

프로그램

시간	프로그램	
사회: 조영선 변호사 (민변 긴급조치 변호단 간사변호사)		
14:00-14:05	인사말	이 철 (민청학련계승사업회 회장)
14:05-14:10	연대발언	양춘승 (긴급조치 대책위)
14:10-14:30	발제1. 통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제 - 통치행위의 사법심사여부 - 통치행위 논의의 역사성 - 전두환 등 내란죄에서의 불기소 결정과의 비교검토	한상희 교수 (건국대 법전원)
14:30-14:50	발제2. 긴급조치와 국가배상책임 - 국가배상책임에 대한 검토 - 통치행위의 위헌, 위법성과 국가배상 책임의 관계 - 대법원 판결의 법리적 문제점 검토	문병호 교수 (강원대 법전원)
14:50-15:10	발제3. 유신의 저항자들을 어떻게 옹호해야하는가 - 외국(독일 등)에서의 과거사 해결과정과의 비교검토 - 대법원의 보수화, 반역사적 문제 - 과거사 청산(해결방안 포함)과 긴급조치	이재승 교수 (건국대 법전원)
15:10-15:15	휴식	
15:15-15:30	토론1. 긴급조치 사건의 판례분석 - 실종된 민주주의	이상희 변호사 (법무법인 지향/ 민변 긴급조치변호단)
15:30-15:45	토론2. 유신 잔재의 청산을 위하여	박석운 (한국진보연대 상임대표 /민언련 공동대표)
15:45-16:00	공개질의서 낭독	

목 차

[발제1] 통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제

- 통치행위의 사법심사여부
- 통치행위 논의의 역사성
- 전두환 등 내란죄에서의 불기소 결정과의 비교검토

한상희 교수
(건국대 법전문)

7 p

[발제2] 긴급조치와 국가배상책임

- 국가배상책임에 대한 검토
- 통치행위의 위헌, 위법성과 국가배상 책임의 관계
- 대법원 판결의 법리적 문제점 검토

문병호 교수
(강원대 법전문)

23 p

[발제3] 유신의 저항자들을 어떻게 옹호해야하는가

- 외국(독일 등)에서의 과거사 해결과정과의 비교검토
- 대법원의 보수화, 반역사적 문제
- 과거사 청산(해결방안 포함)과 긴급조치

이재승 교수
(건국대 법전문)

45 p

[토론1] 긴급조치 사건의 판례 분석 - 실종된 민주주의

이상희 변호사
(법무법인 지향 / 민변 긴조변호단)

65 p

[토론2] 유신 잔재의 청산을 위하여

박석운
(한국진보연대 상임대표/
민언련공동대표)

79 p

[발제₁]

통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제

한상희 (건국대학교 법학전문대학원 교수)

통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제

한상희

건국대학교 법학전문대학원 교수

1. 법정에 선 과거사¹⁾

과거사의 청산은 시대적 사명이자 우리 모두의 소중한 인권이다. 지난 권위주의 시절, 국가와 법의 가면 아래 자행되었던 적나라한 폭력들을 제대로 고발하고 그에 상응하는 처벌과 교정, 화해와 다짐을 이루어냄으로써 다시는 그러한 국가폭력이 반복되지 않도록 방지하는 것은 이 시대가 요구하는 우리 모두의 의무이자, 폭력으로부터 절대적으로 자유로워야 하는 우리 인간 모두의 권리인 것이다.

하지만, 지난 3월 26일 대법원 제3부(재판장 박보영, 민일영, 김신, 권순일(주심))가 긴급조치선포행위에 대하여 면죄부를 던져준 판결(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결)은 이러한 당위를 정면에서 거부한다. 아니 그 판결은 유신체제하에서의 국가폭력을 ‘고도의 정치적 행위’라는 이름으로 정당화함으로써 다시금 그 사악한 권위주의체제로 회귀하고자 하는 양승태 대법원장 체제의 퇴행적 모습을 여지없이 드러내었다.

이 사건은 가장 전형적인 국가폭력의 문제를 다루고 있다. 원고는 유신헌법에 따라 선포된 긴급조치 제9호에 의해 대학 재학 중에 중앙정보부에 끌려가 영장없이 불법하게 구금되었다는 이유로 국가를 상대로 배상을 청구하였다. 이에 피고인 “대한민국”이라는 나라는, 이 구금행위는 당시 긴급조치가 위헌인지 알 수 없는 상태에서 공무원으로서의 법집행의 의무를 다한 것일 뿐이기 때문에 배상책임은 없다는 반론을 제기하였다.(이하 ‘이 사건’)

이에 대해 원심법원인 대전지방법원 민사 제2부(부장 심준보)는 제1심판결을 파기하고 원고의 손을 들어 주었다. 원심법원은 이 긴급조치 제9호가 “유신체제에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위한 것임이 분명하여, 오히려 국가공권력에 의한 지배를 강화하고, 다수의 의사에 의한 국민의 자치를 막으며, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서에 어긋나고, 국민의 기본적 인권을 침해하는 것으로 자유민주적 기본질서에도 반한다.”고 본 것이다.

원심법원은, 박정희 당시 대통령은 국민의 기본권보장과 헌법수호의 의무를 저버린 채 이런 불법적인 긴급조치를 발령한 것은 국가배상법상의 고의 내지는 과실에 의한 것이라고 하여야 할 것이며 따라서 국가는 배상책임을 져야 한다고 보았다. 나아가, 설령 고도의 정치적 행위에 대해서는 사법적 판단이 적절하지 않다는 이론을 고려한다 하더라도 이 경우는 너무도 명백한 헌법위반에 해당하기 때문에 법을 집행하여야 할 법원은 의당히 국가배상 여부를 심판할 수 있어야 한다고 보았다.

사실 이러한 원심법원의 판단은 그동안 사법부 나름의 과거사청산 작업이기도 하다. 유신체제하에서 이루어졌던 국가폭력이 법이라는 엄폐·은폐물을 얻을 수 있었던 것이 법원의 사법절차였음을 감안한다면, 사법부가 할 수 있는 과거사청산은 무엇보다도 이 법의 외피를 깨쳐 버리고 그 폭력의 적나라한 속살을 그대로 드러내는 것에서부터 시작되어야 하기 때문이다. 긴급조치에 대한 위

1) 이 글의 서론과 결론은 한상희, “역사를 유신포로 시절로 되돌린 대법원의 판단,” 참여연대, 광장에 나온 판결, 2015. 4. 10을 편집한 것임.

헌무효선언이라든지, 독재권력의 억압에 피해를 입은 사람들에 대한 재심판결이 줄있는다는지, 혹은 이들에 대한 국가배상판결이 내리지는 것은 그 작은 성과들이기도 하다. 물론 이러한 사법부의 과거사청산은 국민적인 요구에도 불구하고 그동안 너무도 느리게 그리고 너무도 조금씩 진행되어 왔다. 더구나 사법부 내부에서의 인적 청산 문제는 아예 거론조차 되지 않은 채 지금까지도 방치되고 있을 따름이다. 그리고 그 결과는 이 대법원의 판결로까지 이어진다.

2. 일그러진 사법부

하지만 대법원 제3부의 판단은 이 정도로 미미한 이행기정의조차도 정면에서 거부해 버렸다. 그것도 변호사조차 없는 본인소송의 형태로 제기된-그래서 한 변호사의 말처럼 가장 약한 고리에 해당하는- 국가배상사건에서 가장 비열한 모습으로 세상을 분노하게 만들었다.

그 시작은 소액심판사건인 이 사건에 대해 대법원이 굳이 “대법원판례가 없고, 하급심의 판단이 엇갈리고 있는 상황”이라는 핑계를 대며 스스로 판단하고자 나서는 것에서부터이다. 이미 대법원 2013년 4월 18일의 판결(2011초기689)사건을 통해 긴급조치 제9호는 위헌무효임을 선언했다든지, 하급심의 경우에도 대다수의 판결이 국가배상책임을 인정하고 있었다는 사실은 여기서 전혀 언급되지 않고 있다. 오로지 대법원이 염두에 두고 있는 선례는 1951년의 “거창사건” 피해자들에 대해 소멸시효완성을 이유로 국가배상책임을 부인한 것(대법원 2008.5.29. 선고 2004다33469)뿐이다. 하지만 이 사건은 거창사건의 경우와는 그 법리적 층위를 달리 하여 이미 대법원이 위헌무효라고 선언한 선례를 바탕으로 해서 이루어진 것임을 기억할 필요가 있다. 전혀 다른 것을 무리하게 끌어다 들인 건강부회의 사례인 것이다.

여기서 대법원의 본심이 엿보인다. 그저 과거사 사건 중에서 가장 취약하게 보이는 이 사건을 대법원의 심판대 위에 끌어들이 자기들의 퇴행적 법리를 갖다 맞추는 모델케이스로 삼은 것이다. 그리고 그 음모는 상고이유 제2점(불법행위의 성립여부)과 제3점(시효완성여부)²⁾에 대한 판단에서 노골적으로 드러난다.

이 판결에서 박정희 전 대통령의 긴급조치선포행위가 국가배상의 원인이 되는 불법행위를 이루는가에 대한 판단은 겨우 6줄짜리 한 문장으로 처리된다. 긴급조치가 위법하여 무효라 하더라도, 대통령이 그 긴급조치를 선포한 행위는 “고도의 정치성을 띤 국가행위”이기 때문에 대통령은 정치적 책임은 몰라도 “국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”는 것이 그나마의 내용이다. 한 마디로 밀도 끝도 없는 판단이다.

실제 “고도의 정치성을 띤 국가행위”라는 개념은 소위 통치행위라는 이름으로 대통령과 같은 국가최고기관의 행위에 면죄부를 던져주던 구시대의 유물이다. 그것은 「한국적 민주주의」 혹은 「영도자적 민주주의」를 외치던 시절의 권력논리를 구성하던 허위의식이었을 뿐, 오늘날의 민주화시대에는 결코 어울리지 않는 담론이다. 그러기에 헌법재판소는 물론 대법원조차도 이 통치행위에 대해 스스로 판단하고 그 위법성을 지적한 바 적지 않다. 대법원은 이미 통치행위라 하더라도 그에 맞서 “기본권 보장, 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 포기하여서는 아니된다”(2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결)고 선언한 적이 있다. 더구나 이런 통치행위론은 그 행위의 효력여부와 관련한 부분에서나 판단될 일이지 이렇게 사법의 영역에서 그로 인해 불법한 손해를 입은 개개인에게 국가가 어떤 책임을 져야 할 것인지를 판단하는 상황에도 갖다 붙일 일은 아니다.

그러다보니 이 대법원 제3부의 판결문은 법리에도, 선례에도 맞지 않는, 문자 그대로 순역지의 판결이 다름 아니게 된다. 긴급조치는 위법인데 그것을 선포한 행위는 합법이 되는 것으로 판단하려

2) 이에 대해서는 다른 발제가 준비되고 있기 때문에 이 글에서는 생략하고자 한다.

면 적어도 그 선포자인 대통령에게 고의도 과실도 없이 오로지 아주 순수하게 국가를 위한 일념 하나만으로 그렇게 했다는 증명이라도 있어야 할 터인데, 이 판결은 그런 증명의 노력조차도 하지 않는다. 실제 대통령은 헌법 수호의 의무를 진다. 거기다 수많은 보좌진과 전문지식을 갖춘 관료들의 도움을 받는다. 그런 대통령이 자신이 발령한 긴급조치가 어떤 면에서 불법하며 왜 문제인지를 알지 못했다면-즉, 고의나 과실이 없었다면-, 그 대통령은 자기가 무슨 짓을 하는지 전혀 모르는 바보이거나, 혹은 자기 기만의 무의식에 사로잡힌 정신이상자일 가능성이 높다. 어찌면 이 엄청난 판단을 단 6줄로밖에 표현하지 못한 것은 이만 억지에 대한 대법관들의 자의식이 작용한 것일지도 모르겠다.

3. 긴급조치의 위헌성

3.1. 소위 통치행위의 정치학

사실 이런 대법원 제3부의 판단은 기존의 법리에서도 크게 이탈한 것이다. 이 판단이 기대고 있는 소위 통치행위론이라는 법리는 그 존재의의를 상실하고 있을 뿐 아니라, 적어도 이 사건-긴급조치 위반사건-과 같은 경우에는 이미 수차의 판결례들을 통해 사법적 판단의 대상으로 삼고 있기 때문이다.

대저 통치행위라는 관념은 “고도의 정치성을 띤 국가최고기관(대통령, 의회)의 행위로서 그 성질상 사법심사의 대상으로 삼기에 부적합한 행위”³⁾ 정도로 규정되고 있다. 하지만, 통상적으로 통치행위는 국가와 시대에 따라 다른 양상으로 나타난다. 통치행위를 정당화하는 본질개념인 “고도의 정치적 고려”라는 것은 대부분 국가적 비상상태 속에서 형성되는 것이며, 그 국가적 위기 또는 비상상태의 발현양태는 그때 그때 그 국가가 처하고 있는 상황이나 맥락, 그리고 그 국가가 가지고 있는 정치적 역학관계 등에 따라 달라지기 때문이다. 따라서 이런 통치행위의 개념을 획일적인 척도로 가지고 재단하는 것은 결코 바람직하지 않을 뿐 아니라 거의 불가능하게 된다.⁴⁾

그러다 보니 통치행위라는 개념은 “고도의 정치적 고려”라고 하는 가장 추상적이고 비정형적인 개념요소로서 규정될 수밖에 없다. “고도” “정치” “고려”의 세 요소가 어떤 확정적인 의미를 가지는 것인지는 아무도 알 수 없기 때문이다. 더구나 이들은 최고국가기관이라는 또 다른 개념요소와 다시 중복된다. “고도” = “최고”이며 “정치” = “국가기관”인데다가 “고려”라는 관념은 그 자체 “의지”Wille의 동의반복어에 지나지 않기 때문이다. 요컨대, 통치행위라는 개념 자체가 철저하게 허사(虛辭)로만 구성되어 그것을 법리의 분석에 이용한다고 해서 무엇을 설명할 수 있는지 도저히 알 수 없는 상태가 되어 버리는 것이다.⁵⁾

실제 법치국가라는 헌법의 지엄한 원칙에 비추어본다면, 모든 국가작용이 법의 지배 아래 놓여야 하며 개팔주의의 소송원칙상 그 행위들은 모두 의당히 사법판단의 대상이 되어야 한다. 하지만, 국가권력을 장악한 지배세력은 이러한 법규율의 통제 바깥에 자신들의 자유로운 활동공간을 설정하고자 노력한다. 법의 규율이 채 따라오지 못하는 영역 혹은 그러한 법규율이 적합하지 아니한

3) 박승호, “이른바 통치행위(정치문제)에 대한 헌법재판,” 헌법학연구 제16권 제3호, 2010, 656쪽.

4) 권영성교수는 통치행위의 개념에 고도의 정치성과 사법판단 부적합성외에 그리고 사법적 집행의 곤란성이라는 요소를 더 추가하면서 헌법해석론으로는 부정설이 적절하지만 헌법정론적으로는 긍정설이 합목적적이라 한다. 즉 그는 이에 대해 사법자체의 입장을 지지한다. 권영성, “통치행위의 본질과 그 한계,” 사법행정 89년 5월호, 1989 참조.

5) 김선택교수는 이를 두고 통치행위라는 용어는 시대착오적이라고 하면서 “정치문제”라는 개념을 사용하자고 제안한다. 김선택, “통치행위의 법리와 사법적 구제가능성,” 고시연구 2005.1. 223쪽(박승호, 위의 글, 655-6쪽에서 전제). 이 제안은 그 자체 상당한 의미를 가지지만 이 글의 맥락에서 보자면 그것 또한 허사이기는 마찬가지다.

영역이라는 명분으로 법(그리고 법원)의 통제를 받지 아니하는 권력의 공간을 마련하고 이를 통치 행위(혹은 정치문제political questions, 국가행위state actions 등)라는 이름으로 명명하고자 하는 것이다.

앞서 통치행위라는 것이 허사에 불과하다고 언급한 것은 이 지점에서 의미를 가진다. 그것은 어떤 실체(예컨대 정치성, 최고성, 재량성 등)를 가진 개념이라기보다는 정치과정 속에서 법치의 규율을 벗어나서 수행되기를 원하거나 혹은 그렇게 수행되고 있는 행위들을 총괄적으로 지칭하는 일종의 유형화의 결과에 지나지 않는다. 그리고 바로 이 때문에 통치행위의 개념에는 항상 사법심사의 가능성(이는 법규율의 예외성에 대한 인정여부를 의미한다)이라는 표지가 뒤따라 다니게 된다. 법원과 법관의 통제력으로부터 벗어나 정치라는 이름의 공간을 만들어내고 그 속에서 국민들이 형성한 기존의 법과 무관하게 권력의 자유공간을 형성하고자 하는 것이다.

물론 이러한 통치행위의 영역 즉, 법외의 공간이 형성되는 것은 다양한 방식과 근거에 의존한다. 사면권이라든 영전수여권과 같은 전통적인 왕실권의 영역에 속하는 경우나 혹은 의회의 내부적인 의사규칙이나 의제권 같은 내부규율 등은 그 예이다. 하지만 통치행위가 헌법적인 문제로 제기되는 것은⁶⁾ 고도의 정치적 고려에 의하여 행해지는 권력작용의 경우이다. 긴급명령이나 긴급조치, 국군의 해외파병, 영토주권의 설정(한일공동경제수역의 설정), 대북송금, 남북정상회담 및 그에 수반되는 제반의 합의 등과 같이 입법의 방식을 우회하여 국민의 생활관계에 직접적인 영향을 미치는 규율을 창출하는 경우 혹은 국가의 성격이나 그 존재양태의 변화를 야기하는 경우 등이 이에 해당한다. 그리고 그것은 보기 나름으로는 기존의 법상태를 배제하면서 새로운 (법)상태를 조성한다는 의미에서 일종의 예외상태에 값한다. 고도의 정치적 고려를 할 수 있는 권력과 지위를 부여 받은 국가최고기관이 기존의 법규율을 무력화시키면서 주권자인 국민의 의사를 수렴할 수 있는 헌법적 절차를 거치지 않은 채 혹은 그러한 절차를 주변적인 것으로 만들면서 법의 공백상태를 형성하고 이 속에서 스스로가 주권자가 되어 자신의 의지로써 새로운 법상태를 구성하게 되는 것이 바로 이 통치행위의 관념 속에 숨어 있는 정치학이다.⁷⁾

3.2 통치행위론-그 헌법문제

1) 대법원의 경우

문제는 이러한 예외상태에 준하는 통치행위의 관념을 우리 법제의 틀 속에서 인정하여야 할 것인가라는 점이다. 대저 이 논의의 큰 흐름은 부정설과 긍정설로 나뉘며, 현재의 다수설이라 할 부정설은 다시 그 근거와 관련하여 권력분립설(사법의 내제적 한계설), 재량행위설, 사법자체설 등으로 세분된다.⁸⁾

6) 물론 이런 공간에서의 행위도 헌법문제를 야기하기도 한다. 대표적인 경우가 국회에서 의안의 표결을 둘러싸고 벌어지는 의원/위원회/의장(국회) 사이의 권한쟁의사건이다.

7) 실제 우리 언론에서 통치행위라는 말이 사용된 사례를 Naver에서 검색해 보면 동아일보, “국무위원 부서의 의미”라는 제호의 1958. 11. 28자 기사가 처음 나온다. 하지만, 이는 국법행위의 의미로 사용된 경우에 지나지 않는다. 이어 1959. 10. 12. “군정법령의 위헌심사권을 재론함”이라는 제호의 이형호의 글에서 조약을 두고 통치행위의 개념을 적용하였다. 법원의 경우에는 1970. 10. 17. 서민호에 대한 서울형사지법 제1부(재판장: 유태홍)의 항소심판결이 “본건과 같이 반공정치인이 남북통일, 월남파병, 남북교류등 이른바 고도의 통치행위에 속하는 사항에 관한 정치적 발언을 한 경우 그 발언이 자유민주주의를 기초로 하는 우리나라 헌법상의 기본질서를 부정하지 않는다고 보여지는 한도에 있어서는 형법제2조의 정당행위로서 위법성이 없다”라고 판단한 것이 가장 오랜 사례로 검색된다. (<http://me2.do/xX4A2XZQ>). 그리고 그 이후의 통치행위에 대한 보도는 대부분 ‘10월유신’체제 안에서 거론되고 있다. 그중에 특이한 것은 7·4남북선언이 공표되고 난 이후 검찰은 “법률이 정한 바에 따라 권한이 주어진 사라이 고도의 통치권을 행사하기 위해서 북한과 대화를 나누는 것”과 “정치인들이나 국민들이 남북대화에 따른 앞지른 무정견한 발언이나 성급하고 비약적인 발언”을 구분하고 전자는 합법이나 후자는 불법이라고 못 박고 있는 점이다. 경향신문, “고무찬양은 계속 처벌”, 1972. 7. 8. (<http://me2.do/xCuRkVVSU>) 통치행위의 개념 자체가 정치권력의 행사를 정당화하는 기제로 이용되고 있음을 잘 보여준다.

우리 대법원은 1969. 9. 14. 공화당과 정우회가 야합하여 새벽 2시에 국회 제3별관에서 국민투표법안을 날치기 통과시킨 사건과 연관된 판결에서 “국회가 적법하게 통과하였다 하여 정부에 이송하고 국방회의가 의결하고 대통령이 승인 공포했으면 실질상 입법의 전과정에 걸쳐 적법히 통과하였다고 인정되므로 삼권분립의 원칙으로 보아 법원이 헌법상 동 위인 입법부의 자율권에 개입해서는 안된다”고 판시하였다.⁹⁾ “법원으로서의 국회의 자주성을 존중하는 의미에서 논지가 지적하는 점을 심리하여 그 유무효를 판단할 성질의 것이 아니”며, 헌법이 법원에 부여하고 있는 위헌법률심사권은 이런 의미에서 “국회의 자율권과 저촉되는 것이므로 법원의 심사권이 인정되지 아니한다 할 것”이라는 것이 그 이유이다. 이 판결은 통치행위를 사법권의 내재적 한계로 파악하면서 권력분립의 원칙상 국회의 자율권에 대한 판단권이 사법부에는 존재하지 않는 것으로 보아야 한다고 선언한 것이다.

이런 태도는 10·26사건에 이은 신군부의 계엄선포행위에 대한 대법원의 판결¹⁰⁾에까지 이어진다. “대통령의 계엄선포행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 띠는 행위”인 만큼 “그 선포의 당·부당을 판단할 권한은 헌법상 계엄해제요구권을 가지는 국회만이 가진다고 할 것이며,” “사법기관인 법원이 계엄선포의 요건의 구비 여부나 선포의 당·부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절한 바가 못된다.”로 하면서 대법원은 이러한 문제에 대하여 판단할 권한이 없음을 선언하였다.¹¹⁾

그러나 5·18에 대한 내란죄를 인정한 판결¹²⁾에서 대법원은 전원합의체의 결정으로 그 입장을 조금 수정한다. 통치행위 그 자체에 대한 판단가능성과 통치행위의 목적이 “국헌문란”에 있는 경우 그것이 범죄행위에 해당하는가의 판단가능성을 분리하여 전자는 부정하되 후자는 인정하는 모습을 보인다.

대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우라면 몰라도, 그러하지 아니한 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.

여기서 의미심장한 판단은 이런 판시가 나오게 된 이유이다. 대법원은 이에 대하여 다음과 같이 설명한다. 비상계엄을 전국적으로 확대하는 것은

“그 자체만으로도 국민에게 기본권이 제약될 수 있다는 위협을 주는 측면이 있고, 민간인인 국방부장관은 지역계엄실시와 관련하여 계엄사령관에 대하여 가지고 있던 지휘감독권을 잃게 되므로, 군부를 대표하는 계엄사령관의 권한이 더욱 강화됨은 물론 국방부장관이 계엄업무로부터 배제됨으로 말미암아 계엄업무와 일반국정을 조정 통할하는 국무총리의 권한과 이에 대한 국무회의의 심의권마저도 배제됨으로써, 헌법기관인 국무총리와 국무위원들이 받는 강압의 효과와 그에 부수하여 다른 국가기관의 구성원이 받는 강압의 정도가 증대된다”

8) 이 법리의 내용과 그에 대한 분석은 박승호, 위의 글, 659쪽 이하 참조.

9) 대법원 1972. 1. 18 선고 71도1845 판결

10) 대법원 1979. 12. 7. 선고 7초70 재정

11) 이 결정의 취지는 그대로 1981. 4. 28. 선고 81도874 판결에서 반복된다.

12) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결(그런데 이 판결은 2015. 6. 18. 현재 대법원의 종합법률정보에서 검색되지 않고 있다. 그 이유는 알 수 없다)

“이러한 법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 비상계엄의 전국확대조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 되므로 이는 내란죄의 폭동에 해당하고, 또한 그 당시 그와 같은 비상계엄의 전국확대는 우리 나라 전국의 평온을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 수 있다.”

즉, 비상계엄과 같은 행위가 국민의 기본권을 침해하거나, 헌법이 정한 국가의 통치권에 실질적인 변화를 야기하는 경우에는 그것이 “국헌문란의 목적”을 달성하기 위한 수단으로 이용되는지의 여부에 대한 심사를 할 수도 있다는 취지의 설시를 하고 있는 것이다.¹³⁾

이런 대법원의 판단은 통치행위에 대한 내재적 제약설을 취하며 사법의 영역 바깥에 두고자 했던 종래의 태도와는 전혀 다른 모습을 보인다. “고도의 정치적 고려”와 “국헌문란의 목적” 사이의 경계를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 차치하고서라도, 그 행위의 부대효과와의 관련성 속에서 통치행위의 사법판단가능성을 일부라도 열어 두었다는 점에서는 나름의 법리상의 발전을 인정해 줄 수 있다.

그러다가 김대중 정부의 대북송금행위에 대한 판결¹⁴⁾에서 대법원은 이런 내재적 제약설을 유지하면서도 또 다른 수정을 가한다.

국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해당할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.

여기서 대법원은 종래의 내재적 제약설을 유지하면서도 그 통치행위에 해당하는 국가작용의 범위를 정하는 것은 사법부의 임무임을 선언한다. 그래서 이 대북송금과 관련한 일련의 행위 중에서 “남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것”이 되는 반면, 그 회담에 수반되는 대북송금행위는 “재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채” 이루어졌고 이는 “헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다”고 본 원심판단을 그대로 수용하였다. 통치행위의 개념을 인용하면서도 그 적용대상이 되는 국가최고기관의 행위는 가능한 한 좁게, 한정적으로 포섭할 것을 요구하고 있는 것이다.

대법원이 긴급조치에 대한 재심사건에서 유신헌법에 기하여 선포된 긴급조치를 위헌무효로 판단한 것¹⁵⁾도 바로 이런 법리에 의한 것이다. “과도한 사법자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신

13) 이 판결은 헌법재판소가 긴급재정경제명령에 대하여 사법심사의 가능성을 인정한 결정(1996. 2. 29. 93헌마186)에 의해 영향을 받은 것같다는 평가가 있기도 하다. 김유향·정희적, 기본강의헌법, 2015, 1286쪽.

14) 대법원 2004.03.26. 선고 2003도7878 판결

15) 대법원 2010.12.16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결

중하게 하여야” 한다는 법리를 여전히 유지하고 있는 것이다. 그리고 이런 태도는 5·18사건 판결에서 대법원이 보인 입장과 상당히 유사점을 가진다. 외견상 통치행위라 하더라도 그것이 국헌문란-이는 기본권을 침해하거나 국가기관의 작동을 저해하는 행위를 말한다-의 목적을 가지는 경우에는 사법심사의 대상이 되어야 한다고 판단한 이 5·18판결의 취지가 여기서는 “기본권을 보장하고 법치주의의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무”로 표현되고 있는 것이다.

2) 헌법재판소의 경우

이러한 대법원의 입장은 헌법재판소에 와서 더욱 구체화된다. 헌법재판소는 김영삼정부에서 금융실명제를 도입하기 위하여 한 긴급재정경제명령에 대하여 다음과 같이 판단하였다.¹⁶⁾

대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.

요컨대 소위 통치행위의 개념을 받아들여야 할 것인가의 여부는 일단 논외로 하더라도 어떠한 국가작용이 “국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우”에는 모두 헌법재판소의 심판대상이 된다고 보는 것이다. 그래서 이 결정을 중심으로 형성되는 헌법재판소의 통치행위에 대한 입장은 대법원의 그것에 비하여 상대적으로 명확하게 정리될 수 있다.

즉, 종래 통치행위라 지칭되던 국가작용은 ①“고도의 정치·외교적 행위로 헌법재판소의 헌법소원 심판의 대상으로 삼을 수 없는 것”(제1유형)과 ②“그렇지 않다고 하더라도 그로 인하여 청구인들의 국민투표권, 납세자의 권리 등 기본권이 침해되는 문제가 발생한다고 볼 수 없”는 경우(제2유형),¹⁷⁾ 그리고 ③“국민의 기본권 침해와 직접 관련이 되는 경우”(제3유형)가 그것이다. 여기서 제1유형과 제2유형은 이론상으로는 통치행위의 개념을 인정하는가의 여부와 관련하여 중요한 의미를 가지는 것이나, 실천적인 측면에서는 크게 중요하지 않다. 헌법재판소도 양자간의 차이를 규정하는 요소가 무엇인지를 밝히고 있지도 않거니와 실제 결정에서도 이를 명확히 구획하지 않고 있다. 단지 이 부분에 대해서는 “한정된 자료만 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다”¹⁸⁾고 판단하거나 “그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있어 사법적 심사의 대상으로 삼기에 적절하지 못한 행위”로서 “사법심사를 자제하여야 하는 통치행위”¹⁹⁾ 정도로 규정한다. 반면 제3유형의 경우에는 전혀 다른 판단을 내린다. 행정수도이전사건의 경우 그 수도이전문제는 고도의 정치적 결단에 의해 행해지는 국가작용이라 하더라도 그것이 국민투표권이라는 국민의 기본권을 침해하기 때문에 헌법재판소의 심판대상이 된다고 하였고, 위안부할머니들의 대일배상청구권과 관련하여서는 “외교행위라는 영역도 사법심사의 대상에서 완전히 배제되는 것으로는 볼 수 없다”고 하면서 그것이 배상청구권을 침해하는 한에서는 위헌임을 면할 수 없음을 선언하였다.²⁰⁾

16) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 93헌마186 결정

17) 이상 헌법재판소 2006. 5. 16. 선고 2006헌마500결정

18) 이라크파병사건. 헌법재판소 2004. 4. 29. 선고 2003헌마814 결정

19) 한미전시증원연습사건. 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정

20) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정. 대한민국과일본국간의어업에관한협정과 관련한 결정은 통치행위를 직접 거론하지는 않았지만, 조약체결이라는 외교적 행위에 대하여 국민의 “영토권”이라는 의제까지 동원하면서

이렇듯 헌법재판소가 통치행위를 판단하는 기준은 일응 명확하다. 기본권침해와의 관련성이 거의 항시적 기준으로 작동하고 있는 것이다. 문제는 통치행위로 인하여 침해되었다고 주장하는 기본권의 인정에 헌법재판소는 지나치게 소극적인 태도를 취하고 있다는 점이다. 이라크파병사건이나 한·미전략적 유연성합의사건, 한·미 전시증원연습사건 등에서 청구인측이 주장한 평화적 생존권을 헌법재판소가 별다른 이유 설시도 없이 부정한 것은 한일어업협정사건에서 인정한 “영토권”이나 행정수도사건에서 구체화한 “국민투표권”과 같은 ‘파생적’ 기본권과 대비할 때 너무도 법리적인 균형이 맞지 않다. 이는 헌법재판소가 굳이 통치행위와 관련해서뿐 아니라 그 심판사무 전반에 걸쳐 향후 제대로 시정해야 할 중대사항이기도 하다.

3) 긴급조치 위헌결정의 경우

2013년 헌법재판소가 긴급조치에 대하여 위헌결정을 내리게 되는 것은 이런 법리의 축적에 의한 것이다. 이 결정은 우선 대법원에서 긴급조치를 명령이라고 보고 위헌무효판결을 한 것에 대응하여 그것은 법률인 만큼 헌법재판소의 심판대상임을 분명히 하는 한편, 그 실제적 심사의 기준은 현행헌법을 명확히 하였다. “국가긴급권의 행사라 하더라도 헌법재판소의 심판대상이 되”는 것이라 하면서 통치행위의 틀을 벗어난 존재임을 밝힌 다음, “긴급조치에 대한 사법심사 배제조항을 둔 유신헌법 제53조 제4항”의 존재에도 불구하고 그 조항은 “입헌주의에 대한 중대한 예외일 뿐 아니라, 현행헌법이 반성적 견지에서 사법심사배제조항을 승계하지 아니하였”음을 근거로 실정법적 수단에 의한 통치행위의 인정조차도 거부하였다. 그리고 이런 논거에 따라 “현행헌법에 따라 이 사건 긴급조치들의 위헌성을 다룰 수 있다.”고 본 것이다.

뿐만 아니라, 헌법재판소는 이 긴급조치에 의해 침해되는 기본권을 ①“헌법을 개정하거나 다른 내용의 헌법을 모색하는 것”과 ②“집권세력의 정책과 도덕성, 혹은 정당성에 대하여 정치적인 반대 의사를 표시하는 것” 두 가지로 압축하면서 이는 “정치적 자유의 가장 핵심적인 부분이라고 하였다. 요컨대 긴급조치는 외견상 통치행위에 상당하는 모습을 갖추고는 있으나, 그 실정법적 근거가 소멸되었고 나아가 기본권 침해와 직접적인 관련을 가지는 만큼 사법심사의 대상이 되어야 한다고 본 것이다.

아울러 헌법재판소는 이 긴급조치의 위헌성과 관련하여 두 가지 점에서 목적의 정당성을 확보하지 못하였다고 선언하였다. 첫째 그것은 “대한민국 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 부합하지 아니하”다는 점이며, 둘째, “대한민국 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 부합하지 아니하”다는 것이다. 여기에 “북한의 남침 가능성의 증대”라는 추상적이고 주관적인 상황인식만으로는 긴급조치를 발령할 만한 국가적 위기상황이 존재한다고 보기 부족하”기 때문에 이것만으로는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. “다원화된 민주주의 사회에서는 표현의 자유를 보장하고 자유로운 토론을 통해 사회적 합의를 도출하는 것이야말로 국민총화를 공고히 하고 국론을 통일하는 진정한 수단이라는 점에서 긴급조치 제9호는 국민총화와 국론통일이라는 목적에 적합한 수단이라고 보기도 어렵다.”고 본 것이다.

물론 이 결정의 한계는 엄연히 존재한다. 무엇보다도 이 긴급조치의 헌법적 근거를 제공하였던 유신헌법 제53조 자체를 위헌으로 선언할 것을 요구한 청구인들의 주장을 재판의 전제성을 근거로 배척하였다는 점이 이에 해당한다. 실제 유신헌법은 그 개정과정에서 심각한 위헌성을 내포하였다. 1972. 10. 17. 박정희정부는 전국에 비상계엄을 선포하고 국회를 해산하는 한편 정당 및 정치 활동을 금지하는 조치를 자행하였다. 그리고 국회 등 그 작동이 정지된 일부 국가기능을 대체하여 비상국무회의가 대행하면서 헌법의 존재마저도 위협하였다.²¹⁾ 그리고 이 비상국무회의가 주도하

심판의 대상으로 인정하였다. 헌법재판소 2001. 3. 21.선고 99헌마139 등 결정.

21) 사실 이런 헌법파괴는 1971. 10. 15. 위수령선포에서부터 시작된 것이라 할 수 있다.

여 제정한 것이 바로 유신헌법이다.

이런 헌법개정과정은 두 가지의 점에서 위헌이라는 하자를 면하지 못한다. 첫째, 그것은 기존의 헌법개정절차를 준수하지 못하였다는 점에서 그 법규범적 타당성을 상실한다. 물론 이 유신헌법의 제정에는 국민투표의 절차가 개입하기는 하였으나, 그것이 기존 헌법의 헌법개정절차를 부정하면서 행해졌다는 점에서 유신헌법의 하자 치유에는 별다른 의미를 갖지 못한다. 둘째, 헌법개정의 시기적 한계를 벗어난다. 헌법개정은 민주적 절차에 의하여 평화적으로 수행되어야 한다. 국민주권의 원칙이 실효적으로 보장되기 위한 조건이다. 하지만, 유신헌법은 비정상적인 상황에서 계엄이라는 군부지배체 하에서 이루어졌다. 뿐만 아니라 국회는 해산되고 정당등 모든 정치활동이 금지된 상황에서 이루어졌다. 정상적인 민주절차에 의한 것이라고는 볼 수 없는 상황에서 개정된 것이다.²²⁾

나아가 유신헌법 제53조는 그 자체로도 위헌성을 면치 못 한다. 헌법재판소는 이미 이런 점을 인정한 바 있다.

유신헌법에는 권력분립의 원리에 어긋나고 기본권을 과도하게 제한하는 등 제헌헌법으로부터 현행헌법까지 일관하여 유지되고 있는 헌법의 핵심 가치인 ‘자유민주적 기본질서’를 훼손하는 일부 규정이 포함되어 있었고, 주권자인 국민은 이러한 규정들을 제8차 및 제9차 개헌을 통하여 모두 폐지하였다.²³⁾

현재의 헌법규정이라는 심판기준에 미루어볼 때 이 유신헌법 제53조는 위의 인용에서 언급한 “일부 규정”의 대표적인 사례에 속한다.²⁴⁾

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 헌법규정 자체는 위헌심사의 대상이 될 수 없다고 하는 구래의 선례에만 집착하여 이 긴급조치를 중심으로 한 유신헌법의 ‘위헌성’을 제대로 제거하지 못 하였다. 헌법재판의 과정을 통한 과거사 청산이 이 지점에서 좌절되고 있는 것이다.

4. 이 사건의 경우

이러한 현재의 판시사항은 앞서 살펴본 5·18사건과 결합할 때 이 사건의 판단에 중요한 의미를 부여한다. 5·18사건의 경우 통치행위로 지칭되는 국가작용의 목적이 “국헌문란”에 해당되는 경우 그 범죄행위에 대한 판단은 사법부의 권한범위내에 포섭되는 것으로 선언한 바 있다. 긴급조치의 경우도 마찬가지로의 층위에서 “북한의 남침 가능성의 증대”라는 추상적이고 주관적인 상황인식만으로는 긴급조치를 발령할 만한 국가적 위기상황이 존재한다고 보기 부족”한 상황에서 그것을 병자하여 국민의 기본권과 국가체제의 운영에 심각한 훼손을 가한 사건으로 그 목적의 정당성을 상실하고 있다. 5·18판결에 상당한 ‘국헌문란’의 목적이 존재하는 범죄행위로서의 성격이 존재한다는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 그 비상계엄을 전국적으로 확대한 행위의 책임을 전두환·노태우 두 피고인이 져야 하듯이, 이 긴급조치를 선포한 행위의 책임은 박정희 전대통령에 귀속되어야 하는 것이다.

하지만, 이 사건 판결은 전혀 잘 못된 방향으로 나아간다. 우선 이 사건 판결은 긴급조치 자체는

22) 이에 관하여는 임지봉, “헌법개정의 한계와 저항권,” 고시계, 2013 참조.

23) 헌법재판소 2013. 3. 21. 선고 2010헌바132등 결정.

24) 이에 관하여는 정연주, ‘긴급조치에 대한 심사 관할권과 유신헌법 제53조의 위헌성,’ 헌법학연구 제20권 제3호, 2014 참조.

위헌·무효라고 하는 대법원의 판단을 그대로 원용하면서도, 이 긴급조치와 “유신헌법에 근거한 대통령의 긴급조치권 행사”를 구분하면서 그 판단의 취지를 자의적으로 재단한다. 이 사건 판결은 전자는 위헌·무효이나, 후자는 “고도의 정치성을 띤 국가행위”이며 이러한 국가긴급권의 행사에 대하여는 대통령은 “국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대하여 법적 의무는 지는 것은 아니”라고 단언한다. 긴급조치가 위헌·무효라는 대법원의 기존의 판례를 그대로 유지하면서 이 사건 판단을 그 반대의 방향으로 내리기 위해 추론의 틀을 왜곡하고 있는 것이다.

우선 이 사건 판결은 통치행위에 관한 기존의 대법원판례나 헌법재판소의 결정례를 정면에서 부정한다. 통치행위라고 해서 모두가 다 사법적 판단의 대상 바깥에 있는 것이 아니라 그것이 어떻게 국민의 기본권과 관련되는가에 따라 그 사법판단의 행배가 갈림을 아예 검토조차 하지 않고 있는 것이다. 어쩌면 “국민이 주권자인 민주국가에서 헌법과 법률에 의한 통제까지도 거부할 수 있다고 하는 의미의 통치행위의 관념”에 여전히 고착되어서 “더 이상 민주적 타당성을 가질 수 없는 반자유민주주의적·권위주의적 발상”²⁵⁾에 빠져 있는 것은 아닌지 우려된다.

나아가 이렇게 진행되는 이 사건 판결은 위에서 언급한 5·18사건에서의 대법원판결의 내용과 정면에서 충돌한다. 5·18사건에서 대법원은 전두환·노태우 피고인들은 비상계엄을 전국에 확대하는 ‘행위’를 하였고 이는 외견상 통치행위의 범주에 들어가더라도 국헌문란의 목적을 가진 만큼 범죄행위로서 사법판단의 대상이 된다고 판단하였다. 전국으로 확대된 비상계엄과 그것이 수반하는 국민의 기본권침해 및 국정문란의 현상과 비상계엄을 전국에 확대한 행위는 엄연히 구분될 수 있음에도 불구하고 5·18사건의 대법원은 전자의 과오로써 후자의 행위를 판단한 것이다. 이렇게 본다면 긴급조치와 국가긴급권의 행사도 마찬가지로의 구도 속에서 이해되어야 한다. 즉, 긴급조치와 그로 인한 국민의 기본권침해라는 결과가 가지는 무가치성으로 인하여 국가긴급권의 행사가 무가치한 것으로 판단되어야 하며 이 점에서 후자의 행위는 일정한 법적 제재의 대상이 되어야 한다는 것이다.²⁶⁾

헌법재판소의 판단에 의하면 이 사건 판결은 더더욱 정당화될 수 없다. 고도의 정치적 고려에 의하여 이루어진 통치행위라 하더라도 그것이 국민의 기본권을 침해하는 결과를 야기한다면 사법심사의 대상이 되어야 한다는 것이 헌법재판소의 일관된 입장이다. 즉, 이에 의할 경우 대통령의 국가긴급권의 행사는 통치행위의 범주에 들어갈지 모르나 설령 그렇다 하더라도 그것은 “표현의 자유, 영장주의와 신체의 자유, 주거의 자유, 청원권, 학문의 자유를 제한함으로써 국민의 기본권을 침해한” 긴급조치를 선포하는 행위이다. 이 사건 판결은 마치 <대통령의 국가긴급권행사 --> 긴급조치의 발효 --> 긴급조치의 집행 --> 기본권침해>라고 하는 이 단계의 범구조가 형성되어 대통령의 국가긴급권행사와 기본권침해는 직접성이 결여된 것처럼 보고자 하는 듯 하다. 하지만, 공무원의 잘못으로 위법한 처분을 하여 상대방에 손해를 야기한 경우와 이 경우는 전혀 다르지 않다. 공무원의 잘못된 행위와 손해의 발생 사이에는 위법한 처분이라는 중간매개가 결합되어 있으나 손해의 발생 혹은 기본권의 침해라는 결과의 측면에서 보면 이 두 가지는 동일한 것이 법적으로 변형되어 나타난 것에 불과할 따름이다.

아울러 긴급조치의 집행행위라는 또다른 공무원의 행위가 개입함으로써 대통령의 국가긴급권행사와 기본권침해라는 손해 사이에 인과연결이 끊어진다고 보는 입장도 있을 수 있다. 이 사건 판결에서 대통령은 “원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니”라는 이유로 민사상의 불법행위를 구성하지 않는다고

25) 권영성, 위의 글, 19쪽.

26) 대북송금사건 역시 마찬가지다. 대법원은 남북정상회담이라는 통치행위는 인정하면서도 그 이면에서 진행된 대북송금‘행위’의 위법성을 거론하며 처벌하는 것은 정당하다고 판시하였다.

판단한 것은 이런 틀 속에서 이루어진 것처럼 보인다. 하지만, 이 사건 판결이 이런 판시를 하면서 그 근거로 제시한 소위 거창사건판결²⁷⁾은 국회의원의 입법부작위²⁸⁾에 대한 판단이었다. 국회의원이 국회의 입법과정에서 가지는 권한은 표결권이라는 합성행위에의 참여권뿐이다. 그리고 이러한 표결권이 집합한다고 해서 그것이 국회의 입법권이 되는 것이 아니다. 후자는 전자의 법적 효과로 주어지는 것일 뿐이며 전자는 후자가 발현되는 여러 가지 요소들 중의 하나에 불과하다. 뿐만 아니라, 거창사건의 경우 그 입법부작위를 위법하다고 할 만큼의 헌법적 입법의무가 존재하였던 것도 아니었다. 한마디로 입법부작위의 불법행위 그 자체가 존재하지 않는 상황이었다.²⁹⁾

사정이 이러함에도 이 사건 판결은 성질이 전혀 다른 거창사건의 대법원판례를 끌어와서 이 사건에 적용하는 우를 범한다. 이 사건의 경우에는 국회의원의 표결행위의 불행사 --> 입법부작위라는 이중적인 구조가 아니라, 대통령의 국가긴급권행사라는 작위=긴급조치라는 침해행위의 직접적인 연쇄연결 속에서 이루어진 것이다. 따라서 거창사건의 사례를 여기에 적용하여 판단하는 것은 커다란 오류 내지는 왜곡이 된다. 이 사건 판결이 보다 규범정합적으로 되었다면 적어도 이 부분에서 대통령의 국가긴급권행사=긴급조치와 그 긴급조치의 집행행위 사이에 어떠한 인과관계가 존재하며 이 과정에서 대통령의 행위는 공동불법행위를 구성하게 되는지 아닌지 혹은 상명하복의 조직관계속에서 불법행위가 이루어졌는지 등의 여부를 보다 명확하게 따져 내었어야 했다.³⁰⁾

실제 이 사건 판결의 논리는 일반적으로 논리가 궁할 때 흔히 하는 형식논리의 수준에도 미치지 못한다. “대통령의 국가긴급권행사”라는 행위 자체가 별다른 법적 의미를 갖지 못하기 때문이다. 이 사건 판결은 마치 그 “대통령의 국가긴급권행사”가 독립된 행위로서의 성격을 가지는 듯하나 법의 영역에서는 “대통령의 국가긴급권행사”는 긴급조치가 유효하게 존재하고 또 효력을 발하게 되는 요건 중의 하나에 불과하다. 만약 대통령이 국가긴급권을 행사하지 않음으로써 뭔가 문제가 발생했다면 그 불행사는 법적 심판의 대상이 된다. 하지만 그 권한을 행사한 경우에는 그 행사행위(이것 자체도 의미 없다. 긴급조치선포문건에 서명한 행위를 의미하는가?)를 법적 판단의 대상으로 하는 것이 아니라 그 행사의 결과로서 나타난 긴급조치 자체를 판단의 대상으로 한다. 만약에 그 권한의 행사과정에 오류가 있는 경우에도 마찬가지다. 이때에도 대통령의 행위 그 자체를 판단하는 것이 아니라 그 행사의 결과인 긴급조치의 절차적 정당성의 관점에서 판단하게 된다.

물론 이 양자를 떼어서 생각하는 경우도 존재한다. 예컨대 국회의원의 표결행위와 의안의 통과는 서로 다른 맥락에서 검토된다. 전자는 국회의원이란 국가기관의 의결권의 행사인 동시에 합성행위이며 후자는 그러한 권한의 행사결과로써 나타나는 법적 효과이기 때문이다. 하지만, 이렇게 이중적인 구조의 법체계가 아닌 단순한 권한의 행사에 대해 그것의 행사행위와 그 결과로서의 법사건을 구분하는 경우는 어떻게 정당하게 설명될 수 있을지 의문이다.³¹⁾

27) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결

28) 그것도 대통령의 거부권행사라는 요소가 삽입된 입법부작위였다.

29) 이 사건에 대한 유의미한 판례평석으로는 이덕연, “‘거창사건’에 대한 대법원판결(2008.5.29. 2004다33469) 평석-‘견벽청야’(堅壁淸野)의 군사작전과 법리구성의 구조적 유사점을 주목하며,” 저스티스 통권 제129호, 2012 참조. 이덕연교수는 이 논문에서 대법원의 법이론적 인식들의 문제점과 한계는 물론, 그의 무감한 역사식과 감성·분노부재의 문제를 지적하고 있다.

30) 오동석 교수는 이 부분에서 정당하게도 다음과 같이 말한다.

대통령직은 개인의 것이 아니기 때문에 국가의 이름으로 책임을 지우자는 것이다. 대통령이 권력을 남용해서 저지른 행위에 대해 국민 개개인이 책임을 물을 수 없다면, 대통령의 폭력은 영원히 무소불위 무책무죄란 말인가. 군주 시대도 그렇지는 않았다. 또한 긴급조치를 둘러싼 대통령과 국민 개개인의 관계는 헌법적 불법관계이다. 전형적인 민사상 불법관계가 아니라는 점을 인정한다고 해도, 그보다 우위에 있는 ‘헌법적 불법’에 대한 책임을 물을 수 없다는 말인가. <오동석, “헌법적 불법을 응징해야 법치,” 참여연대, 광장에 나온 판결, 2015. 3. 26.>

31) 불법행위법에서 아주 예외적인 경우에 이러한 구획은 있을 수도 있겠다는 생각이 들기는 하지만, 그럼에도 이 사건 판결의 경우에는 그러한 구획이 적용될 여지는 없어 보인다. 물론 그 위법한 긴급조치를 선포함에 있어 대통령의 고

5. 결론

이 사건 판결의 하자는 이에 그치지 않는다. 다른 발제에서 자세히 다루겠지만 소멸시효에 적용되어야 할 신의칙에 대한 이중잣대는 그 대표적인 사례이다.

수사권이 없는 중앙정보부 소속 공무원이 원고를 구금한 것은 불법행위이기는 하지만 시효는 구금에서 풀려난 즉시 시작되는 것이라고 보아야 한다는 것이 이 대법원의 판단이다. 유죄판결을 받으면 재심절차에 의해서만 자신의 억울함이 증명되기에 그 재심판결부터 시효가 시작되지만, 이 사건의 경우에는 유죄판결을 받지 않았기 때문에 따로 재심결정을 기다릴 이유가 없다고 본 것이다.

이런 대법원의 판단은 앞선 판례들을 정면에서 위반한다. 여태까지 법원은 권위주의체제의 폭력에 희생된 사람들이 국가배상청구를 실질적으로 할 수 있는 시기가 그 폭력이 있던 날이 아니라 그러한 폭력이 불법한 것임을 국가가 선언한 때-즉, 재심판결이 있거나 진실과 화해 위원회의 결정이 있을 때-라는 점을 명백히 한 바 있다. 이런 기준에 의하면 이 사건의 경우 시효는 빨라야 긴급조치가 위헌무효로 판결된 2010. 12. 16.부터 시작되어야 한다. 그리고 그렇게 판단하는 것이 불법적 폭력을 휘두른 국가가 할 수 있는 최소한의 양심선언이다.

그런데 대법원은 이마저도 외면한다. 통상임금 사건에서 힘없는 노동자들에게는 그렇게도 엄격히 적용되던 신의칙이 정작 국가가 저지른 불법행위에 대해서는 물러 터진 솜방망이 격이 되어 아무런 의미도 갖지 못하고 있다. 국가는 국민의 신뢰와 신임을 바탕으로 존재한다. 그것이 민주적 법치의 핵심이다. 개인의 거짓말은 참을 수 있지만 국가의 거짓말은 용인될 수 없는 것이 법치국가의 기본틀이라는 것이다. 그래서 신의칙은 개인보다는 국가에 더 강하게 적용되어야 한다. 하지만, 이 판결은 이런 법치국가적 정의의 요청을 정반대로 치받는다. 국가가 한 개인에 대해 행한 무지막지한 폭력을 반성하고 차단하기는커녕, 그것에 대해 항의하는 피해자의 목소리조차도 막아버리는 이 파렴치함이 대법원에게는 “신의성실”이라는 미사여구로 이해되고 있는 것이다.

실제 그동안 양승태 대법원장이 ‘지휘’하는 대법원은 수많은 퇴행적 판결들을 내어 놓았다. 약자일 수록 엄격해지는 법논리로 통상임금법리의 본질을 왜곡해 버린 판결이나 왜 KTX 여승무원들의 근무행태가 불법과견에 해당되지 않는지조차 불분명하게 내려진 판결 혹은 중소기업의 피와 땀을 빨아먹은 KIKO사건 판결, 거의 법창조의 수준에 이른 이석기 전의원등에 대한 내란선동죄 유죄판결 등 그동안 어렵사리 이루어놓은 민주화의 성과들을 일거에 무너뜨려버리는 판결들이 적지 않았다. 대법원의 판결이 정치적 보수화의 단계를 넘어서서 민주화에 대한 반동의 수준에까지 이르고 있는 것이다.

여기에 이 국가배상사건 판결은 그 정점을 달린다. 대법원이 계급사법의 선두를 이끌면서 자본과 권력의 이익에 봉사해 왔던 그동안의 법왜곡이 이제는 과거사의 문제에까지 확장되어 역사 그 자체를 그 과거사가 현재적 폭력으로 전횡하던 시절로 되돌려 놓으려 하기 때문이다.³²⁾ 5·16이 쿠데타인지 혁명인지의 질문이 국회 인사청문회의 단골 메뉴가 되어 버린 이 시점에서, 대법원은 자신이 이미 위헌무효라고 판단하였던 긴급조치의 불법성을 새삼 부정해 버림으로써 또 다른 친위쿠데타의 결과인 유신체제를 다시금 정당화하고 나선 것이다. 마치 재물에 눈먼 중세의 교회가 남발

의과실이 존재하는가의 문제는 별도의 검토사항이다. 그러나 이 또한 적극적으로 판단될 수 있음은 이미 역사적으로 입증된 사실이기도 하다.

32) 사실 이 점에서 이 사건 판결은 긴급조치의 위헌·무효를 선언했던 전원합의체 판결을 실질적으로 폐기하는 결과를 야기하는 성격의 것이다. 따라서 소부의 합의로써만 이루어져서는 안 되는 것이기도 하였다. 문제는 이런 식의 편법적 우회로가 선례로 고착될 경우 현재 대법원장이 야심차게 진행하고 있는 상고법원의 제도적 한계로까지 이어질 수 있다. 즉, 상고법원이 대법원의 선례를 표면적으로만 따르면서 실질에 있어서는 이 사건 판결처럼 우회하는 판결을 내릴 경우 이를 시정할 수 있는 장치는 전혀 없어진다. 그리고 바로 이 점에서 상고법원제도의 맹점이 드러난다.

하던 면죄부처럼, 반문명의 시절로 되돌아간 대법원은 권력에 눈멀어 적나라한 국가폭력에 면죄부를 던져주고 있다. 사법부에 대한 미진한 과거사 청산의 과오가 이제 양승태 대법원의 과거회귀라는 또 다른 과거사를 만들어내고 있는 셈이다. 그리고 그 와중에 우리의 민주주의는 시나브로 스러져가고 있다.

[발제2]

기금조치와 국가배상책임 근거

- 대법원 2015.3.26. 선고 2012다48824 판결을 중심으로

문병호 (강원대학교 법학전문대학원 교수)

긴급조치와 국가배상책임
- 대법원 2015.3.26. 선고 2012다48824 판결을 중심으로

문병효
강원대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

분노의 시대, 불법과 부정의, 부도덕의 시대, 탄압과 독재의 시대, 우리는 무엇을 할 것인가? 숨죽이고 독재의 지시에 따를 것인가? 부정의와 부도덕에 굴복할 것인가? 법률가들은 무엇을 하였는가? 이는 과거의 제기되었던 문제가 아니라 법과 인권, 정의에 대하여 여전히 고민해야 하는 현재의 문제들이다.

국가폭력은 과거에 저질러진 문제이고 현재에도 어디선가 저질러지고 있는 문제이다.

대표적인 사법살인인 ‘인혁당 사건’의 경우 과거사진상조사를 통하여 진실이 밝혀지고 피해자와 유족들은 재심을 청구하여 무죄를 선고받고 국가배상 또는 보상을 받은 사례에 해당한다.

최근 대법원은 긴급조치에 대하여 위헌무효선언을 하면서도 국가배상책임은 인정하지 않는 판결을 내리고 있다. 특히 대법원 2015.3.26. 선고 2012다48824 판결은 긴급조치가 고도의 정치적 행위로서 통치행위라는 것을 근거로 대통령의 법적 책임을 부인하였고 공무원의 불법행위의 경우 법을 준수하지 않은 경우에만 그 성립을 인정하면서도 소멸시효가 완성되었다는 이유로 배상책임을 부인하였다. 이 판결을 뒤집어 생각해 보면 법을 준수한 경우, 비록 긴급조치가 위헌무효로 선언되었다 할지라도 당시에 위헌무효선언되지 않은 긴급조치를 따른 경우 배상책임을 인정하지 않는 취지의 다른 판결들과 동일하다고 볼 수 있다. 이는 법을 준수한 공무원, 당시 법에 따라 재판한 법관 등에 대하여 면책을 선언하고 있는 것이나 다름없다. 결국 피해자들은 국가의 불법행위에 대하여 피해를 입고 위와 같은 이유로 국가배상마저 받지 못하게 된 것이다. 국가불법 또는 국가폭력에 의해 희생된 자들은 요건을 갖춘 경우에만 단지 피해자보상청구에 머물러야 한다.

이하에서는 대법원 2015.3.26. 선고 2012다48824 판결을 중심으로 긴급조치와 통치행위, 국가배상책임 등을 둘러싼 대법원의 논리를 비판적으로 고찰해 본다.

II. 대법원의 긴급조치 및 국가배상책임에 관한 판결

- 대법원 2015.3.26. 선고 2012다48824 판결 -

1. 사실관계

이 사건은, 원고가 서울대학교에 재학 중이던 1978. 6.경 중앙정보부 소속 공무원에게 긴급조치위반 혐의로 체포되어 약 20여 일간 불법구금 되었음을 이유로 국가를 상대로 손해배상을 청구한 사안임

2. 판결의 요지

(1) 대법원(제3부, 주심 대법관 권순일)은 2015년 3월 26일 “국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치(이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다)는 그 발령의 근거가 된 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘유신헌법’이라 한다) 제53조가 규정하고 있는 요건 자체를 결여하였을 뿐만 아니라, 민주주의의 본질적 요소이자 유신헌법과 현행 헌법이 규정한 표현의 자유, 영장주의와 신체의 자유, 주거의 자유, 청원권, 학문의 자유를 심각하게 제한함으로써 국민의 기본권을 침해한 것이므로 위헌·무효이다(대법원 2013. 4. 18.자 2011초기689 전원합의체 결정 참조). 그러나 긴급조치 제9호가 사후적으로 법원에서 위헌·무효로 선언되었다고 하더라도, 유신헌법에 근거한 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 대통령은 국가긴급권의 행사에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 대통령의 이러한 권력행사가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”라는 내용의 판결을 선고하였다(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결).

(2) 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 대통령의 긴급조치 제9호 발령행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 국가배상법 제2조 제1항이 규정하고 있는 국가배상책임의 성립요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(3) 대통령의 긴급조치 제9호 발령행위가 그 자체로서 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하지는 아니한다. 그리고 중앙정보부 소속 공무원이 수사권이 없음에도 불구하고 원고가 대통령의 긴급조치를 위반하였다는 혐의로 체포·구금한 행위는 불법행위에 해당하는 것이나, 원고가 긴급조치위반으로 유죄의 확정판결을 받은 것이 아니어서 재심절차를 통하여서만 손해배상을 받을 수 있는 경우에 해당하지 아니한 점, 원고의 체포·구금상태가 종료된 후 이 사건 소제기시까지 30년 이상이 경과한 점 등에 비추어 보면, 원심이 들고 있는 사유만으로는 원고가 피고에 대하여 이 사건 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적 장애사유가 있었다고 보기 어렵다. 33)

III. 긴급조치와 통치행위, 국가폭력의 시대

1. 국가폭력의 시대, 국가의 추악한 과거

해방직후 대한민국은 정치적 반대자에 대한 테러, 6.25전쟁당시 국민방위군사건, 거창과 문경 등 양민학살행위, 조봉암사건, 인혁당사건 등 사법살인, 수많은 간첩조작사건 등 이루 헤아릴 수 없는 국가폭력의 시대를 거쳐 오늘에 이르고 있다.

대한민국역사에서 국가는 수시로 폭력의 주체로 국민 앞에 섰다. 그에 저항하는 국민들을 적법절차를 무시하고 체포, 구속, 압수, 수색하고 고문 등 가혹행위를 하였으며 조작된 증거로 형벌에 처하였다.

2. 긴급조치와 국가의 조직폭력행위, 불법국가의 전형

1961년 5.16군사쿠데타로 집권한 박정희 정권은 1972년 10월 유신으로 유신헌법을 만들고 장기집권의 시나리오를 완성해 나간다. 반민주적인 독재의 장기집권의도에 분노한 국민들은 저항하였고 국민들의 그러한 정당한 저항에 대하여 당시 대통령이던 박정희는 유신헌법 제53조에 규정되어 있던 긴급조치를 발동하여 저항을 무마하고자 시도한다. 긴급조치는 74년 1월부터 75년 5월 사이

33) 대법원 2012다48824호 손해배상(기) 보도자료, 대법원 공보관실.

에 1호부터 9호까지 집중적으로 발동되었고 긴급조치 제9호는 김재규에 의하여 박정희가 시행된 10.26사건으로 종말을 고하게 된다. 긴급조치에 의하여 헌법상의 국민의 자유와 권리는 잠정적으로 정지되었고 국가폭력행위가 정당화되었다.

이 사건에서 문제되었던 긴급조치 제9호는 국민들이 정당한 저항을 위해 행하는 집회시위나 방송, 출판행위뿐만 아니라 출판물을 소지, 배포, 전시하는 일체의 행위를 처벌하였고 그러한 행위를 하는 자의 해임 또는 제적 뿐만 아니라 직장 폐쇄, 휴교, 휴업, 정간, 폐간, 해산이나 허가 취소 등의 조치를 취할 수 있었고 긴급조치에 위반한 자에 대해서는 1년 이상의 징역에 처할 수 있었고 심지어 예비음모한 자에 대해서도 처벌하였고 긴급조치에 위반하는 자에 대해서는 영장없이도 체포, 구속, 압수, 수색할 수 있게 하는 등 폭력적 조치를 포함한 것이었다.³⁴⁾

이로써 실로 극악한 불법국가의 전형을 보여주었다.

독일의 법학자 *H.J.Papier*는 법치국가의 중요한 특징은 역설적으로 작용한다는 점이라고 지적한 바 있다. 즉, 법치국가는 국가가 불법적으로 행위할 가능성을 늘 염두에 두어야 하며 이러한 배경 하에서만 행정소송법이나 국가배상법과 같은 범영역들뿐만 아니라 헌법재판소와 같은 제도들도 이해될 수 있다. 법치국가적 사고에 기인하지 않는 국가의 행위를 처리해야 하는 경우에 법치국가는 특별한 도전에 직면하게 된다. 그러한 ‘불법국가(Unrechtsstaaten)’ 또는 최소한 ‘비법치국가(Nicht-Rechtsstaaten)’에서 공권력의 주체인 권력자는 어떠한 법질서나 헌법질서를 받아들이지 않는다. 법은 오히려 권력유지와 행사를 위한 순수한 도구로 전락하게 되며 법의 과제는 노골적으로 지배이데올로기의 관철에 한정된다고 하였다.³⁵⁾ 이것은 또한 유신독재하에서 긴급조치로 권력을 유지하고자 했던 불법국가의 실체이기도 하다.

3. 대법원과 헌법재판소의 긴급조치에 대한 위헌무효판결 및 결정

대법원과 헌법재판소는 유신치하에서 발동되었던 긴급조치에 대하여 30여년이 지나서야 위헌무효를 선언한다. 긴급조치에 대한 이러한 위헌무효선언은 뒤늦은 것이었지만 대법원이 기본원칙으로

34) 긴급조치 제9호 ① 다음 각 호의 행위를 금한다. 가. 유언비어를 날조, 유포하거나 사실을 왜곡하여 전파하는 행위 나. 집회·시위 또는 신문, 방송, 통신 등 공중전파 수단이나 문서, 도화, 음반 등 표현물에 의하여 대한민국 헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하거나 그 개정 또는 폐지를 주장·청원·선동 또는 선전하는 행위 다. 학교 당국의 지도, 감독 하에 행하는 수업, 연구 또는 학교장의 사전 허가를 받았거나 기타 예외적 비정치적 활동을 제외한 학생의 집회·시위 또는 정치 관여 행위 라. 이 조치를 공연히 비방하는 행위 ② 제1에 위반한 내용을 방송·보도 기타의 방법으로 공연히 전파하거나, 그 내용의 표현물을 제작·배포·판매·소지 또는 전시하는 행위를 금한다. ③ 재산을 도피시킬 목적으로 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입될 재산을 국외에 은닉 또는 처분하는 행위를 금한다. ④ 관계 서류의 허위 기재 기타 부정한 방법으로 해외 이주의 허가를 받거나 국외에 도피하는 행위를 금한다. ⑤ 주무부장은 이 조치 위반자·범행 당시의 그 소속 학교·단체나 사업체 또는 그 대표자나 장에 대하여 다음 각 호의 명령이나 조치를 할 수 있다. 가. 대표자나 장에 대한, 소속 임직원·교직원 또는 학생의 해임이나 제적의 명령 나. 대표자나 장·소속 임직원·교직원이나 학생의 해임 또는 제적의 조치 다. 방송·보도·제작·판매 또는 배포의 금지 조치 라. 휴업·휴교·정간·폐간·해산 또는 폐쇄의 조치 마. 승인·등록·인가·허가 또는 면허의 취소 조치 ⑥ 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언은 이 조치에 저촉되더라도 처벌되지 아니한다. 다만 그 발언을 방송·보도·기타의 방법으로 공연히 전파한 자는 그러하지 아니한다. ⑦ 이 조치 또는 이에 의한 주무부장의 조치에 위반한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. 이 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과한다. 미수에 그치거나 예비 또는 음모한 자도 또한 같다. ⑧ 이 조치 또는 이에 의한 주무부장의 조치에 위반한 자는 법관의 영장 없이 체포·구속·압수 또는 수색할 수 있다. ⑨ 이 조치 시행 후, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제2조(뇌물죄의 가중처벌)의 죄를 범한 공무원이나 정부관리·기업체의 간부직원 또는 동법 제5조(국고손실)의 죄를 범한 회계관계직원 등에 대하여는, 동법 각조에 정한 형에, 수뢰액 또는 국고손실액의 10배에 해당하는 벌금을 병과한다. ⑩ 이 조치 위반의 죄는 일반법원에서 심판한다. ⑪ 이 조치의 시행을 위하여 필요한 사항은 주무부장이 정한다. ⑫ 국방부 장관은 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사로부터 치안질서유지를 위한 병력출동의 요청을 받은 때에는 이에 응하여 지원할 수 있다. ⑬ 이 조치에 의한 주무부장의 명령이나 조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다. ⑭ 이 조치는 1975년 5월 13일 15시부터 시행한다.

35) Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, NJW 1999, 3289.

명확히 하고 있는 이른바 입헌적 법치주의국가에 비추어도 지극히 당연한 것이었다.

(1) 긴급조치 제1호에 대한 대법원 2010.12.16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 【대통령 긴급 조치위반·반공법위반】

입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하고, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이다. 다만 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있을 수 있다. 그러나 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 한다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 등 참조).

이러한 법리를 바탕으로 하여 볼 때, 평상시의 헌법질서에 따른 권력행사방법으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황이 발생한 경우 이를 수습함으로써 국가의 존립을 보장하기 위하여 행사되는 국가긴급권에 관한 대통령의 결단은 가급적 존중되어야 한다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같은 법치주의의 원칙상 통치행위라 하더라도 헌법과 법률에 근거하여야 하고 그에 위배되어서는 아니된다. 더욱이 유신헌법 제53조에 근거한 긴급조치 제1호는 국민의 기본권에 대한 제한과 관련된 조치로서 형벌법규와 국가형벌권의 행사에 관한 규정을 포함하고 있다. 그러므로 기본권 보장의 최후 보루인 법원으로서의 마땅히 긴급조치 제1호에 규정된 형벌법규에 대하여 사법심사권을 행사함으로써, 대통령의 긴급조치권 행사로 인하여 국민의 기본권이 침해되고 나아가 우리나라 헌법의 근본이념인 자유민주적 기본질서가 부정되는 사태가 발생하지 않도록 그 책무를 다하여야 할 것이다.

구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '유신헌법'이라 한다) 제 53조에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치(이하 '긴급조치'라 한다) 제1호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제1호에 의하여 침해된 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이다. 결국 이 사건 재판의 전제가 된 긴급조치 제1호 제1항, 제3항, 제5항을 포함하여 긴급조치 제1호는 헌법에 위배되어 무효이다. 이와 달리 유신헌법 제53조에 근거를 둔 긴급조치 제1호가 합헌이라는 취지로 판시한 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3492 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3498 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결과 그 밖에 이 판결의 견해와 다른 대법원판결들은 모두 폐기한다.

(2) 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호에 대한 헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바70·132·170(병합) 결정 - 구 헌법 제53조 등 위헌소원

앞의 2010년 12월에 긴급조치 제1호에 대한 위헌무효판결을 한 대법원 전원합의체 판결이 있고 난 후 2013년 3월 헌법재판소는 위 대법원 판결의 원심인 서울고법 2009재노19 판결 등의 사건에서³⁶⁾ 청구인이 긴급조치 등 위반행위로 인한 유죄 확정판결에 대하여 재심청구를 하고 소송계속 중 위헌심판제청신청이 각하되자 헌법소원을 제기한 사건(병합사건)에서 다음과 같은 이유로 긴급

36) 서울고등법원 2009재노19 대통령긴급조치위반,반공법위반(2010헌바70), 서울고등법원 2009재노54 대통령긴급조치 제9호위반(2010헌바132), 서울중앙지방법원 2010재고합30 대통령긴급조치9호위반(2010헌바170) 등의 병합사건임.

조치 제1호, 제2호, 제9호에 대하여 위헌결정을 한다.

(1) 헌법 제107조 제1항, 제2항은 법원의 재판에 적용되는 규범의 위헌 여부를 심사할 때, '법률'의 위헌 여부는 헌법재판소가, 법률의 하위 규범인 '명령·규칙 또는 처분' 등의 위헌 또는 위법 여부는 대법원이 그 심사권한을 갖는 것으로 권한을 분배하고 있다. 이 조항에 규정된 '법률'인지 여부는 그 제정 형식이나 명칭이 아니라 규범의 효력을 기준으로 판단하여야 하고, '법률'에는 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률은 물론이고 그 밖에 조약 등 '형식적 의미의 법률과 동일한 효력'을 갖는 규범들도 모두 포함된다. 따라서 최소한 법률과 동일한 효력을 가지는 이 사건 긴급조치들의 위헌 여부 심사권한도 헌법재판소에 전속한다.

(2) 가. 유신헌법 일부 조항과 긴급조치 등이 기본권을 지나치게 침해하고 자유민주적 기본질서를 훼손하였다는 반성에 따른 헌법 개정사, 국민의 기본권의 강화·확대라는 헌법의 역사성, 헌법재판소의 헌법해석은 헌법이 내포하고 있는 특정한 가치를 탐색·확인하고 이를 규범적으로 관철하는 작업인 점에 비추어, 헌법재판소가 행하는 구체적 규범통제의 심사기준은 원칙적으로 헌법재판을 할 당시에 규범적 효력을 가지는 현행헌법이다.

나. 국가긴급권의 행사라 하더라도 헌법재판소의 심판대상이 되고, 긴급조치에 대한 사법심사 배제조항을 둔 유신헌법 제53조 제4항은 입헌주의에 대한 중대한 예외일 뿐 아니라, 현행헌법이 반성적 견지에서 사법심사배제조항을 승계하지 아니하였으므로, 현행헌법에 따라 이 사건 긴급조치들의 위헌성을 다룰 수 있다.

(3) 당해 사건에서 무죄판결이 선고되거나 재심청구가 기각되어 원칙적으로는 재판의 전제성이 인정되지 아니할 것이나, 긴급조치의 위헌 여부를 심사할 권한은 본래 헌법재판소의 전속적 관할 사항인 점, 법률과 같은 효력이 있는 규범인 긴급조치의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명의 필요성이 있는 점, 당해 사건의 대법원판결은 대세적 효력이 없는 데 비하여 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 대세적 기속력을 가지고 유죄 확정판결에 대한 재심사유가 되는 점, 유신헌법 당시 긴급조치 위반으로 처벌을 받게 된 사람은 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 다룰 수조차 없는 규범적 장애가 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 예외적으로 헌법질서의 수호·유지 및 관련 당사자의 권리구제를 위하여 재판의 전제성을 인정함이 상당하다.

(4) 가. 헌법을 개정하거나 다른 내용의 헌법을 모색하는 것은 주권자인 국민이 보유하는 가장 기본적인 권리로, 가장 강력하게 보호되어야 할 권리 중의 권리에 해당하고, 집권세력의 정책과 도덕성, 혹은 정당성에 대하여 정치적인 반대의를 표시하는 것은 헌법이 보장하는 정치적 자유의 가장 핵심적인 부분이다. 정부에 대한 비판 일체를 원천적으로 배제하고 이를 처벌하는 긴급조치 제1호, 제2호는 대한민국 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 부합하지 아니하므로 기본권 제한에 있어서 준수하여야 할 목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정되지 않는다. 긴급조치 제1호, 제2호는 국민의 유신헌법 반대운동을 통제하고 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해하는 내용이어서 국가긴급권이 갖는 내재적 한계를 일탈한 것으로서, 이 점에서도 목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못하였다.

나. 긴급조치 제1호, 제2호는 국가긴급권의 발동이 필요한 상황과는 전혀 무관하게 헌법과 관련하여 자신의 견해를 단순하게 표명하는 모든 행위까지 처벌하고, 처벌의 대상이 되는 행위를 전혀 구체적으로 특정할 수 없으므로, 표현의 자유 제한의 한계를 일탈하여 국가형벌권을 자의적으로 행사하였고, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되며, 국민의 헌법개정권력의 행사와 관련한 참정권, 국민투표권, 영장주의 및 신체의 자유, 법관에 의한 재판을 받을 권리 등을 침해한다.

(5) 가. '북한의 남침 가능성의 증대'라는 추상적이고 주관적인 상황인식만으로는 긴급조치를 발령할 만한 국가적 위기상황이 존재한다고 보기 부족하고, 주권자이자 헌법개정권력자인 국민이 유신헌법의 문제점을 지적하고 그 개정을 주장하거나 청원하는 활동을 금지하고 처벌하는 긴급조치

제9호는 국민주권주의에 비추어 목적의 정당성을 인정할 수 없다. 다원화된 민주주의 사회에서는 표현의 자유를 보장하고 자유로운 토론을 통해 사회적 합의를 도출하는 것이야말로 국민총화를 공고히 하고 국론을 통일하는 진정한 수단이라는 점에서 긴급조치 제9호는 국민총화와 국론통일이라는 목적에 적합한 수단이라고 보기도 어렵다.

나. 긴급조치 제9호는 학생의 모든 집회·시위와 정치관여행위를 금지하고, 위반자에 대하여는 주무부장관이 학생의 제적을 명하고 소속 학교의 휴업, 휴교, 폐쇄조치를 할 수 있도록 규정하여, 학생의 집회·시위의 자유, 학문의 자유와 대학의 자율성 내지 대학자치의 원칙을 본질적으로 침해하고, 행위자의 소속 학교나 단체 등에 대한 불이익을 규정하여 헌법상의 자기책임의 원리에도 위반되며, 긴급조치 제1호, 제2호와 같은 이유로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되고, 헌법개정권력의 행사와 관련한 참정권, 표현의 자유, 집회·시위의 자유, 영장주의 및 신체의 자유, 학문의 자유 등을 침해한다.

(3) 긴급조치 제9호에 대한 대법원 2013.4.18. 결정 2011초기689 전원합의체 결정

대법원은 2013년 3월의 위 헌재결정이 내려졌음에도 불구하고 2013년 4월 18일 긴급조치 제9호에 대하여 별도의 위헌무효의 판결을 선고한다.³⁷⁾ 대법원은 “구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 ‘유신헌법’이라 한다) 제53조에 근거하여 발령된 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치’(이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다)는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제9호가 해제 내지 실효되기 이전부터 이는 유신헌법에 위배되어 위헌·무효이고, 나아가 긴급조치 제9호에 의하여 침해된 기본권들의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌·무효이다.”라고 판시하고 있다.

(1) 평상시의 헌법질서에 따른 권력행사 방법으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황이 발생한 경우 이를 수습함으로써 국가의 존립을 보장하기 위하여 행사되는 국가긴급권에 관한 대통령의 결단은 존중되어야 할 것이나, 이 같은 국가긴급권은 국가가 중대한 위기에 처하였을 때 그 위기의 직접적 원인을 제거하는 데 필수불가결한 최소의 한도 내에서 행사되어야 하는 것으로서, 국가긴급권을 규정한 헌법상의 발동 요건 및 한계에 부합하여야 하고, 이 점에서 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 ‘유신헌법’이라 한다) 제53조에 규정된 긴급조치권 역시 예외가 될 수는 없다. 유신헌법도 제53조 제1항, 제2항에서 긴급조치권 행사에 관하여 ‘천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요’가 있을 때 그 극복을 위한 것으로 한정하고 있다.

(2) 그러나 이에 근거하여 발령된 긴급조치 제9호의 내용은 ‘유언비어를 날조, 유포하거나 사실을 왜곡하여 전파하는 행위’, ‘집회·시위 또는 신문, 방송, 통신 등 공중전파수단이나 문서, 도화, 음반 등 표현물에 의하여 대한민국 헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하거나 그 개정 또는 폐지를 주장·청원·선동 또는 선전하는 행위’, ‘학교 당국의 지도, 감독하에 행하는 수업, 연구 또는 학교장의 사전 허가를 받았거나 기타 의례적 비정치적 활동을 제외한, 학생의 집회·시위 또는 정치관여행위’

37) 대법원 2013.4.18. 결정 2011초기689 전원합의체 결정 [형사보상] <긴급조치 형사보상청구 사건> [공2013상,978] 【판시사항】 [1] 폐지된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우, 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원이 취할 조치(=무죄의 선고)[2] 이른바 유신헌법 제53조에 근거하여 발령된 ‘대통령긴급조치 제9호’가 헌법에 위배되어 위헌·무효인지 여부(적극) [3] 피고인이 대통령긴급조치 제9호 위반으로 제1, 2심에서 유죄판결을 선고받고 상고하여 상고심에서 구속집행이 정지된 한편 대통령긴급조치 제9호가 해제됨에 따라 면소판결을 받아 확정된 다음 사망하였는데, 그 후 피고인의 처(처) 갑이 형사보상을 청구한 사안에서, 갑은 대통령긴급조치 제9호 위반으로 피고인이 구금을 당한 데 대한 보상을 청구할 수 있다고 한 사례

및 '이 조치를 공연히 비방하는 행위' 일체를 금하고(제1항 각 호), 이를 위반한 내용을 방송·보도 기타의 방법으로 공연히 전파하거나, 그 내용의 표현물을 제작·배포·판매·소지 또는 전시하는 행위를 금하며(제2항), 이 조치 등에 위반한 자는 1년 이상의 유기징역에 처하고, 이 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과하며, 미수에 그치거나 예비 또는 음모한 자도 또한 같고(제7항), 이 조치 또는 이에 의한 주무부장관의 조치에 위반한 자는 법관의 영장 없이 체포·구금·압수 또는 수색할 수 있으며(제8항), 주무부장관은 이 조치 위반자·범행 당시의 그 소속 학교, 단체나 사업체 또는 그 대표자나 장에 대하여 대표자나 장·소속 임직원·교직원이나 학생의 해임 또는 제적의 조치, 휴업·휴교·정간·폐간·해산 또는 폐쇄의 조치 등을 할 수 있다(제5항)는 것이다. 이는 유신헌법에 대한 논의 자체를 전면 금지하거나 이른바 유신헌법에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위한 것이 분명하여 긴급조치권의 목적상의 한계를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 긴급조치 제9호가 발령될 당시의 국내외 정치상황 및 사회상황이 긴급조치권 발동의 대상이 되는 비상사태로서 국가의 중대한 위기상황 내지 국가적 안위에 직접 영향을 주는 중대한 위협을 받을 우려가 있는 상황에 해당한다고 할 수 없으므로, 그러한 국내외 정치상황 및 사회상황에서 발령된 긴급조치 제9호는 유신헌법 제53조가 규정하고 있는 요건 자체를 결여한 것이다.

(3) 또한 긴급조치 제9호의 내용은 민주주의의 본질적 요소인 표현의 자유 내지 신체의 자유와 헌법상 보장된 청원권을 심각하게 제한하는 것으로서, 국가로 하여금 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장하도록 한 유신헌법 제8조(현행 헌법 제10조)의 규정에도 불구하고 유신헌법 제18조(현행 헌법 제21조)가 규정한 표현의 자유를 제한하고, 영장주의를 전면 배제함으로써 법치국가원리를 부인하여 유신헌법 제10조(현행 헌법 제12조)가 규정하는 신체의 자유를 제한할 뿐 아니라 유신헌법 제14조(현행 헌법 제16조)가 규정한 주거의 자유를 제한하며, 명시적으로 유신헌법을 부정하거나 폐지를 청원하는 행위를 금지시킴으로써 유신헌법 제23조(현행 헌법 제26조)가 규정한 청원권 등을 제한한 것이다. 더욱이 긴급조치 제9호는 허가받지 않은 학생의 모든 집회·시위와 정치 관여행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여는 주무부장관이 학생의 제적을 명하고 소속 학교의 휴업, 휴교, 폐쇄조치를 할 수 있도록 하는 등 유신헌법 제19조(현행 헌법 제22조)가 규정하는 학문의 자유를 제한하는 한편, 현행 헌법 제31조 제4항이 규정하는 대학의 자율성도 제한한 것이다.

(4) 이와 같이 긴급조치 제9호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제9호가 해제 내지 실효되기 이전부터 이는 유신헌법에 위반되어 위헌·무효이고, 나아가 긴급조치 제9호에 의하여 침해된 기본권들의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌·무효라 할 것이다(위에서 본 대법원 2010도5986 전원합의체 판결 참조).

이와 달리 유신헌법 제53조에 근거를 둔 긴급조치 제9호가 합헌이라는 취지로 판시한 대법원 1977. 5. 13.자 77도19 전원합의체 결정, 대법원 1978. 5. 23. 선고 78도813 판결, 대법원 1978. 9. 26. 선고 78도2071 판결, 대법원 1979. 10. 30. 선고 79도2142 판결과 긴급조치 제9호의 해제가 법령개폐에 해당한다는 이유로 면소판결을 선고한 대법원 1979. 12. 28. 선고 79도2391 판결 및 그 밖에 이 사건 결정의 견해와 다른 대법원판결들은 모두 폐기한다.

(4) 긴급조치 제4호에 대한 대법원 2013.5.16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결 [대통령 긴급조치위반·반공법위반] <대통령 긴급조치 제4호 위반 사건>

대법원은 2013년 5월에도 전원합의체판결로 긴급조치 제4호에 대해서 위헌무효의 판결을 선고한다.

(1) 평상시의 헌법질서에 따른 권력행사 방법으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황이 발생한 경

우 이를 수습함으로써 국가의 존립을 보장하기 위하여 행사되는 국가긴급권에 관한 대통령의 결단은 존중되어야 하나, 이 같은 국가긴급권은 국가가 중대한 위기에 처하였을 때 그 위기의 직접적 원인을 제거하는 데 필수불가결한 최소의 한도 내에서 행사되어야 하는 것으로서 국가긴급권을 규정한 헌법상의 발동 요건 및 한계에 부합하여야 하고, 이 점에서 유신헌법 제53조에 규정된 긴급조치권 역시 예외가 될 수는 없다. 유신헌법도 제53조 제1항, 제2항에서 긴급조치권 행사에 관하여 '천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요'가 있을 때 그 극복을 위한 것으로 한정하고 있다.

(2) 긴급조치 제4호는 이른바 유신체제의 정권에 반대하는 전국민주청년학생총연맹과 이에 관련되는 제 단체를 조직하거나 이에 가입하는 행위, 그 단체나 구성원의 활동에 동조하거나 구성원과 회합, 통신 기타 방법으로 연락하는 행위, 그 구성원의 활동을 위한 장소, 물건, 금품 기타 편의를 제공하는 행위 및 기타 방법으로 그 단체나 구성원의 활동에 직간접으로 관여하는 일체의 행위, 그리고 학교관계자 감독하의 정상적 수업·연구활동을 제외한 학교 내외의 집회·시위 기타 일체의 개별적·집단적 행위 등을 금지하고, 이와 같이 금지된 행위를 권유, 선동, 선전하거나 방송, 보도, 출판 기타 방법으로 이를 타인에게 알리는 일체의 행위를 금지하며(제1, 3, 5, 6항), 이 조치를 위반하거나 비방한 자는 법관의 영장 없이 체포, 구속, 압수, 수색하고 비상군법회의에서 심판하여 사형, 무기 또는 5년 이상의 유기징역에 처하며, 이 경우 15년 이하의 자격정지를 병과할 수 있고(제8, 9항), 문교부장관은 긴급조치 위반학생에 대한 퇴학·정학처분이나 학생의 조직·결사 기타 학생단체의 해산은 물론, 이 조치 위반자가 소속된 학교의 폐교처분을 할 수 있으며(제7항), 군지역 사령관은 서울특별시, 부산시 또는 도지사로부터 치안질서 유지를 위한 병력출동의 요청을 받은 때에는 이에 응하여 지원하여야 하도록(제11항) 규정하고 있다.

이러한 긴급조치 제4호는 오로지 유신체제를 유지하고 그에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위한 것임이 분명하여 긴급조치권의 목적상의 한계를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 위 긴급조치가 발령될 당시의 국내외 정치 및 사회 상황이 긴급조치권 발동의 대상이 되는 비상사태로서 국가의 중대한 위기상황이라거나 국가적 안위에 직접 영향을 주는 중대한 위협을 받을 우려가 있는 상황에 해당한다고 할 수 없으므로, 그러한 상황에서 발령된 위 긴급조치는 유신헌법 제53조가 규정하고 있는 발동 요건을 결여한 것이다.

(3) 또한 국가가 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장하도록 한 유신헌법 제8조나 현행 헌법 제10조의 규정에도 불구하고, 긴급조치 제4호의 내용은 위에서 본 바와 같이 유신헌법 제18조(현행 헌법 제21조)가 규정한 언론·출판과 집회·결사의 자유를 침해하고, 영장 없는 체포 등을 허용하고 민간인을 비상군법회의에서 심판하도록 함으로써 유신헌법 제10조와 제24조(현행 헌법 제12조와 제27조)가 규정한 영장주의 원칙에 위배됨은 물론 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하며, 학교관계자 감독하의 수업·연구활동을 제외한 일체의 행위 등을 금지하고 문교부장관이 긴급조치에 위반한 학생 및 그 소속 학교에 대한 퇴학·폐교 등 조치를 하게 하는 등으로 유신헌법 제19조(현행 헌법 제22조)가 규정한 학문의 자유를 침해할 뿐만 아니라 현행 헌법 제31조 제4항이 규정하는 대학의 자율성도 침해한 것이다.

(4) 이처럼 긴급조치 제4호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 민주주의의 본질적 요소인 표현의 자유를 침해하고, 영장주의에 위배되며, 법관에 의한 재판받을 권리와 학문의 자유 및 대학의 자율성 등 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 것이므로, 그것이 폐지되기 이전부터 유신헌법은 물론 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌·무효라 할 것이다.

이와 달리 유신헌법 제53조에 근거를 둔 긴급조치 제4호가 합헌이라는 취지로 판시한 대법원 1975. 2. 25. 선고 74도3509 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3490 판결, 대법원 1975. 5. 27. 선고

74도3324 판결, 대법원 1975. 7. 8. 선고 74도3499 판결, 대법원 1975. 8. 19. 선고 74도3494 판결과 그 밖에 이 판결의 견해와 다른 대법원판결들은 모두 폐기한다.

IV. 긴급조치와 통치행위의 논리

1. 긴급조치와 통치행위 논리

유신시대 행해진 대통령 긴급조치는 고도의 정치성을 지니는 행위로서 통치행위라는 이유로 오랫동안 일체의 사법심사의 대상이 되지 않았다.

대법원은 2015.3.26. 선고 2012다48824 판결에서 조차 긴급조치 제9호가 사후적으로 법원에서 위헌·무효로 선언되었다고 하더라도, 유신헌법에 근거한 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 통치행위성을 긍정하고 있다.

10.26 직후 대법원은 계엄선포행위에 대해서도 같은 이유로 통치행위성을 긍정하면서 사법심사를 배제하고 있다. 즉, “대통령의 계엄선포행위는 고도의 정치적, 군사적 성격을 띠는 행위라고 할 것이어서, 그 선포의 당, 부당을 판단할 권한은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다 할 것이고 그 선포가 당연무효의 경우라면 모르되, 사법기관인 법원이 계엄선포의 요건 구비여부나, 선포의 당, 부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절한 바가 못 된다.”고 판단하여 계엄선포 요건의 구비여부조차 사법권의 본질적 한계를 벗어난 것이라 하여 사법권을 포기하였다.³⁸⁾

이후에도 대통령의 계엄선포가 사법심사의 대상이 될 수 있는지 여부에 관하여 대법원은 “계엄선포가 당연무효가 아닌 한, 사법기관인 법원이 계엄선포의 요건구비나 선포의 당, 부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하다”고 판시하였다.³⁹⁾

긴급조치에 대한 사법심사는 앞서 보았듯이 2010년에야 **대법원 2010.12.16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결**에서 비로소 시도되었다.

“입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하고, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이다. 다만 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있을 수 있다. 그러나 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 한다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 등 참조).

이러한 법리를 바탕으로 하여 볼 때, 평상시의 헌법질서에 따른 권력행사방법으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황이 발생한 경우 이를 수습함으로써 국가의 존립을 보장하기 위하여 행사되는 국가긴급권에 관한 대통령의 결단은 가급적 존중되어야 한다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같은 법치주의의 원칙상 통치행위라 하더라도 헌법과 법률에 근거하여야 하고 그에 위배되어서는 아니된다. 더욱이 유신헌법 제53조에 근거한 긴급조치 제1호는 국민의 기본권에 대한 제한과 관련된 조치로서 형벌법규와 국가형벌권의 행사에 관한 규정을 포함하고 있다. 그러므로 기본권 보장의 최후 보루인 법원으로서 마땅히 긴급조치 제1호에 규정된 형벌법규에 대하여 사법심사권을 행사

38) 대법원 1979.12.7. 자 79초70 재정 【재판권쟁의에관한재정신청】.

39) 대법원 1980.08.26. 선고 80도1278 판결[계엄포고위반·계엄포고위반교사·계엄포고위반방조]; 대법원 1981.04.28. 선고 81도874 판결[계엄법위반].

함으로써, 대통령의 긴급조치권 행사로 인하여 국민의 기본권이 침해되고 나아가 우리나라 헌법의 근본이념인 자유민주적 기본질서가 부정되는 사태가 발생하지 않도록 그 책무를 다하여야 할 것이다.”

2. 통치행위에 관한 사법심사에 대한 태도변화

위와 같이 통치행위에 관한 사법심사에 대한 대법원의 태도가 바뀌게 된 계기가 된 것은 1996년 김영삼 대통령의 금융실명제에 관한 긴급재정경제명령 등에 대한 헌법재판소의 위헌확인 사건에 서였다. 이후 대북송금사건에 관한 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결에서 대법원은 비록 제한적이기는 하지만 통치행위에 대해서도 사법심사를 긍정하게 된다.

(1) 헌재 1996.02.29, 93헌마186 금융실명제에 관한 긴급재정경제명령 등 위헌확인

대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.

(2) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 - 대북송금사건

입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하고, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이다. 다만 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있을 수 있다. 그러나 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자체가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 한다.

3. 긴급조치와 통치행위

고도의 정치적 결단에 의하여 행하여지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 뿐만 아니라 국민의 권리를 침해하고 손해를 야기한 경우에는 법원의 심판대상이 됨은 당연하다.

생각건대, 굳이 통치행위란 개념을 인정할 필요는 없다. 통치행위란 개념을 인정하여 그에 해당하는 것은 법률적합성의 원칙을 적용하지 않을 뿐만 아니라 사법심사의 대상에서도 제외시키는 것은 법제사적으로 볼 때 그다지 순수한 의도가 있는 것으로 보이지 않을 뿐만 아니라 현대 법치국가원리와의 어울리지 않는다. 국가기관의 모든 행위는 헌법과 법률에 반하지 않아야 한다. 법원은 그러한 행위가 헌법과 법률의 범위 내에서 행한 행위인지 여부를 판단하면 된다.⁴⁰⁾ 다만, 정치적인 행위나 정책에 대해서는 헌법과 법률의 테두리 내에서 형성의 여지가 주어져 있기 때문에 사법부가 판단하기에 쉽지 않은 문제일 뿐이다. 무엇보다도 국가기관의 고도의 정치적인 행위가 헌법과 법률의 한계를 준수하였는지 여부는 사법부가 판단하여야 하며 특히 국민의 기본권을 제한하는 국가기관의 행위는 사법심사를 통한 통제의 대상에서 벗어나서는 안 된다.

40) 같은 취지로는 김성수, 일반행정법, 홍문사, 2010, 53쪽.

V. 위헌무효선언된 긴급조치와 국가배상책임

1. 대법원의 논리

대법원은 이 사건 2012다48824 판결에서 긴급조치 자체로 곧바로 국가배상책임이 발생하지 않는다는 취지의 판결을 내렸다.

대통령은 통치행위로서 정치적 책임만을 질 뿐 법적 책임은 지지 않는다는 논리로, 공무원의 경우 법을 준수하였기 때문에 고의·과실을 인정할 수 없다는 이유로 모두 국가배상책임의 성립을 인정하지 않는다.

국가배상책임을 인정하지 않으려는 또 다른 시도로서 소멸시효 완성의 항변이 있으나 이는 국가의 권리남용이라는 이유로 일찌감치 봉쇄된 바 있다. 그러나 대법원은 이 사건에서 유죄의 확정판결을 받은 사안이 아니며 재심절차를 통하여서만 손해배상을 받을 수 있는 경우가 아니고 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적 장애사유가 없었다는 이유로 소멸시효가 완성된 것으로 판단하여 국가배상책임을 부인하고 만다.

2. 통치행위로서 긴급조치, 정치적 책임과 법적 책임

대통령의 긴급조치 발령행위 자체가 국가배상법상의 불법행위에 해당하는지 여부에 관하여 하급심과 달리 대법원은 2012다48824호 판결에서 “대통령은 국가긴급권의 행사에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 대통령의 이러한 권력행사가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”고 판단하였다.

대법원의 견해에 따르면 고도의 정치성을 띤 행위의 경우에 정치적으로 논의를 거쳐 해결하여야 할 문제는 가급적 사법이 자제를 하고 ...

입헌적 법치주의 국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하고, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이다. 다만 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있을 수 있다. 그러나 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자체가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 한다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 등 참조).

헌법재판소도 이라크 파병결정과 관련하여 “그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.”⁴¹⁾

현재는 또한 금융실명제에 관한 긴급재정경제명령 사건에서 “통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것”이라고 결

41) 현재결 2004.4.29, 2003헌마814.

정한 바 있다.⁴²⁾

한편 고도의 정치성을 띤 행위라고 하여 그 책임을 정치적 책임에 한정해야 한다는 논리필연성은 존재하지 않는다.

합헌적인 긴급조치권발동만이 정치적으로 허용될 수 있는 것이지 위헌적인 긴급조치권 발동이 정치적으로 허용되는 것은 아니다. 더군다나 위 긴급조치권 발동은 명백히 헌법에 반하는 조치이었다는 점이 밝혀졌다. 대통령의 고의에 의한 긴급조치권발동이었다. 그럼에도 대통령이 정치적 책임만을 질 뿐 법적 책임은 지지 않는다는 해괴한 논리는 어디에서 나오는 것인가?

비록 통치행위의 개념을 인정한다고 할지라도 그러한 행위는 합헌적 법질서에 합치하여야 하고 그러한 경우에만, 즉 합헌적, 합법적인 한에서만 허용된다. 이 경우에는 정치적 행위는 정치적 책임으로 끝날 수 있을 것이다. 그러나 그러한 고도의 정치적 행위가 합헌적 법질서에 합치하지 않는 경우에 그는 불법을 저지르는 것이 되며, 이 경우에는 이미 정치적 책임을 지는 문제를 넘어서서 법적인 책임을 져야 하는 문제가 된다.

목적과 절차, 내용이 정당한 긴급조치만이 헌법상 허용된다. 위헌적인 긴급조치를 발동한 대통령의 행위는 그 자체로서 허용되지 않는 불법행위를 한 것이다.

대통령의 긴급조치권발동행위로 인한 불법행위는 국민 개개인에 대하여 광범위하게 영향을 미치게 된다.

3. 불법적 법률의 준수와 공무원의 국가배상책임

(1) 대법원의 논리

대법원은 2015년 3월 21일의 2012다48824호 판결에서 중앙정보부 소속 공무원이 수사권이 없음에도 불구하고 원고가 대통령의 긴급조치를 위반하였다는 혐의로 체포·구금한 행위는 불법행위에 해당하는 것으로 보았으나 다만 소멸시효완성을 이유로 국가배상을 인정하지 않았다. 여기서 불법행위를 인정한 것은 중정 소속 공무원이 법령에 권한이 없는 행위를 함으로써 법을 준수하지 않았기 때문이다.

대법원은 2014.10.27. 선고 2013다217962 판결에서도 행위당시의 법령을 준수하였는지 여부를 중요시하고 있는데, “당시 시행 중이던 긴급조치 제9호에 의하여 영장 없이 피의자를 체포·구금하여 수사를 진행하고 공소를 제기한 수사기관의 직무행위나 긴급조치 제9호를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 유신헌법 제53조 제4항이 “제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.”고 규정하고 있었고 긴급조치 제9호가 위헌·무효임이 선언되지 아니하였던 이상, 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다”고 판시하였다.

(2) 행위불법설의 태도

이와 같은 대법원의 논리는 공무원이 법을 준수하였다면 그는 고의·과실로 불법행위를 한 것이 아니라는 논리이나 이는 다분히 행위불법설의 태도를 취하는 것으로서 행위의 결과에 대한 불법행위책임을 전적으로 부인하는 것이다. 위헌무효선언이 있기 전 긴급조치는 유효한 것으로 행위불법설은 가해행위가 법규범에 합치하고 있는가 여부에 따라 위법성여부를 판단한다. 공무원의 행위가 객관적인 법규범에 따라 행하여졌다면 행정작용의 집행과정에서 비록 개인의 권리가 침해되더라도 위법하지 않게 된다. 판례도 이러한 태도를 취하고 있는 바,⁴³⁾ 이에 따르면 국가배

42) 헌재결 1996.02.29, 93헌마186.

43) “공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적

상의 범위가 너무 좁아진다.

반면에 결과불법설은 피해결과에 착안하여 공무원의 행위로 인하여 개인의 권리가 침해된 이상 그 결과를 정당화할 만한 다른 사유가 없는 한 국가배상책임이 인정된다. 이는 사법상 불법행위법에서의 위법성과 동일시한다. 사인 간에는 타인의 권리침해가 원칙적으로 허용되지 않는다는 점을 근거로 하고 있으나 이는 국가가 사인의 권리를 침해하는 경우에도 적용될 수 있을 것이다.

(3) 공무원의 고의·과실과 위법성 인식, 착오의 문제

또 하나의 문제는 대법원이 위 판결에서 행위불법설적인 태도를 취하고 있으나, 행위불법설은 행위의 위법성과 관련되는 문제인데도 이를 고의·과실의 문제와 혼동하고 있다는 점이다.

사후에 위헌무효선언된 긴급조치에 따라 법을 준수한 공무원에 대해서는 고의·과실을 인정할 수 없는 것인지와 이 사안이 고의·과실을 대법원 스스로 단정하여 부인할 수 있는 사안인지, 공무원에 대한 면책을 대법원이 할 수 있는지 여부에 대하여 고민해 보지 않을 수 없다. 대법원이 법을 준수한 공무원에 대하여 고의·과실을 부인하는 것은 법을 준수하는 공무원의 불법행위는 어떤 경우에도 인정될 수 없다는 규범을 새로이 창설하는 것이나 마찬가지이다. 왜냐하면 공무원의 고의·과실 유무는 법을 준수하는 것만으로 부인되는 문제가 아니고 법의 불법성을 인식하면서도 불법행위를 하는데 대한 입증은 하는 문제이기 때문이다. 특히 법관이나 검찰 등의 법률전문가는 법률 자체의 위헌성에 대한 인식가능성에 있어서 법의 문외한인 일반인과 다를 것이다.

법률전문가들이 긴급조치에 따르는 것에 대해서 미필적 고의를 인정할 수 있으며, 설사 고의가 인정되지 않는다 하더라도 과실은 인정할 수 있을 것이다. 최소한 미필적 고의의 인정가능성, 부주의에 의한 과실의 인정가능성 등. 나치의 아이히만 사례...

(4) 불법적 법률의 준수

국가기관이 제정한 법률들(Gesetze)이 상황에 따라서는 법(Recht)에 관한 통상의 이해와는 너무나도 떨어져 있어서 어떠한 신뢰할만한 정도도 수반되지 않는 경우를 예외상황에서는 생각할 수 있을 것이다. 그러한 극단적인 예외사례에서 라드부르흐의 “법률적 불법과 초실정적 법”의 공식이 관련되는데, 라드부르흐는 이를 3단계로 구분하고 있다. 정의의 원칙에 대한 위반도 법의 존재나 복종의무에 대하여 아무런 변화를 가져오지 않을 수 있다. 이에 대하여 참을 수 없을 정도로 정의에 반하고 따라서 유효하지 않는 규범들과 정의라고는 단 한번도 추구되지 않는 법이 아닌 규범들과는 구별되어야 한다고 한다. 라드부르흐는 이러한 정의에 따를 때, 정의의 핵심으로서 평등(Gleichheit)을 부인하는 나치의 법률은 법이 아니라고 한다.⁴⁴⁾ 그리하여 라드부르흐는 규범에 대한 신뢰보호는 그 규범이 정의라고는 도대체 추구하지 않는 곳에서는 전혀 존재하지 않는다고 한다. 그리하여 그는 정의를 추구하는 것을 신뢰의 원칙과 관련된 통상적인 용어사용의 한 요소로 간주한다. 극단적인 예외사례에서만 -규범제정자의 입장에서 이미- 어떤 규범이 정의를 추구하지 않는다고 말할 수 있다.⁴⁵⁾

이를 적용해보면 긴급조치는 규범제정자의 입장에서 이미 정의를 추구하지 않는 규범이므로 법이 아니라고 할 수 있다.

(5) 공무원의 법령심사권 여부

합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니다”(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000다26807,26814 판결).

44) Vgl. Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2004, § 2, Rn. 26 f.

45) Ebenda.

4. 국가의 자기책임 - 자기책임설

국가배상의 성질에 관한 이론은 역사적으로 왕은 불법을 행할 수 없다는 사상으로부터 공무원의 불법행위를 국가가 대신하여 책임을 진다는 대위책임설을 거쳐 국가 스스로 불법행위에 대하여 책임이 있다는 자기책임설로 변천하였다. 대위책임설에 의하면 공무원이 불법행위성립요건을 갖춘 경우에 국가가 대신하여 배상책임을 지는 구조이다. 공무원의 고의 또는 과실이 없는 한 국가는 대신하여 책임지지 않는 구조이다. 그러나 자기책임설은 기본적으로 국가가 스스로의 불법행위에 대하여 책임을 지는 구조이다. 그렇다면 자기책임설에 의하면 공무원의 고의, 과실이 없어도 국가 배상책임을 성립하는지 문제되나 학설에 따르면 반드시 그러한 것은 아닌 것으로 보인다.

자기책임설은 다시 기관행위설과 위협책임설로 나뉜다. 기관행위설은 공무원의 행위를 기관행위로 보아 국가의 자기책임을 인정하는데 여기서도 다시 공무원의 경과실의 경우에는 기관행위로 보고 공무원의 고의, 중과실의 경우에는 기관행위로 볼 수 없으나 직무행위로서의 외관을 가지고 있으므로 기관행위로 본다는 견해(절충설 또는 신자기책임설)가 나뉜다.⁴⁶⁾

위협책임설은 국가는 위법행위를 할 가능성이 있는 권한을 공무원에게 부여하였으므로 그 위법행위에 대하여 스스로 책임을 지는 것으로 일종의 위협책임으로서 자기책임이라고 한다.⁴⁷⁾

5. 소멸시효 완성의 항변과 법치국가

(1) 대법원의 객관적 장애사유 부인의 논리

대법원은 위 2012다48824 판결에서 중앙정보부 소속 공무원이 수사권이 없음에도 불구하고 원고가 대통령의 긴급조치를 위반하였다는 혐의로 체포·구금한 행위는 불법행위에 해당함을 인정하면서도, 원고가 긴급조치위반으로 유죄의 확정판결을 받은 것이 아니어서 재심절차를 통하여서만 손해배상을 받을 수 있는 경우에 해당하지 아니한 점, 원고의 체포·구금상태가 종료된 후 이 사건 소제기 시까지 30년 이상이 경과한 점 등에 비추어 보면, 원심이 들고 있는 사유만으로는 원고가 피고에 대하여 이 사건 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적 장애사유가 있었다고 보기 어렵다고 판시하였다.

위 사건에서 객관적 장애사유가 없었다고 보는 것에 대해서 대법원은 위와 같이 간단히 언급하고 있어 설득력있는 논거제시가 부족하다. 대법원은 불법으로 체포, 구금되어 유죄판결이 있었던 다른 유사사건에 대해서는 재심으로 무죄판결이 확정된 시점까지 청구권을 행사하지 못할 객관적 장애사유가 있었다고 보는 반면, 역시 불법으로 체포, 구금되었으나 풀려남으로써 유죄판결을 받지 않았던 사건에서는 재심여지가 없다는 이유로 손해배상의 소를 제기하기까지의 기간 동안 객관적 장애사유가 있다고 보지 않고 있다. 이는 납득하기 어렵다. 체포·구금당한 유사사건임에도 재심 유무에 따라 객관적 장애사유의 유무가 결정되는 것이나 다름없어 매우 불합리하다.⁴⁸⁾

46) 박균성, 행정법강의, 제12판, 박영사, 2015, 492면 이하 참조.

47) 홍정선, 행정법특강, 제13판, 박영사, 2014, 530면 이하 참조.

48) 다만, 재심을 거치는 사건에서도, 재심절차에서 무죄판결이 확정된 날로부터 '상당한 기간 내'에 손해배상청구의 소를 제기하도록 하되 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 이내에 손해배상청구의 소를 제기하거나 형사보상청구를 한 경우에는 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하여야 '상당한 기간 내'에 소를 제기한 것으로 보아 국가의 소멸시효항변을 신의칙에 반하는 권리남용으로 보고 있어 재심무죄판결 확정일로부터의 기간이 지나치게 짧다. 대법원 2014.10.27. 선고 2013다217962 판결[손해배상청구의소] 등. 이러한 대법원의 태도에 대해서는 6개월이란 기간설정의 근거가 미약하고 판결을 통해 새로운 입법을 한 것이라는 등의 비판이 제기되고 있다. 이에 대해 자세한 것은 김상훈, 과거사 국가배상사건에서 국가의 소멸시효 항변 제한법리-대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결 등 타당성 검토-, 민사법연구 제22집(2014.12), 57면 이하와 이재승, 집단살해에서 소멸시효와 신의칙, 민주법학 제53호(2013.11), 181면 이하 참조.

최소한 긴급조치를 위헌무효로 선언한 시점까지는 객관적 장애사유를 인정하여야 할 것으로 본다. 다만 이 사건은 긴급조치 제9호와 관련되므로 원심과 같이 긴급조치 제1호를 위헌무효로 선언한 2010년 12월 16일이 아니라 헌법재판소가 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호를 위헌으로 선언한 2013년 3월 21일⁴⁹⁾ 또는 대법원이 긴급조치 제9호를 위헌무효로 선언한 2013년 4월 18일⁵⁰⁾ 무렵까지는 이 사건 손해배상청구권을 행사하지 못할 객관적 장애사유가 있었다고 보아야 한다. 그렇다면 이 사건 소가 제기된 2011년 4월 22일에는 아직 청구권을 행사하지 못할 객관적 장애사유가 있었던 것으로 보아야 할 것이다.

*이 사건은 진상규명결정이 있었던 집단학살사건의 예에 속한 것도 아니고 긴급조치위반으로 유죄판결을 받은 사건도 아니어서 재심판결의 대상이 되는 사례도 아니다.

객관적 장애사유가 있었다고 볼 수 있는 기준이 되는 시점을 긴급조치를 위헌무효로 선언한 날로 보는 것이 타당하다.

(2) 재심으로 무죄판결이 확정된 경우와 재심사건이 아닌 경우

대법원은 국가기관이 수사과정에서 한 위법행위로 수집한 증거에 기초하여 공소가 제기되고 유죄의 확정판결까지 받았으나 재심절차에서 형사소송법 제325조 후단의 '피고사건이 범죄사실의 증명이 없는 때'에 해당하여 무죄판결이 확정된 경우에는 유죄판결에 의한 복역 등으로 인한 손해에 대하여 국가의 손해배상책임이 인정될 수 있다고 보면서, 이 경우 재심절차에서 무죄판결이 확정될 때까지는 채권자가 손해배상청구를 할 것을 기대할 수 없는 객관적 장애사유가 있었다고 볼 것이고, 채권자가 재심무죄판결 확정일부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하지는 아니하였더라도 그 기간 내에 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」에 따른 형사보상청구를 한 경우에는 형사보상결정 확정일부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하였다면 상당한 기간 내에 권리를 행사한 것으로 볼 수 있으므로, 채무자인 국가의 소멸시효 완성의 항변은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다고 한다. 51)

한편 대법원은 '울산보도연맹사건'과 관련하여 학살의 구체적 진상을 잘 알지 못했던 유족들이 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따라 설치된 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있었던 2007. 11. 27. 이후에야 국가를 상대로 손해배상을 청구하자 국가가 소멸시효 완성을 주장한 사안에서, 전시 중에 경찰이나 군인이 저지른 위법행위는 객관적으로 외부에서 거의 알기 어려워 유족들이 사법기관의 판단을 거치지 않고 손해배상청구권의 존부를 확정하여 국가 등을 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려운 점, 전쟁이나 내란 등에 의하여 조성된 위난의 시기에 개인에 대하여 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행한 또는 국가권력의 비호나 묵인하에 조직적으로 자행된 기본권 침해에 대한 구제는 통상의 법절차에 의해서는 사실상 달성하기 어려운 점 등에 비추어 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있었던 2007. 11. 27.까지는 객관적으로 유족들이 권리를 행사할 수 없었다고 보아야 하고, 여기에 본질적으로 국가는 그 성립 요소인 국민을 보호할 의무를 부담하고 어떠한 경우에도 적법한 절차 없이 국민의 생명을 박탈할 수는 없다는 점을 더하여 보면, 여태까지 생사 확인을 구하는 유족들에게 처형자 명부 등을 3급 비밀로 지정함으로써 진상을 은폐한 국가가 이제 와서 뒤늦게 유족들이 위 집단 학살의 전모를 어렵잡아 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효 완성을 주장하여 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 하였

49) 헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바70·132·170(병합) 결정.

50) 대법원 2013.4.18. 결정 2011초기689 전원합의체 결정.

51) 대법원 2014.10.27. 선고 2013다217962 판결; 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결; 대법원 2011.1.13. 선고 2010다53419 판결.

다.52)

대법원은 2013년 5월 16일의 전원합의체 판결에서 위와 같이 신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 그 이념으로 삼고 있는 소멸시효 제도에 대한 대단히 예외적인 제한에 그쳐야 할 것이므로, 위 권리행사의 '상당한 기간'은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 한다. 그러므로 개별 사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 그 기간은 아무리 길어도 민법 제 766조 제1항이 규정한 단기소멸시효기간인 3년을 넘을 수는 없다고 보아야 한다고 판시하였다.⁵³⁾

(3) 독일의 사례

이와 관련하여 독일에서의 나치범죄의 소추에 관한 사례를 참조할 필요가 있다. 당시 독일에서 살인죄의 형사소추에 대한 소멸시효는 20년이였다. 나치시대 지도자의 의지가 법률과 동일한 것으로 간주되었기 때문에 나치 범죄에 대한 소추는 1945년 5월 8일해야 비로소 가능했다. 따라서 1965년에 모든 나치범죄는 시효가 완성될 것을 우려하였고 이에 소멸시효 기산점을 1950년 1월 1일로 연기하였다. 1969년에 같은 문제가 다시 제기되자 20년의 소멸시효가 30년으로 연장되었다. 이후 1979년 마침내 살인죄에 대한 소멸시효가 폐지되었다.

독일 연방헌법재판소는 입법자의 이러한 행위를 헌법에 적합한 것으로 간주하였다. 독일 기본법 제103조 제2항⁵⁴⁾은 실제적인 형법에만 관련되며 소멸시효를 범죄행위자에게 불리하게 변경하는 것을 금지하는 것은 아니라는 이유였다. 이 규정은 시민이 어떤 범죄행위를 행하기 전에 형법적인 불법판단이 주어져 있어야 한다는 것만을 보장할 뿐 특정한 소추장애가 계속 존재할 것이라는 그의 신뢰를 보호하는 것이 아니라는 이유에서였다.⁵⁵⁾ (보완예정임)

(4) 세계인권선언 등 국제규약

세계인권선언 제8조와 자유권규약 제2조 3항에서는 소멸시효 및 효과적인 권리구제를 규정하고 있다. 피해자 권리장전의 초안에는 “국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 중대한 위반에 대하여 효과적인 권리구제가 존재하지 않는 기간에는 시효규정이 적용되지 않는다”고 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 권리구제가 없는 곳에서는 시효가 진행되지 않는다. 권리구제의 관행이 확립된 곳에서만 시효가 진행된다고 보아야 한다.

(5) 시효제도의 의미와 법치국가원리 및 국가권력에 의한 인권침해

시효제도와 관련하여, 국가권력에 의한 인권침해사태에서는 시효제도의 전통적 기능(사회질서유지, 입증곤란의 구제, 권리위에 잠자는 자에 대한 보호 배제)에만 초점을 맞추어서는 안 된다.⁵⁷⁾ 30여년간 국가가 인권침해의 피해자들을 위해 별다른 조치를 취하지 않다가 그 기간이 지난 후에는 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적 장애사유가 없음에도 청구권을 행사하지 않았다는 것을

52) 대법원 2011.6.30. 선고 2009다72599 판결[손해배상<울산보도연맹사건>]. 같은 취지: 대법원 2011.9.8. 선고 2009다66969 판결[손해배상(기)]<문경학살사건>.

53) 대법원 2013.5.16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결 <진도군 민간인 희생 국가배상청구 사건>.

54) 독일기본법 제103조 제2항 “어떤 행위가 행해지기 전에 그 처벌 가능성이 법률로 규정되어 있을 때에만 그 행위는 처벌될 수 있다.”

55) Dazu, vgl. Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, NJW 1999, 3291 f.

56) 이재승, 집단살해에서 소멸시효와 신의칙, 민주법학 제53호(2013.11), 210면 참조.

57) 서종희, 소멸시효완성의 효과와 부아소나드(Boissonade)의 시효론, 홍익법학 제15권 2호(2014), 171면 이하 참조.

이유로 한 국가의 소멸시효의 항변을 대법원이 받아들이는 것은 온당하지 못하다. 이는 국가가 저지른 폭력에 대하여 과거사를 근본적으로 해결할 수 있는 길을 오히려 대법원이 앞장서서 막은 것이나 다름없다. 해외사례나 세계인권선언의 규정들을 참조하여 법원이 과거사 문제를 근본적으로 해결할 수 있는 법리를 전개할 수 있었음에도 법원 스스로 피해자의 권리행사에 대한 장애사유가 되었다.⁵⁸⁾

무엇보다도 불법국가 내지 비법치국가가 저지른 국가폭력에 대하여 시효를 주장하는 것 자체가 법치국가가 스스로를 부정하고 불법국가에 동조하는 것이나 다름없다.

신의칙의 원칙은 법치국가에서 유래하고 법적안정성 역시 법치국가의 요소가 되는 상징적 원리이다. 국가와 국민간의 신뢰를 배반하고 법적 안정성 자체를 파괴하는 행위를 한 불법국가에서 저질러진 국가범죄에 대하여 법적안정성을 이유로 소멸시효를 주장하는 것 자체가 권리남용에 해당한다. 국가에게 폭력수단을 허용해준 것은 국민을 보호하라는 것이지 국민을 억압하고 정권을 보호하라는 것이 아니다. 긴급조치를 통해 정치권력을 유지하기 위한 명백한 시도에 대항한 국민들의 정당한 저항행위를 폭력적으로 억압하고 불법국가를 유지하려했던 국가가 이제 시효가 좋아졌다고 하여 법치국가의 법적 안정성을 거론하며 소멸시효를 주장하는 것이 허용될 수 있겠는가? 이는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다.

한편 사법상 당사자들 간의 청구권을 보호하기 위한 소멸시효제도를 인권침해의 경우에 그대로 적용할 수 없다. 민법상 재산권침해의 경우에 사적 당사자 상호간의 관계에서 청구권을 적당한 기간내에 행사하지 않은 채권자의 행위에서 연유하는 것으로 본다. 그러나 민법에서도 채권의 소멸시효와 물권의 소멸시효를 달리 규정하고 있듯이 사법상 재산권의 소멸시효도 이렇게 구분하는데 사적 당사자 간의 재산권과 국가의 인권침해로 인한 채권의 소멸시효를 동일하게 보는 것은 당연히 옳지 않다. 국가는 국민 개개인과 구체적인 법률관계를 맺기 이전부터 이미 국민의 기본권을 보호하여야 할 의무가 전제되어 있다.

독일민법 제199조 2항에서 생명 또는 신체, 건강, 자유의 침해로 인한 손해배상청구권은 30년의 소멸시효기간을 적용하고 있다.⁵⁹⁾ 이는 사인들간의 법률관계에 대해 적용되는 것이다. 하물며 국가에 의한 국민의 생명과 신체, 건강, 자유의 침해에 있어서는 이보다 더한 보호가 필요하지 않겠는가.

국가에 의한 인권침해사태의 경우에는 단지 시효제도를 통하여 채권자를 보호하는 것이 아니라 불법국가로부터 법치국가를 보호하는 것이다. 법치국가의 본질을 보호하는 것이다. 대법원이 2010도5986 전원합의체 판결에서 스스로 선언하고 있듯이, 입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하고, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이다. 법원은 소멸시효문제를 판단함에 있어서도 이를 기억해야 한다.

결국 소멸시효는 권리를 행사할 수 있을 때부터 진행한다고 할 수 있으나 권리를 행사할 수 있을 때라 함은 피해자가 권리구제를 받을 수 있는 상태에 있게 된 때라고 해야 한다. 사법부에 의한 권리구제가 가능성이 없을 때나 사법부에 의한 권리구제를 기대할 수 없을 때는 권리를 행사할 수 있는 때라고 할 수 없다. 따라서 '권리를 행사할 수 있을 때'를 판단함에 있어서는 권리구제장치가 효과적으로 작동하느냐 여부가 관건이 될 것이다('효과적으로 구제받을 권리').⁶⁰⁾ 우리의 경우 대법원의 긴급조치 위헌무효선언 당시까지는 긴급조치로 인한 인권침해에 대한 구제의 실례가 없었던 기간이라고 볼 수 있는 만큼 이 기간은 손해배상청구권을 행사할 수 없었던 객관적 장애사유

58) 이재승, 집단살해에서 소멸시효와 신의칙, 민주법학 제53호(2013.11), 203면 참조

59) 입건면, 소멸시효제도의 목적과 개정 독일민법상의 통상의 소멸시효, 비교사법 제9권 2호(통권 17호), 50면 참조.

60) 자세한 것은 이재승, 집단살해에서 소멸시효와 신의칙, 민주법학 제53호(2013.11), 195면 이하 참조.

가 명백히 존재한 기간이라고 보아야 한다.

한편 집단학살과 같은 국가범죄에 대해서는 소멸시효가 배제되거나 앞의 논리에 따라 최소한 권리구제를 받을 수 있는 상태에 있게 된 때부터 시효가 진행되어야 하며 지나치게 단기간이어서는 안 된다.

6. 손해배상에 관한 입법의 필요성

위에서 논란이 되었던 관련된 논점들에 대하여 모두 사법부에서 다투게 하는 것은 희생자와 유가족에게 이중의 고통을 지우는 것이며 소모적이다. 그러므로 국회에서 과거사와 관련된 사례들을 유형별로 분류하여 손해배상을 하도록 하는 법률을 제정하는 것이 불필요한 논란을 줄이는 근원적이고 신속한 해결책이라고 본다.

그러한 입법과 관련해서는 2006. 4. 25. 첫 조사를 개시하여 2010. 6. 30.까지 과거사정리법에 의한 과거사 진실규명 활동을 했던 과거사위원회가 과거사 관련 희생자를 위한 특별법 제정 및 이를 뒷받침할 과거사재단의 설립 등 후속 조치를 권고하는 등 시도가 있었으나 제대로 행해지지 않았다.

그러한 입법이 구체화되지 않는 동안 국가는 국가의 인권침해로 인한 피해자들에게 권리구제를 받을 수 있다는 점을 소상히 알리고 그들에게 소송비용까지도 마련해서 소송할 수 있게 도와주어야 한다.⁶¹⁾ 이것이 가해자로서 국가가 피해자 및 유족에게 진정한 용서를 비는 것 아니겠는가? 가해자가 진실로 죄를 고백하고 참회하면서 용서를 구할 때에 피해자는 비로소 관용을 베풀 수 있을 것이다.

VI. 결론 - 반성없는 사법부, 청산되지 않는 역사

위에서 유신독재시대 박정희의 긴급조치와 대법원과 헌법재판소의 긴급조치 위헌무효선언, 통치행위의 문제, 국가배상책임의 성립여부에 관하여 살펴보았다. 이에 대한 고찰은 대법원의 논리에 대한 비판적인 작업의 일환이다. 그러나 사회적 관계나 사회적 갈등을 법으로 규율하는 것이 현실적인 삶의 복잡성에 비추어 지나치게 추상적이라는 비판에서 보이듯이 법이 갈등의 근원적인 뿌리까지 해결해주지 못한다.⁶²⁾

과거 독재정권에 의해 저질러진 국가폭력이 재심판결과 국가배상청구사건을 중심으로 논의되면서 과거청산의 동력이 총체적 시각을 상실해가고 있다는 지적은⁶³⁾ 아픈 현실이다.

생각건대, 배반의 역사를 청산하는 것이 우리에게 닥친 총체적인 문제를 극복하는 출발점인 것으로 보인다.

과거 독재치하에서 행해졌던 국가불법행위에 대한 과거사 청산이 행해져야 할뿐만 아니라 수사권을 남용하고 인권을 유린하였으며 재판을 통하여 독재정권에 동조, 묵인하고 정권의 유지에 기여한 검찰과 법관들에 대한 과거 청산을 하는 것도 우리 시대의 과제이다. 그러나 유감스럽게도 현실은 우리를 배반하고 있다. 여기서 다룬 긴급조치위반사건과 관련하여 긴급조치에 대하여 위헌무효선언을 하면서도 하급심에서의 반성과는 별도로 대법원은 전혀 과거 독재시대와 이후의 불법 부당한 판결에 대한 반성이 없다. 오히려 박종철 군 고문치사사건을 은폐하는데 기여했던 박상옥이 대법관이 되고 공안몰이를 하고 통진당해산을 주도한 황교안이 법무부장관에 이어 국무총리가

61) 이재승, 앞의 논문, 214면 참조.

62) Vgl. Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2004, § 1, Rn. 26.

63) 이재승, 법적인 맥락에서 인혁당재건위 사건의 평가, 4.9재단 백서 1권 - 원심재판과 과거사관련기관 보고서 편, 30면 참조.

지 되었다. ...(중략)...

사법부의 과거청산이 요청된다. 이는 단지 법관을 처벌하는 것을 목적으로 하기보다는 스스로 저지른 불법부당한 재판에 대한 고백을 통해서 시작하여야 한다. 남아공의 이른바 '진실화해위원회(?)'와 같이 불법을 고백하는 과정을 통하여 사법부는 다시 태어나야 한다. 물론 이를 위해서는 역사적 계기가 필요할 것이다.

이에 대해서 사법부의 독립성을 훼손한다는 문제를 제기할 수 있으나, 문제의 선후를 따져볼 때, 사법부의 독립성을 훼손한 것은 정치적 이유로 또는 개인적인 일신의 영달을 이유로, 단지 독재에 의해 가해질 위협이나 인사상 불이익에 대한 두려움을 이유로 정치적 재판을 하는데 앞장선 판사들이다. 이는 인권과 정의를 바로 세우지 못한 검찰 역시 마찬가지이다.

호소하건대, 법과 양심에 따라 정의와 인권을 옹호할 용기가 없으면 차라리 법관이 되지 말라. 그들이 내린 판결로 얼마나 수많은 무고한 자들이 고통을 받았는가. 양심을 판 법관들이여, 정의와 인권을 조롱한 법관들이여 지옥에 떨어질지어다.

<참고문헌>

김상훈, 과거사 국가배상사건에서 국가의 소멸시효 항변 제한범리-대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결 등 타당성 검토-, 민사법연구 제22집(2014.12), 23-68면.

박균성, 행정법강의, 제12판, 박영사, 2015.

서종희, 소멸시효완성의 효과와 부아소나드(Boissonade)의 시효론, 홍익법학 제15권 2호(2014), 171-192면.

이재승, 법적인 맥락에서 인혁당재건위 사건의 평가, 4.9재단 백서 1권 - 원심재판과 과거사관련기관 보고서 편, 28-59면.

이재승, 집단살해에서 소멸시효와 신의칙, 민주법학 제53호(2013.11), 181-220면.

임건면, 소멸시효제도의 목적과 개정 독일민법상의 통상의 소멸시효, 비교사법 제9권 2호(통권 17호), 39-69면.

홍정선, 행정법특강, 제13판, 박영사, 2014.

Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, NJW 1999, 3291 ff.

Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2004.

이하 중략.

[발제3]

유신의 저항자들을 어떻게 옹호해야하는가

이재승 (건국대학교 법학전문대학원 교수)

유신의 저항자들을 어떻게 옹호해야 하는가?⁶⁴⁾

이재승

건국대학교 법학전문대학원 교수

이 글은 2015년 4월에 4.9통일평화재단이 발간한 <인혁당재건위 사건 재심백서 1권>에 실린 “법적인 맥락에서 인혁당재건위 사건의 평가”를 가필한 것이다. 논문의 전반부는 인혁당사건의 경위와 재심을 통한 구제과정까지 다루고 있어서 인혁당사건에 국한된 것이고, 후반부는 최근 긴급조치 관련사건 판결들의 법적 파탄을 비판하고, 그 법리적 배경을 해명하고, 과거청산의 도구로서 사법적 판단의 불완전성을 지적하는데 할애하였다. 현재 상황에서 긴급조치문제와 관련하여 사법부의 전향적인 자세를 촉구하는 것이 실로 무망한 일이라고 본다. 재심에 의지한 과거청산 활동도 중국에 이르렀다. 노무현 정부의 과거사정리위원회가 열어놓은 재심국면을 매개로 한 과거사정리 작업이 일부에서는 상당한 성과를 내고 일부에서는 끝내 좌절되었다. 과거사정리위원회가 문을 닫기 전에 피해자들을 포괄적으로 구제하는 특별법을 제정하여 피학살자들의 유해발굴과 피해자들의 배상을 시행했어야 했는데 그와 같은 기회가 우리에게 오지 않았다. 이제 (정권 교체 이후에) <피해자권리장전>에 입각하여 포괄적인 판결청산법을 도입하고, 피해자들 간의 평등을 보장하는 수준에서 형사보상이나 국가배상의 범주를 해체하는 피해자구제법을 마련해야 한다.⁶⁵⁾ 또한 청산을 넘어 기억과 의미화작업을 생각해야 할 때이다. 여전히 치열한 역사전쟁은 계속되고 있다. 그런 의미에서 우리는 피해자들에 대한 개인적 배상을 넘어 사회적 배상을 중시하고, 다시는 그러한 만행이 자행되지 않도록 해야 한다. 그런데 오늘 우리는 최소한 누구에게 상을 주어야 하고, 벌을 주어야 하는지에 대하여 근본부터 흔들리고 있다. 법을 집행한다는 공직자들은 파행을 부끄러움 없이 행한다. 대법관이었던 베이컨은 나쁜 판결에 대해 다음과 같이 말했다. “하나의 잘못된 판결은 많은 불공정한 실례보다 더 큰 해독을 끼친다. 잘못된 실례들은 강물을 더럽히지만 잘못된 판결은 수원을 더럽히기 때문이다. 그러므로 솔로몬은 ‘의인이 악인에게 패소하는 것은 우물이 더럽혀지고 샘이 오염되는 것과 같다(잠언 25: 26)’고 말했다.” 그래서 우리의 교리문답은 다음과 같다. 유신의 저항자들을 어떻게 옹호해야 하는가?

I. 범비들이여, 화 있을지어다!

법률가를 몰살시키자!(Let's kill all the lawyers).⁶⁶⁾

셰익스피어의 <헨리 6세>에 나오는 이 대사는 ‘인혁당재건위 사건’에 관여한 검사와 판사들에 대한 유족들의 울분을 다소간 대변해주지 않을까. 1995년 문화방송이 실시한 <근대 사법제도 100주년 기념 설문조사>에서 판사들은 인혁당재건위 재판을 한국사법사상 가장 수치스러운 사건으로 지목했다고 한다. 정의의 마지막 보루인 대법원 판사들—이일규 판사만 제외하고—이 군법회의의 야만적인 처형을 재가해주었기 때문이다. 식민지 시대에 판사 이찬형(선승 효봉)은 자신이 내린

64) 2015년 4월에 4.9통일평화재단이 발간한 <인혁당재건위 사건 재심백서 1권>에 실린 “법적인 맥락에서 인혁당재건위 사건의 평가”를 가필한 원고임.

65) 포괄적인 구제법에 대해서는 이재승, 집단살해에서 소멸시효와 신의칙, 민주법학 제53호(2013), 181-220쪽.

66) 안경환, “법, 셰익스피어를 입다”, 서울대학교출판문화원, 2012, 41쪽 이하.

판결이 사형 집행후에 오판인 것을 알고서는 판사직을 버리고 엿판을 메고 전국을 떠돌았다고 한다. 그 재판은 과실치사지만 인혁당재판은 재판의 형식을 취한 살인이었다. 인혁당 참극에 관여한 판사들은 어떻게 했어야 마땅한가? 운동권의 탄압에 남미의 독재자들은 군정에 의한 강제실종을 이용하였는데 비해 왜 한국의 독재자들은 거추장스러운 재판을 선호하였을까? 아마도 이 땅에는 독재자의 극악한 범죄조차 법으로 깔끔하게 단장해줄 법비(法匪)들이 즐비했기 때문이었으리라. 법의 이름으로 무고한 사람에게 죄를 주고 법의 이름으로 책임을 면하는 자들에게 화가 있을지어다!

인혁당재건위 사건 관련자 8인에 대한 사형집행으로 인해 유신체제는 국내외적으로 심각한 역풍을 초래했다. 통일시대를 미끼로 국민대중을 기만하며 민주주의를 유린하던 박정희는 청년학생들의 저항뿐만 아니라 권력내분 속에서 종말을 맞이하였다. 하지만 인혁당 재건위사건의 진실규명작업은 최고권력자의 죽음만으로는 아직 동력을 얻지 못했다. 80년대 후반 민주화운동이 전반적으로 확산되면서 희생자들을 추모하는 분위기가 조성되었다. 1998년 4월 9일에는 천주교인권위원회를 중심으로 '인혁당사건 진상규명과 명예회복을 위한 대책위원회'(위원장 문정현 신부)가 출범하였다. 역사적인 정권교체가 이루어진 후 김대중 정부는 의문사진상규명위원회를 발족시켜 인권침해사건의 진실을 비로소 규명하였다. 2001년 3월 17일 의문사진상규명위원회는 1975년 인혁당재건위 사건으로 복역중 사망한 장석구씨를 민주화운동관련 의문사자로 인정하였다. 사법살인극 이후에 국가적 차원에서 인혁당 사건에 대한 최초의 공식적인 태도표명이었다. 천주교인권위원회는 의문사진상규명위원회의 조사활동에 맞춰 <사법살인>⁶⁷⁾을 발간하여 인혁당 사건의 진실을 널리 전파하였다. 이후 형사소송법상의 재심제도가 과거의 정치재판들을 탄핵하는 수단으로서 새롭게 부각되었고, 2007년 재심을 통해 희생자들과 유족들은 32년간의 진실규명운동에서 기념비적 승리를 쟁취하였다.

유감스럽게도 2014년 지배집단의 불안증, 기만책, 적개심이 창조한 가상의 혁명조직을 이유로 통진당을 해산시킨 조치와 1974년 인혁당재건위 사건을 피로 물들인 사법폭력은 본질적으로 같지 않는가! 우리는 개별사건에서 진실도 규명하고 희생자들의 명예도 회복했지만 야만과 정치재판을 종식시킬 만한 민주적인 헤게모니를 형성하지 못한 것이다. 이 시대의 공동체는 민주주의와 인권, 평화를 향해 조용히 항해하는 것이 아니라 반민주적인 암초들이 가득한 바다에서 표류하고 있다. 그 많은 희생자들이 재심재판을 통해 무죄판결을 받았음에도 유신체제의 정당성 신화나 국가보안법의 위용은 법리적으로 아무런 손상을 입지 않았기 때문이다. 희생자들은 바로 유신체제를 타도하고 자신들을 옹아매는 긴급조치와 국가보안법이 없는 세상을 위해 싸웠다. 그런데 초라하게도 무죄판결만 그들에게 보상으로 돌아왔다. 어쨌든 과거에서 현재까지 지속하는 폭력구조를 해체할 시민의 주권자적 결연함만이 악법 없는 세상을 보상으로 제공할 수 있을 것이다.

법적인 측면에서 과거청산은 이행기 정의의 기준에 따라 가해자를 처벌하고 억압적인 법과 관행을 극복하고 피해자를 구제하는 활동이다. 한국사회의 과거사문제에 관여하였던 활동가 누구도 현재의 법적 청산결과에 만족하지 못할 것이다. 법적인 측면에서 말하자면 과거청산의 동력이 재심제도와 국가배상청구에 휘둘리면서 결의론적(決疑論的) 소극주의로 기울어져 총체적 시각이 사라져버렸다. '결의론(casuistry)'은 윤리적 법적인 개개의 현안을 해결하기 위한 국지적이고 제한적인 검토방식을 의미한다. 그런데 이러한 접근법은 은연중에 문제적인 대전제를 묵인하거나 회피하는 정치적 소극주의나 상황주의에 빠져서 체제범죄와 같은 근본적인 문제상황을 적절하게 대면하지 못한다. 따라서 총체적이고 규범적인 시각을 확립하는 것이 필요하고, 이를 정치과정과 재판과정에 반영하는 것이 매우 중요하다. 그것이 과거청산의 법리를 뛰어넘는 과거청산의 정치라고 생각한다. 필자는 이 글에서 인혁당재건위 사건과 여타 긴급조치위반 사건들을 고려하면서 인혁당재건

67) 천주교인권위원회(역음), "사법살인 - 1975년 4월의 학살", 학민사, 2001.

위 사건에 대한 평가를 시도하고 사법적 수공예작업의 폐해를 지적하고, 끝으로 법조윤리적 과제를 제기해보겠다.

II. 인혁당사건 재판 경위

1. 제1차인혁당사건 재판

1974년의 인혁당재건위 사건은 1964년의 인민혁명당사건을 전제로 한다. 쿠데타로 집권한 박정희는 일본의 자본을 끌어들이며 경제개발계획을 추진하려고 한일회담에 과도하게 공을 들였다. 이에 대학생들은 식민지배의 역사적 청산이라는 민족적 대의를 저버린 굴욕적인 시도라고 비판하며 정권퇴진운동을 전개하였다. 1964년 5월 30일 학생들은 단식농성을 벌이고 한일협상을 무리하게 추진하려는 박정희·김종필에 대한 규탄성명과 민족적 **민주주의** 장례식을 열기도 했다. 윤보선·장택상·유진오·장준하 등이 주도하는 ‘한일굴욕외교반대투쟁위원회’는 학생들의 투쟁을 독려했다. 이에 박정희는 1964년 6월 3일에 비상계엄령을 선포하고 군대를 동원하여 학생시위를 진압하였다. 나아가 중앙정보부는 북한의 지령을 받고 국가변란을 기도한 대규모 지하조직 인혁당을 적발했으며 이들이 북한의 지령을 받아서 대학생들의 시위를 배후조종했다고 발표하였다.

발표직후부터 고문조작 의혹이 제기되었고 담당검사들(이용훈 부장검사, 김병리, 장원찬, 최대현 검사)은 20여일 간의 수사 끝에 증거불충분으로 공소유지에 자신이 없다며 기소장에 서명을 거부하였다. 이에 신직수 검찰총장은 당직검사를 통해 26명을 국가보안법 제1조 위반(반국가단체구성) 혐의로 기소했고, 이용훈·김병리·장원찬 검사는 기소에 반발하며 사표를 제출하였다. 국회는 민복기 법무장관을 불러 인혁당사건이 6.3계엄사태를 합리화하기 위한 조작사건이라 추궁하였으며, 한국인권옹호협회장 박한상 변호사는 중앙정보부가 인혁당 사건 관련자들을 발가벗긴 채 물고문·전기고문을 했다고 폭로하였다. 이에 신직수 검찰총장은 고문사실이 드러나면 엄벌하겠다고 밝혔다.

이후 검찰은 재수사를 통해 당초 국가보안법상 제1조(반국가단체구성죄)에서 반공법 제4조 제1항(반국가단체 찬양·고무) 위반혐의로 공소장을 변경하여 10월 16일에 13인을 재기소하였다. 1965년 1월 20일 1심에서 도예종에게 징역 3년, 양춘우에게는 징역 2년을 선고하고 나머지 11인에 대해서는 무죄를 선고하였다.⁶⁸⁾ 6월 29일 항소심 선고공판에서는 도예종에게는 징역 3년, 박현채 등 6인에게는 징역 1년, 이재문 등 6인에게는 징역 1년, 집행유예 3년을 선고하였다.⁶⁹⁾ 9월 21일 대법원은 항소심 형량을 그대로 확정하였다.⁷⁰⁾

대법원의 최종판결에서도 인민혁명당이라는 반국가단체는 등장하지 않았기 때문에 이 사건을 인혁당사건이라고 부르는 것도 부적절하며, 더구나 인혁당의 존재를 전제로 한 인혁당재건위사건도 용어적으로 성립하지 않는다. 그런데 1975년 2월 24일 인혁당재건위 사건을 재판하는 와중에 법무장관 황산덕은 인혁당이 김일성의 지시에 따라 1961년 남파된 북괴간첩 감상한이 1962년 1월 조직한 지하당이고 감상한은 그 후 1962년 5월 사업보고와 운영자금을 조달하기 위해 월북하였고, 당시 재정책이었던 김배영은 새로운 지령을 받고 공작금을 수령하기 위해 월북했다고 발표함으로써 인혁당이 마치 실재하는 것으로 간주되었다.

2. 제2차인혁당사건 재판

68) 서울형사지법 1965.1.20. 선고 64고13663, 16042, 65고369(병합) 판결.

69) 서울고등법원 1965.5.29. 선고 65노69 판결.

70) 대법원 1965.9.2. 선고 65고505 판결.

1972년 12월의 유신 체제는 다음해 10월부터 국민적 저항을 본격적으로 불러일으켰다. 1973년 10월 2일에 서울대학교 문리대생들이 최초로 유신반대 데모를 시작한 이후 시위는 전국의 대학가로 확산되자 유신 정권은 조기방학을 선포하였다. 1973년 12월 재야에서 장준하·백기완 등이 국민개헌청원운동을 주도하자 1974년 박정희는 헌법개정논의를 금지한 긴급조치 제1호를 발동하여 청원운동을 탄압하였다. 한편 대학생 이철·유인태·황인성·이강철·정화영 등은 서울대·경북대·전남대 등을 중심으로 신학기에 전국적인 시위를 준비하였다. 1974년 4월 3일 박정희 대통령은 '민청학련이라는 지하조직이 불순세력의 배후조종 아래 사회 각계각층에 침투해 인민혁명을 기도한다'는 요지의 특별담화를 발표하고, 민청학련을 범죄단체로 규정하고 민청학련과 관련된 일체의 활동을 금지하는 긴급조치 제4호를 공포했다. 4월 25일에 중앙정보부는 민청학련 사건 수사상황발표에서 민청학련을 '공산주의 사상을 가진 학생을 주축으로 한, 정부를 전복하려는 불순 반정부세력'으로 규정했다. 이와 관련하여 긴급조치 제4호 및 국가보안법 등을 위반한 혐의로 1천 24명이 영장 없이 체포되고, 그 중 253명이 군법회의 검찰부에 구속·송치되었다.

5월 27일, 비상보통군법회의의 검찰부는 이른바 인혁당관련자들을 기소하면서 과거 혁신계에서 활동했던 서도원·도예중 등은 인민혁명당을 재건하고 경북대생 여정남을 통해 민청학련을 배후조종하고 이들의 국가전복활동을 지휘한 것으로 발표했다. 인혁당관련자 24인중 장석구(71)를 제외하고 서도원 등 23인은 공히 긴급조치위반(1호, 4호), 국가보안법(제1조 2호: 반국가단체구성 지도적 임무 종사자), 내란예비음모(형법 제90조, 제87조), 반공법위반(제4조 1항, 2항: 반국가단체 찬양고무, 이적표현물 제작 등) 혐의로 기소되었다.

7월 11일, 비상보통군법회의는 검찰의 구형대로 인혁당 재건위 사건 관련자 서도원 외 20명 중 8명에게는 사형, 7명에게는 무기징역, 6명에게는 징역 20년을 선고하였다.⁷²⁾ 이성재·장석구·이현세에 대해서는 별도로 재판이 진행되어 이성재에게 무기형을,⁷³⁾ 장석구에게 징역5년 자격정지 5년을,⁷⁴⁾ 이현세에게는 징역5년 자격정지5년을 각각 선고하였다.⁷⁵⁾ 11.8 비상고등군법회의는 인혁당관련자들의 항소를 기각하였으며,⁷⁶⁾ 1975년 4월 8일 대법원은 인혁당 재건위 관련자의 상고를 전부 기각하였다.⁷⁷⁾ 인혁당재건위 사건관련자 24명 중 서도원 등 8명에게는 사형, 김한덕 등 8명에게는 무기징역, 김종대 등 7명에게는 징역 15~20년, 장석구에게는 징역 5년이 확정되었다. 4월 9일 새벽 사형선고 후 불과 18시간만에 재심의 기회도 주지 않은 채 8인에 대한 사형을 전격적으로 집행하였다.⁷⁸⁾ 경찰은 사형집행 다음날인 1975년 4월 10일에 영결미사를 올리기 위해 응암동성당으로 향하던 송상진의 주검을 탈취하여 일방적으로 화장하는 범죄까지 저질렀다.

III. 진실규명과 명예회복

1. 의문사위원회 등의 진실규명활동

71) 장석구에게는 이성재를 은신케 하는 등 편의제공 혐의로 긴급조치 4호, 반공법 제7조가 적용되었다.

72) 비상보통군법회의 1974.7.11. 선고, 74비보군형공 제15, 16호 판결.

73) 비상보통군법회의 1974.8.13. 선고 74비보군형공 제30호 판결.

74) 비상보통군법회의 1974.9.4. 선고 74비보군형공 제63호 판결.

75) 육군본부보통군법회의 1974.11.26. 선고 74보군형공 제76호 판결.

76) 비상고등군법회의 1974.11.8. 선고, 74비고군형항 제14호 제15호 제16호 판결(서도원 외 47인); 비상고등군법회의 1974.10.11. 선고 74비고군형항 제32호 판결(이성재); 비상고등군법회의 1974.10.11. 선고 74비고군형항 제55호(장석구).

77) 대법원 1975.4.8. 선고, 74도3323 판결.

78) 재판부가 국방부산하의 비상군법회의였기 때문에 군법회의법 제497조에 의거 국방부장관의 명령에 따라 사형이 집행되었다.

인혁당사건 관련자 8인의 사형집행은 박정희 정권이 자행한 극단적인 범죄사례였다. 재판과정에서 구명운동을 펼친 개신교 성직자 조지 오글 목사는 1974년 12월에, 가톨릭 성직자 제임스 시노트 신부는 1975년 4월 30일에 추방당했다. 양심적인 지식인들과 외국언론은 재판의 적법성과 공정성에 대해 의문을 표하였다.⁷⁹⁾ 유신체제의 이탈자 김형욱도 제2차인혁당사건을 “박정희와 이후락의 지령을 받은 신직수, 그리고 신직수의 심복 이용택은 10년 전에 문제됐다가 증거가 없어서 석방한 사람들을 다시 정부 전복음모 혐의로 잡아넣었다. 중정이 발표한 혐의사실로 보아서는 이용택이 새로운 혐의와 이를 뒷받침할 결정적인 증거를 확보하지 못한 것으로 판단되었다. 나는 단번에 그 사건이 조작된 것이 분명하다고 직감했다.”라고 평했다.⁸⁰⁾ 시인, 문화예술인, 성직자, 정치인들의 지속적인 신원운동에도 불구하고 한국정부는 사건 이후 25년 동안 인혁당사건 희생자들의 억울함을 풀어주려는 어떠한 공식적인 조치도 취하지 않았다.

의문사위원회의 출현은 인혁당사건의 진실인정과정에서 하나의 전기가 되었다. 2001.3.17. 의문사진상규명위원회는 1975년 10월 15일 인혁당 관련자로 옥고를 치르던 중 사망한 장석구씨에 대하여 민주화운동과 관련하여 위법한 공권력의 직간접적인 행사로 사망하였다고 인정하고, 장석구 및 그의 유족에 대한 명예회복 및 보상 등의 심의를 요청하고, 인혁당재건위원회 사건에 관하여 재조사할 것을 정부에 권고하였다.⁸¹⁾ 의문사위원회는 동시에 인혁당 사건의 수사, 재판, 사형집행에서 열세 가지 위법사항을 적시하며 인혁당사건에 대해 방향을 제시하였다.

①인혁당 재건위 조직결성과 관련된 증거는 없다. 하재완·송상진이 작성한 ‘조선노동당 5차 전당 대회보고문’ 노트는 반공법상 이적표현물소지 혐의점이 될 수 있으나 반국가단체 결성을 입증하는 증거로서는 부족하다. ②중앙정보부에서 경북도경 소속 경찰들이 피의자들을 수사하는 과정에서 몽둥이질질, 물고문, 전기고문, 잠안재우기 등의 고문을 자행하였다. ③수사팀장 윤중원의 지시가 사실관계와 상식에 맞지 않았지만 수사경찰들은 무조건 지시대로 조서를 받았으며 피의자가 부인하면 강제로 시인하게 하였고 그 결과 증거는 조작되었다. ④진술서의 장소와 일자, 진술조서의 일자 등이 허위로 기재되어 있다. ⑤비상군법회의의 검찰부는 5월 27일 기소전에는 인혁당 재건위에 관해 일체 조사하지 않았으며, 인혁당재건위는 덧씌운 이름에 지나지 않는다. ⑥피고인들은 공판과정에서 ‘인혁당 재건위 결성’, ‘정부전복과 공산주의 국가건설’, ‘민청학련 배후조종’ 등 주요혐의 사실을 부인했는데도 공판조서는 시인한 것으로 기록하였으며, 피고인들의 고문피해주장을 전혀 변명하지 않았다. ⑦검찰 수사도 경찰들의 입회하에 진행되고, 피의자가 부인하면 경찰이 협박하고 고문하고 강제로 무인을 찍게 하였다. ⑧재판과정에서 변호인이 신청한 증인과 증거는 아무런 이유 없이 일체 기각되었으며, 재판은 사실상 비공개로 진행되었으며, 피고인들이 고문 협박사실을 주장해도 재판부는 증거조사를 하지 않았다. ⑨구속영장 없이 피의자들은 구속되었다. ⑩수사과정에서 피의자들의 변호인 접견권은 봉쇄되었다. ⑪대법원의 형이 확정된 다음날인 1975년 4월 9일에 전격적으로 사형을 집행함으로써 재심을 청구할 기회마저 박탈하였다. ⑫사형집행명령장부상 사형수의 최후진술도 조작되었다. 예컨대 ‘조국의 적화통일을 기원한다’는 도예종의 유언상의 ‘적화통일’은 중앙정보부의 표현이다. ⑬송상진의 시신은 가족에게 인계된 다음에 강제로 탈취되었고 나머지 7명의 시신 중에서도 일부는 강제로 대구로 송환되었다.

국정원진실위원회는 국정원의 인권침해와 정치개입 사건의 진실을 규명하고 불법적인 정보활동을 근절하자는 취지에서 설치된 위원회였다. 국정원진실위원회는 2005.12.7. ‘인혁당 및 민청학련사건’에 관하여 180여쪽에 이르는 조사결과보고서를 발행하였다.⁸²⁾ 제1차인혁당사건, 민청학련사건, 제2

79) 주일 미국대사를 역임했던 라이샤워는 사건초기부터 뉴욕타임스(1974.6.8.)에 기고하여 불미스러운 경찰국가로 전락한 동맹국에 대하여 군사지원을 중단해야 한다고 주장하였다.

80) 김경재, 혁명과 우상: 김형욱 회고록 4, 인물과 사상사, 2009, 217쪽.

81) 대통령소속의문사진상규명위원회(간행), 의문사진상규명위원회보고서 VI, 1차(2000.10~2002.10), 2003, 897-908쪽.

차인혁당사건에 대하여 의문사위원회가 제대로 다루지 못한 쟁점까지 광범위한 조사를 통해서 실제적 진실을 규명하였다. 북한방송을 기록한 노트 한권을 돌려본 정도의 사안에 대해 반국가단체라는 명칭을 부여하여 8명을 사형에 처했다고 판단하였다. 동시에 피해자들의 명예회복과 국가차원에서 적절한 배상과 보상을 시행하고, 형사소송절차에서 피고인의 헌법상 권리들을 유린하는 사태를 방지해야 한다고 밝혔다. 동시에 인혁당사건에 대해 중앙정보부가 절대적인 책임을 져야 하지만, 이러한 인권유린이 중앙정보부만의 잘못이 아니라 국가체제 전체의 문제라는 점을 지적하였다. 최고권력자, 중앙정보부, 군대, 검찰, 법원이 개입되었다는 점이 드러났기 때문이다. 국정원진실위원회의 보고서는 인혁당사건의 진실을 완전하게 규명하였기 때문에 이후 사법적 절차를 밟는데 중요한 근거자료가 되었다.

민주화보상위원회는 2006.1.23. 제157차 회의를 개최하여 인혁당재건위 사건 관련자 16명을 민주화운동으로 인하여 유죄판결을 받은 것으로 인정하였다. 인혁당재건위 사건은 자유민주적 헌정질서를 문란하게 하고 정권의 유지를 위해 유례없는 탄압을 자행한 유신체제에 항거한 사건으로 관련자들은 공산혁명을 목적으로 국가변란을 기도하기 위하여 인혁당재건위를 결성하였다고 기소되어 유죄판결을 받았으나 수사당국의 가혹한 고문에 의해 조작된 것으로 판단하였다. 나아가 관련자들이 전부 혁신계 활동 전력을 가지고 1969년 삼선개헌반대 운동에 관여하고 1971년 민주수호국민협의회 참가하는 등 유신헌법폐기와 민주화를 위해 활동하고 당시 탄압상황 하에서 민청학련 사건을 포함하여 학생운동을 정신적·물질적으로 지원하고 민주화운동의 확산에 노력하는 등 지속적으로 반독재민주화운동을 주도적으로 수행하여 이것이 독재정권을 위협하는 것으로 인식되었기 때문에 인혁당 재건위 결성혐의로 탄압을 받은 것이라고 규정하였다. 이어서 권위주의정권에 대한 관련자들의 항거행위는 독재정권에 의해 침해된 민주헌정질서의 회복을 위하여 수행된 민주화운동으로 인정한다고 결론지었다. 민주화보상위원회는 인혁당 관련자들의 항거행위를 적극적으로 정당화하는 논리를 제시하였으나 이러한 시선은 이후 재심과정에서 증발되고 만다.

2. 재심개시결정과 무죄판결

2002년 12월 10일 서도원을 포함한 8인의 희생자의 유족들은 수사 및 재판과정에서 위법성을 날달이 거론하고, 공판조사 및 피의자신문조서의 변조를 형사소송법 제420조 제1호 해당사유, 인혁당재건위라는 단체가 존재하지 않는다는 사실은 형사소송법 제420조 제5호 해당사유, 수사관들의 고문 가혹행위 부분은 형사소송법 제420조 제7호 해당사유라 주장하며 재심을 청구하였다. 2005년 서울중앙지방법원 제23형사부는 청구를 인용하며 재심개시결정을 내렸다.⁸²⁾ 재판부는 인혁당재건위사건이 재판과정에서 공판조서가 변조되고 피고인들의 변론권이 부정당하는 불법이 있었고, 피의자신문조서는 수사과정에서의 고문과 협박에 의하여 조작되는 등 사건이 조작되었다는 의문사위의 판단을, 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로이 발견된 것이므로 형사소송법 제420조 제5호 소정의 재심사유에 해당하며, 수사관의 고문·가혹행위는 제7호 소정의 재심사유에 해당하고, 고문·가혹행위는 공소시효가 지나 확정판결을 구할 수 없지만 의문사위원회의 판단을 형사소송법 제422조상의 확정판결을 갈음하는 증명으로 평가하였다.

2007년 서울중앙지법 제23형사부는 사형당한 8인에 대하여 새로이 판결을 선고하였다.⁸⁴⁾ 여정남에 대해서는 반독재구국선언의 작성과 배포를 반국가단체 활동에 동조하여 이를 이롭게 하는 행위로 규정하고 국가보안법 위반죄로 징역 10월을 선고하였으며, 우홍선, 송상진, 서도원, 이수병, 김용원, 도예종에 대한 국가보안법 위반, 내란예비음모, 반공법위반 등에서 대해서는 각각 무죄를 선고

82) 국가정보원, 과거와의 대화 미래의 성찰, 주요외국사건편 上권(II), 2007, 99-291쪽.

83) 서울중앙지법 2005.12.27. 선고 2002제고합6.2003제고합(병합) 결정.

84) 서울중앙지법 2007.1.23. 선고 2002제고합6.2003제고합(병합) 판결.

하였으며, 8인에 대한 대통령 긴급조치 1호 및 4호 위반에 대해서는 범행후 법령의 개폐로 그 형이 폐지된 경우에 해당한다고 보고 형사소송법 제326조에 따라 면소를 선고하였다. 재판부는 이러한 판단에 이르는데 인혁당재건위사건의 관련자들에 대한 폭넓은 증거조사를 통해서 유죄인정에 중요한 자료가 되었던 진술서, 자술서, 검찰피의자신문조서, 검찰진술조서, 공판조서의 내용의 증명력을 인정하지 않았다. 다만 긴급조치 제2호에 입각하여 설치된 비상군법회의는 중앙정보부장이 관여하여 사법권의 독립을 훼손하는 위헌적인 기관이고, 법관이 아닌 자가 재판에 관여하였으므로 법관에 의한 재판받을 권리를 피고인의 권리를 침해하고, 피고인들에 대한 반대신문권이나 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하지 않았다는 이유로 군법회의 공판조서의 증거능력을 부인하는 변호인의 주장을 배척하였으며, 나아가 공판조서의 변조에 대한 변호인들의 주장은 입증할 수단이 없다고 판시하였다. 국가보안법상 찬양고무선전동조죄나 국가변란선전동조, 이적표현물 제작, 소지, 반포죄에 해당하기 위해서는 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 목적을 요구함으로써 단지 북한방송을 청취하여 대학노트에 필기하여 돌려보는 것만으로 범죄가 되지 않는다고 선고하였다. 민청학련과 관련해서도 이철, 유인태 등이 전국적인 규모로 동시다발적인 학생데모를 조직하기 위해 노력하였으며, 그에 필요한 유인물을 배포하는 과정에서 작성주체로 민청학련이라고 표기하였을뿐 어떤 조직체계나 강령을 가진 것도 아니고 민청학련의 이름으로 계속적인 활동을 하거나 이를 할 계획을 가지고 있지도 않았고, 유신헌법을 폐지하는 것에 목적을 두었을뿐 공산폭력혁명이나 정부전복을 추구하는 내란을 예비하거나 준비한 것이 아니었다고 판단하였다.

인혁당재건위사건의 후속소송도 앞선 사건과 동일한 절차를 거쳐 진행되었다. 2008년 서울중앙지법 제22형사부는 인혁당 사건에 연루돼 긴급조치위반, 국가보안법 위반, 반공법위반, 내란예비·음모로 징역 20년에서 무기징역을 선고 받았다가 재심을 청구한 전창일 등 9인에게 긴급조치 위반 혐의에 대해서는 면소판결을 내리고 나머지 혐의에 대해서는 모두 무죄판결을 내렸다.⁸⁵⁾ 2008년 서울형사지방법원 제22형사부는 이현세의 내란음모, 반공법위반 혐의에 대해 무죄를 선고하고⁸⁶⁾, 이성재의에게는 긴급조치위반에 대해서는 면소판결을, 국가보안법위반, 내란음모, 반공법위반 혐의에 대해서는 무죄를 선고하였다.⁸⁷⁾ 2009년 서울고등법원 제9형사부는 김종대 등 12인의 인혁당사건 또는 민청학련사건 관련자에 대해서도 긴급조치 위반부분에 대한 면소판결을 내리고 나머지 혐의에 대해서는 모두 무죄를 선고하였다.⁸⁸⁾ 2009년 서울중앙지방법원 제22형사부는 장석구의 긴급조치위반에 대해서는 면소판결을, 반공법위반 혐의에 대해서는 무죄를 선고하였다.⁸⁹⁾ 장석구에 대한 판결을 검찰이 항소하였으나 고등법원이 기각함으로써 원심대로 확정되었다.

3. 국가배상판결

2007년 서울지방법원은 인혁당재건위 사건에서 사형당한 희생자 8인의 유족들이 국가를 상대로 제기한 손해배상 청구소송(1차판결)에서 국가의 불법행위 책임을 인정하고 국가의 소멸시효 완성의 항변을 배척하면서 637억 원의 배상금을 유족에게 지급하라고 판결했다.⁹⁰⁾ 검찰은 이 판결에 대해 항소하지 않아 원심대로 확정되었다. 2009년 서울중앙지법 민사합의17부는 인민혁명당 재건위 사건 관련자 전창일(88)씨 등 피해자 67명이 낸 손해배상 청구소송(2차판결)에서 국가에게 235억 원을 지급하라고 판결했다.⁹¹⁾ 같은 해 서울중앙지법 민사합의25부는 인혁당 재건위원회 사건에

85) 서울중앙지법 2008.1.23. 선고 2007재고합4 판결.

86) 서울중앙지법 2008.9.18. 선고 2007재고합7 판결.

87) 서울중앙지법 2008.9.18. 선고 2007재고합5 판결.

88) 서울고등법원 2009.9.24. 선고 2008제노7, 2008제노25(병합), 2008제노49(병합) 판결.

89) 서울중앙지방법원 2009.11.13. 선고 2007재고합6 판결.

90) 서울지방법원 2007.8.21. 선고 2006가합92412 판결.

연루돼 복역한 이성재·이현세와 그 가족들에게도 각각 97억2천만원과 28억6200만원을 지급하라고 판결했다.⁹²⁾

1차판결에서 사형당한 8인의 유족들이 지급받은 손해배상액은 시국사건으로서는 가장 큰 규모에 해당하였다. 국가폭력의 피해계산에 가족이 겪는 2차적인 피해도 고려하지 않을 수 없다.⁹³⁾ 불법행위시점부터 발생한 지연손해가 원래의 손해배상액에 추가되어 나타난 당연한 결과였다. 그런데 대법원은 다른 사건에서 이상조짐을 보이기 시작하다가⁹⁴⁾ 전창일씨 등 68인이 낸 손해배상소송(2차판결)에서 위자료배상채무 지연손해는 불법행위 시점부터 발생하지만 불법행위 이후 장기간이 흘러 통화가치 변동으로 과잉배상 문제가 생길 경우에는 손해배상 청구소송의 항소심 변론종결시점부터 발생한다고 판결하였다.⁹⁵⁾ 불법행위자로서 국가가 학살을 자행하고 장기간 불법상태를 방치한 상태에 대한 책임을 물어 원래의 손해배상금을 증액하거나 징벌적 손해배상을 해야 함에도 시간의 이익을 오히려 국가의 몫으로 돌린 것은 이상한 법리구성이다. 불구제의 상황 자체가 제2차적인 범죄로서 계속범의 법리가 적용되었어야 했다.

IV. 총체적 평가와 개별적 평가

1. 유신헌법

법적·정치적 의미에서 유신체제에 대한 총체적 평가는 유신체제 아래서 자행된 개별인권침해사건들의 재평가에 있어서 선결문제이지만 재심재판 과정이 법률적 수공예작업으로 기울면서 총체적 시각을 상실하였다. 전후독일에서 전개된 나치청산과정에 대한 비판적 논의는 우리의 과거청산 작업에 중요한 시사점을 제공한다. 나치의 개별적인 법률들, 조치들, 판결들을 ‘정의’나 ‘법률적 불법’이라는 개별적 심사기준에 입각해서 개별적으로 청산한다면 배후의 나치체제를 정상화할 우려가 높은 반면에, 나치체제가 수권법을 통과시킨 이래로 민주주의와 국민주권을 유린했다는 ‘총체적 체제평가’를 채택했다면 ‘총괄적 청산방식’으로 과거를 극복했을 것이다.⁹⁶⁾ 독일은 체제에 대한 총체적 평가와 총괄적인 청산방식을 채택하지 않았지만 특별법을 통해 과거의 악법과 재판을 포괄적으로 정리했다. 이에 비해 한국의 과거청산과정은 개별사건 중심으로 진행되면서 독재체제의 정당성에 대한 비판적 시비는 완전히 실종되었다. 심지어 반민주적인 독재체제를 정상화하고 독재를 찬양하는 복원헤게모니가 생생하게 작동하는 형국이다.

1961년 군사반란, 1963년 민정이양거부, 1969년 3선개헌, 1972년 유신헌법에 이르기까지 박정희의 행보는 영원한 권력을 향한 쿠데타의 연속이었다. 1971년 대통령 선거에서 김대중에게 혼쭐이 난 후 박정희는 야당후보와 힘겨운 선거보다는 영구집권에 편리한 정치체제를 구상하였다.⁹⁷⁾ 영구집권의 흥계에 반발하는 대학생들을 탄압하기 위하여 박정희는 위수령⁹⁸⁾을 선포하고 대학에 군대를

91) 서울중앙지법 2009.6.19. 선고 2007가합112047 판결.

92) 서울중앙지법 2009.7.22. 선고 2009가합29804 판결.

93) 오승룡, “국가폭력과 가족의 피해-‘인혁당재건위’ 사건을 중심으로”, *담론*201 10(4), 2008, 199-238쪽.

94) 대법원 2011.1.13. 선고, 2009다103950 판결.

95) 대법원 2011.1.27. 선고, 2010다1234 판결.

96) 법철학자 라트브루흐가 나치악법들을 법률적 불법(*gestzliches Unrecht*-일종의 자연법)이라는 기준으로 개별적으로 심사하려는 입장을 취했다고 비판하면서 마우스는 총체적 평가관념을 사용하고 있다. Maus, Ingeborg, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts(1989)”, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt/M., 1994, 308쪽 이하.

97) 서중석, “유신체제의 수호와 민청학련사건”, 천주교인권위원회(편), *사법살인—1975년 4월의 학살*, 학민사, 2001, 16쪽.

98) 1965년 한일회담에 대학가에 반대시위가 심해지자 서울시에 위수령이 선포된 적이 있었는데 이후 1970년 대통령령 제4949호로 본문 22개조와 부칙으로 된 위수령을 제정하였다. 이 법에 따라 1971년 10월 15일 각 대학에서 반정부

주둔시키며 ‘국가보위에 관한 특별조치법’(법률 제2312호 1971.12.27.)을 통과시켰다. 이 과정은 히틀러가 권좌를 차지한 이후에 나치즘을 실현하기 위해 전개한 법적 상황에 비견된다.⁹⁹⁾ 히틀러는 ‘국가와 민족의 위난을 구하기 위한 법률(이른바 수권법)’을 통과시켜 제국정부(히틀러내각)의 입법권을 정당화하였다. 이후 히틀러내각은 수권법에 따라 의회의 입법기능을 대신하며 정부법률을 쏟아냈다. 박정희는 1972년 10월 17일 초헌법적인 비상조치를 선포하여 제8대 국회를 해산시키고, 비상국무회의로 하여금 국회의 권한을 대행하게 하였다. 비상국무회의는 법률을 제·개정하였고 심지어 유신헌법을 성안함으로써 나치체제의 제국정부와 유사한 역할을 수행하였다.

법학자 프랭켈은 나치체제를 분석하면서 이중국가론¹⁰⁰⁾을 제시하였다. 그에 따르면 나치국가는 규범국가(Normenstaat)의 측면과 비상조치국가(Maßnahmenstaat)의 측면을 가진다. 규범국가는 자본주의적 경제체제의 유지에 필요한 범위 내에서 형식적 법규범들이 작동하는 차원을 의미한다면, 비상조치국가는 나치즘의 특수한 목적을 위해 필요하다면 당국자들이 형식적 규범에서 벗어나 조치를 취하는 비상적 차원을 의미한다. 의문스러운 때에는 당연히 비상조치가 법에 우선하므로 비상조치국가는 법초월적 국가이기도 하다. 이 이론이 도식적이라고 비판을 받기는 하지만 권위주의 정치체제를 분석하는데 매우 유용하다.¹⁰¹⁾ 이 논의들을 유신체제에 적용시키면 자본주의적 경제성장을 중심으로 법이 지배하는 측면은 규범국가에, 박정희 일인의 영구지배를 위한 장치들은 긴급조치국가에 대응한다. 달리 말하면 유신체제는 입헌주의의 외피와 일인지배의 욕망 사이의 무한긴장을 구조화하였다. 일인지배의 욕망이 입헌주의의 껍질을 지속적으로 탈피하며 최후를 향해 돌진하는 형국이다. 유신체제는 광범위한 동원기제를 활용하지만 공동체적인 원리에 기초한 유럽과 남미의 과시즘보다는 고전적 전제정에 가까우며 한마디로 통치자와 국가를 인격적으로 동일시하는 상태였다. 영구집권에 대한 사적인 욕망을 구현한 헌법체제 아래서 다른 견해를 가진 자와 토론하고 협상하고 함께 결정하는 과정으로서의 정치는 원리적으로 존재할 수 없었다. 예컨대 사회나 정치가 군대와 똑같이 간주되어서 정치적 이견은 이른바 ‘항명파동’에 해당할 뿐이다.

몽테스키외의 통찰에 따르면 정체가마다 정체를 움직이게 하는 원리가 존재하는데 공화정에서는 덕(la vertu), 군주정에는 명예(l'honneur), 전제정에는 공포(la crainte)가 바로 그것이다.¹⁰²⁾ 전제정은 공포와 폭력에 기초해서 유지되기 때문에 민중에게 공포가 사라진다면 전제정은 유지될 수 없고 다른 정체로 변질된다. 고전적인 전제정에 흡사한 유신체제에서 폭력과 공포가 사라진다면 유신체제도 붕괴하기 때문에 마지막 순간까지 공포와 폭력의 원리에 충실하였다. 전제정의 공포는 전제자에 대한 국민대중의 공포심을 의미하지만 동시에 국민대중에 대한 전제자 자신의 공포심을 의미한다. 전제자가 폭력을 행사할수록 그만큼 국민도 저항하기 때문에 국민에 대한 전제자의 공포심도 더불어 상승한다. 유신헌법은 전제자의 인성적 특성을 그대로 구현하였다. 국민주권행사방식의 지정(제1조 1항), 통일주체국민회의에 의한 대통령선거(제39조), 헌법개정절차의 이중화와 봉쇄(제24조), 대통령의 국회의원정수 1/3추천권(제40조 1항), 대통령제와 양립하지 않는 국회해산권(제59조), 통제받지 않는 비상조치권(제53조) 등은 대통령 일인을 보위하기 위한 장치들이었다. 유신

시위가 격화되자 10여개 대학에 위수령을 선포하였다. 10개 대학에 휴업령이 내려지고 무장군인이 진주하였다

99) 히틀러는 1923년에 뮌헨에서 쿠데타를 시도하여 유죄판결을 받은 적이 있지만 나치체국의 출현과정에서 최고지위 자체를 불법적으로 차지하지 않았으므로 박정희의 법과죄 과정과 간단히 비교하기는 어렵다. 중세 이탈리아 로마법학자 발두스(Baldus de Ubaldis 1327-1400)는 합법적으로 지위에 올라 타락한 군주를 ‘타락폭군’(tyrannus ex parte exercitii)으로, 불법적으로 지위에 오른 자를 ‘찬탈폭군’(tyrannus ex defect tituli)으로 불렀다. 폭군살해법리에 의하면 ‘찬탈폭군’은 인민에 대해 전쟁을 선포한 자이므로 인민은 스스로 군인으로서 언제든지 그를 제거할 수 있다(적극적 저항권). 한편 ‘타락폭군’은 인민이 그에게 소극적으로 복종을 거부할 수 있으며 교회나 특수한 고위공직자들만이 그를 탄핵할 수 있다(소극적 저항권).

100) 프랭켈의 이중국가론은 von Brünneck, Alexander(편), Nationalsozialismus und Widerstand: Ernst Fraenkel *Gesammelte Schriften* Bd. 2, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

101) 팩스틴/손명희·최희영(역), “과시즘: 열정과 광기의 정치혁명”, 교양인, 2005, 273쪽 이하.

102) 몽테스키외/신상초(역), 법의 정신, 을유문화사, 1992, 51쪽 이하.

체제는 프랑코 독재나 피노체트 체제와 더불어 자유민주주의를 표방하면서도 범죄적으로 타락한 정치체제였다. 완전한 의미에서의 법치국가에 미치지 못한 체제가 아니라 법의 이름으로 국민주권을 거리낌 없이 찬탈한 불법국가였다. 유신헌법은 법치국가의 헌법으로 볼 수 없으므로, 이 헌법에 따라 어떤 정치적 행위를 법적으로 정당하게 평가하는 것뿐만 아니라 부당하게 평가하는 것도 불가능하다. 정치적·법적인 의미에서 유신체제 자체에 대한 총체적 평가를 도외시키고 유신시대의 인권침해사건들을 유신헌법에 비추어 개별적으로 심사하고 고립적으로 구제하려는 기도는 유신체제의 정상화 및 정당화라는 정치적 위협에 봉착한다.

2. 긴급조치

유신시대의 긴급조치들은 유신헌법 제53조 긴급조치권에 근거한다. 긴급조치조항은 유신헌법조차도 언제든지 정지시킬 수 있는 자의적이고 주권적인 폭력을 드러내는 특이한 조항이다. 박정희의 긴급조치들은 대개 헌법수호의 명분 아래 헌법 자체를 비판하는 정치적 자유를 부정하고, 인신구속과 형벌에 관한 기본원칙까지 유린한 특별정치형법이었다. 긴급조치는 대통령이 자신의 안위에 위기감을 느끼기만 하면, 자존심에 상처를 입기만 하면 표적집단을 겨냥하여 폭력을 난사하도록 하는 무기이다. 한 마디로 긴급조치는 대통령으로 하여금 언제든지 국가를 예외상태로 몰아가거나 폭력에 법의 외관을 부여하는 기능을 한다.¹⁰³⁾ 따라서 유신헌법은 긴급조치의 상위에 있는 규범적 틀이 아니라 긴급조치를 통해 현시되는 최고권력자의 폭력을 분식하는 정치적 껍데기에 불과하다. 그와 같이 적나라한 자의는 주권적이고 폭력적이고 신성한 것이므로 유신헌법은 그에 대해 사법심사를 당연히 허용하지 않는다(제53조 제4항). 긴급조치조항은 유신헌법의 허구적인 주체인 국민에게서 그 의지를 배반하고 주권의 마지막 한 방울까지 짜내는 조항이고, 유신헌법을 거듭 새롭게 하는 항구적 쿠데타조항이다. 유신헌법이 명령된 질서(ordó ordinata)로서 상대적인 헌법이라면 긴급조치는 명령하는 질서(ordó ordinans)로서 절대적인 헌법에 해당한다. 전제정에서는 긴급조치를 발동하는 최고권력자의 불법의식이 헌법질서의 원천, 즉 진정한 의미에서 절대적 헌법이다.¹⁰⁴⁾ 박정희는 자신의 최고권력을 전방위적으로 보장하는 유신헌법 위에서 다시 긴급조치라는 무기를 휘두르던 정치적 유일자였다. 긴급조치는 유신헌법의 개개의 조문을 번거롭게 고칠 필요도 없이 대통령의 자의에 따라 새로운 질서를 탄생시키므로 헌법을 초월하는 헌법이다. 따라서 긴급조치가 형식적 법률인가 아니면 대통령의 명령인가에 대한 헌법재판소와 대법원의 논쟁은 유신체제와 긴급조치를 정상화하는 지적인 사후 조작에 지나지 않는다. 긴급조치를 제거하는 거점은 유신헌법이나 현행헌법의 특정한 조문들이 아니라 국민주권이나 민주주의와 같은 초실정적인 헌법관념이어야 한다. 이것이 이행기 정의의 실현에 필요한 확고한 논리적 거점이라고 생각한다. 이 기준은 단순히 추상적인 자연법이 아니다. 그것은 당시에 현재적(顯在的)인 억압적 유신체제의 관점에 맞서 숨가쁘게 작동하던 잠재적(潛在的)인 대항적 민주헌정의 관점이다. 제2차 세계대전 이후 지구적으로 관철되기 시작한 인권의 시선이자 1948년부터 한국 헌법을 지도하는 이념이다. 이 기준에서 보면 유신헌법은 헌법의 전도이고 긴급조치들은 그 전도현상의 완전한 증좌이다. 이 척도를 통해서만 반민주적 유신헌법과 광적인 긴급조치를 동시에 극복할 수 있다. 이러한 배경 속에서 개별적인 긴급조치에 대한 평가는 법적인 수공예작업으로서 의미를 가진다. 긴급조치들을 제거하는 기준으로는 헌법의 특정한 조항보다는 라드브루흐가 제시한 '초실정적 법'(überpositives Recht)이 적합하다. 라드브루흐의 기준은 개별적인 법률의 합당성을 판단하는 척도로서 유용하다. 특히 헌법의 특정조문을 근거로 긴급조치의 적법성 여부를 평가한다면 유신헌법 전체를 정상화하

103) 아감벤, 예외상태, 새물결, 106쪽 이하.

104) 절대적 헌법과 상대적 헌법개념은 슈미트/김기범(역), 헌법이론, 교문사, 1975, 21쪽; 제헌적 권력과 제정된 권력의 관계에 대해서는 아감벤/박진우(역), 호모 사케르, 새물결, 2008, 101쪽 이하.

지만 ‘초실정적 법’은 유신헌법과 무관하게 악법여부를 판정해 주기 때문이다.

긴급조치는 의회민주주의의 형식적 입법권을 부정하고 무한권력을 추구하는 전제자의 지극한 욕망의 도구이다. 라드브루흐가 히틀러의 인격과 법의 관계에 대해 적절하게 지적했듯이 일련의 악법들은 제정자의 인격에서 법과 진실에 대한 감각의 총체적 결락을 현시한다.¹⁰⁵⁾ 라드브루흐는 히틀러의 모든 법이 법감각(법의미)을 결여한 ‘법률적 불법’, 즉 법률의 형식을 취한 불법과 범죄라고 규정하였다. 타자의 존재를 긍정적으로 인정하는 자만이 규범적인 사유를 수행할 수 있는데 전제자들은 당연히 규범적인 감각이 결여되어 있으므로 언어도단의 자의를 주저없이 법으로 관철시킨다. 5.16쿠데타 직후에는 영장제도를 배제한 ‘인신구속등에관한임시특례법’(법률 제674호, 1961.8.7.),¹⁰⁶⁾ 제정하기 3년전의 행위에 대해서도 소급적용하는 ‘특수범죄처벌에관한특별법’(법률 제633호, 1961.6.22.),¹⁰⁷⁾ 유신시대에는 헌법을 비판하는 사람을 영장없이 체포하고 중형으로 처벌한 각종 긴급조치들, 국제적 비판의 빌미를 제공한 정보원을 타격하려는 국가모독죄(법률 제2745호, 1975.3.25 일부개정),¹⁰⁷⁾ 김형욱을 단죄하려는 반국가행위자의처벌에관한특별조치법(법률 제3045호, 1977.12.31.)¹⁰⁸⁾ 등이 단적인 실례들이다. 이러한 법의 자의적 성격은 통치자의 인격적 특성과 체제의 본성을 드러내면서 체제와 통치자 개인을 동일시하게 한다. 이러한 규범들은 과잉입법으로서 적절한 순치의 대상이 아니라 법의미의 결손상태로서 전면적인 제거대상이다. 따라서 ‘전제적인 법(lex tyrannica)’¹⁰⁹⁾을 다룰 때에는 법언어의 객관적 의미보다는 전제자의 자의를 포착하는 것이 중요하다.

인혁당사건 피해자들의 재심재판 당시에 법원은 이들의 긴급조치위반 혐의에 대해서 긴급조치의 실효를 이유로 모두 면소판결을 내렸다. 그런데 2010년 12월 16일 **대법원**은 긴급조치 제1호 위반으로 복역한 오종상에게 무죄를 선고하면서 긴급조치 제1호가 당시 유신헌법상의 발동 요건조차 갖추지 않고 한계를 벗어나 국민의 기본권을 침해했기 때문에 위헌이라고 판단했다.¹¹⁰⁾ 대법원은 이 긴급조치의 성격을 형식적 의미에서의 법률이 아닌 대통령의 명령으로 판단하여 대법원의 위헌법령심사대상으로 취급하였다. 2013년에 대법원은 긴급조치 제9호,¹¹¹⁾ 긴급조치 제4호에 대해서도 각기 위헌이라고 결정하였다.¹¹²⁾ 재판부는 긴급조치 제4호가 민주주의의 본질적인 요소인 표현의 자유를 침해하고 영장주의에 위배되는 등 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하므로 현행헌법뿐만 아니라 유신헌법에 비추어보더라도 위헌이라고 보았다.¹¹³⁾ 대법원의 위헌결정은 피해자들의 권리구제라는 측면에서는 진일보한 결정이었지만 긴급조치를 특정한 실정헌법에 위반된다는 이유로 무효라고 할 것이 아니라 초실정적인 근본원칙, 국민주권과 민주주의의 핵심원리에 위반된다는 이유로 처음부터 무효로 취급했어야 했다. 바로 여기에도 정상화와 탄핵 사이에서 중요한 쟁점이 잠복해 있다. 처음부터 무효인 법령을 적용했던 행위에서는 불법행위책임이 발생하는데, 소급적 결정으로 기능적으로 무효가 된 규범을 적용했던 행위에서는 논란의 여지가 있기 때문이다.

105) 라드브루흐, “법률적 불법과 초법률적 법”, 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010, 652쪽 참조.

106) 헌법재판소 위헌결정 2012.12.27. 2011헌가5.

107) 인혁당 사건에 대해 국내외적으로 비판이 거세던 시점에서 해외에서 유신체제를 비판하는 내국인이나 국내에서 외국인이나 외국단체를 이용하여 유신체제를 비판하는 내국인을 처벌하려는 규정이다. 이 조항은 1988년 12월 30일에 폐지되었다. ‘모독(冒瀆)’이라는 표현은 신성모독 등에서 보듯이 권위주의적 의식에 완전히 젖어 있는 경우에만 가능하다.

108) 이 법은 오로지 유신체제의 이탈자 김형욱을 보복하기 위한 법이었다. 헌법재판소의 위헌결정 1996.1.25. 95헌가5.

109) Thomas Aquinas, Summa Theologiae I-II, q.95, a.2.

110) 대법원 2010.12.16. 선고 2010도5986 판결.

111) 대법원 2013.4.18. 선고 2011초기689 판결.

112) 대법원 2013.5.16. 선고 2011도2631 판결.

113) 김선택, “유신헌법-긴급조치의 위헌성과 그에 기초한 불법판결의 청산”, 진실화해를 위한 과거사정리위원회(주최), <긴급조치의 위헌성과 피해자명예회복방안 토론회>, 2007.3.28. 자료집.

2013년 3월 21일 대법원의 관할권에 반발하여 헌법재판소는 긴급조치의 위헌성판단 권한은 헌법 재판소에 속한다고 전제하고, 긴급조치 제1호·제2호·제9호가 국민의 기본권을 침해하고 현행 헌법에 어긋나 위헌이라고 판시했다.¹¹⁴⁾ 헌법재판소는 긴급조치 제1호, 제2호는 유신헌법 제53조의 긴급조치권에 비추어보더라도 입법목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못하였을 뿐 아니라 죄형법정주의에 위배되고 헌법개정권력의 행사와 관련한 참정권, 표현의 자유, 영장주의 및 신체의 자유, 법관에 의한 재판을 받을 권리 등 국민의 기본권을 지나치게 제한하거나 침해하므로 헌법에 위반된다고 판시하였고, 긴급조치 제9호는 입법목적의 정당성과 방법의 적절성을 갖추지 못했을 뿐만 아니라 죄형법정주의에 위배되고 헌법개정권력의 행사와 관련한 참정권, 표현의 자유, 집회 시위의 자유, 영장주의 및 신체의 자유, 학문의 자유 등 국민의 기본권을 지나치게 제한하거나 침해하므로 헌법에 위반된다고 결정하였다.¹¹⁵⁾ 이러한 위헌결정에 따라 긴급조치 제1호와 제4호 위반으로 처벌받은 인혁당사건 관련자들은 재심에서 긴급조치 위반부분에 대한 면소판결을 받았음에도 불구하고 다시 헌법재판소법 제47조 제4항에 따른 재심을 청구할 수 있다.

긴급조치의 위헌성판단과 관련하여 오종상 사건에서 변호인들은 담대하게 유신헌법 제53조 자체에 대해 위헌심판청구를 제기함으로써 유신체제의 정당성에 대해 확전을 노렸으나 헌법재판소는 헌법재판소가 '법률'의 위헌성을 심판하는 기구라며 이들의 청구를 각하하였다.¹¹⁶⁾ 유신체제 아래서 자행된 인권침해사건들은 이제 유신체제의 정치적 중립에 간혀 사법적으로 처리되게 되었다. 공공영역에서 유신체제의 정치적·법적 유산을 청산하기 위한 헤게모니를 형성하지 못했음을 확인하게 되었다. 우리는 과거청산의 확고한 기준으로서 현재의 돌을 확보하지 못한 것이다. 회고해보면, 국가폭력의 피해자들과 지역적으로, 사건적으로 관련된 정치인들이 당사자로서 영향력을 발휘하며 과거사관련법들을 성안하였기 때문에 문제상황에 대한 총괄적인 평가나 종합적인 문제해결역량을 구현하기보다는 명예회복과 신원을 추구한 것이 대종이었다. 이러한 상황에서 사법부가 피해자의 권리를 구제하기 위해 선의를 가지고 개별사건을 해결하였지만 사법적 해결의 결의론적 상황주의의 덫에 간혀 법과 체제에 대한 근본적 대결을 유예하게 되었다.

2014년 10월 27일 대법원 제2부는 긴급조치 제9호가 영장 없이 체포할 수 있도록 규정하였기 때문에 긴급조치에 부합하게 이루어진 수사기관의 활동이나 법관의 유죄판결은 고의 또는 과실에 의한 불법행위가 아니라고 판시하였다.¹¹⁷⁾ 심지어 2015년 3월 26일 대법원 제3부는 긴급조치 자체는 고도의 정치행위로서 개인에게 손해배상청구권의 근거인 불법행위가 아니라고 판결하였다.¹¹⁸⁾ 그들은 법을 판결한 것이 아니라 유신시대의 집행자, 유신의 판사에 지나지 않는다. 이른바 그들은 봉쇄조항에 사로잡혀 사악한 악법에 영구적으로 효력을 부여할 자세를 취하고 있다. 이러한 판결들은 긴급조치 제9호를 처음부터 무효라고 판단한 2013년 대법원 전원합의체 판결¹¹⁹⁾과 취지상 상충된다. 최근의 판결에 의하면, 긴급조치가 고문하라고 규정하였으면 고문하는 행위는 무죄이고, 그 법을 적용한 판사도 무죄이고, 헌법에 긴급조치를 발령할 권한을 대통령에게 부여하였으면 적법하다는 것이다. 이러한 판결은 악법을 적용한 판사의 책임을 면제해주는 판결보증보험이다. 유신헌법의 유효성에 입각한 법적 판단이 어떤 결론을 함축하는지에 대한 불길한 예시(豫示)다.

물론 간통죄와 같이 제정시에는 정상적이었으나 사회도덕관의 변화로 나중에 위헌결정이 내려진 것이라면 간통죄를 적용한 판사에게 불법행위의 책임을 지우기는 어렵다. 그러나 정치체제를 비판

114) 헌법재판소의 관할권을 지지하는 견해로는 정태호, 긴급조치 위반사건(2010헌바70, 132, 170(병합))에 대한 참고인 진술서 참조.

115) 헌법재판소 2013.3.21. 2010헌바70-132-170(병합).

116) 헌법재판소 2010.3.9. 2010헌바97.

117) 대법원 제2부 2014.10.27. 선고 2013다217962 판결.

118) 대법원 제3부 2015.3.26. 2012다48824

119) 대법원 2013.4.18. 선고 2011초기689 판결

하고 헌법의 개정을 주장했다는 이유로 영장없이 체포하여 야만적인 군사재판으로 수년 동안 징역형을 살리는 긴급조치를 정상적인 법이라고 적용했던 판사에게 책임이 없다는 논리는 판사의 본분에 반하는 판단이다. 여기서 라드브루흐가 제시한 '법률적 불법' 개념으로 돌아가, 악법을 적용한 판사는 법의 집행자가 아니라 범죄의 공범자로서 살인죄와 불법체포감금죄를 자행했다고 판단할 수밖에 없다. 설혹 경미한 하자를 가지고 있는 법을 적용하는데 판사 개인에게 과오가 없다고 하더라도 이러한 중대한 하자가 있는 법을 적용하는 사태에 대해서도 국가가 완전히 책임을 면할 수 있는지는 지극히 의문스럽다. 공무원 개인의 책임을 부정하더라도 그 행위의 중국적 귀속점으로서 국가는 총체적 불법상태에 대해 책임을 피할 수 없다고 보기 때문이다.¹²⁰⁾ 인도에 반한 범죄에 대해서는 국내법을 이유로 국제법상의 책임을 면하지 못한다는 원칙이 확립되었다. 긴급조치의 발동과 적용을 체제범죄로 규정하려는 의지가 본질적으로 증발한 사법부에서나 나올 수 있는 판결이다.

V. 재심의 한계와 위험성

인혁당재건위사건의 원판결들은 재판의 형식을 제대로 갖춘 것인가? 공판조서의 변조사실을 증명한다면 이 사건 재판은 행정적 말살처분이라는 점이 직접적으로 밝혀진다. 재심법원은 공판조서의 변조 주장에 대해서 증거가 없다고 판시함으로써 가까스로 인혁당사건 재판의 법적인 체면을 유지시켜 주었다.¹²¹⁾ 그러나 밝혀진 사실에 비추어보더라도 인혁당재건위사건의 판결이 판결이라 불릴만한 것인지 의문이다. 재판은 검찰이 합당한 죄목으로 기소하고 변호인이 합당한 근거로 반대주장을 펼치고 재판부가 공정한 제3자로서 판단하는 구조를 전제한다. 이러한 합리적인 재판구조 속에서 재판당사자들의 무지나 과오가 결부되어 판결이 사태의 본성과 동떨어졌을 때 이를 오판이라고 한다. 재심은 바로 이와 같이 '허용된 과오'를 시정하려는 장치이다. 이러한 과오는 판사, 검사, 변호인뿐만 아니라 피고인 자신에게도 있을 수 있다. 그런데 재판부가 피고인의 고문주장을 확인하지도 않고 변호인의 증인신청을 모조리 기각하고 변론기회마저 봉쇄하고 최고권력자의 정치적 목적을 실현하는 도구에 불과했다면 그 재판은 오판이 아니라 판결의 형식을 취한 살인이다. 이러한 사법살인은 정치적 동기에 의한 약식처형으로서 '인도에 반한 죄'에 해당한다. 최근의 재심판결들은 인도에 반한 죄로서 정치재판의 범죄성을 준렬하게 질타하는 대신에 이를 오판 정도로 합리화한다. 재심은 정상적인 재판의 오류, 정상적인 법원의 과오를 시정하는 것이지, 지배권력의 요구에 따라 말살도구로 작동하였던 재판을 순치시키는 장치가 아니다.

국가범죄로서 정치사법을 재심으로 다루는 데에 봉착하는 심각한 문제가 있다. 재심법정은 원래의 재판시점에서 원래의 법리에 따라 재판한다는 의제(擬制)를 취한다. 그러나 이러한 의제는 비정상적인 재판놀음이라는 점이 증명된다. 특정한 법률문제들과 관련하여 원래의 판결시점에 정상적인 법리가 존재하고 문제가 되는 개별사건 판결에서만 오류가 발생했던 경우, 즉 동종의 대다수 사건과 다르게 판결이 내려진 경우, 상이한 법리들이 공존하거나 경합하는 경우, 이 때에 재심법정은 비정상적인 법리를 배척하고 정상적인 법리를 원용하면서 사태를 바로잡을 수 있다. 이러한 재심은 '허용된 과오'에 기초한 오판을 시정하는데 적합하다. 그러나 최고권력자의 의도 또는 정치적

120) 일부 법원은 백기완의 손해배상청구소송에서 도구사용자로서 판사의 책임 대신에 도구제작자로서 통치자의 긴급조치의 발동행위를 불법행위로 규정하였다. 서울중앙지법 2014.6.27. 선고 2013가합544065. (이 판결은 상급심에서 번복되었다). 그러나 2014.10.27.자 대법원 제2부의 판결 이후에는 긴급조치의 발동행위에 대한 국가배상책임을 부정하는 판결이 나오고 있다. 서울중앙지법 제16민사부 2014.12.11. 선고 2013가합544423 판결; 서울고등법원 제23민사부 2015.2.4. 선고 2014나2033039 판결.

121) 서울중앙지법 2007.1.23. 선고 2002재고합6.2003재고합(병합) 판결.

헤게모니가 작동하는 상황에서는 비정상적인 법리만이 존재하므로 원래의 시점으로 되돌아가서 원용할만한 '객관적이고 정상적인 기준'은 존재하지 않는다. 고도의 정치형법의 세계에서는 법리의 이중구조는 존재하지 않는다. 예컨대, 민족일보 조용수 사장의 재심판결에서 보듯이 '법원이 특수범죄처벌에관한특별법(법률제633호)을 엄격하게 해석하였다더라면 조용수는 무죄가 되었어야 했다'는 법리적 가정은 인정될 수 없다. 조용수는 합리적인 해석을 했더라면 그 법 아래서도 무죄가 될 수 있었던 것이 아니라 그러한 법을 적용하는 한에서 죽음을 면치 못하였을 것이기 때문이다.¹²²⁾ 한 마디로 특수범죄처벌에관한특별법 아래서는 '법치국가적인 해석론'과 '억압적인 해석론'이 병존하지 않는다. 특수한 정치형법을 적용하면서 '당시에 유효한 법리에 따라 재판한다'는 의제는 법률가들의 직업적 가식이다. 조용수에 대한 무죄판결은 면소판결을 면하기 위한 고육책으로서 이해할 만하고, 결과적으로 인권옹호적 판결이기 때문에 수용될 수 있었다. 그러나 법적 판단의 전제인 특수범죄처벌에관한특별법을 전면적으로 탄핵하지 않고 이 법에 의거하여 다른 판결을 내린다는 것은 이론적으로 가능하지 않다. 마찬가지로 대한민국의 어떠한 판사도 유신체제의 중심으로 되돌아가서 유신헌법의 효력을 승인하면서 반유신적 판결을 내릴 수는 없다. 개별사건 중심의 결의론적인 유용성이 체제 전체를 규탄하는 것을 막는 사태를 유발한다.

정치재판과 관련해서 과거와 똑같은 상황에서 동일한 법에 따라 다른 판결이 나온다는 것은 상식에 반하는 가정이다. 그러면 어떻게 해결해야 하는가? 법원은 단순히 과거로 돌아가 과거의 법규범적 여건 아래서 마치 권리구제가 될 수 있었던 것처럼 의제하는 현재의 재심판행을 극복하고 과거의 법률, 법리, 법조문화, 재판을 완전히 타락시킨 인권침해적 사상과 논리들을 배제하며 이행기 정의를 실현하는 법정으로서 재심을 이해해야 한다. 법원에 따라 과거의 법리와 여건에 결박당해 권리구제를 거부하기도 하고, 현재의 인권옹호적 법리를 투입하여 권리를 구제하기도 한다. 이행기정의를 실현하기 위한 통일적인 재심판행이 확립되어야 한다. 독일의 포괄적인 청산법은 우리에게 시사점을 준다. 연합국은 제2차 세계대전 직후에 나치의 주요한 악법들을 무효화하였고, 그러한 악법을 적용한 나치 법비들의 유죄판결을 자동적으로 무효화하였다. 독일정부는 이러한 무효화조치를 1998년에는 59개의 나치 악법에 확대적용하였고, 나아가 테러기구로 평가받았던 나치의 정치재판소¹²³⁾의 판결을 통째로 무효화하였다. 판결무효화조치에 의해 자동적으로 제거되지 않았던 판결들은 피해자나 관련자들의 개별적인 청구에 따라 재심을 진행하였다. 이 경우에도 나치청산이라는 목표에 맞춰 피해자들에게 우호적인 특수한 재심법리들이 적용되었다.¹²⁴⁾ 독일이 입법적 청산이라는 기본방향을 만들어놓아서 가능한 일이고, 한국에서는 아무런 원칙도 정립되지 않아서 지금처럼 할 수밖에 없다는 법원의 반론도 정확한 것 같지는 않다. 과거청산을 위해 현재의 재심판행을 변형적으로 운영하는 데에 형사소송법의 개정이나 특별법의 도입이 필요하지는 않다. 형사법의 엄정성은 권리침해를 저지하려는 논리이지 권리구제를 제한하는 논리가 아니기 때문이다. 민주화보상법은 민주화운동이라는 개념을 통해서 청산대상을 포괄적으로 제시하였기 때문에 이러한 법정신을 사법부가 얼마나 적극적으로 재심과정에서 반영할 것인가가 중요했다. 유감스럽게도 현재로서 정치재판의 문제를 근본적으로 해결할 역량과 의지는 입법부와 사법부에서 현저하게 위축되었다. 그럼에도 불구하고 향후에 포괄적인 청산방식이 여러모로 유용한 해법일 수밖에 없다. 독일의 전례에 따라 제주4.3군사재판, 비상계엄 하에서 민간인에 대한 군사재판, 혁명재판소의 판결,

122) 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010, 391쪽 이하.

123) 나치시대의 테러법원이 많았지만 민족재판소(Volksgerichtshof)를 빼놓을 수 없다. 이 재판소에 대한 역사적인 탐구는 Walter, Wagner, Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat, Oldenbourg, 2011.

124) 독일에서 나치불법판결의 청산과정에 대해서는 Beckmann, Rainer, "Rechts-grundlage zur Aufhebung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechts- pflege," Juristen Zeitung(1997), 922쪽 이하; 이재승, "나치 체제하에서 저항운동가에 대한 전후처리", 의사문진상규명위원회(간), 진실을 향한 험난한 여정(연구논문별책, 2004), 특히 388-403쪽.

특수범죄처벌에관한특별법 위반사건, 유신체제에서 긴급조치 위반사건 등에 대해서 개별적으로 재심할 것이 아니라 일괄해서 무효화하는 것이 필요하다.¹²⁵⁾

실제로 흥미로운 사태가 국내에서 발생하였다. 헌법재판소가 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호에 대해 위헌으로 결정하였기 때문에 이러한 긴급조치 위반을 이유로 유죄판결을 받은 피해자들은 재심을 청구할 수 있게 되었다. 이와 같이 위헌결정에 입각한 재심사유는 법체계적 통일성을 위하여 자동적인 재심사유로 처리하는 것이 합리적이다. 따라서 피해자나 유족의 신청이 없더라도 대한민국 사법당국이 주도적으로 해결하는 것이 필요하다. 최근에 민변의 변호사들은 검찰총장에게 형사소송법상 비상상고(非常上告)¹²⁶⁾를 직권으로 행사하여 긴급조치 위반자들을 일괄해서 구제해달라고 청원하였다. 이에 검찰총장은 위헌결정은 비상상고 사유에 해당하지 않는다고 회신하였다.¹²⁷⁾ 재판물신주의와 기성상태를 유지하려는 뿌리 깊은 관성을 확인할 수 있다. 실제로 형사소송법 제424조 1호는 검사를 공익의 대표자로서 재심청구권자로 규정하고 있기 때문에 현행법 아래서 검사가 긴급조치 위반자들의 재심사건을 일괄해서 해결할 수도 있는 것이다. 검찰이 과거사사건에서 국가 책임을 부인하는 역할에 충실했던 터라 갑작스러운 방향전환은 어려울지도 모르겠다. 향후 정권교체 후 긴급조치위반자의 재심청구를 전담할 특별검사를 지명하는 것이 필요하다고 생각한다.

긴급조치 제2호가 위헌이 되었다는 사실은 법리적으로 엄청난 문제를 안고 있다. 긴급조치 제2호는 긴급조치를 위반한 사람들을 재판하기 위하여 비상군법회의를 설치하려는 법령이다. 제2호의 위헌결정은 비상군법회의의 위헌을 의미하고, 이는 긴급조치 위반자에 대한 비상군법회의의 재판 전체가 위헌이라는 사정을 뜻한다. 군법회의의 재판이 위헌이지만 사법적으로 통일적으로 제거하지 않는다는 것은 규범적 하자상태이다. 또한 긴급조치 제1, 2, 9호에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 불완전한 결정의 전형적인 사례다. 헌법재판소가 제2호의 위헌결정을 내릴 때에 비상군법회의의 모든 재판을 위헌이라고 선언하는 원칙적 판결¹²⁸⁾을 내려 사태를 수습하든지 국회나 법무부, 대법원에 일괄해법을 촉구하든지 했어야 했다. 이제 군법회의 재판을 받았던 피해자들이 헌법재판소의 불완전결정에 대해 보완결정을 요구해야 할 때인 것 같다.

VI. 그들은 수난자인가 저항자인가?

민주화보상법은 권위주의 정권에 항거하는 행위 또는 민주화운동이라는 용어으로써 3선개헌이후 독재정권 아래서 반정부활동을 펼쳤던 시국사건 관련자들에게 사후적이지만 지연된 권리(deferred right)로서 저항권을 정당화하였다.¹²⁹⁾ 그런데 재심판결에서 사법부가 유신체제를 어떻게 법적으로 정치적으로 평가하는 지는 관건적인 사항이다. 제2차 세계대전 후 미군의 점령지역에서 미당국은 <불법판결청산법>에서 다음과 같은 원칙을 채택하였다.

제1조

- ① 국가사회주의 또는 군국주의에 대한 정치적인 저항행위들은 처벌받지 아니한다.
- ② 특히 다음과 같은 행위를 한 자는 무죄이다.

125) 이호중, “인혁당재건위사건 재심무죄판결의 의미와 사법과거청산의 과제”, 기억과 전망 16호, 2007, 136쪽 이하.

126) 형사소송법 제441조(비상상고이유) 검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다.

127) 검찰총장, “비상상고 청원에 대한 심사결과 보고서”,公安1과-1875(2013.08.02.)

128) 이것이 월권이라는 견해가 있지만 사법적 결정의 완결성을 위한 것으로 정당화할 수 있다. 통진당 국회의원의 지위를 박탈하는 결정에 비하면 아무것도 아니다.

129) ‘지연된 권리’의 개념에 대해서는 이재승, “불복종, 저항 그리고 민주주의”, 민주법학 제55호(2014.7), 37-39쪽

1. 나치의 폭력적 지배를 전복하거나 약화시키려고 시도하였던 행위
2. 나치의 폭력지배의 유지나 전체 전쟁수행에 주로 봉사하는 법령을 확신에 입각하여 준수하지 않은 행위.
3. 나치적 관점에서만 처벌되는 행위.
4. 타인의 정치적 처벌을 면탈케 하였던 행위.

미당국은 저항행위자들이 유죄판결을 받게 된 근거법률 20여개를 제시하였다. 20여개의 나치법률에 위반된 행위에 기한 유죄판결은 자동적으로 무죄가 되었다. 미당국은 저항행위자들의 행위를 정의와 폭력지배의 대립상에서 이해하였다. 그러나 우리의 재심판결은 항상 정상과 과잉 사이에 있을 뿐이다. 즉 언제나 재판부는 유죄판결을 정상화하려는 동기를 가지고 있는 것 같다. 그래서 사법적 과거청산이 얼마나 어려운 일인지 실감한다. ‘법률밖에 모른다’는 사법부의 코스프레와 인혁당재건위 희생자들의 권리구제 사이에도 갈등이 내재해 있다. 재심판결에서 서울중앙지방법원은 ‘반독재구국선언문’ 배포행위를 이유로 여정남에게 국가보안법을 적용하여 유죄판결을 하였다.¹³⁰⁾ 사자에 대한 유죄판결이 현실적으로 무의미하기 때문에 법원은 이 판결에 집행유예를 선고한다고 친절하게 단서를 부쳤다. 그런데 이 같은 법률놀음은 유신체제가 반독재구국선언문의 위협으로부터도 보호받을만한 체제인지에 대한 판단을 유탈하였다. 법원은 유신체제를 정상화하고 유신체제에 대한 저항권을 은연중에 부정하였다. 그러나 법원은 반독재구국선언문의 배포가 형식적으로 국가보안법 및 여타 실정법에 위반될 소지가 있다고 하더라도 유신체제와 같은 독재체제에 대해서는 고도의 물리적 수단으로 저항할 수밖에 없으므로 선언문의 배포는 정당한 행위라고 판결했어야 하지 않을까 생각한다.¹³¹⁾ 여정남의 배포행위가 유죄라면 다른 관련자들의 행위는 어찌하여 무죄가 되는지도 법리적으로 이해하기 어렵다. 재심법정의 의제처럼 당시로 돌아가서 가상의 공안검사가 공소장을 가상적으로 변경하면 관련자 모두 유죄일 수밖에 없지 않을까 의문이 들기 때문이다.

법원은 유신시대에 국가보안법 및 반공법 위반사건의 재심판결에서 대체로 피고인들의 행위가 국가보안법이나 반공법의 범죄구성요건에 해당하지 않는다고 판시한다. 그런데 피고인들이 고문조작의 피해자나 수난자라는 입론은 무죄판결을 얻는데 기술적으로 유용하지만 저항행위자로서 피고인들의 특성은 사라지고 만다.¹³²⁾ 유신체제에 대한 피고인들의 저항행위를 평가하지 않는다면 유신체제의 정통성에 대한 총체적인 판단도 제시할 수 없다. 가장 중요한 체제의 정당성 판단에서 법원이 유보를 하였기 때문에 우리는 유신체제의 늪에서 여전히 벗어나지 못한다. 최근에 이혜자 사건 판결에서 이러한 곤경을 고스란히 확인한다.¹³³⁾ 이혜자는 유신시대에 고려대학교 학생으로서 학원시위를 주도하다가 째새와 기관원들이 상주하는 학교정문의 수위실을 공격하여 학교의 연탄

130) 서울중앙지법 2007.1.23. 선고, 2002제고합6.2003제고합(병합)

131) 이른바 아람회 사건에서 법원은 정당한 저항행위라는 관념을 채택하였다. 광주지방법원 2008. 12. 30. 선고 2007제노5 판결 서울고등법원 2009.5.21. 선고 2000제노6 판결.

아람회사건에서 고등법원은 계엄법위반 부분에 관하여 다음과 같이 훌륭하게 실시하였다. “기록에 의하면, 전두환 등이 1979. 12. 12. 군사반란 및 1980. 5. 18. 광주민주화항쟁을 전후하여 행한 일련의 행위는 내란죄가 되어 헌정질서파괴범죄에 해당하고, 피고인들의 원심 판시 각 계엄법 위반 행위는 전두환 등의 이러한 헌정질서파괴범행을 저지하거나 반대함으로써 헌법의 존립과 헌정질서를 수호하기 위한 정당한 행위인 사실을 인정할 수 있으므로, 피고인들의 위 각 행위는 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하여 범죄로 되지 아니함에도, 이를 모두 유죄로 인정한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.”

132) 수난사에서 저항사로 넘어가는 시도는 하정일, “문학의 눈으로 바라본 인혁당사건-김원일 <푸른 혼>”, 역사비평 통권71호, 2005 여름호, 378-391쪽; 조작희생자라는 측면과 민주화운동이라는 측면에서 두 기억에 대한 대비는 이동진, “기억의 ‘인혁당’: 기억운동과 기억체제 사이”, 사회와 역사 제83집(2009), 5-43쪽.

133) 이재승, “이혜자씨의 조용한 전쟁: 긴급조치 9호 및 폭처법 위반 사건 참고인 의견서”, 민주법학 제55호(2014.7), 239-263쪽.

과 기물을 파손하였다. 이 일로 긴급조치위반과 폭력행위처벌법상 손괴죄로 78년에 2년의 징역을 선고받았다.¹³⁴⁾ 재심법원은 긴급조치에 대해 위헌결정이 내려진 이후 재판을 진행하였기에 긴급조치위반에 대해서는 무죄를 선고하고 폭처범위반에 대해서는 면소판결을 내렸다.¹³⁵⁾ 법원은 유신체제에 대한 항의행동으로서 수위실 타격을 위법성조각사유로 인정하지 않았다. 대한민국 사법부는 유신체제가 붕괴되고 30여년이 지난 이후에도 유신체제에 대해 돌팔매질도 용납할 수 없다는 절대적 비폭력주의사상에 젖어 있는 듯하다. 법원은 다음 세 가지 질문에 답해야 한다. 민주적 법치 국가의 법관에 대한 교리문답이다. 유신체제 아래서 저항권은 있었는가? 유신의 법정이 저항권을 부정했을지라도 유신체제와 같은 체제에 대해서 사후적으로도 저항권을 인정할 수 없는가? 도대체 저항권은 있는가? 두 번째와 세 번째 질문에 대해서도 부정적으로 답변한다면 인혁당재건위 관련자들은 다시 국가보안법에 의한 처벌을 피할 수 없을 것이다. 그들은 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하지 않아서 무죄가 된 것이 아니라 유신체제에 항거하거나 저항을 조직했기 때문에 유죄가 되었던 것이다. 바로 그들의 항거행위를 법리적으로 정당화하는 것이 역사적 사건을 다루는 법정의 책무이다. 이러한 책무를 법원이 우회함으로써 법적 판단의 규범적 충위들이 뒤죽박죽이 되었다. 이는 재심사건에 임하는 재판부의 용기나 논리의 부족이라기보다는 결의론적인 상황주의가 낳은 총체적인 결과이다. 유신체제 아래서 유죄판결을 받았던 사람들은 유신의 시각에서는 언제나 유죄일 것이고, 민주헌정의 이념을 통해서 비로소 무죄가 된다. 이 상황을 어떻게 드러내고 원칙으로 정립할 것인가가 법관의 지성적 소임이다. 사법부가 지연된 저항권을 인정할 경우에만 이 모든 이론적 곤경을 극복할 수 있을 것이다.

* * *

한국현대사에 정치재판을 자행한 판사나 이를 주도한 검사에 대해 책임을 추궁한 적은 없었다. 판사는 기본적으로 형사소송에서 피고인의 권리를 존중해야 하고, 검사도 공직자로서 객관의무를 지고 있다. 그들은 단지 실정법을 뒤집어쓰는 존재가 아니라 인권과 정의에 충실한 존재일 것까지 요청받는다. 헌법, 법원조직법, 검찰청법, 변호사법 등은 각기 '헌법과 법률', '법과 정의', '법과 양심'¹³⁶⁾을 대비하고 중첩시킴으로써 역설적이면서도 이중적인 책무를 지시한다. 실정법에 관료제적으로 맹신한 것만으로는 법률가의 책임을 다하는 것이 아니다. 유신헌법조차도 법관에게 양심을 요구하였다. 그러나 인혁당재건위사건은 법무장관, 검찰총장, 검사들, 중정실장, 군판사와 법무사들, 판사들, 이른바 법조인들의 부정의에 대한 불감증과 무력증, 심지어 범죄적 권력중독을 완전하게 보여주었다.

이제 과거청산작업에 법률가들이 최선을 다하고 있는가? 자신의 권력으로 자신과 동업자선배가 자행한 범죄를 은폐하고 있지 않은가? 최근에 검찰은 의문사위원회와 진실화해위원회에서 직원으로서 주요한 역할을 수행했던 변호사들의 과거사 사건 수임과 관련하여 변호사법 위반의 꼬투리를 잡고 이들에게 파렴치범 수준의 정치공세를 퍼부었다. 그러나 이들 인권변호사의 헌신적인 노력에 의해서 피해자들이 소송에서 소기의 성과를 거둘 수 있었다는 점을 주목해야 한다. 과거청산 운동 전반에 대한 검찰의 공세는 정치적 시류변화 탓으로 이해된다. 박근혜 대통령은 후보자 시절에 두 개의 인혁당판결이 있다고 말할 정도로 어수선한 역사인식을 노출하였다. 검찰은 이러한 분위기에 편승하여 과거사위원회들의 진실규명성과를 흔들고자 변호사들의 과오를 거약이라도 되는

134) 서울형사지방법원 1978.12.29. 선고 78고합613, 766(병합) 판결.

135) 서울중앙지법 2013.11.28. 선고 2012재고합21-1(분리); 서울고법 2014.5.9. 선고_2014도5945 판결(고등법원의 판결시에 재판장은 판결문 밖에서 법해석과 역사적 해석은 다르다고 지적했다).

136) 유신헌법 제102조: 법관은 이 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

냥 공격하고 있다. 유엔총회가 채택한 피해자권리장전에 따르면 국가는 국가폭력의 피해자들에게 권리구제를 위하여 권리를 고지하고 권리실현에 협력하고 법률적 서비스를 제공해야 한다.¹³⁷⁾ 그런데 한국의 검찰은 피해자의 권리행사에 편의를 제공하기는커녕 과거사사건에서 책임을 부정하는데 진력하고, 법원은 국민혈세론에 입각하여 배상액을 감축하거나 집단살해의 시효를 50년이나 중단시키다가 갑자기 3년 만에 시효가 지났거나 6개월 만에 끝났다고 두서없이 판결함으로써 권리의 조력자가 아니라 법의 봉쇄자가 되었다. 영국의 철학자이자 대법관이었던 베이컨은 나쁜 판결에 대해 다음과 같이 말했다. “하나의 잘못된 판결은 많은 불공정한 실례보다 더 큰 해독을 끼친다. 잘못된 실례들은 강물을 더럽히지만 잘못된 판결은 수원을 더럽히기 때문이다. 그러므로 솔로몬은 ‘의인이 악인에게 패소하는 것은 우물이 더럽혀지고 샘이 오염되는 것과 같다(잠언 25:26)’고 말했다.”¹³⁸⁾ 과거청산은 법률가들이 더럽혀 놓은 법의 샘을 청소하는 일이므로 검찰과 법원은 역사적 작업에 회방을 놓아서 안 될 것이다.

이제 ‘법률가를 몰살시키자’라는 구호에 법조인이 답할 차례이다. 죄에 대해서는 개별적으로 물을 수밖에 없다. 한국사회에서 판사와 검사의 직책은 인권과 정의에 대해 도대체 어떤 의미를 가질까? 인도에 반한 범죄에 대해서는 국내법에 따라다는 이유로 국제법상의 책임을 면하지 못한다. 이러한 원리는 연합국통제위원회법률 제10호에 규정되었으며 ‘뉘른베르크 원칙’으로 확립되었다. 그럼에도 불구하고 정치재판을 감행한 판사들이 개인적으로 책임을 지는 사례를 찾기 어렵다. 서독법원은 과거 광신적인 나치판사들에게 면죄부를 주었던 완고한 전통에서 벗어나 동독의 붕괴 이후에 수십 명의 동독법관을 법외국죄로 처벌하였다. 자신들의 과거에 관대하고 타자에 대해서는 가혹한 범비(法匪)스러운 행동들이 그 나라에서도 또다시 벌어진 모양이다. 어떠한 경우에도 판사는 정의와 인권을 위해 법률가적 방식으로 최선을 다해야 한다. 무고한 피고인에게서는 무죄를 선고해야 하며, 그 정도의 담력이 없다면 법관의 직을 버리는 용기라도 발휘해야 한다.¹³⁹⁾ 최고권력자의 요구를 퇴짜 놓았다고 해서 판사를 끌어다 다그치고 고문하고 살해할 만큼 법조인에게 야박한 정권은 이 땅에 없었으며, 앞으로도 나타나지 않을 것이다. 이 땅의 판사에게는 ‘죽느냐 사느냐’의 햄릿의 위협은 존재하지 않는다.¹⁴⁰⁾ 정치재판을 거부하면 출세길에 지장을 받을 수는 있겠다. 승진이나 출세를 염려하여 권력자의 편에 귀의한다면 그는 악마의 대리인으로 세상과 자신에게 화를 초래할 것이다.¹⁴¹⁾

137) 피해자권리장전(반보벤-바시오우니 원칙)은 재판받을 권리와 조력을 받을 권리 등을 피해자의 권리로 명시하고 있다. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law(2005) 특히, 제12조-제14조, 제24조.

138) Scott, Mary Augusta(ed.), *The Essays of Francis Bacon*, Charles Scribner's Sons, 1908, 252쪽.

139) Feinberg, Joel, “The Dilemmas Of Judges Who Must Interpret “Immoral Law””, Feinberg & Coleman(ed.), *Philosophy of Law*, 6th. edition, Wadsworth, 2000, 108-129쪽.

140) 강신욱 변호사가 민청학련 학생들의 행위를 저항권의 맥락에서 적극적으로 변호하다가 긴급조치위반으로 6개월의 옥살이를 한 사례가 있다.

141) 정치재판의 형사책임에 대해서는 허일태, 법외국행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책, 형사정책연구 제18권 2호, 2007, 5-48쪽. 우리 형사법제에서 사법살인에 관여한 법관은 살인죄와 직권남용죄를 동시에 충족한다(상상적 결합). 정치재판의 원인과 구조, 정치재판에 관여한 자들에 대한 형사책임에 대해서는 이재승, 국가범죄, 277-332쪽.

[토론1]

기그조치 사건의 판례 분석 - 실종된 민주주의

이상희 (법무법인 지향/민변 기그조치 변호단)

긴급조치 사건의 판례 분석 - 실종된 민주주의

이상희

법무법인 지향/민변 긴급조치 변호단

1. 들어가면서

가. 중대한 인권침해

- 긴급조치는 법의 형식을 이용한 중대한 인권침해

진실·화해를 위한 과거사정리위원회도 ‘실제 발동된 9차에 걸친 긴급조치가 언론·출판·집회·결산의 자유, 신체의 자유, 학문·예술의 자유, 양심·사상의 자유 및 죄형법정주의, 영장주의, 인신구속기간의 제한 등 헌법상 보장된 국민의 권리와 자유를 제약 내지 박탈하고 헌법의 기본원칙을 배제하였으며 정권안보 및 유지를 명분으로 내세워 이 조치를 비판하는 경우까지 처벌하게 한 것은 국민의 기본권 보장을 목적으로 하는 현대 입헌민주주의 국가에서는 용납될 수 없는 공권력 행사로서 중대한 인권침해에 해당한다’고 진실규명

- 긴급조치에 의한 인권침해는 수사 및 재판을 통해 완성되었음.

과거사정리위원회가 긴급조치 위반 판결을 분석했는데, 심급별 판결 현황 및 유형별 판결 현황은 아래와 같음.

<심급별 판결 현황>

		1,4호	3호	9호(75)	9호(76)	9호(77)	9호(78)	9호(79)	합계(건)	
사건수		36건	9건	126건	97건	103건	177건	41건	589	
판결수	1심	36	14	126	253	103	404	41	1412	
	2심	35		114		92		163		16
	3심	36		46		52		47		3
	기타	2		5		12		17		1
인원수		155명	11명	251명	176명	167명	312	68	1140	

<유형별 판결 현황>

유형	1,4호	3호	9호('75)	9호('76)	9호('77)	9호('78)	9호('79)	합계(%)
반유신 재야, 야당 정치활동(재야정치인, 종교인, 교수, 기자 등 지식인)	12	9 (임금체불, 부당해고 등)	6	14	16	31	6	85(14.5)
간접	0		1	0	1	0	0	2(0.5)
학생운동(유신반대, 긴조해제 주장 시위, 유인물 제작 등)	12		24	9	29	100	17	191(32)

기타(음주대화 중, 수업중 박정희 비판, 유신체제 비판발언)	12		81	70	56	45	18	282(48)
국내재산 해외도피, 공무원범죄 등(긴조 9호 3,4,9항)	0		14	4	1	1	0	29(5) ¹⁴²⁾
계	36	9	126	97	103	177	41	589(100)

나. 중대한 인권침해를 인정한 대법원 전원합의체 및 헌법재판소

- 과거사정리위원회로부터 긴급조치 적용에 대하여 인권침해 결정을 받은 오종상 선생이 2009. 2. 서울고등법원에 재심청구를 하였고, 그 후 다수 긴급조치위반 사건이 재심청구에 들어감.

서울고등법원은 위 오종상 선생 사건에서도 긴급조치에 대하여 별도로 판단하지 않고 법령 폐지를 이유로 면소 판결을 하였음(서울고등법원 2009재노19 판결).

그러나 대법원 전원합의체는, ① 긴급조치가 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서 헌법재판소의 위헌심판대상인 법률에도 해당하지 않는다고 보고, ② 통치행위라 하더라도 '과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하여야 하여야 한다고 전제한 뒤, ③ 긴급조치 제1, 4, 9호는 유신헌법의 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 위헌이라고 판단하였음(긴급조치 제1호 : 대법원 2010.12.16. 선고 2010도5986 판결, 긴급조치 제4호 : 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 판결, 긴급조치 제9호 : 대법원 2013. 4. 18.자 2011초기689 결정. 이하 긴급조치에 대해 위헌, 무효를 선언한 위 판결들을 '대법원 전원합의체 판결'이라고만 함).

헌법재판소도 '정부에 대한 비판 일체를 원천적으로 배제하고 이를 처벌하는 긴급조치 제1호, 제2호는 대한민국 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 부합하지 아니하므로 기본권 제한에 있어서 준수하여야 할 목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정되지 않는다. 긴급조치 제1호, 제2호는 국민의 유신헌법 반대운동을 통제하고 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해하는 내용이어서 국가긴급권이 갖는 내재적 한계를 일탈한 것으로서, 이 점에서도 목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못하였다'고 판단하였음(헌법재판소 2013. 3. 21.자 2010헌바70, 132, 170(병합) 결정).

- 이와 같이 대법원과 헌법재판소는 늦게나마 긴급조치가 처음부터 위헌, 무효이고 유신헌법에서 정한 발동요건 조차 갖추지 않은 것으로 인정하였음.

따라서, 긴급조치를 적용함으로써 발생한 인권침해에 대하여 국가는 법적 책임을 져야 함.

다. 중대한 인권침해에 대한 사후 조치

- '2006년 중대한 인권법 위반 행위 및 심각한 인도법 위반 행위의 피해자가 법적 구제와 배상을 받을 권리에 대한 기본 원칙과 지침에 관한 유엔총회 결의'에서 공권력의 중대한 인권침해에 대한 피해자의 권리를 명시하고 있는데, 관련 조항을 살펴보면 아래와 같음.

2. 중대한 인권법 위반 행위 및 심각한 인도법 위반 행위의 피해자는 국제법 규정에 따라 실질적인 사법 구제 제도에 동등하게 접근할 수 있어야 한다. 이러한 구제 수단은 국내법에 따른 사법 절차 (mechanisms, modalities and proceedings conducted in accordance with domestic law)는 물론 행정 기관 및 기타 기관에 대한 접근까지도 포함한다. 사법 제도에 접근하고 공정하고 편향되지 않은 재판을 받을 권리를 보장하기 위해 국제법으로부터 도출되는 의무들이 국내법에 반영되어야 하며, 이를 위

142) 긴급조치 3호(9건) 포함

해, 국가는 아래의 조치를 취해야 한다.

(a) 중대한 인권법 위반 행위 및 심각한 인도법 위반 행위에 대한 모든 가능한 법적 구제 방법 관련된 정보를 공개적인 방법과 개인적인 방법 모두를 통하여 전파할 것(b) 피해자와 대리인의 불편 사항을 최소화하고, 사생활에 대한 불법적 침해를 적절히 방지하며, 사법·행정 절차 및 그밖에 피해자의 이익에 영향을 끼칠 수 있는 절차 개시 전, 진행 도중, 종료 후에 협박과 보복으로부터 피해자, 그 가족 및 증인을 보호하는 방안을 강구할 것

(c) 피해자가 사법 제도에 접근할 수 있도록 적절한 조력을 할 것

(d) 피해자가 중대한 인권법 위반 행위 및 심각한 인도법 위반 행위에 대해 법적 구제를 받을 권리를 행사하는 것을 보장할 수 있도록 가능한 모든 적절한 법적, 외교적, 영사적 수단을 마련할 것

18. 국내법과 국제법에 따라, 그리고 개인적인 상황에 따라, 중대한 인권법 위반 행위 및 심각한 인도법 위반 행위의 피해자는 위반 행위와 사안별 상황의 경중에 따라 비례적이고 적절하게 이 문서 상 제 19 원칙부터 제 23 원칙까지 규정된 바와 같이 원상회복, 보상, 재활, 부수 조치, 재발 방지책(restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction, guarantees of non-repetition)의 5가지 형태에 따라 온전하고 실질적인 배상을 받아야 한다.

19. 원상 회복(restitution)은 가능할 때마다 피해자를 중대한 인권법 위반 행위 또는 심각한 인도법 위반 행위 이전 상태로 회복시키는 것을 의미한다. 원상 회복에는 자유의 회복, 인권, 신분, 가족 생활과 시민권의 향유, 거주지로의 귀환, 채용 상태의 회복, 재산의 반환이 포함된다.

20. 보상(compensation)은 중대한 인권법 위반 행위 및 심각한 인도법 위반 행위에 의해 발생한 경제적 으로 추산할 수 있는 아래와 같은 손해에 대하여 위반 행위와 사안별 상황의 경중에 따라 비례적이고 적절하게 배상 받는 것을 의미한다.

(a) 신체적 또는 정신적 손해

(b) 취직, 교육, 기타 사회적 편익을 포함한 잃어버린 기회들

(c) 물질적 손해, 그리고 기대 수입을 포함한 수입의 감소

(d) 도덕적 실추

(e) 법률 비용 또는 전문가의 조력을 받는 데 쓰인 비용, 약제비 및 의료비, 심리 상담사 및 사회 복지사 비용

21. 재활(rehabilitation)에는 법률, 복지 서비스 제공은 물론 의학적, 심리학적 치료까지 포함된다.

22. 부수 조치(satisfaction)은 아래 항목들 중 가능한 하나 또는 그 이상의 것들을 포함한다.

(a) 지속적인 위반 행위의 종단을 목적으로 하는 실질적인 수단을 계발

(b) 사실 확증 및 피해자, 그 친인척, 증인, 기타 피해자를 돕거나 추가적인 위반 행위를 막기 위해 개입한 이들의 안전과 이익에 더 이상 해를 가하거나 위협하지 못하게 될 정도로 진실을 온전하고 공공연하게 폭로하는 것

(c) 실종자의 소재 파악, 유괴 아동의 신원 파악, 살해된 이들의 시체 수습 및 피해자의 명시적 또는 추정적 의사, 또는 가족과 공동체의 문화적 관습에 따라 시체를 복원, 신원 확인, 매장하는 것

(d) 피해자, 그와 긴밀하게 연결된 이의 존엄, 명성, 권리를 회복한다는 공식 선언 또는 사법적 판단

(e) 사실 인정과 책임 수용을 포함한 공개 사과

(f) 위반 행위 책임자에 대한 사법적, 행정적 제재

(g) 희생자에 대한 추모 및 헌사

(h) 위반 행위에 대한 정확한 설명을 포함하는 국제 인권법, 국제 인도법 교육과 그러한 교육의 전 단계에 걸쳐 사용되는 교보재

23. 재발 방지책(guarantees of non-repetition)는 예방 효과가 또한 있는 아래 항목들 중 가능한 하나 또는 그 이상의 것들을 포함한다.
- (a) 실질적으로 민간인이 군대와 경찰을 통제할 수 있도록 보장하는 것
 - (b) 민간 법정과 군사 법정 모두 적법 절차 원리, 공정성에 대한 국제 기준을 준수하도록 보장하는 것
 - (c) 사법부의 독립을 강화하는 것
 - (d) 법률가, 의료인, 보건의 전문가, 언론인과 관련 전문가, 인권 보호자를 보호하는 것
 - (e) 우선적이며 지속적으로 사회 모든 분야의 사람들에게 인권과 국제 인권법 교육을, 법률을 집행하는 관리와 군인, 경찰에게 훈련을 실시하는 것
 - (f) 경찰, 교정 공무원을 포함하는 공무원, 언론인, 의료인, 심리 상담사, 사회 복지사, 군인, 경제인 등이 복무 규정과 윤리 규정, 특히 이와 관련된 국제적 기준을 준수할 수 있도록 도모하는 것
 - (g) 사회적 갈등을 예방하고 추적 관찰할 수 있는 방안을 마련하는 것
 - (h) 중대한 인권법

법원은 그 동안 형사유죄 판결에 대한 재심청구 사건에서, 대법원 판결에 따라 무죄를 선고했고 형사보상법에 따라 형사보상금을 지급하였음.

그러나, 형사재심청구 사건에서의 구제(무죄판결 및 형사보상) 이외에, 중대한 인권침해에 대하여 위 유엔결의에서 정한 사후 조치가 진행되어야 함.

2. 2014. 10. 27. 대법원 판결 이전

가. 하급심은 위 대법원 전원합의체 판결 및 헌법재판소에 따라, 2014. 10. 27. 대법원 판결 이전까지, 긴급조치가 적용되어 수사 또는 유죄판결을 받은 피해자에 대하여 국가책임을 인정하였음.

국가책임을 인정한 하급심 판결은 두 가지 유형으로 분류되는데, ① 긴급조치 발동의 위법성부터 수사 및 재판의 위법성을 총체적으로 인정한 판결과, ② 긴급조치 발동의 위법성에 대한 판단을 보류하고 수사 및 재판의 위법성을 인정한 판결로 나누어 볼 수 있음.

나. 긴급조치 발동의 위법성을 인정한 판결

1) 서울중앙지방법원 2013가합70236 판결, 서울중앙지방법원 2013가합544065 판결, 서울중앙지방법원 2013가합537180 서울중앙지방법원 2013가단174452 판결 등은 긴급조치 발동 및 위헌·무효인 긴급조치 제1호 위반을 이유로 한 영장 없는 한 체포 및 구금과 재판 행위 전체를 위법행위로 보고 국가책임을 인정하였음.

‘원고 백기완에 대한 체포, 구금의 근거가 된 긴급조치 제1호는 위 대법원 전원합의체 판결에서 본 바와 같이 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이어서, 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 이는 유신헌법에 위배되어 위헌, 무효이므로, 피고의 공무원인 박정희 대통령이 긴급조치 제1호를 각 발령한 행위는 유신헌법 제53조에서 정한 발동요건을 위반하고 긴급조치권의 목적상 한계를 벗어난 것으로서 그 직무집행 과정에서 저지른 위법행위에 해당하고, 그 외의 피고 공무원이 위헌, 무효인 긴급조치 제1호를 위반하였다는 이유로 원고 백기완을 영장 없이 체포, 구금하고 그 과정에서 원고 백기완을 폭행한 행위 및 위헌, 무효인 긴급조치 제1호에 터잡아 이 사건 1, 2심 판결 등을 선고한 행위는 공무원이 직무

집행 과정에서 저지른 위법행위에 해당한다'(서울중앙지방법원 2014. 6. 27. 선고 2013가합544065 판결)

2) 특히, 대법원 2012다48824 판결(긴급조치 발동 행위를 '고도의 정치성을 띤 국가행위'로 보고 국가의 책임을 부인한 판결)의 하급심은 정면으로 긴급조치 발동의 위법성을 인정하였음.

'유신헌법 제43조 제2항은 "대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다."고 규정하고 있고, 유신헌법 제46조는 "대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다. '나는 국헌을 준수하고 국가를 보위하며 국민의 자유와 복리의 증진에 노력하고 조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민앞에 엄숙히 선서합니다"고 규정하고 있어, 대통령의 헌법수호의무를 규정하고 있다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 긴급조치 제9호는 그 발동요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하고 헌법상의 기본질서인 자유민주적 기본질서에도 반하는 것이어서, 유신헌법에 의하더라도 그 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반된다고 할 것이므로, 대통령이 긴급조치 제9호를 발령한 행위는 대통령의 헌법수호의무를 위반한 것으로서, 긴급조치 제9호를 발령한 대통령에게 고의 내지 과실이 인정된다.' (대전지방법원 2012나974 판결)

다. 수사 및 재판의 위법성을 인정한 판결

1) 위헌·무효인 긴급조치에 따라 체포, 구금한 것은 불법행위라고 판결한 사건 :

서울중앙지방법원 2013가합69595, 서울중앙지방법원 2014가합539695, 서울중앙지방법원 2013가합543970, 서울중앙지방법원 2013가합69649, 서울고등법원 2013나2008876, 서울중앙지방법원 2013가합548586, 서울중앙지방법원 2013가합543949, 서울중앙지방법원 2013가합70205, 서울중앙지방법원 2013가합70267, 서울중앙지방법원 2013가합543550

'피고 소속공무원들은 헌법상 보장된 국민의 기본권을 본질적으로 침해하여 위헌·무효인 긴급조치 제9호 위반을 이유로 원고를 상당 기간 구금하고 기소하고 원고를 폭행하는 등 불법행위를 하였고, 이로 인하여 원고와 그 가족들이 정신적 고통을 입었음은 경험칙상 분명하다'(서울중앙지방법원 2014. 6. 19. 선고 2013가합69595 판결)

2) 위헌·무효인 긴급조치에 따라 체포, 구금하고 재판한 행위 일체에 대해 불법행위라고 판결한 사건 :

서울중앙지방법원 2013가합69977, 서울중앙지방법원 2013가합71574, 서울중앙지방법원 2013가합543277, 서울중앙지방법원 2013가합543222, 서울중앙지방법원 2013가합544188, 서울중앙지방법원 2013가합69656, 서울중앙지방법원 2013가합69304, 서울중앙지방법원 2013가합543994, 서울중앙지방법원 2013가합69625

'피고 소속 공무원들은 긴급조치 제1호, 제4호 및 제9호에 터잡아 원고를 체포·구속하였을 뿐만 아니라 원고를 체포하거나 구속할 당시 헌법 및 형사소송법이 규정하고 있는 적법절차를 지키지 아니하였고, 헌법 및 형사소송법이 보장하고 있는 원고의 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 수사과정 전반에 걸쳐 침해한 사실, 피고 소속 공무원들은 원고를 구타하거나 고

문하는 등의 가혹행위를 하였고, 위헌·무효인 긴급조치 제1호, 제4호 및 제9호에 터잡아 원고를 징역 7년에 처하는 판결을 선고하였으며 원고를 9개월 동안 구금한 사실, 원고는 출소한 이후에도 피고 소속 경찰들로부터 수시로 호출되어 조사를 받는 등 계속해서 감시를 받았고 원고가 공안사건의 전과자로 낙인찍혀 자유로이 직업을 선택할 수 없게 됨으로써 가족 전체가 경제적인 어려움에 처하였고 원고와 그 가족들은 정상적인 가정생활, 직장생활, 사회생활을 하기 어려웠던 사실을 인정할 수 있다. 이러한 일련의 행위를 살펴보면 국민을 보호할 의무를 지니는 국가가 오히려 가해자가 되어 원고는 물론 그 가족들에 대하여 불법행위를 저질렀다고 봄이 상당하다¹⁴³⁾(서울중앙지방법원 2014. 6. 11. 선고 2013가합69625 판결).

라. 소결

기존의 하급심은 기본적으로 대법원 전원합의체 판결의 취지에 따라, 긴급조치가 발동요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로 유신헌법은 물론 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌, 무효라고 판시한 뒤, 긴급조치 발동 및 위헌·무효인 긴급조치에 따른 수사 및 재판은 위법하다고 판시하였음.

대법원 2013다217962 판결(긴급조치 적용만으로 위법하지 않다고 판시한 판결) 이전까지 모든 하급심이 위와 같은 맥락에서 국가의 책임을 인정하였음.

3. 2014. 10. 27. 대법원 판결 이후

가. 판결분석

1) 하급심이 긴급조치에 대해 국가의 책임을 인정하는 판결들을 하고 있는 와중에 대법원이 긴급조치 적용만으로는 위법행위를 구성하지 않고, 불법수사와 유죄판결 사이에 인과관계가 필요한다는 판결을 함(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다217962 판결).

위 판결 이후, 하급심 법원은 일체히 기존 입장을 번복하고 불법수사와 유죄판결 사이의 인과관계를 심리하여 판단하였음. 대법원의 위 입장은, 긴급조치를 적용하였다고 하여 국가의 책임을 인정하지 않겠고, 이전의 조작사건과 마찬가지로 불법수사로 허위 자백을 하여 사건이 조작된 경우에만 국가의 책임을 인정하겠다는 취지임.

위 대법원 판결 이후 하급심에서 기존의 입장을 선회하여 위 대법원이 정한 요건하에서만 국가책임을 인정하는 판결을 하였는데, 광주지방법원 2015. 2. 5. 선고 2013가합10678 판결이 위 대법원 판결의 문제를 정면으로 지적하였음.

‘어떠한 법령이 제정 당시에는 정의의 이념에 부합한다고 일반적으로 인식되었으나 이후 사회의 변화에 따라 그 목적의 정당성 또는 방법의 적정성에 관하여 달리 볼 여지가 생겼거나 여러 법익간의 균형을 달성하지 못하게 되어 위헌이라고 평가되는 경우, 위 법령에 근거하여 형사처벌을 받은 사람에 대하여는 이를 적용, 집행한 공무원의 구체적인 불법행위가 없는 이상 국가의 손해배상책임이 성립한다고 보기 어렵다.

그러나 긴급조치의 경우, 앞서 기초사실과 같이 발동요건을 갖추지도 못한 채 국민의 기본권

143) 판결문을 그대로 인용하지 않고, 당사자 부분을 수정하여 인용함.

을 침해한 것이어서 현행 헌법뿐 아니라 당시의 유신헌법에도 위반되고, 그 발동의 과정과 기본권 침해의 정도에 비추어 볼 때 그 위헌성은 매우 중대하고 명백하다. 또한 망 임기준과 임성헌을 비롯하여 긴급조치에 따라 형사처벌을 받은 수많은 희생자들에 대해 위와 같은 이유로 재심개시결정 및 재심무죄판결이 내려진 바당에는 그들의 행위를 범죄로 인정하여 처벌한 것 자체가 부당하였다는 반성적 고려가 내재되어 있다고 봄이 상당하다. 따라서 위헌성이 중대하고 명백하여 당연무효인 긴급조치가 발령되고 그에 따른 집행이 이루어졌다면, 집행과정에 관여한 수사기관과 사법기관인 종사자들이 개별적 공무원들의 고의, 과실이 개재되지 아니하였다 하더라도, 그 자체가 국가의 불법행위라 할 것이다. 이렇게 해석하지 아니할 경우 국가는 형식적 법치주의 논리 아래 규범의 제정에서 중대, 명백한 불법을 저지르고도 그 집행을 담당하는 공무원들의 무과실을 이유로 그 책임을 회피할 수 있게 되는바, 이는 ‘국가의 존재 이유는 국민의 기본권 보장에 있다’는 현대 민주국가의 원리에 부합하지 않는다’(광주지방법원 2013가합10678 판결)

위 판결 이후, 1심에서 국가책임이 인정된 사건들 모두 항소심에서 취소됨.

2) 한편, 긴급조치에 대한 국가책임을 부인하는 위 대법원 판결 이후 하급심에서 최초로 ‘긴급조치 발동’의 위법성까지 부인하는 판결이 선고됨.

‘피고가 대통령의 국가긴급권 행사에 관한 국가배상책임을 부담하기 위해서는 긴급조치가 위헌이라는 사정만으로는 부족하고 대통령의 긴급조치권 행사가 유신헌법의 문언에 “명백히 위반되어” 국가배상법 제2조 제1항 소정의 공무원의 고의 또는 과실에 의한 위법행위에 해당해야 하므로 이에 관하여 살피건대, 아래와 같은 사정들을 종합하면, 대통령의 긴급조치권 행사가 유신헌법의 문언에 명백히 위반된다고 인정하기 어렵고, 그 과정에서 피고 측 공무원들의 고의 또는 과실이 있었다고 보기도 부족하다. ① 대통령의 국가긴급권 행사에 관하여 유신헌법과 현행 헌법을 비교하면, 유신헌법에서 그 발동요건이 상대적으로 완화되어 있고, 그 내용상으로 광범위한 기본권의 제한이 가능하다는 취지로 규정되어 있다. 이는 당시 시대적 상황에 따라 대통령이 국가배상사태에 적절하게 대응할 수 있도록 하기 위하여 헌법개정권자가 대통령에게 강력한 권한을 부여하는 헌법적 결단을 한 것으로 볼 수 있다. ② 당시 시대상황에 비추어 대통령이 긴급조치를 발동할 요건을 갖추었을 정도의 비상상황이었는지에 관하여 살펴보면, 유신헌법 제53조가 규정하는 발동요건인 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받을 우려가 있는 위기상황이 존재하였다고 보기는 어렵다. 그러나 긴급조치권 발동 요건에 해당하는지 여부에 관하여 대통령은 당시 상황을 종합적으로 고려한 다음 고도의 정치적 결단에 따라 긴급조치권을 행사하게 되는데, 그 과정에서 대통령은 상당한 재량권 내지 판단여지를 부여받은 것이므로, 대통령의 긴급조치 발동요건에 관한 판단이 객관적 정당성을 상실한 경우 또는 현저하게 불합리하다고 볼 수 있는 예외적인 경우에 한하여 그 판단의 잘못에 명백한 하자가 있다고 보아 피고의 불법행위 책임을 인정할 수 있을 것이다’ (서울중앙지방법원 2013가합54423 판결).

3) 대법원은 더 나아가 2015. 3. 26.에 긴급조치 발동에 대해서도 위법성이 없다고 밝혔음(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결). 그러나, 위 대법원 판결은 긴급조치 제1, 4, 9호에 대해 사법심사의 대상임을 인정하고 위헌, 무효라고 선언한 기존의 대법원 전원합의체 판결에 정면으로 위배되는 것임. 하지만 위 대법원 판결 이후, 예외적인 경우를 제외하고는 긴급조치 적용에 대해 국

가 책임을 전면 부정하고 있음.

별표에서 2014. 10. 27. 이후의 판결을 분석하여 정리하였는데, 분석 대상 판결문이 충분하지 않아서 유의미한 분석이라고 볼 수는 없지만 2015. 3. 26.을 기점으로 법원의 태도가 현저하게 달라졌음을 알 수 있음.

나. 실종된 대법원전원합의체 판결, 실종된 민주주의

1) 법원은 2015. 3. 26. 대법원 판결 이후, ① 긴급조치 발동을 사법심사 대상에서 제외, ② 가혹행위 여부, ③ 가혹행위와 유죄판결 사이의 인과관계, ④ 소멸시효 등 4단계에 걸쳐 심리하고 있음. 그런데, 일부 예외적인 경우를 제외하고는 유신체제에서 진행된 형사 판결 논리를 그대로 따르고 있음.

당사자 주장	유신 시절 형사재판	국가배상책임 사건을 담당할 재판부
'긴급조치는 정당성이 없다.'	긴급조치는 헌법 제53조에 기하여 발하여진 법률이다	긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 법적 의무 없다.
수사기관의 강압에 의한 것이다.	인정할 증거 없다.	인정할 증거 없다.
(유인물 초안 작성)피고인들의 행위는 구성요건에 충족되지도 않는다.	피고인의 행위는 긴급조치 규정에 위반되어 죄가 됨이 명백하다.	긴급조치 위반에 해당한다.

2) 위와 같이, 현재 하급심 법원은 긴급조치의 유효를 전제로 하여, '비방', '유언비어'라는 추상적인 용어를 특별한 심리도 하지 않고 적용하고 있으며, 가혹행위와 관련한 주장 역시 증거가 없다는 이유로 기각하고 있음.

하급심 법원이 유신헌법 및 긴급조치 철폐를 비방으로 인정하는 이상, 유신헌법 및 긴급조치 철폐를 이유로 구속, 기소되어 형사처벌 받은 행위에 대하여는, 국가가 어떠한 법적 책임도 지지 않게 됨. (대법원 전원합의체가 긴급조치를 위헌, 무효로 본 가장 주된 이유 중 하나가, 일체의 정부 비판을 금지한 것이 국민주권주의에 위반된다고 보았음에도 불구하고)

그리고 유신시절에서 진행된 재판과 마찬가지로, 가혹행위의 유일한 증거인 생존자의 진술을 법원이 믿지 않으며, 가사 가혹행위를 인정한다고 하더라도 소송이 뒤늦게 제기된 점을 고려하지 않고 소멸시효를 인정하여 원고 청구를 배척함.

3) 국가의 책임을 묻는 소송에서, 긴급조치가 처음부터 위헌, 무효이고, 규정이 명확성의 원칙에 위배되어 죄형법정주의에 위반된다는 대법원 전원합의체 판결의 내용은 그 어디에서도 찾아볼 수 없고, 유신 시절 이루어진 형사 판결을 그대로 추인하고 있음.

형사재심 사건의 무죄판결은 실종됐고, 과거 유신 판결의 복제본이 떠돌고 있음.

4. 실종된 민주주의

대법원 전원합의체가 긴급조치에 대해 위헌, 무효를 선언한지 2년도 되지 않았는데 그 사이에 무슨 일이 일어났기에, 대법원은 전원합의체를 거치지도 않고 입장을 번복하고 과거로 회귀한 것일까? 긴급조치의 위헌성을 준엄하게 꾸짖으면 중대한 인권침해를 선언한 대법원 전원합의체의 판결은 어디로 간 것일까? 정작 실종된 것은 유신체제를 극복하고자 했던 '민주주의 힘'이 아닐까?

첨부.

	사건	선고일	대법 판결 인용	범죄사실 / 당사자 인정여부	가혹행위 주장 / 법원인정	국가 책임	기타
1	2013가합544423	2014. 12. 11.	2014.10.27.인용	피고인1-민청학련가담-부인 피고인2- 유인물 배포-인정	가혹행위 주장 법원 인정안함	X -모두	긴급조치 발동의 위법성에 대해 법원 최초로 국가책임 부인 판결
2	2013가합544058	2014. 12. 18.		유인물살포 등 모의 (기소유예)	가혹행위주장 적법절차위반인정	0	2014.10.27.판결과 무관하게, 수사의 불법성 인정하고 국가책임 인정
3	2014가합534959	2014. 12. 26.	2014.10.27.인용	긴급조치 구호-인정	가혹행위 주장 적법절차위반인정	0	2014.10.27.판결을 인용하면서도, 적법절차위반에 따른 국가 책임 인정. 소멸시효에 대해서는, '수사관들의 가혹행위로 자백을 강요받았는바, 정치적 신념에 따라 법정에서 진술하였다고 하더라도 수사관들의 가혹행위가 그러한 진술을 이끌어 내는 과정에서 이루어졌고 그러한 가혹행위가 개재된 수사에 기초한 유죄판결이 확정되었으므로, 재심판결이 확정된 날을 기산점으로 해야 함'
4	2013가합535276	2015. 1. 15.	2014.10.27.인용	국가보안법 등 조작	진화위에서 인정 불법구급인정	0	진실화해위원회에서 고문에 의한 사건 조작 인정.
5	2013가합69274	2015. 1.20.	2014.10.27.인용	정부비판서작성, 발표교사-부인	가혹행위주장 법원인정(영장없는 연행 인정)	0	
6	2913가합43821	2015. 1.20.	2014.10.27.인용	북한찬양, 비방-->부인(반공법)	가혹행위주장 법원인정 불법구급인정(반공법)	0	
7	2014가합541049	2015. 1.28.	2014.10.27.인용	표현물소지-->인정	가혹행위 주장 적법절차위반인정	0	'슬픈 광복', '오행시' 소지만으로, 우리나라 비방하고 사실을 왜곡하거나, 유신 헌법을 부정, 반대, 비방하고 나아가 우리나라의 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 분야에 걸쳐 사실을 왜곡하여 헐뜯는 표현물을 소지하였다고 인정하기에 부족하다.

8	2013가단5126649	2015. 1. 28.			가혹행위 주장 법원인정안함	X	긴급조치 위반으로 연행되었으나 기소되지 않고 석방된 후 퇴학당함. 사실 관계를 판단하지 않고 소멸시효를 이유로 바로 기각
9	2013가합532963	2015. 1. 29.		수감 중 긴조 위반	가혹행위 주장 법원인정 불법구금인정	O	2014. 10. 27. 판결과 무관하게 적법절차 위반으로 책임인정. 소멸시효 기산점은 '국가기관이 수사과정에서 한 위법행위 등으로 수집한 증거 등에 기초하여 공소가 제기되고 유죄 확정 판결까지 받았으나 재심사유 존재 사실이 뒤늦게 밝혀짐에 따라 재심 절차에서 무죄판결이 확정된 후'라고 판시
10	2013가합10678	2015. 2. 5.		1.헌법철폐결의문작성 2.헌법철폐플랑카드, 미수, 구치소에서 구호	'위헌무효인 긴급조치에 근거한 구금은 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당'	O	대법원2014.10.27.판결 부당하다고 지적.
11	2013가합544041	2015. 3. 24.	2014.10.27.인용	비방유인물살포제작-->인정	가혹행위 주장 법원인정 불법구금인정	O	2014. 10. 27. 판결 인용하면서도, 적법절차 위반과 이를 기초로 공소제기가 이루어지고 유죄판결이 선고된 점만 명시.
12	2013가합544515	2015. 4. 7.	2015.3. 26.인용 2014.10.27.인용	유인물배포 등	가혹행위 주장 법원인정 불법구금인정	O	배포 여부에 대하여 명시적 판단을 하지 않고, 고문 등에 의해 임의성 없는 심리상태에서 자백하였다고 인정한 뒤, 나머지 압수물들로는 증명력이 부족하거나 단순 정황에 불과하다고 보고 유죄로 인정하기에 부족하다고 판시하고 국가 책임 인정
13	2013가합69991	2015. 4. 4.	2015.3. 26.인용 2014.10.27.인용	피고인1-집회참가부인 피고인-집회참가인정	피고인1 : 가혹행위 주장, 법원인정. 피고인2: 가혹행위 주장안함.	1-O 2-X	
14	2014가합558481	2015. 5. 8.	2015.3. 26.인용 2014.10.27.인용	사실왜곡-->인정	가혹행위 주장 법원인정 불법구금인정(중정)	X	불법수사와 유죄 판결 사이에 인과관계 없음.
15	2013가합544478	2015. 5. 14.	2015.3.26.인용 2014.10.27.인용	내란음모,긴조비방 -->부인	가혹행위 주장 법원인정	O	

16	2013가합544454	2015. 5. 14.	2015.3. 26.인용 2014.10.27.인용	'대통령 나쁘다' 사실왜곡--> 부인	가혹행위 주장 법원인정 안함.	X	
17	2013가합543772	2015. 5. 14.	2014.10.27.인용		가혹행위 주장안함	X	
18	2013가합543260	2015. 5. 22.	2014.10.27.인용 2015.3.26.인용	유인물 배포-인정	가혹행위 주장 법원인정안함	X	
고등법원							
19	2014나2014687, 2014나2014694	2014. 11. 21.		민청학련 기소유예장들 사건	가혹행위 주장→긴조 1, 4호는 위헌인데, 그 당시 체포 및 구속에 있어 서유신헌법이 보장하고 있던 최소한의 적법절차 도 지키지 않았고, 헌법 이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리를 지키지 않았으므로 적법절차 위반	O	긴급조치에 따른 체포 및 구속의 불 법성을 인정한 듯한 취지임. 그리고 소멸시효의 기산점도 긴급조치 제1호에 대해 대법원 전원합의체 판결 이 선고된 날로 보았음.
20	2014나2035578	2015. 1. 16.	2014.10.27.인용	유인물배포-인정	가혹행위 주장 법원 판단 안함	X	1심 승소, 항소심 패소
21	2014나2025168	2015. 4. 7.	2015. 3.26.인용 2014.10.27.인용	비방-->인정 (백기완 선생님)	가혹행위 주장 법원인정	X	1심 승소, 항소심 패소 적법절차 위반 인정하면서, 소멸시효로 패소
22	2014나2019583	2015. 4. 17.	2015. 3.26.인용 2014.10.27.인용	유인물 준비->인정	가혹행위 주장 법원인정	X	1심 승소, 항소심 패소 적법절차 위반 인정하면서, 소멸시효로 패소
23	2014나2051426	2015. 4. 29.	2015. 3.26.인용 2014.10.27.인용	결의문작성, 배포--> 인정	가혹행위 주장 법원인정 불법구금인정(중정)	X	1심 승소, 항소심 패소 적법절차 위반 인정하면서, 소멸시효로 패소
24	2014나2034155	2015. 5. 1.	2015.3. 26.인용 2014.10.27.인용	김상진 추도식 참석인정	○	X	1심 승소, 항소심 패소 가혹행위 인정하면서, 소멸시효로 패소
25	2014나2016706	2015. 5. 7.	2015. 3.26.인용 2014.10.27.인용	고령박 쌍놈 등 사실왜곡--> 부인	가혹행위 주장 법원인정안함	X	1심 승소, 항소심 패소
26	2014나2024240	2015. 5. 27.	2015.3. 26.인용 2014.10.27.인용	유인물 초안작성, 구치소 구호 -->인정	가혹행위 주장 법원인정안함	X	1심 승소, 항소심 패소

[토론2]

유신 잔재의 청산을 위하여

박석운 (한국진보연대 상임대표/민주언론시민연합 공동대표)

유신 잔재의 청산을 위하여

박석운

한국진보연대 상임대표/민주언론시민연합 상임대표

1. 최근 대법원 판례에 대한 생각

헌법재판소와 대법원은 모두 긴급조치9호가 당시헌법인 유신헌법에도 위반되고 현행헌법에도 위반되는 위헌이라고 결정한 바 있다. 그런데 최근 대법원은 연거푸 이 헌재결정과 대법원전원합의체 결정에 사실상 반대되는 판결을 하였다.

2014.10.27. 대법원제2부에서 나온 판결을 보면, 다른 얘기가 죽 나오지만, “당시 대통령긴급조치 제9호에 의해 영장없이 피의자를 체포·구금하여 수사를 진행하고 공소를 제기한 수사기관의 직무행위나 긴급조치 제9호를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다.”고 실시하고 있다. 이 대법원 판결의 문제점은 발제문 등에서 여러차례 지적된 내용에 동의하면서, 다만 하나만 첨언하자면, 수사·재판한 공무원의 불법행위 여부와 별개로, 선출직 “공무원”인 대통령의 직무집행상 고의 또는 과실에 의한 불법행위 여부도 따져야 하는 것이 아닌가라는 생각이다. 즉, 당시 대통령이 위헌인 긴급조치 제9호를 발령하고 시행케 한 처분 자체가 바로 국가배상법 상의 불법행위에 해당된다고 생각한다.

또 2015.3.26. 대법원 제3부에서 나온 판결을 보면, 제2부 판결에서 한 걸음 더 나아가, “유신헌법에 근거한 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 대통령은 국가긴급권의 행사에 관하여 원칙적으로 국민전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로 대통령의 이러한 권력행사가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”고 판결하고 있다. 이 판결의 문제점에 대해 발제문 등의 지적한 내용에 동의하면서, 이 판결이 대통령을 헌법위에 존재하는 초헌법적 권력자로 상징하고 있다는 근본적 문제점을 지적하고자 한다. 당시 유신헌법에서도 대통령은 “나는 국헌을 준수하고 국가를 보위하며 국민의 자유와 복리의 증진에 노력하고 조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민앞에 엄숙히 선서합니다.”라는 취임선서를 하도록 규정되어 있다.(유신헌법 제46조). 대통령은 헌법준수 의무가 있으므로, 대통령의 정치행위도 헌법을 준수하는 범위내에서 정치행위를 하여야 마땅하다. 전제국가의 황제가 아닌 이상, 대통령의 헌법에 위반되는 정치행위나 처분행위에 대해서는 정치적 책임은 물론 국민에 대해 정치행위나 처분행위에 대한 법적 책임까지 져야 한다는 점이 지극히 당연한 법리이고 법치주의 원칙에 합당할진대, 대법 판결은 이를 정면으로 거스른 것이라 아니할 수 없다.

또한 절차적 문제도 지적되어야 한다. 대법원 제2부와 제3부의 위 판결들의 내용은 대법원 전원합의체 결정(2013.4.18. 결정 2011초기689호)을 사실상 변경하는 내용을 담고 있다. 그렇다면 판례변경에 해당되므로 전원합의체의 판결을 거쳐야 마땅하다. 그러나 대법원 제2부와 제3부의 판결은 이런 과정을 거치지 않은 채 대법원 소부에서 사실상 판례변경을 시도하는 꾀수를 부려 국민을 기만한 것이라는 비판을 면할 수 없을 것이다.

10년전인 2005년9월26일 당시 이용훈 대법원장이 취임사에서 “독재와 권위주의 시대를 지나면서 그 거친 역사의 격랑속에서 사법부는 정치권력으로부터 독립을 제대로 지켜내지 못하고, 인권보장의 최후의 보루로서의 소임을 다하지 못한 불행한 과거를 가지고 있습니다”라고 국민들 앞에 사과한 바 있다. 그리고도 10년도 채 안된 시점인 작년 가을부터 대법원에서 또다른 사법부 “흑역사”를 써 내려 가고 있는 것이다. 대통령을 헌법위에 놓는 이런 대법원 판결들은 사법부가 헌법질서를 파괴하고 민주주의를 부정하는데 공범이 되는 행위와 다름없다고 본다. 이는 아마도 역사가 진전되면서 사법부가 또 다른 차원의 대국민 사과를 하게 되는 것을 예비하는 것이라는 생각이다.

2. 향후 대응방안과 관련하여

국가배상과 관련하여 대법원 판례나 이에 추수하는 고법의 판결 등을 보면서 이게 정상적인 사법부나, 또 법치주의 국가 맞나 라는 의구심이 들기도 하지만, 여전히 재판은 진행되고 있다.

각각의 재판에서 최선을 다하는 노력이 진행되고 있지만, 각 재판을 대리한 변호사들간에 적극적인 소통과 협력이 필요하다고 본다. 문제의 대법 제2부 판결의 경우 이른바 뉴라이트 계열로 분류되는 “바른” 법무법인에서 소송대리를 하였고, 대법 제3부 판결의 경우는 변호사 없이 본인소송과정에서 나온 판결이라는 점이 눈에 띄기 때문이다.

또한 진행되는 재판의 소송전략을 통합하고 조정하는 기회를 만들 필요도 있다고 본다. 지금 통상적인 소송진행 전략으로는 너무 어려운 비상한 상황에 처해 있는만큼 이 토론회 개최를 계기로 소송대리인들간의 워크샵이나 전략회의 개최 등이 실행되어야 한다고 생각한다. 이 과정에서 민변 등 소속 변호사 아닌 분들도 적극 참여하도록 노력할 필요가 있다.

또한 5·18 특별법 같은 종류의 “긴급조치 특별법”이 추진될 필요가 제기된다. 그러나 세월호특별법 추진과정에서도 확인되듯이 현재의 국회 상황은 결코 쉽지 않은 상황이라고 본다. 그래서 현재의 국회를 상대로 한 노력도 필요하지만, 내년의 총선과 후내년의 대선을 염두에 둔 여러 가지 노력이 추진될 필요가 있다. 특히 이 과정에서 총선 출마자 등에 대한 정책질의와 정책 공약의 차원으로 추진될 수도 있다고 본다.

그러나 ‘법은 사회적 힘관계의 반영’이라는 이치를 생각해 본다면 특별법 추진은 입법로비로만으로는 쉽지 않다고 본다. 역사를 바로 세우는 사회적 노력, 특히 유신독재의 잔재 청산이라는 사회적 운동과 궤를 함께 할 때만이 그 가능성의 지평이 열릴 수 있을 거라고 생각한다. 유신시대 민주회투쟁의 최전선에 섰던 우리들이 우선 신발끈을 다시 매고 유신잔재 청산 운동에 앞장서야 한다고 생각한다. 그리고 재단설립 등을 위해 출연한 기금 등을 유신잔재 청산을 위한 사업에 집중 투자해야 한다고 생각한다. (구체적 방법은 함께 논의하면 될 것이다)

지금부터 열심히 뛰어야 총선과 대선을 거치면서 특별법을 실현시킬 수 있는 전망을 열 수 있을 것이다.

이와 관련하여 발제자들이 공통으로 지적하는 문제, 즉 과거 독재정권에 의해 저질러진 국가폭력이 재심판결과 국가배상청구사건을 중심으로 논의되면서 과거청산의 동력이 총체적 시각을 상실하였다는 지적을 겸허하게 받아들이고 새로운 출발을 준비해야 한다.

엄혹했던 유신독재 시기 민주주의를 위해 몸을 던져 헌신했던 민주화운동 세대로서의 자존심은, 우리가 유신잔재 청산운동에 앞장서 헌신하는 데서부터 세워지게 될 것이라고 예상된다.

메모