

21세기 법과 민주주의

민주주의법학연구회 편

민주주의법학연구회 심포지움

G1.65

21세기 법과 민주주의

— 새로운 패러다임의 모색 —

민주주의법학연구회 편

G1.65


과약사
도서출판

민주주의법학연구회 심포지움

21세기 법과 민주주의

— 새로운 패러다임의 모색 —

민주주의법학연구회 편

 **관악사**
도서출판

◆ 심포지움 일정 ◆

개회사 김중서 민주주의법학연구회 회장(배재대 교수)

제1주제 시민사회적 민주주의구축을 위한 헌법전략
사회 : 한상희(건국대 교수)
발표 : 이경주(경북대 교수)
토론 : 박병섭(상지대 교수), 서경석(광주대 교수)

제2주제 정보사회에 있어서 평등문제
사회 : 이상수(한남대 교수)
발표 : 김도현(서경대 교수)
토론 : 정태욱(영남대 교수), 황성기(헌법재판소 연구원)

제3주제 주권과 인권
사회 : 이상영(충북대 교수)
발표 : 강경선(방송대 교수)
토론 : 서준식(인권운동사랑방 대표), 이재승(국민대 교수)

제4주제 여성인권의 보장
사회 : 석인선(이화여대 교수)
발표 : 김엘림(한국여성개발원 수석연구원)
토론 : 한인섭(서울대 교수), 정춘숙(여성의 전화연합 사무처장)

제5주제 '21세기' 노동법의 과제
사회 : 이원희(아주대 교수)
발표 : 박홍규(영남대 교수)
토론 : 김유선(한국노동사회연구소 부소장), 최홍엽(조선대 교수)

제6주제 21세기 소유구조의 변화와 민법개정
사회 : 이은희(충북대 교수)
발표 : 조승현(숙명여대 강사)
토론 : 임성권(인하대 교수), 정병호(서울시립대 교수)

제7주제 삼성그룹의 세금없는 사전상속 : 법적 분석과 대응
사회 : 박승룡(방송대 교수)
발표 : 광노현(방송대 교수)
토론 : 옥무석(이화여대 교수), 김진욱(변호사)

종합토론 사회 : 김중서(배재대 교수)
토론 : 박병섭(상지대 교수), 김승환(전북대 교수),
박승룡(방송대 교수), 이동승(상지대 교수)

목 차

21세기 법과 민주주의 : 새로운 패러다임의 모색

개회사	1
◆ 시민사회적 민주주의구축을 위한 새로운 헌법전략 / 이경주	5
I. 전환기의 민주법학	5
II. 국가론으로부터 민주주의론으로	7
III. 민주주의와 시민사회	9
IV. 시민사회적 민주주의의 창출과 헌법학의 과제	13
V. 과제와 전망	20
◆ 정보사회와 평등문제 / 김도현	21
I. 리눅스를 깔다	22
II. 유닉스용 LX는 없는가	24
III. 어떤 형식으로 제공할 것인가	26
IV. 왜 lynx를 소외시키는가	28
V. 인터넷의 식민화	34
VI. 보편적 서비스의 '소프트'한 의미	37
VII. 오픈소스·자유·평등	41
VIII. 저작권권을 위하여	44
◆ 주권과 인권 / 강경선	51
I. 사회주의 이후(post-socialism) 시대	51
II. 역사의 '뜻'으로서의 법	53
III. 한국헌법의 변동과 헌법인식	55
IV. 결론 : 주권의 하강과 인권의 상승	72

◆ 여성인권의 보장 / 김엘림	77
I. 20세기 법과 민주주의의 발전	77
II. 21세기 법과 민주주의의 새로운 패러다임의 모색	96
◆ '21세기' 노동법의 과제 / 박홍규	99
I. 머리말	99
II. 21세기 노동의 구조와 변화	102
III. 노동의 변화에 대응한 21세기 노동법의 과제	112
IV. 맺음말	141
◆ 21세기 소유구조의 변화와 민법개정 / 조승현	145
I. 민법개정론과 민법학 방법론	145
II. 사적자치론 비판	157
III. 사적 소유의 이데올로기와 그 문제점	164
IV. 결론에 갈음하여	171
◆ 삼성 일가의 세금 없는 사전상속 / 박노현	173
I. 문제의 제기	173
II. 사안의 개요, 특징, 그리고 쟁점	175
III. 기존의 법적 대응과 법적 판단: 개요와 평가	180
IV. 발행가액의 불공정성	183
V. 회사법적 분석과 대응	185
VI. 공정거래법적 분석과 대응	189
VII. 세법적 분석과 대응	190
VIII. 형법적 분석과 대응	192
IX. 결론을 대신하여	194

개회사

김 종 서 (배재대 교수)

1999년 4월 민주주의법학연구회 창립 10주년 기념 심포지엄을 개최한 지 1년만에 다시 심포지엄을 개최하게 되었다. 심포지엄을 개최한다는 것이 필진을 구하고 사회자와 토론자를 섭외하며 행사와 관련된 여러 가지 부대업무를 고려하면 결코 쉬운 일이 아님에도 불구하고 1년만에 다시 심포지엄을 개최하게 된 것은 21세기가 눈앞에 다가와 있기 때문만은 아니다. 연구회 창립선언문에서 밝히고 있듯이 ‘민중과 법이 하나되는 날’을 위하여 다양한 활동을 해 온 우리 연구회로서는 지난 11년을 정리, 반성하고, 우리가 목표로 한 민주법학과 민중법학의 수립을 위하여 현재의 시점에서 가장 적절한 연구방법과 운동방식을 찾아내는 것이 절실하다는 인식을 가졌기에 어려운 여건 속에서도 심포지엄을 기획, 실행할 수 있었다.

오늘 심포지엄의 주제는 “21세기의 법과 민주주의 : 새로운 패러다임의 모색”이다. 이 대 주제 하에서 7개의 주요 법 영역별 주제가 마련되어 있다. 우리가 21세기의 법과 민주주의를 말하면서 새로운 패러다임의 모색을 언급한 것은 21세기의 법과 민주주의의 문제가 금세기의 법과 민주주의와는 근본적으로 다른 어떤 문제를 내포하고 있다고 생각했기 때문은 아니다. 따라서 우리가 그 동안 가지고 있었던 학술적 연구나 법운동의 목표가 이제는 수정, 폐기되어야 한다거나 패러다임 자체를 근본적으로 바꾸어야 한다는 관점을 가지고 출발한 것도 아니다. 우리는 민

* 이 책은 2000년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 출판되었음.

주법학과 민중법학의 수립이라는 목표가 여전히 유효한 것이라고 확신하고 있고, 그간의 연구·운동의 성과들 역시 21세기의 법과 민주주의라는 문제의 해결에 중요한 바탕이 될 것으로 믿고 있다.

그럼에도 불구하고 21세기를 맞아 새로운 패러다임을 모색하겠다고 한 것은, 정보화다 국제화다 해서 세상이 너무나 빠른 속도로 변하고 있는 이에 따라 사회구성원들의 사회를 보는 시각, 법과 민주주의에 대한 인식도 매우 빠른 속도로 바뀌고 있다고 느끼고 있기 때문이다. 따라서 이러한 인식의 변화를 포착하지 못한 채 법과 민주주의의 문제에 대하여 종래의 방식만을 고집하거나, 종래와 마찬가지로의 해결책과 대안의 제시에 안주하려 한다면 그것은 학술이론이나 법 운동 양자 모두의 차원에서 의미 있는 성과를 거두기가 어렵지 않을까 하는 인식이 있었기 때문이다.

이번 심포지엄을 통하여 우리 연구회는 기존의 연구회의 목표와 민주법학의 접근방식을 유지하면서 연구의 사회적 유용성과 운동의 성과를 극대화하기 위하여 두 가지의 목적을 달성하려고 한다. 우선, 이론적 차원에서, 우리 연구회는 학술연구단체로서, 사회와 인식의 변화에 대응할 수 있는 새로운 틀을 기존의 인식 틀과 창조적으로 접목할 가능성을 모색하려고 한다. 정치, 인권과 관련된 소 주제들이 여기에 해당하는 것들이라고 할 수 있다. 다음으로 운동 차원에서는, 21세기를 맞이하는 현시기에 있어서 한국사회의 법과 민주주의와 관련한 가장 핵심적인 쟁점이 무엇인지를 확인하고 여기에 학술운동단체로서 연구회의 운동역량을 집중적으로 투입할 수 있는 계기를 마련하자는 것이다. 민법, 노동, 경제와 관련된 소 주제들이 이에 해당한다.

그러나 이러한 목적이 우리 연구회만의 힘으로 달성될 수 있는 것은 아닌 것 같다. 심포지엄에 참가하는 발표자, 사회자, 토론자와 방청객은 물론 향후 이 자료집을 접하게 될 많은 사람들과의 열린 대화를 통하여, 비판적 문제제기와 지속적인 토론을 통해서, 비로소 오늘 우리가 심포지

엄을 통해 제기한 문제의 해결이 가능할 것이다. 그간 민주주의법학연구회에 애정어린 비판과 성원을 보내 주었던 모든 분들에게 다시 한번 민중과 법이 하나되는 날을 앞당기기 위한 노력에 적극 동참해 주실 것을 호소드린다.

이번 심포지엄의 개최에는 많은 분들이 애써 주셨다. 심포지엄에 참여하여 발표와 토론과 진행을 맡아주신 발표자, 사회자, 토론자는 물론이고, 특히 심포지엄의 전 과정을 기획, 조직한 서경석 회원과 심포지엄 행사 준비에 노고를 아끼지 않은 박지현, 김범준, 최관호 회원, 원고의 교열과 교정에 애쓴 임재홍, 오동석 회원께 특별한 감사의 인사를 드린다. 그리고 이번 심포지엄은 한국학술진흥재단의 재정적 지원에 힘입은 바 크다. 한국학술진흥재단의 관계자 여러분께도 감사의 인사를 전한다.

시민사회적 민주주의구축을 위한 새로운 헌법전략

이 경 주 (경북대 교수)

— 목 차 —

- I. 전환기의 민주법학
- II. 국가론으로부터 민주주의론으로
- III. 민주주의와 시민사회론
- IV. 시민사회적 민주주의의 창출과 헌법학
- V. 과제와 전망

I. 전환기의 민주법학

민주주의법학의 가장 주요한 관심사는 민주주의이다. 근대적인 의미의 법학이 민주주의적 지향을 내포하고 있음에도 불구하고 민주주의가 법학을 수식하는 것이 새삼스럽기까지도 하다. 하지만 이는 우리 사회의 법학이 민주주의를 표방하면서도 진정한 민주화와 거리가 멀었던 것에 대한 통렬한 자기반성이기도 하다.

사실 우리 사회의 법학은 민주주의 사회구축과는 거리가 먼 것이었다. 그런 탓인지 우리 사회의 법학은 다음과 같은 비판으로부터 아무도 자유로울 수 없었다.

먼저 민법, 상법, 경제법 등은 독점자본에 의한 생산수단의 전유와 그 재생산을 보장하고 있고, 행정법은 파쇼체제의 조직을 체계화하여 그 작용을 원활하게 해주고 있으며, 형법은 부르주와적 기본질서를 보위하기

위하여 형벌을 사용하고 있다.¹⁾

특히 「헌법은 이상과 같은 제반법률을 구성요소로 하면서도 이를 자유민주주의의 미명 하에 이데올로기적으로 정당화하며 재생산」하고 있는 「도구」에 불과한 것이었다. 따라서 민주사회구축을 위한 실천적 법학이 인권과 법치주의와 같은 법학의 주요한 개념에 대한 이데올로기비판에 중심축을 둘 수밖에 없었던 것은 이러한 사정과 무관하지 않다 할 것이다.

그러나 이상과 같은 법학과 헌법에 대한 민주주의법학 진영의 전통적인 이해도 새로운 전환기를 맞이하고 있다. 이러한 전환기에 가장 열병을 앓고 있는 학문진영은 아무래도 헌법학 진영일 것이다. 그것은 특히 진정한 민주화와 총체적 변혁의 대안 중의 하나로서 사고되어 오던 사회주의권이 새로운 사회의 대안으로서 인권 또는 법치국가와 같은 법과 관련된 주제로 사회적 대안을 논하는 사태에 직면하여서는 고통을 동반한 열병의 수준을 넘어 재기불능의 증병으로 비쳐지기도 한다.

물론 인권 내지 법치국가라는 이름으로 구사회주의권에서 생성되고 있는 사회체제가 지니고 있는 현대적 의미에 대해서는 신중한 접근이 필요함은 두 말할 나위 없다. 각기 다른 시대임에도 불구하고 자유와 민주주의 또는 법치국가라는 동일한 이름으로 표현되고 있는 가치기준은 그 자체에 내적 모순을 포함함과 동시에 그것이 구체적인 사회적 현실과 관계를 맺는 경우에는 이미 체제옹호의 기준으로 되는 측면과 체제비판의 측면의 대립을 동시에 포함하고 있다는 사실에서부터 현상에 접근할 필요가 있기 때문이다.

하지만, 이러한 신중함이 전환기에 처한 민주법학의 고통을 속 시원히 해결할 것 같지 아니하며, 민주사회구축을 위한 새로운 헌법전략의 필요

1) 「민주주의법학연구회 발족선언문(1989년 1월 5일 확정 및 채택)」, 『민주법학』, 창간호, 1989.

성이 그 어느 때보다 절실한 시점이라 할 것이다.

이상과 같은 문제의식에 기초하여 발표되는 민주사회구축을 위한 헌법학이 전제로 삼아왔던 국가론의 변화를 본질론으로부터 민주주의로의 변화로 파악하고, 민주주의의 장으로서의 시민사회를 조명하며, 이를 위한 새로운 헌법전략을 모색하고자 한다.

II. 국가론으로부터 민주주의론으로

전통적인 민주주의법학과 그 한 분과로서의 헌법학의 이론적 토대는 국가론이다. 국가를 어떻게 파악하는가 하는 것은 민주주의법학의 대항전선을 명확히 하는 것이기 때문이다. 특히 국가의 본질이 무엇인가가 중요한 관건이 되는데, 이에 따르면 현존 체제에 있어서의 국가란 부르조아지배의 도구이며 계급지배의 관점에서 그 본질이 파악되는 것이다.

본질론에 초점을 맞춘 국가론은 마르크스의 역사관과도 무관하지 않다. 이러한 마르크스의 역사관을 비교적 명확히 드러내고 있는 것은 마르크스와 엥겔스의 「공산당선언」이다.

봉건사회가 몰락하고 태어난 근대부르조아사회(moderne bürgerliche Gesellschaft)는 계급대립을 폐지하지 않았다 ... 전 사회는 적대하는 양대 진영으로 직접적으로 상대하는 두 계급으로 즉 부르조아지와 프롤레타리아트로 분열하여 간다.²⁾

계급과 계급 대립 위에 터잡은 구부르조아사회를 대신하여 각자의 자유로운 발전이 만인의 자유로운 발전의 조건이 되는 새로운 협동체(eine Assoziation)가 나타난다.³⁾

2) MEW, 4, S. 462: 『마르크스·엔겔스全集』, 4卷, 475쪽.

3) Ibid., S. 482: 같은 책, 496쪽.

이러한 정식은 계급대립을 축으로 하여 「계급사회가 그 최후의 형태인 부르조아사회를 거쳐 무계급사회로서의 협동체에 이른다」고 하는 유물사관의 또 다른 해석이기도 하다. 그리고 종래의 마르크스의 사회주의상에 대한 이러한 이해를 계급사회사관이라고 표현하기도 한다. 즉 근대사회의 경제운동법칙에 의해 자본주의사회가 사회주의 사회로 필연적으로 전화할 것이며, 이러한 전화의 지적·정신적 원동력으로서의 프롤레타리아에 의한 정치권력의 획득, 그리고 프롤레타리아정치권력에 의한 계급과 국가의 폐지로 이어질 것이라는 것이다.

이는 근대시민혁명이 인간을 봉건사회의 정치적 속박으로부터 해방에 이르게 한 혁혁한 성과에도 불구하고 경제적으로는 여전히 속박하고 있다는 인식에 터잡고 있다. 따라서 프롤레타리아혁명에 의해 비로소 인간은 경제적 해방에 이를 것이며, 인간해방이라는 종착역에 이르게 될 것이라는 것이다.

그러나 자본주의적 생산관계의 지양을 통하여 사회의 경제적 해방을 달성할 것이 기대된 사회주의국가에서 정치적·인간적 해방은 달성되지 않고 대부분의 사회주의 국가는 역사의 뒤편길로 사라지고 말았다. 뿐만 아니라 이들 국가의 퇴장의 화두는 사회주의의 민주주의적 재생이었다.

이는 동시에 전통적인 마르크스주의 국가론에 대한 근본적 문제제기이며, 국가에 대한 도구주의적 이해와의 결별을 의미한다. 이러한 도구주의적 국가관에 대한 거부는 국가론의 대상 또한 확대·심화시킨다. 이제 국가는 억압장치라는 측면으로 일률적으로 규정되기보다는 경제·정치·이데올로기를 포함한 사회관계 속에 위치한다. 그에 따라 국가장치의 내적 메카니즘에 대한 규명이 절실한 과제로 떠오른다. 국가론의 초점 또한 국가본질론으로부터 민주주의론으로 전화하고 있음을 시사한다 할 것이다.

그리고 민주주의론으로의 관심의 변화에서 주목할 만한 것은 국가와

사회에 대한 이원주의적 파악이 퇴장하고 시민사회라는 개념이 등장하였다는 것이다.

Ⅲ. 민주주의와 시민사회

시민사회개념을 둘러싼 새로운 변혁이론 모색은 사실상 어제오늘의 일이 아니라, 서구의 사회과학계에서는 이미 오래 전부터 탐구되어 온 것이다. 그런데도 불구하고 이에 대한 진지한 담론이 활발하지 못하였던 것은 여러 가지 원인을 찾아 볼 수 있겠으나, 그 중 하나 꼬집어 볼 수 있는 것은 시민사회 개념을 이해하는데 있어 뛰어 넘어야 할 심리적 장벽이 우선 가로막고 있기 때문이다.

그간 시민사회개념에 대한 한국사회의 상식은 다음과 같은 것이다. 시민사회는 서구근대사회의 역사적 산물이며, 시민사회는 상품시장의 발전을 토대로 하여 형성된 경제적 사회라는 것이다. 이러한 이해에 터잡아 본다면, 한국사회에서의 시민사회는 이제 정치적 사회결합과는 아무런 관계없는 개념을 의미할 뿐이다.

시민사회개념에 대한 이상과 같은 이해는 독일어권의 *bürgerliche Gesellschaft* 개념과도 무관하지 않다. 헤겔의 『법철학』에서 시작하여 마르크스에 의해 정착된 이 개념은 분업에 의해 조직된 경제인의 경제적=비정치적 사회통합으로 정의된다. 이를 굳이 영어로 번역한다면 그것은 *civil society*가 아니라 *bourgeois society*로 번역할 수 있을 것이다.

하지만 시민사회개념에 대한 독일어권의 이러한 이해는 서구사회의 전통적인 시민사회개념의 입장에서 본다면 대단히 예외적인 개념이해라고 할 만한 것이다. 라틴어의 *societas civilis*를 기원으로 하는 전통적인 시민사회개념은 정치적 사회결합을 표시하는 개념이다. 서구의 고전고대시대

에서 유래하는 이 개념을 서구사회는 각각의 시대의 정치적 사회편성을 시민사회 *societas civilis*라는 용어로 설명하였다. 따라서 각각의 시대적 개성에 따라 시민사회개념을 재정의하거나 재해석하여 왔던 것이다. 서구의 근대사회가 스스로 *bürgerliche Gesellschaft*로 정의한 것도 이러한 역사적 전통에 따른 재해석이라고 보아야 할 것이다.⁴⁾

아무튼 시민사회개념에 대한 서구사회의 전통에 비추어 본다면, 마르크스의 시민사회론은 시민사회개념 없는 시민사회개념으로서 전개되었다고 하여도 과언이 아닐 것이다. 이는 정치적 국가개념에 대치되는 독특한 사회개념으로서 전개된 것이다.

시민사회를 경제사회로 이해하는 태도는 「정치사회로서의 시민사회」, 「국가와 대항하는 시민사회」라는 개념의 20세기적 재생자로서의 그람시에 대한 과소평가와도 직결된다. 그람시는 『옥중 노트』에서 이상과 같은 이중의 대항축으로서의 시민사회개념에 기초하여 토대에 속하는 시민사회와 구별되는 시민사회를 상부구조에 귀속시킴과 더불어, 상부구조 내에서 국가와 시민사회를 준별하고, 시민사회의 정치적 문화적 기능을 정치하게 분석하고 있다. 시민사회는 자기가 속한 집단의 경제적 이해에 제약받으면서도 이를 수동적으로 표현하는 정치를 극복하고 정치를 자유로운 주체에 의한 하나의 윤리적 행위로서 수행할 수 있게 한다는 것이다.⁵⁾

마르크스가 국가에 의해 통제되는 정치가 아니라 시민들의 자치적 정치를 국가의 사멸을 통하여 성취하려 하였다면 그람시는 시민사회로부터 정치를 복원하고자 하였던 것이다.

사실 토대에 속하는 시민사회와 준별되면서도 국가와 구별되는 제3의 영역을 설정하려는 노력은 그람시만의 고유한 노력은 아니다.

4) John Keane, *Civil Society and the State*, Univ. of West Minster Press, 1998, p. 37.

5) 竹村英輔, 『그람시의思想』(靑林書院, 1975), 138쪽 이하 참조.

하버마스는 이러한 제3의 영역을 시민사회(*Zivilgesellschaft*)라고 하고 이 “시민사회는 마르크스주의 일반에서 이야기하는 사적으로 구성되고 노동시장·자본시장·재화시장을 통하여 통제되는 경제사회(*Ökonomie*)가 아니다”라고 주장한다. “시민사회의 제도적 핵심은 전체사회 가운데 생활세계라고 하는 구성부분에서의 공공적인 의사소통구조에 기초하며, 자유의사에 기초한 비국가적이며 비경제적인 결합과 연대”⁶⁾라고 규정한다.

하버마스는 사회가 진화·발달할수록 생활세계(*lifeworld*, *Lebenswelt* = 인격, 문화, 사회)와 체계(정치, 경제)의 통합메카니즘이 분리된다고 보고 그 사이에 긴장관계를 가지고 생기는 사회영역이 바로 공공영역이라고 보았다. 체계는 계속적인 자본주의발달로 효율성추구를 더욱 강화하게 되어, 물질적 생산을 담당하는 경제(특히 자본주의적 경제시스템)와 그것의 원활한 수행을 위해 조직된 행정(관료제적 행정시스템)으로 구성되고 이들은 지속적인 확장을 하게 된다. 체계는 급변하는 상황에 직면하여 자체의 내적 기능을 제대로 발휘하기 위하여, 하부체계를 분화하고 복잡하게 증대시켜 나가지만 이러한 체계의 확장은 사회구성원 사이의 합의에 의해서가 아니라 강압에 의해 일어나는 사회병리현상이며, 화폐와 권력에 의해 진행된다고 비판하였다. 이러한 체계의 확장은 사회구성원들을 억압하며 의사소통의 길을 계속적으로 차단하게 되고 그 구성원들은 체계의 확장을 통제하거나 제어하기가 어려워진다(생활세계의 식민화현상). 하버마스에 있어서의 새로운 사회운동이란 이러한 생활세계의 식민화를 저지하고 방해하려는 운동들로서 시민사회 내에서 실천적이고 합리적인 의사소통을 활성화하고 제도화하려는 일종의 시민운동이다.

이상과 같은 하버마스의 주장을 종합하면, 하버마스의 시민사회란 생활세계에 기초하지만, 생활세계 그 자체가 시민사회인 것은 아니고, 생활세계에서의 사회구성원의 실천이 국가행정체계나 자본주의적 경제체계를

6) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1998, S. 443.

자각적으로 주체화하고, 대립·항쟁·협조와 같은 상호작용을 행하는 접촉국면인 것이다.

하버마스는 시민사회를 공공영역이나 생활세계로 규정함으로써 그람시에 비하면 대단히 구체적인 3분모델을 제시하고 있다. 또한 하버마스는 계급투쟁이나 혁명적 방법, 또는 폭력이나 무력이 아닌 자율적인 대화를 통한 문제해결의 가능성을 찾고 있는 점 또한 다르다. 하지만 양자는 국가와 시민사회의 이분론을 탈피하여 제3의 영역을 설정하고 있는 점에서는 공통적이다.

그람시와 하버마스가 탐구한 제3의 영역을 시민사회로 규정하고 시민사회개념이 사회주의의 현대적 재조명과도 맞닿아 있음을 적극적으로 설파한 것은 킨(J. Keane)이다. 킨은 사회주의를 시민사회와 국가의 민주주의화와 동일한 개념이라고 본다.⁷⁾

코엔(J. Cohen)과 아라토(A. Arato)는 “시민사회(Civil Society)를 경제와 국가의 사이에 있으며, 주로 가족과 같은 친밀도 높은 영역(intimate sphere), (자발적인) 결사(association)의 영역, 사회운동 및 공공적 의사소통 형식에 의해 구성되는 사회적 상호활동영역이다”⁸⁾라고 규정한다. 따라서 시민사회는 자유주의에서 유래하기보다는 차라리 민주주의화의 장이라는 의미로서 사용하고 있는 것이다.

시민사회가 민주주의화의 장이라는 점에 적극 공감하면서도 여기에서 한 걸음 더 나아가 헬드(D. Held)는 민주주의가 번성하려면 이중적 민주화(double democratization)가 필수불가결함을 강조한다. 민주주의는 한편으로는 국가권력을 민주화하여야 하며, 또 한편으로는 시민사회가 민주주의

7) John Keane, Democracy and Civil Society, Univ. of Westminster Press, 1998, p. 25.

8) Jean L. Cohen and Andrew Arato, Civil Society and Political Theory, The MIT Press, 1997, p. ix.

화될 것이 필요한데, 그 원동력은 시민사회에서 찾아야 한다는 것이다.⁹⁾

이러한 시민사회론은 접근방법과 내용의 편차에도 불구하고 다음과 같은 몇 가지의 공통점을 지닌다. 첫째, 헤겔과 마르크스가 욕구의 체계로서 묘사하였던 19세기의 경제사회로서의 시민사회의 재생이 아니라는 점이다. 국가와 시민사회라는 이분법적 사고에 의하면 시민사회는 사적 영역을 대표하고, 경제사회라든지 사인간의 친소관계가 그 내실을 이루지만, 국가적 공적영역과 사적 영역 사이에 시민적인 공적영역을 설정하여 생각하는 3원론적 사고가 주류를 이룬다.

둘째 시민사회란 비국가적인 공적 영역을 의미한다. 시민사회는 근대 시민사회(bürgerliche Gesellschaft)와 같은 오로지 사적인 경제영역만을 의미하는 것이 아니라 오히려 공적 영역에 속한다. 그러나 공적영역을 담당하는 국가와도 구별되며, 고대에서 볼 수 있는 시민사회와 같이 정치 내지는 군사력을 행사하는 시민사회도 아니다. 그야말로 비국가적인 공적 영역인 것이다. 국가·경제와도 다른 이러한 영역을 하버마스는 생활세계라고 표현하고 있는 것이다.

셋째 시민사회론은 국가의 지배에서 벗어난 시민사회 영역을 확장하려고 한다는 점이다. 토크빌의 표현을 빌리자면 자발적 결사에 의해 형성된 사회로 이해할 수 있다. 예를 들면, 정당과 노동조합을 포함한 새로운 사회운동 즉 환경운동, 여성운동, 평화운동 등이 있겠다.

IV. 시민사회적 민주주의의 창출과 헌법학의 과제

1. 인권에 의한 시민사회적 민주주의의 창출

시민사회의 영역을 확장하기 위해서는 이중의 과제가 필요하다. 「공공

9) David Held, Models of Democracy, 2d ed.; Stanford Univ. Press, 1996, p. 316.

성이 있음에도 불구하고 자유주의원리에 부닥쳐 있는 문제에 대해서는 민주주의적 권력의 개입을 용인하고, 동시에 자유주의적 원리에 의해 이를 견제할 필요」가 있다.

이러한 과제를 달성하기 위해서는 시민사회의 공적인 영역에 시민참가를 추진하는 것이 필요한데, 이를 목표로 하는 것이 바로 시민사회적 민주주의이다. 공공적 결정이 필요한 부분에서는 사적 결정에 방임하지 않는다는 점에서는 자유주의와 다르고, 공적 결정이 필요한 부분에 있어서 주권에 일임하지 않는다는 점에서는 종래의 민주주의와도 다른 것이다.

민주주의를 시민사회의 공적인 영역에까지 확대하려는 이유는 두 가지이다. 첫째는 과거 사회주의국가에서 보였던 것과 같은 전체주의에 가까운 국가개입주의에 대한 반성이다. 둘째는 경제적 이해에 직접 기인하지 않는 따라서 계급적 대립과 투쟁의 색채를 강하게 띠지 않는 운동과, 권력을 획득하지 않고서도 해결될 수 있는 운동이 급증하고 있는 것과도 관련된다. 예를 들면, 인종차별반대투쟁, 여성운동, 환경문제를 둘러싼 노동간 대립 등을 들 수 있겠다. 셋째는 경제적 이해관계와 직결되는 노동운동이라 할지라도 합리화와 해고반대와 같은 자본의 자의적 지배에 항의하거나 이해상황의 개선을 넘어 자율을 요구하는 권리투쟁적 성격이 강한 운동도 증대되고 있기 때문이다.

문제는 시민사회적 민주주의를 확립하기 위한 제도적 틀을 무엇을 가지고 형성하는 것인가이다. 이를 위해서는 인권에 대한 재해석이 필요하다.

인권에 대한 종래의 이해는 다음과 같은 것이었다. 즉 인권이란 권력의 개입이 없는 사적 공간을 형성하는 것으로 대단히 개인적인 성격의 것으로 이해되었다. 인권의 주관적 공권으로서의 성격에 대한 이해는 자유주의자뿐만 아니라 좌파진영의 경우도 공통된다. 마르크스가 『유대인 문제에 대하여』에서 「인간의 권리란 이기적 인간의 권리이며, 인간 및 공동체로부터 분리된 인간의 권리에 지나지 않는다」고 논파한 것이 바로

그것이다.

이러한 명제에 기초하여 마르크스는 인권에 대한 일련의 결론을 도출한다. 예를 들면 자유라고도 표현되는 인권이란 인간과 인간의 결합에 기초한 것이 아니라 오히려 인간을 분리시키는 것이다. 그것은 분리의 권리이고, 자기에게 한정된 개인의 권리이다. 그리고 인권은 실제적으로는 사적소유에 적용될 뿐이다」라는 것이다. 이와 같은 종래의 인권관념에 따르면 인간은 유적 존재로 간주되는 것이 아니라 유적 존재성이야말로 개인의 자립성을 제한하는 것이므로 타과하여야 할 대상인 것이다. 설령 개인과 개인이 결합하는 경우에도 이는 재산과 개인적 신변안전을 위한 사리사욕을 위한 것에 불과하다는 것이다.

좌우파를 막론한 이러한 인권관념에 터잡아 본다면, 인권은 개인의 권리에 환원될 뿐 정치적인 의의를 갖지 못하며, 권력에 의한 인권침해에 대해서도 실천적이고도 정치적인 의미로 대항하지 못한다는 것이다.

하지만, 인권에 대한 이상과 같은 종래의 이해는 인권의 이데올로기 비판에 지나치게 경도된 것이기도 하다. 즉 인권을 확보함으로써 초래하는 사회변동 즉 공적 공간의 형성이 갖는 의미에 대해 정확히 음미하고 있지 못하다는 것이다. 이러한 경도된 인식은 『인권선언』을 이해하는데 있어서도 단적으로 나타난다. 마르크스는 「자유란 타인을 해하지 않는 범위 내에서 모든 것을 할 수 있는 것」임을 천명하는 인권선언 제4조에 경도되어 이해하기 때문에 자기에 국한된 권리로만 본다는 것이다. 하지만 인권선언에는 사적 이기주의 극복을 위한 자유로운 공적공간형성의 가능성도 제공하고 있다고 볼 수 있다는 것이다. 이와 같은 의견의 주창자는 르포르이다.

르포르의 의견의 자유(제10조)와 표현의 자유(제11조)에 대해 주목한다. 즉 「이는 가장 중요한 인간의 권리이며, 언어·문자·사고에 의해 자신을 외부와 결합시키는 권리」라는 것이다. 이에 기초하여 르פור는 인간

시민사회적
2009
2009

은 의사소통(커뮤니케이션)의 자유를 인권으로서 갖기 때문에 자유로운 공적 공간의 형성이 가능해 진다는 것이다. 또한 인권을 통하여 사적인 세계에 유폐되는 것이 아니라, 공적인 언어와 사고를 하게 된다는 것이다. 르포르에 의하면 「자유란 타인을 해하지 않으면서 타인과의 관계를 통하여 모든 것을 할 수 있는 자유」인 것이다.¹⁰⁾ 타인과의 관계성을 중시하면서도 일반민주주의 또는 계급민주주의와 다른 시민사회적 민주주의를 지향하는 것은 국순옥의 「기본권민주주의론」에서도 엿볼 수 있다. 국순옥의 경우 시민사회적 민주주의에서 민주주의의 중심이 되는 기본권은 기본권일반이 아니라 기본권담지자 시민들의 사회적 교통과 밀접한 관련이 있는 의사소통의 자유라고 하면서 표현의 자유를 중시한다. 시민사회적 민주주의가 표현의 자유를 고리로 전진을 계속할 때 우리에게 아직도 역사적 메시지로 남아 있는 근대화기획의 첫걸음이 시작될 수 있을 것이라는 주장이다.¹¹⁾

결국 인권에 의한 시민적 사회주의 창출이라는 프로젝트는 「제도화되어 가는 과정으로서의 사회」¹²⁾를 지향하는 것이며, 여기에서는 이는 올바른 법을 채용한 사회이기보다는 「정의의 문제가 끊임없이 열려진 채로 논의되고 있는 사회」¹³⁾이며, 이를 자율적으로 창출하기 위한 것이다.

10) C. Lefort, L'Invention démocratique, Paris: Fayard, 1981, pp. 59-60; 끌로드 르포르, 「시민사회와 민주주의」, 『마르크스주의의 위기와 포스트 마르크스주의 II』(의암출판, 1992년), 65쪽 이하 참조

11) 국순옥, 「민주주의와 헌법실천」, 『민주법학』, 16권, 1999, 143쪽.

12) 佐佐木允臣, 『もう一つの人権論』(信新社, 1995), 10쪽.

13) C. Castoriadis, "Sur le Contenu du Socialisme", in Le Contenu du Socialisme, Edition 10/ 18, 1979, p. 41.

2. 실체로서의 인권과 관계로서의 인권

시민사회적 민주주의 창출의 화두를 인권에서 찾는 논쟁적 담론은 경우에 따라서는 자유주의적 헌법학에서 주창하는 인권과 주권의 내적 구조에 대한 논의를 연상시킨다.

자유주의적 헌법학은 다양한 스펙트럼에도 불구하고 다음과 같은 출발점을 공유하고 있다. 즉 헌법학을 구성하는 두 가지 요소인 인권과 주권(통치구조)은 목적과 수단과의 관계에 있고, 주권은 인권을 실현하기 위한 것이어야만 존재의의를 갖는다는 것이다. 이처럼 목적으로서의 인권이 주권에 균림하게 된 것은 인권을 실체적으로 이해하기 때문이다. 근대 시민혁명의 결과 권리의 보장은 절차적인 것으로 이해되기보다는 실체로서 이해되었다고 하는 것은 주지의 사실이다. 인간은 태어나면서부터 불가침·불가양의 실체적 권리로서의 인권을 가지고 태어난다는 것이다.

그러나 이상과 같은 자유주의적 헌법학의 기본적 개념은 마르크스에 의해 논파된 바 있다. 마르크스는 봉건적 사회형태의 해체기의 인간 즉 일부의 부르조아만이 불가침·불가양의 권리를 갖고 있는 현실을 마치 전체의 것으로 그것도 근대의 출발점으로 삼는 것에 대한 경계의 목소리를 늦추지 않았던 것이다.

따라서 시민사회적 민주주의 창출의 화두로서의 인권은 인권에 대한 실체론적 사고를 극복하는 것으로부터 출발하여야 한다. 인권에 대한 실체론적 사고를 극복하기 위해서는 자유주의 헌법학의 개인과 국가, 인권과 주권, 사적 영역과 공적 영역이라는 2원론에 대한 근본적인 재검토가 필요하다는 것이다. 왜냐하면 사상의 자유, 직업선택의 자유 등 인권선언에 의한 자유의 보장이 권력의 불가침공간만을 의미하는데 그친다면, 그것은 그야말로 교양 있고 재산 있는 일부의 실체적 자유의 보장에 다름 아니지만, 인권선언에 의한 자유의 보장이 자유롭게 새로운 사회관계를

형성할 수 있는 가능성을 열고 있기 때문이다.

인권보장에 의해 형성된 새로운 사회관계에 의한 공간을 경제사회로서의 시민사회와는 의미내용을 달리하는 공공영역으로서의 시민사회로 이해한다면, 공공성은 이제 국가의 독점물일 수 없다. 인권이 주창되고 선언됨으로서 획득되는 공적인 영역이 국가 권력의 밖에 존재하며, 이를 채우는 것은 시민 또는 자발적 결사로서의 시민단체이다.

물론 공공영역으로서의 시민사회에서도 인권의 주체는 개인이다. 하지만, 이 개인은 사상의 자유로운 소통을 통해 형성된 사회관계의 산물로서의 개인이지, 사회와 동떨어진 원자로서의 개인을 의미하지는 않는다. 따라서 시민사회적 민주주의가 주창하는 인권이 전제하는 인간은 개인주의적 인간이 아니라 타인과의 상호관계성을 갖는 인간이다. 이러한 인간이 인권을 행사하여 형성된 비국가적 공공영역(소극적 자유와 적극적 자유의 영역)의 확대를 도모하며, 이를 통한 국가의 흡수를 꾀하는 헌법전략인 것이다.

그러나 이러한 새로운 헌법전략이 종래의 민주법학의 전통적인 실천영역을 모두 부정하는 것은 아니다. 법이론의 원리론과 법이론의 역사적 분석 그리고 그에 기초한 법이론의 이데올로기적 비판은 여전히 중요한 의미를 가지지만, 실천적 법해석론도 중요한 과제의 하나로 부상한다는 것을 의미한다.

3. 헌법실천의 주체와 동력

인권을 통해 창출되는 공적인 영역이 국가권력의 밖에 존재하며, 이를 경제사회로서의 시민사회가 아닌 공공영역으로서의 시민사회로 이해한다면, 이러한 공간을 채우고 이러한 공간을 창출하고 이를 통하여 국가를 흡수하기 위한 주체와 동력의 문제도 일정 정도 변화하지 않을 수 없다.

계급개념은 부정되지 않지만, 그 절대성·특권성은 거부되며, 국가권력을 둘러싼 계급투쟁보다는 시민사회 차원의 헤게모니에 중점이 놓여지기 때문이다. 이는 국가권력의 탈취가 목적이 아니라 민주주의 실현을 통한 국가권력의 흡수라는 시민사회적 민주주의의 전략과도 밀접한 연관을 맺는다. 생산력주의에 대한 반론으로서의 환경운동, 소비자운동·생활협동조합운동 등의 도시사회운동, 그리고 평등주의적 상상력을 사회생활에 확대하려는 여성운동 등의 신사회운동이 주목받는 것은 이와 같은 이유 때문이다.¹⁴⁾

그러나 이러한 생산외부에 놓여진 주체들에 의한 인권을 목적으로 한 권리투쟁과 자유로운 의사소통을 통한 이데올로기투쟁에도 문제점이 없는 것은 아니다. 물론 시민사회라는 것이 표현의 자유를 중심으로 하는 인권주체간의 의사소통에 의해 재생산되는 측면을 중시하는 것은 대단히 중요하고, 지금까지의 변혁운동이 간과하여 왔던 인간행위의 언어성과 사회성에 대한 강조임에는 틀림없는 일이다. 하지만, 시민사회라는 것이 의사소통뿐만 아니라 노동에 의해서도 재생산된다는 점을 생각한다면, 그리고 의사소통만을 강조했을 때 진리인식이 불가지론에 빠질 염려가 있다는 점을 생각한다면, 언어를 통한 의사소통과 노동의 내적 연관성을 강구하는 것도 앞으로의 과제로서 해결되어야 할 것은 아닌가 하는 생각이 든다.¹⁵⁾

원래 시민이라는 개념이 법적으로 자유롭고 평등한 권리를 가지는 모든 국민을 포괄하는 것이라고 한다면, 민중도 당연히 시민에 포함되는 것이다. 그러므로 민중운동은 시민운동을 부정적으로만 평가해서는 안되

14) 加藤哲郎, 『現代レギュラシオと國家』, 『現代政治學の再構成』(青木書店, 1994), 288쪽 이하 참조

15) 尾關周二, 『思想としてのコミュニケーションと人間觀の深化』, 『思想としてのコミュニケーション』(大月書店, 1995).

며, 시민운동의 과제가 동시에 민중운동의 과제의 일부라는 사실을 인식하여야 한다.¹⁶⁾ 시민운동에서 제기되고 있는 정치적 민주화나 부패척결 그리고 재벌의 변칙적인 상속과 승계를 저지하려는 움직임은 노동자와 같은 기층민중들에게도 중요한 부분인 것이기 때문이다.

V. 과제와 전망

법학방법론으로서의 시민사회론은 사회구성원이 법을 스스로의 공동생활의 틀로서 자율적으로 형성해 가는 과정과 계기를 최대한 중시하는 방법론이다. 이는 법을 국가의 계급지배의 도구로서 파악하는 종래의 방법론(국가독점자본주의론)과 다르며, 자유롭고 평등한 개인에 의한 자율적 결사를 지향한다는 점에서 부르조아에 의한 계급지배를 공공화시키려는 부르조아 시민법론과도 일정한 차별성을 갖는다. 또한 법의 일반적·보편적·규범적 성격을 과도하게 경시하고, 법을 사회의 개별적 생활관계로 해소하는 방법론(Communitarianism)과도 일정한 선을 긋는 것이다.

하지만 이러한 방법론을 시민사회적 민주주의와 새로운 헌법전략이라는 제목으로 논쟁거리로 내놓는 것은 이러한 시도가 진리요 절대적이라는 것을 의미하지는 않는다. 제도화되어 가는 과정으로서의 사회를 향한 첫걸음이며, 정의의 문제가 끊임없이 열려진 채로 논의되고 있는 사회를 자율적으로 창출하기 위한 모험의 첫걸음일 뿐이다.

시민사회적 민주주의의 지향을 전략적 과제로 삼는다고 할 때 과연 어떠한 화두를 가지고 한국사회의 헌법현실을 헤쳐 나가야 할 것인가에 대한 진지한 토론과 고민이 필요한 때이다.

16) 정태석 외, 「한국의 시민사회와 민주주의의 전망」, 『시민사회와 시민운동』(한울, 1995년), 289쪽.

정보사회와 평등문제

— 보편적 서비스의 ‘소프트’한 의미를 위하여 —

김도현 (서경대 교수)

— 목 차 —

- I. 리눅스를 깔다
- II. 유닉스용 LX는 없는가
- III. 어떤 형식으로 제공할 것인가
- IV. 왜 lynx를 소외시키는가
- V. 인터넷의 식민화
- VI. 보편적 서비스의 ‘소프트’한 의미
- VII. 오픈소스·자유·평등
- VIII. 저작권권을 위하여

이 글에서 평등문제라 함은 경제적 관점에서 접근하는 것이다. 즉 “없는자”의 입장에서 인터넷을 사용할 때 느끼는 불합리와 불평등이 무엇인지를 주로 나의 개인적 경험을 통하여 이야기하고자 한다. 또한 평등문제라고 하여 엄격한 헌법적 해석논리를 시도하는 것은 전혀 아니다. 아직은 정리되지 못한 개인적 사념의 단편들을 나열한 글이라 해야 할 것이다.

I. 리눅스를 깔다

불법복제된 윈도우98을 삭제하고 리눅스를 설치한 것이 1999년 4월 말 경이었다. 학교당국으로부터 교내의 모든 컴퓨터에서 불법소프트웨어를 삭제하라는 지시가 떨어졌던 것이다. 마이크로소프트로 대표되는 소프트웨어 분야의 다국적 기업들이 미국정부를 통하여 한국에 압력을 가한 결과임은 누구나 알 수 있었다. 80년대 이후 진행되어온 소프트웨어의 재산권화가, 90년대에 이르러 전세계로 확산된 신자유주의의 맹위를 업고, 마침내 갖 교수직에 들어선 한국의 어느 이름없는 한 학자의 연구실 내 컴퓨터에까지 그 위력을 발휘하기에 이른 것이다.

사실 1999년 초, 없는 살림에 거금을 투자해서 컴퓨터를 조립하고 처음 깔았던 운영체제는 리눅스였다. 하지만 교수임용을 받고 컴퓨터를 당장 업무에 이용하려 하니 리눅스로는 도저히, 원천적으로 불가능했다. 무엇보다 판매검색 프로그램인 LX가 작동하지 않았기에 리눅스로는 하루 치 강의준비도 할 수가 없었던 것이다. 그렇다고 윈도우98을 새로 구입해서 설치하자니 당시의 뼈든한 살림규모로는 적지않은 자금을 또다시 투입해야 하는 어려움이 있었다.

물론 1995년도에 구입한 노트북에 번들로 딸려온 윈도우95가 있기는 했다. 하지만 CD-ROM 드라이버도 없는 노트북에 번들로 제공되던 것은 30여장에 이르는 디스켓으로 구성된 윈도우95였고 이미 일부 디스켓에 에러가 생겨 새로 설치할 수도 없는 입장이었다. 오픈소스 유닉스/리눅스였다면 인터넷에서 다운받아 설치할 수 있겠지만 독점 소프트웨어인 윈도우는 인터넷에서 당연히 구할 수 없었고 마이크로소프트사에서든 번들제품에 대해서는 지원을 하지 않기에 노트북 컴퓨터를 구입한 회사에 서비스 제공을 의뢰해야만 했다. 그러나 나에겐 그에 소요되는 거래비용이 만만치 않아 보였고 결국 손쉽게 불법복제품을 가까운 지인에게서 구해다 설

치했던 것이다.¹⁾

그리하여 1999년 4월부터 나의 본격적인 리눅스와의 투쟁은 시작되었다. 불편한 점이 하나둘이 아니었지만 불편하다고 해서 다시 윈도우를 설치하기는 싫었다. 적어도 불법복제품을 쓰지 않아도 된다는 사실이 주는 심리적 안정감과 정신적 자유로움, 이것을 이제 포기할 수가 없었던 것이다. 윈도우를 운영체제로 삼고서 오로지 정품 소프트웨어로만 하드디스크를 채운다는 것이 얼마나 고단한 일인가를 나는 경험으로 알고 있었다. 윈도우상에서 작동하는 훌륭한 웨어웨어들이 많이 있었지만 완전한 프리웨어가 아닌한 그 어떤 것도 불법이라는 것이 학교당국의 설명이었기에 더욱 그러했다.²⁾

물론 독점 소프트웨어처럼 판매회사로부터 사용법에 대한 지원을 받는다는 것은 애초부터 불가능했다. 그러나 그에 못지 않은 실시간·온라인

- 1) 물론 번들용으로 제공된 제품을 다른 컴퓨터에 설치하는 것도 불법이다. 나는 잘 알고 있었다. “마이크로소프트 소프트웨어 최종사용자 사용권 계약서”(End User License Agreement, EULA)에 따르면 “소프트웨어 제품 1개를 워크스테이션, 터미널 또는 다른 디지털 전자장치를 포함한 1대의 컴퓨터에 설치하고 사용할 수” 있는 것이다. 이는 저작권법에 따라 소프트웨어는 “판매되는 것이 아니라 단지 그 사용이 허가되는 것”에 불과하기 때문이다. 마치 중세 시대 토지의 소유권은 국왕에게 귀속되고 봉신들은 단지 사용권만 획득하는 구조가 21세기를 바로 눈앞에 둔 시기에 재현되고 있는 것이다. 어쨌든 번들제품을 새로 산 컴퓨터에 설치하든, 이에 불법복제품을 설치하든 불법이기는 마찬가지였다. 그나마 EULA는 소비자에게 일방적으로 불리한 규정들로 가득차 있을 뿐만 아니라 그 내용도 모호한 구석이 많아서 자의적인 해석에 의하여 소비자의 권리가 침해당할 여지도 많다. 이에 대한 연구와 시정조치가 반드시 뒤따라야 할 것이다.
- 2) 윈도우 사용자들에게 자신의 컴퓨터에 오직 정품 소프트웨어와 프리 소프트웨어만 설치되어 있는 사람은 손을 들어보라고 한다면 틀림없이 10% 미만의 사람들만이 자신있게 손을 들 수 있을 것이다. 이렇듯 저작권법은 사실상 지켜지지 않고 있다. 이렇듯 법과 현실의 괴리가 심각하다면 그것은 사람이 잘못되었기 때문일까, 법이 잘못되었기 때문일까. 그럼에도 불구하고 현재의 저작권법이 정보시대의 새로운 사회구조에 적합한 것이라 주장할 수 있을까?

지원이 오픈소스 유닉스/리눅스의 경우에는 가능했다. 컴퓨터를 사용하다 문제가 생기고 그것을 혼자 힘으로는 해결할 수 없을 때는 뉴스그룹이나 여러 홈페이지의 게시판에 질문을 올려 답을 받고, 그리고 그렇게 해서 알게된 얼굴도 모르는 사람들과의 전자메일 교환을 통하여 언제라도 그 자리에서 도움을 받을 수 있었다. 지금은 오히려 내가 다른 초심자들의 질문에 답변을 주는 사례가 생기기까지 했지만 이러한 가상공간에서의 공동체 경험은 나에게는 신선함 그 자체였다.

그러나 경우에 따라서는 온라인 공동체로부터도 도움을 받을 수 없는 경우가 있었다. 오로지 윈도사용자가 아니라는 이유로 겪어야 했던 불편함과 설움, 그리고 분노가 하나둘이 아니었다. 이 글에서는 주로 지난 1년동안 경험했던 어느 비윈도사용자의 좌절과 희망을 있는 그대로 가능한 한 담담하게 써내려가고자 한다. 아니, 사실은 그 이전부터 몇 년동안 가난한 인터넷 사용자로서 느껴왔던 설움을 기술하고자 한다. 때로는 감정에 복받쳐 냉정함과 객관성을 잃어버리는 경우도 있을지 모르겠으나 너그럽게 이해해 주시기 바란다.

II. 유닉스용 LX는 없는가

유닉스/리눅스 사용자로서 처음으로 좌절을 맞보아야 했던 것은, 앞서 기술한 바와 같이, 대법원이 제작·배포하고 있는 판례 및 법령 검색 프로그램 LX 때문이었다. 아시다시피 LX는 오로지 윈도 95, 98에서만 작동한다. 신입교수 초기 몇달간 내가 윈도 불법복제품을 사용하지 않을 수 없었던 것도 LX 덕분이었다. 어쨌든 비윈도사용자 —그것이 유닉스 계열이든, 맥킨토시이든, OS/2이든—로서 LX를 진정 필요로 한다면 그것은 오로지 LX라는 프로그램 하나 때문에 눈물을 머금고 25만원을 들여

윈도제품을 구입하지 않으면 안되는 것이다.

이는 공적인 기관으로서 사회의 각종 기업과 이익단체로부터 철저히 중립을 지켜야 할 국가가 국민들에게 특정 회사의 제품을 구매하도록 사실상 강제하고 있는 것과 다름없는 것이다. 그것도 다국적 독점 기업의 제품을... 이것이 헌법의 원칙에 부합하는가? 윈도도 유닉스나 맥킨토시와 마찬가지로 단지 여러 운영체제 중의 하나일 뿐이다. (같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급하라는 것이 평등원리라면 왜 윈도가 다른 운영체제에 비해서 특혜를 받아야 하는가. 다르게 취급되어야 할 유일한 근거를 들라면 단지 윈도사용자가 많다는 이유밖에 없을 것이다.) 사실 윈도 계열은 —불법사용자를 포함해서— PC 운영체제 시장의 90% 이상을 점하고 있는 것으로 판단된다. 그러나 전체적인 헌법정신의 관점에서 보자면 이는 다르게 취급해야 할 근거로서 미약하다고 판단된다.

헌법 제37조 제2항의 정신을 생각해보자. 국민의 권리에 대한 제한은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 최소한도로만 가능하다. 여기서 문제되는 것은 공공복리의 경우일 것이다. 그러나 국가가 유닉스용 LX를 개발하는 비용과 다수 국민이 윈도를 구입하는 비용 중 어느 것이 싸게 먹힐까. 어느 쪽이 공공복리를 향상시키는 길인지는 명백히 드러난다. 더욱이 가난한 국민들의 주머니에서 몇 년간격으로 수십만원을 빼앗아 다국적 독점 기업의 배를 불러주는 것이 공공복리를 위한 것인지는 참으로 의문스럽다. 우리의 경제헌법이 규정하고 있는바, “균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있”는 국가가 오히려 그 반대의 행태를 보이고 있다는 것은 참으로 한탄스럽기까지 하다. 결국 단지 사용자가 많다는 이유로 윈도용으로만 LX를 제작·배포하는 것을 정당화하려 한다면 이는 다수의 소수에 대한 폭력을 조

장하는 것이라 하지 않을 수 없는 것이다.

대법원은 마땅히 유닉스용 LX도 제작·배포해야 한다고 본다. 현재 유닉스 상에서는 성능좋은 공개 데이터베이스 프로그램이 여럿 작동하고 있다. Fox Pro로 만들어진 데이터베이스를 유닉스용으로 변환하는 것도 검색프로그램을 작성하는 것도 그리 어려운 일이 아니라고 알고 있다. 국가가 나서서 유닉스용 LX를 만들어두면 많은 국민들이 LX를 사용하기 위하여 25만원씩 지불하고 윈도를 구입하는 낭비를 줄일 수 있다. 경제적인 문제는 그만두고라도 다양한 플랫폼 위에서 작동하는 프로그램을 만든다는 것은 국민들을 차등없이 대우해야 할 국가의 당연한 임무인 것이다.³⁾

III. 어떤 형식으로 제공할 것인가

다양한 플랫폼에 대한 배려의 관점에서 본다면 우리나라 정부기관의 홈페이지의 자료들은 심각한 문제점을 안고 있다. 예를 들어 금융감독원의 홈페이지를 방문해서 자료실을 찾아들어 가보자.⁴⁾ 여기있는 자료들은 .hwp, .xls, .doc, .pdf라는 확장자를 가지고 있다. 즉, 아래아한글, 마이크로소프트 엑셀, 마이크로소프트 워드, 어도비 Portable Document Format 등으로 구성되어 있다. 이 중에서 PDF는 전세계적으로 전자문서의 사실

3) LX의 또다른 문제 중 하나는 라이선스가 불분명하다는 점이다. 아무리 뒤져봐도 LX에 관한 라이선스 규정은 “본 CD-ROM은 법원도서관에서 개발·제작한 것으로 자료의 무단복제는 법률로 금지되어 있습니다”는 한 문장뿐이다. 이것을 예컨대 도서관 컴퓨터에 설치하여 다수의 학생들이 이용할 수 있게 해도 좋은 것인지, CGI와 연동시켜 다수의 사용자가 랜을 통해 검색할 수 있게 해도 좋은지 알 수가 없다. 한국의 법치주의의 마지막 보루인 사법부의 저작권법에 대한 인식수준을 그대로 드러내는 장면이다.

4) <http://210.95.55.198/>

상의 표준으로 받아들여지고 있는 형식으로서 파일 스펙이 완전히 공개되어 있어서 PDF를 만들고 읽을 수 있는 공개 프로그램이 인터넷 상에 여럿 널려 있다. 그러나 아래아한글 및 엑셀, 워드 파일은 독점 소프트웨어로서 파일구조도 비밀에 싸여 있고 파일을 만들거나 읽기 위해서는 독점적 유료 소프트웨어를 구입해야만 하는 문제가 있는 것이다.

물론 엑셀과 워드의 경우, 읽기만을 위한 뷰어 프로그램은 무료로 공개되어 있음은 잘 알고 있다. 하지만 그것은 오로지 윈도 플랫폼에서만 작동한다. 윈도 이외의 운영체제에서 이들 무료 뷰어 프로그램은 무용지물이다. 따라서 이들 파일을 보기 위해서는 최소한 윈도 계열 운영체제를 구입하지 않으면 안된다. LX의 경우와 동일한 문제점이 여기서도 발생하는 것이다. 게다가 아래아한글 파일을 볼 수 있는 마땅한 뷰어 프로그램이 적어도 윈도상에서는 현재 존재하지 않으므로 윈도 사용자는 아래아한글을 구입해야만 정부기관 홈페이지의 자료들을 읽을 수 있는 것이다. 조금은 다행스럽게도 리눅스와 선 솔라리스에서 돌아가는 무료 HWP뷰어는 존재한다.⁵⁾ 그러나 이는 오직 리눅스와 솔라리스라는 한정된 운영체제에 국한되는 것이다.

따라서 적어도 공적인 기관은 아래아한글, 엑셀, 워드 등의 독점 소프트

5) 그러나 현재의 거의 모든 공문서 및 학회지 게재 논문이 아래아한글 형식을 요구하므로 유닉스/리눅스 사용자도 유닉스용 아래아한글을 구입하지 않으면 안된다. 특정 소프트웨어를 사용하지 않을 수 없게 하는 사회적 압력으로 인하여 울며 겨자먹기로 개인적으로는 불필요한 소프트웨어를 구입하는 사람이 분명히 있을 것이다. 소프트웨어 시장은—특히 가장 대중적인 프로그램인 운영체제나 워드 프로세서 시장의 경우—카오스 이론이 적용되는 곳이다. 어떤 한 프로그램이 시장지배적 지위를 차지하기 시작하면 그것은 곧바로 완전독점 형태로 나아가게 된다. 그 프로그램이 아무리 기능과 만족도 면에서 떨어진다 하더라도... 당장 학회지 게재 논문부터라도 아래아한글 형식 이외의 개방적 스펙을 가진 포맷—이를테면 TeX—으로 제출하는 것을 허용해야 할 것이다. 편집자가 조금 고생을 하게 되더라도 말이다.

웨어 형식으로 자료를 제공하는 것을 삼가야 한다. 국민들에게 특정 운영 체제, 특정 소프트웨어를 쓰지 않을 수 없도록 사실상 강요하는 바와 다름 없기 때문이다. 그 대신 단순한 아스키 텍스트, HTML, SGML,⁶⁾ PDF, PostScript,⁷⁾ TeX⁸⁾ 등의 다른 파일 형식을 적극적으로 고려해야 할 것이다. 이들은 내가 아는 모든 플랫폼 상에서 공개된 프로그램으로 읽을 수 있고 편집할 수 있으며 또 변환할 수 있다. 우리의 국제청에 해당하는 미국 Internal Revenue Service(IRS)가 왜 PDF, PCL,⁹⁾ PostScript, SGML 등의 형식의 문서를 제공할 뿐, 시장점유율 1위인 마이크로소프트 워드 형식의 문서는 제공하지 않는지 심각하게 생각해 보아야 할 것이다.¹⁰⁾

IV. 왜 lynx를 소외시키는가

HTML 얘기가 나왔으므로 우리나라 웹 콘텐츠 환경에 대해 몇마디만

- 6) Standard Generalized Markup Language. 문서의 구조와 형식을 지정하는 국제표준(ISO 8879)의 하나이다. HTML과 유사한 태그를 사용한다.
- 7) 문서를 프린트할 때 사용하는 프로그래밍 언어이다. 보통 PS로 불린다. 파일 크기가 커지는 단점이 있다.
- 8) Donald E. Knuth가 만든 문서형식기 프로그램이다. 주로 논문을 작성하기에 적합하다. 우리나라에서는 대한수학회에서 이 형식의 논문을 받고 있으나 외국에서는 법학을 포함해서 다양한 분야의 학회지가 이용한다.
- 9) 휴렛패커드의 프린터 제어 언어이다. PS보다도 더 파일 크기가 크다.
- 10) http://www.irs.gov/forms_pubs/forms.html. 이런 사실과 함께 금융감독원이 제공하는 PDF파일의 한글글꼴이 유닉스/리눅스 상에서 보이지 않는 이유를 알려준 신정식(<http://pantheon.yale.edu/~jshin/>)에게 감사의 뜻을 전한다. 금융감독원의 PDF 파일에는 윈도우 한글트루타입폰트가 쓰이는데 이를 PDF파일에 포함시키지 않고 있어서 오직 윈도우에서만 제대로된 문서를 볼 수가 있다. PDF를 제작할 때도 이런 점을 주의해야 한다. 결국 금융감독원 자료실의 파일들은 모두 약간씩은 문제점을 안고 있는 것이다.

한다. 웹서핑을 하다보면 가끔씩 “이 사이트는 인터넷 익스플로러 4.0 이상에서 가장 잘 보실 수 있습니다”와 같은 문구를 접할 때가 있다. 경우에 따라서는 인터넷 익스플로러가 아니면 아예 접근조차 불가능한 경우도 있다. 인터넷 익스플로러는 오직 마이크로소프트 윈도우 상에서만 작동한다. 넷스케이프를 비롯한 다른 많은 웹브라우저가 유닉스/리눅스, 윈도우, 매킨토시 등 여러 플랫폼을 지원하는 것과는 달리 인터넷 익스플로러는 단 하나의 플랫폼만을 지원하는 것이다. 그렇다면 윈도우 사용자가 아닌 경우에는 이들 사이트 문턱에서 좌절감을 맛보지 않을 수 없게 된다. 이런 사이트는 우리가 지금까지 논의한, 다양한 플랫폼 상에서의 공개된 프로그램에 의한 접근을 원천적으로 차단 또는 곤란하게 만드는 것이다.

이런 사이트가 생기는 이유는 인터넷 익스플로러만이 지원하는 태그를 사용하기 때문이다. 사실 이것은 마이크로소프트의 내부 정책과 관련이 있다. 1998년 11월 1일, 오픈소스운동의 대표주자인 Eric S. Raymond는 이른바 “할로윈 문서”라고 불리는 마이크로소프트 내부 문서를 입수, 인터넷 상에 공개하여 전세계적으로 파문을 불러일으킨 바 있다.¹¹⁾ 이 문서는 “마이크로소프트의 엔지니어의 입장에서 바라본 오픈소스 현상과 리눅스의 상황, 그리고 이의 장단점과 대처방안”을 기술한 것으로서 특히 마이크로소프트가 내부적으로 “비표준화” 전략을 채택하고 있음을 드러내주고 있다. 비표준화 전략이란 일반적으로 널리 사용되는 프로토콜을 무시하고 자사의 프로그램에서만 작동하는 독자적인 프로토콜을 사용함으로써 독점력을 더욱 강화하고자 하는 전략이다. 대표적인 예로는 마이크로소프트에게 윈도우에 내장된 변형된 자바 머신을 원형대로 원상복구 하라는 미 법원의 판결에서 드러난 의도적인 자바 손상을 들 수 있다.

11) <http://www.opensource.org/halloween/> 및 최준호, “오픈 소스 공동체에 대한 MS의 대외비 문서: 할로윈 문서,” 『프로그램세계』 1999.2, 208쪽 아래 볼 것. 온라인 우 리말 소개로는 <http://www.kr.FreeBSD.org/~cjh/freetime/oss/halloween/>.

비표준화 정책은 이에 그치지 아니하는데 인터넷 익스플로러만이 지원하
는 독자적인 태그들도 그 사례이다. 물론 이런 정책은 마이크로소프트만
이 취하는 것은 아닐 것이고 시장지배적 지위의 제품을 가지고 있는 다
수의 자본주의 기업이 빠질 수밖에 없는 유혹이다.

하지만 부지불식간에 이런 전략을 추종하고 있는 웹사이트는 오직 윈
도 환경만을 우대하고 다른 플랫폼, 다른 웹 브라우저를 사용하는 사람들
을 부당하게 차별대우하는 것이 아닐 수 없다. 어떤 브라우저를 사용하
더라도 좌절감을 느끼지 않고 행복하게 웹 서핑을 할 수 있는 사회, 이
것이야말로 인터넷이 본래 추구하던 바였고 지금도 가상공간에서 벌어지
고 있는 전세계적 시민운동의 목표 중의 하나이다. 인터넷 프로토콜인
TCP/IP는 본래 미국방성의 연구 프로젝트를 위해 만들어진 것이었으나
곧 대학이나 연구기관에 있는 서로 다른 컴퓨터를 접속하기 위한 “패킷
교환”이라는 방식을 채용했다. 그것은 데이터를 “패킷”이라는 작은 조각
으로 나누어 통신망에 던져넣기만 하면 되는 것으로서 TCP/IP를 준수하
는 한 어떤 컴퓨터라도 정보를 서로 교환할 수 있게 된다. 인터넷은 기
존의 전화망과는 달리 기본적으로 분산형·개방형 시스템인 것이다.¹²⁾
규약만 준수하면 누구나 참여할 수 있는 것이 인터넷이다. 단지 특정 플
랫폼과 특정 브라우저를 사용하지 않는다고 정보검색을 좌절시키는 것은
인터넷의 정신과 부합하지 않는다. 브라우저에 종속적이지 않은 웹을 만
들자는 운동이 가상공간에서 벌어지고 있다는 사실은 이러한 인터넷 정
신이 아직은 살아있음을 알려주는 것이다.¹³⁾

브라우저에 종속적인 사이트인지 아닌지를 알아볼 수 있는 가장 손쉬

12) 이케다 노부오, 「인터넷·자본주의·혁명」(이규원 옮김), 거름(2000), 33-37쪽 볼
것.

13) Any Browser 캠페인이 대표적인 사례이다. <http://www.anybrowser.org/campaign/>.
또 웹콘소시움(W3C)이 공표한 HTML 표준을 준수하자는 서약운동도 있다.
<http://www.zdnet.com/anchordesk/wip/index.html>.

운 방법의 하나는 lynx라는 웹 브라우저를 이용하여 접속해 보는 것이다.
lynx는 자체적으로 그래픽을 보여주지 못하는 텍스트 기반 웹 브라우저로
서 유닉스/리눅스, VMS, 윈도 95/NT, 도스, OS/2, 매킨토시 등에서 작동
하는 멀티플랫폼 지원 소프트웨어이다. 따라서 lynx에서 무리없이 볼 수
있는 사이트라면 다른 어떤 웹 브라우저에서도 문제없이 보여지리라고 간
주해도 좋은 것이다. 그런데 우리나라의 웹사이트들의 lynx에 대한 지원
이 외국 사이트에 비해 참으로 빈약하기 그지없다는 사실이 안타까울 따
름이다. 예를 들어 서울대학교 법과대학 홈페이지를 lynx를 가지고 접속
해 보자.(그림 1)¹⁴⁾

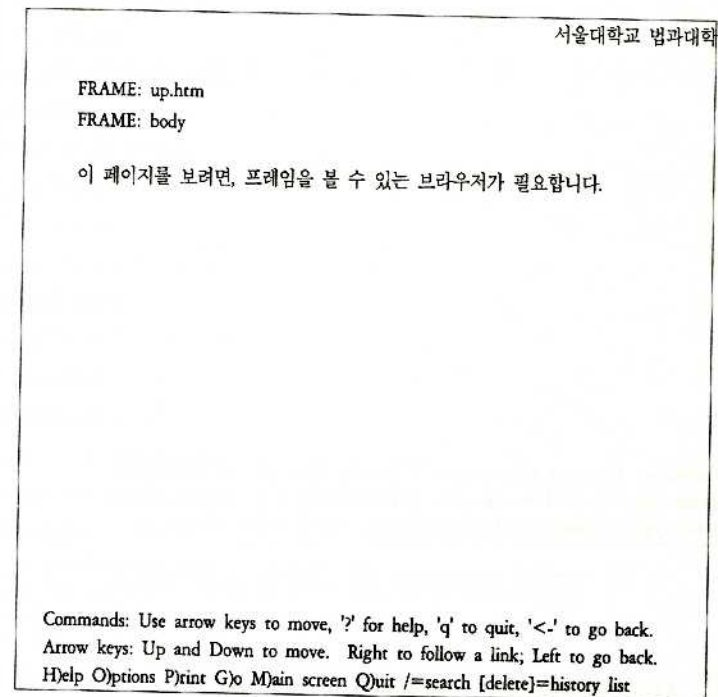


그림 1: lynx로 본 서울대학교 법과대학 홈페이지

14) <http://law.snu.ac.kr/>

이처럼 lynx는 프레임 기능을 지원하지 않는다. 혹시나 하는 마음에 up.htm 링크를 눌러 들어가 보면 .gif 파일이름들만 화면 한가득 나열될 뿐이다. 이런 사이트를 lynx로 검색한다는 것은 원시불능이라고 해야겠다. 그나마 친절하게도(?) 프레임을 볼 수 있는 브라우저가 필요하다는 안내문이라도 나타나니 다행이라고 해야할까. 이번엔 대법원 홈페이지를 찾아가 보자.(그림 2)¹⁵⁾

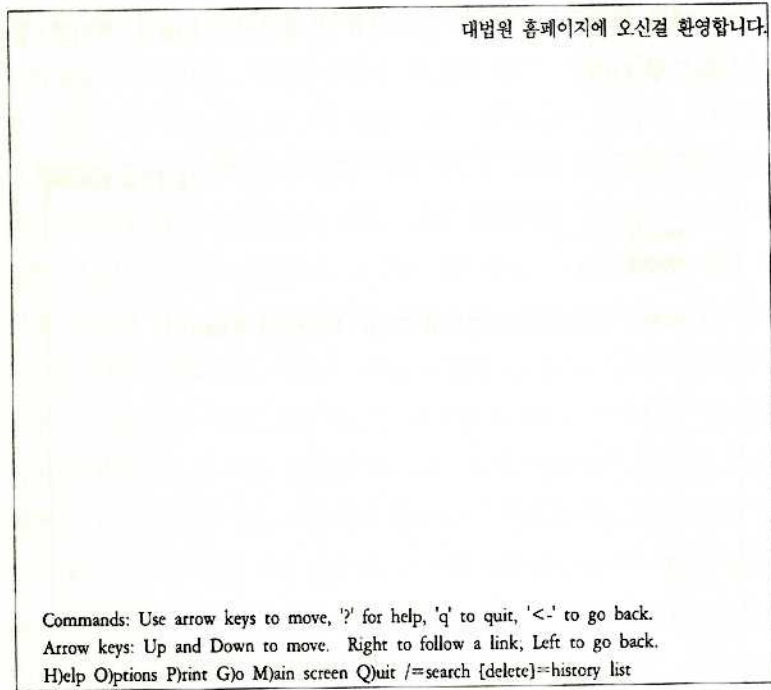


그림 2: lynx로 본 대법원 홈페이지

이번에는 프레임을 볼 수 있는 브라우저가 필요하다는 문구도, 링크도 없이 홈페이지 타이틀만 덩그러니 화면 한쪽 구석을 차지하고 있을 뿐이

15) <http://www.scourt.go.kr/>

다. lynx 사용자는 대법원 홈페이지의 문턱에서 다른 곳으로 발길을 돌리지 않으면 안되는 것이다. 이제 미국 법률정보를 검색하고자 할 때 빼놓을 수 없는 중요 사이트의 하나인 코넬대학교 법과대학을 접속해 보자.(그림 3)¹⁶⁾

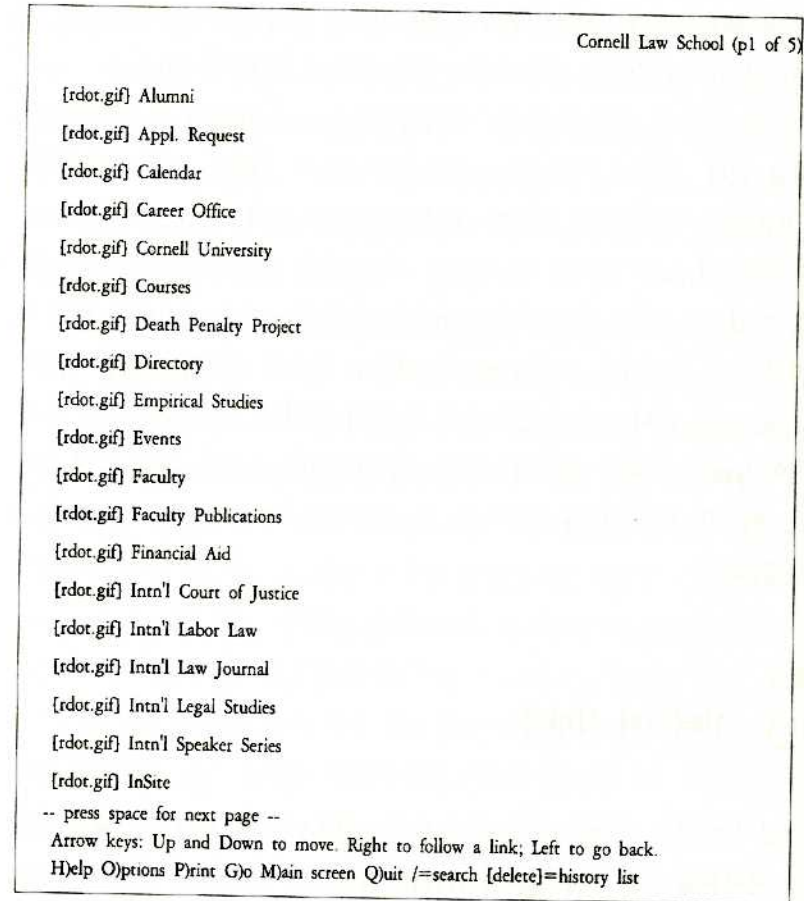


그림 3: lynx로 본 코넬대학교 법과대학 홈페이지

16) <http://www.lawschool.cornell.edu/>

코넬대학교 법과대학 사이트를 넷스케이프로 보면 마치 프레임 기능을 쓴 것처럼 화면 좌·우가 나뉘어져 있음을 알 수 있다. 그러나 lynx로 접속해도 무리없이 잘 보이니 어떻게 된 노릇일까. 그것은 사실 프레임이 아니라 테이블 기능을 사용했기 때문이다. 프레임 기능을 사용했다면 lynx로 무려 다섯 쪽에 이르는 첫 화면이 보일리 없는 것이다. 그림 3은 코넬 법대 홈페이지 첫 화면의 왼쪽 부분 2/3 정도를 나타내고 있다. lynx로도 얼마든지 사이트 검색이 가능하다는 것을 여실히 보여주고 있다.¹⁷⁾

이렇게 우리 나라 홈페이지 관리자들은 lynx에 대하여 거의 배려하지 않고 있다. 그러나 지금 이 순간에도 누군가가 그래픽 사용자 인터페이스(GUI)를 사용할만한 환경이 못되는 인텔386 CPU에 도스나 리눅스를 설치하고 lynx를 통하여 웹 서핑을 하고 있지 않으리라고 누가 장담할 수 있겠는가. 적지 않은 돈이 들어가는 컴퓨터 구입이 어려워서 학교 서버의 터미 터미널을 통하여 lynx를 띄우고 정보를 검색하고 있는 학생이 단 한 명도 없다고 누가 큰소리칠 수 있단 말인가. 이 지구상에서 단 한 명이 lynx로 접속을 시도하더라도 좌절시키거나 곤란을 겪지 않게 하는 것, 이것은 웹마스터가 갖추어야 할 기본적인 “인간에 대한 예의”가 아니겠는가.

V. 인터넷의 식민화

인터넷 사용 경력이 조금 있는 사람이라면 5~6년 전까지만 해도 인터넷 사이트들이 지극히 단순한 HTML 태그들로 만들어진 텍스트 본위의

17) 프레임 사용이 정히 불가피하다면 대문 페이지에 “lynx 등 텍스트 브라우저 이용자는 여기를 눌러주세요”와 같은 안내문을 두면 된다. 결코 어려운 일이 아니다.

것이였음을 기억할 것이다. 기껏 사용되는 태그라고 해 봐야 <p>,
, <hr>, <h1>...<h6>, , <table>, , 등이 전부였다고 해도 과언이 아니다. 그런데 지금은 어떠한가. 좌우상하로 마구 프레임을 나눈 페이지를 온갖 눈을 현란하게 하는 화려한 움직이는 그래픽들이 가득 채우고 있다. 심지어 순전히 그래픽으로만 이루어진 홈페이지를 찾는 것도 그리 어려운 일이 아니게 되었다. 이들 그래픽의 다수는 말할 것도 없이 배너 광고이다. 이런 면에서도 한국은 다른 나라의 추종을 불허하고 있는 듯하다. 우리나라 언론기관 사이트들을 들어가 보라. 배너광고를 적어도 대문 페이지에서만 6~7개는 족히 발견할 수 있을 것이다. 반면에 워싱턴포스트지 사이트를 방문해 보면 대문 페이지에서 찾을 수 있는 배너광고는 단 두 개 뿐이다.¹⁸⁾

어째서 인터넷이 이런 방향으로 발전했을까. 5~6년 전까지도 인터넷에 연결된 컴퓨터들은 대개 대학이나 연구소, 공공기관의 것이었다. 그러던 것이 불과 2~3년 사이에 .com, .co.kr 등의 도메인 접미사를 가지는 사이트들이 늘어나면서 상황은 급변하기 시작했다. 기업들이 대거 인터넷 영역에 침투하기 시작한 것이다. 자본주의 기업은 대중의 눈을 끌기 위해서 온갖 기술을 동원해서 화려한 홈페이지를 만들기 시작했고 심지어 광고를 보면 돈을 준다는 사이트까지 생기기까지 이르렀다. 그러나 이것이 어찌 한국에만 국한된 문제이겠는가. 그럼에도 한국의 대학 홈페이지들은 기업 사이트 못지 않은 화려함과 고도의 기술을 자랑하고 있다. 왜 외국과는 달리 한국은 대학마저도 기업을 닮아가는가. 그것은 두 가지 정도로 답을 찾을 수 있을 것 같다. 하나는 한국의 대학들이 본격적으로 인터넷에 뛰어들던 시기가 .com들이 생겨난 때와 거의 일치한다는 점이다. 한국 대학들은 외국 대학이 아니라 .com들을 보고 배운 것이다. 다른 하나는 한국적인 관료주의 체제에 원인이 있다고 본다. 인터넷은 몇

18) <http://washingtonpost.com/>

번 들어가보지도 못한 상급자가 남들이 홈페이지를 만든다는 소문을 듣고 우리도 만들어 보라고 하급자에게 지시를 내리면 하급자는 인터넷 정신과 같은 다른 것은 염두에 두지 않고 오로지 상급자가 보기에 좋고 남들에게 뒤지지 않는 화려한 홈페이지를 만들어 바치는 것이다. 그러나 대문은 화려한데 막상 속알맹이는 볼 만한 것이 없는 기형적인 홈페이지가 되고 마는 것이다.

나는 최근의 인터넷이 자본주의와 관료체제에 의하여 오염되고 있다고 판단한다. 이것을 하버마스의 표현을 빌어 “인터넷의 식민화”라고 표현할 수 있을 것이다. 화폐와 권력으로 대변되는 체계에 의한 생활세계의 식민화, 그것의 단적인 사례가 지금 인터넷에서 재현되고 있는 것이다. 초기의 인터넷은 누구나 자유롭게 참여하여 정보를 공유하고 의견을 개진하고 논쟁을 펼치던 참으로 자유스러운 공동체였다. 그러나 작금의 웹은 배너광고로 넘쳐나고, 전자메일은 “스팸”이 절반 이상이며, 유즈넷 역시 광고기사로 도배되고 있는 실정이다. 또한 소위 음란물이나 “불은 통신”을 인터넷에 게재하면 경찰권력의 현실세계에서의 제재와 그 사주에 따른 ISP에 의한 가상세계에서의 사형선고를 각오를 하지 않으면 안된다. 이것이야말로 권력과 자본에 의한 생활세계 식민지화의 현재진행형인 사례들이 아니고 무엇이겠는가.

특히 나는 이 글에서 자본에 의한 식민화에 주목하고자 한다. 자본은 인터넷에 화려함을 가져다 주었지만 그것은 “없는자”들에게는 또다른 고통이 될 수밖에 없는 것이다. 나는 학교에 재직하고 있다는 이유만으로 랜으로 인터넷에 접속하는 혜택을 누리고 있지만 집에서는 여전히 전화 접속에 의지하고 있다. 랜을 쓰다가 집에서 전화접속으로 인터넷을 서핑하자면 고역스러운 때가 한두번이 아니다. 특히 이른바 화려한 홈페이지에 접속하려하면 1분이라는 긴 시간을 멍하니 앉아서 화면이 뜨기를 기다려야 하는 경우도 있다. 그것은 시간적 비용, 정신적 비용은 물론이고

경제적 비용도 빼앗아가는 것이기도 하다. 전화접속으로 인터넷에 연결할 때는 언제나 마음이 급해진다. 일초 일분이 곧 내 주머니를 털어가기 때문이다. 이번 달은 전화요금 얼마나 나올 것인지 걱정스러움에 접속에 시간이 지나치게 많이 소요되는 사이트는 끝내 기다리지 못하고 다른 곳으로 발길을 돌리게 되는 것이다. 이것은 결국 ADSL이니 케이블 모뎀이니 하는 이제는 사치품이라고 볼 수 없게 된 접속 서비스도 제공받지 못하는 사람들을 대문 밖으로 내쫓는 것과 다를바 없는 것이다. 인터넷 식민화는 없는자들을 정보의 바다로부터 격리시킨다.

VI. 보편적 서비스의 ‘소프트’한 의미

보편적 서비스(universal service)라는 말이 있다. 이는 원래 모든 사람들에게 전화 네트워크를 확대함으로써 집에서 자유로운 커뮤니케이션이 가능하게 하는 것을 의미하였으나, 새로운 정보기술이 출현하고 정보고속도로에 대한 구상이 구체화되면서 정보통신 네트워크에의 접근과 참여, 효율적인 이용을 위한 교육의 확대 등을 포괄하는 개념으로 이해되고 있다.¹⁹⁾ 지금의 전화처럼 집집마다 컴퓨터와 인터넷 선로를 설치하여 누구나 자유로이 저렴한 가격으로 정보의 바다를 향해갈 수 있도록 하자는 것이다. 이렇듯 모두가 자유롭게 정보를 공유하는 사회를 만들자는 보편적 서비스의 취지는 인터넷의 본 뜻과 다르지 않은 것이다.

그러나 현재의 상황에서 보편적 서비스를 실현하는데는 천문학적 숫자를 헤아리는 자원의 투자가 요구된다는 난제가 가로놓여 있다. 장차 기술이 더욱 진보하고 무어의 법칙²⁰⁾이 계속해서 효력을 발휘한다면 보편

19) 권태환·조형제 엮음, 「정보사회의 이해」, 미래미디어(1997), 229쪽.

20) 반도체 집적도는 18개월마다 2배가 되고 가격은 절반으로 떨어진다는 법칙.

적 서비스는 좀더 빨리 실현될 수 있을지도 모른다. 특히 전력선을 이용한 인터넷 이용과 같이 선로설치비를 거의 제로로 만들 수 있는 기술이 현실화되면 더욱 그러하다. 그러나 자본주의 초국적 기업이 사실상 강제하고 있는 지속적인 업그레이드의 요구는 하드웨어의 가격을 떨어뜨리지 못하게 하는 작용을 하고 있다. 10년 전이나 지금이나 컴퓨터 한 대를 구입하려고 할 때 지불해야 하는 비용은 별반 차이가 없다는 사실이 이 점을 증명하고 있는 것이다. 그래픽 사용자 인터페이스의 고도화와 멀티미디어화를 강요하는 독점 소프트웨어 자본으로 인하여 보편적 서비스로의 여정은 계속해서 같은 자리를 맴돌고 있는 것이다.

그렇다면 현실에 발을 붙이고 살아야 하는 우리로서는 지금 당장 무엇을 해야 할 것인가. 토마스 제퍼슨은 다음과 같은 말을 한 적이 있다.²¹⁾

모든 마을마다 작은 도서관을 만들어 엄선된 장서를 구비하고 마을 사람들에게 대출해 주며 제때 반납하게끔 적절한 규제를 둔다면, 적은 비용으로 이보다 더 값진 일을 할 수 있는 것이 없다고 생각해왔다.

바로 이것이다. 지역도서관에, 마을 회관에, 우체국에, 관공서에, 학교에 인터넷에 접속하여 정보를 검색할 수 있는 시스템을 구비하게 하고 누구나 자유롭게 언제라도 찾아와서 이용할 수 있게 하는 것이다. 그러나 이런 정책을 추진하기 위해서 소요되는 비용 역시 만만치가 않다. 각 가정마다 보편적 서비스를 가능하게 하는 것보다는 물론 싸게 먹히겠지만 무시할 수 없을 정도의 막대한 비용이 들어가는 것은 어쩔 수가 없을 것이다. 적어도 현재와 같은 시스템 하에서는 더욱 그러하다.

나는 가끔 서초동 국립중앙도서관을 찾아간다. 국립도서관 1층에는 종합정보실이 있어 인터넷에 연결된 컴퓨터들이 놓여 있고 누구나 신청해

21) <http://etext.lib.virginia.edu/jefferson/quotations/jeff1370.htm>.

서 이를 사용할 수가 있다. 하지만 내가 국립도서관에 도착하는 9시 30분만 되어도 이미 컴퓨터 사용신청이 마감되었다는 안내판이 붙어있을 정도로 컴퓨터 댓수는 한정되어 있다. 어림잡아 약 20대 정도의 컴퓨터가 있을 따름인 것이다. 대한민국에서 가장 큰 국립중앙도서관에 인터넷 검색 피시가 단 20대라니... 결국 나는 여러 차례 국립도서관을 출입했지만 단 한번도 거기서 인터넷 검색을 해 본 적이 없다. 국립중앙도서관이라면 최소한 100석 정도의 인터넷 검색대가 있어야 하지 않겠는가. 대한민국 정부가 보편적 서비스에 대한 관념이 조금이라도 있는지 의심스러워지는 대목이 아닐 수 없다.

더욱 안타까운 것은 그 20대의 PC가 전부 윈도를 운영체제로 택하고 있다는 점이다. 윈도를 사용하면 하드웨어 구입 외에도 운영체제 구입에 당연히 돈이 들어간다. 사이트 라이선스를 받아 싸게 구입한다 해도 100여대에 모두 윈도를 설치하려면 아마 1,000만원은 훌쩍 넘어가 버릴 것이다. 더욱이 윈도는 그래픽 인터페이스가 운영체제에 통합되어 있어서 이를 지원하기 위한 하드웨어 스펙도 고사양을 요구할 수밖에 없다. 윈도 운영체제 하에서는 소프트웨어 면에서나 하드웨어면에서나 자금 소요가 만만치 않은 것이다.

왜 “공짜”인 오픈소스 유닉스/리눅스를 사용하지 않는가? 전부를 유닉스/리눅스로 설치하라는 말은 아니다. 하지만 단 한대의 예외도 없이 100% 윈도 운영체제를 사용하고 있다는 것이 다양한 운영체제를 차별없이 대우해야 한다는 법의 정신에 부합하는 일인가? 오피스용 프로그램²²⁾이 아닌 인터넷 검색용이라면 윈도 계열이나 유닉스/리눅스 계열이나 사용자는 아무런 차이를 느낄 수 없을 것이다. 일부 사용자는 자기가 쓰는 컴퓨터의 운영체제가 윈도인지 아닌지도 알아채지 못한채 웹 검색을 할

22) 물론 오피스용으로도 유닉스/리눅스를 얼마든지 사용할 수 있다. 다만 아직 한글 지원이 미흡하지만 이 점 이른 시일 안에 해결될 수 있을 것으로 낙관해도 좋다.

수 있을 정도인 것이다. 무엇보다 오픈소스 유닉스/리눅스는 저사양의 컴퓨터에서도 얼마든지 작동하게 할 수 있다는 사실을 주목해야 한다. 예컨대 리눅스는 커널부터 응용 프로그램에 이르기까지 모듈구조로 이루어져 있어, 사용자는 자신이 필요로 하는 부분만 설치하고 필요치 않은 부분은 설치하지 않음으로서 불필요한 하드웨어 낭비를 줄일 수 있다. 그래서 심지어는 3.5인치 플로피 디스켓 한 장에 리눅스를 기반으로 인터넷 서핑을 할 수 있는 기능을 모두 집어넣어 인텔386 컴퓨터에서 하드디스크 없이도 웹을 검색하고 텔넷, FTP 등을 이용할 수도 있는 것이다. 한마디로 하드웨어 사양을 최소한으로 줄일 수 있다는 말이다. 나는 집에 구입한지 10년이 넘는 486 컴퓨터를 하나 가지고 있다. 물론 지금도 생생하게 잘 돌아간다. 국가가 보편적 서비스를 위해서 도움을 청한다면 기꺼이 이것을 헌납할 용의가 있다. 이런 컴퓨터들을 모아서 보편적 서비스에 사용하지 못할 이유가 어디에 있는가.

그러나 한가지 문제는 있다. 최악의 경우 인텔386을 사용한다고 할 때 이런 사양에서 그래픽 인터페이스 환경을 사용한다는 것은 불가능에 가깝다. 어쩔 수 없이 lynx 등 텍스트 기반 브라우저를 사용해야 할 것인데, 앞서 기술한 바와 같이 우리의 웹사이트들은 텍스트 환경에 대한 배려가 거의 되어있지 않다. 그래서 이 글이 주장하는 바의 보편적 서비스의 '소프트'한 측면이 강조되어야 하는 것이다. 모든 플랫폼 상의 모든 웹브라우저가 좌절을 맛보지 않고 즐겁게 인터넷 항해를 할 수 있는 시스템이 요구되는 것이다. 또한 앞으로 몇 년 안에 임베디드 시스템²³⁾이 상용화되어 현재 핸드폰으로 언제 어디서나 전화서비스를 받을 수 있는

23) Embedded System. 독립장비 혹은 내장화(프로세서 포함)한 시스템이라고 말할 수 있다. 이를테면 커널과 웹 브라우저를 하드디스크가 아니라 롬바이오스에 내장하여 전원을 켜는 즉시 인터넷을 이용할 수 있게 하는 것이다. 다양한 기기에 적용될 수 있으나 특히 인터넷 셋톱박스, PDA, 전화기 등에 사용할 수 있을 것이다.

것처럼 언제 어디서나 인터넷 접속을 수월하게 이룰 수 있는 날이 올 것인데, 임베디드 시스템의 가격을 다운시켜 누구나 저렴한 값에 이용할 수 있게 하기 위해서라도 불필요한 그래픽 위주의 웹 서비스보다는 텍스트 본위의 서비스가 지극히 바람직하다.

사실 나처럼 법학을 공부하는 사람에게는 화려한 그래픽이나 소리정보는 거의 불필요하다. 학교 연구실에 있는 내 개인 컴퓨터에는 사운드카드도 달려있지 않다. 멀티미디어 환경을 진정 필요로 하는 사람은 이 분야를 전공으로 하는 사람들이나 문자해독력이 아직은 부족한 학생들이 아닐까 한다. 따라서 초·중등교육기관에는 실로 고사양의 컴퓨터가 필수적이다. 그러나 일정 수준 이상의 교육과정을 마친 시민들에게 있어 멀티미디어 환경의 강요는 불필요한 자원의 낭비만을 부추기는 결과를 가져온다. 나는 초·중등교육기관에는 최신 컴퓨터가 지급되어야 하겠지만 일반 시민들은 조금 저사양의 컴퓨터를 사용하더라도 무리가 없다고 본다. 일반 가정에서 쓰다가 사양이 달려서 안쓰고 묵혀두고 있는 컴퓨터를 교육기관에 보내는 운동이 한 때 있었다. 이것은 오히려 반대가 되어야 한다는 것이 내 주장이다.

VII. 오픈소스·자유·평등

앞서 나는 오픈소스 유닉스/리눅스가 “공짜”라는 점을 강조한 바 있다. 그것은 무시하지 못할 중요한 사실임에 틀림없다. “없는자”들에게 소프트웨어 구입에 드는 비용은 결코 작은 것이 아니다. 운영체제에 워드프로세서, 표계산 프로그램만 구입해도 하드웨어 구입가격에 맞먹는다. 여기에 자신의 개인적인 필요에서 소프트웨어를 추가로 구입한다면 하드웨어 구입비를 초과하는 경우도 많이 있을 것이다. 그래서 소위 “해적판”

이라 불리는 불법복제품을 사용하는 경우도 허다하다. 그러나 나처럼 법학을 가르치는 사람으로서, 학생들에게 법치주의가 제대로 정착되어야 나라가 발전한다고 가르치는 사람으로서 연구실 컴퓨터에 불법복제품을 설치하여 사용한다는 것은 무언가 모순이 있다고 생각지 않는가. 저작권법이 헌법위반이니 시민불복종 차원에서 불법복제품을 사용한다고 정당화할 수 있을까?²⁴⁾ 설령 저작권법이 위헌적인 법률이라고 하더라도 시민불복종은 다른 수단이 불가능할 때 행사되는 최후의 수단이어야 한다는 것이 대체적인 견해인 것 같다. 그런데 일부 소프트웨어에 관하여 말하자면 독점 소프트웨어를 불법복제하는 방법 외에도 합법적으로 기능적 동가성을 갖는 오픈소스를 비롯한 “프리”소프트웨어를 사용할 수 있는 길이 열려 있는 것이다.²⁵⁾

어쨌든 독점 소프트웨어를 사용하지 않고 “프리”소프트웨어를 사용한다는 것은 단순히 “공짜”이기 때문만은 아닌 것이 확실하다. 그것은 “자유”를 가져다 준다. 자유소프트웨어재단(Free Software Foundation)의 창립자이자 GNU 프로젝트의 책임자인 리처드 스톨먼은 “프리”소프트웨어의 “프리”는 가격의 문제가 아니라 자유의 문제라고 선언하면서 그것은 다음과 같은 내용의 자유를 의미한다고 했다.²⁶⁾

- 프로그램을 작동시킬 자유, 어떤 목적을 위해서든.
- 프로그램이 어떻게 작동하는지 연구하고 필요에 맞게 수정할 자유. 따라서 소스코드에 접근할 수 있어야 함.

24) 실제 공공연히 저작권법에 대한 시민불복종을 선언하고 나서는 사람들도 많다. 예를 들면 <http://libr.org/frankentoons/>. 해당 서버의 관리자는 불법이 아니라고 주장하고 있지만... 그런데 저작권법의 시민불복종을 주장하는 사람이 그림 합성에 사용한 소프트웨어를 적법하게 구입했을까는 의문이다.

25) 그러나 앞에서도 지속적으로 말했듯이 이것은 모든 소프트웨어의 경우에 다 타당한 것은 아니다. 그런 의미에서 시민불복종의 여지가 전혀 없는 것은 아닌 것이다.

26) “What is Free Software?” <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>.

- 복사본을 나누어주어 친구들을 도울 수 있는 자유.
- 프로그램을 개선하고 공중에게 배포하여 전체 공동체의 이익에 기여할 자유. 따라서 소스코드에 접근할 수 있어야 함.

두번째, 네번째 자유에서 알 수 있듯이 소스코드에 접근할 수 있다는 사실이 중요해진다. 그래서 자유소프트웨어재단에서는 독특한 라이선스 정책을 취하고 있다. 흔히 GPL(GNU General Public License)로 불리는 이 라이선스의 취지에 따르면 GPL 소프트웨어를 복제·개작·양도함에 있어서 반드시 소스코드를 함께 배포해야 하며 이러한 2차적 파생물에도 여전히 GPL 라이선스가 첨부되어야 한다. 즉 GPL을 따르는 소프트웨어의 파생물은 여전히 GPL이어야 한다는 것이다.²⁷⁾ 자유를 위해서 일정 정도 자유를 제한한다는 역설이 여기에도 해당한다.²⁸⁾ 저작권법을 부정하기 위해서 저작권법을 이용하는 역설이 여기에 존재한다. 그렇지 않으면 여기에 자본이 침투하고 자유스런 공동체의 업적을 편취하여 독점 소프트웨어화할 수도 있다는 우려를 불식시킬 수 없게 되는 것이다.

물론 개발자가 아닌 나와 같은 최종사용자로서는--두번째, 네번째 자유도 간접적으로 자유를 부여하지만--첫번째, 세번째 자유가 더없이 중요하다. 친구에게서 윈도CD를 빌려다 내 컴퓨터에 설치하는 것은 불법이지만 리눅스CD를 빌려 설치하는 것은 자유이다. 아무런 꺼리낌없이 친구 사이의 우정을 돈독히 할 수 있는 것이다. 그러나 어찌 오픈소스

27) <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>. 비공식적인 한국어 번역으로는 <http://kldp.org/gnu/gpl-k.html>.

28) 그래서 오픈소스 진영 중에는 이러한 엄격한 라이선스와 자유소프트웨어재단의 엄숙주의에 반발하여 보다 개방적인 라이선스와 보다 자유스러운 개발방식을 선호하는 분파도 있다. 예컨대 <http://www.tuxedo.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/index.html>.(번역은 <http://kldp.org/root/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar.html>) 또한 유닉스 계열 운영체제인 FreeBSD나 웹서버인 Apache 등도 GPL을 따르지 않는다. 파생물의 소스공개까지는 강제하지 않는 것이다.

소프트웨어의 자유가 여기에 국한되었는가. 불법 소프트웨어를 사용하지 않아도 된다는 사실이 주는 정신적 자유, 독점 소프트웨어 기업의 업그레йд 압력을 깨끗이 무시할 수 있는 사회적 자유, 호주머니 사정을 걱정하지 않아도 되는 경제적 자유 등 따져보면 더많은 자유의 목록을 찾을 수 있을 것이다. 리처드 스톨먼은 “프리”를 가격의 문제로 보지 말라고 충고하지만 경제력이 부자유를 낳는 현실 앞에서 가격의 문제와 자유의 문제는 서로 분리될 수 있는 것이 아님이 명백하다. 영어의 “프리”라는 단어가 공짜의 의미와 자유의 의미를 동시에 지니고 있음은 시사하는 바가 있다. 평등과 자유는 둘이 아닌 것이다. 자유로와야만 평등할 수 있고 평등해야만 자유로울 수 있다. 독점 소프트웨어의 굴레를 벗어난다는 것과 —우선 소프트한 의미에서의— 보편적 서비스를 실현한다는 것은 다른 말이 아닌 것이다.

따라서 모든 “없는자”들에게 오픈소스 소프트웨어를 사용해 볼 것을 권고한다. 그리하여 평등과 자유가 넘쳐나는 공동체를 경험해 볼 것을 권고한다. 아울러 현재의 저작권법을 비롯한 지적재산권법이 과연 정의롭고 평등한 질서를 보장하는 것인지 심각하게 고민해 볼 것을 권고한다.

VIII. 저작인격권을 위하여

보편적 서비스의 소프트한 의미에 대한 추구는 궁극적으로 저작권법을 비롯한 현실 지적재산권법에 대한 의문으로 귀착하지 않을 수 없다. 보편적 서비스는 정보의 공유라는 인터넷의 정신과 일치한다. 대표적인 정보의 하나인 소프트웨어의 공유는 보편적 서비스의 소프트한 의미의 핵심이 되는 것이다. 또한 독점 소프트웨어를 오픈소스화하고 인터넷에서 거저 내려받을 수 있게 한다면 지금까지 나를 괴롭혔던 문제 중에 상당

수는 급격히 또는 서서히 점진적으로 해결될 수 있지 않겠는가. 그리하여 나는 가끔 윈도를 비롯한 독점 소프트웨어를 오픈소스화하고 이를테면 GPL 하에 두면 어떻게 될까라는 불은한(?) 상상을 해 본다. LX든 아래아한글이든 워드든 엑셀이든 —이들이 훌륭한 프로그램이라는 조건하에— 누군가가 이들의 뷰어 프로그램만이라도 만들어 다양한 플랫폼에서 이용할 수 있게 하지 않을까. 이제 국가와 자본을 탓할 수 없게 될 것이다. 오픈소스 하에서 모든 책임은 우리에게 있는 것이므로……

MIT 미디어랩의 창설자인 네그로폰테는 다음과 같은 과격한 발언을 했다.²⁹⁾

저작권법은 완전히 시대에 뒤떨어졌다. 그것은 구텐베르크의 유물이다. 저작권법은 반동적인 태도이기 때문에 고치기보다는 완전히 폐기되어야 마땅하다.

사실 현실 저작권법은 시대에 뒤떨어졌다. 90% 이상의 사람들이 불법 소프트웨어를 사용하고 있다는 사실에서도 우선 그러하다. 그래서 소프트웨어 회사는 소프트웨어 하나를 팔면 적어도 5개 정도의 복제본이 만들어질 것이라는 계산 하에 가격을 높여 책정하고 있다. 이렇게 법과 현실의 괴리가 심각하다면 그것은 현실이 잘못이라기보다는 법에 무언가 잘못이 있다고 보는 것이 옳을 것이다. 그럼에도 저작권법은 시간이 갈수록 범위를 넓혀가고 있고 더욱 강화되고 있다. 법이 현실을 무시하고 너무 앞서 나가고 있거나 아니면 현실의 물결을 역행하여 시계바늘을 거꾸로 돌리려 하고 있는 것, 둘 중 하나인 것이다. 저작권에 관한 한, 후자가 옳을 것이다. 몇가지 근거를 생각나는대로 들어본다.

29) 니콜라스 네그로폰테, 「디지털이다」(백옥인 옮김), 커뮤니케이션스북스(1995), 60쪽.

1. 가상공간의 상품은 현실세계의 그것과는 달리 포장에 없다. 지금은 포도주를 병에 넣어 파는 시대가 아니라 포도주 그 자체만을 파는 시대이다.³⁰⁾ 이런 시대에 압축비닐포장한 상자 속에 소프트웨어 패키지를 넣어서 판매한다는 것이 얼마나 시대착오적인가. 소프트웨어는 아톰이 아니라 비트이다. 비트는 비트만의 특성을 갖는다. 종이책은 복사하면 할수록 원본은 빨리 손상되지만, 디지털 정보는 아무리 복제해도 원본이 손상되지 않는다. 나아가 종이책은 복사하면 할수록 복사본의 품위가 떨어지지만 디지털 정보는 아무리 복사해도 복사본은 원본과 동일한 수준의 품질을 유지할 수 있다. 게다가 복제에 소요되는 비용은 제로라고 해도 좋다. 한마디로 디지털 시대의 복제는 비용을 들이지 않고 무한정으로 그리고 고품질을 간직하면서 이루어질 수 있는 것이다. 이런 시대에 복제를 금지한다는 것은 시대착오적인 발상이다.³¹⁾

2. 오늘날 “낭만적 저자”(romantic author) 개념은 시간이 갈수록 희석되어가고 있는듯 하다. 현대의 저작은 팝아트, 키치, 패러디 등에서 보는 바처럼 기존에 있는 것들을 섞고 뒤틀어서 이루어진다. 소프트웨어 제작도 마찬가지이다. 이미 만들어져 있는 라이브러리와 모듈을 적당히 배열하고 조합하여 새로운 소프트웨어가 탄생하는 것이다. 무에서 유를 창조해내는 천재적인 저자의 관념은 19세기식의 낡은 것이 되고 있다. 더욱이 자본주의의 발달로 현대에는 더이상 저자가 존재하지 않게 되었다. 소프트웨어를 제작하는 사람들은 기업에 고용된 노동자이다. 그들이 혹 창조적 에너지를 쏟아부어 소프트웨어를 작성해도 저작권은 그들에게 부여되는 것이 아니라 고용주인 기업에게 주어진다. 대체 기업에게 저작권을 주는 이유는 어디에 있는가? 기업이 무엇을 창조했다는 말인

30) John Perry Barlow, "Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net," http://www.eff.org/pub/Intellectual_property/idea_economy.article.

31) 이렇게 복제가 쉬워짐에 따른 사람들의 대응은 두 가지로 나타난다. 하나는 저작권법을 완전히 폐기하자는 방향이고, 하나는 모든 정보처리기에 “©-칩”을 부착하여 누가 언제 무엇을 읽고 누구에게 빌려주고 있는지를 감시하여 저작권을 강제하자는 방향이다. 후자의 경우 생각만 해도 끔찍한 사회상이 아닐 수 없다. Charles Mann, "Who Will Own Your Next Good Idea," <http://www.theatlantic.com/issues/98sep/copy.htm>. 또한 Richard Stallman, "The Right to Read," <http://www.gnu.org/philosophy/right-to-read.html>도 볼 것.(번역은 <http://gnu.kldp.org/right-to-read-k.html>)

가? 결국 저작권법은 자본의 잉여착취와 노동의 소외를 조장하고 있는 것이 아닌가.

3. 그렇다면 기술의 지속적 발전을 위해서 저작권법으로 재산을 보장해주어야 하는가? 재산권으로서의 저작권이 없으면 기술 발달이 정체될 것인가? 이 문제는 이미 현실적으로 반증되고 있다고 봐야 할 것이다. 오픈소스운동이 그 사례이다. 오픈소스는 소유권으로서의 저작권을 포기했지만 현재 독점 소프트웨어 못지 않은, 아니 그것을 능가하는 성능의 제품을 만들어내고 있다. 이것을 어떻게 설명할 것인가. 경제적인 이윤동기 이외에도 기술발달을 촉진시키는 요인은 얼마든지 있을 수 있다. 일 자체에 대한 사랑, 얽힌 문제를 풀어보고자 하는 의욕, 그것을 해결했을 때의 뿌듯함, 친구들과 그 성과를 공유했을 때의 자부심... 개발자에게 동기를 부여하는 것은 경제적 보상만은 아닌 것이다.³²⁾ 개방적 시스템은 성공을 거두고 있으며 또한 시대적 요청이다.³³⁾

현실 저작권법이 시대착오적임은 틀림이 없으나 그렇다고 해서 네그로 폰테의 주장처럼 고치기보다는 완전한 폐기되어야 할 것인가. 나는 “낭

32) 말리노프스키가 트로브리앙 심사판들을 연구한 성과에서 드러나듯이 사람들은 경제적 호혜성만으로 살아가는 것이 아니다. 전시성, 혹은 과시욕도 그에 못지 않은 중요한 요소인 것이다. 콰키우틀 인디언의 포틀래치 의식은 이것이 아니고 어떻게 설명할 수 있을 것인가.

33) 마이크로소프트가 오늘날과 같이 거대한 독점 기업으로 성공할 수 있었던 것도 사실 저작권법과 같은 독점적 폐쇄 시스템이 아니라 개방적 분산 시스템의 덕분이다. 도스가 PC 운영체제 시장을 석권할 수 있었던 것은 IBM PC의 아키텍처가 공개되어 있었기 때문이다. 마이크로소프트는 IBM에게 PC 운영체제를 납품하는 하청업체였다. 그런데 IBM PC의 아키텍처가 공개되어 있었기 때문에 중소기업체들이 각종 부품을 조립해서 IBM 호환 PC를 얼마든지 만들 수 있었고 마이크로소프트는 호황을 누리는 이들 다른 조립업체에 운영체제를 팔아서 막대한 부를 축적할 수 있었다. 그렇게 하여 성장한 마이크로소프트가 이제는 독점적 지위를 보장하는 저작권법을 전세계적으로 강제·강화하는 주역을 맡고 있는 것이다. 윈도와 같은 그래픽 운영체제가 마이크로소프트의 독창적인 작품인가? 이것은 이미 70년대 Xerox사가 개발했고 Apple Mac이 채용했던 것을 모방한 것에 지나지 않는다.

만적 저자” 개념은 결코 완전히 사라질 수 없다고 생각하고 있다. 저자의 죽음이 이야기되는 시대이기는 하지만 단 몇 줄의 소스코드나 단 몇 줄의 글에도 저자의 인격과 영혼이 담길 수 있다. 모듈이나 라이브러리를 짜맞추고 배열하여 새로운 소프트웨어를 작성했다면 이들을 짜맞추고 배열하는 방식에 아이디어와 노력이 들어 있을 수 있다. 왓지지컬한 “시장”스타일의 개발방식이 있는가 하면 여전히 Emacs나 TeX과 같이 몇몇 천재적인 프로그래머의 고독한 자기와의 싸움 속에서 탄생되는 “성당”스타일의 개발방식도 있다.³⁴⁾ 저작권의 시대착오성은 그것이 재산권으로서 디지털 정보에 독점권을 부여하고 있기 때문이다. 나는 지적“재산권”이 지적“인격권”으로 거듭나야 한다고 본다. 지적인격권으로서의 저작권의 구체적인 내용이 어떠할지는 아직 뚜렷한 그림을 그릴 수는 없지만³⁵⁾ 저작권은 폐기되기보다는 수정되어야 하는 것이다. 자유소프트웨어재단이 저작권법에 기대어 소스공개를 강제하는 것도 이런 맥락을 공유한다고 본다. 법이 폐기되면 모든 것을 상품화하려 하는 자본의 공세를 막을 길이 없다. 소프트웨어의 무한복제를 허용하되 저자의 인격적 권리를 침해하지 못하도록 하는 장치가 분명 필요할 것이다.

이는 결코 한국의 문제만이 아니다. 오히려 애초부터 국제법의 문제이다. 우루과이라운드의 무역관련 지적재산권 협정(TRIPs 협정)과 세계지적재산권기구(WIPO) 신조약(저작권조약, 실연음반조약) 등에서 볼 수 있는

34) Eric S. Raymond, "The Cathedral and The Bazaar," <http://www.tuxedo.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/index.html>을 볼 것. 번역으로는 <http://kldp.org/root/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar.html>.

35) 그러나 현실 저작권법의 저작인격권 개념은 근본적으로 수정·축소되어야 한다. 거기에는 재산권적 요소가 깊이 침투하고 있다고 본다. 이를테면 “동일성 유지권”이 어떻게 인격권의 내용이 될 수 있을까? 내가 개발한 소프트웨어를 더욱 훌륭히 발전시킨 타인이 나의 기여가 없었다면 자신의 노력이 성공할 수 없었을 것이라고 치하해 준다면 그것이 내 인격의 침해인가?

바처럼 지적재산권은 국제법적인 문제인 것이다.³⁶⁾ 국내 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 특허법 등의 개정은 이들 협정에 기인한 것이다. 따라서 지적재산권에 대한 투쟁은 국내적인 것으로는 원천적으로 한계가 있으며 국제적인 시민사회의 연대에 의해서만 가능하다. 만국의 사용자여, 단결하라! 마르크스의 권고가 이제는 현실이 되어야 하고 또 그렇게 되어가고 있다.

지적재산권이 지적인격권으로 거듭나는 날, 우리는 참된 정보사회를 말할 수 있게 될 것이다. 속류 정보사회론을 포함하는 현실의 정보사회론은 자본주의의 강화·확대에 다름아니다. 여기서의 정보사회는 기존 체제의 상층하는 연속선상에 있는 것으로서 말하자면 사이버정보사회이다. 물론 참된 정보사회의 도래가--산업사회의 종말은 모르겠으나--자본주의의 종말을 고하는 것은 아닐 것이다. 자본은 새로운 상품을 반드시 찾아내고야 말 것이기 때문이다. 소프트웨어 자체를 상품화할 수 없다면 예컨대 소프트웨어의 설치, 보수, 문제해결 서비스를 상품화해 낼 것이다. 레드햇 리눅스사의 성공이 이것을 입증하고 있다. 레드햇은 자유소프트웨어를 소비자들이 쉽게 접근할 수 있도록 패키지화하고 그것의 유지·보수 서비스를 통하여 이윤을 창출한다. 포도주 든 병을 판매하는 것이 아니라 포도주는 공짜로 주고 다만 포도주를 어떻게 마실 것인가를 상품화하고 있다. 레드햇은 정보사회의 핵심을 파악하고 있다. 결국 참된 정보사회도 자본주의의 단절은 아닐 것이다. 그러나 지금처럼 자본의 무자비한 독재는 누그러질 것임에 틀림없다. 이 글의 제목에서 말하는 정보사회는 이러한 —이런 말이 가능하다면— 온전한 자본주의를 염원하는 의미를 담고 있는 것이다.

36) 오병일, “지적재산권을 둘러싼 국제동향: TRIPs 협정과 WIPO 조약을 중심으로,” <http://networker.jinbo.net/board/board.php?type=content&code=ip&n=12&page=2>

끝으로 토마스 제퍼슨을 재차 인용함으로써 모두가 정보를 공유하는 사회, 보편적 서비스의 '소프트'한 의미가 충만한 사회를 다시 한번 그려 본다.³⁷⁾

자연이 만든 것 중에 배타적 재산권과 가장 친하지 아니한 것이 바로 관념이라 불리는 사고력의 작용이다. 개인이 혼자 간직하는 한 그것은 그의 배타적 소유이지만, 밖으로 내뱉는 순간 모든 사람의 소유가 되고 누구도 그것을 벗어날 수 없다. 그것의 또다른 특징은, 모두가 전부를 가지고 있기에 아무도 적게 가질 수 없다는 것이다. 누가 나의 관념을 전달받았다고 해서 나의 것이 줄어들지는 않는다. 누가 내 등잔의 심지에서 불을 붙여갔더라도 내 등잔불은 여전히 빛나고 있는 것이다. 도덕적으로 서로를 교육하며 사람들의 형편을 개선할 수 있도록 온세상으로 관념이 자유롭게 확산되어야 한다는 것, 이것은 자연이 준 특유하며 자비로운 선물일 것이다. 구석구석을 비추며 사방으로 뻗어나가는 빛처럼, 우리가 그 속에서 숨쉬고 움직이고 그리고 존재하는 공기처럼, 자연은 배타적 소유나 제한이 없도록 관념을 만들었다. 발명은, 본질적으로, 재산권의 대상이 될 수 없다.

37) John Perry Barlow, "Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net," http://www.eff.org/pub/Intellectual_property/idea_economy.article에서 재인용.

주권과 인권

강 경 선 (한국방송대학교 교수)

— 목 차 —

- I. 사회주의 이후(post-socialism) 시대
- II. 역사의 '뒀'으로서의 법
- III. 한국헌법의 변동과 헌법인식
- IV. 결론 : 주권의 허강과 인권의 상승

I. 사회주의 이후(post-socialism) 시대

법은 그 시대의 정치적 이념과 시대사상을 반영하는 역사적 생성물이다. 사람과 시간과 장소로 규정되는 역사는 지금도 계속 흐르고 있으므로, 헌법을 비롯한 모든 법은 이 순간에도 부지부식간에 그 내용이 바뀌고 있다. 어떤 법도 연성적(flexible)이지 않은 법은 없다.

우리는 근대 자유주의적 입헌주의 헌법이 개인주의, 자유주의, 법치주의, 의회주의 등과 같은 일정한 이데올로기를 지향하면서 개인의 자유와 권리를 보장했다는 점에서 봉건시대를 넘어 역사가 진보했음을 감지한다. 또한 사회주의의 출현을 통해서 경제적 기초의 평등과 생존권의 필수적 보장의 중요성, 권력과 법의 계급성의 극복 등이 더 좋은 국가와 법이 갖추어야 할 요소임을 알게 되었다. 또한 자유주의 헌법이 사회주의의

영향을 받아 수정된 현대 사회국가 헌법을 통해서도 실질적, 절차적 사회적 법치주의와 위헌법률심사제, 복지정책의 실현, 사회적 기본권의 수용, 국제평화주의의 선언 등과 같은 점들을 보장하게 된 것은 그 이전의 헌법에 비해 크게 진보한 것임을 느끼고 있다. 그렇다면 1980년대를 넘어 90년대로 오면서 대외적으로는 사회주의 국가의 붕괴, 세계화의 물결, 정보화사회의 도래라는 큰 변화가 있었고, 국내적으로는 문민정부와 국민정부가 집권하면서 군부정권의 역사가 청산되고 있는 지금은 분명 과거의 헌법과 바뀐 그 무엇이 헌법으로 들어서고 있음을 분명 추정할 수 있다. 우리가 지금 이 시점에서 지키고, 정책으로 반영해야 할 법은 '시대의 뜻'으로서의 헌법이다. 그 '뜻'이야말로 역사의 반영물이자 역사를 변화시켜온 운동력이다. 정법 아니면 불법 그 중의 어느 한 편에 설 수 밖에 없었던 양극적 사고에서 긴장된 나날을 살던 군사독재의 시간에서 역사의 뜻은 단순하고 분명하였다. 즉 불법에 서지 않고 정법에 서기만 하면 되는 것이었다. 아무리 서슬 시퍼런 적나라한 국가권력의 공포 앞에서 물러서지 않고 불법에 저항하면서 정법을 지키면 된다는 것이 시대의 뜻이었다. 시대의 뜻에 따라 운동력이 결집된 만큼 역사는 진보하였고 시대는 다른 모습으로 바뀌게 된 것이다. 그렇다면 지금 이 시대는 완성의 시대인가? 물론 천부당 만부당한 말씀이다. 전반적인 공포권력의 시대는 지나갔지만, 자유와 정의의 실현이라는 과제는 여전히 남아있는 상태다. 그런데 이제는 실마리를 찾을 수 없을 정도로 복잡하게 얽힌 난마의 다극화시대로 접어들은 것이 문제이다. 어디가 불법이고 어디가 정법인지 분간하기 힘든 어둠의 터널이 또 다가 온 것이다. 이제는 전과 달리 문제의 국면이 국내에 한정되지 않고 세계가 우리 눈앞에 성큼 다가온 정보통신의 시대다. 첨단과학의 새로운 현란한 주제들과 함께 섞여 해결되지 않은 선악의 가치문제가 산포되어 있다. 지금의 격변기와 21세기의 헌법은 과연 어떤 모습으로 그 내용을 바꾸고 있으며, 그 가운데서

우리의 당위는 어디에 있는가를 살펴보지 않을 수 없다.

II. 역사의 '뜻'으로서의 법

1. 법의 발견

이렇게 헌법의 내용이 고정되지 않고 유동적일 수 있다는 것에 대한 체계적 인식은 특히 법률해석학(juristische Hermeneutik)의 방법론에 힘입고 있다. 법률해석학은 법률의 문언을 중시하면서도 사물(context)의 변화를 언어이해에 연결시키는 가능성을 열어준 이론이다. 인식에 있어서 언어도 있고, 사물도 있기 때문에 관념론적 편견이나 유물론적 편향을 극복할 수 있다. 이은 자리 없이(seamless) 지속되는 역사의 사실과 사물의 의미를 고정시키는 버릇이 있는 법률문언과의 조우에서 어떻게 역사의 뜻(법)을 잘 파악하느냐가 해석학 방법론의 장점을 살리는 관건이 된다. 결코 법문을 무시하지 않으면서도 법에 구속되지 않고 법을 파악할 수 있다는 점에서 실정법과 자연법을 망라한다. 좀더 정확히 말해서 언어에 붙잡히지 않는 법률적 사고를 가능케 한다는 점이 장점인 것이다. '살아있는 법'의 발견과 그의 준수야말로 헌법과 법질서를 가장 정확한 위치에서 만나는 일이 아닌가 생각된다.

대부분의 경우 사람들은 역사가 요구하는 뜻을 법에 잘 반영시켜 나간다. 하지만, 역사가 진행되고 법문이 그것을 가로막는 법의 첨단영역에서는 곧잘 불법과 정법이 잘 갈린다. 그 첨단영역은 주로 정치영역에서 벌어졌다. 정확히 말하면 정치영역에서만 벌어지는 것은 아닌데, 여론의 관심을 끈 곳이 주로 정치영역이었다고 말할 수 있다. 판정하는 주체는 국가권력이고 불법으로 판정 받은 사람은 일정한 형을 감수하여야 했다. 문제는 역사의 진행 결과 조만 간에 밝혀진 것은 불법으로 판정 받은 사람들이

진실이었고, 그것을 판정한 사람들이 오히려 불법이었다는 사실이었다. 비단 우리만의 역사가 이러하질 않았고, 인류의 역사가 그러하였다. 그래서 무수한 희생자가 생겨났고, 법의 역사는 바로 그 점에서 정의의 역사가 아니고 권력과 계급적 지배의 역사의 과오를 범해온 것이다. 과거의 불법을 자행한 사람들에 대한 진실규명이 있어야 하고, 과거의 불법판정으로 불행을 감수했던 사람들에 대한 명예회복과 물질 배상이 이루어져야 역사적 구속(救贖)이 이루어질 것이다. 그러한 진실규명과 명예회복이 이루어지는 한 방법은 바로 지금 과거의 그러한 전철을 다시 밟지 않는 길에 있다. 다시는 법의 첨단영역에서 자행되는 불법과 또 그 불법으로 희생되는 사람이 없도록 한다면, 정의의 물결이 이 사회에 넘치면서 과거의 명암과 상처가 드러나고 치유되는 시간이 도래하리라 본다.

2. 헌법의 발견

역사의 진행과 기존의 법문사이에 충돌이 발생하는 법의 첨단영역에 대한 문제의식은 어떤 법분야에서든지 경험하게 되는 일이다. 민사법, 형사법, 상사법, 행정법, 노동법, 사회법 등 그 어떤 분야도 역사와 법현실 간에 야곱의 씨름이 벌어지지 않을 곳은 없다. 다만, 헌법은 규범의 체계상 가지고 있는 비중 즉 헌법이 바뀔으로써 헌법재판과 같은 제도상에 미치는 파급력이 있기 때문에 다른 법과 다른 별도의 중요성을 지닌다. 그렇기 때문에 이하에서는 헌법을 중심으로 지금 이 시대가 어떤 위치에 이르고 있는가를 점검하는 시간을 갖도록 한다.

III. 한국헌법의 변동과 헌법인식

1. 규범과 현실의 상호괴리

우리 나라의 경우, 정부는 수립되었고 헌법은 제정되었으나, 오랫동안 헌법부재의 시대에 살았다. 그것은 헌법은 다만 정치권력의 형성에 대해 서만 의미를 가질 뿐 헌법의 핵심이라 할 수 있는 기본권과 관련해서는 실증적 도덕이나 상징적인 효력 이상의 실제적 효력을 발휘하지 못하였기 때문이다.¹⁾ 헌법위원회나 대법원 등 헌법재판기능이 헌법상 규정되어 있었지만 실제로 이들 기관에 의한 헌법재판은 전무하였다. 헌법은 도덕적 명제나 정치적 구호 정도의 의미로 사용되었다.

2. 유신헌법시대

특히 이런 현상은 1972년의 유신헌법 이후에 더욱 두드러지게 나타났다. 법치주의, 대의제 민주주의, 기본권들이 일시에 대통령의 긴급조치에 의해서 유보 당할 수 있게 만든 유신헌법은 마침내 “과연 진정한 헌법은 무엇이나?”란 실존론적 질문을 우리에게 던져주었다. 본질에 관한 법철학적 질문이 던져졌을 때부터 실정헌법과 당위의 헌법은 구분되기 시작하였다. “헌법이 아닌 헌법이 있을 수 있다.”는 정당성(legitimacy)에 대한

1) 이런 의미에서 우리 헌법은 K. 뢰벤슈타인의 존재론적 분류방식에 따라 규범적 헌법이 아닌 명목적 헌법이나 장식적 헌법에 해당된다는 치욕을 당해야만 하였다. 헌법교과서마다 빼놓지 않고 설명되고 있는 이것은 우리의 노력을 통해서 지속적으로 극복해야 할 과제라 하겠다. 하지만 뢰벤슈타인이 서구국가를 규범적 헌법국가의 예로 든 것에 대해서 필자는 반대한다. 서구의 대외적 관계에서 보여준 약소국에 대한 수탈과 침략주의적 태도는 민주주의가 가장 싫어하는 이중기준의 적용과 반인권적 처사로 규정지어 마땅함에도 불구하고, 유독 아시아 아프리카의 개발도상국가와 사회주의국가만을 반규범적 헌법국가로 분류한 것은 문제의식이 박약한 설명이라고 평가하지 않을 수 없다.

추궁은 헌법에 대한 이해의 깊이를 더 해주었다. 헌법의 정당성은 민주주의에서 찾아졌다. 민주화운동은 곧 헌법운동으로 이해된다. 민주화운동은 군부독재로부터 민주진영으로의 정권교체를 향한 노력으로 시작되었다. 이 과정에서 18년 동안의 장기집권을 하던 박정희 대통령이 피살됨으로써 유신정부는 막을 내렸다.

3. 제5공화국

이어서 1980년대는 제5공화국 정부로 시작되었다. 집권의 서막부터가 5·18광주진압으로 시작한 5공정부는 철권정치로 국민의 정치적 진출을 원천봉쇄하였다. 유신정부와 차별성을 보이기 위해서 대통령의 임기와 비상대권을 상대적으로 완화시키기는 하였지만 정국의 운영방식은 종전과 변함이 없었고, 내용은 더욱 독재정부로 치달았다. 이런 내용을 골자로 하는 5공화국 헌법은 누가 기초했는지도 모르는 채 국민투표로 통과되었다. 헌법과 법전은 완전히 무용지물이 되었다. 그러나 이 시대에서도 보이지 않는 헌법논쟁은 계속되었다. 헌법제정권력자로서의 국민은 헌법부재의 무법천지에서 새로운 헌법창출을 위한 준비를 진행시키는 것이다. 우선 대통령직선제를 요구하는 개헌운동이 전개되기 시작하였다. 대통령선거인단에 의한 대통령선출을 골자로 하던 5공화국헌법에서 이를 직선제로 바꾸자는 요구가 국민사이에 공감을 얻기 시작하였다. 대통령선거방법이 헌법에 규정되어 있음에도 불구하고 그것이 헌법적으로 잘못된 것이라는 논리가 주장되었다. '위헌적 헌법'. 비록 헌법전에 명문화되어 있더라도 대통령간선제는 국민들의 대통령 선거권행사를 실질적으로 방해함으로써 국민주권의 원칙에 위배된다는 해석이 공감을 얻은 것이다. 헌법에 명문화되어 있더라도 헌법이 아닐 수 있다는 가능성을 열어놓은 것은 헌법인식에서 아주 귀중한 체험이었다고 말할 수 있다.

이렇게 해서 5공정권과 국민과의 대립은 날로 치열해져갔다. 그 탄압은 더욱 강도 높게 전개되었다. 정권과 국민들 사이에 전개되었던 헌법, 법률의 논쟁은 법학방법론에서 예상할 수 있는 모든 케이스를 다 섭렵하기에 충분하였다. 현실에서 논쟁이 심화되는 것은 헌법의 명문에 의거해서 쉽게 해결될 수 있는 이른바 '쉬운 사례'(easy case)가 아니라 항상 '난해한 사례'(hard case)로부터 발생한다. 난해한 사례는 주로 역사의 진행과 법조문이 충돌하는 첨단영역이다. 이 난해한 사례는 조문의 문법적, 논리적 해석에 따라 쉽게 해답이 나오는 것이 아니라, 헌법과 법체계의 전체를 통찰해가면서 그 해답을 찾아야 하는 그런 문제이다.²⁾ 진정한 헌

2) 이와 관련해서는 줄고, 「헌법사항에 관한 소고—헌법이해를 위한 프로그램적 연구—」, 『한국방송통신대학교 논문집』, 제6집, 1987에서 다룬 바 있다. 이 논문을 통하여 필자는 R. 드워킨에 따라 헌법에서의 easy case와 hard case를 상정해서 전자의 경우에는 일상적인 헌법해석을 통해서 법발견을 해내겠지만, 후자의 경우에는 비상적인 헌법의 해석을 해야만 이해될 수 있음을 보여주고자 하였다. 그리하여 예컨대, 1985년 여당이 계획하였던 학원안정법의 위헌성을 헌법적으로 어떻게 설명할 것이며, 그리고 신민당의 직선제개헌안과 민정당의 내각책임제안 사이에서 신민당이 이를 선택적 국민투표에 붙여 결정하자고 하였을 때 이런 제안이 헌법상 어떻게 풀이되어야 하는가를 방법론적으로 검토하였다. 더 나아가서 85년의 미문화원점거사건, 삼민투, 86년의 인천사태와 건국대사태 등 이른바 급진좌경제야운동에 대한 헌법적 이해방법까지 골몰하였다. 폭력성, 폭력적 구호, 정부전복적 언사, 비밀결사체의 조직 등 현행헌법의 문면상으로 볼 때는 도저히 용납할 수 없는 좌경제야운동에 대해서 헌법은 과연 어떤 입장을 취해야 할 것인가는 정말 용이한 문제는 아니었다. 이때 필자는 R. 드워킨의 권리명제(right thesis)는 한국의 이 상황에도 적용되어야 한다는 변론을 하게 되었다. 같은 논문 중에서 미간행된 부분에서 필자가 주장했던 논거는, 국내의 자생적 공산주의 경향의 민주화운동은 바로 한국의 자본주의와 그를 옹호하는 정부의 반민주적 행태에서 연유하는 것으로, 요컨대 헌법수호의 운동으로 정당화될 수 있다는 것이었다. 그리고 이것은 우리 헌법의 규정은 없지만 헌법학상으로 인정되는 저항권으로 인정할 수 있다고 보았다. 국가권력의 폭력성이 과대하게 존재하는 한 국민의 폭력성만을 법적으로 문제삼아 처벌하는 것은 온당한 헌법수호의 길이 아님이 분명하다. 정부전복 등 혁명적 구호가 있었더라도, 이것은 어디까지나 그 실체를 중심으로 파

법을 수립하고자 하는 민주화운동세력과 현행헌법을 수호하고자 하는 5공정권과의 헌법투쟁은 마침내 전자의 승리로 끝났다.

4. 6월항쟁과 개헌

6월항쟁의 국민승리는 87년 10월 헌법개정을 성사시켰다. 운동으로 쟁취한 것인 만큼 이 헌법은 우리 나라에서는 가장 민주적 정당성이 강한 헌법이 되었다. 정당성을 기초로 이제는 헌법전이 전에 비해서 상대적으로 큰 권위를 보유하게 되었다. 전반적으로는 헌법이 규범력을 확보하는 쪽으로 진행되었다. 특기할 만한 사실은 헌법재판소의 활동이 본격적으로 가동하였다는 점이다. 1988년 9월 발족 이후 위헌법률심판사건(350여건), 권한쟁의심판사건(9건), 헌법소원심판사건(3940여 건)이 처리되었다. 헌법재판소는 우리 나라에서 헌법을 법답게 만들고, 헌법의식을 많은 국민들에게 고취시켰다는 긍정적인 측면이 있다. 하지만, 헌법재판소는 헌법을 심판하는 최고심급기관으로서 많은 문제점을 안고 있다.³⁾ 그렇기

막되어야 하지 그 구호만 가지고 판단을 하게 될 때, 국민통합을 위한 헌법의 진정한 의도와는 다른 해석이 나오게 됨을 지적하였다. 현실을 보면 아이러니칼하게도 혁명을 주장하는 사람은 이 사회의 개혁을 가져오고, 개혁을 주장하는 사람은 보수안정화를 가져오고, 안정을 주장하는 사람은 이 사회의 부패에 기여하는 경향으로 나타나기 때문이다.

- 3) 헌법재판소의 문제점으로 그 이념적 측면과 현실적 측면에 대한 지적은 각각 다음을 참고할 것. 국순옥, 「헌법재판의 본질과 기능」, 『민주법학』, 11호, 관악사, 1996; 김중서, 「헌법재판의 허와 실」, 『민주법학』, 10호, 1996. 구체적 판결에 관한 비판의 예로서는 이상영, 「헌법재판소는 토지재산권을 어떻게 보았는가?」, 『민주법학』, 11호, 1996을 참조 바람. 이념적 문제점은 독일에서 법률위헌심판제도가 출현한 역사적 맥락이 반혁명이론전략에서 기원하고 있으며, 그 이데올로기적 기능은 지배체제 정당화와 이데올로기억압에 있다는 것이다. 한편 우리의 헌법재판소는 이제까지 사유재산권 보장에 철저하고, 형사사법절차와 관련해서 적극적인 입장을 보여주었다는 점에서 긍정적인 면이 있으나, 바로 그 점에서 헌법재판

때문에 우리는 진정한 헌법재판을 정착시키기 위하여 국민에 부합하는 헌법개념의 발전과 그런 재판기관의 형성을 위한 부단한 노력을 기울여야 할 것이다.

5. 제6공화국

6공화국은 새로운 헌법을 놓고 입헌주의국가로 가느냐 아니면 종전의 군부독재국가로 회귀하느냐의 갈림길에서 치열한 투쟁이 벌어졌다. 군부독재에 길들여졌던 정치, 사회, 문화, 경제 모든 분야는 보수와 혁신의 대립구도로 전선이 형성되었다.⁴⁾ 6월항쟁의 기운이 남아있던 당시 시대 상황은 6공과 5공의 단절을 정치적으로 요구하였다. 이것은 예컨대 특별검사제의 도입안으로 나타났다. 특별검사제를 두어 5공비리를 철저하게 수사하자는 안이었다. 그러나 이것은 국회가 검사를 임명하고 수사권의 범위를 정하는 것이기 때문에 권력분립원리에 반한다는 이유로 여당이 반대하였다. 하지만, 세월이 흘러 결국은 부정부패의 척결과 사회정의의 실현이라는 더 큰 헌법의 정신을 시행한다는 명분에 입각해서 1999년에 시행되기에 이르렀다. 권력분립주의라는 헌법상의 큰 원리도 해석상 후

소의 한계가 드러나고 있다. 즉 철저히 자유권을 중심으로 한 기본권관을 가지고 있다는 것이다. 이것은 기본적 생존권을 필요로 하는 민중에 대해서는 하등 도움이 되지 않는 낙후된 헌법관이다. 헌법재판소의 전반적인 입장은 매우 보수적이며 상황논리에 의존함으로써 일관성이 없다는 특징을 보여주었다. 그 결과 헌법재판기구로서의 최고 권위를 유지하지 못하고 있다. 그리고 헌법재판소의 결정이 거의 독일이론과 판결을 추종함으로써 국적 없는 재판을 하고 있다는 지적이다.

- 4) 기존의 명제에 반대명제(counter-proposition)가 사회 전 분야에 제시되었다. 예컨대, 교육계에는 전교조가, 학계에는 학술단체협의회가, 대한변협에는 민변이 대립되어 출범한 것이다. 이들의 전체모임인 전국연합이 결성될 정도였다. 이 반대명제는 비록 그 자체로써 대안이 될 수는 없었을지라도 종합명제가 이 땅에 들어설 수 있는 입지를 마련해주었다는 점에서 운동적 의미를 띤다.

순위로 밀려날 수 있음을 보여준 좋은 예이다.

6공화국에서는 국가연합, 연방, 정치적 통합이라는 3단계 통일방안이 제시되었다. 90년 8월 「남북교류협력에 관한 법률」이 제정되었고, 91년 9월에는 남북한이 유엔에 동시 가입하였다. 문익환 목사와 임수경 양의 북한방문에 대한 처벌과 정주영 현대회장의 북한방문에 대한 불처벌이 대조되면서 국가보안법의 선별적 적용이 헌법적으로 문제되었다. 헌법에 따라 진정 민주적 평화통일을 이루고자 할 때 통일논의는 국민적 참여를 기반으로 이루어져야 하며, 이를 가로막는 국가보안법은 폐지되어야 한다는 주장이 높아졌다. 통일헌법이 보다 구체화되면서 대내적 민주화와 통일명제의 선후관계가 경합하였다. 한국헌법을 형해화시킨 남북분단과 그의 법적 표현으로서의 국가보안법이 도마 위에 오른 것이다. 정상적인 헌법인식으로는 설명이 되지 않는 그런 난해한 문제들이 곳곳에 잠복하고 있는 것이 우리의 헌법상황임을 다시 한번 실감할 수 있다.

6. 문민정부

문민정부는 장기간의 군부통치에 종지부를 찍고 민간정부가 들어선 의의를 가진다. 이 기간 중에 시민사회세력이 상당한 정도로 조직되었다. 하지만, 여전히 군부정권의 잔재를 청산하는 것은 복잡다기하게 연결되어 용이하지 않았다. 특히 문민정부가 집권과정에서 야합한 5공, 6공 세력과의 결별은 쉽지 않았다. 그리하여 5·18 유혈쿠데타의 법적 처리와 관련하여서 1995년 7월 18일의 '공소권 없음 결정'에서 1995년 12월 18일의 특별법 제정에 이르기까지 수없이 많은 법적 쟁점이 부각되었다. 특별법제정과 관련하여 가장 문제된 것은 헌법 제13조가 금지하는 형사소급입법이 아니냐는 것이었다. 이에 대해서 형사소급입법금지의 원칙은 죄형법정주의의 주요원리로서 가능한 한 소중하게 지켜져야 할 원칙임에

는 틀림없으나, 이것은 국가권력의 부당한 사후확대로 인한 개인의 기본권 침해를 방지하는 데 목적이 있는 것이지 국가권력의 부당한 행사에 대해 면죄부를 주려는 데 목적이 있는 것은 아니라는 해석이 나왔다. 즉 국가권력을 등에 업은 군사동원 쿠데타와 같은 범죄행위에는 소급입법금지의 원칙이 적용될 여지가 없다는 것이다.⁵⁾ 이런 해석에 입각하여 5·18특별법을 내용적으로 성공시키고자 했다면, 당시 김영삼 대통령이 정권유지 차원에서가 아니라 진정한 과거청산 차원에서 이를 진행시켰어야 했다. 그러기 위해서는 자신도 과거청산의 대상에 설 수 있는 도덕성과 용기를 가졌어야 했다. 그런 헌법적 의미를 읽지 못하고 문민정부는 민주정부로서의 역량한계를 노정하고 역사에서 몰려났다. 이 과정에서 얻은 헌법인식상의 의의라면 헌법과괴행위와 같은 헌법적 불법은 언제까지나 청산의 대상이 될 수 있다는 헌법논리가 나왔다는 점에 있다.

7. 국민정부

(1) 현재의 국민정부는 IMF 체제의 돌입과 함께 찾아왔다. 문민정부가 힘껏 외쳤던 세계화의 구호는 IMF로 메아리 되어 돌아왔다. 지역적 정치기반의 한계를 가지고 있던 국민회의는 이런 국난에 힘입어 정권을 잡게 되었다. 대한민국 50년사에서 처음 야당이 여당 되는 정권교체가 이루어졌다는 것이 헌법상 가장 큰 의의이다.⁶⁾ 그러나 정권교체의 과정에서 국민들이 보여준 태도를 잘 분석해볼 것이 필요하다. 현정부와 국민들이

5) 광노련, 「5·18헌법소원과 5·18특별법의 쟁점과 해법」, 『민주법학』, 10호, 1996; 줄고, 「헌법적 불법에는 시효가 없다」, 『민주법학』, 10호, 1996. 독일도 이러한 해석에 입각하여 동독 공산정권이 저지른 과거의 범죄행위들에 대해 공소시효 적용을 사후적으로 배제하는 법률을 1993년에 제정한 바가 있다.

6) 박병섭, 「김대중정부 1년에 대한 규범적 평가: 기초발제」, 『한국사회의 법과 민주주의(2)』(도서출판 관악사, 1999).