

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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



■ 주최 : 세계인권선언 50주년 기념 사업위원회

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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



■ 주최 : 세계인권선언 50주년 기념 사업위원회

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

목 차

1. 강 금 실 형사피고인의 인권과 현행 형사재판제도의 문제점
2. 강 내 회 “문화적 권리”의 이해와 신장을 위한 예비적 검토
3. 고 영 삼 국가기관의 정보수집 활동과 시민의 인권 문제
4. 김 기 중 국가의 국민관리체계와 인권-호적과 주민등록제도를 중심으로
5. 김 동 춘 신자유주의와 한국 노동자의 인권
6. 김 민 응 세계경제체제와 인권문제
7. 김 성 재 장애인 인권과 사회통합
8. 김 수 현 우리나라의 노숙자 대책과 인권
9. 김 엘 림 여성인권과 여성차별
10. 김 은 희 산업안전보건과 노동자의 권리
11. 김 중 훈 한국의 국제인권활동 고찰 - 유엔활동을 중심으로
12. 김 주 환 국가 정보의 전자화와 민주주의와 인권:
기본권의 하나로서의 사민권(私民權)의 개념 정립을 위한 시론
13. 김 창 록 일제잔재와 국가권력 그리고 인권
14. 김 태 천 대량난민사태에 대한 국제법적 대응-특히 북한이탈주민문제와 관련하여
15. 김 학 철 중대한 인권침해 사례인 의문사 해결을 위해
16. 문 준 조 難民의 人權
17. 박 미 숙 人權과 刑事法의 機能
18. 박 승 옥 수사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리
19. 박 원 순 김대중 정부하 과거청산의 현실과 과제
20. 심 희 기 한국의 교육체벌의 실태와 한국인의 체벌담론의 현위치

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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



한국인권위원회 한국 인권선언 50주년 기념 : 5주

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

목 차

21. 오완호	한국민간단체의 인권교육활동
22. 윤점룡	장애인의 교육권
23. 이대훈	발전의 권리와 개발
24. 이성훈	한국 국제인권연대운동의 현실과 과제
25. 이에자	여성장애인과 인권
26. 이윤호	소년사법과 인권
27. 이정욱	다국적 기업 감시와 인권
28. 이주향	현재진행중인 제국주의 문화와 반인권적 생활양식
29. 장복희	생명권 보호와 사형폐지에 관한 국제조약과 그 실천
30. 장호순	국제인권규약 기준에서 본 국가보안법 제7조 "찬양-고무" 조항의 문제점
31. 정진성	인권의 보편성과 특수성
32. 조성은	정책결정과정에서 여성참여확대
33. 조용환	성문화된 관습형법? - '국방경비법'의 인권문제
34. 조홍식	경제위기하의 생존의 권리와 복지권
35. 지은희	국가인권기구의 기능, 역할, 활동방향
36. 최미경	조작 간첩 사건과 인권 문제
37. 최홍엽	UN 이주근로자권리조약과 한국의 이주근로자
38. 하성규	주거권 보장과 인간다운 삶
39. 허일태	死刑制度의 廢止를 위한 辯論
40. 허종렬	학교교육에서의 어린이·청소년 인권 보장 실태와 개선방안
41. 이삼성	국제질서의 변동과 비인도적 범죄 - 범죄양상의 변화와 국제사회의 대응과 그 한계
42. 조시현	국가비상사태와 인권

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

세계인권선언 50주년 기념
『한국인권의 현황과 과제』
50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

형사피고인의 인권과 현행
형사재판제도의 문제점

— 강 금 실 —



Table of contents with two columns: author names and page numbers. The text is faint and difficult to read.

Main body of text, including the title and author information, with a large '1' in a circle. The text is very faint and mostly illegible.

형사피고인의 인권과 현행 형사재판제도의 문제점

(발제자 강 금 실)

I. 형사재판과 절차적 기본권

형사재판은 국가가 법의 이름으로 형벌을 부여하는 권력을 실현하기 위한 절차이다. 형사피고인은 형사재판에서 직접적으로, 구체적으로 국가권력과 대치하면서 국가권력의 통제 아래 놓이게 된다. 형사피고인은 국민이고, 국민의 기본적 인권은 국가권력의 남용과 억압으로부터의 자유영역의 확보라는 발생사적 연원을 갖고 있다고 할 때, 현대 법치국가에서 형사재판은 권력에 의한 인권의 침해와 이에 대한 방어라는 가장 예리하고 긴장된 인권상황적 구도를 갖는다. 바로 이점에서 형사재판에서 적법의 범위를 초과하는 권력남용의 존부와 피고인의 기본권보장의 실현정도는 그 나라 인권보장의 실상과 수준을 판단하는 가장 정확한 잣대가 된다고 할 수 있다.

형사재판에서 형사피고인의 기본권보장의 요청은 우선적으로, 국가권력과의 대항이라는 관점에서 피고인 개인의 열등한 지위를 보완하기 위한 절차적 보호원리로 귀결된다. 형사피고인의 기본권은 재판과정에서의 공정성을 확보하기 위한 절차적 기본권이며, 일반적으로 '공정한 재판을 받을 권리(The right to a fair trial)'라는 개념으로 포괄된다.

1. '공정한 재판을 받을 권리'의 개념정의

'공정한 재판을 받을 권리'는 통상적으로 인식되어 온 기본권명제이기는 하나, 헌법상 명문의 규정은 없다. 이 때문에 그 개념에 관하여 해석론적으로 약간의 논란이 있다. 우리 실정헌법상으로는 공정한 재판을 받을 권리를 기초지을 문언상 명백한 근거를 찾기 어렵고, 기본권으로 인정되는 경우에도 '공정'이라는 어휘 자체가 지니고 있는 불확정성, 개방성으로 인하여 그 규범적 내용을 법적으로 어떻게 구성할 것인가도 문제될 수 있다고 보는 견해도 있고,¹⁾ 법치국가원리에 내재하는 이념으로서 형사절차가 인간의 존엄과 기본권을 존중하며 정의와 공평의 이념을 실현하는 것이어야 함을 의미한다고 이해하는 견해, 고지(告知) 및 대심(對審)구조가 보장된 재판을 받을 권리로 이해하는 견해도 있다.²⁾

이점에 관하여 헌법재판소는 다음과 같이 정의하고 있다. 헌법 제27조 제1항에서 "모

1) 장석조, '공정한 재판을 받을 권리', 재판자료 제76집 헌법문제와 재판(중), 법원도서관(1997), 497-499쪽. 여러 절차적 기본권을 포괄적으로 지칭하는 강학상의 용어 또는 평등원칙이 구체화된 지도이념, 보충적인 일반원칙 정도로 이해하고, 가장 협의의 공정한 재판을 받을 권리의 규범적 내용은 법적 청문청구권으로 구성하고 있다. 위 글 504쪽 이하 참조

2) 장석조, 앞의 글 500쪽에서 인용

든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 재판청구권을 보장하고 있고, 이 재판청구권은 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 포함한다. 여기서 ‘공정한 재판’이란 헌법과 법률이 정한 자격이 있고, 헌법(제104조 내지 제106조)에 정한 절차에 의하여 임명되고 신분이 보장되어 독립하여 심판하는 법관으로부터 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 (신체의 자유에 관한) 헌법 제12조 제1항이 정한 ‘적법절차’ (“누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 않고는 처벌·보안처분·강제노역을 받지 아니한다”)에 의하여 이루어지는 재판을 의미한다. 그 권리는 또한 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실제적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라 재판의 공정을 보장하기 위하여 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시하에 재판의 심리와 판결을 받을 권리도 내용으로 한다. 이로부터 공개된 법정 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회를 보장받을 권리가, 즉 원칙적으로 ‘당사자주의’와 ‘구두변론주의’가 보장되어 당사자에게 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증의 기회가 부여되는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 파생되어 나온다.³⁾

헌법재판소의 위 정의규정은 헌법 제27조 제1항을 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 근거 규정으로 하고, ‘공정한 재판’의 주요 요소는 헌법 제12조 제1항의 적법절차원리로 구성하고 있다고 평가될 수 있다. 원래 독일에서는 독일연방헌법재판소가 형사재판에서의 절차적 기본권으로서 공정한 절차청구권(der Anspruch auf ein faires Verfahren)을 인정하여 헌법질서에 편입한 이후 ‘공정성’을 개념요소로 한 절차적 기본권논의가 이루어지고 있고, 반면에 적법절차(due process)원리는 미국에서 발전한 논의라고 할 수 있다.⁴⁾ 헌법재판소는 적법절차원리와 관련하여, 절차가 법률로 정하여지고 또 그 법률에 합치하여야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖추고 정의에 합치되는 적절한 것, 즉 절차의 적법성 뿐만 아니라 절차의 적정성까지 보장되어야 한다는 뜻으로 이해하고, 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 적법절차원리가 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로서 형사피고인인 국민의 기본권이 공권력에 의하여 침해당할 수 있는 가능성을 최소화하도록 절차를 형성·유지할 것을 요구하고 있다.⁵⁾ 법률에 의한 재판으로서의 공정한 재판은 적용대상인 실제법 뿐 아니라 적법절차주의라는 헌법원리에 합치되는 합헌적인 절차법에 따라 규율되는 재판이라고 정의하고 있는 것이다.⁶⁾

3) 헌법재판소 1996.1.25. 선고 95헌가5 결정

4) 장석조, 앞의 글 501쪽, 법원행정처, 이주홍, ‘헌법과 형사재판’, 영장실질심사제도II. 법원행정처(1997), 21쪽

5) 헌법재판소 1996.1.25. 선고 95헌가5 결정, 1993.7.29. 선고 90헌바35 결정

6) 헌법재판소 1993.7.29. 선고 90헌바35 결정

2. ‘적법절차 원리’의 개념정의

신체의 자유와 관련한 절차적 기본권으로서 헌법 제12조 제1항과 제3항(“체포·구속·압수 또는 검색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”)은 적법절차조항을 두고 있는데, 이러한 적법절차조항이 명문으로 헌법에 신설된 것은 1987년 헌법개정에 의한 것이었고, 영미법원리의 도입으로 평가되고 있다.⁷⁾ 적법절차조항은 일종의 불특정한 법률개념이라고 볼 수 있다.⁸⁾ 미국헌정사에서 주로 미국연방대법원의 판례축적을 통하여 그 내용과 기능이 정착되어왔다고 하겠는데, 현재에 이르러 절차적 적법절차⁹⁾의 기본요건으로는 다음과 같은 내용들이 제시된다.¹⁰⁾

(1) 부당한 수색·압수에 대하여 신체, 가택, 서류 및 재산의 안전을 보장받는 국민의 권리(수정헌법 제4조)

(2) 정당한 이유에 의하고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고, 특히 수색장소와 피체포자 또는 압수품을 기재한 경우만의 수색·체포·압수의 영장 발부(수정헌법 제4조)

(3) 사형에 해당하는 죄 또는 기타의 파렴치죄에 대한 대배심에 의한 기소(수정헌법 제5조)

(4) 이중위험 금지(수정헌법 제5조)

(5) 강제적 자기부죄(負罪)의 면제(수정헌법 제5조)

(6) 범죄가 행하여진 주(州)와 지구(地區)의 공정한 배심에 의한 신속한 공개재판을 받을 권리(수정헌법 제6조)

(7) 피고사건의 성질과 이유에 관한 고지를 받을 권리(수정헌법 제6조)

(8) 자기에게 불리한 증인 및 유리한 증인과 대심(對審)하는 피고인의 권리(수정헌법 제6조)

(9) 피고인의 이익을 위하여 증인을 요구하는 강제적 절차에 대한 권리(수정헌법 제6조)

(10) 형사사건에서의 변호인의 조력(수정헌법 제6조)

7) 최대권, 헌법학강의, 박영사(1998), 240쪽, 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사(1995), 480쪽. 적법절차조항의 신설은 1987년 헌법개정 당시의 전두환정권 아래서의 열악한 인권상황에 대한 국민의 저항적인 공감대가 기본권을 강화하는 방향으로의 제도적인 개선을 이루어낸 것이라고 한다. 허 영, ‘한국의 사법제도와 인권’, 한상진 편, 현대사회와 인권, 나남출판(1998), 231쪽.

구체적으로는 검사의 제량으로 일종의 보안처분이라 할 수 있는 특별선도교육처분을 불법시위 학생에 대하여 행할 수 있게 함을 내용으로 하는 소위 학원안정법파동(1985년)에 대한 반작용으로 1987년의 민주화에 따른 개헌시에 적법절차조항이 삽입되었다고 한다. 최대권, 앞의 책, 242쪽

8) 허 영, 앞의 책, 481쪽

9) 미국에서는 절차적 적법절차원리와 실제적 적법절차원리로 발전하여왔으나, 우리나라 헌법상의 적법절차조항은 절차적 적법절차를 의미한다고 보고 있다. 최대권, 앞의 책(주 7), 241쪽.

10) 헨리 J 에이브러햄 지음·윤후정 옮김, 기본적 인권과 재판, 이화여자대학교 출판부(1992), 147쪽

(11) 과도한 보석금, 과도한 벌금 및 잔인하고 이상한 형벌로부터의 보호(수정헌법 제 8조)

이에 더하여 연방대법원은 위 (5)의 강제적 자기부죄의 면제, 즉 자기에 불리한 진술을 거부할 권리(묵비권)를 고지받지 못한 상태에서 이루어진 자백에 근거하여 유죄판결을 받은 사건들과 관련하여(이른바 "미란다사건") 묵비권을 고지받지 못하고 위 (10)의 변호인의 조력을 받을 권리를 고지받지 못한 상태에서의 자백은 증거능력이 없다고 배척하고, 체포된 형사피의자를 신문하기 전에 반드시 준수되어야 할 원칙으로서의 이른바 "미란다원칙"을 마련하였다.¹¹⁾

이와 같은 영미법상의 적법절차원리의 연원에 비추어 볼 때, 우리 헌법상 명시된 적법절차조항(헌법 제12조 제1항과 제3항) 외에도 헌법 제12조 제2항의 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리, 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리와 형사피고인의 국선변호인제도의 규정, 제5항의 체포·구속시 이유와 권리를 고지받을 권리, 제7항의 자백의 증거능력 제한규정, 헌법 제27조 3항의 신속한 재판을 받을 권리와 공개재판을 받을 권리들은 모두 적법절차원리에 포섭되는 절차적 기본권이라고 할 것이다. 이러한 적법절차원리는 형사재판에서의 형사피고인 뿐 아니라 기소 전 단계의 형사피의자의 인권과도 관련되는 포괄적인 형사절차를 규율하는 기본권조항이다. 또한 헌법 제27조 제4항의 "형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다"고 하는 무죄추정의 원칙(의심스러울 때는 피고인의 이익으로-"In dubio pro reo")도 형사재판과 관련된 적법절차의 중요내용을 이루고 있다고 본다.¹²⁾

3. 형사피고인의 절차적 기본권 정리

형사피고인의 절차적 기본권과 관련하여서는 위와 같은 내용들이 '공정한 재판을 받을 권리', 인신보호를 위한 기속원리 및 사법절차적 기본권¹³⁾, 신체의 자유의 내용으로서의 적법절차와 그밖의 권리¹⁴⁾ 등으로 설명의 체계마다 그 구조를 달리 하고 있기 때문에 여기에서 형사피고인의 절차적 기본권으로 포괄하여 정리할 필요가 있다. 원칙적으로 형사피고인의 절차적 기본권은 헌법재판소의 취지와 마찬가지로 헌법과 법률에 따른 법관에 의한 '공정한 재판을 받을 권리'로 규정하되, 헌법 제12조 제1항, 3항의 적법절차조항 뿐 아니라, 적법절차원리의 일부인 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포·구속시 이유와 권리를 고지받을 권리, 자백의 증거능력 제한, 신속한 재판을 받을 권리와 공개재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙 등으로 구성된다고 보아야 할 것이다.

11) 헨리 J 에이브러햄, 앞의 책(주 10), 161쪽 이하 참조

12) 최대권, 앞의 책(주 7), 246쪽

13) 허영, 앞의 책(주), 480쪽 이하

14) 최대권, 앞의 책, 238쪽 이하 참조

한편 세계인권선언 제10조에서 유래하여 1966.12.16. 국제연합 제21회 총회에서 채택되고 우리나라도 가입하여 조약으로서 효력을 갖는 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약" 제14조는 형사소송절차에서의 법의 지배, 적법절차원리의 보장으로서 공정한 재판을 확보하기 위하여 국제인권법의 차원에서 최소한도로 요구되는 보장조치에 관하여 규정하고 있다. 그 내용은 위에서 정리한 절차적 기본권의 내용과 거의 동일하다. 위 규약 제14조 제1항은 "모든 사람은 재판앞에서 평등하다, 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄의 결정 또는 민사상의 권리 및 의무의 다툼에 관한 결정을 위하여 법률에 의하여 설치된 권한있는 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권리를 갖는다"고 규정하고, 제2항은 "모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정 받을 권리를 가진다"고 규정하고, 제3항에서는 "모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 적어도 다음과 같은 보장을 완전 평등하게 받을 권리를 갖는다"고 규정하였다. 제3항의 내용은 다음과 같다.

- (a) 그에 대한 죄의 성질 및 이유에 관하여 그가 이해하는 언어로 신속하고 상세하게 통고받을 것
- (b) 변호인의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것과 본인이 선임한 변호인과 연락을 취할 것
- (c) 부당하게 지체됨이 없이 재판을 받을 것
- (d) 본인의 출석하에 재판을 받으며, 또한 직접 또는 본인이 선임하는 자의 법적 조력을 통하여 변호할 것. 만약 법적 조력을 받지 못하는 경우 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 통지를 받을 것. 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우 및 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하는 경우 본인이 그 비용을 부담하지 아니하고 법적 조력이 그에게 주어지도록 할 것.
- (e) 자기에 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문받도록 할 것과 자기에 불리한 증인과 동일한 조건으로 자기를 위한 증인을 출석시키도록 하고 또한 신문받도록 할 것
- (f) 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 또는 말할 수 없는 경우에는 무료로 통역의 조력을 받을 것
- (g) 자기에 불리한 진술 또는 유죄의 자백을 강요당하지 아니할 것

II. 형사피고인의 인권과 실체적 기본권의 관계

1. 신체의 자유와 불구속재판제도의 원칙

절차적 기본권은 실체적 기본권의 실현을 위한 기본권이다. 보다 근본적인 차원에서 형사피고인의 인권을 논의하기 위하여서는 위와 같은 절차적 기본권을 통하여 실현하고자 하는 실체적 기본권의 문제를 되돌아볼 필요가 있다. 형사재판은 권력에 의한 강제처

분으로서 인신의 구속을 수반하고 형벌의 집행으로서 인신의 자유활동을 제한하는 기능을 핵심적 본질로 하며, 그러한 의미에서 국민의 인신처분권을 국가에 귀속시키므로, 무엇보다도 신체의 자유와의 갈등이 예견된다. 적법절차원리, 나아가 공정한 재판을 받을 권리는 바로 이와 같은 신체의 자유를 보장하기 위한 제도들로서 발전하여 왔다.

신체의 자유는 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권보장의 전제조건이다.¹⁵⁾ 신체의 자유는 생명의 자유·신체안전의 자유·신체활동의 자유¹⁶⁾를 포섭한다. 무죄추정의 원칙은 유죄의 확정판결이 있기 전까지는 형사피고인을 일반국민의 지위에서 대우하도록 하는, 신체의 자유 제한을 최대한 억제하도록 하는 형사절차 전반의 지배원리이다. 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신, 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 형사재판, 형사절차는 불구속수사, 불구속재판을 원칙으로 하고, 예외적으로 구속수사, 구속재판이 인정될 뿐이다.¹⁷⁾ 요컨대, 형사재판을 통하여 구현하고자 하는 형사피고인의 실제적 인권으로서의 신체의 자유를 보장하기 위하여서는 무죄추정의 원리에 의한 불구속수사, 불구속재판제도가 필요불가결한 것이며, 절차적 기본권으로서의 적법절차조항은 이러한 불구속재판제도를 담보하기 위한 것이다.

무죄추정의 원칙은 단순히 범죄의 입증책임을 누가 부담하는가 하는 재판단계에서의 입증책임분배 이상의 의미로 받아들여진다.¹⁸⁾ 이와 관련된 국제인권협약 제14조 제2항은 유죄의 확정판결이 있기 전까지는 피고인은 무죄추정의 원칙에 따라 무죄로 다루어질 권리를 갖는 것을 의미하며, 법원에 대하여 요구되는 유죄의 예단방지의 의무일 뿐 아니라 모든 공적 기관에 대하여 재판의 결과에 예단을 줄 수 있는 행위를 신중히 할 의무를 부과하고 있다(예컨대 방송매체를 통한 수사초기단계의 보도의 자제문제)고 해석된다.¹⁹⁾

2. 인간의 존엄성과 형사피고인의 주체성

가. 보편적 인권개념의 기초로서의 현대적 의의

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며...국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다.²⁰⁾ 인간의 존엄과 가치는 기본권의 연원이며 이념적 기초로서 모든 기본권의 가치적인 핵심으로서의 성격을 가지며, 헌법의 최고 원칙규범이자 법질서 일반의 근본규범이라는 점에

15) 헌법재판소 1992.4.14. 선고 90헌마82 결정.

16) 최대권, 앞의 책(주 7), 238쪽

17) 헌법재판소 앞의 결정(주 15)

18) Dominic McGOLDRICK, THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, CLARENDON PAPERBACKS, 404쪽

19) 宮崎繁樹, 解説 國際人權規約, 日本評論社, 184쪽

20) 1949년 5월 23일에 제정된 독일 연방공화국 기본법 제1조 제1항은 “인간의 존엄은 침해될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”라고 규정하였다. 베르너 마이호퍼 저, 심재우 역, 법치국가와 인간의 존엄, 삼영사(1996), 11쪽.

는 이론의 여지가 없다.²¹⁾ 또한 인간이 인간으로서 지니는 존엄과 가치란 국가 이전의, 국가를 초월하는 존엄과 가치일 수밖에 없다.²²⁾ 인간의 존엄과 가치 조항이 헌법전의 일부로 수용됨으로써 이를테면 전국가적, 초국가적인 자연법의 원리가 헌법적 원리로서 자리매김하게 되었다. 이 조항은 특히 20세기 후반에 이르러 나찌즘, 파시즘체제와 같은 전체주의에 의한 조직적인 인간성의 말살, 전체주의의 등장에 따른 세계대전을 치루면서 인류가 인간성의 파괴 등의 참담한 체험으로부터 얻어낸 인간성회복을 위한 인류보편의 절규를 헌법원리로 규범화하기에 이른 것이라고 할 수 있다.²³⁾ 나찌즘의 구체적 체험을 겪은 독일에서 인간의 존엄과 가치는 “새로운 국가질서의 정신과 1945년 5월에 붕괴된 과거의 통치체제의 정신이 완전히 상반되는 것임을 보여주는 뚜렷한 증거”로서, 국가권력이 국민의 자유를 제압하는 과거의 권위주의적 체제로부터 새로운 민주주의체제로의 전환의 표시로서 받아들여진다.²⁴⁾ 또한 인간의 존엄성 확인은 WP2차 세계대전 후에 조직된 국제연합헌장 전문에 반영되었으며, 1948.12.10. 채택된 세계인권선언은 바로 이와 같은 현대 인간성의 상실을 뼈아픈 체험을 바탕으로 하여 제1조에서 “모든 사람은 날 때부터 자유롭고 동등한 존엄성과 권리를 가지고 있다”고 하는 인간의 존엄성 규정을 하고 있다. 이로써 인간의 존엄과 가치는 인권의 핵심요소로서 국제법 차원에서의 인권의 역사를 새로 여는 바탕원리가 되고 있다.²⁵⁾ 인간의 존엄성 선언은 모든 권위주의적, 전체주의적 국가권력의 배제로서 법치국가의 실현을 선언하는 의미를 담고 있다. 우리 헌법은 1962년 제5차 개헌 때 헌법조항으로 신설하였다.

나. 인간의 존엄성으로부터 비롯되는 형사피고인의 주체성

인간의 존엄과 가치 개념은 인간존재는 하나의 주체로서 목적 그 자체이며, 다른 어떤 것의 수단일 수 없다는 인간의 인격성(자기귀속성 및 자기처분성)과, 타인도 “나”의 인격성을 존중하여 줄 것이라는 세계신뢰를 바탕으로 한 연대성(상호의존성 및 상호원조성)으로 구성된다.²⁶⁾ 인간이 자기귀속성, 자기처분성, 상호의존성, 상호원조성을 인간과 인간의 관계에 관한 근본결정으로서 선택하는 문제는 오로지 인간의 자기결정에 달려 있다.²⁷⁾ 인간의 존엄에 대한 권리는 이러한 자기결정의 권리에 기초한 것이고, 인간을 국가활동의 순수한 객체, 즉 국가의 목적을 위한 일방적 수단으로 전락시키는 모든 조치는 인간의 자기결정을 근본적으로 위협하고 인간의 존엄을 침해하는 것이다. 형사재판과정

21) 최대권, 앞의 책(주 7) 225쪽, 허영, 앞의 책(주 7) 464쪽, 베르너 마이호퍼, 앞의 책, 11쪽,

22) 최대권, 앞의 책(주 7), 224쪽

23) 최대권, 앞의 책(주 7), 225쪽

24) 베르너 마이호퍼, 앞의 책(주 18), 12쪽

25) 카렐 바삭 편, 박홍규 역, 인권론, 실천문화사(1986), 45-47쪽 참조

26) 최대권, 앞의 책(주 7) 224쪽, 베르너 마이호퍼, 앞의 책(주 18) 23쪽-35쪽 참조

27) 베르너 마이호퍼, 앞의 책(주 18), 37-38쪽

에서 하나의 인격체로서의 형사피고인이 단순한 절차의 객체로 격하되어서는 아니되며, 28) 인간의 존엄성을 보장하는 자유주의 국가에서 피고인은 절차의 주체로서의 무제한적인 방어권을 갖게 되는 것이다. 29) 바로 이점이 공정한 재판을 받을 권리의 파생원리로 30) 형사소송절차에서 요청되는 당사자주의로 표현된다. 변호인의 조력을 받을 권리는 당사자주의에서 요구되는 무기대등의 원칙에 따라 형사피고인의 주체로서의 지위를 보완하기 위한 제도적 뒷받침인 것이다.

3. 인간의 존엄성과 침묵의 자유-불리한 진술거부권, 자백의 강요금지

국가권력에 의한 자백의 강요는 인간의 자기결정권을 침해하는 것으로서 인간의 존엄과 가치를 침해하는 행위이다. 자백을 받기 위하여 구속하는 것도 인간의 존엄성 침해행위이다. 31) 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정하고, 제12조 제7항은 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다”는 규정을 두어 고문금지의 원칙과 묵비권 및 이와 관련되는 자백의 증거능력·증거력 부인의 원칙을 함께 천명하고 있다. ‘자백은 증거의 왕’이라는 사상에 의해서 국가의 수사권, 재판권이 행사되는 경우에는 헌법이 보장하는 인신에 관한 실체적 권리는 물론이고, 심지어 인신의 보호를 위한 절차적 기본권으로서의 ‘고문을 받지 아니할 권리’, 및 ‘불리한 진술거부권’도 쉽게 그 규범적 효력을 잃게 될 것이 명백하다. 따라서 인신보호를 위한 기속원리로서의 ‘자백의 증거능력제한’은 절차적 기본권으로서의 ‘고문을 받지 아니할 권리’ 및 ‘불리한 진술거부권’과는 상호불가분의 기능적 상관관계에 있다. 32)

형사피고인의 구속은 타자로부터의 일방적인 억압이며, 인신의 자유를 국가권력이 침해함으로써 타인과의 공존에 대한 신뢰를 바탕으로 한 연대성이 파괴되는 한계상황이다. 수사기관으로부터의 적극적인 강요행위가 없다 하더라도, 구속 그 자체가 명예를 침해하고 심각한 정신적, 신체적 고통을 안겨주며, 방어의 기회를 제한하게 된다. 여기에서 구속은 최후의 수단으로서 엄격한 비례성의 원칙에 따를 것이 요구되는 것이다. 33) 이와 같은 상황에서의 피고인의 자백은 피고인이 자기결정권자로서 자신의 방어권을 충분히 고지받고 인식하며, 실제로 방어권을 행사할 수 있는 지위를 전제로 하여야 그 증거력을

28) 이주홍, 앞의 글(주 4), 법원행정처(1997), 11쪽

29) 이주홍, 앞의 글(주 4), 12쪽

30) 헌법재판소, 앞의 결정(주 3) 참조.

31) 베르너 마이호퍼, 앞의 책(주 18), 42쪽, 이주홍, 앞의 글(주 4), 11쪽

32) 최대권, 앞의 책(주 7), 250쪽, 허영, 앞의 책(주 7), 487쪽

33) 이재상, 형사소송법, 박영사(1998), 227쪽

인정할 수 있고, 그와 같은 의미에서 피고인이 수사관과 대등한 지위에서 형사절차의 주체로서 자백을 강요당하지 아니하고 진술을 거부할 수 있는 권리와 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리가 있음을 명시적으로 고지받아야 하는 것은 자백의 증거력을 인정하기 위한 요건이 된다. ‘미란다원칙’은 구속의 한계상황을 전제로 하여, 강요행위와 연관된 개념으로서의 자백의 임의성 문제를 적법절차로서의 진술거부권고지와 관계에서 자백배제법칙으로 진일보시킨 것으로 평가될 수 있다. 대법원도 “진술거부권의 고지 없이 얻은 검사의 피의자진술은 위법수집증거로서 증거능력이 없다”고 판단하여 34) 자백의 임의성 문제를 자백의 적법절차에 의한 증거력 문제로 전환함으로써 미란다원칙을 확인한 바 있다.

III. 불구속재판제도의 원칙과 관행상의 파행

1. 들어가기에 앞서서

이상에서는 형사피고인의 절차적 기본권을 정리하고, 실제적 기본권으로서 관련된 신체의 자유와 인간의 존엄과 가치의 문제를 보았으며, 그 과정에서 형사피고인의 소송절차에서의 주체적 취급의 문제, 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속재판제도의 원칙, 강요된 자백의 금지와 불리한 진술 거부권의 세가지를 형사재판을 지배하는 가장 주요한 바탕원리로 정리하였다. 위에서도 언급하였거니와 1987년 헌법개정 당시 적법절차원리의 도입과 인신구속관련 조항들의 재정비로 법제도상 형사피고인의 기본권규정은 국제인권법의 수준에 비추보더라도 별다른 지적을 할 것이 없을 정도로 진일보되었다고 할 수 있다. 문제는 과연 헌법의 이름에 합당한 기본권보장이 실제로 이루어지고 있는가 하는 재판운영실태의 관측이라 할 것이다. 이 점에서 우리 형사재판제도의 관행이 법제도상의 갖춰진 형식과는 달리 구속수사와 구속재판원칙에서 전혀 벗어나지 못하고 있는 구시대적 악습을 답습하고 있다는 사실은 법률가들 사이에서도 이론의 여지가 없다. 즉, 우리 형사재판은 인권보장의 첫째 요건인 불구속재판제도원칙을 재판관행에서 정면으로 위배하여 심각한 법과 현실의 괴리를 초래하고 있다.

2. 구속재판원칙이 지배하는 재판관행의 실태

우리나라의 형사재판제도에서 1991년부터 5년간의 인신구속 현황을 보면, 매년 약 14만명이 구속되었다가 그 중 약 2/3 정도만 구속기소되고, 다시 위 전체 구속자 중 31.26%만이 1심에서 실형을 선고받았다. 35) 우리나라의 형사절차는 일단 구속하였다가,

34) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682 판결

35) 이주홍, 앞의 글(주 4), 39-40쪽

그 중 2/3 이상을 법관의 집행유예 등으로 몇 달만에 석방하는 구조로 반복되어왔다. 1993년의 경우, 일본, 독일과의 전체 구속자수 및 인구 10만명 당 구속자수는 다음과 같아서 다른 나라의 5배 이상 상회한다.

* 1993년도 일본, 독일과의 전체 구속자수 및 인구 10만명 구속 자수 비교(단위 :명)

국가명	구분	전체구속자수	인구10만명당 구속자
한 국		148,647	330
일 본		87,285	69
독 일		37,050	60.7

독일은 1993년도 전체 피의자 944,483명 중 구속된 피의자수는 37,050명으로 구속율이 3.92%에 불과하고, 구속된 피의자 중 40.46%가 실형을 선고받았다. 오스트리아도 1989년 전체 피의자 170,773명 중 구속된 피의자는 7,974명(5%)에 불과하다.³⁶⁾ 그런데 우리보다 인구 대비 구속자수가 훨씬 적은 독일, 일본에서도 인신구속의 남발에 대한 논의가 활발하다고 한다.³⁷⁾ 우리나라의 경우 1986년부터 1995년까지의 기소된 피의자수 및 구속 피고인수는 연평균 기소인원수 139,271명, 구속피고인수 100,186명으로 구속피고인 비율은 71.9%에 해당하고, 구속피고인 비율은 점차 조금씩 떨어지는 추세(1986년 75.3%, 1995년 66.5%)에 있으나, 1996년에는 기소인원수 172,996명, 구속피고인수 109,969명, 구속피고인 비율 63.6%, 1997년도 기소인원수 175,165명, 구속피고인수 95,508명, 구속피고인 비율 54.5%에 이르고 있다.³⁸⁾ 1998년의 경우 서울지방법원 관내 기소된 피의자수 중 구속피고인 수 35,667명, 불구속피고인 수 35,217명으로 절반을 상회한다. 즉 통계에 비춰보더라도 현재까지 우리나라 형사재판은 구속재판을 주류로 하여 형사공판은 구속사건을 중심으로 운영되어 오고 있음을 실감할 수 있다.

* 제1심 형사공판사건 구속기소 인원수 누년비교표

36) 이주홍, 앞의 글(주 4), 40쪽

37) 이주홍, 앞의 글(주4), 41쪽

38) 1997년도에 이르러 종전의 구속기소율에 비하여 10% 가깝게 급격히 감소되는 현상을 나타낸 이유는 1995.12.29. 법률 제5054호로 개정된 형사소송법의 1997.1. 시행에 따른 영장실질심사제도의 실시와 관련한 법원의 불구속재판제도 정착 노력에 의한 것이었는데 이 점에 관하여는 뒤에 언급하기로 한다.

연도	구분	기소인원수	구속기소인원수	구속기소율(%)
1988		119,404	91,362	76.5
1989		129,866	96,051	74.0
1990		141,686	103,810	73.3
1991		147,016	103,582	70.5
1992		145,698	101,902	69.9
1993		165,835	118,700	71.6
1994		149,984	104,083	69.4
1995		164,681	109,492	66.5
1996		172,996	109,969	63.6
1997		175,165	95,508	54.5

3. 구속재판관행의 원인

가. 연원적 이유

근대적 의미의 형사소송법이 본격적으로 시행되기 시작한 것은 일제의 강점에 이은 1912년 조선형사령의 실시를 기점으로 하나, 조선형사령은 그 기본 임무가 일본 본토에서 시행되고 있던 일본 형법과 형사소송법을 식민지 조선에 의용하기 위한 근거를 제공하는데 있었기에 식민지 지배의 효율성을 도모하기 위하여 특례로서 구미각국과 일본 본토에서 시행되었던 영장제도를 전면적으로 배제하고, 식민지 사법경찰에게 인신구속권을 주었다.³⁹⁾ 이와 같은 본질이 왜곡된 인신구속제도는 일제강점기에 지속되었고, 1945년 미군정의 실시하에서도 조선형사령이 효력은 지속되다가, 1948. 5. 제헌의회 총선거 이후 제정된 미군정법령 제176호에 의하여 비로소 법원에 의한 영장주의가 접목, 수용되었다.⁴⁰⁾ 그러나 미군정법령 제176호는 법원의 영장실질심사에 대하여 아무런 규정을 두지 아니하였고, 이러한 입법상의 침묵은 영장의 서면심리방식이라는 잘못된 관행을 고착시키는 작용을 하였다.

1948년 제헌헌법이 제정된 이후 1954년에 제정된 형사소송법은 구속영장의 청구시에 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하도록 요구하는 규정을 두어 실질적 영장심사를 의도하였으나 형사실무에서는 인권신장의 변화를 찾아볼 수 없었다. 형사소송법과 형사실무가 괴리를 보이게 된 이유는 당시 전쟁 직후의 치안유지 확립이 절실히 요구되는 상황과 더불어 영장제도를 이해하고 실천하려는 적극적인 수사기관의 의지가 결여되었다는 점과 영장주의를 실현하기 위한 전문 법관인력의 절대부족이 주요 원인이 되었다고 한다.⁴¹⁾ 정규법관이 부족한 상황에서 사건의 폭주로 형사실무가들이 해결책으로 채택한 편법은 소위 영장의 형식심사주의였다. 또한 이 당시에는 실무관행은 대부분 미리 피

39) 신동운, '영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개', 새로운 인신구속제도연구, 법원행정처(1996), 19-21쪽, 한인섭, 한국형사법과 법의 지배, 한울아카데미(1998), 31쪽

40) 신동운, 앞의 글, 29쪽

41) 신동운, 앞의 글, 38쪽

의자를 구속하여 놓고서 영장을 청구하는 사후영장의 방식에 의하고 있었는데, 즉 조선 형사령 당시에 정착된 실무관행을 그대로 유지하면서 형식적 심사에 의하여 발부되는 사후영장으로 그 적법성을 갖추는 방식이었다고 할 수 있다.⁴²⁾

제3공화국 헌법이 종전에 규정되지 아니하였던 영장청구권자를 검사로 명문화하면서 사전영장으로의 방식으로 전환하는 변화가 진행되었으나, 검사의 사전영장지휘가 있다 하더라도, 수사실무의 현실적 필요성이라는 이유로 임의동행과 보호실 유치의 편법을 사용하여 수사를 진행하고 사실상 사후영장이 청구되는 관행은 고쳐지지 아니하였다. 수사기관이 피의자의 동의를 구실로 하여 영장 없이 임의동행하여 피의자의 자백조서를 받은 후 이 조서를 토대로 하여 검사에게 영장을 청구하면 법관은 검사가 송부한 자료만을 보고 영장을 발부한다는 한국식 영장제도의 골격이 이 시기에 본격적으로 고착되었다고 한다.⁴³⁾ 대법원은 이러한 임의동행과 보호실유치를 불법감금에 해당한다는 판단하여⁴⁴⁾ 편법적인 임의동행의 관행에 쐈기를 박았고, 현재에 와서는 그러한 관행은 거의 사라졌으나, 그 대신 긴급구속장의 발부라는 새로운 형태의 편법으로 사후영장이 활용되어왔다.

이와 같은 영장제도의 파행적 운영과 구속실태로 말미암아 인신구속권을 수사기관이 주도하고 법관은 수사기관이 작성하고 수집한 조서와 증거서류를 바탕으로(수사가 개시되고 영장이 청구되는 단계에서 피의자가 자신에게 유리한 증거를 수집한다는 것은 현실적으로 거의 불가능하다) 수사기관의 인신구속을 추인하는 형식에서 벗어날 수 없었으며, 수십년간 고착되어온 관행은 사실로 효력을 발휘하는 기속력으로 재판실무를 지배하여왔다.⁴⁵⁾

나. 위장된 구속사유와 구속사유의 남용

구속요건의 심사에서 법관에게 부여된 재량의 범위가 넓다 보니, 법률상의 구속사유인 범죄의 혐의·도망의 우려·증거인멸의 우려 외에 다른 사유로 구속이 이루어질 가능성이 열려 있고, 외형상 법이 정한 구속사유에 의하여 발부하는 것 같으나, 실제로는 다른 이유에서 구속이 이루어지는 이른바 위장된 구속사유⁴⁶⁾의 문제는 오랫동안 현상으로 존재하였고 공공연하게 받아들여져 왔다.⁴⁷⁾ 위장된 구속사유는 자백을 얻기 위한 수단, 협력을 얻기 위한 수단, 수사의 편의를 위한 수단, 치료에 대한 대응수단, 위기의 관여와 특별예방의 수단, 미리 집행되는 형벌의 수단, 여론의 압력과 사전 형벌, 수사기관에 대

42) 신동운, 앞의 글, 40쪽

43) 신동운, 앞의 글, 42쪽

44) 대법원 1985.7.29. 85도16 결정

45) 1990년부터 1996년까지 구속영장 청구건수는 연 평균 148,606건, 영장발부율은 연 평균 138,214건으로 발부율은 93%에 이른다. 황정근, '영장실질심사제도 시행의 의미와 과제', 영장실질심사제도, 법원행정처(1997), 386쪽에서 인용.

46) 김경선, '위장된 구속사유', 영장실질심사제도II, 법원행정처(1997), 429쪽

47) 김경선, 앞의 글, 430쪽

한 양보, 외국인들에 대한 절차상의 편의를 들 수 있다.⁴⁸⁾ 치료대응수단은 보통 마약투약자들 사건에서, 미리 집행되는 형벌의 수단은 보통 벌금형이나 집행유예, 단기자유형이 예상되는 비교적 가벼운 사건에서 범죄행위에 대한 즉각적인 제재의 일환으로 구속이 이루어지는 경우를 찾아볼 수 있다. 또한 실무에서는 검사의 인지사건에 대하여는 법관들이 영장발부단계에서 상당한 심리적 부담감을 느끼는 경우도 있다. 독일에서는 1965년 당시 형사소송법에는 "반복의 위험"이 구속사유에 규정되어 있지 않았음에도 불구하고 실무에서는 위와 같은 위법한 구속사유를 받아들이고 있다는 이유로 논쟁이 벌어졌다. 독일연방헌법재판소는 형사소송법에 언급된 것과 다른 목적의 구속은 근본적으로 배제되어야 한다는 것을 명백히 하였다.⁴⁹⁾

우리나라에서 위장된 구속사유로서 법관의 판단에서 가장 비중을 차지한다고 보이는 것은 "미리 집행되는 형벌의 수단"과 "여론의 압력과 사전형벌"의 경우라고 생각된다. 구속 그 자체를 처벌로 받아들이는 것이다. 이러한 관행은 너무 고착되어 국민의 법의식을 지배하고 있어 중죄(重罪)의 혐의가 있으면, 판결 확정후에 처벌되는 것이 아니라 반드시 구속을 시켜야 하는 것으로 인식하고 있기 때문에 여론의 반발로 불구속재판의 원칙으로 쉽사리 전환하기가 어려운 실정에 있다. 또한 수사기관으로서도 수사의 편의상 구속영장을 청구하고 수사의 필요만으로 구속기간 연장을 하는 경우도 허다하다. 위 2항에서 보았듯이 우리나라에서는 구속사건의 약 2/3 정도만 기소되고, 다시 위 전체 구속자 중 31.26%만이 1심에서 실형을 선고받은 통계에 비추어 보면, 적어도 구속사건의 2/3 이상의 비율에 해당하는 사건은 구속의 필요성을 인정하기 어렵다 할 것이다. 그럼에도 구속이 남용되어온 이유는, 수사기관과 법관들이 구속사유로서의 "도망의 우려"를 내세워서 실제로는 사안에 따라 구속제도를 운영하여 왔기 때문이라고 보여지고, 통용되어온 기준은 예컨대, 절도사건, 마약사건은 무조건 구속, 재산(사기 횡령 등)범죄는 일정금액 이상되고 피해배상이 안된 경우, 교통사고에서 일정한 정도 이상의 상해가 발생하고 합의가 안된 경우, 사안은 경미하나 재범인 경우 등이며, 피해자와의 합의 여부가 영장발부 단계에서 상당한 영향력을 미치고 있다.

한편 대법원송무예규 제501호 인신구속사무의 처리요령은 "도망할 염려"가 인정되는 경우의 구속사유 기재례로서 '높은 처단형(선고형)'이 예상되는 경우를 들고 있는데, 사안의 중대성은 실형선고의 개연성이 높아서 도망할 염려가 있다고 보는 것이다. 그런데 그 중대성의 기준에 관하여는 영장단계에서의 자료에 비추어 실형이 예상되는 경우로 볼 것인가, 단기 자유형은 제외할 것인가, 필요적 보석사유의 제외요건으로서의 중죄에 한할 것인가 등 법원내에서도 논란이 있고 통일되어 있지 아니하다.⁵⁰⁾ 피해자의 합의 여부는 범행 후의 정황으로서 양형사유가 되는데, 영장단계에서 합의가 안되어 있으면 이 또한

48) 김경선, 앞의 글, 431쪽

49) 김경선, 앞의 글, 430쪽

50) 홍성철, 임상기, '사안의 경중과 도망할 염려와의 상관관계', 영장실질심사제도 III, 법원행정처(1997), 246쪽, 최정열, '영장재판과 본안재판의 관계', 앞의 책, 174쪽

높은 처단형이 예상되므로 도망할 염려가 있다고 보는 것이다.⁵¹⁾ 이러한 혐의사실의 실체판단과 정황의 문제를 "도망의 우려"의 판단기준으로 끌어들이게 되는 경우에 명백하고 엄격한 기준이 정립되어 있지 아니하면, 사실상 영장단계에서 본안판단이 이루어지는 결과가 되고 도망의 우려를 외형으로 한 구속남용현상이 빚어질 가능성이 높아진다. 실제로, 현재까지 합의 여부와 사안의 중대성이 대부분 구속사건의 구속기준으로 작용하여 왔는데 그 결과 구속의 남용사례가 빚어졌다면, 그 구속기준에 대하여 되돌아볼 필요가 있다.

다. 정치권력과의 관계

불구속재판제도가 신체의 자유를 보장하기 위한 것이며, 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 법치주의의 요청이라고 할 때, 우리나라는 명목상의 법치주의에 불과할 뿐, 너 무 오랫동안 권위주의적, 전체주의적 정치권력이 지배하는 통치구조에 익숙하여져 왔다. 구속제도가 처음 본질부터 왜곡시행되었던 일제 강점하의 식민지 시대는 물론, 해방후의 파란만장한 전체주의적 정치사는 국민을 권력의 처분대상으로 취급하여 왔고, 인간의 존엄성을 훼손하는 인권유린행위가 자행되어 왔다. 이러한 정치상황은 국가권력의 수사편의상 인신구속을 쉽게 다루어버리는 관행이 고착되는 상당히 주요한 역사적 배경을 이루어왔다고 생각된다. 특히 우리나라에서도 1960년대 이후 본격적인 자본주의체제가 정착되면서 시민법에 대한 인식의 제고에 의하여 시민적 권리로서의 자유권에 대한 법원의 보장기능을 기대할 수 있었으나, 시대를 역행하는 광폭한 군사정권의 위압에 짓눌려 사법부는 시민적 기본권의 핵심인 사상의 자유 탄압을 둘러싼 형사재판과정에서 제 기능을 상실하였고, 그러한 체험이 축적되면서 형사재판절차에서 주도권은 검찰이 쥐고 있는 듯한 현상까지 나타났다.⁵²⁾ 구속영장의 발부단계에서도 검사가 판사실을 출입하면서 영장 발부의 압력을 넣거나, 영장이 기각되면 인신공격적인 공공연한 비난을 하고 재청구의 압력을 법원에 넣은 일도 최근의 90년대초까지 비밀비재하였고, 검사의 구형량은 법원의 양형의 상당히 주요한 기준이 되어 왔다. 검찰은 구형량의 1/2이하, 최근에는 1/3이하로 판결 선고가 되면 무조건 항소하는 관행에 젖어 있다. 또한 무죄판결의 선고에 대하여는 무조건 항소하는 검찰의 관행이 정착되어 있다.

4. 구속재판관행의 부작용

구속재판관행은 헌법원리에 위반되는 것으로서 인권의 심각한 침해를 초래하는 위헌적 상황이다. 불구속재판의 대원칙을 위배하는 것일뿐더러, 더 나아가 공정한 재판을

51) 박용표, 권기준, '합의 여부가 영장재판에 미치는 영향', 영장실질심사제도 III, 법원행정처(1997), 255-256쪽
52) 박시환, '법원의 현주소와 나아갈 방향', 우리법연구회 10주년 기념세미나집, 4쪽

받을 권리의 대전제로서 법관의 법률에 의한 재판을 받을 권리를 내면적으로 침해하고 있다고 판단된다. 재판에 의하여 형벌이 선고되고 처벌되는 것이 아니라, 수사기관의 주도에 의한 구속영장집행에 의하여 미결구금상태에서 사실상 처벌되는 관행이 정착되고, 피고인들이나 법집행기관의 의식도 그와 같이 받아들이고 있는 실정이다. 구속된 피고인의 경우 보통 구속의 단계에서 실질적인 본안재판이 이루어지고, 구속의 주도권을 여전히 수사기관에서 쥐고 있으므로, 형사재판은 사후 추인절차에 불과할 정도로 형해화되고 있다. 특히 집행유예의 선고를 받거나 법정 구속기간(1.2심 통틀어 10개월)에 근사한 수준의 실행선고를 받는 단기자유형 피고인들의 경우, 판결전 미결구금기간일수의 산입에 의하여 미결구금장소에서, 유죄의 확정판결을 받지 아니한 상태에서 사실상의 복역을 마치고 석방되고 있는 실정이며, 이와 같은 경우 형사재판의 집행을 통한 교화적 기능은 사멸된 상태라 하겠다.

구속재판관행은 형사재판에서 무죄추정의 원칙을 배제하는 결과를 초래하고 있다. 무죄추정의 원칙상 범죄의 입증책임은 검사가 부담하고, 형사절차상의 입증은 '합리적인 의심이 없는 정도(beyond reasonable doubt)'의 입증을 해내지 못하면 유죄를 인정할 수 없다.⁵³⁾ 그러나 실제로는 구속의 일반화, 더구나 구속의 편법운영으로 인하여 법원은 사실상 유죄의 예단을 갖기가 쉽고, 구속상태에서 작성된 수사기록을 토대로 하여 피고인 측의 적극적이고 엄격한 반증이 없는 한 유죄가 사실상 추정되며, '의심스러울 때에는 유죄로'라는 재판관행상의 원칙이 고착되어 있다는 의구심을 갖게 된다. 제1심 형사공판사건 재판결과 무죄율은 1996년도에 총 172,758건 중 634건으로 0.4%, , 1997년도에 총 169,079건 중 833건으로 0.5%에 불과하다.⁵⁴⁾ 이는 검찰이 매우 공정하다는 것과 법원이 검찰에 종속되어 있다는 것 등 두 가지 가능성 중 어느 하나가 진실임을 보여준다. 그런데 전자의 가능성은 일반적으로 진실이 아닌 것으로 여겨진다.⁵⁵⁾

* 제1심 형사공판사건 무죄인원수 및 무죄율 누년비교표

연도	구분	판결인원수	무죄인원수	무죄율(%)
1998		106,160	424	0.39
1989		113,120	428	0.37
1990		126,783	478	0.37
1991		143,821	634	0.44
1992		136,138	615	0.45
1993		149,011	764	0.51
1994		134,698	822	0.61
1995		145,385	656	0.45
1996		155,003	634	0.41
1997		155,120	833	0.54

53) 최대권, 앞의 책(주 7), 246-247쪽
54) 법원행정처간, 사법연감(1998), 543쪽
55) 민주사회를 위한 변호사모임·한국기독교교회협의회, 한국인권의 실상, 역사비평사(1992), 45쪽

구속사건을 중심으로 운영되는 공판절차의 관행은 공판중심주의, 구두변론주의의 형해화를 가져오는 주요한 원인이 되고 있다. 위에서 본 바와 같이 법적 요건에 의한 구속이 아닌 위장된 구속사유에 의한 구속이 많고, 수사기관이 주도하는 구속의 관행도 도주와 증거인멸의 우려보다는 범죄 혐의의 경중과 수사상의 편의위주로 흐르다보니, 자연적으로 증거수집은 구속된 상황에서의 피의자의 자백에 의존하여 자백을 바탕으로 이를 뒷받침하는 제3자의 진술이나 물증을 수집하는 경우가 대부분이다. 또한 구속으로 인하여 방어권의 기회가 제약되고 구속 후 기소 전 변호인의 조력을 받아서 피의자가 적극 방어하는 경우가 적기 때문에 기소된 단계에서는 피의자에게 유리한 증거는 거의 수집되지 아니한 채, 기소사실을 뒷받침할 만한 수사기관의 자료수집에 의하여 공판절차는 처음부터 수사기관이 제출하는 자료에 의하여 심리가 진행되기에 이른다. 헌법과 형사소송법 및 근대에 와서 확립된 이론에 의하면 형사소송절차에서 실체형성의 주도권은 당연히 법원이 가지며 법원이 주도하는 공판절차에서 실체가 형성되도록 하여야 한다는 점에서 아무런 이론이 없다. 이와 같은 원칙을 실현하기 위한 구체적인 방법으로 재판전 법원의 예단형성을 방지하기 위한 공소장일본주의, 구두주의, 공개주의, 공판기일에서의 증거조사원칙 및 그외의 증거에 대한 증거능력제한 등 여러 원칙이 파생되었다. 그러나 공판절차에서 실제로 구체적으로 증거로 제출된 서류의 내용이 제시되는 증거조사가 이루어지는 경우는 드물고, 법원은 1차적으로 수사기관이 제출한 수사기록에 의존하여 사실에 대한 심증을 형성하게 된다(특히 검사는 증거목록을 제출하도록 되어 있으나, 수사기록 전체를 제출하기 때문에 피고인이 부동의한 증거, 수사관이 일방적 예단에 의하여 작성한 의견서와 같은 서류들이 심증형성에 사실상 영향을 미치게 된다).⁵⁶⁾

구속재판이 원칙이 되다 보니, 피고인이 기소사실을 다루는 경우에도 구속기간(1심 6개월, 2심 4개월, 3심 4개월)에 쫓겨서 충분한 증거조사와 심증형성의 기회를 갖지 못한 채 공판이 종결되는 경우가 있다. 현재 법원의 관행은 공판절차에서 법원이 무죄의 상당한 심증형성이 되지 않는 한 구속된 사건에 대하여 공판과정에서 보석결정을 하는 사례는 드물다. 구속사건에서는 구속기간을 준수하기 위한 '신속한 재판이념'이 피고인의 방어권이 충분히 보장되는 '공정한 재판'이념을 배척하는 경우가 발생한다.

5. 불구속재판제도 도입의 좌절

구속재판제도의 원칙이 관행상 고착되기에 이르게에는 법원의 서면에 의한 형식적 영장심사에 큰 원인이 있고, 영장실질심사제도가 보장되지 아니한 상태에서 구속이 처음 이루어지는 수사초기에 법원이 전혀 관여를 하지 못함으로써 수사절차상의 인권침해상황에 대한 통제가 이루어지지 못하여 왔다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약 제9조 제3

56) 박시환, '한국 형사소송제도의 운영실태에 관한 몇 가지 고찰', 우리법연구회 창립 10주년 기념논문집(1998), 538쪽

항은 "범죄의 용의에 의하여 체포 또는 구금된 자는 신속하게 재판관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 관청에 회부되어야 한다"고 규정하여 우리 정부에 실질심사의 의무를 부과하고 있다. 1997.1.1.부터 시행된 형사소송법 제201조의 2 제1항은 판사는 구속의 이유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 심문할 수 있다는 규정을 신설하여 법원에 의한 영장실질심사제도를 신설하였는데, 이는 우리나라 형사사법사상 인권신장을 위한 획기적인 전환점이 되었으나⁵⁷⁾, 임의적 심문제도에 그쳤다는 측면에서는 국제인권규약이 요구하고 선진제국에서 채택된 필요적 심문제도의 수위에 미치지 못하는 불완전한 제도로서 조약의 규정과 효력에 배치된다. 그럼에도 법원은 영장실질심사제도의 도입을 계기로 하여 구속재판제도의 파행적 운영을 반성하는 내용을 담고 향후 영장실질심사제도와 이를 계기로 한 불구속재판제도의 정착을 위한 법관세미나, 자료집발간, 영장전담법관제도의 신설, 지침마련 등의 상당한 노력을 기울였던 것으로 평가된다. 그러나 영장실질심사제도는 검찰의 반대에 부딪쳐 우여곡절 끝에 1997.12.13. 법률 제5435호로 피의자 또는 그 변호인이나 일정한 범위의 가족 등 이해관계인의 신청이 있을 때에 심문할 수 있다는 규정으로 개악되었고 불구속재판제도 시행의 첫 시도는 일단 좌절되었다고 평가된다.⁵⁸⁾

IV. 진술거부권의 형해화와 자백의 남용

1. 피고인의 진술거부권의 형해화 현상

앞에서 자백의 증거능력제한은 불리한 진술을 거부할 권리와 기능적 상관관계에 있

57) 신동운, 앞의 글(주 37), 18쪽

58) 법원이 반성적 고려를 기초로 하여 영장재판, 나아가 형사재판의 주체로서 해방 이후 최초로 형사사법제도에 대하여 자신의 입장을 정책적으로 밝히고 추진한 것이라는 점에서 이 제도는 중대한 의미를 갖고 있다. 물론 그 동안 미결구금을 양형의 주요한 요소로 간주하여온 법원의 관행, 그로 인한 일반 시민들의 구속에 대한 인식, 또 집행유예제나 보석제도와 상호보완성 결여 등 그 제도를 지지하는 판사들 사이에서도 지적되는 제도적 약점이 있었고, 또한 그 시행과정에서 판사들 내부의 충분한 논의없이 시행을 감행함으로써 오히려 현실적인 성과를 거둘 수 없었던 점도 있었다. 그러나 대법원의 정책행위에 대하여 검찰은 처음부터 제도의 본질적인 부분-외형적 점으로는 누구나 법원의 영장 없이 구금되지 않는다는 헌법원리의 구체적 체현이고, 내면적으로는 구속이 원칙이 된 형사사법제도의 원상회복이며, 실질적 의미에서는 어떠한 사람도 주변 사람들 모르게 항변의 기회도 없이 또는 고문 등에 의하여 만들어진 수사기록만에 의하여는 구금되지 않는다는 신뢰의 형성-에 대하여는 합리적인 반론을 펴지 않고 유전무죄, 무전유죄, 전관예우 양형의 자의성, 검찰의 경찰통제권약화등 제도와 논리적 필연성이 없는 이유를 들어 제도의 시행과 정착을 집요하게 방해하였고, 또한 언론과 시민단체, 학계 등도 이러한 검찰의 논리에 휘말리거나 또는 다른 목적을 가지고 이 제도를 마치 검찰과 법원 사이의 밥그릇 싸움 정도로 평가절하시켰다(28). 그리고 그 결과는 법무부의 동의와 국회의 의결을 거쳐 개정된 형사소송법을 1년도 시행하여 보지 아니한 채 다시 개정하고 이 제도가 아무런 장애 없이 시행되었다고 하더라도 쉽게 정착되기 어려웠을 불구속재판제도의 정착은 상당 부분 위축되었다. 정진수, '사법의 적극적 역할', 우리법연구회 10주년 기념세미나(1998), 27쪽-28쪽

으며, 불리한 진술거부권을 고지하는 것은 적법절차원리에 의하여 요구되는 자백의 증거력의 요건이라는 점을 보았다. 불리한 진술을 거부할 권리와 관련하여 형사재판절차에서는 묵비권이 고지되고 있으나, 수사기관에서 명시적으로 이를 고지하고 있는가 여부는 의문이다. 경찰과 검찰의 조서상 묵비권 고지는 조서 첫머리에 "진술을 거부할 권리가 있음을 고지하였다"는 취지가 부동문자로 인쇄되어 있다. 또한 수사기관에서 체포·구속시에 묵비권과 구속의 이유는 이를 고지하였다는 단순한 취지를 기재한 양식화된 확인서에 피의자의 서명을 받아서 수사기록에 편철한다. 수사기관의 묵비권 고지는 구두로 명시적으로 그 내용을 피의자가 충분히 인식할 정도로 전달되어야 한다고 생각된다. 미란다원칙이 확립된 이후 미국에서는 수사기관이 연방대법원에서 마련한 지침을 구두로 읽어주고 있는 것으로 보인다.⁵⁹⁾ 연방대법원이 수사기관에게 반드시 준수하기를 요구하는 미란다원칙은 다음과 같다.⁶⁰⁾

- (1) 경찰은 피의자에게 자신이 묵비권을 가지고 있다는 것을 고지하여야 한다.
- (2) 경찰은 피의자에게 자신의 어떠한 진술도 법정에서 자기에게 불리하게 사용될 수 있다는 것을 고지하여야 한다.
- (3) 경찰은 피의자를 신문하기 전에 그에게 변호인의 선임권이 있다는 것을 고지하여야 한다.
- (4) 경찰은 피고인에게 그 자신 변호인의 선임을 원하지만 선임할 경제적 형편이 못할 경우 국선변호인이 제공될 것이라는 것을 고지하여야 한다.
- (5) 위와 같은 고지를 받은 후에도 피의자가 변호인을 원하지 않고 신문에 응하겠다고 자각있고 사려깊게 결정한다면, 신문은 이루어질 수 있다.
- (6) 피의자가 위와 같은 자신의 모든 권리를 고지받은 후 신문을 받기로 동의한 경우에도 변호인의 입회 여부와 관계없이 신문이 개시된 후 어느 때라도 답변을 거부할 수 있다.

필라델피아 경찰국의 경우 위와 같은 미란다원칙이 구체적으로 기재된 경찰신문기준표와 그 뒷면에는 "피해자의 답변을 구하여야 하는 질문"으로서 미란다원칙의 각 개별조항에 대하여 구체적으로 이해하고 있는가를 물어보는 질문표를 양식화하여 관내 경찰서에 보급하였다.⁶¹⁾

우리나라 수사기관의 실정상 묵비권이 명시적으로 구체적으로 고지되고 있다고 보기는 어렵다고 생각된다. 또한 수사를 받는 피의자들도 진술을 거부할 권리가 있다는 인식조차 제대로 정착되어 있지 아니하며, 진술을 거부할 의지조차 없어 보인다. 현행 형사사건상 묵비권의 행사가 실제로 이루어지거나, 조서에 기재된 경우는 지극히 드물다. 일부 국가보안법사건에서 피의자들이 충분한 자각 아래 묵비권을 행사한 경우가 있다.⁶²⁾ 이때

59) 헨리 J 에이브러햄, 앞의 책(주10), 164쪽
 60) 헨리 J 에이브러햄, 앞의 책(주 10), 162-163쪽
 61) 헨리 J 에이브러햄, 앞의 책(주 10), 170쪽
 62) 국제사회주의자 그룹(이른바 I.S.)사건

수사기관은 묵비권 행사 자체를 죄질의 불량성의 반증으로 삼아 수사기록에 의견을 편철하고, 심지어 검사의 구형량에 가중사유로 반영되기도 한다. 수사의 초기단계에서부터 수사기관들이 의식 속에는 묵비권에 대한 이해가 실종된 상태이다.

2. 자백의 증거력과 남용 문제

앞에서 본 미란다원칙과 관련한 자백의 증거력 문제에 관한 대법원판례(주 32)는 검사 작성의 조서에 대한 것이 아니라, 수사검사가 피고인과 대화하는 내용과 장면을 녹화한 비디오테이프의 검증조서였다. 일반적으로 피의자신문조서가 작성된 경우 묵비권 고지 여부가 다름이 있는 경우에 어느 쪽이 입증책임을 부담하는가도 문제이다. 묵비권 고지의 부동문자인쇄만으로 고지사실이 입증된다고 볼 것인가. 이점에 관하여는 판례가 형성되어 있지 아니하다. 따라서 대법원판례는 묵비권고지와 자백의 증거력에 관한 선례로서의 효력은 있으나, 현실적으로 구체적인 사건에서 원용되기는 어렵다.

묵비권고지가 형해화되어 있다고 판단되는 현실에서 우리나라 형사사건의 유죄인정은 자백에 의존하는 비율이 너무 높고, 자백의 남용현상이 아닌가 하는 의문이 있다. 피고인의 자백에 의하여 형사소송법 제286조의 2 규정에 따라서 형사사건 중 간이공판절차에 회부된 단독재판사건수는 1996년도에 총 155,232건(전체 사건 수 172,758건) 중 63.6%를 차지하고, 1997년도에 개정시행된 조항(합의부사건도 간이공판절차에 회부할 수 있도록 개정됨)에 따른 간이공판절차에 회부된 사건수는 총 169,079건 중 89,375건을 차지하여 52.9%를 차지하고 있는바,⁶³⁾ 이에 더하여 자백을 하더라도 정상관계를 다투어 간이공판절차에 회부되지 않고 증거조사절차를 하는 사건수를 감안한다면, 우리나라 형사재판은 거의 피고인의 자백을 토대로 이루어지고 있다고 볼 수 있다. 이러한 현상은 형사피고인들이 범행 후 누우침에 의한 것이라기보다는 구속재판제도의 원칙 아래에서 진술을 거부할 권리가 형해화된 현실에서 그와 같은 법문화실태에 상응하는 자백의 양산현상을 반영하는 것이 아닌가 하는 의구심을 갖게 한다.

* 간이공판절차에 의한 처리인원수 년별비교표

구분	처리인원수			간이공판절차에 의한 처리인원수			구성비(%)		
	합의	단독	계	합의	단독	계	합의	단독	계
연도									
1993	33,961	128,637	162,598	-	75,006	75,006	-	58.3	58.3
1994	29,673	116,288	145,961	-	68,503	68,503	-	58.9	58.9
1995	20,989	137,735	158,724	-	82,493	82,493	-	59.9	59.9
1996	17,526	155,232	172,758	-	98,272	98,272	-	63.3	63.3
1997	18,944	150,135	169,079	2,782	86,593	89,375	14.7	57.7	52.9

63) 사법연감(1998), 543쪽

이와 관련하여서는 두 가지 운영실태상의 문제점을 지적할 수 있겠다.

첫째로, 대법원판례 이후에도 형사재판과정에서 자백의 증거력 문제는 적법절차와의 관련에서가 아니라, 자백의 임의성, 즉, 수사기관의 강요에 의한 자백인가 여부를 토대로 심리되고 있고, 이 경우, 임의성 없는 자백의 입증책임은 피고인에게 있으며, 보통 고문에 해당하는 강도높은 강요행위의 물증을 요구한다. 따라서 수사기관에서의 폭행, 폭언, 옷벗기기 등의 강요행위를 당하였다고 호소하는 경우에도 쉽사리 묵살되고, 검사의 피의자신문조서는 임의성이 인정되어 증거로 사용된다.

둘째로, 자백의 양형참작문제이다. 형법 제51조는 양형의 참작사유로서 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황을 규정하고, 형법 제53조는 양형에서의 작량감경사유로서 범죄의 정상에 참작할만한 사유를 들고 있는데, 종래 피고인이 자백을 하는 경우에는 범행 후의 정황으로서 "개전(改悛)의 정(情)"이라고 하여 주요한 양형자료로 사용하여 왔고, 형법 제62조에 의하여 형의 집행유예를 선고하는 경우에도 정상참작사유로 작용하여 왔다. 자백이 반드시 양형의 감경사유는 안된다 하더라도, 피고인이 범행을 부인하는 경우(묵비권을 행사하는 경우는 극히 없음) 법원의 심증상 범행 후 태도로서 개전의 정이 없다고 하여 양형의 가중사유로 통용되고 있는 경우가 허다함을 부인할 수 없다. 실무상으로는 명백히 범죄사실을 인정하는 것도 아니면서 명백히 무죄를 다투는 것도 아닌 즉, 사실상 무죄 주장을 정상참작사유의 편법으로 전개하는 경우도 상당히 많다. 이는 범행부인의 결과가 양형에 가중요소로 반영될 우려에서 비롯된다. 기소된 범죄사실의 기초가 동일한 이상에는 구체적인 범행경위, 방법, 정도에 대하여 별다른 다름 없이 자백으로 처리되는데, 이는 양형재판이 제대로 이루어지지 못하는 원인의 한가지로 작용한다.

진술거부권의 행사, 즉 자백하지 않는 피고인의 태도를 양형에서 고려할 수 있는가에 대하여 피고인의 진술의 자유를 보장하기 위하여 이를 양형에서 고려하는 것은 허용되지 않는다고 해석하는 견해도 있고, 범인의 개전(改悛)이나 회오(悔悟)는 양형에서 고려해야 할 사정이며 자백에 의하여 개전의 정을 표시한 자와 진술거부권을 행사한 자를 같이 처벌하는 것은 합리적이라고 할 수 없으므로 양형에의 고려는 허용된다는 견해가 대립되며, 후자가 국내학계의 다수설이라고 할 수 있다.⁶⁴⁾ 독일에서는 일반적으로 자백은 책임을 감경하거나 위협성을 감경하는 요소는 아니다. 또한 피고인의 방어권을 위하여 피고인의 부인한다고 해서 형벌강화적으로 가중요소로서 고려되어서도 안된다.⁶⁵⁾ 다만, 행위 후의 태도는 범죄행위와 직접 연관될 뿐만 아니라 법에 대한 적대성을 암시할 때에는 이런 징표로부터 간접적으로 행위불법에 대해 추론할 수 있다고 하는 '간접징표이론'을 판례가 받아들여서, 책임비난성과 내적 연관이 있는 경우에만 간접적으로 고려되어야 할 사유로 정의한다.⁶⁶⁾ 오스트리아에서는 형법 제33조와 제34조에 양형가중사유와 감경사유

64) 이재상, 앞의 책(주 31), 박영사(1998), 117쪽
65) 김경선, '합리적인 양형에 대한 각국의 비교법적인 고찰', 불구속재판시행의 과제, 법원행정처(1997), 65쪽

를 상세하게 규정하고 있는데, 사실에 대한 태도로서의 자백이나 부인은 양형자료로 들고 있지 않다.⁶⁷⁾ 영국이나 미국에서도⁶⁸⁾ 자백이나 부인이 양형사유로 채택되어 있지 아니하다.⁶⁹⁾

피고인에게 헌법상 기본권으로 부여된 진술거부권을 제대로 보장하기 위하여서는 자백 여부, 범행의 부인, 묵비권행사가 양형의 직접적인 참작사유로 되어서는 안되고, 이를 주요한 양형자료로 운영하는 한 사실상 묵비권의 포기과 자백의 강요, 피고인의 방어권 포기를 유인하여 형사재판의 파행을 초래한다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

3. 불법하게 얻은 자백에 의하여 얻은 증거의 증거능력

미국에서는 "독이 든 나무의 열매도 역시 독이 들었다"(fruits of poisonous trees, 불법의 과실도 불법)는 표현을 쓰면서 고문 등 불법하게 얻은 자백 등의 증거에 의거하여 얻은 증거의 증거능력을 부인하고 있으나 우리나라에서는 판례의 입장이 모호하고 아직 그 증거능력을 인정하고 있다고 평가된다. 이는 위법하게 수집된 증거의 증거능력 일반론과 관련된 문제인데, 미란다원칙과 관련한 대법원판례(주 32)는 "위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다"고 판단하였으나, 그 내용이 자백이 기재된 검증조서이고, 위법한 자백에 의하여 수집한 다른 증거에 대한 것은 아니므로, 이로써 대법원이 위법하게 수집된 증거의 증거력을 배제하고 있다고 판단하기는 어렵다. 한편 위 대법원판례보다 뒤에 나온 판결에서 압수절차가 위법이라 하더라도 압수물은 증거능력이 있다고 보았다.⁷⁰⁾ 학자들은 일치하여 위법수집 증거의 증거력을 부인하고 있다.⁷¹⁾ 자백의 증거력을 제한하는 헌법상의 원리가 그 기능을 최대한으로 발휘하기 위하여는 위법한 자백을 통해서 수집된 증거의 증거력도 부인되어야 한다는 것이 일반적 견해이다.⁷²⁾

V. 재판의식(儀式)에서 형사피고인의 주체성 침해

형사피고인의 절차상 주체성과 관련하여 당사자주의의 실태를 알아보기 위하여서는 피고인의 조력자로서의 변호인의 지위와 실제 선임율, 기능, 국선변호인제도의 운영실태를 보아야 할 것이나, 여기에서는 이 점에 관한 논의는 생략하기로 하고, 법정에서 이루어

66) 김영환, 최석윤, 양형의 형벌이론적 기초 및 개별적 양형단계에 관한 고찰, 한국형사정책연구원(1996) 153-154쪽
67) 김경선, 앞의 글(주 59), 98-100쪽
68) 미국의 경우에는 1984년 양형개혁법이 제정됨으로써 이에 근거하여 설치된 연방양형위원회가 1987.4.13. 양형지침서를 마련하여 시행하고 있다. 김경선, 앞의 글(주 59), 112쪽
69) 박해성, '미국의 형사재판에 있어서의 양형실태', 재판자료 제58집 외국사법연수논집(9), 법원행정처(1992), 636쪽-640쪽 참조
70) 대법원 1994.2.8. 선고 93도3318 판결
71) 이재상, 앞의 책(주31), 493쪽
72) 이재상, 앞의 책(주 31), 494쪽, 최대권, 앞의 책(주 7), 251쪽, 허영, 앞의 책(주 7), 488쪽

어지는 공개재판으로서의 형사재판의 의식(儀式)절차상의 문제만을 지적하기로 한다.

1. 구속된 피고인의 법정 수의(囚衣)착용의 위헌성

형사재판의 현실에서 구속된 피고인들은 미결수용소인 구치소에 수감된 후 구치소에서 배급한 미결수용자의 수의를 입고서 재판을 받고 있다. 수감과 포승은 일반적으로 재판과정에서는 풀고 있으나 중죄의 경우 포승을 묶은 채로 재판을 받는 경우도 있고, 재판장의 소송지휘권에 의하여 포승을 푸는 경우도 있다. 법정 수의착용에 대하여는 아무런 근거규정이 없는 상태이다.

형사피고인은 형사재판에서 검사와 대등한 입장에서 있는 소송당사자로서 적극적 주체이며, 무죄추정의 원칙에 따라서 구속기소된 피고인이라 하더라도 법정 구속사유에 따른 구금의 목적상 신체의 자유가 제한되는 외에는 일반 국민과 동일한 법적 지위를 갖고 있고, 피고인의 명예와 신체는 보호되어야 한다. 미결수용자에 대하여 법정에서까지 구치소 등의 관리번호까지 찍힌 미결수의를 입고 재판을 받으라고 한다면 이는 명백한 인권 해로서 헌법위반행위가 된다.⁷³⁾ 구속피고인에게 수의를 입힌 채 재판을 받도록 한 법정 관행은 형사소송법의 이념과는 달리 구속수사 구속재판이라는 실무관행으로 인하여 많은 미결구금자를 양산하여 온 우리의 형사사법절차의 현실과도 맞물린 결과⁷⁴⁾라고 본다. 헌법재판소는 '공소의 제기가 되어 있는 피고인이라 하더라도 유죄의 확정판결이 있기 전까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안된다고 할 것이므로 그 불이익을 입힌다 하더라도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 하는 것이 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙이며, 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분 뿐만 아니라 그밖의 기본권제한과 같은 것도 포함된다고 하였다.⁷⁵⁾ 또한 국제연합의 제1회 국제연합 범죄방지 및 범죄자처우회에서 채택한 '피구금자처우에 관한 최저기준규칙' 제84조 제2항은 "유죄판결을 받지 않은 피구금자는 무죄로 추정되고 그에 따른 처우를 하여야 한다"고 규정하고, 제88조 제1항은 미결수용자에게는 청결하고 적당한 사복을 입도록 허용되어야 한다고 규정하고 있다. 1988.12.9. 국제연합총회에서 채택된 '모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙' 제1항은 "모든 형태의 억류 또는 구금하에 있는 사람들은 인도적이고도 인간 고유의 존엄성을 바탕으로 처우되도록 해야 한다", 제36항 제1항은 '범죄혐의를 받고 억류되고 있는 자는 무죄로 추정되고, 방어에 필요한 모든 보장이 주어진 공개재판에서 법에 따른 유죄로 증명될 때까지는 무죄로 처우되도록 한다"고 규정하고 있다. 영국, 독일, 스위스, 미국 등 선진국에서 형사재판에서 구속된 피고인이 사복을 착용하는 것은 지극히 당연한 관행으로 정착되어 있고,⁷⁶⁾ 일본에서도 이미 정착된 관행이라고 한다.⁷⁷⁾

73) 조용호, '구속피고인의 법정수의착용의 부당성', 법률신문 제2548호(1996.11.7.), 14쪽

74) 조용호, 앞의 글(주), 15쪽

75) 헌법재판소 1990.11.19. 선고 90헌가48 결정

형사피고인이 구금된 자로서 수의를 입고 재판을 받게 되는 경우 수사기관에 의한 강제처분의 대상으로서의 열등한 지위를 외형적으로 표현함으로써 비례성의 원칙은 깨어지고 대등한 당사자로서의 지위는 훼손되며 실제로 피고인 자신도 방어권행사과정에서 심리적으로 위축된다. 법원으로 하여금 유죄의 예단을 갖게 할 우려도 없지 않다.⁷⁸⁾ 의식(儀式)은 실체를 지배한다. 수의를 착용한 피고인은 형사재판의 주체가 아닌 처분대상으로서의 종속적 지위에서 취급됨을 면하기 어렵다. 수의착용문제를 개선하기 위하여서는 법무부와 교정당국의 미결수용자 지위에 대한 인식 내지 발상의 전환이 우선되어야 하고, 구속피고인들로 하여금 평상복 차림으로 법정에 출석할 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련하여야 할 것이다. 법원은 형사소송법 제279조가 정한 공판기일에서의 재판장의 소송지휘권을 근거로 하여 소송지휘권행사의 일환으로 호송당사자로 하여금 구속피고인에 대하여 평상복 차림으로 입정시키도록 명령하여야 한다고 하는 견해가 있다.⁷⁹⁾ 또한 입법적 근거로서는 형사소송법은 제276조에서 피고인의 공판정의 공판정출석권을 제280조에서 공판정에서의 신체구속의 금지에 관하여 규정하고 있는 바, 이들 규정은 단순히 피고인이 출석하여야 개정할 수 있다거나 공판정에서 포승을 풀어야 하고 수갑을 채워서 안된다는 등의 소극적 원리로만 작용하는 것이 아니라, 수의착용을 금지하는 적극적 원리로도 작용한다고 보고 있다.⁸⁰⁾ 피고인이 공판정에서 평상복 차림으로 재판을 받는다고 하는 것은 헌법상 또는 형사소송법상 보장되고 있을 뿐만 아니라 일반사회인과 동일한 법적 지위에서 나오는 피고인의 권리인 것이지 사법당국의 은혜적 조치에 의하여 부여되는 것은 아니라는 것이다.⁸¹⁾

2. 법정의 좌석배치의 문제

종래 의용형사소송법 제329조는 "공판정은 판사, 검사 및 재판소서기가 열석하여 개정한다"고 규정하였으나, 1954.5.30.부터 시행된 형사소송법 제275조는 "공판정은 판사와 서기관 또는 서기가 열석하고 검사가 출석하여 개정한다. 검사의 좌석은 변호사의 좌석과 대등하며 피고인은 재판장의 정면에 좌석한다"고 규정하였다. 현행 형사법정의 구조는 위 규정에 근거한 것으로 위 규정에 터잡아서 1954.10.14. 대법원규칙 제24호 '검사 및 변호인의 공판정에서의 좌석에 관한 규칙'이 제정되었다. 이 규칙에서는 법관은 법정 상단에 정면으로 열석하고, 검사의 좌석은 법관 오른쪽 중단에, 변호인의 좌석은 법관의 왼쪽 중단에 있는 것으로 하였다. 당시에는 종전에 비하여 검사의 좌석 위치가 한 단계 낮아졌기 때문에 처음에는 검사들이 공판입회를 꺼려하는 현상이 일어나기도 하였다고 한

76) 영장실질심사제도II, 332, 336, 341, 404쪽

77) 조용호, 앞의 글, 14쪽에서 인용

78) 조용호, 앞의 글(주 69) 14쪽

79) 조용호, 앞의 글, 14쪽

80) 조용호, 앞의 글, 14쪽

81) 조용호, 앞의 글, 14쪽

다.⁸²⁾ 그후 위 규칙은 1963.9.30. 대법원규칙 215호 '공판정에서의 좌석에 관한 규칙'으로 전면개정되고, 다시 1970.12.30. 대법원규칙 제444호, 1978.9.2. 대법원규칙 제655호로 두 차례 개정했으나, 형사법정의 기본적인 구조는 변함이 없고, 다만 법대의 높이와 판사, 검사, 변호사 좌석의 높이가 세부적으로 규정되기에 이르렀으며, 민사공판 때에는 원고와 피고가 법관을 향하여 정좌하도록 규정하였다.

이와 같이 하여 정착된 현행 형사법정의 구조는 정면 상단 법관석의 법대높이는 1.25미터이고, 법관의 좌석은 중단 검사와 변호사 좌석보다 0.4미터 높게 설치되었다. 문제는 피고인의 좌석배치인데 규정상으로도 검사의 좌석보다 0.2미터 낮게 배치되어 있고, 실제 형사법정에서는 피고인 좌석 앞에 칸막이를 설치하여 법관, 검사, 변호사석, 증인석은 칸막이내 정면에 법정 내의 소법정 구조로 구분되고, 피고인 좌석은 규정보다도 훨씬 낮은 하단에 칸막이 밖에 설치되었으며, 법정 공간 규모상 법관과 검사로부터 낮은 위치에서 멀리 떨어져 '법정을 참관하는 열등한 지위의 처분대상'으로서의 양상을 드러내고 있다. 구속된 피고인이 수의를 착용한 채 좌석에 앉을 경우 그 외형상 소송구조로부터 소외된 양상은 현저하게 드러난다. 변호사석이 검사석과 대등하게 마주보고 배치되어 있다고 하나, 변호인이 있는 경우에도 법정의 의식절차상으로 변호인이 오히려 소송당사자로서의 주체로 부각되고, 변호인이 없는 대다수의 사건은 검사가 칸막이 밖의 피고인을 내려다보면서 재판을 진행하는 구조로 방치되어 있다. 우리 형사재판제도는 구속재판원칙의 파행적 운영을 답습하고 있을 뿐 아니라, 재판의식에 참여하는 법관과 검사가 피고인의 소송주체성을 긍정하고 대등한 당사자로 처우하기 어려운 의식구조를 강요하고 있다고 보인다. 공개재판의 원리에서 방청객들이 있는 경우에 법정내에서 유일하게 그들로부터 구분되는 표시로서 수의를 착용하고 법정에 선 피고인이 방어권을 행사하기에는 심각한 장애요인이 되고 있다고 보인다.

VI. 형사재판관행 개선의 과제

이상에서 본 바와 같이 우리 형사재판제도는 일제 강점치하에서부터 현재까지 반백년이 넘는 세월 동안 파행적으로 운영되어온 구속영장제도와 이에 따른 구속의 남용과 위헌적 구속재판원칙의 악습을 아직도 벗어나지 못하고 있다고 판단된다. 현재의 관행이 불구속재판제도로 원상회복되기 위하여서는 수사기관은 물론 국민의 기본권을 보장하는 헌법기관으로서의 법관의 의식전환과 역할이 가장 선결적인 과제로 요구된다고 할 것이다. 구속영장실질심사제도는 헌법에 정한 영장주의의 실현을 보장하기 위한 제도이며, 그 시행에 따라서는 점차 법관이 주도하는 새로운 구속기준의 바람직한 관행이 축적되고, 고착된 구속수사, 구속재판의 관행을 극복하여 가는 중요한 전환점이 될 수 있다. 그러한 의미에서 영장실질심사제도에 관한 형사소송법 개정이 국제인권협약에서 요구하는 수준

82) 법원사, 352쪽

이하로 개악되는 결과를 초래한 것은 우리나라 인권상황의 질적인 전환을 가로막는 중대한 장애요인이 되었다고 판단된다. 영장실질심사제도가 시행된 후 구속율은 당장 바람직한 정도는 아니지만 현저하게 저하되었고, 형사소송법이 개악된 이후에도 구속 후의 보석제도활용 등의 보완책을 통하여 불구속재판을 정착시키기 위한 노력은 계속되고 있다고 보이나, 국민의 지지를 받지 못한 상태에서 수사기관인 검찰의 압력에 밀려 영장실질심사제도가 좌절된 이후의 후유증은 크고, 차츰 피고인 신청에 의한 영장실질심사율도 저하되고 있다.

불구속재판제도가 정착되기 위하여서는 수사인력과 법관인력 및 물적 설비의 제도적인 뒷받침이 우선되어야 할 것이다. 영장실질심사제도가 수사기관의 반발을 불러일으킨 직접적인 이유는 피의자의 호송업무에 인력이 배치됨으로 일반 수사에 지장을 초래하고 시간과 비용이 소모된다는 점이었다. 또한 종전의 구속사유 남용을 자제하여 "도망의 우려"를 엄격히 해석하고 영장단계에서 적법한 구속사유의 관행을 확립하게 되면, 재판결과 단기자유형과 실행이 선고될 때 법관에 의한 법정구속이 증가하게 되는데, 집행절차가 제대로 마련되어 있지 아니하여 마찰이 빚어지기도 하였다. 현재까지 일단 구속을 하여놓고서 실행이 선고되는 외에는 석방하는 관행에 젖어있다보니, 수사관들은 물론 법관들이 법정구속을 꺼리거나 심리적 부담감을 갖고 불구속상태의 재판 자체를 달가와하지 않는 경향이 있었다. 불구속재판제도의 원활한 시행을 위하여서는 상당한 연구와 인력 및 시설투자가 검토되어야 하고, 관여된 수사기관과 사법기관의 의식전환이 선행되어야 한다.

한편, 형사재판이 구속위주로 진행되고, 공판절차가 형해화하는 원인 중의 하나는, 법관의 업무량과다에 있다. 보통 단독판사 1인당 수백건의 사건을 진행하면서 재판기일에 오전 두 시간 동안 수십건의 사건을 처리한다. 그러다보니, 피고인의 자백을 심정적으로 선호하게 되고, 증거조사는 시간에 쫓겨 부실하여질 수 밖에 없다. 구속 후 재판을 진행하는 편의성과 업무량과다로 인한 재판의 형식화로 이제까지 양형에 관한 심리는 거이 이루어지지 못하였고, 수사기록에 나타난 자료만에 의존하는 경향이 있어왔다. 불구속재판의 정착을 위하여서는 과학적이고 세밀한 양형심리기준이 이루어져야 하고 구속단계에서 사안의 중대성을 포괄적으로 평가하여 도망의 우려로 작용하고 있는 만큼, 양형재판이 발달하여야 구속단계에서의 남용을 통제할 수 있을 것으로 보인다.

우리나라 형사재판은 전체적으로 보아 위헌적 인권침해행위가 일상화되어 만연되면서 그에 증폭되어 있는 상황이고, 국제인권협약이 요구하는 기준이나 선진국의 실무관행으로부터 상당히 뒤쳐져 있다. 형사피고인의 인권이 보장되기 위하여서 최우선적으로 이루어야 할 과제는 불구속재판제도의 원칙이 관행으로 정착되는 문제이다. 인권의 본질이 훼손된 상태로 제도운영이 되고 있는 상황에서 더 나아가 구체적인 절차적 기본권의 보장과 상황의 호전을 기대하기는 어렵다. 이를 위하여서는 법률가들이 당장 실천할 수 있는 문제부터 진지하게 성찰하며 행위하여야 한다고 생각된다. 형사재판에서의 수의착용

문제, 구속된 피고인의 묵비권이 제대로 고지되었는지 여부 등을 점검하여 가는 일이다. 특히 영장실질심사제도에 관한 형사소송법의 개정은 반드시 필요하다. 우리는 80년대의 정치권력에 대항하는 민주화운동과정에서의 이른바 시국사건을 중심으로 인권에 대한 관심이 자리잡아왔다. 그와 같은 전통으로 인하여 오히려 일반 형사사건 속에 내면화 되어 있는 인간의 존엄성의 실현으로서의 보편적 인권의 문제를 소홀히 하는 측면이 있다. 인권에 대한 의식전환도 필요할 때이다.

참 고 자 료

- 김경선, '위장된 구속사유', 영장실질심사제도II, 법원행정처(1997)
 김경선, '합리적인 양형에 대한 각국의 비교법적인 고찰', 불구속재판시행의 과제, 법원행정처(1997)
 김영환, 최석윤, 양형의 형벌이론적 기초 및 개별적 양형단계에 관한 고찰, 한국형사정책연구원(1996)
 민주사회를 위한 변호사모임·한국기독교교회협의회, 한국인권의 실상, 역사비평사(1992)
 박용표, 권기훈, '합의 여부가 영장재판에 미치는 영향', 영장실질심사제도 III, 법원행정처(1997)
 박시환, '법원의 현주소와 나아갈 방향', 우리법연구회 10주년 기념세미나집(1988)
 '한국 형사소송제도의 운영실태에 관한 몇 가지 고찰', 우리법연구회 창립 10주년 기념논문집(1998)
 박해성, '미국의 형사재판에 있어서의 양형실태', 재판자료 제58집 외국사법연수논집(9), 법원행정처(1992)
 법원행정처 간, 법원사(1995)
 베르너 마이호퍼 저, 심재우 역, 법치국가와 인간의 존엄, 삼영사(1996)
 신동운, '영장실질심사제도의 실시와 영장주의의 새로운 전개', 새로운 인신구속제도연구, 법원행정처(1996)
 이주홍, '헌법과 형사재판', 영장실질심사제도II, 법원행정처(1997)
 장석조, '공정한 재판을 받을 권리', 재판자료 제76집 헌법문제와 재판(중), 법원도서관(1997)
 정진수, '사법의 적극적 역할', 우리법연구회 10주년 기념세미나집(1998)
 조용호, '구속피고인의 법정수의착용의 부당성', 법률신문 제2548호(1996.11.7.)
 최대권, 헌법학강의, 박영사(1998),
 카렐 바삭 편, 박홍규 역, 인권론, 실천문학사(1986)
 한인섭, 한국형사법과 법의 지배, 한울아카데미(1998)
 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사(1995)
 '한국의 사법제도와 인권', 한상진 편, 현대사회와 인권, 나남출판(1998)
 헨리 J 에이브러햄 지음, 윤후정 옮김, 기본적 인권과 재판, 이화여자대학교 출판부(1992)
 홍성철, 임상기, '사안의 경중과 도망할 염려와의 상관관계', 영장실질심사제도 III, 법원행정처(1997)
 황정근, 영장실질심사제도 시행의 의미와 과제, 영장실질심사제도 III, 법원행정처(1997)
 宮崎繁樹, 解説 國際人權規約, 日本評論社(1996)
 Dominic McGOLDRICK, THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, CLARENDON PAPERBACKS

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

“문화적 권리”의 이해와 신장을 위한 예비적 검토

— 강 내 희 —

2

“문화적 권리”의 이해와 신장을 위한 예비적 검토

강내희(중앙대, 영문학/문화연구)

1. 논의의 한계

“문화적 권리”란 우리에게 생소한 인권 개념이다. “문화적 권리”가 무엇을 의미하는지, 그 내용이 무엇인지, 그 함의는 무엇인지 잘 알려져 있지도 않고, 관련 쟁점에 대한 합의가 도출된 적도 없다. “문화적 권리”가 명시적으로 사회적 관심을 끌거나 논의 대상이 된 적도 드물다. 문화적 권리에 대한 인식 수준이나 관심이 이처럼 낮은 것은 국내에 국한되는 상황만도 아닌 모양이다. 필리베크에 의하면 문화적 권리는 “인권 가족의 신데렐라”이다.¹⁾ 이 말은 신데렐라가 계모와 언니들에 의해 뒷방로 지내듯 문화적 권리 역시 다른 인권에 비해 늘 부차적인 위치에 놓여 있음을 지적하는 것으로 이해된다. 니에크 또한 경제적, 사회적, 문화적 권리가 다년간 국제적 논쟁의 주제가 되었지만 문화적 권리의 범주는 법률적 내용이나 집행가능성의 견지에서 보면 가장 덜 발달한 범주라고 하고 있다.²⁾ 이런 판단은 1996년에 유네스코의 문화와 발전에 대한 유럽 특별조사단(The European Task Force on Culture and Development)이 유럽회의(Council of Europe)에 제출한 『주변에서 안으로』(In from the Margins)라는 보고서가 “문화적 권리”는 논의가 제대로 전개되지 않은 인권 범주로서 그에 대한 만족스런 정의와 법률적 규약이 없다”고 말하고 있는 데서도 나타나고 있다.³⁾

“문화적 권리”에 대한 관심과 이해가 낮고 그에 대한 논의가 부족하게 된 데에는 그만한 이유가 있다. 우선 정세적 이유를 꼽아야 할 것이다. 1990년대 이전까지 문화적 권리의 문제는 다른 권리, 특히 정치적, 경제적 권리에 비해 주장하기가 그렇게 쉽지 않았다. 2차세계대전 이후의 동서냉전 구도 속에서 “문화적 권리”는 “경제발전”이라는 더 큰 화두 속에 묻혀 버린 때문이다. 대립하는 두 체제가 서로 우위를 주장할 근거는 무엇보다도 경제발전의 성공 여부에 달려 있었고, 정치적 관심과 논쟁은 경제적 우열을 놓고 생길 수밖에 없었다. 나아가, 문화적 권리를 설정하기가 쉽지 않은 것도 한 이유가 된다. 사실 문화란 무엇인지, 어떤 기준으로 문화와 문화 아닌 것을 구분해야 하는지 그 근거를 대기란 매우 어렵다. 문화적 권리를 다른 권리와 구분하는 기준이 될 문화 자체가 이처럼 규정하기 어렵다면 문화적 권리를 설명하는 것도 어려워지고 문화적 권리를 사회적 쟁점으로 떠올리기도 쉽지 않게 된다. 사회적 쟁점이 되려면 대중이 쉽게 수용할 수 있

1) G. Filibek, Interventions Concerning Theme 1.1 (The European Convention on Human Rights and Cultural Rights). Council of Europe, 8th Annual International Colloquy on the European Convention on Human Rights, 1995(Budapest), p. 75. Halina Niec, “Cultural Rights: At the End of the World Decade for Cultural Development”에서 재인용.

2) 같은 글.

3) The European Task Force on Culture and Development, In from the Margins: A Contribution to the Debate on Culture and Development in Europe, 1996, 8.4.9.

는 개념적 명료성을 지녀야 하는데 문화적 권리는 그런 명료성을 결여하고 있는 것처럼 보이기 때문이다.

이 발제는 세계인권선언 50주년을 맞아 한국사회에서 문화적 권리에 대한 관심을 환기하고 문화적 권리를 신장할 수 있는 방안을 모색하기 위한 기초작업으로 마련된 글이다. 문화적 권리를 실질적으로 신장하려면 문화적 권리를 사회적으로 보장할 방도, 예컨대 법률적/제도적 장치를 마련해야 할 것이다. 당장 장치를 도입하는 일이 어렵다면 노동/시민/사회운동단체 및 국가가 어떤 방식, 어떤 종류의 운동과 노력, 조치 등을 취해야 장치 도입이 제대로 될지 규명해야 한다. 그러나 이 발제문은 이런 구체적인 작업을 제안할 수 있는 수준의 논의를 전개할 수는 없을 것 같다. 문화적 권리에 관한 국내 논의도 별로 진척되어 있지 못한 상황인데다가 발제자 자신이 이 주제에 대한 전문적 식견을 갖추지 못한 한계 때문이다. 국내 논의가 이제 겨우 출발점에 선 시점에서 이 발제가 먼저 살펴볼 일은 문화적 권리란 것이 무엇인지 이해하는 것이 아닐까 싶다. 그래야만 문화적 권리가 인권 가운데 어떤 위상을 차지하는지, 문화적 권리를 신장하기 위해 갖추어야 할 조건들은 무엇인지 등에 대한 논의를 덧붙일 수 있을 것이다. 이런 점을 고려하여 아래에서 세 가지 차원의 논의를 진행하고자 한다. 첫째 문화적 권리에 대한 개념적 이해를 시도하고, 둘째 문화적 권리의 사회적 인정을 위해 필요한 관점과 조치가 무엇인지 살펴보고, 셋째 문화적 권리를 사회적으로 보장받기 위하여 시민사회운동 단체가 유념해야 할 점들이 무엇인지 생각해본다.

2. "문화"의 정의 문제

"문화"가 그 개념 또는 의미 영역을 확정하기 매우 어려운 용어라는 점은 널리 인정되는 사실이다. 영국의 문화이론가 레이먼드 윌리엄즈는 "문화는 정의하기가 가장 어려운 영어 단어 두 세 개 가운데 하나이다"라는 말로 그 점을 표현한 바 있다.⁴⁾ "문화적 권리"의 의미를 이해하기 전에 "문화"라는 용어의 정의와 관련된 난점을 먼저 인정하는 것이 그래서 필요한데, 우리말 용법에서도 문화는 너무 다양하고 복잡한 방식으로 사용되고 있어서 "문화"를 어떻게 규정할 것인가는 많은 문화연구자들의 골머리를 썩히게 하는 문제가 되고 있다. 하지만 그래도 "문화"라는 용어가 통상 사용되고 있고, 그 용법의 역사가 있으니만큼 통념에 따른 "문화" 개념을 추출하는 것이 불가능하지는 않다. 윌리엄즈에 따르면 "문화"는 전통적으로 1) 일반적인 지적, 정신적, 미학적 성장 과정, 2) 특정한 삶의 방식, 3) 지적, 특히 예술적 작품 및 실천들, 4) 상징적 체계 또는 의미화작용 관련 실천들이라는 의미로 사용된다.

정의 1)에서 문화는 "창조성" 또는 인간적 발전 일반을 지칭하는 것으로 이해된다.

4) Raymond Williams, *Key Words: A Vocabulary of Culture and Society*, Oxford Univ. Press, 1976, p. 80.

"문화의 발달"이라는 우리가 흔히 듣는 표현에서 "문화"는 인간이 이룩한 성취의 한 형태나 수준을 의미하며, "문화"에 대한 이런 정의는 오늘날 많은 사회의 문화정책에서 전제되고 있는 것으로 보인다(나중에 언급할 유네스코의 정책보고서인 '우리의 창조적 다양성', (Our Creative Diversity)에서 제시되는 문화 개념이 특히 그렇다). 그런데 문화를 이처럼 창조성의 관점에서 본다고 하더라도 모든 문화가 동일한 수준의 창조성을 가지고 있는가 하는 질문이 제기될 수 있을 것이다. 이런 질문을 제기하는 입장은 사실 역사가 아주 오래 된 것으로서 문화를 비교우위론적 관점에서 이해하려는 태도와 긴밀하게 연관되어 있다. 여기서 하나의 문화는 다른 문화에 비해 우월하거나 열등한 것으로 이해될 수 있으며, 이 경우 문화는 어떤 수준의 문명에 속하는가에 따라서 그 가치나 지위가 판단된다. 이런 문명론적 관점이 극단으로 치달으면 "문화"는 특정한 민족이나 문화권만이 도달할 수 있는 삶의 상태를 의미하며 그런 상태에 도달하지 못하여 문화를 결여한 종족이나 민족의 경우는 "야만"으로 규정된다. 동아시아권이 화이론(華夷論)으로 사람과 오랑캐를 구분한 것, 고대 그리스가 이웃 민족들을 말을 할 줄 모른다면 "바바리안"이라 부른 것, 19세기 제국주의 세력이 지금의 제3세계 민족들 다수를 "역사 없는 민족"이라 규정한 것 등이 문화를 이렇게 보는 태도라고 할 수 있다. 물론 이런 "문명론" 전통에 대한 대안적 접근도 있다. 19세기에 헤르더가 제출한 인류학적 접근법이 그것으로 여기서 "문화"는 복수적으로, 그리고 차이의 관점에서 인식된다. 이처럼 인류학적인 관점에서 세계 되면 모든 사회는 그 나름의 고유한 문화를 가지는 것으로 이해되는데, 이는 남의 문화를 배타적으로 야만적이라 규정하는 것과는 대비되는 관점이다. 위에서 언급한 4가지 문화의미 중 1)과 3)의 문화 정의는 문명론적 관점과, 2)와 4)의 정의는 인류학적 관점과 많은 관련을 가진다고 하겠다.

다른 한편 정치나 경제 등 사회의 다른 층위들과 구분되는 영역으로 인식될 수 있다. 정치가 권력관계와, 또 경제가 생산 또는 이익 관계와 관련을 가지고 있다면 문화는 이데올로기관계 또는 욕망관계와 관련을 가진다.⁵⁾ 이 말은 문화가 정치나 경제 또는 정치경제에 의해 일방적으로 규정되는 것만은 아닌, 그 나름의 자율성을 지닌 영역이면서 동시에 지배 및 권력과 밀접한 관련을 지니고 있다는 것을 의미한다. 문화는 이 경우 어떤 "특정한 삶의 방식"이지만 동시에 지배와 저항이 일어나는 장이다. 예컨대 의미화실천이나 심미적 활동의 사례로서 한 사회의 대중매체의 작동은 그 사회 구성원의 해방과 지배에 이바지한다. 텔레비전 방송에서 저녁 9시 뉴스 진행자가 사건 보도에서 "상식"에 따른, 혹은 정세상 지배적인 관점에 따른 발언을 할 때 사회적 지배에 이바지하는 것이 그 한 예다. 이는 의미화실천인 문화가 사회의 지배관계로부터 결코 자유롭지 못하다는 것을 의미하는데, 하지만 이 "비자유" 때문에 문화가 정치경제적인 규정으로부터 일정하게 자율성을 지닌다는 사실이 부정될 수는 없다. 문화가 사회적 지배와 관련하는 방식은 주

5) 물론 정치와 경제와 문화를 서로 완전히 구별되는 자율적 영역들로 볼 것인가, 혹은 어떤 하나가 다른 하나에 의해서 거의 철저하게 규정되는 것으로 볼 것인가, 또는 각자 상대적 개입과 자율성을 가지는가는 더 복잡한 논의를 필요로 한다고 할 수 있다.

로 의미생산 또는 쾌락생산을 둘러싼 투쟁이라는 형태를 취하며, 이 의미와 쾌락을 둘러싼 투쟁은 이익을 둘러싼 투쟁과 일정하게 차이를 두기 때문이다.⁶⁾

이상의 논의를 비판적 문화연구의 관점에서 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 문화는 첫째, 인간이 지닌 종적인 특징 혹은 능력, 즉 인간으로 하여금 인간다운 삶을 영위하는 능력, 특히 창조성의 능력이요, 그런 창조적 능력의 발현 방식과 관련되어 있는 것으로 이해된다. 이 경우 문화적 능력은 인간에게 보편적으로 주어진 능력이며, 영국의 경험론적 문화연구 전통이 주로 채택하고 있는 문화민주주의적 관점이 여기에 포함된다. 둘째, 문화를 인간의 능력으로 보긴 하되, 특정한 개인이나 집단의 능력으로만 인정하는 입장이 있다. 이 경우 문화는 한 사회내 엘리트 집단이나 세계적 차원에서는 몇몇 민족 또는 국가에서만 그 실현이 가능한 것으로 이해되는데, 문화를 이런 식으로 이해하는 것에 대해 문화연구는 비판적 입장을 취한다. 문화를 “고급문화” 중심으로 사고하는 관점은 자본주의 사회의 대중문화가 지닌 무비판성, 저질성에 대한 비판을 담고 있기는 하지만 예술중심적 입장을 지닌다는 점에서 분과적(disciplinary)이다. 문화연구는 반엘리트주의와 반분과적 태도로 고급문화주의와는 스스로를 구분한다. 다른 한편 문화를 특정한 문명의 특권으로 보게 되면 문화제국주의에 빠진 경우라고 할 수 있다. 비판적 문화이론을 지지하는 문화연구 전통이 문화를 이런 식으로 간주할 수는 없을 것이다. 셋째, 문화를 지배문화라는 측면에서, 지배의 재생산이라는 관점에서 보는 입장이 있다. 이것은 문화를 이데올로기가 작용하는 장으로 보는 관점인데, 루이 알튀세르의 이데올로기론의 영향과 함께 안토니오 그람시의 헤게모니론의 영향을 강력하게 받고 있다. 넷째, 이데올로기론처럼 문화를 지배 현상으로 보기는 하지만 이 지배를 “생산적 권력”(power as production)의 관점에서, 특히 욕망과 쾌락의 생산을 중심으로 사고하는 관점이 있다. 최근에 국내에 대대적으로 소개되는 푸코의 권력이론이 그 이론적 기반을 이루는 관점이다.

3. 문화적 권리를 보는 네 가지 관점

이상 살펴본 문화 영역에서 권리의 진작과 탄압은 어떻게 이루어지며, 어떤 양상을 띠는가? 문화를 어떻게 인식하느냐에 따라서 이에 대한 답변은 크게 달라질 것이다. 위의 논의에 비추어 보면 문화를 보는 관점은 크게 4가지로 분류할 수 있을 것 같다. 창조성을 중시하는 문화주의적 관점, 이데올로기론의 관점, 권력/욕망이론의 관점, 끝으로 문화적 생존권의 관점이 그것이다. 지금까지의 논의를 일부 반복하면 다음과 같이 정리할 수 있겠다.

첫째, 문화주의적 관점에서 문화는 인간 본연의 창조적 능력 또는 그 발현이다. 여기

6) 오늘날 서구에서 “문화연구”(cultural studies)가 정치경제학비판에 수렴되지 않는 비판이론으로 등장하고 있는 맥락이 여기에 있다.

에는 두 가지 해석이 가능하다. 하나는 문화를 인간 본연의 능력이 어떤 완벽한 수준에서 성취된 것, 인간적 가치가 가장 잘 구현된 것으로 간주하는 고급문화적 시각이고 다른 하나는 문화를 인류 보편의 역능으로 보는 식이다. 따라서 문화주의적 관점 안에는 이런 두 상반된 시각에 따라서 엘리트주의적 접근과 문화민주주의적 접근이 공존한다. 엘리트주의는 배타적 엘리트주의와 시혜적 엘리트주의로 나눌 수 있다. 전자가 특정한 개인이나 집단이 문화를 독점하고자 하는 것으로서 문화적 생산에 필요한 인적 물적 자원의 독점 형태를 띠다면, 후자의 경우는 소수가 성취한 문화를 대중에게 보급하고자 하는 것이다. 후자의 경우에 등장하는 문화정책은 “문화 민주화” 정책인데, 고급문화의 대중적 분배 혹은 고급문화에 대한 대중 접근권의 확대라는 형태를 띤다. 다른 한편 문화를 인간본연의 창조성이라고 보더라도 누구나 문화적 창조성을 가질 수 있다고 보는 관점에서는 문화민주주의라는 관점으로 문화정책을 펼친다. 유네스코의 기본적 관점이 바로 이것이 아닌가 싶은데, 이 관점은 문화는 소수만이 누릴 수 있는 지고의 가치라기보다는 일상적이며 평범한 것으로서 누구나 실천할 수 있는 삶의 방식으로 본다. 여기서 문화는 개인과 집단이 지닌 표현 능력과도 같으며 누구라도 자신의 욕구를 억압받지 않고 표출할 수 있어야 한다는 민주주의적 관점이 들어 있다. 이 두 상반된 태도를 모두 문화주의라고 간주할 수 있는 까닭은 문화를 귀중하게 여기는 태도, 즉 문화를 가치있는 것으로 보는 점에서 동일하기 때문이다. 문화주의적 관점에서 문화적 권리의 관건이 되는 것은 고급한 것이든 아니든 문화에 대한 접근권과 문화적 생활 또는 활동에 대한 참여권을 가지는가 없는가 여부이다. 문화는 여기서 소유 혹은 향유의 대상이며 문화적 권리는 소유나 향유의 가능성 여부를 둘러싼 문제가 되는 것이다.

둘째, 이데올로기론의 관점에서 볼 때 “문화”는 지배의 문제와 밀접한 관련을 지닌다. 여기서 문화는 그 자체로 가치 있는 것, 혹은 결백한 어떤 것이 아니다. 오히려 문화는 사회지배의 중요한 기제이거나 사회적 모순이 가동되고 사회적 저항이 일어날 수 있는 장이다. 이데올로기론에서 이 저항은 의미생산을 두고 진행되는 것으로 파악된다. 여기서 의미는 개인의 주체화(subjectification)라는 과정에서 중요한 역할을 하는 것으로 이해되는데, “주체가 된” 개인은 특정한 의미체계를 자신의 것으로 받아들인 존재로서 사회에서 기능한다는 입장이다. 예컨대 자본주의 사회에서는 인간에 의한 인간의 착취라는 문제가 있는데, 개인의 주체화는 이 문제를 어떻게 해석하느냐에 따라서 세 가지의 다른 양상을 갖게 된다. 동일시, 반동일시, 역동일시가 그것이다. 따라서 이데올로기론 관점에서 볼 때 관건은 문화를 통해서 가동되는 지배에 대해 어떻게 대처할 것인가의 문제로서 비판적 작업이 중요한 과제로 떠 오르게 된다. 동일시와 반동일시가 아닌 역동일시를 지향할 수 있기 위해서는 과학적 사고가 필요하다. 이런 관점에서 볼 때 문화적 권리는 사회적 지배에 대해 저항할 수 있는가 없는가라는 문제와 연결될 수 있을 것 같다. 이 점과 관련하여 우리사회에서 문제가 되는 쟁점은 사상의 자유라고 할 수 있을 것이다. 이데올로기론에서 볼 때 문화는 지배의 문제인 만큼 지배를 벗어날 수 있는 가능성은 지배

의 재생산을 강요하는 체제와는 다른 체제를 사고할 수 있는가에 달려 있다. 이런 사고는 사상의 자유 없이는 불가능하다. 현존하는 체제를 인간이 도달할 수 있는 지선의 체제로 인정할 것을 강요할 수 없다면 사상의 자유는 문화적 권리로 보장되어야 할 것이다.

셋째, 문화를 욕망 또는 쾌락의 관점에서 이해할 때, 문화에 대한 권력이론적 접근이 나온다. 7) 이데올로기적 관점에서 본 문화가 과학적 사유와 인식의 문제라고 한다면, 권력이론의 관점에서 본 문화는 신체적 반응의 문제이다. 문화적 활동, 특히 예술적 활동에서는 반드시 신체의 참가가 필요하다. 예술적 정동(affect)은 신체를 관통하며 특히 쾌와 불쾌의 감정과 긴밀하게 관련되기 때문이며, 미학적 문제이기 때문이다. 이데올로기적 관점이 이해관계(착취문제, 또는 생산관계) 문제에, 대변과 재현 문제에 연루되어 있다고 한다면 권력이론은 욕망과 쾌락의 직접적 작용에 관심의 초점을 맞춘다. 이때 문화는 욕망이나 쾌락 생산이 어떤 방식으로 배치되는지의 문제이며, 여기서 일어나는 운동은 기존의 배치에 머물러 있느냐, 새로운 배치로 전환되는지의 문제가 된다. 이때 중요한 문화적 권리는 표현의 자유가 아닐까 싶다. 신체적 반응은 사상의 자유보다는 표현의 자유의 영역에 속하는 것으로 이해될 수 있겠기 때문이다. 물론 표현의 자유가 사상의 자유와 전적으로 무관한 것은 결코 아니다. 예컨대 예술활동과 관련하여 한국의 현존 국가보안법이 주로 문제 삼는 것은 많은 경우 "사상 문제"이다. 좌파적 관점을 표현한 것으로 사찰 대상이 되고 국가보안법에 의해 입건되어 구속되는 경우 문제로 떠오르는 것은 이해관계 문제에서 어떤 입장을 취하느냐, 즉 어느 편을 지지하고 어느 편 이익을 대변하는 것이다. 이런 점에서 표현의 자유는 사상의 자유와 긴밀하게 연결되어 있지만 다른 한편 표현의 방식이라는 표현에 고유한 쟁점도 있다. 예를 들어 1997년에 세간의 관심을 끈 「빨간 마후라」 사건, 이현세의 만화 「천국의 신화」 등의 입건 사건 등은 이들 '작품들'을 포르노그래피로 규정함으로써 표현 자체에 검열을 가하려는 움직임이었다. 여기서 관건은 어떤 표현이 무엇을 의미하느냐라는 문제보다는 특정한 표현이 왜나 불쾌를 야기하느냐, 독자나 시청자의 욕망을 어떻게 유도하느냐이다.

넷째, 위 3가지 관점과 부분적으로 연관되어 있지만 다른 차원의 문화적 권리 문제가 있다. 문화적 생존권이 그것이다. 여기서 중요한 문제로 부각되는 것은 문화적 종 다양성을 유지할 수 있는가 하는 문제, 개별적인 문화권의 관점에서 볼 때는 자신의 문화가 과연 생존할 수 있는가 하는 문제이다. 문화적 생존권은 특히 약소문화, 소수문화에 관건이 되는 권리이다. 위에서 문화에 대한 네 번째 관점으로 차별주의적 문화 개념을 언급한 바 있다. 문화를 고급문화 중심으로 보거나, 발달한 사회, 국가, 문명권의 특권으로 볼 경우 문화는 서로 다른 사회들을 차별하는 근거가 된다. 우월하거나 고급하다고 자처하는 문화와 그렇지 않다고 취급되는 문화 사이에는 심각한 갈등과 투쟁이 발생한다. 전자는

7) 여기서 말하는 "권력이론"은 "권력의 미시정치학"을 주장한 푸코와 푸코의 권력이론과 일정하게 구분되는 "욕망의 생산성"을 주장한 들뢰즈와 가타리의 입장에 따라 사용하는 표현이다.

문화제국주의로 후자를 지배하려 하고, 후자는 문화적 정체성을 지키려는 생존을 위한 문화 독립전쟁을 벌이게 된다. 최근 국내에서 벌어진, 스크린쿼터를 둘러싼 논란도 기본적으로 영화를 중심으로 하여 한국문화의 생존권 또는 주권이 문제가 되었고, 국내영화인들은 논란의 원인을 미국의 헐리우드 영화산업이 세계의 영화시장을 평정하려는 제국주의적 야욕에서 찾으려 했다. 지구화가 고도로 진행된 오늘 시점에 문화는 더 이상 하나의 사회, 하나의 국민국가에 국한된 문제가 아니다. 특히 자본의 세계화로 국민국가의 시장 개방 정도가 갈수록 높아지고 있는 만큼 문화의 교류는 많은 문제들을 낳고 있다. 문화분야의 자본 침투 현상이 심화하면서 문화제국주의 세력에 의한 문화시장의 침투는 그중 가장 큰 문제에 속한다. 이런 상황에서 문화적 생존권은 그 중요성이 갈수록 커져가는 문화적 권리가 아닐까 싶다. 문화적 생존권은 문화적 자결권 또는 주권과 깊게 연관되어 있다. 문화적 자결권을 행사하지 못할 경우 문화적 생존권은 보장받기 어렵다. 스크린쿼터제 철폐 여부를 둘러싸고 국내 영화인들과 사회운동단체가 적극 나선 것도 이 점을 인식하였기 때문이다. 스크린쿼터제를 유지하려는 노력은 외국 문화산업자본의 한국영화시장 침투를 맞아 우리 문화의 주권을 지키려는 노력이면서 동시에 우리문화의 진로에 대해 우리 스스로 선택할 권리를 지키려는 노력이었던 것이다.

4. 문화적 권리의 사회적 인정

지금까지 개념적 이해를 시도하였지만 문화적 권리가 이상의 논의로써 제대로 판명되었다는 생각은 아직 들지 않는다. 이런 한계는 본 발제자의 능력과 함께 문화적 권리에 대한 논의의 일천함에서 비롯되지만 좀더 현실적이 문제가 따로 있다. 개념적 지형도를 대중 맞게 그려낼 수 있다 해도 온전한 논의가 전개되려면 문화적 권리에 대한 사회적 이해가 형성되어야 하는데, 그런 토대가 아직 마련되지 못했다는 문제가 그것이다. 한국에서 문화적 권리에 대한 사회적 인식은 한심하다 할 정도로 낮다. 이는 정부조직 구도에서 문화부문의 위상이 매우 낮은 데서 그대로 드러난다. 프랑스의 경우 문화부의 정부 내 서열이 정권에 따라서는 1위인 경우도 있지만 한국에서는 문화에 대한 통합적 시각이 없다고 해야 할 정도로 문화에 대한 인식이 낮다. 정부의 문화 부처가 문민정부 시절에 한 번 "문화부"란 부명칭을 가진 것 이외에는 문화공보부, 문화체육부, 문화관광부 등으로 불안정하게 불려지고 있는 것도 그 한 증거다. 문화와 문화적 권리에 대한 사회적 인식을 높이는 일, 정부기구나 사회단체가 공적으로 문화적 권리를 인정하도록 하는 일은 이런 상황에서 매우 중요한 과제로 보인다.

이 인정 받기와 관련하여 사회발전에서 문화가 차지하는 비중을 높이는 일이 중요하다고 본다. 그래야만 문화적 권리에 대한 사회적 인식이 확대될 것이다. 다행히 최근 들어와서 변화의 조짐이 생겨나고 있다. 여기에는 여러 원인이 작용한다. 우선 문화에 대한 관심이 증대하고 있다. 문화에 대한 관심의 증가는 "문화연구"(Cultural Studies)라고 하

는, 문화 문제를 화두로 삼는 비판적 인문사회과학의 한 조류가 1960년대 이후 꾸준히 영향력을 쌓아 1980년대 이후부터는 세계적으로 확산된 데서도 확인된다. 이 학문방식은 대중매체의 보급 확대에 따른 대중문화의 영향력 증대, 과학기술의 발전과 문화산업의 확산, 뉴미디어 출현, 도시화의 급진전, 유연적 축적과 함께 이루어진 이미지 산업의 비대화, 자본 회전의 가속화를 위한 문화적 장치들의 개발 등 다양하고 복잡한 문화적 변동에 대한 지식계의 반응으로 등장하였다. 1980년대 후반 이후 냉전구도가 와해된 것도 문화에 대한 태도들을 변화시킨 중요한 요인이다. 냉전구도의 와해로 체제의 우위를 비교할 필요성이 훨씬 줄어들었고, 이 결과 경제 개발을 위해 문화를 희생시켜도 된다고 하는 냉전적 사고와 태도에도 변화가 생겨난 것이다. 생태론이 대안적 문명론으로 등장한 것 또한 문화의 중요성과 문화적 권리에 대한 사회적 인식을 강화하는 데 크게 기여하였다. 최근에 들어서 개별 국가, 비정부기구(NGOs) 등이 2차세계대전 이후 많은 나라들이 채택한, 경제성장을 기적으로 한 사회발전 전략에 대해 제동을 걸기 시작하고 있는데, 이런 변화와 연관되어 있지 않은가 싶다. 이 결과 사회발전에 대한 문화적 접근이라 할 수 있는 새로운 발전 모델이 등장하고 있다. 이 모델은 근대화라는 경제적 발전 모델 대신 등장한 “지속가능한 발전”, 즉 생태론적 모델이다. 생태론적 모델이 문화적 접근으로 이어지는 것은 사회를 생태계로 파악하게 되면 이전처럼 발전이 전통문화, 문화적 정체성, 사회적 창조성 등을 파괴하는 것을 금기시하게 되기 때문이다. 이런 접근은 이윤의 창출에 치중하여 사회생태계와 그 자원의 보존, 보살핌을 외면하는 경제적 접근과 구분된다. 경제적 접근이 플라니니가 『거대한 변환』에서 지적한 대로 사회적 안전망을 파괴하여 삶의 질서를 무너뜨려 버린다면, 문화적 접근은 삶의 질에 대한 배려를 우선시함으로써 사회생태계의 보존을 주요한 목표로 삼는다고 할 수 있다.

1997년에 발표된 유네스코의 문화와 발전 세계위원회(World Commission on Culture and Development)가 내놓은 「우리의 창조적 다양성」(Our Creative Diversity)이라는 보고서가 발전에 대한 새로운 태도를 보여주는 최근의 대표적인 예다. 이 보고서는 발전을 보는 데에 두 가지 시각, 즉 경제적 관점과 문화적 관점이 있다고 하고, 전자는 “발전이란 경제적 성장의 한 과정, 즉 생산과 생산성, 일인당 수입의 빠르고 지속적인 성장(때로는 이러한 성장의 확산된 혜택)”이라고 보는 반면, 후자는 “발전이란 가치있는 것을 추구하는 사람들의 실질적인 자유를 향상시키는 과정”으로 본다. 문화적 관점은 “인간발전(human development)의 관점에서 “이 인간 발전의 시각(좁은 의미의 경제 발전과 대조되는)은 경제적 사회적 진보를 문화적 조건에서 바라보는 시각이다.” 이러한 견해는 같은 해 유네스코의 ‘문화와 발전에 대한 유럽 특별조사단’이 유럽회의에 제출한 문화정책 보고서에도 나타나 있다. “인간에게 자신에 대해 반성하는 능력을 주는 것이 문화이다. 비판적 판단과 도덕적 책임감을 지닌 중립적으로 인간적, 이성적 존재를 만드는 것이 문화이다. 문화를 통해 인간은 자신을 표현하고, 자신을 의식하고, 자신의 불완전성을 인식하고, 자신의 성취에 대해 질문하고, 지치지 않고 새로운 의미를 찾고, 자신의 한계를

극복할 작품들을 창작한다.”⁸⁾

발전과 개발에 대해 이처럼 “문화적 대안”이 등장하고 있다는 사실은 문화의 중요성에 대한 사회적 인식이 증대함을, 그리고 문화적 권리 진작의 필요성을 강조하는 국제적 수준의 여론이 형성되고 있음을 보여주고 있다. 문화의 중요성에 대한 이런 국제적 합의는 매우 중요한 현실적 의미를 지닐 수 있다. 스크린쿼터 논란의 원인이었던 한국-미국 간 쌍무협정에서 미국측은 영화를 필름산업으로 보고 필름을 교역재로 보는 경제적 관점에서 협상에 임한 것으로 알려져 있다. 여기에는 한국영화가 지닌 문화적 함의에 대한 고려가 전혀 없으며, 한국의 영화계와 시민, 사회운동단체들이 문제로 삼은 문화적 주권에 대한 침해라는 관점이 전혀 없다. 반면에 많은 사회운동단체들이 한국영화 지키기 운동에 적극 나선 것은 스크린쿼터 논쟁의 핵심 쟁점이 문화적 주권과 관련된 것이라 보았기 때문이다. 아직 스크린쿼터제도 폐지를 둘러싼 힘겨루기가 끝난 것은 아니지만 금년 초 국회에서 스크린쿼터제를 현행대로 유지해야 한다는 결의안을 채택하면서 논란이 일단 마무리될 수 있었던 데는 문화적 권리에 대해 사회적 인식이 이처럼 높아진 것이 크게 작용하였다고 할 수 있다. 문화와 문화적 권리에 대한 개념적 이해를 하는 것 못지 않게 사회적 인식의 강도와 수준을 높이는 것이 중요한 이유가 여기에 있다 하겠다.

5. 문화적 권리 목록 작성의 필요성

문화적 권리의 사회적 인정도 중요하지만 이를 실질화하기 위해서는 문화적 권리를 분류하고 그것을 목록화하는 것 또한 긴요한 과제로 보인다. 니에크에 따르면 문화적 권리 범주에 어떤 권리가 포함되어야 할지를 결정하는 문제는 세계인권선언과 함께 시작되었다. 권리의 목록을 만드는 일은 권리의 실현 여부를 점검하기 위함이다. 여기에는 두 가지 목적이 있다. 하나는 문화적 권리에 무엇이 포함되어야 할지에 알아내는 것이고, 다른 하나는 문화적 권리와 관련한 국가의 의무를 환기하기 위함이다.⁹⁾ 그러나 문화적 권리의 목록을 작성하는 작업은 그렇게 간단하지는 않다. 우선 문화적 권리의 내용을 정의하기 어려운 점이 있다. 위에서 문화적 권리에 관한 개념적 이해를 시도하면서 것은 문화적 활동에 대한 참여 또는 접근의 문제, 사상의 자유, 표현의 자유, 나아가 문화적 생존권 등에 대해 언급한 바 있지만 그런 정도의 분류만으로 문화적 권리의 구체적인 양상들을 제대로 포괄할 수는 없다. 문화적 권리의 내용은 좀더 세밀하게 규정될 필요가 있고 그 목록도 세분화될 필요가 있다. 이 작업은 물론 쉽지 않다. 한 예로 문화적 권리가 보편적 권리로서의 인권과 맺는 관계가 무엇인지 불분명하다는 사실도 난관이다 인권이 보편적인 것으로 인식되는 반면 문화는 대체로 상대적인 개념으로 인식되기 쉽다. 문화

8) UNESCO, World Conference on Cultural Policies, Mexico City, 1982, Final Report. Unesco. Paris, 1982.

9) Niec, 같은 글. 이하 논의는 이 글에 크게 의존하고 있다.

상대주의의 관점이 그래서 나오는데, 이런 관점은 보편적 인권과 쉽게 조화되지 않는 측면이 있을 수 있다. 또한 어떤 것이 문화적 권리이고, 어떤 것은 문화적 권리가 아닌지, 문화적 권리가 아니라고 하더라도 어떤 권리는 문화적 측면을 가지는 것인지도 분명하지 않다. 예를 들면 정보에 대한 권리는 문화적 권리인가 아닌가? 정보권은 시민권에 해당한다고 할 수 있지만 그렇다고 시민권에 국한된다고 할 수만은 없다. 정보권 없이는 문화적 생활에 참여할 권리가 성취된다고 할 수 없기 때문이다. 이처럼 문화권의 목록을 확정하는 일은 매우 어려운 문제이다. 따라서 여기에는 원칙이 필요하다고 할 수 있다.

세계인권선언 제27조는 문화적 권리에 대해 다음과 같이 기술하고 있다.

1. 누구나 모두 공동체의 문화적 삶에 자유롭게 참여하고, 예술을 즐기며, 과학의 발달과 그 혜택을 공유할 권리를 지닌다.
2. 누구나 모두 자신이 저자가 되는 과학적, 문학적, 예술적 생산으로부터 나오는 도덕적 물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다.

또한 같은 문건 22조에는 “누구나 사회의 한 구성원으로서 사회적 보호에 대한 권리를 가지고, 국가적 노력과 국제적 협조를 통하여, 그리고 각 국가의 조직 및 자원에 따라서 자신의 위엄과 자유로운 인격 발전에 불가결한 경제/사회/문화적 권리를 실현할 권리가 있다”고 명시되어 있다. 그런데 세계인권선언의 이런 조문들이 문화적 권리에 대해 충분히 다루고 있다고 할 수는 없을 것 같다. 문화적 권리를 독자적인 항목으로 취급하고 있는 것은 1966년 유엔 총회가 채택한 ‘경제/사회/문화적 권리에 대한 국제 규약’이다. 이 규약의 제15조에는 다음과 같은 문화적 권리에 대한 내용이 담겨 있다.

1. 현 규약에 참여하는 국가는 누구나 모두
 - a. 문화적 생활에 참여하고,
 - b. 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누리고,
 - c. 자신이 저자가 되는 모든 과학적 문학적 혹은 예술적 생산에서 나오는 도덕적 물질적 이익의 보호를 받을 권리를 인정한다.

이런 규약으로 미루어 볼 때 국제적 수준에서 문화적 권리는 두 가지 핵심 요소를 가지고 있다고 인식되고 있다. 첫째는 문화적 삶에 대한 접근권이요, 둘째는 문화적 삶에 대한 참여권이다. 이들 권리의 상정은 우리가 위에서 본 “문화주의적 관점”과 긴밀하게 연결되어 있어 보인다. 여기서 문화는 비판적 고찰의 대상이라기보다는 보호하고 인정해야 할 어떤 가치이다. 즉 이데올로기나 헤게모니, 혹은 권력의 문제라기보다는 인간의 창조적 능력으로 인식되고 있는 것이다.

이런 점을 고려한다고 하더라도 문화적 권리의 목록 내용은 분류의 목적에 따라서 다

양한 형태를 띠 수 있을 것이다. 한 예로 리앤더는 11개 범주에 따라 50개의 문화적 권리 목록을 작성하였는데, 포괄성을 목표로 한 것으로 보인다. 11개 범주는 신체적 문화적 생존에 대한 권리, 문화적 공동체와 연대하고 동일시할 권리, 문화적 정체성에 대한 권리 및 그에 대한 존중, 물리적 무형적 유산에 대한 권리, 종교적 신념과 관습에 대한 권리, 의사/표현/정보의 자유에 대한 권리, 교육과 훈련의 선택에 대한 권리, 문화정책 검토에 참여할 권리, 문화적 삶에 대한 참여권과 창작의 권리, 내생적 발전을 선택할 권리, 자신의 물리적 문화적 환경에 대한 권리 등이다.¹⁰⁾ 반면에 스위스 프리부르크 대학교의 학제간 윤리 및 인권 연구소가 만든 ‘인권과 기본적 자유 보호를 위한 문화적 권리 인정에 대한 유럽 협약의 예비 의정서 초안’(Preliminary Draft Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on the Recognition of Cultural Rights)에 제시된 목록은 포괄적이지는 않지만 목록에 포함된 문화적 권리에 대한 위반이 발생할 경우 유럽의 인권재판소에 제소할 수 있도록 하는 것이 작성의 목적이다. 이 초안의 1조와 2조는 다음과 같다.

제1조

누구나 모두 자신의 가치와 전통에 대한 존중과 표현의 권리가 인간의 존엄, 인권 그리고 기본적 자유의 요건에 반하지 않는 한 그 권리를 개인으로서 가지고 다른 사람과 함께 공유한다. 이 권리는 다음을 포함한다.

- a. 공적으로건 사적으로건 문화적 활동에 종사하고 특히 자신이 선택하는 언어를 말할 자유,
- b. 자신이 선택한 문화적 공동체와 동일시하고 그와 관계를 유지할 권리(이는 그러한 선택을 바꿀 수 있거나 그 어떤 문화적 공동체와도 동일시하지 않을 자유를 포함한다),
- c. 인류 공동의 유산을 구성하는 모든 종류의 문화들을 발견하는 일을 방해받지 않을 권리,
- d. 인권에 대해 알고, 인권이 지배하는 문화를 정립하는 일에 참여할 수 있는 권리.

제2조

1. 누구나 모두 문화의 다양성을 인정하고 존중하는 방식으로 자기 문화적 정체성의 전면적이고 무제한적 발전을 허용하는 교육을 받을 권리가 있다.
2. 이 권리는 자신의 문화와 언어를 가르치고 또 그에 대한 가르침을 받으며, 국내법에 따라 그 목적에 필요한 어떤 기관이라도 설립할 자유를 포함한다.
3. 이 권리는 그 보장에 필요한 수단을 필요와 재원에 준하여 공적으로 제공받을 권

10) Birgitta Leander, "Preliminary List of Cultural Rights," preliminary paper prepared for UNESCO, 1996. Niec, 같은 글에서 재인용.

리를 포함한다.

여기서 이들 조항들을 소개하는 것은 문화적 권리들의 목록을 작성하는 나름대로의 지침을 얻기 위함이다. 한국에서는 어떤 방식으로 문화적 권리 목록을 작성하는 것이 필요할까? 문화적 권리를 포함한 인권의 보호나 신장이 현재 우리사회에서는 정부보다는 시민사회운동이 더 절실한 과제임을 생각할 때 시민사회운동의 활성화에 필요한 목록의 작성도 한 방법일 수 있으리라고 본다. 예를 들어 방금 위에서 언급한 제2조 2항에 언급된 문화교육기관의 설립권은 지금 교육부가 거의 전적으로 독점하고 있는 교육기관 설립에 새로운 요구를 제출할 수 있는 근거로 작용할 수도 있지 않을까? 한국민족예술인총연합 부설 문예아카데미의 경우는 1992년에 개설되어 지금까지 2만명이 넘는 수강자를 받았지만 아직 사회교육기관으로 인가받지 못하고 있다. 교육부가 인정하는 사회교육기관은 언론 단체가 운영하는 문화센터 등에 국한되어 있기 때문이다. 그러나 교육부가 신문사나 방송사 같은 유력한 단체에만 문화교육을 실시하는 기회를 부여하는 것은 국제적 규약이나 의정서 등에서 문화교육의 권리를 기본적인 문화적 권리로 인정하고 있는 정신과 위배된다고 할 수 있다. 만약 이런 점이 인정된다면 문예아카데미는 사회교육기관으로 지정받는 데 중요한 도덕적 지원을 얻는 셈이 된다. 시민운동단체로서 민예총은 국제적 수준의 논의에서 제출된, 문화적 권리 관련 의무조항을 활용하여 정부에 차별금지를 요구할 수 있을 것이다. UN이나 UNESCO, 혹은 그와 연관된 지역적 국제기구에서 채택한 규약이나 협약, 의정서 등이 언급하거나 포함하는 문화적 권리들을 목록으로 만드는 일은 이런 점에서 사회운동단체들이 관심을 가지고 추진해야 할 일로 보인다.

6. 정부의 의무 시행 촉구

'경제/사회/문화적 권리에 관한 국제 규약'의 제2조에는 규약에 명시된 권리의 전면적 실현을 위해 국가는 가용 자원을 최대한 활용하는 조치를 즉각 취할 의무가 있다고 명시되어 있다. 앞에서 같은 규약 15조의 1항을 언급하였는데, 그 외에도 문화적 권리에 대한 국가의 의무에 대한 내용이 좀더 구체화되어 다음과 같이 기술되어 있다.

2. 문화적 권리의 완전한 실현을 이루기 위해 본 규약에 참여하는 국가가 취할 조치들은 과학과 문화의 보존, 발전, 확산에 필요한 조치들을 포함한다.
3. 본 규약에 참여하는 국가는 과학적 연구와 창조적 활동에 없어서는 안될 자유를 대변한다.
4. 본규약에 참여하는 국가는 과학적 문화적 영역에서의 국제 조약 및 협조의 장려와 발전으로부터 파생하게 되는 혜택을 인정한다.

국내 사회운동단체들은 위에서 다룬 문화적 목록과 함께 이런 내용을 적극적으로 활용할 필요가 있지 않을까 싶다. 한국은 1990년에 '경제/사회/문화적 권리에 관한 국제 규약'에 가입하였다. 국내의 문화적 권리 신장을 위해 인권단체와 문화단체들은 이런 점을 고려하여 국가에 대해 문화적 권리와 관련된 의무를 준수하라는 요구를 좀더 구체적이고 강력하게 할 수 있다고 본다.

최근 사회적 논란을 일으키고 있는 광주비엔날레와 과천세계마당극큰잔치 경우를 생각해보자. 이들 행사는 지방자치시대 개시 이후에 개최되기 시작한 국제적인 지역문화예술축제인데 문제의 발단은 행사 집행의 주도권을 놓고 공무원조직이 의도적으로 전문가들의 영향력을 축소하고, 행사를 독식하겠다고 나선 데서 생겼다. 이런 사태는 두 지방정부가 문화예술 전문가의 위상에 대해 어떤 태도를 가지고 있는지 명백하게 보여주지만 이로써 문화적 활동에 민간인 전문가가 참여할 권리가 크게 훼손당하였고, 아울러 지방주민을 포함하여 국민대중의 문화적 향수권에도 침해가 초래되었다고 할 수 있지 않을까 싶다. 행사가 파행으로 치달으면 대중의 문화적 생활에도 나름대로 피해가 생길 것은 당연하기 때문이다. 이번 사태를 문화적 삶에 참여할 시민의 권리가 제약당한 경우라고 해석할 수 있다면 한국이 가입한 '경제/사회/문화적 권리에 관한 국제 규약'은 이와 관련하여 어떤 의미가 있을까? 국제법에 무지한 발제자로서는 국제적 규약이 국내에 일어나는 일들에 어떻게 적용될 수 있는지 잘 알 수는 없지만, 적어도 그런 규약이 있다는 사실 자체가 사회운동단체에 요긴하게 활용할 수 있는 자원이 아닌가 싶다. 문화운동단체를 포함한 시민사회운동단체가 그런 규약을 활용할 수 있다면 문제를 일으킨 지방정부에 대해 좀더 강력한 대응을 할 수도 있고, 해당 국제 규약을 활용하여 중앙정부에 대해 문화적 권리를 국제적 수준으로 존중하라는 요구도 좀더 당당하게 할 수 있을 것이다.

1986년 6월에 네덜란드의 마스트리히트에서 열린 림버그 회의는 '경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제 규약의 이행에 관한 림버그 원칙'을 채택한 바 있다. 핵심이 된 사항은 문제의 규약에 대한 국가의 책임 성격과 범위 문제였다. 이 원칙을 살펴보면 문화적 권리에 대한 국가의 의무를 좀더 분명히 이해할 수 있다.

모든 국가는 경제발전의 수준에 관계없이 목록에 든 권리의 전면적 실현을 위해 필요한 모든 적절한 수단들(법률적, 행정적, 사법적, 경제적, 사회적, 교육적 조치들을 포함한)을 동원하여 조치를 취하는 일을 즉각 시작해야 한다. 일부 의무조항은 차별금지와 같은 즉각적이고 전면적인 시행을 요한다. 어떤 경우에라도 국가는 의무 수행 노력을 무기한 연기하는 기회로 본 규약을 해석해서는 안된다. 그리고 국가가 이들 권리의 실현을 위한 적절한 조치를 취했는지 않았는지 결정할 때는 이들 권리를 위해 가용 자원들이 사용되었는지 여부가 고려될 것이다.¹¹⁾

11) "The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights," Human Rights Quarterly, vol. 9, no., 2, May 1987, pp. 112-26. Niec의 글에서 재인용.

이 원칙대로라면 우리 정부 역시 규약에 참여하고 있는 만큼 문화적 “권리의 전면적 실현을 위해 필요한 모든 적절한 수단을 동원하여 조치를 취”해야 한다. 이런 조치가 무엇 일지에 대해서는 국내의 인권을 신장하려는 개인과 단체, 시민사회와 정부기관들이 함께 조사하고 연구할 필요가 있을 것이다.

7. 결어

서두에서 “문화적 권리”라는 화두는 우리사회에서는 아직 생소한 것이라고 하였다. “문화적 권리”에 대해서는 아직 개념적 이해나 사회적 인식도 낮고, 그것을 인권으로서 보호하고 신장하기 위해 필요한 조치가 무엇인지도 분명하지 않은 것이 우리의 실정이다. 그러나 이런 사실은 우리 시민사회운동이 그동안 매우 중요한 한 안건을 놓치고 있었다는 말과 다르지 않다. 인권운동에 종사하는 활동가, 연구자가 문화적 권리를 좀더 깊이 이해하고 그 진작을 위한 노력을 더 많이 기울여야 한다는 말이기도 하다. 발제자 또한 문화적 권리 문제에 대해 처음으로 그것도 아주 짧은 기간 동안에 본격적으로 생각할 기회를 가진 셈인데, 앞으로 좀더 많은 관심을 가져야 하겠다고 생각이다. 발제문을 준비하는 과정에서 국내 사회운동진영이 문화적 권리에 관련된 국제적 수준의 논의를 꾸준히 추적하는 일이 특별하게 중요하겠다고 느끼게 되었다. 국제 규약에 명시되어 있는 문화적 권리 조항들을 숙지하고, 이들 조항에 관한 지배적 해석의 동향을 파악하고, 문화적 권리의 보호와 진작과 관련된 현안들, 과제들, 쟁점들을 국내 논의에 끌어들이는 노력이 필요하다. 이런 노력 없이는 문화적 권리를 신장하는 사회적 운동을 제대로 펼쳐기 어려울 것이다. 문화적 권리의 신장을 위해서는 중앙이든 지방이든 정부기관에 대해 시민적 압력을 행사하는 일이 매우 중요하다. 이 압력은 문화적 권리에 관련된 정확한 정보, 쟁점과 논점에 대한 올바른 입장 등을 필요로 할 텐데 논의를 먼저 시작한 외국의 사례에서 배울 점이 많을 것이다. 아울러 국제적으로는 문화적 권리 보장이 어떻게 이뤄지고 있는지, 국제기구들은 어떤 관점과 어떤 인적 물적 자원을 가동하여 문화적 권리 보호에 임하고 있는지, 문화적 권리와 의무에 대한 국제적 기준이 어떤지에 대해서 아는 것도 중요하다. 문화적 권리에 대한 국제적 기준의 도입은 시민사회운동이 국내에서 문화적 권리를 신장하는 데 중요한 자원을 얻는 일이 될 것이다. 세계인권선언 50주년을 기념하여 치루는 이 번 학술대회를 계기로 이런 부분에서 국내 시민사회운동의 관심과 역량이 증대하고 강화될 것을 기대한다.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

국가기관의 정보수집 활동과 시민의 인권 문제

— 고 영 삼 —

3

국가기관의 정보수집 활동과 시민의 인권 문제

고영삼(부산대 사회학과)

나는 40년동안 박해를 받아왔으며, 인권향상을 위해 불굴의 투지로 싸워 왔습니다. ... 이제 나는 남겨진 여생을 인권의 향상에 헌신할 것입니다. 인권보호를 위하여 싸우고 있는 전세계의 친구들에게 감사의 말씀을 드립니다.

- 김대중 대통령(제네바 세계인권선언50주년 기념식 연설, 1998.4.1)¹⁾ -

I. 머리말 : '인권', 그 문제 설정

새로운 천년으로 가는 지금 인권의 문제가 쟁점으로 부상하고 있다. 지나치게 인권을 경시해왔던 역사적 과정에 이제 최고위 정치지도자가 인권에 '특별한' 의지를 가지고 있다는 것, 소수자의 권리보장이 세계적 보편 규범에 따라 재조정되기를 요구받는 이른바 지구화(globlization)의 시대라는 것, 무엇보다 국내 인권운동의 농축된 역량에 의하여 이제 인권문제는 가장 우선적으로 해결되어야 할 사회적 과제로 부상하고 있다.

인권 그 자체는 본질적으로 인간으로서 그리고 사회의 구성원으로서 인간이 당연히 누려야 할 존엄과 가치의 존중을 내용으로 한다. 그러나 인권의 문제는 인권의 주체인 사람이 어떤 대상에 대하여 마땅히 요구할 수 있는 권리의 문제이기 때문에 상황맥락적인 속성을 많이 가지고 있다.²⁾ 우리나라에서도 인권문제는, 본질적으로 지향하는 내용은 예나 지금이나 동일할지라도 사회적 상황의 변화에 따라 근자에 들어 쟁점과 접근방식 등이 변화되고 있음을 볼 수 있다.

우선, 권리 담보의 주요한 주체가 예전의 경우 소수인 또는 사회적 약자에 한정되어 인식되는 것이 일반적이었지만, 오늘날의 경우 평범한 일반인이 그 담보자로 인식되고 있다. 즉, 이제는 여성·아동·지역거주민, 심지어 일시적으로 탑승한 지하철 승객 등에 대한 인권보호의 필요성이 제기되는 것에서 알 수 있듯이, 특수한 위치에 있는 소수인을 포함하여 다수의 평범한 시민들의 일상적 권리가 강조되고 있는 것이다.

또한 시민사회내에서 '인권의 개념'에 대한 문제인식이 변화되고 있음도 느낄 수 있다. 즉, 예를 들어 군사정권 시대의 경우 인권의 문제는 노동생존권의 문제뿐만 아니라, '고문과 의문사'의 사건을 연상시킬 정도로 심각하고도 경적된 것이었다.³⁾ 이러한 사실은

1) <http://www.amnesty.org/ailib/aipub/1998/ASA/32503198.htm>
2) 예를 들어 서구 근대혁명 시대의 경우 봉건적 세력에 대항하여 시민의 자유와 정치적 권리 등을 보장하는 것이 인권의 주 내용이었다면, 자본주의 사회에서는 자본가 계급의 착취에 대항한 노동자의 노동권이 인권의 주 내용이었다. 그에 비하여 현대사회의 경우 생태계 파괴에 따른 '환경보전권', 과학기술사회에서의 '인성권'같은 문제가 주요한 내용으로 간주되는 것에서 알 수 있듯이 인권문제는 매우 역사적인 성격의 것이다.
3) 조용환, '민주주의와 정보수사기관의 통제', 한국사회과학연구소, 동향과 전망 통권 33호, 한울

지난 우리의 역사가 그토록 고통스러웠음을 보여주는 보기라고 하겠다. 그러나 오늘날 인권에 대한 문제 인식은 일상인의 사적영역 혹은 사사로운 것으로서 프라이버시 침해와 같은 것을 가리킬 정도로 탄력있게 사용되는 경향이 있다.

특히 정보사회로의 진입에 따라서 개인정보 파일의 수집이 인권침해를 위한 수단으로 사용되거나 그 자체가 침해의 징표가 되고 있다. 물론 고문과 의문사가 횡횡하였던 시절에 정보수집이 없었다는 것은 아니다. 하지만 디지털 전자기기의 사용으로 인하여 정보처리가 한층 더 손쉬워짐으로서 개인정보 프라이버시의 침해가 확산됨으로써 시민의 정치적·사회적 권리를 위협하는 경향은 날로 가속화되고 있다.⁴⁾ 이러한 부분은 이 글에서 다루고자 하는 국가기관의 정보수집에 의한 인권침해와 연관되는 것으로서 본문에서 심도 깊게 다룰 생각이다.

인권 환경의 또다른 변화 중의 하나는 인권보호의 문제가 일국의 범위를 넘어서 국제적 관점에서 논의되고 개선되어야 할 것으로 전개되고 있다는 것이다. 특히 '93년 6월 비엔나 세계인권대회 이후 인권문제는 각 나라의 특수성보다는 세계적 보편성이, 경제·사회·문화적 권리(A규약)와 정치·시민적 권리(B규약)가 순서적으로 확보되기보다는 동시에 추구되어야 할 것으로 간주되고 있다. 이제 인권문제는 모든 국가가 준수해야 할 것으로서 각국의 이해관계가 맞물려 있는 사안이며,⁵⁾ 이러한 의미에서 이른바 '인권의 세계화'가 만들어지고 있다.⁶⁾

한편, 인권침해의 주체가 다양하게 확산되고 있는 점도 인권부문에서 변화된 한 현상이다. 과거 인권 침해의 주체는 대부분 국가권력과 자본가 등의 거대조직이었다. 때문에 인권운동가는 국가정권이나 사회체제에 대한 저항가로서 인식되는 것이 일반적이었다. 그러나 오늘날은 반드시 국가권력만이 침해의 주범으로 한정되지 않고, 무수한 사적 조직이 될 수도 있을뿐더러 생태계 환경, 과학기술 그 자체가 인권침해의 주범으로 확산되고 있음을 볼 수 있다. 새로운 천년으로 가는 지금 우리는 각 시기에 해결되었어야 하는 과제들을 중첩적으로 떠안고 있는 것이다.⁷⁾

(1997), 170쪽. 우리나라에서 이제까지 쟁점화된 인권문제는 대부분 이러한 부분에 관한 것이었다.
4) 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울(1998), 138-52쪽
5) Amnesty International, Foreign Policy and Human Rights, AI-Report-ASA 25/31/98, <http://www.amnesty.org/ailib/aipub/1998/ASA/32503198.htm>
6) 이 글을 쓰고있는 오늘 아침신문에는 국제사면위원회에서 한국이 안보와 경제위기라는 특수상황을 근거로 인권을 침해하고 있다고 밝히면서, '99년 3월부터 5월까지 한국을 인권상황 개선을 위한 집중 캠페인 대상국으로 지정한다는 것이 보도되었다. 국제사면위원회는 한국대사관 항의방문 등의 방법으로 국제여론을 조성하여 한국정부의 인권정책에 압력을 넣어 인권환경을 개선하겠다는 것이다(한겨레신문, 1999.2.11). '인권과 민주주의를 위해 애쓴' 사람이 대통령이 되어도 이렇게 되는 현실이 참으로 딱할 따름이다.

세계화속의 인권 문제에 관해서는 UNRIS, The States in Disarray - Social Effects of Globalization (조용환 역), 별거벗은 나라들, 도서출판 한송(1996)에서도 다루고 있다.
7) 우리의 지난 역사의 경우 인권, 좀 더 넓은 의미에서 휴머니즘 문제는 해결되기 보다는 어설픈 채 방치되어 왔다고 볼 수 있다. 새로운 천년에는 노동과 강제된 여가 그리고 실업, 성과 속, 선과 악, 진보와 개발, 심지어 가상과 실제의 구분까지 모호하거나 본말이 전도된 환경에서 인권을 논해야 하는 중첩 어려움을 안고 있다.

이러한 변화에도 불구하고 아직도 우리나라에서 국가권력은 인권문제에 있어서 경계의 대상인 것만은 분명하다. 일찍이 베버(M. Weber)는 근대의 민족국가를 합법적이면서 배타적으로 폭력을 소유한 조직체라고 진단하기도 하였으나, 이 '합법적'이라는 용어는 국가에 따라 비판의 여지를 남길 수 있는 것이었다. 우리는 이제까지 국가권력의 합법성 자체가 문제시되는 상황에서 살아왔고, 이러한 상황에서 국가권력이 인권침해의 제일 주체로 자리하였던 것이다. 즉, 비록 정권에 따라 정도의 차이는 있을지라도, 국가권력은 다양한 모습으로 그리고 다양한 형태를 보이며 시민의 일상적 삶과 권리를 위협해 왔던 것이다.

이러한 지적은 '우리가 그토록 기대해왔던' 현 정권에서도 동일하게 적용되고 있다. 단순한 논리이기는 하지만 대부분의 사람들은 군부정권이 몰러가면 인권문제는 개선될 것으로 생각하여 온 것이 사실이다. 그러나 군부정권 때보다 문민정부가, 문민정부 때보다는 더 진보적인 국민의 정부에서 보안법 구속자가 더 많은 역설의 현실에서 우리는 살고 있다. 근대를 넘어 탈근대로 넘어가면서 복지·자원봉사·환경·시민사회의 창의성 등과 같은 담론으로 살고 있는 서구사회와는 대조적으로, '민주정부'와 무서운 국가권력에 의한 인권침해가 동시에 공존하는 괴상한 포스트모던을 경험하고 있는 것이다. 그리하여 아직도 이러한 문제를 잡고있다는 것이 부끄럽기는 하지만 우리는 여기서 국가기관의 정보수집활동과 관련하여 나타나는 인권침해의 동향을 파악함으로써 이의 문제점을 점검하고 그 대안을 모색해보기로 하자.

II. 국가기관에 의한 정보수집의 양면성과 활동 동향

1. 국가기관에 의한 정보수집과 감시의 양면성

오늘날 지속적으로 조직이 분화되고, 일상적인 삶의 범주가 전세계로 확장되는 지구화의 경향속에서 국가의 권력 형성과 행사방식이 정보의 수집 혹은 데이터 감시에 의존하는 경향이 점점 늘고 있다. 때문에 만약에 감시의 개념으로써 현대국가의 성격이나 존재방식을 연구한다면 민족국가의 성격 연구나 민주주의의 실질적 가능성을 모색하는데 상당히 유효할 것으로 보인다.⁸⁾ 감시(surveillance)는 이념형적으로 말하면 '특정인이나 혹

8) 이같은 시도는 A. 기든스, 포스트모더니티 (이윤희·이현희 옮김), 민영사(1991); A. 기든스, 민족국가와 폭력(진덕규 옮김), 삼지원(1993) 등을 참고할 수 있다. 근대사회 성립 이후 오늘날까지 국가는 사회 구성원 전체의 자율성을 증진시키거나 혹은 특정 집단의 이익을 추구하는데 절대적인 영향력을 행사해 왔다. 때문에 헤겔, 뒤르케임, 마르크스, 그리고 베버에서부터 하버마스, 오페 그리고 조합주의 국가론자에 이르기까지 많은 연구자들은 국가에 대하여 특히, 국가 조직체의 출현 및 존재방식을 핵심적인 사안으로 다루어 연구해 왔다. 이들은 민족국가의 본질적 성격을 파악하기 위하여 국가 조직체의 출현을, 그리고 민주주의의 실질적 가능성을 열

은 다수인의 커뮤니케이션과 행위에 대하여 직접 혹은 기기로서 관찰(monitoring)하는 것⁹⁾으로서 상식적으로 사용하는 뜻으로서 '반드시 나쁜 의도를 가지고서 숨어서 관찰하는 행위'만을 가리키는 것은 아니다.

국가단위로 볼 때 통계청에 의한 국가 통계 자료의 수집, 행정기관의 주민등록·부동산·자동차 관리 자료 등의 수집, 그리고 정보기관의 요주의 인물에 대한 개인정보 수집 등이 사회적 감시가 실천되는 보기이다. 오늘날 각 국가에서는 발전된 디지털 기술에 의한 감시 혹은 감시의 한 방식으로서 정보수집은, 비난받을 여지를 많이 가지고 있음에도 불구하고, 각 국가에서 지속적으로 활용되고 있다. 감시는 다음과 같은 점에서 국가의 존속에 절대적으로 연관되어 있는 양면성을 갖고 있다.¹⁰⁾

가. 예측능력의 증대

정보기술이 발전됨으로써 인류는 예전에 겪지 못했던 변화를 단시간에 접하고 있다. 국가·노동·직업집단·사회제도 등이 지속적으로 재구조화되고 있으며, 시민들의 관심은 민족국가의 통제를 넘어 전 지구적으로 확산되고도 있다. 더구나 사이버 공간의 출현은 인류에게 완전히 새로운 가능성과 우려를 동시에 던져주고 있다. 우리는 한동안 이질적인 변화에 민감하게 움직여야 할 것으로 보인다.

이렇게 인간과 조직을 구성하는 모든 것이 변화되고 있는 상황은, 국가에 의한 통제력의 약화를 초래하기도 하여, 국가에게 변화에 적절하게 대처하기를 요구하고 있다. 급속한 분화와 조직의 출현, 각국가에서 인구의 증가, 이념에 따라 형성되는 시민조직들, 전 지구적으로 확산되는 사람들의 이동은 예기치 못한 사건을 만들 수도 있기 때문에 현대 국가에 있어서 정보수집을 통한 예측능력의 강화는 국가의 존속여부와 관련된 중요한 문제가 되고 있다. 때문에 기든스는 근본적인 의미에서 근대국가의 출현을 감시체계가 형성되는 정보사회의 시작으로 보고도 있는 것이다.¹¹⁾ 국가는 금융·조세와 관련된 재정정보를 수집하고, 출생·결혼·사망·거주지·직업 등을 자살·범죄·이혼 등의 통계자료와 함께 수집한다. 이러한 자료들은 국가의 예측능력을 강화시켜주는 자원이 되어 미시적 차원의 행정 효율성, 거시적 차원의 국가계획의 형성을 위해서 사용된다.¹²⁾

어가고자 권력의 배분을 내용으로 하는 국가의 존재방식에 천착한 것으로 보인다. 그러나 국가의 성격이나 존재방식에 대한 연구에서 이제까지 소홀히 다루어져 온 부분이 바로 '감시'의 개념이다.

- 9) C. J. Bennett, 'The Public Surveillance of Personal Data: A Cross-National Analysis', Computers, Surveillance, and Privacy. Minneapolis: Uni. of Minnesota Press(1996), 237쪽.
 10) 감시의 개념으로서 한국의 정보화를 설명하면서 시민들의 사생활 영역이 위협에 처해있음을 경고하면서 사회학의 시각에서 대안을 모색한 것으로는 고영삼, 앞의 책, 한울(1998)이 있다.
 11) 기든스는 이러한 의미에서 근대국가의 형성을 공식통계를 체계적으로 수집하는 사회과학의 발전과 연결시켜 사고하고도 있다. A. 기든스, 앞의 책(1991), 67-75쪽; A. 기든스, 앞의 책(1993), 211-212쪽 참고.
 12) 정보수집의 이러한 중요성을 인식하고서 각국가는 수량적 정보를 수집하기 위한 방법으로서 통계법을 제정해두고 있다. 우리나라 통계법 제2조에는 통계의 기본이념을 다음과 같이 정하고 있다. '통계는 각종 의사결정을 합리적으로 수행하기 위한 자원으로서 사회발전에 기여할

나. 통제능력의 확대

국가권력이 비합법적일수록 사회적 통제체제는 강화된다. 특히 사회적 변화를 요구하는 집단에 대한 사회적 관리, 정치적 억압은 강화된다. 피지배 계층에 대한 지배의 정당성이 상대적으로 보장된 국가에서는 언론·학교 등을 통해서 이데올로기를 강화하고, 의회제도 등을 통하여 시민들의 자발적 동의에 기반한 지배를 확보할 수 있겠지만, 그렇지 못한 비민주 국가에서는 피지배 계층의 동향에 대한 감시와 정보의 수집이 권력유지의 불가피한 수단으로 채택된다. 이른바 정보정치가 출현하여 피지배 계층에서 출현하는 대항문화의 형성을 수집하고 파괴하기를 시도하는 것이다.

특히 지역적·계층적 격차가 심각하고, 정권의 정통성 문제에 지속적으로 시달림을 받아온, 그리고 제3세계로서 민족 분단의 상황에 처해있는 우리나라의 경우, 정보수집은 상당히 주요한 통제의 수단으로 간주된다. 국가안보에 위협을 가하는 요소가 외부에서보다는 국가 내부에서 출현한다고 간주하기 때문에 심지어 군대도 정권안보를 위하여 국내의 동향정보를 수집하기도 한다. 이러한 국가에서는 인구통계 자료부터 시작하여 다양한 각종 사회통계 자료를 보유하게 되는데 이 때 가장 민감하게 수집하는 자료는 역시 반정부 활동에 관련된 정보일 것이다. 특히 정권의 재생산 과정이 민주적으로 제도화되어 있지 않기에 정보수집을 통한 통제능력의 강화를 추구하게 된다.

다. 도덕적 지배능력의 강화

국가는 지배를 안정적으로 유지하기 위해서 정치적 반대자에 대한 정보를 수집하고 관리하는 일을 하면서도, 다른 한편 권력행사에 있어서 도덕적 정당성을 확보하고자 한다. 즉 현대국가는 안정적으로 존속하기 위하여 경제성장 계획을 수립하고 사회복지 정책을 통하여 피지배 계층의 욕구를 만족시킬 것을 추구한다. 힘에 의존한 통치보다는 실질적 혜택을 나눔으로써 지배의 정당성을 확보하고자 하는 식의, 일종의 도덕적 지배능력의 강화를 추구하는 것이다.

그런데 이와같은 복지정책을 잘 수행하기 위해서는 가장 우선적으로 정밀한 정보수집 혹은 데이터 감시가 필요하다. 즉, 국가가 국민 각 개인에게 알맞은 서비스를 행하기 위해서는 개개인의 욕구를 잘 파악해야 한다. 소외받는 지역과 집단, 불리한 처우를 받는 사람들을 정확하게 판별해야 한다. 또한 생활보호·국민연금 대상자 등 각종 사회복지 제도의 수혜자가 될 사람, 이중 수혜자들도 잘 파악해야 한다. 때문에 정보기술은 데이터의 입수와 활용의 응용기술에 연관하여 발전되면서 주민·부동산·금융·조세정보 등의 수집에 관련된 전자적 감시체계가 구축되는 것이다.

수 있도록 과학적인 방법에 의하여 생산되고 공정하게 이용되어야 한다.' 이러한 이념에서 보듯이 국가에 의한 정보수집은 거시·미시의 국가계획에 기본이 되고 있다.

그런데 바로 이러한 논리를 따르다 보면 현대 국가의 정보수집에는 역설이 있음을 발견할 수 있다. 즉, 현대사회에서 복지 서비스 국가는 필연적으로 국가기관이 시민들의 정확한 개인정보를 입수함으로써 유지될 수 있으나, 프라이버시 등 인권의 침해는 이러한 정보수집의 시스템을 통하여 발생한다는 것이다.¹³⁾ 이것은 현대 국가가 정보권력화되면서 발생하는 대표적인 역설이다.

결국 현대 국가의 정보수집 행위 그 자체는 반드시 나쁜 것만은 아니다. 국제환경의 급속한 변화, 인구증가와 조직의 분화, 급속한 변화에 조용하여 신속하게 처리해야 할 업무들, 생활양식의 변화에 따라서 국가에 표출되는 욕구들에 대처하여 국가의 정보수집 활동은 오히려 긍정적으로 기능할 수도 있는 것이다. 문제는 국가의 '정보수집 활동 그 자체'보다는 '정보수집 활동의 방식' 등이 각 국가 구성원에게 얼마나 합당하게 간주되는가, 그리고 국제적 보편성에 얼마나 충실한가에 있다고 할 것이다.¹⁴⁾

2. 국가기관의 정보수집 동향과 문제점

국가기관에 의한 시민의 개인정보의 수집은 관련 법률이 정하는 근거에 의하여 수집하도록 되어있다. 이를 유형별로 나눌 수가 있는데, 일반적으로 본인신고에 의한 수집 방식과 자체조사에 의한 수집 방식(국세기본법에 의한 과세자료 수집, 통계법에 의한 통계자료 수집 등)이 있다.¹⁵⁾ 그런데 여기서는 인권문제를 다루는데 목적이 있으므로 이상과 같은 수집방식에 네트워크의 연동·타기관에의 협조·감청·미행·검열(서신, pc통신), 그리고 고문에 의한 진술 등 국가기관의 보다 적극적 수집 즉, 수사에 의한 수집을 유형화할 수 있을 것이다. 여기서는 특히 인권침해의 소지가 있는 정보수집의 방식과 동향을 중심으로 살펴보기로 한다.

가. 본인 신고에 의한 수집

국가기관이 평범한 시민의 정보를 수집하는 가장 대표적인 방법으로 당해 법적 근거에 의거하여 국민의 활동과 재산정보 등을 당사자로부터 신고받는 방법이다. 주민등록, 여권 발급, 자동차 등록 등과 같은 것들이 있는데, 국민의 신고에 의하여 제공받는 정보들의 대부분은 행정처리에 반드시 필요한 것으로서 국민 구성원에게서 강제적으로 수집되는 것들이다.

13) 藤竹峯, '高度情報社會に生きる人間', 社會學評論, 日本社會學會(1996), 268쪽.

14) 기술 자체도 인권침해의 문제상황을 유발하는데 기여할 수도 있다. 특히 게리 마르크스는 현대의 정보기술을 비롯한 과학기술은 사회적 통제력을 강화하는 것으로 보고서 미국에서 그 실증 예를 들어 설명하고 있다. 그는 국가에 의한 정보수집력은 프라이버시에 대한 종래의 개념을 상당히 바꿀뿐만 아니라, 근대사회 이후 형성된 공적영역과 사적영역간의 경계, 그리고 개인의 권리와 국가의 권력간의 경계도 파괴할 것으로 설명하고 있다. Gary T. Marx, Undercover: Police Surveillance in America, Univ. of California Press(1988), 3-4쪽.

15) 1992년 국정감사 요구자료 중 총무처 제출자료의 분류, 10920194호, 594쪽

그런데 이러한 방식으로 정보를 제공받는 방법은 인권보호의 측면에서 개선되어야 할 부분이 없지 않다. 가장 대표적인 것이 매우 민감한 정보가 당연하게 수집되고 있음이다. 예를 들어 현재 정부에서 사용하고 있는 주민등록 기록표의 경우, (연령, 남녀, 출신지를 담고있는)주민등록번호, 혈액형, 본적, 신체등급 등의 정보가 아무렇지도 않게 통용되고 있다. 또한 출생신고서의 경우 부모의 결혼년월일(실제 동거일), 임신주(週) 수, 태아 수, 체중, 모의 총 출산수 및 생존자 수 등의 기재란이 있다. 이러한 정보들은 특히 우리의 문화권에서는 개인의 인권에 관련하여 상당히 민감할 수 있는 것임에도 불구하고 강제적으로 요구되고 있다.

나. 기관 자체의 조사에 의한 수집

국세청·금융감독원·감사원·공정거래위원회 등과 같이 각 기관이 특수한 임무를 가지고서 해당 정보를 수집하는 경우가 있다. 최근 인권침해의 가능성과 관련하여 이들 기관이 문제된 것은 이른바 계좌추적권(금융거래정보요구권)이다. 계좌추적권은 애초 재벌의 구조조정 촉진과 공직자 비리 근절을 위해서 설치되었으나, 공정거래위원회·검찰 등에서는 실제 법인·개인을 대상으로 당사자에게 동의없음은 물론이고 그의 직계 및 사돈·친구에 이르기까지 무제한적으로 계좌를 추적하는 권한으로 사용되고 있다고 한다. 법원의 영장없이, 절차가 생략된 채 '협조'의 형식으로 이루어지는 계좌추적 등은 '금융실명거래에 관한 법률'(1982.2.31 제정, 1990.12.31 개정) 제5조에도 위반되는 등 인권침해의 예가 되고 있다.

그 외에도 예를 들어 '98년 12월의 국감에서도 지적된 바 있는 청와대 이른바 사직동 팀,¹⁶⁾ 검찰의 범죄정보기획관실¹⁷⁾ 등은 현실적으로 엄청난 권력을 가지고서 특정인에 대한 정보를 수집할 수 있다.¹⁸⁾ 이들의 경우 시민을 대상으로 하기 보다는 야당 인사의 정보를 집중적으로 수집함으로써 사실상 민주주의의 발전을 저해할 우려가 없지 않다.

한편 수사정보기관에서 수집하고자 하는 대상의 정보를 각종 여타 기관에서 열람·조회하여 수집하는 경우이다. 경찰·국정원 등의 기관에서 알고자 하는 대상에 대한 정보를 케기 위하여 그가 다녔던 학교, 직장 등을 탐문하여 각종 자료를 수집하는 경우이다. 현재 우리나라에는 공공기관에서 보유한 개인정보의 프라이버시를 보호할 목적으로 '95

16) 금융감독원의 전신인 문민정부 당시 은행감독원의 일부직원들이 대통령의 특명사행을 수행하는 이른바 '사직동팀'에 파견돼 법적근거도 없이 불법적으로 정치인들의 은행계좌 추적 등을 해왔음이 '98년 국회감사때 밝혀지기도 하였다. 이들은 당시 사직동팀에서 주는 계좌번호, 주민등록 번호, 은행점포명 등을 건네 받아 이를 토대로 계좌추적을 하였다고 한다. 이것은 계좌추적시 법원으로부터 영장을 발급받도록 규정한 금융실명제법의 위반이다.

17) 범죄정보기획관실은 '95년 3월 설치된 정치권과 재벌 주변의 부정부패 비리 정보를 수집하기 위해 만든 범죄정보관리과를 '99년 초에 확대개편 한 것이다.

18) 청와대의 사찰활동은 이전에도 있었다. 김영삼 대통령의 집권 직후 청와대 민정비서실의 '동향분석보고서'에는 ①여권정치인의 대통령에 대한 태도, ②일반 정치인의 돈문제, ③일반 정치인의 여자문제, ④각종 인사문제에 관한 공·사석의 그리고 통화내용까지 광범하게 기록되어 있었다. 신동아 1995년 10월호, 동아일보사.

년 1월 1일부로 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(법률 제4734호, '94.1.7 공포, '95.1.8 시행)을 제정하였으나, 통계법에 의하여 수집되는 정보와 국가안전보장과 관련된 정보분석을 목적으로 하는 정보는 예외 조항으로 두고있기 때문에 사실상 국정원 등의 정보기관 앞에서의 개인정보보호 혹은 인권보호란 것은 사실상 불가능한 것으로 보인다.

다. 시스템 연동에 의한 정보공동활용

국가기간전산망이 10여년에 걸쳐 구축된 후 이제는 각급 행정기관, 금융기관 등의 전산망이 상당부분 연동되어 정보를 공동으로 활용하고 있다. 이른바 전자정부를 추구하면서 One-stop 민원서비스, 문서감축, 정책정보 제공확대 등을 위해 정보공동활용이 중요한 과제로 대두되고 있는 것이다.¹⁹⁾

그런데 전산시스템을 연동하여 정보를 공동으로 활용한다는 취지가 인권을 위협하는 경우를 만들고 있다. 그 보기로 '97년 경찰청 국감에서 제출된 자료에 의하면, 안기부 등 8개 정부기관이 업무상 필요하다는 이유로 각 기관에 개인정보 조회용 단말기를 설치, 경찰전산망과 접속하고 있는 것으로 밝혀졌다. 경찰전산망과 연동되어 있는 조회용 단말기는 외무부 82대, 검찰 72대, 안기부 67대, 국방부 60대 등, 8개 정부기관의 총 284대인 것으로 나타났다. 이 기관들은 '94년부터 최근까지 경찰전산망을 통해 1천5백 22만여 차례에 걸쳐 주민등록·범죄경력 조회 등의 개인정보를 열람한 것으로 나타났다.²⁰⁾

전산망을 이용한 수사기관의 조회는 전산처리에 의존하는 정보사회로 진입하면서 더욱 늘것으로 예상되는데, 시민들은 자신이 우범자로서 조회받고있는 지를 전혀 모른다는 것이 문제이다.

라. 감청에 의한 수집

감청(監聽) 또는 통신제한조치는 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.²¹⁾ 특히 감청은 일반 민간의 이러한 행위를 지칭하는 도청(盜聽)과 구별하여 일반적으로 정보수사관이 수사를 목적으로 시민의 사적 전화통화를 엿듣는 것을 말한다. 이 제도는 '93년 12월 의원입법으로 제정되어 '94년 6월부터 시행된 통신비밀보호법에 의하여 운영되고 있지만, 이 법은

19) 정보공동활용이란 국가의 각 기간별로 수집·보유하고 있는 정보를 기관내부에서, 기관간, 기관과 기업간, 혹은 기관과 개인간에 공동으로 함께 사용함으로써 업무의 연계, 정보자원의 전략적 활용과 정보화 투자의 효율을 제고하는 것을 말한다. <http://share.nca.or.kr/>
20) 동 보고서에는 부산시내 17세 이상 성인들이 경찰에 의해 1인당 매년 평균 3.5회 정도로 자신이 모르는 사이에 조회를 받고있는 것으로 나타났다. 더구나 조회건수의 비율은 '94년을 100으로 할 때 '95년은 113.2%, '96년은 126.5% 등으로 늘어났고, 범죄예방과 직접관련이 없는 조회비율도 '94년의 47%에서 57.3%('95년), 65.1%('96년), 67.2%('97년)으로 계속 늘고 있는 것으로 나타났다.
21) 통신비밀보호법 제2조7항, <http://f40.assembly.go.kr.8000/law/law/e3/e302013.htm>

다음과 같은 점에서 인권을 위협하고 있다.

첫째, 시민의 가장 민감하고도 사적인 통화 정보를 정보주체가 전혀 의식하고 있지 않는 상황에서 수집하는 행위인 감청은 '모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다'라고 규정된 헌법 제18조에 반할 가능성이 많다. 이것은 우리사회가 지향하는 민주주의의 이상과 괴리된다. 특히 감청'기술'은 전기통신상의 정보뿐만 아니라 사무실내의 일반적인 그리고 매우 사적인 대화까지도 도청하는 기술로 활용될 수 있기에 향후 민주주의를 위협하는 요소가 될 수 있다.

둘째, 수사기관의 통신감청이 해를 거듭할수록 지나치게 늘고 있다. <표 1>에서 보듯이 '95년 1천7백 94건이던 감청 건수가 '96년 2천4백44건으로, '97년에는 6천2건이며, '98년에는 6천6백38건으로 나타났다. 이같은 증가는 비록 통신수단의 이용이 늘어났기 때문이라는 국민회의의 설명을²²⁾ 참고할지라도 지나치다.

<표 1> 각 연도별 감청 집행 현황 (단위:건)

구분 연도	'94.6 이후	'95년	'96년	'97년	'98년
국가안보	151	332	291	1,126	6,280
일반범죄	405	1,462	2,153	4,876	358
계	556	1,794	2,444	6,002	6,638

자료: 제198회 국정감사, 정보통신부 제출서(1998.10.23), '98년 현황은 정보통신부(1999) 참고: -각 통계에는 o 실시간 통화내용을 지득·채록하것 외에, o 당사자의 동의없이 착·발신 전화번호를 추적하는 것도 포함하여 집계하였음.

-'97년부터 무선호출사업자의 음성사서함 비밀번호도 감청에 포함

셋째, 긴급감청이 인권침해에 대하여 가지는 의미이다. 긴급감청이란 통신비밀보호법 제8조에 따르면, 검사와 사법경찰관 및 정보수사기관의 장이 긴급한 사유로 인하여 법원의 허가없이 감청할 수 있는 것을 말한다. 현재 통신비밀보호법에는 감청하고자 할 경우 관할 법원의 허가를 얻도록 되어있으나, 긴급한 사유가 있을 경우에는 법원의 허가 없이 48시간동안 감청할 수 있도록 되어있다. 그리고 동일인에 대하여 48시간의 범위내에서 횡수에 무관하게 감청이 가능하다. 또한 '급속을 요하는 긴급감청' 제도는 수사관이 개인적으로 특정인에 대하여 48시간 동안의 감청할 수 있도록 하는 직권남용의 길을 열어놓고 있다는 점에서 통신 인권을 저해하는 심각한 문제점을 안고 있다.

넷째, 긴급감청이 때로 무리하게 운용되는 경우가 많다. <표 2>에는 각 연도별로 각 수사기관에서 긴급감청을 집행하고 난 뒤 48시간내의 사후 허가과정에 법원에서 집행 중지 명령을 받은 건수이다. 긴급감청에 의하여 불법적으로 인권침해를 당한 것이 전년도

22) 연합뉴스 '98년 11월 2일

에 비하여 표와 같이 늘고있는 것에서 알 수 있듯이 감청에 의한 인권침해는 국민의 정부에서 더욱 많다.

<표 2> 긴급감청 후 법원 불허가 건수 (단위:건)

구분	연도	'95	'96	'97	'98
검찰		10	26	98	232
경찰		27	25	227	275
국정원				4	3
기무사				64	16
기타					2
계(전년도 대비 증가)		37	51(1.4배)	393(7.7배)	528(1.3배)

자료: 정보통신부(1999)

다섯째, 국가정보원(이하 국정원)의 일반범죄에 대한 수사의 문제점이다. 현행 국정원법 제3조의 규정을 보면 일반 범죄는 국제 범죄조직과 연관된 것 외에는 직무 범위에 포함되지 않은 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 <표 3>과 같이 일반범죄의 수사를 이유로 감청이 있었음이 보인다. 더구나 '97년까지 국가안보보다 일반범죄에 대한 감청건수가 더 많은 것은 국내 정치사찰과도 관련있는 것으로 진단되기도 하는 것으로 문제가 많다.

<표 3> 국정원의 연도별 감청현황 (단위:건)

사유	연도	'95년	'96년	'97년	'98년
국가안보		280	246	323	560
일반범죄		312	390	519	242
계		592	636	842	802

자료: 정보통신부(1998;1999)

마. 데이터 검열에 의한 수집

검열이란 '행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 사전에 발표를 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도'를 뜻한다.²³⁾ 그러나 여기서는 우리가 다루고자하는 문맥상 반드시 '사전' 검열만이 아니라, '사후'심사의 의미도 포함하는 것으로 하고서 특정인이나 일반인의 사상·의견을 알아보기 위하여 열람하는 것으로 이해하기로 한다. 검열은 전기통신사업법 제53조(불온통신의 단속)와 제54조(통신비밀의 보호)제3항에 근거하여 이루어지고 있다. 우리는 이를 편의상 우편검열과 사이버스페이스 검열로 나누어 고찰해 보자.

23) 헌법재판소 1996.10.4, 93헌가13병합결정 전원재판부, 헌재공보 96, 542; 헌법재판소 1996.10.31, 94헌가6결정 전원재판부, 헌재공보 96, 613을 홍준형, '표현의 자유와 법적 규제의 한계,' 문화와 사회, 문학과 지성사 58쪽 재인용.

우선 우편검열을 보면, '97년에는 범죄수사와 국가안보에 모두에 대하여 704건 의뢰하여 8만1천951통을 검열하였고 '98년에는 831건 의뢰하여 총 6만5천410통을 검열한 것으로 나타났다. 그런데 여기서 '98년은 '97년에 비교하여 감소한 것으로 단순히 해석할 수는 없다. 왜냐하면 '95년의 5만8천665통의 검열량에 비하면 '97년은 엄청나게 증가하였으나 이 때를 대선이 있었던 시기로서 검열량이 대폭 늘 수 있는 정치적 요인을 감안한다면, 그러한 '97년과 새정권의 출범기인 '98년을 단순 비교하기를 무리이기 때문이다. 오히려 군사정권인 '90·'91년과 비교하여 증가한 것을 유의할 필요가 있다. 참고로 '98년의 경우 각 기관별 우편검열 실적을 보면 국정원이 95.4%(62,424통), 경찰청이 3.7%(2,396통), 그리고 기무사가 0.9%(590통) 인 것으로 나타났다.

<표 4> 우편검열 집행실적 (단위:건,통)

구분	범죄수사		국가안보		계	
	의뢰건수	실적(통)	의뢰건수	실적(통)	의뢰건수	실적(통)
'97년	634	19,188	70	62,763	704	81,951
'98년	784	21,328	47	44,082	831	65,410

자료: 정보통신부(1999) 참조

참고: -위 실적은 국정원, 경찰청, 기무사의 실적을 합한 것임

-참고로 '90년, '91년의 집행실적은 각각 484,510건, 544,160건임

한편 사이버스페이스상의 검열도 결코 만만치 않은 것으로 나타났다. 사이버스페이스상의 검열은 정보통신윤리위원회에 의한 검열, 통신회선 및 서비스 제공업자에 의한 검열, 국가정보수사기관에 의한 검열 등으로 구분할 수 있다. PC통신의 검열은 전기통신사업법 제54조 제3항에 기준하여 행하고 있다.²⁴⁾ <표 5>에서 보듯이 '95년 이후 pc 통신상의 검열은 지속적으로 증대되고 있으며, <표 5>의 참고 설명에서 보듯이 사실상 현 정권에서 정보제공의 건수는 더욱 많은 것으로 보인다.

<표 5> 'pc 통신 이용자의 통신정보' 제공 건수 (단위:명,건)

구분	연도	'95	'96	'97	'98.6 까지
정보제공 건수		46	166	519	236

자료: 정보통신부(1999) 참조

참고: '96년까지는 정보가 제공된 개인의 수이며 '97년부터는 수사기관이 요청한 문서의 건수임. 통계자료를 보고 추정한다면 개인의 수는 요청건수의 2배 정도로 추정됨.

24) 전기통신사업법 제54조 제3항에는 전기통신사업자 등은 '수사상 필요에 의하여 관계기관으로부터 전기통신업무에 관한 서류의 열람이나 제출을 서면으로 요구받은 때에는 이에 응할 수 있다'고 명시되어 있다.

바. 미행과 고문에 의한 수집

정보수사 요원 등이 대상의 행동 반경을 직접 미행하거나, 범인으로 추정되는 사람을 고문하여 허위 자백까지 강요하는 것 등은 전통적 의미에서 인권문제와 관련하여 심각한 문제점을 가지고 있다. 이러한 부분은 통계자료로 남겨지지 않는 않지만, 국가수사기관에 의한 인권침해의 방식으로서 항상 언급되어 왔던 부분이다. 미행의 경우 특정한 범죄 혐의가 없는채 일상적으로 미행을 한다는 것은 헌법 제17조의 사생활의 자유에 대한 권리의 위반이다. 또한 고문은 헌법 제12조 2항의 위반이다.²⁵⁾

IV. 정보수집 활동에서 인권보장을 위한 제고

1. 인권 민주화를 위한 제도적 개선

인권과 민주주의를 향상시키기 위한 대안은 다양하겠으나, 여기서는 본 논문의 일관성을 유지하기 위하여 국가기관의 정보수집 활동과 연관된 것들 중 사회적 문제가 된 쟁점들을 검토하면서 제도적 개선방안을 모색하기로 한다.

가. 국정원의 정보수집활동과 수사권 문제

먼저 지적해야 할 것이 정보수집기관 특히 국정원의 수사권과 관련된 정보수집 권한을 어떻게 볼 것인가의 문제가 있다. 국정원의 직무는 현재 국가정보원법(제3조)에 규정되어 있는 데,²⁶⁾ 이를 편의상 정보관련 업무와 수사업무로 구분하여 이해할 수 있다. 이 중 수사업무는 형법 중 내란의 죄, 외환의 죄, 군형법 중 반란의 죄, 암호부정사용죄, 군사기밀보호법에 규정된 죄, 국가보안법에 규정된 죄에 대한 수사(제1항제3호)와 국정원 직원의 직무와 관련된 범죄에 대한 수사(제1항제4호)를 내용으로 하고 있다.

국정원이 맡고있는 이러한 수사업무는 국내외 인권단체 및 옹호자들에게서 다음과 같은 내용들이 지적되면서 폐지되어야 할 것으로 비판받고 있다. 우선 제3호의 수사권 내용에 대한 비판을 정리하면 다음과 같다.²⁷⁾ 첫째, 정보기관이 수사업무를 담당함으로써

25) 고문이 주는 인간성의 파괴에 대해서는 남규선, '안기부 밀실수사가 인간성에 미치는 영향', 월간 말(1997년 4월호), 144-153쪽을 참고할 수 있다.

26) 국정원은 다음 각호의 직무를 수행할 것을 규정하고 있다. ① 국외정보 및 국내보안정보(대공·대정부전복·방첩·대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포 ② 국가기밀에 속하는 문서·자료·시설 및 지역에 대한 보안업무. 다만, 각급기관에 대한 보안감사는 제외 ③ 형법 중 내란의 죄, 외환의 죄, 군형법 중 반란의 죄, 암호부정사용죄, 군사기밀보호법에 규정된 죄, 국가보안법에 규정된 죄에 대한 수사 ④ 국정원 직원의 직무와 관련된 범죄에 대한 수사 ⑤ 정보 및 보안업무의 기획·조정

http://168.126.27.66/upload/M060000000000000000/M0609000.../원법.ht

27) 다음의 주장을 참고하였다. 박상천, '국가안전기획부법의 개정방향', 인권과 정의 통권203호, 대한변호사회(1993), 17-9쪽; 박연철, '국가안전기획부법 개정논의의 문제점', 인권과 정의 통권

발생할 수밖에 없는 모순이 있다는 것이다. 즉 '비밀주의의 지배를 받는 정보기관이 수사권을 행사할 경우, 정보기관의 생명인 비밀주의를 손상하거나 수사의 생명인 당사자 대등주의와 투명성을 훼손할 수밖에 없다'는 것이다.²⁸⁾ 특히 익명성이 극도로 요구되는 정보업무가 활동성이 요구되는 수사업무를 동시에 맡게될 때, 정보업무는 수사를 염두에 둔 공작으로 될 가능성이 많고, 그 결과 인권침해는 항상적으로 일어날 수밖에 없다는 것이다.

둘째, 수사는 그 속성상 피수사자뿐만 아니라 모든 사람들을 심리적으로 위협하는 효과를 내재하고 있기 때문에 수사기관의 모든 업무는 국민에게 투명하게 공개될 필요가 있으나, 비밀주의를 근간으로 하는 정보기관이 수사업무를 맡게 됨으로써 인권에 대한 사회적 공포심을 내재화시켜 표현의 자유 등 민주주의의 실질적 요건들을 저해하기 때문에 폐지되어야 한다는 것이다.

한편 국정원의 수사권 보유 문제는 업무의 효율성을 떠나서 권력유지의 한 방식이라는 점이 핵심이다. 이제까지 국정원의 정보수집과 수사권 행사는 독재권력의 유지, 특히 반정부 인사를 탄압하는 수단으로 남용되어 왔다. 거기다 국정원의 직무에 관련된 범죄 일체를 여타 기관에서 수사하지 못하게 되어 있기 때문에 국정원은 무소불위의 권력을 남용할 수 있었던 것이다. 민주주의가 권력의 독점보다는 권력들의 견제와 다양성 속에서 발전한다고 볼 때 우리나라는 법률 조항 자체에서부터 실질적 민주주의가 불가하도록 되어있었다고 해도 과언이 아니다. 향후 국정원의 업무 설정은 정략적 이해속에서 논의되기보다는 민족국가의 토대를 재구축한다는 차원에서 연구되어야 할 것이고, 이것이 헌정권과 국정원 조직 그리고 요원을 위해서도 바람직할 것으로 보인다. 국정원의 수사권 보유 문제에 대해서는 '93년 현정부의 법무장관이 야당의원으로 있던 시절의 지적을 되새기는 것도 유익할 것 같다.²⁹⁾

필자는 원래 국가정보기관이 수사권을 가지는 것은 익명성이 요구되는 정보기관이 수사권까지 장악할 경우 인권유린이 파생될 수밖에 없다는 입장에서 안전기획부의 수사권폐지를 주장하고 연혁적으로 보아도 안전기획부의 수사권은 5·16 군사혁명 당시 안전기획부가 반혁명사건 등 정치적 사건을 수사할 필요성에서 주어진 것이므로 문민정부가 들어선 이제 국가정보기관이 수사권을 계속 보유할 필요가 없다고 생각한다. ... 선진민주국가들 중 국가정보기관이 국내수사권을 보유하고 있는 나라가 한 나라도 없다는 사실을 ... 인권시비를 방지하고 있다.

244호, 대한변호사회(1996), 17-8쪽; 조용환, '민주주의와 정보수사기관의 통제', 한국사회과학연구소, 동향과 전망 통권 33호(봄호), 한울(1997), 168-9쪽; 새정치국민회의 정책위원회, '안기부법 개정, 과연 필요한가?', 정책논단 제2집(1997).

28) 조용환, 위의 글, 169쪽

29) 박상천, 앞의 글, 19쪽.

한편 수사권을 부분적으로 제한해야 한다는 주장도 있다.³⁰⁾ 우리나라에서 수사와 공소 제기는 검찰에만 부여되어 있으나, 그 중에서 전문적 능력이 요구되는 삼림, 해사, 전매, 세무, 군 관련의 특수한 분야는 능률적으로 수사하기 위하여 업무를 분산시켜두고 있다고 하면서, 국정원이 각종 기밀에 대한 보안업무를 담당하는 이상 이 업무를 수행하기 위한 수사업무는 필요하기 때문에 일반사법경찰의 수사가 어려운 형법 중 내란의 죄, 외환의 죄, 군형법 중 반란의 죄 등에 국한하여 수사권을 부여하는 것이 바람직하다는 것이다. 국가기밀의 누출 등과 관련된 보안업무는 사법경찰에게 공개하기 힘든 점이 있음을 감안한 것이다.

부분적 제한의 시각에서 우리는 특히 '국가보안법(이하 보안법)에 규정된 죄에 대한 수사권' 보유에 대하여 재고할 필요가 있는 것으로 보인다.³¹⁾ 보안법은 한국에서 인권을 제약하는 대표적인 악법으로서 국제인권사면위원회 등에서 지속적으로 지적받아 왔던 법이다. 동 법의 제1조제2항에는 법을 해석 적용하는데 있어서 '필요한 최소한에 그쳐야 하며, 이를 확대 해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다'라고 규정되어 있다. 그러나 인권단체들은 동 법의 제2조·제3조·제4조·제5조·제6조·제7조·제8조·제9조·제10조 등에서 찬양·고무·선동·회합·불고지 죄 등과 같이 자의적으로 해석될 수 있는 모호한 규정이 있는 것이 문제라고 지적하고 있다.³²⁾

유엔인권위원회에서도 '92년 7월에 한국에서는 보안법이 국제인권협약에서 규정하고 있는 권리들을 실현하는데 가장 중요한 장애물이라고 언급하면서 동법의 폐지를 요구하며, 구 안기부의 과도한 수사권에 우려를 표명하였었다.³³⁾ 현 정부에서도 이러한 우려는

30) 이승우, '국가안전기획부법의 개정방향', 정책과 전망, 안기부법·국가보안법 개폐를 위한 민주당 제81회 정책토론회, 1993, 380-1쪽.

31) 국가보안법은 남과 북에 단독 정부가 들어섰던 '48년 12월 1일에 제정되었다. 남한의 이승만 정권은 단독정부 수립에 반대하는 세력을 효율적으로 탄압하기 위한 수단으로 일제시대의 치안유지법을 모델로 하여 이 법을 만들었다고 한다. 이후 50년동안 정치권력자들은 보안법을 국가안보를 명분으로 정치적 반대자를 억압하기 위한 수단으로 사용하여 왔다.

32) 최근에만 해도 '98년 9월 AI(Amnesty International)에서 김대통령에게 보안법을 국제적 기준에 맞추어서 수정하고 집회결사의 자유도 국제적 기준에 따라 보호받게 해야 할 것, 보안법의 사용을 최소화 할 것, 특히 보안법 제7조는 현재의 경제위기 때문에 나오는 비폭력적 정치·산업적 시위를 분쇄하는데 사용되어서는 아니됨, 정부는 보안법 남용에 관한 불만들이 적절한 권력을 지닌 국가인권위원회 등을 통하여 정당하게 재조사될 수 있도록 보장할 것, 정부는 국가보안법으로 체포된 양심수를 석방하고 또한 과거 정부에서 공정치 못하게 박해받았던 장기수를 석방할 것 등을 요구하고 있다.

<http://www.amnesty.org/ailib/aipub/1998/ASA/32502798.htm>

33) 한편 국정원의 수사권은 '93년 12월에 당시 김영삼 정부가 안기부법을 개정하면서 수사권 중 국가보안법 제7조와 제10조에 규정된 죄에 대한 수사권을 폐지하였던 적이 있다. 그러나 '96년 12월 다시 이를 회복시켜 오늘에 이르고 있다. 이에 대하여 조용환, 앞의 글, 153-181쪽 참고할 것.

한편 국제사면위원회에서는 '97년 1월 20일 안기부법의 개정에 대하여 우려하며, 한국에서 구 안기부는 국보법 제7조와 10조를 근거로 오랜동안 감시, 자의적 체포 등 인권침해에 대한 책임을 가지고 있는 조직이라고 보면서 새로운 법이 인권침해를 일으키지 않을 것이라는

반복되거나 심화되고 있다. 문민정부가 출범한 '93년에 보안법 구속자 수는 67명이었으나, 현정부 출범 후 8개월 동안만도 구속자 수는 310명으로 하루 평균 1.24명인 것으로 나타났다.³⁴⁾

보안법은 냉전시대의 산물이라는 점, 역대 독재정권에 의하여 국가안보를 명분으로 정권안보를 추구하는데 남용되어 왔던 점, 추상적이고 애매한 조항이 많아 자의적으로 해석될 소지가 많은 점 때문에 이제까지 민주주의와 인권의 발전을 저해하는 걸림돌이었다. 그러나 세계적 냉전 구조의 붕괴에 따라 대북한 관련 국가계획이 새롭게 수립되고 있다는 점, 국가간 경쟁이 치열하게 전개됨으로써 국가의 위협요소가 현저히 달라지고 있다는 점, 이제는 시민사회의 에너지를 제재하는 부정적인 통치보다는 과학기술이나 문화를 발전시키는 식의 긍정적 정치를 펼쳐야 한다는 점 등에 의해서도 국가보안법은 폐지되어야 할 것으로 보인다. 그러나 현실적으로 폐지가 어렵다면, 보안법이 제정된 후 지난 50년동안 인권과 민주주의 발전에 치명적인 독소가 되어왔던 것을 직시하고 이에 각별히 주의하여 대체법을 만들어야 할 것이다.³⁵⁾

나. 국정원의 정보수집 및 조정권 행사의 문제

국정원법 제2조제1항의 제1호·제2호·제5호에는 각주 26)에서 보듯이 동기관이 정보의 수집업무, 보안업무 그리고 정보 및 보안업무의 기획·조정업무를 수행하도록 규정되어 있다. 이러한 규정은 국가조직의 운영에 필요하지만 다음과 같은 이유로 비판받고 있다.³⁶⁾ 예를 들어 '대정부전복' 등의 개념들은 너무 추상적이어서 해석하기에 따라서 일체의 국내정보를 다 포함시킬 수 있는 개념이기 때문에 사실상 국정원이 국가 각 부처, 언론사, 학교 등 국가기관과 공공단체 등 모든 곳을 출입하여 정보를 수집·조정·통제할 수 있게 되어있다는 것이다. 심지어 '보안감사를 빌미로 사실상의 문책권을 행사'하기도 한다는 것이다.³⁷⁾ 이 때 '국내 보안정보 수집을 빙자하여 국내의 정부 비판세력에 대한

구체적 실천방안을 제시해 줄 것, 안기부에 의하여 수감된 사람들이 이유없이 갇혀있지 않다는 것을 확인시켜 줄 것, 수감되어 있는 사람을 국제 인권기준에 따라 대우할 것 등을 요구하였다. <http://www.amnesty.org/ailib/aipub/1997/ASA/32500697.htm>. 미국무부에서도 '96년도 세계 인권 연례보고서'에서 위와 동일한 내용을 지적하였었다(한겨레신문, 1997.1.31).

세계적 인권단체인 미국 프리덤 하우스는 최근 발간한 '97-98년 세계인권상황평가서'에서 한국은 민주적 정권교체, 민간 인권단체의 활동 등으로 인권이 개선되고 있지만, 개정된 안기부법, 국가보안법의 존속, 언론자유 침해 그리고 외국인 노동자 인권침해 등의 문제점이 있다고 지적하였었다(한겨레신문, 1998.11.26).

34) 한겨레신문, 1998.11.29. 한편, 최근 3년간의 국보법 위반으로 입건, 구속된 수는 다음과 같다. '96년 595명 입건에 451명 기소, '97년 830명 입건에 609명 기소, '98년('97.9-'98.8) 810명 입건에 527명 기소.

35) 보안법 개폐에 관해서는 민주사회를 위한 변호사 모임, 반민주악법개폐에 관한 의견서, 1989; 김일수, '국가보안법은 철폐되어야 한다', 인권과 정의 통권203호, 1993 참고.

36) 조용환, '국가안전기획부법과 국가보안법 개폐에 대한 촉구 의견', 정책과 전망, 안기부법·국가보안법 개폐를 위한 민주당 제81회 정책토론회(1993), 370쪽; 박상천, 앞의 글, 19-20쪽; 박연철, 앞의 글, 11-8쪽 참고.

37) 박상천, 앞의 글, 20쪽.

정치사찰, 정치공작이 가능하게' 된다는 것인데,³⁸⁾ 사찰을 당하는 당사자는 물론이거니와 시민사회의 자유로운 기풍을 억제함으로써 결과적으로 인권 민주화에 부정적으로 영향을 끼치는 것이다.

이와같은 우려는 정보사회로 진입하면서 더욱 심할 것으로 보인다. 예를 들어 국정원은 국가기관과 개인이 가진 정보를 보호한다는 명분으로 '정보보호추진분과위원회'를 구성하거나 '정보보호 시스템 평가기준'을 만드는 한편, 정부 각 기관이 내부 운영하는 전산망을 인터넷 등 외부 상용망과 접속해 사용하거나 외부 기관과 연결되는 전산망을 증설할 경우 보안성을 검토 받도록 하는 등, 국정원은 공공기관의 모든 전산망을 완벽하게 통제하고 있는 것으로 알려지고 있다.³⁹⁾ 또한 국정원은 각 기관에 연결된 전산망을 통해서 정치인을 포함한 시민에 대한 사찰을 할 수 있게 되어 있다. 이와같은 가능성이 현실화된다면, 이것은 OECD가 각국에서 프라이버시 보호를 위하여 만든 8개의 권고원칙 중 정보수집제한의 원칙, 목적 구체성의 원칙, 이용제한의 원칙, 안전성 확보의 원칙, 공개의 원칙, 정보주체 참여의 원칙 등 6개의 원칙이 심각하게 위협받는 상황이 초래될 수 있을 것이다.

이러한 부분에 대한 대책으로 정보 및 보안업무의 기획·조정권을 국가안전보장회의로 이관해야 한다는 주장과,⁴⁰⁾ 대통령 및 행정부에 맡겨야 한다는 주장 등이 있다.⁴¹⁾ 독일과 같이 해외정보, 국내정보 그리고 군사정보 분야로 나뉘어 각각 연방정보부, 헌법보호청 그리고 군방첩대 등의 독립 정보기관을 만드는 방안을 모색할 수도 있을 것이다. 또한 미국과 독일 등에서 정보수집권과 수사권을 분리시켜 둔 것도 참고해야 한다.

한편, 정보관련법을 손질할 필요도 있다. 우리나라에는 현재 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(이하 개인정보보호법)이 '94년 1월 7일자, 공공기관의 개인정보 공개에 관한 법률(이하 정보공개법)이 '96년 12월 31일자 공포되어 (개인)정보 프라이버시를 보호할 수 있도록 해두고 있다. 그런데 이들 법에는 '국가안전보장과 관련된 정보'에 대하여는 보호와 공개 모든 것에서 법을 적용하지 않는다는 것을 명시하고 있다. 정보사회에서 시민의 실질적 인권을 보장해 줄 수 있는 가장 근간이 되는 법에서 이러한 예외조항이 있는 것이다. 정보사회에서 국가기관에 의한 인권침해는 이러한 예외조항을 빌미로 발생될 것으로 보인다. 물론 우리나라의 특수한 상황 등의 '꼬인 문제를 인식하지 못하는 것은 아니지만, 이른바 '국가안보'의 개념에 대한 보다 구체적인 정의와 정보연동체제에서 정보수집·이용의 구체적인 절차에 대한 통제제도를 만들 필요가 있다.

다. 정보기관의 직권남용과 인권침해

정보기관에 의한 인권침해에는 직권남용과 관행, 그리고 '과도한 업무욕' 때문에 발생

38) 조용환, 앞의 글, 370쪽
39) '97년 국정감사에서 김영환의원의 질의, 고영삼, 앞의 책, 145-52 참고
40) 박상천, 앞의 글, 21쪽
41) 이승우, 앞의 글, 379쪽

하는 것도 있다. 예를 들어 국군기무사령부(이하 기무사)는 법적으로 군관련 첩보기관이지만 '90년 국군보안사 소속 방위병에 의하여 정치인 등에 대한 정보를 수집해왔던 것이 공개되었고, '97년 6월에도 대학 사찰활동의 내용이 공개되었다.⁴²⁾ 이러한 것은 형법 제 123조에 따르면 직권남용죄에 해당되는 부분이다.

<표 6>에는 최근 몇 년간의 보안법 위반 입건자의 기소율을 보여주고 있다. 기소율이 근자에 더욱 낮아지는 것은 무리한 수사가 많다는 증거로 해석할 수 있다. 시민사회의 층이 한결 두터워질 이천년대에도 정보기관에 의한 직권남용이 이와같이 지속된다면 그들이 명분으로 내세우는 국가안보나 실질적으로 추구해온 정권안보가 지속되기는 힘들 것이다. 민주주의는 항상 위협받고 인권은 항상 침해받을 것이다. 전반적으로 이러한 남용에 대하여 국회정보위원회를 재구조화하여 정보기관의 투명성을 강화하는 방법으로 대처할 수도 있다.⁴³⁾ 향후에는 국정원의 수사권 제한에만 초점을 맞추어 인권을 논하기보다는 정보기관에 대한 민주적 통제를 제도화함으로써 실질적 민주주의를 보다 강화하는 전략을 모색할 필요가 있다.⁴⁴⁾

<표 6> 국가보안법 위반 입건자 및 기소율

구분	입건자 수	기소자 수	기소율(%)
1996	595	451	75.8
1997	830	609	73.4
1998	810	527	65.1

자료: 법무부(1999)

참고: 위 1998년은 '97.9 - '98.8 기간임

라. 감·도청에 의한 정보수집 활동의 문제

감청은 앞서 동향 분석에서도 보았듯이 개인의 통신상의 사생활을 보장해야 한다는 인권문제와 범죄 용의자에 대한 신속한 증거확보의 효율성 추구의 두 문제가 상충되는 것이다. 인권에 매우 민감한 사안이라는 하지만 향후 불가피하게 사용될 것으로 보인다. 그러나 다음과 같이 인권보호를 위한 대책을 모색할 필요가 있다.

첫째, 감청의 요건을 강화해야 한다. 법원에서 감청 허가의 심사기준을 명확히 하고서

42) 국군기무사령부령 제1조에 따르면, 기무사는 '군사보안 및 군방첩에 관한 사항, 군사법원법 제 44조 제2호에 규정된 범죄의 수사에 관한 사항과 군 및 군과 관련이 있는 첩보의 수집·처리에 관한 사항을 관장하기 위하여 국방부장관 소속하에' 두고 있다
43) 비록 통일된 독일의 상황에서 만들어진 것이긴 하지만, 독일의 니더작센 주에서는 헌법보호청이라는 정보기관의 활동을 민주적으로 통제하면서, 그들의 예산총액과 직원 수, 심지어 컴퓨터 저장자료의 양도 공개하게 된 사례도 있다(롤프 피스너, '민주주의와 비밀정보기관은 공생 불가', 월간 말, 1997년 4월호, (주)월간 말 참고). 미국의 경우에도 공익단체인 과학자 연맹의 활약으로 CIA의 예산이 '97년에 공개된 적이 있다. '97년은 2백66억달러, '98년은 2백67억달러였고 '99년에는 2백 90억달러 정도로 추정되고 있다.
44) 조용환, '인권, 민주주의, 국가: 국제인권기준에 비추어 본 한국의 상황과 과제', 서울대 민교협 주체 세계인권선언 50주년 기념 학술 심포지움(1998.11.19) 참고.

심사를 강화할 필요가 있다. 현재 정보통신부에서는 특히 긴급감청은 긴급체포와 같이 불가피하다고 해도 긴급집행 후 24시간내에 검사의 승인서를, 48시간 이내에 법원의 허가서를 제출하도록 할 필요가 있다고 보고하고 있다.⁴⁵⁾ 국회의원에서는 법원의 허가를 받기 전에 종료하였을지라도 법원에 사유서를 제출하도록 할 필요가 있다고 하면서, 현재 150여종에 달하는 감청대상 범죄의 범위를 국가안보와 강력범죄 및 마약범죄 등으로 축소할 필요가 있다고 하고 있다.⁴⁶⁾

둘째, 수사관의 인식이 개선되어야 한다. 위와같이 감청의 조건이 까다로워지면 아예 법원의 허가를 포기하고 우수하게 갖추어져 있는 설비로서 도청의 방법을 택할 가능성이 있다. 감청이 논의된지 70여년이 지난 미국의 경우는 '다른 수사방법을 시도하였지만 실패하였기에 감청의 방식을 택한다'는 식의 사유서를 검찰에서 요구하고 있다.⁴⁷⁾ 그만큼 감청은 인권침해와 관련하여 조심스럽게 채택되고 있는 것이다. 앞서 <표 2>에서 보듯이 긴급감청 후 법원에서 사후 허가를 요구했으나 허가되지 않은 수가 37건('95년) - 51건('96년) - 393건('97년) - 528건('98년) 등으로 해마다 거의 폭발적으로 증가하고 있다. 이러한 통계에서 보듯이 제도 못지 않게 수사관행을 올바르게 세우는 일이 더 중요한 것으로 생각된다.

마. 데이터 검열에 의한 정보수집 활동의 문제

검열은 현재 전기통신사업법을 근간으로 행하여지고 있으나, 다음과 같은 문제점을 특히 제고할 필요가 있다. 첫째, 법조항에서 너무나 자의적으로 해석될 수 있는 용어의 사용이 많으나 이를 정확히 할 필요가 있다. 예를 들어 제53조에서의 '공공의 안녕질서', '미풍양속', 제54조의 '수사상 필요한 자료' 등에서 보듯이 용어들이 너무나 모호하게 사용되고 있다. 또한 동법 제53조의2에 의하여 이른바 '불온통신을 억제하고 건전한 정보문화를 확립'하기 위한 심의기구로 정보통신윤리위원회를 두고 있는데, 심의규정에서 너무나 모호한 용어를 사용하고 있다는 것이 문제이다.⁴⁸⁾ 정치적으로 악용될 수 있는 이러한 부분을 손보지 않는 한 인권침해의 문제는 계속될 것이다.

둘째, 동법 제54조에서 수사관은 수사상 필요한 자료를 법원의 허가없이 요구할 수 있게 되어 통신이용자의 개인정보, 통신상대의 전화번호, 통화시각 등의 모든 정보는 사실상 수사관 개인의 필요에 의하여 언제든지 조회될 수 있게 되어있다. 법원의 허가서를 반드시 첨부해야 할 것으로 바꾸어야 할 것이다.

45) 정보통신부, 통신제한조치(감청) 현황보고, 제198회(1998년) 국회 과학기술정보통신위원회.
 46) 감청의 허가요건은 통신비밀보호법의 제5조에 규정되어 있다.
 47) 소병철, '미국에서의 감청 등 전자적 감시에 의한 증거수집 및 법적규제', 해외연수검사연구논문집(I) 제11집, 법무연수원(1995), 271-2쪽.
 48) 예를 들어 '인명경시 내용을 미화'(제19조), '성적 호기심을 자극하는 음란한 표현'(제23조), '국민상호간의 불신을 조장'(제24조), '공공의 안녕질서 및 미풍양속'(제25조), '청소년의 가치관형성에 악영향을 미칠 수 있는'(제25조), '간접광고의 효과가 있는'(제29조) 등의 것이다. 한편 현재와 같은 식의 정보통신윤리위원회가 과연 필요한 것인가도 고민해야 할 것이다.

셋째, PC통신의 통신망 폐쇄는 문제가 있는 것으로 보인다. 자료에 따르면 '95년에 211건이었던 정지·폐쇄는 '96년에는 2,413건으로 일년만에 11.4배나 증가하였고, '97년은 1월부터 7월까지만 해도 3,026건으로서 전체의 1.3배나 증가한 것으로 나타났다.⁴⁹⁾ 물론 수사관이 법원의 영장을 받아내어 취하는 것이기는 하지만, 과연 국가기관에서 위에서 보듯이 자의적 혹은 정치적으로 악용되기 쉬운 개념에 맞추어 정지·폐쇄시킨다고 할 때 헌법에 보장된 국민의 존엄성은 심각하게 위협받을 것이다. 사이버스페이스상의 자율규제를 강화하는 방법이 장기적으로 효과적이고 인권보호와 민주주의에도 기여할 것으로 보인다.⁵⁰⁾

2. 시민정보권 및 인권의식의 고양

정보사회에서 시민의 권리는 쌍방향 정보기술에 의하여 장려될 수 있는 동시에 유래없이 억제될 수도 있다. 때문에 장기적으로 볼 때 정보시대로 진입하면서 각 국가에서 민주주의는 새로운 시련에 직면할 것으로 보인다.⁵¹⁾ 이 때 관건은 정보사회에 걸맞는 시민의 정보주권 의식과 인권의식이다.⁵²⁾ 주지하듯이 현대 국가의 정보수집 행위 그 자체는 나무랄 수 있는 것이 아니다. 정보수집 활동과 이용이 민주적 절차와 방식에 얼마나 입각해 있는가? 하는 것이 문제의 핵심인 것이다. 이것은 권력배분의 문제이기 때문에 쉽게 해결될 수 있는 것은 아니지만, 장·단기적으로 이 문제의 해결없이 실질적 민주주의가 고양되지는 않을 것으로 본다.

이같은 관점에서 본다면, 시민들이 정보사회에 걸맞는 윤리감과 권리를 가지는 일이 가장 중요하다. 특히 국가기관뿐만 아니라 사적기관과 사인의 불법적인 그리고 합법적이긴 하지만 불합리한 방법의 정보수집과 사용에 의하여 정보문화가 얼마나 훼손될 수 있는지를 아는 것은 중요하다. 경제협력개발기구(OECD)의 프라이버시를 위한 8개 권고안을 참조하여 정보의 수집부문에 한정하여 보면, 특히 다음의 것이 인권문제에 관련하여 쟁점이 되는 부문이다.

- o 정보의 수집에 있어서 정보주체의 동의를 받았는가?
- o 합리적이고 합법적인 수단에 의하여 수집하였나?

49) 정보통신부 정보보호과(1999).
 50) 정보통신검열철폐를 위한 시민연대, 정보통신검열백서, 1996/1997을 참고할 것.
 51) 론펠트는 정보기술의 발전은 한 국가 내에서 민주주의와 전체주의의 경향 모두를 강화시킬 것으로 보고도 있다. 이에 관하여는 D. Ronfeldt, Cyberocracy is Coming, <http://www.ivelinks.com/sumeria/politics/cyber.html>(1992)을 참고할 것.
 52) 시민정보권은 정보사회의 시민들이 가져야 할 권리인데, 구체적으로 시민들의 정보접근 및 이용권, 정보생산권, 정보보호권, 정보소통권을 의미한다. 이를 보다 넓은 의미의 시민정보문화 속에서 연구한 것으로는 고영삼, '지역정보화의 활성화 방안과 시민정보문화 운동', 한국지역정보학회지 제2집(1999)을 참고할 것.

- 수집한 정보는 가장 최신의 정확한 정보인가?
- 특정 정보수집에 관련된 정책을 입안할 때 대중에게 충분히 공개하였는가?
- 수집된 정보에 대한 정보주체의 조회권을 인정하는가?

둘째, 이상과 같은 기준에 비추어 볼 때 그릇된 방식의 정보수집에 대하여 구제할 수 있는 제도를 마련해야 한다. 위에서 보듯이 특히 국가정보기관의 정보수집 활동에 관련되어서는 모두 부정적이다. 이 때 구제의 수단에 필요하지만 현재의 정보보호법과 정보공개법은 보호와 구제의 수단으로는 미약하다. 더 많은 논의와 연구를 할 필요가 있다. 향후 민주주의는 우리의 국가권력이 시민정보권을 억압적이기보다는 장려하는 힘으로 작동할 때 가능하지만, 한편 시민사회는 국가권력의 행사에 대하여 무조건 반대하기보다는 한편으로 감시하고 다른 한편 대안을 제시할 수 있을 정도로 숙성되어야 한다. 시민들의 참여와 관심을 통한 연대성 그리고 대안제시의 전문성 확보가 관건이다.

셋째, 우리사회에서 시민들의 정보주권을 비롯한 인권이 존중받기 위해서는 일상생활 속에서 누구나 실천할 수 있게끔, 인권교육을 제도화하여 제대로 된 인권문화를 만들어야 한다. 이를 위해서는 대학에서 전문적으로 인권을 연구하는 한편 인권의식의 대중화 작업을 동시에 전개해야 한다. 인권 전문가의 양성 및 인권론 연구, 시민(인권)운동 단체에 대한 정부차원의 지원, 각급 정규 교육기관의 교과에서 인권 관련과목의 실시 등이 제도화되어야 한다.⁵³⁾ 교육 프로그램에서는 장애인·여성·어린이 등 특정한 인권침해를 구제하기 위한 대처법을 만드는 일과 타인의 인권이 자연스레 존중받는 사회적 차원의 가치관을 정착시키는 내용들이 다루어져야 한다. 예를 들어 '인권은 말 많은 사람들이 떠들어대는 영양가 없는 것'이라고 생각하는 시민들(기관 종사자, 대중)의 가치관을 바꾸는 교육이 필요하다는 이야기이다.⁵⁴⁾

V. 맺음말

우리나라에서 인권의 침해는 매우 심각한 것이지만, 상대적으로 인권에 대한 의식은 강하지 못하였다. 그것은 권리나 몫에 대한 주장보다는 배품(仁)과 조화(和) 등의 윤리규범을 더 가치있는 것으로 강조한 유교문화의 영향에서 나온 것으로 보인다.⁵⁵⁾ 인화(仁和)와 겸양(謙讓)의 가치는 이동이 없던 시대의 소규모 공동체에서의 윤리로는 최고의 것이

53) 이용교, '한국 인권교육의 현실과 대안', 세계인권선언 50주년 기념 국제회의 발표논문, 한국인권교육의 진로, 1998.10.19을 참고할 것.
 54) 국가적 차원에서 인권보장의 큰 걸음이 될 수 있는 인권위원회의 설치에 관한 정부와 시민단체간의 논란을 모르고 있는 일반시민들이 너무 많다는 이 현실을 극복해야 한다.
 55) 유가문화에서 권리개념이 창출될 수 없었는지에 대한 흥미있는 주제에 대한 연구로는 이승환, 유가는 "자유주의"와 양립가능한가?, 유가사상의 사회철학적 재조명, 고려대출판부(1998)가 있다.

있을 지라도 익명의 무수한 사람과 경쟁하는 현대사회에서는 오히려 권리의 개념이 질서형성에 더 유효할 수도 있다.

그러나 권리는 애초 이기적인 부르조아 계급의 전유물로서 출발된 것으로 중세 귀족계급에게서 '박탈'해오는 것이었기 때문에 현대사회에서 이를 제대로 정립할 필요가 있을 것 같다. 즉, 인권은 애초 자기를 주장·방어하는 것으로 개념화되었던 것이지만 이제는 타인과의 '공존'을 위한 권리로서 개념화할 필요가 있는 것이다. 인권은 어떤 객체에 대하여 갖는 나의 권리이기는 하지만 인간 존엄성의 권리이기 때문에, 제로섬 게임이 아니라는 것이다. 공유할수록 양쪽 모두의 인간가치가 더욱 고양되는 것으로 인식할 필요가 있는 것이다.

그러나 역사속의 현실에서 약자의 인권이 권력의 배려로 쉽게 보장되는 일은 없었다.⁵⁶⁾ 우리나라에서 국가 폭력은 하나의 가능성으로 자리하였던 현대 서구국가와는 다르게 매우 현실적인 것이다. 우리는 합법성에 맞추어 국가를 대응감시하는 서구와는 다르게, 정보수집 행위의 합법성과 법의 합리성을 동시에 대응감시해야 하는 '압축 민주화'와 정보화를 추구하고 있다. 이러한 상황에서는 '비록 개별 감시행위가 사회적 차원에서 시민의 자유를 위협하지 않을 때조차도 감시 그 자체가 거시적으로 사회적 통제 시스템을 강화하는 위험을 초래한다'⁵⁷⁾는 것을 명심할 필요가 있다.⁵⁸⁾ 우리는 정보수집 혹은 데이터 감시가 인간의 존엄성이나 개인성을 위협하기보다는 사회적 약자를 보호하는 차원으로 활용될 수 있도록 노력할 필요가 있다. 이 때 지배(권력)과 종속(약점)의 근간이 되는 정보에 대한 수집과 이용 그리고 관리에 대한 합당한 제도의 설치와 시민사회적 통제를 강화하는 것이 민주화의 첩경임을 감히 확인한다.

56) 한상범, 인권, 교육과학사(1993), 136쪽.

57) C. J. Bennett, 'The Public Surveillance of Personal Data: A Cross-National Analysis', Computers, Surveillance, and Privacy. Minneapolis: Uni. of Minnesota Press(1996), 254쪽.

58) 데이터 감시가 일상화됨으로써 나타날 수 있는 정보복지주의와 전자전체주의, 신뢰문화와 감시강박적 문화에 대하여는 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울(1998)을 참고할 것.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

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

국가의 국민관리체제와 인권 -호적과 주민등록제도를 중심으로

— 김 기 중 —



국가의 국민관리체계와 인권

- 호적과 주민등록제도를 중심으로

변호사 김기중

I. 서론

1. 논의의 출발점

뉴스플러스 1998년 12월 3일자(165호)에 "주민등록증을 찢어라"는 다소 과격한 제목의 기사가 게재되었다. 이 기사를 눈여겨 보는 사람은 많지 않았을 것이나 우리 사회를 운영하는 기본시스템의 하나인 주민등록제도의 핵심적 축을 이루는 주민등록증 자체의 폐기를 주장하는 최초의 언론보도라는 점에서 의미있는 기사였다. 우리 사회에서 생활한다는 것은 주민등록제도의 울타리 안에서 생활한다는 것과 동일하다고 할 정도로 주민등록제도는 이미 우리 삶의 일부가 되어 있기에 주민등록제도에 어떤 문제가 있다거나 나아가 주민등록제도 자체가 없어져야 한다는 생각은, 그것의 옳고 그름을 떠나 무척 불온하며 상상할 수도 없는 일이었다. 1996년 10월경부터 시작되어 최근까지 이어지고 있는 전자주민카드반대운동을 거치면서 일부 사람들은 왜 개인이 국가에 자신을 등록하고 주소이동을 신고하고 선진국에서는 범죄자들에게서만 채취하는 지문을 강제채취당해야 하며 나아가 반드시 신분증을 소지한 채 자기 자신을 증명해야 하는지 의문을 갖게 되었다¹⁾. 한편 이러한 의문을 이제 '갖을 수 있게' 된 구체적 계기는 전자주민카드제도가 촉발한 논란때문이기도 하나, 1980년대부터 정치학, 사회학 분야에서 활발하게 이루어진 국가론 논쟁을 통하여 '국가'를 객관적으로 보게 된 이론적 배경이 근저에 있다고 보는 것이 옳을 것이다. 주민등록제도는 국가의 가장 기본적인 활동중의 하나이므로, '국가'를 분석하지 않고서는 주민등록제도 자체의 문제에 접근할 수 없기 때문이다.

2. 선행연구

그동안 주민등록제도에 대한 검토의 글은 제도의 운용에 대한 단편적인 소개나 부수적인 설명의 것이 주종을 이루었다²⁾. 특히 주민등록제도에 대한 비판적 연구결과는 주로

1) 반대운동의 초기 반대운동의 방향을 정하는 자리에서 학생들을 중심으로 주민등록증 자체의 폐기운동으로 나아가야 한다는 주장이 있었으나, 참가자들 다수는 주민등록증 자체의 폐기를 주장하는 것은 많은 동조를 얻을 수 없다는데 동의하고, 반대운동의 초점을 정보화사회에서 정보집중의 위험성에 대한 것으로 정하였다.

2) 내무부 공무원인 김병유가 월간 사법행정에 여러 편에 걸쳐 기고한 글은 주민등록제도의 실제 운용이 어떠한지를 이해하는데 도움이 된다. 사법행정 1977년 12월호 "주민등록증과 그 활용실태", 1978년 1월호 "주민등록법 개정법률해설", 같은 호 "외국의 국민등록제도 소개", 1978년 7월호 "주민등록일반사항", 1979년

주민등록제도에 의하여 수집되는 개인정보의 전산화와 그 위험성에 관한 연구였고, 주민등록제도 자체, 국가의 인적관리체계의 한계 등에 관한 연구는 거의 없었다.

개인정보의 전산화에 따른 위험과 관련하여 주민등록제도를 언급한 연구는 행정학과 사회학에서 이루어졌다. 전자주민카드문제가 사회적 이슈가 되면서 이를 비판하는 법학자들중에 법률적 측면에서 주민등록제도 자체의 문제점을 지적하기도 하였다.

박홍윤은 한국의 행정조직과 행정관리체계가 점차 전산화되어 가는 과정을 통합정보관리체계로 이해하고 한국의 통합정보관리체계에서 주민등록번호가 갖는 정보통합기능에 주목하며 이를 비판한다³⁾. 고영삼은 정보지배사회라는 개념으로 최근의 사회현상을 개념화한 후 국가와 시장에서 일상화되는 정보지배의 문제를 다루면서 주민등록정보의 전산화와 전자주민카드제도로 인한 국가의 통제능력 증대를 우려하였다⁴⁾. 이준구와 홍석만은 주민등록제도를 지속적인 관찰과 감시, 정보수집으로 전 주민의 일상생활에 대해 영향력을 행사하는 근대행정국가의 틀로 보고 주민등록정보의 전산화에 따른 국가감시망의 강화에 대응하여 권력에 대한 통제권으로서, 역감시의 권리로서 프라이버시권을 재구성해야 한다고 주장하였다⁵⁾.

전자주민카드제도에 대한 비판적 연구에서 이기우는 주민등록증에 거주관계와 사람의 동일성을 파악하는데 필요없는 과도한 정보가 수록되어 있다는 점, 주민등록번호 및 지문, 병역사항의 기록과 호주관계의 명시 등은 주민등록법의 목적인 주민의 거주관계를 파악하는데 필요하지 않다는 점 등을 근거로 주민등록제도의 근본적 재검토를 요구하였다⁶⁾. 김승환은 전체주의의 주요 관심사는 국가관료제와 사회조직에 정치권력의 정보수집 활동을 혼합시킴으로써 국민을 조종하고 통제하는 작업이라는 점에서 국민개번호제와 지문강제채취제는 인간의 존엄을 파괴하는 제도이며, 반전체주의적 질서를 지향하는 우리 헌법 제10조 제1문 전단에 반하여 위헌이라고 주장하였다⁷⁾.

반면 강경근은 독일과 미국의 사례를 들어 우리 제도가 헌법 내의 제도로 필요성이 인정된다고 보았다⁸⁾. 다만 강경근의 글은 주민등록제도가 인권과 기본권의 측면에서 어떤 의미가 있는지 밝히지 않고 있어 문제의 본질을 놓치고 있다고 하겠으며, 그 논지의 문제점에 대해서는 아래에서 차례로 지적하고자 한다.

1월호 "주민등록증 제도에 관하여", 1979년 7월호 "주민등록제도와 호적제도의 목적과 현행법상 연관관계", 같은 호 "주민등록업무의 발전방향과 당면과제", 같은 호 "주민등록제도의 의의와 연혁 개관" 등

3) 박홍윤, 한국의 통합정보관리체계에서 개인정보프라이버시 보호에 관한 연구, 서울대학교 대학원 행정학과 박사학위논문, 1994, 168-173쪽

4) 고영삼, 정보지배사회의 전자감시와 개인정보침해, 부산대학교 대학원 사회학과 박사학위논문, 1998, 82-138쪽

5) 이준구, 홍석만, 역감시의 권리로서 프라이버시권에 대한 재구성, 민주사회를 위한 변호사모임, 민변창립 10주년 기념 인권논문상 수상작품집, 1998, 7.

6) 이기우, 주민카드제도의 법률적 문제점, 이달의 민변, 1997년 6월호(통권 제9호), 50쪽

7) 김승환, 전자주민카드제도의 헌법적 검토, 국회 내무위원회 공청회 자료집, 1997. 7. 14.

8) 강경근, 주민카드제도와 그 헌법적 성격-주민등록법중 개정법률과 관련하여-, 국회 내무위원회 공청회 자료집, 1997. 7. ; 주민등록과 전산화 그리고 프라이버시, 아태공법연구 제4집, 1997. 12.

3. 개념의 설정

이 분야의 논의가 충분히 이루어지지 않았기에 사용하는 개념의 의미가 뒤엉키는 경우가 자주 발생하고 있어, 먼저 중요용어에 대한 개념을 분명히 정하는 것이 주제의 성격상 매우 중요하다.

국가의 인적자원관리체계는 조세와 병역문제 때문에 오래 전부터 있었겠지만, 전면적인 형태로 완성된 것은 근대국가가 완성된 이후이다. 이 점 때문에 '민족국가(Nation State)'라는 개념으로 근대국가의 성립과 발전, 구조를 연구한 안쏘니 기든스는 출생, 결혼, 사망 등의 인적정보 및 조세관련정보의 중앙집중적 운영이라는 측면에서 "모든 (근대)국가는 '정보사회'이다"고 하였다⁹⁾.

근대국가에서 체계적으로 완성된 '모든 국민의 등록제도'는 기본적인 것으로 출생, 혼인, 이혼, 사망을 등록하는 제도가 있는데 지금은 행정적인 목적이 가미되어 있는 경우가 많으나 원래의 의미대로라면 이를 신분등록제도(민법관계를 분명하게 하기 위한 가족관계 및 출생, 사망의 증명)라 할 수 있고, 신분등록제도 외에 행정적 통제와 급부 내지 통계의 목적으로 요구하는 주거등록제도(inhabitant registration)가 있으며, 양자는 우리나라나 일본처럼 분리되어 있는 경우도 있고 서유럽처럼 혼합되어 있는 경우가 있다. 민법적 목적과 행정적 목적이 혼합되어 있거나 보다 상위의 개념이 필요할 때 양자를 포괄하는 의미로 사용할 수 있는 용어로는 '주민등록제(population registers)'가 정확할 것이나, 우리나라의 특수한 주거등록제도의 명칭이 '주민등록제'이므로, 개념의 혼란을 피하기 위한 논의의 편의상 양자를 포괄하는 의미로 '국민등록제'라는 용어를 사용하고자 한다. 신분등록제가 주로 '주민'보다는 '국민'을 대상으로 하므로 경우에 따라서는 '국민등록제'라는 용어가 더 정확할 수도 있을 것이다.

개인식별번호(personal identification number, personal reference number, universal identification number)제도는 부여대상자중에 중복되는 것이 없으며(유일독자성) 일생동안 변하지 않고(영구성), 개인을 특정하는데 사용하는(전속성) 것으로 출생등록과 동시에 또는 거주등록을 하거나 국가신분증을 발행하면서 부여하는 것을 말한다. 개인식별번호가 도입되어 있는 나라에서는 국민등록제도의 핵심이라고 할만큼 중요한 제도이다. 특히 등록정보가 전산처리되는 현실에서 더욱 그러하다.

한편 국민 또는 주민의 동일성을 보통 카드식인 단일한 형태의 증명서에 의해서 증명하도록 하기 위하여 국가(연방정부의 경우는 보통 지방정부)가 발행하는 국가신분증(National Identification Card, National Certificate)제도는 엄밀하게 말하면 신분등록제도나 주거등록제도와 구분되는 것이나, 국민등록제도와 함께 논의되고 국민 개개인에 영향을 미치는 국가제도라는 점에서 동일한 목적을 갖고 있으며, 우리의 주민등록제도는 국가신분증인 주민등록증과 긴밀하게 연결되어 있으므로, 함께 분석되어야 한다.

9) Anthony Giddens, 진덕규 옮김, 민족국가와 폭력, 삼지원, 1991, 211쪽

4. 연구의 목적과 범위

이 글은 위에서 제시한 의문과 연구결과를 바탕으로 국가의 기본적인 인적자원 관리체계로서 신분등록제도인 호적과 주거등록제도인 주민등록제도를 개관하고 주민등록제도의 특수한 형태인 전자주민카드제도를 살펴본 후 이 제도가 갖고 있는 인권침해적 요소, 특히 인권선언과 인권규약을 기준으로 그 적실성을 평가하며 이 제도를 전제로 하고서는 보통 프라이버시¹⁰⁾라 부르는 개인의 사생활 영역이 있을 수 없음은 물론 권위주의적 국가체제의 극복이라는 과제도 완성할 수 없다는 점을 밝히고자 한다. 다만, 앞에서 지적하였듯이 국가의 기본적인 인적자원 관리체계인 주민등록제도는 국가에 대한 분석과 국가 내에서 주민등록제도가 개인에게 어떤 방식으로 적용되는지에 대한 실증적 연구를 전제로 해야 그 정확한 의미와 한계가 도출될 수 있을 것이나, 필자의 능력을 벗어나는 부분 이어서 부족한 대로 남겨둘 수밖에 없다는 점을 미리 밝힌다. 또한 국민의 병역의무와 납세의무를 강제하기 위한 제도적 장치들도 호적과 주민등록제도와 교착되어 국민을 전반적으로 통제하는 중요한 장치이며 이 장치들도 모두 개인정보를 바탕으로 하는 정보체계이므로, 국가관리체계는 기본적으로 개인의 사생활권 내지 프라이버시권과 충돌할 수밖에 없다. 따라서 프라이버시권에 대한 연구는 국가관리체계 자체에 대한 법적 구조를 분석하고 프라이버시권을 제한원리로 하여 그 한계를 설정한 연구로 나아가야 할 것이나, 아직 관련 연구는 이 정도에 이르지 못한 것으로 보이며, 이 글도 문제의식만을 제시하는 것에 그친다.

그렇다고 하더라도 국가의 관리체계도 단순히 효율적이라는 이유만으로 정당성이 확보되는 것이 아니라 인권 내지 헌법상의 기본권이라는 한계속에서 그 정당성이 확보되어야 한다는 것이 이 글의 기본적인 전제이다.

II. 우리나라의 기본적인 국민관리체계

1. 국적과 호적제도

국가의 인적관리체계는 국적을 관리하는 방법에서 시작될 것이다. 국적취득과 상실에 관하여 속지주의와 속인주의로 대별되는 기준이 있는데 우리나라는 대표적인 속인주의의 나라로 '출생 당시 부(父)가 대한민국의 국민인 자'를 기본적인 국적취득요건으로 규정하고 있어 가장 엄격한 혈통주의의 원칙을 지켜 왔다¹¹⁾. 개정전 국적법의 남녀차별적

10) 'privacy'는 보통 '사생활'로 번역하고 이러한 번역이 틀렸다고 말할 수는 없으나, 'privacy'는 '사생활'이라는 한국어로는 포괄할 수 없는 다양한 의미를 포함하고 다양한 해석의 여지를 남겨놓고 있는, 따라서 그 의미의 내포와 외연이 계속 수정, 발전하고 있는 용어이므로, 비록 우리 헌법 제17조가 '사생활의 비밀과 자유'라는 명문의 규정을 두고 있음에도 불구하고, 프라이버시라는 원어를 그대로 사용하는 것이 옳다고 생각한다.

요소에 관한 것은 이 글의 관심이 아니므로 논외로 하고, 우리의 국적법에 의하면 '출생 당시 부(父) 또는 모가 대한민국의 국민인 자'는 국적을 취득하게 된다¹²⁾. 일단 대한민국의 국적을 취득한 자는 호적법에 의하여 신고하도록 되어 있다. 별도의 국적부가 존재하지 않기 때문에 호적부는 국적에 관한 증명부의 역할을 한다. 다만 호적이란 원래 민법상 신분등록관계를 공증하는 것으로 '가(家)'를 중심으로 편제되는 우리 호적법상 친족집단의 구성원과 그 신분관계의 확인제도이나, 국적은 '국가'라는 집단의 구성원을 확정하고 공증하는 제도로 그 목적은 상이하다.

호적은 시읍면(특별시, 광역시, 구를 둔 시에서는 구)의 장이 이를 관장하며 그 감독은 시읍면의 소재지를 관장하는 가정법원장이 시행한다. 호적법은 신고의무자를 정해 두고 무적자에 대해서는 취적신고를 할 수 있도록 하며 기아자(棄兒者)에 대해서도 기아발견조서에 의하여 직권호적편제를 할 수 있도록 하고 있어(호적법 제20조, 49조, 57조, 116조) 모든 국민들에 대한 호적편제를 의무화하고 있다. 호적에는 본적, 전호주, 호주, 가족의 이름, 본.성별, 출생일, 주민등록번호, 가족이 된 원인, 가족사이의 관계를 계통적으로 기재하며(호적법 제15조), 입적과 제적의 관계가 상호의 호적부에 분명히 드러나도록 하고 있다. 따라서 호적부는 가장 기초적인 신원확인공부이다. 호적부에 기재하는 순서는 호주, 호주의 직계존속, 호주의 배우자, 호주의 직계비속과 그 배우자, 호주의 방계친족과 그 배우자 등의 순서로 기재한다.

우리의 신분등록제도의 특징은 먼저 인적편제방식을 채택하고 있다는 데에 있다. 프랑스, 독일, 미국에서 채택하고 있는 사건별 편제방식(예컨대 출생부, 사망부, 혼인부 등)과 달리 각 사람의 신분변동을 하나의 기록부에 반영하기 때문에 그 사람의 신분관계를 쉽게 파악할 수 있는 장점이 있지만, 반면 어떤 사람의 신분관계가 누구에게나 쉽게 노출될 수 있다는 단점이 있다¹³⁾. 또 하나의 특징은 입적과 제적에 따른 기록이동을 상호 연결하고 있어, 제적부의 보존연한이 80년이므로 사실상 거의 무한으로 혈연관계를 추적할 수 있음은 물론 평생동안의 관련 지역을 추적할 수 있다¹⁴⁾.

우리 호적제도의 가장 중요한 특징은 '家'별 편제방식을 채택하고 있다는 점이다. 인적편제방식에는 가족편제방식과 개인별편제방식이 있고, 개인별편제방식은 각 개인마다 기록표를 만들어 그 자의 신분사항을 시간별로 기록해 가는 방식이며 가족편제방식을 가족을 중심으로 편제하는 방식이나¹⁵⁾, 우리 제도는 '가족'의 범위보다 더 넓다고 볼 수 있는 '家(민법상 친족의 구체적 표현)'를 중심으로 한다. 이는 우리만의 특유한 제도로, 중국민

11) 다만, 1984. 12. 27. "여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약"에 가입하면서 유보하였던 제9조(국적취득, 변경에 있어서의 동등한 권리)의 문제 때문에 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 부(父)계혈통주의와 부(夫)중심주의의 국적법 관계조항을 개정하였다.

12) 이외에 인지, 귀화에 의하여 국적을 취득할 수 있다(개정전 법에서는 혼인에 의해서도 국적을 당연취득할 수 있었다. 즉 대한민국 국민의 처가 된 자는 당연히 국적을 취득하는 것으로 규정하고 그 반대의 경우는 허용하지 않고 있었으나, 개정법에서는 삭제되었다).

13) 장영아, 호적제도의 개선방안에 관한 연구, 한국여성개발원 '96 연구보고서 200-4, 1996. 10., 37쪽

14) 장영아, 앞의 책, 14쪽

15) 장영아, 앞의 책, 38쪽

법과 스위스민법에서 그 입법례를 찾아 볼 수 있으나, 중국민법과 스위스민법상의 '가(家)'는 현실적 생활공동체인 '가(家)'를 대상으로 하고 있기 때문에 호주를 중심으로 현실적 생활공동체를 구성하고 있는지 여부를 불문하고 혈통체계로 편제하고 있는 우리 체계와는 다르다¹⁶⁾. 또한 우리나라와 가장 유사한 제도로 알려져 있는 일본의 호적도 호주라는 제도없이 시정촌(市町村)의 구역내에 본적을 정한 1부부 및 이와 씨(氏)를 같이 하는 자(子)를 함께 편제하는 인별편성주의를 채택하고 있어(일본 호적법 제6조), 현실적 생활공동체인 세대(世帯)를 드러내는 제도이므로, 우리의 호적제도와는 본질적으로 다르다¹⁷⁾.

우리의 호적제도가 현실생활공동체가 아닌 비현실적인 혈통체계로 구성되어 있다는 점은 한국의 주민등록제도가 왜 그렇게 엄격한 형태로 발전해 왔는지를 파악하는 중요한 단서를 제공한다. 이 점에 대해서는 이후 구체적으로 분석한다.

2. 주민등록제도¹⁸⁾

(1) 주민등록제도의 역사

주거등록제도는 원래 복지수급의 정확성을 유지하고 주소와 관련되어 있는 권리와 의무 관계를 명확하게 할 것을 목적으로 하나, 우리 주민등록제도는 연혁적으로 통제 목적에서 수립되고 발전되어 왔다. 이러한 주민등록제도의 역사적 특성은 주민등록제도의 본질과 관련되는 중요한 요소라는 점을 간과해서는 안된다.

현행 주민등록제도는 박정희군사정부에 의해서 만들어졌다. 국가재건최고회의는 1962. 1. 15. 1가구별 1용지의 기류부에 본적지 이외의 일정한 장소에 30일 이상 주소 또는 거소를 정한 자에게 신고의무를 부과하는 기류법을 제정하였다가, 1062. 5. 10. 기류법을 폐지하고 주민등록법을 제정하였다. 제정 주민등록법은 「주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하기 위하여」(제1조), 기류법과 달리 '본적지를 떠났는지 여부'에 관계없이 모든 대한민국 국민에게 이름, 성별, 생년월일, 주소, 본적을 시·읍·면에 등록하도록 하고, 세대의 전부 또는 일부가 이동할 때에도 퇴거와 전입신고를 하도록 의무화하고 있다(제2조, 제6호, 제10조). 이후의 주요 개정내역을 보면, 1970. 1. 1. 2차개정때 주민등록증에 관한 사항을 추가하였고, 1975. 7. 25. 3차개정으로 주민등록증 제도를 개선

16) 김갑동, 우리나라 호적제도의 의의 및 연혁, 법조, 1994. 8., 176쪽
 17) 필자는 1997. 6. 16. 「통합전자주민카드, 무엇이 문제인가」라는 변호사협회 주관 토론회에서 '우리나라 주민관리제도의 비판적 분석'이라는 글을 발표하면서 구분권, '신분등록제도에 관한 연구'라는 석사학위논문 을 인용하여 "중국, 일본, 한국 등 동양의 신분등록제도는 전통적으로 '家'를 중심으로 신분관계를 정리하고 있다"고 기술하였으나(위 글 주6), 이 기술은 각 제도에서 의미하는 '家'의 내용을 제대로 파악하지 못한 것으로 잘못된 분석이었다.
 18) 이 부분에 관한 자세한 사항은 김기중, 우리나라 주민관리제도의 비판적 분석, 인권과 정의(대한변호사 협회지), 1997년 7월호, 39쪽이하를 참조

하고 과태료와 벌칙규정을 강화하였으며, 1977. 12. 31. 4차개정(법률 제3041호)으로 세대 별 주민등록표 외에 개인별 주민등록표를 작성하도록 하고 개인별 주민등록표는 주민등록번호순으로 편제하도록 하였다.

주민등록제도의 또다른 축은 주민등록증 제도와 전 국민 개인식별코드인 주민등록번호 제도이다. 주민등록증 제도는 제정 주민등록법에서는 도입되지 않았으나, 1968. 5. 29. 주민등록법 제1차 개정때 도입되었다¹⁹⁾²⁰⁾. 이 개정법에서는 '18세 이상의 주민에 대하여 주민등록증을 발급할 수 있다'고 하여 발급을 강제하지 않았으나²¹⁾, 1970. 1. 1. 주민등록법 제2차 개정때 의하여, '치안상 필요한 특별한 경우에 주민등록증을 제시하도록 함으로써 간첩이나 불순분자를 용이하게 식별, 색출하여 반공태세를 강화하기 위하여'(개정이유중 일부), 시장 또는 군수에게 18세 이상의 모든 주민등록자에 대하여 주민등록증을 발급하도록 하는 법적의무를 부과하고, 사법경찰관에게 간첩의 색출·범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 주민의 신원이나 거주관계를 확인하지 않을 수 없는 '일정한 경우'²²⁾에 주민등록증의 제시를 요구할 수 있도록 하였다. 하지만, 주민등록증을 발급받지 않는 경우에 처벌하는 규정을 두지는 않았다. 1975. 7. 25.의 3차 개정때 '안보태세를 강화하기 위하여 주민등록을 거주사실과 일치시키고 민방위대, 예비군 기타 국가의 인력자원을 효과적으로 관리하여 총력전 태세의 기반을 확립하기 위하여'(개정이유), 주민등록증 발급대상자의 연령을 17세로 낮추면서, 17세 이상의 주민등록증 발급대상자에게 주민등록증 발급의무를 부과하였으며²³⁾, 사법경찰관에게 간첩의 색출·범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 주민의 신원이나 거주관계를 확인할 필요가 있을 때에는 '언제든지' 주민등록증의 제시를 요구할 수 있도록 하였다. 1977. 12. 31.의 4차 개정때에 '드디어' 주민등록증의 발급통지를 받고도 정당한 이유없이 1년 이상 발급신청을 하지 아니한 자에 대하여 10만원 이하의 벌금 또는 구류에 처할 수 있는 형벌규정을 신설하였고, 1980. 12. 31.의 5차 개정(법률 제3330호)때에 17세 이상의 모든 국민에게 주민등록증 소지의무를 부과하고 분실시 7일 이내에 신고하도록 함으로써 주민등록증 제도가 완성된 형태를

19) 그 이전에는 시·도민증 발급조례 또는 규칙에 의하여 시장 또는 도지사가 발급하는 시민증 또는 도민증이 있었다. 이 제도는 주민등록법 제2차 개정법률의 시행으로 폐지되었다(김병유, "주민등록증 제도에 관하여", 사법행정 1979. 2., 114쪽)
 20) 1968년은 1.12.무장공비침투사건으로 국가안보론이 팽배한 한 해였다. 당시 정부와 공화당은 국가안보를 이유로 향토예비군의 조직과 무장을 강화하는 내용의 향토예비군설치법 개정안을 제안하였으나, 야당인 신민당은 국민의 기본권 침해, 정치적 목적이용 우려 등을 이유로 강력히 반대하였다. 이에 공화당은 5. 10. 국회 본회의에서 신민당이 불참한 가운데 공화당 단독으로 법안을 통과시켰고, 주민등록증의 발급규정을 삽입한 주민등록법 1차 개정안은 위 향토예비군설치법 개정안이 단독처리될 때 함께 통과된 것이다(조선일보 1968. 5. 11. 1면).
 21) 하지만, 정부는 1968. 12. 말까지 주민등록증 발급대상자 1,574만명 대부분에게 각자 고유한 주민등록번호가 새겨진 주민등록증을 발급하였다고 한다(한겨레신문, 1992. 11. 18. 18면).
 22) 1. 호텔·여관 등 숙박업소에 투숙할 때, 2. 대통령령으로 정하는 접적지역에 출입할 때, 3. 국방 또는 치안상의 필요로 군 또는 경찰에 의하여 특별히 경비 또는 경계되고 있는 지역이나 장소에 들어갈 때, 4. 선박 또는 항공기에 승강할 때
 23) 위 2차개정때에는 시장 또는 군수의 발급권한만을 규정하였으나, 3차 개정에서 발급대상자의 발급의무를 새로이 규정한 것이다.

갖추게 된다.

한편, 전국적인 신분증제도는 당연히 고유번호가 따르게 마련이고, 우리의 경우는 주민등록번호라는 이름으로 주민등록증을 최초로 발급할 때부터 발급대상자 전원에게 고유한 번호가 부여되었다. 초기의 주민등록번호는 2부분으로 구분된 6자리 숫자(모두 12자리)로 이루어졌으나²⁴⁾, 1975. 8. 26. 주민등록법 시행령과 같은 해 11. 4. 같은 법 시행규칙의 개정으로 생년월일, 성별, 지역을 표시하는 13자리의 숫자 체제로 바뀌어 현재에 이르고 있다(주민등록법 시행령 제3조의 2, 시행규칙 제1조).

(2) 주민등록제도의 내용

우리의 주민등록제도는 전국민에게 강제되는 거주지등록제도, 전국민에게 고유하고 불변하는 번호를 부여하는 고유번호제도, 모든 성인에게 강제발급하는 국가신분증제도를 모두 포함하고 있다는 점을 특징으로 한다.

주소를 가진 자와 주소를 이전한 자는 누구나 시장, 군수 또는 구청장에게 이름, 성별, 생년월일, 세대주와의 관계, 본적, 주소, 전입전의 주소 등을 신고해야 한다. 정당한 이유 없이 신고의무를 위반할 때에는 2만원이하의 과태료에 처할 수 있다. 하지만 주민등록법 시행령과 시행규칙에 의한 세대별 주민등록표와 개인별 주민등록표에는 법에 규정된 신고사항의 범위를 훨씬 초과하는 과도한 내용의 기록사항이 담겨 있다. 세대별 주민등록표에는 주민등록법에 의한 신고사항외에 호주, 개인별 주민등록번호와 주소이동상황을 추가로 기재하도록 하고 있다(시행령 별지 제2-2호 서식). 개인별 주민등록표에 위 신고사항외에 기재하도록 되어 있는 사항은 세대번호, 혼인여부, 혈액형, 본적변경사유, 개인별주소이동상황, 예비군교육훈련사항(편성부대, 편성구분, 교육훈련보류사유), 동원훈련사항(소집부대, 집결장소, 동원보류 또는 면제사유, 훈련일수, 기능보유여부, 동원순위 및 사유 등), 자격면허사항과 관련하여 직업훈련의 직종과 훈련실시기관, 졸업년도와 졸업학과, 학령아동 관련사항(보호자성명, 생년월일, 주소, 취학년도, 졸업년도), 원호대상자 관련사항(보훈번호, 생활등급, 대상구분), 민방위관련사항(소속민방위대, 교육시간, 참석시간, 불참시간 등의 목록), 생활보호대상자 사항(등록번호, 건강상태, 의료보호대상, 재산상황, 가동능력자의 수 등), 주민등록증 발급사항과 관련하여 재발급한 날, 학력, '직업 등을 기재하도록 하고 있다(시행령 별지 제2-1호 서식). 이렇게 하여 수집된 정보항목은 모두 140개 항목에 달하고 있다.

주민등록증 발급통지를 받은 자는 발급기간내에 직접 발급업무담당공무원에게 가서 사진 3매를 제출하고 본인임을 소명한 후, 그 공무원앞에서 주민등록증 발급신청서와 주민등록증용지에 지문을 찍어야 한다(시행령 제33조 제2항). 주민등록증 발급신청서에는 열 손

24) 앞의 여섯자리 숫자는 지역을, 뒤의 여섯자리 숫자는 거주세대와 개인번호를 나타낸다. 1968. 11. 당시 대통령이었던 박정희부부에게는 110101-100001과 110101-200002가 부여되었다고 한다(위 한겨레신문, 같은 기사).

가락의 지문을 날인하는 란이 있고, 엄지손가락의 경우에는 회전지문과 함께 평면지문도 날인하도록 되어 있다(시행령 제33조 별지 제33호 서식). 이처럼 모든 국민을 범죄자 취급하는 심각한 기본권 제한제도인 열 손가락의 지문날인제도와 주민등록증 지문날인제도가 단순히 시행령과 서식규정에 근거를 두고 있을 뿐이다²⁵⁾. 한편 주민등록증 자체의 서식이나 기재사항은 전적으로 내무부장관에게 위임되어 있다(법 제17조의 8 제4항, 시행령 제31조 제1항²⁶⁾). 내무부장관이 주민등록증의 서식에 관하여 어떠한 규정을 제정하였는지는 확인하지 못하여, 주민등록증 서식이 어떻게 변천하였는지 알 수는 없다. 다만 현재 사용되고 있는 여러 주민등록증을 비교하여 본 결과, 그 기재사항은 앞면에 사진, 이름, 주민등록번호(생년월일 포함), 본적, 주소, 호주이름, 발행일, 병역사항, 발급기관장이 기재되어 있고, 뒷면에는 주소변경사항을 기재하는 곳, 엄지손가락의 지문, 특기번호(특수기술에 관한 사항임)와 함께 "이 증은 항상 휴대하여야 하며 습득하신 분은 우체함에 넣어 주십시오"라는 문구가 기재되어 있다. 현재의 주민등록증은 1983년에 일제갱신한 것으로 사용한 지 13년정도가 되었다. 정부는 이렇게 주민등록증이 낡고 노후해져서 갱신주기가 되었다는 점을 전자주민카드를 도입하는 출발점으로 삼고 있다²⁷⁾.

(3) 전자주민카드제도

정부가 1995년 4월에 발표한 전자주민카드계획은 스마트카드라 불리는 전자플라스틱카드에 주민등록증 수록정보, 주민등록등초본 수록정보, 운전면허증 수록정보, 의료보험증 수록정보, 국민연금증 수록정보를 디지털방식으로 저장하는 통합전자신분증을 발급하겠다는 것이었으나²⁸⁾, 시민사회와 언론의 반대에 부딪혀 정부는 주민등록증의 재질을 전자화 한다는 내용의 수정법안을 국회에 제출하였고 국회는 1997년 12월 전자주민카드를 1998년 12월부터 발급하기 시작한다는 내용의 주민등록법 개정안을 의결함으로써 전자주민카드제도는 현실화되었다²⁹⁾. 현재 이 주민등록법 개정법률중 전자주민카드부분을 삭제하는

25) 더구나 지문은 주민관리와 아무런 관련이 없어 주민등록법에서 규율할 대상도 아니다. 주민등록법에 의하여 등록된 지문은 경찰청에서 관리하고 있다.

26) 법 제17조의 8 제4항은 "주민등록증 ... 의 서식과 그 발급절차는 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있고, 시행령 제31조 제1항은 "법 제17조의 8 제1항의 규정에 의한 주민등록증의 서식은 내무부장관이 정한다"고 규정하여 주민등록증의 기재사항을 포함한 서식에 관하여 아무런 제한을 하지 않고 전적으로 내무부장관에게 위임하고 있어, 위 시행령의 규정은 법률의 위임범위를 벗어난 백지위임으로 무효라고 볼 여지가 있다.

27) 하지만, 1984년이래 주민등록증 재발급 건수가 매년 280만 내지 310만건에 달하여 1994년까지 누적된 재발급 건수는 3,000만건에 달하기 때문에(한국전산원, 「전자주민카드사업의 타당성 분석」, 1996. 8., 116쪽), 83년에 갱신된 주민등록증은 이미 대부분 재발급되었다고 하여도 무방하다(주민등록증 발급대상자는 3,400만 명 정도이다). 이렇게 주민등록증을 재발급받는 건수가 1년에 300만건에 달한다는 점은 유일한 신분증인 전자주민카드를 분실하는 경우도 300만건에 달할 수 있다는 것이므로, 전자주민카드의 사용위험을 현저히 증가시킬 것이라는 예측의 근거가 되기도 한다.

28) 정부의 최초계획의 내용에 대해서는 내무부, 전자주민카드발급 사업계획(1996. 6.)을, 그 비판에 대해서는 1996. 11. 2. 시민사회단체 토론회에서 발표된 강내회, 전자적 기록과 원형감옥, 양기창, 전자주민카드 시스템 보안에 관해 예상되는 기술적 문제점, 김주환, 한국의 전자주민카드와 프라이버시를 참조

형식으로 다시 개정하는 내용의 법률이 1999년 1월경 새정치국민회의 소속 국회의원들의 발의로 국회 행정자치위원회에 제안되어 있는 상태이나 법안심의를 거의 진척이 없어 재 개정될지 여부는 아직 불투명한 상태이다.

III. 외국의 국민등록제도(population registers)와 국가신분증제도

1. 독일

독일은 신분등록에 관하여 신분법(Personenstandsgesetz)³⁰⁾에 의해, 주거등록에 관하여는 각 주법에 의해, 국가신분증에 관하여는 신분증명법(Gesetz über Personalausweise)³¹⁾에 의해 규율되며, 각각의 제도는 서로 연계되어 있지 않다. 연방차원에서 전 국민 개인 식별번호의 도입과 연방주거등록청의 설립 및 연방과 지방 사이의 주거등록전산망을 서로 연결하는 것을 목적으로 하는 법률안이 1971년 의회에 상정되었으나, 헌법상 기본권과 프라이버시의 침해를 이유로 비판을 받아 처리되지 않았다³²⁾.

(1) 신분등록제도

서유럽 제국이 일반적으로 그러하듯 독일의 신분등록제도도 각 교구에서 소속 신자의 이름과 세례날자 등을 기록한 교회부(세례부, 혼인부, 매장부)에서 유래했다. 교회로부터 신분기록에 관한 권한을 국가로 가져온 프랑스혁명을 계기로 프랑스 민법은 1804년 신분증서(l'acte d'état civil)에 관한 규정을 두고 이 규정이 민사적 목적을 위한 것임을 분명히 했고, 독일의 신분법도 이에 따랐다³³⁾. 독일 신분등록제도는 출생을 공증하기 위한 출생부(Geburtenbuch), 혼인을 공증하기 위한 혼인부(Heiratsbuch), 사망을 공증하기 위한 사망부(Sterbebuch), 친족관계를 증명하기 위한 가족부(Familienbuch)로 구성되어 있다. 독일국민인지 여부에 관계없이 사람이 출생하면 그 출생한 지역(부모주소지에 관계없이 그 출생지)의 등록관청에 출생을 등록해야 한다. 등록관청은 출생부에 의하여 출생증명서, 출생증서, 혈통증서를 발급할 수 있다. 혼인에 따라 새로운 가족이 성립되었을 때는 혼인부와 가족부를 작성한다. 혼인부에는 부부의 성명, 직업, 주소, 생년월일, 출생지 등을 기록하며, 가족부에는 부부에 관하여 혼인부에 기재되어 있는 사항과 국적 및 부부의

29) 법률안의 구체적인 문제점에 대해서는 이기우, 주민카드의 법률적 문제점, 이승중, 전자주민카드의 편익론 비판(이상 이달의 민변, 1997년 6월호), 박홍윤, 전자주민카드 과연 편리하고 효율적인가, 김승환, 전자주민카드제도의 헌법적 검토(이상 인권과 정의, 1997년 7월호), 김기중, 전자주민카드제도 반대운동의 성과와 정보지배사회에서 시민사회의 역할(대한변호사협회, 1997년도 인권보고서, 1998. 12.)을 각 참조

30) 1937년 개정법 전문이 장영아, 앞의 책, 187-204쪽에 번역되어 있다.
31) 1986년 개정법률 전문이 법제처, 최신입법동향, 1987. 5., 52-57쪽에 번역되어 있다.
32) Philip Redfern, Population Registers : Some Administrative and Statistical Pros and Cons, Journal of Royal Statistical Society No.152, 1989, Part I 4쪽
33) 장영아, 앞의 책, 68-70쪽

부모에 관한 사항, 부부의 자녀에 관한 사항(자녀의 혼인, 사망, 입양, 파양, 비적출자 관계, 다만 비적출자 및 양자에 관한 기록은 열람이 제한된다)을 기록한다. 혼인등록은 일방 당사자의 주소 또는 거소를 관할하는 관청에서나 할 수 있으나 혼인(등록)전에 일주일간 공고해야 한다. 혼인등록이 이루어지면 혼인당사자의 공통주소를 관할하는 관계공무원이 가족부를 작성한다. 가족부는 부부의 주소나 거소의 이전에 따라 이동하며, 그 기재는 계속 이어지도록 하여 가족부에 의해서 혈연관계가 증명될 수 있도록 하였다. 사망자의 주소에 관계없이 사망자가 있을 경우 사망한 지역의 관할관청의 사망부에 등록해야 한다. 이 사망부에 의하여 사망증서가 발급된다³⁴⁾. 즉, 독일 신분법은 사건별 편제방식에 가족별편제방식을 혼용하고 있다.

(2) 주거등록제도

독일 각 주의 주민은 1945년 이래 주법에 의하여 그의 주소와 주소를 변경할 경우 변경 사실 및 변경된 주소를 주정부에 신고해야 한다. 신고사항은 분명하지 않으나 본인확인 정보(이름, 생년월일)와 주소에 한정되는 것으로 보인다³⁵⁾. 이 등록정보는 세금부과, 선거인명부작성, 신분증발급과 같은 일반행정을 위해서 사용될 뿐만 아니라, 경찰조사를 위해서도 제공된다³⁶⁾. 다만, 연방정부가 관리하는 신분등록부와 지방정부가 관리하는 거주등록부는 별도로 관리되므로 상호 통보되지 않으며, 각 지방정부 사이에도 거주등록부의 정보를 상호 통보하지 않고 거주민등록전산망도 서로 연결되어 있지 않다³⁷⁾.

(3) 국가신분증제도

독일 기본법 제116조 제1항에 의한 독일인은 16세가 되면 신분증을 소지하고 조사할 권한있는 행정청의 요구가 있을 경우 제시할 의무가 있다(신분증명법 제1조 제1항, 다만 여권을 갖고 있는 자는 여권에 의하여 증명할 수 있다). 신분증에는 성과 이름, 학위, 예명, 출생일과 출생지, 신장, 눈의 색깔, 주소, 국적³⁸⁾ 등을 기재하고 일련번호를 부여하며,

34) 장영아, 앞의 책, 71-82쪽
35) OECD, Automated Information in Public Administration, Paris, 1974, 67쪽
36) OECD, 앞의 글, 67쪽
37) Philip Redfern, 앞의 글, Part I 3-6쪽
38) 강경근교수는 독일 신분증에 학위와 신장, 눈의 색깔 등을 기재하도록 하고 있는 점을 들어, 만약 우리나라에서 이러한 것을 기재하도록 한다면 그 위헌성에 대한 격앙과 비판이 대단하였을 것이라고 하며, 이렇듯 각국의 프라이버시 내지 기본권은 각 나라마다 그 전통과 사회적 인식도에 따라서 달라질 수 있다는 점에 대한 각성이 필요하다고 주장하고 있다(강경근, 앞의 글, 주11 내지 13).
하지만 위 주장은 신분등록, 주거등록 및 이와 연동되는 국가신분증제도는 뒤에서 살펴 보는 바와 같이 기본적으로 '권력'의 문제라는 점을 간과한 것으로 보인다. 따라서 인권 내지 헌법상 기본권에 부합하는가라는 관점에서 국가신분증제도를 검토할 때 관심을 가질 부분은 고유식별번호의 존재와 수록여부, 신분등록 또는 주거등록제도와 연계문제, 그리고 소지와 제시의무 및 동일성 식별과 관계없는 통계적 내용의 수록여부에 있다.

성과 이름, 학위, 출생일, 일련번호, 유효기간에 관한 사항은 OCR로 자동판독이 가능하다(신분증명법 제1조 제2항, 제3항). 위와 같은 내용만 보면 독일의 국가신분증제도는 상당한 침해적이라는 인식을 가질 수 있다. 하지만 독일의 신분증명법은 위와 같은 제도가 갖는 침해적 요소를 배제하도록 하는 여러 장치를 마련해 두고 있고, 이 점이 우리의 신분증제도와 근본적으로 다른 이유이다.

우선 신분증을 발급할 때 부여하는 일련번호는 새로운 신분증을 발급할 때 새로 부여되며(제2조 제1항), 일련번호에 인적사항이나 기타 사항을 암시하는 내용을 담을 수 없도록 명시하고 있고(제3조 제1항), 공적 부분은 물론이고 민간 부분에서도 일련번호를 (전산)자료에서 인적사항을 추출하는 것 또는 (전산)자료의 결부를 가능하게 하는데 이용할 수 없다(제3조 제4항, 제4조 제2항). 또한 신분증발급에 관한 기록을 할 때 일련번호를 포함하여 모든 사항을 「인쇄」에 의하여만 기록할 수 있고(그리고 그러한 기록인쇄도 신분증에 기재된 모든 사항이 아니라 신분증의 발급사실과 이름, 출생일, 일련번호에 한하여 연방만이 할 수 있다), 그 인쇄기록은 신분증이 발급되었음을 입증하기 위해서만 이용이 가능하며(제3조 제3항), 공적부분은 물론이고 민간부분에서도 인적사항의 자동인출과 자동저장을 위하여 신분증명서를 사용할 수도 없다(제3조의 a 제1항, 제4조 제3항)³⁹⁾. 1991. 9. 1.부터는 신분증명등록부에 일련번호의 기재를 금지했다(제3조 제4항). 즉 독일의 국가신분증은 자신의 동일성 증명을 위해 그 소지자만이 이용할 수 있는, 그리고 그 목적만을 위하여 발행된 '고유한 의미의 신분증'이다⁴⁰⁾.

독일은 연방 차원의 신분등록제도, 국가신분증제도와 지방정부 차원의 주거등록제도를 두고 있으나, 각 제도는 서로 분리되어 관련이 없으며 특히 국가신분증은 엄격하게 독립되어 있다. 위와 같이 각 제도가 분리되어 있기에 당연히 국민에 대한 고유식별번호를 두지 않고 있다.

2. 프랑스

프랑스는 모든 국민에게 개인식별번호를 부여를 부여하고 '고유식별번호와 함께 중앙정부 소속인 '통계와 경제에 관한 국가조사청(Institut de la statistique et des études

이런 점에서 국가신분증 자체의 정당성과 필요성 문제를 논외로 한다면, 독일 신분증의 신장, 눈의 색깔에 관한 기재는 '동일성 식별'이라는 목적에 부합하는 것으로 합리성이 있다고 할 수 있겠다. 하지만 이 점이 한국의 주민등록증 제도가 독일보다 덜 침해적이라거나 신분증제도는 각 나라의 특성에 따른 것이므로 단순 비교될 수 없다는 근거가 될 수는 없다. 그 이유는 신분증의 이용에 대한 각종 법적 제한(신분증명법 제3조, 제4조)을 보면 쉽게 알 수 있다.

39) 신분증명법의 금지사항을 위반했을 때 질서위반범으로 처벌받는다(제5조).

40) 따라서 주민등록과 주민등록증 제도의 구분과 교착관계를 분석하지 않은 채, 독일의 국가신분증 제도 등을 제시하며, 한국의 주민등록제도(또는 주민등록증 제도)가 헌법적 테두리 내에 있다는 강경근교수의 주장은 적절하지 않은 것이다.

économiques, INSEE)'이 선거인명부의 기능을 겸하는 국민의 신분기록(Répertoire National d'Identification des Personnes Physiques)을 보유하고 있으나, 강제적인 주거등록제도를 두고 있지는 않다⁴¹⁾⁴²⁾. INSEE를 중심으로 한 프랑스정부는 1973년 개인고유번호를 기초로 각 행정부처가 보유하고 있는 개인정보를 서로 연결하려고 계획하였으나⁴³⁾ 엄청난 반대 끝에 취소되었고⁴⁴⁾, 1979년에는 컴퓨터로 읽을 수 있는 형태의 개인신분확인카드의 발급을 계획하였으나, 비록 이 계획이 이름과 출생일을 내용으로 하고 개인고유번호를 사용하지 않겠다는 내용이었음에도 불구하고 시민과 언론의 비판에 부딪혀 중도에 포기하였다⁴⁵⁾. 결국 프랑스의 국민등록제도는 신분등록제도만으로 구성되어 있다고 할 수 있다.

프랑스의 신분등록제도는 민법중 민적증명편(l'acte d'état civil)에 의해 규율된다⁴⁶⁾. 프랑스의 신분등록제도 독일의 경우처럼 교회부에 그 유래를 두고 있으면서 출생, 혼인, 사망이라는 사건을 중심으로 편제하는 사건별 편제방식을 취하고 있다. 등록부의 기재내용과 운용방식도 독일과 유사한데, 출생부의 경우 국적에 관계없이 프랑스 국내에서 출생한 모든 사람에게 신고의무를 부과하고 신고내용으로 출생지, 이름, 출생일, 부모의 이름, 직업, 주소 등을 요구하는 경우도 독일과 유사하며, 혼인부와 사망부도 마찬가지이다. 가족대장에 의해서 혈연관계가 증명된다는 점도 독일과 같으나, 프랑스의 가족대장은 부부의 혼인증서, 자녀의 출생증서 등의 역할을 겸하므로 각각의 증서를 일일이 발급받으려 해당관청을 방문할 필요가 없으며, 특히 어느 시에서도 신분증서(출생부, 혼인부 등)나 가족대장을 제시함으로써 신분카드(fiche d'état civil)를 발급받을 수 있고 이 신분카드는 각 신분증서(출생, 혼인, 사망증서)를 갈음할 수 있도록 하여 각종 증명을 따로 발급받지 않도록 하였다⁴⁷⁾.

3. 일본

일본은 신분등록제도로 호적제도를, 주거등록제도로 주민기본대장제를 두고 있으나, 국

41) Philip Redfern, 앞의 글, Part I 45쪽

42) 프랑스에 개인식별번호제도가 시행되고 있는지 여부, 그리고 시행되고 있다면 실제로 사용되고 있는지 여부는 사실 불분명하다. OECD, Philip Redfern의 글에서는 프랑스에서 개인식별번호를 사용하고 있다고 하고 있으나, 개인식별번호의 중요성, 특히 개인등록정보를 대부분 전산처리하고 있는 현실(개인식별번호는 개인정보를 전산처리할 때 비로소 강력한 기능을 발휘한다)에서 프랑스의 개인식별번호에 대한 언급이 거의 없으며 그 시행의 근거법률에 대한 논란이나 개인식별번호가 사용되는 영역 내지 전산처리조직에 대한 언급도 없는 점에 비추어 실제로 시행되고 있는지 의문을 갖지 않을 수 없다. 이를 확인하기 위해서는 프랑스의 관계 법률을 직접 확인하는 수밖에 없겠으나, 위와 같은 점에서 개인식별번호제가 시행되고 있다고 하더라도 현실에서는 거의 사용되지 않는 것으로 보인다.

43) OECD, 앞의 글, 72쪽

44) 김일환, 개인정보보호법제의 정비방안에 관한 연구, 한국법제연구원 연구보고 97-5, 1997. 12., 29쪽

45) 김일환, 앞의 책, 57쪽

46) 프랑스 민법의 민적증명편의 전문은 장영아, 앞의 책, 205-212쪽에 번역되어 있다.

47) 장영아, 앞의 책, 82-89쪽

민에 대한 개인식별번호제와 국가신분증제도는 채택하지 않고 있다.

(1) 호적제도

앞에서 지적했듯이 일본의 호적제도는 우리와 제도의 명칭은 동일하나 그 내용은 많이 다르다. 우선 인적편성주의를 채택하고 있다는 점, 일본 국적을 가진 자에 대해서만 편제한다는 점(일본 호적법 제6조)⁴⁸⁾에서 우리 호적제도와 동일하나, 일본은 호주라는 제도 없이 시정촌(市町村)의 구역내에 본적을 정한 1부부 및 이와 씨(氏)를 같이 하는 자(子)를 함께 편제하는 부부중심의 가족별편성주의를 채택하고 있다(일본 호적법 제6조)는 점에서 기본적인 차이를 보이고 있다. 일본의 가족편성주의는 서유럽의 가족부와 유사한 것이나 다만 출생과 사망, 혼인의 사실도 하나의 호적에 일괄기재하는 점이 다르다. 부부중심 편제방식의 논리적 귀결로 하나의 호적에 3대(부모, 자녀, 손자)가 동시에 기재되지 않는다(3세대 호적금지). 자녀가 혼인하였을 때는 부모호적에서 제적하고 새호적을 편제하며, 부부가 이혼했을 때 호적 첫머리 기재자⁴⁹⁾가 夫라면 妻를, 妻라면 夫를 제적하여 원 호적으로 복귀하도록 하거나 새 호적을 편제한다⁵⁰⁾. 호적부에는 본적, 이름, 출생일, 호적등록원인, 실부모(또는 양부모)의 이름과 관계, 다른 호적에서 입적한 자는 그 호적 표시를, 부(夫) 또는 처(妻) 및 배우자, 자(子)의 순서대로 기재한다(일본 호적법 제13, 14조).

(2) 주거등록제도

일본 호적법은 호적등재인에 대한 주소에 관하여 어떠한 것도 요구하지 않는다. 따라서 비록 호적이 현실의 생활공동체를 그대로 반영한다 하더라도, 행정목적으로 주민의 거주관계를 파악할 필요가 있게 된다. 일본은 주민기본대장법(住民基本臺帳法, 소화42년(1967년) 7월 25일, 법률 제81호⁵¹⁾, 최종개정 소화60년(1985년) 법제76호)에 의하여 주민에게 지방자치단체에 대한 주소 및 주소이동의 신고의무를 부과하고 있다. 주민기본대장법은 특별구를 포함하는 市町村 住民의 거주관계를 공증하고 선거인명부의 등록과 주민에 관한 기록의 적정한 관리를 도모하고 주민에 관한 기록을 정확하고 통일적으로 정함으로써

48) 외국인에 대해서 한국은 출입국관리법에, 일본은 외국인등록법에 별도의 등록부를 두도록 규정하고 있고, 양국 모두 일정한 요건하에 지문의 등록을 요구하고 있다(양국의 외국인등록제도에 관하여 자세한 사항은 법무부, 재일한국인의 지문날인제도, 법무자료 제62집, 1985를 참조).

49) 호적의 첫머리는 부부가 夫 또는 妻의 누구 성(氏)을 따르느냐에 따라 결정된다. 夫의 氏를 따르면 夫 妻의 氏를 따르면 妻를 중심으로 호적을 편제한다.

50) 장영아, 앞의 책, 57쪽

51) 주민기본대장법의 제정으로 주민등록법(소화26년(1951년) 법률 제218호)과 주민등록법시행법(소화27년(1952년) 법률 제106호)이 폐지되었다. 따라서 폐지된 구 주민등록법과 주민등록법시행법의 내용을 한국의 주민등록법과 비교해 보는 것은 흥미로운 일일 것이나, 일본 구 주민등록법을 구하지는 못하였다.

주민의 편리함을 증진하고 국가와 지방공공단체의 행정의 합리화에 기여하는 것을 목적으로 하는 것으로 되어 있으나(제1조), 오히려 대부분의 행정서비스와 복지서비스가 지방자치단체에 의해서 이루어지는 특성상 주소의 이동에 의해서 변경되는 '주민의 지위'를 분명히 하기 위한 것이 기본적인 목적인 것으로 보인다(제2조, 제21조 참조). 주민기본대장의 작성책임은 市町村의 長에게 있다(제4조). 주민표는 개인을 단위로 하여 세대마다 편성해야 하고(제5조), 이름, 출생일, 성별, 세대주, 호적의 표시, 주소, 종전주소, 선거인명부 등재기록, 국민보건보험과 국민연금에 관한 사항 등을 기재한다(제7조). 주민은 市町村내에 주소를 정하거나(전입) 동일한 市町村의 구역내에서 주소를 옮길 경우(전거) 14일 이내에 이름, 주소, 전입일 또는 전거일, 종전주소를 市町村의 長에게 신고해야 하며, 市町村의 구역외로 주소를 옮길 때(전출)는 전출할 곳과 전출예정일을 신고하여야 한다(제22, 23, 24조). 이 신고를 정당한 이유없이 하지 아니하면 5천만엔 이하의 과태료를 부과할 수 있다(제45조 제2항). 일본 주민기본대장법의 특이한 점은 호적에 부표를 붙여 주소와 주소이동사항을 기재하도록 한다는 점이다(제18조 내지 20조). 市町村의 長은 관할 구역에 본적이 있는 자의 호적에 부표를 붙여 이름과 주소, 주소를 정한 날을 기록해야 하며, 주소가 변경되었을 때 주소지의 市町村의 長은 본적지에 그 사항을 통지해야 하므로, 개인의 거주관계변천은 호적에 의해서도 확인할 수 있다. 위와 같은 주민기본대장은 자기테이프나 유사한 형태의 매체에 기록할 수 있다(제6조 제3항).

(3) 새로운 계획

일본에서 주민관리사무는 전적으로 자치단체 사무이므로 국가의 행정기구와 都道府縣의 지사는 소관사무에 필요한 경우에 한하여 市町村의 장에게 자료의 제공을 요청할 수 있을 뿐이다(제37조). 당연히 市町村의 주민등록정보도 서로 교류되지 않는 것이 원칙이며, 한국과 같은 전국적 관리체계도 없다. 市町村별로 구축되어 있는 주민기본대장과 그 데이터베이스에 대해서 정부와 상급자치단체는 당연히 위와 같이 서로 분리되어 있는 형태의 제도가 불편하다고 생각했을 것이다.

일본 정부(주관 자치성)는 1997년 6월 市町村별로 구축되어 있는 주민기본대장 데이터베이스를 서로 연결하여 등록정보중 이른바 '필수 4정보(이름, 주소, 성별, 생년월일)'만을 상호 교환할 수 있는 컴퓨터 네트워크(주민기본대장 네트워크라 함)를 구성하고 전산처리하여 상호 교환하는 주민등록정보를 서로 구별하기 위하여 전국 공통의 중복되지 않는 주민기본대장코드(즉 표준 개인식별번호)를 부여하자는 계획을 발표하였다⁵²⁾⁵³⁾. 이 계획

52) 일본정부는 이미 1970년 2월에도 개인고유번호제의 도입을 추진하려다 시민의 반대로 실패한 적이 있다.

일본 정부는 1968년 8월 '전자계산기이용의 금후 방책에 대한 각의결정'을 통해 '관계7성청회의'를 구성하였는데, 동 회의에서 1970년 2월에 결정한 '정보처리 고도화 운영방침'중 하나로 전국에 통일된 개인코드를 부여하는 안이 제기되었고, 이 안에 따라 같은 해 3월 '각 성청 통일개인코드 연락연구회의'가 구성되었다.

은 각각의 주민등록전산망을 연결한 중앙전산센터를 설치하되 이는 국가에 의한 네트워크시스템이 아니라 자치단체가 공동으로 운영하는 재단법인이 운영하는 것으로, 새로 부여하는 개인고유번호에는 어떠한 개인정보도 판별할 수 없는 10자리의 단순숫자로 하되 다른 행정기관이 구축한 데이터베이스와 결합할 수 없도록 하는 것으로 되어 있다⁵⁴). 일본정부의 계획에서 특이한 점은 한국에서 도입을 시도한 전자주민카드제와 유사한 형태의 IC카드형태의 신분증 도입계획을 포함하고 있다는 점이다. 일본 정부의 급진적인 계획은 PIJ(Privacy International Japan)를 중심으로 한 시민사회단체의 격렬한 반대를 받고 있어 그 시행여부는 불투명하다⁵⁵). 만약 일본 정부의 계획대로 시행된다면 일본도 호적제 및 주민등록제 외에 국가신분증제도와 전 국민에게 적용되는 개인식별번호제도를 갖게 되어 한국과 가장 유사한 형태의 국민등록제도를 운용하는 나라가 될 것이다.

4. 미국

미국은 아주 느슨한 형태의 신분등록제도를 갖고 있으면서도 주거등록제도는 물론이고 개인식별번호도, 국가신분증제도도 없다. 미국에서는 출생기록이 곧 국적기록이 된다. 출생, 사망, 혼인의 사건별로 기록부가 작성되며 개인별로 기록하고 가족관계는 기록하지 않으므로, 철저하게 사건별, 개인별 기록제도로 유지된다. 각 기록간에 연결요소도 없으므로 개인신분사항을 한번에 알아 볼 수 없어 누군가 사망하여 상속이 시작되어, 그 자녀가 몇 명이고 상속인인지 여부를 확인하려면 각각에 대한 출생증명서를 일일이 확인하는 수밖에 없다⁵⁶). 이 때문에 상속제도는 원칙적으로 유언상속에 의한다. 미국에서 사람이 출생할 경우 입회한 의사가 각 주의 인구동태통계국에 문서로 신고하며, 통계국은 신고인이 제출한 출생증명서를 기록번호를 붙여 연도별로 편철하고, 출생자의 성명을 알파벳순으로 색인을 작성하여 보관한다. 미국에서 혼인을 하기 위해서는 원칙적으로 각 주

이에 대하여 전국전기통신노동조합을 중심으로 하는 국민운동이 일어나 '國民總背番制에 반대하고 프라이버시를 지키는 중앙회의'가 결성되어 반대운동을 벌인 끝에 1973년 4월 행정관리청장관이 통일개인코드는 더 검토하기로 하였다는 발표를 하였다(堀部政男, 신구현 역, 프라이버시와 고도정보화사회, 청림출판, 1995. 10, 62-64쪽).

53) 일본 정부는 공식적인 발표 이전인 1994년 8월경에 이미 행정국장의 사적연구회 형태로 '주민기록시스템과 네트워크 구축 등에 관한 연구회'를 가동하여 보고서를 발간하게 하였고, 1996년에는 주민기본대장네트워크시스템 간담회'를 개최하기도 하면서 오래 전부터 준비를 해 왔다. 이렇듯 일본 정부가 모든 국민에게 개인식별번호를 부여하는 제도를 도입하면서 조심하는 이유는 과거의 실패경험때문이라고 하며, 이 때문에 일본 정부의 계획추진은 서서히 이루어지고 있다고 한다.

54) 일본 자치단체의 개인정보보호조례의 대부분은 데이터베이스의 국가나 자치단체 사이의 온라인이용을 금지하고 있다(堀部政男, 앞의 책, 128쪽). 따라서 자치단체 사이의 주민등록전산망의 상호연결은 각 자치단체의 개인정보보호조례가 개정되어야 가능하다.

55) 일본의 주민기록네트워크 계획에 관한 법적 분석은 山崎重孝, "「住民記録システムのネットワークの構築等に関する研究報告書」の概要について", JURIST, 1092호, 1996. 6. 15.자를, IC카드를 비롯한 정부계획의 구체적이고 전반적인 내용과 반대운동에 관하여는 齊藤貴男, プライバシークライシス, 文藝春秋, 1999. 1.을 참조

56) 장영아, 앞의 책, 90쪽

가 발행한 혼인증명서가 있어야 한다. 혼인기록부는 각 주의 기록청이 혼인증명서를 편철한 것을 말한다. 기록청은 혼인증명서에 기록번호를 붙여 그 순서에 따라 발행연도별로 편철하며, 1년과 10년간을 한 묶음으로 하여 남편과 아내의 혼인전 이름을 알파벳순으로 나열하는 통합색인을 별도로 만들어 쉽게 찾을 수 있도록 하고 있다. 이혼부는 법원이 관리하며 혼인기록청에 별도로 통지하지 않는다. 사람이 사망하였을 때는 사망한 곳의 관할 관청에 의사가 사망증명서를 작성하여 신고해야 한다. 사망증명서에 기록번호를 붙여 연도와 번호순으로 편철한 것이 사망기록부이다⁵⁷).

이처럼 허술한 등록제도를 유지하고 있는 미국이지만, 가장 엄격한 국민등록제도를 유지하고 있는 스웨덴 등 북구제국과 가장 유사한 제도를 갖고 있다는 지적이 가능한 이유는 사회보장번호때문이다. 미국의 사회보장제도와 사회보장번호는 미국에서 생활하는 데 필수적이므로 결과적으로 강제적인 주민등록과 개인식별번호를 부여하는 것과 동일한 효과를 주고 있다. 사회보장번호는 상당한 수의 18세미만의 거주자와 거의 모든 성인(정확하게 말하면 수입을 얻고 있는 모든 거주자)에게 부여되어 있다는 점⁵⁸)에서 더욱 그러하다. 사회보장번호는 1935년의 사회보장법(The Social Security Act of 1935)에 의해 도입되었다. 미국의 사회보장은 고용주, 피고용자와 정부 사이의 사회보험으로 피고용자가 은퇴, 불구의 사고를 당하거나 유가족이 있을 경우 및 의료혜택을 받기 위한 일종의 국민연금 및 보험의 복합형태의 것이다⁵⁹). 미국시민권자와 영주권자는 물론 합법적인 외국인 거주자도 발급받을 수 있는 사회보장번호는 9자리의 숫자 3부분으로 구성되어 첫번째 세 자리 수는 신청지역을, 중간 두자리 수는 발급그룹을, 마지막 4자리 수는 발급순서를 나타내며, 범죄에 이용되는 등 특별한 사정이 없는 한 평생동안 사용하도록 되어 있다⁶⁰). 사회보장번호는 처음에는 사회보장제도에만 사용되었으나, 1961년 국세청이 사회보장번호를 납세자번호로 사용한 이래⁶¹), 운전면허증의 취득, 은행거래, 외국인등록, 학생등록 등과 같이 공공부분은 물론이고 민간부분에서도 광범위하게 사용되고 있다⁶²).

5. 기타

미국외에 영국, 캐나다, 뉴질랜드, 호주 등 이른바 영미법계 국가들 대부분은 주거등록제도는 물론이고 국가신분증제도와 개인식별번호를 두지 않고 있다. 특히 호주와 뉴질랜드에서는 1985년경에 정부가 세금포탈과 세금기피에 대한 처리, 복지행정에서의 부정부패

57) 장영아, 앞의 책, 91-95쪽

58) Philip Redfern, 앞의 글, Part I 6쪽(1983년 미국의 전체 세대의 98%에게 사회보장번호가 부여되었다고 한다. 박홍윤, 앞의 논문, 171쪽)

59) 행정자치부, 각국의 신분증명제도, 1998. 5., 1쪽

60) 행정자치부, 앞의 자료집, 2-4쪽

61) 강경근, 앞의 글, 34쪽

62) 변재욱, 정보화사회에 있어서 전자주민카드의 의미와 그 폐해, 인권과 정의(대한변호사협회지), 1997년 7월호