의 개별적 교육목적과 학교의 교육목적 사이의 모순은 좀처럼 해소되지 않는다. 그러한 상충은 '신에 대한 경외'라고 하는 교육목적에서 뿐만 아니라, 바이에른주 헌법 제131조 2항과 3항에 규정된 교육목적에서의 다른 부분에서도 마찬가지로 성립한다. 학교에서 모든 학부모의 교육 요구를 고려하는 것은 헌법적으로 명령된 것도 아니고 사실상 가능하지도 않다. 국가는 부모들 사이에 상이한 입장이 나타난다고 하여 자신의 교육목적에 포기할 의무가 없다. 학교에 독자적인 교육권한을 부여하는 헌법의 결정은 원칙적으로 학교와 가정에서의 교육목적에 서로 다른 가치관념에 의해 이행된다는 점을 전제하고 있다. ……바이에른주헌법 제107조 1항은 학부모들이 그들의 자녀들에게 그들에 의해 옳다고 생각되는 종교적 확신을 전달할 권리를 규정하고 있다. …(그러나) 학교영역에서 학생과 부모들이 자신들의 독자적 세계관을 근거로 '신 앞의 경외'라고 하는 교육목적에 부인하는 것은 바이에른주 헌법 제131조 2항의 교육목적과 대립한다. 이러한 긴장관계는 헌법적으로 보호되는 법의 사이의 일치의 원칙(Prinzip der Konkordanz)에 의해 해소된다.<sup>32)</sup>

그러나 실제 독일 법제와 판례에서 주목할 것은 국가가 교육의 목적을 결정함에 있어서 최소한의 공통적인 몇 가지를 규정하는 데에 그치고, 나머지는 자유민주적 질서 내에서

28) H. Heckel u. H. Avenarius, a. a. O., S. 41 참조. 보다 상세한 것은 Fritz Ossenbüh Schtule in Rechtsstaat, DÖV 1977, SS. 801ff. ; Ekkehart Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, Neuwied, Berlin, 1967 참조.

29) Bay VerfGH, 2. 5. 1988, Vf. 18-VII-86, SPE 186, SS. 1-8.

30) BVerfGE 33, 33(40f.) ; 34, 14(24f.) ; 35, 90(95f.) ; 39, 87(95f.) ; 44, 165(182 f.) ; 45, 400(415f.) ; 47, 46(71f.) ; 52, 223(236f.)

31) BVerfGE 33, 65(79).

32) BVerfGE 41, 29(500) 참조.

가치다원주의를 수용하여 어린이와 청소년의 개성과 적성을 존중하고 양심과 사상, 종교의 자유를 보장하고 있다는 점이다. 헷센주는 헌법 제56조 4항과 5항 및 제55조 1항에 의해 부모에게 교육내용결정과정에서 참여할 권리를 인정하고 있다. 이에 따라 헷센주 국사재판소는 다음과 같은 판결을 내리고 있다.

헷센주 김나지움상급과정법 제3조로부터 제6조까지의 일련의 규정들은 헷센주 헌법 제56조 4항과 5항, 제55조 1항을 침해한다. 왜냐하면 그것은 헷센주 헌법에 의해 보장된 부모의 교육과정 및 교육목적에 대한 결정권을 보장하고 있지 않기 때문이다. …… 헷센주 헌법 제56조 4항과 제55조 1항의 부모의 교육권(elterliche Erziehungsrecht)은 기본법 제6조 2항의 부모의 교육권보다 광범위하다. 헷센주 헌법은 부모의 권리를 학교교육의 내용을 결정할 수 있는 데에까지 넓혔다.”<sup>33)</sup>

헷센주헌법상의 규정에 따를 때, 국가의 교육 목적 설정 과정에 어린이들이나 청소년들이 참여하는 권리를 명시적으로 보장하는 법제를 찾기는 어려울 것으로 보인다. 다만 자연법상 이들도 참여권이 있다고 하는 것을 전제로 하여 그것을 대위하는 부모의 참여권을 보장하는 법제를 찾는 것은 가능하며, 그것이 위의 입법례와 같은 것이라고 본다.

### (3) 우리나라에서의 교육목적 설정 과정의 문제점과 과제

통상 국가의 교육목적 설정은 교육법 혹은 학교법의 제정이라고 하는 방법을 통한다. 법의 제정은 국회를 통과함으로써 이루어진다. 따라서 원론적으로는 항상 민의의 수렴과정을 거친다고 할 수 있다. 우리나라의 경우도 마찬가지이다. 1949년의 교육법 제정이나 최근의 1998년 12월의 교육법 개편이 모두 이러한 과정을 거친 것이라고 할 수 있다. 공청회도 열었으며, 여기에 학자들뿐만 아니라 학부모단체들의 의사 개진의 기회도 있었다.

그러나 법적으로 이들의 참여권을 보장한 것은 아니다. 위의 헷센주 헌법 제56조 4항과 제55조 1항 등을 참고하여 이것을 법제화하는 방안을 강구할 필요가 있다고 하겠다.

한편 과거 1972년의 유신헌법 제정과 그후의 국민교육헌장의 제정 등의 과정에서는 정부가 이러한 형식적인 여론 수렴과정조차 배제하다시피 함으로써 학부모와 어린이의 참여 기회를 거의 박탈하였다고 할 수 있다. 또한 그렇게 해서 제정된 각종의 악법과 헌장을 통하여 형식적으로나마 민의의 수렴과정을 거친 교육법상의 교육목적까지 형해화해왔다고 하겠다. 교육목적은 앞으로는 시대의 변화에 따라서 바꿀 수 있는 것이라고 하겠다. 그 과정에 당사자인 어린이와 학부모들의 의사가 충분히 수렴되도록 법제를 정비해야 할 것이다.

다. 국가의 교육과정의 개발권과 어린이·청소년의 학습의 자유

33) StGH Hess, 30. 12. 1981, P. St. 880, SPE 300, S. 3.

어린이의 학습의 자유에는 교육과정 개발에의 참여권도 포함된다. 교육과정의 법적 성격에 대해서는 학설의 대립이 있다. 법규명령설과 행정규칙설의 대립이 그것이다. 독일법률가회의는 1981년 그것의 성격을 법규명령으로 규정하면서 따라서 법규명령(명령 혹은 규칙)의 형태로 공포되어야 한다는 입장을 표명한 바 있다.<sup>34)</sup> 동회의는 그 이유로 교육과정개발(Entwicklung der Lehrpläne)에는 교육과정위원회의 설치, 교육과정안의 공적 해석 및 공개청문회 등에의 학생 및 부모의 참여권을 보장하는 일정한 절차가 규정되어야 하기 때문이라고 한다.

그러나 이러한 입장에 대해서는 강력한 비판이 제기되고 있다.<sup>35)</sup> 독일 각주의 입법부나 행정부는 교육과정에 요구되는 합목적성과 탄력성 및 개별성에 따라 이것을 교육행정당국의 행정규칙에 맡기고 있는 것이 일반적이다.<sup>36)</sup> 독일의 판례도 전통적으로 교육과정의 법적 성격을 행정규칙으로 본다. 「기초학교에서의 수학 교육에 대한 바이에른주 교육부 장관의 고시」에 대한 1974년 바이에른주 헌법재판소의 판례가 좋은 사례이다.<sup>37)</sup>

a) 교육과정과 교과내용 및 시간표는 단지 감독 기능을 수행하는 교육행정관청의 명령(Anordnung)을 의미한다. 교육과정 등은 법규명령의 성격을 갖지 않으며 특별한 법률상의 수권을 필요로 하지도 않는다.

b) 공립의무학교에서 전통적으로 확립된 원칙에 의거하지 않는 새로운 수업교과를 도입할 때, 이것이 타당한가 하는 문제는 교육과정을 선정하는 교육행정관청의 자체 판단에 근거할 수 있다(교육과정 고시는 행정규칙이다).

다만 행정당국에 의해 공포된 교육과정과 교재 계획 및 교육목적의 확정은 헌법적으로 확정되어 있는 제한에 구속되며, 형식적 법률에 의해 규정되어 있는 한계(「바이에른주 교육및수업제도에 대한 법률」 제4조 1항과 2항, 「국민학교법」 제1조와 제3조 1항)의 테두리 내에서만 타당하다. 바이에른주 헌법 제126조 1항에 의해 보장되어 있는 부모의 교육권은 그것들에 의해 침해되거나 배제되지 않아야 한다.<sup>38)</sup>

34) T. Böhm, "Schulrechtliche Fall Bearbeitungen", in : SPE, Luchterhand Verlag, 1990, S. 6 ; H. Heckel u. H. Avenarius, a. a. O., S. 170.

35) Böhm은 이 입장은 학교영역에서의 본질적 결정의 법률유보원칙을 천명한 연방헌법재판소의 입장을 확대 해석한 것으로서 교육과정 결정 과정에서 내용의 객관적 진실(sachliche Richtigkeit)보다 절차의 법치국가적 원칙과 민주적 정당성을 더 중시한 것이라고 평가한다. 그는 학교 영역에서의 법적 규제의 증가 즉 법제화(Verrechtlichung)를 부정적으로 평가하며, 이러한 경향은 학교제도의 계획, 조직, 지도 및 감시에 대한 국가 권한의 강화를 초래한다고 비판한다.<sup>1)</sup> 또한 그는 교육과정을 법규명령의 형태로 하는 것이 민주적 정당성과 법치국가원리의 관철이라고 하지만, 이 입장은 의회에서 입법과정에서 현실적으로 제기되는 문제 즉, 의회 토의의 형식화와 정부 및 다수당 정책의 일방적 관철에 의해 실제로 이를 결정하는 것은 여당의 소수 교육정책전문가 집단일뿐이며, 그 결과 필연적으로 교육과정 결정과정에서 우선 순위를 차지하게 되는 것은 순수한 교육적 목적보다 파당적이고 사회정책적인 목적이 되고 있다고 비판하고 있다. 이러한 내용에 대한 자세한 것은 T. Böhm, a. a. O., S. 58 참조.

36) H. Heckel u. H. Avenarius, a. a. O., S. 170.

37) Bekanntmachung der Bay. Staatsministeriums Für Unterricht und Kultus über den Mathematikunterricht in der Grundschule vom 16. 3. 1972.

생각컨대, 교육과정을 법규명령으로 새기는 것은 무리가 있다. 교육과정이란 본래 국가가 정한 교육목적 달성을 위하여 중앙행정부서인 교육부가 그 소관 하급행정기관인 학교를 통하여 공교육을 시행하기 위하여 내부적으로 정한 교육목적과 교육내용 교육방법, 교육평가상의 일정한 지침을 의미한다. 따라서 이것을 가지고 법규명령이라고 하기는 어렵다. 그러나 위의 판례도 제기한 바처럼 이러한 교육과정이 어린이와 청소년의 학습의 자유를 침해할 가능성은 언제든지 있다고 할 것이다. 다만 이러한 것은 교육과정 자체를 법규명령화하는 방법보다는 법률에서 이들과 그들의 법정대리인인 부모 또는 후견인의 교육과정 개발 과정에의 참여권을 보장하는 방법에 의해서 해결해야 할 과제라고 본다. 우리나라에서는 이 교육과정 개발과정이 아직도 불투명한 점이 많은 것은 문제이다. 교사들의 참여가 부분적이고 파벌적으로 이루어지고 있으며, 그 과정이 형식적이고, 그 결과 졸속적으로 처리됨으로써 내용상의 부실을 초래하곤 하였다. 더욱이나 이 과정에 학부모나 어린이 혹은 청소년의 참여를 법적으로 공식화한 경우는 거의 없다. 앞으로 이런 문제들에 대해서 정부나 관계자들이 전향적으로 검토하여야 할 것이다.

#### 라. 교과서허가제도와 학습자의 자유

교과서 제도를 국가의 관여의 정도와 법적 성격에 따라 국정제도와 검정제도, 인정제도로 분류할 때,<sup>39)</sup> 우리나라에서의 현재 교과서 제도는 그 성격상 이 가운데 정확히 어느 유형에 속한다고 볼 것인가 하는 점이 문제된다. 현재 우리 나라 초·중등학교에서 사용되는 교과서에는 국정과 검정, 인정의 3종류가 모두 있다. 자세한 논의를 생략하지만 발제자는 국정제 위주의 교과서제도를 운용하고 있다고 평가하고 있다. 비교교육적인 견지에서 보면 현재 국제적으로 국정교과서를 사용하는 나라는 우리 나라 외에 중국과 북한, 쿠바 등이 거론되고 있을 뿐이다. 이것은 우리 나라 교과서 행정의 후진성을 웅변적으로 입증하는 것이다.

우리 헌법재판소에서 국가교육권의 범위와 관련하여 문제가 된 판례를 보면 다섯 가지가 있다. 이 가운데 국가교육권의 범위에 대한 가장 직접적이고 구체적인 판례는 교육법 제 157조에 관한 헌법소원 기각결정이다. 다른 판례는 여기서 확인한 국가교육권 범위의 예시에 해당되는 것들이라 하겠다. 동재판소는 교육법 제157조(교과서제도)에 관한 헌법소

38) Bay VerfGH, 28. 3. 1974, Vf 7-VII-73, SPE 396, S. 1.

39) "교육과정이나 교재의 선택에 있어서는 국가가 관여하는 형태와 방관하는 형태를 상정할 수 있는데, 관여하는 형태는 이를 두 가지로 나눌 수 있으니, 하나는 교과서의 저작에 관여하는 방법이고 다른 하나는 교과서의 사용에 관여하는 방법이다. 저작에 관여하는 방법에는 국정교과서 제도를 통한 직접적 방법과 검정교과서 제도를 통한 간접적 방법이 있고, 사용에 관한 방법에는 인정제도가 있다. 국정제는 국가가 직접 저작하거나 위탁하여 저작한 교과서 이외의 교재를 인정하지 않는 제도이고, 검정제는 국가가 사인이 저작한 도서에 대하여 교과서로서 적부를 심사하여 교과서로서 사용될 수 있게 하는 제도이며, 인정제는 사인이 발행한 도서의 내용을 심사하여 그 사용을 허용하는 제도이다"(헌법재판소, 1992. 11. 12, 89헌마88 심판청구기각결정, 교육부, 헌법재판소 판례집 I, 1992, 195쪽).

원에 대한 기각결정에서, 국가교육권의 범위를 교육과 관련된 외적인 여건의 조성은 물론 교육내용에 대한 결정권을 포함한다고 하면서 다음과 같이 합헌 판단을 하고 있다.<sup>40)</sup>

현행 교과서제도는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 정신에 입각해서 볼 때 바람직한 태도라고 하기는 어렵지만, 국가는 문화복지 정책의 일환으로 교육정책을 입안·연구·시행할 책임이 있음을 전제로 할 때, 그 범위는 단순히 교육의 외적제조건의 정비·확보에 그치는 것이 아니라, 수확권의 보호와 사회공공의 이익의 증진을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 범위 내에서 교육내용에 대한 결정권을 포함한다.

……국정교과서제도는 교과서라는 형태의 도서에 대하여 국가가 이를 독점하는 것이지만, 국민의 수확권의 보호라는 차원에서 학년과 학과에 따라 어떤 교과용도서에 대하여 이를 자유발행제로 하는 것이 온당하지 못한 경우가 있을 수 있고, 그러한 경우 국가가 관여할 수밖에 없다는 것과 관여할 수 있는 헌법적 근거가 있다는 것을 인정한다면 그 인정의 범위 내에서 국가가 이를 검·인정제로 할 것인가 또는 국정제로 할 것인가에 대하여 재량권을 갖는다고 할 것이다.

이 판례는 국민의 교육을 받을 권리 즉, 수확권과 교사의 수업의 자유를 대비시켜 양자를 다 같이 보호해야 하나 그 중에서도 국민의 수확권이 더 우선적으로 보호되어야 한다고 선언하고 있다.<sup>41)</sup> 그러나 발제자의 판단은 재판소의 이 판결은 우리 헌법 체계가 기본적으로 「교육에 관한 제한적 학교자유의 체계」(System der bedingten Schulfreiheit)<sup>42)</sup>를 취하고 있음을 간과한 판단으로 보고 있다. 교과서국정제는 「교육에 관한 국가의 독점체계」(System des staatlichen Schulmonopol)에서나 가능한 제도이다. 우리 헌법 체계에서는 명백히 위헌이라고 본다. 시급히 개정되어야 한다.

한편 교과서제도와 관련하여 여기에서 문제삼을 것은 교과서 채택권 여하이다. 문제가

40) 헌법재판소, 1992. 11. 12, 89헌마88 심판청구기각결정, 교육부, 교육판례집 I, 204-205쪽.

41) 앞의 책, 207쪽.

42) 한 국가가 교육에 관하여 어느 정도의 권한을 행사할 수 있는가 하는 문제는 그 나라의 교육에 관한 헌법상의 체계에 따라 다르다. 독일과 일본, 한국의 교육법문헌을 망라해보니 교육에 관한 국가 권한의 행사 체계에 대해 연구한 것으로는 Benedikt Weissenrieder의 교육고권형성체계 이론과 松井一磨教授의 '教育當事者들 사이의 關聯諸相' 이론이 발견된다. 이 교수는 공교육에 관한 국가의 권한이 다른 교육당사자들의 권리와 어떤 관련을 맺어 왔는가 하는 문제를 역사적 관점에서 검토하고 있다. 이 교수는 공교육권은 역사적으로 다른 교육주체들과의 관계에서 관련 부재, 대립관계의 맹아, 대립관계의 전환, 대립관계의 현재화 과정을 거쳐 현재에는 대립관계의 지양단계에 접어들고 있다고 분석하고 있다. 이에 관해서는 松井一磨, "公教育と教育權", 眞野宮雄 編著, 「教育權」, 第一法規, 1978, 24頁 이하 참조. 한편 Weissenrieder는 학교교육에 대한 국가의 제한과 방임 정도에 따라 국가교육고권의 형성 체계를 국가독점적 체계, 국가에 의한 학교특허의 체계, 원칙적인 학교자유의 체계, 제한적 학교자유의 체계 등 네 가지로 분류하고 있다. 상세한 것은 B. Weissenrieder, *Die Schulhoheit*(Freiburg Universitätsverlag, 1953), SS. 223-246 혹은 허종렬, "교육에 관한 국가의 권한과 그 한계," 성균관대학교 대학원 법학박사학위논문, 182-187쪽 참조).

되는 것은 이 권리의 주체가 누구인가 하는 점과 정치적으로나 종교적으로 편향된 내용의 교과서의 경우에 어린이와 청소년 그리고 이들의 보호자인 부모가 이에 대하여 법적으로 대항할 수 있는가 하는 점이다.

우선 교과서 선택권의 주체와 관련해서 보면 학설은 독일에서는 대체로 기본법 제7조 1항상의 국가의 학교감독권 규정에 근거해서 州가 그 주체가 된다고 보고 있다.<sup>43)</sup> 통설에 의하면 어떤 책을 교과서로서 수업에 사용되도록 할 것인가 하는 것은 행정관청이 그 자신의 교육적 판단에 따라 결정해야 할 교육행정사항(Sache der Schulverwaltung)이다. 교육행정관청에는 기본법 해석에 의할 때 광범위한 재량이 허용되고 있다.<sup>44)</sup> 그러나 교육행정관청이라 하여 이를 교육부장관이 직접 행사하는 것은 아니고, 권한의 위임에 의해 일선의 개별 학교가 그 권한을 행사하는 것이 보통이며, 구체적으로는 전체 혹은 교과별 교사협의회가 결정권을 행사한다.

다음에 국가가 편향된 교과서를 선택하는 문제에 대해서는 학설과 판례는 국가에는 수업형성을 위한 광범위한 교육적 재량권이 인정되나 이 재량권도 교육에서의 국가의 중립성 및 관용의 원칙에 의해 제한된다고 하는 원칙적 입장을 견지하여 교육은 학생을 정치적으로 이념적으로 혹은 세계관적으로 교화하는 수단으로 사용되어서는 아니된다는 점, 국가의 교육행정은 항상 기본법 제2조 1항상의 학생의 인격발전권을 목표로 하는 수업형성에 주안점을 두어야 한다는 점, 교과서의 선택 및 사용에서도 이 원칙이 적용된다는 점 등을 강조하고 있다.<sup>45)</sup>

문제는 학생이나 그 부모가 특정한 세계관이나 교리에 관한 편향성 시비의 다름이 있다 하여 해당 교과서의 사용을 중지하라고 요구할 권리를 행사할 수 있는가 하는 점이다. 이에 대해서는 독일의 바덴뷔르템베르크주 행정재판소의 판례가 있다. 동재판소는 이것을 부정하고 있다.<sup>46)</sup>

기본법 제6조 2항 1문과 기본법 제2조 1항 및 제1조로부터 나오는 부모의 기본권의 방어적 성격에도 불구하고, 부모가 그들의 자녀를 (자신의 가치관과 맞지 않는) 수업으로부터 격리시킬뿐만 아니라, 더 나아가 수업 자체의 금지와 모든 학생에 의한 교과서 사용의 금지를 요구하는 것은 허용되지 아니한다<sup>47)</sup>

그러나 발제자는 이 경우 헌법 제31조 제1항상의 자유로운 교육을 받을 권리 조항에 근

43) T. Böhm, a. a. O., S. 35.

44) BVerwG, 3. 5. 1988, 7 C 89. 86, SPE 702, S. 7.

45) SPE 702, S. 8.

46) 교과서 사용과 관련된 학생 및 부모의 권리와 관련해서는 이 밖에도 이미 전학한 학생 및 부모가 이전의 학교에서의 교과서의 사용에 대해 이를 교육의 중립성 및 관용의 원칙 침해라 하며 소송을 제기할 이익이 있는가 하는 문제로 연방행정재판소에서 문제가 된 것이 있다(BVerwG, 3. 5. 1988, 7 C 92. 86, SPE 702, S. 14 참조).

47) VGH BaWü, Mannheim, 4. 3. 1975, IX 1476 /76, SPE 700, S. 1.

거하여 헌법소원 기타의 쟁송방법을 강구해 볼 수 있다고 생각한다. 한편 국가나 학교 차원이 아니라 어떤 교사가 개인적인 차원에서 편향된 수업을 하는 경우가 있는데, 이러한 경우에는 어떠한가, 부모와 학생이 이에 대해 어떤 직접적인 개입권을 행사할 수 있는가 하는 문제를 본다. 독일에서는 학생 및 부모는 그들의 선택이 아니라 국가의 결정에 의해 교사의 배정을 받고 수업을 받게 되어 있으므로 교사에 대해 직접 어떤 권리를 행사할 수 있는 것은 아니며, 국가가 이러한 사정을 감안하여 국가 자신의 교육목적의 관철을 자제하고 부모와 학생의 입장을 관용해 줄 것을 요구할 수 있을 뿐이라고 보고 있다.<sup>48)</sup>

#### 마. 학생(학부모)의 학교선택권 및 교육내용 선택권 보장 방안

##### (1) 개 관

교육법상 학생과 부모의 학교선택권이라 함은 학교선택과 학교 내에서의 교육내용선택에 있어서 학생과 부모에게 우선적으로 인정되는 선택권을 말한다. 이러한 학교선택권이 보장되어야 하는 법적인 근거는 개성의 존중과 인격의 완성을 목표로 하는 교육의 본질에 있다. 독일에서는 기본법 제12조 1항의 직업의 자유 조항도 이 권리의 근거로 호라용되고 있다.<sup>49)</sup> 학교선택권에 관한 보다 판례를 본다. 학생과 학부모의 학교선택권에 대한 한국의 판례로서는 의무교육과정에서 교리위배를 이유로 자녀의 등교를 거부한 사건에 대해서 대법원이 부모의 교육권이 자녀를 교육시키지 않을 권리까지 포함한 것은 아니라고 한 판례가 있다. 그러나 미국에서는 1925년 *Pierce v. Society of Sisters* 사건에서 학생과 학부모의 사립학교에의 취학 선택이 주의 의무취학법에 위반되는가 하는 문제에 대해서 그렇지 아니하다고 하면서, 연방대법원은 8세와 16세 사이의 학생들에게 공립학교 취학을 요구한 오레곤주 법령이 부당하다고 판시하였다.<sup>50)</sup> 또 1972년 *Wisconsin v. Yoder* 사건에서는 종교적 신념을 이유로 하여 주의 의무취학법에 반대하는 종교단체의 입장이 연방수정헌법 제1조에 부합하는가 하는 문제에 대해 이를 긍정하고 있다. 독일의 경우에는 학교선택권을 부모의 자녀에 대한 교육진로결정권의 하나로 간주하여 학생의 교육진로를 결정하는 것은 부모의 소관사항이라고 보면서,<sup>51)</sup> 부모가 자녀를 자신의 신념에 따라 교육하고자 하는 것을 전적으로 부정할 수는 없으며, 그 범위에서 부모가 국가에 우

48) T. Böhm, a. a. O., S. 39.

49) 기본법 제12조는 직업의 자유 조항이다. 이 자유에는 직업, 직장 및 직업훈련소를 자유로이 선택할 자유가 포함되어 있다. 연방헌법재판소는 이 조항에서 자유로운 學校選擇權까지 도출해내고 있다. (BVerfG E 58, 257, 253)

50) 이하 미국의 판례에 대해서는 강인수, 앞의 책, 92쪽 등 참조.

51) H. J. Faller, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Bildungsbereich in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1981, S. 616 ; Kohl, Juergen, "Schule und Eltern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts," W. Zeidler, T. Maunz, G. Roellecke(hrsg.), Festschrift für H. J. Faller, C. H. Beck'sche Verlagshandlung, München, 1984, SS. 204ff..

선하는 권리를 가진다고 보고 있다.<sup>52)</sup> 헷센주국사재판소는 학교취학의무규정이 다양한 형태의 진학과정에 대한 부모의 선택권을 배제하는 것이라면 위헌이라고 판시한 있다.<sup>53)</sup> 또 자아르란트주 헌법재판소도 자아르란트주학교규칙법 제5조가 서로 다른 학교급별, 학교유형의 학교를 모두 전일제학교로 개편할 수 있도록 한 것을 위헌이라 하였다.<sup>54)</sup> 이렇게 볼 때 우리나라에서의 현행 중학교 무시험추첨입학제나 고등학교에서의 선발고사에 의한 입학제도는 학생의 학습권과 부모의 교육권의 일환을 이루고 있는 자유로운 학교선택권을 박탈하고 있는 것으로서 위헌의 여지가 많다고 하겠다.<sup>55)</sup> 이 점에 대해서는 발제자가 이전부터 강력히 문제제기를 해 왔던 부분이다. 이하에서 구체적으로 검토해보기로 한다.

##### (2) 현행의 입학 제도상의 학교선택권 보장과 그 합헌성 여부

현재 중학교 입학방법은 학교군별 추첨에 의하도록 규정하고 있다(초·중등교육법시행령 제68조 제1항). 다만 교육법 개편 전과 달리 추첨에 의하여 학교를 배정하는 경우 교육감이 정하는 방법과 절차에 따라서 2이상의 학교를 선택하여 지원할 수 있도록 하였다(제68조 제2항). 또한 고등학교 입학방법을 규정한 같은 법 제47조는 1973년에 신설된 것으로서 당초에는 종전의 완전한 자유경쟁제도를 지양하고 학교의 평준화를 기할 수 있도록 법에 상세히 규정하였었다.<sup>56)</sup> 그러나 1993년 개정 후 현재에는 입학방법 일체를 교육법시행령에 위임하고 있다. 현재 초·중등교육법시행령 제81조 제5항은 다음과 같이 규정하고 있다.

...제77조 제2항의 규정에 의하여 교육부령이 정하는 지역의 후기 학교 주간부에 입학하고자 하는 자는 교육감이 정하는 방법과 절차에 따라 2이상의 학교를 선택하여 지원할 수 있다.

이상과 같은 제도 고찰을 통해서 발제자는 정부가 지난 번 교육법 개편을 계기로 해서 중·고등학교의 경우 2이상의 학교를 선택하여 지원할 수 있도록 함으로써 학교선택권을 제한적이거나 인정하였다는 점에서 위헌의 문제가 일부 해소되었다고 본다.<sup>57)</sup> 그러나 완전히 해소된 것은 아니라고 본다.

첫째는 어린이와 청소년의 보다 자유로운 교육을 받을 권리를 보장하기 위해서는 이 정도의 완화로는 부족하다는 것이 그 이유이다.

둘째는 현재 우리나라 중·고등학교의 과반수를 각각 20%대와 50%대를 점하고 있는 사

52) BverfG, Beschluss 3 vom 5.9.1986, 1 BvR 794/86, SPE 734, S. 2.

53) Hess StGH, 11. 2. 1987, P. St, 1936, SPE 260, S. 23.

54) VerfGH Saarland, 14, 7. 1987, Lo 4/86, SPE 280, S. 4.

55) 同旨 : 강인수, 앞의 책, 64쪽 참조.

56) 교육부, 「교육법령 연혁 I」, 1992, 11쪽.

57) 姜仁壽, 앞의 책, 49-115쪽 ; 申賢直, 앞의 논문, 176-177쪽.



립학교의 학생선발권을 제한하고 있기 때문에 그러하다. 사립학교(Privatschule)는 私人에 의해 설립되고 운영되는 학교이며, 교육이 자신의 책임 하에서 이루어지고 부모와 학생이 자유로이 선택할 수 있는 학교이다. 그러므로 독일에서는 사립학교를 자유로이 운영되는 학교라고 하는 의미의 '자유로운 학교'(freie Schule)라고 표현하기도 한다.<sup>58)</sup>

사립학교는 그 운영의 자유권을 행사하는 바 여기에 학생선발권의 자유가 포함된다. 이 권리는 학교 자신이 교육적으로 책임질 수 있는 한 원칙적으로 공립학교의 선발원칙과 진급원칙에 구애받지 않고 학생을 자유로운 방식에 의해 선발·진급시킬 수 있는 자유를 의미한다. 이 권리를 학생의 입장에서 보면 사립학교에 대한 학교선택권을 행사하는 것이 된다. 앞으로 정부가 이 문제를 적극적으로 풀어주어야 할 것이다.

(3) 어린이와 청소년의 교육내용 선택권의 보장 방안

어린이와 청소년의 자유로운 교육을 받을 권리 및 종교의 자유 보장등을 위해서는 학교 선택권을 보장하여야 할뿐만 아니라 추첨된 학교에서의 학생과 학부모의 교육내용선택권을 보장하는 방안이 고려되어야 한다. 여기에서 교육내용 선택권이란 학생과 학부모가 자신의 양심과 종교적 신념에 따라 수업을 받을 과목을 선택하거나 혹은 학교에서 개설할 과목을 거부할 수 있는 권리를 의미한다. 이 권리는 위에서도 보았지만 학교선택권을 인정하고 있다고는 하지만 여전히 극히 제한적이라고 하는 점에서 그것의 문제점을 보완하는 의미를 가진다고 하겠다.

현재 시행중인 제6차 교육과정을 살펴보면 소·학교와 고등학교의 교육내용 선택권이 교육당국이나 지역교육청 혹은 학교에 있을분 학생들에게 주어지지 않고 있다. 중학교는 필수교과 11개와 선택교과 1개로 구분되어 있다. 여기에서 필수교과는 이미 정부가 지정한 것이고, 선택교과도 학교에서 편의상 지정하는 교과이다. 고등학교의 경우에 교육과정은 크게 보통교과와 전문교과로 나뉜다. 그러나 이러한 고등학교 교과목들도 교육부나 교육청 혹은 학교에서 선택하는 것이고 실제 학생들이 선택할 수 있는 교과는 한두 과목에 불과하다.<sup>59)</sup> 초등학교의 경우에는 아예 처음부터 학생들을 염두에 둔 선택교과란 없으며 다만 학교재량시간이 제한적으로 인정되고 있을 뿐이다.

학계에서 이 권리는 구체적으로 선택교과제와 과외활동참가를 통하여 실현될 수 있으며 나아가 학급선택과 담임선택의 자유까지 포함하는 것으로 보고 있다.<sup>60)</sup> 또한 종교교육 기타 학교행사에의 불참가권 등도 이러한 측면에서 보장되어야 하는 것으로 해석하고 있다. 독일이나 미국, 일본뿐만 아니라 우리나라에서도 학설과 판례가 인정하고 있다.<sup>61)</sup> 따라서 여기에서는 다음과 같이 두 가지 개정 방안을 제시하고자 한다.

58) T. Böhm, "Schulrechtliche Fallbearbeitungen", in : SPE, Luchterhand Verlag, 1981, S. 43.

59) 이의동, 앞의 논문, 36쪽.

60) 신현직, 앞의 논문, 175쪽.

61) 신앙의 자유를 절대적 권리로 선언한 大法院 1956.3.30 4288 行上21 判決 참조. 그 내용에 관한 간략한 소개로는 한국법사연구원, 「대법원판결례-헌법-」(서울:법전출판사, 1994), 750-751쪽 참조.

첫째, 제1안으로서 현행 중학교와 고등학교의 추첨입학제를 완전히 폐지하고 학생과 학부모의 자유로운 학교선택권을 인정하는 방향으로 입학제도를 개편한다.

둘째, 제2안으로서는 현행 중·고등학교 입학제도의 골간은 그대로 유지하되, 학생과 학부모의 교육내용선택권과 학교에서의 종교수업 및 종교행사에의 자유로운 참가 혹은 불참가권 등을 보장한다.

IV. 어린이와 청소년의 학교 운영참여권 및 학교자치권 보장 실태와 개선 방안

1. 학교운영 참여권 보장 실태

어린이권리조약에는 어린이와 청소년의 학교운영참여권에 대한 명시적 규정이 없다. 다만 간접적으로는 학생의 표현의 자유 혹은 적법절차상의 의견 표시권이 규정되어 있으므로 이것을 통한 참여를 기대할 수 있겠다. 정부보고서에도 이 부분에 대한 보고가 빠져 있다. 그러나 어린이권리위원회는 한국 정부가 가정, 학교, 사회 생활에 대한 아동의 참여를 증진시킴과 동시에 그들이 기본적 자유를 더욱 효과적으로 누릴 수 있도록 하기 위하여 더 큰 노력을 기울여야 한다고 권고하고 있다.

실태를 보면 교육기본법 제5조제2항이 학생들의 학교운영참여권을 보장하고 있으나 이것의 구체화법인 초·중등교육법 제31조 이하에서는 학교운영위원회의 구성원에 학생을 포함시키지 아니하고 있다.<sup>62)</sup> 그러나 외국의 관련 법제를 보면 포함시키고 있는 경우를 많이 본다.

2. 학교운영참여권 보장 방안

학계에서는 어린이·청소년을 비롯한 학교구성원들의 학교참가제도에 관해서 새로 규정을 신설할 필요가 있음을 주장한 바 있다. 여기에서 학교참여라고 함은 교사와 학생, 학부모가 학교의 운영과 결정에 참여하는 제도화된 권리 또는 그 제도를 의미한다.<sup>63)</sup> 학교 운영에 교사들이나 학생, 학부모의 참여가 가능한 것은 학교가 교육기관이라고 하는 데에 있다.

62) 다른 국내법에서는 부분적으로 어린이와 청소년의 의견 표명권을 허용하고 있음을 확인할 수 있다. 민법상 친권자의 대리행위가 자녀의 행위를 필요로 하는 채무를 부담할 경우에는 자녀 자신의 동의를 얻어야 하고, 미성년자인 자녀가 의사 능력이 있으면, 친권자의 동의를 얻어 스스로가 재산 행위를 할 수 있으며, 다만 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 단독으로 할 수 있다. 부모의 이혼으로 자녀의 양육자나 친권 행사자를 지정하여야 할 경우 자녀가 15세 이상일 때에는 자녀의 의견을 고려하도록 하고 있다.

63) 학교참가권에 관한 보다 자세한 논의에 관해서는 허종렬, "학교민주화와 학교참가권," 「새 교육」, 1994. 4. 98-105쪽 참조.

발제자는 학교참여에 관한 입법례로서 독일의 모형을 참고할 것을 주장한 바 있다.<sup>64)</sup> 바덴뷔르템베르크주 학교법의 '교사협의회와 학교협의회'의 질 제44조와 제45조, 제46조 및 제47조의 규정을 보면 학교의 관련당사자 즉, 학교장과 교사, 학부모, 학생의 학교운영에 관한 협력과 참가에 관해 다음과 같이 상세하게 규정하고 있다.<sup>65)</sup> 이 가운데 학생의 학교협의회 참여형태와 관련된 조문만 소개하면 다음과 같다.

제47조 (학교협의회) (1) 학교협의회는 학교의 공동조직체이다. 협의회는 학교경영에 있어서의 협력, 교사와 학부모 및 학생들의 협력, 학생의 직업교육을 위한 공동책임 등을 도모해야 하며, 특수성이 있는 각 학교의 공통의 업무를 협의하고, 특히 다른 방법으로서는 해결할 수 없는 개개 집단간의 다양한 의견을 조정하여야 한다.

(6) 학교협의회는 최소한 14명의 교사가 있는 학교라야 한다(학교협의회 구성).

학교협의회에서

1. 학교장은 의장이 된다.
2. 학부모협의회 의장은 의장을 대리한다.
3. (학교협의회에는) 교사대표 6명이 참가하며
4. 학교에

- a) 학생회가 없으면 학부모대표 5명이,
- b) 학부모협의회가 없으면, 학생대표 6명이

c) 학생회, 학부모협의회가 있으면 학부모대표 2명, 학생대표 3명이 참가한다. 학생은 최소한 7학년이어야 한다.

5. 직업학교 또는 이에 준하는 특수학교를 가진 학교에는 학생의 직업교육을 위한 공동책임구역에서 3명의 대표자 및 3명의 교사대표가 추가된다.

6. 일반적인 사항에 대해서는 상담권을 가진 지도교사 1명이 참가한다.

7. (생략)

(4) 학교협의회는 적어도 매학기당 1회 소집된다. 회의는 회원중 적어도 3분의 1의 제안이 있으면 소집된다.

발제자를 포함한 학계의 이러한 의견 제시와 김영삼 정부 하의 교육개혁위원회의 별도 노력에 의하여 태어난 것이 이미 위에서 언급한 바와 같이 현재의 초·중등교육법 제31조 이하의 학교운영위원회 관련 규정들이다. 이 과정에서 당초 발제자 등이 주장한 어린이와 청소년들의 학교 운영참가권 보장 방안이 다음과 같이 교육기본법 제5조 제2항에 반영된 것은 매우 고무적인 일이다.

64) 허종렬, "헌법과 교육법-교육법의 헌법적합성 검토 및 개정방안 연구," 한국교육, Vol. 22(1995), 97-98쪽 참조.

65) 본문에 인용한 번역본은 A. V. Campenhausen u P. Lerche, Deutsches Schulrecht (Verlag R. S. S Schulz, 1992), SS. 119-123(Bad-Bürt., 115)의 원문을 번역한 것이다.

학교운영의 자율성은 존중되며, 교직원·학생·학부모 및 지역주민등은 법령이 정하는 바에 의하여 학교운영에 참여할 수 있다.

문제는 이것의 구체화법이라고 할 수 있는 초·중등교육법 제31조 이하의 학교운영위원회 관련 규정에는 이것이 반영되지 않았다는 점이다. 이에 대해서 이 법안을 심사한 국회 전문위원은 학생들도 학교 운영의 직접적인 이해당사자들이라고 하는 점에서 이들의 의견을 개진할 방안을 강구하는 것이 바람직하다고 하면서, 대안으로서 참고인 자격의 출석권을 보장할 것을 주장한 것이 있다. 위의 독일 입법례 등을 참고로 하여 앞으로 어린이와 청소년들도 학교운영위원회에 의견을 개진할 수 있는 방안을 강구하여야 할 것이다.

### 3. 학생들의 학교자치권 보장실태와 개선 방안

헌법 제21조는 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 모든 국민은 언론·출판과 집회·결사의 자유를 가진다.
- ② 언론, 출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

어린이권리조약 제13조는 다음과 같이 표현의 자유를 규정하고 있다. 이 조항은 시민적·정치적 권리에 관한 국제 조약 제19조 2항<sup>66)</sup>을 따른 것이다.

1. 당사국은 어린이의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유에 대한 권리를 인정한다.
2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고 국가 안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

이 조항에서 말하는 결사 또는 조직의 종류는 노동조합 같은 것을 의미하는 것은 아니다. 이 자유는 "연령, 성숙함, 발달정도에 조응해야 한다"는 해석이 있다.<sup>67)</sup> 청소년헌장 제6조은 "청소년은 자유로운 의사에 따라 건전한 모임을 만들고 올바른 신념에 따라 활동할 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 초·중등교육법 제17조는 이 권리의 구체적인 내용으로서 학생의 자치활동을 보장하고 있다.

학생의 자치활동은 권장·보호되며, 그 조직 및 운영에 관한 기본적인 사항은 학

66) 사람은 누구나 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리에겐 구두·필기·인쇄·예술 형태·본인이 선택하는 그 밖의 전달 수단으로 국경과는 무관하게, 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 얻고 전달하는 자유가 포함된다.

67) 어린이·청소년권리연대회의, 앞의 책, 60-61쪽.

칙으로 정한다.

학생자신들의 자치기구이자 의견 수렴의 통로로 작용해야 할 학생회가 유명무실하거나 방치되어 있다. 다만 최근 학생직선제가 늘고 성적 제한이 완화되고 있으며, 몇몇 학생회는 보충 수업 자율화 여부와 교육시설 개선 등의 요구를 내걸고 협상하며 문제를 푸는 등 좋은 모범사례도 나타나고 있다고 한다.<sup>68)</sup> 법적으로는 학생회의 자치가 보장되고 있는 만큼 시행령과 학칙 등을 보완하여 이것이 활성화되도록 당국이 노력하여야 할 것이다.

V. 일반인권 보장 실태

1. 인간으로서의 존엄권의 침해의 문제-학교체벌의 법적 검토

학교체벌은 학생의 신체의 자유와 직결되는 문제이기도 하다. 그러나 어린이권리위원회는 이것을 인간으로서의 존엄성 문제로 다루고 있다. 여기에서 문제삼을 것은 체벌이다. 정부보고서는 대한민국에서는 부모나 교사에 의한 교육적인 체벌이 사랑의 매로 인식되는 유교적 문화와 전통이 아직도 남아 있다. 따라서 훈육과 신체적 학대의 개념이 혼용되는 경우가 많으며, 아동 학대의 문제가 심각하게 인식되지 못하는 경우가 많다는 점을 인정하고 있다.<sup>69)</sup>

어린이권리위원회는 부모와 교사들이 하나의 교육 방법이라고 생각하고 있는 어린이에 대한 고질적인 체벌의 지속 등을 지적하면서, 모든 형태의 체벌에 대한 명백한 금지를 요구하고 있다.

한국언론연구원의 자료를 통하여 중앙 10대 일간지에 지난 1년간 게재된 체벌 관련 기사를 보면 사흘에 두 번 꼴이다. 체벌의 만연과 그 폐해의 심각함을 드러내주는 대목이다. 다만 한 가지 발제자가 주목하는 것은 이들 기사에서 그 동안 보지 못했던 경향이다. 그것은 교사의 체벌이 학생에게 상해를 입힐 정도로 과하지 않는 한 학생과 학부모들이 이것을 수용하는 자세를 보였던 것이 이제는 그 과다를 불문하고, 학부모는 물론 학생 자신들이 이것에 맞대응하려고 한다는 점이다. 국제인권 규범의 요청과 그것의 국내적 적용과정에서 일어날 수 있는 현실상의 충돌을 여기에서 접하게 된다. 이 문제는 어느 쪽으로든 해결이 되어야 한다.

우선 그 동안 법령에서 체벌을 어떻게 규정해 왔는지를 검토해보기로 한다. 구교육법 제 76조는 "각 학교의 장은 교육상 필요할 때에는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있다.

68) 이의동, 앞의 논문, 41쪽.

69) 어린이·청소년권리연대회의, 앞의 책의 보고서, 166쪽.

의무교육에서는 학생을 퇴학시킬 수 없다"고 규정하고 있다. 이에 대하여 현행의 초·중등교육법 제18조(학생 징계)는 "①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다. ②학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는등 적절한 절차를 거쳐야 한다"고 규정하고 있다. 이것을 표로 나타내면 다음과 같다.

<체벌에 관한 신·구 법률 조문대비표>

구교육법 제76조	초·중등교육법 제18조
각 학교의 장은 교육상 필요할 때에는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있다. 의무교육에서는 학생을 퇴학시킬 수 없다	①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다. ②학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는등 적절한 절차를 거쳐야 한다

양 법상의 차이는 초·중등교육법이 구교육법에 비하여 학생징계에 있어서 좀더 헌법상의 적법절차의 원칙에 충실하도록 내용을 보완하였다는 점이다. 가령 동조 제1항에서 구교육법상의 處罰이라고 하는 말을 쓰지 아니하고, 기타의 방법으로 '指導'한다고 규정한 것이라든지, 학생징계시 '법령과 학칙'이 정하는 바에 따르게 한 것이라든지, 제2항에서 학생 또는 학부모에게 意見陳述의 기회를 주도록 한 것이 그 예이다.

한 가지 흥미있는 것은 교육법을 전면 개편하면서도 동조가 체벌을 금지한다고 하는 명문의 조항을 규정하지 않았다는 점이다. 동조항을 이렇게 규정하게 된 경위와 관련해서 국회 교육위원회 정부영 수석전문위원이 법안 심의과정에서 제시한 검토의견을 참고로 할 만하다.

(초·중등교육법 제18조 제1항은) 정부의 법률안 성안과정에서 현행교육법상 "처벌"을 "제재"로 하였다가 다시 "지도"로 수정한 것인데, 일부 의견 중에는 일본 학교교육법 제11조와 같이 교사들의 지나친 체벌을 우려하여 아예 이를 금지하여야 한다는 주장이 있었지만, 교사가 단순한 지식의 전달자가 아닌 학생의 훈육지도자로서 그 역할을 다 하기 위해서는 법령에 규정된 징계 방법으로는 학생지도에 어려움이 있을 것이라는 점을 고려하여 이를 받아 들이지 않고 징계 외에 기타의 방법으로 지도할 수 있도록 한 것이다.

발제자는 이것을 이 조항에 대한 국회의 立法意思로 파악한다. 그 의사는 입법자가 학생의 인권과 더불어 교사의 교권도 염두에 두고 사실상 제한적인 체벌을 허용하는 것이라고 본다. 그럼에도 불구하고 정부는 이 법의 시행령을 입안하고 그것을 입법예고하는 과정에서 다시 체벌을 금지하는 내용을 마련하여 논란을 빚은 바 있다. 즉, 1999년 1월의 교육부 초·중등교육법시행령 입법예고안은 제34조 제6항에서 다음과 같이 규정했었다.

법 제18조제1항의 “기타의 방법으로 지도”라 함은 학생에게 신체적 고통을 주지 않는 훈육, 훈계 등 교육적인 지도를 말하며, 구체적인 지도방법은 학칙으로 정한다.

그러나 교육계에서는 강력히 반대의견을 개진하였다. 발제자도 이 입법예고안이 체벌을 전면 금지한 것에 대해서 다음과 같은 논리로 개인적인 반대의견서를 제출한 바 있다.

그렇게 논란이 되었던 체벌을 법에서도 명문으로 금지하는 것은 곤란하다 하여 이를 배제하였는데, 이것을 시행령에서 다시 규정하겠다고 하는 것은 문제이다. 모법 입법과정에서와 동일한 논란을 다시 불러일으킬 뿐이다.

동조항은 “법 제18조제1항의 “기타의 방법으로 지도”라 함은 불가피한 경우를 제외하고는(혹은 가능한한) 학생에게 신체적 고통을 주지 않는 훈육, 훈계 등 교육적인 지도를 말하며, 구체적인 지도방법은 학칙으로 정한다”고 수정하는 것이 좋겠다. 체벌이 불가피한 경우가 있을 것이며, 그 구체적인 사유는 판례를 통하여 계속 불문법으로 형성해가는 것이 바람직할 것이다.

결과적으로 현행 초·중등교육법시행령 제31조 제7항은 체벌을 다음과 같이 허용하고 있다.

학교의 장은 법 제18조제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다.

체벌에 관한 법령의 내용을 이와 같이 확인하는 한 요즈음 교사의 체벌에 대하여 어린이들과 청소년들이 맞대응하는 문제에 대해서는 다음과 같이 법적으로 정리할 수 있다. 위에서 보는 바와 같이 아직까지는 법적으로 체벌이 전면 금지된 것은 아니다. 헌법적으로 보면 체벌은 일단 학생의 신체의 자유라고 하는 인권을 침해하는 것이다. 그러나 법령에 의하면 그 침해는 전혀 불가능한 것이 아니고 교육목적이라고 하는 공공복리를 위하여 필요한 경우 가능하다.<sup>70)</sup> 요컨대, 체벌이 법령이 정한 교사의 교육권에 근거하여 교

70) 법령을 이렇게 규정한 것은 교사가 단순한 지식의 전달자가 아닌 학생의 훈육지도자로서

육상 불가피한 경우에 행한 것인 한 형법상 위법성이 조각(阻却)되며(법령에 의한 정당한 행위), 따라서 학생들은 이를 수용하여야 한다.

그러나 체벌이 그 범위를 일탈한 경우에는 어린이나 청소년 혹은 그 부모의 정당방위가 가능하다. 문제는 그것이 어떤 경우에 교육상 불가피한 경우로 인정되는 것인가 하는 점이다. 판례는 이것을 적극적으로 파악하지 않고 소극적으로 어떤 경우가 교육상 불가피한 경우에 해당되지 않는가 하는 점을 판단하고 있다. 예컨대, 그 방법이 지나치게 가혹하다든지, 체벌로 피해자에게 상해를 입혔다든지, 성희롱을 하였다든지, 체벌사유가 없는 데에도 체벌하였다든지 하면 교육상 불가피한 경우에 해당되지 않는다는 것이다.

한편 발제자는 현행 법령의 해석은 위와 같이 하더라도 이것으로 문제가 해결되고 있는 상황이 아니므로 이것과는 별개로 이것을 개정·보완하는 방안을 강구하지 않을 수 없다고 본다. 한 가지 방안은 현행 법령이 아직도 구교육법상의 징계 사유로서 규정된 “교육상 필요한 때”라고 하는 불확정 개념을 그대로 답습한 것을 고쳐서, 동법시행령 제31조 제4항이 의무교육의 자의 퇴학사유를 법정한 것<sup>71)</sup>과 마찬가지로 방법으로 교육법상의 징계 사유로서 규정된 “교육상 필요한 때”라고 하는 불확정 개념을 구체화하는 것이라고 본다.

다른 한 가지 방안은 체벌시에도 타방 당사자인 학생의 방어권을 확실히 보장하는 것이다.<sup>72)</sup> 학생징계에 관해서는 미국의 판례에서 헌법상 인신의 권리 보장 차원에서 학생과 학부모의 청문권 등을 보장할 것을 내용으로 하는 적법절차의 원리가 상당히 강조되고 있다. 우리 나라도 이러한 입법례 등을 참조하여 현재 초·중등교육법 제18조 제2항에 다음과 같이 규정한 것이 있다.

학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우에는 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다

본래 이 조항은 학생에 대한 정학이나 퇴학 등의 일반 징계에 관해 적용할 것을 전제로 규정된 것이며, 체벌에 적용하도록 예정된 것은 아니다. 그러나 이제 체벌도 그것에 못지 않게 이러한 방어권을 보장할 현실적 필요성이 제기되고 있는 만큼 이러한 청문권을 인정하는 쪽으로 조문을 보완하는 방안을 강구해 볼 필요성이 있다 하겠다.

아울러 마찬가지로 이치로 체벌시에도 당초 일반징계에 적용할 것을 전제로 초·중등교육법시행령 제31조(학생의 징계 등) 제2항이 다음과 같이 규정하고 있는 것을 준용하여야 할 것이다.

그 역할을 다 하기 위해서는 이렇게 하는 것이 불가피하다는 다수 의견에 따른 결과이다.

71) 1. 품행이 불량하여 개전의 가망이 없다고 인정된 자, 2. 정당한 이유없이 결석이 잦은 자, 3. 기타 학칙에 위반한 자.

72) 안기성 외, 앞의 책, 253-254에서의 안규철, 표시열 교수의 견해 참조.

학교의 장은 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 학생에게 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.

이에 대해서 요즈음 국회에서 학생체벌에도 형사상의 「미란다 원칙」을 도입하고 학생과 학부모에게 의견진술의 기회를 보장할 전망이라고 하는 보도를 접하게 된다.<sup>73)</sup> 여야 의원 30여명은 1999년 2월 18일 교사가 체벌을 가하려할 때, 사전에 교육적으로 불가피함을 학생에게 알리도록 하는 내용의 초·중등교육법 개정안을 마련하였다는 것이다. 이 개정안의 취지는 학생 징계에 대한 현행 규정이 불명확해 합리적인 이유에 근거한 체벌까지도 금지되고 있는 것을 시정하고 교권과 학생의 인권을 함께 보호하자는 것이라고 한다. 내용에 대한 자세한 검토가 필요하다고 하겠다.

## 2. 사상, 양심 및 종교의 자유 보장 실태와 개선 방안

어린이와 청소년의 인권 중 특히 학교와 관련된 것 중에 보고서에서 누락된 것으로는 우선 종교의 자유에 관한 것을 들 수 있다.

학생들이 종교의 자유를 가지는 한 원론적으로 종립학교에 다니는 학생도 그 학교와 다른 종교를 가질 수도 있다. 그러나 현행 대도시 중고등학교 무시험진학제도는 많은 학교들로 하여금 학생의 종교의 자유를 실질적으로 침해하도록 하고 있다. 학교의 방침에 의하여 학생이 원하지 않는 특정 종교의 교육을 받아야 하는 문제가 발생하고 있다. 이것들에 대한 개선이 시급하다. 여기에는 몇 가지 원칙이 요구된다.

첫째, 국가는 교육의 본질을 규정하는 기본적 가치에 대한 논쟁에서 당파성을 가져서는 아니된다. 이것은 중립성의 원칙이다.<sup>74)</sup>

교육에 있어서의 국가의 중립성은 세 가지 측면에서 요구된다. 세계관적 측면, 정치적 측면, 종교적 측면이 그것이다. 국가는 세계관적으로나 정치적으로나 종교적으로 중립적이어야 한다. 특히 국가의 중립성이 문제되는 곳은 공립학교이다. 사립학교의 경우에는 설립자의 선교목적에 따른 학교설립의 자유가 보장된다.<sup>75)</sup> 교육의 중립성 침해의 판단 기준에 대하여 독일 연방헌법재판소는 학교교육을 위한 중립성원칙은 “특정한 정치적, 이념적 혹은 세계관적 입장에서 공무원의 의도적인 영향력 행사 혹은 선동이 있게 될 때 침해된다”<sup>76)</sup>고 하여 공무원의 ‘의도적인 영향력 행사’와 ‘선동’을 중립성 침해 여부의

73) 한국일보, 1999.2.18, 2쪽.

74) Gerhard Eiselt, “Zur Sicherung des Rechts auf eine ideologisch tolerante Schule”, DÖV 1978, S. 866.

75) H. Heckel u. H. Avenarius, a. a. O., S. 62.

76) BVerfG, 9. 2. 1989, 1 BvR 1170/88., SPE 702, S. 23.

판단기준으로 들고 있다. 중립성의 원칙은 앞에서 본 바와 같이 특히 교육내용결정의 과정이나 수업과정, 평가 등에서 관철되어야 한다.

둘째, 국가는 윤리적으로나 세계관적으로나 정치적으로 기본가치에 대한 ‘최소한의 동의’(Mindestkonsens)만을 교육목적으로 설정하고, 그 이상에 대해서는 자유민주적 질서 내에서의 ‘가치다원주의’(Pluralismus der Werte)를 수용하여야 한다. 독일학교법학에서는 이것을 교육에서의 ‘관용의 원칙’이라 한다. 교육의 중립성 원칙이 국가 자신의 학생 및 부모에 대한 입장에서 요구되는 것이라면, 관용의 원칙은 학생 및 부모의 국가에 대한 다양한 요구를 국가가 수용하는 입장에서 요구되는 것이라고 하겠다. 국가는 사회에서의 다양한 기존의 가치관을 포용하기 위해 국가의 교육프로그램을 개방적으로 운영해야 하며, 결코 어떤 특정한 입장을 주입하는 교육을 해서는 아니된다. 국가는 또한 교육제도에 있어서 배타성을 가져서는 아니되며, 진리 탐구에 대하여 법관의 입장에서 재판해서는 아니된다.<sup>77)</sup>

독일에서 관용의 원칙과 관련하여 판례상 쟁점이 된 것은, 국가의 종교교육과 종파 혼합학교의 운영 및 학생, 부모의 종교의 자유 보장 문제이다. 보다 구체적으로는 학교기도(Schulgebet), 학교예배(Schulandacht), 종교수업 이외의 과목에서의 기독교적 교리교육(christliche Gesinnungsunterricht) 등이 특히 문제가 되어 왔다. 관용의 원칙과 관련된 그 밖의 판례로는 기본법 제4조 1항의 세계관의 자유의 대상으로서의 성교육 문제가 있다.

독일 판례법상 공립학교에서의 학교예배, 학교기도에 대한 법원의 입장은 비교적 관대하다. 예컨대, 하노버고등행정재판소는 “공립기독교학교에서의 아침 예배의 실시는 헌법 위반이 아니다”<sup>78)</sup>라고 하고 있다. 연방행정재판소도 “1966년의 1월27일의 니더작센주 학교법에 의한 학교예배는 기본법을 침해하지 아니한다”<sup>79)</sup>고 결정하였고, 연방헌법재판소도 “기본법 제7조 1항에 보장된 교육고권의 테두리 내에서, 주가 종파에 구애되지 않는 종파혼합학교에서 학생의 자발적 참여를 전제로 하는 초종파적인 학교기도를 종교수업 이외에서 허용할 수 있는 것인지의 여부는 주의 자유이다”<sup>80)</sup>라고 판시하고 있다.

그러나 그것이 학생의 강제적 참석을 요구하는 때에는 기본법상 국민의 교육의 자유의 원칙 위반으로 위헌이라 판결하고 있다. 헤센주 국사재판소의 판례가 주목할만하다.

헤센주 학교에서 실행되는 학교기도는 헤센주 헌법 제48조 2항에 의해 아무도 강제로 참석해서는 아니되는 종교적 행사이다. 기본법 제4조 1항과 헤센주 헌법 제9조에 규정된 신앙과 종교적 신조의 자유의 기본권은 모든 종교적 혹은 세계관적 신념을 표명하지 않고 이것을 침묵하는 권리를 포함한다(소극적 종교적 신조의 자유). 따라서 양심적

77) H. Heckel u. H. Avenarius, a. a. O., S. 42.

78) OVG Hannover, 14. 3. 1968, IV A 107/67, SPE 718, S. 1.

79) BVerfG, 27. 2. 1970, VII B 40. 69, SPE 718, S. 1.

80) BVerfG, 16. 10. 1979, 1 BvR 647/70 u. 1 BvR 7/74, SPE 718, S. 2.

이유 때문에 그것에 참여하지 않는 학생이 속한 학급에서 학교가 학교기도를 실시하는 것은 허용되지 아니한다. 기도 동안에 그 학생을 참석시키는 것은 학생의 햇센주 헌법 제48조 2항상의 권리를 침해하는 것이다. 이 경우 학생은 신앙의 자유의 기본권에 대한 침해를 받으면서 그의 종교적 혹은 세계관적 입장의 표명을 강제당할 이유가 없으며, 그 학급에서의 수업을 거부할 수 있다.<sup>81)</sup>

한편 종교수업 이외의 수업에서의 종교교육 문제와 관련하여서는 브레멘주 국사재판소 판결이 있다. 동재판소는 "일반적으로 기독교적 토대를 가진 성서 역사 과목<sup>82)</sup>이라 하더라도 신앙적으로 구속되지 않는 수업은 복음적 토대 위에서의 기독교적 교리수업(christliche Gesinnungsunterricht)으로 이해되어서는 아니된다"<sup>83)</sup> 고 보고 있다. 따라서 이 경우에는 종교수업 외에서의 교육이 가능하다. 그러나 일반적으로 '신앙적으로 구속되는 수업' 즉 기독교적 교리수업은 종교수업 이외에는 허용되지 않는다는 것이 확립된 원칙이다. 기본법 제4조 1항상의 학생 및 부모의 종교의 자유의 소극적 측면의 침해 때문이다.

### 3. 인격권의 보장 실태와 개선방안

청소년헌장 전문은 "청소년은 자기 삶의 주인이다. 청소년은 인격체로서 존중받을 권리를 누린다"고 규정하고 있다. 교육기본법 제12조 제2항은 "교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고……"라고 규정하고 있다.

권형준은 어린이권리조약에서 제16조상의 프라이버시에 관한 조항, 제23조상의 장애아의 보호, 제28조상의 교육을 받을 권리, 제39조상의 어린이의 심신회복과 사회복귀에 관한 제39조 및 어린이에 관한 사법절차를 규정한 제40조 등을 모두 인격권에 관한 조항으로 보고 있다.

이러한 인격권 침해의 구체적 사례로는 학칙에 의한 어린이의 사생활 간섭, 예컨대 교복 착용, 두발형의 규제, 소지품의 검사, 가정환경조사서상의 어린이나 양친의 프라이버시에 저촉되는 내용의 기재 등을 들고 있다.<sup>84)</sup>

### 4. 표현의 자유 보장 실태와 개선 방안

학교에서의 표현의 자유 보장 실태에 관해서는 많은 문제점이 제기되어 왔다. 특히 학생

81) Hess StGH, 27. 2. 1965, P. St. 388, SPE 718, S. 1.

82) 독일에서는 성서 역사(biblische Geschichte) 교과는 의무교육과정에서 흔히 개설되는 과목이다.

83) Brem StGH, 23. 10. 1965, St 2/4/1964, 1/1965, SPE 652, S. 1.

84) 권형준, 앞의 책, 123쪽.

신문의 검열이나 학칙에 의한 게시물 등의 규제가 문제되고 있다. 또한 단체 가입 혹은 집회참가에 대한 학칙상의 규제도 문제되어 왔다. 이것들은 우리가 어린이권리조약에 가입함으로써 이 조약에 의하여 위법 무효로 처리하여야 할 것들이 많아졌다 하겠다.<sup>85)</sup> 미국에서는 이와 관련된 판례들이 무수히 많다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 이것과 관련된 학생들의 권리에 대해서는 별로 언급이 없다. 정부의 보고서에도 이것이 빠져 있다. 언론을 통하여 우리는 학교에 따라서 설립·경영자가 부정이나 비리를 저지르거나 혹은 학교를 부실하게 운영함으로써 학생들의 학습권을 침해하였던 몇 가지 사건들에서 학생들이 수업을 거부하고 운동장에서 집회를 갖고 시위를 한 경우를 본다. 최근 전라고등학교 학생은 청와대에 열악한 수업환경을 개선해달라는 민원을 제기한 바 있다. 이에 대하여 청와대와 교육부는 교육청을 통해 사실을 확인, 문제 해결을 지시하는 한편, 임군에게 격려 회신까지 보낸 바 있다. 그러나 학교측은 학생을 선도위원회에 회부하는등 불이익 처분을 한 바 있다. 이에 대한 여론의 항의가 빗발치자 학교가 뒤늦게 이것을 철회하였다. 정부당국과 학교경영자 혹은 교원들의 이 부분에 대한 인식의 전환이 요구된다.

### 5. 특수한 사정에 있는 어린이·청소년에 대한 차별적 태도의 존속과 개선방안

어린이권리위원회는 또한 소녀(최소 결혼 연령과 관련된 문제를 포함하는), 장애 어린이 및 청소년 그리고 혼외 출생 어린이 및 청소년을 괴롭히는 차별적 태도의 존속에 대해서도 우려를 표명하고 있다.

동위원회는 특히 대한민국이 아래와 같은 사항들을 실행하기 위하여 법적 조치 등을 마련할 것을 권고하고 있다. 즉, 조약 제2조에 따르는 소년과 소녀의 평등한 혼인 가능 최소 연령의 설정, 조약 제23조에 따르는 모든 장애 아동의 기본권(특히 교육권)의 보장, 혼외 출생 아동에 대한 차별 철폐, 한국인 어머니에게서 태어난 아동이 무국적자가 될 위험 방지, 그리고 고용 허용 최소 연령을 의무 교육이 종료되는 나이에 맞게끔 높이는 일등이 그것들이다. 또한 위원회는 국내·국제 입양에서 이 조약의 원칙 및 규정과 완전히 조화되게끔 관련 법규들을 포괄적으로 개혁할 것을 권장하며, 동시에 1993년의 「국제 입양과 관련된 아동 보호와 협력에 관한 헤이그 협약」의 비준을 고려할 것을 권장하고 있다.

### 6. 정보접근권 보장 실태와 개선방안

다음은 정보접근권의 실태와 이에 관한 정부보고서의 내용이다.

85) 권형준, 앞의 논문, 123쪽.

대한민국의 방송 구조는 민·공영혼합체제로 되어 있다. 1987년 처음 제정된 방송법은 방송의 자유와 공적 기능을 보장하고 있다. 1998년 현재 5개 텔레비전 및 13개 라디오 방송국이 있으며, 교육프로그램만을 제작, 방영하는 교육텔레비전 방송국이 있다. 1991년도의 전체 발행 도서는 약 18,006만권으로, 그 중 아동 도서가 14.5%, 학습 참고서가 53.8%를 차지하고 있다.

정부는 아동과 청소년을 위한 건전한 청소년 영화의 제작·보급에 주력하고 있다. 방송심의위원회가 각종 공연, 영화, 음반 및 비디오물 심의를 위한 공연윤리위원회, 도서 심의를 위한 간행물윤리위원회가 있다.

아동에게 나쁜 영향을 줄 수 있는 선정적이고 퇴폐적인 내용, 비속어 사용, 폭력 장면의 과다 묘사는 텔레비전과 라디오 방송에서 금지되고 있다. 모든 영화는 '초등학생 관람가,' '중학생 관람가,' '고등학생 관람가,' '청소년 관람 불가'의 4등급으로 구분되어 상영된다.

아동복지법 제18조는 아동에게 유해한 영화 기타 이에 준하는 흥행물을 관람시키는 행위, 아동의 도덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물을 제작하거나 이를 아동에게 판매, 공여, 교환, 전시, 방송하거나 또는 하도록 강요하는 행위 등을 금지하여 아동이 건전한 정보를 얻을 수 있도록 하고 있다.<sup>86)</sup>

정부의 보고서는 아동의 정보접근권에 대하여 유해한 정보에 대한 규제위주의 정책을 시행하고 있음을 드러내고 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 어린이권리조약의 정신은 그것과는 정반대이다. 그 유해 여부에 대해서 그것을 정부가 개입해서 판단하는 것을 부정적으로 평가하고 있다. 정부정책에 재고가 필요한 부분이다.

#### 7. 형사사법과정에서의 특별 보호조치 실태

어린이권리조약 제40조 4항이 "아동이 그들의 복지에 적절하고 그들의 여건 및 범행에 비례하여 취급될 것을 보장하기 위하여, 보호 지도 및 감독 명령, 상담, 보호관찰, 보호 양육, 교육과 직업훈련 계획 및 제도적 보호에 대한 여타 대체 방안등 여러 가지 처분이 이용 가능하여야 한다"고 규정하고 있는 것은 앞에서 확인한 바와 같다. 이것과 관련하여 정부보고서는 다음과 같이 그 보장 실태를 보고하고 있다.

소년원생의 교화를 위해 소년원을 교과교육소년원, 직업훈련소년원, 특별 소년원 등으로 기능별로 분류하여 운영하고 연령, 학력, 적성, 진로 교정의 난이도 등에 따라 소년원생을 분류하여 수용하고 있다. 이것은 악성 감염을 효과적으로 방지하기 위한 조치

86) 어린이·청소년권리연대회의, 앞의 책, 157쪽.

이다. 교과교육소년원에서는 교육법에 의한 초·중·고등학교 교육과정을 수업하여 학교 진학, 편입학을 장려하고 있다. 직업훈련소년원에서는 직업훈련교육기본법에 의한 공공직업 훈련을 실시하여 자동차 정비 등 17개 직종에 걸쳐 연간 700명에게 기능사 자격을 취득하도록 하고 있다. 특별소년원에서는 조직폭력범등 특정의 강력 사범을 집중 수용하여 신체 훈련 등 특별교육을 실시하고 있다.<sup>87)</sup>

어린이권리위원회는 한국의 현행 소년 사법 제도가 제37, 39, 40조 등의 조약과 조화되지 못하는 점에 우려를 표시하고 있다. 동위원회는 대한민국이 특히 제37, 39, 40조에 나타난 조약의 정신과 「베이징 룰」, 「리야드 가이드라인」 그리고 「자유를 박탈당한 청소년 보호를 위한 유엔 규칙」과 같은 소년 사법 분야의 유엔 기준의 정신에 입각하여, 소년 사법 제도의 포괄적인 개혁에 착수할 것을 권고하고 있다. 동위원회는 자유 박탈을 검토하는 것은 오로지 마지막 수단으로써만, 그것도 가장 짧은 기간이라야 한다는 데 특별한 주의를 기울일 필요가 있다고 하면서, 자유를 박탈당한 청소년의 권리 보호에 그리고 사법 제도의 완전한 독립성과 공정성과 함께 법의 적정한 절차(duo process of law)에도 특별히 관심을 기울일 것을 촉구하고 있다. 학생징계시 학생에 대한 감금이나 진술 강요 또는 강제적인 소지품검사 등도 조약 제37조와 프라이버시에 관한 제16조에 반하여 인권을 침해하는 것으로서 시정되어야 할 것이다.<sup>88)</sup> 동위원회는 소년 사법 제도와 관계 있는 모든 전문가들에게 관련 국제 기준을 가르치는 교육 프로그램이 제공되어야 할 것을 주장하면서, 소년 사법 행정 분야에서의 국제적 지원을 인권센터(the Center for Human Rights)와 범죄 방지와 형사정의분과(the Crime Prevention and Criminal Justice Branch)에 구해 볼 것을 한국 정부에 제안하고 있다.

어린이의 신체의 자유와 관련하여 소년사건에 대한 수사 과정에서 폭행, 협박, 위법·부당한 체포등은 근절되어야 할 것이다.<sup>89)</sup>

#### 8. 학교등의 폭력으로부터의 자유 및 보호와 사회복귀 지원 활동 실태와 대책

어린이권리조약 제39조와 관련하여 볼 것은 형사사법처리를 받은 어린이·청소년의 갱생 보호활동이다. 갱생보호활동은 형사 처분 또는 보호처분을 받고 소년 교도소나 소년원 등에서 성행 교정에 대한 수요 과정을 마치고 사회에 복귀한 자에게 사회환경적 장애로 인하여 제비행에 빠질 것을 우려하여 사회 적응 및 자립을 할 수 있도록 도와주는 제도를 말한다.

정부보고서에 의하면 비행 청소년의 갱생 보호는 법무부 산하에 있는 갱생보호회가 담당

87) 어린이·청소년권리연대회의, 앞의 책, 191쪽.

88) 권형준, 앞의 책, 122쪽.

89) 권형준, 앞의 책, 122쪽.

하고 있는데, 갱생 보호회는 중앙에 본회가 있고 서울을 비롯한 각 시·도에 12개 지부와 전국의 교도소, 구치소, 소년원, 감호소 등 52개소에 지소가 설치되어 있다. 또한 중소기업자를 중심으로 한 취업협의회 등 갱생보호사업후원회가 조직되어 취업 알선, 의료 시혜, 재정 지원 등의 방법으로 갱생보호 사업을 지원하고 있다. 그 보호의 내용은 숙식 제공, 여비 지급, 취업 훈련, 취업 알선, 생업조성금 지급, 관찰 보호, 기타 자립지원 등으로 이루어져 있다.

### 9. 어린이·청소년권리조약 이행을 위한 홍보 및 교육 실태와 개선 방안

어린이권리조약은 그 안에 제시하고 있는 어린이 권리의 내용들에 대하여 당사국이 그 나라의 모든 국민에게 홍보할 의무가 있음을 밝히고 있다. 그러나 정부보고서는 스스로 대한민국은 아직 어린이권리조약의 내용에 대한 홍보를 위하여 구체적인 조치를 취하지 않고 있음을 인정하고 있다. 다만 1993년에 발족된 국제연합어린이기금(UNICEF) 한국위원회는 어린이권리에 관한 협약의 내용에 대한 홍보 활동을 1994년 활동에서의 중점 과제로 삼고 있으며, 이를 위해 정부에서 지원하는 재정과 민간을 통하여 조성된 기금이 쓰여질 예정이라는 점을 밝히고 있을 뿐.

어린이권리위원회는 한국 정부가 이 조약의 원칙과 조항들을 자국의 아동들과 어른들에게 널리 알리기 위한 조치를 제대로 취하지 않고 있는데 대하여 우려를 표시하고 있다. 동위원회는 또한 아동을 위하여 아동 곁에서 일하는 전문가 집단이 이 조약 내용에 관한 교육이 적절하게 이루어지지 못하고 있다는 점을 지적하고, 이 조약에 관한 교육 활동을 반드시 실현할 것을 권고하고 있다. 그 전문가 집단이란 교사, 사회사업가, 판사, 법집행 공무원, 보건 의료 요원 그리고 조약이 포괄하는 여러 영역에 있어서 데이터 수집을 해 낼 임무를 부여받은 공무원 등을 의미한다.

동위원회는 조약 제42조의 견지에서, 이 조약의 원칙과 규정을 국민들이 이해하고 자각하고 옹호할 수 있도록 하기 위한 노력을 강화해줄 것을 권고하고 있다. 동위원회는 특히 소년, 장애 아동, 혼외 출생 아동에 대한 차별적 태도의 지속 문제에 한국 정부가 효과적으로 대처하려는 목적을 가지고 공공 캠페인을 전개시킬 것, 그리고 이들 범주에 속하는 아동의 지위와 보호를 개선시키기 위하여 즉시 효력을 나타내는 조치를 취할 것을 제안하고 있다.

동위원회는 더 나아가 한국 정부가 '유엔 인권교육 10개년 사업'의 정신에 근거하여 학교 교과 과정에 아동의 권리 교육을 포함시킬 것을 고려해 주기를 바라고 있다. 동위원회는 대한민국이 제출했던 보고서, 위원회의 회의록 그리고 위원회의 최종 의견이 한국 내에서 가능한 한 널리 배포될 것을 권고하고 있다.

### VI. 종합 및 평가

지금까지 우리는 한국정부의 보고서와 이것에 대한 어린이권리위원회의 의견서, 국내의 관련 논문등을 중심으로 어린이와 청소년이 학교교육의 과정에서 보장받아야 할 권리들의 보장 실태에 관해서 검토해보고 그 개선방안을 생각해보았다. 결과적으로 보면 본고는 주로 교육을 받을 권리 및 학습의 자유에 관한 부분들에 치중하였으며, 일반인권에 대한 연구가 미진함을 고백하지 않을 수 없다. 특히 일반인권의 보장에 있어서 현실적인 문제인 어린이와 청소년의 구체적인 권리주체성 인정여부에 대한 연구가 이 분야에서는 상당히 중요한 과제로 되고 있음에도 불구하고,<sup>90)</sup> 이 부분에 대한 언급을 생략한 점도 생각해볼 점이다. 다만 필자는 이 부분에 대해서는 본 논문은 당초부터 학교교육에서 중시되는 어린이들의 인권에 무엇이 있는가 하는 문제보다는 그것이 정리되어 있다고 하는 전제 하에 그것의 구체적인 보장 실태를 점검해보는 데에 주안점을 두었다. 따라서 그 권리주체성을 다룬다고 하면 그것도 인권 그 자체를 다루는 연구에서 다루는 것이 적합하다는 판단을 한 이유도 있다는 것을 밝히고자 한다.

아울러 본고에서 발제자가 다룬 것은 주로 학교교육에 관한 교육법제상의 어린이와 청소년의 인권 보장에 관한 문제들에 한정된 것이다. 따라서 사회교육에 관한 법제상의 이들의 인권 보장에 관한 문제를 제외하였다는 점도 밝히고자 한다. 성인의 인권을 다룬다면 모르되, 어린이와 청소년의 인권을 다루는 것만큼 이것을 제외한다 하여 이들의 인권 전반 문제를 조망하는 데에 크게 무리가 따르는 것은 아닐 것이지만, 앞으로 과제로 삼아야 할 부분이라고 생각한다.

한편 본론의 후반부에서 우리 나라 교육제도와 관련된 법문제를 다룸에 있어서는 특히 미국과 일본의 것보다 독일의 것을 많이 비교하였다. 이것은 그 동안 발제자가 이 나라의 제도를 비교연구해온 사정에 따른 것이다. 앞으로 이 부분도 연구영역을 넓혀가고자 한다.

끝으로 권리조약의 이행 여부에 대한 본론의 내용을 종합하면 우리 나라는 어린이권리조약의 국내 법제상 특히 학교법제상의 반영에 극히 소홀하다는 것이다. 어린이권리위원회는 이 조약 제4조<sup>91)</sup>를 이행하는 문제와 관련하여 한국 정부가 아동의 경제·사회·문화적 권리를 이행하기 위하여 취한 조치들이 부적절하다는 평가를 한 바 있다. 동위원회는 어린이권리조약 제2조상의 무차별·평등의 원칙과 제3조상의 어린이 이익 최선의 원칙, 제6조상의 생존·발달의 원칙, 제12조상의 의견존중의 원칙들이 한국의 입법, 정책, 계획

90) 예컨대, 한국청소년연구원이 기획특집으로 다룬 다음 문헌들에서 그러한 고민을 확인하게 된다. 이봉철, "인권, 청소년, 그리고 청소년권" 한국청소년연구, 제2권 제4호(1991 겨울), 5-29쪽; 표시열, "청소년기본권의 중요과제," 같은 책, 30-49쪽; 최윤진, "학생청소년 권리의 내용과 그 제한 근거에 관한 고찰," 같은 책, 50-69쪽.

91) 당사국은 이 조약에서 인정된 권리를 실현하기 위한 모든 적절한 입법적, 행정적 및 여타의 조치를 취하여야 한다.



에 제대로 반영되지 않고 있다는 우려를 표시하였다. 동위원회는 국적을 가질 권리, 표현, 사상, 양심, 종교의 자유 그리고 결사와 평화로운 집회의 자유와 같은 기본적 자유와 시민적 권리의 효과적인 이행을 보장하기 위해, 법적인 조치를 포함한 여러 조치들이 필요하다고 지적하고 있다. 동위원회는 한국 정부가 한국의 국내법을, 차별 금지(조약 제2조), 아동의 최선의 이익(조약 제3조), 아동의 의사 존중(조약 제13조) 등을 포함한 이 조약의 원칙과 조항에 충분히 부합되도록 하기 위한 노력을 해 나갈 것을 권장하고 있다. 요컨대, 동위원회는 한국 정부의 보고서가 시인하듯이, 아동을 단순히 "작은 어른 혹은 미숙한 어른"으로서 여기고 취급하는 널리 만연된 관습을 개혁하기 위해서는 위에서 말한 이 조약의 기본적 가치들을 국민들에게 일깨우는 일이 필요하다고 하면서, 한국 정부가 조약 제4조의 완전한 이행에 특별한 관심을 기울일 것을 강력히 권고하고 있다. 또한 어린이·청소년의 경제·사회·문화적 권리 이행을 위하여 가용 자원을 극대화하기 위한 모든 적절한 조치를 취할 것을 권고하고 있다.

국내 민간 단체들도 아동권리의 실현을 위해 질적인 차원에서 집중적인 노력을 기울여야 한다고 주장하고 있으며, 우리 사회가 오늘날 경험하고 있는 급속한 변화에 따라 새로운 문제들이 나타나고 있으므로 이에 대한 적절한 대응 정책도 매우 필요하다고 주장한다. 이러한 지적들을 반영하여 향후 교육법제를 좀더 개선시켜 나가야 할 것으로 보인다.

발제자의 생각으로는 우리가 법제상으로도 어린이와 청소년의 권리가 보장되도록 충실하게 반영하는 것이 필요함은 물론, 이것과 관련된 당사자들인 정부와 국회, 법원 및 각 지방자치단체, 학교당국과 교사, 학부모와 학생 등 모든 관계자들의 이 부분에 대한 인권의식 고양의 선결과제인 것으로 생각한다. 아울러 학교교육에 어린이들과 청소년들의 인권 문제를 다루는 교육 프로그램을 개설하는 것이 시급하며, 교원 양성 대학에도 예비교사들에게 이 분야 강좌를 개설하는 것이 급선무라고 생각한다.

세계인권선언 50주년 기념

### 「한국인권의 현황과 과제」

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

# 국제질서의 변동과 비인도적 범죄 -범죄양상의 변화와 국제사회의 대응과 그 한계-

— 이 삼 성 —



# 국제질서의 변동과 비인도적 범죄

-- 범죄양상의 변화와 국제사회의 대응과 그 한계 --

이삼성 (가톨릭대학교 국제학부)

“이 세기 말의 중심적인 정치적 과제는 다양한 문화와 민족과 인종과 종교적인 영역들이 하나의 상호연관된 문명 속에서 공존하는 모델을 창조해 내는 일이다.” Vaclav Havel, Philadelphia, July 4, 1994<sup>1)</sup>

차례

1. 서문
2. 전전(戰前) 국제질서와 비인도적 범죄
3. 미국의 패권, 냉전 그리고 비인도적 범죄
4. 탈냉전의 세계질서와 비인도적 범죄
5. 맺는 말

1. 서문

20세기는 인류가 인권이라는 문제를 전지구의 보편적인 가치로 만들어나가는 과정이었다고 할 수 있다. 인간이 기본적으로 보장받아야 할 권리의 내용이 무엇인지, 그것을 어떻게 보장해야 하는지, 그리고 그것을 침해한 권력과 인간에 대해서는 어떻게 대응해야 하는지에 대해서 어떤 기본적인 인식과 제도의 틀을 정립해나가는 과정이었다고 할 수 있다. 그런데 이 세기에 이러한 과정이 진행된 데에는 그 나름의 이유가 있다. 20세기는 무엇보다도 그 어느 시대보다 잔혹한 인간성의 파괴행위가 거대한 규모로 행해졌던 시대라는 점이다. 둘째는 20세기는 명실상부하게 인류 역사상 처음으로 전지구적인 국제질서와 네트워크가 형성되기 시작한 시대이다. 따라서 인간성의 파괴행위도 그만큼 전지구적이고 거대한 스케일을 구성했을 뿐만아니라 그로 인한 인류의 각성과 대응도 전지구적 차원을 띠게 된 것이라고 할 수 있다.

문제는 거대한 인간성의 파괴행위는 20세기 초의 서방 제국주의 파괴행위에서부터 르완다와 보스니아의 인종청소행위에 이르기까지 끊임없이 지속되고 있는 것과 함께 그에 대한 인류의 각성과 대응 역시 지극히 미흡하며 어떤 획기적인 해결책도 찾아내지 못하고 있다

1) Kenneth J. Campbell, "Genocide and the New World Order," Injustice Studies, Vol.1, No.1, November 1997.



는 데에 있다. 다가오는 21세기에 인류의 경제와 정치와 문화가 어떤 모습을 띠든 인류가 제노사이드로 대표되는 반인류적인 범죄행위들에 대하여 보다 뚜렷한 인식과 대응의 제도를 건설하지 못한다면 21세기의 문명의 진보는 어떤 의미에서도 진정한 진보라고 기대될 수가 없을 것이다.

그런데 여기에서 우리가 유념할 일은 제노사이드라는 대규모의 인간파괴행위를 종교적 개념이든 생물학적 개념이든 인간의 본성에 따른 필연적인 현상으로 체념할 수 없다는 점이다. 인간의 선형적 본성으로서가 아니라 인간의 사회조직 형태, 그리고 국제질서의 양식, 결국 넓은 의미에 있어서의 정치적 과정, 역사적 과정으로 이해할 필요가 있다는 점이다. 그러한 파괴행위의 상당부분은 인간의 물리적, 자연적, 생물학적 존재조건에서 비롯된 측면도 있을 것이다. 그러나 그 못지 않게 많은 부분의 책임은 인간 사회 내적 차원-사회내적 또는 국제정치적-의 문제라고 할 수 있다고 한다면, 이 문제에 대한 학문적 과제는 바로 그 정치과정의 내면을 밝혀내면서 그것을 극복하는 정치와 제도의 가능성을 모색하는 노력이 될 것이다. 비극의 진실을 대면하되, 그것을 전적으로 인간본성의 결과로 절망하기보다 적어도 그것의 상당부분을 인간사회의 정치적, 이데올로기적, 문화적 조직의 방식의 문제로 이해하고 그럼으로써 극복이 가능한 영역을 찾아내려는 끊임없는 노력, 그것이 우리의 희망이라고 할 수 있을 것이다.

이러한 취지에서 이 문제의 본질에 접근하여 성찰하는 하나의 길은 이른바 무장하지 않은 특정집단 전체 또는 일부를 대상으로 대량학살하는 것을 뜻하는 제노사이드의 시대로 일컬을 수 있는 20세기의 비인도적 범죄행위가 20세기의 국제질서양식과 어떤 연관성을 가지며 전개되어 왔는지, 그리고 그에 대한 인류의 대응의 한계가 어떤 정치적 조건들로 인한 것인지를 반추해 보는 것이라고 생각된다.

## 2. 20세기 전반의 국제질서와 제노사이드

20세기 전반의 국제질서의 특징은 크게 두가지로 요약할 수 있다. 하나는 구미 열강과 일본 등 제국주의국가들의 식민지침탈과 쟁탈의 국제질서라는 점을 우선 지적하여야 할 것이다. 이 시기 제국주의적 침탈행위는 곧 식민주의였으며, 제국주의와 식민주의의 이데올로기의 본질은 곧 민족간의 차별화이며, 그것이 인종주의의 핵심이며 그 인종주의의 국제정치적 조건이다. 20세기 전반 국제질서의 두 번째 특징은 세계정치의 역학관계에서 영국의 패권에서 미국의 패권체제로 넘어가는 과도기적이며 중간 공백기적인 질서였다는 점이다. 영국의 패권은 시들고 있었고 미국의 패권은 아직 정립되어 있지 않았다. 그만큼 국제질서는 혼란의 상태였고 식민지재분할의 경쟁이 심했으며, 또한 그만큼 열강들간의 무력충돌과 전쟁이 거대한 스케일로 전개되었다. 1차 세계대전과 2차 세계대전은 그러한 국제질서의 표현이었고, 그 과정에서 거대한 인간성 파괴의 범죄행위가 벌어질 수 있는 국제정치적 공간을 마련했다.

20세기 전반을 대표하는 제노사이드의 상징인 독일의 유대인학살, 즉 홀로코스트와 일본군대에 의한 난징 대학살은 바로 그 두가지, 즉 제국주의와 그에 수반한 인종주의, 그리고 열강간의 헤게모니 쟁탈전쟁이라는 두가지 조건이 결합된 환경 속에서 발생한 것이었다.

### 3. 미국의 패권, 냉전 그리고 비인도적 범죄 양상

2차 대전후 세계는 미국 헤게모니가 확립됨에 따라 열강간의 전쟁이나 구미 구제국주의에 의한 제노사이드의 형태는 어느정도 통제되기에 이르렀다. 그러나 미국의 패권적 지배와 이데올로기를 달리하는 미소 초강대국들간의 냉전은 다른 형태의 억압과 비인도적 범죄의 지속과 심화를 가져왔다.

미국 헤게모니질서가 자유주의적 성격을 띠고 있었기 때문에, 그리고 미국과 소련이 제3세계를 상대로 벌인 이데올로기적 정통성 경쟁으로 인하여 노골적인 구제국주의, 즉 정치적 식민주의 지배에 따르는 범죄행위들은 줄어들었다. 또 미소 양극체제의 정립으로 열강들간의 혼란한 전쟁의 양상도 사라졌고 국가들간의 분쟁이 전쟁으로 치닫는 것을 일정하게 억제하는 역할을 했다.

그러나 2차 대전후 미국 헤게모니체제의 확립 자체가 순조로운 것만은 아니었다. 그것은 러시아혁명이후 제3세계에서 급진적 사회혁명이념과 민족주의적 지향이 결합하여 배태한 사회변혁세력들의 저항이 만만치 않았다. 미국헤게모니체제의 구체적인 작동은 이들 사회세력과의 격심한 대립과 반혁명적 폭력의 사용을 수반했다. 또 이들 저항세력들을 정치적으로 이데올로기적으로 통제할 필요성은 미국 헤게모니의 확립이후에도 지속적으로 존재했기 때문에, 미국 헤게모니의 확립은 곧 동아시아에서, 동남아에서, 그리고 남아메리카, 중앙아메리카의 미국 영향권하에 놓인 많은 제3세계 사회에서 좌익 정치세력의 배제를 제도화하는 억압적 정치질서의 지속을 뜻했다. 이것은 소련의 영향권하에 놓인 동구 등의 사회에서도 마찬가지였다.

그래서 냉전과 결합되어 나타난 미국 헤게모니의 세계질서는 구제국주의와 국제적인 무정부상태로 인한 20세기 전반의 비인도적 범죄양상은 억지한 반면에 다음과 같은 몇가지 범죄양상을 나타냈다.

첫째, 초강대국들은 서로간에 직접적인 무력충돌을 자제했지만, 냉전의 거친 모서리는 두적대적인 초강대국들의 영향권의 접점이 되는 몇몇 제3세계에서 첨예하게 드러났다. 이 사회들에서 진행된 혁명과 미국이 개입된 반혁명의 충돌은 지역적인 열전으로 발전했고 이것은 미국의 적극적인 패권주의적 개입 속에 국제적인 차원의 전쟁으로 확장되곤 했다. 한국과 베트남에서 전개된 전쟁의 비극은 이 과정에서 빚어졌고, 이 전쟁들은 개입 당사자들 모두에 의하여 제노사이드를 포함한 비인도적 범죄행위가 이루어졌다. 냉전시대 최대의 비인도적 범죄라고 할 수 있는 캄보디아의 킬링필드와 베트남 미 라이 마을에서의 미군에 의한 양민집단학살극은 바로 그런 과정의 표현이었다. 미국 헤게모니의 확립과 그 유지의 과

정은 한편으로 세계질서에 어떤 형태든 안정을 가져왔지만, 다른 한편으로 또 다른 형태의 대가를 요구했던 셈이다.

흔히 캄보디아 킬링필드 현상을 폴 포트가 이끄는 캄보디아의 공산주의자들의 광기의 소산으로만 보는 경향이 강하다. 그러나 그 비극이 인도차이나에서 미국의 비인도적 전쟁행위와 그 전쟁의 방식과 불가분한 관계에 있음을 유념할 필요가 있다. 이러한 연관성은 조지 맥거번 전 미 민주당 상원의원도 잘 포착한 바 있다. "닉슨대통령은 여러분 중의 많은 분이 알고 있는 것처럼 중립국이었던 캄보디아를 비밀리에 폭격하고 있었습니다. 미국 의회와 미국민들에게 공식적으로는 부인하면서 말입니다. 이 폭격은 14개월간 계속되었습니다. 연방법을 심각하게 유린한 이 행위는 베트남전쟁에 말려들지 않기 위해서 최선을 다하고 있던 중립국을 공격하도록 군총사령관인 대통령이 명령했기 때문에 벌어진 것입니다. 미국이 캄보디아를 폭격해댔으로써 캄보디아의 사이누크정부가 붕괴되기에 이르렀습니다. 그래서 시아누크 대신에 미치광이 캄보디아 공산주의자인 폴 포트가 정권을 잡게 되었습니다. 그는 결국 200만의 캄보디아 시민을 도살했습니다. 이것이야말로 미국의 인도차이나 개입이 초래한 최대의 비극이라고 할 수 있습니다. 미국은 베트남이 당면한 도미노위협이라고 주장했지만 캄보디아의 살륙은 베트남인들이 벌인 것이 아닙니다. 그 살륙행위는 적어도 부분적으로 캄보디아의 사회적 토대를 그토록 파괴한 미국의 비도덕적이며 불법적인 비밀 폭력 덕분에 정권을 장악할 수 있었던 캄보디아인들 자신에 의해서 저질러진 것입니다. 이것이 인도차이나에 대한 미국의 군사개입이 야기한 더 비극적인 부산물의 하나입니다."<sup>2)</sup>

둘째, 대부분의 제3세계 국가들이 비록 정치적 독립은 얻었지만 그들의 오래된 권위주의 정치전통의 질곡과 냉전질서에 의해서 창출되고 확장된 내외적인 이데올로기적 긴장으로 고통을 받았다. 한편으로는 미국의 헤게모니 영향권하에 놓인 제3세계 사람들은 우익 독재정권들에 의한 심각한 인권유린에 직면했다. 그리고 이러한 인권유린은 패권국가인 미국의 공모를 내포한 경우가 많았다. 미국은 이들 지역에서 자신의 국익을 그 나라 사람들의 인권이 아닌 안보나 경제의 관점에서 정의했기 때문이다. 미국은 더 나아가 정치적 불안정을 겪고 있는 많은 나라에서 군사쿠데타를 교사하고 후원하는 역할을 했으며 그로 인해 등장한 군사독재정권은 엄청난 규모의 비인도적 범죄행위를 자행하는 일들이 벌어졌다. 1965년 인도네시아에서 미국이 배후지원한 수하르트의 군사쿠데타 이후 전개된 수십만의 학살과 그 이후 수십년간의 인도네시아 국민의 인권유린, 그리고 동티모르의 주민들에 대하나 수하르트 군부의 제노사이드는 그 전형적인 예에 속한다. 1973년 칠레의 민선(民選)좌익 사회주의정권인 아옌데정부를 넘어뜨린 피노체트의 군사쿠데타에도 미국은 깊숙이 개입했다. 그렇게 등장한 피노체트 정권이 전개한 제노사이드 수준의 비인도적 범죄행위는 냉전시대 우익 독재정권들의 인권유린 행위의 대표적인 예라고 할 수 있다. 1980년 한국의 광주에서 전개된 군부에 의한 민간인 학살도 바로 이런 유형의 범죄행위였다고 할 수 있다. 냉전초

2) George McGovern, "America in Vietnam," in Patrick J. Hearden, ed., Vietnam: Four American Perspectives, West Lafayette: Purdue University Press, 1995, p.25.

기 미국과 우익정권에 의한 반혁명이 진행되는 과정에서 대만과 한반도에서 진행된 백색테러 역시 그러한 유형에 속하는 비인도적 범죄행위였다고 할 수 있다.

다른 한편 급진적 혁명이 일어났거나 2차대전 이후에 소련에 의해 급진적 혁명이 수입된 사회주의 국가들 역시 자신의 시민들에 대해 비인도적 범죄행위를 범했다. 소련과 중국 등 주요 사회주의국가들 역시 계급독재의 이름아래 인간의 기본권을 유린하였으며 그 과정에서 수백만의 민간인들이 적법절차에 의하지 아니하고 처형되었다. 사회주의국가들에 일반적이었던 집단수용소(concentration camps)는 20세기 현실사회주의 국가들을 포함한 전체주의 사회들의 비인도적 범죄를 상징한다. 이 역사적 경험은 우리에게 인간 개개인의 자유와 사적 영역의 보호라는 개념에 의하여 견제되고 균형잡히지 않는 평등의 이념과 정치는 자유와 평등 모두를 파괴하고 만다는 교훈을 남겨주었다.

셋째, 미국이라는 새로운 패권국가의 영향하에 놓인 냉전시대의 세계는 유럽 제국주의 전성기때의 공식제국체제로부터 상대적으로 자유로웠다. 그러나 구제국주의의 잔재가 완전히 가신 것은 아니었다. 미국의 패권시대는 구제국주의의 질서를 해체시켰지만, 그럼에도 불구하고 미국패권 자체의 이해관계와도 결합되어 구제국주의의 잔재를 지속시키는 기능도 했다. 그것은 곧 인종주의의 질서였다. 제국주의의 유산으로서의 인종주의는 아프리카 민족주의를 계속해서 억제하려는 서방 전반의 안보경제적 전략과 결합하여 남아프리카공화국의 아파테이트체제를 지속시켰다. 1998년 남아프리카공화국 대통령 넬슨 만델라는 「진실과 화해를 위한 남아프리카위원회」의 검토결과를 바탕으로 아파테이트는 진정으로 비인도적 범죄행위였다고 선언했다.<sup>3)</sup>

구제국주의의 잔재가 새로운 패권국가인 미국의 안보 및 경제전략과 맞물려 지속되면서 비인도적 범죄행위를 양산한 또 하나의 예는 중동의 문제이다. 중동은 세계사적으로 서방 전체(전에는 영국이 중심이 되어 그리고 나중에는 미국이 주도하면서) 이 세계를 지배하는 제국주의적 프로젝트의 핵심에 속한다. 이 역시 서방의 타문화와 인종에 대한 인종주의적 이데올로기가 서방의 구체적인 경제 안보 이익과 결합하여 이 지역에서 억압적인 위계질서를 유지해 왔다. 그 과정에서 최대의 피해자는 팔레스타인 민족이었다. 이 지역에서도 성장할 수 밖에 없었던 급진적 민족주의 정치세력을 억압하고 보수적인 왕정국가체제를 지원하는 동시에, 이스라엘에 대한 전적인 군사경제적 지지를 통해 이 지역의 정치사회 경제 및 문화질서를 왜곡시켜왔다. 그 과정에서 팔레스타인 민족은 수십년간에 걸친 억압과 인권유린의 질곡 속에서 희생되어왔다. 냉전의 말기, 특히 1987년 팔레스타인 일반 민중이 자발적으로 전개한 인티파다의 결과로 이 지역에 평화과정이 시작되었으나, 그 과정은 아직 끝나지 않았고 팔레스타인인들의 고통 역시 끝나지 않았다.

넷째, 냉전체제는 특히 두 초강대국들이 쌓아올린 수만기의 핵무기들에 기초한 이른바 공포의 균형을 승배하는 체제였다. 주요 핵무기국가들은 다른 나라들도 핵무기를 보유하는

3) Agence France Presse (AFP), "TRC(South Africa's Truth and Reconciliation Commission) Confirms Apartheid A Crime Against Humanity: Mandela," August 7, 1998.

것을 막기 위해 1968년 핵무기비확산조약체제를 만들었지만, 정작 자신들의 핵무기는 더욱 많이 건설하고 더욱 그 성능을 개선하는 작업을 계속했다. 이러한 '질서가 내포하는 심오한 비인도적 범죄성에 불구하고 냉전시대와 미국의 패권체제 하에서 그러한 핵무기주의가 비인도적 범죄에 해당할 수 있다는 인식은 정당한 논의대상이 되지 못했다. 오히려 그 반대로 핵무기를 평화의 보장자로 인식하는 핵무기주의의 이데올로기가 현대사회일반과 학문적 논의 속에서 깊이 뿌리를 내렸으며, 이것은 탈냉전의 상황에서도 지속되고 있다.

#### 4. 탈냉전의 국제질서와 비인도적 범죄의 양상

소련의 붕괴와 케를 같이 한 탈냉전의 새로운 '국제질서'는 우선 두가지 특징이 눈에 띈다. 첫 번째는 두 초강대국간의 대결이 종결된 방식이 공산권블럭의 일방적인 해체로 인한 것에서 비롯된 특징이다. 이전엔 사회주의권이었던 중부 및 동부유럽국가들의 대부분이 서방 자유주의적 자본주의가 지배하는 세계경제에 편입되었다. 서로 이질적이었던 사회체제들이 하나로 수렴되는 듯하면서 정보, 인간, 자본의 전지구적인 자유로운 유통이라는 의미에서 세계화가 촉진되었다. 이러한 수렴과정은 여러 가지 역기능도 없는 것은 아니나 다행스런 결과의 하나는 동구 및 제3세계의 많은 나라들을 포함한 권위주의적 국가들의 민주화를 촉진했다는 점이다. 비서방세계에서 진행된 이같은 민주화를 향한 전지구적인 경향은 인권기준의 세계적 보편성을 강화하고 비인도적 범죄행위에 대한 초국적 단죄가 추구되는데 기여하고 있다는 점이다. 일례로 스페인과 칠레의 민주화는 영국과 스페인에서 피노체트를 제노사이드와 비인도적 범죄의 혐의로 정의의 심판대에 올리려는 움직임이 진행되어 왔다.

이것은 국제질서가 사회경제적 조직양식을 중심으로 한 이데올로기적으로 이질적인 체제들 사이의 경쟁으로 인해 소련이 주도하는 프롤레타리아트의 독재진영에서나 미국이 주도하는 제3세계의 이른바 '자유진영'에서나 다같이 부차적으로 취급되고 또 자주 유린되었던 정치적인 시민적 자유의 가치가 보편성을 획득하면서 가장 중심적인 위치를 점하게 된 데 따른 것과 무관하지 않을 것이다. 사회경제적 조직양식을 둘러싼 대립이 중심축이었던 냉전의 질서가 무너지면서 사회경제적으로는 시장경제 자본주의의 담론이 획일적으로 지배함으로써 여러 가지 역기능도 야기되어 왔다. 그러나 그 반면에 사회경제적 질서에서의 혁신이나 혁명의 당위성보다는 그 이전의 인간 개개인의 존엄성과 그 기본적인 시민적 자유의 문제가 보다 현실적이고 보편적인 호소력을 가지면서 시민운동을 비롯한 세계 진보운동의 본원적인 초점으로서의 위상을 갖게 된 것으로 볼 수 있다.

냉전의 종식은 이데올로기적 갈등과 긴장의 이완을 가져왔다. 그러나 다른 한편 그 부작용도 없지 않았다. 그 대표적인 것이 비이념적인 정체성의 정치(politics of non-ideological identities)가 폭발하게 된 것이다. 종족성(ethnicity)과 종교 같은 비이데올로기적인 요소들이 상이한 인간집단들간의 폭력적인 갈등의 결정요인으로서 커다란 중요성을 재획득하게

된 것이다. 보스니아와 르완다의 비극들은 탈냉전시대 새로운 세계질서 속에 내포된 비인도적 범죄의 형태들을 증거해주었다. 종족적, 종교적, 문화적 정체성의 정치는 자주 정치적 동원의 메커니즘을 거쳐 유혈이 낭자한 내전으로 발전했다. 그 결과 1995년에 관찰된 30건의 세계의 중요한 폭력적 갈등의 전부가 기존의 민족국가의 울타리 안에서 일어난 내전적 성격을 띤 것들이었다.<sup>4)</sup>

많은 사람들은 냉전의 종식과 함께 평화와 공동의 번영이 뒤따를 것으로 예상했다. 그러나 독일 나찌스의 패배와 함께 사라진 것으로 생각했던 유럽의 악령이 부활하는 것을 목격해야 했다. 보스니아에서 학살부대(death squads), 문을 틀어막은 짐승용 차들, 집단수용소를 동반한 의도적이고 체계적인 제노사이드가 유럽에 남은 마지막 토착 회교도집단을 대상으로 행해졌다.<sup>5)</sup>

보스니아사태는 많은 탈냉전 사회들에서 이데올로기를 종족적 갈등이 대신하면서 그러한 비이념적 정체성들이 상이한 이해관계를 가진 정치세력들에 의하여 정치적으로 동원되어 인종청소의 전쟁으로까지 발전하게 되는 양상을 잘 보여준다. 그리고 그것은 경제적 조건이 악화되는 상황에서 쉽게 가능해지며 또한 그러한 인종청소의 비극은 세계 주요국가들의 경제/안보적 이해관계에 바탕한 권력정치적 외교에 의하여 방관되는 경향이 있었다는 것을 유념할 필요가 있다.

1980년대 말 유고슬라비아의 경제가 붕괴하면서 그전까지의 좋은 시절과 인종상호간의 화해분위기가 종식되었다. 공산당지배가 끝나자 세르비아계와 회교도계 각각의 민족주의적 정당들이 등장하였고 1990년 보스니아에 첫 다당제 선거가 실시되었다. 1995년 7월 보스니아 비극을 상징하는 대량학살이 일어난 스레브레니카(Srebrenica)지역의 경우 회교도들이 다수파였다. 세르비아계 정당지도자들은 회교도가 다수파를 장악하면 이 지역의 회교도 세력이 운영하는 광산과 공장에서 일하던 세르비아계 노동자들에게 그들은 곧 해고당하고 말 것이라고 선전했다. 이 과정에서 세르비아계 주민들과 회교도 이웃들 사이에 갈등과 긴장이 증폭되었다. 그렇게 해서 세르비아계 집단은 학살부대와 준군사조직을 형성했으며 회교도 주민들은 아직 회교도계가 장악하고 있던 스레브레니카로 도망해야 했다. 그러나 곧 세르비아계 정치세력이 스레브레니카를 장악하여 나찌에 의한 홀로코스트 이후 유럽에서 최대의 제노사이드가 벌어지게 되었다.<sup>6)</sup>

보스니아의 제노사이드의 메커니즘에서 보이는 이같은 종족적 정체성에 바탕한 증오의 정치와 관련해서 우리는, 그런 전반적인 과정에 대한 인식과 함께 그 구체적인 동학 속에 담겨있는 특정한 정치세력집단과 그 지도자들의 책임을 직시하는 것이 필요하다. 종족적 정

4) Roland Paris, "Peacebuilding and the Limits of Liberal Internationalism," *International Security*, Vol.22, No.2, Fall 1977, p.54.

5) Mujeeb R. Khan, "Bosnia-Herzegovina and the Crisis of the Post-Cold War International System," *East European Politics and Societies*, Vol.9, No.3, Fall 1995, p.459.

6) Chuck Sudetic, *Blood and Vengeance: One Family's Story of the War in Bosnia*, New York: W.W. Norton, 1998. Quoted from Tom Gjelten, "Balkan Killing Fields," *The New York Times*, July 12, 1998.



커니즘이 깊이 개입해 있는 지극히 정치적인 현상이었던 것이다.

탈냉전의 새로운 국제질서의 또 하나의 특징은 그렇게 새로운 것이라고는 볼 수 없는, 연속성이 강한 요소이지만 소련의 퇴장이라는 사태에 의해서 새로운 의미를 갖게 된 미국 헤게모니이다. 미국 헤게모니는 지속되고 있으며, 탈냉전이 소련의 퇴장과 맞물려 일어났기 때문에 미국헤게모니가 이른바 단극적 세계질서의 성격을 초래하면서 지속되고 있다는 특징을 갖는 것이다. 미국의 헤게모니적 의지와 능력이 지속되고 또 그것이 일면 강화된 성격을 갖게 되었다는 것은 과거 미국 패권체제가 인류사회에 던진 혜택과 함께 해악을 지속시키는 경향을 낳는다. 한편으로는 주요 열강들간에 폭력적 갈등을 억지한다는 장점을 갖는 반면에 다른 한편으로는 미국의 패권적 군사력이 정치적 편파성을 띠면서 제약없이 행사되는 데 따르는 문제점이 증폭될 수 있는 것이다.

그 과정에서 미국이 주도하는 국제사회의 담론에서는 비인도적 범죄로서 거론되지 못하지만 객관적 중립적 관점에서 보면 충분히 그러한 비판의 대상이 될 수 있는 반인류적 행위들이 견제세력없는 패권적 군사능력을 무기로 자행되기도 하는 것이다. 1990년대 초부터 미국이 이라크에 대해서 되풀이하고 있는 군사행동은 객관성이 크게 의심스러운 이중기준에 의하여 판단된 이라크의 불법행위를 옹정한다는 명분으로 이라크의 일반민중에 직간접적으로 커다란 고통과 희생을 강요하는 경제군사체제와 직접적인 군사적 파괴행위를 낳았다. 핵무기비확산을 명분으로 미국이 주도해온 이라크와 큐바에 대한 미국의 군사경제체제는 북한에 대한 미국주도의 경제제재정책과 마찬가지로 이 지역에 살고 있는 일반민중들에게 득보다는 엄청난 구조적 경제위기를 가중시킨 바 있다. 이 사회들의 경제위기에 대한 가장 근본적이고 직접적인 책임은 그 나라 정권들의 정치 및 경제질서에 있는 것이지만, 편파적이고 일방적이며 강압적인 미국의 패권적 행위는 이 사회들의 경제위기를 가중시키는 구조적인 국제환경을 조성함으로써 그 사회 민중들의 삶의 위기를 악화시키고 북한의 경우 진행될 수백만의 집단기아에 기여했다고 말할 수 있고 이에 비인도적 범죄행위의 혐의도 내포되어 있는 것이다.

그런 의미에서 소련이라는 경쟁국가의 붕괴 이후 미국의 패권적 행태와 그 결과는 몇가지 새로운 특징을 갖게 되었다고 할 수 있다. 첫째는 미국의 군사개입이 더 단호해지고 또 외교적 해결노력에 충분한 기회를 허용함이 없이 군사행동이 단행되곤 한다는 점이다. 일례로 1991년 미국의 이라크에 대한 군사적 옹정행위는 외교적 해결의 가능성을 미연에 차단하면서 군사행동을 추구했다는 강력한 혐의가 제기되고 있다. 미 하원 곤잘레스(Gonzalez) 의원이 미 의회에 제출한 부시대통령을 탄핵하는 보고서는 그러한 혐의를 입증하는 증거들이 들어있다.<sup>11)</sup>

둘째는 탈냉전세계에서 대부분의 반미적 국가들은 이제 더 이상 미국과 소련 사이에서 카드를 쓸 수 있는 공간을 가질 수 없게 되었다. 그리고 그들이 미국의 경제 및 군사체제를

11) Michael Ratner, "International Law and War Crimes," The Commission of Inquiry for the International War Crimes Tribunal, 1992.

받게 되는 경우에 그 파괴적 효과는 더욱 증폭될 수 밖에 없다. 다른 곳에서 도움을 받을 수 있는 숨길 공간이나 완충지대가 사라졌기 때문이다. 이것이 단극질서의 중요한 역기능의 하나라고 할 수 있을 것이다.

북한에 대해 미국이 주도해온 외교적 고립화와 경제체제의 정치도 바로 이런 측면에서 조명될 필요가 있다. 그리고 그것이 북한 일반민중에게 가하는 잔혹한 인간적 결과의 의미에 대해서도 주목할 필요가 있을 것이다.

탈냉전의 국제질서에서 어떤 면에서 오히려 강화된 미국의 헤게모니의 결과로 미국이 국제법을 무시하며 취한 일방적인 군사행동의 또 한 예는 1989년 12월 20일 파나마 침공이다. 파나마의 독재자 마누엘 노리에는 냉전기 동안 미국의 오랜 동맹자였다. 1980년대에 레이건 행정부와 파나마의 노리에는 니카라과의 콘트라를 지원하는데 긴밀한 협조체제를 이루고 있었다. 그러나 1980년대 말에 들어서면서 노리에는의 독재정치에 대한 파나마국민의 반발이 심해지고 노리에는가 국제 마약밀매업에 깊이 개입된 것에 대한 미국내의 비판이 심해지면서 부시행정부는 노리에는의 퇴진을 요구하기 시작했다.

불과 얼마전까지도 미국의 충실한 동맹자였던 노리에는는 당연히 반발했고 미국은 1989년 12월 군사행동을 단행했다. 이것은 베트남전쟁 이래 미국이 취한 가장 대규모의 군사행동이었다. 22,500명이 병력이 동원되었다. 이 군사행동으로 노리에는를 체포하는 데에는 성공했다. 노리에는는 1990년 1월 4일 미국 죄수번호 41586번을 달고 마이애미의 미 연방교도소에 수감되었다. 그는 1992년 4월 마약밀매혐의로 유죄판결을 받고 감옥살이를 시작했다. 이후 파나마에 수립된 정부는 미국의 괴뢰에 불과한 것으로 널리 인식되었다.<sup>12)</sup>

파나마에 대한 무력침공 이후 미국내에서 부시정권의 인기는 높이 치솟았지만, 이 행위는 그것 자체로서 국제법의 위반이었으며, 또한 많은 파나마 민간인들의 희생을 수반했다. 파나마시티에 수십억달러에 이르는 재산피해를 유발했으며, 300여명의 파나마 시민이 미군의 군사작전에 희생되었고 수천명이 다쳤다. 수천명의 난민이 발생했고 병원은 부상자들로 넘쳐흘렀다.<sup>13)</sup> 국제사회나 유엔같은 국제기구의 동의없는 군사행동 그 자체가 전쟁범죄를 구성할 뿐 아니라 그 결과로 수천의 민간인들에게 불필요하고 정당화될 수 없는 인명과 재산의 피해를 가했다. 국제법들이 규정한 비인도적 범죄행위에 해당하는 것이다. 아메리카국가기구(Organization of American States: OAS)는 미국의 무력사용을 비난했으며, 유엔 안전보장이사회도 이 침략행위를 비난하는 결의안을 채택하려 했으나 미국의 비토권 행사로 좌절되었다. 대부분의 라틴 아메리카 국가들은 파나마 독재자 노리에는의 축출을 지지하면서도 미국의 군사침공이 바람직한 정책은 아니라고 보았다. 페루대통령 알란 가르시아는

12) Thomas G. Paterson and J. Gray Clifford, *America Ascendant: U.S. Foreign Relations Since 1939*, Lexington: D.C. Heath and Company, 1995, p.312.

13) Paterson and Clifford, p.311. 파나마의 일반병사들도 미국의 전쟁행위로 불필요하게 희생되기는 민간인과 마찬가지로이다. 희생된 파나마 민간인 및 군인희생자의 규모는 미국의 공식발표와 크게 달리 평가되기도 한다. 미국의 전 법무장관 램시 클라크가 이끄는 민간단체인 국제전쟁범죄재판소는 미국의 침공으로 인한 파나마 희생자 수를 4천명으로 집계했다.

미국의 침공을 "범죄적 행위"라고 규정했다.<sup>14)</sup>

미국이 그같은 전격적인 군사행동을 실시한 것은 반드시 노리에가의 독재와 마약밀매행태에 대한 응징을 위한 것만은 아니었다. 그것은 새로운 국제질서에서도 라틴 아메리카를 포함한 세계의 주요지역에서 미국의 패권적 질서를 지속하기 위하여 국제법에 제약받지 않는 단독적이고 일방적인 무력행사도 불사한다는 선언적 의미를 함께 갖는 것이었다. 그리고 그것은 보다 구체적으로는 중앙아메리카의 전략적, 경제적 요충지인 파나마운하에 대한 통제권을 미국이 21세기에까지 연장해 계속 장악하겠다는 장기적 전략의 맥락에서 이해될 필요가 있다.

1977년 미국 카터행정부와 당시 파나마 대통령이며 민족주의자인 오마르 토리요(Omar Tirrijos) 사이에 파나마운하협정이 체결되었다. 이 협정에 따라 미국은 1917년 개통된 이래 미국의 지배하에 있던 파나마운하에 대한 통제권을 1999년 12월 31일까지 파나마정부에 넘기기로 합의했다. 이 시점까지 미국은 파나마주둔 모든 미군부대를 철수시키고 파나마운하 지역에 설치되어 있던 미군기지들을 모두 포기하기로 되어 있었다. 그러나 1997년 12월 미국과 파나마는 새로운 운하협정에 합의했다. 그것은 미국이 1999년 운하의 통제권을 파나마에 넘긴 후에도 미군이 파나마에 남도록 하는 것을 핵심내용으로 한 것이었다.<sup>15)</sup> 이 조약으로 미국은 1999년에는 파나마에 돌려주기로 되어 있던 하워드 공군기지(Howard Air Force Base)에 마약차단센터를 확립하도록 했는데, 라틴 아메리카국가들은 이것을 마약 자체보다 파나마에 대한 미국의 군사적 주둔과 통제를 연장하려는 기도로 해석했다. 그래서 이들은 이들을 이 조약에 대한 지지의 대열에 참여시키려 한 미국의 외교노력을 비판적으로 바라보았다.<sup>16)</sup>

파나마, 그리고 뒤이어 이라크에 대해 미국이 취한 군사행동은 정치적 편파성과 국제법의 편파적 적용 내지는 무시를 내포하고 있다. 아직은 냉전시대 미국의 패권하에서 자행된 베트남전쟁에서와 같은 장기적이고 거대한 스케일의 전쟁범죄와 비인도적 범죄행위가 탈냉전시대에 미국에 의하여 재발되고 있지는 않다. 그러나 이라크와 파나마, 그리고 북한에 대한 경제제재 행위들이 민주주의와 국제법의 이름아래 미국의 주도하에 어떤 이념적 견제 없이 전개되어온 상황이 지속된다면, 그 이상의 비인도적 범죄행위가 국제사회의 견제 없이 확대재생산될 위험성은 항상 잠재해 있다고 할 것이다.

##### 5. 20세기 비인도적 범죄에 대한 국제사회의 대응과 그 한계

2차대전 중 독일 나찌스에 의한 홀로코스트나 중일전쟁 중에 일어난 일본군의 난징대학살과 같이 필설로 형언할 수 없는 거대한 비인간적 잔혹상을 겪으면서 국제사회는 평화와 인

14) Time, January 29, 1990, p.28. Quoted from Paterson and Clifford, p.312.

15) Larry Rohter, "Deal Would Let U.S. Keep Troops in Panama After '99," The New York Times, December 25, 1997.

16) Larry Rohter, December 25, 1997.

류에 대한 범죄의 개념과 처벌에 대해 보다 명시적인 국제적 규범을 만들고자 노력했다. 그래서 "비인도적 범죄"(crimes against humanity)라는 개념이 탄생했다. 이 개념은 2차대전 직후의 뉘른베르그재판으로 거슬러올라간다. 독일군대는 평화를 깨뜨림으로서 전쟁범죄를 저질렀을 뿐 아니라 모두 천만명에 달하는 민간인을 죽음의 수용소에서 학살하는 제노사이드를 범했다. 이것은 인간이 범한 가장 극악한 범죄행태에 해당하는 것이지만 그때까지는 그것을 범죄로 규정해 처벌을 명시한 것은 독일 국내법은 물론이고 국제법에도 없었다. 그 해결책으로 뉘른베르그법정은 "비인도적 범죄"라는 새로운 범죄의 범주를 설정하고 이에 개입된 개인들을 처벌하는 근거로 삼고자 했다.<sup>17)</sup>

1945년 8월 8일 런던협정으로 알려진 「유럽추축국 주요전범의 기소와 처벌에 관한 협정」에 따른 「국제군사재판헌장」(Charter of the International Military Tribunal: IMT)은 이 법정이 관할할 세가지 범주의 범죄행위를 정의하고 그에 대한 개인들의 책임을 묻는다는 원칙을 제시했다. 첫째는 「평화에 대한 범죄」, 둘째는 「전쟁범죄」, 그리고 세 번째가 「비인도적 범죄」였다. 차후의 국제법적 범주에서는 평화에 대한 범죄는 사실상 전쟁범죄에 통합되게 된다.

비인도적 범죄라는 새로운 개념을 규정한 이유의 하나는 특정한 전쟁수행과 직접적인 연관은 없으나 제노사이드를 포함하여 정치, 종교, 인종적 이유로 특정 민간인 집단에 대해 가해지는 인권유린행위를 불법으로 명시하여 처벌하려는데 있다. 따라서 비인도적 범죄는 전시와 평화시를 불문하고 집단적 권력과 폭력으로 행해지는 인권유린행위를 범한 개인들을 국경을 초월하여 처벌하는 국제법적 근거를 부여하고자 한 것이다.

유엔총회는 1946년 12월 11일 뉘른베르그의 국제군사재판헌장이 규정한 국제법적 원칙을 확인하였다. 1946년 2월과 1947년 10월 31일 유엔총회는 전범의 추방과 처벌에 관한 결의안을 통과시킨 바 있다. 이어 1948년 유엔총회는 「보편적 인권선언」을 채택하여 정부들이 그 자신의 시민들에 대해서뿐 아니라 외국인들에 대해서 가하는 인권유린을 다같이 처벌할 수 있는 국제적 규범을 설정하고자 했다. 유엔의 보편적 인권선언은 '비인도적 범죄'라는 개념을 명시하지는 않고 있으나 어떤 상황에서도 어떤 개인에 대한 인권유린도 범죄로 규정함으로써 그 개념을 포용하고 있다고 할 수 있다.

1951년 1월 21일 효력을 발생한 「제노사이드의 예방과 처벌에 관한 협정」(The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)은 제노사이드의 문제를 구체적으로 다룬 문서이다. 이 협정은 제노사이드를 "어떤 민족, 종족, 인종, 또는 종교 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도를 갖고 범한 행위로서, 1) 그 집단의 살육; 2) 그 집단의 구성원들에게 심각한 신체적 또는 정신적 해를 끼치는 행위; 그 집단 전체 또는 일부를 물리적으로 파괴할 목적으로 그 집단의 삶의 조건을 의도적으로 악화시키는 행위; 3) 그 집단의 자손번식을 방해하는 행위; 4) 그 집단의 어린이들을 다른 집단에게 강제로 이동시키는 행위"로 정의했다.<sup>18)</sup>

17) "Crimes Against Humanity," <http://ps.ucdavis.edu/classes/ire001/int/crimes.htm>.



1966년 12월 12일과 16일 유엔은 토착 주민들의 경제적/정치적 권리를 유린하는 행위와 아파테이트를 다같이 비인도적 범죄로 명시해 규정하는 결의안들을 통과시켰다. 전쟁범죄와 비인도적 범죄에 관한 이들 국제법적 협정이나 선언들은 관련 범죄자들을 기소하는 시한에 대한 규정을 두지 않았다. 그러나 1968년 성립된 「전쟁범죄와 비인도적인 범죄에 국내법상의 제한을 적용하지 않기로 하는 협약」(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)에서 “전쟁범죄와 비인도적 범죄에는 시한을 두지 않는다”는 것을 국제법적 원칙으로 확립했다.<sup>19)</sup> 이 협정은 이들 범죄 행위자들에 대해서는 “그 범죄가 일어난 시점과는 상관없이,” 그리고 “그 행위가 범해진 나라의 국내법을 저촉하는 것이 아닐지라도” 어떤 국내법적 제한(statutory limitation)도 적용하지 않는다고 밝히고 있다.

이처럼 국제사회는 특히 나찌스에 의한 유대인대학살의 비극을 배경으로 비인도적 범죄의 개념을 정립하고 그 처벌을 위한 국제법적 규범을 나름대로 꾸준히 다듬어왔다고 할 수 있다. 그러나 냉전시대에는 국제사회를 분할한 두 초강대국들의 이데올로기적 갈등으로 인해 비인도적 범죄에 대한 예방과 처벌을 위한 국제기구의 활동은 거의 존재할 수 없었다. 냉전시대에 강대국들은 분쟁해결의 수단으로 유엔과 같은 국제기구에 의거하지 않았다. 강대국들이 서로간에 이해관계가 일치하는 부분에서도 유엔을 통하지 않고 그 특정한 이슈에 맞는 국제적 또는 다국적 기구를 통해 접근하는 경향을 보였다.<sup>20)</sup> 미국은 베트남이나 중남미 같은 자신의 영향권 지역에서, 그리고 소련은 동구와 아프가니스탄 같은 자신의 영향권 지역에서 전쟁범죄와 비인도적 범죄를 범하더라도 이들 패권적 지배행위라고 할만한 국가테러행위들을 범죄로 규정하고 처벌할 수 있는 메커니즘은 존재하지 않았다. 버트란드 러셀과 장 폴 샤프트르, 아이작 도이처를 포함한 유럽의 극소수 지식인들이 인도차이나에서 미국의 전쟁범죄와 비인도적 범죄를 조사하고 규탄하는 민간 국제법법정을 구성해 미국의 전쟁행위를 ‘제노사이드’로 규정했으나, 서방의 언론은 이에 대해 철저하게 침묵을 지켰다.<sup>21)</sup>

탈냉전 초기에는 국제사회에 한때 낙관주의가 지배하면서 유엔의 활동에 대한 많은 기대가 있었다. 유일 패권국가로 된 미국 역시 유엔에서 미국을 견제하는 공산권이 사라진 상황에

18) 이 협정의 3조는 제노사이드와 관련해 처벌할 수 있는 범죄행태를 다섯가지로 규정했다. 1) 제노사이드; 2) 제노사이드를 위한 음모; 3) 제노사이드를 범하도록 직접적으로 그리고 공개적으로 고무하는 행위; 4) 제노사이드를 기도하는 행위(attempt to commit genocide); 5) 제노사이드에 공모하는 행위. 이 협정의 제7조는 제노사이드 및 이와 관련된 위의 범죄들은 정치범죄(political crimes)로 간주하지 않는다고 규정했다. 이것은 반인류적 범죄를 범한 자들을 ‘정치범’과 구분함으로써 이들에 대한 국제적인 추방에 법적 장애가 없도록 한 것이다.  
http://heiwww.unige.ch/humanarts/instree/x1cppcg.htm.

19) 이 문제를 일본전쟁범죄 처리와 관련해 구체적으로 고찰한 중요한 연구로, 박원순, “일본 전쟁범죄 처벌, 지금도 가능한가,” 『역사비평』, 1993년 봄, 207-244면.

20) Michael N. Barnett, "Bringing in the New World Order: Liberalism, Legitimacy, and the United Nations," *World Politics* 49 (July 1997).

21) Ronald Hayman, *Sartre: A Biography*, New York: Carroll & Graf Publishers, 1987, p.415-422.

서는 미국이 유엔을 자신의 뜻대로 이끌어가는 것이 더 용이해짐에 따라 유엔의 역할에 많은 비중을 두는 듯 했다. 이 점은 특히 유엔의 국제원자력기구와 사찰단을 이용해 이라크와 북한 등 반미국가들의 핵활동을 통제하는 작업에서 미국의 국익과 긴밀하게 연결되는 이슈들과 관련해 두드러졌다.

이런 가운데 1990년 초반 유엔사무총장이었던 부트로스 부트로스-갈리를 비롯한 국제사회의 대표적인 많은 자유주의적 국제주의자들은 유엔을 활성화하여 국제평화를 확보하는 작업에서 유엔이 중심적 역할을 담당할 수 있다는 청사진들을 제시했다.<sup>22)</sup>

그러나 1990년대의 탈냉전의 세계를 새롭게 뒤흔들게 되는 보스니아와 르완다 등에서의 반인류적 제노사이드 사태들에 임해서는 유엔은 어떤 적극적인 역할도 담당하지 못했고 따라서 국제사회에서 유엔의 위상과 그에 대한 국제사회의 기대는 시들어갔다.<sup>23)</sup> 이 문제들에서 유엔의 역할이 거의 존재하지 않는 것은 미국을 비롯한 강대국들의 이해관계가 이 문제들에 대한 적극적인 역할과 맞물리는 것이 아니었다는 것과 무관하지 않았다.

탈냉전의 새로운 세계질서의 중심으로서 유엔의 역할을 높이려는 부트로스 유엔사무총장의 비전은 오히려 비판과 공격의 표적이 되었다. 그가 유엔이 독자적인 상비군을 갖도록 하겠다는 계획은 특히 그러했다. 제3세계 국가들은 유엔이 상비군을 갖는 등 역할이 강화될 경우에, 미국을 비롯한 강대국들이 주도하는 유엔이 결국 자신들의 주권을 더욱 침해하게 될 것을 우려했고, 반면에 유엔 안전보장이사회 상임이사국들인 강대국들은 유엔이 자신들의 국익과 독립적인 힘과 자율성을 갖게 되는 것을 두려워했다. 부트로스 갈리의 비전은 강대국들이 용인할 수 있는 한계를 벗어나 있었다.<sup>24)</sup>

특히 미국에서는 보수정치세력들이 부트로스 갈리의 유엔역할 강화론을 강력하게 공격하였고 이것은 부트로스 갈리를 유엔사무총장에서 미국이 몰아내게 되는 가장 중요한 배경이 되었다. 강대국들은 유엔과 그 사무총장이 자신들이 직접 떠맡기 부담스러운 부차적인 일들을 대신 처리해주는 것은 환영한다. “사무총장이 (강대국들에) 충분한 경의를 보이면서

22) Boutros Boutros-Ghali, *Agenda for Peace*, 2nd Edition, New York: United Nations, 1995; Commission on Global Governance (including Ernst Haas and Peter Haas), *Our Global Neighborhood*, New York: Oxford University Press, 1995; Gareth Evans (then-foreign minister of Australia), *Cooperation for Peace*, St. Leonards, Australia: Unwin and Hyman, 1993; Report of the Independent Working Group on the Future of the United Nations (supported by the UN Secretariat and overseen by Paul Kennedy and Bruce Russett), *The United Nations in Its Second Half-Century*, New York: Ford Foundation, 1995.

23) John Mearsheimer, "The False Promise of International Institutions," *International Security* 19 (Winter 1994-95). 유엔은 적절한 시점에 그러한 제노사이드의 예방은 물론이고 중지에 기여하지도 못했을 뿐 아니라 사후에 개입하여 그 재발을 방지하는 역할에 있어서도 많은 문제점을 드러내왔다. Roland Paris, "Peacebuilding and the Limits of Liberal Internationalism," *International Security*, Vol.22, No.2, Fall 1997. 한편 탈냉전후 특히 활발해지고 있는 NGO들의 국제사회에서의 역할과 그 한계에 대해서는 Ann Marie Clark, Elisabeth J. Friedman, and Kathryn Hochstetler, "The Sovereign Limits of Global Civil Society: A Comparison of NGO Participation in UN World Conferences on the Environment, Human Rights, and Women," *World Politics* 51 (October 1998).

24) Barnett, p.530.

신중하게 행동한다면, 오케이이다. 그러나 그가 강대국에게 설교를 하려 들 때는 그는 거부된다. 부트로스 갈리가 선진국들은 백인 세계의 전쟁만을 신경 쓸 뿐 아프리카의 '고아들의 전쟁'(orphan conflicts)은 무시하고 있다고 비판했을 때, 미국은 부트로스 갈리가 건방지다고 생각했다. 그 때 이미 부트로스 갈리와 미국간의 갈등은 필연적이었다.<sup>25)</sup>

부트로스 갈리는 결국 미국의 주도하에 사무총장 재임을 포기해야만 했으며, 1990년대 들어 미국의 세계전략과 이익에 특히 중요해진 중동의 이라크에 대한 미국의 접근방식에 보 다 우호적이고 고분고분한 인물로 알려진 코피 아난(Kofi Annan)이 유엔 사무총장으로 선임되었다.<sup>26)</sup> 그리고 이러한 별로 명예롭지 못한 외교의 선봉에 서서 활동한 인물이 당시 주 유엔 미국대사로 있던 마들린 올브라이트(Madeleine Albright)이며, 그녀가 곧 이어 미국 무장관에 임명되었을 때, 미국 상원의 대표적이니 골수 보수파 정치인인 제시 헬름스는 그녀를 "터프하고 용기있는 여성"이라고 칭찬했던 것이다.<sup>27)</sup>

제노사이드를 포함한 비인도적 범죄에 대한 인식의 제고와 처벌을 통해 이 범죄형태에 대한 인류사회의 대응체제를 수립하는 작업에 대해 강대국들의 권력정치행태가 장애가 되고 있는 또 하나의 중요한 지점은 비인도적 범죄에 대한 상설국제법정을 설립하는 문제였다. 기존에 헤이그에 있는 국제사법재판소(International Court of Justice), 일명 세계재판소(The World Court)는 국가정부들 사이의 분쟁만을 다루는 것으로 한정되어 있기 때문에 비인도적 범죄행위를 기소할 형식적 권위는 갖고 있지 않다. 그래서 유엔 안보리는 1993년 헤이그에 보스니아에서 전쟁범죄로 기소된 사람들을 재판하기 위한 특별재판소를 설립했다. 1994년에는 탄자니아에 르완다의 제노사이드의 책임자들을 재판하는 법정이 설립되었다.

유엔은 더 나아가 비인도적 범죄를 다루는 상설국제법정을 창설하는 계획을 세웠다. 유엔이 창설된 이후 그러한 범죄를 다룰 수 있는 전지구적 형사법정을 구성할 필요성은 많은 나라들이 공감해왔다. 그러나 냉전기간에는 그것이 불가능했다. 소련이 붕괴해 탈냉전이 되면서 그 방안이 새롭게 등장했다. 1998년 로마에서 이 문제를 다루는 회의가 열렸다. 그러나, 국가들간의 합의는 쉽지 않았다. 156개 유엔 회원국 모두 그 필요성에는 공감했으나 각론에서는 이견이 많았다. 가장 중요한 논점은 이 국제형사재판소의 검찰관들의 독립성과 자율성의 문제였다. 많은 나라들은 그들이 자율성을 갖는 것이 필수적이고 보았으나, 미국을 비롯한 강대국들은 그 법정이 세계의 주요 민주선진국들, 또는 적어도 유엔 안보리 국가들의 의사를 충실히 반영해야 한다는 조건을 달았다. 그렇지 않으면 국제재판소는 정치의 희생물이 될 수 밖에 없을 것이라고 주장하면서 국제형사재판소의 실질적인 자율성을 거부해 왔다. 미국이 참여하고 협조하지 않는 국제형사재판소란 실질적으로 어떤 권위도

25) Barbara Crossette, "U.N. Secretary General Tries to Make His Job Count," *The New York Times*, March 7, 1998.  
 26) Steven Erlanger, "Helms Praises Selection for Secretary of State," *The New York Times*, December 6, 1996.  
 27) Crossette.

갖기 어려운 것이 현재의 국제현실이기에 미국의 이같은 태도는 이 문제의 진전에 커다란 장애로 남아있다.<sup>28)</sup>

유엔을 비롯한 국제기구들에 대한 가장 궁극적인 비판은 유엔이 가장 중요한 문제에 대해서, 그리고 가장 중요한 순간에는 미국의 일극적 헤게모니 체제하에서는 이 나라의 일방적인 영향력하에 종속되어 있으며, 궁극적으로 유엔은 미국의 세계전략의 서비스센터에 불과한 것이 아닌가하는 회의라고 할 수 있다. 1990-91년 중동 걸프에서 미국이 수행한 전쟁행위에 대한 국제적 정당성을 확립하는 과정에서 미국이 유엔회원국들을 매수하거나 협박한 사례들이 그 증거로 제시되고 있다. 걸프전후 미국 하원 곤잘레즈 의원이 부시행정부에 대한 탄핵안을 제출하면서 열거한 사례들은 미국이 "유엔 안보리 이사국들을 중심으로 매수하고 협박하고 위협"한 것을 보여준다는 것이다.<sup>29)</sup>

이것은 결국 탈냉전의 질서도 주요 강대국들의 대외정책이 편협하게 정의된 국가이익과 권력정치의 틀에서 크게 벗어나고 있는 만큼 비인도적 범죄에 대한 국제사회의 대응과 그 방식에 커다란 변화를 기대하기 힘들며, 또한 패권국가의 반국제법적인 행위들을 제어하는 메커니즘을 건설하는 데에도 여전한 근본적 한계가 있다는 것을 새삼 확인해 주는 것처럼 보인다. 구체적인 제노사이드에 대한 국제사회의 인식과 대응을 강대국 권력정치행태가 지배하는 현상은 무지브 칸이 보스니아 사태와 관련해서 잘 지적하고 있다: "미국과 유엔의 상층부, 그리고 영국과 프랑스가 이끄는 유럽공동체는 보스니아-헤르체고비나의 크로아트계와 회교도계가 독립선언을 했을 때 세르비아계가 그곳을 침공할 것이라는 점을 충분히 의식하고 있었다. 그러나 이들은 다같이 방어능력이 없는 이 새로운 공화국에 대한 세르비아계의 침공을 억지하기 위한 어떤 구체적인 행동도 취하지 않았다. 그들은 이 새 보스니아의 민주정부를 지원해 개입하는 것이 자신들의 직접적인 국익과 충분히 부합하지 않는다고 결론짓고 곧 희생될 가능성이 높은 집단의 운명에 어떤 관심도 보이지 않았다."<sup>30)</sup>

보스니아에서 인종청소의 비극이 한참 진행되고 있던 1993년 『뉴욕타임스』에 실린 한 글의 제목은 "보스니아에는 석유가 없다"였다.<sup>31)</sup> 이 표제는 이 지역에서 수년간 아무런 국제사회의 제약없이 진행된 제노사이드의 비극에 대한 국제사회 주도국들의 무관심과 방관의 정치의 본질을 잘 풀착하고 있다. 보스니아에서 수년동안 세르비아계 군대에 의한 회교도 인종청소가 일단락되고 난 다음 국제여론이 비등함에 따라 미국의 리드하에 구미국가들이 보스니아 사태에 북대서양조약기구를 통해 개입하게 되었으나, 이들은 그나마도 인종청소라는 최악의 비인도적 범죄를 기획하고 주도한 지도적 인물들과 정치적 흥정과 협상에 임했다.<sup>32)</sup> 반면에 미국은 1991년 그리고 이어 1998년 중동에서 자신의 경제적/정치적 패권적

28) The Pentagraph (Bloomington, IL), "International Court must move on crimes against humanity," July 13, 1998.

29) 그 구체적인 사례에 대해서는, *Congressional Record*, January 16, 1991, H520. Michael Ratner에서 재인용.

30) Mujeeb Khan, p.460.

31) Dimitri K. Simes, "There's no oil in Bosnia," *The New York Times*, March 10, 1993, A19.

32) Rieff.

지위와 긴밀하게 관련된 이슈로 갈등하고 있던 이라크에 대해서는 대규모의 전격적인 군사 개입을 하여 또 다른 형태의 전쟁범죄와 비인도적 범죄에 개입한 혐의를 갖고 있는 것이다.

끝으로 보스니아와 르완다 등 세기말의 제노사이드가 각각 수년동안이나 진행된 후에서야 뒤늦게 유엔을 비롯한 국제사회가 개입하는 상황의 저변에는 서방의 냉소주의가 존재한다. 는 지적에도 귀를 기울일 필요가 있다. 보스니아가 위치한 발칸반도를 예로 든다면, 이 지역은 물론 20세기 전반에 걸쳐 끊임없는 갈등과 유혈의 현장이었고 따라서 그 문제의 뿌리가 깊은 것이 사실이다. 그만큼 숙명론과 냉소주의가 풍미할 수 있는 근거가 있다 할 것이다. 그러나 이미 지적한 바와 같이 그러한 역사적 증오의 재료들이 특정한 시점 특정한 조건 속에서 폭력적 제노사이드의 광기로 폭발하는 데에는 그 증오의 역사와 기억을 확대 재생산하며 그 역사로부터의 해방의 방법에 관한 논리를 왜곡하면서 파괴적 해결책을 교사하는 음울한 기억의 정치가 개재되어 있으며, 그리고 그것을 현실적인 정치군사적 정책으로 구체화하는 정치세력과 지도자들의 기획과 조직적 실행이 있었다는 점을 주목해야 한다. 이와 함께, 주변 국제사회가 이 왜곡된 기억의 정치적 동원과 그 폭력화를 방조하는 서방의 냉소주의가 중요한 역할을 했다는 것이다.

이러한 서방의 냉소주의의 구체적인 증거를 로저 코헨은 잘 포착하고 있다. 1994년 유엔군 사령관으로 보스니아에 나타난 마이클 로즈(Michael Rose)는 유엔과 서방이 특별히 할 일이 없다는 제스처로 손을 내저으면서 "알다시피 여기는 발칸이야"하고 말했다. 미국대통령 클린턴도 1995년 6월 보스니아전쟁을 가리키며 말하기를 "그들 사이의 증오는 500년을 거슬러올라간다. 사람에게 따라서는 1천년을 거슬러올라간다고 본다"고 했다.<sup>33)</sup>

이러한 서방 주요국가 권력집단의 냉소주의는 이 지역의 거대한 비인도적 범죄의 전개를 그 지역의 특수한 풍토의 하나로 간주함으로써 이웃이 이웃에 대해 가질 수 있고 또 응당 가져야 할 관심과 정당한 개입의 의무를 포기한 것을 스스로 정당화하는 이데올로기로서 기능한다. 이 서방의 냉소주의는 발칸지역의 회교도들이 수세기동안 유럽에서 가져온 유서 깊은 역사적 '타자'(他者)로서의 역할과 연결되어 있다.<sup>34)</sup> 이 냉소주의적 이데올로기는 유럽의 변방과 제3세계에서 벌어지는 비인도적 범죄에 대한 국제사회의 불감증을 주도한다. 그래서 그 냉소주의는 보스니아와 그리고 다른 어떤 지역에서든 언제나 잠재한 제노사이드의 재생산 메커니즘의 한 부분을 이루고 있다.

33) Cohen.

34) Khan, p.459.

## 『한국인권의 현황과 과제』

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

## 국가비상사태와 인권

- 조시현 -

42

조시현(성신여대 법학과 전임강사)

## I. 머리말

한국정부의 수립이후 1948년 10월 25일 여수·순천의 군사반란을 진압하기 위하여 처음으로 구 일본의 계엄령에 따른 계엄이 발동된 이래 한국전쟁, 4.19 혁명, 5.16 군사쿠데타, 유신헌법 제정 전후, 1979년 박정희 대통령의 시해이후 12.12 군사반란과 5.17 확대비상계엄으로 광주민주화운동의 무차별적 진압을 거친 5공화국의 수립에 이르기까지 현대사의 중요한 길목에서 잇달은 군사독재정권의 등장과 권위주의 체제의 확대재편과정은 어김없이 계엄을 비롯한 비상사태를 수반하여왔고 이를 명목으로 온갖 '비상조치'가 취하여졌다. 뿐만 아니라 러일전쟁중의 계엄 선포<sup>1)</sup>와 같이 일제에 의한 조선의 식민지배에는 계엄령과 같은 제도적 뒷받침이 있었으며<sup>2)</sup> 미군정기간 동안에도 2차례에 걸친 계엄선포가 있었다.<sup>3)</sup> 이러한 점에서 한반도의 20세기는 식민 또는 군정당국이건 독립국가의 정부이건 갖은 이유에서 '비상한' 상황임을 명목으로 국민의 인권을 계속적으로 탄압하고 유린해온 역사로 기록될 만하다. 이 속에서 저질러진 갖가지 인권유린의 사실규명과 책임의 소재 문제는 최근에 들어서야 비로소 관심을 끌게 되었으나 아직 완전하게 해결되었다고 할 수 없고 4.3 제주항쟁과 5.18 광주항쟁과 같은 특정한 사건 중심의 대응에 그쳐 체계적인 접근은 이루어지지 않고 있다.<sup>4)</sup>

이에 반하여 국제사회는 전쟁, 내란과 같은 비상사태에 대한 적절한 대응의 필요와 그 과정에서 너무도 쉽게 짓밟아지는 인권의 보장이라는 요청을 조화시키기 위하여 아래에서 보는 것과 같은 국제인권기준과 절차를 확립하고 있다. 비상사태로 일어나는 인권문제는 오늘날에도 끊이지 않아 예컨대 비상사태에 관한 유엔의 특별보고관<sup>5)</sup> 데스

1) 한국법제연구원, 한말법령체계분석(1991), 32쪽.

2) 스즈키 게이후(鈴木敬夫), 법을 통한 조선식민지 지배에 관한 연구, 고려대학교 민족문화연구소(1989) 참조.

3) 김도창, 계엄론 - 국가긴급권에 관한 일고찰, 박영사(1968), 228쪽 각주 2.

4) 법학분야에 있어서도 헌법교과서에서 다루어지는 것 이외에 계엄에 관한 몇몇 시론적 연구만 있을 뿐 비상사태에 관한 본격적 연구는 없다. 예컨대 김도창, 앞의 책; 갈봉근, 프랑스 제5공화국 대통령의 비상대권론, 삼화출판사(1972); 오병현, 「군부독제의 칼」, 계엄령 연구, 신동아(1993.11), 494쪽; 오병현, 계엄법의 기원과 문제점, 사법행정(1994.1), 58쪽; 김순태, 제주 4·3민중항쟁 당시의 계엄에 관한 고찰 - 계엄의 법적 근거 유무에 대한 판단을 중심으로, 민주법학 제14호(1998), 257쪽 참조.

5) 차별방지와 소수민 보호에 관한 국제연합 소위원회는 비상사태에서의 인권문제를 다루기 위하여 1977년 전문가(퀘스티오(Nicole Questiaux)여사의 최종보고서, Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations known as States of Emergency, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15(1982) 참조)를 임명하여 연구하게 하였다. 1985년에는 특별보고관을 임명하여 비상사태를 선포, 연장 또는 종료한 국가의 명단을 매년 작성하

포이에 따르면 1985년부터 1997년 5월까지 100여 개의 국가 또는 영역이 법적이거나 사실상으로 비상사태를 선포, 확대, 유지하거나 해제하였다고 한다.<sup>6)</sup> 이 국가들은 전쟁, 내전, 쿠데타, 군사반란, 무장단체의 활동, 국가전복기도, 총파업과 물가폭등과 같은 경제위기, 테러리즘, 마피아의 활동 따위를 이유로 비상사태를 선포하였다.<sup>7)</sup> 이러한 사정에서 국제사회는 비상사태에 관한 국제인권법을 더욱 발전시키고 집행절차를 개선하려는 노력을 계속하고 있다.<sup>8)</sup> 비상사태동안 인권이 제대로 지켜지는가는 다른 모든 상황에서 진정한 인권보장이 이루어지는가에 대한 잣대가 된다는 점에서 이러한 법발전의 의미는 더욱 크다.

이 글은 국가비상사태에 관한 국내법제와 관행을 국제인권법에 비추어 규범적 차원에서는 물론 실제 적용의 차원에서 평가하고 문제점과 개선방향을 모색하고자 한다.<sup>9)</sup>

## II. 국가비상사태의 정의

### 1. 국제인권법에서의 비상사태의 개념과 인식기준

고, 비상사태의 적법성을 확보하려는 국내 및 국제규칙을 따르는지를 검토하여 보고하고, 비상조치가 인권에 미치는 영향을 연구하며 비상사태 상황에서의 인권존중을 보장하기 위한 구체적인 조치를 권고하도록 하였다. Asbjørn Eide, *The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, in Philip Alston (ed.), *THE UNITED NATIONS AND HUMAN RIGHTS: A CRITICAL APPRAISAL*, Clarendon Press(1992), 211, 244-245쪽 참조.

- 6) Tenth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19(23 June 1997)(이하 테스포이 보고서), para. 180.
- 7) Sihyun Cho, *Applicability of International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts* (Ph.D dissertation at the University of Cambridge, 1996), 제9장 참조.
- 8) 예컨대 유엔 인권이사회는 1991년이래 이라크, 옛 유고슬라비아, 크로아티아, 보스니아-헤르체고비나, 유고연방공화국, 앙골라, 브룬디, 아이티, 르완다에서와 같이 비상사태가 빈발해짐에 따라 관련 당사국들에게 신속하게 보고서를 제출하도록 요청하는 관행을 확립시키고 특히 1994년 제52차 회기에서는 보고서를 심의한 결과 중대한 인권상황이 드러날 경우 관련 당사국과의 대화를 재개하여 상황을 더 잘 설명하고 적절한 제안과 권고를 할 목적으로 이사회의 위원으로 구성된 사절단을 받아들일도록 요청하기로 결정하였다. Report of Human Rights Committee, UN Doc. A/48/40(1993), para. 18; A/49/40 (1994) paras. 45-47; UN Doc. A/50/40(1995), paras. 36-39. 유럽인권보장체제의 개혁논의로는 Brendan Mangan, 'Protecting Human Rights in National Emergencies: Shortcomings in the European System and a Proposal for Reform', *Human Rights Quarterly* 10권(1988), 372쪽; R. St. J. Macdonald, 'Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights', *Columbia Journal of Transnational Law* 36권(1997), 225, 252-266쪽 참조.
- 9) 이러한 연구에 있어서 국제인권법의 국내적 효력문제가 전제가 되지만 이에 대한 검토는 이 글의 범위를 넘는다. 다만 아래의 분석은 헌법을 비롯한 국내법규는 조약과 관습법을 포함한 국제인권법에 합치하도록 해석하여야 하며 그래도 충돌이 생기면 국제법을 우선하여 직접 적용해야 하는 경우가 있다는 전제에 서있음을 밝혀둔다. 조시현, '국제법', 김문환 (편), *법학의 이해*, 길안사(1998), 369, 377쪽 참조.

제2차 세계대전이 끝난 뒤 국제사회는 그 동안 저질러진 엄청난 인권유린과 만행에 대한 반성으로 국제인권법과 전쟁법규인 국제인도법을 크게 발전시켰다. 특히 전쟁과 같은 비상사태에 있어서의 인권보장문제에 관하여 세계인권선언은 이에 관한 특별한 규정을 두지 않고 "모든 인간은 자신의 권리와 자유의 행사에 있어, 타인의 권리와 자유에 대한 합당한 인정과 존중을 보장하고, 민주사회의 도덕, 공공질서, 일반인의 안녕을 위한 공정한 필요를 충족시키기 위해서만 법률이 정한 바에 따라 제한받는다"(제29조 2항)고 일반적으로 규정한다.<sup>10)</sup> 이에 대하여 국제인권장전(International Bill of Rights)의 기초과정에서의 논의<sup>11)</sup>를 참조한 유럽인권협약(이하 유럽협약)은 명문규정을 두어 비상사태(state of emergency)<sup>12)</sup>가 있을 경우 그 국가가 일정 범위의 인권을 정지하여 이를 보장할 의무에서 벗어날 수 있는 길을 열어놓게 되었다.<sup>13)</sup> 또한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 인권규약)도 같은 태도를 취하여 다음과 같이 규정하고 있다:

"국민의 생존을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에 있어서 그러한 비상사태의 존재가 공식으로 선포되어 있을 때에는 이 규약의 당사국은 당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도내에서 이 규약상의 의무를 위반하는 조치를 취할 수 있다."<sup>14)</sup>

비슷한 규정은 미주인권협약(이하 미주협약)<sup>15)</sup>과 같은 다른 인권관련 국제조약에서도 볼 수 있다.<sup>16)</sup>

10) 유엔 총회 결의 제217(III)호(1948.12.10).

11) 예컨대 L. B. Sohn, 'A short history of United Nations documents on human rights', *THE UNITED NATIONS AND HUMAN RIGHTS -EIGHTH REPORT OF THE COMMISSION TO STUDY THE ORGANIZATION OF PEACE*, Oceana, Dobbs Ferry(1968), 39쪽; Pierre Bossuyt, *GUIDE TO THE 'TRAVAUX PRÉPARATOIRES' OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* (1987), 81-102쪽 참조.

12) 이밖에도 포위상태(state of siege), 긴급사태(state of urgency)와 같은 다양한 용어들이 사용되나 이 글에서는 모두 같은 의미로 통칭한다.

13) 제15조 1항, *European Convention on Human Rights*(1950.11.4 서명, 1953.9.3 발효), *United Nations Treaty Series*(이하 UNTS) 213권, 222쪽. Macdonald, 앞의 글, 225-228쪽 참조.

14) 제4조 1항, 조약 제1007호(1976.3.23 효력발생; 1990.7.10 한국에 대하여 발효). 한국이 가입한 조약의 경우 특별한 표시가 없는 한 정부 번역을 따랐다.

15) 제27조 1항, *American Convention on Human Rights*(1969.11.22 서명, 1978.7.8 발효), *International Legal Materials* 9권(1970), 673쪽.

16) *유럽사회헌장*(1961.10.18 서명, 1965.2.26 발효); Ian Brownlie, *BASIC DOCUMENTS ON HUMAN RIGHTS*, Clarendon Press (3rd ed. 1992), 376쪽, 제30조; 국제노동기구(ILO) 강제노동금지협약(제29호)(1930.6.10 채택, 1932.5.1 발효), UNTS 39권, 55쪽, 제2조 2항 (d)("비상사태의 경우, 즉 전쟁 또는 화재, 홍수, 기근, 지진, 심한 전염병이나 가축 전염병, 동물·곤충·식물류의 해로운 물질(pests)의 침범과 같은 재해나 그러한 위협이 있는 경우와 일반적으로 주민의 전부 또는 일부의 생존이나 복리를 위태롭게 하는 모든 사정" 필자번역); 난민의 지위에 관한 협약(조약 제116호: 1954.4.22 발효, 1993.3.3 한국에 대하여 발효), 제9조("전시 또는 기타 중대하고 예외적인 상황") 참조. 그러나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(조약 제1006호: 1966.12.19 서명, 1990.7.10 한국에 대하여 발효)과 같이 많은 인권조약들은 이러한 조

이와 같이 국제인권법이 국가안전이나 공공질서 등의 보호를 명목으로 하는 일 반제한조항에 의하여 권리를 제약하는 것을 인정하고,<sup>17)</sup> 나아가 비상사태의 경우에 인권을 제한할 수 있도록 한 것에 대하여는 처음에 많은 우려와 회의적 반응이 나타났으나 법치주의원칙에 따라 불가피하고 민주주의의 수호에 필요하며 예외적 상황에서의 인권보장에 유용한 것으로 점차 받아들여지게 되었다.<sup>18)</sup> 이러한 장치가 없으면 오히려 적절한 감시가 없는 가운데 남용이 증대할 가능성도 있다는 점도 지적되고 있다.<sup>19)</sup> 그러나 그렇다고 국가비상사태를 구실로 한 인권침해가 모두 정당한 것으로 되는 것은 아니며, 인권을 제한할 수 있는 정부의 이러한 권한은 한시적이고 예외적일 뿐으로 뒤에서 살펴보는 것과 같은 일정한 법적, 제도적 제한이 따른다는 점을 주의하여야 한다.

비상사태의 경우 정부는 인권을 정지하거나 제한할 수 있는 조치를 취할 수 있다는 점에서 무엇보다 비상사태의 의미와 어떠한 경우에 인정될 수 있는가에 대한 기준이 중요하다. 비상사태의 정의에 관하여 국제인권협약들은 다양하게 규정하고 있다. 예를 들어 인권규약은 앞에서 본 바와 같이 “국민의 생존을 위협하는 공공의 비상사태”(public emergency which threatens the life of the nation)를 말하고 있는 반면 유럽인권협약 제15조 1항은 “국가의 생존을 위협하는 전쟁 또는 다른 공공의 비상사태”(war or other public emergency threatening the life of the nation)라고 하고, 미주인권협약 제27조 1항은 “체약국의 독립 또는 안전을 위협하는 전쟁, 공공의 위협 또는 다른 비상사태”(war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party)라고 한다.

다른 협약과 달리 인권규약은 국제연합헌장이 국제관계에 있어서 무력의 사용을 금지하고 있음에 비추어 전쟁을 명시적으로 언급하고 있지 않지만 비상사태를 구성하는 한 예가 된다는 점에 의문이 없다.<sup>20)</sup> 그밖에 인권규약과 유럽협약이 국가 또는 국민의

항을 담고 있지 않다.

17) 예컨대 Rosalynne Higgins, 'Derogations under Human Rights Treaties', British Yearbook of International Law 48권(1976-7), 281쪽 참조.

18) 명시적인 규정이 없음에도 세계인권선언을 비상사태의 법리를 인정하는 것으로 해석할 수 있다는 견해가 있다. Report of the Secretary-General, Respect for Human Rights in Armed Conflicts, UN Doc. A/7720(1969), para. 24; A. Eide et al (eds.), THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY, Scandinavian University Press(1992), 464-5쪽 참조. 아프리카 인간과 인민의 권리헌장(1981.6.17 채택, 1986.10.21 발효: International Legal Materials 21권(1982), 58쪽)도 명문의 조항은 없으나 일정한 경우에 인권보장 규정의 적용이 정지될 수 있다고 한다. Allan Rosas, 'Emergency Regimes: A Comparison', BROADENING THE FRONTIERS OF HUMAN RIGHTS: ESSAYS IN HONOUR OF ASBJØRN EIDE (ed. by Donna Gornien), Scandinavian University Press(1993), 165쪽, 186-187쪽 참조.

19) Macdonald, 앞의 글, 232쪽.

20) Study of the Individuals Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration on Human Rights, A Contribution to the freedom of the individual under law, Final report by Mrs. Erica-Irene A. Daes, Special Rapporteur, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/432/Add.7(1980), paras. 9, 22, 233,

생존을 위협할 것을 추가적으로 요구하고 있지만 이러한 규정 역시 매우 추상적이어서 비상사태가 무엇을 뜻하고 어떠한 경우에 존재하는가는 반드시 명확하지 않다. 그러나 비상사태가 개인의 자유와 권리에 대하여 중대한 결과를 가져올 수 있다는 점에서 이들 국제인권협약들의 집행기구들을 비롯한 국제사회는 이에 대한 구체적인 판단기준을 발전시키고 있다.

예를 들어 유럽인권법원은 로리스 사건에서 “국가의 생존을 위협하는 ... 다른 공공의 비상사태”라는 말은 “전체 주민에게 영향을 주고 그 국가를 구성하는 공동체의 유기적인 삶(organized life)에 대한 위협을 구성하는 예외적인 위기 또는 비상상황”을 말한다고 하였다.<sup>21)</sup> 유럽인권위원회는 그리스 사건에서 이러한 정의를 더욱 발전시켰다. 1967년 군사쿠데타가 있었던 그리스의 상황은 비상사태를 구성하지 않는다고 판단하면서 위원회는 다음과 같은 비상사태의 특징을 열거하였다:

- “1. 공공의 비상사태는 실제적이거나 급박하여야(actual or imminent) 한다.
2. 그 효과는 국가 전체에 미쳐야 한다.
3. 공동체의 유기적인 삶의 지속이 위협되어야 한다.
4. 공공의 안전, 보건과 질서의 유지를 위해 협약이 허용하는 통상적인 조치나 제한이 명백하게 적절하지 않다는 의미에서 위기 또는 위협은 예외적이어야 한다.”<sup>22)</sup>

이러한 위기의 예외성, 급박성이나 실제성, 잠정성 또는 한시성(temporariness),<sup>23)</sup> 비례의 원칙들은 인권규약의 인권이사회는 물론<sup>24)</sup> 국제법협회(ILA)가 채택한 ‘비상사태에 있어서 인권규범의 최소기준’(파리 최소기준)<sup>25)</sup>과 ‘시라쿠사원칙’<sup>26)</sup>과 같은 국제문서에 의해서도 받아들여졌다.

237.

21) *Lawless v. Ireland*, Judgment of Jul. 1, 1961, Publications of the European Court of Human Rights, Ser. A, No. 3; Yearbook of European Convention on Human Rights 4권(1961), 438쪽, para. 28.

22) *The Greek Case*, 같은 책 12권(1969), 1쪽, para. 153.

23) 비상체제의 영속화와 제도화에 대하여는 테스포이 보고서, para. 127-136 참조.

24) General Comment 5: Article 4, Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/36/40(1981), annex VII, para. 3; Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc HRI/GEN/1 (1992).

25) Sec. (a) 1 (b), the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency, American Journal of International Law 79권(1985), 1073쪽에 수록. Subrata Roy Chowdhury, RULE OF LAW IN A STATE OF EMERGENCY - THE PARIS MINIMUM STANDARDS OF HUMAN RIGHTS NORMS IN A STATE OF EMERGENCY, St Martin's Press (1988) 참조.

26) Principle 39, Siracusa Principles, Human Rights Quarterly 7권(1985), 3쪽. 또한 the 1991 Draft Guidelines for the Development of Legislation on States of Emergency, Fourth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/28, annex I (1991) 참조.

이러한 기준에 비추어볼 때 예컨대 선전포고가 있다거나 법적인 의미에서 전쟁 상태(state of war)가 계속되고 있다는 것은 비상사태의 존재에 대한 필요충분조건이 아니고 실제 벌어지는 무력충돌의 정도가 국가의 생존을 위협할 정도이어야 한다.<sup>27)</sup> 또한 비상사태의 지역적 범위가 전국에 걸칠 것을 요구하는 것이 아니고 중요한 것은 그 효과가 전국에 미치는지이다.<sup>28)</sup> 비상사태가 종료되면 정치 또는 제한되었던 모든 권리와 자유는 자동적으로 회복되어야 하고 어떠한 비상조치도 그후까지 계속 유지될 수 없음은 물론이다.<sup>29)</sup>

많은 국가들이 경제위기 등을 이유로 비상사태를 선포하고 있는데 이는 단순히 노사분규의 효과를 저감시키는데 동원되는 것이 아닌가하는 우려를 낳기도 한다.<sup>30)</sup> 더욱이 많은 권위주의정부들은 저개발이 가져온 정치혼란과 경제비상사태를 이유로 시민적, 정치적 권리를 억압하고 있는데 경제발전의 논리는 민주제도의 기능에 필요한 이러한 권리에 대한 제한을 결코 정당화할 수 없다.<sup>31)</sup>

최근에는 비상사태를 선포하는 국가의 선의(bona fide)와 민주성을 비상사태의 인식기준 속에 명시적으로 포함시키려는 노력이 기울여지고 있다. 유럽안보협력회의(CSCE)는 비상사태가 "민주적 헌법질서를 뒤엎거나 국제적으로 승인된 인권과 기본적인 자유를 파괴하려고 사용되어서는 안된다"고 강조한다.<sup>32)</sup> 따라서 "민주주의를 촉진시키는 것이 아니라 그것을 파괴하고 탄압하려고 선포된 비상사태는 무효이다".<sup>33)</sup> 인권협약감시기구들은 신뢰(good faith)의 원칙에 따라 비상사태 선포의 목적과 취지를 심사하고 취해

27) J. Fitzpatrick, HUMAN RIGHTS IN CRISIS: THE INTERNATIONAL SYSTEM FOR PROTECTING RIGHTS DURING STATES OF EMERGENCY, University of Pennsylvania Press(1994), 57쪽 참조. 그러나 "우리나라 현 정세가 북한집단과 정전상태에 있고 북한 집단이 휴전선이북에 막대한 병력을 집중하여 호시탐탐 남침을 노리고 있을 뿐 아니라 갖은 방법으로 간첩을 남파하여 치안교란과 파괴공작을 감행하고 있는 현대전적인 양상을 이루고 있는 이즈음 1964.3월 이후 점증하는 데모로 말미암아 민심불안으로 인한 치안상태가 문란하여 오던 중 특히 1964.6.3 데모로 서울특별시 일원의 경찰에 의한 치안유지가 국도로 곤란하게 된 상황이래 같은 날 대통령이 그 재량에 의하여 서울지역에 선포한 비상계엄은 헌법 제75조나 계엄법 제4조 같은 법 시행령 제4조에 규정한 법정 요건을 명백히 갖추지 못하여 위 비상계엄의 선포가 당연히 무효라고는 볼 수 없다"고 한 대법원 1964.7.21. 재정 64초4 참조.

28) Macdonald, 앞의 글, 239쪽 참조.

29) 예컨대 파리 최소기준, sec. 6. 헌법재판소는 긴급명령이 목적 달성을 위한 최단기간 내에 한 정되고 원인이 소멸하면 지체없이 해제되어야 함에도 발포된 지 2년이 지난 현재까지 유지되고 있다는 것만으로 발포 당시 합헌이었던 긴급명령이 바로 위헌이 될 수 없다고 한 바 있다. 1996.2.29. 결정 93헌마186(전원재판부).

30) Macdonald, 앞의 글, 236-7쪽.

31) Stephen P. Marks, Principles and Norms of Human Rights Applicable in Emergency Situations: Underdevelopment, Catastrophes and Armed Conflicts, in Karel Vasak (ed.), THE INTERNATIONAL DIMENSIONS OF HUMAN RIGHTS 1권, Greenwood Press(1982), 175쪽 참조.

32) Document of the Moscow Meeting on the Human Dimension, Emphasizing Respect for Human Rights, Pluralistic Democracy, the Rule of Law, and Procedures for Fact-finding, done at Moscow, October 3 1991, International Legal Materials 30권(1991), 1670쪽 (28.1).

33) Macdonald, 앞의 글, 249쪽.

집 조치가 민주주의의 보존을 목적으로 하도록 보장하여야 한다.<sup>34)</sup> 나아가 비상사태를 야기시켰거나 완화하지 못한 것에 대한 국가의 역할도 심의되어야 한다는 주장도 있다.<sup>35)</sup> 그리스 사건이 보여주듯이 적어도 군사정권과 같은 비민주적 정부가 국가긴급권을 원용하면 국제사회가 이를 잘 받아들이지 않을 것은 명백하다.<sup>36)</sup>

냉전이 끝남과 함께 최근에 비상사태가 선포되는 상황은 이념적 대립<sup>37)</sup>의 퇴조로 종족, 인종, 종교적 갈등에 기반하는 경우가 늘고<sup>38)</sup> 자연재해, 테러리즘이나 조직범죄에 대처하기 위해 국가긴급권을 요구하는 경우가 많아지고 있다.<sup>39)</sup> 오늘날 이와 같이 만연한 비상사태가 제기하는 인권문제를 보다 효율적으로 다루기 위해 다양한 방법이 모색되고 있는데 비상사태에 관한 특별보고관은 분쟁의 구조적 원인을 대처하고, 분쟁예방절차와 조기경보장치를 강조한 바 있다.<sup>40)</sup>

## 2. 국내법에서의 국가비상사태의 개념과 평가

한국 헌법은 우선 제37조 2항에서 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다"고 규정하여 일정한 경우에 기본권을 제약할 수 있는 길을 열어놓고 있다. 보다 구체적으로는 대통령은 "내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때"에 재정·경제에 관한 긴급명령권과 처분권을 가지고(제76조 1항), "국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때"에 긴급명령권(같은 조 2항)을 가지며, 나아가서 "전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때" 계엄을 선포할 수 있다(제77조). 계엄법도 이와 비슷하게 "전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 착란되어 행정 및 사법기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여" 비상계엄을 선포할 수 있다고 규정한다(제2조 2항). 또한 "전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 사회질서가 교란되어 일반행정기관만으로는 치안을 확보할 수 없는 경우에 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여" 대통령은 경비계엄을 선포할 수 있다(제2조 3항).

이와 같이 헌법과 이에 근거한 법률들은 '국가비상사태'가 있을 경우 대통령에게

34) 같은 글, 226, 233-234, 248-9쪽 참조.

35) Mangan, 앞의 글, 385 참조.

36) 뒤의 주 73에 인용된 '5.18사건' 관련 판결 참조.

37) 그리스 사건에서 그리스 정부는 다른 이유와 함께 공산화의 위협을 들면서 비상사태를 정당화하려하였지만 유럽인권위원회는 이를 받아들이지 않았다. *The Greek case*, 앞의 주 22.

38) 예컨대 테스포이 보고서, para. 137-144.

39) 예컨대 Colin Warbrick, 'The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism', *International and Comparative Law Quarterly* 32권(1983), 82쪽.

40) 테스포이 보고서, para. 11.

헌법질서를 지키기 위해 필요한 경우 기본권을 제한할 수 있는 '국가긴급권'(emergency power)을 행사할 수 있도록 한다. 그러나 여기에서 비상사태의 정의는 뚜렷하게 내려져 있지 않고 아주 추상적이고 포괄적인 개념으로 이루어져 있어서 어떤 경우에 인권을 제약할 수 있는 국가긴급권을 행사할 수 있는지 알기 어렵다. 국제인권규약 가입에 따라 정부가 제출한 보고서<sup>41)</sup>를 심의하면서 인권이사회는 비상사태의 개념이 지나치게 넓게 해석되고 있고 특히 '공공복리'를 위한 기본권제한에 문제가 있음을 지적하였다.<sup>42)</sup> 특히 아길라 위원은 비상사태의 개념이 매우 모호하여 "남북통일에 이르기까지 비상조치를 취할 수 있다고 해석하는 것까지도 가능한 듯하다"는 우려를 나타냈다.<sup>43)</sup>

또한 헌법재판소는 국가보위에 관한 특별조치법<sup>44)</sup> 제2조의 "국가안전보장(이하 '국가안보'라 한다)에 대한 중대한 위협에 효율적으로 대처하고 사회의 안녕질서를 유지하여 국가를 보위하기 위하여 신속한 사태대비조치를 취할 필요가 있을 경우"라는 규정 내용은 "너무 추상적이고 광범위한 개념으로 되어있어 거의 대통령이 마음내키는 대로 적용할 수 있게 되어 있으므로 남용, 악용의 소지가 매우 크다. 이는 기본권제한 법률 특 히 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다. 그럼에도 불구하고 국회에 의한 사후통제장치도 전무한 상태"이므로 위헌, 무효이며 이 법은 "헌법을 부정하고 파괴하는 반입헌주의, 반 법치주의의 위헌법률"이라고 하였다.<sup>45)</sup> 이러한 헌법재판소의 판시는 국가비상사태에 관한 헌법과 다른 법률들의 규정에도 그대로 적용될 수 있는 것으로 보인다.

법원과 헌법재판소 및 헌법학자들은 이러한 규정들의 의미를 엄격하게 해석할 것을 요구하고 국가긴급권의 요건과 한계에 대하여 통상의 헌법질차로는 극복할 수 없는 비상사태가 발생한 경우 긴급권은 국가의 존립과 안전을 확보할 목적으로 일시적이고 잠 정적으로 행사되어야 하며 최소한의 기본권침해만이 허용되고 기본권을 제한하는 경우에도 과잉금지의 원칙이 존중되어야 한다고 한다.<sup>46)</sup> 이러한 태도는 앞에서 살펴본 비상사 태에 대한 국제적 기준과 비교하여 원칙에 있어서 크게 다르지 않지만 후자가 보다 구체 적이고 상세한 기준들을 계속 발전시키고 있음에 비추어 이를 받아들이거나 참조하여야 할 것이다.

비상사태에 관한 국제인권기준에 비추어 볼 때 한국에서의 여러 차례에 걸친 계 업과 같은 비상사태의 선포가 과연 당시의 구체적인 사정에 비추어 정당화될 수 있었는 지는 의문이다.<sup>47)</sup> 또한 비상사태와 관련된 국내법제는 다음에서 살펴보는 것과 같은 결

41) 대한민국, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제40조에 따른 최초보고서(1991); CCPR/C/68/Add.1(1991).

42) 천정배, 국제적 비판에 직면한 한국의 인권상황: 유엔인권이사회 제45차 회의 참관기, 민주사 회를 위한 변론(1993, 창간호), 24쪽, 47쪽(안도 위원).

43) 같은 글, 36쪽.

44) 1971.12.27. 법률 제2312호, 1981.12.17 법률 제3470호에 의하여 폐지.

45) 헌법재판소 1994.6.30. 결정 92헌가18.

46) 예컨대 헌법재판소 1996.2.29. 결정 93헌마186 전원재판부; 헌법재판소 1994.6.30. 결정 92헌가 18; 대법원 전원합의체, 1985.5.28. 판결 81도1045; 권영성, 신판 헌법학원론, 법문사(1998), 74, 858, 862, 866쪽; 김철수, 헌법학개론(제9전정판), 박영사(1997), 316-317, 944, 945, 948, 949쪽; 허영, 한국헌법론(신정판), 박영사(1997), 96, 917, 918쪽 참조.

47) 민주사회를 위한 변호사모임-한국기독교교회협의회, 한국인권의 실상 - UN인권이사회에 제출 한 정부 보고서에 대한 반박, 역사비평사(1992)(이하 반박보고서), 38-39쪽(1972년 10월의 비상 계엄선포, 1979년 10월 비상계엄선포와 1980년 5월 이의 확대); 권영성, 앞의 책, 75쪽(1971년

합이 있어 시급히 바로잡아야 한다.

### III. 국가비상사태에 대한 국제인권법의 제한

#### 1. 비상사태의 선포의무와 민주적 통제

국제인권규약 제4조 1항은 비상사태가 공식적으로 선포될 것을 요구한다. 또한 유럽안보협력회의는 비상사태를 선포할 것을 재확인하고 있다.<sup>48)</sup> 유럽협약과 미주협약은 이에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않지만 이들 협약의 인권기구들은 이러한 선포가 필 요하다고 해석하고 있다.<sup>49)</sup> 실제에 있어 비상사태를 선포하면 국제여론이 나빠지고 국제 적 관심이 집중될 것을 우려하여 이를 정식으로 선포하지 않은 채 인권탄압에 나서는 경 우가 많다. 이러한 사실상의 비상사태(*de facto emergency*)를 볼 때 공식 선포요건은 법 치주의원칙에 따른 인권보장책의 하나이다.<sup>50)</sup> 비상사태를 선포함이 없이 국가안보를 이 유로 통상적인 인권을 제한하는 법규가 발동될 경우 역시 사실상의 비상사태에 해당한다 고 여겨질 수 있다.<sup>51)</sup>

또한 오늘날 대부분의 민주주의 국가에 있어서는 비상사태의 선포가 국내법상 요구되는 경우가 많으며 그러한 선포에는 일정한 의회의 통제<sup>52)</sup>와 같은 민주적 통제에 관한 장치가 마련됨에 따라 이에 대한 국제기준도 발전하고 있음을 주목하여야 한다. 예 컨대 국제법협회는 미리 정해놓은 비상사태의 기간이 만료하기 전에 입법부에 의한 선언 에 의하여 그 연장을 승인받도록 하고 비상사태 동안 의회가 효율적으로 활동을 계속할 수 있을 것을 요청한다.<sup>53)</sup> 유럽안보협력회의는 비상사태가 "정당한 권한을 가지는 합헌

12월의 비상사태선포); 김철수, 앞의 책, 950쪽(6.3 사태). 전주지법 제1민사부, 1990.5.31. 판결 90나632. 하급심 판례집 제 9002호 ("(1988년 11월 8일) 15:00경 전북대학교 학생 약 300명이 같은 학교 과학관 앞 잔디밭에서 고 이한열군의 어머니 초청강연회와 결의대회를 마친 뒤 그 중 일부 학생들이 교문 밖으로 진출하여, 같은 날 18:50경부터 20:03경까지 사이에 반정부구호 를 외치며 전주시 팔달로와 관동로 교차사거리를 점거하고 최루탄을 발사하는 진압 경찰관들 에 대항하여 수량불상의 화염병과 돌을 던지면서 (한) 시위"는 자동차종합보험보통약관 중 보 험자가 면책될 수 있는 '폭동, 소요 기타 이들과 유사한 (비상)사태'에 해당한다고 볼 수 없다) 참조.

48) Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension (June 29, 1990), International Legal Materials 29권(1990), 1305쪽 (25.2).

49) *Cyprus v. Turkey*, Applications No. 6780/74 and No. 6950/75, Report of 10 July 1976, declassified following Committee of Ministers Res. DH (79) of 21 Jan. 1979 참조.

50) The International Commission of Jurists, STATE OF EMERGENCY - THEIR IMPACT ON HUMAN RIGHTS, Geneva(1983), 413쪽.

51) 테스포이 보고서, para. 123 참조. 한국에서 국가보안법의 발동이 사실상의 비상사태를 구성하 는지의 문제는 이 글에서 다루지 않는다.

52) 국회의 계엄해제 요구권에 관한 헌법 제77조 5항, 제엄법 제11조 1항과 계엄 선포시 국회가 폐회중인 경우 국회의 집회 요구에 관한 같은 법 제4조 및 계엄기간중 국회의원의 불체포특권 에 관한 같은 법 제13조 참조.

53) 파리 최소기준, sec. 3 (c) (d)와 sec. 5.



적 기관"에 의해서만 선포되어야 하고 그러한 결정이 행정기관에 의해 적법하게 이루어졌을 경우 가능한 최단시간 안에 입법부에 의한 승인 또는 통제를 받아야 한다고 규정한다.<sup>54)</sup> 또한 참가국들은 비상사태 기간동안 입법부의 통상적인 기능을 가능한 최대한 보장하기 위해 노력하도록 할 것을 다짐하였다.<sup>55)</sup>

한국 헌법은 재정·경제에 관한 긴급처분·명령이나 긴급명령권이 행사될 경우 "지체없이 국회에 보고하여 그 승인"을 얻도록 하고, 그러한 처분 또는 명령을 한 때와 국회의 승인을 받지 못하여 그 효력이 상실된 때에는 그 사유를 "지체없이" 공포하도록 한다(제76조 3-5항). 또한 국무회의의 심의를 거쳐 계엄을 선포한 경우에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 하고(제77조 4항; 계엄법 제2조 5항, 제4조 1항), 계엄선포의 '이유·종류·시행일시·시행지역 및 계엄사령관'을 공고하고 계엄의 해제 또한 공고하여야 한다(같은 법 제3조, 11조).

그러나 선포요건에 있어서 계엄법은 뒤에서 살펴볼 정지 또는 제한하는 인권에 어떤 것이 있는지는 공고의 대상에서 빠져있고 다른 국가긴급권의 행사에 있어서는 공고할 내용에 대한 아무런 규정도 없는 것은 문제이다. 적절한 인권보장을 위해서는 비상사태의 존재뿐만 아니라 한정되는 인권의 종류를 아는 것이 필요하다는 점에 비추어 규약의 부과하는 의무와 합치되게 관련 법규정이 개정되어야 할 것이다. 나아가 이러한 법개정에는 전쟁이나 외부의 침략의 경우를 제외한 비상사태의 존속기간이 헌법에 의하여 미리 정해질 것을 요구하는 국제적 요청을 반영하는 것이 바람직하다.<sup>56)</sup> 또한 긴급상황이 합리적으로 통제되거나 더 이상 존속하지 않을 경우 또는 통상적인 권한으로 통제할 수 있을 경우 국회에 의한 해산요구나 대통령의 해제도 없는 경우에 인권보호의 공백이 생길 우려가 있다는 점에서 비상사태의 유지와 연장을 정당화하는 사유를 주기적으로 인권협약기관들이 객관적으로 심사할 것을 요청하는 비상사태에 관한 특별보고관의 제안은 경청할 만하다.<sup>57)</sup>

위수령<sup>58)</sup>은 특히 문제인데 이 영은 특히 "재해 또는 비상사태에 즈음하여" 위수사령관이 "치안유지에 대한 조치에 관하여 그 지구를 관할하는 시장·군수 및 경찰서장에게 협의"하고(제10조), 서울특별시·부산시장 또는 도지사가 요청하는 경우 병력을

54) 앞의 주 32, (28.2). 파리 최소기준, sec. 2도 참조.

55) 같은 문서, (28.5). 또한 Inter-Parliamentary Symposium "Parliament: Guardian of Human Rights", Budapest, 19-22 May 1993에 관하여 Sixth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to ECOSOC resolution 1985/37, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/Rev.1(1993), 42-47쪽 참조.

56) 미주인권협약 제27조 1항("상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요한 기간 동안"), 파리 최소기준 sec. 3 (b). 국제법률가위원회는 최장 6개월까지의 기간을 명시할 것을 권고하였다. 앞의 주 49, 459쪽. 유럽협약에서는 명문은 없으나 기간통제에 관한 판례법이 확립되었다. 국제규약의 인권위원회도 또한 인권의 정지가 끝날 시점을 통고하도록 요청하고 있다. General Comment 5.

57) 테스포이 보고서, para. 75.

58) 대통령령 제4949호(1970. 4.20 제정).

출동하여 경비 또는 순찰(제12, 14조)하고, 헌병 또는 경찰관의 요청이 있으면 민간인이라도 체포할 수 있고(제17조), 필요한 경우 병기를 사용할 수 있도록 한다(제15, 16조). 이 영에 대하여는 정부가 인권이사회에 제출한 보고서에 대한 민간단체의 반박보고서에서 "병력출동요건을 '재해 또는 비상사태에 즈음하여'라고 막연히 규정하고 있고 지방자치단체의 장이나 군대에 의한 권한의 남용을 통제할 방안을 전혀 규정하고 있지 않아 재해 또는 비상사태를 빙자한 인권침해를 일으킬 소지를 제공하고 있다"라는 비판이 제기되었다.<sup>59)</sup> 뿐만 아니라 이 영은 "육군군대가 영구히 1지구에 주둔하여 당해 지구의 경비, 육군의 질서 및 군기의 감시와 육군에 속하는 건축물 기타 시설물의 보호에 임함"(제1조)을 목적으로 함에도 불구하고 비상사태가 선포된 경우는 물론 선포되지 않은 경우에도 법률적 근거 없이 개인의 인권을 심각하게 침해할 수 있는 가능성을 남기고 있다는 점에서 사실상의 비상사태를 금지하는 국제인권법에 반한다. 또한 군대의 존재와 무력행사로 뒤에서 보는 것처럼 생명권과 고문을 받지 않을 권리와 같이 언제나 침해될 수 없는 인권마저 유린될 수 있다는 것이 쉽게 예견될 수 있다는 점에서 적절한 통제수단의 마련과 함께 새로운 입법이 이루어져야 할 것이다.

## 2. 비상사태의 통지의무

국제인권협약들은 국가가 각 조약이 두고 있는 인권보장기구에 일정한 요건을 갖추어 비상사태를 통고하도록 한다. 예컨대 인권규약 제4조 3항은 "의무를 위반하는 조치를 취할 권리를 행사하는 이 규약의 당사국은, 위반하는 규정 및 위반하게 된 이유를, 국제연합사무총장을 통하여 이 규약의 다른 당사국들에게 즉시 통지한다. 또한 당사국은 그러한 위반이 종료되는 날에 동일한 경로를 통하여 그 내용을 통지한다"고 규정한다.<sup>60)</sup> 이러한 통지요건을 부과하는 이유는 비상사태에 대한 다른 규약당사국들의 국제적인 감시를 용이하게 하기 위한 것이다.<sup>61)</sup> 이러한 통지를 하지 않은 경우 비상사태의 선포가 무효로 되는가에 대하여 인권이사회는 "규약의 의무를 위반하는 조치를 취할 실제적인 권리는 규약 제4조 3항에 따라 이루어진 형식적인 통지에 달려있지 않"지만 관련 사실에 대한 충분히 상세한 정보를 제공할 것을 요청하였다.<sup>62)</sup> 이에 반하여 위반의 심각성에 따라 비상사태가 무효로 될 수도 있다는 견해도 있다.<sup>63)</sup>

인권규약상 인권이사회에의 통지의무의 이행에 관하여 국내법이 아무런 규정도

59) 앞의 주 46, 40쪽.

60) 유럽인권협약 제15조 3항, 미주인권협약 제27조 3항, 유럽안보협력회의의 모스크바회의 문서, 앞의 주 32, (28.10)도 참조.

61) 이러한 통지는 사후통제의 의미밖에 가지지 않으므로 의무위반 조치에 대한 즉각적인 사전심사절차가 마련되어야 한다는 비판이 제기된다. Macdonald, 앞의 글, 250쪽.

62) *Silva and Others v. Uruguay*, Communication no. 34/1978, Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/36/40(1981), 130쪽.

63) Macdonald, 앞의 글, 252쪽.

두지 않는 것은 문제이다. 많은 국가들이 국제사회의 감시를 회피하기 위해 통지를 게을리 하는 것을 볼 때 헌법상 규약이 조약으로서 당연히 국내법과 같은 효력을 가질지라도<sup>64)</sup> 통고의 구체적인 국내절차에 관한 명시적인 규정을 두어야 한다.<sup>65)</sup> 또한 규약이 위반하는 규정과 그 이유를 통고하도록 함에 비추어 비상사태가 선포되는 경우 이로써 정지 또는 제한되는 인권이 무엇인지를 그 이유와 더불어 공포하도록 규정할 필요가 있다.

### 3. 비상사태의 객관적 심사

유엔 인권위원회(Commission on Human Rights)<sup>66)</sup>와 조약에 의해 세워진 인권기구, 예컨대 인권이사회<sup>67)</sup>와 유럽인권위원회와 법원<sup>68)</sup>은 비상사태의 존부를 객관적으로 심사하여 실제로 비상사태가 진정으로 필요하였는지에 대한 판단뿐만 아니라 비상사태 선포로 취하여진 정부의 여러 조치들에 대하여 실질적인 심사를 하고 있다.<sup>69)</sup><sup>70)</sup>

한국 헌법은 긴급명령과 긴급재정·경제명령의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우에 법원은 헌법재판소에 위헌심판을 제청할 수 있다고 규정한다(제107조 1항, 제111조 1항 1호). 또한 법원은 긴급재정·경제처분의 위헌여부를 심사할 수 있다(제107조 2항).

64) 헌법 제6조 1항.

65) 테스포이 보고서, para. 68 참조.

66) CHR Res. 1992/14, 21 Feb. 1992.

67) 예컨대 *Silva v. Uruguay*, 앞의 주 61, para. 8.3; *Salgar de Montejov v. Colombia*, Com. No. R.15/64, 24 Mar. 1982, International Law Reports 70권, 240쪽, para. 10.3; General Comment 5.

68) 예컨대 *Ireland v UK*, Judgment of 18 Jan. 1978, Publications of the European Court of Human Rights(1976), Ser. A, No. 25, para. 207와 *Brannigan and McBride v. U.K.*, Judgment of 26 May 1993, 같은 책(1993), Ser. A, No. 258B, para. 43 참조. 또한 the Queensland Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights during States of Emergency, American Journal of International Law 85권(1991), 718쪽 참조.

69) 이 경우 정부가 가지는 '판단여지'(margin of appreciation)에 관하여는 Sihyun Cho, 앞의 주 7, 제9장; Dominic McGoldrick, THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE: ITS ROLE IN THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, Clarendon Press(1994), 305쪽 참조.

70) ILO협약의 이행감시기구들은 대부분의 ILO협약들에 비상사태에 관한 특별 규정이 없음에도 비상사태의 발생이 비준으로 생긴 의무의 정지를 정당화시키지 않는다고 하고 공정한 기관(impartial authority)에 의한 심사를 요구하였다. 예컨대 그리스사건(Report submitted by the special commission set up under article 26 of the ILO Constitution to consider the complaints related to the suspension by Greece of Convention No. 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize of 1948 and Convention No. 98 concerning the Right to Organize and to Bargain Collectively of 1949, on the occasion of the coup d'état of the colonels; 테스포이 보고서, 각주 27에서 재인용) 참조. 또한 Jane Hodges-Aeberhard와 Alberto Odero de Dios(조용환, 조시현, 김리나 옮김), 파업에 관한 '결사의 자유 위원회' 원칙, '독재의 망령'을 파헤치며 - 안기부법·노동법 날치기 논리를 반박한다, 민주사회를 위한 변호사모임 (1997.1), 81, 112-113쪽('Principles of the Committee on Freedom of Association concerning strikes', International Labour Report 126권 5호(1987년 9, 10월호), 543쪽); N. Valticos and G. von Potobsky, INTERNATIONAL LABOUR LAW, Kluwer Law and Taxation Publishers(1995), 276쪽 참조.

그러나 계엄에 관하여는 사법통제에 관한 명문의 규정이 없는데 이에 대한 대법원의 일관된 입장은 계엄선포의 당, 부당 내지 필요성 여부는 계엄해제 요구권을 가진 국회만이 판단할 수 있고 사법기관인 법원이 계엄의 선포요건의 구비여부나 선포의 당, 부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 않다는 것이다.<sup>71)</sup> 이러한 태도에 대하여는 "대법원은 자신에게 부여된 권리구제 권한을 스스로 포기한 것"이며 "이같은 사법부의 자세가 그대로 유지되는 한 앞으로도 쿠데타를 일으키는 세력이 계엄선포권을 남용하여 국민의 기본권을 침해하는 것을 방지하지 못할 가능성이 남아있으며 이는 인권규약 제4조 제1항에 위반"한다는 비판이 나왔다.<sup>72)</sup>

그런데 '5.18 사건'에서 대법원은 비상계엄의 선포나 확대 행위는 "고도의 정치·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우"외에는 사법심사의 대상이 되지 않는다고 하고 "이 사건과 같이 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다"고 하였다.<sup>73)</sup> 이에 따라 비상계엄을 확대한 조치는 형법 제87조 내란죄의 구성요건인 '국헌을 문란할 목적으로 폭동'한 것이라고 판단하고, 같은 전제 아래에서 확대비상계엄 이후에 발생한 인권침해행위에 대하여 각각 형법상 내란죄와 내란목적살인죄로 인정하였다. 이 판결은 대법원이 제한된 경우이지만 계엄선포를 실질적으로 심사할 수 있음을 인정한 것으로 보인다. 또한 이러한 입장은 그 동안 비상사태동안 자행된 인권침해에 대한 책임자처벌이 제대로 이루어지지 않았다는 점에서 이러한 불처벌(impunity)문제에 대한 긍정적인 대응이라고 평가할 수 있다.<sup>74)</sup>

71) 대법원 전원합의체, 1985.5.28. 판결 81도1045; 대법원 전원합의체, 1985.1.29. 판결 74도3501; 대법원 제3부, 1982.9.14. 판결 82도1847; 대법원 1981.9.22 판결 81도1833; 대법원 1981.5.26 판결 81도1116; 대법원 제1부, 1981.4.28. 판결 81도874; 대법원 1981.2.10. 판결 80도3147; 대법원 전원합의체 1981.1.23 판결 80도2756; 대법원 제2부, 1980.8.26. 판결 80도1278; 대법원 제1부, 1979.12.7. 제정 79초70 참조; 대법원 1964.7.21. 제정 64초 참조. 한태연, 헌법학 - 근대헌법의 일반이론, 법문사(1983), 981-983쪽(찬성)도 참조.

72) 반박보고서, 39쪽. 권영성, 앞의 책, 74쪽; 김철수, 앞의 책, 951쪽; 허영, 앞의 책, 923쪽도 참조.

73) 대법원, 1997.4.17.선고, 96도3376 판결, 50쪽. 대법관 박만호의 반대의견, 76-79쪽도 참조. 일심 재판부는 이에 대하여 "... 그렇다면 피고인들은 폭동에 이르는 과정에서 대통령의 비상계엄 전국확대 선포행위를 이용한 것이고, 그 이후에 이루어진 일련의 조치들은 국가통치권 차원의 계엄업무의 집행이 아니라 국헌문란의 목적 하에 이루어진 폭동행위로 봄이 상당하다 할 것이며, 앞에서 살펴 본 바와 같이 당시 최규하 대통령의 비상계엄 전국확대 선포행위가 통치행위로서 사법심사의 대상이 되지 아니한다 하더라도 피고인들의 행위의 폭동성에는 아무런 영향이 없다 할 것"이라고 여겨 비상계엄 선포의 적법성에 대한 사법심사 문제와 내란죄 구성 문제를 구별하였다. 서울지방법원, 1996.8.26.선고, 95고합1228, 1237, 1238, 1320, 96고합(병합, 일부), 95고합1280(병합), 96고합12(일부, 병합), 96고합38(병합), 96고합76(병합), 96고합95(병합), 96고합127(병합). 항소심도 역시 비슷한 맥락에서 이 문제를 내란죄 성립여부에 대한 선결적인 문제로 다루었으나 한 걸음 더 나아가 비상계엄의 전국 확대가 계엄법상의 요건을 구비한 것인지를 판단하였다. 서울고등법원, 1996.12.16. 판결 96노1892, 59, 189-190쪽.

이에 반하여 헌법재판소는 헌법 제76조 1항에 따라 발포된 긴급재정명령<sup>75)</sup>의 위헌여부가 문제된 사건에서 국가비상사태에 대한 전면적인 심사의 가능성을 열어놓고 있다. 재판소는

“이른바 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것일 뿐만 아니라, 긴급재정경제명령은 법률의 효력을 갖는 것이므로 마땅히 헌법에 기속되어야 할 것이다.”<sup>76)</sup>

라고 한 다음 이 긴급명령이 헌법이 정한 절차와 요건에 따라 이루어진 것인지 객관적인 심사를 하였다.<sup>77)</sup> 이 판례는 비록 긴급명령의 맥락에서 나온 것이기는 하지만 계엄을 비롯한 다른 국가긴급권의 행사 역시 개인의 자유와 인권에 중대한 영향을 미칠 수 있음에 비추어 계엄을 포함한 국가비상사태에 대한 사법심사의 가능성을 긍정한 것으로 볼 수 있다.

국제인권규약이 세운 인권이사회나 국제연합의 인권위원회 또는 특별보고관 등이 계엄과 같은 비상사태의 적법성을 심사할 수 있고, 피해자들이 침해된 권리의 구제를 위해 인권이사회에 제소할 수 있음<sup>78)</sup>을 볼 때 대법원은 지금까지의 제한적 태도를 바꾸어 헌법재판소의 위와 같은 법리를 받아들여야 한다.<sup>79)</sup> 더욱이 인권이사회가 예컨대 콜

74) 인권이사회는 요르단의 보고서를 심의하면서 계엄법하에서 행해진 행위에 대한 책임문제가 명확하지 않음에 대한 우려를 나타냈다. Report of Human Rights Committee, UN Doc. A/49/40(1994), para. 231. 불처벌에 관하여는 예컨대 ‘인권(시민적 정치적 권리)침해 가해자에 대한 불처벌의 문제, 소위원회 결의안 제1995/35호에 따라 루이 주아네(Louis Joinet)가 준비한 최종보고서’, 이달의 민변, 민주사회를 위한 변호사모임(1996.9.), 72쪽; Question of the impunity of perpetrators of violations of human rights (civil and political rights): final report prepared by Mr. L. Joinet, pursuant to Subcommission resolution 1995/35, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/18 (29 June 1996) 참조.

75) ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령’(대통령 긴급재정경제명령 제16호). 이는 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’(1997.12.31 제정 법률 제5493호; 1998. 9.16 개정 법률 제5552호)에 의해 폐지되었다.

76) 1996.2.29. 결정 93헌마186 전원재판부. 영국의 보고서를 심의하면서 인권이사회는 국가행위(acts of state)와 같은 모호한 개념이 긴급입법의 적용에 있어서와 같이 법원의 재판권을 부당하게 제한할지 모른다는 우려를 나타냈다. Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/51/40(1997), para. 60.

77) 정부는 이 판결에도 불구하고 이 긴급재정경제명령이 합법적인 것으로 인권이사회에 보고하였다. 법무부, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2차보고서(1996.7), 21쪽.

78) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서, 조약 제1008호(1990.7.10 한국에 대하여 발효).

79) 대법원 전원합의체, 1985.1.29. 판결 74도3501, 이회창판사의 의견(“특히 통치행위 중에서도 이 사건 긴급조치와 같이 국민의 기본권 제한과 관련된 조치인 경우에는 기본권보장과 헌법보장

롬비아의 국가보고서를 심의하면서 비상조치가 규약 제4조와 일치하는지를 법원이 심사할 수 있도록 관련 헌법과 법률을 개정할 것을 요청한 것을 주목하여야 한다.<sup>80)</sup> 1972년 10월 17일 ‘비상조치’를 통해 만들어진 이른바 ‘유신헌법’(1972.12.27. 공포·시행)이 ‘비상대권’의 행사에 대한 사법심사를 배제하는 명문규정을 둔 것을 볼 때 이 제는 거꾸로 사법심사를 명시하여야 한다.

#### 4. 비상사태를 이유로 침해될 수 없는 인권

국제인권협약들과 국제관습법은 비상사태가 선포되었다고 하더라도 절대로 침해될 수 없는 인권을 열거하여 최소한의 인권보장을 피하고 있다. 예컨대 유럽협약 제4조 2항은 국제법상 다른 의무에 위반되지 않을 것을 조건으로 “적법한 전쟁행위로 일어나는 사망과 관련되는 경우”를 제외한 생명권(제2조), 고문 또는 비인간적이거나 굴욕적인 취급이나 형벌을 받지 않을 권리(제3조), 노예상태에 빠지지 않을 권리(제4조 1항)와 죄형법정주의(제7조)에 위배된 조치를 취할 수 없다고 규정한다.

인권규약에 있어서 이러한 ‘절대적’ 인권 또는 불가침(intangibility)의 원칙의 목록은 더욱 확장되어 제4조 단서는 먼저 비상사태를 이유로 취한 조치는 “인종, 피부색, 성, 언어, 종교 또는 사회적 출신만을 이유로 하는 차별”해서는 안된다고 규정한다. 또한 제4조 2항은 생명권(제6조), 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 않을 권리와 동의 없는 의학 또는 과학실험을 받지 않을 권리(제7조), 노예제도·노예매매의 금지와 강제노동을 하지 않을 권리(제8조), 계약불이행으로 구금되지 않을 권리(제11조), 죄형법정주의(제15조), 법앞에 인간으로서 인정받을 권리(제16조)와 사상·양심·종교의 자유(제18조)에 대한 위반을 허용하지 않는다.

미주협약은 이보다 넓게 법앞에 인간으로서 인정받을 권리(제3조), 생명권(제4조), 인도적 대우에 대한 권리(제5조), 노예제로부터의 자유(제6조), 소급입법으로부터의 자유(제9조), 양심과 종교의 자유(제12조), 가족의 권리(제17조), 이름에 대한 권리(제18조), 아동의 권리(제19조), 국적에 대한 권리(제20조)와 참정권(제23조)에 대한 비상사태를 이유로 한 정지를 인정하지 않고 나아가 이러한 권리의 보호를 위해 본질적인 사법적 보장을 정지시키는 것을 허용하지 않는다(제27조 2항).

또한 1984년의 ‘고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’ 제2조 2항은 “전쟁상태 또는 전쟁의 위협이건, 국내적 정치적 불안정 또는 여타 공공의 비상사태이건 불문하고 어떠한 예외적인 상황도 고문을 정당화하는

의 책무를 진 법원으로서도 당연히 그 효력의 존속여부를 심사판단할 권한이 있다고 보아야 한다. ... 그러므로 통치행위라고 할지라도 이 사건 긴급조치와 같이 국민의 기본권과 관련된 조치에 대하여 그 실효여부를 심사판단하는 일은 법원이 가지고 있는 본래의 사법심사권을 행사하는 데에 지나지 않으며, 결코 사법권의 한계밖에 있는 일을 하는 것이라고는 볼 수 없다” 참조.

80) Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/52/40(1997), para. 301.

사유로 주장될 수 없다"고 규정한다.<sup>81)</sup> 나아가 사형의 폐지에 관한 제6 의정서는 "전쟁 또는 전쟁의 급박한 위협이 있는 때에 저질러진 행위"에 관하여 법률이 사형을 규정한 경우를 제외하고는 비상사태 중에도 사형을 폐지한다.<sup>82)</sup> 특히 아동의 권리에 관한 협약은 비상사태에 관한 규정을 두고 있지 않지만 18세미만의 사람에 대한 사형의 금지는 어떠한 경우에도 적용면제가 될 수 없는 국제관습법으로 인정되었다.<sup>83)</sup> 이밖에 파리 최소 기준은 위의 권리에 덧붙여 자유권, 소수민들의 권리와 사법적 구제수단에 대한 권리 등을 인정하고 있다(sec. c). 더욱이 비상사태에 관한 특별보고관은 비상사태가 선주민(indigenous populations), 무력충돌의 희생자, 난민, 의원, 언론인, 노조지도자, 인권운동가, 여성, 아동, 장애인과 같이 특히 취약한 집단의 인권에 미치는 영향에 대한 관심을 표명하고 있다.<sup>84)</sup>

이처럼 비상사태가 존재하는 경우에도 국가가 인권보장의 의무에서 벗어날 수 없는 권리의 목록은 점차 확대되는 추세인데 이러한 권리가 현실적 의미를 가지려면 이를 보장받기 위한 제도와 수단 역시 확보되어야 한다. 이러한 측면에서 미주인권법원은 미주협약이 보장하는 법적 구제를 받을 권리(제25조 1항)와 인신보호영장에 대한 권리(제7조 6항)는 비상사태동안 정지할 수 없는 권리와 자유의 보호를 위해 필수적인 사법적 보장수단이므로 정지될 수 없다고 하였다.<sup>85)</sup> 이러한 법리는 규약에 있어서도 그대로 타당한 것으로 보인다. 모든 상황에서 공정한 재판과 구제를 받을 권리를 보장하기 위하여 제9조 3항, 4항과 제14조를 규약 제4조 2항에 열거된 인권에 포함시키기 위한 인권규약에 대한 세 번째 선택의정서의 기초과정에서 인권이사회가 '인신보호영장에 대한 권리는 비상사태 동안 제한되어서는 안된다고 당사국들이 일반적으로 이해하고 있음을 지적한 것은 이러한 권리가 해석론<sup>86)</sup>에서 나아가 국제관습법으로 굳어지고 있음을 보여준다.<sup>87)</sup>

더욱이 전쟁이나 내전과 같은 무력충돌이 있을 경우에는 비상사태에 있어서 취하는 여러 조치들은 "당해국의 국제법상의 여타 의무에 저촉되어서는 아니"되므로(일치(consistency)의 원칙)<sup>88)</sup> 그 국가는 국제인권법 말고도 제네바협약<sup>89)</sup>을 비롯한 국제인도

81) 조약 제1272호(1995.2.8. 한국에 대하여 발효). 최태현, 고문방지협약, 국제인권법 제1호(1996), 154-155쪽도 참조.

82) 제2, 3조; Brownlie, 앞의 책, 350쪽.

83) 제37조, 조약 제1072호(1991.12.20 한국에 대하여 발효). 소년법 제59조 참조. 테스포이 보고서, para. 105 참조.

84) 테스포이 보고서, para. 173-178.

85) *Habeas Corpus in Emergency Situations*, the Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion, OC-8/87, 30 January 1987, European Human Rights Report 11권, 33쪽.

86) 테스포이 보고서, para. 114(제2조 규정으로부터 같은 결론을 도출) 참조.

87) Report of Human Rights Committee, UN Doc. A/49/40(1994), Annex XI(Recommendation submitted by the Committee to the Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities concerning a draft third optional protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights), para. 2.

88) 인권규약 제4조 1항, 유럽인권협약 제15조 1항, 미주인권협약 제27조 1항 참조.

89) 육전에 있어서의 군대의 부상자 및 병자의 상태 개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제1협약), 조약 제211호(1966.8.16 한국에 대하여 발효); 해상에 있어서의 군대의 부상자

법(人道法)을 적용할 의무를 진다.<sup>90)</sup> 국제인권법은 전쟁이 벌어졌는가를 묻지 않고 원칙적으로 모든 상황에 적용되는 반면 국제인도법은 그 적용에 있어 '국제적 무력충돌'이나 '비국제적 무력충돌'을 상정하고 있으나 실제에 있어서 국내무력충돌이 있다고 볼 것인 지 논란이 많아 인권의 보호에 공백이 발생한다. 국제사회는 이에 따라 어떤 상황에서도 보장되는 최소한의 권리를 당해 정부에 요구하고 보장받기 위하여 지속적으로 노력하고 있다.<sup>91)</sup> 이러한 발전으로 여러 국제인권협약체제 아래에서 발전한 비상사태에 관한 법원칙, 특히 최소한의 인권을 보장하여야 한다는 원칙은 이미 모든 국가가 지켜야 하는 국제관습법으로 확립되게 되었으며,<sup>92)</sup> 어떤 국가도 임의로 벗어날 수 없는 강행규범(*jus cogens*)의 지위에 올랐다고 할 수 있다.

이러한 비상사태에 관한 국제인권기준의 발전에 비추어 관련 국내법규를 검토하면 많은 문제점들이 발견된다. 먼저 관련 규정들은 앞에서 살펴본 바와 같이 국가긴급권이라는 권한의 측면에서 문제에 접근하고 있어 그에 수반하는 인권보장의 의무라는 측면이 간과되고 있다. 국가비상사태에 대한 기본적인 접근방식에 있어서 또한 그럼에도 침해될 수 없는 인권의 목록을 제시하기보다는 제한할 수 있는 권리를 열거하고 있다.

구체적으로 살펴보면 헌법은 일정한 경우 민간인에 대하여 군사법원이 재판권을 행사할 수 있음을 규정하고(제27조 2항),<sup>93)</sup> 비상계엄이 선포된 경우 "법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한

및 조난자의 상태개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제2협약), 조약 제216호(같은 날 발효); 포로의 대우에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제3협약), 조약 제217호(같은 날 발효); 전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제4협약), 조약 제218호(같은 날 발효). 또한 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제1의정서), 조약 제778호(1982.7.15 발효)와 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 비국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제2의정서), 조약 제779호(같은 날 발효) 참조.

90) Jaime Oraá, HUMAN RIGHTS IN STATES OF EMERGENCY IN INTERNATIONAL LAW, Clarendon Press(1992), 190-206쪽 참조.

91) 예컨대 투르크(Turku) 최소한의 인도적 기준에 관한 선언, Moreon and Rosas, 'A Declaration of Minimum Humanitarian Standards, American Journal of International Law' 85권(1991), 375쪽; A. Eide, A. Rosas and T. Meron, 'Combating Lawlessness in Grey Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards', 같은 책, 89권(1995), 215쪽 참조. 유엔 인권위원회의 이 분야에서의 노력에 관하여는 Minimum humanitarian standards: Analytical report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1997/21, UN Doc. E/CN.4/1998/87(1998).

92) *Corfu Channel Case*, International Court of Justice Reports 1949, 22쪽; *Barcelona Traction Case (Second Phase)*, 같은 판결집 1970, 32쪽; *Nicaragua Case*, 같은 판결집 1986, para. 215이하 참조.

93) 헌법 제110조 4항; 계엄법 제10조와 제12조 2항("비상계엄시행중 제10조의 규정에 의하여 군사법원에 계속중인 재판사건의 관할은 비상계엄해제와 동시에 일반법원에 속한다. 다만, 대통령이 필요하다고 인정할 때에는 군사법원의 재판권을 1월이내에 한하여 연기할 수 있다") 참조. 이 조항의 단서는 여러 차례 위헌 여부가 문제되었으나 합헌인 것으로 판단되었다. 대법원 전원합의체, 1985.5.28. 판결 81도1045; 대법원 제2부, 1980.7.22. 판결 80도1027; 대법원 제1부, 1979.12.7. 재정 79초70; 대법원 1964.7.21자, 64초3, 64초4 각 재정 참조. 허영, 앞의 글, 923(위헌).

조치를 할 수 있다”(제77조 3항)고 한다. 그런데 계엄법은 계엄의 선포로 계엄사령관이 계엄지역안의 모든 또는 군사에 관한 “행정사무와 사법사무를 관장”한다(제7조)고 포괄적으로 규정한 다음 계엄사령관에게 비상계엄지역 안에서 “군사상 필요한 때에는 체포·구금·압수·수색·거주·이전·언론·출판·집회·결사 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치”를 할 수 있는 권한을 주고 있다(제9조 1항). 계엄법이 근거법인 거주·이전의 자유를 포함한 헌법보다 더 넓은 범위의 기본권을 제한할 수 있도록 한 것은 헌법 제37조 2항에 따른 것으로 수긍될 수도 있겠지만 헌법 제77조 3항이 명시적으로 비상계엄의 경우 제한될 수 있는 권리를 열거하고 있다는 점에서 위헌의 소지가 있다.<sup>94)</sup>

또한 계엄법은 “법률이 정하는 바에 의하여 동원 또는 징발할 수 있으며, 필요한 경우에는 군수에 공할 물품의 조사·등록과 반출금지를 명”할 수 있는 권한을 주고(제9조 2항), 대통령령으로 정한 절차에 따라 발생한 손실에 대한 정당한 보상을 전제로 “작전상 부득이한 경우에는 국민의 재산을 파괴 또는 소훼할 수 있다”고 규정하고 있는 데(같은 조 3·4항) 이러한 조항 역시 재산권보장에 관한 헌법 제23조에 근거한 것으로 볼 수도 있겠으나 같은 이유에서 문제가 있다.

뿐만 아니라 헌법과 계엄법이 ‘정부나 법원의 권한’이라거나 ‘행정사무와 사법사무’와 같은 특정성이 없는 개념을 사용하여<sup>95)</sup> 포괄적으로 기본권을 제한하도록 한 것은 인권보장 차원에서 커다란 문제가 아닐 수 없다.

정부는 인권이사회에 제출한 최근의 보고서에서 현행 헌법규정상 규약 제4조 2항에서 정하는 기본권침해는 허용되지 않는다고 하고 있다.<sup>96)</sup> 그러나 이러한 견해는 앞에서 살펴본 확립된 국제인권기준에 비추어 전혀 납득할 수 없음이 분명하다. 국가비상사태에 관한 관련 국내법들은 적어도 국제인권규약이 규정하는 어떤 경우에도 보장하여야 하는 인권목록을 반영하는 방향으로 개정되어야 한다.<sup>97)</sup> 또한 계엄 등 비상사태를 빙자하여 민주인사들을 탄압하기 위해 정치적 반대자들을 군사재판을 통해 제거하거나 약식처형해 온 것에 비추어 “실질적으로 정치적 성격을 가지는 범죄”에 형사재판권을 가지는 특별법원의 설치에 있어서 법치주의 위반이라는 비판이 있음을 주목하여야 한다.<sup>98)</sup> 뿐만 아니라 과거 인권침해가 밀실에서 자행된 것을 감안하면 긴급권 남용을

94) 위헌이라는 견해로는 권영성, 앞의 책, 869쪽; 허영, 앞의 책, 921쪽 참조. 김철수교수는 “신체의 자유에 대한 제한을 인정해야 할 정도의 비상시에 있어서 소개(疏開)·대피행위 등을 명할 수 없다고 보는 것은 옳지 않기 때문”에 합헌이라고 하고 있으나(앞의 책, 318쪽) 가택연금이나 강제실종(forced disappearance)의 경우는 물론 최근 각국의 내전과정, 특히 유고슬라비아에서 ‘인종청소’(ethnic cleansing)에서 극명하게 볼 수 있듯이 거주·이전의 자유는 예시된 행위에 국한되지 않음에 비추어 타당하지 않은 주장이다.

95) 오병현, 앞의 글, 신동아(1993.11), 496쪽 참조.

96) 법무부, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2차보고서(1996.7), 21쪽.

97) 파리 최소기준, sec. B, 2 (d) 참조. 베네주엘라의 보고서를 심의한 다음 인권이사회는 규약 제4항 2항의 권리를 포함하도록 관련된 법을 개정할 것을 권고했다. Report of Human Rights Committee, UN Doc. A/48/40(1993), para. 310.

98) 파리 최소기준, sec. c, Article 4 (7)과 Article 16 (4).

회피하기 위한 보호수단으로서 무엇보다 독립적인 사법권과 인신보호영장과 실제적이고 효과적인 제소권<sup>99)</sup>을 비롯한 절차적 보장<sup>100)</sup>은 물론 구금시설의 적절한 감시수단도 마련되어야 한다.<sup>101)</sup> 나아가서 법치주의와 민주주의를 보장하기 위하여 비상사태의 전과정에 대한 시민들의 감시<sup>102)</sup>를 효율적으로 한다는 점에서 모든 정치활동의 중지나 정치적 발언을 일체 불허한다는 취지의 계엄포고령과 같은 것은 위헌이며 국제인권기준에 반하는 것으로 허용되어서는 안된다.<sup>103)</sup> 이러한 점에서 “공공의 비상사태의 해제뿐 아니라 인권과 기본적 자유의 준수에 관한 공공의 토론을 가능하게 할 목적”으로 표현의 자유와 정보의 자유를 유지하도록 애쓰겠다는 유럽안보협력회의의 약속은 모범이 될 만하다.<sup>104)</sup>

## 5. 비상조치의 객관적 심사기준

비상사태를 이유로 침해될 수 없는 인권에 포함되지 않는 다른 권리와 자유는 그렇다고 무조건 국가가 이를 보장할 의무에서 벗어나는 것이 아니다. 비상사태에 관한 인권법은 법치주의의 예외를 구성하는 것이 아니라 비상사태와 같은 예외적인 상황을 법치주의의 적용범위 안으로 끌어들이려는 것이다.<sup>105)</sup> 미주인권법원은 비상사태에서의 인권보장의 정지는 “법치주의의 일시적인 정지를 뜻한다거나 국가권력자들이 모든 때에 구속되는 적법성의 원칙을 무시하여 행동할 권한을 부여하지 않는다”고 못박고 “적법성의 원칙, 민주제도와 법치주의 사이에는 뗄 수 없는 끈이 존재한다”고 하였다.<sup>106)</sup>

따라서 비상사태를 극복한다는 이유로 아무 조치나 다 취할 수 있는 것은 아니고 이러한 비상조치에는 일정한 제한이 가해진다. 특정한 개별적인 비상조치가 합법적인지, 구체적인 사정에 비추어 과연 통상적인 법률과 권한만으로는 위기에 대응할 수 없을 정도로 필요한 것인지, 비상조치가 인권을 정지 또는 제한하는 정도(시간적, 장소적 범위를 포함)가 그 목적에 비추어 비례하는지, 그 조치가 국제법상의 다른 의무에 부합하는지 등에 대하여 실질적인 평가가 이루어져야 한다.<sup>107)</sup>

뿐만 아니라 현대 국제인권법은 군대나 경찰과 같은 국가기관이 폭력적인 공권

99) *Zeki Aksoy v. Turkey*, Application No. 21987/93, European Commission of Human Rights, Report of the Commission(adopted on 23 October 1995), paras. 196 참조. 이 사건에서 원고는 인권위원회에 제소한 다음 의문사되었다.

100) *Judicial Guarantees in States of Emergency*, IACHR, Advisory Opinion, OC-9/87, 6 October 1987, Human Rights Law Journal 9권(1988), 33쪽 참조.

101) 파리 최소기준, sec. b, 3과 sec. c, Article 16. 또한 테스포이 보고서, para. 151 참조.

102) 저항권의 문제는 이 글의 범위를 넘는다.

103) 대법원 제4부, 1981.3.24. 판결 81도304 (같은 취지의 1980.5.17 계엄선포 제10호는 국회의 고유 권한을 제한하는 것으로는 해석되지 않으므로 국회의 계엄해제요구권을 무효화시키지 않아 위헌으로 볼 수 없다는 판결) 참조.

104) 앞의 주 32, (28.9).

105) 허영, 앞의 책, 148쪽 참조.

106) *Habeas Corpus in Emergency Situations*, 앞의 주 85.

107) 국제인권규약 제4조 1항, 유럽인권협약 제15조 1항, 미주인권협약 제27조 1항, 파리 최소기준, sec. B, 2.

력을 쓴 경우에 적용되는 구체적인 원칙들을 세워놓고 있다. 총기의 사용 따위의 물리력의 행사가 특히 인간이 가지는 생명에 대한 권리와 신체의 자유에 끼치는 영향에 비추어 국제인권법은 무엇보다 그것이 이루려고 하는 목적에 비추어 필요 최소한에 그쳐야 하고 그 목적과 수단이 비례할 것을 요청한다.<sup>108)</sup> 비상사태를 이유로 한 공권력의 행사는 국내법상 적법성을 따질 수 있을 뿐만 아니라 이러한 국제법원칙에 비추어 평가될 수 있다.<sup>109)</sup> 나아가 국가는 국제인권법이 부과하고 있는 제한을 넘어서 공권력이 사용되는 경우 그것을 막고 그로 인한 피해를 구제할 책임과 다시는 그런 일이 없도록 방지할 의무를 짐을 주의하여야 한다. 이러한 점에 비추어 특히 병기사용에 관한 규율하고 있는 위수령 제15, 16조는 재검토되어야 한다.

지금까지 비상사태와 관련하여 법원에서 문제된 사건들을 살펴보면 신체의 자유,<sup>110)</sup> 영장주의,<sup>111)</sup> 죄형법정주의,<sup>112)</sup> 공정한 재판을 받을 권리,<sup>113)</sup> 표현의 자유,<sup>114)</sup> 집회의 자유,<sup>115)</sup> 단체교섭권 또는 단체행동권<sup>116)</sup> 등이 제한을 받았음을 알 수 있다. 그러나 그밖에도 법원의 심의를 받지 못한 생명권을 비롯한 허다한 인권유린이 있었음은 부인할 수 없다. 법원은 앞으로 확립된 국제인권기준의 엄격한 적용을 통하여 보다 적극적으로 인권보장에 나서야 한다.

#### IV. 결론

비상사태에 관한 인권법제는 국가권력과 인권의 적나라한 모순, 충돌관계에 바탕하지 않고 인권보장차원에서 조화시키려는 노력의 하나이다. 국가의 존재이유 자체가 민주사회와 인권을 지키기 위한 체제를 만드는 데 있음을 볼 때 이제 더 이상 비상사태시에는 인권법이 적용되지 않는다는 일부 권위주의국가의 주장은 설 곳이 없다. 국가긴급권을 발동하는 그러한 집단 자체가 바로 위협의 원인이었으며<sup>117)</sup> 냉전이 종식된 오늘 지난 날의 '국가안보 독트린'은 따라서 냉소적 시각으로밖에 바라볼 수 없다. 또한 비상사

108) 예컨대 *Stewart v. U.K.*, No. 10044/82, European Commission of Human Rights, Decisions and Reports 39권(1985), 162쪽과 *Guerrero v. Colombia*, UN Doc. A/37/40 (1982), 137쪽, paras. 13.2-3 참조.

109) 이러한 점에서 '5.18 사건'에 대한 법원의 평가는 미흡한 것으로 보인다. 앞의 주 73에 인용된 판결들 참조.

110) 대법원 제2부, 1985.9.24. 판결 82다카312(본소), 313(당사자참가), 314(당사자참가); 대법원 제3부, 1992.8.14. 판결 91다29811; 서울민사지법 제15부, 1991.4.26. 88가합56764 참조.

111) 서울민사지법 1995.1.13. 판결 항소 94제자4; 헌법위원회 결정 1953.10.8 참조.

112) 대법원 1981.5.7 판결 81도1002; 대법원 1981.5.6 판결 81도721.

113) 대법원 제2부, 1988.12.20. 결정 88제도6 참조.

114) 대법원 제4부, 1981.3.24. 판결 81도304 참조.

115) 부산지법 1997.9.3. 판결 97제노2; 대법원 제1부, 1983.5.24. 판결 82도142; 대법원 제1부, 1983.3.8. 판결 82도3248; 대법원 제1부, 1982.10.26. 판결 82도1861; 대법원 제1부, 1981.4.28. 판결 81도874 참조.

116) 서울고법 제1형사부, 1982.6.18. 판결 81노1677 참조.

117) Rosas, 앞의 글, 167쪽 참조.

태가 선포되어도 정부는 인권침해의 '백지수표'<sup>118)</sup>를 받은 것은 아니며 "민주주의를 수호한다는 명목으로 민주주의를 손상시키거나 파괴할 수도 있는 위험을 인식"하여 "간첩과 테러에 대한 투쟁이라는 이름으로 적당하다고 여기는 아무 조치나 취할 수 없"는 것이다.<sup>119)</sup> 비록 국제인권법이 국가비상사태의 경우에 각 국가가 평소에 지는 인권보장의 의무에서 벗어날 수 있는 길을 열어놓고 있지만 이 경우에도 생명권과 고문을 받지 않을 자유와 같은 절대적이고 핵심적인 인권은 결코 침해되어서는 안되며 최소한의 인권을 보장하기 위한 절차적, 제도적 장치를 요청하고 있음을 지나칠 수 없다.

이러한 맥락에서 앞에서 지금까지 확립된 국제인권법이 부과하는 엄격한 기준에 비추어 국가비상사태와 관련된 국내의 법제와 관행을 살펴보았다. 이를 개선하는 작업은 현재 한국에서 비상사태가 선포된 상황이 아니라는 이유로 단지 과거에 대한 반성에 그치지 않고 오늘날에도 온존되고 있는 억압의 구조를 민주주의와 인권의 관점에서 해체하고 앞으로 모든 상황에서 인권보장이 실현되는 민주사회를 이루기 위해 필수적이라는 실천적인 의미를 아울러 가진다.

118) Report on the situation of human rights in Iraq, prepared by Mr. Max van der Stoel, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, in accordance with Commission resolution 1991/74, UN Doc. E/CN.4/1992/31(1992), paras. 28.

119) *Klass and others v. Germany*, Judgment of 6 Sept. 1978, Ser. A, No. 28

## 여성인권: 여성에 대한 폭력

신혜수 (한국여성의전화연합 회장;  
한일장신대 교수, 여성복지학)

### I. 여성인권의 국제적 기준

#### 1. 일반 국제인권규약과 여성인권

- 가. 유엔헌장(1945)
- 나. 세계인권선언(1948)
- 다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약(1966)
- 라. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제협약(1966)

#### 2. 여성에 대한 폭력관련 국제인권규약 및 선언

- 가. 인신매매 및 매춘착취 금지협약(1951)
- 나. 여성차별철폐협약(1979)
- 다. 비엔나선언과 행동계획 (1993)
- 라. 베이징선언과 행동강령 (1995)
- 마. 여성폭력철폐선언 (1993. 유엔총회 결의안 48/104)
- 바. 유엔 인권위원회 여성폭력 특별보고관의 보고서(1995, 1996, 1997, 1998)
- 사. 전 유고 전범재판소, 르완다 전범재판소의 재판
- 아. 국제형사재판소의 규정(1998)

#### 3. 여성에 대한 폭력의 정의와 범주

- 여성차별철폐위원회가 1992년 제11차 회의에서 일반 권고안 No.19으로 여성 폭력을 여성차별의 금지대상에 추가시킴.

##### 가. 여성폭력의 정의

- “공적 생활에서 발생하든 또는 사적인 생활에서 발생하든지 간에, 신체적, 성적 또는 정신적 위해나 고통을 여성에게 주거나 줄 가능성이 있는, 성에 기반한 모든 폭력행위 및 그러한 행위의 위협, 강제, 또는 자유를 임의로 박탈하는 행위.” (For the purposes of this Declaration, the term “violence against women” means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical,

- 가임기간 여성(15세-49세)의 49%가 낙태경험
- 아들선호사상으로 인한 여아낙태로 남녀의 성비불균형 초래. 자연적인 출산 시 남녀비율은 106:100이나, 1995년의 성비는 113.4:100이다. 넷째 아이 출산 시의 성비는 215:100에 이룸.

#### 라. 혼수로 인한 가족내의 갈등과 폭력

- 인도의 지참금으로 인한 폭력보다는 덜 하지만 뿌리 깊은 가족내 여성폭력으로 존재.
- 신체적 폭력으로까지 나타나기도 하지만 정신적 폭력이 보다 많음.

### 2. 사회에서의 폭력

#### 가. 성폭력

- 여성에 대한 강간범죄 발생율은 조사에서 응답여성의 7.7%, 강간미수는 14.1%, 심한 성추행은 23.7%의 발생율이 보고됨.
- 가벼운 성추행은 여성의 대다수가 경험하는 폭력으로 조사대상 여성의 76.4%가 경험하였고, 성기노출 74.5%, 성희롱 48.6%, 음란전화 46.3%로 나타남.

#### 나. 직장내에서의 성희롱

- 사무직 여성의 87%가 성희롱 경험.

#### 다. 학교에서의 여학생에 대한 성희롱

- 교사에 의한 성폭력이 가벼운 추행의 경우(선생님이 등이나 엉덩이를 은근히 만짐) 19.0%, 심한 추행의 경우(선생님이 강제로 껴안거나 키스를 함) 1.5%로 나타남.
- 동 조사에서 주변 친구에 대한 교사의 성폭력 비율은 30.7%와 3.7%로 각각 보고되고 있어 학교 성폭력이 상당히 만연되어 있음을 암시.

#### 라. 새로운 성희롱의 유형

- 정보화사회에서 사이버공간상에서의 성폭력의 문제
- 짝사랑 애인이나 유명인을 집요하게 따라 다니면서 괴롭히는 스토킹도 인권 침해로 포함되어야 함.

#### 마. 인신매매 및 강제매춘

- 실태를 파악이 어려우나 매춘업소에서 탈출한 여성들을 통해 그 실상의 일부가 밝혀짐.

sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.)

#### 나. 여성폭력의 범주:

가족내에서 발생하는 신체적, 성적, 정신적 폭력: 구타, 여자어린이에 대한 성적 학대, 지참금 관련 폭력, 아내강간, 음핵절제등 여성에게 위대한 전통적 관습, 착취와 관련된 폭력

일반사회에서 발생하는 신체적, 성적, 정신적 폭력: 강간, 성적 학대, 직장이나 학교등에서의 성희롱 및 위협, 인신매매 및 강제매춘등을 포함.

국가에 의해 자행되거나 묵인되는 신체적, 성적, 정신적 폭력: 발생장소불문.

## II. 여성에 대한 폭력의 현황과 대책

### 1. 가족내 폭력

#### 가. 아내구타

- 남편으로부터 한번이라도 맞거나 학대받은 경험이 있는 비율은 조사대상 여성의 42%-61%.
- 심각한 상해를 동반하는 반복적, 습관적, 상습적 구타의 피해자는 조사대상 여성의 10%.
- 구타로 인한 망명: 가정폭력방지법이 발효되기 이전인 1997년 말과 1998년 초에 한국여성의전화연합에는 구타 때문에 외국(캐나다와 호주)으로 피신하여 망명을 요청한 사례가 2건 접수되어 아내구타의 심각성을 입증.
- 상습구타의 피해자인 경우 목숨의 위협을 느끼며 살다가 실제로 목숨을 잃는 경우도 많이 있고, 정당방위로 가해자를 살해하는 경우도 1년에 3-4건씩 발생하고 있음.
- 구타후 남편이 강제적으로 성행위를 하는 경우도 상당히 있음. 일반여성의 경우 아내강간은 기혼자의 67.3%가 경험한 것으로 보고되었음.
- 특히 IMF관리체제이후 가정에서의 폭력이 증가하고 있음.

#### 나. 근친 여자어린이에 대한 성추행 및 강간

- 어린이 성폭력 발생비율은 6.5%.
- 이중 근친 여자어린이에 대한 성추행 및 강간은 32.4%.
- 13세 이하 어린이에 대한 성폭력은 전체 성폭력상담 접수건수의 30%이며, 이중 가족 및 친척이 가해자인 경우가 전체 어린이 성폭력의 30.5%를 차지하고 있을 정도로 가족내에서의 어린이 성폭력은 심각.

#### 다. 성감별후 여아낙태

#### 다. 취약집단 여성에 대한 폭력

- (1) 여성장애인에 대해서는 사회에서의 차별과 시설에서의 폭력이외에 가족에 의해서도 학대받기 쉬움. 손님이 왔을 때 방에 감금해 놓는다든지, 외출을 전혀 안시켜준다든지 하는 것도 기본권의 침해.
- (2) 외국인 여성노동자의 경우 인종적으로, 성적으로 불리한 입장에서 강간이나 추행을 당하는 경우가 많음. 한국인과 결혼한 조선족 여성의 경우 구타를 당하여 피난처를 이용하는 경우도 97년에 3건 발생.
- (3) 매춘여성, 또는 향락업소에 근무하는 여성의 경우에는 강간을 당하여도 강간으로 인정되지 않는 경우가 많음.

## 4. 여성에 대한 폭력 근절 대책

### 가. 법적 장치

- (1) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호에 관한 법률
- (2) 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법, 가정폭력범죄의 피해자 보호에 관한 법
- (3) 남녀고용평등법
- (4) 윤락행위등 방지법
- (5) 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률

### 나. 정부의 정책

- (1) 대통령직속 여성특별위원회
- (2) 보건복지부
- (3) 노동부
- (4) 교육부
- (5) 행정자치부
- (6) 기타

### 다. 민간의 여성인권운동

## 5. 법, 정책과 현실의 괴리

### 가. 법 집행상의 문제

### 나. 국민의 인권의식, 관행의 문제

## III. 여성에 대한 폭력 근절을 위한 과제

### 1. 정부의 의지와 적극적 대책

### 2. 유관기관간의 연계망 구축



3. 새로 설립될 국가인권기구의 역할

가. 정책과 기준의 설립

나. 여성인권교육의 실시

다. 여성에 대한 폭력 사건에 대한 진정 접수, 조사 및 처리

4. 민간운동의 강화

5. 여성인권의식의 증진

참고문헌

김혜선, "교사.교수에 의한 학생 성폭력의 실태와 의식," 한국여성의전화, 교사.교수에 의한 학생 성폭력의 실태와 대책 토론회, 1997.

심영희, 성폭력의 실태 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1990.

——, 위험사회와 성폭력, 나남출판사, 1998.

한국정신대문제대책협의회 진상조사위원회 편, 일본군 '위안부'문제의 진상, 역사비평사, 1997.

Lockwood et. al.(ed.), The International Human Rights of Women: Instruments of Change, American Bar Association, 1998.

CEDAW, Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Fourth periodic report of States parties, Republic of Korea (CEDAW/C/KOR/4), 30 March 1998.