

인권정보자료실  
CPe1.34

# 제주 4·3 '군법회의 수형인' 을 통해 본 국가 폭력과 인권

문의

재경 제주4·3 희생자 및 피해자 유족회 전화: 02-587-4843, 전송: 02-584-7816  
제주 4·3 연구소 전화: 064-756-4325, 전송: 064-721-2143, <http://www.jeu43.org>  
제주 4·3 진상규명 명예회복 추진 범국민위원회  
전화: 02-757-4843, 전송: 02-756-4727, <http://www.cheju43.org>

■ 일시: 2002. 8. 30(금) 오후 3시-6시

■ 장소: 국가인권위원회 배움터

■ 주 최: 재경 제주 4·3 희생자 및 피해자 유족회 · 제주도 4·3 사건 희생자 유족회 ·  
제주 4·3 연구소 · 제주 4·3 진상규명 명예회복 추진 범국민위원회

# 제주 4·3 '군법회의 수형인' 을 통해 본 국가 폭력과 인권

## 1부 무덤에서 살아나온 4·3 '수형자' 들

- ▶ 증언
- ▶ 증언 채록 종합 분석  
오승국(제주4·3연구소 사무처장)

## 2부 주제 발표

- ▶ 재판을 받을 권리와 국가긴급권 - 제주 4·3 수형자명부를 중심으로 -  
이경주(인하대 법대 교수)
- ▶ 소위 제주4·3관련 군법회의 재판은 재판인가?  
이재승(국민대 법대 교수)
- ▶ 대만의 2·28 사건과 민주화 시기의 과거 처리  
박윤철(호서대 중국학 전공 교수)

## 3부 종합 토론

- 김인회(변호사)
- 김동춘(성공회대 사회과학부 교수)
- 한인섭(서울대 법과대학 교수)
- 사회 허상수(성공회대 교수)

## 심포지엄을 개최하며

'제주4·3사건진상규명및명예회복에관한특별법'에 근거한 진상조사보고서 발간이 2003년 3월로 다가왔습니다. 이 보고서는 인권침해의 관점에서 작성되어 정부 공식문서로 채택될 예정입니다. 묵은 한을 푸는 해원의 단초가 될 것으로 많은 기대를 모으고 있는 제주4·3사건 진상조사보고서 작성 작업의 진행 상황 등에 대해 많은 국민들과 제주도민들의 관심이 모아지고 있습니다.

그런데 최근 논란이 되고 있는 현안은 희생자 범위에 대한 것으로 제주도와 정부가 추진하는 제주4·3 희생자 선정과 관련하여 적지 않은 논란이 제기되고 있습니다. 애초 희생자 선정은 상기한 특별법의 정신에 따라 희생자의 범위를 제대로 설정하여 인권향상과 도민 화합에 이바지하는 것이었습니다.

여기에는 제주4·3사건 당시 '무법천지의 상황'에서 '군법회의'에 의한 매우 형식적인 판결에 의해 수형 생활을 하였던 사건의 희생자와 피해자를 희생자의 범위에 포함시킬 수 있느냐라는 점입니다. 그러나 실제 징역형을 받고 수감을 당하여 고초를 겪었던 사람들은 고문에 의한 진술, 형식적인 법 절차를 통해 수형 생활을 했다고 입을 모으고 있습니다.

이에 우리는 이 심포지엄을 통해 생존자들의 증언을 바탕으로 체포·이송·재판과정과 수형 생활의 법적 근거를 고찰해 보려고 합니다. 최근까지 이어온 이들의 권리침해 사례를 분석하고, 그것에 대한 법적 고찰을 통해 특별법에 따른 희생자의 범위를 확인하기 위해 심포지엄을 마련하여 공론화할 필요가 있다고 생각하게 되어 이 일을 추진하게 되었습니다.

지난 15년 동안 이 문제 해결에 적극적으로 나서 많은 연구성과를 모아 온 제주4·3연구소와 6년 동안 활동하면서 특별법 제정 등에 많은 공을 들여 온 제주4·3진상규명및명예회복추진국민위원회와 함께 유족회가 공동 행사를 개최하는 일은 이번이 처음입니다. '처음처럼' 우리의 뜻을 모아 이 심포지엄을 개최하는 것은 그만큼 이번 사안이 중대하고 긴박하다고 판단하였기 때문입니다.

국가폭력과 인권침해의 대표적 사례인 4·3사건의 희생자 범위와 의미를 새롭게 조명함으로써 "철저한 진상규명·완전한 명예회복과 피해배상·엄정한 가해자 처벌·가해자의 고백과 회개, 사죄와 참회·용서와 화해"라는 우리의 요구와 희망을 다시 한번 되새겨보는 자리가 되었으면 좋겠습니다.

아무쪼록 공사다망함에도 불구하고 참석하시어 자리를 빛내주신 것을 감사드립니다.

여러분의 많은 관심과 동참을 바랍니다.

제주4·3 희생자 및 피해자 유족회 회장 이성찬  
재경 제주4·3 희생자 및 피해자 유족회  
공동대표 강종호, 부청하, 김철중, 허상수

### 토론회 순서 및 주제 발표문 목차

인사말 15:00 - 15:15

경과 보고 15:15 - 15:30

1부 무덤에서 살아나온 4·3 '수형자' 들 15:30 - 16:20

- ▶ 증언
- ▶ 증언 채록 종합 분석 오승국(제주4·3연구소 사무처장) 별지

2부 주제 발표 16:20 - 17:20

- ▶ 재판을 받을 권리와 국가긴급권 - 제주 4·3 수형자명부를 중심으로 -  
이경주(인하대 법대 교수) 3쪽
- ▶ 소위 제주4·3관련 군법회의 재판은 재판인가?  
이재승(국민대 법대 교수) 13쪽
- ▶ 대만의 2·28 사건과 민주화 시기의 과거 처리  
박윤철(호서대 중국학 전공 교수) 22쪽

3부 종합 토론 17:20 - 18:00

- 김인회(변호사, 민주화를 위한 변호사모임 사무처장)
- 김동춘(성공회대 사회과학부 교수, 한국전쟁전후 민간인학살 진상규명 및 명예회복추진 범국민위 사무처장)
- 한인섭(서울대 법과대학 교수)

사회 허상수(성공회대 교수)

## 재판을 받을 권리와 국가긴급권

-제주 4·3 수형자명부를 중심으로-

이 경 주 / 인하대 법대 교수

1. 들어가는 말 .....	3
2. 근대적 의미의 헌법과 재판을 받을 권리 .....	4
1) 근대적 의미의 헌법과 인권 그리고 신체의 자유	
2) 인권으로서의 재판을 받을 권리	
3. 국가긴급권과 재판을 받을 권리 .....	7
1) 국가긴급권의 의의와 본질	
2) 국가긴급권의 한계와 재판을 받을 권리	
4. 제주4·3사건과 재판을 받을 권리 .....	9
1) 합헌적 법률에 의거한 재판을 받을 권리와 4·3군사재판	
2) 공정한 재판을 받을 권리와 4·3 재판	
3) 수형자와 희생자	
5. 맺는 말 .....	12

### 1. 들어가는 말

제주 4·3사건의 진상을 규명하고 이 사건과 관련된 희생자와 그 유족들의 명예를 회복시켜 줌으로써 인권신장과 민주발전 및 국민화합을 도모하고자 하는 '제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법(이하 4·3특별법)'이 제정된지 1년 반의 세월이 흘렀다. 4·3특별법에 따라 정부는 '제주4·3사건진상규명및희생자명예회복위원회(이하 4·3위원회)'를 발족하였고, 희생자로 신고된 1만 4,028명에 대한 1차 조사를 마무리한 뒤 2004년 6월까지 희생자관정을 매듭짓기로 하고 현재 조사와 진상규명 작업에 박차를 가

하고 있다.

그러나 이러한 인권신장과 민주발전 그리고 국민화합을 위한 이 법의 시행과정에는 우여곡절도 많다. 누구의 명예를 회복시킬 것인가 즉 누구를 이 법에서 말하는 '희생자'로 볼 것인가 하는 문제 때문이다. 예비역장성들의 모임인 성우회 등은 4·3특별법이 4·3위원회에게 희생자의 심사결정, 명예회복, 호적등재 등을 백지 위임함으로써 4·3위원회가 대한민국의 정체성에 대한 결정을 자의적으로 행사할 수 있도록 하였고 이것은 포괄적 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반한다는 등의 이유를 들어 4·3특별법의 의결을 취소하는 헌법소원<sup>1)</sup>을 제출한 바 있다.

헌법재판소는 여기에 대하여 헌법소원의 적법요건인 직접성이 결여되어 있다고 하여 이를 각하하였다. 즉 누가 '희생자'에 해당하는지 여부는 4·3위원회의 결정이라는 구체적인 집행행위를 통해서만 비로소 밝혀질 수 있고, 따라서 4·3특별법이 직접 성우회 등의 인권을 침해했는지의 여부(본안)에 대한 심사를 헌법재판소는 할 수 없다는 것이다.

그러나 헌법재판소는 이러한 각하 결정에도 불구하고 그 결정문에 담으로 4·3희생자의 범위에 대하여 다음과 의견을 덧붙여 주장함으로써 사회적으로 많은 반론을 불러일으킨 바 있다. 즉 ①4·3사건 발발에 직접 책임이 있는 남로당 제주도당의 핵심간부 ②군경의 진압에 적극적 주도적으로 대항한 무장대의 수괴급, ③진압군경 및 제헌선거 관여자를 살해한 자, ④경찰관서 방화 등 폭동행위 적극 가담자는 '희생자'의 범위에서 제외시켜야 한다는 것이다.

이러한 헌법재판소의 의견을 의식한 4·3위원회는 희생자의 심의제외대상을 '①4·3사건 발발에 직접 책임이 있는 남로당 제주도당의 핵심간부 ②군경의 진압에 적극적 주도적으로 대항한 무장대의 수괴급 등'이라고 발표하고 이 때의 '등'에 ③,④가 포함된다고 발표함으로써 '희생자'기준에 대한 첫 번째 우여곡절을 서둘러 진화하고자 하였다.

그러나 제주지방검찰청이 보존하고 있는 '군법회의 수형인 명부'가 발견되고 관련자들의 생생한 증언이 공개되면서 '희생자'기준에 대한 우여곡절은 또 다른 국면을 맞이하고 있다.

한 예로 제주지방검찰청이 보존하고 있는 '군법회의 수형인명부'를 보면 범죄사실과 죄명에 대한 기록은 있으나 정작 중요한 판결문과 재판조서가 없다. 따라서 과연 이때에 재판이 실제로 존재하였는가, 실제로 존재하였다고 하더라도 그것이 우리 헌법에서 이야기하는 재판에 해당하는가 즉 재판받을 권리를 침해한 것은 아닌가하는 점이 새로운 검토의 과제가 아닐 수 없다.

따라서 본 발표는 재판받을 권리를 새삼스럽게 헌법적 관점에서 재고찰해 보고 이를 통하여 '희생자'의 기준 문제를 인권보장과 민주발전 및 국민화합이라는 4·3특별법의 입법목적에 비취 다시금 공론화하고 더욱 발전시켜보고자 함을 목적으로 한다.

## 2. 근대적 의미의 헌법과 재판받을 권리

### 1) 근대적 의미의 헌법과 인권 그리고 신체의 자유

근대적 의미의 헌법이란 '인권보장과 이를 위한 권력분립'을 목적으로 한다. 유명한 프랑스 인권선언 제16조에서 '권리의 보장이 확보되지 아니하고 권력의 분립이 규정되지 아니한 사회는 헌법을 가진 것이라고 할 수 없다'라고 한 것은 근대적 의미의 헌법을 무엇보다도 상징적으로 표현한 규정으로 오늘날에

1) 헌법소원이란 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 인권을 침해당한 자가 헌법재판소에 당해 공권력의 위헌여부의 심사를 청구하여 인권을 구제받도록 하는 제도이다. 헌법소원을 청구하기 위해서는 당사자의 인권이 직접 그리고 현재 침해되었을 것, 다른 법률에 구제절차를 모두 마쳤을 것(보충성의 원칙), 권리보호의 필요성이 있을 것을 요건으로 한다.

도 근대적 의미의 헌법을 설명하는 금과옥조로 받아들여지고 있다.

그것은 전근대적 사회가 인권보장을 위한 기본사항을 명문으로 정하지 않고 그저 통치를 위한 기본사항들을 문서로 정하거나 심지어는 정하지 않고 있어 왕의 자의적 통치를 보장하기 위한 것에 불과하였고 그 결과 수많은 국가권력의 남용이 이루어 졌다는 것에 대한 반성이다. 알다시피 권력의 남용은 개인의 인권침해를 의미하는 것이었고, 이러한 인권침해를 가능케 한 제1의 원동력은 신분제에 기초한 신체의 자유에 대한 가혹한 속박에서 비롯된 것이었다.

이에 대항하여 왕이 해서는 안될 일을 문서로 약속받기에 이르렀는데 그것이 우리가 알고 있는 1689년의 권리장전(Bill of rights)이다. 권리장전은 국왕이 의회의 동의를 받지 않고 법률의 효력을 정지하거나 상비군을 설치하거나 조세를 부과할 수 없게 하는 한편 언론의 자유 및 신체의 자유 그리고 이를 보장하기 위한 형사절차의 보장에 관하여 상세한 규정을 두었다.

1789년의 프랑스 시민혁명의 결과 발표된 인권선언도 또한 문서로서 인권의 보장을 명시하였는데, 제1조는 '인간은 자유롭고 평등한 권리를 가지고 태어나며 생존한다. 사회적 차별은 공동의 이익을 위해서만 가능하다'라고 명시하였다. 그리고 이를 구체화하기 위하여 정신적 자유권으로 종교의 자유와 표현의 자유 신체의 자유가 규정되었다.

1776년의 미국의 버지니아 권리장전도 '.....모든 중죄 또는 기타의 범죄의 소추에 있어서 누구든 고발의 이유 및 성질을 찾을 수 있어야 하며, 소추자 및 증인과 대면하여 자기에게 유리한 증거를 요구하거나 또는 공평한 배심원에 의한 신속한 재판을 받게 하여야 하며, 이러한 배심원 전원일치에 의하지 아니하면 유죄결정을 받지 아니하는 권리를 가진다'고 규정하여 재판받을 권리를 보장하였다.

또한 1831년의 벨기에 헌법 등도 '누구도 그 의사에 반하여 법률에 정하여진 법관의 재판을 받을 권리를 박탈당하지 아니한다'고 규정하였다.

근대시민혁명의 결과 발표된 이러한 많은 문서들이 인권을 핵심적인 개념으로 생각한 것은 인권이야말로 인간의 존엄과 가치를 향상시킬 수 있는 유일한 길임을 확인한 것이었다. 그리고 신체의 자유와 같은 인신의 자유는 근대적 의미의 헌법에서 말하는 모든 인권의 출발점이라 할 것이다.

영국의 사페는 "아무런 설명도 구제방법도 없이 인신구속이 가능할 때에는 모든 형식의 자유가 침해받을 수 있다. 감옥에 구금되어 있는 자는 교회에 갈 자유도, 토론할 자유도, 출판할 자유도, 집회에 참가할 자유도, 재산권을 향유할 자유도, 투표소에 갈 자유도 없다"고 일괄하면서 신체의 자유와 같은 인신의 자유의 중요성을 강조한 바 있는데 이러한 말의 중요성은 오늘날에도 아무리 강조하여도 지나치지 않다 할 것이다.

그래서 근대적인 의미의 헌법은 정도의 차이는 있더라도 신체의 자유와 같은 인신의 자유, 사상의 자유와 같은 정신적 자유권을 재산권과 더불어 근대적 인권의 중핵적인 요소로 보았다. 그 가운데서도 생명권, 신체의 자유와 같은 인신의 자유를 무엇보다도 중시하였는데, 그 가운데서도 신체의 자유에 관하여서는 실체적 측면에서 다음과 같은 다양한 규정들을 두고 있다. 우선 실체적 보장<sup>3)</sup>으로서는 죄형법정주의, 그리고 그 파생원칙으로서 형벌법규법률주의(관습형법금지의 원칙, 일사부재리의 원칙), 형벌법규불소급의 원칙, 절대적 부정기형의 금지, 법규내용 명확성의 원칙, 유추해석 금지의 원칙을 규정하고 있다.

특히 일본의 식민통치가 신체의 자유에 대한 가혹한 제한에 기초하여 이루어졌다는 점 때문에 1948년 헌법은 적어도 헌법 규정상으로 신체의 자유, 재판받을 권리에 대한 구체적이고도 명확한 규정을 두었다.

2) Chafee, Z., How Human Rights Got into the Constitution(Boston, 1952), p.51.

3) 인권을 보장하기 위하여 헌법이 일련의 법원칙을 선언하고 법률유보 등을 규정하는 방법을 말한다.

2) 인권으로서의 재판 받을 권리

근대적 의미의 헌법이 갖는 이러한 상세한 실체적 규정은 그렇지만 절차적 규정이 없이는 그 실효성을 확보하기 힘들다. 부당한 이유, 또는 불충분한 이유로 국가권력에 의해 신체의 자유가 침해당하였을 때 사법부와 같은 기관이 이를 석방하라고 명령할 수 있는 절차 즉 재판제도가 없다면 신체의 자유와 같은 자유권적 인권은 실효성 없는 보기 좋은 그림에 불과하다 할 것이다.

그런 의미에서 영국의 Habeas corpus에 대한 역사적 논의는 시사하는 바가 크다 할 것이다. 왜냐하면 영국의 경우 불문헌법국가 다시말해 성문의 헌법의 없기 때문에 헌법에 신체의 자유를 보장한다와 같은 실체적 규정이 없는 국가인데도 신체의 자유가 비교적 잘 보장되는 국가 중의 하나이기 때문이다. 이는 신체의 자유에 대한 절차적 보장의 일환으로서 재판 받을 권리가 헌법관습적으로 확보된 결과이기 때문인데 그 논의의 출발점이 바로 Habeas corpus이다.

Habeas corpus란 인신보호영장, 신병(身柄)제출명령장 등 다양하게 해석할 수 있는데, 그 핵심은 국왕의 재판관이 진행하는 재판이라 할 지라도 변호사가 법관 앞에서 구급자의 신병제출과 더불어 구급의 충분한 이유 등을 동시에 설명토록 요구하는 것이다. 그리하여 충분한 이유가 없을 때는 결과적으로 피고를 석방토록 하는 것이었다. 따라서 Habeas corpus는 신병제출명령장이면서 동시에 인신보호영장으로서 기능하였다고 할 것인데, 이러한 Habeas corpus를 오랜 전통에 따라서 영국에서 인정하게 된 것은 부당한 이유로 신체의 자유를 속박하게 된다면 자유란 불확실하고 그저 보기 좋은 그림에 불과하기 때문에 재판이란 모름지기 무엇보다도 부당한 인신구속으로부터 신체의 자유를 회복하기 위한 기능을 담당하여야 한다는데 공감하였기 때문이었다<sup>4)</sup>.

그러한 의미에서 재판 받을 권리는 인권을 보장하는 중차대한 역할을 하는 권리임에 틀림없다 할 것이다. 그래서 1948년 헌법 그리고 현행 헌법에서도 '모든 국민은 헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판 받을 권리를 가진다(27조)'고 규정하고 있다.

이러한 재판 받을 권리는 ①헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판 받을 권리, ② 법률에 의한 재판 받을 권리, ③ 공정한 재판 받을 권리를 그 내용으로 한다고 할 수 있을 것이다<sup>5)</sup>.

우선 헌법과 법률이 정한 법관이라 함은 헌법 제102조 3항에 의하여 제정된 법률 즉 법원조직법에 정한 자격이 있는 자로서, 헌법 제105조 및 법원조직법 제37조에 정한 절차에 따라서 법원을 구성하기 위해서 임명되었으며, 헌법 제105조, 제106조에 의한 임기, 정년 및 신분보장이 확보되어 있어야 하고, 헌법 제103조에 따라 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 재판할 수 있는 자 등이어야 한다는 것을 의미한다.

둘째, 법률에 의한 재판이어야 한다고 하는 것은 그 내용과 절차가 합헌적인 법률로서 정해진 재판을 의미한다 할 것이다. 따라서 국민은 합헌적이지 못한 법률에 따른 재판을 거부할 권리를 가진다 할 것이다. 형사재판의 경우에는 범죄와 형벌이 성문법규에 미리 정해져 있어야 하므로(죄형법정주의), 민사재판과 달리 실체법과 절차법 모두 관습법, 조리와 같은 불문법은 배제되고 형식적 의미의 법률에 따라서 재판을 받는다. 따라서 실체법과 절차법이 근거가 없거나 공포된 적이 없거나 공포되었더라도 위헌적인 법률에 따라 재판이 진행되었을 때는 재판을 받을 권리를 침해하는 것이어서 위헌무효가 되어야 할 것이다.

셋째, 공정한 재판이어야 한다고 하는 것은 재판이 공개·대심(對審)·판결이라는 소송순리에 의하여야 할 것을 의미한다 할 것이다. 다시 말하여 공개된 법정에서 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술

되고 이에 대하여 피고인의 공격·방어할 수 있는 기회가 충분히 보장되어야 할 것이다. 또한 그것이 군사재판이라 할지라도 이러한 법적 청문권의 본질적 내용이 침해되어서도 안될 것이다. 특히 형사피고인은 형사소송절차에서 '단순한 처벌대상이 아니라 형사소송절차를 형성, 유지하는 당사자로서의 지위를 향유하며, 검사의 공격에 대하여 실질적인 '무기평등'이 이루어진 공정한 재판을 받을 권리를 인권으로 보장 받고 있다고 하겠다. 1948년 유엔인권선언과 1950년 유럽인권조약도 법적 청문권을 인정하여 공정한 재판의 전제로 보고 있다.

3. 국가긴급권과 재판 받을 권리

이와 같이 근대적인 의미의 헌법에서 재판 받을 권리는 인권의 하나이면서 동시에 인권을 보호하기 위한 인권으로서 중대한 위치를 차지하고 있다 할 것이다. 그런데 이러한 재판 받을 권리를 가장 위협하는 것은 바로 국가긴급권이다. 국가긴급권 하에서는 나라에 따라 정도의 차이는 있을지언정 보통의 법원이 재판을 하지 않고 군사법원이 재판을 진행하고 비상사태라는 상황적 이유를 들어 재판 받을 권리가 사실상 형해화되었던 경우가 많았기 때문이다.

1) 국가긴급권의 의의와 본질

재판을 받을 권리의 가장 큰 적인 국가긴급권이라 함은 국가가 비상사태에 처하여 평상시의 통상적인 헌법수호제도를 가지고서는 헌법을 수호하기 어렵게 된 때에 이용되는 비상사태 헌법수호제도를 말한다. 따라서 국가긴급권은 일반적으로 국가의 존립 또는 공공의 안녕과 질서에 대하여 경찰력과 같은 헌법이 규정하는 통상의 수단으로는 비상사태를 제거할 수 없고 예외적인 수단 즉 군사력으로서만 방지 또는 제거할 수 있는 중대한 위험이 있는 경우를 전제로 한다.

이러한 국가긴급권은 세계 각국의 헌법사에서 다양한 형태로 발견할 수 있는데 프랑스와 독일 그리고 미국의 경우를 살펴보기로 한다.

프랑스의 경우 근대초기 단계에서는 1849년의 합위상태(l'etat de siege)법, 현대헌법 단계에서는 1958년 헌법하에서의 비상권(les pouvoirs exceptionnels)을 살펴볼 수 있다. 합위상태법은 2월혁명 때의 노동자 탄압의 경험과 노하우에 기초한 것으로 경찰권을 군사당국에 이행시키는 것을 내용으로 하였을 뿐만 아니라 경찰권조차도 확대시키는 것이었다는 점에서 집행형 긴급권의 전형이라 할 것이다. 이는 국지적 지역을 대상으로 하는 것이었고, 19세기까지는 그럭저럭 이 합위상태법으로 비상사태에 대처하였다. 그러다가 비상사태가 전국적 지역을 대상으로 하는 제1차 세계대전을 맞이하게 되는데 전쟁 발발 후 프랑스 정부는 데고레(명령)로 각종 긴급조치를 취하고, 의회는 데고레의 대부분을 법률로 추인(la ratification)하였다. 이때의 데고레 가운데는 법률을 개폐하는 효과를 가진 것들도 있었고 그래서 이때의 국가긴급권은 입법형 긴급권에 분류된다 할 것이다<sup>6)</sup>.

제2차 세계대전 후에는 합위상태법보다도 유연한 위급사태법이 제정되었지만, 알제리사태에 효과적으로 대처할 수 없었다. 그래서 1958년 헌법 제16조에서는 드골의 주도하에 아예 헌법에 명문으로 대통령의 권한으로서 규정하였다. 1849년의 합위상태법등이 헌법상의 명문의 근거없이 이루어진 것이라면 1958년 헌법하의 비상권은 헌법상 명문의 규정에 근거한 것이며, 입법형도 집행형 긴급권도 아닌 그야말로 대통령 독재권이였다.

6) Vedel, G., Droit administratif, P.U.F. 2 ed., 1961, 99.205 et suiv.(浦田一郎, 프랑스의緊急權, JURIST 701(1979.10) 27 쪽 이하).

4) Dicez, A. V., Introduction to the Law of the Constitution(London,1959, 10th ed., with introction bz Wade, E.C.S.)207 이하 참조. 東京大學社會科學研究所, 基本的人權 3,(東大出版,1975年),103쪽 이하 참조.  
5) 권영성, 헌법학원론,(법문사, 1998년), 523쪽 이하 참조.

독일의 경우 1968년 대대적인 헌법개정이 이루어져 세계 어느 나라의 긴급권규정보다도 상세하고도 포괄적인 국가긴급권에 관한 규정이 115조 등에 삽입되었다. 물론 1949년의 본 기본법 제정당시에도 국가긴급권에 관한 논의가 없었던 것은 아니었지만, 바이마르헌법 제48조의 긴급권 규정이 나치독재를 초래하였다는데 대한 반성이 크게 작용하였다. 그러나 미국의 대독 비군사화정책이 군사화정책으로 바뀌면서 1956년에는 재군비를 위한 헌법개정이 이루어지고 이에 근거하여 군인법과 병역의무법이 제정되었다. 하지만 1960년에 처음 상정된 국가긴급권을 규정한 헌법개정안은 우여곡절을 거듭하여 1968년이 되어서야 그 결실을 맺었다.

그 결과 그 내용도 남용의 우려를 불식시키기 위하여 비상사태(Notstand)의 유형을 대외적 긴급사태와 대내적 긴급사태로 세분하고 대외적 긴급사태의 경우에도 방위사태(Verteidigungsfall)와 긴박사태(Spannungsfall) 동맹조항(Buendnisklausel)을 두는 한편 대내적 긴급사태의 경우에도 헌법상의 긴급사태(Verfassungsnotstand)와 재해사태(Katastrophenfall)로 나누었으며 이에 따라 번잡할 정도로 복잡하게 그 요건과 절차 효과등을 헌법에 규정하였다. 또한 군사재판의 경우도 방위사태의 경우와 외국파견 함대에서의 경우에만 이루어질 수 있다(96조)고 엄격히 제한하였다.

미국의 경우 1970년대에 들어 '전쟁권한의결' 및 '국가긴급사태법'이라는 두개의 법을 연이어 통과시켰다. 이는 주법 차원에서의 긴급권에 대한 논의를 별론으로 한다면, 연방헌법 차원에서 긴급권에 대한 논의를 혐오하고, 대통령직 자체가 비상사태에 대응하기 위한 헌법제도라고 보고 특히 양차 세계대전을 겪으면서 관행적으로 대통령에게 전쟁지휘에 관한 막강한 권한이 집중되었던 전통적인 태도와는 크게 상반된 것이었다.

아무튼 미국의 이들 두 법률은 의회가 전쟁을 선포하거나 그 밖의 형태로 의회가 대통령에게 권한을 위임하지 않는 한 대통령의 군사행동을 제한하고 전시를 포함한 국가긴급사태 하의 대통령의 권한을 제한하고자 하는 것을 목적으로 하여 제정되었다. 이는 교착상태에 빠진 인도지나 사태에 개입을 계기로 하여 성립하였다고는 하나, 보다 본질적으로는 제2차 세계대전 후 내정과 외교 양면에 걸쳐 확대일로에 있는 대통령의 권한을 의회가 제약하기 위한 일련의 대항적 조치의 결과물이기도 하였다.

이상과 같은 대표적인 나라의 긴급권을 살펴보면 첫째, 바이마르헌법과 드골헌법에서 보는 것처럼 긴급권은 본질적으로 독재권이라는 점이다. 즉 헌법을 파괴하는 권한일 수 있다는 것이고, 둘째, 따라서 1968년 독일기본법의 긴급권처럼 세분화되고 제한되거나 미국의 국가긴급사태법 등에서처럼 국민의 대표기관인 국민의 제한 하에 두어져야 할 것이다. 셋째, 군사재판을 받더라도 대단히 제한적이어야 한다는 점이다. 따라서 역사적 사실로서 발동되었던 각종 긴급권은 제한되어야 하며 과정상의 오류는 인권회복을 위하여 시정해야할 대상이지 확대되거나 상황을 이유로 정당화될 대상은 아니라는 것이다. 그것은 법적 안정성에는 기여할지 모르나 정의의 추구라는 법의 좀더 중요한 이념과 목표를 저버리는 일일 것이다.

## 2) 국가긴급권의 한계와 재판권 받을 권리

국가긴급권은 국가적 위기를 극복해야 할 필요성이라는 대의명분에도 불구하고 권력의 집중과 입헌주의의 중단으로 말미암아 입헌주의 그 자체를 유린할 위험을 내포하고 있다. 따라서 국가긴급권에는 일정한 내재적 또는 논리적 한계가 존재한다고 보아야 할 것이다<sup>10)</sup>.

첫째, 목적적 한계로서 국가긴급권의 발동은 헌법을 수호하기 위한 것이어야 할 것이다. 다시 말하여

국민의 인권을 보장하기 위한 것이어야 할 것이다.

둘째, 상황적 한계로서, 통상의 헌법절차로서는 극복할 수 없는 극한적 비상사태가 발생하고 국가긴급권의 발동이 불가피한 최후수단임이 객관적으로 납득될 수 있는 경우라야 한다(보충성의 원칙).

셋째, 기간적 한계로서, 국가긴급권은 일시적이고 잠정적인 것으로 행사되어야 하고 무한정으로 행사되어서는 아니된다(잠정성의 원칙).

넷째, 내용적 한계로서, 국가긴급권은 최소한의 인권침해를 내용으로 하여야 하며, 부득이 기본권을 제한하는 경우에도 과잉금지의 원칙 등이 존중되어야 한다(최소성의 원칙).

이러한 내재적 한계에 비추어 본다면 국가긴급권이 발동 하에서의 재판권 받을 권리도 그 내용이 자명하여 진다할 것이다. 예를 들어 군사재판이라 할지라도 합헌적인 법률에 근거한 재판이어야 하며, 둘째, 청문권 등이 보장된 공정한 재판이어야 할 것이다. 다시 말해 군사법원에서의 재판이라 할지라도 재판권 받을 권리의 본질적 내용이 침해될 수는 없다할 것이다.

## 4. 제주4·3사건과 재판권 받을 권리

### 1) 합헌적 법률에 의거한 재판권 받을 권리와 4·3군사재판

현행 헌법 제26조는 물론 역대 우리헌법에서는 '모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판권 받을 권리를 가진다'고 규정하고 있다. 이때 재판의 주체는 군사법원이 아닌 일반법원을 의미하나, 다만 예외적으로 계엄과 같은 비상사태에 있어서는 일반 국민도 군사법원의 재판을 받을 수 있을 것이다.<sup>11)</sup> 그러나 이때의 군사재판도 앞에서 살펴본 것처럼 국가긴급권의 내재적 한계에 비추어 본다면 즉 국가긴급권이 발동 하에서의 재판권 받을 권리도 그 내용이 자명하여 진다할 것이다. 즉 합헌적인 법률에 근거한 재판이어야 하며, 청문권 등이 보장된 공정한 재판이어야 할 것이다

실제 제주 4·3사건 기간동안 고등군법회의는 1948년 12월과 1949년 6-7월에 걸쳐 2회 설치되었다. 그리고 1948년 12월의 고등군법회의는 같은 해 12월 31일 해제된 '계엄령'에 근거하고 있고, 1949년 6-7월의 고등군법회의는 국방경비법 제32조와 제33조에 각각 근거한 것으로 되어 있다.

그런데 1948년 12월의 고등군법회의를 가능케 한 4·3 당시의 계엄은 아무런 법적 근거도 없이 행해진 것이었다. 일제 '계엄령'은 애당초 일왕(天皇)의 명령이었고 또한 일왕(天皇)의 존재를 전제로 한 것이었다. 일제로부터 독립한 1948년 당시에 계엄령이 존재할 근거는 없었으며 '계엄령'이 군사법원에 재판권을 부여한 범죄들은 일제시대에 이미 폐지되어버린 구형법상의 범죄들이라는 점에서 '계엄령'은 죄형법정주의에도 어긋나는 법령이었으며, 미군정이 군정법령 제21호로서 존속시킨 일제법령에도 '계엄령'은 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다<sup>12)</sup>. 따라서 '계엄령'은 민주독립국가임을 선포하고 죄형법정주의를 천명한 건국헌법에 정면으로 저촉되어 효력을 가질 수 없는 것이고, 결국 건국헌법 제100에서 말하는 현행 법령에 포함될 수 없는 것이다.<sup>13)</sup>

또한 1949년 6-7월의 고등군법회의를 가능케 한 '국방경비법' 역시 미군정에 의해 공포된 바 없는 정체불명의 법률이다. 법무부의 법령집에 따르면 '국방경비법'은 1948년 7월 5일 공포되어 같은 해 8월 4일

7) Vgl. Dieter Sterzel, Zur Entstehungsgeschichte der Notstandsgesetze in: Kritik der Notstandsgesetz(1968) S.8; 山内敏弘, 西ドイツの國家緊急權, JURIST 701(1979.10)33쪽 이하 참조.

8) War Powers Resolution, Pub. L. 93-148, Nov. 7, 1973. 87 STAT.555.

9) National Emergencies Act, Pub. L. 94-412, Sept. 14, 1976, 90 STAT. 1255.

10) 권영성, 앞의 책, 74쪽 이하 참조.

11) 권영성, 앞의 책, 523쪽 이하; 박일환, '기본권으로서의 재판청구권', '인권과 정의' 161호, (대한변협, 1989년), 96쪽 이하 참조.

12) 김순태, '제주 4·3 당시 계엄의 불법성', 역사문제연구소 외편, '제주 4·3연구'(1999년), 153쪽 이하 참조.

13) 김창록, '1948년 헌법 제100조', '법학연구' 제39권1호(부산대학교 법과대학), 477쪽 이하 참조.

효력이 발생된 것으로 되어 있으나 우선 법률의 호수가 없다. 그도 그럴 것이 우선 미군법령집에는 이러한 군정법령이 공포된 바 없다. 그리고 이 당시 미군정을 도와 조선과도입법의원에서 각종 '법률'을 제정한 바 있으나 조선과도입법위원회는 1948년 5월 19일 법률 제12호(조선과도입법위원회의 해산에 관한 법률)까지를 제정하였을 뿐이다.<sup>14)</sup>

2) 공정한 재판을 받을 권리와 4·3 재판

또한 재판을 받을 권리라고 함은 앞에서 살펴본 것처럼, 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사 진술되고 이에 대하여 공격 방어할 수 있는 기회가 충분히 보장되는 공정한 재판이어야 할 것이다. 이는 군사재판의 경우에도 그 본질적인 내용이 침해해서는 안 될 것이다.<sup>15)</sup>

그런데 제주4·3사건 당시의 군사재판이 이러한 법적 청문권을 보장하고 있었는지도 의문이다. 1948년 고등군법회의는 앞서서도 잠시 언급하였듯이, 1948년 12월 3일부터 1948년 12월 27일까지 총12차례 열려 민간인 870명에 대해 (일제)형법 제77조 내란죄 위반의 유죄판결을 선고하였고, 1949년 고등군법회의는 1948년 6월 28일부터 1948년 7월 7일까지 총 10차례 개최되었는데 적용된 죄목은 국방경비법 제32조(적에 대한 구원,통신연락 또는 방조) 제33조(간첩) 위반으로 민간인 1660명에 대하여 유죄판결을 내린 바 있다. 1948년과 1949년에 걸친 고등군법회의에서 총 2530명이 유죄판결을 받았는데 그 자세한 내역을 보면 사형 384명, 무기 305명, 징역 20년 97명, 징역 15년 572명, 징역 7년 705명, 징역 5년 235명, 징역 3년 29명, 징역 1년 203명인데, 제주지방검찰청이 보존하고 있는 '군법회의 수형인명부'를 보면 범죄사실과 죄명에 대한 기록은 있으나 정작 중요한 판결문과 재판조서가 없다. 문제의 '국방경비법'에 따르더라도 제81조에서 고등군법회의는 취급한 각 소송사건의 재판조서를 작성 보존하도록 되어 있는데 판결문도 재판조서도 없다는 것은 과연 이때의 고등군사재판이 법적 청문권이 보장된 재판이 있었는가를 의심케 하며 더 나아가 재판이 정말 있었는가를 의심케 한다.

문제는 판결문과 재판조서에 그치지 않는다. 이들은 다음 증언에서 보는 것처럼 공정한 재판은 둘째치고 스스로 재판을 받았는지에 대한 기억조차 없거나 형식상의 재판에 불과하거나 하는 경우도 많다.

"그냥 그렇게 살다가, 이젠 막 나가라고 하니깐, 나가보니 군정재판(군사재판)이라고 하대. 손 한쪽을 이렇게 모두 엮어서 그냥 차에 모두 실어, 뭐 옛날에는 변호사가 원지, 어떻게 할지도 모르고, 데리고 가니까.... 누구 증인도 없고 나 혼자만, 시누이고 시어머네고 그 집의 식구 아무도(없었고). 우리 식구도 없고. 나 혼자만. 그냥 모두 창고 같은 곳에 앉혀 놓고, 군복 입은 사람이 탁탁 이름 부르면서, 아무개는 몇년, 아무개는 몇년, 탁탁 하였지. 그 다음에 다시 감방으로 밀어 넣은 거라. (강정순, 78세, 남제주군 안덕면 서광리)

또한 다음 증언에서 보는 것처럼 재판을 받은 경우에도 그것은 형식상의 재판에 불과한 것이어서 재판을 받을 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것들이 대부분이다.

"재판은 받았주. 재판은 한번에 100명씩 해서. 그래서 내가 (제주) 시내 가면 아쉽게 생각하는 것이 그것이 우다. 지금 그 공판장이 사라져 버렸주 마썸. 관덕정 집 그것이 아마 법원이었을 겁니다. 거기서 재판을 받았주게. 그 나무 있는 곳. 그 나무 있는 곳이 법원으로 들어가는 곳이었주. 거기서 한번에 100명씩. 방청객도 없

14) 조용환, '성문화된 관습법-국방경비법의 인권문제', 한국인권재단편, '21세기의 인권', (2000년, 한길사), 1166쪽 이하 참조.  
15) 김선택, '사법적 권리구제의 헌법적 보장', '법실천의 제문제'(박영사, 1996년), 27쪽 이하 : 김상철, '헌법상 재판청구권과 공정한 재판의 원리', '법률실무연구'30집, (서울지방변호사회, 2000), 39쪽 이하 참조.

고 100명이 딱 앉아서, 이름만 호명한 다음에 아무 얘기도 안합디다. 그래서 그냥 돌려 보내수다. 그게 재판입주. 고등군법회의장이라고 써붙이고, 거기 들어갔다 나오면 공판이 끝난걸 마썸. 이름 한번 부르면 끝나는 겁니다. 우리는 대구형무소 갈 때까지도 형이 몇 년인지 몰랐수다. 누구도 얘기를 안해 줬으니까. 서류상으로 나왔을텐데 말이죠. 거기 가서 간수들이 형 몇년 받았어? 모릅디다 허니까 이런 놈이 어디 있어 장기형도 모르고 허허....."(강상문, 76세, 제주시 월평동)

그리고 유죄의 증거가 되었다고 하는 자백들도 강압에 의하거나 혹독한 고문의 결과였음이 다음과 같이 증언을 통해 밝혀지고 있다.

"그렇게 해서 이제 (경찰서) 들어가난 감방(유치장) 안에 담아 놓더군. 조금 있으니까 1감방, 2감방 하면서 불러내. 처음에는 뭐를 고문했나 하면, 처음처럼 한번 고문해, 다음은 구쟁기(소라)작살고문이라고. 상자 요만한 거(길이 1미터정도) 짜서 구쟁기를 잘게 부순 것을 깔아놔. 그 놈들 독한 놈들이야. 그렇게 해서 무릎을 꿇리고 앉혀. 그 사이에는 몽당이(막대기)를 놓고, 그 다음에 경찰관이 무릎을 막 밟아버려. 그러면 일로 절로 구쟁기 작살이 들어갈 거 아뇨! 그렇게 고문하고 감방문을 열어서 구둑발로 우리를 쳐놓은 뒤 한 몇시간 쉬곡쉬곡 하면서 계속(고문)한 거라. 또 바가쓰에 이렇게 물 떠다 놔요. 그리곤 거꾸로 달아매. 수건으로 입을 졸라매고, 주전자에 물 담양 코에 질러요. 질러서 배가 부르면 아래 탁 내려놔요. 이놈들 그러면 질근질근 밝아요. 독한 놈들이야.  
.....산에 가 왔느냐? 나쁜 행동을 했느냐? 하면서 그렇게 답도리를 했던 말이여. 그냥 땅 파먹는 놈이 뭣이 빨갱이고 뭣이 사상이요? 여기서(경찰서) 버텨가난, 두드러가난, 안한 것도 했다고 하고, 그것을 경찰에서다 문서 만들어, 그걸로 재판한 거주. (조서에) 내가 뭐라고 썼는지 알게 뭐요? 거기거 쓴 거지. 누가 읽게는 해줘? 지장 찍으려면 찍어야지. 해 볼 수 없는 거지."(강서수, 77세, 제주 북제주군 조천면 북촌리).

"그때야 비로소 제대로 죄를 추궁하면서 취조를 시작하는 것이었지. 자꾸 자백하라고 하였지만 아는 것이 있어야 뭐라고 말을 할 건대. 산에 어떤 식으로 협조하였느냐고 질기도록 추궁을 하는 것이야. 바른 말을 하라고 하면서 취조하고, 고문하는게 이어졌지. 하도 고문을 해노니까 안한 것도 했다고 하고, 산에 쌀 한줌 올렸느니, 돈을 줬느니 하는 강압적인 고문에 안한 것도 했다고 하는 수밖에 없었어. 사람들이 막다른 골목에 다다르면 살아보자고 저렇게 거짓말을 해서라도 빠져나가려고 하는구나 하는 생각이 들 정도였으니까"(이보연, 74세, 제주시 이호동)

3) 수형자와 희생자

생각컨데, 우리 헌법은 신체의 자유의 절차적 보장을 위하여 재판을 받을 권리만을 규정한 것이 아니라 형사피의자의 신체의 자유를 보장하기 위한 일정한 형사절차상의 권리들을 규정하고 있다<sup>16)</sup>.

우선 무죄추정의 원리를 들 수 있겠다. 무죄추정의 원칙이라 함은 공소의 제기가 없는 형사피의자는 물론이고 공소가 제기된 피고인까지도 유죄판결이 확정될 때까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 다루어져야 하고 그 불이익은 필요 최소한에 그쳐야 한다는 원칙을 말한다. 또 무죄추정을 받는 피의자 피고인의 신체구속 상황에서 발생하는 갖가지 폐해를 제거하고 구속이 악용되지 않도록 하기 위하여 변호인의 조력을 받을 권리가 있으며 국가기관의 경우 체포 구속을 할 경우에 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하도록 하여야 한다. 이는 군사재판의 경우에 있어서도 그 본질적인 내용을 침해하여서는 안 될 것이다.

둘째, 고문을 받지 않을 권리를 들 수 있겠다. 고문이라 함은 자백을 강제하기 위하여 가해지는 폭력을 말하는데, 세계인권선언 제5조, 남미인권협약 제5조 2항, 고문폐지를 위한 국제엠네스티선언 등 국제

16) 권영성, 앞의 책, 392쪽 이하 참조.



적 인권협약들의 정신에 따라 각국 헌법은 고문금지에 관한 규정들을 두고 있다. 또한 고문의 방지를 위해서 고문금지의 선언만으로는 불충분하고 '불법의 과실도 불법'이라는 독수·독과의 원칙에 따라 고문에 의한 자백뿐만 아니라 고문에 의한 자백으로 수집된 증거에 대해서도 증거의 가치를 부정 또는 제한하여야 한다.

이처럼 신체의 자유에 대한 절차적 보장과 관련된 헌법상의 제원칙과 규정들에 비추어 본다면 제주 4·3 수형자 명부에서 기록된 사람들은 이른바 폭도라기 보다는 오히려 재판을 받을 권리가 희생된 자의 명부라 할 것이다. 아니 국가 공권력의 피해자 명부라고도 볼 수 있을 것이다. 야만에서 문명으로의 상징이라 할 수 있는 인권, 그 가운데서 신체의 자유에 대한 실제적 절차적 보장과는 아무런 관계가 없는 이러한 국가 폭력의 희생자들을 수형자였다는 이유 하나만으로 4·3특별법상의 희생자에서 제외한다면 이는 야만의 시대, 전근대 시대로의 복귀라고 밖에 달리 할 말이 없을 것이다.

더군다나 이들에게 공정하지 못한 군사재판을 가능케 한 것은 일제의 가혹한 식민통치를 가능하게 하였던 메이지헌법 하의 계엄법이지 대한민국의 헌법도 아니었다. 또한 국방경비대법 역시 공포사실조차 불분명한 유령법령이었지 합헌적인 법률이 아니었기 때문이다.

또한 이들에게는 오늘의 증언에서 보는 것처럼 청문권조차도 제대로 보장이 안된 아니 심지어 자신이 재판을 받는지조차도 모를 정도의 재판이었다는 것이다. 게다가 실령 청문권 등이 인정된 것이었다 할지라도 국가가 이를 전혀 입증하지 못하고 있다면 이는 국가의 커다란 잘못이라 할 것이다.

그렇다면 수형자 명부에 존재하는 사람들을 폭도였기 때문에 희생자로 하지 못한다고 할 것이 아니라, 오히려 재판을 받을 권리가 심대하게 침해된 또 하나의 희생자, 혼란한 시대의 국가폭력의 희생자로 보고 이에 대하여 4·3특별법의 취지에 맞게 심사해야 할 것이지 헌법재판소가 말하는 것처럼 오늘날의 기준으로 이들을 일종의 폭도라도 규정하여 희생자에서 아예 일괄 배제하려는 것이 과연 근대적인 인권친화적 헌법 인식인지 의문이다.

만일 4·3위원회가 헌법재판소나 성우회 등의 퇴행적 주장을 추종하여 수형자명부를 인권보장과 관계 없는 방향으로 처리한다면 역사는 4·3위원회조차도 본질적으로 헌법재판소나 성우회와 같은 곳이었다고 기록하고 말 것이다.

### 5. 맺는 말

이상에서 살펴본 바와 같이, 재판을 받을 권리는 인권보장을 사명으로 하는 근대적 의미의 헌법에 있어서 신체의 자유를 비롯한 인신의 자유보장을 위한 가장 중대하고도 기본적인 인권이다. 그리고 이러한 인권은 합헌적인 법률에 따라 공정하게 재판을 받을 권리를 그 내용으로 한다. 그런데 이러한 인권을 가장 심각하게 위협하는 것은 다름 아닌 국가긴급권 하의 군사재판이다. 그러나 국가긴급권 하의 군사재판이라고 할지라도 재판을 받을 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없는 것이다. 또한 국가기관은 국가긴급권 하의 재판을 받을 권리가 침해되었다는 주장이 제기된다면 이를 적극적으로 입증할 책임도 가져야 할 것이다.

따라서, 재판을 받을 권리에 대한 이러한 헌법적 관점에서의 고찰에 기초한다면 제주4·3 당시의 수형인명부 역시 새로운 재조명이 불가피하며, 4·3 특별법의 목적 즉 인권보장과 이를 통한 민주발전 그리고 국민화합이라는 차원에서 대승적으로 심사할 필요가 있다 할 것이다.

## 소위 제주4·3관련 군법회의 재판은 재판인가?

이재승 / 국민대 법대 교수

1. 4·3관련 재판들 .....	13
2. 군법회의 수형인명부 .....	14
3. 계엄령 .....	15
4. 국방경비법 .....	16
1) 국방경비법은 제정 공포된 적이 없다	
2) 군법회의와 관련된 국방경비법 문서의 주요 내용	
5. 군법회의는 엉터리 국방경비법 문서를 지키기는 했는가? .....	18
1) 재판은 존재하지 않았다	
2) 김춘배씨 사건	
6. <초사법적, 약식 또는 자의적 처형>으로서 "재판살해" .....	19
7. 구제조치 .....	20
1) 판결폐기와 원상회복	
2) 나치법원	
8. 국가범죄 나아가 사법부의 역할 .....	21
1) 삼청교육대	
2) 사법부에 대한 촉구	

### 1. 4·3관련 재판들

4·3관련 재판은 일반심급법원, 계엄고등군법회의, 고등군법회의에서 이루어졌다. 군법회의와 일반법원의 절차는 피고인의 방어권 보장면에서 결정적인 차이가 나기 때문에 피고인에게 매우 중요한 사항이다.

계엄기간(1948/11/17~1948/12/31)에는 계엄고등군법회의가 4·3관련자들을 내란죄(구형법 77조)로 처벌하였다. 계엄령이 해제된 후에는 일반심급법원에서 재판을 진행하는 것이 법이다.!) 즉 일반법원이 구형

법 제77조에 따라 죄의 유무를 판정해야 한다. 그러나 어찌 된 영문인지 고등군법회의가 4·3관련자들을 국방경비법 제31조(이적죄)와 제32조(간첩죄)에 의거하여 처벌하였다. 더구나 간첩죄는 사형 이외에는 다른 형벌을 허용하지 않고 있다. 군법회의 설치전이나 해체 후에 체포된 사람들은 일반법원에서 정상적인 절차를 따라 진행된 것으로 이해되므로 이 발제에서는 특별히 거론하지 않는다.<sup>2)</sup>

4·3관련자들은 군사재판에 의하여 사형, 무기, 20년형, 10년형, 7년형, 5년형, 3년형, 1년형 등 판결을 받은 것으로 되어 있다. 사형을 선고받은 사람은 즉시 처형되었고, 무기형 또는 장기형을 선고받은 사람들은 교도소에 복역 중 6·25 와중에 집단적으로 살해된 경우<sup>3)</sup>가 대부분이며, 단기형을 복역하고 출소한 사람들도 보도연맹에 가입하고 이어 예비검속되어 총살 내지 수장된 것으로 알려졌다.<sup>4)</sup> 이러한 사람들의 사망은 증명하기가 쉽지 않아 이들은 대체로 행불자로 처리될 수밖에 없을 것이다.

종래에는 4·3사건의 본질이나 군작전의 정당성/부당성에 법적 논의의 초점이 맞추어져 있었기 때문에 재판을 받은 사람들에 대한 연구나 재판 자체에 대한 평가는 지금까지 정리되지 못했다. 재판을 받았다는 사실은 그래도 뭔가 국가로부터 제대로 된 대우를 받은 것과 같은 인상, 즉 합법성의 외관을 제공하기 때문에 4·3 관련자들에 대한 재판의 검토는 후순위 문제로 미루어져 왔다. 하지만 군법회의의 재판을 받은 4·3관련자들도 역시 국가의 의도된 살륙프로그램에 따라 천천히 그리고 철저하게 말살되었다는 사정이 조사와 증언을 통해서 속속들이 밝혀지고 있다. 재판을 받고 사망한 사람들이야말로 인권침해의 종합전시장이라고 할 수 있다.

## 2. 군법회의 수형인명부

'군법회의재판'에 관한 문서로는 현재 제주지방검찰청이 보존하고 있었던 <군법회의 수형인명부>가 유일하다. <군법회의 수형인명부>는 제주도계엄지구사령부 사령관 육군중령 함병선의 명의로 단기4281(서기1948)년11월 29일에 작성된 <제주도계엄지구고등군법회의명령제20호>와 단기4282년7월5일부터 단기4282년7월9일까지의 기간에 수도경비사령부보병 제2연대 연대장 육군대령 함병선의 명의로 작성된 <고등군법회의명령제1-18호> 및 각각의 명령서에 첨부된 <별지>로 구성되어 있다.<sup>5)</sup>

제주4·3사건 당시 고등군법회의에 적용되었던 국방경비법(1948.7.5. 공포 1948.8.4. 효력발생, 법률호수미상) 제94조에서는 「軍法會議判決은 該軍法會議設置長官 또는 其 當時 關係長官이 此를 承認하기 前에는 執行하지 不함」이라고 규정하고 있는데, <군법회의 수형인명부>는 그 내용으로 볼 때 제주4·3사건 당시 고등군법회의 설치장관이 국방경비법 제94조에 따라 군법회의판결을 심사하고 집행을 명하는 명령서로서 작성된 것이며, 이를 제주지방검찰청이 수형자 관리를 위해 명부로 활용하였던 것이다.

1) 일제의 계엄령(1886/8/5) 제16조: 계엄해제일로부터 지방행정사무·사법사무 및 재판권은 모두 정상대로 복귀한다.

계엄법(1949/11/24) 계엄법 제23조: 비상계엄시행중에 제16조와 제18조의 규정에 의하여 군법회의에 계속중인 재판사건의 관할은 비상계엄해제와 동시에 일반법원에 속한다. 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 대통령령의 정하는 바에 의하여 군법회의의 재판권을 1개월 이내에 한하여 연기할 수 있다.

2) 그러나 이들이 6·25와중에 다시 보도연맹원과 비슷하게 학살되었기 때문에 그 맥락에서는 여전히 국가 폭력의 희생자들로서 검토되어야 한다.

3) 대전교도소의 경우는 분명하게 드러났다.

4) 영터리 재판에 대한 생존자들의 생생한 증언은 제주4·3연구소 채록, 무덤에서 살아나온 4·3 '수형자'들, 역사비평사, 2002 참조.

5) <別紙>는 순번, 직업, 성명, 연령, 본적지, 향번, 판정, 판결, 인도일자, 복형장소 등의 기재란으로 구성되어 있고 연명으로 작성되어 있다.

<군법회의 수형인명부>의 기록에 의하면, 제주4·3사건 기간동안 고등군법회의는 1948년 12월과 1949년 6-7월 2회 설치되었다. 48년 고등군법회의는 1948년 11월 17일 선포되어 같은 해 12월 31일 해제된 계엄령에, 49년 고등군법회의는 국방경비법 제32·33조에 각각 근거한 것으로 되어 있다.

48년 고등군법회의는 1948년 12월 3일부터 1948년 12월 27일까지 총 12차례 열려 민간인 870명에 대해(일제)형법 제77조 내란죄위반의 유죄판결을 선고하였고, 49년 고등군법회의 1949년 6월 28일부터 1949년 7월 7일까지 총 10차례 개최되었고, 적용된 죄목은 국방경비법 제32·33조 위반, 敵에 對한 救 援 通 信 連 絡 及 間 諜 罪이며 민간인 1,660명에 대해 유죄판결을 내렸다.

48년과 49년 고등군법회의에서는 총2,530명에 대해 사형 384명, 무기 305명, 징역20년 97명, 징역15년 572명, 징역7년 705명, 징역5년 235명, 징역3년 29명, 징역1년 203명을 선고하였다.

## 3. 계엄령

군사재판의 일부 근거가 된 계엄령에 대해서는 논란이 많았다. 일본의 계엄령도 우리 헌법질서에 편입되어 계속적으로 효력이 있다는 입장<sup>6)</sup>과 일본계엄령은 우리법질서의 구성원이 아니라는 입장<sup>7)</sup>이다.

헌법 제64조는 "대통령은 법률의 정하는 바에 의하여 계엄을 선포한다"고 규정하고 있으므로, 일본의 계엄령은 문면 그대로 보면 헌법 제64조의 법률에 속하지 않기 때문에 당시의 계엄령을 무효라고 주장할 수 있을지 모른다. 그런데 헌법 제100조의 계속효규정에 의하여 일본의 계엄령이 완전히 무효라고 할 수 있을지 모르겠다. 계엄령은 천왕을 전제하는 천왕의 명령이므로 국민주권과 의회입법권을 선언한 우리 헌법에 반하고, 군대 폐지와 함께 계엄령의 효력이 상실되었다는 점(당시 일본에서 효력을 상실했다는 점), 나아가 계엄령은 죄형법정주의에 반한다는 점(특히 계엄령 11조) 등이 거론되었다.

그러나 계속 적용된다는 것의 의미는 그 규정이 전체로서 그대로 적용되어야 한다는 것을 의미하지 않는다. 예를 들어 前憲法的 法律이 헌법을 기준으로 저촉성 여부를 심사(위헌심판)받는 경우 계엄령에서 위헌적인 성격(천왕 중심성)이 탈색된 후에 대한민국 국회가 해당법률을 완전하게 정립하기 전까지는 대한민국의 법률로 임시적으로 재활용될 수 있는 것이다.<sup>8)</sup> 또한 사실상 우리 헌법 제64조가 규정대로 대한민국 국회가 정한 정식의 "계엄법"에 의해서만 계엄령을 선포할 수 있다고 보는 것은 지나치게 실정법 중심적인 사고라고 판단한다.

국가는 어느 정도 자기 스스로를 보호할 권리를 갖는다고 보아야 할 것이며, 자기 보존이 군대를 통해서만 가능한 경우라면 실존적 긴급권으로서 계엄권을 보유한다고 할 수 있다. 문제의 핵심은 계엄당국이 계엄의 목적에 합당하게 권한을 행사했는가에 있다. 계엄령에 입각한 모든 행위가 불법행위라고 규정하는 대신에 민간인학살과 초토화작전이었다는 점 등에서 불법성을 찾아야 한다는 것이다.

6) 유진오, 김도창씨가 이 입장을 취했다.

7) 김순태, <제주4·3당시 계엄의 불법성>, 제주4·3연구소, 「제주4·3과 역사」, 1998; 제민일보 4·3취재반, 왜 '4·3계엄령'은 불법인가, 「4·3은 말한다」, 전예원; 김창록, 1948년 헌법 제100조- 4·3계엄령을 통해 본 일제법령의 효력-, <http://www.humanrights.or.kr/HRLibrary/HRLibrary15-crkim1.htm>

8) 이러한 논리를 관철한다면 내란죄의 규정이 '일본의 정치질서'를 보호하기 위한 규정이라고 해석한다면 대한민국의 국민은 어느 누구도 내란죄를 범할 수도 없게 될 것이다.

#### 4. 국방경비법

국방경비법은 군법회의의 설치 근거법이자 4·3관련자에 대한 처벌 근거법으로 이해되고 있다. 그러나 국방경비법은 너무나 많은 문제점을 갖고 있다.

##### 1) 국방경비법은 제정 공포된 적이 없다

###### 가. 법이 아니다

이 법은 전혀 공포된 적이 없다. 존재하지 않는 이 법이 전쟁 전후에 민간인에 대한 재판에서 널리 인용되므로써 사법 살해의 근거가 되었다. 이 법은 법으로서의 성립요건을 전혀 지키지 않는 것으로 미국의 법철학자 Fuller의 말을 인용하면 공포되지 않는 법은 내용적으로 당·부당을 떠나서 "절차적 최소요건" 또는 "법의 선행조건"을 위반한 것으로서 효력이 없는 것이다. 공포되지 않는 법이 무효라는 것은 1945년 당시에 공지의 사실이다. 히틀러의 비밀지령은 전혀 법적인 근거로 취급되지 못했다는 점을 기억하면 될 것이다. 이러한 논리가 2차대전후 과거청산에서 널리 활용되었다. 국방경비법이 공포되지 않았으며 법규범으로 완전하게 성립되지 못했다는 점을 분명하게 논증한 조용환은 이 법의 성격을 다음과 같이 설명한다.

"여러 법령집에 실려 있는 국방경비법 (및 해안경비법)을 보면, 위에서 본 바와 같은 미군정법령에 시기별로 뚜렷하게 드러나는 제반 특징들이 어느 하나도 나타나지 않고 있다. 그러나 국방경비법과 해안경비법이 정식 공포된 법령이라면, 비록 그 관보 자체는 찾을 수 없다고 하더라도 그 형식과 내용에는 앞에서 본 시기별 특징과 일치하는 부분이 적어도 한 가지는 반드시 들어 있어야 할 것이다. 왜냐하면 위에서 본 특징들은 그냥 무의미한 것이 아니라 법령의 공포일자과 주체, 절차를 밝히는 핵심적인 내용들이기 때문에 이것들이 없이는 도저히 정당한 법령이라고 할 수 없기 때문이다. 이 사실은 곧, 국방경비법과 해안경비법이 군대를 창설하려고 준비하던 미군정 초기에 법안의 초안으로 마련되었을 가능성은 있지만, 군대 창설이 수포로 돌아가고 조선경비대를 '경찰'조직으로 환원하면서 결국 초안으로 끝나고 말았음을 증명하고 있다 할 것이다."<sup>9)</sup>

효력있는 법이란 합법적인 권위를 지닌 기관이 적절한 절차를 통하여 제정하고 공포하고 적용하는 법을 지칭한다. 이 경우 그 법의 내용이 좋으나 나쁘냐는 전혀 문제삼지 않는다. 법무부나 법원은 이 법이 앞서 말한 기준에 입각하여 대한민국의 유효한 법이라는 사실을 입증하지 못하고 있다. 그저 "실마 법이 아니겠습니까", "지금까지 재판한 판사들이 착각했다는 것입니까?"랄지, 심지어 "많은 사람들이 법이라고 생각하면 법이 되는 것 아니냐"라는 식의 설마와 억지 논리로 스스로 법률가의 양식을 의심케 하는 막말을 하였다. 조용환은 그래서 이 법을 냉소적으로 "성문화된 관습형법"이라고 비꼬았다. 그러나 관습형법

은 인권옹호적인 경우—국제인도법— 또는 적용할 형법이 전혀 없는 경우—이른바 무법천지—에나 수용할 여지가 있을 뿐이다. 그러나 적용할 법규가 전혀 없는 상황은 우리나라에 존재하지 않았다.

###### 나. 죄형법정주의에 관한 규정

- ① 포고제 1호(1945년 9월 7일)
  - 제3조 주민은 최고지휘관 및 그 권한하에서 발포된 명령에 대한 복종의무
  - 제6조 각종 법령의 공포에 관한 규정
- ② 군정청법령 제 11호(1945년 10월 9일): 차별대우 법률의 폐지
  - 제3조 1.죄형법정주의 2. 적절한 재판권보장
- ③ 대한민국헌법(1948년 7월 12일)
  - 제22조 법관에 의한 재판을 받을 권리
  - 제23조 죄형법정주의

###### 다. 법률적용의 계속과 차단

- ① 군정청법령 제 21호(1945년 10월 30일)
  - 제1조 법률의 존속(그간 폐지된 것을 제외하고는 구법은 폐지할 때까지 효력)
- ② 대한민국헌법(1948년 7월 12일)
  - 제100조 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 않는 한 효력을 가진다.

어쨌든 국방경비법은 유효한 것이 아니며, 또한 국방경비법이 존재하지 않음으로써 법질서의 공백도 존재하지 않는다. 왜냐하면 구형법과 구형사소송법이 존재하며, 이 법을 적용했다면 터무니없는 군사재판은 계속되지 않았을 것이다. 공포되지 않는 법에 입각한 판결은 판결이 아니라 불법이고 범죄이다.

##### 2) 군법회의와 관련된 국방경비법 문서의 주요 내용

이 법이 유효하게 공포된 것이라고 전제한다면 그 다음 상황에서의 문제점을 거론하겠다. 문명국가에서 일반적으로 통용되는 소송규범 같은 것은 우선 고려하지 않는다. 군법회의와 관련된 규정을 요약하면 다음과 같다. 군법회의는 세 종류인데 여기에서 문제되는 것은 고등군법회의이다. 약간의 공정한 절차조건도 마련하였지만 민간인에 대해서 군법회의재판을 개시할 수 있다고 정하고 있으며, 더구나 사형판결의 경우조차 단심으로 마무리하고 있는 점이 가장 큰 문제점이다. 전시군법이라고 생각할 수 있다. 이것은 미국의 육군형법(Articles of War)을 번역한 것으로 전해지며, 번역도 완전하지 않아 실제로 입법기도가 중간에 좌절되었다는 해석을 가능하게 한다.

###### ① 고등군법회의 설치

- 설치권자: 정부수석, 조선경비대어단장 또는 그 이상 상급장관(54조)
- 구성: 심판관 최저 5인이상(설치장관이 그 부대 장교 중에서 임명)(법무부장교 1인 포함)(52조, 53조)
- 검찰관: 법무부 장교 중에서 임명(57조, 67조)
- 변호인: 사선변호인 혹은 관선변호인(57조, 67조)

###### ② 소속지휘관 고등군법회의 설치 장관에게 기소장 제출

###### ③ 고등군법회의 설치 장관: 피고사건 접수 시 심판회부 또는 기소각하 결정

###### ④ 예심조사

고등군법회의에 회부할 피고사건은 완전 공평한 예심조사를 하지 않고는 이를 심판에 회부할 수 없음(65조)

9) 조용환, 성문화된 관습형법? - 국방경비법의 문제, <http://www.humanrights.or.kr/HRLibrary/HRLibrary15-ywcho1.htm>

10) "물론 이와 같이 국가의 기간조직이 미처 형성되기 전의 비상시기에, 오늘날의 통상적인 입법과정으로 볼 수 있는 절차를 거치지 아니하고, 비상한 절차와 수단으로 법률이 제정되어 통용되었을 경우, 과연 그에 대하여 법률로서의 효력을 인정할 수 있는지 여부는 법철학적으로 논란의 대상이 될 수 있으나, 적어도 그것이 오랜 동안 우리나라 일반 국민에 의해 유효한 법률로 승인되어 그 규범력을 인정받아 왔다면, 법적 안정성이라는 법의 이념의 요청에 비추어 볼 때, 이제 와서 수십년을 거슬러 올라가, 그 당시와 같은 혼란시기에 오늘날과 같은 완벽한 입법절차를 거치지 아니하였다는 흠을 들어 그 법률의 규범력을 전면적으로 부인할 수는 없는 것이다. ... 따라서 국방경비법은 비록 혼란기에 오늘날과 같은 완벽한 입법절차를 거치지 아니하고 제정된 것이기는 하지만 그 후 대한민국의 법질서에 적법하게 조입(租入)되어 일반 국민에 의해 그 규범력을 승인받은 유효한 법률이라고 봄이 상당하므로 ..." (서울고등법원 1998.9.10 선고 97 구 53542판결)

예심조사관; 법무부 장교

예심조사사항: 기소사항의 진부 등

예심조사절차에 있어 피고인의 권리: 증인에 대한 피고인의 반대신문권, 변호권, 자료제시권, 증인신청권

조사종료시 예심조사관은 조사보고서+증인진술서를 피고사건과 함께 제출

⑤ 군법회의심리 및 판정·판결

고등군법회의는 재판조서를 작성, 보존하며 재판조서에는 재판장과 검찰관이 서명, 날인하여 이를 인증함(81조)

검찰관은 소송기록원본을 군법회의설치장관에게 제출함. 군법회의설치장관은 조치종료 후 모든 소송기록을 법무총감에게 송달하여 보관(83조)

⑥ 군법회의 설치 장관의 판결 승인: 승인 이전에는 집행하지 못함(94조)

⑦ 법무총감실 및 심의회에 의한 판결의 심사(99조)

⑧ 정부 수석에 의한 판결 확인(96조); 종신수감형의 판결, 사형선고 판결은 정부 수석의 승인 또는 확인 없이 집행하지 못함

5. 군법회의는 엉터리 국방경비법 문서를 지키기는 했는가?

1) 재판은 존재하지 않았다

제주4·3관련 수형자들의 증언에 따르면 군법회의 재판은 말만 재판이지 실상 아무것도 아니었다. 군법회의는 설치의 근거가 된다고 말하는 소위 “국방경비법”의 규정들을 전혀 지키지 않았다. 공정한 예심을 거치지 않았으며, 법정을 열지도 않았으며, 한날에 수백명을 불러다 놓고, 피고인에 대한 심문도 없이, 변호인의 참여도 없이, 일방적으로 죄목과 형벌을 고지(선고)하였다고 한다. 그러한 고지장소가 때로는 법원, 때로는 교도소였다고 한다. 위의 경우에는 판결통지자는 군법회의 재판장이 아니라 교도관이었다고 한다. 그리고 재판이라면 최종적으로 기록이 남아 있어야 하는데, 군법회의는 국방경비법(81조)을 위반하여 어떠한 기록도 남기지 못했다. 어떻게 모든 재판의 실체가 없었다. 이는 이른바 ‘하자있는’ 재판이 아니라 재판‘불성립’의 경우이다.

증언자의 증언내용과 관련자료들을 살펴보면 제주4·3수형자들은 경찰의 죄질분류표에 따라 A, B, C, D, 甲, 乙로 나뉘어지고 사형부터 무기, 징역 20년에서 징역1년까지 처해진 것으로 나타난다. 군법회의는 더 이상 실체를 규명하려 하지 않고 경찰의 분류메모를 재판의 기준으로 삼은 것으로 해석된다. 즉 재판을 하지 않은 것이다. 이것은 거의 변명할 수 없는 사실이다.<sup>11)</sup>

군법회의 재판이 없었거나 재판으로 볼 수 없다는 생존자들의 주장에 대해 이를 반박할 수 있는, 즉 재판의 성립을 증명할 수 있는 소송기록(재판서, 공판조서, 예심조사서 등)은 나타나지 않고 있다. 국방경비법도 보존을 요구하고 있지만, 재판기록은 기본적으로 영구보존문서이다. 따라서 재판을 하였다면 기록을 보존하지 않을 까닭이 없다. 어쨌든 해방공간에서 군법회의 재판기록은 찾을 수 없다. 왜냐하면 존재하지 않았기 때문이다. 이 사실을 가장 잘 더구나 국가 스스로 입증한 경우가 김춘배씨(78세) 사건이다.

11) 국회의원들이 국방부장관에게 가혹한 군사재판을 거론하며 당시에 재심을 요구했다는 사실이 기사로 전해진다.

2) 김춘배씨 사건

김춘배씨는 4·3과 관련하여 징역 20년을 선고받았다. 그러나 그가 복역하던 교도소가 파옥되어 자유의 몸이 된 후 예비검속을 피하여 생활하다가 5·16후에 군에 체포되어 잔형을 복역해야 할 상황에 처했다. 1963년 당시 잔형집행을 청구한 당시 군검찰관은 육군본부 보통군법회의에 <군법회의 수형인명부>를 제출하였다. 그러나 육군본부 보통군법회의는 1963년 8월 20일 ‘김춘배씨 잔형집행사건’에서 “제주도 제주지구 계엄고등군법회의 1948년 12월 13일 내란죄로 징역 20년 선고”라고 기재된 <전과자명부>는 범행 내용을 구체적으로 명확히 할 수 있는 증명자료가 아니기 때문에 이를 근거로 형집행을 할 수 없다는 결정을 내렸다. 검찰관은 잔형집행청구에 판결서의 등초본을 첨부하거나 그러한 증명서류가 변란 중에 소실되었다면 증거를 제출해야 하는데 어떤 것도 증명하지 못했다. 달리 말하면 재판이 없었기 때문에 재판이 있었다고 증명할 수 없었던 것이다.<sup>12)</sup> 예컨대 6.25전쟁을 전후하여 파기하였다는 주장이 있을 수 있으나 그렇다고 하더라도 파기목록 등의 근거서류가 있어야 한다. 어쨌든 유족이나 수형자들의 재판이 없었다는 주장에 대해서는 국가가 정상적인 재판이 있었다는 사실을 증명할 차례가 되었다. 결국 정상적이고 공정한 재판없이 처형 내지 투옥되었다면 그것은 범죄행위에 지나지 않는다.

6. <조사법적, 약식 또는 자의적 처형>으로서 “재판살해”

제주 4·3사건과 관련하여 처형된 사람들은 유엔인권위원회에서 거론하고 있는 <조사법적, 약식 또는 자의적 처형>에 해당한다고 본다. 유엔인권위원회는 <조사법적 약식 또는 자의적 처형>에 대하여 특별보고관을 임명하였다. 특별보고관은 다음의 것을 “조사법적, 약식 또는 자의적 처형”으로 예시하고 있다.<sup>13)</sup> 이러한 유엔인권위원회의 작업이 어떤 구속적인 효과를 주는 것은 아니지만 과거청산에 중요한 지침으로 활용할 수 있으리라고 생각한다.

㉑ 사형과 연결된 생명권의 침해

보고서는 불공정한 재판에 의한 경우, 상소권 또는 사면권, 감형권이 배제된 경우 등을 거론한다. 4·3관련 사형판결이나 민청학련사건이나 인혁당사건, 조봉암사건 등이 여기에 해당할 것이다.

㉒ 국가공무원, 정부와 협력하거나 용인되는 준군사집단, 사적 개인이나 집단뿐만 아니라 이러한 유형과 연결될 수 있는 정체불명의 사람에 의한 살해협박과 즉각적인 조사법적 처형에 대한 두려움

㉓ 고문, 방치, 폭력행사, 생명을 위협하는 억류조건에 따른 구금중 사망

㉔ 법집행공무원 또는 직간접적으로 국가의 지시에 따라 행동하는 사람들에 의해 절대적 필요성과 비례의 기준과 합치하지 않는 물리력의 행사에 기인한 사망

㉕ 국가의 보안군이나 정부와 협력하거나 용인되는 준군사집단, 살인부대 또는 다른 사설군대에 의한 공격에 기인한 사망이나 살인

㉖ 무력충돌 중 국제인도법에 위반하여 특히 민간인과 다른 비전투원에 대한 생명권의 침해

㉗ 사람들의 생명이 위험한 국가 또는 장소로의 추방, 송환 또는 귀환과 국경폐쇄를 통하여 사람들의

12) 당시 김춘배씨의 변론을 맡았던 노재필 변호사가 4·3당시 제주도에 사령관으로 주둔했었던 송요찬씨에게 <정식재판이 있었느냐>고 묻자 <당시에 재판이 없었다>고 답변했다고 한다. 이 이야기는 김춘배씨를 옥바라지한 부인 이점희씨의 구술부분이다. 무덤에서 살아나온 4·3 '수형자'들, 역사비평사, 2002, 77쪽.

13) Extrajudicial, summary or arbitrary executions E/CN.4/1999/39 Para. 6. 이 부분의 번역은 조시현, '국제인권'으로 본 의문사문제, <http://www.humanrights.or.kr/HRLibrary/HRLibrary15-shcho4.htm>. 조시현은 의문사를 강제실종의 문제로 재정의하고, 이 문제에 관한 <유엔선언>과 <미주조약>을 상세하게 다루고 있다.

생명이 위험한 국가를 떠나 망명하지 못하게 하는 경우

㉑ 집단살해

① 폭도에 의한 살해를 포함하여 당국자의 부작위에 기인한 죽음

① 생명권 침해가 주장된 사건에 대해 수사하고 책임자를 재판할 의무의 위반

④ 생명권 침해의 피해자에 대한 적절한 배상을 하여야 할 추가적인 의무의 위반과 정부가 배상의무를 인정하지 않는 경우

7. 구제 조치

1) 판결폐기와 원상회복

군법회의의 재판은 전혀 법적인 형식을 갖추지 못한 자의적인 권력판결에 지나지 않으므로 판결이 아니다. 법적인 형식을 갖추었으면 재심의 대상이라도 되겠는데 군법회의의 재판은 "부성립 또는 부존재"라고 해야겠다. 어쩌면 "군법회의재판 부존재확인소송"을 제기해보는 것이 좋겠다.

판결은 존재하지 않지만 그 사실상의 결과를 제거해야 한다. 이러한 군법회의의 재판을 일체로서 무효화시키는 특별법을 제정하는 것이 좋겠다. 그리고 손해배상에 대해서는 불법의 정도에 달려 있다고 판단한다. 불법체포감금에 따른 손해배상, 생명침해에 대한 손해배상, 특히 복역 후에 예비검속을 통해 실종된 자나 수형중 파옥 이외의 사유로 "강제실종(forced disappearance)"된 자는 사망으로 추정하여 그에 상응하는 보상이 이루어져야 할 것이다.

2) 나치법원

독일의 경우에는 나치의 악명 높은 즉결재판소와 민족법원의 판결을 자동으로 폐기하는 법률을 제정하였다. 독일은 그 동안에 개별적인 재심청구를 통해 나치 시대의 불법판결을 폐기하였다. 최근에 와서 나치시대의 사악한 판결을 폐기하는 포괄적인 법률, 즉 나치형사불법판결폐기법(Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege 1998.8.25)과 유전병판정법원불임결정폐기법(Gesetz zur Aufhebung von Sterilisationsentscheidung der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte 1998.8.25)을 제정하였다. 이 법에 따라 당시 악랄한 사법부의 대명사로서 정치범을 무수히 살육했던 민족법원(Volksgerichtshof), 유테인을 인종적으로 박멸했던 즉결재판소(Standgericht)의 판결과 우생학적인 이유로 유전질환자에게 불임조치를 강요했던 유전병판정법원(Erbgesundheitsgerichte)의 결정은 자동적으로 폐기되었다.<sup>14)</sup>

14) 이에 대한 해설은 Ralf Vogl, Das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege, Neue Justiz, 1999, 243쪽 이하. 그러나 독일의 훌륭한 법이 동독의 정치재판과 결정을 폐기하는 법(Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet 1992.10.29)이 제정된 후에 등장했다. 때늦은 정의는 정의가 아니다.

8. 국가범죄 나아가 사법부의 역할

1) 삼청교육대

자의적이고 초약식의 재판은 특히 군사정권하에서 비밀비재하다. 삼청교육대 문제도 이중에 하나이다. 80년 5·18직후에 쿠데타세력은 "불량배일제검거"라는 명분으로 연 80여만명의 군경을 동원하여 일제검거를 실시하여 60,755명을 연행하였다. A(3,252), B(17,872), C(22,475), D(17,156) 급으로 나누어 A급은 군법회의에 회부하거나 검찰에 송치하고, D급은 훈방하고, B,C급은 군부대에서 "순화교육"을 시켰다. B,C급 분류자는 피눈물나는 4주간의 순화교육을 받고, 그 후에 "근로봉사"라는 강제노역이 실시되었다. 근로봉사에는 총 10,016명이 동원되었다. 그런데 이들은 1980년 12월 18일 제정된 사회보호법에 의거하여, 7,578명에게는 5년(특급, 171명), 3년(가급, 865명), 2년(나급, 4,998명), 1년(다급, 4,054명)의 보호감호처분이 이루어지게 된다. 이것 역시 중대한 인권범죄로 이해하지 않을 수 없다. 어쨌든 책임자처벌, 진상규명, 손해배상을 요구하는 피해자들의 요구를 입법부와 사법부는 동시에 외면하고 있다.

2) 사법부에 대한 촉구

사법부는 과거청산문제는 입법적으로 해결해야할 구조적인 문제라고 말하지만, 5·18특별법, 광주보상법, 민주화운동법, 의문사법과 같은 과거청산에 관한 법률들이 제정됨으로써 사실상 과거청산에 관한 법적 원리가 확보되었다. 사법부가 그러한 법률의 정신을 고양시키려고 노력했다면 현대사에서 저질러진 중대한 인권침해행위에 대한 구제조치를 제공할 수 있었을 것이다. 국가범죄, 즉 국가권력에 의한 중대한 인권침해범죄는 실제로 단죄되는 그 순간까지 공소시효가 시작되지 않는 계속범(繼續犯)이라는 것이 국제사회의 규범이다.

사법부가 희생자들의 권리보호에 좀더 적극적인 태도를 취해야 할 것이다. 나아가 사법부는 스스로 자기 과거를 정리해야 하며, 인권침해적인 판결 전통에서 이탈해야 한다. 최소한 과거청산업무를 담당하고 있는 각종위원회를 통해 명예회복이 이루어진 피해자들에게 내려졌던 종래의 판결이나 결정에 대해서라도 특별재심을 시도해야 할 것이다.<sup>15)</sup> 그리고 과거문제를 담당한 위원회들이 과거의 유죄판결이나 조치의 법적 효력을 우회하면서 피해자들의 정치적 명예회복을 시도하는 것도 정상적인 것이 아니다. 그러므로 스스로 최소한 권력의 때가 낀 판결과 결정들을 폐기처분해야 한다는 것은 이 시대의 사법부에 드리워진 최소한의 짐이다.

15) 「5·18민주화운동에 관한 특별법」은 광주민주화운동관련자에 대한 유죄판결에 대해서 형사소송법 및 군사법원법의 재심규정에 상관없이 특별재심규정(제4조)을 마련하였다. 이 규정은 과거청산과 관련된 다른 사건에 대해서 적극적으로 준용되어야 한다.

# 대만 2·28사건과 민주화시기의 과거청산

-2·28사건 보상조례를 중심으로 1)-

박윤철 / 호서대 중국학전공 교수

I. 들어가는 말 .....	22
II. 2·28 사건의 개요 .....	23
III. 사건진압과정의 폭력성과 위법성 .....	25
IV. 명예회복을 위한 보상조례의 비교분석 .....	26
1. 법률의 명칭 및 입법목적	
2. 청구주체 · 보상범위 및 보상액의 계산방법	
3. 집행기관의 설치 및 그 권한	
4. 기타특별조치	
V. 끝맺는 말 .....	29

## I. 들어가는 말

대만의 2·28사건은 대만의 특수한 역사적 상황 속에서, 사실상 점령군의 신분으로 진주한 중국대륙 정권과 토착민으로서 피지배의 대상이었던, 대만인 사이의 대립구조 하에 폭발된 민중 봉기적 사건이다. 2·28사건으로 인해 중국대륙 출신의 외성인(外省人)과 대만인 사이의 민족적 갈등이 처음으로 거대한 폭발을 일으켰으며, 이는 이후 대만 사회의 건전한 발전 즉 전 국민적 통합과 일체감을 확대시켜 나가는 데 방해요소가 되었으며, 더 나아가 민족간의 대립과 갈등의 뿌리로 작용하였다<sup>1)</sup>.

1) 1947년 2·28사건 이후에도, 대만에서는 여러 가지 폭력적 정치탄압과 백색테러의 공포가 있었으며, 그러한 부당한 희생자의 명예를 회복시키기 위해 1998년 6월 17일 별도로 「계엄시기 부당 반란 및 간첩재판사건 보상조례(戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例)」를 제정 및 공포하여 실시하고 있다. 그러나 2·28사건 이후의 사건들은 제주 4·3사건과 비교할 만한 대규모적인 성격을 띠고 있지 않다. 따라서 본고에서는 2·28사건에 초점을 맞추어 서술하고자 한다. 상기 보상조례에 관한 연구는 徐勝(2000)을 참고하시오.

2) 대만의 민족적 구성은 크게 대별해 볼 때, 4대 민족으로 나눌 수 있는데, 다음과 같다 ; 외성인, 민남인

중국국민당(이하 국민당이라 간칭함)정권이 이등휘 총통을 필두로 하는 대만 출신들에 의하여, 대만 화가 이루어진 후, 비록 실제적 지배구조가 변하긴 했지만, 정치적으로나 법률적으로 여전히 가해자라고 할 수 있는 국민당의 주도하에, 1995년 4월7일 2·28사건에 대한 명예회복과 보상을 위한 법률 즉 「2·28사건처리 및 보상조례(二二八事件處理暨補償條例)」가 공포되었다. 이 법률은 가해자인 국민당에 의한 제거라는 태생적 한계를 가지고 있지만, 한국에서 이미 제정된 제주 4.3특별법의 시행 과정에 있어, 중요한 정면 혹은 반면교사의 역할을 해줄 수 있을 것으로 기대된다.

따라서 이 글은 먼저 대만 2·28사건의 개요와 진압과정의 폭력성과 위법성을 간단히 살펴본 후, 비교적 관점에서 「2·28사건 처리 및 보상조례(이하 보상조례라 간칭함)」를 제주 4.3특별법과 대비시켜 분석해 보고, 아울러 시사점을 제시하고자 한다.

## II. 2·28 사건의 개요

대만 섬은 400여 년 전부터 대만해협 반대편인 중국대륙의 복건성과 광둥성에서 한족(漢族)들이 이주해 살기 시작했다. 그러나, 중국의 중앙정부에 편입된 것은 청조시대에 진입한 후의 일이며, 실제로 대만의 군사적 및 경제적 중요성을 인식하고, 체계적인 통치를 위하여 복건성으로 부터 독립된 대만성으로서의 승격도 겨우 1885년에 이르러 이루어졌다. 이 당시에도 통치권은 서부 및 북부지역까지만 미치고 있었다(史明, 1988).

대만의 실질적인 중국대륙 편입이라고 할 수 있는 대만성 승격이 이루어진 후, 채 10년이 지나지 않은 1895년 청일 전쟁에서 패배한 청조는 시모노세키(馬關)조약을 체결하고, 대만을 일본에 할양하였다. 이후에 대만은 중국대륙으로부터 잊혀진 섬으로 남겨져 있었으며, 실지로 국민당 정권도 카이로선언 이전에는 대만성의 수복에 대한 어떠한 시도나 정책을 갖고 있지 않았다. 다시 말하면, 중국 대륙과는 무관한 타인의 땅으로 잊혀져 있었던 것이다. 이러한 국민당정권의 역사인식은 자국 국민을 해방시키는 민족해방군으로서가 아니라 일제식민정부를 대체하는 새로운 점령군 내지는 통치자의 신분으로서 대만 섬에 진주하게 만들었다.

대만은 1945년 해방될 때까지 일제시대 50년을 제외하고는, 제대로 된 통일국가체제를 경험하지 못했기 때문에, 국가의식이나 혹은 민족의식이 한국에 비해 상대적으로 낮은 수준에 머무르고 있었으며, 시민사회조직의 조직화 정도가 매우 미약한 상태였다. 그러나 국가조직은 알제 식민정부의 통치기구를 답습한 과대성장국가 형태를 띠고 있었으며, 그 위에 중국 대륙으로부터 이주해 온 군사 및 행정조직이 중첩적으로 부가되어 있는 상태였다<sup>2)</sup>. 다시 말하면 약(弱)시민사회/강(強)국가체제의 전형을 이루고 있었다.

(閩南人), 객가인(客家人), 및 원주민 등이다. 전 3자는 모두 동일한 중국대륙의 한족(漢族)에 뿌리를 두고 있기 때문에, 엄밀한 의미에서 상이한 민족이라고 말하기 곤란하다. 외성인은 국민당 정권이 1949년 국공내전에 패배하여, 대만으로 철수할 때, 함께 온 정부 관원 및 군인과 그들을 따라 이주한 사람들 중에서 중국 대륙을 본적으로 하는 사람들과 그 후예들을 가리키는 말이다. 그들이 전체 인구에서 차지하는 비율은 13%정도 된다. 민남인은 대만사회 내에서 다수를 이루고 있는 사람들로서, 400여년 전부터 중국의 복건성에서 대만해협 건너편의 대만섬으로 이주하여 정착하였다. 그 비율은 70%에 이른다. 객가인은 대만인보다 조금 늦게 중국의 광둥성으로부터 이주해 왔는데, 그 비율은 15-16%정도이다. 마지막으로 원주민은 아주 오래전부터 남방에서 이주해 정착하고 있던 토착민족이다. 그 비율은 2%에도 미치지 못한다. 민남인과 객가인은 민족적 차이에도 불구하고, 외성인이 정치·경제 및 사회적 권력을 장악하고 있던 시기에는 대만인이라는 동질적 의식하에 외성인과 대립적 관계에 있었다(박윤철, 2001).

3) 1947년 2·28사건이 발생한 이후, 1949년 국공내전에서 패퇴한 국민당정권은 중국대륙의 행정 및 군사기구 그리고 방대한 정보기구를 그대로 대만 국가체제에 이식함으로써, 일부 공산주의 국가체제를 제외하고는 가장 강력한 국가통제를 구사하였으며, 또 1986년까지 계엄체제를 유지하였다. 실제로 1947년 이후 대만사회 내에서 대규모 민중봉기 성향의 사회적 사건이 거의 발생하지 않았다.

이러한 역사적 배경 하에서, 2·28사건의 맹아가 자라고 있었는데, 그 원인이 된 몇 가지요소를 관찰해 본다면, 첫째, 국민당정권은 대만인은 일제 교육에 심각히 중독되어 있기 때문에 상당한 시간의 교화과정이 필요하며, 또 대만사람은 성격이 매우 강인하기 때문에 엄격한 관리를 해야 한다고 생각했다. 둘째, 대만성은 중국대륙과 달리 성정부가 아니라 대만성 행정장관공서(行政長官公署)를 설치하여, 내지에서 속지를 지배하는 식민정부의 총독부와 거의 유사한 체제를 유지하였다. 행정장관은 정치 및 군사대권을 장악하고 있었으며, 행정장관공서 내의 모든 조직은 총독부의 편제를 그대로 유지하였다. 셋째, 일본 재산(敵産)을 몰수하는 과정에서, 많은 무리수를 자행하였다. 일제가 불법적으로 몰수한 재산과 대만인과의 합자경영 재산까지도 몰수하였다. 넷째, 주요 경제 상품에 대한 전매제도를 유지함으로써 대만인을 수탈하였다. 다섯째, 각급 정부기관의 중요 직위는 중국대륙에서 건너온 외성인들이 독점하였다.

이러한 국민당 정부의 통치방식은 조국의 품에 돌아가면, 새로운 시대를 맞이할 수 있을 것이라는 기대로 가득하던 대만인들의 꿈을 실현 불가능한 것이 되게 만들었다. 따라서 대만인들의 국민당 통치에 대한 불만이 서서히 증폭되고 있었다. 상기한 관점에서 볼 때, 2·28사건은 한국 제주 4·3사건과는 달리 외래 정권의 식민통치적 행위에 항거하는 피지배자의 봉기라는 성격을 띠고 있다. 실제로 당시 대만사회 내에서 공산주의 운동은 그다지 뿌리를 내리고 있지 않았다.

사건의 직접적인 발단은 전매청 조사원과 경찰관들이 1947년 2월 27일 전매제도를 위반한 불법 담배 판매상을 단속하는 과정에서 총신을 사용하여 폭력을 휘두르다, 민중들의 포위항의에 놀라 도망가면서 발사한 총알에 무고한 민중이 사망한 일이었다. 다음 날 타이페이에서 시작된 항의시위는 삼시간에 전국적으로 확대되었다. 이 과정 중에 일부 민중들은 무장을 통한 무력투쟁을 시도하기도 하였으나, 전체적으로 볼 때, 민중들은 각 지역별로 자발적인 「처리위원회(處理委員會)」를 조직하여, 정치개혁과 더불어 평화적으로 문제를 해결하고자 하였으나, 국민당정권은 중국대륙의 군대까지 파견하여 대대적인 살육과 진압작전을 전개하였다.

당시 국민당 총재 겸 총통이었던, 장개석은 공개적으로 2·28사건을 다음과 같이 폄하하였다. 「이 사건의 원인은 대만 청년들이 일본이 식민지에서 실시한 노예화교육의 영향을 받아, 올바르지 못한 사상을 가지고, 국가정세를 올바로 이해하지 못함으로써, 조국 정부 공무원과 군대를 경시했기 때문이다 근인(近因)은 소수 공산주의자 및 폭도들의 선동과 위협에 이끌리어, 대만청년들이 무리를 지어 맹종하고, 반란을 일으킴으로써, 사회불안과 인심이 흉흉해졌기 때문이다. 이러한 반동파의 야심은 정부를 전복하고 정권을 탈취하고자 하는 것이다(林宗光, 1989: 96). 국민당 정권은 이러한 인식 하에, 1948년 2월 28일 오후 3시에 곧바로 계엄령을 선포하였다. 그 후 잠시 동안 계엄령을 해제하고 유화적인 태도를 표명했으나, 실제로는 중국 대륙으로부터의 군대가 도착하기를 기다려, 3월 9일 다시 계엄령을 선포하고, 3월 10일 각 지역의 처리위원회를 강제 해산시키고, 대대적인 진압 및 수색작전을 진행하였다. 「안무(綏靖)」·「마을정화(淸鄉)」이라는 구호아래 철저한 수색을 실시하여 반란분자를 일망타진하고자 하였다. 그 과정 중에 많은 무고한 대만인들이 학살당하고, 체포 및 구금되었다. 이러한 소탕작전은 5월 15일까지 계속되었으며, 5월 16일 비로소 계엄이 해제되었다.

당시 이 사건으로 사망한 자의 수는 정부 공식통계에 의하면 2000여명이지만, 민간의 통계는 2만여 명이 넘을 것으로 판단하고 있다. 다른 한편 통계적 추세를 분석하는 방법을 사용하여 이 사건 사망자를 추정한 연구에서는, 사망자 수가 남자만 4756명 정도에 이를 것으로 추정하고 있다(盧信昌 · 胡春田, 1994). 더욱 불행한 것은 그 대부분의 희생자들이 대만 각계의 엘리트들이었기 때문에, 이 후 대만의 시민사회는 회복될 수 없는 치명적인 상처를 입은 것이었다.

### III. 사건진압과정의 폭력성과 위법성

당시 중국대륙을 지배하던 중화민국은 당국(黨國)체제라는 레닌식 통치체제 하에서, 초법적인 통치가 이루어지고 있었다. 국가의 모든 권력이 국민당의 국방최고위원회에 위임되어 모든 정부기관과 군사기관을 통솔하고 있었기 때문에, 법률과 행정명령이 구분되지 않았으며, 심지어 행정명령이 법률 위에 군림하고 있었다.

계엄법에 의하면, 전쟁이 아닌 비상사태로 인한 「보통계엄」의 선포일 경우에, 입법원(국회)의 동의를 필요로 하지 않으나, 그 권한은 매우 제한되어 있어, 지방행정기관과 사법기관의 권한을 침해할 수 없다고 규정하고 있다. 그 하위에 있는 「임시계엄」의 선포는 그 지역 최고사령관이 선포할 수 있으나, 정부의 추인을 받아야만 하며, 그 권한 역시 제한적이다.

계엄법 제 2조에 의하면, 계엄지역을 2가지로 나누고 있는데, 「경계지역」과 「접전지역」이 그것이다. 경계지역일 경우에 지방행정관 및 사법관의 사무 중에서 군사적 관련이 있는 사무에 한해서 그 지역 계엄사령관의 지휘를 받도록 규정하고 있다. 당시의 계엄령은 국민정부의 정상적인 추인도 거치지 않았으며, 그 후에 행정명령의 방식으로 전쟁과는 무관한 대만을 접전지역으로 간주하고, 군사기관이 행정기관과 사법기관의 권한을 침해하고, 무력화시켰다. 이러한 행정명령의 남발은 행정명령 상호간에 저촉되는 사태가 발생하도록 만들었다.

3월 10일 계엄이 다시 선포된 후 진행된 무자비한 학살과 체포 구금은 계엄기간이므로 계엄법에 의거하여 집행되어야 함에도 불구하고, 모두 군이 반포한 각종 계획, 조치, 전문(電文)지시 등을 통해 진행되었다.

당시 행정장관 진의(陳儀)는 장개석에게 보고한 문서를 통해, 스스로 대만은 접전구역이 아니므로 군법을 적용할 수 없다고 인정했음에도 불구하고, 사법기관은 사건의 처리에 너무 관대하고, 처리속도가 매우 완만할 것이므로, 잠정기간동안 군법을 적용하여 반란분자를 엄중 처벌해야 한다고 주장하였다(羅詩敏, 2000: 98). 또 당시 대만경비총사령부는 지시를 통해 보복을 시도하거나, 약탈 및 간음을 하는 자는 현장에서 처벌하도록 허용하였다. 특히 행정장관은 전 지역의 사건가담자들을 수색 및 체포하기 위해, 특별히 「별동대(別動隊)」를 설치하기도 하였다.

폭력적이고 위법적인 진압계획은 2가지 방면에서 진행되었는데, 그 하나는 무력진압이고, 또 다른 하나는 마을정화(청향)였다. 무력진압은 불법조직의 해산, 언론기관 및 학교의 봉쇄와 반동유인물의 압수, 그리고 반란수괴의 징벌이었다. 마을정화는 총기 및 탄약의 회수와 더불어 사건가담자를 숙청하는 것이었다(行政院二二八事件小組, 1994).

대규모의 체포활동은 추상적이고, 불명확한 행정명령이나 지시에 의거하여 이루어졌고, 집행자인 군인이나 헌병들의 소양이 매우 부족했기 때문에, 실제 운영과정 중에 사살과 체포가 남발되었다. 특히 당시의 행정장관공서 민정국장이 직접 장개석에게 보고한 바에 의하면, 약간의 관련 혐의만 있으면, 모두 사살하여, 피해자가 이미 수십 명에 이르며, 특히 청년 학생의 희생이 크며, 대만경비사령부가 공개적으로 많은 별동대를 조직하였기 때문에 대만인들의 공포가 극에 달해 있다고 말하고 있다. 또 다른 헌병사령부의 간부는 군인과 경찰이 보복을 위하여 폭도들을 무자비하게 구타하고 체포 구금하여, 대만인들이 공포에 질려있다고 장개석에게 보고하고 있다(羅詩敏, 2000: 107).

상술한 바와 같이, 국민당정권은 매우 극렬한 수단을 사용하여, 사건관련자들을 처리하였는데, 불법 및 위법적 사살이나 체포구금을 남발하고, 또 재판과정을 거치지 않고 「현지처결」이라는 방식으로, 신속하고, 무자비하게 사건관련자들을 처단하였다.

당시 은폐된 사건처리 건수를 제외하고, 각 군·경 기관들의 기록에 나타난 사건 수를 종합해보더라도, 2,519건에 이르렀는데, 체포된 자의 45.2%가 군부대로 이송되었으나, 군사법정에 회부된 자 수는

3.5%, 그리고 법원으로 이송된 자의 비율은 7%에 지나지 않았다(羅詩敏, 2000).

기업이 해제된 이후에도 각 군사기관들은 사건 관련자들을 여러 가지 이유를 제시하며, 법원으로 이송하지 않았다. 심지어 이송에 따른 기준을 정하는데, 사건을 종결할 수 없거나, 혹은 죄질이 경미한 자만을 이송한다는 한계를 설정하고 있었다. 또 이송할 경우에도 검거 및 이송기관의 의견을 적극적으로 참고해야 한다고 요구하고 있었다.

군사법정은 단심제를 채택하고 있었으며, 재판은 비공개로 진행되었으며, 변호인이나 기타 조력자의 도움이 허용되지 않았다. 따라서 재판의 결과는 이미 예정되어 있다고 해도 과언이 아니었다. 법원으로 이송될 경우에는 형식적인 절차상의 보장은 받을 수 있었으나, 법원 역시 군사기관의 실제적 통제 하에 독립적 재판은 거의 불가능하였다.

#### IV. 명예회복을 위한 보상조례의 비교분석

「2·28사건처리 및 보상조례」는 1995년 3월 23일 대만의 국회인 입법원을 통과하여, 동년 4월 17일 공포되었다. 이 법률은 사건의 가해자라 할 수 있는 국민당이 총통직 및 행정원과 입법원을 장악하고 있던 시기에 통과된 법률이기 때문에, 그 실제적 내용 면에서 여러 가지 한계를 드러낼 수 밖에 없었다. 실제로 이 법률은 여야의 합의하에 통과된 것이 아니라, 다수 국민당의 표결 요구에 의하여 통과된 것이었다. 그러나 상대적 관점에서, 민주정부의 법통을 이어받은 「국민의 정부」가 제정한 한국의 제주 4.3 특별법과 비교해 본다면, 상당히 긍정적이고 진일보한 측면이 있다는 점을 부인할 수 없다<sup>4)</sup>.

보상조례는 모두 16조로 이루어져 있지만, 그 주요내용은 다음 3가지로 대별할 수 있다. 첫째는 「법률의 명칭 및 입법목적」이고, 둘째는 「청구주체 · 보상범위 및 보상액의 계산방법」이고, 셋째는 「집행기관의 설치 및 그 권한에 관한 사항」이며, 마지막으로 「기타 특별조치」가 포함되어 있다.

##### 1. 법률의 명칭 및 입법목적

법률의 정식명칭은 「2·28사건 처리 및 보상조례」인데, 그 명칭 중에서 「보상」이라는 표현은 많은 논란을 불러 일으켰다. 원래 야당인 민진당의 요구에 의하여 국회의 제1독회를 통과한 법률안에서는 보상이라는 표현 대신에 배상이라는 표현이 사용되었다. 이는 국가의 법률적 책임성을 강조하고, 아울러 정부의 고의나 과실을 분명히 인식시키려는 의도를 담고 있었다<sup>5)</sup>. 그러나 제2독회 과정 중에 국민당은 보상이라는 표현이 정부가 책임진다는 의미가 더 강하다는 이유로 그 최종 명칭을 「보상조례」로 바꿀 것을 요구하고 표결 통과시켰다(鄭明德, 1997a).

입법목적은 조례의 제1조에 규정되어 있는데, 국민들로 하여금 사건진상을 올바르게 인식하게 하고, 역사의 상흔을 치료하며, 민족간의 융합을 촉진하고자 한다는 것이다. 이 목적을 잘 음미해 보면, 단순히

4) 1995년 당시의 국민당정권은 대만화가 상당한 수준으로 진척되어, 대만 출신인 이등위가 국가의 총통직과 당의 주석직을 겸임하고 있었을 뿐만 아니라, 국가와 당의 중요 직책을 대만 출신이 장악하고 있던 시기였지만, 여전히 장개석 및 장경국(蔣經國)계의 보수세력이 상당한 세력을 유지하고 있던 시기였기 때문에, 초기 국민당의 정책이나 권력행사의 정당성을 부인하는 정책이나 입법을 시행하는 데에는 여러 가지 어려움이 있었다는 점을 고려해야 한다.

5) 徐勝(2000)은 2·28보상조례가 과거청산법으로는 우수하나, 가해자의 처벌 및 소추규정이 없다는 점이 결점이라고 지적하고 있다.

6) 여기에는 또 다른 의미가 담겨있다. 2·28사건 당시 중국대륙은 레닌식 당국체제 하에서, 대만의 통치권을 국민당에 위임한 상태였기 때문에, 「배상」이라는 표현을 사용함으로써, 국민당의 정치적 및 법률적 책임을 부각시키고, 또 정부 주체로 보상을 이행한 후에, 국민당 측에 구상권을 행사하려는 의도가 내재해 있었다. 실제로 국민당은 야당이 된 지금에도 방대한 규모의, 당영사업을 운영하고 있다.

희생자의 명예회복과 보상에 국한된 것이 아니라, 점점 갈등이 확대되어 가고 있던, 당시의 대만인과 외성인 사이의 대립을 완화하고자 하는 정치적 목적을 담고 있었던 것이다. 따라서 이 법률은 애초에 피해자인 대만인과 가해자인 외성인 양쪽 세력의 정치적 명분을 손상시키지 않는 범위 내에서의 타협의 산물인 것이다.

##### 2. 청구주체 · 보상범위 및 보상액의 계산방법

보상조례의 제2조에 의하면, 청구주체를 다음과 같이 규정하고 있다. 「본 조례에서 말하는 희생자(受難者)는 본 사건으로 인하여 생명·신체·자유 혹은 재산이 공무원이나 공권력에 의하여 침해당한 자이다」.

위 내용을 제주 4.3특별법과 비교해 볼 때, 청구주체의 범위가 상대적으로 확대되어 있음을 알 수 있다. 즉 생명과 신체상의 손상을 입은 자만이 아니라, 자유가 박탈되거나 재산상의 손실을 입은 자까지 그 범위가 확대되어 있다.

특히 「제주 4.3사건 진상규명 및 희생자 명예회복위원회」는 최근에 희생자의 범위에서 「남로당 제주도당의 핵심간부와 군·경의 진압에 주도적으로 항거한 무장대 수괴급 등은 제외한다」고 결정하였다. 그러나 대만의 2·28사건에도 상당한 수준의 무장 항거가 있었음에도 불구하고, 정부의 공권력 행사를 어느 정도 정당화시키고자 하는 이러한 주장은 제기되지도 않았다. 기본적으로 2·28사건 보상조례는 정부의 고의와 과실을 전적으로 인정한다는 전제 하에서 제정된 것이다.

보상범위는 보상 조례 제 8조에 규정되어 있는데, 다음의 6가지로 대별되어 있다. 1. 사망 및 실종 2. 상해후유증이 있는 자. 3. 체포 구금되거나 징역형이 집행된 자 4. 재물 손실 자 5. 건강 및 명예 손상자 6. 기타 미 규정 사항은 「2·28사건 기념기금회」에 권한을 위임하여 정한다 등이다. 청구주체에서도 느낄 수 있었던 바와 같이, 그 보상 범위가 제주 4.3 특별법보다는 훨씬 넓고, 진정한 의미의 명예회복까지 그 범위가 확대되어 있다. 다섯 번째의 「건강 및 명예 손상자」는 실제적 판별에 어려움을 겪겠지만, 도덕적 및 정신적 의의는 매우 큰 것으로 보인다.

보상액의 계산방법은 기본지수(基數)에 기초한 계산법을 채택하고 있는데, 총 기본지수는 60개로 이루어져 있으며, 한 개의 기본지수는 대만화폐<sup>6)</sup>로 10만 원(한화 350만 원)에 상당한다. 최고보상액은 60개의 기본지수, 다시 말하면 대만화폐 600만 원(한화 2억1천만 원)을 초과할 수 없다고 규정하고 있다.

보상금액은 기념기금회가 희생자의 희생정도에 따라 그 기준을 정하는데<sup>7)</sup>, 아래의 표1을 이용하여 살펴보면, 사망과 실종은 기본지수가 60개 즉 대만화폐 600만 원의 보상을 받게 된다. 중상일 경우에는 최고 대만화폐 500만 원이 지급된다. 재물 손실이나 건강 및 명예 손상자에게도 최고 대만화폐 200만 원의 보상금이 지급될 수 있다. 이러한 보상금액은 대만의 국가 예산규모에 비추어 볼 때, 상당한 수준이라는 것을 알 수 있다. 1997년 현재 1200여건이 기금회의 심사를 통과하여, 이미 대만화폐 약 40억원이 보상금으로 지급되었다(鄭明德, 1997a)

7) 제민일보, 2000.3.14.

8) 최근 대만화폐와 한국 원 달러의 환율은 1:35 정도이다.

9) 지급기준은 보상조례 제 7조와 기념기금회 조직장정(章程) 제 7조 3항에 의거하여, 기념기금회 이사회의 특별 결의를 거쳐 확정된 것이다(二二八事件紀念基金會, 1999).



표 : 2·28사건 희생자 보상금 지급기준

보상대상		기본지수(基數)
사망 혹은 실종		60개
부상 및 장애	치사	60개
	중상	30-50개
	중상이 아니나, 특수한 상황인 경우	20개 이하
	경상	10개 이하
체포 구금 혹은 징역의 집행	2년 이상	매 1년이 초과할 때마다 5개 이상의 기본지수를 추가 보상한다. 단, 합계 50개 기본지수를 초과할 수 없다.
	1년 이상 2년 미만	17개 이하
	6개월 이상 1년 미만	10개 이하
	6개월 미만	6개 이하
재물 손실		20개 이하
건강 및 명예손상		
기타		상황에 따라 결정
비고	치사자 외에, 누적보상 기본지수가 58개를 초과할 수 없다. 1개 기본지수는 대만화폐 10만 원이다.	

자료출처: 二二八事件紀念基金會(1999)

### 3. 집행기관의 설치 및 그 권한

2·28보상조례는 사건처리 및 보상을 위한 집행기관을 설치함에 있어, 특별한 고려를 하고 있다. 정부조직에서 완전히 독립된 재단법인 형식으로 「2·28사건 기념기금회」를 설치하여, 사건처리 및 보상에 관한 모든 사항을 처리하도록 하고 있다. 구체적으로 말하면, 보상금액을 희생자의 희생정도에 따라 지급하는 기준을 설정하고, 보상금의 신청·인정 절차 및 지급 등에 대하여 스스로 결정을 내리며, 보상범위가 명시되지 않은 사항에 대해서 권한을 위임받아 결정한다. 사실상 사건처리 및 보상에 관한 일체의 법률적 및 실질적 권한을 위임받고 있다.

그러나 이러한 재단법인 형태의 기금회는 긍정적인 면과 부정적인 면을 동시에 안고 있다. 긍정적인 측면에서 보면, 첫째 사법조직이기 때문에, 인원의 편제나 관련예산 및 실제 운영에 있어, 행정 및 입법기관의 통제를 벗어나 상당한 정도의 독립성을 유지할 수 있을 것으로 기대할 수 있다. 둘째 기금회의 형태를 띠고 있기 때문에, 정부예산 외에 다양한 방법으로 보상자금을 확보할 수 있는 길이 열려 있다. 물론 자금이 부족할 경우에 정부예산으로 충당한다는 명문규정이 있다. 그러나 부정적인 측면에서 보면, 첫째, 사법조직으로 하여금 사건처리 및 보상업무를 수행하게 함으로써, 정부의 정치적·행정적 및 법률적 책임을 회색시키려는 의도가 개재되어 있다는 점이다. 둘째, 기금회가 행정원장(국무총리)의 주도하에 설립되기 때문에, 실제적으로는 인사결정권이 행정기관의 통제하에 있다는 점이다. 이는 기금회의 독립적 운영이 쉽지 않을 것이라는 점을 보여 주고 있다.

그러나 2·28사건 기념기금회와 제주 4.3특별법 상의 「제주 4.3사건 위원회」와 비교해 보면, 먼저

위원의 구성 면에서 중요한 차이를 보여주고 있다. 기념기금회는 그 위원회를 구성함에 있어, 반드시 희생자 혹은 유족대표가 총 위원수의 1/4에 미달되지 않도록 강제규정을 두고 있다. 이는 희생자 및 유족대표의 의견이 상당한 수준으로 반영될 통로가 확보되어 있으며, 동시에 기금회의 운영이 행정기관의 결정에 좌우되는 것을 방지할 수 있는 제도적 방어장치가 될 수 있을 것으로 보인다.

한편 보상조례 제 9조에는 기금회가 독립적으로 초연한 입장에서 직권을 행사하며, 어떠한 간섭도 받지 않는다고 명시하고 있다. 또 기금회의 조사 권한에 대해서도 언급하고 있는데, 정부기관이나 민간단체는 자신들이 소장하고 있는 문건이나 자료에 대하여, 기금회의 제출요구가 있을 때, 거절할 수 없다고 못 박고 있다. 고의적으로 위반한 기관이나 단체의 책임자와 실무자는 형사책임을 져야한다는 사실도 명기하고 있다. 이러한 규정은 기금회의 독립적이고 철저한 조사활동을 위한 중요한 제도적 장치가 될 수 있을 것이다.

### 4. 기타특별조치

보상조례의 제 5조에 의하면, 기금회가 조사결과에 의거하여, 사형 혹은 유기징역형 이상 및 구류처분을 선고받은 모든 사람들에 대해, 대사면이나 특별사면을 실시해 줄 것을 총통에게 요청한다고 규정하고 있다. 이 또한 명예회복을 위한 중요한 조치가 될 것이다.

한편 보상조례는 매년 2월 28일을 「평화기념일」로 명명하고, 국정기념일 및 국정공휴일로 지정하고 있다. 조례 제4조에는 기념비 낙성식에서 총통이나 관련 최고기관의 수장이 중요담화를 발표하도록 요구하고 있다. 이등휘총통은 이 조례의 통과 직전에, 이미 정부의 불법적 행위를 사죄하는 내용의 담화를 기념탑 및 기념비 제막식에서 직접 낭독하였다.

또 기금회의 기금은 단순한 보상 뿐 아니라, 여러 가지 2·28기념활동, 선전활동, 2·28관련 교재 및 저작에 대한 보조, 2·28사건 관련 조사에 대한 보조 및 희생자의 명예를 회복시키고, 대만 사회의 평화를 촉진시키는 일 등에 사용할 수 있도록 했다. 이러한 조치들도 2·28사건의 진상을 국민들에게 알리고, 역사를 올바르게 세움으로써 50여 년에 걸친 민족 간의 대립과 갈등을 극복하고 새로운 사회질서를 확립하는데 기여 할 것이다.

### V. 끝맺는 말

대만의 2·28사건은 대만 현대사의 가장 비극적인 사건이다. 1945년 일본제국주의의 사슬에서 해방되어, 대만인들은 자신들이 주체가 되는 새로운 자치적 대만성 건설에 대한 기대가 충만하였으나, 해방군의 신분으로 진주한 장개석의 국민당정권은 기존 일제시대의 통치체제를 그대로 유지하며, 식민주의와 유사한 지배전략을 구사하였다. 이에 분노한 대만인들이 민주적이고, 자치적인 정치개혁을 요구하였으나, 국민당정권은 무자비한 폭력을 동원하여 대만인들을 대량 학살하고, 탄압하였다.

대만의 2·28사건은 제주 4·3사건과 같이 좌우투쟁 과정 중에서 발생한 사건이 아니라, 식민지배자와 피지배자 사이의 갈등에서 연유한 사건이지만, 사건의 진압방식이나 과정 및 사건규모 등에서 상당한 유사성을 보여주고 있다. 따라서 대만 2·28사건의 보상 및 명예회복 내용과 절차는 제주 4·3사건의 향후 처리에 시사하는 바가 클 것으로 기대된다. 비록 대만화와 민주화를 통해 적지 않은 정치적 개혁을 이룩했지만, 여전히 법적으로는 2·28사건의 가해자 신분을 가지고 있는 국민당정권이 1995년에 제정 및 공포한 「2·28사건 처리 및 보상조례」는 훨씬 나중에 그리고 민주적 법통을 이어 받은 「국민의 정부」에 의해서 제정된 제주 4·3특별법과 비교해 볼 때, 더욱 적극적으로 정부의 책임을 인정하고, 희생자에 대한 보상과 명예회복을 실현하려는 의지를 담고 있는 것으로 판단된다.

향후 「제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복위원회」는 진상조사와 명예회복 절차를 진행함에 있어 타국의 이러한 건설적 경험을 참고로 삼아 더욱 능동적이고, 적극적으로 대처함으로써, 희생자 및 유족의 상흔을 치유하고, 민주적 헌정 질서의 확립을 위한 기초를 쌓아야 할 것으로 여겨진다.

#### 참고 문헌

- 박윤철. 2001. “대만의 정권교체와 사회의 재구조화”. 『동아연구』 제40집. pp.65-99.
- 徐勝. 2000. “대만 「戒嚴時期不當叛亂暨(및)匪諜審判案件補償條例」 연구”. 『立命館法學』. 제271·272호. 상권.
- 盧信昌·胡春田. 1994. “「二二八事件」罹亂人數之推估”. 『社會科學論叢』. 第42卷. pp.185-198.
- 羅詩敏. 2000. 「二二八事件之法律史考察」. 國立臺灣大學法律研究所碩士論文.
- 史明. 1988.
- 二二八事件紀念基金會. 1999. 「二二八事件紀念基金會簡介」. 臺北: 二二八紀念基金會.
- 林宗光. 1989. “美國人眼中的二二八事件”. 陳芳明等編. 『二二八事件學術論文集』. 臺北: 前衛出版社.
- 林衡道. 1994. “二二八事變備忘錄”. 『臺北文獻直字』. 第110卷. pp.15-26.
- 鄭明德. 1997a. “二二八事件處理及補償條例研究”. 『立法院院聞』. 第25卷. 第12期. pp.73-80.
- 鄭明德. 1997b. “二二八事件平反運動的形成”. 『史聯雜誌』. 第30·31期. pp.143-167.
- 鄭自財主持·黃詩芬記錄. 1995. “自立自主的二二八--「二二八紀念碑落成懇談會」記錄”. 『空間』. 第68卷. pp.65-71.
- 陳翠蓮. 1996. “二二八事件與美國”. 『法政學報』. 第5卷. pp.1-41.
- 行政院研究二二八事件小組. 1994. 『二二八事件研究報告』. 臺北: 時報文化出版社.