

토론회 “국가폭력, 국가가 책임져라”

제1부 / 사회: 안경호 사무국장 (4.9 통일평화재단)		
14:00 - 14:10	인사 말씀	진선미 의원, 이학영 의원
14:10 - 14:20	기조 말씀	안병욱 前 진실화해를위한과거사정리위원회 위원장
14:20 - 14:30	증언	춘천 사건 피해자
		재일동포 간첩사건 피해자
14:30 - 15:00	발 표	이재승 건국대학교 부교수
15:00 - 15:45	증언	긴급조치 피해자
		70-80 노동탄압사건 피해자
		민청학련 피해자
휴 식		
제2부 / 사회: 장완익 변호사 (법무법인 해마루/민변)		
16:00 - 16:20	발 제1	조영선 변호사 (법무법인 동화/민변)
16:20 - 16:30	토론	이영재 한양대학교 제3섹터연구소 교수
16:30 - 16:50	발 제2	이상희 변호사 (법무법인 지향/민변)
16:50 - 17:00	토론	최광준 경희대학교 교수
17:00 - 17:30	질의응답 & 성명서 낭독	

기조말씀. 안병욱	한국 과거청산의 현재와 과제	7
발 표. 이재승	국가범죄와 과거청산	15
발제1. 조영선	2차 국가폭력, 민주화보상법을 논하다	39
토 론. 이영재	과거청산과 민주화운동 보상법	59
발제2. 이상희	시효 학살, 그 법리적 문제점	67
토 론. 최광준	소멸시효와 법의 정신	81

기조 말씀

한국 과거청산의 현재와 과제

안병욱

한국 과거청산의 현재와 과제

안병욱

1. 머리말

6·25전쟁을 전후한 시기 전쟁의 참화에 수많은 민간인들이 희생되었습니다. 일상생활을 하던 평범한 민간인들이 집단으로 끌려가 억울하게 죽임을 당한 것입니다. 그렇게 희생된 분들은 대부분이 학살된 그 자리에 억울한 모습 그대로 묻혀 방치된 채 현재에 이르고 있습니다.

살아남은 가족들은 2차 3차 학살이 두려워 부모 형제의 시신조차 수습하지 못한 경우가 많았고, 혹은 어디에서 희생되었는지 알 수도 없었으며, 수습하기 위해 수소문하는 것조차 불가능했습니다. 그렇게 비정한 세월이 60년이 넘게 계속되고 있습니다.

진실화해위원회는 전쟁 시기 민간인 희생의 실상을 파악하고 또 오랜 시간 방치된 유해들을 뒤늦게나마 수습해 안장시키기 위한 대책 마련에 나섰습니다. 유해가 묻혀 있을 곳으로 추정되는 166곳의 실태를 조사하였고 그 가운데 우선 13곳을 선정해 2007년부터 3년 동안 유해발굴을 실시했습니다.

발굴 조사한 13곳에서 1,617구의 유해와 5,600점의 유품을 수습했습니다. 현재 발굴된 유해들을 충북대학교 안에 임시로 마련한 '한국전쟁 민간인 희생자 추모관'에 안치하고 있습니다. 앞으로 적절한 추모공원을 마련하여 안장할 때까지 한시적으로 2011년 7월까지 충북대학교에 보존을 의뢰한 것입니다. 하지만 그동안 당국의 대책이 지지부진한 상태에서 또 다시 2016년 7월까지 기한을 5년간 연장하는 것으로 해결을 미루고 있습니다. 앞으로 2016년까지 얼마 남지 않았는데 실효적인 대책은 아직껏 추진되지 않고 있습니다. 언제까지 이렇게 무책임하게 손 놓고 있어야 하는지 참으로 부끄러운 일입니다.

억울한 희생자들은 유해마저 학살터에 그대로 방치되다가 발굴된 이후에도 안장되지 못하고 임시 보관 상태에 놓여있으며, 충북대학 측은 빠른 해결을 재촉하고 있습니다. 우리사회는 예로부터 사망자의 유해를 예를 갖추어 정성으로 다루어 왔습니다. 지금처럼 억울한 모습 그대로 방치하거나 훼손하는 것은 도리가 아닙니다. 진실화해위에서는 2009년 정부 당국에 <한국전쟁 전후 민간인 집단희생 유해 발굴과 안장을 위한 건의>를 했습니다만 책임있는 정책은 나오지 않고 있습니다.

유해 안장 문제를 말씀드린 것은 이 일이 오늘날 처해있는 과거사 문제의 실상을 보여주는 하나의 상징적 사례라고 생각하기 때문입니다. 곧 우리 사회가 방치하거

나 무관심해 온 과거사 문제들도 전국 각처에 그대로 묻혀 방치되어 있는 수많은 억울한 유해들과 또 비록 수습되었다고 하지만 유해보관소를 벗어나지 못하고 있는 유해들과 마찬가지로 상황에 놓여 있다고 하겠습니다.

2. 중단된 과거사 정리

2005년에 출범하여 2010년 종결된 진실화해위원회는 여러 뜻깊은 임무를 수행했습니다. 위원회는 11,174건의 진실규명 신청을 받아 4년여 활동기간에 8,468건을 진실규명 했는데, 이 가운데 민간인 집단학살이 6,761건, 이른바 적대세력인 인민군이나 좌익에 의한 희생이 1,436건, 독재 정권하 인권침해가 246건 등입니다. 진실규명과 훼손된 명예회복을 위한 나름의 조치들도 취했습니다. 앞서 말 한대로 유해를 발굴하고 위령제와 추모제를 올리고 정부기관의 대표가 참석하여, 때로는 대통령께서 직접 사과 발언을 했습니다. 일부 유족과 인권침해 피해자들이 규명된 진상에 의거해 국가를 상대로 위자료 배상 청구 소송을 제기하여 법원의 승소 판결을 받아내고 있습니다. 그러나 이러한 성과들은 해결해야 할 과거사 문제에 견주어 볼 때 병산의 일각에 지나지 않습니다.

한국전쟁기 수십만 명에서 많게는 100여만 명 가까이 희생되었다고 합니다. 그들 희생자 유족으로 진실화해위에 신청한 분은 1만 명에도 이르지 못합니다. 진실화해위원회는 전국에서 10개 시 군을 선정하여 피해자 현황조사를 실시한 바 있습니다. 주민들과의 면담을 통해 파악한 희생자는 해당지역에서 총 10,916명이었지만 그러나 그 지역에서 위원회에 신청한 조사대상은 겨우 490명에 불과했습니다. 현황조사에서 파악된 희생 숫자는 실재보다 적을 것입니다. 하지만 그 숫자는 현재 신청이 가능한 희생자이기 때문에 이를 기준으로 살펴보면 대략 해당자의 5%정도가 위원회에 진실규명 신청을 한 셈인 것입니다. 역으로 설명한다면 95% 정도는 지난 위원회 진상규명에서 비껴나 있었던 것으로 추정해 볼 수 있는 것입니다.

수많은 피해 유족들은 위원회의 과거사정리 활동을 알지 못했고 뒤늦게 소식을 접하고 신청하고자 했지만 이미 정해진 기한이 지나 신청할 수 없었습니다. 지난 진실화해위법에서는 신청기한을 1년으로 제한했기 때문입니다. 위원회 조사 활동이 소개되자 뒤늦게 소식을 접한 후 전국 각처에서 억울한 피해 사실과 그동안의 고통을 토로하면서 추가 신청을 요구했고 위원회 활동이 종료된 이후에는 위원회 연장을 강하게 요청하고 있습니다. 신청할 기회를 놓친 유족의 입장에서는 정책의 미비로 또 한번 피해를 당한 처지에 놓인 것이라고 할 수 있습니다.

무엇보다 안타까운 것은 유족 중에는 신청하였다가 오히려 또 다른 피해를 입지 않을까 하는 우려 속에 신청하지 못한 경우도 없지 않았을 것이란 점입니다. 자기 가족이 6·25 때 희생되었다고 할 경우 혹 사람들이 이를 그대로 받아들이지 않고 반정부 좌익활동 때문에 살해당한 것으로 왜곡하거나 오해하지 않을까 하는 두려움 때문입니다. 이미 지난 1960년 4·19 이후, 유가족들은 이승만정권이 붕괴된 기회를

이용하여 한국전쟁시기의 민간인 학살 문제를 공론화했다가 오히려 이듬해 5·16군사 정권에 의해 체포·구속되어 사형선고까지 받았던 전례가 있습니다. 이는 전쟁이 초래한 상처가 여전히 살아있다는 증좌이기도 합니다. 희생자 유가족들이 국가차원의 진상조사를 액면 그대로 신뢰하기에는 그동안 역사가 너무 잔인하게 전개돼 왔던 것입니다.

한국전쟁은 피아간의 전선을 따라 전개된 것이 아닙니다. 전 국토가 뒤섞인 전쟁터였고 밤낮으로 전선이 바뀌었습니다. 전쟁이 발발하자 보도연맹 등 예비검속으로 학살되고, 서로 교전하는 과정에서 전투원과 민간인을 구분하지 않고 총격, 포격이 이루어짐으로써 무고한 민간인들이 사살 당했습니다. 또 인민군과 좌익세력들이 빨치산으로 입산하여 유격전을 벌이는 과정에서 주변 민간인들이 빨치산과 이들의 토벌에 나선 군경들에 의해 번갈아가면서 시달리다가 학살당하였습니다.

마치 톱질 하듯이 밀고 당기는 과정에서 민간인들이 무고하게 희생당한 것입니다. 한국전에 참전한 미국군대도 피난민을 상대로 무차별적인 포격과 기총소사를 가함으로써 수많은 민간인들이 살상 당했습니다. 미군은 피난민 가운데 적군이 포함되어 있을 것이라는 짐작만으로 민간인들을 상대로 포격과 총격을 가했습니다. 수복 이후 군대, 경찰, 우익단체에 의한 응징과 보복이 번갈아 이어지기도 해 인민군 편에 가담했거나 또는 어쩔 수 없이 협력했던 자들이 이른바 부역자로 낙인찍혀 학살대상이 되었습니다.

종교적으로나 혈연적으로 또한 정치적으로도 별다른 차이가 없는 같은 고장, 이웃 사람, 친구였던 사람들을 이같이 맹목적으로 집단학살한 경우는 지구상에서 달리 찾아볼 수 없습니다. 전쟁은 평범했던 사람들이 오랜 이웃을 상대로 그렇게 집단살상을 교대로 되풀이 자행케 하는 살인의 광기에 휩싸이게 만들었습니다. 보복 응징의 악순환은 이웃 간에 회복하기 어려운 갈등을 낳았고 공동체적인 유대관계를 파괴하였으며 극단적인 갈등과 대립사회로 만들었습니다. 그 후과로, 동서냉전체제가 사라진 현재도 유독 한반도에 냉전질서와 이념대립이 강하게 존속하고 있는 것입니다.

과거사는 인권침해 분야에서도 심각하기는 마찬가지입니다. 독재정권에 맞서 적극적으로 민주화운동에 나섰다가 탄압을 받았던 경우는 굳이 언급하지 않는다고 하더라도 일상의 생업에 종사하다가 횡액처럼 억울한 고초를 겪는 경우도 부지기수입니다.

특히 이 가운데 외면할 수 없는 분들은 간첩으로 조작된 피해자들입니다. 고기잡이 하다가 납북당한 어부들 가운데는 송환된 지 10여년이 지난 후 느닷없이 수사기관에 연행되어 간첩혐의로 수사를 받고 재판에 회부되어 길게는 무기징역형의 처벌을 받는 경우가 있습니다. 그들은 영장발부 없이 40일에서 90일 정도 수사기관에 불법 구금되어 그 기간 동안 살인적인 고문에 의해 간첩행위를 시인하는 자백을 허위로 하여야 했습니다. 그렇게 허위자백을 통한 각본이 완성되면 공안기관은 수년간 암약해온 간첩과 간첩단을 검거한 것으로 발표하였고 이어서 언론은 이를 대대적으

로 보도하였습니다. 그러니까 1970년대, 80년대에 사회통제를 위한 필요성에서 간첩 사건을 조작한 경우가 많았습니다. 그 과정에서 수사관들이 간첩검거 포상을 받았던 것은 물론이거니와 사건을 송치 받은 검찰이나 더욱이 재판을 진행한 사법부 또한 피의자가 고문을 통해 무고하게 간첩으로 조작되었다는 사실을 파악하지 못했을 리가 없음에도 수사기록 그대로 검사는 기소하고 판사는 유죄판결을 내렸습니다. 그러나 간첩으로 조작된 납북어부들 중에는 겨우 자기 이름 석 자 쓸 정도의 수준이며 대부분 자기방어능력이 충분하지 못한 사람이 많았습니다. 그런 순박한 사람들을 대상으로 최고의 전문 법률지식인들이 공모해서 희생양을 만들어낸 셈입니다. 비슷한 경우로 재일동포 모국유학생이나 혹은 취업을 위해 일본에 왕래하거나 체류하면서 조총련과 접촉했던 이들을 대상으로 간첩사건을 조작한 경우도 많았습니다. 조작간첩 피해자들을 더욱 절망에 빠뜨린 것은 아무리 억울함을 호소해도 사회여론은 이들을 전혀 주목하지 않았고 이웃사람들조차 냉담했다는 점입니다. 억울하고 비극적인 이들 인권침해사건 피해자들은 가까운 친인척으로부터도 외면을 받아야 했습니다. 과거사위원회 조사를 통해 비로소 그런 억울함을 해소할 수 있는 길이 생긴 것입니다.

3. 과거사 정리의 과제와 의의

과거사 정리는 과거로부터 이어지는 불행을 치유하는데 목적이 있습니다. 해결되지 못한 과거사의 부담은 지금의 우리 세대에게만 영향을 주는 것으로 끝나지 않습니다. 오늘로 미뤄진 과거의 숙제를 지금 해소하지 않는다면 그것은 다시 미래로 이어지면서 후손들에게 부담을 떠안기게 되는 것입니다.

과거사 정리 곧 진실화해위원회는 기본적으로 다음과 같은 임무를 수행합니다. ① 과거의 잘못과 피해를 찾아내 밝히고, 공식적으로 인정토록 하는 일입니다. ② 피해자들에 대한 보상이나 명예회복의 대책을 마련해야 합니다. ③ 정의를 바로 세우고, 책임을 묻는 일입니다. ④ 책임질 수 있는 제도적 장치를 마련하고, 개혁안을 권고해야 합니다. ⑤ 화해를 촉진하며, 과거사로 인한 갈등의 해소에 나서도록 하는 일입니다.

이러한 목표에 비춰볼 때 지금까지 진행되어온 한국의 과거청산 작업은 유해 발굴 사례에서 살펴보듯 어느 것 하나 반듯하게 마무리된 일이 없습니다. 진실화해위가 그동안 행한 진상규명으로도 국가의 잘못과 책임이 명확하게 드러났습니다. 그에 따라 최근 피해자들이 소송을 제기했고 사법부의 판결로 부분적으로 보 배상이 이루어지고 있습니다. 당연히 국가가 저지른 학살·침해 행위에 대한 포괄적 대책을 마련해야 합니다. 그런데도 현재 이러한 책임을 방기하고 피해자들이 개인적으로 일일이 나서 소송을 제기할 수밖에 없도록 해서 힘든 재판을 수행케 하고 있습니다. 앞으로 한국전쟁 시기에 희생된 수십만 명 사건이 모두 소송으로 이어진다면 사법부나 국가가 이를 감당할 수 있겠는가 하는 점입니다. 진실규명 이후의 예상되는

문제를 처리하기 위한 후속 조치들이 적극적으로 강구되어야 하고 조속한 대책이 마련되어야 하는데 그렇지 못하고 있습니다.

과거사를 청산하는 일은 기득권 세력의 반발 때문에 결코 손쉬운 작업이 아닙니다. 지난 노무현 정부에서 본격적인 과거사 정리를 추진하던 때 지지여론은 60% 정도였습니다. 그러나 이후 일부에서 과거사 문제를 정치 쟁점화 하고 시비를 걸면서 그 의의가 크게 훼손되었습니다. 이는 과거사정리를 통한 진실규명과 화해가 왜 소중한 일인지 식견이 부족한 데서 기인한 것입니다. 그 과정을 보면서 한국 사회는 아직 지난 과거의 잘못을 허심탄회하게 성찰할 수 있을 만한 정치사회적 여건이 되지 못한 것이 아닌가 하는 안타까움이 일기도 했습니다.

한국 사회는 공동체적 유대가 강한 전통을 지니고 있습니다. 그렇기 때문에 갈등이나 악연은 사회적·혈연적 유대에 의해 지속되면서 시간이 흘러도 사라지지 않고 부정적인 영향을 끼치는 것입니다. 따라서 끊이지 않고 이어지는 불화를 단절하기 위해서는 관련자들 간의 양보와 화해를 위한 별도의 조치가 더욱 필요한 것입니다. 한 사회의 공동체적 기반을 훼손하지 않으면서도 역사변화를 효과적으로 이끌고, 동시에 새로운 미래를 기약할 수 있게 하는 방안이 과거청산인 것입니다. 과거사 정리는 궁극적으로 한국 사회를 갈등과 분열로부터 화해와 평화로 이끌기 위한 것입니다.

우리는 격동의 근현대사를 살아온 탓에 국민 누구라도 시대의 흐름과 무관하지 않는 고통과 상처를 안고 있기 마련입니다. 그럼에도 그동안 우리사회는 이 문제를 가슴 속에 묻은 채 덮어 왔습니다. 가슴앓이를 하면서도 아닌 척 해야 했던 것입니다. 혹시나 또 다른 불이익이 따르지 않을까 노심초사하면서 억울한 죽음의 경우에도 하소연하기는커녕 입 밖에 낼 수 없었습니다. 저는 며칠 전 태안 위령제에 참석했다가 자기 아버지의 억울한 학살도 또 그런 아버지 죽음이 진실위 조사를 통해 밝혀진 사실도 모르다가 뒤늦게 유족회를 통해 확인하고 위령제에 처음으로 참석한 분을 만났습니다. 이런 경우가 어찌 그 한사람뿐이겠습니까.

4. 특별법을 통한 피해구제와 배·보상

우리는 진실화해위원회의 진실규명 활동을 통해 과거사라고 하는 고통스러운 비극의 실체를 확인할 수 있었습니다. 그로인해 지난 60여 년간 수많은 희생자, 피해자, 유가족들이 감내해온 억울함과 고통이 얼마나 크고 무거운지도 확인할 수 있었습니다. 진실화해위원회는 수많은 사건의 진실규명을 통해 과거 국가의 불법적 행위로 인하여 상처 받은 피해자, 유족들의 고통을 조금이나마 위로할 수 있었고 이를 통해 용서와 화해를 향한 의미 있는 성과들을 낳았습니다.

국가는 지금까지 불법행위 자체는 인정하면서도 배상책임은 회피해 왔습니다. 유가족들이 국가로부터 손해배상을 받고자 할 때 취할 수 있는 방법은 현행 제도 하에서는 소송이 유일한 것입니다. 그간 진실화해위원회에서 결정된 진실규명 사건 피

해자들이 피해배상을 받기 위해서는 매 사건마다 일일이 소송을 제기할 수밖에 없습니다. 그래서 개별 소송에 따른 배·보상방식 대신 소멸시효의 적용을 배제하고 배·보상의 기준과 방식 등을 통일한 포괄적인 특별법을 제정하여 일괄적으로 처리할 필요가 있습니다. 집단희생사건은 전국 곳곳에서 벌어졌지만 사건의 성격이 유사하고 희생 이유 등에서 공통점을 가지며, 유가족이 겪은 2차 피해의 유형도 대체로 유사해서 일괄적으로 처리가 충분히 가능한 것입니다.

이러한 상황과 국가의 화해조치 의무를 종합적으로 고려한다면, 국가는 포괄적이고 공평한 원칙을 가진 배·보상 특별법 제정을 통하여 근원적인 대책 마련에 나서야 하는 것입니다. 이를 통한 포괄적·일괄적 배·보상 피해구제 방식은 과거 국가가 행한 불법행위를 인정하고 적극적으로 그 책임을 지는 행위이자 사회적 정의의 실현인 것입니다.

과거사 정리 활동은 피해자, 가해자 혹은 일반 국민들 모두로부터 불만을 사고 비판을 받는 일일 것입니다. 외국의 경우도 과거사 정리에 불만이 제기되지 않는 경우는 드뭅니다. 과거사 정리에 대한 비판적 문제 제기는 불가피한 측면이 있습니다. 하지만 과거사는 시간이 흐른다고 해소되지 않으며 오히려 더 고착되면서 어려움만 가중될 뿐입니다. 미래 후손을 위해서라도 국가의 당연한 책무를 회피하지 말고 정의롭게 이행해야 합니다. 지체하면 할수록 과거사의 부담은 갈수록 더해지고 과거사를 올바르게 정리할 기회는 점점 더 멀어질 것입니다.

발 표

국가범죄와 과거청산

이재승

국가범죄와 과거청산*

이재승

I 국가범죄

국가범죄는 국가권력에 의한 중대한 인권유린 행위를 설명하는 도구개념이다. 정부범죄, 인권범죄, 국가에 의해 조종된 범죄, 국제법상의 범죄, 중대한 인권침해 행위 등이 경합적으로 사용되고 있다.¹⁾ 국가범죄의 청산론은 20세기 국제인도법과 국가책임법의 발전에 힘입은 바 크다. 특히 제2차세계대전후 뉘른베르크 법정에서 관철되었던 다양한 규범과 원칙들이 선도적 역할을 하였다.²⁾ 물론 19세기 전쟁법의 역사에서 리버(Fr. Lieber)³⁾나 뒤낭(H. Dunant)의 활약도 지적해야 하겠다. 리버는 공들인 군사법전을 통하여 전쟁법을 근대화하는데 일조하였으며, 뒤낭은 적십자활동을 통해 인도주의 원칙을 확산시켰다. 19세기 후반에서 20세기 전반에 이르기까지 국제사회는 일련의 중요한 전쟁법들을 마련하였지만 전쟁을 근절할 수는 없었다. 두 차례의 세계대전과 홀로코스트라는 대참사를 겪게 되자 연합국들은 제2차 대전 중 모스크바 선언(1943년)을 통해 추축국의 전쟁범죄를 처벌하기로 합의하였고, 종전과 동시에 그 내용을 런던협정과 연합국통제위원회 법률 제10호로 구체화하였다. 제10호가 다루는 범죄의 유형은 평화에 반한 범죄,⁴⁾ 전쟁범죄, 인도에 반한 범죄, 범죄조직관여죄 등이었다.

뉘른베르크 재판 이후에 유엔은 <뉘른베르크 원칙>을 확정하였고, [제네바협정](1949), [집단살해방지조약](1949), [제네바 추가의정서](1977), [전쟁범죄와 인도에 반한 범죄의 공소시효부적용조약](1968), [국제형사재판소에 관한 로마규

* 이 글은 필자의 책 <국가범죄(2010, 엘피)>의 제1장을 가필한 것이다.

- 1) 삼청교육대사건에 대한 대법원 전원합의체판결(1996.12.19)에서 반대의견은 매우 주목할 만한 개념을 제공하였다. 반대의견은 불법행위의 특수성이론에 기초하여 소멸시효를 배제하려고 하였다. 이에 따르면 삼청교육관련피해는 “국가소속의 공무원이 통상적인 공무수행을 하는 과정에서 개별적으로 저지르게 된 일반적인 불법행위가 아니고, ... 국가에 의하여 대규모로 그리고 조직적으로 실시된 삼청교육과정에서 국가소속 공무원들이 대량으로 저지르게 된 특수한 불법행위”로 규정되었다.
- 2) 라이프치히 재판(Leipzig trial): 제1차 세계대전 후 베르사이유 조약에 따라 연합국은 네덜란드에게 독일 황제의 인도를 요구하였고(황제는 당시 네덜란드 저택에 머물렀다), 독일에게는 전쟁범죄를 이유로 대략 900명의 인도를 요구하였다. 네덜란드는 인도를 즉각 거부하였고, 독일은 지체었는데 결국 연합국은 라이프치히에 있는 독일 제국법원이 12인의 독일장교를 재판하는 데에 동의하였다. 피고인의 대부분이 유죄판결을 받았지만, 형량이 너무나 낮아서 연합국에서 비난의 목소리가 매우 높았다. 이러한 경험 때문에 제2차세계대전중 연합국들은 전쟁수행의 주요목적의 하나를 전쟁범죄자의 처벌로 설정하였다.
- 3) 프란시스 리버는 전쟁법과 군대법의 현대적 초석을 마련한 인물이다. 원래 프로이센(독일) 군인으로서 워털루 전투에 참여하였으나 미국으로 이주하여 컬럼비아 대학의 교수가 되었다. 그가 편찬한 군대와 전쟁에 관한 법전(Lieber Code)은 미국내전을 겪으면서 일반명령을 통해 미국의 군법이 되었다. 그에 관한 전기는 F.B. Freidel, *Francis Lieber: Nineteenth-Century Liberal* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1947) 참조.
- 4) 켈로그-브리앙 부전조약(1928)이 있었지만 통제위원회법률 제10호에 의해 침략전쟁(평화에 반한 범죄)이 국제법상 처벌 대상으로 명문화되었다.

정](1998)등이 연이어 성립하였다. 이를 국제사회는 뉘른베르크 유산(legacy of Nuremberg)⁵⁾이라고 부른다. 전쟁법 또는 국제인도법의 발전과정에서 흥미로운 점은 과거에는 집단살해죄나 인도에 반한 범죄 등이 국가간의 전쟁을 전제로 하였다면, 비국제적인 무력충돌뿐만 아니라 평화시의 권력남용에도 적용하자는 데까지 발전하였다. 권력자들은 전시 평시를 불문하고 으레 자국의 시민 중에서 비판적 세력 또는 이질적 집단을 적으로 규정하고 학살과 박해를 일삼기 때문이다. 국제인도법의 초점이 전쟁을 전제로 한 인권침해에서 인권침해의 심각성 자체로 옮겨갔다. 여기에서 인도에 반한 범죄가 중요성을 더하게 된다. 국가범죄를 이해하기 위해서는 국제형사재판소(ICC)가 관할하는 범죄의 구체적인 목록을 개관하는 것이 좋겠다. 그 조항들은 주요한 국가범죄들을 망라하고 있다. 우리 정부는 국제형사재판소에 관한 로마규정에 가입하였고, 이를 이행하기 위한 국내법률도 제정하였다. 그러나 국가범죄로 논의하는 문제적 사례들을 예시해 보는 것도 좋겠다. 정치적, 인종적, 민족적, 종교적 이유 등으로 자행된 집단살해(genocide), 살인, 노화사업, 강제전향⁶⁾, 의문사, 강제실종⁷⁾ 고문, 구금, 강제불임⁸⁾ 강간, 강간캠프, 강제임신⁹⁾강제수용¹⁰⁾ 강제입양, 강제격리¹¹⁾ 해직, 숙청, 강제이주, 재산 강탈, 강제합병, 토지침탈, 자원수탈, 문화재약탈, 인간사냥, 노예화 등을 국가범

5) 물론 무엇이 유산인지는 시각에 따라 다르지만 Christian Tomuschat, *The Legacy of Nuremberg*, 4 *Journal of Int'l Criminal Justice*(2006), Vol. 4, 830쪽 이하; 뉘른베르크 법정에 대한 비판적인 검토로는 David Luban, *The Legacies of Nuremberg*, Social Research, 1987, 779-829.

6) 사상 때문에 처벌하는 파시스트 정권은 역사상 적지 않았지만 사상을 강제로 바꿀 수 있다고 믿으며 폭력을 행사하는 수준 낮은 권력자들이 이 세상 어디에서 볼 수 있을까? 한국에서 사회안전법에 의한 강제전향, 운동권 학생에 대한 강제입대와 노화사업, 여호와의 증인에 대한 군영창 안에서 폭력 등을 거론할 수 있다.

7) 강제실종은 보안군이 운동권이나 비판적인 세력을 비밀리에 납치 살해하여 흔적도 남기지 않는 제거 방법이다. 우리나라 70-80년대 빈발했던 의문사도 이러한 유형에 해당한다. 라틴아메리카의 군사정권들은 국경을 넘어 서로 협력하면서 운동권 인물들을 대량으로 살육하였다. 이를 추악한 전쟁(dirty war)이라고 부른다. 이에 대해서는 박구병, 추악한 전쟁,

<http://www.pcic.go.kr:8088/pcic/truthBoard.do?action=view&articleId=12&boardId=other&main=truth&sub=other> 최종검색일, 2010, 01,08); 강제실종협약의 의미에 대해서는 강제실종에 관해서는 조시현, 유엔강제실종협약의 채택과 한국사회의 과제, 민주법학 제34호(http://delsa.or.kr/zbxe/?document_srl=5402)

8) 페루의 독재자들이 원주민에 대하여 강제적인 불임조치를 취했는데 이것은 제노사이드에 해당한다. Jocelyn E. Getgen, UNTOLD TRUTHS: THE EXCLUSION OF ENFORCED STERILIZATIONS FROM THE PERUVIAN TRUTH COMMISSION'S FINAL REPORT, *Boston College Third World Law Journal*, 2009

9) 강제임신은 특정한 민족집단이 다른 민족 집단의 여성을 시설에 수용하여 임신할 때까지 강간하는 행위를 말한다. 제노사이드, 젠더사이드로 취급된다. Anthony Marino, *Bosnia V. Serbia and the State of Rape as Genocide under International Law*, *Boston University International Law Journal* Vol.27(2009), 205이하.

10) 제2차세계대전 중에 미국정부는 일본계 미국인에 대하여 강제수용을 실시하였다. 물론 이러한 수용(internment)은 유대인학살을 위한 강제수용과 다르겠지만 중대한 인권침해행위에 해당한다는 점은 특별히 언급할 필요가 없다.

11) 영국에서 호주로 건너온 백인들은 원주민을 인종적으로 문화적으로 파괴-문명화-하기 위하여 수 만명의 원주민 아동을 가족들로부터 강제로 빼앗아 시설에 집단수용하여 양육하였다. 이러한 아동들이 '빼앗긴 세대들(the Stolen Generations)'이다. 이 격리수용정책은 100여년에 걸쳐 시행되었으며, 1970년대까지도 지속되었다. 호주정부는 2008년에 공식사죄를 담은 의회결의안을 통과시켰다(이 내용은 제5장 읽을거리에 있음). 호주정부가 발간한 보고서도 이러한 강제격리 행위를 제노사이드로 인정하고 있다. 이에 관해서는 Peter Read, *The Stolen Generations: The Removal of Aboriginal children in New South Wales 1883 to 1969*, Department of Aboriginal Affairs (New South Wales government), 1981; Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Bringing them home: The 'Stolen Children' report*, 2005 (http://www.hreoc.gov.au/social_justice/bth_report/index.html 최종검색일 2010-01-18).

죄라고 할 수 있다. 서구열강이 주도하는 국제사회는 식민지배 범죄에 대하여 침묵하지만 제국주의적/식민주의적 수탈과 폭압도 이러한 국가범죄 범주에 넣을 수 있겠다.

통상 국가범죄는 계획적으로, 대량으로, 체계적으로 자행된다. 그러나 의도성, 대량성, 체계성이 국가범죄를 판정하는 필수적 요소는 아니다. 집단학살에서 보듯이 특정한 집단을 겨냥한 박해에서는 대량성이 필수적이지만, 특정한 개인(조봉암, 김대중 등)을 상대로도 정치적 박해를 자행할 수도 있다. 또한 제1차적인 행위가 우발적으로 발생하더라도 그 행위의 진상규명을 방해하거나 효과적 구제조치를 저지하는 제2차적 행위 또는 제3차적인 행위가 더해짐으로써 국가범죄로 상승할 수 있다.¹²⁾ 이런 점에서 공권력의 관행이 중요한 의미를 갖는다.

누가 국가범죄를 저지르는가? 국가범죄의 주체는 제한이 없다. 위기 상황에서 군사조직과 보안경찰 뿐만 아니라 권력자의 조종을 받는 반(半)공식적인 폭력집단(제주4.3에서의 서북청년단), 민병대, 자경단(KKK)에 의해서도 자행된다. 자발적인 나치대중조직과 반공식적인 폭력집단은 과시증체제나 극우체제가 등장할 때에 중요한 역할을 수행한다. 이에 비해 평화시에는 세련된 논리를 갖춘 법장치들이 학살자의 역할을 조용히 수행한다. 그러나 국가범죄가 공식적인 국가기구나 국가로부터 후원받는 집단에 의해서만 자행되는 것도 아니다. 국가는 어떠한 경우에도 자신의 영향력을 극대화할 수 있는 다양한 수단을 가지고 있음을 잊지 말아야 한다. 예컨대 사기업이나 민간조직도 국가범죄의 도구가 될 수 있다. 어두운 시대에 노동조합 활동가들에 대한 블랙리스트가 그 예이다.¹³⁾ 시위를 행하는 이유로 기꺼이 정확처분을 내리고 군대로 강제징집하는데 협력하는 대학도 국가범죄의 주체다. 대학의 총장 중에 누가 대학의 만행에 대해 공식적으로 사죄했는가!

이 글은 바로 권위주의 체제에서 민주적인 사회로 이행하기 위하여 국가범죄와 어떠한 투쟁을 펼쳐야 하는지를 다룬다. 체제이행과 관련하여 국제사회가 어떠한 법리를 발전시켰는지 개관할 것이다. 나아가 이행기 정의에 대한 논의를 통해 법률신주의, 법률만능주의 사고방식을 비판할 것이다. 국가범죄는 많은 경우 합법적으로 자행되기 때문에 윤리적, 정치적, 철학적 논쟁을 수반하였다.¹⁴⁾ 우선 국가

12) 과거 박종철 고문치사 사건에서 보듯이 고문치사는 과실범—이것도 국가범죄이기는 마찬가지이다—일 수 있지만 고문치사사실을 은폐하기 위한 제2차 또는 제3차의 음모와 범죄들이 계속되었다. 국가범죄는 항상 이와 같이 범죄적 권력의 연속적 행사과정이다. 이러한 연속적 차단과 억압 때문에 시효가 존재하지 않는다고 보아야 한다.

13) 최근 동영알루미늄 노동조합의 부위원장 정창석씨에 대하여 2006년에 민주화운동으로 인정하였던 민주화보 상심의원위원회가 2009년에는 민주화운동과 관련성이 없다고 결정하였다. 본질적으로 노조운동이 단순히 노동자들의 사적 이익운동인가 아니면 정치적인 운동인가는 정치의 본질에 대한 안목에 달려있다. 어두운 시대에는 정치와 무관한 운동이라는 것은 존재하지 않는다. 물론 그렇지 않는 시대가 있을까마는.

14) 박정희의 유신헌법 제53조(긴급조치)에 의한 모든 조치들이 여기에 해당한다. 긴급조치를 발령한 대통령은 국회에 통고만 하면 되며, 사법부든 입법부든 이에 대하여 어떠한 제한조치를 취할 수 없었다. 박정희는 긴급조치로 자신의 시대를 마감해야만 했다. 모든 정치적 논란과 학생시위의 조짐에 대해서도 가차없이 위수령과 긴급조치를 날렸다. 개별적인 긴급조치들은 일종 특별형법들이었다. 따라서 헌법 자체가 헌법과괴적인 입법권을 대통령에게 부여하고 있었으므로, 유신헌법은 본디 자멸적인 구조였다. 나치의 수권법(1933)이 이것과 흡

범죄에 대한 처리원칙을 밝히는 것이 좋겠다. 그 원칙은 중대한 인권침해행위와 관련해서 가해자가 법에 따랐다는 이유로, 상관의 명령에 따랐다는 이유로 책임을 면할 수는 없다는 원칙이 확립되었다. 이러한 원칙 위에서 새로운 출발이 가능할 것이다. 마지막으로 시민은 국가범죄에 대하여 어떤 잘못이 있는지, 앞으로 그러한 야만이 다시는 이 땅에 일어나지 않게 하기 위해 어떠한 정치적 책무를 져야 하는지에 대해 끝까지 생각해보아야 한다.

II 청산의 정치

1. 지구적 청산

현대 세계사에서 과거청산은 두 차례의 큰 파고가 있었다.¹⁵⁾ 첫 번째 파고는 제2차 세계대전 이후 추축국의 범죄를 처단하기 위한 연합국의 법정이다. 그러나 뉘른베르크 법정에서 선언된 정신은 비교적 제한적으로 관철되었다. 특히 독일 국내 상황, 독일과 유대인 또는 이스라엘의 관계, 독일과 독일로부터 점령당했던 주변국들과의 관계에서 전쟁과 역사에 대한 책임추궁은 파행을 겪었다. 오히려 과거청산의 파고는 미국과 소련과의 대결구도가 강화되면서 이데올로기적인 편향을 범하기 시작하였다. 과거 과시즘과 제국주의에 저항했던 세력들의 복권여부는 그들의 이데올로기에 따라 결정되었다. 냉전시대의 지배적인 현상이었다. 냉전질서 하에서 패권을 행사하던 미국과 소련은 자신의 진영에서 저항의 소리가 터져나오면 무력으로 개입하여 싹을 자르는 일을 거침없이 수행하였다. 미국은 아시아와 남미에서 민주정부를 붕괴시키고, 군정을 들어앉히고, 민주화세력을 말살하는 독재정권을 끈덕지게 지지하였다. 그러나 냉전질서는 오래 가지 못했다. 베트남에서 미국의 패배는 이 지역에서 질긴 반제민족해방운동의 승리를 의미하였고, 이란에서의 혁명은 중동 국가들의 정체성을 되돌아보게 하였다. 러시아는 동구권의 자유화운동을 군대를 동원하여 진압하는 만행을 저질렀으며, 아프가니스탄 침공을 끝으로 국제적인 규정력을 상실하였다.

이러한 상황에서 과거청산의 두 번째 파고가 시작되었다. 1980년대 라틴 아메리카의 군정종식, 동구사회주의권의 자유화 그리고 남아프리카 공화국의 인종차별주의 종식에서 비롯된 과거청산이다. 냉전체제의 균열 이후에 소련의 영향권 하에 있던 국가들이 차례로 붕괴되었듯이, 동시에 미국의 영향력 하에 있었던 권위주의 군사독재체제들도 붕괴하였다. 냉전체제하에서 과거 제3세계 독재자들은 '자유진영'이라는 허울 속에서 제국의 권부로부터 인권탄압의 허가장을 취득하였다. 냉전구도 속에서 확고하게 편입된 지역에서는 이데올로기에 따른 학살과 추악한 전쟁이 광범위하게 자행되었던 것이다. 주변부국가들에서 시작된 자주적인 민주

사하다고 할 수 있다.

15) Ruti G. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal Vol.16, 2003, 69쪽 이하

화운동은 군사독재를 차례로 무너뜨리고 냉전질서도 붕괴시키기 시작하였다. 피노체트(Pinochet)의 칠레는 미국의 개입과 퇴각을 보여주는 좋은 사례였다. 남미의 군정이 도미노처럼 무너져 내린 후 군사정권의 인권침해행위를 청산하기 위한 작업이 시작되었다. 또한 남아공의 인종주의 극복도 아프리카 대륙에서 식민청산과 자유화에 대한 열망을 더욱 강화시켰다. 아프리카 각국에서도 식민지배와 군사독재 하에서 인권침해를 처리하기 위한 진실화해위원회가 발족하였다.

아시아에서도 과거사문제들은 즐비하게 남아있다. 20세기 전반부에 일본이 자행한 침략전쟁, 식민지배, 간토대지진에서의 조선인학살, 난징대학살, 강제동원, 군위안부동원 그리고 중국의 티벳 강제합병 등은 여전히 청산되지 않고 있다. 일본은 역사적 부정을 해결하지 않는 것은 물론이거니와 진정성을 담은 사죄와 책임인정조차 회피하고 있다.¹⁶⁾ 타이완 정부는 대륙에서 패주한 국민당 세력이 1946년 타이완 원주민을 대량으로 학살한 '2.28사건'과 관련하여 90년대에 이르러 비로소 회복조치를 단행하였다.¹⁷⁾ 또한 70년대에 크메르 루주가 자행한 민간인 대량살상, 이른바 킬링 필드를 처리하기 위한 캄보디아 특별법정이 설립되었다. 동 티모르의 강점과 학살에 대한 청산작업도 진행되었다. 아시아 아프리카와 관련해서는 특히 이행기 정의가 식민지배의 청산문제를 내포하고 있다는 점도 주목해야 한다.

냉전의 종식이 자유와 인권 분야에 반드시 긍정적인 영향만을 끼친 것은 아니었다. 정치적으로 억제되었던 민족적 종교적 갈등이 극단적으로 분출되면서 다민족 국가들의 정치적 분열상이 내란으로 치달으면서 집단살해의 지옥을 열어놓았다. 예컨대, 구유고 지역과 아프리카의 수단이나 르완다 등에서 자행된 인종청소가 그 예들이다. 이곳에서도 반인도적 행위에 대한 청산법정이 설치되었다. 과거청산에 관한 논의가 추축국이나 제3세계, 구공산권국가에 국한되지는 않는다. 영국의 북아일랜드에서는 오랜 종교적 인종적 분규가 종식되면서 진실위원회가 활동하였으며,¹⁸⁾ 캐나다 뉴질랜드 호주에서도 과거 식민자들이 저지른 원주민 파괴정책에 대한 책임의 문제가 활발하게 제기되고 있다. 미국도 제2차세계대전중 강제수용과 관련하여 일본계미국인들의 상처를 치유하고자 약간의 위로조치를 취했다. 과거청산 문제는 시간을 더 거슬러 온다. 미국의 노예제소송은 인간이 참다운 공동체를 이루기 위하여 역사적 부정의(historical injustices)를 어떻게 정리할 것인지 고민하게 한다.¹⁹⁾ 심각한 인권침해는 문제로서는 국지적이지만, 권력이 있는 곳에서는 편재하기 때문에 해법은 지구적이라고 할 수 있다. 우리는 체

16) John M. Van Dyke, Reconciliation between Korea and Japan, Chinese Journal of International Law Vol. 5(2006), 215쪽 이하.

17) 서승, 대만 '비상계엄시기부당반란 및 비첩심판안건보상조례' 연구, 법과사회이론연구회(편), 법과사회, 제22호, 2002, 299-342쪽.

18) Christopher K. Connolly, Living on the Past: The Role of Truth Commissions in Post-conflict Societies and the Case Study of Northern Ireland, Cornell International Law Journal Vol 39(2006), 401쪽 이하.

19) Katrina Miriam Wyman, Is There a Moral Justification for Redressing Historical Injustices? Vanderbilt Law Review Vol. 61,(2008), 127쪽 이하.

제의 이행을 지구적으로 체험하고 있다. 이런 이유로 과거청산 국면에 작동하는 정의를 함축적으로 '이행기 정의(transitional justice)'라고 한다.²⁰⁾ 이행기 정의는 심각한 인권침해를 야기한 억압적인 구체제를 인권과 민주주의 관점에서 혁신하려는 헌정주의적 관념이라고 할 수 있다. 나라마다 처한 상황이 달라 이행기 정의의 실현 정도가 상이할 수 있지만, 이행기 정의를 실현하려는 노력은 세계사적 흐름이다. 따라서 한국의 과거청산도 지구적 차원에서 이해해야 한다.

2. 정치 대 정치

세계 어디에서나 가해자의 불처벌(impunity)을 둘러싼 논란은 간절하다. 한쪽에서는 --가해자의 생존전략이든 진정한 자유주의 정신이든-- 적법하게 이루어진 행위를 처벌하는 것은 죄형법정주의를 위반하고, 인권을 침해한다고 주장한다. 다른 쪽에서는 중대한 인권침해행위는 근본악에 해당하므로 반드시 처벌해야 한다고 주장한다. 이른바 뉘른베르크 법정 이후 중대한 인권침해에 대한 처벌의 필요성이 점차 법리적으로 확립되었다. 원칙적으로 말해서, 과거청산에 대한 법리적인 장애는 존재하지 않는다. 하지만 현실적으로 국가기관은 권한 행사를 통해 과거청산을 촉진시킬 수도 있고, 좌절시킬 수도 있다. 구체제의 기득권을 향유하였던 세력들이 정부요직, 입법부나 사법부에 여전히 포진하고 있다면 청산작업이 어느 방향으로 흘러갈지는 불문가지다. 이행기 정의의 수준은 본질적으로 현실의 정치적 역학관계에 의해 결정된다. 가해자와 기능엘리트들이 정당, 정치적 대표기관, 국가조직, 신문방송 여론매체나 여타 사회단체에서 따리를 틀고 있다면 청산작업은 파행을 면치 못한다.

이러한 상황에서 국민만이 제도권의 퇴행과 반동을 제압할 수 있다. 예컨대, 신군부의 광주학살에 대한 처벌을 유보하자는 김영삼 대통령의 1993년 취임사와 1995년 검찰의 불기소처분에 대하여 대중들은 분노하면서 제도권의 결정을 극복하였다. 국민의 압도적인 힘이 한국 과거청산 운동의 기원이었다고 할 수 있다. 이 날 이후로 청산작업은 다양한 과거사들로 확대되었기 때문에 한국의 과거청산 작업 전체를 광주의 유산이라 부를 수 있다. 과거청산의 정치는 대중을 통해서 가능한데도, 만약 국민대중이 '과거를 캐면 돈이 나오냐'는 인식 수준에 머문다면 이행기 정의는 요원한 일이다. 돌이켜보면, 바로 이 속물성이 과거 인권침해를 묵인하거나 거기에 침묵하였던 밑바탕이다. 결국 '소극적으로 부정의했던 시민들'의 부채의식을 주권적 의지로 고양할 때 이행기 정의는 구현된다.

III 과거청산의 방식

20) 같은 제목의 대표적인 저작은 Neil J. Kritz(편), *Transitional Justice* Vol-III. I, United States Institute of Peace Press: Washington, 1995; Ruti Teitel, *Transitional Justice*, Oxford U.P., 2000; Jon Elster, *Closing the Books: Transitional justice in Historical Perspective*, Cambridge U. P., 2004,

이행기 정의의 실현정도는 신체제의 성립방식에 따라 달라진다. 국민의 압도적인 지지나 민중봉기로 인해 구체제가 붕괴되었는가 아니면 타협을 통해 간신히 새로운 체제가 출현했는지가 결정적이다.²¹⁾ 대격변 상황에서는 처벌적 정의를 포함하여 이행기 정의가 고강도로 실현되는 반면, 소변동의 상황에서 이행기 정의는 낮은 수준으로 실현되거나 허구화된다. 필자는 세계에서 진행되는 과거청산의 과정을 몇 가지로 유형화해 보았다. 유형화는 유형화이기 때문에 개별국가의 과거청산 상황 자체를 정밀하게 반영하지 못한다. 특히 과거청산작업은 일사불란한 계획에 따라 진행되기 어렵고, 각국의 정치적 여건에 따라 그 범위와 수준이 정해지기 때문이다.

1. 정의모델

정의모델(Justice Model)은 가해자의 형사 책임에 집중한다. 정의모델에서는 형사법정이 과거청산의 중심적인 기구가 되는데, 형사법정은 정치적 상황에 따라 다르게 구성된다. 국제법정, 국내법정, 혼성법정(Hybrid Court)이 가능하다. 제2차 세계대전후에 연합국에 의해 국제군사법정(Int'l Military Tribunal)이 설치되었다. 뉘른베르크에 설치된 국제군사재판소, 도쿄의 극동군사재판소가 그 예이다.²²⁾ 국제형사법정(Int'l Criminal Tribunal)이 구유고(ICTY)와 르완다(ICTR)에 설치되었다. 이에 비해 제1차세계대전후 독일의 라이프치히 재판, 제2차세계대전 후 프랑스의 협력자법정, 중국의 친일파(漢奸)재판, 아이히만(Eichmann) 재판, 바르비(K. Barbie) 재판, 피노체트(Pinochet) 재판은 국내법정에 의한 것이다. 한편 제3의 유형인 혼성법정²³⁾은 2000년 이후에 나타난 국제법의 최근 동향으로서 관련국가의 법관과 국제사회의 법관들이 공동으로 관련국가의 중대한 인권침해행위를 심판한다. 동티모르, 시에라 리온, 캄보디아,²⁴⁾ 코소보, 보스니아, 세르비아, 이라크 등에서 혼성법정이 설치되었다.²⁵⁾

21) 형사처벌여부는 체제이행이 급격하게 이루어졌는가 완만하게 진행되었는가에 따라 결정된다는 지적은 Mary Albon, "Project On Justice In Times Of Transition: Report Of The Project's Inaugural Meeting," Neil J. Kritz(편), *Transitional Justice* Vol. I, United States Institute of Peace Press: Washington, 1995, 46쪽 참조.

22) 국제법정은 본질적으로 관련국간의 협약에 의존하여 법정이 설치되어야 하는데, 실제로 제2차세계대전 이후 설치된 전범재판소는 연합국들이 일방적으로 설치한 법정이기 때문에 엄밀한 의미에서 국제법정이라고 할 수 없다. 이런 점 때문에 연합국의 법정이 승리자법정(victor's justice)으로 불렸다. 패권국가의 정치적 수단으로서 국제형사법에 대한 해명은 Danilo Zolo/Mark Weir(영역), *Victors' Justice: from Nuremberg to Baghdad*, Verso, 2009.

23) Laura A. Dickinson, The Promise of Hybrid Courts, *American Journal of International Law* Vol. 97(2003), 295쪽 이하; Alberto Costi, Hybrid Tribunals as a Viable Transitional Justice Mechanism to Combat Impunity in Post-Conflict Situations, *New Zealand University of Law Review* Vol. 22(2006), 213쪽 이하.

24) Steven R. Ratner, The Cambodia Settlement Agreements, *American Journal of International Law* Vol. 87(1993), 1쪽 이하; Steven R. Ratner & Jason S. Abrahams & James L. Bischoff, *Accountability For Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* 3 ed., Oxford U. P., 2009, 350쪽 이하.

25) 법정마다 성격이 다른데 세르비아 전범재판소나 이라크의 최고법원은 국제법률가들의 조언을 받는 정도로 국내법정에 가깝고, 반대로 시에라 리온 특별법원은 구유고전범재판소(ICTY)와 같이 독립적인 재판소라고 할

2. 진실-화해모델

진실화해모델(Truth-Reconciliation Model)은 공식적인 조사활동을 통해 인권침해의 진실을 발견하고 화해를 추구하는 데에 역점을 둔다. 진실화해모델의 이념형은 남아프리카 공화국의 진실화해위원회(Truth and Reconciliation Commission: TRC)이다.²⁶⁾ 진실위원회(TRC)는 형사처벌 자체를 추구하는 것이 아니라 개인들의 정화(cleansing of individuals), 공동체 형성(community-building), 정치적 변화의 공고화(consolidation of political change)를 추구한다. 오히려 형사처벌의 근거인 진실을 확보하고, 제도개혁을 권고하고, 피해자에게 피해의 전과정에 대해 발언할 기회를 부여하고, 그들의 사회적 명예를 회복하고, 합당한 배상을 제공하는 것을 목표로 한다. 전체적 진실고백을 조건으로 가해자에게 사면을 제공하였다. 처벌보다는 정치사회적 차원에서 변화를 강화시키는 것을 주된 목표로 삼았다. 실제로 전쟁범죄 수준의 집단살해가 일어나는 경우를 제외하고 많은 나라들이 진실화해위원회를 과거청산기구로 채용하였다. 이 방식은 국가범죄자의 처벌을 바라는 피해자들에게는 불완전한 것으로 받아들여질 수 있다. 한편 정의 대신에 진실과 화해를 추구한다고 해서 진실이 더 잘 발견되는 것도 아니라는 문제점이 지적된다. 진실화해모델로부터 정의-진실모델²⁷⁾로 진화가 이루어지고 있다.

3. 혼합모델

혼합모델(Hybrid Model)은 어떠한 독자적인 모델이 아니라 앞선 두 가지 모델을 병행해서 운영하는 방식이다. 보스니아와 헤르체고비나,²⁸⁾ 시에라 리온,²⁹⁾ 수단,

수 있으며, 캄보디아와 동 티모르의 특별법정은 그 중간 정도에 해당한다. 물론 관할범죄도 국가마다 차이가 난다. Ratner & Abrahams & Bischoff, 앞의 책, 246쪽.

- 26) 진실위원회는 1970년대 우간다에서 처음 등장하였다. 아프리카, 남미, 동구권, 한국 등 도처에서 설치되었다.
- 27) 르완다 인종분규과정에 제노사이드, 인도에 반한 범죄 혐의로 정부 교도소에 수감된 인원은 무려 10만 명에 이른다. 유엔은 1994년에 르완다 국제형사재판소(ICTR)를 설치하여 이들을 재판하고자 하였다. 그러나 이보다 더 많은 사람들이 그러한 범죄에 가담하였고, 사회적 혼란과 불처벌은 계속되었다. 이에 르완다에서 도입한 것이 가차차 재판(Gacaca trial)이다. 가차차 재판의 목적은 '정의와 화해'이다. 가차차 재판의 특이점은 몇 가지로 정리할 수 있다. 첫째로, 작은 공동체 수준에서 가차차 법정이 열린다는 점이다. 대략 12,000개의 가차차 법정이 설치될 예정이다. 둘째로, 가차차 법정의 피고인수가 교도소에 수감된 10만명을 훨씬 넘어 거의 백 만명에 육박한다는 점이다. 셋째로, 이 법정이 정의와 화해를 추구한다는 점이다. 가차차 법정의 판사는 법률교육을 받은 법관이 아니라 지역공동체에서 신망있는 인물들로 구성되고, 약간의 법률절차, 범죄분류, 모의 재판 등 소양교육을 받은 후 재판에 투입된다. 이들은 피고인에게 종신형까지 선고할 권한을 갖고 있기 때문에 화해자의 역할을 수행하기에 적합하다. 피고인이 화해(reconciliation)에 이르고자 한다면 먼저 고백(confession, 유죄인정(guilt plea), 참회(repentance), 사죄(apology)의 과정을 거쳐야 한다. 가차차 법정은 사면을 베풀 수는 없으나 형량을 줄여줌으로써 화해와 사회적 복귀를 촉진시킬 수 있다. 이러한 법정은 회복적 정의의 관점에서 매우 주목할만한 방식이라고 생각한다. 이 흥미로운 재판에 대한 설명은 Linda E. Carter, Justice and Reconciliation on Trial: Gacaca Proceedings in Rwanda, New England Journal of International and Comparative Law Vol. 14(2007), 41쪽 이하.
- 28) 보스니아에 대해서는 Jamie Rowen, Social Reality and Philosophical Ideals in Transitional Justice, Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal Vol. 7(2008), 93쪽 이하.
- 29) Elizabeth Evenson, Truth and Justice in Sierra Leone: Coordination Between Commission and Court, 104 Columbia Law Review Vol. 104(2004), 730쪽 이하; Michael Nesbitt, Lessons from the Sam Hinga

르완다, 동티모르³⁰⁾ 등은 형사법정과 진실화해위원회를 동시에 가동하였다. 청산 작업이 수행해야 할 과제는 매우 다양하다. 그런데 형사법정은 과거의 사건에 대하여 개인책임의 관점에서 죄의 유무만을 판단하기 때문에 과거청산 작업의 전체과제를 감당할 수 없다. 따라서 형사법정을 보완하는 의미에서 진실화해위원회의 장점이 부각되고 있다.³¹⁾ 최근에 청산작업을 진행하는 나라들 중에서 혼성모델을 따르는 것이 추세라고 할 수 있다.

4. 망각모델

망각모델(Oblivion Model)은 스페인의 과거청산을 거론할 때 사용한다. 스페인의 정권교체기에서 권위주의세력과 개혁세력간의 정치적 타협에서 나온 것이다. 일체의 책임을 묻지 않고, 덮어버리자는 사회적 약속이었다. 스페인은 좌우간의 극심한 폭력을 교환하였기 때문에 이러한 타협이 가능했다. 그러나 권력을 인수한 세력과 권력을 넘겨준 세력간의 대화합과 사면은 정치적 관점에서는 용인할 수 있는 것이지만, 이것이 바람직한 것인지는 의문이다. 어떠한 경우에도 국가폭력에 대한 망각은 불가능하다는 점, 정확한 진상규명과 책임의 인정을 바탕으로 최소한의 정의를 구현해야만 화해가 가능하다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 프랑코 정부로부터 박해받았던 사람들과 그 후손들은 여전히 정의를 요구하고 대사면에 동의하지 않기 때문이다. 대화합은 더 숭고할지는 모르지만 숭고함에 이르는 데에는 조건이 있다는 점을 확인시켜 줄뿐이다. 망각협정은 피해자들에게는 정의의 지연이자 정의의 억압에 불과하다.

정의가 없는 곳에서는 망각이나 용서가 불가능하다. 독재정부가 붕괴된 이후에도 사면법amnesty law의 갑옷을 입고 버텨 온 아르헨티나의 비뇨네(Reynaldo Bignone) 전 대통령이 사건발생 30년만인 2010년에 강제실종 등 인권범죄를 이유로 25년형을 선고받은 것은 좋은 사례이다.

5. 신원모델

국내의 과거청산관련법령과 각종위원회의 활동결과³²⁾에 대한 평가는 이데올로기

Norman Decision of the Special Court for Sierra Leone: How Trials and Truth Commissions Can Co-Exist, German Law Journal Vol. 8(2007), 977쪽 이하.

30) Christopher D. Totten, The International Criminal Court and Truth Commissions: A Framework for Cross-interaction in the Sudan and Beyond, Northwestern University Journal of International Human Rights Vol. 7(2009), 1쪽 이하.

31) Janine Natalya Clark, The Limits of Retributive Justice, Journal of International Criminal Justice, Vol. 7(2009), 463쪽 이하.

32) 최근 이행국면에서 제정된 과거사관련 주요법들은 다음과 같다. 광주민주화운동관련자 보상 등에 관한 법률(1990), 5·18민주화운동 등에 관한 특별법(1995), 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법(1995), 광주민주유공자예우에관한법률(2001), 제주4·3사건 진상규명 및 희생자명예회복에 관한 특별법(2000), 거창사건 등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법(1996), 진실화해를 위한 과거사정리기본법(2005), 의문사진상규명에 관한 법률(2000), 민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(2000), 군의문사 진상규명 등에 관한 특별법(2005), 동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 법률(2004), 태평양전쟁전후 국외강제동원희생자등 지원에 관한 법률(2007), 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(2005), 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법(2005), 친일반민족행위자재산의 국가귀속에 관한 특별법(2005), 일제강점하 강제동원 피해진상규명 등

에 따라 다를 수 있다. 필자는 우리나라의 과거청산작업은 혼성모델에 가깝다고 본다. 특수한 청산법원이 국내에 설치되지는 않았지만 전노재판이나 일련의 재심 재판과 국가배상판결은 정의모델적 요소를 띠고 있으며, 진실화해위원회나 각종 진상조사위원회 등이 진실규명과 명예회복을 위한 조치를 취했다는 점에서 진실화해모델적 요소도 갖고 있다.³³⁾ 그러나 더 꼼꼼하게 들여다보면, 전반적으로는 실질적인 구제보다는 피해자를 무마하고 기념사업을 위주로 하므로 신원(伸冤)모델이라고 부르는 것이 좋겠다. 다른 나라의 과거청산 사례와 비교해보면 우리나라의 특징이 두드러진다. 흥미로운 대목은 한국의 현대사가 일제강점기, 분단체제, 한국전쟁, 군사독재, 민주화이행기를 거치면서 가장 다채로운 국가범죄 목록을 보유하고 있다는 점이다. 즉 국가범죄의 목록이 워낙에 길어서 우리는 각국의 다양한 해법을 수용해야 하지만, 역으로 한국은 국가범죄의 박물관의 지위를 점할 수 있다.

IV 과거청산의 원칙

과거청산의 방향은 구체제의 성격에 따라 정해진다. 나치청산, 군사주의청산, 군부독재청산, 민주화, 탈공산화, 인종주의청산, 제국주의청산과 같이 체제이행의 다양한 목표들이 등장한다. 구체제의 내용은 차이가 있을지라도 국제사회는 국가폭력을 청산하기 위한 이행기 정의의 기준을 통일적으로 제시하였다.³⁴⁾ 유엔인권위원회의 <차별방지 및 소수자보호 소위원회>의 결의(제1995/35호)인 「인권침해자의 불처벌에 대한 투쟁을 통해 인권을 보호하고 신장하기 위한 일련의 원칙」은 국가폭력의 청산에 관한 국제인권법의 발전현황을 요약하고 있다.³⁵⁾ 소위원회의 결의를 간추리면 ① 피해자뿐만 아니라 국민전체가 진실을 알 권리, ② 공정한 조사위원회의 구성과 그 활동의 보장, ③ 진상조사기록의 보존과 공개, ④ 책임자처벌에 대한 요구, ⑤ 국제법원 외국법원에 대한 관할권 보장, ⑥ 공소시효, 사면 등의 배제와 제한, ⑦ 국가의 배상의무 ⑧ 국가의 책임인정, 공식기록화, 기념사업 등 상징적 조치, ⑨ 관변폭력집단의 해체, 비상입법과 비상법원의 폐지 등 제도개선 등이다. 최근에도 유엔총회는 국가폭력의 피해자의 권리구제에 관한 상세한 기준을 채택하였다.³⁶⁾ 한국의 시민사회도 광주문제를 해결하기 위한 5대

에 관한 특별법(2004), 삼청교육대피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률(2004), 특수임무수행자 보상에 관한 법률(2004) 등이다.

33) 과거사기구 전반에 대한 평가로는 허상수, "과거청산의 위기와 과거사정리 관련 위원회의 미래지향적 가치", 민주법학 39호, 2009.3.1, 125-160쪽.

34) Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, U.N. Doc. A/RES/40/34(1985).

35) 이 원칙의 번역은, 민주주의법학연구회(편), 『민주법학』 제11호, 1996, 162-180쪽; Theo van Boven(외), "Seminar On The Right To Restitution, Compensation And Rehabilitation For Victims Of Gross Violations Of Human Rights And Fundamental Freedoms: Summary And Conclusions," Neil J. Kritz (편), *Transitional Justice* Vol. I, 502쪽 이하.

원칙, 즉 진상조사, 명예회복, 책임자처벌, 피해배상, 정신계승을 이미 제시하였다. 이러한 기준을 감안하여 과거청산의 규범적 원칙을 다음 다섯으로 정리할 수 있겠다.

1. 진실규명

희생자와 그 가족들은 진실을 알 권리가 있다. 국민 또한 진실을 알 권리와 진실을 제대로 기억할 의무가 있다. 그러나 진실을 발견하는데 여러 어려움이 존재한다. 국가범죄·국가폭력과 연관된 사건들은 그 진실이 가해자인가 피해자인가에 따라 다르게 이해된다. 대체로 그러한 폭력이 지배 이데올로기와 긴밀하게 결부되어 있기 때문이다. 적과 동지의 구분법에 따라 극단적으로 대립하는 사회에서는 설혹 진실이 완벽하게 규명되었다고 하더라도 진실을 인정하려고 들지 않는다. 진실규명은 총체적 진실을 추구해야 하는데, 총체적인 진실은 발견되는 것이 아니라 증언의 조각 맞추기, 배후에 작동하는 정치적인 동기에 대한 통찰, 반성적인 인권감각에 의하여 구성되는 것이다. 역사적 진실을 규명하는 데에 대척적 시각을 지닌 인물들의 공방전으로 귀결되지 않도록 경계해야 한다. 합리적 비판과 의문을 넘어서 학살을 두둔하는 사람까지 포함해서는 안 될 것이다. 진실규명의 취지를 공감하면서도 다양한 배경을 지닌 인물들을 가동해야 한다. 위원회의 활동공간이 도덕의 지평을 공유하고 도덕적 회복의 자리가 될 것이다. 위원회는 피해자, 그 가족과 공동체와 긴밀한 소통망을 가져야 한다. 피해자와의 깊은 공감이 없이는 진실 자체가 완전하게 복원되기 어려울 것이다.³⁷⁾

엄청난 공력을 쏟았으면서도 진실규명하지 못한 사건은 부지기수다. 진실은 피해자뿐만 아니라 가해자의 진정한 협력이 있지 않고서는 온전하게 밝혀지기 어렵다. 특히 가해자 측에서는 협력을 자발적으로 제공하려 하지 않는다. 가해자가 처벌의 위협과 세상의 비난을 무릅쓰고 진실을 고백하기는 쉽지 않다. 처벌의 위협이 사라졌다고 하더라도 자신의 행위를 깊이 성찰하고 후회하지 않는 한 고백은 불가능하다. 남아공에서는 가해의 진실을 위원회에 나와 증언한 사람에 대한 법적 책임을 면하게 하였다. 비밀스러운 권력의 음모에 접근하는 길이 가해자의 발언을 통해서 가능하기 때문에 이러한 교육책이 활용되는 것이다.³⁸⁾

진실규명의 작업에서 정부의 이중적 역할을 주목해야 한다. 정부는 가해자이자

36) 유엔총회가 채택한 <유엔 인권피해자 권리구제 원칙(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)> 참조. 이 원칙을 반 보벤과 바시오 유니 원칙(van Boven & Bassiouni Principles)이라고 부른다.

37) 피해자의 관점에서 구술에 역점을 둔 자료는 제주4.3연구소(피냄), 무덤에서 살아나온 4.3 '수형자'들, 역사비평사, 2002; 김혜원, 딸들의 아리랑, 해원미디어, 2007; 군사외문사진상규명위원회(편), 돌아오지 않는 내 아들, 삼인, 2008; 독일의 과거청산과정에서 피해자들의 심리적 고통을 다룬 책으로는 Helga & Hermann Fischer-Hübner(편), Die Kehrseite der "Wiedergutmachung", Gerlingen-Bleicher, 1990.

38) 의문사진상규명법에는 진실을 고백한 가해자에 대하여 형사책임을 면제해 주자는 논리가 부분적으로 반영되었다(동법 제33조). 한국전쟁전후 민간인 학살문제에 대한 「통합특별법안」은 가해자에 대한 처벌문제를 명시적으로 규정하지 않고 있으나, 신청, 증언, 자료제출 등과 관련하여 불이익처분을 금지하고 있다(동법안 제21조 및 제29조).

정의실현자라는 이중적 지위를 부담하고 있다. 우선적으로 국가는 국가범죄에 관한 기록을 권력과 법으로 은폐해서는 안 된다. 그러나 권력기관들은 빈번히 불리한 과거사 관련기록을 임의로 훼손하거나 파기한다. 인권침해에 핵심적으로 관여하였던 군대, 경찰, 여타 보안기구의 책임자들은 생존전략에 따라 조사활동에 대해 비협조로 일관한다.³⁹⁾ 과거청산작업 국면에서 국가기구의 책임자들이 국가범죄를 청산해야 할 책임자라는 사실을 망각하고 국가범죄의 노출수위를 조절하는 관리자역을 수행하였다. 각종 인권침해사건과과 관련하여 보관하고 있는 각종 문서와 기록에 대한 열람기회를 보장하고, 문서기록의 보존과 공개에 대한 의무를 명료하게 규정한 법령이 마련되어야 한다.

법적 책임, 즉 형사책임을 추궁하는 데에는 법원이 불가피하지만, 포괄적인 역사적 진실을 규명하는 데에는 진실위원회가 적합하다. 법원은 책임을 추궁하는 자와 책임을 면하려는 자의 전략적 게임공간이기 때문에 역사적 부정을 파헤치고 바로잡는 장이 아니다. 진실위원회는 과거청산을 통해 민권신장의 초석을 놓으려는 의지를 지니면서도 다양한 배경과 지식을 갖춘 인물로 구성되어야 한다. 그러나 정치적 구색 맞추기에 연연하거나 진실규명의지를 결여하거나 역사적 진실을 부정하는 인물을 위원회에 포함시키는 경우에는 위원회는 공전될 것이다. 과거 국가범죄에 책임을 지고 있는 기관이 조직방어의 차원에서 위원회 구성에 깊이 관여한다면 그 위원회는 대중적 지지를 획득하기는커녕 환멸과 불신을 심어주고 스스로 인권신장에 걸림돌로 귀결될 것이다. 우리는 이러한 현상을 지속적으로 목격해 왔다.

우리나라에서 과거사관련법이 제정되는 경우에 대체로 조사위원회가 설치되었다. 물론 조사위원회의 권한이 미약하고, 목적도 매우 낮은 수준의 정의를 지향하여 책임추궁을 위한 법적 기초를 마련하는 데에 부족한 점이 적지 않았다. 가해자의 조사협조의무나 그에 관한 강제조치를 포함하는 경우가 매우 희귀하여 사실상의 위원회 직원들에 의한 임의적 조사와 자료수집활동에 의존하였다. 그럼에도 상당한 성과를 거두었다. 또한 국가정보원, 국방부, 경찰의 중대한 과거사건들을 조사하기 위하여 민간인전문가와 해당권력기관의 내부인사들로 구성된 한시기구로서 합동조사위원회(Hybrid Commission)를 설치하였다는 점은 유례가 없는 시도였다. 위원회의 구성원들간의 시각과 목표가 달라 빚어질 혼선과 갈등에도 불구하고 조사활동의 전과정에 해당 권력기관의 협력을 유도해내면서 자정 효과를 낳았다고 생각한다. 위원회들은 2년간의 조사 활동을 마감하고 해당 권력기관들이 어두운 시대에 자행했던 불법행위에 대하여 방대한 보고서를 발행하였다.⁴⁰⁾ 우리

39) 이행기 사회에서 경찰, 사법부에 포진한 기능엘리트들의 조직적 방해와 은폐활동에 대한 언급은 Connolly, 앞의 글, 404쪽; 무엇보다도 레지스탕스 활동가들을 기소하고 처형에 가담했던 골수 나치법률가 로더(Manfred Roeder)가 제2차세계대전 후 미국방첩대(CIC)의 정보제공자가 됨으로써 살아남아 오히려 진실발견을 방해하고 조작하고 피해자의 유족들을 폄박하는 생생한 실화가 있다. 헤르만 핑케/김조년(역), 카토 본트어스 판 베이크, 바이북스, 2007, 305쪽 이하.

40) 국정원과거사진실규명을통한발전위원회, 과거와 대화 미래의 성찰, 2007; 국방부과거사진상규명위원회, 진상규명위원회종합보고서, 2007.

는 제주4.3위원회, 의문사위원회, 군의문사위원회, 진실화해위원회, 친일진상규명위원회, 강제동원진상조사위원회 등을 빼놓을 수 없을 것이다. 특히 진실화해위원회는 과거청산활동의 용광로라고 할 수 있었는데 정권교체국면에서 온전한 미래적 비전을 현실화하는데 벽에 부딪히고 해단하였다.

2. 책임자처벌

인적 청산은 우선 국가범죄의 개인적인 형사처벌을 의미한다. 국가범죄에 대한 개인적인 형사처벌이 이루어지는가 그렇지 않는가에 따라 과거청산의 전체적인 성격이 결정된다고 할 수 있다. 한국사회에서는 5·18 광주학살 사건을 주도한 헌정파피자들을 처벌했던 사례가 거의 유일하다. 김옥분 사건이나 고문경관 이근안 사건도 거론할 수 있지만 일상적인 사법구조와 절차조건 안에서 진행된 것이 가깝다. 결국 처벌근거와 시효에 관한 근본적인 논란을 함축하는 인권침해사건들이 시금석이라고 할 수 있다. 전반적으로 한국의 법정은 공소시효를 금과옥조로 삼았기 때문에 국가범죄자들을 보호해줄 수 있었다. 제2차 세계대전 이후에 잠수해버린 나치전범들의 공소시효 만기가 다가오자 국제사회는 [전쟁범죄와 인도에 반한 범죄의 공소시효 부적용조약(1968)]을 채택하였다.⁴¹⁾ 이제 공소시효를 배제한 것이다. 프랑스와 이탈리아 법원은 조약과 상관없이 공소시효 부적용원칙을 국제관습법으로 받아들이고 있다.⁴²⁾ [유엔 인권피해자 권리 구제원칙]도 국제법상 범죄(crimes under international law)를 구성하는 국제인권법과 국제인도법의 중대한 침해행위에 대해서는 공소시효를 적용하지 말도록 규정하고 있다(para. 6). 우리나라에서는 「헌정질서파괴범죄의 공소시효등에 관한 특례법」이 헌정질서파괴범죄와 집단살해죄의 시효를 장래적으로 배제하겠다고 규정하였다. 우리 정부는 [국제형사재판소에 관한 로마규정]에 가입하고 이행입법을 제정함으로써 장래 자행될 관할범죄에 대해서 시효를 배제하고 있다.⁴³⁾

형사처벌과 관련하여 국가범죄자에 대한 사면, 면제, 유예 등은 제한되어야 한다. 국가범죄는 비호세력이 집권하는 동안 실제로 처벌되는 경우가 거의 없다. 오히려 애국자라 감싸며 매우 형식적으로 처벌한다. 국가범죄자들과 그 비호세력이 집권하는 동안에는 비록 중죄라고 하더라도 대충 유죄판결하고 곧장 사면해버리기 일쑤다. 이러한 형식적인 처벌과 석방을 자기사면(self-amnesty)⁴⁴⁾이라고 하는

41) 이에 관해서는 조시현, 「국제법으로 본 공소시효문제」, 민주주의법학연구회(편), 『민주법학』 제21호, 관악사, 2002, 197-232쪽; 국제인도법의 발달과정에 대해서는 M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*, Kluwer: Hague, 1999 참조.

42) 제4장 처벌적 정의 참조

43) 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률(2007)

제6조(시효의 적용배제) 집단살해죄등에 대하여는 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지의 규정에 따른 공소시효와 「형법」 제77조부터 제80조까지의 규정에 따른 형의 시효에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

44) 법철학자 라트브루흐에 따르면, 사면권자가 불구대천의 원수를 사면해주거나 국가권력을 대신하여 국가초월적인 순정한 인물(수도원장)이 죄인을 사면할 할 때, 즉 적대성과 이질성이 작동할 때 용서--법의 세계에서 하나의 이적--의 진정한 의미가 구현된다. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg: Verlag Scherer, 1947, 42쪽. 그러나 현실의 사면은 권력자가 자기 패거리를 위해 뻔뻔하게 행사한다. 워터

데 이러한 유형의 사면은 나중에 효력을 부정당하기도 한다.⁴⁵⁾ 공소시효제도나 일사부재리는 국가형벌권으로부터 시민의 권리를 보호하기 위한 것이지만 국가범죄자의 안전을 위한 장치가 아니다. 그리고 체제이행 후에 과거청산 국면에서 처벌받은 국가범죄자들에 대하여 정부가 사면권을 행사하는 데에도 제약이 있다. 국가범죄 피해자들에 대한 실질적인 구제조치가 이루어지고 이를 통해서 용서와 화해의 분위기가 무르익었을 때 사면권은 행사될 수 있다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 부대조건이 갖추어지지 않는 상황에서 현재의 집권자가 자신의 권력기반을 강화하기 위하여 이른바 국민화합이라는 미명 하에 사면권을 행사한다면 국민적 멸시를 자초하게 된다.

인적 청산은 학살과 같은 중대한 인권침해행위를 직접 저지른 자의 처벌에 국한되는 것이 아니다. 연합국은 독일의 전후 청산과정에서 수괴급전범인 정부핵심인물을 처벌하고, 법무부 법원 검찰 및 각급행정조직, 나치당조직, 돌격대의 상층부 요원들을 처벌하였을 뿐만 아니라 직접 유대인 학살과 강제수송, 수용소감시에 관여한 자들도 처단하였다.⁴⁷⁾ 한편 직접 손에 피를 묻히지 않고 언설로써 점잖게 반유대주의, 인종주의, 군국주의를 조성하거나 그에 편승한 것 역시 범죄행위로 간주하였다. 점령당국은 이러한 적극 가담자들을 처단함으로써 공직, 언론 문화 대학에서 광범위한 나치청산을 추구할 예정이었다. 그러나 독일에서의 과거청산은 유럽에서 냉전질서의 시작과 동시에 유아무야로 끝나고 말았다. 한편 프랑스에서는 지식인의 부역과 훼손에 대해서만큼은 책임을 극단적으로 추궁했다는 사실은 매우 유명하다.⁴⁸⁾

이 기준으로 우리 현실을 판단한다면 어떻게 될까? 독재에 협력했던 세력들 그리고 국가범죄자, 헌정파피자에게 충성을 서약하며 영달한 자들이 부지기수다. 통렬한 자기비판을 통해 은인자중해야 할 자들이 시대의 건망증을 틈타 정치지도자인양 오늘도 행세한다. 그들은 기회만 있으면 음지식물같이 반통일 극우논리로 자신의 정치적 수명을 연장한다. 그렇게 멀리 올라갈 것도 없이 육법당원(陸法黨員)들,⁴⁹⁾ 한법파피조적인 국보위(國保委)와 입법회의 위원들, 온갖 정치적 사건에서 고문조작을 일삼던 자들, 곡필과 곡학아세로 영달한 자들은 천지에 널리

게이트로 물러난 닉슨에 대한 포드의 사면도 자기사면에 해당한다.

- 45) 칠레의 군부독재자 피노체트는 종신상원으로서 면책특권을 누리는 법을 제정하기도 하였다. 이국운, 「아르헨티나 인권재판의 전개과정」, 법과사회이론연구회(편), 『법과사회』 제12호, 창작과 비평사, 1995, 282-302쪽; 우리나라에서도 삼청계획에 의하여 시민을 연행하여 폭행치사케 한 군인에 대하여 군사법원의 유죄판결 후에 관할관이 곧바로 형면제결정을 내렸다. 삼청교육인권운동연합(편), 『삼청교육대백서(상)』, 도서출판 하나로, 2001, 251쪽 이하.
- 46) 아르헨티나, 우루과이, 칠레, 브라질, 페루, 과테말라, 엘살바도르, 온두라스, 니카라과, 아이티, 아이보리 코스트, 앙골라, 토고, 독일 등 대부분의 국가에서 현실적으로 사면조치를 취했다. 니카라과의 「일반사면과 국민화해법」은 Kritz(편), *Transitional Justice* Vol. III, 591쪽.
- 47) 간략한 개요는 Karl Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992, 126쪽 이하.
- 48) 프랑스에 관해서는 주섭일, 『프랑스의 대숙청』, 중심, 1999.
- 49) 육법당은 육군사관학교와 서울대학교 법과대학 출신의 정치적 결합을 의미한다. 박정희 군사쿠데타로 수립된 제3공화국에서 시작되어 전두환 정권에서 극에 달했다. 법대출신은 적나라한 국가폭력에 요사스러운 법논리를 척척 마련하였다.

있다.⁵⁰⁾ 체코나 헝가리는 과거 공산당이나 비밀정보기구에서 행세하였던 인사들의 공직보유를 제한한 숙정법을 제정하였다.⁵¹⁾ 그러나 숙정법⁵²⁾은 히틀러가 진보파들을 배제하는데 그리고 한국에서 군사독재자들이 야당정치인들을 찍어내는데 사용하였기 때문에 민주적 처방이라기보다 독재자의 지문이 엿볼 수 있다. 숙정은 효과는 높지만 여러 가지 문제가 있다. 숙정은 집단적인 방식이 아니라 개별적으로 증거를 통해서 시행해야 하며, 무죄추정의 원칙도 지켜져야 하고, 법적인 불복수단도 제공하여야 하며, 차별방지에 관한 국제규범도 위반해서는 안 된다.⁵³⁾ 또 다른 인권침해의 위험성을 내포하기 때문에 균형감각이 요구된다.

3. 피해 배상

피해에 대해서는 원상회복이 이루어져야 한다. 재산을 부당하게 박탈당한 경우에는 반환받아야 하고,⁵⁴⁾ 공직에서 부당하게 해고된 경우에는 최소한 상응하는 지위에 복직되어야 한다. 부당하게 처형되거나 고문후유증으로 사망한 때에는 원상회복이 불가능하다. 이때에는 물질적 배상을 제공해야 한다. 국가범죄의 피해자가 누구인지는 논란이 될 수 있다. 직접적인 피해를 입은 사람이 피해자라는 것은 분명하다. 그러나 그의 가족과 친지는 피해자의 범주에 속하지 않을까? 국가범죄는 한편으로 관련자들조차도 추가적인 희생자로 만들기 때문에 피해자의 범위를 광범위하게 확산시키고, 세대를 넘어 누적시키는 경향을 갖는다. 이는 종래 자유주의적이고 개인주의적 배상법리가 제대로 인식할 수 없는 부분이다. 그 가족이나 후손도 피해자의 범주에 포함시켜야 하는 경우가 많다.

피해자는 피해자의 주변에만 그치지 않는다. 학살의 현장을 우연히 목격한 이후에 정신질환을 앓는 사람도 있다. 진압작전에 투입되어 끝내 자살하거나 정신질환에 시달리는 사람도 적지 않다. 이들도 피해자의 범주에 포함시켜야 할 것이다.⁵⁵⁾ 전통적인 책임법리로는 답변할 수 없지만, 국가범죄라는 시대적 비참에 연

50) 헝팅턴은 권위주의정부 하에서 저질러진 범죄를 세 가지 유형으로 나누었다. 첫째로 국가에 대한 범죄(쿠데타), 둘째로 인권범죄, 셋째로 부역이다. 과거청산 국면에서는 둘째 유형의 범죄가 주로 처벌되고, 셋째 유형은 도덕적으로 비난되지만 좀처럼 범죄로 분류되지도 않는다. Mary Albon, 앞의 글, 46쪽 참조.

51) 자유화이후 동유럽의 숙정법에 대한 것은 Herman Schwartz, "Lustration in Eastern Europe," Neil J. Kritz(편), *Transitional Justice* Vol. I, 461-483쪽; 헝가리의 공직제한법(screening law)에 대해서는 Kritz(편), *Transitional Justice* Vol. II, 662쪽 이하; 기타 각국의 숙정법에 대해서는 Kritz(편), *Transitional Justice* Vol. III, 291-455쪽.

52) [직업공무원제도복구법률(Gesetz zur Wiederherstellung des berufsbeamtentums 1933년 4월 7일 제정)]에 의거하여 나치 정부는 유대인, 공산주의자, 사회주의자, 민주주의자들을 대학과 공직에서 대량으로 추방하였다. 이 법에 대한 설명은 H. Göppinger, *Juristen Jüdischer Abstammung im Dritten Reich*, München, 1990, 69쪽 이하.

53) Human Rights Watch, "Policy Statement On Eligibility For Public Office Of Those Associated With Abusive Regimes," Neil J. Kritz(편), *Transitional Justice* Vol. I, 488쪽 참조.

54) 동명목재사건에 대해서는 권대우, 「국가기관에 의하여 강요된 재산헌납행위의 효력」, 법과사회이론연구회(편), 『법과사회』 제22호, 동성출판사, 2002, 9쪽 이하. 권대우는 강요에 의한 행위를 취소사유로 해석한 고등법원(서울고등법원 2000. 5. 18. 선고, 98나6601판결)에 맞서 무효법리를 적용해야 한다고 합당하게 밝혔다. 더 진진시키자면, 법률행위의 사법적 유효성 여부라는 미시적 시각보다 국가범죄 차원에서 법률행위의 부존재라고 보는 것이 합당하지 않을까 생각한다. 국가기관인 사법부가 국가기관의 범죄결과를 유효화하는 것은 자기 사건에서 부당하게 우리한 판결을 하는 행위이다.

루되어 입게 된 상처를 사회가 치유해야 한다는 대원칙이 중요하다. 그래서 과거 청산은 사회적 연대의 원리가 작동하는 영역이기도 하다. 배상적 정의는 치유적인 정의 또는 회복적 정의⁵⁶⁾라는 더 넓은 차원을 포함하지 않을 수 없다.

국가범죄에 대한 형사책임은 가해자인 개인들에게 존재하지만 배상책임은 전체로서 국민에게도 존재한다. 가해자에게 직접 배상청구를 하는 경우도 있지만 실제로 가해자 대신에 국가를 상대로 배상책임을 추궁하는 경우가 대부분이다. 피해자에 대한 국가의 배상은 국가예산에 의해 밀받침되어야 한다. 물론 빈국중에서 외국으로부터 재정적 원조를 받는 경우도 있다. 엘살바도르의 진실위원회가 미국정부로부터 10억 달러를, 우간다진실위원회는 주요재원을 포드재단과 덴마크의 다니타로부터 지원받았다. 또 권위주의 체제의 지도자들이 착복한 재산을 배상금으로 활용할 수도 있을 것이다. 필리핀의 마르코스의 경우처럼 외국의 비밀계좌를 찾아오는 것도 한 방법이다. 한편 폴란드에서는 과거 공산당원인 사람들에게 그 위계서열에 따라 특별세를 부과하자는 제안도 있었다. 그러나 이러한 변칙적인 방식에 대해서는 생각해 볼 문제가 있다. 범죄자의 재산에 의존하여 국민의 책임까지 곧바로 씻어 버리려는 시도는 장물(贓物)로 정의를 실현하는 것과 같고, 본격적인 국가재원 대신에 개인들의 자발적 기부에 의존하는 것은 국가책임을 진지하게 인정하지 않는 것과 같기 때문이다. 일본군위안부 운제에 대한 일본의 소위 '국민기금'을 생각해 보라. 후원금에 입각한 배상지원은 즉자적이고 사적이며, 여전히 후원자의 도덕적 우월성을 전제함으로써 피해자에게 새로운 모욕을 안긴다. 국가범죄의 최종적인 귀착점으로서 국가가 책임의 윤리적 주체인 전 국민을 대신하여 배상책임을 이행하는 것만이 합당하다.

피해자에 대한 배상은 현금배상뿐만 아니라 비금전적인 배상도 있다. 주택, 토지, 교육기회, 의료보장을 제공하는 것뿐만 아니라 취업기회를 제공하는 적극적 조치도 필요하다.⁵⁷⁾ 명예회복과 같이 적당히 말로 매우거나 누구에게나 공평하게 돌아가야 할 취직기회를 보상의 방편으로 제공하는 것은 그 자체로 또다른 부정의와 역차별을 유발한다. 구체적인 사실관계는 다르겠지만 금전적 배상이 적합한 경우에는 금전적 배상을, 취직기회를 제공하는 등 적극적 조치가 더 적절한 경우에는 취직기회를 제공해야 한다. 금전적 배상을 하는 것이 마땅한데도 타인에게 돌아가야 할 기회를 빼앗아 배상 대체방식으로 활용하는 것은 국가가 손 안대고

55) 1980년 5월 광주 진압군으로 투입된 김동관씨(51)는 이로 인하여 정신질환을 겪다가 최근에 국가유공자로 인정받게 되었다(대법원 1부 2009년 12월 12일).

56) 회복적 정의는 피해자와 가해자의 매개적 교섭(victim-offender mediation), 가해자의 직접적인 회복적 조치(물건반환, 원상회복), 적극적인 후회와 사죄, 지역공동체에 대한 대속적 봉사, 공동체와의 화해 및 재귀속의 논리를 포괄한다. 일반적으로 형사처벌은 중앙의 국가권력이 정의의 실현자로서 위용을 과시하는 것으로 끝나지만 회복적 정의의 이상은 가해자, 피해자, 공동체간의 조화적 관계회복에 초점을 맞춘다. 가해자의 적극적인 회복적 활동에 중점을 두는 것이다. 회복적 정의에 대한 정의는 Howard Zehr & Harry Mikka, *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, *Contemporary Justice Review* Vol. 1(1998), 47쪽 이하; 회복적 정의의 관점에서 다코다 인디언 학살에 대한 접근은 Howard J. Vogel, *Healing the Trauma of America's Past: Restorative Justice, Honest Patriotism, and The Legacy of Ethnic Cleansing*, *Buffalo Law Review* Vol. 55(2007), 981쪽 이하.

57) Theo van Boven(외), 앞의 책, 502쪽 이하.

코푸는 격이고 국가책임을 회피하는 것이다. 아마도 우리사회에서 군대가산점제도가 대표적으로 나쁜 사례이다. 군필자에 대한 적절한 보상을 해주면 해결될 일을 비군필자의 기회를 현저히 침해함으로써 진행하기 때문이다..

피해배상에서 중요한 문제 중의 하나가 치료적 배상이다. 예컨대 억울한 수형생활이나 수용생활로 인하여 육체적·정신적 고통을 당하여 정신병을 앓는 사례가 보고된다.⁵⁸⁾ 우리나라에서도 고문과 정신질환, 5·18의 충격과 정신질환에 대한 상당한 조사결과들이 보고되고 있다. 그런데 이러한 문제영역에서 법적인 귀책이론과 인과관계이론을 그대로 적용한다면 곤란한 점이 한두 가지가 아닐 것이다.⁵⁹⁾ 육체적·정신적 질환을 겪는 희생자들이 질환과 부당한 체포, 고문, 도피생활, 수형생활 간의 인과관계를 입증하기는 쉽지 않을 것이다. 매우 오래 전에 일어난 사건의 후유장애인 경우에는 과학적 엄밀성을 가지고 인과관계를 입증하는 것도 불가능하고, 부정하는 것도 불가능하다. 너무도 많은 변수들이 존재하기 때문이다. 오히려 국가가 엄격하게 반증의무를 지도록 해야 한다. 부당한 감옥살이, 고문 등과 정신질환간의 인과관계 여부를 단호하게 판정할 만큼 정신의학 수준이 발전되었는지도 의심스럽다. 정신질환에 관계된 것은 과학적 인과성이 아니라 사회적 연관성을 중시하는 규범적 차원에서 접근해야 한다. 혹독한 시대를 살아온 모든 사람, 직접피해자, 그의 가족 친지뿐만 아니라 무연한 목격자, 심지어 <박하사탕>의 진압군까지도 정신질환을 겪어야만 하는 상처받기 쉬운 인간 영혼을 상상해야 한다.

치료를 필요로 하는 희생자들에 대해서는 일시에 일정금액을 제공함으로써 배상 의무를 털어버리는 방식이 아니라 장기적이고 안정적인 치료를 받도록 해야 한다. 치료적 배상논리에 더하여 의료보장 의료보호라는 사회적 책임논리까지 고려해야 한다. 그 경우 중요한 것은 충분한 치료이지 인과관계의 문제가 아니다. 고문 기타 국가폭력의 희생자들을 전문적으로 연구하고 치료할 수 있는 인권병원⁶⁰⁾과 같은 시설도 설치해야 한다.

2011년 대법원이 1950년에 발생한 울산국민보도연맹원 학살사건과 문경민간인학살사건의 손해배상청구소송에서 소멸시효를 배제한 획기적인 판결을 하였다는 점은 빠뜨릴 수 없으며, 세계의 과거청산 운동에서도 기념비적인 판결이다. 그러나 이후에 보여주는 사법부의 행태, 심지어 시효를 6월이라고 말하는 법원의 판결은 판결이 아니라 난장판이라고 해야 하겠다. 그것은 불법적인 판결(Unrechtsurteil)이다. 이러한 비난에서 국회도 빼놓을 수 없다. 포괄적이고 적절

58) 유대인 수용소와 정신병에 대해서는 변주나/박원순(편저), 『치유되지 않는 5월 - 20년 후 광주민중항쟁 부상자 실상 및 대책』, 다해, 2000, 256쪽 이하; 빅터 프랭클/김충선(역), 『죽음의 수용소에서』, 청아출판사, 1995

59) 북과공작원의 후유증에 대한 국가책임을 인정한 판결은 매우 주목할 만하다. “원고가 훈련과정에서 받은 과도한 소음노출이나 성대혹사, 잠수훈련, 유독가스노출 등이 유해요인으로 작용하여 원고가 기왕에 갖던 지병이나 신체적 취약성이 자연적 경과 이상으로 급속히 악화된 결과라고 보지 않을 수 없으므로, 원고의 이 사건 상병은 군복무와 사이에 상당인과관계가 인정된다.” 서울행정법원 제12부 판결(2002년 2월 17일). 인용은 대한변협신문 2002년 4월 8일 6쪽.

60) 더글라스 센슨, 「뉴욕인권병원」, 변주나/박원순(편저), 앞의 책, 329-345쪽.

한 배상법을 국회가 제정하지 않음으로써 생겨난 사법부의 이상행동이라고 이해되기 때문이다. 본질적으로는 부인주의자들의 정당이 정부를 구성하였기 때문에 초래된 현상이라고 하겠다.

4. 제도 개혁

가해자처벌은 과거청산의 상징에 가깝다. 정직하게 말하면, 가해자처벌이 용이한 것도 아니다. 가해자를 처벌하는 것이 현실적으로 가능하다면 처벌할 필요가 없고, 반면에 처벌하는 것이 불가능하다면 반드시 처벌해야 한다는 명제가 성립한다. 이러한 역설은 정의와 힘의 현실적 관계에서 비롯된다. 과거청산은 궁극적으로 한 사회에서 헤게모니의 문제이기 때문이다. 실제로 다시 그러한 학살이나 인권침해가 재발하지 않을 정도로 사회의 제도, 관행, 시민의 의식 등이 인권옹호적으로 탄탄하다면 굳이 가해자를 처벌할 필요가 없다. 반면 사회의 제도, 관행, 의식이 모두 인권침해적이라고 한다면 가해자를 처벌하기 위한 노력을 가열차게 전개하여야 한다. 이러한 문제점 이외에도 사실상의 난점이 존재한다. 국가범죄가 만약 사오십년 전, 백여 년 전의 일이라면 그 가해자를 찾아내기도 쉽지 않을 것이다. 가해자가 누구인지 알 수 없게 되거나 알았지만 사망한 경우도 적지 않다. 또는 공소시효라는 장애 때문에 더 이상 처벌적 정의를 추구할 수 없는 경우도 허다하다. 이러한 상황에서 추구할 수 있는 최고의 목표는 국가범죄가 재발하지 않도록 제도적 방벽을 갖추는 것이다. 이른바 재발방지의 보장이다.

우선 국가범죄의 숙주가 되는 법률들을 폐지하는 것이다. 이른바 악법청산이다. 수없이 명멸했던 악법들뿐만 아니라 악법놀이에 동참하였던 국가폭력기구들, 관행들, 통로를 주목해야 한다. 환도후 적용한 이승만의 부역자처벌법, 박정희의 특수범죄처벌법, 사회안전법, 전두환의 사회보호법, 반공법과 국가보안법 등이 대표적인 악법이다. 그러나 국가보안법은 여전히 정치형법으로서 맹위를 떨치고 있다. 또한 권력기구들은 과거의 조작관행을 현재에도 반복하고 있다.

다음으로 사악한 정치재판을 폐지해야 한다. 제주4·3군사재판이나 진보당사건, 민청학련사건, 인혁당사건, 80년대 허다한 시국사건 등에서 나타난 권력판결들이 문제되었다. 다행스럽게도 최근의 과거청산 국면에서 개별적인 재심을 통해 조작사건의 피해자들이 무죄판결을 받게 되었다. 그러나 군사쿠데타로 설치된 혁명재판소의 판결이나 계엄군사법원에서의 민간인에 대한 판결, 제주4.3군사재판 등은 구조적으로 접근하는 것이 필요하다. 특수한 악법에 입각한 유죄판결은 법원의 개별적 재심으로 접근하는 것보다 특별법을 제정하여 재판을 일괄 정리하는 것이 합당하다.

한편 군대조직과 군대문화를 정상화하기 위해서 군사법원을 폐지해야 한다. 군사법원은 한국전쟁을 전후하여 형성된 병영국가의 모습을 그대로 반영하고 있다. 군인 역시 입헌주의 정신에 따라 일반법정에서 재판받아야 하고 특수한 사정이 있는 경우에는 순회재판을 통해 보완하는 헌법적 재판권을 향유해야 한다. 우리

나라는 현재 교전상태에 있지도 않다는 점, 전국에 법원이 촘촘하게 설치되어 있다는 점을 고려할 때 군조직의 일부로서 군사법원을 유지하는 것이 바람직하지 않다. 오히려 인권침해의 집중학교인 군대를 21세기 인권기준에 맞게 근본적으로 변혁해야 한다. 시설의 현대화, 장비의 고급화, 군인의 정예화, 급료의 현실화와 더불어 군인의 인권보장과 강화가 필요하다. 인권기준을 격상시키고, 군대에 대한 의회의 민주적 통제를 한층 강화하고, 국방부로부터 조직적으로 독립된 <국방감독관>이 군대의 인권침해를 상시적으로 감시할 수 있어야 한다.⁶¹⁾ 이러한 요구는 경찰 비밀정보기구에 대해서도 동일하게 해당한다.

5. 교육적 문화적 강화

제도, 관행, 의식은 상승작용을 한다. 제도와 관행 못지않게 제도를 운영하고 제도 속에 공적 삶을 꾸려가는 시민의 의식이 중요하다. 결국 시민의 의식이 중대한 인권침해를 용납하지 않도록 형성되어 있다면 과거청산 작업의 최종적인 목적인 재발방지체제의 구축에 이르는 것이다. 따라서 문화적 정신적 교육과 구축이 중요하다. 국가범죄사실들을 빠짐없이 인권교재나 역사교과서에 기록하고 그에 대한 엄정한 평가를 수록함으로써 어린 학생에서부터 성인까지 인권옹호적인 의식을 불어넣어야 한다. 인권옹호적 의식을 고취하는 것에 있어서 국가의 의무가 존재한다.

인권침해의 역사를 구체적인 유형물로서 기억할 수 있게 기념일을 제정하고 기념관을 설치하는 것도 필요하다.⁶²⁾ 기념관은 인간이 정신적 존재임을 확인하는 공간이다. 인권침해의 위험성이 큰 권력기관 근무자 및 여타 공직자에게 폭넓은 인권교육이 제공되어야 한다. 「국가인권위원회법」 등은 인권교육, 성희롱 성차별에 대한 교육을 일정하게 의무화하고 있다. 건강한 세계인이 되기 위하여 시민은 누구나 인권침해사실뿐만 아니라 인간다운 삶에 필요한 모든 정보에 대하여 알권리를 가진다. 이제 알권리는 국민주권의 일상적 표현이라고 생각된다.

문화적 구축은 인권침해범죄의 재발을 방지하기 위한 정신을 고양하는 작업이다. 인권친화적인 세계관을 확산시키는 것이다. 시민 각자의 정신과 양심에 자리한 인류애와 연대감만이 억압과 독재에 대한 저항진지가 되기 때문이다. 따라서 억압적인 이데올로기를 해체하고, 새로운 인권친화적 기풍을 확산시키기 위해 국가공동체의 특별한 노력이 필요하다. 국가원수는 기회 있을 때마다 국가범죄에 대하여 국가책임을 인정하고 가해자와 국민전체를 대표하여 피해자에게 명시적으로 사죄해야 한다. 이를 교과서와 공식적인 국가역사에 기록해야 한다. 독일의 브란트나 바이스제커는 기회가 있을 때마다 세계인을 향하여 사죄하였다.

61) 이계수/오병두, 군에 대한 의회통제의 가능성과 한계 - 독일의 '국방감독관' 제도를 중심으로 -, 민주법학 제 33호, http://delsa.or.kr/zbxex/?document_srl=5340 <최종검색일 2009-10-30>

62) 용산의 전쟁기념관은 무기박물관이 아니라 전쟁의 참상과 뼈아픈 학살을 주지시키는 평화의 학습관으로 바뀌어야 한다. 많은 시민사회단체들은 서대문형무소와 마찬가지로 남산의 옛 안기부터를 인권기념관으로 보존하자고 주장하였다.

국가가 범죄의 주체이자 수단일 수 있다는 점을 의식화시켜야 한다. 국가는 최선의 상태에서조차 결코 정의의 화신이 아니다. 압제에 저항하고 다수의 폭력에 굴하지 않는 시민만이 공동체를 정의롭게 하며, 더구나 권력이나 집단이 아니라 양심을 가진 인간만이 정의로울 수 있고 관계를 정의롭게 만든다는 관점을 전파해야 한다. 정당한 불복종의 교리를 시민윤리의 일부가 되어야 한다. 군인·경찰도 불복종의 논리를 학습해야 한다. 불법적인 명령에 복종하는 것이 바로 범죄라는 사실을 학습시켜야 한다. 5·18사건에서처럼 상관의 명령이 부하의 책임을 가볍게 하지 못하며,⁶³⁾ 범죄에 동참하여 얻은 훈장은 돌이킬 수 없는 범죄의 증거가 된다는 사실도 가르쳐야 한다. 과테말라의 <역사적 진실위원회>는 군인에 대하여 국제인도법을 교육시키고, 엄격한 민주주의 원칙 하에서만 복종의무를 지게 해야 한다고 권고하고, 군인은 단지 군복무중인 시민(citizen in uniform)일뿐이라는 군사독트린을 채택하였다. 제복입은 시민은 제2차세계대전 이후 문명국 군대의 상징어였다. 양심에 따라 행동하는 시민 또는 군인이 치러야 할 댓가는 어느 곳에서든 가혹하였다. 안락한 불복종은 존재하지 않기 때문이다.

V. 시민의 책임

야스퍼스는 제2차세계대전후 독일의 잔혹행위에 대한 독일인의 책임 문제를 포괄적으로 검토하였다.⁶⁴⁾ 그는 책임을 법적인 책임(죄), 정치적 책임(죄), 도덕적 책임(죄), 형이상학적 책임(죄)으로 나누었다.⁶⁵⁾ 그는 법적인 책임과 정치적인 책임을 외적인 정치적 세계에 속한 문제로 본 반면, 도덕적 책임과 형이상학적 책임을 윤리적인 문제로 파악하였다. 형법적인 책임은 구체적으로 처벌법규를 위반한 자의 책임이고, 정치적 책임은 일반시민이 전쟁과 만행을 결정하는 국가의 구성원으로서 지는 집단적 책임이다. 시민이 개인으로서 악을 자행하는 정부에 저항하여 감옥에 갇혀 있다가 풀려났다고 하더라도 독일이 자력으로 나치정부를 타도하지 않는 이상 정치적 책임을 피할 수 없다. 도덕적 책임은 만행과 관련한 개인의 모든 작위, 부작위, 태도에 대한 도덕적 평가이다. 지배자들의 이데올로기에 동조하고 인권침해를 묵인하고 그들의 구제에 소극적이었던 시민들은 이러한 책임을 피할 수 없다. 형이상학적 책임은 동료인간으로서 세상의 부정의와 잔혹에 대한 죄책감을 의미한다. 일종의 살아남은 자의 죄의식(survivor guilt)이다. 야스퍼스에 의하면, 법적 책임은 법정에서 따질 일이고 도덕적 책임은 각자의 양심이 판단하고 양심이 추궁하고, 정치적 책임은 정치적 승리자가, 형이상학적 책임은 신이 판단한다고 하였다.

63) Jeanne L. Bakker, "The Defense Of Obedience To Superior Orders: The Mens Rea Requirement," Kritz(편), *Transitional Justice* Vol.1, 441쪽 이하.

64) Karl Jaspers, *Die Schuldfrage- Zur politischen Haftung Deutschlands*, Pieper, München, 1979.

65) Jaspers, 앞의 책, 21쪽.

야스퍼스는 정치적 책임을 제외하고, 법적 책임, 도덕적 책임, 형이상학적 책임을 개인적인 책임이라고 부른다. 야스퍼스는 별도로 집단책임을 검토하지만 결론적으로 독일인의 집단적 책임을 부정하였다.⁶⁶⁾ 이 점 때문에 야스퍼스는 집단책임을 부정하는 자유주의자로 분류되었다. 그러나 그도 시초의 태도와는 달리 도덕적, 정치적, 형이상학적 죄에서는 집단적 책임까지 전제하는 인상을 준다. 오늘날 도덕적인 집단책임으로서 민족적 책임을 강조하는 입장이 우세하다고 말할 수 있다.⁶⁷⁾ 물론 그것을 어떻게 추궁할 수 있는 지는 별도의 문제라고 생각한다. 집단적 책임으로서 민족적 책임은 맥락상 다른 민족, 다른 국가와의 관계에서 거론된다. 예컨대, 유대인 홀로코스트에 대한 독일인의 책임, 관동대지진에서 조선인 학살에 대한 일본인의 책임,⁶⁸⁾ 아프리카 미국인의 노예화에 대한 유럽계 미국인들의 책임을 논의하는 데에 적합하다. 순수한 국내적 차원의 인권침해행위와 관련해서는 이러한 민족적 책임의 의미는 작지만, 국민의 집단적 책임 차원으로서 정치적 책임은 빠뜨릴 수 없다. 그런 점에서 야스퍼스가 제시한 정치적 책임 개념이나 형이상학적 책임개념은 집단적 차원에서 책임을 추궁하는 방편으로서 재구성해볼 여지가 많다. 야스퍼스의 정치적 책임 개념은 실제로 오늘날 국가책임의 관점과 동일한 것으로 이해된다.⁶⁹⁾

야스퍼스에 따르면, 인권침해행위의 결정을 저지할 수 없는 상황에서도 그 국가에서 살았다는 이유로 정치적 책임이 발생한다. 정치공동체의 모든 개인들은 그곳에서 태어나 통치를 받는다는 사실로부터 운명적으로 정치적 책임을 떠안게 된다. 사람들은 자신들이 통치당하는 방식에 대해서도 공동의 책임을 지게 된다고 말한다. 이러한 견해를 일반화하면 나치 독일의 시민이나 독재국가의 시민들

66) 야스퍼스의 논지를 요약하자면 다음과 같다. [홀로코스트에 대하여 나치당과 같은 조직에게는 집단적 책임을 인정할 수 있다. 그러나 독일민족 전체에게 그러한 책임을 부과할 수 없다. 우선 독일민족의 범위가 불분명하다. 민족적 특성들은 사람에 따라 차이가 난다. 민족성은 범주적인 것이 아니라 양적인 것이다. 정체성에 있어서 어떤 사람을 독일인으로 만드는 결정적인 기준은 없다. 전체 민족이 개인으로 환원될 수 없으며, 민족은 비극적 수난을 겪을 수도 없고, 범죄자가 될 수도 없다. 또한 민족은 도덕적으로든 비도덕적으로든 행동할 수 없다. 민족 속의 개인들만이 행위자가 될 수 있다. 2천 년 전에 예루살렘에서 일부 유대인들이 로마인과 결탁하여 예수를 십자가에 매달았다는 이유로 유대민족에게 그리스도 살해자의 책임을 영원히 지우는 것은 불합리하다. 분명히 반유대주의는 상당부분 그리스도 살해자로서 유대인이라는 비난에 의존한다. 우리가 어떤 민족에 대한 무차별적 비난이 불합리하고 편협한 것으로 이해한다면, 우리는 모든 독일인에게 홀로코스트 범죄에 대한 책임을 지움으로써 똑같은 실수를 반복해서는 안 된다.] Jaspers, 앞의 책, 29쪽 이하. 이러한 주장은 전체적으로 독일인의 집단적 책임을 면제해주는 논리로 받아들여져 다양한 비판을 야기하였다.

67) 집단책임에 관한 일반이론은 Larry May, *The Morality of Groups*, University of Notre Dame Press, 1987; 집단책임으로서 민족적 책임에 대한 긍정적인 입장은 Saira Mohamed, *An neglected option: the contributions of state responsibility for genocide to transitional justice*, *University of Colorado law Review*, Vol. 80(2009), 826쪽 이하; David Miller, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford University Press, 2008, 111쪽 이하; George Fletcher, *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at war: The Problem of collective Guilt*, *Yale Law Journal* Vol. 111, 1499쪽 이하.

68) 관동대지진 당시 조선인에 대한 학살참극에 일본민중이 직접 가해자로서 가담했기 때문에 지는 행위책임과는 성격이 다르다는 점을 유의해야 한다. 야마다 쇼지/이진희(역), *관동대지진: 조선인 학살에 대한 일본국가와 민중의 책임*, 논형, 2009 참고.

69) 월처의 민주적 책임(democratic responsibility)에 따르면, 민주주의는 운명공동체의 일원으로서 시민에게 죄책(guilt)을 부가하는 것이 아니라 피해구제에 필요한 비용(costs)을 분배한다. Michael Walzer, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, 2000, 297쪽.

은 그들의 지도자들이 저지른 인권침해에 대하여 정치적으로 책임을 져야 한다. 이러한 책임공유가 독재체제를 타도하지 못한 무력함 때문인지 아니면 그 체제가 자기실존의 정치적 공간이기 때문인지 분명하지 않지만 모든 시민들은 독재자 지지집단과 더불어 정치적 생활 전반에 대하여 책임을 진다. 한편 인간은 고통 받는 인간에 대한 동료로서 지상의 부정의와 만행에 대하여 형이상학적 책임을 져야한다. 형이상학적 책임은 타자의 불행을 막기 위하여 할 수 있는 일을 하지 못하고 살아남아서 느끼는 죄책감에 가까운 것이다. 세상 어느 한 귀퉁이에서 불행을 온몸으로 감당해야 했던 희생자들에게 온전하게 연대를 형성하지 못했다는 데에 대한 책임이라고 할 수 있다.⁷⁰⁾

과거청산 국면에서 주로 문제삼는 것은 법적인 책임이다. 그러나 좁은 의미에서 법적인 책임조차 제대로 추궁되지 않는 것이 현실이다. 그 이유는 일반시민이 과거의 잔혹행위를 특정한 악인의 몫으로 돌리거나 잔혹행위에 대하여 무관심한 데에 있다. 책임의 관점에서 말하자면 일반시민에게는 공동체 안에서 저질러진 잔혹행위를 자행한 정치집단에게 정치적 권력을 지속적으로 보유하게 한 데에 대한 책임뿐만 아니라 잔혹행위를 방임하거나 두둔하거나 지지한 데에 대한 책임, 나아가 잔혹행위의 결과를 장기간 치유하지 못한 데에 대한 책임을 지게 된다.⁷¹⁾ 사실 국가범죄의 구조를 보면 이중적이다. 반인권적 잔혹행위를 저지른 자가 있고, 지지자가 있고, 침묵하는 방관자가 있고, 가해자들의 합리화논리를 자기 것으로 삼는 대중들이 있다. 과거청산은 일반시민들의 의식과 연관된다. 이들의 의식이 정의와 인권을 지향할 때 과거청산이 가능하다. 역으로 과거청산의 최종 목표도 의식 고양 이외의 것일 수도 없다. 정의와 인권을 지켜내려는 마음만이 악과 잔혹행위를 저지할 망루가 되기 때문이다. 일반시민은 과거지향적 죄책감에서 미래지향적인 책임감으로 이행해야 한다.

70) 브레히트의 시 <살아남은 자(Ich der Überlebende)>는 형이상학적 죄책감을 표현해준다. 이 시는 나치의 박해를 피해 살아남은 시인이 나치에 쫓기다 피레네 산맥에서 자결한 친구 발터 벤야민(Walter Benjamin)을 그리며 썼다. [물론 나는 알고 있다. 오직 운이 좋았던 덕택에/ 나는 그 많은 친구들보다 오래 살아남았다. 그러나 지난 밤 꿈속에서/ 이 친구들이 나에게 대하여 이야기하는 소리가 들려왔다./ “강한 자는 살아남는다”/ 그러자 나는 자신이 미워졌다.] 인용은 김광규(역), 『살아남은 자의 슬픔』, 한마당, 1998, 117쪽.

71) 조희연(편), 『국가폭력, 민주주의 투쟁, 그리고 희생』, 함께읽는책, 2002, 101쪽 이하.

2차 국가폭력, 민주화보상법을 논하다

조영선

2차 국가폭력, 민주화보상법을 논하다.

조영선

1. 들어서며
2. 민주화법 재판상 화해 규정
3. 민주화법 등에 따른 재판상 화해 주장과 관련 판결 비교
 - 가. 최근 대법원 판결
 - 나. 대법원 판결과 다른 하급심 판결례
 - 다. 소결
4. 민주화법의 입법 취지와 국가배상과의 법적 차이에 관한 고찰
 - 가. 보상과 배상의 차이
 - 나. 입법 취지에 따른 구별
 - 다. 위자료 청구 등에 관한 고찰
 - 라. 소결
5. 생활지원금 등의 성격과 역차별
 - 가. 인지·인식한 상태에서 생활지원금을 수령하였다고 볼 수 있는지.
 - 나. 생활지원금 등에 관한 주장
 - 다. 관련 판례
 - 라. 민주화보상법상 생활지원금 등 지급 규정에 따른 고찰
 - 마. 생활지원금 기금 마련
 - 바. 생활지원금 지급에 따른 역차별 문제
 - 사. 소결
6. 5.18 특별법 등과의 비교법적 고찰
 - 가. 광주 민주화보상법 등 관련 규정
 - 나. 5.18 특별법상 배상의제 규정과 비교
 - 다. 5.18 보상법 내용과의 비교
 - 라. 소결
7. 민주화법 제18조 제2항의 위헌성에 관한 고찰
 - 가. 헌법 제10조 행복추구권 위반 여부
 - 나. 헌법 제11조 제1항 평등의 원칙 위반
 - 다. 헌법 제27조 제1항 재판청구권 및 제29조 제1항 국가배상청구권 침해 여부
 - 라. 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반 여부
8. 한정위헌에 관한 고찰
 - 가. 구금기간 등에 비례한 보상금
 - 나. 한정위헌에 관한 고찰
9. 마치며

1. 들어서며

2011.6.30 울산 보도연맹 판결(대법원 2009다72599) 이래 긴급조치 제1호에 대한 위헌판결 등 대법원과 헌법재판소의 전향적 판결에 힘입어 과거사 문제 해결의 단초를 마련하였다. 이러한 봄날은 너무 짧았다. 지난 5.16판결(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체)에서 피해자들의 입증책임을 강화하고 시효를 6개월+특별한 사정에 의한 3년으로 판시함으로써 퇴행의 전초를 마련하더니, 이제는 민주화법 제18조 제2항 재판상 화해규정을 적용하여 동일방직 노동자들이 제기한 국가배상 청구소송을 기각(2014.3.13.선고 2012다45603판결. 민사 2부)함으로써 명백하게 과거사 해결이 퇴행적으로 가고 있다.

긴급조치, 그리고 재일동포 등 많은 재심사건에서 보여준 법원의 양심어린 사과의 위로, 그리고 무죄판결은 분명 피해자들에게는 그간 30-40년의 세월, 굴곡진 인생에도 불구하고 한 가닥 보람으로 삼을 수 있었다. 그럼에도 국가가, 사법부가 이러한 반성적 기조를 뒤엎고 입증책임, 시효, 재판상 화해, 지연이자 기산점 등을 통해 과거사 해결을 외면하는 것은 분명 제2차 국가폭력에 다름 아니다.

국가, 사법부의 과거사 해결에 대한 진정성 있는 방향 전환을 촉구하며, 본 발제문에서는 민주화법 제18조 제2항의 위헌성을 중심으로 논하고자 한다.

2. 민주화법 제18조 제2항 재판상 화해규정

민주화운동관련자 명예회복 및 보상등에 관한 법률 [시행 2012.7.1.] [법률 제11042호, 2011.9.15., 타법개정. 이하 민주화법이라 한다]

제18조 (다른 법률에 의한 보상등과의 관계 등) ① 생략.

② 이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 피해자들이 동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.

3. 민주화법 등에 따른 재판상 화해 주장과 관련 판결비교

가. 최근 대법원 판결

최근 대법원(2014.3.13.선고 2012다45603판결. 민사 2부. 주심 민일영 대법관)은 과거 70년대 대표적인 민주노동조합인 동일방직 노동자들이 국가를 상대로 제기한 국가배상 청구소송에서 민주화법 재판상 화해규정을 적용하여 기각한 바 있다.

위 인정사실 및 기록에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고의 위 노동조합 활동 방해 및 강제해고와 블랙리스트 작성·관리 등으로 인한 취업방해 행위는 모두 민주화운동보상법이 제정되어 위 원고들이 생활지원금을 지급받기 전에 이미 발생한 것들인 점, ② 피고 산하 기관이 노동조합원들에 대한 블랙리스트를 작성·관리 및 배포한 이유는 결국 해고된 조합원들을 관리하고 이들의 재취업을 곤란하게 하기 위한 것으로서, 이러한 행위는 위 원고들이 민주화운동관련자로 인정받은 사유인 '민주화운동을 이

유로 한 해직'의 연장선상에 있거나 그와 매우 밀접한 관계에 있다고 볼 수 있는 점, ③ 민주화운동으로 인한 해직기간과 그 이후에 있었던 취업방해 행위로 인한 해직기간은 중첩될 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 피해자들이 보상금 등을 지급받음으로써 양쪽의 피해를 모두 보상받는 것으로 보는 것이 합리적인 점 등에 비추어 보면, 피고의 위 노동조합활동 방해 및 강제해고, 블랙리스트 작성·관리 등 행위에 의하여 위 원고들이 입은 피해는 모두 위 원고들이 민주화운동보상법 제9조 소정의 생활지원금을 지급받는데 동의한, 동일방직 노동조합 관련 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 해당하여, 민주화운동보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해와 동일한 효력이 미친다고 보아야 한다.

나. 대법원 판결과 다른 하급심 판결례

그러나 대법원 판결과 달리 서울고등법원 2013.9.27.선고 2012나57509, 2012나57516(병합)손해배상사건⁷²⁾(서울고등법원 2012.12.26.선고 2012나43158손해배상(기)사건도 같은 취지)에서 다음과 같이 판시에서 다음과 같이 판시하면서 대한민국의 재판상 화해 주장을 배척하였다.

민주화보상법상의 보상금은 보상금, 의료지원금, 생활지원금의 3개 항목으로 나뉘어져 있고, ① 보상금은, 사망하거나 행방불명의 경우 사망이나 행방불명 당시의 월급여, 월실수액 또는 평균임금을, 상이를 입은 경우 필요한 요양기간 동안의 손실 월급여, 월실수액 또는 평균임금 등을 각 기초로 산정한 금액을(민주화보상법 제7조), ② 생활지원금은 구급일수에 최저생계비를 곱한 금액 등을(민주화보상법 제9조, 같은 법 시행령 제12조의 2), ③ 의료지원금은 치료, 보호 및 보장구 구입에 실질적으로 소요되는 비용을(민주화보상법 제8조) 각 지급하도록 되어 있는바, 위 ① 보상금과 ② 생활지원금은 불법행위로 인하여 입은 소극적 손해에, ③ 의료지원금은 불법행위로 인하여 입은 적극적 손해에 각 해당한다.

따라서 민주화보상법상의 보상금 등은 민주화운동관련자가 입은 손해 중 소극적 손해와 적극적 손해에 대응할 뿐 정신적 손해와는 무관한 것으로 보이고, 달리 민주화보상심의위원회가 민주화운동관련자의 정신적 피해를 고려하여 보상금액을 결정할 수 있는 법적 근거가 없다. 아울러 민주화보상심의위원회가 원고 최영자의 신청에 따라 위 각 보상금액을 결정하면서 망 김경숙과 원고 최영자의 정신적 피해도 고려하였다고 볼만한 사정도 없다.

또한, 실제 보상을 함에 있어서도 당사자들이 고려하지 않았던 정신적 손해 부분까지도 민주화보상법 제18조 제2항에 정한 재판상 화해의 효력이 미친다고 해석한다면, 권리를 적극적으로 행사한 사람이 그러하지 아니한 사람보다 보호받지 못하게 되어 공평의 이념 및 정의관념에 부합하지 아니하고, 민주화운동관련자들의 권리를 합리적 근거 없이 제한하는 것이어서 그들의 생활안정과 복지향상을 도모하려는 민주화보상법의 입

72) 이 사건 원심판결임.

법 취지에도 반할 뿐만 아니라 재산권 보장이라는 헌법의 정신에 반하는 해석이 될 여지가 있다.

그렇다면, 원고 최영자의 보상금 수령에 따른 재판상 화해의 효력은 망 김경숙의 일실수익 상속분의 지급 청구 부분에만 미치고, 망 김경숙의 위자료 상속분 청구 부분과 원고 최영자 고유의 위자료 청구 부분에는 미치지 않는다.

다. 소결

말하자면, 대법원은 최근 법 규정을 확대해석하여 재판상 화해에 따라 일체의 청구를 기각하였으나, 하급심 판결의 경우 이와 달리 민주화법에 의해 보상 등을 받은 경우라 하더라도 재판상 화해의 효력은 적극적 손해, 소극적 손해외의 위자료 청구에 미치지 않는다고 판단한 경우가 있다.

그렇다면 법률에 대한 최고 해석기관인 헌법재판소가 비로소 그 위헌 여부를 심사할 수밖에 없고, 아래와 같은 사정에 비추어 볼 때, 민주화법에 의한 보상 등과 국가배상법상 배상은 그 법적 성격이 다르다 할 것이어서, 재판상 화해의 효력이 미치거나 공제되어야 하는 것이 아닌바, 제정법률 조항은 위헌을 면치 못한다 할 것이다.

4. 민주화법의 입법 취지와 국가배상과의 법적 차이에 관한 고찰

가. 보상과 배상의 차이

우리 현행 헌법은 제23조⁷³⁾ 손실보상, 제28조 형사보상 규정⁷⁴⁾, 그리고 제29조⁷⁵⁾ 국가배상 규정 등에 의하여 손실보상, 형사보상, 국가배상을 엄연하게 구별하고 있고, 이에 관한 하위 법률로서 공익사업유위한토지등의취득및보상에관한법률, 형사보상법, 국가배상법 등을 통해 엄격하게 배상과 보상을 구별 적용하고 있음은 다언을 요하지 않다.

익히 아는 바와 같이, 보상이란 국가의 '적법행위'로 인한 손실보상을, 배상이란 국가의 '위

73) 현행헌법 제23조

① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

74) 현행 헌법 제28조

형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.

75) 현행 헌법 제29조

① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.

② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

법행위'로 인한 손해배상을 의미하는 것으로서, 양자는 그 제도 목적이 전혀 다르고, 따라서 민주화법이 배상이 아니라 '보상금', 특히 생활지원금이라는 표현을 쓴 것도 입법자가 국가배상, 형사보상의 개념과는 엄격하게 구별하기 위한 것이라 할 것이다.

따라서 국가 폭력의 피해자인 피해자들에게 '보상'을 하였다는 이유로 '손해배상'청구에 있어서도 재판상화해와 동일한 효력이 인정하는 것은 '형사보상'과는 별도로 '국가배상'을 구할 수 있도록 하는 현행법체계와도 배치되는 그릇된 판결이라 할 것이다.

나. 입법 취지에 따른 구별

민주화법은 제1조는 '이 법은 민주화운동과 관련하여 희생된 자와 그 유족에 대하여 국가가 명예회복 및 보상을 행함으로써 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고, 민주주의의 발전과 국민화합에 기여함을 목적으로 한다'라고 규정하고 있다. 특히 법 제9조 제1항은 '관련자에 대하여 그 생활을 보조하기 위한 지원금을 지급할 수 있다'고 규정하고 있다.

즉, 민주화법 문인 자체로도 규율하고자 하는 바는, 민주화운동과 관련하여 희생된 자와 그 유족에 대하여 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고 민주주의의 발전과 국민화합에 기여함을 목적으로, '명예회복 및 보상'을 행하는 것에 한정된 것이지, 국가의 불법행위로 인한 손해의 전보를 구하는 '국가배상청구'와는 구별한 것이고, 나아가 광주민주화운동관련자보상등에관한법률(법률제4266호, 1990.8.6.제정) 제1조 목적7)이 1980년 5월 18일을 전후한 광주민주화운동 관련자들에게 '실질적인 보상'을 하는 것보다 명백히 구별되는 것이다.

다. 위자료 청구 등에 관한 고찰

민주화법 제11조에 따른 보상금 지급결정에 따른 보상금 등은 사망,상이자들에 대한 보상금(제7조), 상이자들에 대한 의료지원금(제8조), 유죄판결 또는 해직자들에 대한 생활지원금(제9조) 등을 대상으로 하는 반면, 국가배상 청구는 국가의 불법행위로 인한 정신적 고통에 대한 '위자료 청구'로서 그 청구대상 또는 적용범위를 달리한다 할 것이다.

라. 소결

따라서 헌법과 관련 법 규정에서 배상과 보상 등과 구별하고 있고, 피해자들이 받은 것은 '그 생활을 보조하기 위한 지원금'에 불과하다 할 것이어서, 그 성격이 다르기 때문에 적용하여서는 아니된다 할 것이다.

5. 생활지원금 등의 성격과 역차별

76) 제1조(목적) 이 법은 1980년 5월 18일을 전후한 광주민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자 또는 상이를 입은 자(이하 "관련자"라 한다)와 그 유족에 대하여 국가가 명예를 회복시켜 주고 그에 따라 관련자와 그 유족에게 실질적인 보상을 함으로써 생활안정과 복지향상을 도모하며 나아가 국민화합과 민주발전에 이바지함을 목적으로 한다.

가. 인지·인식한 상태에서 생활지원금을 수령하였다고 볼 수 있는지.

피해자들이 보상신청 및 보상결정에 기하여 생활지원금을 지급받는 과정에서 민주화위원회로부터 재판상 화해에 관한 그 어떠한 설명도 들은바 없었고, 이에 관한 인식 또한 전혀 없이 간단한 요식행위로 보내준 부동산자로 작성된 서류에 날인만 해서 보내주었다⁷⁷⁾.

문언상으로 법 제18조 제3항에 의한 ‘피해자들이 동의한 때’의 의미는 최소한 행정기관(민주화위원회 등)이 생활지원금 지급결정에 의하여 지원금을 지급받음에 있어 받는 경우 이것이 향후 법률적으로 재판상 화해가 성립된다는 점을 설명하고, 청구인이 이를 이해(인지)한 상태에서 동의 및 청구서에 서명하였을 때를 의미하지, 이러한 내용을 전혀 지득할 기회나 설명을 듣지 못한 상태에서 부동산자로 작성한 동의 및 청구서는 일종의 중요한 부분에 의한 착오의 성격을 갖는다 할 것이어서, 그 효력이 미치지 않는다 할 것이다. 물론, 피해자들은 전혀 이에 관하여 설명을 듣거나 인지하고 있지도 않았다.

긴급조치 피해자들의 인식 또한 이후 국가배상청구권까지 포괄적으로 포기하는 조항으로 해석하였다면, 또는 민보상위원회에서 이러한 내용을 주지한 후 동의서를 받았다면, 대부분의 청구인들은 생활지원금 등을 수령하지는 않았을 것이다. 그러나 당시 민보상위원회나 피해자들은 이러한 국가배상청구권을 포기한다는 인식은 전혀 없었다.

나. 생활지원금 등에 관한 주장

더욱이 피해자들과 같이 유죄판결을 받은 피해자들의 경우 민주화법에 의한 보상금⁷⁸⁾을 받은 것이 아니라 생활지원금을 받은 것이다.

즉, 민주화법에 의하면 ‘민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자의 유족’(제7조 제1항 제1호), ‘상이를 입은 자 또는 그 유족’(제2호)에 대해서는 민주화법 제7조에 의한 보상금을 지급하도록 되어 있고, ‘민주화 운동을 이유로 30일 이상 구금된 자’(제9조 제1항 제1호)에 대해서는 생활지원금을 지급하도록 되어 있다. 따라서 최소한 민청학련, 또는 긴급조치 피해자들이 받은 것은 보상금이 아니라 생활지원금임이 명백한 것이다.

특히 법 제9조 제1항은 ‘관련자에 대하여 그 생활을 보조하기 위한 지원금을 지급할수 있다’고 규정하고 있어, 어디까지나 ‘생활보조’임을 알수 있다 할 것이다.

다. 관련 판례에 따른 주장

한편, 판례에 의하더라도, ‘군인연금이나 재해·보상금’은 군인·군속 등의 복무중의 봉사 및 희생에 대하여 이를 보상하고 퇴직 후의 생활 또는 유족의 생활을 부조함에 그 사회보장적

77) 사실, 청구인들이 만일 민주화위원회로부터 재판상 화해의 의미에 대해 설명을 들었다면, 굳이 사후 국가배상청구권까지 포기할 것인지를 심각하게 고민하지 않을 수 없었을 것이다. 그러나 대부분의 민주화위원회로부터 생활지원금 등을 수령할 때 이에 대한 설명이나 인식이 전혀 없었다.

78) 설령 보상금을 받았다 하더라도 기본적인 배상과의 차이나 입법적인 구별 등은 동일한 논리로서 가능한 것이다.

목적이 있고 손해배상제도는 불법행위로 인한 손해를 전보하는 데 그 목적이 있으므로 그 제도적 목적이 다르다.’(군인의 이중배상금지를 규정하고 있던 국가배상법 해당 조항에 대하여 위헌 판단을 한 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 판결)고 판시한 것도, 이러한 최소한 보상과 배상을 구별하고 있는 취지로서, **배상에 미치지 못하는 생활지원금은 더더욱 사회보장적 성격으로 보아야 할 것이다.**

또한, 민주화운동관련자로 인정된 해직 노동자가 민주화법에 따라 생활지원금 신청을 하자, 민주화 위원회는 피해자들의 연 가구당 소득액이 시행령 제12조 2. 제3항 제1호에서 정한 4인가구당 소득을 초과한다면 기각하였는데, 법원(서울 행정법원 2009구합6902. 서울 고등법원 2009누 298563. 2010두 10075 생활지원금지급 신청 기각 결정 취소)은 ‘생활지원금은 특별희생에 대한 일실훈 등의 보상이 아니라, **국가의 민주화 운동 기여자에 대한 배려 내지 지원책으로서, 재원 마련의 한계로 인한 예산상의 제약, 민주화 운동 관련자 상호간의 경제적 균형 등을 고려**하여, 일정한 경우 생활지원금 지급 대상에서 제외하고, 긴급한 생활구호의 필요성이 있는 사람에 대하여 우선적으로 생활지원금이 지급되도록 할 필요가 있다. 따라서 이사건 제외 규정의 입법목적의 정당성은 인정된다’고 판시함으로써, 민주화법상 생활지원금은 말 그대로 보상, 배상과도 구별되는 ‘배려 내지 지원책’이라는 것을 확인한 것이었다.

라. 민주화법상 생활지원금 등 지급 규정에 따른 고찰

민주화법 제6조에 따르면 ‘관련자와 그 유족에 대하여는 관련자의 희생의 정도에 따라 보상하되, 그 생활정도를 고려하여 보상의 정도를 달리할 수 있다’고 규정하고 있다.

이에 따라, 같은 시행령 제12조의2(시행 2013.12.12. 대통령령 제24852호, 2013.11.20., 타법개정)에 의하면 ‘법 제9조제1항의 규정에 의한 생활지원금의 지급대상자 중 **30일 이상 구금된 자에 대하여는 해당 구금일수에 최저생계비를 곱한 금액을 지급**하되, 그 금액은 5천만원을 초과하지 아니하여야’(제1항)하고, ‘제1항에도 불구하고 일정한 소득수준, 또는 직급(제80)에 따라 아예 생활지원금을 지급하지 아니하도록(제2항) 규정’하는 한편, 시행령 제13조

79) 2005.4월 이전에는 생활지원금 규정만 민주화 법에 규정되어 있을 뿐 시행령에 구체적인 생활지원금 세부규정이 마련되어 있지 않아서 생활지원금이 지원되지 않다가 비로소 2005.4.15자 개정에 의해 비로소 생활지원금에 관한 시행령 규정이 시행되어 지급되게 되었다.

80) 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률(시행 2013.12.12. 대통령령 제24852호, 2013.11.20. 타법개정)
 ① 법 제9조제1항의 규정에 의한 생활지원금의 지급대상자 중 30일 이상 구금된 자에 대하여는 해당 구금일수에 최저생계비를 곱한 금액을 지급하되, 그 금액은 5천만원을 초과하지 아니하여야 한다. 이 경우 최저생계비는 생활지원금 지급결정연도의 「국민기초생활 보장법」 제6조제2항의 규정에 의하여 공표된 4인 가구기준의 월 최저생계비를 30일로 나누어 산출한 금액을 적용한다.

② 법 제9조제1항에 따른 생활지원금 지급대상자 중 재직기간이 1년 이상인 해직자에게는 위원회가 인정한 해직기간에 대하여 별표 6의 기준에 따라 생활지원금을 지급하되, 해직기간 및 정년은 다음 각 호의 기준에 따라 산정한다. <신설 2007.10.31.>

1. 해직기간은 해당 직장에서 해직된 날부터 정년 전날이나 복직 또는 특별채용일 전날까지로 하고, 정년에 이르지 아니한 자의 해직종료일은 2007년 11월 26일까지로 한다. 다만, 같은 종류 또는 비슷한 직종에 1년 이상 재직한 기간은 해직기간에서 제외할 수 있으며, 같은 종류 또는 비슷한 직종의 구체적인 기준은 위원회에서 정한다.

2. 정년은 55세로 하되, 해당 직장의 정년에 관한 증명자료를 제출한 경우에는 예외로 할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 생활지원금을 지

제1항에서는 보상금 등 신청시 신청서류에 '5. 별지 제4호서식의 직업 및 월급액증명서(근로소득자의 경우에 한한다) 1부', '6. 별지 제5호서식의 직업 및 월실수액증명서(사업소득자의 경우에 한한다) 1부' 등을 요구하고 있다.

다시 말해, 만일 배상개념이었다면 피해배상 한도를 정할 수 없음에도 생활지원금 지원액의 한도를 금5,000만원으로 하고, 또한 적극적 손해, 소극적 손해 등 일실이익 등에 대한 배상개념을 도입하지 않고 있으며, 피해자 가족들이 받은 정신적 고통을 위로 하기는 커녕 오히려 **피해자 본인의 소득과는 무관한 가구당 소득을 생활지원금 공제대상으로 함으로써 개인 피해배상 내지 보상 개념을 일탈하고 있는 것이다.**

한편, 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(시행 2011.11.24. 법률 제10698호, 2011.5.23., 전부개정) 제5조⁸¹⁾에 의하면, 재심 무죄판결을 받은 청구인의 '구금'에 따른 형사보상금은 구금

급하지 아니한다. <개정 2006.6.12., 2007.10.23., 2007.10.31., 2011.11.1., 2013.11.20.>

1. 생활지원금 신청 전년도 연간 가구당 소득이 「통계법 시행령」 제22조의 규정에 의하여 통계청장이 고시하는 지정통계에 의한 전년도 가계조사 도시근로자 가구원 수별 가구당 월평균 가계지출비의 연간 합계액을 초과한 자

2. 이 영 시행일 현재 다음 각목의 어느 하나의 직에 1년 이상 재직하고 있는 자

가. 「국가공무원법」 제2조 및 「지방공무원법」 제2조의 규정에 의한 경력직공무원 중 5급 이상의 일반직공무원(고위공무원단에 속하는 일반직공무원을 포함한다)과 「공무원임용시행령」 제27조제3항의 규정에 의한 경력경쟁채용등 예정 계급별 경력기준표의 임용예정계급 5급 이상(고위공무원단에 속하는 일반직공무원을 포함한다)에 해당하는 대우를 받는 특정직공무원

나. 「국가공무원법」 제2조 및 「지방공무원법」 제2조의 규정에 의한 특수경력직공무원 중 정무직공무원, 5급 상당 이상의 별정직공무원(고위공무원단에 속하는 별정직공무원을 포함한다), 「국가공무원법」 제2조 및 「공무원보수규정」 제35조의 규정에 의한 임기제공무원 중 연봉등급 5호 이상의 일반임기제공무원 및 나급 이상의 전문임기제공무원, 「지방공무원법」 제2조 및 「지방공무원보수규정」 제34조의 규정에 의한 지방임기제공무원 중 연봉등급 4호 이상 및 나급 이상의 일반임기제공무원

다. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제2조제2호 및 제3호의 규정에 해당하는 공공기관의 임원

④ 법 제9조제1항의 규정에 의한 생활지원금의 지급대상자 중 상이를 입은 자로서 법 제7조제1항제2호 나목의 규정에 의한 보상금을 받지 못한 자에 대하여는 1인당 480만원을 지급한다. <개정 2007.10.31.>

⑤ 법 제9조제1항 각 호의 규정에 동시에 해당되는 경우에는 지급대상자에게 유리한 금액을 선택하여 지급할 수 있다. <개정 2007.10.31.>

81) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(시행 2011.11.24. 법률 제10698호, 2011.5.23., 전부개정)

제5조(보상의 내용) ① 구금에 대한 보상을 할 때에는 그 구금일수(拘禁日數)에 따라 1일당 보상청구의 원인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급(日給) 최저임금액 이상 대통령령으로 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다.

② 법원은 제1항의 보상금액을 산정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 구금의 종류 및 기간의 장단(長短)
2. 구금기간 중에 입은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신적인 고통과 신체 손상
3. 경찰·검찰·법원의 각 기관의 고의 또는 과실 유무
4. 그 밖에 보상금액 산정과 관련되는 모든 사정

③ 사형 집행에 대한 보상을 할 때에는 집행 전 구금에 대한 보상금 외에 3천만원 이내에서 모든 사정을 고려하여 법원이 타당하다고 인정하는 금액을 더하여 보상한다. 이 경우 본인의 사망으로 인하여 발생한 재산상의 손실액이 증명되었을 때에는 그 손실액도 보상한다.

④ 벌금 또는 과료(料)의 집행에 대한 보상을 할 때에는 이미 징수한 벌금 또는 과료의 금액에 징수일의 다음 날부터 보상 결정일까지의 일수에 대하여 「민법」 제379조의 법정이율을 적용하여 계산한 금액을 더한 금액을 보상한다.

⑤ 노역장유치(勞役場留置)의 집행을 한 경우 그에 대한 보상에 관하여는 제1항을 준용한다.

⑥ 몰수(沒收) 집행에 대한 보상을 할 때에는 그 몰수물을 반환하고, 그것이 이미 처분되었을 때에는

의 종류, 장단, 그리고 구금으로 인하여 얻을수 있었던 상실, 정신적 고통, 경찰 등 각기관의 고의.과실 유무 등을 참작하여, '구금일수(拘禁日數)에 따라 1일당 보상청구의 원인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급(日給) 최저임금액 이상 대통령령에 의한 5배⁸²⁾ 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급'하도록 규정하고 있다. 말하자면, 형사보상금에도 미치지 못하는 최저한의 금원으로서 이는 합리적 이유 없는 차별이라 할 것이다.

결국, 민주화 운동 관련자들의 우연한 사정에 의하여 '이렇 시행일 현재' 5급 이상 공무원인 경우에는 아예 생활지원금 자체를 박탈하게 하거나⁸³⁾, 우연한 사정에 의해 '가족'들이 얻은 '전년도' '가구소득'을 기준⁸⁴⁾으로 함으로써 '가족이 없거나 부양능력이 없는 피해자', 또는 그 전년도, 혹은 다음 연도에 직업 또는 가족소득을 가진 자들과 합리적 이유 없는 차별을 하고 있어, 이는 '배상', 또는 '보상'이라는 개념에 의한 것이 아니라 '배려, 지원' 차원의 생활지원임을 농후하게 반증하는 것으로 마땅히 재판상 화해의 범주에서 배제되어야 할 것이다.

따라서 30일 이상의 구금을 받은 유죄판결을 받은 민주화관련자에 대하여 일정한 생활 지원금을 지급한다고 하면서도 일정한 소득액, 또는 직급에 해당하는 경우에는 지급하지 않거나 감액할 수 있도록 한 것은 '피해회복'내지 '원상회복'이라는 배상, 보상과도 엄연히 구별되는 것으로, 앞서 판결이 지적한 바와 같이, '생활지원금은 특별희생에 대한 일실이익 등의 보상이 아니라, 국가의 민주화 운동 기여자에 대한 배려 내지 지원책'에 불과한 것이 명백한 것이다.

마. 생활지원금 기금 마련

한편, 민주화법 제9조 제2항에 따르면 '제1항의 규정에 의한 생활지원금은 관련자의 지원을 위하여 기부된 성금으로 지급할 수 있으며, 정부는 그 재원의 일부를 지원할 수 있다'고 규정하고 있고, 또한 제22조에 의하면 '위원회는 관련자 및 그 유족 등에 대한 지원금 및 민주화운동과 관련된 사업의 비용을 지원하기 위하여 성금을 모금할 수 있'으며, 위 '성금모금은 기부금품모집규제법 제4조의 규정에 의한 허가를 받은 것으로 본다'고 규정하고 있다.

말하자면, 정부는 보상금 및 의료지원금과 별도로 생활대책으로서 민주화운동 관련자 중 생계가 어려운 자(말하자면 시행령 12조의 2. 제척사항에 해당되지 않은 자)에 대하여 일정한

보상결정 시의 시가(時價)를 보상한다.

⑦ 추징금(追徵金)에 대한 보상을 할 때에는 그 액수에 정수일의 다음 날부터 보상 결정일까지의 일수에 대하여 「민법」 제379조의 법정이율을 적용하여 계산한 금액을 더한 금액을 보상한다.

82) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 시행령

[시행 2011.11.24.] [대통령령 제23160호, 2011.9.29., 일부개정]

형사보상 및 명예회복에 관한 법률 시행령(시행2011.11.24.대통령령 제23160호,2011.9.29.,일부개정) 제2조(보상의 한도) 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제5조제1항에 따른 구금(拘禁)에 대한 보상금의 한도는 1일당 보상청구의 원인이 발생한 해의 「최저임금법」에 따른 일급(日給) 최저임금액의 5배로 한다. [전문개정 2011.9.29]

83) 왜 이법 시행당시 일정한 직급에 있으면 배상, 또는 생활지원금을 박탈당해야하는지 알 수 없는 것이다.

84) 말하자면, 개인 소득수준도 아닌 가구소득으로 함으로써, 처가 가계생활을 책임지는 경우에는 처와 이혼을 고려해야하는 등 비정상적인 사례가 나타날 가능성이 농후하다 할 것이다.

생활지원금 규정을 두고, 그 재원은 전액 국가 예산으로 하지 않고 기부된 성금으로 하거나 정부가 그 재원을 지원할 수 있도록 하고 있는바, 이는 최소한 손실보상, 또는 국가배상의 가해주체인 '국가'의 책임 차원이 아닌 '국가의 민주화 운동 기여자에 대한 상호 부조'의 의미를 고려한 것이라 할 것이다.

바. 생활지원금 지급에 따른 역차별 문제

생활지원금이 '국가의 민주화 운동 기여자에 대한 배려 내지 지원책'에 불과한 것으로, 국가배상청구권까지 재소전화해가 성립한다는 주장의 부당성은 생활지원금이 갖는 한계에 있어서도 명백한 것이다.

'30일 이상의 구금을 받은 유죄판결을 받은 민주화운동관련자'에 대해서는 일정한 생활지원금을 지급받는다 하더라도, 30일 미만 구류, 구금을 받은 자들은 생활지원금 조차도 받지 못하도록 규정하고 있다.

그런데, 유감스럽게도, 앞서 시행령 12조의 2에 의하여 보상금 등 지급결정이 기각된 청구인들의 경우(일정한 소득, 5급 이상직급자)과 위 30일 미만 구금자들은 판결과 같이 해석한다면 민주화보상법에 따른 재판상 화해가 되지 않아 결국 국가배상청구를 할 수 있게 되는 역차별이 발생하게 되는 것이다.

다시 말해 지급결정 당시 일정한 소득 수준, 직급수준이 있음으로써 생활지원금을 받을 수 없었던 민주화관련자들은 그 하위자(소득수준, 직급수준이 위 수준에 이르지 못해 일정 금5000만원 한도에서 생활지원금을 받았던 자)들과 달리 국가배상청구권을 가지게 됨으로써 '생활안정과 복지향상'에 있어서 역차별이 발생하는 것이다.

앞서 언급한 시행령 제12조의 2에 따라 청구인의 가구소득이 4인가구당 소득을 초과한다며 생활지원금 지급을 기각한 사안(서울 행정법원 2009구합6902, 서울 고등법원 2009누 298563, 2010두 10075 생활지원금지급 신청 기각 결정 취소)과 같은 경우, 당시에는 생활지원금 신청이 기각되는 비극이었지만 기사희생하여 희극이 되는 비상식적인 상황이 연출되는 것이다.

사. 소결

민주주의 발전과 국민화합을 위한 것이라면 분배의 평등에 있어서 생활지원금을 받아야 마땅한 민주화 법의 취지에 비추더라도, 입법자들이 이러한 역차별 내지 우연한 사정에 의한 합리적 이유 없는 차별까지 감안하여 재판상 화해가 된 것이라고 입법감행(!)한 것은 아니라 할 것이다.

6. 5.18 특별법 등과의 비교법적 고찰

가. 광주 민주화법 등 관련 규정

이 사건 민주화법 제18조 제2항과 동일한 규정이 다른 보상 법률에도 규정되어 있다.

즉, '광주민주화운동관련자보상등에관한법률'⁸⁵⁾(시행 2004.3.27, 법률 제7215호, 일부개정, 이하 5.18보상법이라 한다) 제16조 제2항에서는 “이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 피해자들이 동의한 때에는 5·18민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다”라고 규정하고 있고, 일정한 요건에 해당하는 대상자에 대하여 보상금, 의료지원금, 생활지원금을 지급하도록 규정하는 한편, 5·18민주화운동등에관한특별법(시행 1995.12.21, 법률 제5029호, 1995. 12.21 제정, 이하 5.18특별법이라 한다) 제6조 (배상의제)에서는 “「광주 민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」에 따른 보상은 배상(賠償)으로 본다.”라는 특별규정을 두었다. 다시 말해, **5.18보상법이 재판상 화해조항만 두었다가 배상의제 규정을 뒀으로써 모든 5.18로 인한 피해에 대해 재판상 화해 효력이 미치도록 규정한 것과 달리, 민주화보상법에서는 제18조 제2항에 의한 재판상 화해를 규정하고 있을 뿐 배상의제 규정은 없다.**

또한 아래 관련 법률을 비교하면 알 수 있는 바와 같이, 민주화법은 명백하게 5.18보상법 등과는 그 입법 취지를 달리한 것이다.

관련 규정의 비교
<p>민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률 [시행 2004.3.27] [법률 제7214호, 2004.3.27, 일부개정] 제7조 (보상금) 제8조 (의료지원금) 제9조 (생활지원금) 제18조 (다른 법률에 의한 보상등과의 관계등) ① 이 법은 민주화운동과 관련하여 국가유공자등예우및지원에관한법률 또는 광주민주화운동관련자보상등에관한법률등 다른 법률에 의한 예우 또는 보상을 받을 수 있는 자에 대하여는 적용하지 아니한다. ② 이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 피해자들이 동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.</p>
<p>광주민주화운동관련자보상등에관한법률 [시행 2004.3.27] [법률 제7215호, 2004.3.27, 일부개정] 제5조 (보상금) 제6조 (의료지원금) 제7조 (생활지원금) 제16조 (다른 법률에 의한 보상등과의 관계등) ① 이 법은 5·18민주화운동과 관련하여 국가유공자등예우및지원에관한법률에 의한 예우를 받을 수 있는 자에 대하여는 적용하지 아니한다. <개정 1997.1.13, 2006.3.24> ② 이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 피해자들이 동의한 때에는 광주민주화운동과 관</p>

85) 광주민주화운동관련자보상등에관한법률은 2010.3.19 '5·18민주화운동관련자보상등에관한법률'로 개칭되었다. [시행 2010.3.19] [법률 제9932호, 2010.1.18, 타법개정]

<p>련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.</p>
<p>5·18민주화운동등에관한특별법 [시행 1995.12.21] [법률 제5029호, 1995.12.21, 제정] 제6조 (배상의제) 광주민주화운동관련자보상등에관한법률의 규정에 의한 보상은 배상으로 본다.</p>

즉, 과거사 청산(진실규명, 보상 등)차원에서 동질하게 그 명예회복을 목적으로 행해지고 있는 민주화법은 5.18 보상법과 같이 재판상 화해조항만 있을 뿐 5·18특별법과 같은 배상의 제규정은 두지 않고 있다. 이는 이사건 민주화법의 취지가 5.18 특별법과 같이 '배상'으로 의제함으로써 국가배상청구권을 배척하는 것이 아니라 민주화법에 의하여 보상금 등을 지급받더라도 국가배상청구의 길을 열어놓은 것이라고 해석되는 것이다.

나. 5.18 특별법상 배상의제 규정과 비교

광주민주화운동관련자보상심의위원회의 1인이 광주민주화운동관련자를 상대로 제기한 '(광주민주화운동관련자보상심의위원회) 보상금지급 결정 취소소송에서 대법원(1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결)은, 배상 의제규정을 두기 전에 “광주보상법에 의거하여 관련자 및 그 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 제23조 제3항에 따른 재산권침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 동법이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리라고 하여야 할 것”이라고 판시하였다.

위 대법원 판결은 5.18 특별법에 의한 '배상의제'규정이 도입된 1995.12.21전에 나온 판결로, 판결 당시(1992년) '광주민주화운동관련자보상등에관한법률(시행 1990.8.17, 법률 제4266호, 1990.8.6 제정) 제16조⁸⁶⁾에서도 이사건 민주화보상법과 동일한 재판상 화해조항만 가지고 있었지만, 5.18보상법에 의한 관련자 등이 갖는 보상 등 권리가 국가배상법과는 성질을 달리하는 '특별한 공법상 권리'라고 함으로서, 다시 말해 위 보상 등을 받더라도 국가배상청구를 할 수 있다는 취지로 판시하였던 것이었다.

결국 사후적으로 1995년 '5·18특별법(시행 1995.12.21. 법률 제5029호, 1995.12.21, 제정)이 제 4조 특별재심과 함께 제6조 배상의제 규정을 두어 입법적으로 국가'배상' 성격을 부여함으로써, 비로소 위 대법원 판결취지와 달리 국가배상청구의 길을 막았던 것이다.

따라서 5.18 특별법에 의하여 '배상'의제 규정을 두기 전에는 대법원 또한 이사건 민주화보상법과 같이 재판상화해규정에도 불구하고 배상이나 손실보상과 다른 '공법상의 권리'를 인정하였다 할 것이어서, 결국 민주화법상 재판상 화해는 국가배상 청구를 함에 있어서

86) 제16조 (다른 법률에 의한 보상등과의 관계등)
 ① 이 법은 광주민주화운동과 관련하여 국가유공자예우등에관한법률에 의한 예우를 받을 수 있는 자에 대하여는 적용하지 아니한다.
 ② 이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 피해자들이 동의한 때에는 광주민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.

본안 전 항변사유가 될 수 없다 할 것이다.

다. 5.18 보상법 내용과의 비교

한편, 광주민주화운동관련자보상등에관한법률(법률제4266호, 1990.8.6.제정) 제1조 (목적)에 의하면 '이 법은 1980년 5월 18일을 전후한 광주민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자 또는 상이를 입은 자(이하 "관련자"라 한다)와 그 유족에 대하여 국가가 명예를 회복시켜 주고 그에 따라 관련자와 그 유족에게 **실질적인 보상**을 함으로써 생활안정과 복지향상을 도모하며 나아가 국민화합과 민주발전에 이바지함을 목적으로 한다.'라고 규정하여, '관련자와 그 유족에게 실질적인 보상을 함'을 목적으로 하고 있음을 알 수 있다.

이에 반하여, 이 사건 민주화법 제1조 (목적)은 '이 법은 민주화운동과 관련하여 희생된 자와 그 유족에 대하여 국가가 명예회복 및 보상을 행함으로써 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고, 민주주의의 발전과 국민화합에 기여함을 목적으로 한다'라고 하여, 518보상법과 달리 '실질적인 보상'을 목적으로 하고 있지 않음을 알 수 있다.

그리고 이러한 실질적 보상을 목적으로 한 5.18보상법에 따라 광주민주화 운동 관련자들은 민주화법에 의한 것보다 아래 표와 같이 '누구나' '금액 상한 없이' 보상금을 받았다. 또한 5.18민주유공자예우에관한법률(이하 518유공자법이라 한다)에 의거 희생 또는 공헌자, 그 유족 및 가족에 대해서 교육 및 취업지원, 의료지원, 대부, 양로 지원을 받는 등 상당한 '실질적인 지원'을 받고 있다.

	민주화 법	5.18 보상법 등
관련자 보상 대상	5급 이상 등 공무원 직급, 가구소득 일정금액 이상자제외 (민주화법 제12조의 2. 제3항)	제한 없음.
생활지원금 한도	5000만원	제한 없음.
기타	없음.	518유공자법에 교육, 취업지원, 의료지원 등 의한 예우

따라서 이러한 5.18관련법과 민주화법 입법목적의 차이, 그리고 실질적으로 지급되는 보상금과 생활지원금 명목, 그리고 금액 및 대상자 범위, 그리고 유관 5.18 법률에 의한 보호, 지원 등 그 차이에 비추어, 5.18희생자들은 5.18 보상법에 의하여 비록 보상이라 하더라도 '국가배상'에 준하는 보상 및 예우를 받는다 할 것이어서 이 사건 민주화 법에 의한 몇몇의 하위소득자에게 지급되는 소액의 생활지원금과는 명백하게 구별되어야 할 것이다.

라. 소결

따라서 5.18 관련 법률과 비교해 보더라도, 비록 민주화법에 재판상 화해규정이 있다 하더라도 이는 국가배상 청구를 막을 수 없을 뿐만 아니라 일종의 '복지 지원금' 성격으로서 원칙적으로 손익상계조차도 될 수 없다 할 것이다.

7. 민주화법 제18조 제2항의 위헌성에 관한 고찰

가. 헌법 제10조 행복추구권 위반 여부

이 사건은 헌법재판소 및 대법원에 의해 과거 긴급조치가 위헌결정됨으로써 비로소 국가배상을 청구한 사안이다. 피해자들은 지난 1975년 긴급조치 위반으로 구금된 이래 40년 이상 그 아픔을 잊지 못하고 고통을 받아 왔으며, 당시 유죄판결을 받은 자들 중에서 유명을 달린 사람도 있다.

피해자들은 일찍이 민주화법에 따라 민주화운동관련자로 인정받아 일정 부분 명예회복을 하였고, 당시 생활이 궁핍한 생활을 하고 있던 터라 법에 따른 생활지원금을 지급받아 일정 부분 곤궁한 생활에 보탬이 되었다. 그러다 최근 대법원 위헌판결 및 헌법재판소 위헌결정에 기해서, 비로소 국가배상 청구권을 인정받아서 소를 제기한 것이다. 피해자들은 위와 같이 대법원 긴조위헌판결 및 현재 결정, 그리고 형사재심무죄판결이 있고 나서야 진정으로 그 동안의 고통을 위로할 방법을 찾게 되었고, 이 사건 국가배상 청구는 그 방법 중 하나이다.

따라서 사후적으로 비로소 국가배상청구권을 행사하려고 하는 피해자들에게 과거 생활지원금을 지급받은 것을 이유로 더 이상 국가배상 청구를 할 수 없다는 것은 원고들이 국가의 불법행위로 인해 지난 40년 이상 받아 온 고통에 대해 위로를 받을 권리, 즉 행복추구권을 침해한 것이라 하지 않을 수 없다.

나. 헌법 제11조 제1항 평등의 원칙 위반

앞서 언급한 바와 같이, 피해자들과 같이 생활지원금을 받은 경우에는, 오히려 민주화법 기준에 의해 생활이 상대적으로 우월한 민주화운동관련자들이 오히려 배상을 받게 된다는 점에 역차별이 발생하고, 또한 5.18 광주법률에 의한 보상 등과 비교해서도 현저한 차별이 아니라 할 것이어서, 이는 합리적 이유가 있는 차별이 아닐 뿐만 아니라 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게라는 보편적 평등의 원칙에도 반한다 할 것이다.

다. 헌법 제27조 제1항 재판청구권 및 제29조 제1항의 국가배상청구권 침해 여부

피해자들이 국가배상을 청구한 것은 긴급조치 제1호, 제9호 등이 2010.12.16. 2013.4.18. 각 대법원에서 위헌 판결됨에 따라 형사재심무죄판결을 받은 후이다. 다시 말해 피해자들은 민주화법에 의한 생활지원금을 형사무죄판결 및 국가배상청구보다 훨씬 이전에 받았고, 생활지원금을 수령할 당시에는 헌법체계에서 국가배상을 청구할 수 있다는 사실조차 인식하지 못하였다.

피해자들 자신의 권리가 어떤 것이 있는지, 또한 재판상화해를 함으로써 어떠한 권리가 포기되는지 전혀 인지하지 못한 상태에서 사후적으로 우연한 사정에 의해 위헌, 무죄판

결에 기한 국가배상청구까지 포기한 것으로 의제하는 것은 생활지원금을 신청하고 수령한 당시 당사자의 의사에도 반한다 할 것이다. 말하자면 어떤 권리도 포기한지 모르는 상황에서, 사후적으로 발생할수 있는 권리를 모두 포기하도록 의제하는 것은 국가-개인의 관계에서 과도한 권리침해라 할 것이다.

또한, 생활지원금은 법 제9조 제1항에서 언급한 바와 같이 '그 생활을 보조하기 위한 지원금'에 불과한 것으로서 특별희생에 대한 일실희익 등의 보상이 아니라, 국가의 민주화운동 기여자에 대한 배려 내지 지원책이며, 따라서 그 재원의 한계로 인한 예산상의 제약, 민주화운동 관련자 상호간의 경제적 균형 등을 고려하여, 긴급한 생활구호의 필요성이 있는 사람에 대하여 우선적으로 생활지원금이 지원되도록 하기 위하여, 일정한 소득이 있는 자에 대해서는 생활지원금 지급대상에서 제외하는 규정을 두기까지 하였다. (서울행정법원 2010구합 11290 판결문, 서울행정법원 2009구합 6902 판결문, 참조)

따라서 피해자들이 국가배상청구권이라는 권리가 존재하는지, 있을 수 있는지조차 인식하지 못하였을 뿐만 아니라 객관적으로 알 수 없는 상황에서 생활지원금을 신청하였다 할 것이어서, 이러한 상황에 이르기까지 재판상화해규정을 적용하는 것은 국민의 국가배상 청구권 및 재판청구권을 과도하게 침해하는 것이라 할 것이다.

라. 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반 여부

1) 목적의 정당성 위반

민주화법 제18조 제2항 재판상화해 조항의 입법목적이 비록 피해자들이 보상금 등의 지급결정에 동의한 경우에는 재판상화해와 같은 효력을 부여하여 소송에 앞서 신속하고 비용이 덜 드는 위원회의 보상금 지급결정절차를 통하여 보상금 지급절차를 신속히 종결. 이행시키고 보상금 지급결정에 안정성을 부여하여 국고의 손실을 가능한 한 경감하려는 데 있다 하더라도, 생활지원금의 경우는 보상금이나 의료지원금과 달리, 궁핍한 상태에 있는 민주화운동관련자의 생활을 보조하는 지원금이고 그 재원도 반드시 국가예산이 아닌 기부금으로도 가능한 만큼 위와 같은 입법목적에 부합한다고 볼 수 없다.

2) 수단의 적합성 위반

또한, 앞서 설명한 바와같이 생활지원금을 지급하는 경우에도 일정한 소득이나 지위에 있는 사람은 제외하는 규정을 두고 있고, 긴급한 생활구호의 필요성이 있는 사람에 대해서만 우선적으로 지원한 것을 볼 때, 생활이 궁핍한 상태에 있는 사람에게 시혜를 베풀다면서 실제로는 향후 더 이상 국가를 상대로 하여 손해배상이나 보상을 청구하지 못하게 하는 조항이라 할 것이므로, 그 수단으로서 적합하다고 할 수 없다.

더구나 민주화 법 제18조 제2항에는 재판상화해가 성립된 것으로 간주한다고 하면서, 법 시행령 별지 제10호 서식의 동의 및 청구서에는 민주화법 상 '재판상화해가'가 아닌 화해계약 및 부제소합의에 동의하는 것으로 되어 있고, 물론 이러한 내용에 대한 설명.고지를 듣지 아

니하였기 때문에 생활지원금을 신청하는 사람이 재판상화해 간주 규정을 알 수 없게 되어 있는데, 이 또한 적합한 수단이라 할 수 없다.

3) 침해의 최소성 위반

설령 입법목적과 그 수단이 적합하다 하더라도 피해자들의 기본권 침해가 최소화되어야 할 것인데, 위 법 제18조 제2항의 경우, 생활지원금 지급결정에 동의하면 민사소송법상 재판상 화해가 성립된 것으로 간주하여 재판상 확정판결과 같은 효력 즉 기판력을 부여하여 재심의 소 이외에는 더 이상 그 효력을 다툴 수 없게 하였는바, 이는 입법자의 입법형성의 자유를 넘어서 과도하게 피해자들의 기본권을 침해한 것이라 할 것이다.

4) 법의 균형성 위반

앞서 언급한 바와 같이, 시행령 12조의 2에 의하여 보상금 등 지급결정이 기각된 청구인들의 경우(일정한 소득, 5급 이상직급자)과 위 30일 미만 구급자들의 경우에는 국가배상을 통하여 생활지원금보다 많은 배상을 받게 됨에도 불구하고, 오히려 하위자, 즉 소득수준, 직급수준이 위 수준에 이르지 못한 민주화운동관련자는 오히려 그 권리가 박탈된다는 점에서 역차별이 발생하고, 이는 법의 균형에 반한다 할 것이다.

또한 5.18관련 특별법에 의한 상한이 없는 보상금 지원, 그리고 5.18유공자법에 의한 교육, 취업 등에 대한 지원에 비한다면 지나친 차별이 아닐 수 없는 것이다.

8. 한정위헌에 관한 고찰

가. 구급기간 등에 비례한 보상금

앞서 언급한 바와 같이, 민주화법 시행령 제12조의2(2005.4.15개정)⁸⁷⁾에 의하면 ‘법 제9조제1항의 규정에 의한 생활지원금의 지급대상자 중 30일 이상 구급된 자에 대하여는 해당 구급일수에 최저생계비를 곱한 금액을 지급하되, 그 금액은 5천만원을 초과하지 아니하여야’(제1항)하도록 규정하고 있다.

그리고 앞서 서울고등법원 2013.9.27.선고 2012나57509, 2012나57516(병합)손해배상사건(서울고등법원 2012.12.26.선고 2012나43158손해배상(기)사건도 같은 취지) 등도 ‘민주화법상의 보상금은 보상금, 의료지원금, 생활지원금의 3개 항목으로 나뉘어져 있고, ① 보상금은, 사망하거나 행방불명의 경우 사망이나 행방불명 당시의 월급여액, 월실수액 또는 평균임금을, 상이를 입은 경우 필요한 요양기간 동안의 손실 월급여액, 월실수액 또는 평균임금 등을 각 기초로 산정한 금액을(민주화법 제7조), ② 생활지원금은 구급일수에 최저생계비를 곱한 금액 등을(민주화보상법 제9조, 같은 법 시행령 제12조의2), ③ 의료지원금은 치료, 보호 및 보장구 구

87) 2005.4월 이전에는 생활지원금 규정만 민주화 법에 규정되어 있을 뿐 시행령에 구체적인 생활지원금 세부규정이 마련되어 있지 않아서 생활지원금이 지원되지 않다가 비로소 2005.4.15자 개정예에 의해 비로소 생활지원금에 관한 시행령 규정이 시행되어 지급되게 되었다.

입에 실질적으로 소요되는 비용을(민주화보상법 제8조) 각 지급하도록 되어 있는바, 위 ① 보상금과 ② 생활지원금은 불법행위로 인하여 입은 소극적 손해에, ③ 의료지원금은 불법행위로 인하여 입은 적극적 손해에 각 해당'한다고 판시하였던 바, 민주화보상법상의 생활지원금, 보상금은 민주화운동관련자가 입은 손해 중 소극적 손해와 적극적 손해에 대응할 뿐 정신적 손해와는 무관하다 할 것이다.

이는 민주화법 제18조 제2항이 포괄적, 불명확하게 재판상화해의 효력이 미치는 범위를 확정하지 아니하였기 때문에 발생하는 것으로 어쨌든 시행령에서 구금기간, 치료비의 기준으로 생활지원금, 보상금을 산정 지급하였던 바, 민주화법 제18조 제2항은 명확성의 원칙에도 위반된 것이다.

나. 한정위헌에 관한 고찰

따라서 민주화법 및 시행령에 따른 일응 생활지원금 및 보상금을 지급하는 기준 및 계산방식이 유죄판결인 경우 구금기간에 비례적이고 보상금도 실 손해를 중심으로 산정하고 있는 바, 그렇다면 생활지원금 등 보상금의 범위 내에서 재판상 화해의 효력이 미치고 이는 손익상계의 대상이 될 뿐이라 할 것이다. 따라서 생활지원금 등을 넘어선 적극적, 소극적 손해, 그리고 정신적 손해 등 모든 손해배상청구권까지 재판상 화해의 효력이 미치도록 '적용'한다면 이는 위헌을 면치 못한다 할 것이다.

백보 양보하더라도, 재판상 화해의 효력이 적용되는 범위는 구금기간, 치료비 등에 관한 적극적 손해, 또는 소극적 손해에 한정된다고 할 것인바, 이를 넘어서 정신적 손해까지 재판상화해의 효력을 적용한다면 앞서 언급한 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙, 재판청구권 및 국가배상청구권, 그리고 명확성의 원칙을 위반한 것으로서 위헌을 면치 못한다 할 것⁸⁸⁾이다.

9. 마치며

민주화법에 기한 보상의 범위가 매우 제한적임에도 불구하고 재판상 화해의 효력범위를 민법상의 손해청구권까지 무제한적으로 넓히는 것은 일정한 법률요건에 결부된 법률효과(재판상화해 간주)가 입법목적에 비추어 지나치게 과다한 경우에 해당하므로 위헌을 면치 못한다 할 것이다. 따라서 위에서 살펴본 바와 같이, 민주화운동관련자 명예회복및보상등에 관한 법률 제18조 제2항은 헌법 제10조, 헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항, 제29조 제1항, 헌법 제37조 제2항 등에 위반되어 위헌이라 할 것이다.

백보 양보하더라도, 생활지원금 및 보상금을 받는 범위를 초과하여, 또는 정신적 손해에 이

88) 대법원 2013.3.28. 선고, 2012제두299판결 등에 의하면, 헌법재판소가 법률 조항 자체는 그대로 둔 채 그 법률 조항에 관한 특정한 내용의 해석·적용만을 위헌으로 선언하는 이른바 한정위헌결정에 관하여는 헌법재판소법 제47조가 규정하는 위헌결정의 효력을 부여할 수 없으며, 그 결과 한정위헌결정은 법원을 기속할 수 없고 재심사유가 될 수 없다고 판시하고 있으나 적어도 일반적인 해석·적용의 경우에 위헌결정의 효력을 부여할 수 없다 할지라도 '가분적이고 확정가능'한 경우, 즉 적극적 손해, 소극적 손해를 넘어선 위자료청구까지 확대, 적용하는 경우에는 위헌의 효력이 미친다고 봄이 상당하다 할 것이다.

르기까지 재판상화해의 효력을 적용하면 마찬가지로 과잉금지원칙 등에 위반된 위헌이라 아니할 수 없는 것이다.

역사를 잊은 민족에게는 미래는 없다. 일제 강점기를 논하지 않더라도 4.3제주항쟁, 한국전쟁 민간인학살사건, 민청학련 등 긴급조치위반 사건, 재일동포 간첩단 사건, 납북어부사건 등 .. 이루 나열할 수 없는 국가폭력의 피해자들이 있고, 이러한 피해에도 불구하고 아직까지 진상규명과 이에 대한 배상, 명예회복 등이 이뤄지지 있다. 특히 사법부의 퇴행적 판결이 야말로 그야말로 소극적으로라도 과거사해결의 기회를 짓밟는 것으로서, 과거사를 반성하지 않는 일본정부를 비난할 수 없다. 우리에게 '과거사'는 과거 한때의 기억이 아니라 오늘에 면면히 흐르는 민주주의에 대한 저항의 역사이고 간직하여야 할 오늘의 문제이기 때문이다. 끝.

과거청산과 민주화운동 보상법

이영재

과거청산과 민주화운동 보상법

이영재

I.

한국의 과거사 청산은 진실을 우회하고, 가해자의 책임을 묻지 않는 방향으로 전개되었다. 광주민중항쟁 직후 '위로금' 명목으로 지급된 금전적 해결방식이 1990년 광주보상법 제정 이후 제도적 차원의 기형적 '금전보상'으로 정착한 이후 과거청산의 유력한 방법으로 활용되어 왔다. 토론자에게 제안된 주제인 <민주화보상법>의 경우도 이 전례에 따라 제정되었다. '진상규명'과 '책임자처벌'이 철저히 배제되었고, '명예회복'과 '보상' 조치로 민주화 관련 과거청산의 방향이 정해졌다. 애당초 입법 당시부터 거론되었던 법률적 한계나 여타의 문제들을 일단 제외하고 보면, 민주화보상법은 '명예회복'과 '보상' 조치로 평가해 볼 수 있다.

첫째, 명예회복이다. 민보위의 명예회복은 진상규명과 책임자처벌을 대신하는 조항인 만큼 보다 적극적 역할로 규정되었어야 한다. 그러나 위원회 활동이 막바지에 이른 지금 위원회의 명예회복조치는 오히려 명예실추에 가까운 실정이다. 명예회복이란 관련자 인정증서 한 장으로 끝나는 것이 아니다. '폭도', '빨갱이', '범법자'와 같은 권위주의 통치 시기의 오명을 벗겨주는 소극적 차원으로부터 민주화 유공, 국가 유공이라는 적극적 차원까지 고려될 수 있고, 형태와 관련해서는 법적, 정치적, 사회적, 역사적 명예회복 등 다양한 맥락에서 규정해 볼 수 있다. 방법적 측면에서는 경제적 보상을 포함해서 헌법 또는 역사서, 교과서 등의 활용을 통한 적극적인 제도적 조치, 공식적 기억과 기념 등의 방법 등 상당히 폭넓게 검토될 수 있다. 그러나 작금의 현실은 법률적 권한 불비로 소극적 차원의 명예회복조치 봉쇄된 상황이다. 법적, 정치적, 사회적, 역사적 명예회복은 논의조차 되지 못하고 상당히 낮설게 다가올 정도다. 민주화운동 관련자 인정 후에 과연 위원회는 사회적 명예회복을 위해 어떠한 조치를 취했는가? 위원회 명예회복 조치 중 성과적 활동이라 평가할 만한 내용은 거의 없다. 민주화운동 관련자 명예회복과 관련한 상당수 평가 지점은 여전히 불완전 청산의 잔재들로 남아 있을 뿐이다.

둘째, 피해보(배)상이다. 피해배상은 협소한 의미의 '경제적' 보상만을 의미하지 않는다. 피해의 포괄범위는 유·무형의 피해까지 포괄할 수 있어야 한다. 과거청산에서 치유해야 할 '피해'의 범위는 보이지 않는 무형의 피해, 가족의 피해, 해당 피해로부터 파생되는 사회적 후유증까지를 포괄해야 한다. 피해배상은 국가적 책임임과 동시에 법적 구속력을 갖는 것이고, 사회구성원들의 공동책임까지도 간접적으로 결부된 것이다. 법제화 과정에서 정해지는 피해배상의 포괄범위는 아래로부터의 과거청산 요구와 진실규명의 진척 정도에 의해 좌우되는 측면이 강하다. 우리가 경험했

듯이 가해자 세력에 의해 주도되거나 권위주의 통치세력의 저항이 강할 경우 피해 배상은 오히려 진실규명을 제약하고, 가해자에게 면죄부를 주는 부정적 효과를 유발할 뿐만 아니라 사회적 책임을 회피하는 수단이 된다. 또한 포괄적 피해배상의 범주가 아니라 금전보상으로만 한정될 경우 그 의미는 상당부분 퇴색될 수 밖에 없다. 민주화운동 관련자들의 사례에서 그 후유증은 여실히 드러나고 있다. 민주화운동 관련자들의 고립과 파편화가 심각한 상황이고, 일단 시작된 피해배상(또는 보상) 작업은 과거사 관련 요구를 더 이상 진척시키기 어려운 종결 효과를 수반했다.

오늘 문제가 되고 있는 '생활지원금'은 그나마도 불완전한 피해보상의 범주에도 넣을 수 없는 기괴한 조항이다. 생활지원금의 성격은 피해배상은 고사하고 피해보상과 다른 국가가 '생활이 곤란한 자에게 시혜를 베푸는 것' 이상도 이하도 아니다. 생활지원금의 내용에는 민주화운동과 관련한 예우나 명예회복의 정신을 찾아 볼 수 없다.

	광주보상법	민주화보상법	국가배상
배(보)상 대상자	당사자(사망, 행불, 상이, 기타자) 또는 유족	당사자(사망, 행불, 상이, 자) 또는 유족	당사자+배우자, 자녀, 형제자매, 부모 포괄
배(보)상의 범위	월수입액×호프만계수×생활비공제×이자×관련성	좌 등	재산상 손해 + 위자료(사회적 냉대, 신분적 불이익, 정신적 고통, 가족의 피해 등)
항 거 행 위	무관(일방적 피해 포함)	항거행위만 포함	무관(일방적 피해 포함)
입 증 책 임	신청인(피해자 및 유족)	신청인(피해자 및 유족)	국가 및 신청인
화 해 방 식	배상+명예회복+기념사업	보상+명예회복+기념사업	배상+국가의 반성/사과
배(보)상의 제한	없음	일정소득, 경력자 제외	없음
배(보)상의 성격	보상 ⇒ 배상	보상(+시혜성 생활지원금)	배상
국가적 예우	유공자법 제정	관련자 인정	사법적 효력

II.

최근 벌어지고 있는 과거사 퇴행은 '사태'라고 표현할 수밖에 없다. 본 토론자가 느끼는 문제점은 다음과 같다.

첫째, 법은 예측가능하고 형평성에 맞아야 한다. 이 최소한의 '상식'마저 외면한다면 사법부는 신뢰를 상실하고 국민적 저항에 직면할 것이다. 토론자는 ① 지금까지 문제가 되지 않았던 '민주화보상법 제18조 제2항 재판상 화해 규정'이 왜 갑자기 문제가 되었고, 이를 핑계로 지난 3월 13일 동일방직 사건이 기각되었는지 납득할 수

없다. ② 발제자가 지적했듯이 ‘생활지원금 수령자가 다시 피해를 보고, 제외자가 배상 대상이 되는 코미디’ 연출되고 있는 상황이다. ③ 5·18특별법에서는 ‘배상’이 의제화 되어 있으나 민주화보상법에는 그동안 그토록 필요하다고 주장했어도 의제화 되지 못한 것은 법원이 더 잘 알고 있을 것이다. (따라서 “국가배상청구권을 배척하는 것이 아니라 민주화법에 의하여 보상금 등을 지급받더라도 국가배상청구의 길을 열어놓은 것”이라는 발제자의 민주화보상법 해석에 전적으로 동의한다.)

참고로 생활지원금은 애당초 민주화보상법 제정 당시 빠져 있던 조항이다. 2004. 3. 27. 민주화보상법 제1차 개정을 통하여 ‘구금자’(30일 이상)에 대해 생활지원금 지급 조항이 신설되었고, 2007. 1. 26. 제2차 개정을 통하여 해직자에 대한 생활지원금 지급 조항이 신설되며 덧붙여진 것이다. 이 조항의 신설 당시 입법취지 어디에도 후일 사법적 판단시 어떠한 효력을 발휘할 것이라던가 하는 내용은 찾아 볼 수 없다. 당시 생활지원금 조항 신설의 입법취지는 피해자 구제의 형평성 차원이었다.

둘째, 생활지원금 수령이 법률상 화해 성립의 효력이 있다고 제대로 공지하였다면, 오히려 관련자를 제약하는 조항이 되기 때문에 위원회는 심각한 저항에 직면했을 것이다. 실제 위원회는 생활지원금 수령을 재촉하는 안내문을 관련자들에게 수차례 발송했고, 이를 실적으로 삼았다. 그리고 발제자가 앞서 지적한 바와 같이 이런 내용을 관련자들에게 제대로 공지한 바 없다. 또한 신청자들이 신청할 당시에는 있지도 않았던 조항이었고, 임기웅변식 뺨질로 신설된 조항이다 보니, 신청 당사자들이 이 내용을 인지할 수 없는 구조적 제약이 있었다. 왜 지금에 와서, 그것도 그동안 같은 사법부 내에서 문제가 없던 조항이 문제가 되고, 그 책임을 신청인들에게 물어야 하는가? (Ⅲ. 별첨자료 참조)

주지하다시피 생활지원금은 국가배상과 달리 상한선 5천만 원을 못 박고 있으며, 소득제한 규정을 두고 있는 조항이다. 토론자가 경험한 바에 따르면 신청인들은 여타의 이유들로 상당기간 수령을 미루는 경우가 많았으며, 오히려 위원회가 연말이 다가오면 예산 집행을 위해 관련자들을 독촉하는 것이 다반사였다. 실제 상황은 ‘동의’는커녕 어쩔 수 없이, 영문도 모르고 수령한 경우가 태반이라는 것이다.

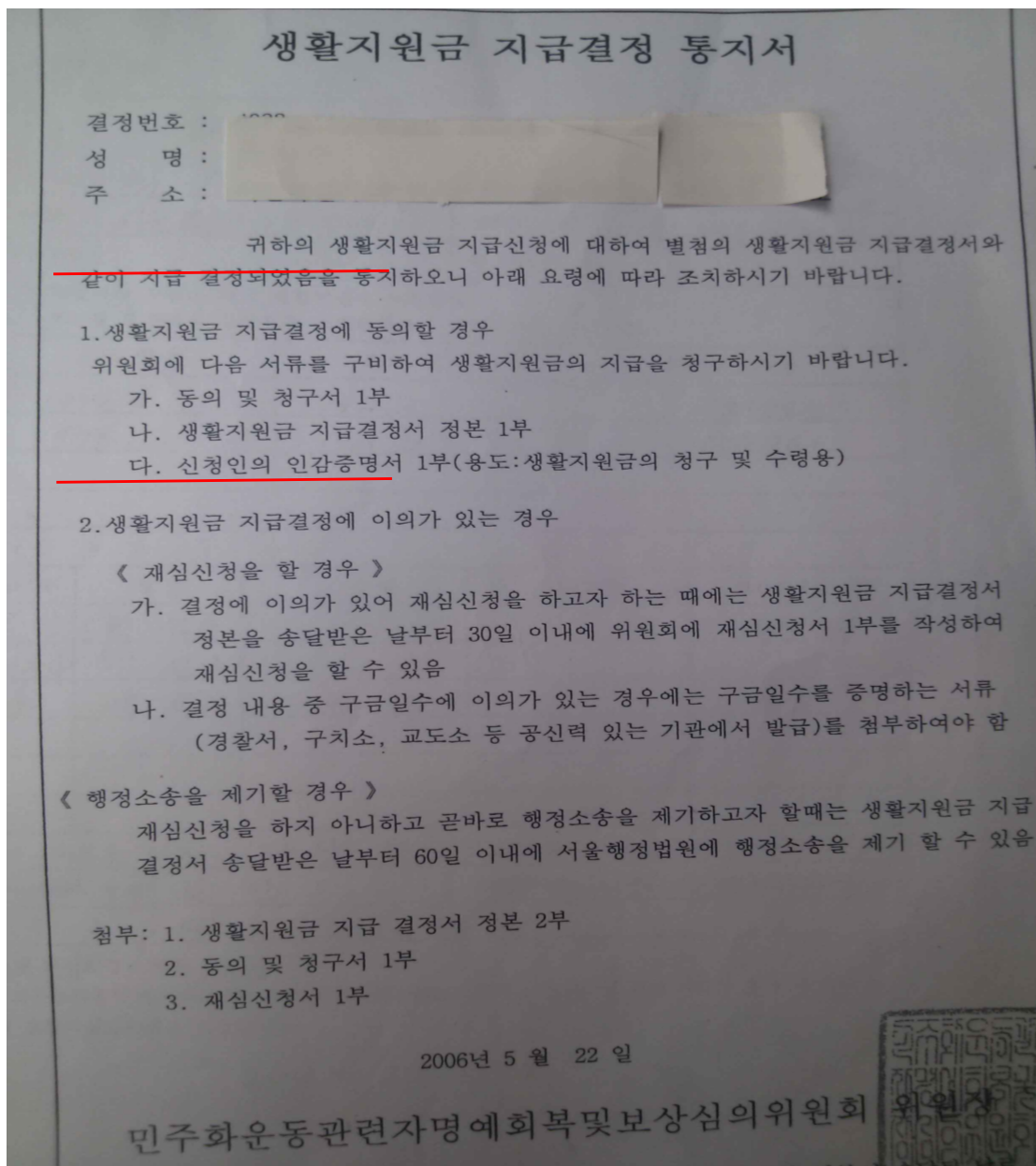
발제자가 제대로 밝힌 바와 같이 현행 민주화보상법 생활지원금 조항은 “피해자 본인의 소득과는 무관한 가구당 소득을 생활지원금 공제대상으로 함으로써 개인 피해 배상 내지 보상 개념을 일탈하고 있는 것”이다. 배상과 성격이 다른 국가 시혜적 차원의 생활지원금은 사회보장적 성격으로 보는 것이 타당하다.

셋째, 과거사 관련 법률들의 한계로 지금 사법부는 의지와 무관하게 과거청산의 최종 역할을 떠맡고 있다. 과거사 관련 위원회들이 만들어지는 과정에서 사법부가 상급심의 역할을 하리라는 우려가 제기된 지 오래다. 유독 과거사 청산의 무풍지대였

던 사법부는 과거사의 오욕을 만들었던 일 주체로서 반성하고, 맡겨진 역사적 역할에 감사하고 최선을 다할 일이다. 과거사 위원회들의 활동이 종결되었거나 종결되고 있는 현재 시점에서 많은 사람들이 우려했던 상황이 연출되고 있다. 국가를 위해 개인의 희생을 마다하지 않았던 숭고한 노력들에 대해 존경과 박수를 보내고, 소중한 사회적 자산으로 삼지 못하는 국가의 미래는 결코 희망적이지 못할 것이다. 그 교두보를 놓아야 할 사법부가 본연의 역할을 방기하거나 탄지를 거는 작금의 사태는 심각한 상황이다.

III. 별첨자료

<자료1>



() ()

대한노동건강과학연구소(이하)노동보상심의회위원회, 등록일시:2010.09.02, 발판인정번호:34074786, 다운로드일시:2013.09.05 17:17

동의 및 청구서		처리기간
		15일
<p>1. 신청인은 아래 민주화운동관련 피해에 대한 민주화운동관련사명예회복및보상등에관한법률 제11조의 규정에 의한 보상절정에 이의가 없습니다.</p> <p>2. 신청인은 그 보상결정액을 지급받고자 합니다.</p> <p>3. 그 보상금등을 받을 때에는 그 사건에 대하여 화해계약하는 것이며, 그 사건에 <u>관하여 어떠한 방법으로라도 다시 청구하지 아니하겠음을 서약합니다.</u></p>		
접수번호	병보위 보상 제 10232호	결정일자 13.3.18 13.3.18
결정주문	신청인에게 생활지원금 액수 12,342,360원을 지급	

위 <자료 1>은 실제 관련자에게 지급된 생활지원금 지급결정 통지서 사본이다. 이 통지서가 제시하는 바는 1. '생활지원금 지급에 동의할 경우', 2. '생활지원금 지급 결정에 이의가 있을 경우'만 제시되어 있다. 그렇다면 상식적으로 이 통지서를 받는 관련자들은 생활지원금 지급에 이의가 있을 경우 '재심신청' 또는 '행정소송'을 취할 수 있다는 것으로 받아들일 것이다. 동의할 경우는 하단의 첨부 2.항이 제시하고 있는 대로 '동의 및 청구서 1부'를 제출하게 될 것이다. 여기에 민주화보상법 제 18조와 관련한 설명은 전혀 없다. 토론자는 재판부가 과연 이러한 실제 내용들을 검토했는지 의문스럽다.

<자료2>에 3. '그 보상금 등을 받았을 때에는'이라는 부분이다. 생활지원금 수령을 보상금 등을 수령한 것으로 볼 수 있는가? 이 자료는 초기 자료이다. 토론자가 알기로 한참 동안 위원회는 이 동의 및 청구서를 활용하였다. 그리고 이 '보상금 등'의 부분이 '생활지원금'으로 변경된 것으로 알고 있다. 뒤에 이어지는 "화해계약 하는 것이며, 그 사건에 관하여 어떠한 방법으로라도 다시 청구하지 아니하겠음을

서약합니다” 구절이 있다. 과연 이 구절이 재판부가 제시한 효력을 갖추었다고 볼 수 있는지 여부가 궁금하다. 이 동의 및 청구서는 <자료1> 생활지원금 지급 통지서와 같이 동봉되어 발송된다. 관련자들이 이 통지를 받고 생활지원금 지급에 동의하는 경우 재판부의 판결과 같이 판단할 수 있는 단서가 있는가? 토론자는 그 단서를 찾을 수 없다. <자료2>의 3.항이 그 효력을 갖는 규정이라면 여기에 민주화보상법 18조 관련 내용이 적시되고 관련자가 동의했을 때 발생할 동의의 구체적인 효력을 명시했어야 할 것이다. 이 통지를 받은 관련자는 지급통지서의 1. 2.의 범위에서 발생하는 동의의 효력으로 이해했을 것이다. **“다시 청구하지 아니하겠다”**는 서약은 위원회에 생활지원금 지급신청을 다시 요청하지 않겠다는 뜻으로 이해했을 것이다. 토론자는 실제 사용된 서류들과 위원회 공무원들의 전화 응대나 방문시 안내·설명 어디서도 이번 재판부의 판결과 같은 결과가 초래되리라는 사실을 전달한 바를 알지 못한다. 물론 이 별첨자료에 대한 해석은 법률전문가가 아닌 토론자의 견해이다. 이에 대해 법률전문가들의 정밀한 검토를 요청드린다.

시효학살, 그 법리적 문제점

- 소멸시효와 과거사청산

이상희

시효학살, 그 법리적 문제점 - 소멸시효와 과거사청산

이상희

1. 문제제기

이용훈 전 대법원장이 2005년 취임식에서 '법원이 독립을 제대로 지켜내지 못하고 인권 보장의 최후의 보루로서 소임을 다하지 못한 불행한 과거가 있다'고 하면서 사법부 과거사 청산의 당위성을 이야기하였다. 사법부 과거사 청산의 방식에 대해 논의가 있었으나, 이용훈 전 대법원장은 2008년 법원 창설 60주년 기념식에서 '재심을 통해 그릇된 판결을 바로 잡겠다'고 발표함으로써, 개별 판결을 통한 과거사 청산을 방식을 채택하였다.

2006년부터 시작된 진실·화해를 위한 과거사정리위원회(이하 '과거사정리위원회')의 진실규명 활동에 따라 과거사 소송 역시 2006년부터 제기되었다고 볼 수 있는데, 정부가 입법을 통한 포괄적인 법적 책임을 인정하지 않은 상황에서 사법부의 과거사 청산에 기대를 갖지 않을 수 없었다.

수지김 사건(2003년)과 최종길 교수 사건(2006년)에서 국가의 시효 원용 주장을 신의칙 위반으로 배척하고 국가의 법적 책임을 인정하바 있는 법원은 과거사정리위원회가 규명한 사건에 대하여 적극적으로 국가의 법적 책임을 인정하였다. 대법원은 2010. 12. 16. 긴급조치 제1호에 대한 재심 사건을 시작으로 과거사 판결을 하였다고 볼 수 있다(친일재산 귀속 문제 등에 대해서는 그 전부터 판결이 있었음).

그런데 대법원은 잇따른 과거사 판결을 앞두고 2011. 1. 13. 위자료의 기산점을 기존 법리 및 판례와 다르게 정하여 국가의 책임을 제한하더니 2013. 5. 16. 진도보도연맹 집단희생사건에서는 국가의 법적 책임을 현저히 제한하고 사법부의 과거사청산에 대한 의지를 의심할 수밖에 없는 판결을 내놓았다.

법원의 소멸시효 법리를 통해 사법부의 과거사청산 및 그 방향과 문제에 대해 살펴보고자 한다.

2. 소멸시효와 사법부 과거사청산

(1) 사법부 과거사청산에 있어서 '소멸시효'

사법부가 위법, 부당한 공권력에 대해 제대로 대응하지 못하고 오히려 공권력의 조작, 은폐나 진실규명 방해에 적극 또는 소극적으로 담당해 왔다는 점에서 사법부의

과거사 중요한 의미를 갖는다. 그래서 이용훈 전 대법원장도 사법부 청산의 중요성을 몇 차례나 강조했다. 것이다.

재판을 통한 사법부 과거사청산이 제대로 이루어지기 위해서는 개별 재판에서 역사적 사실에 대한 이해와 당시 사법부가 처한 상황, 국민들의 기본권 침해 정도와 사법적 구제 가능성을 충분히 심리하여야 한다. 특히, 법적 장애 요소인 '재심'과 '소멸시효' 법리를 어떻게 극복할 것인가가 중요한 문제이다.

과거사 사건의 특징을 고려하지 않고 재심요건이나 소멸시효의 벽을 높게 칠 경우에는 개별 판결을 통한 과거사청산은 처음부터 불가능하다고 보아야 한다.

「중대한 인권침해 피해자를 위한 피해 구제 및 배상을 위한 기본 원칙과 가이드라인」(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. 이하 '유엔기본원칙')에서도 ① 중대한 인권침해에 대한 민사적 손해배상청구에는 시효가 적용되지 않는다, ② 정부가 중대한 인권침해의 진실을 은폐한 경우에는 실질적으로 중요한 새로운 사실이 드러나거나 정부가 그 사실을 공식으로 인정할 때로부터 시효가 진행된다는 중요한 원칙을 천명하였다.

(2) 사법부 과거사 청산의 출발점

1) 법원이 과거사 사건에서 국가측의 소멸시효 원용 주장을 처음으로 기각한 사건은 2003년 수지김 사건이다. 법원은 국가가 홍콩살인사건에 대하여 진실을 은폐, 조작하다가 이제 와서 홍콩살인사건의 진실을 알지 못했던 원고들에게 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의칙상 또는 형평의 원칙상 허용될 수 없다고 보았다.⁸⁹⁾

그 후 최종길 교수 사건⁹⁰⁾에서도 국가측의 소멸시효 항변을 배척하고 국가의 법적 책임을 인정하였는데, 두 사건 모두 국가가 하급심에서 상소를 포기하여 대법원 판결로까지 이어지지 못했다.

그 후 대법원은 2011년 울산보도연맹⁹¹⁾과 문경학살사건⁹²⁾에서 역사적인 판결을 하였다.

2) 울산보도연맹 사건과 문경학살 사건은 공권력의 위법, 부당한 집단학살 직후 희생자 유족들이 사법적 구제를 받을 수 없었던 구체적인 상황을 심리하고, 과거사정리위원회가 진실규명을 할 때까지는 객관적으로 권리를 행사할 수 없다고 판단하면서 소멸시효 원용 주장을 배척하였다.⁹³⁾

89) 서울중앙지방법원 2003. 8. 14. 선고 2002가합32467 판결

90) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결

91) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결

92) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결

93) 법원은 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결 이래 소멸시효 원용이 권리남용으로 되는 일반적인 기준으로 다음 네 가지 유형을 제시하고 있는데, 다음과 같다.

더욱이 법원은 한국전쟁 당시 벌어진 공권력의 집단학살에 대하여, '국가가 그 성립 요소인 국민을 보호할 의무를 부담하고 어떠한 경우에도 적법한 절차 없이 국민의 생명을 박탈 할 수 없음'에도 '진실을 은폐하고 진상규명을 위한 노력조차 기울리
 한 피고가 이제 와서 뒤늦게 문경학살 사건의 유족인 원고들이 과거사정리위원회의 진실규명결정에 따라 진실을 알게 된 다음 제기한 이 사건 소에 대하여 미리 소
 를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효 완성의 항변을 하여 그 채무이
 행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없
 다'고 하였다.

울산보도연맹과 문경학살 사건에 대한 대법원 판결은, 집단학살 사건이 은폐되고
 과거사정리위원회의 진실규명 전까지 유족들이 법원에 국가배상청구 소송을 제기할
 수 없었던 상황을 정확히 파악하였으며, 사법부 과거사 청산의 취지에 부합하여 소
 멸시효 항변을 배척하였던 것이다.

3) 과거사 사건은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. ① 위법 또는 현저히 부당한 공
 권력의 행사로 발생한 사망, 상해, 실종, 그 밖에 중대한 인권침해 사건과 조작 의
 혹 사건, ② 공권력의 조작 또는 은폐와 진실규명 방해

한국전쟁 민간인학살 사건도 왜곡과 축소가 조직적으로 이루어졌는데, 문경학살사
 건만 보더라도 초기에 정부가 국군을 가장한 공비에 의한 학살사건으로 진상을 은
 폐, 조작하려고 했다.

한국전쟁 당시 민간인학살 사건으로는 유일하게 정부차원의 조사가 진행되었던 거
 창 신원면 민간인학살 사건의 경우도(국회 비공개 회의에서 폭로되어 조사가 진행
 됨), 당시 국방장관 신성모가 경남지구계엄사령부 김종원 대령과 모의하여 9연대 장
 병들을 공비로 위장시킨 다음 현장 답사를 나온 국회조사단에 충격을 가하게 하여
 현장에 접근하지 못하게 하고, 김종원이 동원한 주민들의 위증(공비들과 통모한 자
 들이 학살되었다는)만 듣게 하여 사실을 은폐, 조작하였다. 4. 19. 직후 진상규명을
 위한 움직임이 있었으나, 5. 16. 쿠데타 직후 박정희 군부는 피학살조사명부, 유골발
 굴일지와 수집철, 유족회원명단, 고발장 등 진상규명의 단서가 될 만한 자료는 남김
 없이 압수하고, 희생자들의 유골을 안장한 합동묘를 파헤쳐 유골을 화장해 버리고
 위령비를 깨뜨려 땅에 파묻어 버렸다. '부관참시', '제2의 학살'이라고 할 철저한 탄
 압을 겪으며 민간인 학살은 금기어가 되었고, 피학살자 유족들은 오히려 사찰을 당
 했다. 이는 특정 지역의 학살 피해 유족들에게만 일어난 사건이 아니라, 전국적으로

-
- ① 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효 중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우
 - ② 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었던 경우
 - ③ 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 채권자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우
 - ④ 채권자 보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무 이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 경우

일어난 사건이다. 과거사정리위원회는 ‘5. 16 쿠데타 직후 인권침해 사건’이란 제목으로, 한국전쟁 중 군경에게 집단 살해된 피학살 유가족의 인권침해 실태를 조사하기도 하였다.

따라서, 객관적 장애사유와 채권자 보호의 필요성을 이유로 국가의 소멸시효 원용주장을 배척한 것은 과거사청산의 취지에 부합한 것으로서, 위 대법원 판결 모두 중요한 의미가 있다.

4) 법원은 재심무죄 피해자가 제기한 국가배상청구 소송에서도 객관적 장애 사유 이외에 채권자 보호의 필요성을 소멸시효 항변의 배척 사유로 제시하였다.

예를 들어, 아람회 사건에서 대법원은 ‘교사, 대학생, 대학교 강사, 새마을금고 직원, 경찰공무원, 검찰공무원 등 우리 사회에서 평범한 일상을 살아가던 무고한 시민들인 원고 박해전 등이 민족통일의 염원과 민주주의에 대한 갈망으로 용기 있게 광주 민주화항쟁에 관한 진실을 알리는 등 신군부세력의 헌정질서파괴범행을 저지하거나 반대함으로써 헌법의 존립과 헌정질서를 수호하기 위한 반독재민주화 운동을 펼쳤고, 이들과 같은 소수의 용기 있는 시민들의 민주화에 대한 열망과 노력이 다른 아닌 나라의 민주화에 큰 밑거름이 되었음에도 불구하고, 그 과정에서 이들은 불법체포, 구금되어 극심한 고문을 당한 끝에 유죄판결을 선고 받고 수년간 복역하였을 뿐만 아니라 출소한 이후로도 오랜 기간 억울한 누명을 쓰고 신체적, 정신적, 경제적인 어려움, 사회적 고립과 냉대를 겪어야 했으며, 그 가족인 나머지 원고들 역시 이들의 위와 같은 고통과 명예를 함께 짊어져야 했던 점 등에 비추어, 이 사건에서 피해를 당한 원고들을 보호할 필요성은 심대한 반면 피고의 위자료채무에 대한 이행거절을 인정하는 것은 현저히 부당하고 불공평하다 할 것이므로, 결국 피고의 이 사건 소멸시효 완성 항변은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다’는 원심 판결을 그대로 인용하였다(대법원 2010다28833 판결).

그 외 인혁당 재건위 사건(대법원 2010다6680 판결)이나 조용수 사건(대법원 2010다35572)에서도, 채권자 보호의 필요성이 큰 반면 국가의 채무 이행거절을 인정하는 것은 현저히 부당하거나 불공평하다고 판단하였다.

(3) 사법부 과거사 청산에 제동을 건 판결 - 진도보도연맹 대법원 판결

1) 진도보도연맹 대법원 판결⁹⁴⁾

대법원은 2011. 1. 13. 처음으로 재심무죄 피해자들이 제기한 국가배상청구에 대한 판결을 하였다. 그 당시 대법원이 잇따른 과거사 사건의 기준을 제시할 거라는 점에서 주목을 받았는데⁹⁵⁾, 대법원은 ‘과잉배상’의 문제를 제기하면서 이자 기산점을

94) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결(이하 ‘진도보도연맹 대법원 판결’이라고만 함)

기존의 법리와 다르게 사실심 변론종결일로 변경하는 판결을 하였다(대법원 2010다 35572, 2010다28833, 2009다103950, 2010다1234 판결 등). 과거사 사건에 대해 ‘장기간의 세월’, ‘통화가치의 상당한 변동’이라는 불명확한 개념을 동원하여 굳이 기존 법리까지 무시해가면서 손해의 범위를 축소했다는 비판을 받고 있다.

그런데 더 나아가 대법원은 2013. 5. 16. 국가의 법적 책임을 상당히 제한하는 소멸시효 법리를 만들어 적용함으로써, 개별 재판을 통해 사법부 과거사 청산을 하겠다는 기존 입장에 역행하는 판결을 하였다.

2) 진도보도연맹 대법원 판결의 내용

진도보도연맹 대법원 판결은 소멸시효와 관련하여 다음과 같이 판결하였다.⁹⁶⁾

① ‘채권자에게 객관적으로 자신의 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다는 사정을 들어 소멸시효 완성의 항변이 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다고 평가하는 것은 소멸시효의 기산점에 관하여 변함없이 적용되어 왔던 법률상 장애와 사실상 장애의 기초적인 구분 기준을 일반 조항이 신의칙을 통하여 아예 무너뜨릴 위험이 있으므로 매우 신중하여야 한다’고 하면서, ‘망인들이 전쟁기간 중에 경찰 등에 의하여 자행된 기본권 침해행위에 의하여 희생되었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 원고들이 한국전쟁 종료 후 50년 이상이 지난 다음 과거사정리법이 제정되고 정리위원회 결성이 있을 때까지 피고를 상대로 손해배상청구를 하는 것이 불가능한 개관적 장애사유가 있었다고 쉽게 단정할 수 없다’

② ‘국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 볼 수 없는 것이 아니므로 이 역시 국가가 아닌 일반 채무자의 소멸시효 완성에서와 같은 특별한 사정이 인정될 때만 가능하다’고 판시하면서, ‘채권자보호의 필요성이 큰 상태에 채무자가 동일하게 시효가 완성된 다른 채권자에게는 임의로 변제를 하면서 당해 채권자에 대해서만 소멸시효 완성을 들어 채무 이행을 거절하는 것과 같은 정도의 특별한 사정이 있어 시효완성을 인정하면서 현저히 부당하거나 불공평한 결과가 발생할 수밖에 없는 등의 경우를 의미한다 할 것인데, 이 사건에 그러한 정도의 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다’

③ ‘국가가 과거사정리법의 제정을 통하여 수십 년 전의 역사적 사실관계를 다시

95) 과거사정리위원회의가 2006년부터 2010년까지 활동하였기 때문에 과거사정리위원회의 진실규명을 전제로 한 국가배상청구 소송이 2007년 이후부터 대거 제기되었는데, 노무현 정부 때는 국가측이 상소를 하지 않아 대법원 판단을 받아볼 수 없다가 이명박 정부 들어 대법원이 과거사에 대한 입장들을 내놓기 시작했다.

96) 진도보도연맹 대법원 판결은 과거사정리위원회 결정의 증명력에 대해서도 판단하였는데, 과거사정리위원회의 결정을 하나의 ‘증거’로 보고 별도의 증거조사가 필요하다고 판단하였다. 이에 대해, 과거사정리법 및 과거사정리위원회 설립 취지를 무시하고 결과적으로 사건을 진실규명이 없었던 원점으로 다시 돌려 놓았다는 비판을 받고 있다.

규명하고 피해자 및 유족에 대한 피해 회복을 위한 조치를 취하겠다고 선언하면서도 그 실행방법에 대해서는 아무런 제한을 두지 아니한 이상, 이는 특별한 사정이 없는 한 그 피해자 등이 국가배상청구의 방법으로 손해배상을 구하는 사법적 구제방법을 취하는 것도 궁극적으로는 수용하겠다는 취지를 담아 선언한 것이라고 볼 수밖에 없고 거기에서 파생된 법적 의미에는 구체적인 소송 사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지가 내포되어 있다고 할 것'이라고 하면서, 유족들이 과거사정리위원회의 '결정에 기초하여 상당한 기간 내에 권리를 행사할 경우 피고가 적어도 소멸시효 완성을 들어 권리 소멸을 주장하지는 않을 것이라는 데 대한 신뢰를 가질 만한 특별한 사정이 있다고 봄이 상당하다. 그럼에도 불구하고 피고가 원고들에게 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의 성실의 원칙에 반하는 권리남용에 해당한다'

3) 진도보도연맹 대법원 판결에 대한 비판

진도보도연맹 대법원 판결은 객관적 장애사유를 인정하지 않고, 채권자 보호의 필요성과 관련해서도 국가를 일반 채무자와 구별할 필요가 없다고 하면서 국가가 아닌 일반 채무자의 소멸시효 완성에서와 같은 특별한 사정이 인정될 때만 권리남용에 해당한다고 판단하였는데, 이에 대해 사법부가 과거사청산의 의지를 포기하거나 후퇴시킨 것이 아닌가라는 의문을 제기하지 않을 수 없다.

국민이 정부에 권력의 독점을 이양한 것은 국민의 보호를 위한 것으로, 헌법 제10조에서도 '국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다'고 규정하고 있다. 그래서 사인간의 법률 문제를 사법부에 가지고 가서 해결을 요청하는 것이다. 그러나 정부가 그러한 공권력을 남용하여 국민의 생명과 자유를 침해하는 경우, 이를 일반 사인간의 문제와 동일선상에서 보는 것은 문제의 본질을 회피하는 것이다. 사법부가 과거사 청산의 중요성을 수차례 강조하고 유엔이 유엔기본원칙을 통해 중대한 인권침해에 대한 민사적 손해배상청구에 대하여 소멸시효가 적용되지 않는다고 한 것은, 공권력에 의한 인권침해가 사인간의 인권침해와 다른 의미를 갖기 때문이다.

따라서, 공권력에 의한 국민의 기본권 침해와 개인간의 분쟁을 동일선상에서 보는 것은 공권력에 의한 인권침해의 중대성과 그 특징을 고의적으로 무시한 것이며, 중국에는 과거사청산을 포기하겠다는 것과 다를 바 없다고 생각한다.

진도보도연맹 대법원 판결 이후 하급심 법원과 대법원은, 재심 무죄 피해자들이 제기한 소송 이외의 과거사 소송에서 '객관적 장애사유'나, '채권자 보호의 필요성'에 대하여 일절 판단을 하지 않고 진도보도연맹 판결을 따르고 있다. 예를 들어, 통영 민간인 학살 사건에서 1심 법원은 객관적 장애사유와 채권자 보호의 필요성을 근거

로 국가의 소멸시효 주장 원용을 배척했는데(서울중앙지방법원 2013. 5. 1. 선고 2012가합526022 판결), 진도보도연맹 대법원 판결 이후에 선고된 항소심에서 서울고등법원은 '채무자가 시효를 원용하지 않을 거 같은 태도를 보여 채권자로 하여금 신뢰하게 한 경우'에 해당한다고 보아 시효를 배척하였다(서울고등법원 2013. 12. 20. 선고 2013나2009206 판결).

참고로, 재심무죄 피해자가 제기한 국가배상청구 소송에서도, 진도보도연맹 대법원 판결 이후에는 객관적 장애사유만 판단하고 채권자 보호의 필요성에 대해서는 판단을 하지 않고 있다.

이러한 점에서 진도보도연맹 대법원 판결의 가장 큰 문제는, 과거사정리위원회의 진실규명을 거치지 않은 사건들의 경우 위 판결 때문에 국가의 법적 책임을 묻는 것이 어려울 수 있다는 점이다. 진도보도연맹 대법원 판결이 재심무죄 피해자들의 국가배상청구 소송을 제외한 일반 과거사 사건에서 하나의 기준으로 작용하고 있는데, 위 판결에서 대법원이 객관적 장애사유와 채권자 보호의 필요성을 상당히 제한적으로 해석하여 과거사 사건에서 인정 가능성을 일응 차단하고 있는바, 과거사정리위원회의 진실규명을 거치지 않은 사건의 경우 공권력이 진실을 은폐, 조작 또는 진실규명을 방해하였다고 하더라도 국가에 법적 책임을 묻는 것이 어려울 수 있기 때문이다.

실제 위 대법원 판결 직후, 진실규명 신청을 하지 않고 직권으로 과거사정리위원회의 진실규명 결정을 받아 국가배상청구 소송을 제기한 유족에 대해 법원이 진도보도연맹 대법원 판결(진실규명신청조차 없었던 경우에는 국가의 소멸시효가 권리남용에 해당하지 않는다는)을 근거로 국가 책임을 인정하지 않은 판결을 했었다(서울중앙지방법원 2013. 5. 24. 선고 2011가합103477 판결 등). 참고로, 진실규명신청 여하에 따라 같은 사건의 피해자들에 대한 구제 여부가 달라지는 것은 과거사정리법의 취지에 반하고 상당히 불합리하다는 비판이 거세게 제기되자, 대법원은 그 후 '특별한 사정'이 있는 경우로 해석하여 미신청자도 구제하였다(대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다1662 판결).

그러나 대법원이 '특별한 사정'에 대해 별도로 기준을 제시하지 않았고 개념도 모호하며 원칙의 예외에 해당하므로, 과거사정리위원회를 거치지 않은 사건의 경우 법원에서 국가의 법적 책임에 대해 어떻게 판단할지 의문이다.

3. '상당한 기간'과 사법부 과거사청산

(1) 앞에서 살펴본 바와 같이 유엔기본원칙에서 정부가 중대한 인권침해의 진실을 은폐한 경우에는 실질적으로 중요한 새로운 사실이 드러나거나 정부가 그 사실을 공식으로 인정한 때로부터 시효가 진행된다는 중요한 원칙을 천명하였다.

과거사 사건 대부분이 과거사 관련 정부기구에서 규명되거나 형사 재심 사건을 통해 진실이 규명되므로, 늦어도 진실규명 결정이 나거나 재심 무죄 판결이 확정된 때로부터 시효가 다시 진행된다고 보아야 한다.⁹⁷⁾

울산보도연맹 사건이나 문경사건에서 대법원은 국가의 시효 원용 주장만 배척하였고, 상당한 기간 내에 소를 제기해야 한다는 점에 대해서는 별도의 판단을 하지 않았다. 하급심들은 재심판결확정일로부터 소송 제기일까지 소멸시효가 새롭게 진행된다는 취지로 판결하였다(서울중앙지방법원 2012. 10. 18. 선고 2012가합510850 판결, 서울중앙지방법원 012. 6. 22. 선고 2012가합504138 판결. 위 판결들에서 법원은 ‘재심판결확정일로부터 이 사건 소제기일까지 피고가 주장하는 소멸시효 기간이 지나지 않았음이 역수상 명백하다’고 판시하였음).

(2) 그런데, 진도보도연맹 대법원 판결에서는, ‘상당한 기간 내 소제기’를 권리남용의 판단 요소 중 하나로 명시했다. 그리고 상당한 기간에 대해 ‘채권자와 채무자 사이의 관계, 신뢰를 부여하게 된 채무자의 행위 등의 내용과 동기 및 경위, 채무자가 그 행위 등에 의하여 달성하려고 한 목적과 진정한 의도, 채권자의 권리행사가 지연될 수 밖에 없었던 특별한 사정이 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단’해야 한다면서, ‘신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 이념으로 삼고 있는 소멸시효 제도에 대한 대단히 예외적인 제한에 그쳐야 할 것이므로 위 권리행사의 “상당한 기간”은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효 정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 한다’고 판시하였다. 그러면서 위 대법원은, 진도보도연맹 사건의 경우 진실규명 결정 이후 단기소멸시효 기간 경과 직전까지 피고의 입법적 조치를 기다린 것이 상당하다고 볼 만한 특수한 사정(과거사정리위원회의 배보상 특별법 제정 건의와 국회 발의 등)이 있다고 하면서, 결정일로부터 2년 10개월이 경과한 후에 소를 제기해도 상당한 기간 내에 소를 제기한 것이라고 보았다.

진도보도연맹 대법원은 판결은 민법(제179조부터 제182조)에서 시효 정지의 경우 권리행사기간을 1개월부터 6개월까지 다양하게 규정하고 있는데 그 기준도 제시하지 않고 막연히 ‘시효 정지의 경우에 준한다’고만 판단하였을 뿐 아니라,⁹⁸⁾ 국가측의 소멸시효 항변이 부당하여 배척한 마당에 채권자 보호를 위해 국가배상청구권의 소멸시효를 적용해야 하는데도 민법에서 특별한 경우에 인정되는 시효정지 규정을 준용하여 국가배상청구권의 단기 소멸시효 기간보다 훨씬 짧은 기간을 정한 것은 상

97) 이와 관련해서는, 법원이 국가의 법적 책임을 처음으로 인정한 울산보도연맹 사건의 대법원 판결일을 기산점으로 해야 한다는 주장도 있다(이재승, 「집단살해에서 소멸시효와 신의칙」, 『한국전쟁 민간인 학살사건에서의 소멸시효 문제』, 민주사회를 위한 변호사 모임 토론 자료집, 2013).

98) 대법원의 모호한 판결 때문에, 하급심 법원도 ‘소멸시효 항변을 저지하기 위한 손해배상청구권을 행사하여야 할 “상당한 기간”은 원칙적으로 민법상 시효정지의 경우에 준하여 권리남용사유 종료일로부터 1월 내지 6월 이내라고 할 것인바’라고 함으로써(서울중앙지방법원 2013. 10. 10. 선고 2013가합14151 판결), 그 기준도 제대로 정하지 못하고 판단을 하였다.

당히 부당하다(시효정지 규정을 준용한 것은 법리적으로도 문제가 많은데, 이 글에서는 생략하기로 함).

(3) 진도보도연맹 대법원 판결 이후 하급심 법원과 대법원은 한국전쟁 민간인 학살 관련한 소송에서 '상당한 기간'을 3년으로 보고 판단하고 있는데, 그 외의 과거사 사건에서 '상당한 기간'을 어떻게 판단해야 하는지가 쟁점이 되고 있다.

2000년 후반부터 하급심 법원이 재심무죄 피해자가 제기한 국가배상청구 소송에서 국가의 법적 책임을 인정하였고 대법원도 2011. 1. 13. 이후부터 이러한 판결에 합류하였는데, 진도보도연맹 대법원 판결 이전까지만 하더라도 법원은 민법 제766조 단기 소멸시효를 적용하여 재심무죄판결 확정일로부터 3년 이내에 소송을 제기하면 법적 책임을 인정하는 것으로 판단하였다.

대법원이 2011. 1. 13.에 선고한 사건 중 하나인 아람회 사건(대법원 2010다28833 판결)만 보더라도 형사재심사건이 2009. 5. 21. 선고되어(서울고등법원 2000재노6) 1주일 뒤인 2009. 5. 28.에 확정되었고, 형사보상신청 건은 2010. 10. 13. 결정되었으며(서울고등법원 2010코13), 1심 국가배상청구 소송은 2011. 4. 28.에 제기되었다(서울중앙지방법원 2011가합41944). 그 외 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다201380 판결⁹⁹⁾, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2013다203253 판결¹⁰⁰⁾, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다77825 판결¹⁰¹⁾들도 '6개월'과 무관하게 판결을 하였다.

피해자들로서는 재심판결 확정일로부터 3년 이내에 소송을 제기하면 구제받을 수 있다는 신뢰가 형성되었다.

진도보도연맹 대법원 판결 이후에도 하급심들은 재심무죄 국가배상청구 소송에서, 진도보도연맹 대법원 판결을 인용하면서도 '상당한 기간'의 '특별한 사정'이 있는 경우에 해당한다고 보고 법적 책임을 인정하였다.

서울중앙지방법원 2013. 10. 31. 선고 2013가합531595 판결 등 :

과거사정리위원회에서 특별법 위반으로 처벌받은 다수 사건 조사하여 진실규명 결정을 하였고, 과거사정리기본법에서는 정부에게 과거사정리위원회의 조사 및 결정을 받은 피해자 및 유가족의 피해를 회복하기 위하여 적절한 조치를 취할 의무를 명시적으로 부과하고 있으므로, 이에 비추어 보면 원고들이 피고가 입법 기타 조치

99) 재심무죄 피해자들이 제기한 국가배상청구 소송에서, 대법원은 재심무죄판결 확정일로부터 3년 내에 제기된 손해배상청구 소송에서 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다는 하급심 판결을 그대로 인용했다.

100) 원고가 재심 무죄판결 확정일로부터 약 11개월 경과하여 손해배상청구의 소를 제기하였는데, 대법원은 재심판결 선고일로부터 민법 제766조 제1항의 소멸시효 기간인 3년 내에 제기된 이 사건 손해배상청구 소송에서 피고가 원고들에 대하여 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다고 판단한 원심을 인용하였다.

101) 재심무죄 판결 확정일로부터 약 11개월, 형사보상결정 확정일로부터 6개월 이상 지난 시점에 소송 제기된 사건이다.

를 통하여 원고들에게 피해보상 등을 위한 적절한 조치를 취하리라고 기대하여 재심 판결이 확정된 뒤 즉시 손해배상청구권 행사에 나서지 않음으로써 권리행사가 지연될 만한 특별한 사정이 있었다고 보임. 따라서 상당한 기간 내에 행사한 것으로 판단.

서울중앙지방법원 2013. 7. 2. 선고 2012가합532683 판결 등 :

원고들이 재심판결 확정일로부터 1년이 경과한 후 소제기하였으나, 피고의 불법행위 성질, 그로 인한 손해배상채권의 규모 및 그 청구권자의 범위, 유사한 국가배상사건의 진행상황 등을 고려할 때 신의칙상 상당한 기간 내에 권리 행사하였다고 봄이 타당하다고 판단.

서울중앙지방법원 2013. 10. 4. 선고 2013가합514774 판결 :

국가권력기관의 국민에 대한 불법 체포, 구금과 고문 등 가혹행위는 결코 일어나서는 안될 위법행위일 뿐 아니라 다시 되풀이되어서도 안될 중대한 인권침해에 해당하고, 국제적으로도 이와 같은 중대한 반인권적 행위에 대하여는 공소시효의 적용을 배제하여야 한다는 논의가 지속되고 있으며, 이러한 경우 민사상으로도 소멸시효로 피해회복의 길을 봉쇄하는 것이 타당하지 않다. 상당한 기간을 6개월로 제한할 이유를 찾아볼 수 없고, 원고들이 권리를 행사하여야 하는 기간은 손해 및 가해자를 안 때로부터 3년이라고 해야 한다. 즉, 처음부터 5년 소멸시효 적용이 없었던 것으로 보아 3년 소멸시효 기간만 남는다고 판단.

서울고등법원 2013. 11. 14. 선고 2013나2008463 :

채권자는 사실상의 장애사유가 해소된 때로부터 신의칙상 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 하나, 그 '상당한 기간'은 일률적으로 6개월로 볼 것은 아니고 구체적인 개별 사건에서 소멸시효 제도의 취지, 소멸시효 기간, 채무자의 소멸시효 주장이 권리남용으로 인정된 이유, 채권자의 보호 필요성 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다고 하면서, 상당한 기간을 3년으로 판단.

(4) 그런데 대법원이 다시 한 번 재심무죄 피해자에 대한 법적 책임을 제한하는 판결을 하였다.

즉, 대법원은 2013. 12. 12. 재심무죄 피해자가 제기한 국가배상청구 사건에서, 신의성실의 원칙을 들어 시효 완성 효력을 부정하는 것은 예외에 그쳐야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그러한 장애요소가 해소된 무죄판결 확정일로부터 민법상 시효 정지 경우에 준하는 6개월 내에 권리 행사해야 하고, 다만, 6개월 내에 제기하지 않았다 하여도 그 기간 내에 형사보상법에 따른 형사보상청구를 한 경우 소멸시효 항변을 저지할 수 있는 권리행사의 '상당한 기간'은 이를 연장할 특수한 사정이 있다고 할 것이고, 그 때는 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내에 제기하면 상당

한 기간 내에 행사한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다(대법원 2013다201844 판결). 이 판결 이후 하급심 법원은 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 또는 형사보상결정 확정일로부터 6개월을 '상당한 기간'으로 보고 있다.

국가의 법적 책임을 인정한지 얼마 되지 않은 법원이 그 전까지 '무죄 판결 확정일로부터 3년' 이내에 소송을 제기하면 법적 책임을 인정하였는데, 이러한 법원의 관례만 믿고 늦게 소송을 제기한 피해자들은 2013. 12. 12. 선고된 대법원 판결 때문에 국가에 법적 책임을 묻지 못할 위기에 처하게 되었다. 특히 소송을 같이 시작했는데, 하급심 재판부의 진행 속도에 따라 2013. 12. 12. 선고 이전에 사건이 종결된 경우에는 국가의 법적 책임을 물을 수 있었는데, 그 후에는 법적 책임을 묻지 못하는 어처구니없는 일들이 일어나고 있다.

최근에 이러한 불합리한 결과를 일정 정도 조정하기 위한 것인지 알 수 없으나, 대법원이 재심무죄 피해자와 그 가족들이 제기한 국가배상청구 사건에서, 재심 대상 사건 당사자는 재심무죄판결 확정일 또는 형사보상결정일로부터 6개월을 원칙으로 하되 지연될 수밖에 없었던 특수한 사정이 있었는지 여부를 판단해야 할 것이나, 불법구금 및 가혹행위를 당한 가족의 경우 과거사정리위원회에서 위 불법구금 및 가혹행위에 대해 진실규명한 날로부터 3년 이내에 소송을 제기했으므로 상당한 기간 내에 권리행사한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다215973 판결).

(5) 이와 같이 법원은 국가의 법적 책임을 최대한 제한하기 위해 기존 법리를 무시해가면서 원칙과 예외를 만들고, 수시로 판례를 변경하여 법적 안정성까지 포기하고 있다. 대법원은 법 논리가 아니라 정치적 논리에 따라 대법원이 견지해야 할 법적 안정성을 훼손하고 있으며, 인권의 보루이자 과거사청산의 보루로서의 역할을 방기하고 있다.

4. 결론

과거사 사건에서 중요한 원칙은 진실규명과 가해자 처벌, 그리고 피해자 구제이다. 공소시효와 가해자의 생존 여부가 불확실하여 가해자에 대한 형사처벌이 어려운 상황에서, 가해자측에 법적 책임을 물을 수 있는 유일한 방안은 국가배상책임이다. 국가배상책임이 인정되기 위해서는 소멸시효의 법리적 장애를 극복해야 하는데, 소멸시효의 법리적 장애를 처음부터 제거하는 방법은 가해자인 정부가 소멸시효 주장을 포기하거나 입법으로 해결하는 것이다. 그러나, 정부는 과렴치하게 이미 규명된 진실마저 부인하며 소멸시효를 즐기치게 주장하고 있고, 배보상을 위한 법안은 국회에서 빛도 보지 못하고 있다.

결국 인권의 최후 보루인 사법부의 판단만이 남아 있는 상황이다. 그래서, 사법부의 과거사청산 의지가 더 절실하게 요구된다고 할 것이다. 법원이 그 동안 저지른 비겁한 모습에서 벗어나 좀 더 과감하게 국가의 법적 책임을 물어 더 이상 중대한 인권침해나 인도에 반한 죄가 되풀이 되지 않도록 해야 할 것이다.

소멸시효와 범의 정신

최광준

소멸시효와 법의 정신

최광준

과거사문제는, 집단학살사건을 포함하여 그 모두가 국민의 인권에 대한 침해사건들을 의미한다. 과거사 사건을 여러 유형, 사건별로 분류할 수 있겠지만, 이들은 모두가 '인권침해사건'으로 포괄할 수 있다. 따라서 과거사 문제의 해결을 위한 각종 소송사건들은 이러한 인권침해의 문제를 해결하기 위한, 즉 인권의 회복을 위한 노력들이라고 볼 수 있다.

애초에 과거사에 대한 진상규명을 생각하는 단계에서부터 정부는 이 문제의 해결을 위한 포괄적인 로드맵을 구상했어야 했다. 이러한 포괄적인 구제방안을 고민하지 못했기 때문에, 현재 직면하고 있는 여러 가지의 문제들이 발생하고 있다고 생각한다. 그 문제 중의 하나가 진상규명을 해 놓고, 이제 와서 책임은 질 수 없다면서 소멸시효완성을 주장하는 피고 국가의 문제이다. 이에 대해 사법부는 어떠한 판단을 해야 하겠는가? 인권회복을 위한 사법부의 소임은 무엇인가?

민법상의 소멸시효 규정과 그 취지

- 소멸시효는 소송법상 항변의 사유로써, 채무자가 항변하지 않으면 적용되지 않는 것이다.
 - 청구, 압류·가압류·가처분 및 채무자의 승인 등 중단의 사유가 발생하면, 중단까지 진행된 기간을 산입하지 않고, 중단 이후부터 새롭게 시효가 진행된다. (민법 제178조)
 - 소멸시효가 완성되었을 경우에도 (채무자는 시효의 완성을 주장하여 책임을 회피하지 않고), 시효의 이익을 포기할 수 있다. (민법 제184조)
 - 시효가 완성될 줄 모르면서 한 번제라도 그것이 도의관념에 적합한 경우에는 그 반환을 청구하지 못한다. (민법 제744조)
 - 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다. 따라서 소멸시효기간의 기산점은 '권리를 행사할 수 있는 때'이고, 그 반대해석상 권리를 행사할 수 없었다면 권리가 발생하였더라도 소멸시효가 진행하지 않는다. (민법 제166조 제1항)
 - 불법행위에 있어서는, "그 손해 및 가해자를 안 날로부터" 시효가 진행한다. (민법 제766조 제1항)
- 평가: 우리 민법상의 소멸시효 규정을 평가해 보면, 시효에 따른 권리의 소멸을 인정은 하지만, 채무자가 시간의 경과를 이유로 손쉽게 실제적 권리·의무관계를

부정하는 것을 막으려는 의도가 내재되어 있다고 할 수 있다.

소멸시효제도의 존재이유

일반적으로 소멸시효 제도의 존재이유로 ① 법적 안정성의 제고, ② 입증곤란의 구제, ③ 권리행사의 태만에 대한 제재의 세 가지를 든다.

① 법적 안정성의 제고

일정한 사실상태가 오랫동안 계속되면, 사회는 이것을 진실한 권리관계에 부합하는 것으로 믿게 되고, 그것을 기초로 하여 다수의 새로운 법률관계를 맺어 새로운 사회질서가 형성되기 때문에 이를 보호하자는 것이다. 이것이 지켜지지 않으면, 거래의 안전이 위협되고, 사회질서가 문란하게 될 수 있다고 한다. 그런데 국민을 보호해야 하는 국가가 국민의 인권을 침해하고, 그 우월적 지위를 이용하여 오랜 기간 동안 권리구제를 막고 있었던 경우에도, 이제 와서 국가가 책임을 다하는 것이 거래의 안전을 위협하고 사회질서를 문란하게 하는 것일까? 오히려 그 반대가 되어야 하지 않을까?

② 입증곤란의 구제

불법행위사건에 있어서는 원칙적으로 청구자가 행위와 손해 사이의 인과관계 등 모든 요건을 입증해야 하는데, 실제 소송에 있어서는 다툼이 있는 경우 피청구인도 반대의 입증을 하여 청구인의 주장을 배척할 필요가 있게 된다. 이때에 반대입증의 곤란을 구제하기 위해서 소멸시효가 존재한다는 것이 하나의 논거가 된다. 일면 타당성을 가지는 논리이다. 과거인권침해사건에 있어서와 같이, 어려운 과정을 거쳐 입증자료가 확보되어 현존하는 경우에도 소멸시효를 적용하는 독자적 논거가 되기 어렵다.

③ 권리행사의 태만에 대한 제재

시효제도의 존재이유로서 '법은 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다.'는 격언이 자주 인용되고 있지만, 일반적으로 권리자에게 권리행사의 법적 의무가 부과된 것이 아니라면 왜 권리불행사가 권리의 박탈이라는 결과를 가져오는지 설명하기 어렵다. 더구나 과거인권침해사건에 있어서는 그동안 소를 제기하지 못한 피해자들에게 권리행사의 태만을 비난할 수는 없을 것이다.

소멸시효제도의 존재이유를 국가의 국민에 대한 인권침해사건에 적용해 보면, 그 어느 것도 정당한 논거가 되기 어렵다는 점을 알 수 있다.

법적안정과 구체적 타당성

소멸시효완성의 주장을 받아들이는 것이 법적안정을 지키는 길이고, 신의칙 등을 적용하여 소멸시효 주장을 배척하는 것은 구체적 타당성을 추구하는 것인데, 이 두 가지가 서로 대립한다는 것이 일반적인 논리이다. 그런데, 피고인 국가의 소멸시효 완성주장을 받아들여, 국가가 국민에 대한 인권침해에 대한 책임을 지지 않도록 하는 것이 우리 사회의 법적안정성을 지켜 나가는 길일까? 오히려 이런 특별한 경우에 있어서는 구체적 타당성을 통해서만이 법적안정성을 지킬 수 있는 것이 아닐까?

신의칙 적용의 판례유형

소멸시효에 신의칙을 적용하는 판례는 일반적으로 다음의 네 가지 유형으로 나누어진다.¹⁰²⁾

- ① 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단 (청구, 압류·가압류·가처분 및 채무의 승인)을 불가능 또는 현저히 곤란 하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우,
- ② 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있는 경우,
- ③ 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우, 또는
- ④ 채권자보호의 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.

①유형은 채무자가 권리행사 자체를 물리적으로 불가능하게 하거나, 권리자의 권리행사를 미루도록 유인하는 등, 채무자가 적극적으로 어떤 행동을 하여 채권자로 하여금 권리행사를 제때에 하기 어렵게 만든 경우이다. 이러한 적극적인 행동이 없거나, 어떠한 행동이 있었더라도 채권자의 권리행사를 어렵게 하는 정도에 이르지 않았다면 신의칙위반에 해당하지 않는다.

②유형은 채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있는 경우이다. 한편 관련 대법원 판례해설에 따르면, 이러한 장애사유에 해당하려면 일반인의 눈으로 보았을 때 그러한 권리행사를 기대하기 어렵다는 등의 사정이 있어 채

102) 우리 판례가 상정하는 네 가지 유형에 대한 일반적인 설명은 이범균, “국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당하는지 여부에 관한 판단 기준”, 대법원판례해설 제54호(2006), 22면 이하 참조.

권자가 권리를 행사하지 아니한 것이 사회적으로 상당한 것으로 평가될 수 있어야 하며, 이러한 상태가 반드시 채무자에 의하여 유발되었을 필요는 없다고 한다. (그런데 국가가 우월적 지위를 이용하여 인권피해자의 권리행사가 객관적으로 불가능하게 만들었다면, 그 기간 동안에는 아직 민법 제166조 제1항상의 '권리를 행사할 수 있는 때'가 도래하지 않은 것으로 봐야 하지 않을까?¹⁰³⁾)

③유형은 ①유형과 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 두 유형 모두 채권자의 권리불행사가 '채무자의 적극적인 잘못된 언동'으로 초래되었다는 공통점을 가지기 때문이다. 차이점은 ③유형에 있어서는 이미 시효가 완성된 후의 채무자의 행위가 문제되는 것이다.

④유형은 ① 내지 ③의 유형에 속하지는 않지만 채권자와 채무자 사이의 이익형량 결과 채무자의 소멸시효 완성주장을 도저히 받아들이기 어려운 나머지 사건들을 포괄하는, 일종의 '기타' 유형에 해당한다. 아직까지 이 유형에 해당한다고 볼 만한 대법원 판결은 없었다.

대법원 판례에 대한 비판적 고찰

대법원이 위 ③유형을 적용하는 취지는 충분히 이해를 한다. 이는 2000년대 의문사진상규명위원회가 구성된 이후 의문사유가족이 주장해 왔던 논리와도 일맥상통하는 부분이 있다. 의문사진상규명위원회 등을 대통령직속기관으로 설치하여 진상규명을 해 놓고, 어려운 과정을 거쳐 국가의 책임이 밝혀졌는데, 피고인 국가가 책임부분에 있어서는, 시간이 너무도 많이 경과하여 책임을 질 수는 없다는 주장을 하는 것은 - 신의칙상 - 받아들여질 수 없다는 내용이다. 그런데 대법원은 이 신의칙의 요건을 엄격하게 적용하겠다는 의도에서, 국가가 권리자(피해자)에게 부여한 신뢰의 내용을 구체적으로 구성하는 과정에서, 권리자가 상당한 기간 (모호한 기준)안에 권리행사를 할 것과 피해자가 직접 진상규명 신청을 했어야 한다는 것을 요건화 하고 있는데, 이는 인권회복의 취지에 오히려 반하는 결과를 초래하였다.

대법원 전원합의체의 입장¹⁰⁴⁾은 과거사정리법의 적용대상이 되는데도 불구하고 그에 근거한 진실 규명신청조차 없었던 경우에는 국가가 소멸시효를 주장하더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하지 않는다고 하면서도, 대법원 소부에서는 직권으로 조사를 개시하여 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 한

103) 다수의 판례가 이러한 입장에서 판결하였다. 예를 들어 대판 1993. 7. 13, 92다39822; 대판 2001. 4. 27, 2000 다 31168 ; 대판 2003. 2. 11, 99 다66427; 대판 2003. 4. 8, 2002 다 64957 ; 대판 2006. 1. 26, 2004 다 19104 등.

104) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

경우도 피해자 등에 대한 신뢰부여 라는 측면에서 진실규명신청에 의하여 진실규명 결정이 이루어진 경우와 달리 취급할 이유가 없으므로, 그 희생자나 유족의 권리행사에 대하여 국가가 소멸시효를 주장하는 것은 마찬가지로 권리남용에 해 당한다고 봄이 상당하다고 판시¹⁰⁵⁾하여 혼란을 야기하고 있다. 국가의 소멸시효 항변에 관한 종전 전원합의체 판결의 입장을 변경하기 위하여서는 법원조직법 제7조 제1항 제3호에 따라 대법원장이 재판장이 되는 대법관 전원의 3분의 2이상의 합의체에서 이를 재판하였어야 하는 데, 위 대법원 판례는 4인으로 구성된 소부에서 심판한 것으로 기존의 입장을 공식적으로 변경한 것이라고 볼 수도 없어, 기존의 대법원 전원 합의체 판결의 입장과 충돌하여 혼란을 초래하고 있는 것이다.

이 문제를 어떻게 해결할 것인가?

첫째는, 법원이 과거사문제는 인권회복의 문제라는 점을 인식하고, 인권회복의 취지에 부합하도록 좀 더 유연하게 신의칙을 적용할 필요가 있다. 국가의 국민에 대한 인권침해사건 해결을 위해 구체적 타당성을 추구하는 것이 법적안정을 저해하는 것은 아니라는 인식이 필요하다.

둘째는, 신의칙의 적용과 아울러 소멸시효의 기산점에 대한 재검토가 필요할 것으로 보인다. 과거인권침해사건의 많은 경우에 있어, 민법 제166조 제1항상의 시효가 아직 진행되지 않은 것으로 보는 것이 충분히 가능할 것이다.

맺는 말

- 전체적으로는 과거사문제가 일반 불법행위와 다른, 인권침해사건이라는 점에 대한 사법부의 인식이 부족하다는 생각이다. 판례의 그 어디에서도 '인권침해'가 고려되지 않고 있다.
- 과거인권침해사건에 관해 신의칙을 적용하기에 앞서, 시효의 기산점을 재검토하는 것이 필요하다고 생각한다. 비난의 소지가 많은 신의칙을 적용하기 보다는 진상규명이나 재심결정이 있기 이전에는 권리행사를 할 수 있는 때가 도래하지 않아, 아직 시효가 진행하지 않은 것으로 보는 것이 피해자의 구제를 위해 더 안정적인 이론적 기초를 제시한다.
- 국가의 신뢰부여 여부를 기준으로 하는 신의칙의 적용방법(위 유형③)은 동일한 인권침해사건에 있어 진상규명을 직접 신청한 경우와 직권조사의 경우를 부당하게 구별하거나, 신뢰부여의 내용 중 소를 제기해야 하는 상당한 기간을 3년으로 보았다가 6개월로 보는 등 혼선을 주고 있어, 수정을 요한다.
- 피고인 국가는 소멸시효의 항변을 즉각 중단해야 한다. 소멸시효의 주장을 한다는 것이 신의칙에 위배된다는 사법부의 선언은 무엇을 의미할까? 국가가 소멸시효완성

105) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602 판결

을 주장하며 책임을 회피하려 한다는 것은 국가의 도덕성을 심각하게 저해하는 행위이다. 국가가 도덕성을 지키는 길이 무엇인가에 대한 심각한 고민이 필요하다고 생각한다. 참고로, 2002년도부터 이러한 이유에서 '피고인 국가는 시효를 이유로 하는 항변을 하지 말아 줄 것'을 여러 차례 내용증명 등을 통해 법무부의 담당 검사들에게 보냈었지만, 그 때마다 "관행상 소멸시효의 항변을 하도록 되어 있다." 는 한 줄 답변만을 받았을 뿐이다.

- 왜 피해자들과 유족들은 사법부에 기댈 수밖에 없는가? 왜 사법부가 이들에게 마지막 보루가 될 수밖에 없는가? 그것은 국가의 잘못을 공식적으로 인정하고 단죄할 수 있는 다른 대체적인 수단이 없기 때문일 것이다. 진정한 의미에서의 과거인권침해사건의 해결은 사법부의 판단에 의한 손해배상금의 지급만으로 끝나지 않는다고 생각한다. 독일의 기억, 책임, 미래재단과 같은 공법상의 재단을 설립하여 과거인권침해사건의 피해자들을 포괄적으로 보호하고, 기억과 재발방지를 위해 폭넓은 방안을 실천할 수 있도록 하는 조치가 필요하다고 본다.

- 과거인권침해사건을 생각하면, 또 한척의 세월호를 보고 있는 듯하다. 각 국가공무원은 서로 몸을 사리고, 자기의 소관이 아니라며 나서지 않고, 자기의 책임이 아니라며 타인에게 그 책임을 돌리려고만 하고, 일부 관료나 정치인들은 이러한 비극을 이용하여 정칙적인 퍼포먼스를 벌이기도 한다. 우리 사회의 고질적인 병폐다. 그런데 다른 한편 생각해 보면, 인간의 이러 나약한 면을 극복하도록 하고 용기 있게 나서서 문제의 해결점을 모색하도록 이끌어 주는 것이 진정한 지도자의 역할이 아닐까? 나는 이 자리를 빌어 대통령에게 호소하고 싶다. 한 국가의 지도자로서 의연히 나서서, 책임회피의 목적으로 피고인 국가가 소멸시효의 항변을 계속하여 국가의 도덕성을 심각하게 실추시키고 있는 행위를 즉각 중단할 것을 호소하는 바이다.