토론회 자료집

한국전쟁 민간인 학살사건에서의 소멸시효 문제

일 시 | 2013년 3월 21일(목) 14:00 ~ 17:00

장 소 | 변호사교육문화관 지하1층

주 최 | 민주사회를 위한 변호사모임, 민주주의 법학 연구회

PROGRAM

14:00-14:10	인사말
[사회] 장완익 (민변 과거사위 위원장)	
14:10-14:30	**[발제1] 집단살해에서 소멸시효와 신의칙** - 이재승 (민주법연 · 건국대 법학전문대학원 교수)
14:30-15:00	**[발제2] 문경 석달마을 학살사건과 국가배상 책임** - 박갑주 (변호사)
15:00-15:10	휴 식
15:10-15:30	**[토론1]** 김제완 (민주법연 · 고려대 법학전문대학원 교수)
15:30-15:50	**[토론2]** 조영선 (변호사)
15:50-16:10	**[토론3]** 신기철 (前 진실화해를 위한 과거사정리위원회 조사관)
16:10-16:30	**[토론4]** 박용현 (한국전쟁유족회 상임부의장 · 보은 유족회장)
16:30-17:00	자유토론
17:00	마무리

CONTENTS

[사회] 장완익 (민주사회를 위한 변호사모임 과거사위 위원장)

[발제 1] 집단살해에서 소멸시효와 신의칙* _____ P. 6

- 이재승 (민주법연 · 건국대 법학전문대학원 교수)

[발제 2] 문경 석달마을 학살사건과 국가배상 책임 ____ P. 36

- 박갑주 (변호사)

[토론 1] 토론문 ____ P. 50

- 김제완 (민주법연 · 고려대 법학전문대학원 교수)

[토론 2] 토론문 ____ P. 56

- 조영선 (변호사)

[토론 3] 토론문 ____ P. 62

- 신기철 (前 진실화해를 위한 과거사정리위원회 조사관)

[토론 4] 토론문 ____ P. 68

- 박용현 (한국전쟁유족회 상임부의장 · 보은유족회장)

발 제 문

발제 1

집단살해에서 소멸시효와 신의칙*[1)]

이재승 (건국대학교 법학전문대학원, 법철학)

"지금 와서 도대체 뭘 더 알고 싶은거요?"
문지기가 말했다.
카프카, <법 앞에서>

Ⅰ. 자기고발

형식적인 법률가는 기존의 해법에 맞춰 문제를 처리한다. 기존의 법체계를 완전한 우주라고 생각하며 안주한다. 그가 좋은 시대의 좋은 법적 여건에서 작업하는 한 아무런 문제가 없다. 나쁜 환경에 처해 있다면 그는 법률적 참화도 수행한다. 그는 규범준수로 치장하며 현실을 숭배한다. 악을 본디 사랑하지 않지만 그에게는 근본적으로 타자에 대한 사유가 결여되어 있기 때문에 악에 봉사한다.[1)] 그는 생의 위험과 비밀, 과거와 현재의 충돌, 현실과 이상의 생생한 갈등을 법의 이름으로 봉쇄한다. 세계의 열정과 수난을 정치의 소관으로 회피하고 자신은 법이라는 고매한 신전을 수호하는 자로 표상한다.[2)] 이들은 법의 시대적 착종을 해결하기는커녕, 제대로 보지도 못하며, 도리어 청산대상을 만든다.

실천적 법률가는 문제를 지향해 사고하며 거기에서 소우주를 본다. 그에게 기존의 해법이란 숭배의 대상이 아니라 현안의 해결에 끌어올 후보일 뿐이다.[3)] 그는 문제를 완전하게 해결하기까지 상황을 새롭게 정의하고 기존의 것들을 거듭 변형한다. 끝도 없는 변화의 세계에 마음을 열고 자신의 지적 작업은 인생에 봉사하는 것임을 안다. 그래서 흔히들 금과옥조로 여기는 것조차 기꺼이 땜질하고 혁신한다. 그러나 문제 해결은 동시에 그를 미지의 경계로 인도한다. 여기에서 법의 드라마가 시작된다. 법률가는 근원적인 정의 관념을 원용하여 법리를 비판하고, 과거와 현재를 식별하고 차이를 만든다. 이산하는 판결들, 이론들, 그리고 시대의 관념들을 채우고 비

---

* 이 글은 완성되지 않는 원고이니 인용에 유의해주시기 바랍니다. 국제법 논의와 관련해서는 다음 글을 주로 참조했음을 밝힙니다. Hessbruegge, Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 43(2012), 369-383.

1) 아렌트(지음)/김선욱(옮김), 예루살렘의 아이히만: 악의 평범성에 대한 보고서, 한길사, 2006.

2) 포스너, "프래그머티스트 선언", 메난드(펴냄)/김동식, 박우석, 이유선(옮김), 프래그머티즘의 길잡이(철학과 현실사, 1997), 539쪽 이하.

3) 이재승, "법적 창의성, 그리고 법학교육", 민주법학 42호(2010. 3), 165쪽-200쪽.

우고 종합하면서 세계를 지속시킨다. 이러한 의미의 법률가란 인류의 진화과정을 법률의 스토리로 써내려가는 사람이다. 그에게 법은 기득권과 기성의 해법의 닫힌 구조가 아니라 미래로 영구적으로 열려 있다.

과거의 인권범죄를 청산하기 위해 소환된 법률가는 미래를 만들기 위해 경계에 서 있다. 그는 비정상적인 불법 앞에 서는 도덕적 위험을 감당함으로써 어두운 역사마저 규범적 자산으로 바꾼다. 한국현대사에서 자행된 집단학살이 화해를 위한 규범적 보고가 되기 위해 법률가는 지금 무엇을 해야 하는가? 학살 및 중대한 인권침해와 결부된 법률가와 법의 생애에 대한 엄밀한 자기고발이다. 자기고발 없는 법적용자는 한국법조의 근본적 (소극)자산인 학살의 역사에서 홀로 뛰쳐나와 관조하는 배덕자이다. 책임 있는 법률가라면 자기고발을 감상적인 자책거리로 값싸게 소비해서는 안 되며, 고발의 정치성을 준엄한 법리로 변형해야만 한다.

이 글은 울산보도연맹사건 판결(이하 울산판결)[4] 이후 소멸시효에 관한 판결을 다룬다. 실제로 울산판결은 몇 가지 점에서 과거청산 작업에서 파란을 일으켰다. 첫째로, 그 판결은 집단살해에 대해 처음으로 국가의 배상 책임을 물었다. 둘째로, 그 판결은 60년 전의 사건을 해결함으로써 시효제도에 관한 낡은 도그마를 부분적으로 해체하였다. 셋째로, 판결은 국제인권법정에서 발전해온 계속범의 법리를 신의칙의 형태로 전개하였다. 이러한 점에서 울산판결은 세계의 과거청산 작업 중에서도 빛나는 판결로 꼽을만하다. 그러나 이 판결 이후 국가범죄의 소멸시효 문제에서 어떠한 변화가 발생했는가? 후속판결들의 일부는 이 중요한 판결의 취지를 확산시켰지만, 일부 판결은 그 취지를 정면으로 부정하였다. 후속법원들은 맡기지도 않는 청지기를 자임하며 피해자의 권리를 봉쇄하더니 마침내 피해자 중심적 논리로서 신의칙을 국가보호논리로 전복시켰다. 울산판결은 법리적 만행으로 인해 이제 만신창이가 되어가고 있다. 이 글은 후속판결이 안고 있는 실질적인 측면뿐만 아니라 기술적인 측면에서의 오류를 밝히고자 한다. 우선 소멸시효에 관한 국제법상의 논의부터 개관하고, 마지막으로 집단학살에 기한 배상청구권의 소멸시효에 대한 해법을 제시하겠다. 모름지기 법률가의 정치적 책임은 법률가의 권리 불구제 역사에 대해 참여자로서 법적 책임을 구성하는 것에 있다. 법조사를 통찰하고 학살의 역사를 끌어안은 자만이 실천적 법률가다.

Ⅱ. 소멸시효와 국제법

국제법의 영역에서는 국제법상의 범죄(crimes under international law)[5]에 대한 형사책임을 추궁하는 것이 확립된 원칙이다.[6] 그러한 범죄의 피해자들이 배상에 대한 권리를 가진다는 원칙도 이미 확립되었다.[7] 국가에게는 국제법상 불법행위로 인

4) 대법원 2011.6.30 선고 2009다72599 판결

5) 국제법상의 범죄는 세계인권선언에도 등장한 일반적인 개념이다. 국제인도법(전쟁법)과 국제인권법의 심각한 위반행위를 국제법상의 범죄라고 할 수 있겠다.

6) 공소시효에 대한 논의는, 이재승, 국가범죄, 앨피, 2010(2011), 80쪽 이하(국제법) 및 497쪽 이하(독일편).

7) 대표적으로 국제형사재판소에 관한 로마규정 제75조, 고문방지협약 제14조 참조.

해 야기된 손해를 완전하게 배상할 의무가 있다.[8] 국가책임법 초안도 국제법상 불법행위에 의해 야기된 손해에 책임 있는 국가에게 완전한 배상의무를 인정하고(제31조), 해당 국가는 국내법 규정을 이유로 삼아 배상의무를 회피할 수 없다고 규정하고 있다(제32조).[9] 그런데 이러한 배상청구권은 과연 시효로 소멸하는가? 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 등 국제법상 범죄에 대해서는 공소시효가 배제되므로 마땅히 배상청구권도 시효로 소멸하지 않는다는 논리가 지배적이다. 국가책임법은 인권범죄를 비롯하여 국제법상 국가의 불법행위에 대한 배상청구권을 주장하는데 시효를 알지 못한다. 유엔인권기구들은 이러한 국제법 해석을 따르지만, 국가들은 국내법적 관행에서 이를 따르지 않는다. 한마디로 국제법의 차원에서는 소멸시효는 존재하지 않지만 국가들은 국내법상 시효규정을 들어 국제법상의 책임을 부정하려고 한다.

1. 국제조약법

배상청구권의 소멸시효 배제론은 국제인권법에서는'효과적인 구제에 대한 권리(the right to an effective remedy)'에서 비롯한다. 효과적인 구제를 받지 못하는 한 소멸시효가 정지한다는 논리이다. 이러한 권리는 세계인권선언[10], 자유권규약[11], 유럽인권협약[12]에 규정되어 있다. 2005년 유엔총회가 채택한 피해자 권리장전[13]은 피해자 구제에 관한 유권해석이다. 이에 의하면 시효규정은 국제법상 범죄를 구성하는 국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반에 대하여 적용되지 않지만(제6조), "국제법상 범죄를 구성하지 아니하는 다른 유형의 위반행위에 대해서는 국내법상 시효규정은 민사소송 및 여타 절차에서도 부당하게 제한되어서는 안 된다(제7조)."국제법상의 범죄(crimes under international law)에 관련해서라면 공소시

---

8) Bassiouni, Cherif, International Recognition of Victim's Rights, Human rights Law Review, Vol. 6(2006), 203쪽 이하.

9) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR 56th Sess., Supp. No. 10, at 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001).

10) 세계인권선언 제8조
모든 사람은 헌법 또는 법률이 부여하는 기본권을 침해하는 행위에 대하여 담당 국가법원에 의하여 효과적인 구제를 받을 권리(the right to an effective remedy)를 가진다.

11) 자유권규약
제2조 3항 이 규약의 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다
(a)이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대해, 그러한 침해가 공무집행중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제(an effective remedy)를 받도록 확보할 것.

12) 유럽인권협약 제13조
이 협약에 열거된 권리와 자유를 침해당한 사람은 그 침해가 공무수행중인 사람에 의해 이루어진 경우에도 국가당국 앞에 효과적인 구제(an effective remedy)를 받아야 한다.

13) 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(A/RES/60/147)
이에 대한 Theo van Boven의 개설은 <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga_60-147/ga_60-147.html>
이에 대한 핸드북은, Utreras, Patricio, IMPLEMENTING VICTIMS'RIGHTS: A Handbook on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation, Redress, London, 2006/3. 권리장전의 번역은 이재승, 국가범죄, 앨피, 2010, 674-681쪽.

효, 형의 시효, 소멸시효 등이 인정되지 않는다. 불처벌투쟁원칙(the Updated Set of Principles on Combating Impunity)도 같은 취지이다.[14]

유엔조약기구들은 국내법상의 시효제도를 원용하려는 국가들을 상대로 <효과적인 구제에 대한 권리>를 원용한다. 조약기구들은 원주민가족들에게서 강제로 빼앗긴 아동들(Stolen Children)의 맥락에서 시효제도를 검토하였다. 1997년에 호주 인권위원회도 강제격리 정책을 제노사이드(attempted genocide)로 규정하고, 정부에게 국제기준에 따른 배상프로그램을 마련하라고 권고하였다. 아울러 호주 인권위원회는 반 보벤의 보고서를 인용하고, 배상청구권의 소멸시효를 배제하였다.[15] 그러나 호주정부는 위원회의 권고를 따르지 않고, 희생자들이 제기하는 소송에서 시효규정을 원용하였다. 이와 관련하여 다시 인종차별철폐위원회(CERD)와 자유권위원회(HRC)는 인권범죄에 대한 배상청구를 거부하려고 국내법상 시효규정을 원용하는 것을 국제법은 허용하지 않는다고 지적하면서 배상거부는 실효적인 구제권을 침해하는 것이라고 보았다.[16]

조약기구들은 제2차세계대전중에 자행된 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 부정하기 위하여 시효규정에 의지하는 것도 비난하였다.[17] 일본 정부는 성노예에 관하여 공

---

14) Orentlicher, Diane, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity E/CN.4/2005/102/Add.1
제23원칙
형사사건에서 시효--공소 또는 형-는 효과적인 구제가 이용될 수 없는 기간에는 진행하지 않는다.
성질상 시효가 존재하지 않는 국제법상의 범죄(crimes under international law)에 대해서는 시효는 적용되지 않는다.
공소시효가 적용되는 경우에도 피해 배상을 추구하는 피해자들이 제기한 민사소송이나 행정소송에 대한 소멸시효에는 영향을 주지 않는다(When it does apply, prescription shall not be effective against civil or administrative actions brought by victims seeking reparation for their injuries).

15) 호주인권위보고서는 전반적으로 반 보벤 윈칙(the van Boven principles)에 입각하여 작성되었다.“ 공소시효 배제원칙은 인권의 총체적인 침해에 대한 배상과 관련된 청구가 권위있는 법적 견해에 따르면 공소시효가 적용되지 않는 가장 심각한 범죄와 연결되어 있는 경우에도 적용되어야 한다.(The principle should prevail that claims relating to reparations for gross violations of human rights are linked to the most serious crimes to which, according to the authoritative legal opinion, statutory limitations shall not apply). 더구나 인권의 총체적 침해의 희생자들에게 세월의 진행은 고통을 완화시키는 작용을 하지 못하고, 오히려 외상후 스트레스의 증가가 발생하고 장기간에 걸쳐 온갖 필수적인 물질적, 의료적, 심리적, 사회적 지원을 요구한다는 점이 정설이다.”*Special Rapporteur on the Right to Restitution, Comp. & Rehab. for Victims of Gross Violations of Human Rights & Fundamental Freedoms, Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation forVictims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, para. 135, Commission on Human Rights, Econ. & Soc. Council, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (July 2, 1993). 인권위는 위와 같은 반 보벤의 보고서를 원용하고 절차적인 원칙을 다음과 같이 제시한다.“권고 17: 다음과 같은 절차적 원칙들은 금전배상장치의 운영에서도 적용되어야 한다. 1. 가능한 최대한의 공지. 2. 청구권자를 위한 무료 법률서비스와 대표. 3. 시효배제. 4 원주민의 참여를 포함한 독립적인 의사결정. 5. 형식요건의 최저화. 6. 증거규칙에서의 해방. 7. 문화적 적절성.”Human rights & Equal Opportunity Commission, *Bringing Them Home: Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from their Families*, Commonwealth of Australia, 1997, 310-11쪽. http://www.humanrights.gov.au/pdf/social_justice/bringing_them_home_report.pdf.

16) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 of the Convention, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Australia, 77th Sess., Aug. 2-27, 2010, para.26, U.N. Doc. CERD/C/AUS/CO/15-17 (Sept. 13, 2010); Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Australia, 95th Sess., Mar. 16-Apr. 3, 2009, para. 15, U.N. Doc .CCPR/C/AUS/CO/5 (May 7, 2009)(당사국은 빼앗긴 세대 정책의 희생자들에게 금전배상(compensation)을 포함하는 적절한 배상(reparation)이 제공되는 것을 확보하기 위해 포괄적인 국가적인 프로그램을 채택해야 한다.)

식적인 사죄와 책임도 부정하였다.[18] 일본이 아시아여성기금을 설치하여 일본군 위안부 피해여성들에게 위로금을 지급하려고 시도하였지만, 일본정부에게 법적인 배상의무가 없다는 전제 아래서 조성된 위로금을 한국의 위안부 피해자들이 수용할 리가 없었다.[19] 자유권위원회(The Human Rights Committee)는 일본정부에게"권리의 문제로서 생존자들에게 적절한 보상을 제공하는 즉각적이고 효과적인 입법적 및 행정적 조치를 취하라"고 촉구했다.[20] 고문방지위원회도 일본군성노예 피해자들이 제기한 배상청구소송을 시효를 이유로 기각한 것을 비판하였다.[21] 구유고전범재판소도 고문방지규범의 국제적인 승인을 이유로 고문은 시효에 걸리지 않는다고 하였다.[22] 국제형사재판소의 피고인들에 대한 배상청구권은 시효규정의 적용을 받지 않으며, 국제형사재판소의 관할범죄는 시효로 소멸하지 않는다(제29조 및 제75조). 캄보디아특별재판부도 30년을 지난 사건들을 다루고 있지만 희생자들에게 정신적 집단적 배상을 시행할 권한을 가지고 있다.[23] 이러한 기초에서 보자면 일반적인 국제법은 배상청구권에 대한 시효규정을 두는 것을 요구하지 않는다고 추론할 수 있다.

2. 국제관습법

국제인권조약법은 국제범죄에 대한 배상청구권의 소멸시효를 배제하는 반면에, 소멸시효의 배제가 국제관습법인지에 대해서는 증거가 제한적이다. 즉 국제절차에서 시효규정의 부존재로부터 시효의 부과가 국제법 아래서 일반적으로 금지된다는 법적 확신이 국가공동체에서 존재한다고 확정할 수 없다. 심지어 어떠한 국가도 배상을 결정할 권한을 가진 미주인권법원과 유럽인권법원에 제소기간을 국내적 절차를 마친 날로부터 6월 이내로 제한한다는 규정을 다투지 않았다.[24] 반면 아프리카인권법원은 6개월의 시간적 한계를 설정하지 않고 있다.[25] <인종주의, 인종차별, 외국인

17) 홍성필, "일본에서의 전후배상소송에 대한 국제인권적 고찰", 동북아역사재단(편), 한일간의 역사현안의 국제법적 재조명, 2009, 557-602쪽.

18) Shelton, The World of Atonement Reparations for Historical Injustices, *Miskolc Journal of International Law*, Vol.1(2004), 268.

19) 그 사이 2011년에 이명박 대통령은 일본에게 인도적 책임(법적 책임?)을 다하라는 발언을 쏟아냈다. 이 개념에 대해서는 조시현, "일본군'위안부' 문제가 인도주의 문제인가?—한·일 정부의 최근 입장에 대하여—", <민주법학> 제49호, 2012.7, 165-195.

20) Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Japan, 94th Sess. Oct. 13-31, 2008, para. 22, U.N. Doc. CCPR/C/JPN/CO/5 (Dec. 18, 2008).

21) Committee Against Torture, Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture : Japan, 3 August 2007, para.12 CAT/C/JPN/CO/1, http://www.unhcr.org/refworld/docid/46cee6ac2.html ("당사국은 자국의 시효규정을 재검토하고 고문방지협약상의 의무와 완전히 부합하게 하여 고문시도를 포함하여 고문, 가혹행위에 해당하는 행위와 고문 관여자들의 행위를 시효에 관계없이 조사하고, 기소하고, 처벌하도록 해야 한다.")

22) Furundzija Case, Judgement of 10 December 1998, IT-95-17/1, para. 157.

23) 이 문제에 대한 공식홈페이지 상 설명은,
http://www.eccc.gov.kh/en/faq/will-victims-be-entitled-compensation

24) 미주인권협약 제46조 1(b)청원이나 통보는 권리침해를 주장하는 당사자가 최종판결을 통보받은 날로부터 6월 이내에 제출되어야 한다.
유럽인권협약 제35조 (1) 법원은....최종결정이 내려진 날로부터 6월 이내에..(제출된) 사건만을 처리할 수 있다.

25) 아프리카 민권헌장 제56조 (6)국내적 구제를 거친 후 또는 인권위원회에 사건이 접수된 후 합리적인 시간

혐오, 불관용을 반대하는 세계회의 선언(Declaration of the World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance)>도 노예제와 여타 인권범죄에 대한 배상청구권의 시효배제를 언급하지 않았다.[26] 더구나 제노사이드, 인도에 반한 범죄, 전쟁범죄에 대한 배상청구권에 대해서도 소멸시효를 배제하는 원칙을 지지하는 통일적인 국가관행도 없다. 먼 과거에 일어난 중대한 인권침해사건의 피해자들에게 국가는 법적인 의무감이 아니라 정치적 상황과 도덕적 당위를 반영하는 입법을 통해 배상(보상)을 제공하는 것이 관례이다.[27] 동시에 세계 대다수 법원들은 인권범죄에 기초한 배상청구권을 배척하는 데에 보통 불법행위법상의 시효규정을 적용해왔다.[28]

독일의 경우를 보자. 독일은 군정종료 후 나치배상법(Bundesentschädigungsgesetz 1956)을 제정하여 나치희생자들에게 연금형태의 금전적 보상을 장기적으로 시행하였다.[29] 그러나 이 배상법은 나치불법체제 하에서 발생한 모든 손해를 전보하려는 것이 아니었으며, 불법행위의 시점에 독일인 또는 그에 준하는 지위를 가진 사람으로서 일정한 유형의 피해를 입은 경우에만 보상청구권을 가진다. 따라서 세계관, 종교, 인종, 정치적 이유에 의하여 나치의 박해를 받은 자만이 여기에 해당한다. 이 법은 나치불법에 대해 이 법에 입각해서만 청구권을 인정했기 때문에 나치시대에 불법행위를 겪은 자는 일반적으로 손해배상청구권을 행사할 수 없었다(제3조). 그러므로 나치배상법은 대규모 불법사태를 처리하기 위한 기술적인 장치 정도로 그친 것이 아니었음을 유의해야 한다. 1956년 나치배상법에서 제외된 대표적인 피해 유형이 강제노동이다. 독일연방법원(BGH)은 나치수용소의 피해자들이 강제노동기업에 대해 제기한 배상청구에서 독일민법상의 통상적인 시효규정(3년)을 적용하였다.[30] 당시 독일법조는 강제노동에 대하여 배상판결을 할 경우 강제노동을 했던 외국인들의 줄소송을 우려했다. 어쨌든 이 판결은 보상을 받지 못했던 피해자들이 정부와 사기업으로부터 효과적인 배상을 받는데 장애물이 되었다.[31]

한편 독일은 70년대부터 주변의 동구권국가들과 포괄적 협상을 통해서 이 문제를 처리하였다. 법적 책임이 아니라 경제적 지원이라는 명목으로 이루어졌다. 그러나 여전히 강제노동의 대가를 받지 못한 희생자들이 존재하였다. 캘리포니아가 이 문

(withina reasonable period) 안에 제출되었는지…

26) Durban Declaration(8 sept. 2001). A/CONF.189/12 실효적 권리구제를 광범위하게 옹호하지 시효배제를 단호하게 선언하고 있지는 않다. para. 98-106 참조.

27) 이재승, 국가범죄, 213쪽 이하; Shelton, Dinah, *Remedies In International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2005, 412쪽 이하.

28) Shelton, Dinah, The World of Atonement Reparations for Historical Injustices, *Miskolc Journal of International Law*, Vol.1(2004), 269.

29) 이재승, 국가범죄, 191쪽 이하. 비교적 상세한 연구로는 야노 히샤시, "독일의 과거극복", 나카노 도시오·김부자(편저), [역사와 책임], 2008, 236쪽 이하.

30) BGHz 48, 125(June 22, 1967).(원고는 1941년 선동행위처벌법 위반을 이유로 특별법원에서 2년형을 복역하고, 1943년에 게쉬타포에 의해 강제수용소에 수용되었다. 원고는 이 때 군수공장에서 강제노동을 하였으며 군수공장을 운영한 피고를 상대로 손해배상소송을 제기하였다). Markard, Nora & Steinke, Ron, Zwangsarbeiter vor Gerichtshof, *Forum Recht*, 2007/2, 56-60쪽.Schröder, Rainer, Zwangsarbeit: Rechtsgeschichtliche und zivilrechtliche Ansprüche, Jura 1994, 118쪽 이하.

31) 나치불법이라고 규정되지 않는 불법에 대해서는 전쟁결과조정법(Kriegsfolgengesetz 1957)에 따라 70년대~90년대에 이르면서 어느 정도 시차를 두고 약소한 보상이 이루어졌다.

제를 해결할 수 있는 특별법(1999.7.15. 도입)[32]을 제정하자 강제노동의 피해자들이 미국에서 독일기업을 상대로 집단 소송을 시작하였고, 마침내 독일 정부와 기업들은 강제노동의 희생자들에게 배상을 제공할 것을 합의하였다. <기억책임미래재단법 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung Erinnerung, Verantwortung und Zukunft>의 전문은 다음과 같다.

> 나치국가가 강제수용과 강제구금을 통해, 강제노동과 무수한 인권침해행위들로 인한 절멸을 통해 심각한 불법(Unrecht)을 자행했다는 점, 나치 불법에 관여했던 독일기업들이 역사적 책임(historische Verantwortung)을 지고, 이를 이행하지 않으면 안 된다는 점, 독일제계의 재단설립에 함께 참여하기로 결정한 기업들이 스스로 이러한 책임을 고백했다는 점, 과거에 자행된 불법과 당시에 받은 인간적인 고통이 재정적 급부를 통해서도 결코 원상회복될 수 없다는 점, 나치 체제의 희생자로서 목숨을 잃었거나 그 사이에 사망한 사람들을 위한 이 법률이 너무 늦게 제정되었다는 점을 인정하며, 독일연방하원은 나치의 희생자들에 대한 정치적이고 도의적인 책임(politische und moralishe Verantwortung)을 고백한다. 연방하원은 희생자들에게 가해진 불법에 대한 기억을 미래의 세대들에게도 일깨울 것이다. /연방하원은 이러한 법률을 통해서 독일-미국 정부간 협정과 미국정부의 부수성명 그리고 협상에 참여한 모든 당사자들의 공동성명이 특히 미국에서 독일기업과 독일정부의 법적 안정성(Rechtssicherheit)을 충분한 정도로 보장해야 한다는 전제에서 출발한다./연방하원은 연방상원의 동의를 얻어 다음의 법률을 의결한다.

재단법은 단지 나치와 협력했던 독일기업의 '역사적 책임'과 의회의 '정치적 도의적 책임'을 언급하였지만 법적 책임을 거론하지 않았고, 법적 책임에 입각한 제소가능성을 배제하였다.[33] 독일연방법원은 배제조항(제16조)에 대한 도전을 배척하였다. 법원은 피해자들이 시효로 소멸한 권리를 대신하는 권리를 재단법인이 제공하였기 때문에 배제조항은 적법하다고 보면서 소멸시효에 관한 기존의 법리를 재확인하였고, 헌법재판소도 청구권배제를 합헌적이라고 결정하였다.[34]

---

32) 이 법은, 캘리포니아주 민사소송법(Code of Civil Procedure)에 제354조 제6항으로 추가되었다.
(b)제2차 세계대전 노예노동 피해자 또는 그 상속인, 제2차 세계대전 강제노동 피해자 또는 그 상속인은 누구든지, 제2차 세계대전 노예노동 피해자 또는 제2차 세계대전 강제노동 피해자로서 수행한 노동에 대하여, 직접적으로 또는 자회사 혹은 제휴회사를 통해서 그 노동으로부터 이익을 얻은 모든 자 또는 그 이익승계자를 상대로 배상을 구하기 위한 소송을 제기할 수 있다.
(c)이 항에 따라 제기되는 소송은, 2010년 12월 31일 또는 그 이전에 제기되는 경우에는, 시효기간 내에 제기되지 않았다는 것을 이유로 기각당하지 않는다.

33) 기억책임미래재단법 제14조 신청기한
신청은 법률의 시행 후 8월 이내에 협력기관에 제출해야 한다(제척기간). ……
제16조 청구권의 배제
①사회보험을 포함하여 공법인 및 독일기업을 상대로 한 이 법 제11조(청구권자 규정임: 필자 추가)의 나치 불법에 대한 급부는 이 법률에 의해서만 청구할 수 있다. 나치 불법과 관련한 여타의 청구는 배제된다. 여타 청구권이 법률, 양도 또는 법률행위에 의하여 제3자에게 이전된 경우에도 마찬가지다.
②청구권자는 신청절차에서 3항 내지 5항의 유보하에 이 법률상의 급부를 수령과 동시에 독일공법인을 상대로 강제노동과 재산상의 손해에 관하여 그 이상의 권리행사, 나치불법과 관련하여 독일기업을 상대로 한 모든 청구권행사 및 강제노동을 이유로 오스트리아 공화국과 오스트리아 기업을 상대로 한 청구권행사를 확정적으로 포기한다는 각서를 제출한다. 포기는 이 법률상의 급부의 수령과 동시에 효력을 발생한다. ……

34) BGH May 27, 2003, NJW 2912, 2003; BVerfGE 112, 93(Dec. 7. 2004)

스위스 최고법원은 스프링 케이스에서 배상청구권의 소멸시효 문제를 다루면서, 핵심적인 국제범죄의 처벌에 대해 시효가 배제된다는 원칙은 스위스 행정법상의 배상청구권에 대해서 그대로 적용되지는 않는다고 보았다.[35] 연방법원은 시효배제원칙이 스위스형법에 도입된 1983년 이후에 청구권이 발생한 사건에 한하여 국제범죄에 입각한 배상청구권에 대해 소멸시효가 적용되지 않는다고 보았다.[36]

프랑스 법정에서 희생자들은 배상청구권의 당사자로서 형사절차에 참여할 수 있다. 프랑스 최고법원(Cour de Cassation)은 인도에 반한 죄의 공소시효배제는 형사절차에서 민사사건의 당사자로서 제기한 배상청구권에도 적용된다는 입장을 확립해 놓았다.[37] 그러나 이 판결은 민사소송에서의 배상청구권에까지 확장되지 않으며, 따라서 실제로 기업과 정부에 대한 배상청구권은 시효로 소멸하게 되었다. 제2차 세계대전 중에 자행된 인도에 반한 범죄에서 기업의 공범사건에서 법원은 시효규정을 원칙적으로 적용하였다.[38]

인도에 반한 범죄와 전쟁범죄도 시효의 적용을 받는다는 것을 일본법원은 원칙으로 수용한다. 제2차 세계대전과 관련된 주요한 사건에서 히로시마 고등법원은 인도에 반한 범죄와 전쟁범죄에 대하여 일본법상 10년이라는 시효규정이 적용되는 것에 의문을 갖지 않았다. 그러나 고등법원은 피해자들이 물리적으로 자국의 여행제한 조치로 인해 일본법원에 물리적으로 접근할 수 없었기 때문에 소멸시효기간이 중단된다고 인정함으로써 원고에게 배상청구권을 인정하였다.[39] 최고재판소는 고등법원의 시효에 관한 설시부분을 논하지 않았지만, 다른 이유로 원고 패소판결을 내렸다.[40]

---

http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv112093.html(유대계 폴란드인 원고들은 독일의 폴란드 점령 이후 아우쉬비츠 수용소로 강제이송되고 이게 파르벤 회사를 상대로 강제노동에 대한 임금과 위자료청구 소송을 제기하였다. 법원은 시효소멸론과 재단법에 입각하여 청구를 봉쇄하였다.)

35) Bundesgericht Jan. 21, 2000, BGE II 126, 145(157-58), http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-126-II-145&lang=de&zoom=OUT&system=clir. 이 사건은 1927년에 베를린에서 태어난 유대인인 죠셉 스프링이 권리를 박탈당하고 은신하던 중에 프랑스에 사는 자신의 4촌들과 더불어 스위스에 입국하고자 하였으나 스위스 국경당국이 나치치하의 프랑스당국에 이들을 이첩하여 나중에 아우쉬비츠 수용소로 강제이송되었다. 수용소에서 살아남은 스프링은 1998년에 국가책임법(das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten)에 기하여 100,000프랑의 위자료를 국가에 청구하였으나 시효소멸을 이유로 기각당했다. 스위스법원은 당시에 입국거절이 국제법에 위반하지도 않았다고 결정했다.

36) Gypsy Int'l Recognition and Comp. Action v. Int'l Bus. Machs. Corp. (IBM), Tribunal fédéral(Aug. 14, 2006), ATF III 132, 661(662). 국제집시보상행동은 2001년에 IBM을 상대로 제2차세계대전중에 나치와 협력하여 집시들에게 가한 박해와 강제노동에 대하여 손해배상을 청구하였다. 법원은 소멸시효를 내세워 청구를 기각하였다. "Swiss reject IBM-Holocaust Lawsuit", The Jerusalem Post(2006.8.19), <http://www.jpost.com/LandedPages/PrintArticle.aspx?id=32137>. 뉴욕에서 홀로코스트 생존자들이 IBM을 상대로 소송을 제기하였으나 독일기업의 재단설치와 맞물려 양해되어 소를 취하하였다."Nazis'Victims to Drop Suit Against I.B.M.," The New York Times (30 March 2001), <http://www.nytimes.com/2001/03/30/technology/30BLUE.html>.

37) Cour de cassation, June 1, 1995, Bull, crim., No. 202, 547, <http:// legimobile.fr/fr/jp/j/c/crim/1995/6/1/94-82590>.

38) 자세한 사항은, Rouquette, Rémi, The French Administrative Court's Rulings on Compensation Claims Brought by Jewish Survivors of World War II, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25(2010), 304(311).

39) 2004.7.9자 판결(중국인 노동자의 배상청구소송에서 제2차세계대전중에 징용되었다가 종전 후 일본에 처음 입국했던 시기가 1993년이라는 점을 들어 일본정부의 소멸시효항변을 배척하였다), <http://c.hani.co.kr/index.php?mid=hantoma&category=132&page=7&sort_index=readed_count&order_type=asc&document_srl=1408551>.

40) 最高裁判所 2007.4.27 民集61__3__1188頁

호주고등법원은 빼앗긴 세대 소송에 시효규정이 적용된다는 것을 확인하였다.[41] 초기 사건에서 뉴 사우스 웨일스 항소법원은 시효규정을 적용하는 것은 부정의하고 불합리하다고 결정하였다.[42] 후속재판인 큐빌로 사건에서 법원은 원고들이 시설에 수용되는 과정에서 당국의 불법행위를 증명하는 사실을 발견하지 못했다면서 원고들의 청구를 기각하였다.[43] 빼앗긴 세대 중에서 유일하게 승소한 인물이 트레보로우이다. 남호주최고법원은 소제기에 필요한 정보를 국가만이 알 수 있었고, 국가가 정보를 원고에게 불법적으로 공개하지 않았다는 점을 확인하고 시효를 연장하였다.[44] 승소 판결 후 1년도 못되어 원고는 사망하였으며, 이 결정은 남호주 항소법원에 의해 유지되었고,[45] 주정부는 상고하지 않았다. 이 사건은 우리나라 신의칙에 입각한 판결과 유사하다.

미국에서는 법원과 입법자가 동시에 인권침해에 입각한 배상청구권에 시효규정을 적용하였다. 특히 고문피해자와 초사법적 살해의 유족들이 개인적인 외국인 범법자에게 소송을 제기하는데 법적 기초를 제공한 고문피해자보호법(TVPA)은 10년의 시효기간을 정하였다.[46] 보다 최근의 결정에서 미국 연방법원은 고문피해자보호법의 시효규정을 외국인불법행위법(ATCA)에 유추 적용하였고,[47] 이 법은 연방법원에게 국제법과 미국의 조약을 위반하여 자행된 불법행위에 대해 외국인이 제기한 민사소송에 대한 관할권을 부여하였다.[48] 이 판결은 미국법체계에 익숙지 않은 외국인에게 끔찍한 장애요인을 설정한 것이었지만 연방법원들이 과거에 국가불법행위법 아래서 단기 시효를 고수했던 것에 비하면 진일보한 것으로 평가된다.

시효규정 자체도 역사적 불법과 관련해서 가공스러운 장애를 제공한다. 아프리카계 미국인은 노예제배상과 관련하여 미국법정에서 성공하지 못했다. 노예무역을 통해 이익을 얻은 기업을 상대로 한 노예후손소송에서 연방 항소법원 제7순회재판부는 노예제가 당시에는 불법적이지 않았다는 사정을 포함하여 다양한 이유로 원심의 청구기각을 유지하고, 시효규정도 원용하였다." 150년 전에 일어난 피해에 대한 소

41) Buti, Antonio, The Stolen Generations and Litigation Revisited, *Melbourne University Law Review*, Vol. 32(2008), 382, 416-17.

42) Williams v Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983 (No. 1) (1994) 35 NSWLR 497, 514-15. 이 사건에 대해서는 Read, Peter, The Stolen Generations, the historian and the court room, *ABORIGINAL HISTORY*, Vol. 26(2002), 51, 53.

43) Cubillo v Commonwealth (No. 2) (2000) 103 FCR 1, 443), Cubillo v Commonwealth (2001) 112 FCR 455, 572.

44) Trevorrow v South Australia [2007] SASC 285, para. 911. 1956년생인 호주원주민 브루스 트레보로우는 두 살이 안 되어 부모와 강제로 격리되어 백인가정에 위탁되어 10살이 되서야 생모를 상봉할 수 있었고 67년에 가족의 품으로 돌아갔다. 트레보로우는 강제격리를 이유로 주당국에 손해배상 소송을 제기하였다. 남호주최고법원은 당국에 대해 트레보로우에게 775,000달러를 배상하도록 결정하였다(2007.10.1). 이 사건에 대해서는 Genovese, Ann, Metaphor of Redemption, Myths of State: Historical Accountability in Luhrmann's Australia and Trevorrow v South Australia, *Griffith Law Review*, Vol. 20(2011), 67쪽 이하.

45) Trevorrow v South Australia [2010] SASC 56.

46) Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. No. 102-256, § 2(c), 106 Stat. 73, 73 (1992) (codified at 28 U.S.C. § 1350 (2006)).

47) Papa v. United States, 281 F.3d 1004, 1011-13 (9th Cir. 2002) Doe v. Islamic Salvation Front, 257 F. Supp. 2d 115, 118-19 (D.D.C. 2003) Iwanowa v. Ford Motor Co., 67 F. Supp. 2d 424, 461-66 (D.N.J. 1999); 시적 한계에 대해서는 Weeramantry, J. Romesh, Time Limitation under the United States Alien Tort Claims Act, INT'L REV. RED CROSS, Vol. 85(2003), 627쪽 이하.

48) 28 U.S.C. § 1350 (2006).

송은 오랫동안 주 시효규정에 의하여 저지되었다. 실제로 시효정지원칙(tolling doctrines)은 시효를 정지시켜 시효기간을 넘어서 소송을 제기할 수 있게 한다. 그러나 100년이나 그 이상을 넘어가는 것은 가능하지 않다. 노예들은 소송을 제기할 수 없었으며, 1865년에 수정 제13조가 발효한 이후에 이러한 유형의 소송을 남부에서 제기했다면 공정한 재판은 불가능했을 것이다. 그러나 일부 북부의 법원은 그러한 소송에 대해 수용적인 태도를 취했을 것이고, 피고인들이 북부의 회사이기 때문에 소송은 북부에서 적절했을 수도 있다. 남부에서도 노예들의 후손이 그들이 비판하는 불법을 시정하기 위해 수십 년 전부터 법정에 대해 효과적인 접근을 할 수 있었을 것이다. 그리고 기업들이 노예제의 운영에 관련되었다는 점이 깊은 미스터리가 있는 것처럼 간주할 바도 아니다."[49]

일본계 미국인 강제수용은 대략 12만 정도에 이르렀다. 프랭클린 루스벨트는 행정명령 9066을 통해 민간인의 접근을 봉쇄하는 작전지역을 지정할 수 있는 권한을 지역군사령관에 부여하였다. 이 권한은 일본인을 태평양 연안에서 축출하는 데에 사용되었으며, 1944년 대법원은 긴급한 공공의 필요가 있는 경우에는 인종적 집단의 시민권을 제한할 수 있다며 이송과 구금을 합헌적이라고 판단하고 배상청구를 기각하였다.[50] 그러나 사후에 비밀해제된 정부문서에서 일본계 미국인의 구금필요성에 대해 정부가 거짓말을 했다는 정황이 밝혀지자 정부를 상대로 새로운 소송이 시작되었다.[51] 레이건 정부는 하는 수없이 민권법(Civil Liberties Act of 1988)을 제정하여 강제로 수용된 일본계 미국인 생존자에 대해 2만 달러의 보조금을 지급함으로써 사태를 매듭지었다.[52]

1923년 미국 남부 플로리다 로즈우드에서 백인폭도들이 폭력적으로 흑인들의 공동체를 공격하여 그들을 살해하고 추방하고, 집과 공동체시설을 파괴하였다. 이것이 로즈우드 학살사건[53]이다. 80년대에 주요방송에서 과거사건의 재조명하면서 로즈우드 사건도 전파를 타게 되었다. 1993년에 로즈우드 피해자들이 플로리다 주정부를 상대로 보호의무위반을 이유로 소송을 제기하였다. 플로리다주는 처음에는 시효소멸을 이유로 피해자들과 후손들에게 배상을 거부하였으나 1994년에 금전배상을 제공하는 로즈우드 배상법(the Rosewood Compensation Act)을 통과시켰다. 그러나 이러한 결정이 근거한 보고서는 특별히 배상이 법적인 근거가 아니라 도덕적 근거에서만 제공되었을 뿐이라고 지적한다. "법의 문제로 보자면 이러한 소송이 성격상 법적이라면 기록은 청구권자들이 시효규정에 근거한 국가의 반론을 극복할 수 있었다는 것을 증명하지 못했다. 입법 이전에 청구권법안 절차는 국가의 도덕적 의무에 관련된 입법 대권에 속하는 문제이다."[54]

---

49) In re African Am. Slave Descendants Litig., 471 F.3d 754, 762-63 (7th Cir. 2006).
50) Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944). Shelton, 앞의 글, 269쪽.
51) 584 F. Supp. 1406(N.D.Cal. 1984).
52) 일본계 라틴 아메리카인에 대한 보상에 대해서는 Yamamoto, Eric K, Reluctant Redress: The UYs Kidnapping and Internment of Japanese Latin Americans", Martha Minow(ed.), *Breaking The Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*, Princeton U.P., 2002, p.135.
53) 자세한 것은 "Rosewood Massacre", <http://en.wikipedia.org/wiki/Rosewood_Massacre>
54) RICHARD HIXSON, SPECIAL MASTER'S FINAL REPORT (1994), <http:// afgen.com/roswood2.html>

Ⅲ. 울산판결과 후속판결들

울산보도연맹 사건 판결 이후에 문경보도연맹 사건 판결[55]도 2007.6.26. 진실화해위원회의 결정일을 기준으로 소멸시효를 계산함으로써 피해자의 권리를 구제하였다. 나아가 대구 10월 사건에 대한 판결은 울산판결의 논리에 따라 진실화해위원회의 진실규명일을 기준일로 소멸시효를 계산함으로써 피해자의 권리를 구제하였다.[56] 해남나주부대사건에서도 법원은 2007.10.27 진실화해위원회의 결정일을 기준으로 소멸시효를 계산하였다.[57] 이러한 결정은 기본적으로 진실화해위원회의 결정일을 기준으로 삼은 점에서 울산보도연맹 사건의 대법원 판결의 내용을 반복하였다. 대구 10월사건 판결은 한국전쟁 이전의 시기까지 끌고 올라갔다는 점에서 다소간 논의의 확장이라고 말할 수 있다. 이 기세로 제주 4.3사건의 해결까지 밀고 갈 수도 있겠다.[58] 이제 울산보도연맹 사건 판결의 취지에서 이탈하거나 역행하는 최근 판결들을 검토해 보겠다.

1. 거창사건

울산판결 이전에 2008년 거창민간인 집단학살 사건에 대한 판결(1차판결)이 내려졌다. 1차 판결(2008.5.29.)[59]에서 대법원은 소제기일인 2001.2.17.을 기준으로 5년을

---

55) 서울고등법원 제15민사부 2011나74842 손해배상(기)

56) ①국가적 혼란기에 경찰이나 군인이 빨치산 토벌과정에서 저지른 위법행위는 객관적으로 외부에서 거의 알기 어려워 원고와 같은 희생자들의 유족이라고 하더라도 국가에 의하여 진상이 규명되기 전에는 국가 등을 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려웠다고 할 것인 점, ②대구 10월사건 관련 민간인 희생 사건에 관하여 과거사정리위원회에 의한 진실규명결정이 이루어지기 전까지는 국가가 그 진상을 규명한 적이 없었고, 실제로 망인을 포함한 칠곡지역 주민들의 피살신고 사실을 칠곡군수가 양민피살사건 조사의원에게 제출하였음에도 과거사정리위원회의 진실규명결정 이전까지 별다른 조치가 이루어지지 않은 점, ③국가적 혼란의 시기에 개인에 대하여 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행하거나 또는 국가권력의 비호나 묵인 하에 조직적으로 자행된 기본권침해에 대한 구제는 통상의 법절차에 의해서는 사실상 이루어지기 어려운 점, ④나아가 이 사건은 국가권력이 학살을 자행한 반인권적인 중대 범죄행위에 해당하는 점에서 공무원이 공무를 수행하면서 통상적으로 저지를 수 있는 일반적인 불법행위와 달리 볼 필요가 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 과거사정리위원회의 이 사건에 대한 진실규명결정이 있었던 2010. 3. 30.까지는 객관적으로 원고가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 봄이 상당하고, 나아가 국민이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있는 피고가 오히려 적법한 절차를 거치지 않은 채 조직적·집단적으로 희생자들의 생명을 박탈한 후 이에 대하여 아무런 조치를 취하지 않다가 뒤늦게 그 유족들이 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효 완성을 주장하면서 그 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실의 원칙에 반하는 것이어서 허용될 수 없다.(부산지방법원 제8민사부 2012가합9228)

57) 서울중앙지법 제26민사부 2010가합108154 손해배상(기)

58) 필자는 제주4.3사건진상조사보고서 자체가 진실화해위원회의 결정과 맞먹는 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 의문이다. 만일 법원이 성격상 동일한 것이라고 취급한다면 시효로 소멸했다고 결정할 가능성이 높다.

59) 대법원 2008.5.29. 선고 2004다33469 판결
"국가배상법 제2조 제1항 본문 전단 규정에 따른 배상청구권은 금전의 급부를 목적으로 하는 국가에 대한 권리로서 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전문 개정되었다가 2006. 10. 4. 법률 제8050호 국가재정법 부칙 제2조에 의하여 폐지된 것으로서, 2006. 12. 31.까지 시행된 것) 제96조 제2항, 제1항이 적용되므로 이를 5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다57856 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929(본소), 2006다70936(반소) 판결 등 참조). 그리고 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안은 진행하지 않지만, '권리를 행사할 수 없는' 경우라 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리행사 가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당하지 않는다(대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다56031 판결, 대법원

역산하여 그 사이에 법률상의 장애사유가 존재하지 않으므로 소멸시효가 완성되었다고 판결하였다. 2012.2.9.자 부산지방법원의 2차 판결[60]은 거창사건의 법적 쟁점들을 정리해주고 있다. 판결의 주요 부분을 간추리면,

"1980년 이후 거창사건 유족들은 거창사건에 관하여 국회나 정부 등에 진정이나 청원 등을 하였고, 1996. 1. 5. 거창사건의 유족에 대한 명예회복, 불이익 처우 금지 등을 내용으로 하는 거창사건특별법이 제정되었고, 거창사건특별법에 따라 망 임명섭을 포함한 거창사건의 유족들은 1998. 2. 17. 심의위원회에서 유족 결정을 받았으며, 2001. 2. 17. 거창사건 희생자 유족 376명이 창원지방법원 진주지원 2001가합430호로 피고를 상대로 거창사건으로 인한 국가배상청구를 하는 소를 제기하였던 점 등에 비추어 보면, 국가가 거창사건의 진상을 공식적으로 규명하고 거창사건 희생자들의 명예를 회복시키기 위하여 거창사건특별법을 제정한 1996. 1. 5. 이전에는 객관적으로 원고들이 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었다고 할 것이나, 그 이후(늦어도 원고들이 심의위원회에서 유족결정을 받은 1998. 2. 17. 이후)에는 그와 같은 장애사유가 있었다고 볼 만한 자료가 없다."

"살피건대, 거창사건의 희생자들은 국가기관에 의한 불법행위의 피해자로서 그 채권자 보호의 필요성이 크다고 할 것이나, 앞에서 본 바와 같이 원고들의 경우 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 해소된 때로부터 다시 시효기간이 도과한 이후에 이 사건 소를 제기한 반면, 문경 사건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결)의 경우 2007. 6. 27. 있었던 과거사정리위원회에 의한 진실규명결정에 의하여, 울산 국민보도연맹 사건(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결)의 경우 2007. 11. 27. 있었던 과거사정리위원회의 진실규명결정에 의하여 위 각 사건에 대한 진상이 밝혀지기 전까지는 국가에 의하여 진상이 은폐된 채 진상이 밝혀지지 않아 유족들이 손해배상청구권을 행사할 수 없는 장애사유가 있었고 유족들이 그 장애사유가 해소된 후부터 다시 시효기간이 도과하기 전에 소를 제기한 차이점이 있다."

2차 판결은 시효기산일을 거창사건 심의위원회의 유족결정일(1998.2.17)로 상정함으로써 시효기간일에서 대법원의 1차 판결과 상충되지만, 울산판결의 시효기간 계산방법을 유추 적용했다. 판결은 상이하지만 시효기간이 지나 권리구제가 불가능하다는 데에는 1차 판결이나 2차 판결이 일치한다. 그런데 1차 판결의 시점에서 2차 판결의 계산방법을 따랐다면 1차 판결은 유족의 권리를 구제하였을 수도 있었다. 이는 우선적으로 법의 운용에 있어서 심각한 파행이라고 생각한다. 이 파행과 불일

2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결 등 참조).
원심은 그 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 국가가 1960년대 초부터 1970년대 말까지 원고들을 비롯한 거창사건 희생자 유족들에 대하여 저질렀다는 불법행위에 관한 손해배상청구권의 경우 이에 관한 5년의 장기소멸시효가 이미 완성하였고, 나아가 이 사건 소제기시점인 2001. 2. 17.로부터 역산하여 그 장기소멸시효기간인 5년 이내에 피고가 거창사건에 관련하여 원고들에게 부당한 압력을 행사하는 방법으로 적극적인 가해행위를 하였다는 점 등에 대하여 아무런 주장·입증이 없다는 이유로 이에 관한 원고들의 청구 부분을 모두 배척하였다. 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 적어도 소제기시점인 2001. 2. 17.로부터 역산하여 5년의 기간 동안 원고들에게 국가배상청구권을 행사할 수 없는 법률상의 장애사유 등이 존재하였다고 볼 수 없는 이 사건에서, 그 판시와 같은 이유로 피고 국가의 소멸시효 항변을 받아들인 원심의 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 국가배상법상 배상청구권의 소멸시효에 관한 법리오해 등 판결에 영향을 미친 위법이 없다.)

60) 부산지방법원 제5민사부 2012.2.9.선고 2011가합20228 판결

치, 오류가 전적으로 법원 측에 있기 때문에 1차 판결은 재심의 대상이라고 본다.[61] 1차 판결의 재심사유는 판결이 확정된 뒤에 생긴 경우에 해당한다.[62]

거창법 제정이 배상청구권 행사의 기준일이 될 수 있다는 판단은 논리적 비약이다. 법원이 예비적으로 유족결정일을 장애사유가 제거된 날로 보는 것은 합리적이다. 한편 거창법 자체를 배상청구권의 근거로 삼는 법원의 논리도 오류투성이다. 배상청구권의 근거는 원래의 불법행위에 있는 것이지 특별법에 있지 않다. 대체로 특별법은 광주보상법처럼 보상의 근거가 되기도 한다.[63] 하지만 거창법은 배상이든 보상이든 피해자나 유족에게 금전적인 급부를 예정하고 제정되지 않았다는 점을 주목해야 한다. 거창법은 배상이나 보상의 근거가 아니며, 오히려 그에 관한 국가책임을 배제하고 대략 피해자를 무마하려는 과거사법의 대표적인 예이다. 좋게 말해서 거창법은 피해자의 기본적 권리중의 하나인 진실에 대한 권리(right to truth)를 어느 정도 구현할 뿐이다. 2차판결은 울산판결의 법리를 유추하려고 시도하였으나 시효기산점까지 소급함으로써 피해자의 권리를 부당하게 박탈하였다는 문제를 안고 있다. 시효기산점을 소급하는 것은 울산판결의 역사적 사실을 기억 속에서 삭제한다는 것이다. 이러한 오류는 거의 모든 판결에서 확인할 수 있다.

시효기산일(cut-off time)에 관한 기준을 처음으로 확립하는 '시각'이 다른 사건과 관계에서 바로 표준시점(시행일)일 수밖에 없다. 울산보도연맹 사건에 대한 대법원 판결일이라는 표준시점 이후에 비로소 진실이 규명된 사건이라면 그 진실이 규명된 시점부터 소멸시효가 기산되는 것이며, 일응 진실이 규명되고 소멸시효가 완성되었다고 간주되는 사건이라 하더라도 표준시점 이전에는 총체적인 진실을 아는 상태가 아니므로 표준시점부터 비로소 소멸시효가 진행된다고 보거나 합리적 지연기간(reasonable delay)[64]을 추가해야 한다. 이는 시효정지 규정의 유추라고 할 수 있다. 이러한 법리는 다양한 법체계에서 확인할 수 있다. 이 지연이 피해자나 유족의 잘못이 아니라 학살사건에서 소멸시효기산점을 대법원이 처음으로 정함으로써 생겨난 사태이므로 법원의 혼선이 야기하는 정치적 비용을 피해자들에게 전가하지 말아야 한다.

2. 부여 사건

61) 민사소송법 제451조(재심사유) ① 8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때

62) 제456조(재심제기의 기간) ① 재심의 소는 당사자가 판결이 확정된 뒤 재심의 사유를 안 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다.
②제1항의 기간은 불변기간으로 한다.
③판결이 확정된 뒤 5년이 지난 때에는 재심의 소를 제기하지 못한다.
④재심의 사유가 판결이 확정된 뒤에 생긴 때에는 제3항의 기간은 그 사유가 발생한 날부터 계산한다.

63) 광주보상법은 스스로 배상의제규정을 두고 있다는 점을 감안하면, 법원처럼 막연하게 거창법 제정을 배상권 발생근거로 찔러보기 식 언급하는 것은 정확하지 않다.

64) 제179조(제한능력자의 시효정지) 소멸시효의 기간만료 전 6개월 내에 제한능력자에게 법정대리인이 없는 경우에는 그가 능력자가 되거나 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 시효가 완성되지 아니한다.
제182조(천재 기타 사변과 시효정지) 천재 기타 사변으로 인하여 소멸시효를 중단할 수 없을 때에는 그 사유가 종료한 때로부터 1월내에는 시효가 완성하지 아니한다.

후속판결 중에서 가장 중요한 판결이라고 본다. 피해자들의 주장에 다단계 방식으로 접근하여 울산판결의 취지를 가장 지근거리에서 부정하고 있다. 피해자들의 권리를 부정하겠다는 집념으로 과거청산에서 등장하는 피해자를 위한 모든 논거들을 반박하고 있다. 진실화해위원회는 2009.1.19.자에 한국전쟁 초기에 충남서부지역 보도연맹원 총 74명의 학살에 대하여 진실규명 결정을 내렸다. 유족들은 진실화해위원회의 결정이 내려진지 2년 10월이 지나서 손해배상 청구소송을 제기하였다. ①우선적으로 법원은 보도연맹원들의 사망 당시에 유족들이 가해자와 가해사실을 알고 있었으므로 권리를 행사할 수 있는 때는 희생자들의 사망시점이라고 판단하였다.[65] ②울산판결에서 중요했던 국가의 신의칙 배반행위와 같은 것이 이 사건에서는 존재하지 않는다고 부연하였다. ③거창 학살사건의 책임자를 당시 군사법정이 처벌한 데서 보듯이 학살 당시에도 권리행사의 객관적인 장애사유는 존재하지 않았다고 판단하였다. ④설혹 장애사유가 있다하더라도 군인출신 통치자들이 물러나고 김영삼, 김대중 정부가 들어선 이후 그 장애사유가 소멸하였다고 판단하였다. ⑤마지막으로 진실화해위원회의 결정일을 기준으로 삼더라도 시효정지는 신의칙상 결정일로부터 6개월이라고 밝혔다.[66] 다음 장(Ⅵ)은 부여판결에 대한 전면적인 비판이라고 할 수 있다.

3. 고령상주칠곡 국민보도연맹원사건

이 사건 판결[67]은 울산판결을 정면으로 거스른다. 이 판결은 엄밀히 보면 진실화해위원회의 진실규명행위의 성격을 나름대로 분석하고 있다. 주요논지는 다음과 같다. 첫째로, 2009년 9월 17일 진실화해위원회의 결정과 관계없이 원고들은 피해의 진상을 일찍부터 알고 있었기 때문에 시효가 완성되었다. 둘째로, 진실화해위원회는 법원이 아니라 정치적 기구에 지나지 않으므로 진실화해위원회의 결정은 법원의 판단에 있어서 하나의 참고자료에 불과하다. 셋째로, 진실화해위원회의 진실규명결정을 실질적으로 검토했을 때 입증수준은 엄격한 증명에 미달한다. 특히 많은 희생자

65) 서울중앙지법 제20민사부 2011가하113850 2012.8.17. 선고. “사망한 당일인 1950.7.14.일자 및 손해발생 사실을 알았다고 할 것이고, 이 사건 소는 그로부터 3년이 경과한 후인 2011.12.28. 제기되었음이 기록상 명백하므로, 특별한 사정이 없는 한 원고의 이 사건 손해배상청구권은 1953.7.14.이 경과함으로써 단기소멸시효가 완성되어 소멸하였다고 할 것이다.”

66) “가사 원고들에게 그 주장처럼 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 사실상 장애사유가 있었다고 가정하더라도 1993년 문민정부 내지 1998년 국민의 정부 이후에는 직업군에 의한 통치가 끝났으므로 원고들이 손해방청구권을 행사하는 데 객관적인 장애사유가 있었다고 보기 어렵고, 적어도 피고 산하기관인 과거사정리위원회의 진실규명결정이 내려진 2009.1.19에는 위와 같은 장애사유가 소멸하였다고 할 것인데, 이 사건 소는 그로부터 2년 10개월이 경과한 이후에 비로소 제기되었는바, 과거사정리위원회의 진실규명결정으로 인해 이미 소송을 제기할 수 있는 자료가 대부분 확보되어 있는 상황에서 원고들이 이 사건 소송을 준비하기 위해 별도로 시간이 필요하였다고 볼만한 특별한 사정을 찾아보기 어려운 점, 앞서 본 바와 같이 이 사건에서 장애사유로 볼 수 있는 사정들은 소멸시효가 완성된 이후에 비로소 발생한 것이라는 점, 이 사건 발생 이후 이미 50여년이란 오랜 시간이 흐른 점 등을 감안하면 원고들이 진실규명결정이 내려진 때로부터 신의칙상 상당한 기간 내에 권리를 행사하였다고 보기도 어렵다.[민법 제179조에서부터 제182조는 일정한 사유에 해당하는 경우 그 사유 종료 시로부터 1월에서 6월 이내에는 시효가 완성되지 아니한다고 규정하고 있는바, 채권자에게 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었던 경우에도 위와 같은 시효정지기간에 준하는 장애사유가 소멸한 때로부터 늦어도 6월 이내에는 채권자 그 권리를 행사하여야 한다고 봄이 타당하다].”

67) 대구지법 2011가합16305 손해배상

들은 피해에 대한 증거를 제출하지 않았다. 넷째로, 지역방첩대장이 1999년에 작성한 문서가 믿을만하므로 이 문서가 알려진 때부터 청구권을 행사할 수 있었으므로 그와 관련된 희생자의 유족의 배상청구권도 시효로 소멸하였다. 이러한 판결의 논지를 악의적으로 확장하면 배상청구권은 시효로 소멸하였거나 권리를 입증할 증거가 부족해서 인용할 수 없다. 희생자의 배상청구권은 이진법－이미 알았거나 여전히 알 수 없거나-에 따라 양자택일로 배제된다. 그러나 문제는 진실의 명확한 규명이나 증거의 부족에 대한 판단이 항상 판단자의 재량에 속한다는 점이다. 그러나 희망적인 부분은 울산판결 이후에는 이와 같이 증거가 부족하다고 평가를 받은 사건이라면 아직도 시효가 시작하지도 않는다는 논지를 역으로 끌어낼 수 있다는 점이다.

4. 함평사건

"함평사건은 1950. 11.경부터 1951. 1.경까지 사이에 발생하였으므로, 그로부터 5년이 경과한 1956. 1.경 시효소멸되었다고 할 것인데(1961. 12. 19. 법률 제849호로 폐지되기 전의 재정법 제58조), 이 사건 소가 그로부터 5년이 경과한 이후에 제기된 사실은 기록상 명백하므로, 피고의 시효소멸 주장은 이유 있다."[68] 전쟁 중에도 소멸시효가 진행된다는 논리가 여기도 있다. 피해자들의 진실에 대한 권리와 배상받을 권리를 실현하기 위해 국가의 적극적인 작위의무는 존재하지 않으며, 그러한 의무를 이행하지 않는 것은 불법을 구성하지 않는다고 하였다. 이 사건 판결이 일본군위안부 및 강제동원 사건에서 정부가 대일본 외교적 협상노력을 기울이지 않는 것을 위헌이라고 본 헌법재판소의 결정과 근원적으로 양립할 수 있는지 의문이다.[69] 정부의 포괄적인 협상의무가 존재하듯이, 정부가 집단학살의 희생자들의 권리를 구제하기 위해 의미 있는 조치를 취해야 한다는 점은 국가의 의무라고 해야 한다.

Ⅳ. 신의칙과 법조의 책임

1. 과거청산과 시대착오

과거에 대한 판단에서 시대착오는 피할 수 없다. 정치적 오염이 불가피하지만 통상적인 사건의 통상적인 법리라면 과거와 현재간의 격차를 정밀하게 측정할 필요가 없다. 그러나 집단학살이나 중대한 인권침해와 같은 사건에서는 사정이 다르다. 범죄시와 현재간의 규범적 차이가 심각할 뿐만 아니라 현재에도 법리의 통일적 운용을 기대하기 어렵기 때문이다. 규범은 법조문을 의미하지 않는다. 과거청산에서 형식적인 법규정이 아니라 관행이 더욱 중요한 의미를 갖는다. 당해사회에서 사람들

68) 목표지원 2002가단4144 손해배상(기)/2003가단8242(병합) 손해배상(기)
69) 일본군위안부문제 부작위위헌확인소송(2006헌마788 2011.8.30.) 및 원폭피해자문제 부작위위헌확인소송(2008헌마648 2011.08.30.)

이 법이라고 생각하는 것만이 법이라고 할 수 있다. 법관이나 어느 고매한 도덕철학자의 정의관도, 하얀 종이 위에 검은 글씨로 새겨진 인간존엄이라는 헌법 문구도 그 자체로 작동했던 현실적인 법이 아니다. 법관이 행하지 말아야 하는데도 실제로 행한 것과 행해야 함에도 행하지 않는 것이 바로 법이다. 과거청산에서 기준이 되는 법은 이론적이고 추상적인 법이 아니라 대중의 법인식과 법조인들의 공통관념이다. 법인식과 공통관념은 그러한 인권침해가 뉘른베르크 원칙에 반하고 불법적이라는 보편적 규범인식에 가까운 것이 아니라 대한민국을 상대로 법정에서 권리를 주장해도 구제받을 수 없다는 절망 그리고 소송했다가는 명을 재촉할 것이라는 냉철에 연관된다. 과거청산의 법관은 법에 대한 법역사적, 법사회학적 통찰에 기초하지 않으면 별나라 논증을 전개할 것이다.[70] 이중적이고 역설적인 규범구조와 규범의식을 간과해서는 과거청산의 법정이 될 수 없다. 시대착오를 피하기 위해서는 시대를 구분해보자. 그러나 의미 있는 시대구분을 달성하지 않으면 전쟁 중에도 시효가 완성된다는 판결에서 보듯이 법학은 초등 수학으로 전락한다.

i)우선적으로 행위시점에서나 판결시점에서도 중대한 인권침해사건에 대해 법적 책임을 묻지 않는 관행이 지배적인 경우이다. 아직도 어둠의 정치체제이자 법질서이다. 여기서는 판사나 대중의 시대착오가 생겨날 수가 없다. 행위시점이나 판결시점이 동일한 법리가 작동하고 관념적으로 동일한 시간대에 속한다. 중대한 인권침해행위의 피해자에 대한 권리구제가 절실히 필요하지만 현실적으로는 체제내적인 소송을 통해서 그 목적을 달성할 수가 없다. 구원은 체제 바깥에서 준비된다. 체제 전복에 준하는 대격변(혁명이후 법정이든 국제법정이든)만이 권리구제를 가능하게 해준다. ii)다음으로 중대한 인권침해사건이 자행된 시점이나 판결시점에 책임을 추궁하는 관행이 확립되어 있는 경우이다. 이 경우에도 시대착오는 존재하지 않는다. 이러한 정치적 여건에서는 인권범죄가 자행되는 빈도가 매우 낮을 것이고, 인권범죄가 자행되더라도 범죄 당시에 구제되었을 개연성이 높으므로 사건 발생후 수십년이 흐른 뒤 법의 심판을 받는 사례(고문범죄자가 고문사건이 폭로된 후 장기간 잠적한 예)도 희귀하다. 구제관행이 확립되었다는 것은 이미 집단학살이나 인권범죄의 희생자들이 구제를 받은 실례가 그렇지 못한 사례보다 많다는 것을 의미한다. 행위 당시에 책임을 추궁하지 못한 예외적인 사례에서 법원이 배상판결을 내릴 수도 있고, 의회가 보상법을 제정하여 희생자들의 권리를 구제하는 경우가 흔하다. iii)행위시에 책임을 추궁하지 않는 관행이 지배적이고 판결 시에 책임을 추궁하려고 시도하는 경우이다. 권위주의적이고 억압적인 체제에서 민주적인 체제로 역사적 이행이 이루어진 사례이다. 이 경우 행위시에 책임을 추궁할 수 없었던 사건들에 대한 뒤늦은 청산이 문제된다. 한국사회의 과거청산도 크게 보아 이 세 번째 상황이다.[71]

---

70) 필자는 특수범죄처벌법을 법치국가적으로 해석하여 조용수를 무죄를 선고한 재심판결(2007재고합10)이나 긴급조치 제1호가 유신헌법상 명령이기 때문에 법원도 위헌판단을 내릴 수 있다는 판단(대법원 2010.12.16 선고 2010도6986 판결)은 전형적으로 법사회적 통찰을 결여한 혼란스러운 것이었다. 피해자를 구제했다는 점에서 용인할 수 있을 뿐이다. 그러나 순전히 허구와 의제가 아니라 법사회적 통찰에 입각해서 동일한 결론을 내릴 때에만 역설을 해소할 수 있다.

71) 논리적으로 네 번째 유형은 실천적으로 논의할 필요가 없다고 본다. 민주체제에서 독재체제로 전락해버린 상황이기 때문이다. 식민에서 독립된 조국이 말 그대로 민주국가라고 신뢰한 법률가는 어떤 고초를 당해야 하는가? 아래 박찬길 검사 사건을 참조 주(75).

울산판결은 이러한 상황에서 나름대로 묘수를 둔 셈이다. 한국현대사 및 한국의 재판사가 이러한 객관적 상황에 대한 명백한 인식을 갖지 않는다면 법원은 논리적 오류를 범할 수밖에 없다. 울산판결과 다른 취지로 결정한 후속판결들은 많은 경우 중대한 시대착오에 빠져있다. 울산판결도 역사적 상황인식에 있어서 오류를 피했다고 보지 않는다. 중대한 인권침해행위에 대한 법적 책임을 추궁하지 않는 법원은 실제로는 상황 i)에서 머물면서 언제나 대한민국 법원 전체가 상황 ii)에 있었던 것처럼 간주하기 때문이다. 법원이 군대에 의한 민간인학살, 고문사건, 간첩조작사건에서 침묵했던 역사를 간과하고 과거의 법원이 학살 피해자들의 권리를 구제해줄 역량을 갖추었거나 관행을 확립했던 것처럼 주장하는 것은 역사에 대한 사실의 착오이다. 소멸시효의 기산점으로 거론되는 피해자의 권리행사가능성이란 전쟁과 학살이 자행되는 그 시점에 전쟁당사자인 국가가 전쟁의 일환으로서 자국민을 집단살해하는데 법관이 피해자를 위하여 가해자인 국가를 처벌하고 피해자의 권리를 옹호할 가능성을 의미할 뿐이다. 즉 권리구제자로서 법원의 객관적 역량과 의지, 그리고 중요하게는 구제관행이 존재할 때에 권리행사가능성이 비로소 거론될 수 있다. 사람들은 법의 문지기의 몸에 붙어 있는 벼룩도 알기에 벼룩에게조차 부탁할 지경이다.[72] 따라서 권리행사가능성을 말하는 법원의 언어행동은 법조사에 비추어보면 순전히 유체이탈화법이며 법조윤리에 반하는 판결이다. 권리구제가능성도 없었던 법원을 상대하여 권리행사가능성을 현재 문제 삼는 것은 착오이다.

울산판결의 취지가 1950년에도 한국에서 법이고, 법적 관행으로서 대중들에게 통용되고, 법원에서 관철될 정도로 법률가들을 지배하는 공통관념에 해당하는가? 53년의 공통관념을 2010년의 공통관념과 동일시하거나 2010년의 법리를 1953년의 법리와 동일시하는 것은 망상이다. 우리는 질적인 차이에 주의하면서 통일적인 청산법리를 구성해야만 한다. 법해석은 의제이다. 한국의 법조가 제2차세계대전후 뉘른베르크 법정의 법리를 학습하고 이를 제1원칙으로 정립했다면 한국전쟁 중에 학살자들을 법정이 단죄했어야 하고, 피해자들에게 손해배상을 해주었어야 한다. 그러나 그러한 국가관행은 존재하지 않았다.[73] 부여판결은 거창사건의 지휘관들이 군사법정에서 단죄되었다는 점[74]을 강조하면서 학살에 대한 처벌관행이 있고, 따라서 배상관행도 존재하는 듯이 전제하였다. 그러나 한국전쟁 전후 민간인 학살중에서 보도연맹원 학살사건과 거창사건은 구별할 필요가 있다. 보도연맹원 학살사건은 정부의 주도로 프로그램에 기초하여 체계적으로 용의주도하게 자행된 '적법한'학살이었다. 거창사건은 전투과정에서 현장 지휘관들의 오판과 망상이 빚어낸 우발적인 민간인 대량학살이었다. 정부당국은 전쟁 중에도 이 두 가지를 최소한 체계적으로 구별했다. 당시 법조에서도 이데올로기적 적을 죽이는 것과 선량한 민간인을 죽이는 것은 똑같이 적법한 행위가 될 수 없었던 것이다. 즉 전자는 합법적인 전쟁수행행위로서 정당한 살상이기에 어느 검사도 기소하지 않았고[75], 후자는 터무니없는 오

72) 카프카의 <법앞에서>에 나오는 표현이다.

73) 신군부 쿠데타세력의 내란죄 적용과 관련하여 담당검사는 '성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다'는 결론을 뒷받침하면서 어느 헌법학자도 유신헌법이나 5공화국헌법이 무효라고 전제하지 않았다고 진술하였다. 이재승, 쿠데타의 법리, 민주법학 14호(1998), 195-225쪽.

74) 1951년 12월 16일, 대구고등군법회의 제1호 법정 <http://case.geochang.go.kr/sub/04_01_03.asp>.

판에 의한 '무고한'학살이라고 평가하였기 때문에 국가는 처벌하지 않을 수 없었다. 거창사건을 통해서 권리구제 관행이 존재하고 확립된 것처럼 말하는 것은 역사의 무지에서 비롯된다.

2. 범주착오로서 신의칙: 누구와 누구의 관계인가? 누구의 무엇에 대한 신뢰인가?

국가는 불법을 저지르지 않는다는 영미법의 법언은 놀라운 데가 있다. 한편 국가를 상대로 한 배상청구권의 소멸시효 문제에서 신의칙을 거론한다는 것도 놀랍다. 학살이나 고문은 고권적인 침해행위이고, 국가가 전쟁수행의 일환으로서 정책적으로 자행한 극단적인 범죄이기 때문에 신의칙은 과연 어디에 적중할 수 있는지 궁금하다. 필자는 국가의 고강도 범죄행위에 대하여 신의칙을 거론하는 것이 근본적으로 잘못이라고 본다. 법원은 흔히 권리행사와 의무이행의 일반원칙으로서 신의칙을 말하고 있다.[76] 신의칙은 의무이행 국면에서 매우 기술적인 귀책사유를 찾아 채무자의 책임소멸을 저지하는 논리로 발전하였다. 아마도 쌍무계약이나 사적인 당사자들 간에 어울릴법한 논리인 신의칙이 국가와 개인의 관계에, 그것도 심각한 인권범죄 이후의 관계에 부당하게 유추되고 있다. 배상청구권이 금전 채권이라고 할지라도 그것은 주권적 범죄를 내용으로 하므로 법원이 마치 개인들 간에나 적용되는 수공예기술을 국가범죄에까지 확대하는 것은 위험하다. 신의칙은 개인들이 서로 대등하게 장군멍군 식으로 행동하는 정상적인 관계에서 거론할 수 있는 항목일 뿐, 끔찍한 살육의 장치로서 국가와 피해자로서 개인 사이에는 신뢰와 배반을 언급할 정도로 아기자기한 관계가 존재하지 않기 때문이다. 법원이 과도하게 평균적 정의의 맥락에서 대등당사자간의 관계처럼 신의칙을 말하는 것이야말로 사태를 부실하게 처리할 위험을 내포한다.

이 문제와 관련해서 회복적 정의(restorative justice)의 관념은 좋은 실마리를 준다.[77] 한마디로 말해서 국가폭력 피해자와 국가 사이에는 국가폭력으로 인해 관계가 파괴되어 부재하다는 시사점을 준다. 관계가 파괴되고 존재하지 않는 진공상태에서 신의칙을 말하는 것이 적절하지 않다. 인간의 생명을 체계적으로 무자비하게 파괴한 바로 그 국가에게 보호를 기대하고 청구하라는 법원의 발언은 유족에 대한 가혹행위이다. 따라서 국가폭력 이후 국가와 피해자인 시민의 관계를 원상회복하고 관계를 회복하려는 회복적 정의의 관념에서 신의칙은 야만적 수작에 가깝다. 그나마 주권적 불법을 자행한 국가의 책임강화요소로 신의칙을 거론하는 것은 최소한 법률가의 양식을 담보하는 법리전개라고 할 수 있다. 그러나 울산판결의 후속판결

75) "1948년 10월 '여순사건' 당시 좌익 소탕작전을 핑계로 경찰이 나무꾼을 사살하는 일이 일어나자 광주지검 순천지청 박찬길 검사는 해당 경찰관을 기소해 징역 10년을 구형했다. 이 사건으로 박 검사를 '좌익검사'로 낙인찍은 경찰은 여순사건 경찰토벌대를 통해 박 검사를 체포한 뒤 재판 절차도 없이 총살했다. 동료 검사가 재판도 없이 살해당했지만, 이승만 정권의 눈치만 살피던 검찰은 이 사건을 불문에 부쳤고, 이후 아무도 처벌받지 않았다." 한겨레신문(2012.12.106), <위기의 검찰: 법 수호보다 권력에 기생한 60년…반성은 없다>. <http://hani.co.kr/arti/society/society_general/564483.html>.

76) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결, 1997. 12. 12. 선고 95다29895 판결, 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결 참조.

77) 회복적 정의와 과거청산에 대해서는, 이재승, 화해의 문법, 2011, 민주법학,

은 특별한 사정이 없다면 신의칙을 오히려 책임소멸의 논리로 사용하고 있다.[78] 상호교섭의 대등성이나 호혜성을 기준으로 성립한 논의를 학살의 맥락에 적용하는 것도 문제지만 특히 책임을 제한하거나 부정하기 위해 사적인 평등관계의 논리를 공적인 영역에서 사용하는 것은 일종의 범주착오이다. 신의칙을 진정으로 적용하자면 그것은 사회계약적 맥락에서 말해야 하고, 그 경우 국가폭력과 국가불법에 대한 국가의 책임은 영원히 소멸하지 않는다는 결론만이 용납된다. 국가는 주권적 불법을 자행했다는 배반적 행위에 책임이 있는 것이지, 사후에 학살 관련자들과 관련기관이 진상을 감추고 진실에 접근하려는 희생자들의 노력을 방해하고 겁박했다는 데에 있지 않다. 그러나 거창사건 1차 판결에서 대법원은 여전히 낡은 사법적(私法的) 범주에 갇혀 있다. "그러나 국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 앞서 본 바와 같은 특별한 사정이 인정되어야 하고, 또한 위와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다."[79]

3. "이 사건과 울산 사건은 다르다."는 논리

희생자들에 대한 구제를 거부한 후속판결들은 정책적 살인, 체제범죄에 대한 개념을 갖고 있지 않다. 과거청산의 법정은 재판에 앞서서 항상 자신이 다루는 집단희생사건이 일회적이고 우발적인 공격의 결과가 아니라 전쟁의 일환으로서 국가가 조직적이고 정책적이고 체계적인 프로그램의 결과였다는 점을 이해해야 한다. 집단살해가 정책적 살인이자 체제의 범죄이기 때문에 이데올로기적 대결, 분단체제, 권위주의적 정부가 지속되는 동안 이러한 학살에 대한 권리구제가 불가능했다는 점을 통찰해야 한다. 그러나 후속판결들은 집단학살을 자의적으로 구분하고 있다."울산보도연맹 사건은 정부와 군대의 통제 아래 비밀이 숨겨져 있는데, 이 사건의 진상은 널리 알려져 있다."판사들의 이러한 분류는 오해에서 비롯된다. 판사들이 개별사건을 앞에 두고 선행판결과 다른 판결을 내리고자 할 때 차이를 강조하는 것이 당연하지만 문제는 이러한 차이가 본질적이라는 것을 정당화해야 한다.

왜 50년에 자행된 동질의 집단학살 중에서 어떤 학살은 배상을 받고 어떤 학살은 배상을 받지 못한다는 말인가? 일단 헌법상의 평등원칙에 위반된다는 것은 말할 것도 없다. 그러면 어떤 학살은 알바 군대가 자행하고, 어떤 학살은 국가의 군대가

78) 심지어 배옥경 씨 사건에서는 재심무죄판결일을 기준으로 6월만에 배상청구권이 신의칙으로 소멸한다는 광속시효이론을 전개하였다. 필자는 무죄판결유지상태는 오히려 사실상의 장애사유가 아니라 법논리적 장애사유(법률에 규정되어 있지 않지만 논리적으로 손해배상청구를 막는다는 의미에서)로 보아야 한다. 그러나 이 판결은 학살과 고문을 후원하고 예산을 지키는 청지기로서 법률가의 기능을 잘 보여준다. 그러나 아무리 보아도 피해자의 권리를 부당하게 제한하기 위한 논리전개는 재판권의 남용이라고 본다. 서울고등법원 제1민사부 2013.1.11. 선고 2012나43173 손해배상.

79) 대법원 2008.5.29. 선고 2004다33469 판결.

자행한 것인가? 어떤 학살은 국방부가 비밀로 유지하고 싶고, 다른 학살은 만천하에 공개하고 싶단 말인가? 어떤 학살은 권력 핵심부의 지시에 의한 것이고, 다른 학살은 동네 난투극이란 말인가? 학살은 학살이고, 모두 동일하다. 동일한 정치적 목적 아래 동일한 세력들이 자행한 학살은 범죄방식이나 은폐방식, 사후대처방식에서도 동일하다. 진실을 억압하는 것, 설령 알려지더라도 법정에 가지 못하게 하는 것, 법정에 가더라도 구제되지 못하도록 하는 부인하는 것이 학살에 대한 국가의 유구하고 일관된 전통이었다. 물론 어떤 유족회들은 진실규명을 요구하다가 박정희 쿠데타 세력에 의해 가혹하게 처벌받았다.[80] 그러나 체제범죄로서 학살은 동일한 역사사회적 맥락에서 총체적으로 의미가 부여된다. 문경유족회가 진실규명을 요구하다가 박해와 핍박을 받았다면 그것은 다른 유족회의 권리행사를 동시에 막는다. 동일한 목적 아래 국가에 의해 저질러진 집단살해에 대해 국가는 언제나 억압적이고 통일적인 대처방침을 가졌다. 그런데 법원이 울산과 부여를 구별하는 것은 터무니없는 시도이다. 모든 학살사건에서 밝혀지지 않는 진실은 수북하다. 총체적 진실이 드러나지 않도록 국가와 군대는 언제나 모든 사건에서 적극적으로 은폐해왔다. 우리나라에서 자행된 집단살해는 정치적 이데올로기적 집단살해(politicide)이다. 즉 정치적 견해와 행동을 이유로 특정세력을 적이라고 규정하고 집단적으로 살해하였다. 따라서 집단살해를 야기한 체제가 집단살해에 대해 피해자의 권리를 온전하게 구제해주겠다는 전향적인 입장표명을 하지 않는 이상 개별사건별로 시효가 자가발전할 수 없다. 체제범죄의 권리구제가능성은 체제가 해당유형의 범죄에 대해 어떠한 태도를 취하는지에 달려있다. 체제범죄의 책임은 체제의 근본적인 교체가 있는 경우에만 추궁할 수 있다. 체제범죄는 체제의 청산과 더불어 권리구제가 이루어진다. 그래서 적대적인 대립에 의지하며 정치적 대결이 존속하는 곳에서는 체제범죄의 공소시효나 소멸시효는 논하기 어렵다. 그래서 이러한 체제의 존속이 준법률적 소송장애사유--형사사건--로 취급된다. 독일은 구동독정부의 국가범죄를 처리하기 위해 '반법치국가적 이유로' 특별법에 입각한 문제해결방식을 제시하였다.[81] 그러나 집단학살에 대한 배상청구권은 부여판결에서 보듯이 대략 민주적인 정부로 정권교체가 이루어진 시점에서 소멸시효가 진행된다는 식으로 해석할 수 없다. 김영삼 김대중 정부 아래서도 이념적 적대와 분단체제는 지속되고 있기 때문에 소멸시효가 진행된다는 것은 너무 막연한 이해다. 불처벌과 무책임의 논리를 구축해왔던 사법부가 그 논리를 역전하는 순간에 소멸시효가 진행된다고 보아야 한다.

4. 사법부의 경로 바꾸기

집단학살의 역사에서 법원은 자신의 위상을 어떻게 설정하는가? 법원은 그다지 고민하지 않고, 시쳇말로 유체이탈화법을 일삼는다. 그러한 태도가 직업법관에게 불가피한 측면도 있지만 모든 판사들이 그런 식으로 사고하지는 않는다. 시대의 차이

80) 5.16쿠데타세력이 편찬한 <한국혁명재판사>는 3.15부정선거와 관련된 범죄자를 처벌하는 것 이외에 진상규명을 요구하는 민간인학살 유족회와 진보세력을 파괴하는 소송의 기록이자 국가범죄의 자기고백서이다.

81) 이재승, 국가범죄, 85, 510쪽 이하.

를 식별하고 법조의 역사를 성찰하는 판사만이 피해자를 구제할 수 있다. 이러한 유형의 판사는 초시간적인 형식적 법률가로 머물지 않고, 한국사법사의 일부분으로서 자신을 놓고 거기에서 느끼는 갈등을 책임감 있게 말하기 시작한다.[82] 법관은 법조의 역사에 대해 윤리적인 자책 이상의 것을 이행해야 한다. 문제를 근원적으로 해결하는 법리를 재확립하는 것만이 우리 시대에 필요하고, 그것만이 바로 법률가의 집단적인 지적 도덕적 오류를 극복하는 것이다.

집단학살의 역사에서 법원은 무엇을 했는지를 물어야 한다. 법원이 원래 울산사건이나 문경사건에서 학살하라고 명령장을 발부한 적은 없다. 하지만 한국의 법원은 그 이후에도 수없이 많은 조작사건에서 권부의 요구에 굴복하여 독재를 비판하던 진보적인 청년, 지식인, 정치인들에게 사형을 포함하여 중형을 마다하지 않았다. 학살을 범죄로 처벌하는 국가관행은 존재하지도 않았으며, 확립되지도 않았다. 특히 좌익혐의자라는 이유로 권리침해를 당한 경우에 그를 구제해주는 어떠한 국가관행도 존재하지 않았다. 그들은 잉여인간으로서 '호모 사케르(homo sacer)'이고, 그들은 '권리를 가질 권리(the right to have right)[83]'가 없는 딱한 존재였다. 희생자들은 일정한 권리를 결여한 자가 아니라 권리 전반을 결여한 자, 권리의 자격이 없는 자이다. 권리가 없는 자들을 향하여 재판청구권을 행사하지 않았다고 법원이 비난하며 책임을 전가하는 것은 법사회학적 무지에서 비롯된다.[84] 법관들은 구조적 소극성을 방패삼아 법원은 대놓고 잘못한 것이 없다고 말할지도 모르겠다. 그러나 어떤 경우에도 인권범죄에 대하여 법원은 권리옹호자로서 면모를 보여주지 못했기 때문에 학살에 대한 국가책임을 추궁하는 관행은 존재하지 않았다. 학살의 책임을 추궁하는 관행을 확립하지 못하고 피해자와 유족들의 고통을 현대사 전체를 통해서 외면하였기 때문에 법원이 학살의 후원자가 되었고, 급기야 피해자의 권리행사에 장애사유가 되었다.[85] 과거청산의 문제를 다루고 있는 현재의 법원은 과거에 대한민국 법원이 집단적으로 피해자들에게 보여주었던 행동을 말하지 않는다. 신의칙을 위반한 자는 인권범죄의 진실을 비밀로 분류하고 감춘 국방부가 아니다. 법원은 자신의 과거를 말하지 않음으로써 권리침해적 관행을 은폐하고 있다. 그들은 인권범죄 청산을 가로 막는 피묻은 문지기이다. 손에 피를 묻히고 끝없이 얼버무리는 문지기가 퇴장할 때 권리행사가능성이 시작된다.

현재의 법원은 과거의 주권적 불법행위의 시점에 법원이 실제로 권리구제기관으로서 역할을 했던 것인지 또는 할 수 있었던 것인지만 판단해야 한다. 법률가들의 공통관념이나 대중의 법관념은 법원이 학살자 편이었다는 것으로 요약할 수 있다.

---

82) 오송회 사건 무죄 판결(광주고법 제1형사부 2008.11.25.)

83) '호모 사케르'는 신성한 몸을 말한다. 역설적으로 고대 로마에서 추방형을 당한 자의 몸을 지칭한다. 아감벤은 이 용어로 현재자본주의 사회에서 대중과 인간의 위치를 가늠하고 있다. 아감벤(지음)/박진우(옮김), 호모 사케르: 주권 권력과 벌거벗은 생명, 새물결, 2008.; 아렌트는 인권을 '권리를 가질 권리'라고 놀랍게 정의하였다. 유대인의 국적박탈과 학살의 과정을 설명하면서 이 용어를 사용하였다. 아렌트(지음)/ 이진우·박미애(옮김), 전체주의의 기원1, 한길사, 2006,

84) <앵무새 죽이기>는 사회의 현실과 법정의 교착상태를 잘 보여준다. 법률게임은 그에게 아무런 의미가 없다. 인종차별시대에 남부에서 흑인은 권리자가 아니라 박멸해야할 적이다.

85) 인권구제의 국제법리도 같은 사고를 보여준다. 자유권위원회의 통보제도(communication)를 이용하려면 국내적 구제절차(domestic remedies)를 완료해야 하는데 국내법정에서 구제받을 가능성이 사실상 없다면 그러한 국내절차를 거치지 않아도 된다.

과거청산을 논의할 때 중요한 법관념은 법사회학적 관행이나 법의식이다. 학살 이후에도 인권을 구제하겠다는 의향을 검찰이나 사법부, 여타 국가기관이 갖지 않았고, 그리하여 한국에서는 한국전쟁 중의 학살에 대해 불처벌과 불구제의 관행이 확립되었기 때문에 피해자들이 국가와 사법부를 권리구제기관으로 상정할 수 없었다. 사법부는 사소한 것은 구제해주나 국가권력에 의한 주권적 범죄와 인권범죄는 구제하지 못한다는 통찰은 지난 세기에 민중이 터득한 건전한 법지식이다. 일부 판사들은 재심법정에서 피해자의 권리회복에 앞서서 선배들의 잘못된 판결에 대해 법관으로서 피해자들이나 그 유족들에게 사과하여 법정을 숙연케 하였다. 가해자로서 역할했던 법조가 권리구제기관으로서 자신을 표상하는 데 발생하는 윤리적 모순이나 갈등을 해소한 것이다. 윤리적 모순과 자기분열을 소화하는 과정으로서 사죄는 그나마 다행이다. 그러나 자신을 가해자의 일부로 상정하고, 가해역사를 끝내고 새로운 인권존중적인 법조의 스토리를 써내려가려고 각오하지 않으면 역사를 청산할 수 없다. 법리의 재구성을 통해서만 그 일이 가능하다. 사법부가 번번이 중대한 인권침해행위의 피해자들의 권리주장에 냉대했다는 점은 중요하다. 사실상 사법부는 협소하기 이를 데 없는 권리관념으로 피해자의 권리를 외면하다가 최근에 와서 구제의 문을 조금 열었을 뿐이다. 국가의 중대한 인권침해행위에 대하여 사법부가 얼마나 인색한 법리를 구사했는지는 과거 삼청교육대사건 판결에서도 알 수 있다.

"삼청교육으로 인한 피해와 관련하여 대통령이 1988. 11. 26. 발표한 담화는 그 발표 경위와 취지 및 내용 등에 비추어 볼 때 사법상의 법률효과를 염두에 둔 것이 아니라 대통령으로서의 시정방침을 밝히면서 일반 국민의 이해와 협조를 구한 것에 불과하므로, 이로써 삼청교육 관련 피해자들에 대한 국가배상채무를 승인하거나 시효의 이익을 포기한 것으로 볼 수 없고, 대통령에 이어 국방부장관이 1988. 12. 3. 대통령의 시정방침을 알리는 한편 그에 따른 보상절차를 진행하기 위하여 피해자 및 유족들에게 일정 기간 내에 신고할 것을 공고하는 담화를 발표하고 실제 신고를 받기까지 하였다고 하여 그 결론이 달라지는 것이 아니며(대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결 참조), 또한 피고의 소멸시효 주장이 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당하는 것도 아니다(대법원 1997. 2. 11. 선고 94다23692 판결 참조)."[86]

참으로 독보적인 배타주의자들이다. 법원은 여기에서 소멸시효제도를 숭배하고 국가원수의 배상약속도 앞장서서 도의적인 것으로 평가절하했다. 인권범죄에 대해 3년 또는 5년의 시간이 경과하는 경우에는 국가배상을 받을 수 없다는 불처벌의 원칙을 사법부가 확립시켜 놓았다. 사법부의 이러한 태도는 다른 사건에서도 볼 수 있고, 이미 앞서 검토한 후속판결에서도 보듯이 한국전쟁 중에도 배상청구권이 시효로 소멸하였다는 생각도 이러한 전통의 일부이다. 후속판결에 나타난 판사들의 공통관념이 바로 권리불구제 관행에 대한 증좌라고 할 수 있다. 그런데도 한국의 사법부는 시효소멸 전에 소를 제기하였더라면 기꺼이 배상을 해주었을 것이라는 알리바이 가정법을 사용한다. 삼청교육대 사건에서 대법원이 보여준 권리구제에 대한

86) 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결; 삼청교육대 피해자에게 보상약속을 위배한 데에 대한 위자료지급판결 대구고법 1998.7.15. 선고 93나5582 판결; 대법원 2001.7.10. 선고 98다38364 판결.

태도가 한국의 사법부의 의지와 역량이고, 이러한 권리구제무능력을 신뢰한 국가폭력의 피해자들에게 사법부가 또다시 역습을 가하고 있는 셈이다. 후속판결을 보자면 배상청구권의 시효소멸을 확정하는 한에서 소멸시효의 완성시점이 뒤로 늦추는 친절함을 기만적으로 보여주고 있다.

5. 신의칙의 변형

재판은 법을 선언하는 것(jus dicare)이지 법을 만드는 것(jus dare)이 아니다. 그러나 법의 선언은 기성법의 단순재생이 아니라 법의 실질적 완성이다. 그런 점에서 판결은 룰을 적용할 뿐만 아니라 형성하는 과정이다. 법관은 반복과 창조의 구별을 모호하게 하며 사실상 새로운 판단조차도 마치 예전부터 그랬던 것인 양 평탄하게 표현한다.[87] 만일 법정이 그저 기성법만을 고수했다면 법의 역사도 멈추었을 것이다. 벤담 말대로 원칙이 그렇게도 유구한 것이었다면 우리는 원숭이 단계에서 벗어나지 못했을 것이다. 선례구속(stare decisis)이란 연속적 연속이 아니라 지속적인 변형을 전제한다. 이러한 맥락에서 신의칙의 생성과정을 일별할 필요가 있다.

울산보도연맹 사건 판결 이전에 진실화해위원회는 정부에 대해 집단희생자를 위한 특별법을 제정하라고 권고하였다.[88] 그러나 국회는 입법 작업을 게을리 하였고, 대법원의 판결 이후에도 아무런 조치도 취하지 않았다. 참으로 우스꽝스러운 국가라고 보아야 한다. 울산판결과 같은 엄청난 판결을 내릴 정도의 상황이라면 법원은 대체로 집단희생자 측과 국가 간의 중재를 유도하고 정부주도로 보상을 위한 특별법을 제정하는 것이 정상적 수순이 아닐까 생각한다. 대한민국의 법무부나 국회는 울산판결 후 1년 9월이 지난 지금도 사태를 종합 정리하지 못하고 있다. 동시에 후속법원들은 이 판결을 해석하는 데에도 갈팡질팡한다. 후속법원의 혼선은 규칙적용과 규칙형성을 구별하지 못한 데에 있다. 울산판결에서 신의칙은 단순한 규칙적용이 아니라 고강도 규칙형성, 규범창조이다.

소멸시효 항변의 제한사유로서 신의칙은 우리 법제에서는 비교적 새롭다.[89] 신의칙은 임금채권에서 처음 등장하였다. 그러다 과거사 정리 작업이 시작되면서 신의칙은 강제실종(enforced disappearances) 법리나 진실에 대한 피해자의 권리와 결합하였다. 김훈 중위 사건[90]에서 신의칙은 국가의 특수한 보호의무와 진실규명 의무와 연관 속에서 모습을 드러냈고, 마침내 김옥분 사건[91]과 최종길 사건[92]에 형태를 갖추었다. 인권범죄에 대하여 대법원이 신의칙을 적용한 시점은 더 늦다. 거창사건 1차 판결에서 대법원은 신의칙에 입각하여 소멸시효 항변을 제한할만한 특별한 사정은 존재하지 않는다고 결정하였다.[93] 이 판결에 아직 적극적인 의미를 부여하기

87) Frank, Jerome, *Law & the Modern Mind*, Transactions Publishers, 2009, 35쪽 이하.
88) 진실화해위원회, 종합보고서, 1권 참조.
89) 영미법에서도 형평관념에 입각해서 소멸시효를 정지시키는 원리(equitable tolling doctrines)가 존재한다.
90) 유족들은 최종적으로 승소하지 못했지만 재판과정에서 죽음에 대한 국가의 의무를 크게 부각시켰다. 남미와 유럽에서 발전한 강제실종(enforced disappearance)의 법리가 한국의 국가폭력에 접맥되는 순간이다.
91) 서울지방법원 제41민사부 2003.8.14 선고 2002가합32476 판결
92) 서울고등법원 2006.02.14 선고 2005나27906 판결
93) 거창사건: 대법원 2008.5.29. 선고 2004다33469 판결. 제2차판결(부산지방법원)은 특별한 사정이 있다는

는 어렵다. 그 후 납북어부 서창덕 씨 사건에서 대법원은 신의칙을 소멸시효 항변의 제한사유로 정면으로 인정하였다.[94] 그러나 이 판결에서 신의칙이 본질적인 역할을 하는지는 의문이다. 재심을 통해 피해자가 무죄판결을 받은 이후에 손해배상을 청구하였기 때문에 신의칙은 이 사건의 열쇠가 아니다. 유죄판결 유지상태(무죄판결 이전상태)가 바로 국가배상청구의 법률적(논리적) 소송장애사유이기 때문이다. 어쨌든 대법원이 신의칙을 인권범죄에 대한 소멸시효 항변의 제한사유로 사용했다는 데에 그 의미를 다소간 인정할 뿐이다. 신의칙과 관련해서 기념비적 판결은 2011년 울산판결이다. 이 판결은 신의칙이 60년을 넘긴 집단학살사건에서 소멸시효 항변을 제한하는 논리가 된다는 점을 처음으로 천명했다. 의문사진상규명위원회와 진실화해위원회의 조사활동과 그 결정에 기하여 법원들의 다양한 도전과 시도 앞에 대법원의 울산판결은 질적인 비약을 성취했다. 한 마디로 기존의 신의칙의 단순한 적용이나 확장이 아니라 집단학살이라는 국가범죄에서 새로운 원칙을 선포하였다. 따라서 울산판결은 개별사건에 대한 종지부가 아니라 유사사건(학살사건 전체)에 대한 표준적인 해법으로 재정립하지 않으면 안 된다. 판결의 내용적 원칙도 중요하지만, 판결선고일이 법률시행일처럼 중요하는 점을 망각해서는 안 된다.

6. 신의칙의 3층 구조와 시효법리

신의칙에는 세 가지 다른 층위들이 존재한다. 첫째로, 사회계약적 의미에서 신의칙은 국가와 시민간의 신탁으로서 시민보호의무를 겨냥한다. 이러한 신탁을 위배한 국가는 피해자에 대해 영원한 책임을 회피할 수 없다. 둘째로, 신의칙을 발언하는 국가기구로서 법원의 자기 역할에 대한 고백과 연관된 층위가 있다. 울산판결조차도 이 문제를 거론하지 않았을 뿐만 아니라 어느 법원도 이에 집중하지 않았다. 셋째로, 인권범죄를 자행한 구체적인 행위자와 그 조직이나 기관이 사후에 피해자와 유족들에 대해 보여주는 법배신적인 행태와 연관된 층위가 있다.

첫 번째 층위의 신의칙에서는 인권범죄에서 소멸시효의 영구 배제론이 추론될 수밖에 없다. 자유주의적 사회계약론의 이미지를 담고 있는 이러한 논리는 국제인권법과 국제인도법의 핵심사상이라고 볼 수 있다. 이에 비해 두 번째와 세 번째 관점은 소멸시효 정지론의 토대가 된다. 소멸시효정지의 법리는 유형적으로 두 가지로 정리할 수 있다. 하나는 계속범(continuing violation)의 법리[95]이고, 다른 하나는 효과적 구제(no prescription without effective recourse)의 원리이다.[96] 이러한 법리는 앞서 필자가 구성하는 신의칙 3층 논리와 대체적으로 부합한다. 어쨌든 우리의 과거사 관련 재판에서도 상이한 층위의 신의칙들이 판결문에 나타난다. 울산판결은

점까지는 인정했지만, 그 사이 시효가 지났다고 판단하였다.

94) 대법원 2011.1.13. 선고 2010다53419 판결

95) 미주인권법원에서 강제실종과 관련한 계속범의 법리의 발전에 대해서는 Ormachea, Pablo A., MOIWANA VILLAGE: THE INTER-AMERICAN COURT AND THE “CONTINUING VIOLATION” DOCTRINE, Harvard Human Rights Journal, Vol. 19(2006), 283쪽 이하.

96) 이러한 표현은 Hessbruegge, Jan Arno, Justice Delayed, not denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes, Georgetown Journal of International Law, Vol. 43(2012), 369쪽 이하.

세 번째 층위의 신의칙으로서 계속범의 법리만을 수용하고 나머지 차원을 고려하지 않았고, 특히 첫 번째 차원의 신의칙은 명백히 배격하였다. 그런 점에서 울산판결은 논리적 약점을 안고 있다.

아주 기본적인 질문부터 던져보자. 진실(가해자와 피해사실)을 안다는 것이 무엇인가? 권리를 행사할 수 있는 때란 무엇인가? 사건 발생을 객관적으로 안다는 것인가? 나아가 소송에서 이길만한 증험을 가지고 있다는 것인가? 단서만 잡은 경우, 진실의 전반적인 윤곽을 아는 경우, 권리행사에 신뢰할만한 결정적인 증거를 확보하는 경우, 어디까지 필요한가? 피해자가 객관적 사태뿐만 아니라 그 법적인 의미까지도 이해하고 집단희생을 불법행위라고 파악한 상태를 의미하는가? 사건의 진실을 대부분 알고 권리행사에 결정적인 증거까지 확보했지만 한국의 법정은 글러먹었고 소송을 해봐야 박해만 받을 것이라는 통찰--필자는 이것이 진실이라고 본다--은 어떻게 평가해야 하는가? 더구나 시효배제원칙이 국가불법행위에 대한 국제법상의 원칙이기 때문에 현재로서는 가능하지 않지만 언젠가는 국가가 피해자에게 보상법을 제정하지 않을 수 없을 것이라는 학설--이점에 관해서는 필자의 책임도 일부 있다--에 대한 신뢰는 법적으로 어떻게 평가할 것인가? 국가범죄와 사인간의 채무관계의 논리를 동일시하는 것은 근본적인 범주착오라는 점을 이미 밝혔다. 개인 간 관계에서는 아는 것으로 충분하지만 국가범죄에서는 그렇지 않다는 점이다. 어쨌든 이러한 질문에 대한 답변이 우리의 문제에 해법으로 녹아들지 않으면 안 된다.

피해자의 기본적인 권리로서 진실에 대한 권리와 재판받을 권리를 상정해보자. 재판받을 권리는 진실에 대한 권리가 작동하여 사건의 진실을 파악했을 때 완전하게 행사될 수 있을 뿐만 아니라, 진실 자체에 접근하는 과정도 재판-－정보공개청구권--을 매개로 한다는 점에서 두 가지 권리는 상호 결부되어 있다. 이론적으로 진실을 알지 못할 때에는 진실을 알기 위하여 진실에 대한 권리와 재판받을 권리가 동시에 필요하고, 진실을 알고 난 이후에는 진실에 기초하여 법적 책임－형사책임이든 민사책임이든--을 추궁하기 위해 재판을 해야 한다. 따라서 진실에 대한 권리(right to truth)[97] , 배상에 대한 권리(right to reparation), 재판받을 권리(right to justice)는 인권범죄의 피해자에게는 근본적인 인권으로 상호 결합한다.[98]

형법에서 계속범은 범죄의 성립에 시간적 계속(duration)을 필요로 하는 범죄를 일컫는다.[99] 감금죄가 이러한 예에 속한다. 이러한 범죄의 공소시효는 감금상태가

---

97) Groome, Dermot, The Right to Truth in the Fight against Impunity, Berkeley Journal of International Law Vol. 29(2012), 175쪽 이하.

98) Orentlicher, Diane, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity E/CN.4/2005/102/Add.1

99) 삼청교육대 피해자의 사후심리상태에 대해 법률적인 의미를 부여한 흥미로운 판결이 있다. “민법 제104조 소정의 궁박이라 함은 「급박한 곤궁」을 의미하는 것이고 이는 경제적 원인에 기인할 수도 있고, 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수 도 있으며, 당사자가 궁박의 상태에 있었는지 여부는 그의 신분과 재산상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 상황을 종합하여 구체적으로 판단하여야 하는바(대법원 1981.12.8. 선고 80다2683 판결 참조), 원심이 채택한 증거에 의하면 원고는 6.25 전쟁 때 상이군인이 된 남편과 결혼하였으나 남편이 일찍 사망하여 계를 운영하는 등 혼자 힘으로 가계를 꾸려 나가고 있었고, 계와 관련되어 피고들로부터 사문서변조죄로 고소되어 수사를 받다가 1980.8.20.부터 같은 해 9.3.까지 15일 간 삼청교육대의 교육을 받고 퇴소하였는데 그로부터 4일 후인 같은 달 7월 피고 서경수의 처남의 처인 소외 박춘자가 계 관계로 고소하여 같은 달 11월경 포항경찰서로부터 조사를 위한 소환을 받게 된 사실이 인정되는바, 사정이 이와 같다면 원고는 피고 측의 고소로 인하여 삼청교육을 받고 퇴소함으로써 극심한 육체적, 정신적 압박을 받

해소된 때부터 시작된다. 계속범의 이론은 인권범죄와 관련해서 상당한 전망을 제공하지만, 인권범죄에서 사용되는 계속범 논리와 앞서 말한 범죄분류로서 계속범 논리는 차이가 있다. 실제로 인권범죄는 일반형법이론에서 보자면 즉시범에 불과하지만 일정한 유형의 사태와 법배반적 행태의 지속이나 반복을 계속적인 인권침해로 의제한 것이다. 공권력에 의하여 강제실종이 자행되었지만 실종된 자의 생사를 알 수 없거나 실종과정에 관여한 공권력이 진실의 공개를 거부하거나 은폐하는 경우, 주로 후속적인 반인권행태와 연관되어 있다.[100] 이러한 법리는 미주인권법원에서 시효를 정지시키는 계속범 법리로 발전하였다. 유럽인권법원도 동일한 법리를 발전시켰다.

> 법원의 판례에서 의문의 죽음을 조사할 의무와 의문의 실종을 조사할 의무 사이에는 구별해야할 중요한 차이가 존재한다. 실종은 불확실성과 무책임의 지속적인 상황을 특징으로 하는 이례적인 현상이며, 그 상황은 과거에 무엇이 일어났는지에 관한 정보의 부재, 심지어 의도적 은폐와 얼버무리기의 특징을 갖는다. 이러한 상황은 매우 빈번히 오랜 시간을 거쳐 계속되고, 희생자의 친척들의 고통도 연장시킨다. 따라서 실종은 간단히 즉시(instantaneous) 범죄나 사고라고 말할 수 없다. 실종자의 행방과 운명에 대하여 사후에도 설명하지 않는 추가적인 특징요소가 범죄의 계속적 상황(a continuing situation)을 야기한다. 따라서 잠재적으로 실종자의 운명이 규명되지 않는 동안 절차적인 의무는 지속될 것이다. 필수적인 조사를 시행하지 않는 상태의 지속은 계속범(a continuing violation)으로 고려될 것이다. 결국 죽었다고 추정되는 상황에서도 마찬가지이다.[101]

울산판결이 전개한 신의칙은 기본적으로 강제실종 법리에서 발전한 진실에 대한 권리(진실에 대한 의무)의 변형이다. 그러나 이러한 신의칙이론이나 계속범 이론은 공권력의 기본적인 인권침해 행위를 소원하게 취급하고 그 후속적인 추가침해행위(특히 적극적인 은폐행위 또는 진실규명을 방해하는 행위)에 주목한다는 점에서 불만스럽다. 신의칙이나 계속범이론을 통해 희생자를 보호할 수 있는 사례는 결국 관

고 있었을 것이고, 퇴소한지 4일 만에 피고의 인척인 위 박춘자로부터 계에 관련되어 또 다른 고소가 제기되어 그 때문에 경찰서로부터 소환을 받고 있는 상태이었다면 원고로서는 피고 측의 고소에 의하여 삼청교육대에 다녀왔는데, 피고 측으로부터 제기된 새로운 고소에 따라 또 다시 삼청교육대에 갈지 모른다는 급박한 정신적 압박을 받고 있었을 것임을 쉽사리 알 수 있고 따라서 원고로서는 이러한 궁박상태 아래에서 고소를 취하시켜서 삼청교육대에 가는 것을 회피할 생각으로 경솔하게 위 청산합의에 응하였을 것으로 보지 못할 바 아니며, 또 원고가 피고들에게 금 13,000,000원 이상의 채권이 있었음에도 이것과 현금 45만 원 및 부채 216만 원을 인수시키고 그 나머지 금 10,000,000원 이상의 채권을 포기하는 약정을 맺은 것은 원고에게 일방적으로 불리한 것이어서 현저히 불공정한 법률행위에 해당된다고 보기에 어렵지 않다(대법원 1992.04.14 선고 91다23660 판결)".

100) Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, G.A. res. 47/133, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992), Adopted by General Assembly resolution 47/133 of 18 December 1992. 제17조 1항. 강제실종에 해당하는 행위는 실종된 자의 운명, 행방을 지속적으로 감추고 이러한 사실들이 규명되지 않는 동안에는 계속범(a continuing offence)으로 간주되어야 한다.

101) CASE OF VARNAVA AND OTHERS v. TURKEY(18 September 2009) (Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90) para. 148, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94162.

련자들과 관련기관의 추가적인 불법행위가 존재하는 경우에 한정되기 때문이다. 만일 추가적인 불법행위가 존재하지 않는 경우는 어떻게 볼 것인가? 근본적인 인권침해행위가 이미 벌어졌는데 추가적인 불법행위의 존재 여부부가 권리구제에서 관건적인 사항인가?

더욱 근본적이고 중요한 사항은 피해자가 실효적인 권리구제를 받을 수 있는 상황에 놓여 있었는지이다. 왜냐하면 실효적 권리구제 장치가 작동하지 않는 정치적 여건에 피해자가 놓여있다면 "진실을 완전히 알고 있다"고 하더라도 아무런 소용이 없기 때문이다. 몰래 죽이고 철저하게 은폐하는 권력(남미군정에서의 강제실종)과 되는 대로 죽이고 방치하는 권력(한국에서 민간인 학살) 중 어떤 상황의 피해자에게 권리행사가능성이 더 많은지는 고난도 퀴즈가 아니다. 완전히 감춘다는 것은 역으로 보면 권리구제가능성이 있다는 것을 전제한다. 그러나 대놓고 학살하고 방치하는 것은 그 사회가 인권범죄에 대한 통제장치가 없다는 것을 의미한다. 따라서 앞에 인용한 유럽인권법원의 결정문은 언제나 모든 곳에서 조건 없이 관철시킬 만한 과학적 진리는 아니다. 우리는 "진실을 알고도 소송할 수 없는 사회"와 "진실을 알았다면 소송해서 이길 수 있는 사회"를 질적으로 구별하지 않으면 안 된다. 울산판결은 은연중에 "진실을 알았어도 과거의 한국은 소송해도 이길 수 없는 사회였다"는 점을 간과했다.

시효정지법리로서 계속범(세 번째의 신의칙)보다는 효과적인 구제(두 번째의 신의칙)가 포괄적이며 우수하다. 판사가 아무리 개별사건을 다루고 있다고 하더라도 집단살해와 인권범죄는 본질적으로 체제의 범죄, 국가범죄, 주권적 범죄이기 때문에 당해 체제가 존속하는 동안에는 당해국가의 사법기관은 권리구제장치로 작동하지 않는다. 이러한 통찰은 개별사건에서 관련 공무원의 은폐행위 정도를 규명하는 방식보다는 우월한 논리다. 효과적인 구제법리가 우리 재판에 사용된 사례도 있다. 신군부 내란죄 사건에서 고등법원은 내란범죄자들의 집권기간을 시효계산에서 배제하였다.[102] 후속 판결 중 부여판결도 김영삼 김대중 정부 이전의 시대를 이와 같이 취급했다. 베르사이유 조약도 유사한 논리를 사용하였고, 독일을 점령한 연합국이 나치범죄자를 처벌하기 위하여 나치집권기간을 시효기간계산에 배제한 것도 같은 논리이다.[103] 강제실종에 관한 선언도 동일한 원칙을 밝히고 있다.[104] <피해자 권리장전>의 초안도 "시효규정은 인권이나 인도법 침해에 대하여 효과적인 구제(effective remedies)가 존재하지 않는 기간 동안에는 적용되지 않는다."고 규정하였다. 불처벌투쟁원칙(Impunity Principles)도 효과적인 구제수단이 이용가능하지 않는 경우에는 형사사건의 시효는 진행하지 않는다고 규정한다(제24조). 이와 같이 권리구제가 없는 곳에서는 소멸시효가 진행되지 않는다는 것이 인권법의 법리이다. 권리구제관행

---

102) 신군부 내란죄 재판에서 지방법원은 내란죄를 기본적으로 즉시범(卽時犯)으로 인정하고, 시효문제와 관련해서는 공소시효기산점을 비상계엄해제일로 잡았다(96.8.26판결). 고등법원은 내란죄를 계속범(繼續犯)으로 이해하고 공시시효의 기산점을 6·29선언으로 잡았다(96.12.16판결). 대법원은 공소시효기산점에 관한 고등법원의 입장을 배척하고 지방법원의 입장을 지지하였다(1997.4.17판결).

103) 이재승, 국가범죄, 506쪽 참조.

104) 제17조 2항
자유권규약 제2조에 규정된 구제수단이 더 이상 실효적이지 않는 때에는 시효규정은 강제실종과 관련해서는 효과적인 구제수단이 다시 마련되는 때까지 정지된다.

이 확립되지 않는 곳이라면 진실을 알아도 승소의 기회가 없기 때문이다. 원래부터 권리구제관행이 확립되어 있지만 오랜 시간이 흐른 후에 우연히 진실을 알게 된 희생자만이 신의칙(계속범이론)을 통해 보호된다. 그러나 진실을 알았던 날에도 학살권력과 학살의 이데올로기(권력보다 이데올로기가 더 오래 존속한다)가 버티고 있다면 계속범 이론은 아무 짝에도 쓸모없는 논리이다. 이 이론은 인권범죄 당시에는 효과적인 권리구제가 존재하지 않았으나 나중에 효과적인 권리구제장치가 작동하는 상황에서 진실을 알게 된 희생자만 보호한다. 그러나 효과적인 권리구제가 없는 상황에서 사건의 진실을 알았으되 소송을 제기하지 않는 피해자와 사후에 진실을 알고서 소송을 제기한 피해자를 구별하고 후자만을 구제해줘야 할 어떠한 도덕적 근거도 존재하지 않는 것 같다. 전자도 권리 위에 잠든 자가 아니다. 오히려 진실을 알고도 소송도 할 수 없는 시대를 살아야했던 사람, 자기 땅에서 이방인으로 살아야하는 사람의 고통이 더 크다고 해야 하지 않을까!

그러면 한국전쟁전후 집단살해의 희생자들은 언제부터 효과적인 구제를 갖게 되었는가? 독재에서 민주정부로 이양된 시점에 효과적인 구제수단을 갖게 되었는가? 부여판결이 전제하듯이 김영삼 김대중 정부에서는 권리행사가 가능한 시기였는가? 김영삼 김대중 정부에서도 학살에 대한 권리행사가 가능하다고 생각한 법률가는 아무도 없었다. 부여판결의 논리대로라면 당시의 뜨거운 쟁점이었던 삼청교육대는 당연히 배상판결을 받았어야 했다. 그러나 결과는 부여판결과 반대였다. 당시에도 법원은 권리구제자가 아니라 권리배제자였다. 시효정지법리는 권리를 구제하기 위해서 나오는 논리적 시대구분 이론이지, 희생자들의 권리를 배제하기 위해서 나온 이론이 아니었다. 아무튼 법원이 희생자의 권리를 배제하기 위하여 가정법 과거완료로 시효를 소멸시키는 알리바이 판단은 시대착오를 넘어 비윤리적인 진술이다. 울산판결 이전에는 한국전쟁에서의 집단희생자들에게 효과적인 구제수단은 전혀 존재하지 않았다. 바로 울산판결이 한국의 법정도 학살당한 자에게 꽤나 쓸모 있는 구제수단이 되었다는 점을 처음으로 선포했다.

권리를 행사할 수 있는 때를 판정해야 하는 문제에서 흥미로운 사항 중의 하나는 북한에 거주하는 희생자와 유족들이다. 북한에 거주하는 피해자들(남쪽 희생자들의 가족과 그 후손을 포함)은 여전히 집단희생과 관련하여 권리를 행사할 수 있는 상태에 있지 않기 때문에 그들에 대해서는 전혀 시효가 시작되지도 않았다고 본다. 이러한 논리는 중국인 노동자의 배상청구에 대한 히로시마 고등법원의 판결에 나타난다.

V. 결론 - 시효기산점과 그 표준시

중요한 것은 '권리를 행사할 수 있는 때(시효기산점)'의 의미이다. 어쨌든 피해자들의 배상청구권을 배제하기 위하여 시효기산점을 울산판결 이전으로 앞당기는 후속판결은 오류를 범했다. 집단희생에 대하여 진실화해위원회의 결정일을 기준으로 시효를 기산하는 '울산판결의 판결선고일'이 집단희생사건에서 시효기산에 대한 새

로운 표준시이다. 후속법원이 시효만료시점을 이 판결의 내용을 적용하면서 앞당기는 것은 이 판결의 위상을 흔드는 것이다. 시간에 대한 언급은 초시간적이지 않다. 울산보도연맹 사건의 대법원은 시간의 흐름 속에서 시간을 말한다. 시간을 말하는 그 시각이 표준시가 된다. 대법원판결 선고일이 시효에 관해서 표준시점이 되어야 하는 이유는 집단살해에 대하여 시효계산의 원칙을 처음으로 정했기 때문이다. 예를 들자면 진실위원회가 다른 사건에서 2006년 6월 30일에 진실을 규명했다고 해서 이 시점을 기준으로 2009년 6월 30일에 시효소멸했다고 판단해서는 안 된다. 울산판결 이후에 상당한 지연기간[105]을 인정하는 방법이나 울산 판결선고일을 기준으로 소멸시효를 기산하는 방법을 고려할 수 있다. 물론 완전히 어둠 속에 있는 사건들은 시효가 진행조차 되지 않기 때문에 향후에 진실에 대한 권리를 효과적으로 행사하여 진실을 축적한 연후 배상청구소송을 제기할 수 있다.[106] 울산판결에서 다음 네 가지 추론이 가능하다.

ⅰ)피해자와 가해자가 아직도 명료하게 밝혀지지 않는 집단학살 사건은 그 사건의 충분한 진실이 규명된 시점에서 소멸시효가 진행된다.(어떤 면에서는 울산판결조차도 진실을 제대로 규명했다고 보기 어렵다. 진실을 최소적으로 사용하거나 극한적으로 사용할 여지가 열려 있다.)

ⅱ)일응 배상청구권의 소멸시효가 완성되었다고 여겨지는 여타 사건도 권리행사 기준일은 울산판결 선고일이다. 울산판결선고일을 소멸시효기산점으로 보든지 아니면 소멸시효기산점은 각 사건의 논리에 따라 진행되지만 유사사건 피해자들의 소제기를 위해 합리적 유예기간을 두든지 택일해야 한다. 울산판결은 시효에 관한 원칙을 정한 표준판결이기 때문에 전자로 하는 것이 논리적으로 깔끔하다. 그러나 이것이 꼭 더 정의롭다고 생각하지 않는다. 오히려 소멸시효기간에 유예기간을 추가하는 것이 바람직하지 않을까! 지금까지 억압당한 피해자 측이 감수해야 했던 침묵의 긴 세월을 감안하여 소멸시효 기간(3년)보다 긴 말문트기 각성 기간을 설정하는 것이 바람직하다.[107] 피해자 중심적 시각이 필요하다. 60년 동안 억압당한 사람은 울산판결을 보고도 구제가능성을 신뢰하지 않는다. 이제 울산판결이 학살피해자들에게 어떠한 법적인 의미를 가지며, 그들이 어떠한 구제방법을 이용할 수 있는지를 포함하여 피해자의 권리구제를 위한 포괄적인 주지기간[108]으로서 유예기간으로서 필요한 것이다. 따라서 판결 자체가 새로운 입법으로서 비중을 갖는다는 점과 피해자들이 강요된 긴 침묵의 시간 속에 있었다는 점을 감안하여 일종의 희생자구제용 미란다 원칙의 정신이다. 나아가 어느 정도 식견 있는 법률가들이라면 울산판결은

105) 바로 여기에 민법상의 시효정지 규정을 준용해야 한다.

106) 2013년 3월 22일자 '형제복지원 사건' 관련 필자의 발제문 참조.

107) 서울대 정근식 교수는 국가폭력의 희생자들에게 존재하는 침묵의 다층구조를 인정과 명예회복의 문제로 설명하였다. 그것을 시효연장의 법리에 고려할만하다고 생각한다.

108) 많은 판결들이 진실화해위원회의 결정일을 기준으로 시효기산점을 논의하고 있으나 결정일이 기준이 된다는 것은 법리적으로 맞지 않다고 생각한다. 피고인이 출석한 형사재판이 아니고서는 결정일로부터 기간을 계산하는 것은 의문이다. 최소한 결정이 관련자에게 통지된 때로부터 기산해야 한다. 진실화해위원회의 결정이 피해자 모두에게 어떻게 통지되었는지는 명료하게 따져야 할 일이다. 법원은 피해자에게 꽤나 불리한 셈법을 적용하고 있는 것 같다. 여기서도 주지기간이나 유예기간이 불가피하다는 점을 알 수 있다.

너무나 중대한 사건이기 때문에 이어진 정기국회가 당연히 집단학살의 희생자들을 위하여 적절한 배상법을 제정할 것이라고 기대했을 것이다. 따라서 이러한 기대가 완전히 무산된 시점부터 소멸시효를 기산하는 것이 합리적이다.[109] 이 문제에 대해서 기대가 완전히 무산된 것인지 아닌지 확신할 수는 없다. 이러한 논점에 대해서 이미 삼청교육대 사건과 관련하여 놀라운 판결도 있다.[110] 아프리카 인권법원도 시적 한계(제척기간)를 배제하는 규정까지 두고 있다. 후속판결 중 부여판결이 소멸시효기간을 진실화해위원회의 결정일을 기준으로 6월로 단축하였다. 권리를 행사할 수 있는 때가 바로 결정일이라면 그때부터 시효가 기산되어야 한다는 민법의 기본원칙을 무시한 판결이다. 법원은 피해자의 권리를 박탈하는 엄중한 문제 앞에서 복덕방에서나 쓸 수 있는 논리를 구사하였다. 국가불법행위에서 신의칙에 입각한 유예는 당연히 희생자를 위한 것이다.[111] 유예기간은 피해자용이므로 시효단축요소가 아니라 시효연장요소이다.

ⅲ)사건의 논리구조에서 울산판결과 다르다는 이유로 집단살해사건을 구제하지 않는 것은 피해자의 차별이고, 헌법상의 평등원칙 위반이다.

ⅳ)울산판결 이후에 발생한 국가불법행위와 관련해서는 사실상 장애사유가 소멸한 때부터 소멸시효가 기산된다.(국제형사재판소에 관한 로마규정에 가입하여 국내이행입법을 제정하였기 때문에 국제법상의 범죄에 대해 공소시효는 배제되지만 소멸시효를 배제하는 특별입법은 제정하지 않았다). 소멸시효배제법이 제정되지 않더라도 만약 국제형사재판소관할범죄에 대해 형사소송이 개시되면 참여하여 민사배상청구를 함으로써 소멸시효를 우회할 수 있을 것이다.

---

109) 이것은 원래 진실화해위원회의 기본적인 권고사항이었으며, 울산판결 이후 필자는 그 부분에서 <국가범죄(앨피, 2011)>에 수정된 견해를 추가하였다.

110) 삼청교육의 피해자가 대통령의 담화로 인하여 갖게 된 국가에 대한 강한 신뢰는 그 대통령이 대통령직에서 퇴임하였다고 해서 곧바로 깨어졌다고 볼 수 없으므로 그 때부터 손해배상청구권의 소멸시효가 진행된다고 볼 수 없으며, 국가가 삼청교육 관련 피해보상 활동을 중단하여 피해자가 더 이상 국가에 삼청교육 관련 피해보상을 기대하는 것이 무의미하다고 보이는 시점에서 손해배상청구권이 발생하여 그 때부터 소멸시효가 진행된다고 보아야 할 것인바, 삼청교육 피해자에 대한 보상과 같이 많은 예산을 필요로 하는 정부사업은 통상 국회의 입법이 선행되어야 하는 점, 13대, 14대 및 15대의 국회의 경우 개원 후 5개월 내지 6개월이 지나서야 피해보상을 위한 특별법안이 제출된 점, 대통령의 담화 이후 국회의 입법준비활동, 행정부의 조치, 대통령의 지시 및 여당 대변인의 발표 등 특별법 제정에 관한 정부의 노력이 지속적으로 진행되어 왔으므로 다소 시간이 걸리더라도 피해보상을 위한 특별법이 결국 제정될 것이라는 고도의 신뢰가 삼청교육 피해자들 사이에 형성되었다고 봄이 상당한 점 등에 비추어 보면, 삼청교육 피해자들은 16대 국회가 개원한 이후에도 6개월이 될 때까지는 피해보상법안의 발의가 있을 것이라는 기대를 어느 정도 할 수 있었다고 보아야 하고, 따라서 국가가 피해보상입법 등 삼청교육 관련 피해보상 활동을 최종적으로 중단하여 피해자가 더 이상 국가에 삼청교육 관련 피해보상을 기대하는 것이 무의미하게 되었다고 보이는 시점은 제16대 국회가 개원한 2000. 6. 16. 로부터 6개월이 지난 2000. 12. 16.이라고 인정함이 타당하므로 그 때부터 삼청교육의 피해자의 손해배상청구권의 소멸시효가 진행된다.(광주지법 2003. 7. 1. 선고 2003가단7284 판결)

111) 앞의 주 15)에 제시된 호주인권위원회의 원칙 17 참조.

발제 2

문경 석달마을 학살사건과 국가의 배상책임

박갑주 (변호사)

1. 들어가며

문경 석달마을 학살사건[112]과 관련하여 국가를 상대로 한 손해배상 청구소송[113]은 한국전쟁 전후 시기 국가에 의한 민간인 학살사건 소송에서 울산보도연맹 학살사건과 더불어 국가의 소멸시효 항변을 신의칙 위반으로 판단함으로써 사법적 구제를 가능하게 한 리딩 케이스(leading case)라는 점, 사실상 판례변경으로 볼 수 있다는 점, 인정된 손해배상액이 상대적으로 많았다는 점, 그리고 문경 석달마을 학살사건의 나머지 유족들이 제기한 후속 소송에서 소멸시효 항변과 신의칙이 새롭게 문제가 되고 있다는 점에서 여러 가지 의미와 쟁점, 한계를 가지고 있는 사건이다.

아래에서는 그와 같은 문경 석달마을 학살사건을 진행한 소송대리인의 입장에서 소송의 진행경과를 중심으로 위와 같은 의미와 쟁점, 한계를 살펴보고자 한다.

2. 문경 민사소송의 제기와 1심 판결 및 파기환송 전 2심 판결

가. 문경 석달마을 학살사건 직후 군은 문경경찰서장과 공모하여 게릴라가 학살을 저질렀다고 상부에 보고하고, 군 보도과에서는 '공비의 최후적 만행으로서 국군을 가장하고 부락에 침입하여 살인방화 등을 감행한' 사건으로 보도하였다. 한편 1960. 4. 19. 이후 국회에 양민학살사건 진상조사특별위원회가 설치되고 현지조사가

112) '문경 석달마을 학살사건'이란 육군 제2사단 25연대 예하 2개 소대 군인들이 1949. 12. 24. 정오경 문경 석달마을에 진입하자마자 마을을 포위한 채 불을 지르고, 대피하던 마을 주민들을 모아 놓고 무차별 사살하고, 마을 주변을 포위·경계하던 군인들이 마을 뒤 산모퉁이에서 마을로 돌아오던 마을 청장년들과 귀가하던 초등학생들을 총살하여 마을 주민 127명 중 86명이 희생된 사건으로, 희생자 중 70% 가량은 어린이, 노약자 또는 부녀자였다. 한편 군인들이 문경 석달마을 주민들을 학살하게 된 동기나 이유는 밝혀지지 않았다.

113) 이하 문경 석달마을 학살사건의 유족들이 2008. 7. 10. 소송을 제기한 사건을 '문경 민사소송'(1심 서울중앙지방법원 2009. 2. 11. 선고 2008가합66691 사건, 파기환송 전 2심 서울고등법원 2009. 7. 31. 선고 2009나24479 사건, 3심 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 사건, 파기환송 후 2심 서울고등법원 2012. 4. 27. 선고 2011나74842 사건, 재상고심 대법원 2012다43638 사건)이라 하고, 문경 민사소송의 2011. 9. 8. 대법원 승소 이후 일부 유족들이 제기한 2건의 사건들을 합쳐 '문경 추가민사소송'(1심 서울중앙지방법원 2013. 2. 8. 선고 2012가합24342 사건 및 2심 서울고등법원 2013나2004621 사건, 1심 서울중앙지방법원 2012가합543515 사건)이라 한다.

실시되기도 하였으며, 일부 유족들은 1960. 4. 19. 이후 진상규명 및 신원(伸寃)을 요구하는 호소문을 관계 행정당국에 전달하였지만, 5. 16. 군사쿠데타 직후 군사정권은 호소문 내용을 반국가행위로 규정하였다. 유족들은 1993. 유족회를 결성한 후 다시 관계 행정당국에 진상규명 및 신원을 요구하는 탄원서를 전달하였는데, 그와 같은 탄원서를 이관 받은 국방부는 '전사자료 미보유로 확인 불가' 입장을 계속 밝혔다. 유족들은 수차례 국회청원도 제출하였지만 미달성으로 처리되거나 임기만료의 이유로 자동 폐기되었다. 또한 일부 유족들은 2000. 헌법재판소에 문경학살사건 진상조사, 명예회복, 피해보상을 위한 특별입법 지연과 관련하여 입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원[114]을 청구하였지만 2003. 5. 15. 각하되었다. 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(이하 '기본법'이라 함)이 제정된 후 진실·화해를 위한 과거사정리위원회(이하 '과거사정리위원회'라 함)는 2007. 6. 26. 문경 석달마을 학살사건과 관련하여 진실규명결정을 내렸다.

나. 사법에 호소한다는 것은 다른 방법을 통해서는 문제가 해결되지 않기 때문이다. 마찬가지로 문경 석달마을 학살사건의 희생자 유족들이 국가를 상대로 한 손해배상 청구소송을 제기하게 된 것은 정부 또는 국회의 문제해결 의지와 노력이 없었고, 사법에 호소하는 방법 외에는 다른 해결 방법을 찾을 수가 없었기 때문이다.[115]

즉, 기본법 제32조 제4항 제1호, 제34조, 제36조 제1항 등에서는 '희생자, 피해자 및 유가족의 피해 회복'[116]을 규정하고 있어 피해 회복의 대상자에 '희생자, 피해자 및 유가족 모두'가 포함되는 것은 분명하고, 또한 피해 회복도 단순히 '의료비 지원, 원호 사업, 생계비 지원 등'을 넘어서 표현 그대로 피해의 회복이 되어야 하지만[117] 과거사정리위원회가 한국전쟁 전후 민간인 희생사건과 관련하여 진실규명결정을 하면서 내린 권고조치 내용에 학살행위로 인한 배·보상에 대하여 언급된 적이 없었고, 정부나 국회는 후속조치를 위한 입법 등을 전혀 하지 않았으며, 과거사청산 문제와 관련하여 일부에서 그때까지의 성과를 인정하지 않고 오히려 되돌리려는 움직임이 있는 상황에서 유족들이 선택할 수 있는 일은 사법부에 호소하는 방법뿐이었다.[118]

다른 한편 문경 석달마을 학살사건과 그 성격이 본질적으로 동일한 거창학살사건[119]과

114) 헌법재판소 2003. 5. 15. 결정 2000헌마192, 508(병합) 사건.

115) 그와 같은 상황은 현재도 마찬가지이며, 따라서 문경 민사소송의 1심 법원 및 파기환송 전 2심 법원, 그리고 문경 추가민사소송의 1심 법원이 원고들의 청구를 기각하면서 입법적 해결을 언급한 것은 그와 같은 상황에 눈을 감는 것이다.

116) 기본법 제32조 제4항 제1호는 '피해자, 희생자의 피해 회복'을, 제34조는 '피해자의 피해 회복'을, 제36조는 '희생자, 피해자 및 유가족의 피해 회복'을 각 규정하고 있다.

117) 박갑주, 「민간인학살사건, 배상/보상 문제 어떻게 풀어갈 것인가?」, 2008. 8. 13.자 한국전쟁전후 민간인학살 진상규명 범국민위원회 주최 '진실규명결정 후속조치 대응 간담회' 자료집

118) 이와 관련하여 본인은 문경 민사소송을 제기하려는 유족대표 채의진에게 "대법원에서 직전에 거창학살사건과 관련하여 소멸시효 항변을 받아들인 상태에서 소송에서의 승소가능성이 낮고, 입법적인 해결을 위해 좀 더 노력하는 것이 좋을 것 같다."라는 의견을 제시하였으나, 한국전쟁 전후 민간인 학살사건과 관련하여 과거사정리위원회의 진상규명결정일로부터 3년 내지 6개월 내에 소송을 제기하지 않는 것을 문제삼는 최근의 법원 태도에 비추어볼 때, 그와 같은 의견은 결과적으로 문경 석달마을 학살사건과 관련해서는 타당하지 않은 것이었다.

관련하여 대법원은 2008. 5. 29. 소멸시효 도과를 이유로 원고 패소 판결을 한 원심 판결을 확정하였는바,[120] 그와 같은 상황에서 문경 민사소송의 제기는 국가의 적극적 문제해결 노력을 통한 자기반성(자기고발) 촉구 또는 인권과 정의의 수호라는 사법의 존재이유에 대한 질문이라는 의미를, 소송상으로는 대법원의 한국전쟁 전후 민간인 학살사건에 대한 태도변화 요구라는 의미를 포함하고 있었다.

다. 이에 문경 석달마을 학살사건의 희생자 유족 4명이 2008. 7. 10. 서울중앙지방법원에 문경 민사소송을 제기하였다. 그 결과 서울중앙지방법원에서 진행된 1심(서울중앙지방법원 제24민사부 2009. 2. 11. 선고 2008가합66691 판결), 서울고등법원에서 진행된 2심(서울고등법원 제2민사부 2009. 7. 31. 선고 2009나24479 판결)에서 '① 원고들의 손해배상청구권은 5년간의 소멸시효 제척기간이 도과하여 시효 소멸하였고(적어도 손해와 가해자를 안 날이라고 할 수 있는 헌법소원 청구일로부터 3년간의 단기소멸시효도 도과함.) ② 1960. 4. 19. 이후 국회 차원에서 조사가 이루어지기도 하는 등 객관적으로 원고들이 손해배상청구권을 행사함에 있어 장애사유가 있었다고 보기 어려우며 ③ 기본법과 과거사정리위원회의 결정을 시효 이익의 포기 등으로 보기 무리가 있고 ④ 유족들 자신은 문경 석달마을 학살사건의 진상을 알고 있었다고 봄이 상당하여 국가의 소멸시효 주장이 권리남용에 해당한다고 보기 어렵다(다만, 국가는 기본법의 취지에 따라 국민 전체의 여론과 국가 재정, 유사사건의 처리문제, 결정상의 권고사항 등을 참작하여 관련 법령을 마련하는 등 피해회복을 위한 조치를 취해야 할 것임.). ⑤ 또한 진상규명을 요구하는 유족에 대하여 체포한 행위와 관련한 손해배상청구권도 시효로 소멸하였고, 원고(유족)들에 대한 사회적 냉대와 고초, 명예훼손 등과 관련해서는 국가에 손해배상책임을 부담하게 할 수는 없다.'라는 취지로 판시하면서 청구를 기각하였다.

즉, 문경 민사소송의 1, 2심 법원은 국가의 소멸시효 항변을 받아들여 원고 청구를 기각하면서 국가에 입법적 해결을 촉구하였지만, 국가가 그와 같은 조치를 취하지 않아 소송을 제기하게 된 경위와 그 이후로도 상당 기간 그와 같은 조치를 취할 것으로 기대하기가 어려운 상황에 비추어볼 때, 현실적인 이야기가 아닐 뿐 아니라 사법부 자신의 의무와 책임을 회피하는 것이었다.

3. 문경 민사소송의 대법원 판결

가. 한편 대법원은 2011. 6. 30. 울산보도연맹 학살사건에 대한 판결[121]에서 그 이전 거창학살사건에서 받아들였던 국가의 소멸시효 항변을 신의성실의 원칙에 반

119) 희생자 확인 등과 관련한 근거법령이 문경 석달마을 학살사건은 기본법, 거창학살사건은 거창사건등관련자의명예회복에관한특별조치법으로 서로 다르지만, 한국전쟁 전후 국가에 의한 민간인 희생사건은 본질적으로 동일한 성격의 사건이다.

120) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결.

121) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결.

하여 허용할 수 없다는 판시를 하여 한국전쟁 전후 민간인 학살사건과 관련하여 사법적 구제의 길을 열었다. 하지만, 울산보도연맹 학살사건의 대법원 판결은 그 판시 내용 중에 "그 처형자명부 등을 3급 비밀로 지정함으로써 진상을 은폐한 피고가 이제 와서 뒤늦게 원고들이 위 집단 학살의 전모를 어림잡아 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효의 완성을 주장하여 그 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다."라는 부분이 있어서 한국전쟁 전후 민간인 학살사건에 일반적으로 적용될 수 있을 지 확언할 수 있는 상태가 아니었고, 따라서 대법원이 약 2개월 후인 2011. 9. 8. 문경 석달마을 학살사건에서 다시 한 번 국가의 소멸시효 항변을 배척함으로써 한국전쟁 전후 민간인 학살사건에 대하여 일반적으로 사법적 구제가 가능함을 분명히 하였다.

나. 문경 민사소송의 대법원 판결 요지는 다음과 같다. "공비 소탕작전이 진행되는 상황에서 군인이 저지른 민간인 학살행위는 객관적으로 외부에서 거의 알기 어려워 원고들과 같은 희생자들의 유족이라고 하더라도 국가에 의하여 진상이 규명되기 전에는 국가 등을 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려웠다고 할 것인 점, 문경학살 사건에 대하여 과거사정리위원회에 의한 진실규명결정이 이루어지기 전까지 가해자가 소속된 국가가 그 진상을 규명한 적이 없었고, 오히려 사건 초기 국군을 가장한 공비에 의한 학살 사건으로 진상을 은폐·조작하였던 점, 원고들을 비롯한 유족들이 1993. 5. 3. 유족회 결성 이후 관계당국에 여러 차례 탄원서 제출, 국회청원, 헌법소원심판 청구를 제기한 것은 결국 규명되지 못한 진실을 밝히고자 노력한 것으로 볼 수 있을 뿐인데, 진상규명을 위한 노력만으로 진실이 밝혀지지 않은 상태에서 유족들이 손해배상청구권을 행사할 수 없는 장애사유가 해소되었다고 볼 수 없는 점, 전쟁이나 내란 등에 의하여 조성된 위난의 시기에 개인에 대하여 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행하거나 또는 국가권력의 비호나 묵인 하에 조직적으로 자행된 기본권침해에 대한 구제는 통상의 법절차에 의하여서는 사실상 달성하기 어려운 점 등에 비추어 과거사정리위원회의 이 사건에 대한 진실규명결정이 있었던 2007. 6. 26.까지는 객관적으로 원고들이 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다. 여기에 어떠한 경우에도 적법한 절차 없이 국가가 보호의무를 지는 국민의 생명을 박탈할 수는 없다는 점을 더하여 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 진실을 은폐하고 진상규명을 위한 노력조차 게을리 한 피고가 이제 와서 뒤늦게 문경학살 사건의 유족인 원고들이 과거사정리위원회의 진실규명결정에 따라 진실을 알게 된 다음 제기한 이 사건 소에 대하여 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효완성의 항변을 하여 그 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 할 것이다."[122]

다. 위와 같은 문경 민사소송 대법원 판결은 국가 스스로에 의한 진상규명 전까

122) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결

지는 국가에 대한 손해배상 청구의 기대가 불가능하고,[123] 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행하거나 국가권력의 비호나 묵인 하에 조직적으로 자행된 기본권 침해에 대한 구제는 통상의 법절차에 의해서는 달성되기 어렵다는 점을 인정하여 결국 한국전쟁 전후 민간인 학살사건에 대한 사법구제의 길을 열었고, 거창학살사건의 대법원 판결과 관련하여 사실상 판례변경을 한 것이라는 의미가 있다.

하지만 문경 민사소송 대법원 판결은 국가에 의한 조직적인 인권유린 행위와 관련하여 시효 자체의 배제 가능성을 고려하지 않았고, 울산보도연맹 학살사건의 대법원 판결이 "사법기관의 판단을 거치지 않고서는 손해배상청구권의 존부를 확정하기 곤란하였다"(제5면)라고 판시와 비교하여 단지 "국가에 의하여 진상이 규명되기 전에는 국가 등을 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려웠다"(제8면)라고 하여 소멸시효 기산점을 대법원 판결 시로 판단할 수 있는 근거를 없앴고,[124] 적극적으로 사법의 자기반성으로 기존 거창학살사건 이후 판례변경임을 분명히 하여 새로운 소멸시효 기산점의 표준시를 울산보도연맹 학살사건의 대법원 선고시(2011. 6. 30.) 또는 문경 민사소송의 대법원 선고 시(2011. 9. 8.)로 선언할 필요성이 있었음에도 불구하고 그와 같은 판시하지 않은 한계가 있었다. 그와 같은 점에서 울산보도연맹 학살사건과 더불어 문경 민사소송의 대법원 판결에는 최근 일부 하급심 법원에서의 소멸시효와 관련한 부당한 판결의 빌미를 제공하였다고 볼 수도 있다.

4. 파기환송 후 2심에서의 판단

가. 파기환송 후 2심에서는 법원 조직법 제8조에 따른 상급법원 판단의 기속력에 의해서 국가의 소멸시효 항변은 문제가 되지 않았고, 단지 그 손해배상액수가 유일한 쟁점이었다. 다른 민간인 학살사건과 마찬가지로 원고들은 위자료 형태로 손해배상청구를 하였는데, 파기환송 후 2심 판결(서울고등법원 제15민사부 2012. 4. 27. 선고 2011나74842 판결)에서는 지연손해금의 기산일을 사실심 변론종결일로 판단하되, 다만, "문경학살 사건의 진행 경위 및 방법, 희생자들의 성별, 연령, 가족관계 및 피해정도, 국민의 생명을 보호하여야 할 책무를 저버린 피고의 불법행위의 위법성 및 그에 대한 비난가능성, 아래에서 보는 바와 같이 문경학살 사건 이후 환송 후 당심 변론종결일까지 우리나라의 통화가치에 현저한 변동이 있었고, 피고의 배상의무 지연에 따른 희생자들의 유족인 원고들의 추가적인 정신적 고통을 금전으로나마 위자하여야 하는 점 등 제반사정을 고려하여, 위자료를 원고들이 구하는 바에 따라 일응 희생자들 본인의 경우 3억 원, 문경학살 당시 생존한 희생자들의 배우자는 1억 5천만 원, 부모와 자녀는 각 9천만 원, 형제자매는 1천 5백만 원, 조부

123) 이는 법률상 장애사유와는 다른 개념으로 소멸시효 항변의 신의칙 위반에서 언급되고 있는 '객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유'의 범위와 관련이 있는 부분이다.

124) 그렇지만 두 사건의 대법원 판결 모두 "과거사정리위원회의 진실규명결정이 있었던 때까지는 객관적으로 원고들이 권리를 행사할 수 없었다."고 판시하여 소멸시효 기산점에 대한 판단에 있어서는 동일한 점이 있다.

모와 손자는 각 3백만 원"으로 정하였다.

나. 물론 문경 민사소송의 원고들은 소송과정에서 다른 민간인 학살사건과 다른 점으로 ① 가족 중 1-2명이 희생된 것이 아니라 가족의 거의 대다수가 희생되어[125] 남아 있는 유족들의 정신적 고통, 경제적 어려움이 다른 민간인 학살사건과는 비교도 되지 않을 만큼 컸고, ② 당시 문경 석달마을에 있던 가옥 24채 전부가 불에 탔고, 가을걷이로 저장하였던 광이 전소되는 등 마을 전체가 초토화되어 다른 민간인 학살 사건과 다르게 재산피해가 인명피해 못지않았다고 주장하였지만, 한국전쟁 전후 민간인 학살사건의 경우 그 본질은 동일하다 할 것이다. 따라서 문경 민사소송의 파기환송 후 2심에서 인정한 손해배상액이 적절한지는 별론으로 하고, 문경 민사소송에서 인정된 손해배상액과 비교하여 다른 민간인 학살사건의 손해배상액이 터무니없이 적은 것은 매우 부당한 것이다.

다. 한편 민간인 학살사건의 손해배상액 산정에서 가장 중요한 기준은 파기환송 후 2심 판결이 언급하고 있는 것처럼 "국민의 생명을 보호하여야 할 책무를 저버린 피고의 불법행위의 위법성 및 그에 대한 비난가능성"(제13면)이라 할 것이다.

여기서 다른 민간인 학살사건에서 피고(국가)가 손해배상액을 산정함에 있어서 고려해야 한다고 주장하고 있는 ① 전체 진실규명결정이 된 민간인 학살사건의 수 및 희생자 수 등은 위와 같이 피고의 불법행위의 위법성 및 그에 대한 비난가능성이라는 기준으로 손해배상액을 정해야 하고, 3권이 분립되어 있는 헌법의 정신에도 위반되는 것[126]이어서 고려할 이유가 없고 ② 희생자의 부역행위 여부도 만일 희생자가 부역행위를 하였더라도 그것이 민간인을 학살할 당시 가해주체(군인, 경찰, 치안대 등)에게 현존하고 명백한 위험이었을 경우에만 과실상계 법리에 의해서 고려되면 되지 현존하고 명백한 위험이 없었음에도 불구하고 희생자가 이전에 부역행위를 하였다는 이유로 국민의 생명에 대한 보호의무가 있는 국가가 민간인을 어떠한 법적 근거나 절차 없이 학살한 사건에서 그와 같은 부역행위를 고려할 이유가 전혀 없는 것이다.[127]

5. 국가의 재상고와 재상고심의 상황

국가는 위와 같은 파기환송 후 2심 판결에 대하여 재상고를 하였는바, 재상고심 사건(대법원 2012다43638 사건)에서 국가의 상고요지는 첫째, 희생자 확정과 관련하

125) 예를 들어 당시 7세였던 원고 채○○의 경우 증조모, 조모, 고모에 부모 전부가 희생되어 사실상 고아가 되었고, 당시 10세였던 원고 채△△의 경우 조모, 모, 형, 형수, 누나가 희생되었으며, 당시 생후 6개월이었던 원고 이□□의 경우 증조모, 조모, 모, 외삼촌, 외숙모, 이모가 희생되었고, 당시 8세였던 원고 김◇◇의 경우 부모, 나머지 형제자매가 모두 희생되어 고아가 되었다.

126) 법원은 단지 불법행위의 위법성 및 그에 대한 비난가능성 등의 기준으로 손해배상액을 정하면 되는 것이고, 정부와 국회가 그를 뒷받침하는 입법과 예산배정을 하면 되는 일이다.

127) 이와 같은 이유에서 법원이 일부 보도연맹 학살사건에 있어서 손해배상액을 다른 민간인 학살사건과 다르게 정하고 있는 것은 매우 부당하다.

여 아무런 입증 없이 원고의 주장만으로 이를 인정하여 증거 재판주의에 위배되고, 둘째, 1960. 4. 19. 이후 문경지구 양민학살사건 조사에 관한 결의안을 국회에 제출하고 양민학살 진상조사특별위원회가 설치되어 문경지역에 대한 현지조사가 실시된 이후부터는 유족들이 손해배상청구권을 행사하는데 객관적인 장애사유가 있었다고 볼 수 없으므로 손해배상청구권이 시효로 소멸하였으며, 셋째, 원심에 판단한 위자료 액수가 과다하다면서 유사사건과의 통일적 기준을 위해 대법원의 판단이 필요하다는 것이다.

한편 대법원은 울산보도연맹 학살사건의 경우에는 국가의 재상고 후 3개월만에 상고기각을 하였음에도 불구하고 이 사건 문경 민사소송의 재상고심 사건에서는 1년이 다되어 가는 현재까지 결론을 내리지 않고 있다.

6. 문경 추가민사소송에서의 국가의 배상책임

가. 문경 민사소송 대법원 판결이 선고된 후 기존에 소 제기 사실을 몰랐거나 소송에 참여하지 않았던 유족들이 진실규명결정이 있었던 2007. 6. 26.로부터 3년은 경과하였지만 대법원 판결 선고일로부터는 3년은 경과하지 않은 상태에서 새롭게 문경 추가민사소송을 제기하였다. 그에 따라 문경 추가민사소송에서 쟁점은 진실규명결정이 있었던 2007. 6. 26.부터 3년이 경과하여 추가소송을 제기하는 것에 대하여 법원이 국가의 소멸시효 항변을 다시 배척할지 여부이다.

나. 대법원은 소멸시효 항변권에 대한 신의칙의 적용과 관련하여 "채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, ① 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, ② 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, ③ 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, ④ 채권자 보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다 할 것"라고 판시하고 있다.[128]

그와 같은 대법원 판례에 근거할 때, 문경 추가민사소송의 경우 소멸시효와 관련한 구체적인 쟁점은 첫째, 국가는 원칙적으로 소멸시효 항변을 할 수 있는 지 여부, 둘째, 문경 추가민사소송이 '객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유'에 해당하는지 여부,[129] 셋째, 문경 추가민사소송이 '채권자보호의 필요성이 크

128) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결, 대법원 1999. 12. 7. 선고 98다42929 판결, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결 등 참조

고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우'에 해당하는지 여부일 것이다.

다. 먼저 위 첫 번째 쟁점과 관련해서는 소멸시효 항변에 대한 신의칙 위반이 인정된 경우, 언제나 소멸시효항변이 배제된다는 의미인지 아니면 구체적 사정을 고려하여 일정한 장애요인이 없어지면 그때부터는 다시 시효를 기산시킬 수 있는지에 관한 것이다. 그런데 대법원은 이와 관련하여 권리행사가 불가능한 사실상의 장애사유가 있어 신의칙 위반을 인정한 경우 그러한 장애요인이 해소되고 이를 알게 된 경우에는 언제든지 소송만 제기하면 소멸시효 항변을 할 수 없다고 보지는 않는 입장이다. 이에 문경 추가민사소송에서 원고들은 원칙적으로 시효를 배제해야 한다는 주장을 하지는 않고 있다.

위 두 번째 쟁점인 '객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유'의 해석과 관련해서는 그 범위가 법률상 장애가 국한되지 않고, '권리자 이외의 제3자가 권리자의 입장에 선다 해도 권리를 행사하는 것이 불가능한 경우'를 의미하는 것으로 보아야 하며,[130] 이와 관련하여 半田吉信도 「消滅時效の濫用と信義則」[131]이라는 제목의 논문에서 '가지가지의 사정에 의하여 채권자가 사실상 소를 제기하는 것이 불가능 혹은 소제기가 기대될 수 없는 사정이 있는 경우'[132]라고 표현하고 있다. 그렇다면 '객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유'는 사실상 장애사유로도 충분하고, 반드시 장애사유라고 말하기 어려운 것이어도 소송을 제기할 것을 기대하기 어려운 경우면 충분하며, 다만, 일반인의 눈으로 보았을 때 그러한 권리행사를 기대하기 어렵다는 등의 사정이 있어 채권자가 권리를 행사하지 아니한 것이 사회적으로 상당한 것으로 평가될 수 있는 경우라 할 것이다.

그와 같은 해석에 근거할 때, 이미 진상규명결정을 받은 문경 석달마을 학살사건에 있어서는 거창학살사건에 대한 대법원 판결 이후 사실상 판례를 변경한 울산보도연맹 학살사건 또는 문경 민사소송의 대법원 판결이 있기 전까지는 소를 제기하는 것을 기대할 수 없는 사정이 있었다 할 것이다. 이와 관련해서는 ① 울산보도연맹 학살사건에서 대법원의 "사법기관의 판단을 거치지 않고는 손해배상청구권의 존부를 확정하기 곤란하다"(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결) ② 일부 과거사사건의 경우 과거사정리위원회의 진실규명결정을 객관적 장애사유가 사라진 것

129) 이와 관련, 민법 제766조 제1항 소정의 '손해 및 가해자를 안 날'의 해석에 있어서 '선결문제에 관하여 피해자가 승소한 경우'와 유사하게 울산보도연맹 학살사건 및 문경 민사소송에서 대법원이 국가의 소멸시효 항변을 배척하여 기존 하급심 판결을 파기하였을 때부터 손해 및 가해자를 알았다고 해석할 여지도 있다(대법원 1981. 1. 13. 선고 80다1713 판결 등 참조). 우리나라 민법과 동일한 형태의 소멸시효 제도를 가지고 있는 일본 최고재판소도 "권리를 행사할 수 있는 때란 그저 그 권리의 행사에 대해 법률상의 장애가 없다는 뜻이 아니라, 나아가 권리의 성질상 그 권리행사가 현실적으로 기대할 수 없을 것임도 필요하다고 해석하는 것이 상당하다."라고 판시한 적도 있다(最高裁判所 1970. 7. 15., 民集 24-7, 771면).

130) 강우찬, 「국가배상소송에서 국가의 소멸시효 완성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙위반여부에 관한 검토」, 법조, 제55권 제2호 통권593호(2006. 2), 법조협회, 2006. 271면

131) ジュリスト 872호, 79-81면 참조

132) 전게 논문, 80면 참조

으로 보지 않고 “재심판결이 확정되기 전까지는 그 피해자인 원고들이 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적인 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다”(대구지방법원 2011. 1. 25. 선고 2010가합2484 사건)라는 판시들을 참조할 만하다.

다음으로 위 세 번째 쟁점인 ‘채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우’는 일반적으로는 채무자가 동일하게 시효가 완성된 다른 채권자들에게는 변제를 하면서, 이 채권자에 대하여는 채무이행을 거절한 경우로서, 그 채권의 성격에 비추어볼 때, 채권자보호의 필요성이 큰 사안이어서, 채무이행 거절이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 경우를 의미한다.[133] 그런데 문경 추가민사소송은 국가기관에 의한 민간인 집단학살이라는 점에서 원고들에 대한 보호의 필요성이 크고, 이미 일부 유족은 판결에 따른 손해배상금을 수령하였는바, 추가소송의 유족들에게 손해배상액의 지급을 거절하는 것은 현저히 부당하거나 불공평하다 할 것이므로 당연히 위와 같은 경우에 해당한다 할 것이다.

이와 관련하여 부산고등법원의 2012. 11. 22. 거창민간인 학살사건과 관련한 ‘채권자 보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있는지 여부’와 관련하여 “위 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 거창사건은 국가기관에 의하여 저질러진 무차별적이고 무자비한 반인륜적인 민간인 집단학살 사건으로서 그 피해자인 희생자와 유족들을 보호할 필요성이 매우 크다고 아니할 수 없을 뿐만 아니라, 피고로서도 현재 거창사건 희생자 등에 대한 피해회복을 규정한 과거사정리기본법까지 제정·시행되고 있는 마당에 먼저 적극적으로 그 피해회복을 위한 조치를 취하기는커녕 ‘거창사건 보상에 대해 아직 공감대가 폭넓게 형성되지 않았다거나, 그 보상이 향후 국가재정에 커다란 부담으로 작용할 것이다.’라는 등의 종전 입장만을 고수하면서 그 희생자의 유족들이 제기한 개별적인 소송에서 소멸시효주장 등을 통하여 그 책임을 부인하는 것은 피고의 국격에도 걸맞지 아니하여 온당치 아니한 것으로 보이는 점 ② 이른바 ‘문경사건’ 및 ‘울산 국민보도연맹사건’의 희생자 유족들은 피고를 상대로 제기한 개별적인 민사소송을 통하여 이미 손해배상을 받았거나 멀지 않은 장래에 손해배상을 받게 될 것으로 보이는바, 위 문경사건 및 울산 국민보도연맹사건과 거창사건은 모두 한국전쟁을 전후한 시기에 피고 소속의 공무원인 군인 또는 경찰관에 의하여 저질러진 민간인 집단학살 사건으로서 거창사건과 큰 틀에서 동일 내지 유사한 성격을 지니는 것으로 볼 수 있는 점 ③ 더구나 거창사건의 경우에는 문경사건 등 다른 사건들보다 그 피해자의 수가 훨씬 많고 불법성의 정도가 더 현저하였으며, 희생자 유족들의 진상규명 및 명예회복, 피해 보상 등을 위한 노력이나 활동 등도 비교적 일찍부터 적극적으로 추진되어 왔던 관계로 그 진상규명 및 명예회복 등을 위한 거창사건특별법이 제정되는 등의 결실을 일부 보기도 하였으나, 그

133) 현재까지 우리나라 판례상으로는 특별히 그 사례가 발견되지 아니한다.

피해에 대한 금전적인 보상이나 배상 조치는 현재까지도 전혀 이루어지지 않고 있는 점 등에 비추어 보면, 거창사건과 동일하거나 유사한 문경사건 및 울산 국민보도연맹사건의 피해자들이 민사소송을 통하여 피고로부터 손해배상을 이미 받았거나 멀지 않은 장래에 손해배상을 받게 될 것임에도 불구하고 일찍이 명예회복과 피해보상 등을 위해 노력해 온 거창사건 유족들에게 민사소송을 통한 피고의 손해배상채무 이행의 거절을 인정하는 것은 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 특별한 사정이 있는 경우라고 봄이 상당하다."(부산고등법원 2012. 11. 22. 선고 2012나50087 판결)라는 판시는 참조할 만하다.

라. 하지만 문경 추가민사소송 중 일부 1심 법원은 위와 같은 쟁점과 관련하여 적극적인 형태로 문경 민사소송의 대법원 판결의 사실인정 및 법리판단을 완전히 부인하는 취지의 판결을 하였다.[134] 그 주요내용은 다음과 같다.

'① 이 사건 희생자들의 유족들은 군인이 정당한 법적 절차 없이 이 사건 희생자들을 처형했다는 사실을 그 당시 알고 있었던 것으로 보이는 점 ② 이 사건 희생자들이 처형된 이후부터 현재까지 피고가 위 사건 자체를 은폐하거나 그 책임을 부인하려고 한 적이 있다는 점을 인정할 만한 자료가 없는 점 ③ 이 사건 발생 당시가 전시상황임을 고려하더라도 그러한 사정만으로 원고들이 통상의 법절차를 통해 피해를 구제받을 수 없었다고 쉽게 단정하기도 어려운 점[135] ④ 원고들이 피고 소속 군인 등의 위법행위를 짐작하고 있었다면 그 위법행위의 구체적이고 자세한 내막을 알지 못하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 권리를 행사할 수 없는 객관적인 장애사유가 있었다고 보기는 어려운 점 ⑤ 한국전쟁 당시 경찰이나 군인들에 의한 민간인 집단희생 사건의 희생자 및 그 유족의 손해배상청구를 인용한 판결이 선고된 바도 있으나(울산보도연맹 학살사건 등), 또한 희생자들의 손해배상청구권이 시효완성으로 소멸하였다는 이유로 그 청구가 기각된 판결(거창학살사건)도 있어 이 사건에서 원고들의 손해배상청구권이 시효완성으로 소멸되었다고 보더라고 '채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 경우'에 해당한다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 피고가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 볼 수 없다.

원고들이 그 주장처럼 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 하더라고 원고들은 그 장애사유가 소멸한 때로부터 신의칙상 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 하며, 그 '상당한 기간'은 피고가 적극적으로 원고들의 권리행사를 방해하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 6개월로 봄이 타당하다.

다른 사건에서 피고의 손해배상책임을 인정하는 판결이 선고되어 확정되었다고 하여 권리행사를 게을리 한 이 사건 원고들의 손해배상청구권의 소멸시효가 다른

134) 서울중앙지방법원 2013. 2. 8. 선고 2012가합24342 판결.

135) 피고는 거창학살사건에서 당시 관련자 일부가 형사처벌된 점과 경기도 양평에서 방위대원이 전쟁 중의 부역행위자 또는 불온분자를 총살한 행위에 대하여 형사처벌한 점(대법원 1954. 6. 26. 선고 4286형상161호 판결)을 근거로 들고 있지만, 오히려 한국전쟁 전후 벌어진 수많은 민간인 학살사건 중 겨우 2건이 형사처벌된 사실은 당시 통상의 법절차를 통해 피해를 구제받을 수 없었음을 반증한다 할 것이다.

판결의 확정시부터 진행한다고 볼 수 없고, 이 사건에서 원고들의 손해배상청구권이 시효완성으로 소멸하였다고 판단하는 것이 현저히 형평에 반하는 것이라 할 수도 없다.'

7. 마치며

결국 울산보도연맹 학살사건에 대한 대법원 판결과 더불어 문경 석달마을 학살사건에 대한 대법원 판결은 한국전쟁 전후 민간인 학살사건에 대한 사법적 구제의 길을 열어준 의미 있는 판결이며, 기존 거창학살사건에 대한 대법원 판결을 변경하는 형태로 법원이 태도를 변경한 판결이라고 할 것이다. 하지만 그와 같은 태도변경이 적극적인 형태의 자기반성 형태로 표시되지 않은 결과 결국 위 문경 추가민사소송의 1심 판결과 같이 일부 하급심에서는 퇴행적인 형태의 판결이 나오고 있게 된 근원이 되었다고 할 수 있다.

토 론 문

토론문 1

토론문

김제완 (민주법연・고려대학교 법학전문대학원 교수)

집단학살에 있어서 소멸시효의 문제를 단순한 민사법리에 가두어 두지 않고 법철학과 법사상, 국제인권의 차원에서 기본원리를 지적하시고 또한 여러 구체적인 사안을 분석하시면서, 한국전쟁 민간인 학살에 관한 다른 사건에서 문경사건의 판결 선고 시를 기산점으로 삼아야 한다는 구체적인 법리를 제시하시고 계신 이재승 교수님의 발제를 들으면서 매우 깊은 감명을 받았습니다.

또한 문경사건에 관한 박갑주 변호사님의 발제를 들으면서, 한국전쟁 민간인 학살사건에 관하여 사법적 구제를 위하여 치밀한 연구와 세심한 노력을 기울이고 계신 변호사님들의 피나는 노력을 느낄 수 있었습니다. 이와 같은 연구와 노력이 대법원의 태도를 바꾸는 데 중요한 역할을 하였을 것으로 생각합니다. 지적하신 바와 같이 하급심에서 그 법리가 제대로 적용되지 못하는 문제점이 있지만, 충분히 극복할 법리를 찾아내실 수 있을 것이라고 믿습니다.

사실 소멸시효의 문제는 민법의 주요 과제이고, 따라서 이와 같은 사건에 관하여 당연히 민법학자로서 시원한 해결방안을 제시하여야 마땅한데, 그렇지 못한 점에 관하여 민법학자의 한 사람으로서 매우 부끄럽게 생각합니다. 앞으로 두 분의 발제가 민법학자들이 이 문제에 대해 좀 더 깊고 진지한 연구를 하는 계기가 될 것으로 기대합니다.

두 분 발제의 논지에 대해 전적으로 공감합니다. 특히 한국전쟁 과정 중 국가권력의 불법적인 행사로 희생당한 민간인 피해자들이 정당하게 배상되어야 하며, 그 과정에 국가 측에서 소멸시효의 항변을 하는 것이 부당하고, 법원에서도 이 항변을 배척하여야 한다는 데에 공감합니다. 토론자도 과거 거창사건에 대한 항소심 판결 선고 후 개인적으로 이 문제에 많은 관심을 가지고 고민을 하였던 경험이 있고, 하급심판례평석 형식으로 발표하였던 일도 있습니다.[136] 당시로서는 대법원에서 소멸시효 항변을 인용하여 실망과 좌절감을 느꼈던 바 있습니다. 이제 문경사건으로 새로운 전기가 마련된 것을 보니, 다시 희망을 느낍니다.

---

136) 김제완, “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효-거창사건 항소심판결(부산고법 2004. 5. 7. 선고 2001나15255 판결)에 대한 비판적 검토”, 2007, 인권과 정의.

실무계와 학계가 함께 노력하여 우리 후손들과 국제사회에 내놓아 부끄럽지 않은 법리가 형성되기를 기원하며, 발제에 대하여 느낀 몇 가지 생각을 말씀드리도록 하겠습니다.

1. 판례변경이 소멸시효에 미치는 영향

문경사건 판결선고는 사실상의 판례변경으로서, 이 시점을 소멸시효의 기산점으로 삼아야 한다는 이재승 교수님의 논지에 전적으로 공감합니다. 사실 토론자도 이와 같은 문제의식을 가지고 고민하였던 바 있고, 소속 학교 대학원생이 이 주제로 석사학위 논문을 쓰는 데 지도교수로 관여하였던 바도 있습니다.[137]

위 논문의 계기가 된 사건은 이른바 기간제 국공립대 교수에 대한 재임용 거부처분이 행정소송의 대상이 될 수 있는지에 관하여, 대법원이 행정대상의 대상이 되는 처분에 해당한다는 취지로 판례를 변경한 후,[138] 과거 법적으로 다투지 못했던 피해자들이 이 대법원 판례변경을 계기로 손해배상을 청구함에 있어서 소멸시효가 문제된 것인데, 대법원은 소멸시효 완성을 인정한 바 있습니다.[139] 위 논문에서는 이 판결을 비판적으로 검토하면서, 과거 대법원 판례상 구제될 수 없었던 사건이 판례변경으로 구제 가능하게 된 경우, 과거에 피해자가 법원에 재판상 청구를 하지 않은 것을 탓하며 소멸시효 완성을 인용하는 것은 불합리하다는 취지의 문제제기를 하고 있습니다.

즉, 변경된 대법원 판례의 입장에 따라 위 교원이 대학 측의 재임용 거부처분이 위법함을 이유로 손해배상청구를 제기하였는데 그 사이에 손해배상청구권에 대한 소멸시효 기간이 경과한 경우에 종전 대법원 판례의 존재는 다음과 같은 이유에서 '법률상 장애'에 해당한다고 보아야 한다고 주장하면서, 다음과 같은 논리를 제시하고 있습니다. 첫째, 대상판결에서 권리자가 가지는 종전 대법원 판례에 대한 신뢰가 법령에 대한 신뢰보다 훨씬 낮다고 할 수 없다는 점, 둘째, 사안의 경우는 절차적 문제에 대한 대법원판례가 변경된 것이어서 기존 대법원 판례의 입장을 신뢰한 권리자에 대한권리구제 필요성이 법적 안정성의 요청보다 더 크다고 할 수 있다는 점, 셋째, 대법원 판례도 강력한 사실상의 구속력을 지닌다는 점, 넷째, 이 사안에서 종전 대법원 판례의 입장이 확고함에도 불구하고 권리자에게 어떠한 조치를 취하라는 것은 현실적으로 기대할 수 없다는 점, 다섯째, 설령 대법원 판례에 법원성이 인정되지 않으므로 '법률상 장애'에 해당한다고 보기 어렵다고 하더라도 불법행위에 있어서는 '객관적 장애' 여부가 권리행사가능성을 판단하는 기준이 되어야 한다는 점, 마지막으로 우리나라에서의 소멸시효 제도는 영미법과는 달리 실체법상의 제도이므로 소멸시효 완성여부를 검토할 때에는 신중히 해석할 필요가 있는 점 등에 비

137) 장재원, "대법원 판례 변경이 소멸시효에 미치는 영향"(고려대학교 석사학위논문, 2012. 2.) <http://dcollection.korea.ac.kr/jsp/common/DcLoOrgPer.jsp?sItemId=000000033961>.
138) 대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결
139) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결

추어 보면 객관적인 장애라고 보아야 한다는 점 등을 지적하고 있는데, 이와 같은 논의는 이재승 교수님께서 제시하신 문경사건 판결을 기산점으로 하자는 논리를 구성함에 있어서 참고가 될 수 있을 것으로 생각합니다.

다만, 위 논의는 대법원이 정식으로 판례변경 절차를 거쳐서 형식상으로도 판례변경이 이루어진 경우에 관한 것인데, 문경사건의 경우 형식상으로는 전원합의체에 의한 판례변경이 아니고, 사실상·실질적인 판례변경이라는 장애가 하나 더 있는 것 같습니다. 즉, 과거 판결이 폐기되지 않고 있다는 문제가 남습니다. 이와 같은 추가적인 장애를 어떤 논리를 가지고 극복하여 법리의 완성도를 높일 것인지에 관하여 좀 더 고민이 필요하다고 생각합니다.

2. 판례변경의 장래효와 소급효

다음으로, 판례변경에 관하여 장래효와 소급효에 관한 논의가 남습니다. 즉, 변경된 판례가 과거 사건에도 적용되는지, 아니면 변경된 판례 선고 후 발생하는 법률관계에만 적용되는지에 관한 것입니다. 이 문제는 종중구성원을 성년 남자로 한정하였던 구 관습법을 부정한 취지의 전원합의체 판결 당시 채용되었던 법리로서, 이른바 영미법상 prospective overruling의 법리를 우리나라에 받아들이려는 것입니다.[140] 이에 따르면 불합리한 과거의 판례를 변경한 경우에도, 그 변경된 판례에 따른 혜택은 그 이후에 발생한 법률문제의 피해자들만 받을 수 있고, 과거의 피해자들은 구제대상에서 제외된다는 문제점이 있습니다.

판례는 기본적으로 법의 개폐가 아니고 법에 대한 사법부의 견해에 불과하며, 위 종중 판례를 기준으로 판례가 바뀐 것이지만, 관습법이 판례변경으로 바뀐 것은 아니라고 할 것입니다. 대법원으로서는 불합리한 과거의 판례를 변경하면서도 피해자 구제범위를 최소화하여 이른바 법적안정성을 추구하려는 경향에서 위와 같은 법리를 채용하려 한 것으로 이해되지만, 판례변경의 효력을 장래효로 제한할 정당한 법리는 없습니다. 대법원은 입법부가 아니고 사법부이므로, 대법원이 잘못된 판례의 변경을 위해 노력하는 것도 결국은 권리구제를 위한 것인데, 판례는 변경하면서 장래효로 제한하여 구체적 권리구제를 제한하는 것은 권력분립의 원칙에도 반하는 점이 있습니다.[141]

문경 사건 판결을 기준으로 법원의 견해가 바뀌었다는 점을 주장할 때, 국가측에서는 이 사건 판결이 정식의 판례변경이 아닐 뿐 아니라, 설사 판례변경이라 하더라도 위 종중관련 전원합의체 판결상의 논리를 근거로 판례변경은 선고 이후로 장래효만을 가진다는 주장을 할 것으로 쉽게 예상되는데, 이와 같은 논리를 합리적으

140) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 ; 윤진수, "相續回復請求權의 消滅時效에 관한 舊慣習의 違憲 與否 및 判例의 遡及效" 民事裁判의 諸問題 13卷 (2004) 122-134면 ; 文英和, "宗員의 資格을 成年男子로 제한하는 종래 慣習法의 效力" 21世紀司法의 展開 : 松旻崔鐘泳大法院長在任紀念 (2005, 박영사) 430-431면 각 참조.

141) 이 문제에 관하여는, 김제완, "團體 法理의 再照明 : 宗中財産의 法的 性格 - 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 이후의 과제" 인권과 정의(2006. 3.) 참조.

로 반박하기 위하여 좀 더 치밀한 연구가 필요하다고 생각됩니다.

3. 기타 소멸시효 관련 법리의 활용

소멸시효와 관련하여, 우리나라가 영미법과 다른 점은 이를 기본적으로 절차법의 문제가 아니라 실체법의 문제로 보는 데에도 있습니다. 즉, 절차법의 문제로 보는 영미법에서는 소멸시효의 주장에 대해 법원의 합리적인 판단 여지가 많은 반면, 이를 실체법상의 권리로 보는 우리나라에서는 상대방 당사자의 권리와 직결된다는 관념을 가지기 때문에 상대적으로 법원의 판단재량이 적은 것이라고 이해할 수 있을 것입니다.[142] 하지만 이는 영미법과 대륙법의 연혁상의 차이일 뿐, 로마법상의 소송상 권리(actio)가 실체법상 권리인 청구권 개념으로 구체화하였다는 대륙법의 역사를 생각할 때 양자가 크게 달라져야 할 이유는 없다고 생각합니다. 대륙법에서는 소멸시효 문제가 가지는 절차법적 특성과 연원을 고려하여 합리적인 결과의 도출을 위한 법원의 세심한 노력이 영미법 국가 판사들에 비해 좀 더 강하게 요구되는 것이라고 생각되며, 이는 소멸시효 문제에 있어서 신의칙이 더욱 적극적으로 활용되어야 하는 이유라고 생각합니다.

소멸시효제도는 근본적으로 권리행사가능성을 전제로 하는 것이며, 행사할 수 없었을 때에 소멸시효가 완성되지 않는 것은 너무나도 당연한 법리이고, 이는 영미법상 discovery rule로 정리되어 있습니다.[143] 이는 국가권력에 의한 불법행위의 경우에만 문제되는 것이 아닙니다. 환경오염이나 직업병, 사고로 인한 장기잠복형 피해자들의 배상 문제와 미성년자가 피해자인 사건, 특히 미성년자 성폭행 피해사건(이른바 Child Sexual Abuse(CSA) Claim) 등에서도 문제되는 것으로, 전쟁범죄 피해자 등 특수한 피해자들만의 문제가 아니라 모든 국민은 누구나 해당될 수 있는 인권 전반의 문제인 것입니다.[144]

우리나라에서 현재 민법개정작업이 진행되고 있고, 그와 관계없이 다양한 사건에 대한 사법부 판단이 계속되고 있지만, 그 과정에서 '객관적 권리행사가능성'이 소멸시효의 주요 구성법리가 되어야 한다는 당위성은 분명하다고 생각합니다. 이와 같은 객관적 권리행사가능성이 없는 사안에서 법원이 진지한 고민 없이 형식적으로 소멸시효를 인정하는 경우, 이는 이재승 교수님의 표현하신대로 "시효계산법은 수학이 아니라 규범학이다. 가장 탁월한 의미에서 응용된 역사학이다."라는 비판을 면하기 어려울 것으로 생각합니다.

국가가 가해자인 경우, 소멸시효에서는 추가적인 고려가 필요하다고 생각됩니다. 특히 국가의 배상 및 피해구제 약속에 대한 피해 국민의 신뢰를 소멸시효 법리에서

142) 이 문제 및 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 관련 민법개정방향에 관하여는, 김제완·백경일·백태웅 「권리행사기간에 관한 쟁점과 민법개정 방안 - 소멸시효 관련 논의에 부수하여」, 2010. 9, 민사법학 제50호 참조.

143) 김제완, 앞의 논문(각주1) 참조.

144) 미성년자가 피해자인 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효-비교법적 고찰과 민법 제766조의 해석론, 2007. 4, 고려법학 제48호 등 참조.

어떻게 반영할 것인지에 대하여 면밀한 검토가 필요한데, 이에 관하여 기망적 은폐(fraudulent concealment) 뿐 아니라 국가와 국민 관계라는 '특수한 신뢰관계'가 소멸시효법상에 어떠한 영향을 미쳐야 하는 것인지에 대하여 생각해 볼 필요가 있을 것입니다.[145]

145) 이 법리들을 거창사건에 적용하는 것을 시도해 본 것으로, 김제완, 앞의 논문(각주1) 참조.

토론문 2

토론문

조영선 (변호사)

1. 민간인 학살 사건의 재판과정

민간인 학살사건에 있어서 주요 쟁점은 여러 가지가 있는데, 특히 ① 피해사실의 입증문제, 즉 진화위 조사 및 결정의 증명력의 문제이고, ② 본 토론회에서 주로 논의되는 소멸시효의 문제, 그리고 ③ 희생자 및 그 유가족들에 대한 위자료 액이라 할 것이다.

실제로 법원은 '과거사 정리위원회가 위 진화위법에 따라 설치된 독립된 기구이기는 하지만, 당해 위원회를 행정청이나 이에 준하는 기관으로 볼 수 없는 이상, 과거사정리위원회가 한 진상규명 결정이 구속력 있는 행정처분으로 볼 수 없다 할 것이므로, 그 결정에서 희생자로 되어 있다는 사정만으로 당연히 그러한 자들을 희생자로 인정하여야 한다거나 또는 당해 결정에 추정력이 발생하여 국가가 반대사실에 관한 증명책임을 부담한다고 볼 수 없다'[146]면서도 '과거사 정리위원회의 결정도 희생자인지 여부에 관한 증거 중 하나가 될 수 있을 것'이라고 하여, 진화위의 결정에 확정적 증명력을 부여하지 않으면서 일부 추정, 불능 희생자들에 대해서 입증부족 등을 이유로 기각[147]하고 있다.

다른 한편 위자료액과 관련하여, 일부 한국전쟁 전후 보도연맹 또는 민간인학살사건에서 서울중앙지방법원 재판부 등은 대체적으로 피해자 8천만원, 배우자 5천만원 등을 인정하고 있다. 그러나 이는 교통사고 등 위자료산정 기준이 8,000만원인 점이나, 지방법원 판결례[148]에 비추어 보면, 희생자들에 대한 금원이 과연 평생 부모 형

146) 서울중앙지방법원 2002.8.17.선고, 2011가합138350판결(서울중앙지방법원 제20부, 이른바 부여 보도연맹 사건) (서울중앙지방법원 제20 민사부), 같은 법원 2012.7.12.선고 2011가합139612판결(서울중앙지방법원 제33부, 이른바 충남민간인 학살사건)

147) 위 충남민간인학사사건에서 재판부는 '과거사 정리위원회는 위망인들의 유족이나 참고인들의 불분명한 전문진술 등 구체적이고 객관적인 증거에 의해 충분히 뒷받침되지 못한 조사 결과만을 바탕으로 위 망인들을 충남 민간인 학살사건의 희생자로 확인 또는 추정하였던 것으로 보이며, 중략. 일부 희생자들의 경우 희생자로 '추정'된다고 완곡하게 표현함으로써 그 조사결과의 오류가능성을 열어두고 있다'면서 진화위 결정만으로는 희생되었다고 인정하기 부족하다고 판시하였다.

148) 나주경찰부대사건: 서울중앙 2010가합108154(26부), 광주민간인 희생사건: 광주지방법원 2011가합14369 판결(제5부), 함평군해보면 희생사건: 광주지방법원 2011가합15676판결(제5부), 고양 금정굴 사건: 서울고등법원 2012나12421(제8부) 등에서는 희생자 본인 2억 등을 인정한 바 있다.

제를 잃고, 부역자, 빨갱이 자식이라는 오명 속에서 숨죽여 살아온 이들의 아픔을 위로할 수 없음은 명백하다[149].

2. 소멸시효의 문제

가. 손해 및 가해자를 안 날의 의미

대법원은 '불법행위로 인한 손해배상청구권의 단기소멸시효의 기산점이 되는 민법 제766조 제1항의 "손해 및 가해자를 안 날"은 **손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 관하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미**하고, 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별사건의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 한다.'(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다65245 판결 등)고 판시한바 있다.

민법 제166조의 '권리를 행사할 수 있을 때'는 '채권을 최초로 주장할 수 있고 필요하면 소로써 관철할 수 있는 시점'으로써, 여기서 채권을 주장할 수 있는 가능성은 객관적으로 판단하여야 하는바 객관적 사정 때문에 소를 제기할 기대가능성이 없는 경우에는 시효기간이 개시되지 않는다고 할 것이다. 다시 말하면, **불법행위의 성질과 내용, 가해자와 피해자의 지위 등을 종합적으로 고려하여 채권자의 권리행사를 현실적으로 기대하거나 요구할 수 있는 때를 말하는 것으로 보아야 할 것**이다[150].

또한, 부모·형제를 잃고 부역자, 보도연맹 자식이라는 오명을 쓰고 평생 직업·교육·주거 등에서 차별을 받았던 희생자들의 유족은 현재까지도 그 고통이 대를 이어 계속되고 있는 점에 비추어 보면, 그 손해는 계속되고 있다고 볼 수 있지 않을지[151].

---

149) 얼마가 적절할 것인가? 최근 민간인학살사건에서 보듯이 60년 전의 일에 대해 입증을 촉구하거나 심지어 소멸시효를 이유로 기각하고 있는 점에 비추어 보면, '얼마'라는 것이 호사스런 고민인 듯하다. 미국은 2013.3. 미국 클리블랜드에서 살인죄의 누명을 쓰고 11년 6개월 동안 교도소에서 수감되었다가 끈질긴 법정투쟁 끝에 무죄판결을 받은 데이비드 에이어스(56세)가 클린브랜드 시로부터 금 143억8000만원을 받았다. 과연 이것이 징벌적 손해배상 제도를 채택한 미국과 채택하지 않은 우리의 차이라고만 말하면 이해되는 것인가.

150) 최고재판소 소화 45년(1970년) 7월 15일 판결은 명시적으로 "권리를 행사할 수 있는 때라 함은 권리의 행사에 법률상 장애가 없을 것만이 아니고 권리의 성질상 그 권리행사를 현실적으로 기대할 수 있을 것을 필요로 한다."고 판단하고 있다.

151) 민법 제766조 제2항 관련 판결. "국가의 위법한 부동산의 매각조치로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효는 매수자 명의의 등기가 현실적으로 말소될 것이 확실시 되어, 이제까지는 그의 현실적인 행사를 기대할 수 없어서 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있었다고 하여야 할 손해가 현실화 되었다고 볼 수 있는 때로부터 그 기간이 개시되는 것이라고 봄이 상당하다." (대법원 1979. 12. 26. 선고 77다1894,1895 전원합의체 판결)

나. 국가권력에 의한 집단학살 사건에 있어서의 시효문제

시효의 논리는 적어도 사인 간의 법률관계가 아니라 국가 권력, 집단학살 등에 있어서는 적용되어서는 안 된다. 과연 국가권력으로부터 피해를 입은 개인이 과연 그 국가권력과 대등한 관계에서 신의칙을 가질 수 있는 것인가. 권리를 행사할 수 있을 때가 민법 제766조 제1항의 "손해 및 가해자를 안 날"로서, '**손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 관하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때**'라 고 '**인식**'할 수 있을까.

오히려 한국 전쟁 직후 이데올로기 대립이 극치에 달한 상황에서, **군경에 의해 처형된 사람들은 모두 적색분자인 좌익분자 또는 남로당원이라는 강요된 인식 속에 감히 처벌 과정의 문제점이나 '군경에 의한 양민학살' 이야기를 꺼낼 수 없었다.** 더구나 민간인학살이 광범위하게 진행하던 한국전쟁 당시, 군경을 지휘하던 이승만 정부는 자신의 범죄 행위를 은폐하기 위하여 참혹하고 불법적인 학살에 대하여 진상 규명은커녕, 규명을 요구하는 행위 자체를 이적시하였다. 나아가 5.16. 주도세력은 5.16. 전후의 소위 반국가행위, 반민족적 부정행위 또는 반혁명행위자 등을 수사, 심판하기 위하여 「특수범죄 처벌에 관한 특별법」을 제정하여 관련자들을 처벌하면서, **당시 위법에 근거하여 한국전쟁 전후 피해 민간인 유족회 관계자를 처벌하였다**[152].

이승만, 박정희 군사정권에서는 진상규명 활동을 이적시하여 특별법을 통해 처벌하였던 전례가 있었고, 평생을 연좌제라는 보이지 않는 유령에 의해 지배당하고 피해를 당하였다. 한국전쟁에서 학살을 당한 유가족들이 희생자가 왜, 누구에 의해 어떠한 경위로 학살되었는지 알지 못한 채 살아야 하거나, 구체적으로 가해행위와 피해를 안다 하더라도 침묵하여야만 하였다. 과연 누가 한가롭게 시효를 운운하면서 나설 수 있다는 말인가.

152) 민간인학살에 관한 진상규명을 요구하던 유족회가 「특수범죄 처벌에 관한 특별법」 등에 의해 처벌되었다.(아래 표 참조)

사건명	성명, 당시연령	연행일자	구형	심판부	상소심판부
경남북피학살자 유족회	이원식, 49세	1961. 6.24.	사형	사형	기각
	이삼근, 28세	1961. 7.31.	사형	징역 15년	기각
	이복녕, 33세	1961. 5.19.	징역15년	무죄	징역 10년
경주 피학살자 유족회	김하종, 28세	1961. 8.30.	무기징역	징역 7년	기각
	김하택, 28세	1961. 5.18	무기징역	징역 3년	기각
금창 피학살자 장의위원회	김영욱, 39세	1961. 11.27	징역 10년	징역 7년	기각

다. 시효의 기산점에 의견

울산 판결이 시효기산 점 및 시효주장을 권리남용항변을 배척한 것은 의미 있는 일이나, 이재승 교수님이 지적한 바와 같이 '더욱 근본적이고 중요한 사항은 피해자가 실효적인 권리구제를 받을 수 있는 상황에 놓여 있었는지'와 관련하여, 울산판결이 은연중에 "진실을 알았어도 과거의 한국은 소송해도 이길 수 없는 사회였다."는 점을 간과했다는 지적은 타당하다. 그런 점에서, 울산판결이 진화위의 진상규명 결정이 있는 때로서 '피고 대한민국의 가해행위가 있는 사실을 알았다.'는 것은 지극히 기교적이고, 인위적이다. 그런 면에서 **시효의 기산점은 적어도 울산판결 선고가 있던 2011.6.30.로부터 기산되어야 한다.**

거듭 진화위 결정에도 불구하고 시효 등을 이유로 기각되었던 전례가 있었는데, 어느 누군가가 소를 제기하는 것은 개인적 용기일 뿐이다. 대부분의 유족은 그나마 진화위를 통한 진상규명에 만족하면서 나머지 국가배상 등을 포기하거나, 현실적으로 울산을 비롯한 대법원 판결을 기다렸다. 울산 판결이라는 '우연한 사건'으로 말미암아 진화위 초기 결정사건이 시효를 이유로 기각되는 '운명'을 과연 누가 수용할 수 있다는 말인가. **60년 기다려온 유족들에게는 또 다른 '시효학살'이다.**

더욱이 실제로 유족들은 대표자로서, 또는 실제 희생사실을 아는 마을 주민들에 의해 신청되고 진화위 결정문을 송달받았다. **과연 이러한 진화위 결정이 있는 사실이나 통지도 받지 못한 다른 유족들에게 '알았다'고 동일시 할 수 있는가**. 이를 의제하는 것은 민사법상 '송달'에 관한 법리를 도외시한 것이다. 사실 울산판결 또한 개개인이 송달되었는지에 대해서도 세밀히 살피지 못하였고, 다른 유사판결에서도 '진화위 결정시'라고 관행적으로 이를 반복하고 있다.

라. 6개월 시효기간의 문제

일부 재판부는 민법 제180조나 제181조가 유추적용되어 과거사위원회 결정이 있은 날로부터 6개월이 초과하여 소제기 하였으므로 원고들의 청구권은 시효 소멸하였다는 취지로 판시하고 있다.

재 산정시 기간이 6개월이라는 것 또한 지극히 자의적인 판단이다. 시효중단 이후 새로이 시효가 진행될 때, 중단 이후의 시효기간이 3년이 아닌 '6개월'이 되어야 할 법적 근거도 없을 뿐만 아니라 **민법 제180조, 제181조를 '유추하여 적용할' 법적 근거 또한 전혀 없다. 왜 1개월이면 상당한 기간이 안 되고 꼭 6개월이어야 하는지, 아니면 왜 1년 6개월이 아닌지는 알 수 없다.**

민법 180-181조의 규정은 선행 중단행위(무능력자가 능력자가 되거나 법정대리인이 취임한때부터)가 있은 후 장기간에 걸친 거래의 법적 불안정성을 배제할 목적과 확

정되지 않은 사건에 있어서의 채권자와 채무자의 쌍방의 대등한 이익을 보장하고 신속히 법적안정을 확보할 필요가 있기 때문에 규정되고 있는 것임에 반해, 진화위 결정시 또는 재심형사판결이 확정된 때, 또는 울산판결시라는 것은 비로소 채권자가 '비로소 권리를 행사할 수 있는 때'를 의미한 것으로 유족이 **어떠한 사전 권리를 행사한 것도 아니고 오로지 대한민국 스스로 결정한 것이기 때문에 피해자가 대한민국에게 어떠한 신뢰를 준 바 전혀 없고, 법적 안정을 운운할 이유도 없다**.

또한, 민법 제180-181조의 규정을 보면, 모두 채권자측(일방)의 불안정성이 일정 채권자측의 조건의 변화 내지 성취(무능력의 회복 또는 법정대리인 취임, 상속인의 확정, 파산 등)되었을 때 그 타방의 이익을 보호하기 위하여 **그동안 지속되어온 시효의 기간을 6개월 또는 1월을 '연장'해주는 것으로, '비로소 권리를 행사할 수 있는 때'와는 전혀 다르다.**

한편 민법 제178조 제1항에 의하면, '시효가 중단된 때에는 중단까지에 경과한 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로 부터 새로이 진행한다.'고 규정하고 있으므로, **마땅히 시효가 중단되거나 진화위 결정시, 또는 형사 재심 확정판결시 내지 울산판결시부터 비로소 '권리를 행사할 수 있는 때'라고 보는 것이 비로소 '새로이 종전과 동일한 시효기간이 적용된다.'고 해석함이 마땅하다.**

나아가 한국전쟁 민간인학살사건은 국가 공권력에 의해 60여 년 전에 가해진 국가폭력 피해사건이다. 수십 년 동안 인내하면서 진상규명과 명예회복을 바라는 **피해자인 원고들이 진화위 결정 내지 형사재심판결이 확정된 후 6개월 내에 민사소송을 제기할 수 있으리라고 믿었던 대한민국의 신뢰는 없다.** 또한 이러한 신뢰가 있다면 이는 국가권력의 오만이고 또다시 가해지는 2차 폭력이라 할 것이다.

3. 마치며

사법적 역사는 결코 현실 역사와 분리되어서는 안 된다. 프랑스에서는 1998년 경 보스케, 파퐁 등이 1941-1943년 사이에 프랑스에서 나치정권과 타협하면서 프랑스인들을 고문하고 학살했다는 혐의로 재판을 받았다. 시효가 없다는 것이다. 이것이 형사에만 적용되는 것인가, 프랑스가 지독해서일까. 그것은 사법정의와 현실정의를 일치시키려는 노력이고, 여기에 민족적 명분과 정당성이 있는 것은 아닌지 묻고 싶다.

사법부가 '고작' 시효를 이유로 또다시 희생자들에게 침묵을 강요하는 것은 역사에 대한 침묵이며 민주주의에 대한 부인임이 명백하다. 4.3사건, 민간인 학살과 같은 어두운 시대의 역사를 묻어두고 과연 민주주의를 논할 수 있는가. 누가 침묵을 강

요하는가.

하루를 천년처럼 살아온 피해자들에게 또다시 깊은 상처를 주는 법원의 시효 판결은 '시효학살'로서 시대착오이고 반역사적이며, 정의에 반한 것이다.

토론문 3

토론문: 계속되는 은폐행위와 소멸시효

신기철 (前 진실화해를 위한 과거사정리위원회 조사관)

두 분의 발표문을 정말 재미있게 잘 봤습니다. 이번 행사는 가장 적절한 시점에, 적절한 주제를 중심으로 조직된 것이 아닌가 싶습니다. 발표자들을 비롯하여 관계자 여러분들의 노고에 감사드립니다.

'소멸시효'라는 주제는 진실화해위원회가 조사활동을 시작할 때부터 조사활동에 임하는 대부분 사람들로부터 뜨겁게 논란이 되었던 것으로 기억합니다. '희생당한 사실을 알고 있었으므로 시신 수습이나 가해 측 판결문의 존재가 불리하게 작용할 수 있다는 것'이었는데, 특히 기억나는 것은 판결문이 있는 경우로서 '재심대상이 아니면 기각'해야 한다는 주장까지 있었습니다. 이 주장은 위원회 활동이 마무리 될 때까지도 제기되어서 이 말만 들으면 뭘 잘못하는가 싶어서 지금도 가슴이 서늘합니다. 가장 강력한 학살의 증거로 믿었던 것이 결국 희생자들에게 가장 불리하게 작용할 수도 있다고 하니 어처구니없는 일이었습니다. 그런데 박갑주 변호사님의 발표문을 보니 경기 양평사건이 여전히 악용당하고 있네요. 이 사안은 별도로 정리해 보겠습니다.

토론자는 지난 진실화해위원회 조사경험을 통해 국가가 여전히 자신의 범죄를 은폐하기 위해 증거를 공개하지 않고 있다는 의구심을 갖고 있습니다. 이 때문에 여전히 소멸시효가 적용될 수 있는지에 대해 의문을 품고 있고요. 그런데 이는 이재승 교수님께서 지적하시는 '계속범' 논리에 해당하는 것 같습니다. 발표문에서 지적하신 '계속범' 논리의 문제점은 더 고민해 보겠습니다. 오늘은 조사경험과 자료에 기초하여 참고할 만한 몇 가지 객관적 증거들을 검토해 보고자 합니다.

한국전쟁 전후 민간인학살 사건은 본질적으로 '실종'

1995년 고양금정굴에서 153구에 해당하는 유골이 발굴되었습니다. 끌려가는 것을 본 주민들이 뒷산의 총소리를 듣고서야 '누가 갔더라'는 이야기를 했고, 이렇게 고양경찰서에 갇혔던 주민들이 희생되었음이 알려지게 되었습니다. 간혹 경찰관들이 몰래 확인을 해 주기도 했지만 유가족들로선 여전히 저 뼈 중에 어느 것이 아버지

어머니의 것인지 알 수 없었습니다. 가끔은 정말 거기서 돌아가시긴 한 건지 의심스러워하는 분들도 있었습니다.

9·28수복 후 부역혐의 사건은 가해자조차 마치 공식적인 처형인 듯 스스로 속이면서도 어느 공무원도 죽음의 소식을 공적으로 유족들에게 전해주지 않았습니다. 사실을 알고 싶었던 유족들은 몽둥이찜질을 당할 뿐이었습니다. 사건 첫날 시신이라도 모셔보겠다고 현장에 갔던 유족들은 뒤 쫓아 온 경찰들에게 쫓겨 공포탄 세례를 받아야 했습니다. 이런 사정은 전국 어느 곳에서나 확인됩니다.

처참한 이야기입니다만 시신을 수습했다는 증언 역시 가만히 듣고 보면 유족들의 믿음에 그치는 경우도 많습니다. 썩거나 타다 만 옷가지로 얼마나 정확히 희생자를 구분할 수 있었겠습니까? 진실화해위원회 역시 기본법의 권위를 빌어 희생자들의 사망 사실을 확인해 주기에 바빴던 것은 아닌지 반성하게 됩니다만 그럼에도 그 전부터 이미 알고 있지 않았냐는 주장, 특히 가해 측인 국가의 주장은 잔혹한 짓이라는 것은 분명히 알고 있습니다. 처음부터 모르게 죽이려 의도했고, 의도대로 실행한 후 암매장 한 자들이, 알려준 적도 없으면서 이제 와 '(죽음을) 알지 않았냐.'고 묻는다면 이건 '인간의 조건'을 넘는 짓이 아니겠습니까? 이는 피해자가 알려진 극히 예외적인 경우에서도 마찬가지입니다.

가해 일부가 처벌받은 경우

앞에서 양평사건, 거창사건처럼 민간인학살 가해자들 일부가 처벌된 사례를 들어 피해자구제가 가능했다는 주장을 하는 것은 기만입니다. 이는 형사처벌을 통해 구제된 사례가 없었기 때문입니다.

'소멸시효'를 주장하는 법원이 인용할 것이 많아 좋아할지 모르겠습니다만 이와 비슷한 사례를 더 많이 들 수 있습니다. 고양 금정굴 의용경찰대사건(1950년, 180명 학살), 고양 타공결사대 사건(1950년, 200여 명 학살), 김포 고촌면 임병식 사건(1951년, 200여 명 학살), 남양주 진건면 향토방위대사건(1950년, 229명학살), 여주 능서면 치안대사건(1951년, 6명 학살), 강화 교동 해병특공대 김병식사건(1951년 213명 학살, 경향신문(1952년)), 아산 신창지서 유해진사건(1951년 183명 학살, 경향신문(1955)) 등이 더 있습니다. 이 사건들에서 피해자 이름이 드러난 경우에서조차 구제된 경우는 확인되지 않습니다.

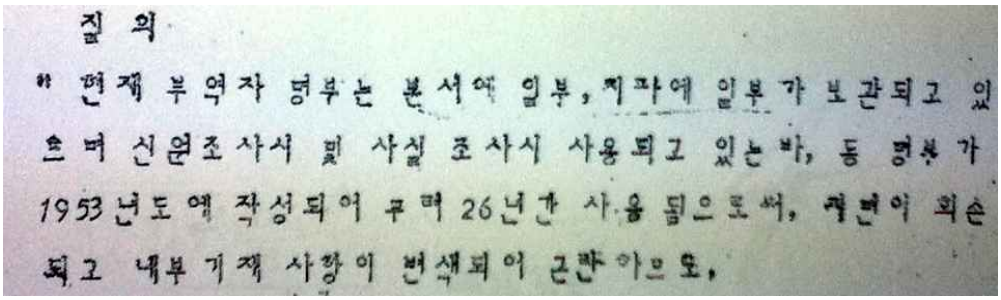
그리고 이 사건들은 부역주민에 대한 대량학살 후 검거된 것으로, 군경이 지휘했음에도 경찰이나 군인이 처벌받은 경우가 드물고, 피고가 처벌받은 내용은 '살인'이 아니라 '부역'이었습니다. 이 때문에 토론자는 이 사건 피고들을 '토끼사냥이 끝나면 잡아먹히는 사냥개'로 보고 있습니다. 덧붙여, 위 사건들이 '겨우 2건'에 그치는 것은 아닙니다만 이 사건들 역시 빙산의 일각임은 분명합니다.

국가는 이 사건들의 가해자(또는 피해자)의 재심이나 집단학살 희생자를 구제하기는커녕 전국적 차원의 희생자명부를 작성하여 감시해 왔음이 확인되었습니다.

적어도 1953년부터 전국 희생자 명부를 작성하다

2006년 경찰청 과거사진상규명위원회의 발표에 따르면, 1978년 중앙정보부가 발행한 「6·25당시 처형자 명부」에는 26,330명의 처형자명단이 기록되어 있습니다. 이러한 명부들은 사건 직후부터 방첩대나 각 경찰서 사찰계 등 정보기관에 의해 작성되기 시작한 것으로 짐작되는데, 전국적으로 명부가 작성되고 통계가 집계되기 시작한 것은 1953년부터였던 것으로 나타납니다.

이는 1979년 충남경찰국에 대한 청양경찰서의 질의서에서 확인되는데, 여기에는 "현재 부역자 명부는 본서에 일부, 지파(지서와 파출소를 말함)에 일부가 보관되어 있으며 신원조사시 및 사실조사시 사용되고 있는 바, 동 명부가 1953년도에 작성되어 무려 26년간 사용됨으로서, 지면이 훼손되고 내부 기재사항이 변색되어 곤란하므로 …"라고 하고 있습니다.[153]


질 의

" 현재 부역자 명부는 본서에 일부, 지파에 일부가 보관되고 있으며 신원조사시 및 사실 조사시 사용되고 있는 바, 동 명부가 1953년도에 작성되어 무려 26년간 사용됨으로서, 지면이 훼손되고 내부 기재 사항이 변색되어 곤란하므로,

이는 국가기관 스스로 한국전쟁 전후 민간인이 집단학살당한 사실을 알고 있었다는 강력한 증거입니다. 그리고 이러한 증거는 각 시군 경찰서의 자료에서도 확인됩니다.

강원지역에서는 1970년 3월 17일 강원도경찰국이 작성한 「정보 2061호 긴급업무지시(응신)」에서 "사찰대상자 조사한 바, 부역행위로 인한 처형자 가족 1,314명, 좌익 부역행위로 처형자 친족 579명"이라고 적혀 있습니다.[154]

충청지역에서는 서산·청양경찰서 등에서 확인되었습니다. 1952년 「서산경찰서 연혁」에는 경찰과 치안대의 협력관계, 부역혐의자 1천 명 연행 및 송치 사실, 부역혐의자 300명이 치안대에게 집단 희생된 사건 등에 대한 기록이 있으며, 이후 1980년 서산경찰서는 내무부 치안국의 지침에 따라 신원기록을 정비한 후 「신원기록심사보고」를 작성하였는데 이 보고서에는 2,499명의 명단이 기록되어 있고 이중 처형당한 사람의 수는 1,785명에 달했습니다.[155] 청양경찰서가 1981년 「신원기록존안대상자연명부」에 기록된 인원은 모두 95명으로 대부분 9·28 수복 후 부역혐의로 처형된 주민들이었습니다.

---

153) 충청남도경찰국, 「부역자명부관리에 대한 질의 회시」(1979년 12월 17일)
154) 강원도경찰국, 「정보 2061호 긴급업무지시(응신)」(1970. 3. 17)
155) 1980년의 기록이므로 이전의 문서에는 이 보다 훨씬 많은 사람들이 기록되었을 것으로 추정된다.

호남지역에서는 전북 임실경찰서와 전남 나주·완도·진도경찰서에서 확인되었다. 임실경찰서의 「대공전산화자료」(1979)에는 6·25 당시 처형당한 365명 주민의 명단을 확인할 수 있으며, 나주경찰서 「신원기록대상자연명부」에는 193명의 학살사실이 확인됩니다. 완도경찰서 「신원기록 성별목록」(1981)은 323명의 희생자 이름을 수록하고 있는데 특이하게도 사살과 처형을 구분하여 표시하고 있습니다. 1954년 작성된 완도경찰서「경찰연혁사」에는 한국전쟁 중 부역자 총수를 2,326명으로, 좌익피살자를 272명으로 기록하고 있으며, 진도경찰서에서 작성한 「대공」(1969)은 경찰서의 지시에 따라 의신·임회 지서, 고군면 벽파 출장소가 작성한 명부로서 해당지역에서 사살된 330명이 확인됩니다.

영남지역에서는 영양·군위·고령·영천·울진·포항·경주·경산경찰서 등에서 확인되었습니다. 영양경찰서 「대공인적위해자조사표(처형자명부)」(1979)에는 처형자 268명이 기재되어 있으며, 군위경찰서 「6·25 처형자 명부, 행불자 명부」(1979)에는 처형된 자가 74명, 고령경찰서 「신원기록편람」(1981)에는 45명, 영천경찰서 「대공인적위해자조사표」(전5권, 1979)와 『신원기록편람』(1981)에는 349명, 울진경찰서가 1962년 작성한 「부역자 명부」와 1983년 작성한 「부역자 명부」2권에는 4,569명이라고 적혀 있습니다. 포항경찰서 「포항경찰연혁사」에는 인민군 점령기에 포항지역 인민위원회 등 좌익단체에 가입하여 활동한 주민들이 모두 3,717명이었다고 적고 있습니다.

한편, 국군 방어지역이었던 경산과 경주에서도 희생자 명단이 확인됩니다. 경산경찰서 「처형자가족명부」에는 170명, 「대공인적위해자조사표」(1977)에는 모두 90명의 희생자 명단이 확인되며, 경주경찰서 「신원기록편람」(1980)에는 '처형된 자'가 52명이었습니다. 국가는 이들이 민간 피해자들이었다는 사실을 분명히 알고 있었는데, 이들에 대해 적절한 구제조치를 취했던가요?

국가기밀이라는 이름의 '은폐'

국가가 범죄를 은폐한 것인지 아니면 국가 자체가 범죄집단이었는지 의문스러운 경우도 있습니다.

토론자가 고양 금정굴사건과 관련된 판결문이 있다는 사실은 2004년 『좌익사건실록 9』에서 확인했습니다. 그런데 관련 형사사건기록은 2009년이 되어서야 확인할 수 있었습니다. 진실화해위원회가 활동을 시작한지 4년 만이었고 금정굴사건이 진실규명 된 지 2년이 지난 뒤였습니다.

이 기록에는 사건 직후인 1950년 11월 8일 검사 장재갑의 현장방문 사실이 있었습니다. 당시 학살현장을 방문했던 검사는 "그 주변에는 혈흔이 점점하고 엠1탄피가 산재했으며 …(중략)… 광은 마치 우물처럼 직하로 약 10미터였는데, 그 저면에는 석양 그늘에 명확하게 보이지 않으나 피투성이가 된 시체가 쌓여 있음을 확인할 수 있었고, 광내에서 떠오르는 부패된 시체의 악취가 코를 찔러서 오랫동안 볼 수가 없었음."이라고 적고 있었습니다.

하지만 200여 명이 학살당한 사실을 확인했던 대한민국 검사가 이에 대해 아무런 조치도 취하지 않았습니다. 이를 어떻게 이해해야 할까요? 직무유기인가요? 죽을 짓을 한 사람들이었다고 보는 걸까요? 법을 다루는 검사로서, 국가기관의 공무원으로서, 명령을 위반한 군인도 아닌 완전 민간인을 즉결처분하는 행위는 명백한 불법임을 모를 리 없을 것입니다. 그래서 금정굴 학살현장까지 방문했었던 것일 텐데. 그럼에도 아무런 조치를 취하지 않았던 것은 이해가지 않습니다.

토론자가 생각하기에 가장 심각한 사법시스템의 붕괴는 1952년 9월 9일 헌법위원회의 '비상조치령 위헌' 판단으로 봅니다. 비상조치령 제9조 1항은 '비상조치령 위반죄의 심판은 단심으로 하고 지방법원 또는 동지원의 단독판사가 행한다'고 규정하고 있는 조항입니다. 정부는 수복 후 부역자의 규모를 55만 명으로 보았고 이중 최소 2만 명이 재판을 받았다고 주장하고 있습니다. 이 헌법위원회의 판결은 당시 1심만으로 형을 확정시키는 법인 '비상조치령'과 '국방경비법'이 모두 위헌이었다는 주장 같은 데 어찌하여 아무런 후속조치가 이루어지지 않았는지 의문이 아닐 수 없습니다.

국가범죄는 계속되었다

자신의 범죄 행위를 알고 있던 국가는 자신의 지위를 이용하여 이를 은폐하고자 했습니다. 학살과 관련한 모든 정보는 극소수의 권력자들만이 공유하면서, 일반 대중들이 알 수 없도록 하는 한편 피해자들의 유가족들을 협박하여 고립시켰습니다. 이러한 사실을 가장 잘 보여주는 문서가 1978년 강원도 경찰국에서 작성되어 산하의 각 경찰서에 배포되었습니다.

강원도 경찰국장은 1978년 7월 10일 중앙정보부가 발행한 319권 중 34권의 『6·25처형자 명단』을 각 경찰서에 배포하면서 다음과 같은 공문을 발송하였습니다.

> "중정 발행 6·25 처형자 명단을 별첨과 같이 배부하니 수령하여 다음 사항을 준수, 업무에 활용하기 바람.
>
> 1. 본 책자의 특수성을 감안, 비밀 관리에 관한 제반 규정 및 본 책자 경고문 내용을 철저히 준수.
>
> 2. 본 책자 보관은 소속 장 책임 하에 보관. 극히 필요한 인원에 대해서만 열람시키고 위 준수 사항을 주지시켜 위반 사례 없도록 유념하기 바람.[156]

1984년 이진희 문공부장관이 「대공신원기록관리정책 전환에 대한 발표문」을 통해 "정부는 6·25부역자에 대한 행정상 신원관리기록을 모두 삭제, 앞으로 이들이 해외여행이나 공직임용 등에 있어 조금이라도 불이익을 받는 일이 없도록 할 것"이

156) 강원도경찰국 정보과, 「6·25 처형자 명단 배포」(1978년 7월 10일). 이 공문 내 배부표에는 각 경찰서에 배포된 책자에 고유 번호가 부여되어 있음을 알 수 있다. 춘천서의 경우 131/319로 적혀 있어 319권 중 131호 책자를 받았다.

라 밝혔습니다. 그러나 관련 가족들은 1980년대 후반에도 신원조사를 받고 있다고 느끼고 있었습니다. 1989년에도 치안본부에서는 경찰의 신원조사 업무에 필요한 사항에서 국내신원조사, 해외여행자에 대한 신원조사, 해외 이주자에 대한 신원조사, 긴급조회 등 네 가지로 구분하여 실시하고, 조사대상자의 사상관계, 단체관계, 친인척관계 등을 확인하도록 되어 있었습니다.[157]

앞에서 살펴 본 청양경찰서 질의서에는 이 명부들이 1953년부터 작성되었고, 신원조사와 사실조사에 사용되고 있다는 것으로 잘 보여주고 있습니다. 그런데 이 외에도 희생자 유가족들에 대한 지속적인 감시와 억압이 자행되었음을 보여주는 문서들이 많이 있습니다.

처형자 명부를 어떻게 사용했는지 잘 보여주는 증언이 있습니다. 합천경찰서에 근무했던 김 씨는 명부를 없애라는 지시를 받았을 때 형사계장이 "빨갱이 족보를 없애라는데 못 없앤다."라고 한 적이 있었다고 증언한 바 있습니다. 이는 유태인 혈통을 범죄 유전자로 보았던 나치의 태도를 연상시킵니다.

대한민국은 시효가 소멸되었다고 주장할 수 있는가?

지난 진실화해위원회의 활동을 통해 한국전쟁 전후 민간인학살사건이 일부나마 진실이 확인되었습니다. 하지만 이 조사의 상당 부분은 만족스럽지 못합니다. 토론자로선 국가가 아직도 자신들이 확보하고 있는 자료들을 완전히 공개한 것인지에 대해서 확신하지 못합니다. 오히려 많은 경우에서 자료를 공개하지 않고 있는 것이 아닌가 하는 의심을 품게 됩니다. 만약 여전히 자신의 범죄를 은폐하기 위해 공개하지 못하는 결정적 자료가 있다면 지금 우리가 논의하고 있는 소멸시효의 문제는 원점으로 돌아가야 하는 것은 아닐까요?

한국전쟁 피학살자 유족들로서는 여전히 실체적 진실을 알지 못하고 있는 것이 현실입니다. 이런 사정을 감안한다면 가해자인 국가 스스로 소멸시효를 주장할 수 있는 지 그 자체가 의문이 아닐 수 없습니다.

끝.

157) 경찰청 과거사진상규명위원회, 위의 책, 59~60쪽.

토론문 4

토론문: 한국전쟁 전후 민간인 학살사건에서의 소멸시효 문제에 대한 유족의 입장

박용현 (한국전쟁유족회 상임부의장/보은 유족회장)

먼저 토론에 앞서 이 자리를 빌려 유족의 한사람으로 오늘 많은 유족들이 궁금해 하고 관심 있어 하는 소멸시효와 관련하여 토론회를 마련해 준 민변에 대해 진심으로 감사를 드립니다.

우리 유족들은 한국전쟁전후로 이승만 정권의 부당한 국가공권력에 의해 졸지에 가장을 잃고 반세기가 넘도록 감히 입도 하지 못하고 어리 냉가슴 듯이 픔과 분노 그리고 한을 안고 살아왔습니다.

그런데 민변이나 학자를 포함한 관련전문가 그 과 시민사회활동가들이 일부 유족들과 함께 피해당사자가 아님에도 불구하고 오랜 기간 민간인학살과 관련하여 진상규명을 위해 적극 나서서 활동한 결과 2005년도에 진실화해위원회가 생 고, 이후 그 위원회의 조사 결과에 의해 일부나마 진실규명을 받았습니다.

그것을 근거로 하여 울산보도연맹유족회에서 먼저 국가를 상대로 손해배상을 청구하여 승소하면서 이후 소송이 물처럼 이어지고 있습니다.
이런 소송에 민변소속 변호사님들이 적극 나서주었기에 오늘 이 자리도 있다고 봅니다.

피해당사자인 우리 유족들만의 힘만으로는 도저히 할 수 없다는 점을 인정하면서 아직도 미흡한 과거청산을 생각하면 앞으로도 민변의 적극적인 협조가 절실하다고 생각합니다.

그런 의미에서 오늘 이 토론회가 일부 소송을 하고 있는 유족들만의 문제가 아니라 전 유족들이 함께 고민하고 풀어갈 과제를 가지고 논의할 수 있는 자리였다면 더 좋았을 거라는 아쉬움이 듭니다.

우선 오늘 발제를 맡아주신 이재승 교수님, 박갑주 변호사님에게 감사를 드립니다.

두 분의 발제문을 보고서 솔직히 말씀드려서 대부분 유족들이 이해하기에는 다소 생소하거나 난감한 법률적 용어와 법리적인 판단을 기술하고 있어서 법에 대해 전문적인 지식이 부족한 저로서는 유족들이 궁금해 하는 일반적인 판결과 관련한 문제를 간단히 토론하고자 합니다.

우리 유족의 입장에서는 여러 국제법을 인용하지 않더라도 이제는 우리나라가 상식과 정의가 통하는 법치국가이기에 과거 국가가 저지른 집단학살의 불법 행위에 대해 공소시효, 소멸시효를 배제하여 피해자를 구제하고 다시는 그런 범죄를 반복하지 않도록 사법부가 강력한 조치를 취하는 것이 마땅하다고 봅니다.

그런데 이재승 교수님의 발제문에는 그런 근본적인 문제에 대해서는 원론적인 입장만 제시하고 지금 당장 일어나고 있는 소멸시효에 대해서 많은 지면을 할애하였습니다.

충분한 이유가 있겠습니다만 그 문제에 대해 시간이 된다면 좀 더 구체적으로 설명을 해주었으면 합니다. 즉 다시 말해서 이재승 교수님은 호주, 일본 그리고 캄보디아 등을 예를 들면서 일반적인 국제법은 배상청구권에 대한 시효규정을 두는 것이 아니라고 하였습니다.

그래서 진실화해위원회로부터 진실규명을 받았으되 이런 소멸시효 적용으로 인해 국가가 불법적으로 저지른 동일 범죄임에도 불구하고 누구는 이기고 누구는 지는 판결에 대해 우리는 납득을 할 수가 없습니다. 거기다 배상 금액조차 재판부마다 들쭉날쭉한 판결에 대해 우리 유족들은 어느 장단에 춤을 추어야 할지 어리둥절하기만 합니다.

또한 이재승 교수님은 발제문에서 '울산판결은 세계의 과거청산 작업 중에서도 빛나는 판결로 꼽을만하다.'하고 하면서 그 근거로 첫째로 집단살해에 대해 처음으로 국가의 배상 책임을 물었고, 둘째로 60년 전의 사건을 해결함으로써 시효제도에 관한 낡은 도그마를 부분적으로 해체하였고, 마지막으로 국제인권법정에서 발전해온 계속범의 법리를 신의칙의 형태로 전개하였다고 했습니다.

그렇다면 이후 여러 판결에서는 동일 사건임에도 불구하고 울산보도연맹사건의 대법원 판례를 따르지 않고 다른 이유를 적용하여 기각할 수 있는지 알다가도 모르겠습니다.

상급심의 판결이 있음에도 불구하고 하급심에서 제멋대로 판결해도 징계 등 불이익이 없는 것인지 아니면 그것이 그저 해당 판사의 재량으로 판단할 수 있는 문제인

지 우리 유족들로서는 법원의 입장을 전혀 모르기에 답답할 뿐입니다.

그런 차원에서 이 교수님은 '울산판결 이후 부여사건을 후속 판결 중에서 가장 중요한 판결이라고 본다.'라고 했습니다. 즉 그것은 피해자들의 권리를 부정하겠다는 집념으로 과거청산에서 등장하는 피해자를 위한 모든 논거들을 하나하나씩 반박하고 있는 판결이라고 하면서 결국엔 국가의 범죄행위에 면책을 주기 위해 엄격한 소멸시효의 적용을 했다고 판단했으리라 봅니다.

즉, 울산판결과 다른 취지로 결정한 후속판결들은 많은 경우 중대한 시대착오에 빠져 있다고 표현하면서 법원이 군대에 의한 민간인학살, 고문사건, 간첩조작사건에서 침묵했던 역사를 간과하고 과거의 법원이 학살 피해자들의 권리를 구제해줄 역량을 갖추었거나 관행을 확립했던 것처럼 주장하는 것은 역사에 대한 사실의 착오이다. 라고 했습니다.

그런데 '역사에 대한 사실의 착오'가 무엇인지 더 구체적으로 설명해주었으면 좋겠습니다.
왜냐하면 판사마다 역사적 관점이 다르면 이번 민간인학살사건과 같은 동일 사건에서 다른 판결이 나와도 그냥 판결로 인정해야 한다는 의미인지요. 상식적으로 말씀드려서 동일 사건에 대해서는 동일한 규정이 적용된다는 것이 일반적인 통념이라고 봅니다.

추가로 이 교수님은 '과거청산을 논의할 때 중요한 법 관념은 법사회학적 관행이나 법의식이다.'라고 하였습니다.

그렇다면 이 시점에서 이 교수님의 견해는 울산보도연맹 사건 판결 이전에 진실화해위원회가 정부에 대해 집단희생자를 위한 특별법을 제정하라고 권고한 것처럼 이제라도 정부주도의 보상을 위한 특별법을 제정하는 것이 사법부를 통한 배상 청구보다 더 나은 해결책이라고 보는 지요.

그리고 이와는 별도로 우리 유족들 대부분은 연좌제로 인해 국가로부터 심각한 2차 피해를 당했는데 이것에 대해 국가가 피해구제를 해주지 않는다면 사법부를 통해 구제를 받을 수 있는 지도 궁금합니다.

이 교수님은 결론에 가서 '권리를 행사할 수 있는 때란 기계적 시간의 확정이 아니라 역사적이고 정치적인 시대에 관한 평가다.'라는 말씀을 하였습니다. 그렇다면 이것이 갖는 의미는 사법부의 판결도 그 시대 상황에 따라 달라질 수 있다는 것인지 궁금합니다.

그리고 박갑주 변호사의 발제문 '문경 석달마을 학살사건과 국가의 배상책임'에서 법원 조직법 제8조에 따른 상급법원 판단의 기속력에 의해서 국가의 소멸시효 항변이 문제가 되지 않는다고 하였습니다만 동일 사건의 문경 추가민사소송에서 1심 법원은 2월8일 문경 민사소송의 대법원 판결의 사실인정 및 법리판단을 완전히 부인하는 취지의 판결을 하였습니다.

이처럼 일부 하급심에서는 울산보도연맹 학살사건과 문경 석달마을 학살사건의 대법원 판결을 무시하는 퇴행적인 행태의 판결이 나오게 되었는데 이것과 관련하여 향후 어떤 대응 방안을 갖고 있는지요.

또 하나는 민간인학살사건의 손해배상액 산정에서 가장 중요한 기준은 "국민의 생명을 보호하여야 할 책무를 저버린 피고의 불법행위의 위법성 및 그에 대한 비난가능성"이다. 라고 하였습니다. 그렇다면 지금의 사법부가 동일 사건임에도 불구하고 재판부마다 배상액 기준이 다른 것은 어떤 이유인지 궁금합니다.

왜냐하면, 문경 석달마을 학살사건의 배상액이 다른 사건보다 배상액이 제일 많이 나온 것에 대해 많은 유족들이 관심을 나타내고 있기 때문입니다.
<끝>

감사합니다.