

## 2) 민주화보상법의 이중적 함의

진보적 법학진영에서는 민주화보상법을 저항권적 함의의 법적 정립으로 해석하기도 한다. “그 당시 권위주의 통치에 대한 국민의 항거는 국가폭력에 의해 억압당했으며, 각종 실정법에 의거하여(계엄령, 긴급조치법, 집시법, 국가보안법, 사회안전법, 심지어 경범죄처벌법 등의 정치형법에 의해) 범죄로 단죄되었다. 또한 권위주의 정권은 그에 항거한 국민을 폭력과 위협으로, 고문과 살상으로, 강제연행과 재산권 파괴 등을 자행하여 국민의 기본권을 체계적으로 침해했던 것이다. 이 법(민주화보상법-인용자)은 권위주의에 대한 국민의 항거를 명확히 저항권으로 인정한 것이며, 이러한 국민의 저항권은 5·18법률 및 재판에서 확인된 사항을 이어받은 것이라 할 수 있다”(한인섭, 2006, 11쪽).

민주화보상법상 민주화운동 판단의 핵심기준을 ‘권위주의 통치에 항거하여 민주헌정질서 수호에 기여한 활동’으로 규정하고, 민주화운동을 헌법수호활동으로 이해하는 견해도 있다. “생각해보면, 우리나라에는 헌법은 말로만 있었을 뿐이지(명목적 헌법), 규범적 의미는 없었다고 할 수 있다. 과거에 비하면 현재는 상대적으로 헌법의 규범성을 많이 확보한 상태이다. 이렇게 낮은 수준의 헌법을 높은 수준의 헌법으로 변모시킨 모든 노력을 우리는 ‘민주화운동’이라고 말할 수 있을 것이다. 이런 취지를 갖고 있는 이 보상법은 내용적으로 볼 때, 우리 헌법의 내용들을 떼워 나가는 법이라는 점을 발견하게 된다 ... 왜곡된 헌정사를 바로 잡기 위한 일환으로 이 기간 중에 희생된 사람들의 억울한 형편을 바로 잡기 위한 일환으로 이 기간 중에 희생된 사람들의 억울한 형편을 바로 잡아 향후의 민주화발전의 기틀을 확고히 하는 것이 이 법의 목적이자 취지로 이해된다”(강경선, 2003: 48).

이렇듯 민주화보상법에 적극적 함의를 부여하게 되면, 민주화보상심의위원회의 결정은 “과거 법원의 판결이 오늘날의 민주주의 기준에서 볼 때 부정의 했음을 확인하는 셈이다 ... 그 바탕에는 기존의 법률 및 재판이 정의롭지 못했다는 평가적 인식과 그러한 법률 및 재판의 배후에 있던 정치권력에 대한 항거가 정당했다는 사회적 합의가 깔려 있다”(한인섭, 위의 글, 11쪽).

민주화보상법이 정한 ‘자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치에 항거하는 과정’에서 ‘유죄판결’의 피해를 입은 분들을 민주화운동 관련자로 인정한다고 하는 것은 국가보안법과 집시법 등이 현존하는 상황임을 감안한다면, 저항권을 용인하지 않거나 국가의 위법행위를 전제하지 않는다면 논리적 모순에 빠지고 만다. 이처럼 저항권적, 헌법수호적 활동으로 민주화운동의 의미를 규정해야하는 당위적 현실에도 불구하고 현행 민주화보상법은 저항권적 차원 또한 헌법수호활동으로 민주화운동의 의미 및 그 후속조치의 성격을 규정하지 못하는 한계를 갖는다.

현행 민주화보상법은 1990년 8월 6일 민자당이 단독처리한 ‘광주보상법’ 수준에서 봉합되었다. 당시 광주보상법은 가해자가 정한 ‘화합’의 논리, 즉 ‘광주사태’가 ‘광주지역 학생, 시민들의 민주화를 위한 노력의 일환’이지만, 그 진압행위 역시 적법하다는 충돌적 논리 위에서 봉합되었다. 따라서, 광주보상법은 국가권력의 위법한 행사를 전제하는 국가 ‘배상’ 적 차원으로 정리되지 못했다”.

7) 물론, 1995. 12. 21. 제정된 ‘5·18민주화운동등에관한특별법’은 제6조에서 광주민주화운동관련자보상등에관한법률의 규정에 의한 ‘보상’은 ‘배상’으로 본다 고 명확히 규정하고 있음에도 민주화보상법은 1990. 제정된 광주보상법의 ‘화합’ 논리 위에서 보상규정을 적용하고 있다.

민주화보상법은 “민주화운동과 관련하여 희생된 자와 그 유족에 대하여 국가가 명예회복 및 보상을 행함으로써 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고, 민주주의 발전과 국민화합에 기여”(제1조) 함을 목적으로 제정되었다. 보상금 중 생활지원금은 “그 생활을 보조하기 위한 지원금”(제9조)으로 그 성격이 규정되어 있다. 따라서, 민주화보상법이 정한 생활지원금의 경우 국가가 부당한 인신구속으로 말미암은 손실을 보상하는 형사보상적 성격과 구별되며, 위로금적 성격을 갖는다<sup>8)</sup>.

또한 위원회의 결정은 과거 권위주의적 통치 시기 자행된 사법적 만행에 대한 반성이나 유죄판결의 무효화에 영향을 미치지 못하는 애매한 봉합논리 위에 자리잡고 있다. 위원회의 결정은 법원에 의한 유죄판결자들이 민주화운동을 위하여 불가피하게 당시의 실정법을 위반할 수 밖에 없었는지, 그리고 결과적으로 국민의 기본권 신장과 민주헌정질서 확립에 기여했는지 여부를 판단하는 행정 처분적 성격을 갖을 뿐이지 민주화운동 행위를 처벌한 법적 효력은 법원의 확정판결로 여전히 남아 있다.

## 3. 위원회 활동의 한계

### 1) 민주화보상법과 현실의 괴리

현행 민주화보상법은 입법상의 한계로 인해 민주화운동 관련자들의 피해 현실과 법률상 괴리 문제가 자못 심각하게 제기되고 있다. 같이 민주화운동에 동참했거나 오히려 민주화운동을 주도한 경우임에도 본 법의 요건에 해당되지 않는 경우가 다수 발생한다. 민주화운동 과정에서 주요 핵심인물들의 경우 검거를 피하기 위한 도피과정에서 상당수가 ‘수배’ 되었으나 이는 민주화보상법이 정한 대상이 아니다. 구류처분을 확정 받았을 경우 1일이라도 유죄판결자로 민주화보상법의 관련자 요건을 충족시키지지만, ‘기소유예’, ‘강제징집’, ‘취업거부’ 등 민주화운동의 과정에서 발생한 심각한 피해들은 대상이 아니다.

둘째, 법리적 차원에서 과거피해에 대한 보상 및 명예회복 조치를 취할 경우 응당 검토되었어야 할 법체계상의 충돌이 고려되지 못했다. 과거청산은 그 특성상 필연적으로 과거의 피해구제에 대한 소급효를 전제하게 된다. 소급입법이 법체계상 법적 안정성 문제와 기득권자의 이익과 충돌할 경우 소급의 범위와 내용에 상당한 제약이 있음은 주지의 사실이다. 유죄판결자들에게 대한 전과기록 말소 조치나 민주화운동 관련 해직 등 다수의 명예회복 후속조치는 그 피해구제가 어떻게 법적 안정성을 저해하지 않으면서 관철될 수 있는지 응당 검토되었어야 했다.

셋째, 민주화운동 과정에서 사망하거나 상이를 입은 보상신청 사안은 특별한 경우가 아니고서는 의학적 인과관계를 검토하기 위하여 장해등급판정분과위원회를 거치도록 되어 있다. 특히 민주화운

8) 시행령 제12조의 2. 2호는 도시근로자 가구원 수별 가구당 월평균 가계지출비의 연간합계액을 초과한 자 또는 일정 직급 이상자에 대하여 생활지원금 지급제의 대상자로 정해 두고 있다.

동관련 질병에 대해서는 시행령 제3조가 정한 바에 따르면, '대통령령이 정하는 질병'이란 장해등급판정분과위원회가 인정하는 질병으로 정하고 있다. 문제는 장해등급판정분과위원회가 인정하는 핵심근거가 병원진료기록이라는 점이다. 그것도 입증책임은 신청인에게 있다. 이럴 경우 특별한 경우를 제외하고는 병원진료기록의 존치가 10년을 넘지 않기 때문에 1990년대 중반 이후 사건들의 경우 중에서도 제대로 병원진료를 받은 사안이 아니고서는 입증 요건을 충족시키기 어렵다. 1970-80년대 사건의 경우 진료기록을 제시하기 어려울뿐더러, 고문 가해자가 시인하지 않는 한 고문에 대한 증거제시 또한 불가능하다. 그리고 고문으로 인한 상이 후유증으로 이어진 경우에 대한 판단 또한 어렵게 된다.

넷째, 추모연대의 통계에 따르면, 권위주의 통치 시기 민주화운동 진영에서 소위 '열사'로 추앙받았거나, 현재도 범국민추모제에 모셔지는 '열사' 관련 사건의 경우 민주화보상법상 요건을 충족시키지 못해 민주화운동 관련성을 인정받지 못한 경우가 절반 이상이다. 인정자의 경우 사망에 따른 보상금이 지급되고, 기념사업까지 추진되는 반면, 그렇지 못한 경우 오랜기간 축적되어 온 사회적 평가와 상당한 괴리가 발생하게 된다. 향후에라도 이 문제는 민주화운동 기념사업의 과정에서 관련 유족들 뿐만 아니라 민주화운동 진영 내부에서도 풀어가기 힘든 난제로 남을 공산이 크다.

## 2) 위원회 활동의 외적, 내적 한계

### ① '주조된' 기억과의 충돌

민주화보상위원회의 명예회복 및 보상 기능은 뒤틀린 한국 현대사에 대한 반성과 민주적 가치 규범의 재정립을 향한 작업이다. 민주화보상위원회 활동의 주요한 어려움 중의 하나가 바로 권위주의 정권에 의해 편향적으로 축적된 '주조된' 기억들과 충돌하는 심의결과가 발생하는 경우이다. 한국 현대사에는 특히 정권의 기반 확립을 위해서나 정치적 위기를 타개하기 위하여 정치권력이 의도적으로 과장하거나 조작한 사건들이 있다. 대표적인 몇 가지 예만 들어 보아도 오송희 사건, 조작된 간첩단 사건, 민청학련 사건, 인혁당재건위 사건, 남민전 사건 등 다수가 있다.

이러한 사건들의 경우 권위주의적 통치에 대한 항거행위가 북한을 이롭게 한 반국가행위로 둔갑하여, '빨갱이'라는 '주홍글씨'가 피해자들에게 조작적으로 새겨지는 순간 우리 사회에서는 궁극해 해서도 안 되고, 알아서도 안 되는 금단의 영역으로 전락해 왔다. 그 피해는 개인에게 국한된 것이 아니라 가족들에게까지 심각하게 영향을 미쳤다. 과거사의 상흔을 치유하고, 그 헌신적 노력의 의미를 뒤늦게나마 되찾아 주기 위하여 우선순위에 놓여야 할 사안들이 위원회의 심의 종결 후에도 여전히 과거의 낙인으로부터 자유롭지 못할 만큼 그 상흔은 깊다.

문제는 1970-1980년대의 시국사건 관련 주요 판결들이 전반적으로 검찰측, 정치권력의 입맛에 맞도록 되어 있으며, 피의자나 피고인에게 압도적으로 불리한 내용으로 이루어져 있다는 사실이다. 특히 정치적 기획을 의도한 사건의 수사과정에서는 피의자, 피고인의 인권이나 적법절차의 요

구를 완전히 무시한 경우가 허다하다. 고문과 장기구금을 통해 자백을 조작하고, 참고인과 증인, 더 나아가 변호사까지 협박하기도 하였다. 이 자백이 검찰의 공소장에 주요한 증거자료로 기재되었고, 법원은 그 효력을 거의 여과 없이 인정하였다(한인섭, 2006, 14-17쪽. 참조). 사법부는 대법원장의 이·취임자리에서 몇 차례의 개인적 회고<sup>9)</sup>만 있어 왔지 오욕의 과거(사법)사에 대한 구체적 조치들을 취하지 않은 채 요지부동이다. 사법부의 확정판결이 여전히 유효한 채 남아 있고, 당시 재판부가 반국가단체성을 인정한 사건에 대한 민주화운동 관련성 입증 책임은 모든 걸 다 압수당하고, 탈취당했던 신청인과 민주화보상위원회에 지워져 있는 셈이다.

이런 사건들일수록 이데올로기적 대립의 한 가운데에서 위원회의 결정을 뒤흔들 정도의 합의불가능한 용공성 시비로 과거청산의 의미를 퇴색시키고 있다<sup>10)</sup>. 이는 민주주의 발전과 국민통합이라는 민주화보상법의 제정취치마저 무색케 할 정도이다. 또한 이와 더불어 민주화보상위원회의 결정에 대한 국민적 반응 또한 오래전 주도된 용공성 일색의 기억으로부터 자유롭지 못하다. 최근 일부단체는 다시 당시의 먼지 묻은 공소장과 판결을 들이밀고 과거의 단순 반복이 아니라 더 광기어린 감성적 언어로 과거청산의 의미를 퇴색시키고 있다.

### ② 위원회의 구조적 한계

민주화보상위원회의 내적인 구조적 한계는 첫째, 위원회의 최고 결정 권한을 갖는 본위원회가 전원 비상임으로 구성되어 심의를 위해서만 결합하고 있다는 점이다. 주요한 사건의 심의 후 후속처리, 중대한 결정 사안의 발생, 백서 발간 주요 업무의 효율성과 책임성 측면에서 위원회 활동의 한계로 대두되고 있다.

둘째, 심의위원, 파견 공무원 및 전문위원의 잦은 교체<sup>11)</sup>로 인하여 위원회 심의의 형평성 문제가 제기될 소지가 커졌다는 점이다. 제4차 신청접수분까지 포함하여 약 6년여 활동하고 있는 상황에서 동일 사안 및 유사 사안의 처리가 사회적 여론 및 담당실무진, 심의위원의 잦은 교체로 인하여 상반된 결정을 유발할 가능성이 커졌다. 또한 위원회의 주요 업무가 전문성을 요하기 때문에 단기간 파견으로 인한 잦은 교체, 파견 기간 동안 유형, 무형의 불이익까지 감수해야 하는 상황에서 업무의 전문성이나 연속성을 기대하기는 힘들다.

셋째, 신청인 입증주의를 채택하고 있는 상황에서 포괄하는 시기 및 대상의 광범위성과 함께 약 12,000건에 육박하는 사건 처리를 함에 있어 실무인력이 턱없이 부족하다는 점이다. 게다가 민주화

9) 취임 초에는 프루보 이상도 컸으나, 지금 과거를 되돌아보면 회한과 오욕으로 얼룩진 것 외에 아무것도 아닌 것이 됐다" (이영섭 전 대법원장(1979. 3. -1981. 4.)의 퇴임사 중), 5·6대 대법원장을 지낸 민복기 전 대법원장은 90년 한 언론과의 인터뷰에서 "(박정희) 대통령이 사법부를 군의 법무감실 정도로밖에 여기지 않았던 것 같다"며 "(민주주의나 사법부 독립은) 제사에 대추, 밤을 놓듯이 구색을 갖춘 정도"라고 되짚었다. 이용훈 대법원장 지명자는 지명되기 직전 "간접조치 때 유신헌법에 저항하지 못한 사법부의 과거는 반성할 일"이라고 말한 바 있다(한겨레신문, 2005. 9. 5. 4면).

10) 소위 '친북반국가행위 진상규명위원회'가 2006년 5월 25일 출범하였다. 동위원회 위원장(재성호)은 인사말을 통해 대한민국의 과거사를 4가지로 규정하였다. "첫째, 대한민국 역대정부(특히 우파정권)가 이룩한 과거사. 둘째, 북한이 행한 대한민국의 체제전복 내지 대남전락의 과거사. 셋째, 북한의 대남전락에 영합, 동조한 친북사회주의세력의 반국가행위 과거사. 넷째, 친북 과거사를 억제, 처벌하는 것을 내용으로 하는 공안활동 과거사" ("국가정체성과 좌익공안사건의 재조명" 1 쪽)로 나누고 있다. 또한 현정부가 추진하는 과거사 청산은 주로 네 번째 과거사에 집중되어 있다고 주장한다. 또한 이들은 2008년 9월 20일 프레스센터에서 기자회견을 열어 민주화보상심의위원회가 남민전 관련자 중 개별 심의를 통하여 민주화보상법 제2조를 충족시키는 사안들에 대하여 민주화운동 관련성을 인정할 것에 "대한민국 정체성 부정행위"라는 취지로 기자회견을 하고 80쪽에 달하는 진상규명 보고서를 제출하기도 하였다.

11) 현재 지원과와 조사과 파견 공무원의 경우 1년간 파견(1년 연장 가능) 근무를 하고 복귀한다. 심의 종결 사안이 증가하고 관련 후속조치가 진행되는 상황에서 잦은 교체로 인하여 업무처리의 전문성이 저해될 소지가 크다. 전문위원의 경우 1년 단위로 계약을 하고 있는 전문계약직 신분이기 때문에 이직률이 높아 지속적으로 전문 역량을 축적해가기가 어려운 상황이다.

보상법상 조사권의 강제력이 없는 상황에서 진상규명이 필요하거나 자료보완이 필요한 사안의 경우 업무 하중으로 다가올 수밖에 없다. 2006년 11월 현재 조사과 조사담당 인력은 6인, 전문위원실은 9인으로 구성되어 있다. 개인당 매주 개최되는 심의를 보좌하며, 평균 4건 가량을 처리해야 하는 상황이다.

넷째, 심의가 종결되지 않은 다수 사안이 문민정부 이후 사건, 사회권 관련 사건, 통일운동 관련 사건, 사회주의 주장 관련 사건 등 본 법의 적용과 관련한 구체적 심의기준을 정립해야 하는 과제가 제기되고 있다. 또한 위원회 활동 후반기로 올수록 사회적 논란이 예상되는 사안이 다수 포함되어 있기 때문에 이에 대한 대처 또한 필요한 상황이다.

#### 4. 맺으며

과거청산의 제도적 해결에 있어 정치적 타협에 따른 미봉책으로 특별법을 제정하여 위원회를 출범시키는 것만이 능사가 아니다. 특별법의 제정 이후 한시적 활동기간과 대상을 해결하기 위하여 출범하는 위원회의 경우 전적으로 특별법의 규정 내에서 파견된 공무원과 일부의 민간인력을 결합하여 운영하는 것이 보편적인 상황임을 감안하여 본다면, 무엇보다 강조되어야 할 것이 바로 제대로 된 법제정일 것이다. 특별법이 정하는 진상규명의 대상, 명예회복 및 보상의 대상, 위원회 권한 등은 과거청산 작업의 성패를 좌우한다. 특히 제도영역에서 해법을 찾아가고 있는 한국 사회의 과거청산 작업에서 과거의 상흔과 뒤틀림에 대한 정확한 이해, 해결점을 염두에 둔 체계적이고, 구체적인 접근이 필요하다.

민주화보상법의 단편적 사례만으로도 미봉책으로서의 입법이 갖는 한계가 드러난다. 제4차 신청 접수까지 신청자들은 명예회복의 후속조치가 어떻게 이루어지는지 알지 못한 채 신청하였다. 일부에서는 인정될 경우 '얼마를 준다더라'는 소문이 무성했고, '유공자로 된다'는 소문까지 돌았다. 신청 초기, 대가를 바라지 않았던 한국사회에 대한 열정과 희생을 보상금으로 치환하지 않겠다고 집단적으로 신청을 거부한 경우가 발생하기도 하였고, 인정결정 몇 년 후에야 결정된 생활지원금의 지급을 보고 기대치에 미치지 못해 실망하는 경우, 명예회복의 후속조치가 진척되지 못하는 것에 대한 절망들이 교차하고 있는 상황이다. 같이 활동하고, 더 많은 피해를 입었음을 관련 신청자들이 인우보증하고 있음에도 법적 요건불비로 같은 조직활동을 한 경우에도 인정자와 불인정자가 갈리기도 한다.

이러한 한계들은 위원회 출범 초기부터 제기되었고, 2년여 유가족과 관련단체 등의 노력으로 겨우 개정된 제1차 법개정 이후에도 위와 같은 한계는 완전히 해소되지 않은 채 개정 직후부터 또 다시 제2차 법개정에 대한 논의가 시작되어야 했다. 현재 제2차 개정안이 국회 계류 중인 상황이다. 법제정부터 고민되었어야 할 문제들이 위원회 후반기 활동시점까지 해결되지 않은 채 과제로 남아 있는 것이다.

두 번째로 과거청산 관련 기구들의 업무공조를 위한 모색이 시급하다. 과거 의문사진상규명위원회의 다수 사건이 민주화보상위원회로 이첩된 바 있다. 현재 진실과 화해위원회에도 의문사 관련 진정이 제기되어 있는 상황이다. 민주화보상심의위원회에서 다룬 인혁당재건위 사건이나 남민전 사건은 국정원 과거사위원회, 경찰청 과거사위원회의 업무와 중복되고, 동의대 사건이나 동아투위 사건 등 민주화보상위원회 심의가 종결된 다수의 사건이 진실화해위원회에 진정이 제기된 바 있다. 또 이번 법개정이 이루어져 민주화보상위원회의 대상 시기가 앞당겨 진다면 중복되는 사건은 더 늘어날 전망이다. 이처럼 동일 사건에 대한 접근이 중복<sup>12)</sup> 되는 경우 업무공조가 원활히 이루어진다면 보다 효율적인 작업이 가능할 것이다.

끝으로 민주화보상위원회를 포함하여 과거청산 관련 위원회들의 결정이 개별 위원회의 선언적 결정에 머무는 것이 아니라, 아직까지 남아 있는 권위주의적 잔재의 제도적 청산이나 현대사의 교정, 사회적으로 민주주의와 인권의 가치 승화 등으로 이어질 수 있기를 기대해 본다.

“과거청산 작업은 과거에 매달린 소모적 작업이 아니라 미래의 가치와 규범을 정립해 가는 미래지향적 작업이다”

#### - 참고문헌 -

- 강경선, 2003, 「민주화보상법과 과거청산」, 「민주법학」(민주주의법학연구회, 제24호)  
 민주화보상심의위원회, 2005, 「민주화운동백서」  
 이영재, 2004, 「과거청산과 민주주의」, 「민주주의와 인권」(전남대 5718연구소, 제4권 제2호)  
 \_\_\_\_\_, 2005, 「민주화보상법 운용의 현황과 과제」, 「공법연구」(한국공법학회, 제34집 제1호)  
 정호기, 2004, 「한국 과거청산의 성과와 전망」, 「역사비평」(역사문제연구소, 통권 69호)  
 친북반국가행위 진상규명위원회, 2006, 「국가정체성과 좌익공안사건 재조명」(친북반국가행위 진상규명위원회 출범기념세미나 자료집)  
 \_\_\_\_\_, 2006, 「남조선민족해방전선사건 진상규명결과」(2006. 9. 20. 발표문 포함 전문)  
 한인섭, 2006, 「한국에서 재판을 통한 과거청산」, 「한국의 과거청산법과 과거청산운동」(제주4·3연구소, 제노사이드연구회, 리츠메이칸대학교코리아연구소 주최 토론회 자료집).  
 「한겨레신문」(2005. 9. 5. 일자)

<sup>12)</sup>엄밀한 의미에서 보자면, 위원회의 성격과 기능에 따라 동일사건이라더라도 그 방향과 목적이 구분될 수 있으나 핵심자료 등이 공유되고 사건의 윤곽을 잡아주는 과정에서 오히려 업무공조를 통한 성과들이 도출될 수 있으며, 위원회 결정의 신뢰를 제고하는 데에도 도움이 될 것으로 보인다.

# 군의문사진상규명위원회 활동의 현황과 과제

군의문사진상규명위원회 조사기획과장 이 선 희

## I. 「군의문사진상규명등에관한특별법」제정과정

군내 사망사고 문제가 우리 사회에서 심각한 문제로 제기된 것은 80년대 강제징집과 녹화사업에 의한 군의문사 사건을 제외하면 98년 판문점 김훈중위 사망사고에서부터이다. 국회에 진상규명 소위원회가 구성되고 군내 사망사고의 유가족들이 집단적으로 문제를 제기하기 시작하였다. 이에 99년 2월에 국방부에 '의문사처리과'가 설치되고, 동 부서는 99년 7월 별도의 독립기구인 「민원제기 사망사고 특별조사단」으로 개편되어 재조사가 실시되었다.

위 특조단의 활동에 대하여 유가족들은 ①조사단이 군관계자들로만 구성되어 있고 전역한 참고인의 진술을 강제할 수 없어 유족들의 의문을 풀기에 한계가 존재한다는 점 ②철저한 재조사를 하겠다고 약속한 특조단이 수사기록을 열람할 수 있는 권한만을 가졌을 뿐 수사에 있어서 구인권과 강제권을 가지고 있지 않다는 점에서 재조사는 기존의 수사결과를 다시 인정해주는 요식행위에 불과하다고 불만을 제기하였고, 상당수의 진정이 국가인권위원회에 제기되었다.

2004. 2. 23. 국가인권위원회가 '군의문사진상규명특별법' 제정을 권고하였고, 유가족단체와 인권단체들은 진실화해를 위한 과거사정리법에 군의문사를 통합하여 처리하자는 입장과 별도의 군의문사법으로 처리하자는 입장으로 나뉘었다.

별도의 특별법으로 처리하자는 입장의 논거는 "현재 장례를 치루지 못한 채 진실규명과 명예회복만을 기다리는 다수의 시신들이 있고, 순수하게 국가의 부름을 받고 국민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 국토방위 의무수행 중 사망한 사건을 과거사법으로 진실규명을 하지는 것은 시대적 시의성과 사망의 성격상에도 부합하지 않고 법 제정 취지에도 맞지 않는다고 우리 군가협 가족 일동은 판단한다"(2004. 12. 8. 군경의문사유가족협의회회의 의견서)는 것이었다.

아울러 과거사법은 과거사 문제에 초점을 두고 있고, 군의문사 문제는 현재도 계속 발생하는 진행형의 문제이기 때문에 군의문사 문제는 독립적으로 다루어야 한다는 입법정책적 고려도 있어서 2005. 4. 25. 여야가 과거사법에서 분리시켜 별도의 법안으로 입법하기로 합의하여 현재의 특별법이 제정되었다.

## II. 특별법의 주요 내용

### 1. 조사의 대상 - 군의문사의 정의

특별법은 "군에서 발생한 사망사고 중 의문이 제기된 사건에 대한 진상을 명확히 규명하는데 필요한 사항을 규정함으로써 그 관련자의 피해와 명예를 회복하고 군에 대한 국민의 신뢰회복과 인권증진에 이바지함"을 그 목적으로 하고 있다(제1조). 즉 형사법적 관점에서의 범인 추적도 중요하지만, 궁극적으로는 군의문사의 진상을 규명하고 군의문사 근절 및 군인권 개선을 위한 대안을 제시함으로써 유가족의 상처를 씻고 군에 대한 국민의 신뢰를 회복하는데 목표를 두고 있다.

"군의문사"라 함은 군인(「병역법」제24조 또는 제25조의 규정에 따른 전환복무자를 포함한다)으로서 복무하는 중 사망한 사람의 사망원인이 명확하지 아니하다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 사고 또는 사건 중에서 1993. 2. 25.부터 이 법 시행일 전일(즉 2005. 12. 31.)까지의 기간에 발생한 것과 그 전에 발생한 사고 또는 사건으로서 군의문사진상규명위원회(이하 '위원회')에서 그 진상규명이 필요하다고 결정하여 조사대상으로 선정한 것을 말한다(제2조).

이를 유형별로 나누어 보면,

- ① 타살인데 자살로 은폐, 조작된 경우
  - ② 부대관리 잘못으로 인한 안전사고인데 자살로 은폐, 조작된 경우
  - ③ 구타, 강요, 추행, 협박, 가혹행위, 집단따돌림 등 부대내의 문제가 자살의 주요원인인데, 이런 자살원인이 사망자 개인의 문제로 은폐된 경우
- 를 들 수 있다.

위원회는 진정의 제기에 따른 조사만이 허용될 뿐 직권조사는 허용되지 아니하고, 특별법에 따른 진정접수는 2006. 1. 1.부터 12. 1. 까지 1년간이다.

### 2. 위원회 활동 범위

특별법 제4조에서는 위원회의 업무를 규정하고 있는데, 위원회의 업무를 진상조사업무에 한정시켜 놓고 있다. 이는 국가인권위에서 조사는 특별법으로, 정책개선은 국방부에서 하도록 권고를 하였고, 이를 토대로 법이 만들어졌기 때문이다. 물론 위원회의 주된 사명은 진상규명이겠지만, 이를

1) 위원회의 조사가 가해자를 찾아내어 타살로 인정시키는 데에 주가 된다면 우선 타살로 인정되지 않는 사건에 대해 유족들의 한을 씻어주는 데에 미흡하다는 문제점이 있다. 유족의 요구 중에는 사망자의 사망원인이 타살에 의한 것임을 밝혀내라는 것도 있지만, 그보다는 납득할 만한 사망원인이 속시원히 밝혀졌으면 하는 바람이 더욱 크다. 따라서 위원회의 조사는 유족들의 의문점을 하나하나 풀어나가는 데에 초점이 맞춰져야 할 것이다. 또한 유족들은 사망원인만 속시원히 밝혀진다면 가해자에 대하여 응서할 수 있다고 주장한다. 행위 가해자를 찾아내어 벌을 주는 식으로 조사가 이루어지면 그들이 입을 다물게 되어 진실이 영영 묻혀질 것을 두려워하는 것이다. 특별법에서도 조사과정에서 가해자가 가해사실을 스스로 인정하여 조사에 협조한 경우 위원회는 가해자에 대하여 고발 및 수사의뢰를 하지 않을 수 있고, 수사 및 재판절차에서 처벌하지 않거나 감형할 것을 관계기관에게 건의할 수 있으며, 형사소송절차에 따라 유죄로 인정된 경우 대통령에게 법령이 정한 바에 따라 특별사면과 특권을 건의할 수 있도록 규정하고 있는데(제33조). 이는 가해자의 처벌이 주목적이 아니라 사망원인을 명확히 밝혀 사회가 화해로 나아가는 것을 주된 목적임을 밝히고 있는 것이라고 할 수 있다.

도대로 다시는 같은 일이 반복되지 않는 일도 매우 중요하다. 추후에 위원회의 업무에 군의문사 재발방지를 위한 정책적인 연구 업무, 이를 토대로 한 권고 등을 포함시키는 법개정작업이 필요하다고 할 것이다<sup>2)</sup>.

### 3. 조사활동의 구체적 내용

가. 특별법에 의한 진상규명 방식은 '수사'가 아닌 '조사'이다. 통상 수사란 범죄 혐의에 대하여 그 혐의의 진위를 확인하고 범죄 발생이 인정될 경우, 해당 범인을 발견·확보하여 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 말한다. 요컨대 수사는 형사법 구성요건에 해당되는 범죄행위 여부를 판단하고, 재판에 회부하기 위하여 증거를 수집하는 행위인 것이다. 이에 비해 특별법에 규정된 조사는 일종의 임의수사 방식처럼 그 대상자에게 강제를 가하지 않는 방식이어야 한다는 것 외에 구체적인 조사 방식에 대한 제한이나 규정은 없다. 진상을 규명하기 위해 필요하다면 강제성이 없는 범위 내에서 위법이 아닌 한 수사의 관행에 얽매이지 않고, 다양한 방식과 차원의 진상규명을 할 수가 있는 것이다.

나. 강제수사와 임의수사의 관점에서 조사는 임의수사에 유사한 성질을 가지지만, 이것만 가지고는 조사의 진정한 의미에 대해 접근할 수 없다. 수사의 초점은 혐의자가 범인이나에 있다. 즉 피해자의 피해가 왜 발생했고, 그로 인해 피해자에게 어떤 영향을 미쳤는지 등에는 주된 관심이 없다. 그래서 가해자가 존재하는지, 가해자가 누구인지에 대해 수사를 하게 되고, 그 결과 가해자가 없거나 가해자가 누구인지 밝혀낼 수 없는 경우에는 사건은 종결 또는 미제사건으로 처리된다.

그러나, 특별법에서의 조사의 초점은 가해자를 밝혀내는 데 있지 않다. 주된 관심은 사망자가 어떻게 사망을 하였고, 왜 사망을 하였나 하는 점에 있다. 이미 수사기관에서 수사를 하여 종결이 된 사건을 가지고 위원회에서는 진정을 받아 조사를 하게 되므로, 수사기관에서 하듯이 처음부터 가해자를 찾으려고 하는 조사접근 방식은 적절하지 않다. 우선은 진정인들이 수사결과에 대하여 가지고 있는 의문들에 대해 하나하나 조사를 하는 것이 조사의 출발점이 되어야 한다. 그렇게 의문점들을 조사해 나가다가 만일 타살의 의심이 들면 타살이라는 증명을 하여야 한다. 이때도 물론 가해자를 찾아야만 하는 것은 아니다. 조사가 잘 이루어져 가해자까지 밝혀낸다면 물론 훌륭한 일일겠지만, 가해자를 밝혀내지 못하더라도(여기서 수사와 조사의 차이점이 분명해진다) 사망자가 자살을 한 것이 아니고 누군가에 의하여 사망을 하였다는 점을 밝혀내더라도 역시 충분히 훌륭한 일인 것이다.

그리고 타살이 아닌 자살이라 하더라도 자살의 구체적인 원인을 밝히는 것은 위원회가 반드시 해야 할 중요한 업무이다(마찬가지로 여기서도 수사와 조사의 차이점은 분명해진다). 왜냐하면 위원회의 주된 업무는 사망원인에 대하여 의문이 있는 사건에 대하여 그 진상을 명확히 하는 것이기 때

2) 일반적으로 진상규명이 된 경우 국방부장관에게 하는 보상 및 명예회복 요청의 의미에 대해 현행법 테두리내에서 파악하려고 하고 있다. 그러나 조사결과 소수만이 보상 등을 받을 것으로 예측이 되는 상황에서, 적극적으로 현행법의 개정 문제까지 고려하면서 이들의 보상 및 명예회복에 대한 접근이 필요하고, 이를 위해서는 위원회에서의 제도개선연구 및 국방부 관계채널과의 의견조율도 필요하다.

문이다. 물론 사망원인에는 타살과 자살의 구분도 있겠지만, 군(또는 군인)의 책임에 의한 자살과 개인의 책임에 의한 자살의 구분도 있는 것이다. 그래서 사망자가 군에서 누군가의 구타, 욕설, 괴롭힘 등으로 심각하게 괴로워하다가 자살을 한 사실을 밝혀내는 것도 큰 의미가 있다.

요컨대, 조사의 성격은 우선 임의수사와 비슷하다고 하겠지만, 근본적으로는 범인을 찾아내서 벌을 주는 것이 주된 목적인 수사와 달리 조사는 사망자가 왜, 그리고 어떻게 사망했는지를 밝혀내는 것이 주된 목적이고, 가해자를 찾아내는 것은 부수적인 목적이라고 할 것이다.

다. 특별법 제19조는 위원회가 조사과정에 행사할 수 있는 조사방법을 열거하고 있는데, 이에 따르면 위원회가 행사할 수 있는 조사방법은 i) 관련자들에 대한 출석·진술 요구(對人的 調査權), ii) 실지조사 또는 감정, iii) 관련자료 제출 요구(對物的 調査權), iv) 사실·정보의 조회 v) 통신사실확인제공요청으로 나눌 수 있다. 각각의 조사방법은 단독으로 뿐만 아니라 복수로 함께 사용될 수 있다(예컨대 같은 기관에 자료의 제출을 요구하면서 사실·정보의 조회를 함께 하는 경우).

한편 이러한 조사방법이 얼마나 실효성 있는지는, 이를 거부했을 때 어떤 수단까지 사용하여 강제할 수 있는지에 달려있다고 할 수 있다. 그런데 특별법은 과태료 부과만을 인정하여 대표적인 조사방식이 적용되는 국회의 국정조사시 국회에서의 증언·감정의 거부 등의 경우<sup>3)</sup> 보다도 그 구속력이 약하다.

### 4. 결정의 종류와 의미

#### (1) 진상규명 결정

가. 위원회는 조사한 결과 진정의 내용이 사실로 인정되어 진상이 규명된 경우 위원회의 의결로서 진상규명을 결정한다(제26조). 여기서 진상규명의 구체적인 의미가 문제된다. 즉, 자살 또는 사고사가 타살로 결정되는 것만을 의미하는지, 아니면 자살이더라도 사망의 원인에 부대체적인 요인이 개입한 경우까지도 포함되는지 문제된다. 여기서 판단의 기준은 우선 진정의 내용이 된다고 할 것이다. 진정의 내용은 타살의 의심이 있는 경우, 사고사의 의심이 있는 경우, 부대 내의 가혹행위에 의하여 자살했다는 의심이 있는 경우로 구분될 수 있다. 따라서 자살로 조사결과가 나오더라도 사망원인에 부대내적인 요인이 개입된 경우에도 진상규명의 범위에 포함시켜야 하고, 다만, 어느 정도 개입한 경우에 진상이 규명되었다고 볼 것인지를 판단해야 한다.

나. (1) 자살한 군인의 국가유공자 해당여부와 관련하여 대법원은 군대내 엄격한 통제와 낮은 환경, 강압적인 분위기를 견디지 못한 사병이 정신분열증이나 우울증 등 정신질환이 생겨 자살한 경우

3) 국회에서의 증언·감정들에관한법률 제12조(불출석등의 죄) ①정당한 이유 없이 출석하지 아니한 증인, 보고 또는 서류 제출요구를 거절한 자, 선서 또는 증언이나 감정을 거부한 증인이나 감정인은 3년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

②정당한 이유 없이 증인·감정인·참고인의 출석을 방해하거나 감정을 방해한 자에 대하여도 제1항의 형과 같다.

에는 정상적이고 자유로운 의지의 범위를 벗어난 자살이어서 국가유공자로 인정될 수 있고(대법원 2004. 5. 14. 선고 2003두13595 판결, 대법원 1999. 6. 8. 선고 99두3331 판결 참조), 군인이 상급자 등으로부터 당한 가혹행위가 자살을 결의하게 하는 데 직접적인 동기나 중요한 원인이 되었다는 것만으로는 자유로운 의지에 따른 것이 아니라고 할 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003두2205판결). 하지만, 위원회에서의 진상규명 결정 기준은 위의 국가유공자 해당 여부의 판단기준을 원용하기는 어려울 것이다<sup>4)</sup>. 물론 앞으로 법리적 검토가 이루어져야 할 것이지만, 일응의 판단기준을 제시하면, 군내내 엄격한 통제와 낮은 환경, 상급자 등으로부터의 구타, 욕설, 괴롭힘 등의 가혹행위 등 자살자의 외부적인 요인이 자살을 결의하게 하는 데 직접적인 동기나 중요한 원인이 되어서 그것이 자살과 상당인과관계가 인정되는 경우를 그 기준으로 삼아야 할 것이다.

다. 결국 타살로 인정되거나, 사고사로 인정되거나, 자살의 경우에도 부대내적 요인이 자살을 결의하게 하는 데 직접적인 동기나 중요한 원인이 되어서 그것이 자살과 상당인과관계가 인정되는 경우에는 위원회는 진상규명 결정을 내려야 할 것이다<sup>5)</sup>.

### (2) 진정의 기각결정

위원회는 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 i) 사실이 아닌 경우, ii) 군의문사에 해당하지 아니하는 경우, iii) 이미 사실확인·구제조치가 이루어져 별도의 조치가 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 진정을 기각하여야 한다(제24조).

### (3) 진상규명불능 결정

위원회는 군의문사 사건의 진상을 명백히 밝히지 못한 경우 진상규명 불능임과 그 사유를 기재한 결정을 하여야 한다(제25조). 여기서 진상규명 불능의 의미는 i) 자살의 경우 타살 또는 사고사의 의심은 있으나 그것이 자살인지 타살 또는 사고사인지 판정하기 불능인 경우, 자살에 군내내 가혹행위 등의 외부적 요인이 개입하였으나 그것이 자살의 직접적 요인 또는 중요한 원인이 되었다고 판정하기 불능인 경우를 의미하고, ii) 사고사의 경우에는 타살의 의심은 있으나 그것이 사고사인지 타살인지 판정하기 불능인 경우를 의미한다.

4) 군인이 복무 중 사망하였다면, 국가가 군 복무와 전혀 관련 없이 사망하였다는 것을 입증하지 못하는 이상 직무수행 중 사망한 것으로 받아들여 국가유공자로 인정하는 것이 바람직하다고 본다. '국가유공자법' 상 순직의 요건인 '공무수행 중 사망'을 '공무로 인한 사망'으로 요건을 완화하고, 제의 요건인 '자해행위'를 '순수하게 사적인 동기로 인한 자해행위'로 한정하여 순수하게 사적인 동기로 인한 자살의 경우에만 순직의 예외로 하는 방향으로 '국가유공자법'을 개정해야 할 것이다(의문사위보고서, 이창동 사건, p238).

5) 앞에서 수사와 조사의 차이점에 대하여 언급하였듯이, 위원회의 조사는 자살로 조사결과가 나오더라도 군내내 가혹행위 등 자살자의 외부적 요인이 사망의 직접적·중요한 원인이 된 경우 위원회에서는 진상규명 결정을 하게 되므로 자살의 구체적 동기를 밝히는 것도 조사에 있어서 중요한 업무라고 할 것이다.

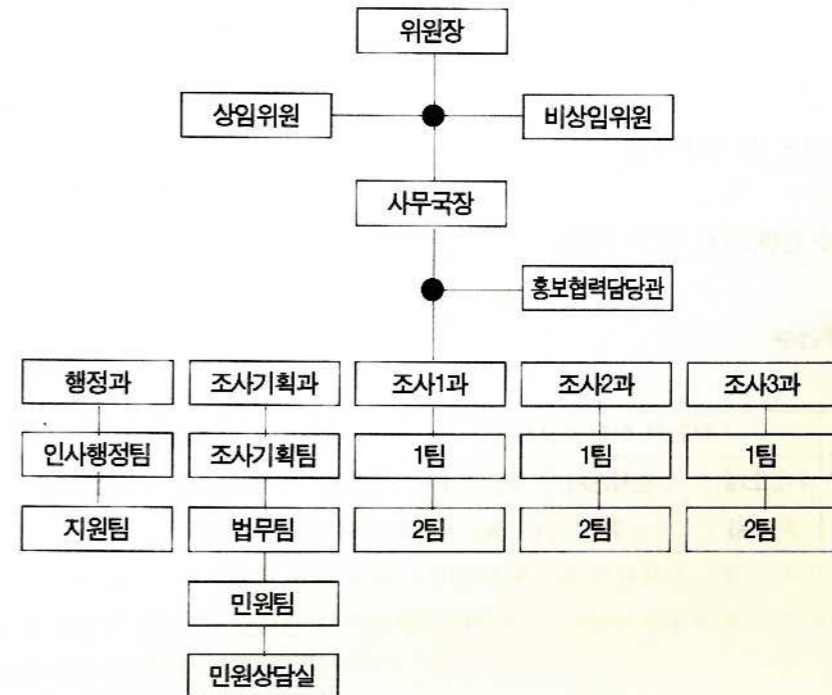
## 5. 명예회복 등의 요청

위원회는 진정을 조사한 결과 명예회복 및 보상 등이 필요하다고 인정하는 경우에는 국방부장관에게 그에 필요한 조치를 요청하여야 하고, 위원회는 그 내용을 당사자에게 통지하여야 한다(제29조). 특별법의 입법취지인 관련자의 피해와 명예를 회복하고 군에 대한 국민의 신뢰회복을 위해서는 국방부는 합당한 명예회복과 피해를 보상해야 할 것이다.

법에서는 진상규명결정을 할 경우에 필요한 조치를 요청하여야 한다고 규정하지 않고, 진정을 조사한 결과 명예회복 및 보상 등이 필요하다고 인정하는 경우에는 필요한 조치를 요청하여야 한다고 규정하고 있으므로, 기각결정·진상규명불능결정의 경우에도 필요한 조치를 요청할 수 있다고 해석된다.

## Ⅲ. 위원회 조직과 구성

특별법에 의하여 2006. 1. 1. 위원회가 설립되어 진정접수 업무는 개시하였지만, 위원회가 구성되고 위원장이 취임한 것은 2006. 2. 22.이다. 3월경부터 진정사건에 대한 사전조사활동이 시작되어 3. 25. 3차 위원회에서 10건에 대한 조사개시결정을 함으로써 본격적인 조사활동에 돌입하였다. 위원회의 조직은 아래와 같다.



현재 위원회 직원은 정원이 총 82명으로서 이중 국가공무원 50명, 전문계약직 7명, 상근인력 25명이며 구체적 구성은 다음과 같다.

○ 국가공무원 : 50명

구분	별정직정원	부처파견	행자부	국정홍보처	법무부	경찰청	국방부
인원	20명	30명	4명	2명	6명	4명	14명
직급 구성	정무직 1	3.4급 3	5급 3	5급 1	검사 1	경정 1	영관 3
	1급(별) 1	4급 1	6급 1	6급 1	5급 2	경위 3	위관 4
	2급(별) 1	5급 11			6급 3		준위 3
	4급(별) 4	6급 8					부사관 4
	5급(별) 4	7급 7					
	6급(별) 9						

○ 민간 채용(계약직등) : 32명

구분	전문계약직	상근인력
인원	7명	25명
등급구성	전문(나급) 6	조사요원 : 14
	전문(다급) 1	서무/운전 : 11

IV. 사건 접수 및 처리 현황

1. 진정접수 현황(2006. 10. 31. 현재)

◆ 진정 접수건수

(단위 : 건)

접수건수	'93.2.24. 이전 사망사건			'93.2.25. 이후 사망사건			비고
	소계	조사개시	사전조사	소계	조사개시	사전조사	
234	143	79	64	91	74	17	

◆ 사망년대

(단위 : 건)

계	1950년대	1960년대	1970년대	1980년대	1990년대	2000년대
234건	40	27	31	34	47	55

◆ 사망자 계급별

(단위 : 명)

계	방위병	훈련병	이병(이경)	일병(일경)	상병(상경)
234	1	2	58(6)	62(8)	25(1)
	병장	부사관	위관	영관	기타(미상)
	14	41	18	2	11

◆ 군인별

(단위 : 명)

계	국방부직할	해군	공군	전환복무전·의경 등	기타(미상)
234	2	11	8	17	9
	육군				
	소계	직할	1군	2군	3군
	187	38	44	33	72

◆ 진정사건 처리현황

(단위 : 건)

접수건수	사전조사중	조사개시	각하	취하	이송	진상규명
234	74	153	1	5	1	1

2. 진정접수 특징분석

위원회 진정접수 초기에는 1993. 2. 25. 전·후 사건이 비슷한 비율로 접수되었다. 아직도 가족이 군에서 사망한 사건의 충격이 채 가시지 아니한 최근 군 사망사건이나 그동안 유족이 지속적으로 민원을 제기하거나 유가족 단체활동 등을 통해 특별법의 제정과 위원회의 설립을 추진해온 사람들이 위원회의 발족을 기다렸다가 진정한 것이 대세를 이루었고, 그만큼 위원회 활동의 세세한 부분에 대한 관심과 문제제기가 활발하였다.

접수종료시점이 다가오는 후반기로 갈수록 93년 2. 24. 이전 사건의 비율이 상승하는 추세이며,

시대별로 보더라도 50년대, 60년대, 70년대 사건도 적지 아니하다. 이는 위원회의 존재가 서서히 알려짐과 동시에 과거에는 포기하고 있던 가족(특히 부모 혹은 형제)의 죽음에 대하여 뒤늦게나마 의혹을 풀고 국가로부터 적절한 예우를 받고자 시도한 것으로 보인다.

최근에 발생한 사망사건의 경우에는 비교적 수사가 충실하게 이루어져 관련기록과 참고인의 진술 등이 확보되어 있으나 과거의 사건은 조사가 부실하고 일견 의혹이 많아 조사의 필요성은 상대적으로 높은 편이다. 또 과거사청산이란 관점에서 전쟁과 권위주의 정권 시대의 군 사망사건 처리 실태와 인권침해의 실상을 밝힌다는 정치적인 의미가 부여될 수도 있다.

반면 최근사건에 있어서는 주로 자살자로 처리된 경우가 주류를 이루고, 군수사에 대한 유족의 뿌리 깊은 불신과 군대문화에 대한 전반적 문제제기를 볼 수 있어서 향후 군 의문사 예방과 군 자살자 감소를 위한 제도개선과 대책 마련을 위한 토대를 형성한다는 점에서는 최근의 사건들이 갖는 중요성은 훨씬 더 클 수도 있다.

## V. 위원회 활동의 쟁점과 과제

### 1. 활동초기의 쟁점

위원회 활동 초기 진정인들은 주로 위원회의 조사활동이 과거 군수사나 국방부 재조사와는 본질적으로 다를 것을 기대하였고, 따라서 위원회 조사인력의 상당부분을 차지하는 군 파견 수사관들에 대한 불신을 숨기지 아니하는가 하면, 다른 한편으로는 군대라는 고립되고 폐쇄적인 조직으로부터 필요한 자료와 정보를 입수하여 진실을 파헤치기 위해서는 군에 정통한 수사관들이 필요하다는 문제제기도 하여 위원회는 일견 상호 모순되는 요구를 충족시킬 수 있는 방안을 모색하였다.

또한 특별법에 의하면 위원회의 활동기간은 2006. 1. 1.부터 2008. 12. 31.로 한정되어 있고, 제한된 조사인력과 예산으로 과연 실효성 있는 조사가 이루어질지 우려를 표명하기도 하였다. 이러한 맥락에서 특별법이(제2조) 군의문사 발생시점과 관련하여 일용 1993. 2. 25.이라는 시기구분을 둔 것이 위원회의 조사대상을 한정하는 문제와 관련하여 어떤 의미가 있는 것은 아닌지 유가족 단체들로부터 적극적인 문제제기가 있기도 하였다.

### 2. 위원회 조사활동이 제기하는 과제와 전망

#### (1) 조사인력의 부족

위원회의 조사대상과 조사활동의 범위, 조사가능한 실제적 기간을 고려할 때 현재의 수사관 수로 접수사건 전체를 조사완료할 수 있는지 의문이 제기된다. 해결책으로는 ① 사건의 선별과 집중으로 해결하는 방안 ② 수사관 증원 ③ 위원회 활동기간의 연장 등이 거론될 수 있으나 세 방안 모두 원

문적 혹은 현실적 문제들을 안고 있다.

#### (2) 군의문사 사건의 특수성과 수사관 교육의 필요성

군의문사 사건은 일반 형사사건과 다른 절차와 과정을 거치므로 군 특유의 보고체제와 사건처리절차 등에 대한 사전이해 및 교육이 필요하다.

#### (3) 다양한 인적구성원의 활용

위원회의 수사관은 다양한 인적 구성을 보인다. 이들을 적절하게 융화시키고 최대한 효과적으로 활용하는 방안이 필요하다. 특히 군파견 수사관들에 대해서는 진정인과의 관계에서 문제가 발생하지 않도록 조절해야 함은 물론 민간조사관들과 융화하는 문제가 중요하다. 또한 파견 수사관들의 경우 1년을 단위로 파견되어 복귀하는데서 오는 업무의 연속성과 책임감 문제가 현실적으로 대두되고 있다.

#### (4) 비상임위원들의 참여 극대화 방안

주심제를 도입하여 기록검토와 조사결과에 대한 의견개진 등으로 비상임위원들이 위원회의 조사활동에 실질적인 도움이 될 수 있도록 하고, 나아가 위원회의 심의의결이 형식적으로 이루어지지 않도록 하며, 주심위원이 최종 결정문 작성까지 책임을 지는 구조를 확보하고자 시도 중이다.

기타 법의학, 심리학 전문가인 비상임위원을 중심으로 법의학 자문위원단, 심리학 자문위원단을 실질적으로 운영해나가는 방안도 검토 중이다.

#### (5) 과학적 혹은 전문적 조사기법의 활용방안

법의학, 총기화학전문가 활용, 모의실험 시뮬레이션 기법 활용 등이 논의되고 있는데, 특수조사방법의 경우 경비가 많이 들지만 예산상의 뒷받침이 부족한 실정이고, 국내 법의학자들에 대한 진정인들의 불신으로 해외 법의학자들의 활용이 제기되지만 실무적으로나 재정적으로 어려움이 예상된다.

한편 개별 수사관들의 조사활동 이외에 인류학, 심리학, 사회학의 연구 방법론을 조사기법에 적극적으로 활용하기 위한 시도로서 해당 분야의 전문연구자를 채용하여 군의문사 사건에 대한 심층적 이해를 도모하고 있으나, 현재로서는 개별사건의 조사와 적절하게 조응한다고 보기는 어려우며 다만, 중요한 문제의식을 공유해나가는 단계이다.

#### (6) 조사권한 미약의 극복방안

위원회는 특별법에 의거하여 자료 물건의 제출을 요구하거나 참고인의 출석을 요구하여 진술을 청취할 수 있지만, 대물적, 대인적 강제수사권 유사의 권한이 없으므로 그로 인한 조사의 부진을



극복하는 방안이 문제된다.

일례로 과거 군 수사기록이나 사건기록의 경우 기록이 보존되어 있는 것이 확인되면 해당 기관으로부터 제출을 받는 데는 큰 어려움이 없지만, 기록 보존기한이 지나 폐기되었거나 보존 여부를 알 수 없는 경우 자료입수에 한계가 있으며, 기록보존업무 관련 담당자들의 적극적인 비협조보다 최근 유사업무의 증대로 자료입수에 걸리는 시간이 길어짐으로써 조사가 지연되는 문제 등이 새롭게 해결해야 하는 과제로 대두된다.

참고인 조사에 있어서 인적 사항과 소재 파악에 상당한 시일이 소요되는 문제는 차치하더라도, 일부 사건의 경우 동일한 사건으로 지휘관이나 부대원들이 수차에 걸쳐 조사를 받은 적도 있어 자발적 협조에 의지하여 조사를 하는 것에는 근본적인 한계가 있을 수 있다.

### 3. 결정 단계의 고려사항

#### (1) 조사결과보고서의 작성

투명하고 철저한 조사와 충실한 조사결과보고서의 작성은 위원회의 실질적인 심의·의결을 위해 필수불가결 요소인데, 조사관들의 보고서작성능력 제고는 당연한 과제이다.

#### (2) 진정인과 군 설득문제

군인문사 사건의 제조사는 과거에 수행된 의문사 조사 결과에 대해 납득하지 못하거나 절차적 공정성 등 어떠한 이유로든 의혹을 품은 것에서 비롯된다. 그러므로 위원회의 활동은 조사절차의 투명성 및 공정성을 전제로 유족들이 납득할 수 있는 조사를 진행하여 군에 대한 국민의 신뢰를 회복하는 것이 목적이다.

군복무중 발생하는 사망사건들의 대부분은 폐쇄적인 공간에서 일어난다. 거의 모든 사건의 '직접 목격자'란 존재하지 않는다. 사건의 최초 발견자도 군인이고, 관련 증언을 해줄 사람들도 군인이다. 사건발생의 책임을 지고 있는 군 간부들은 병사들을 자유자재로 만나 이야기를 나눌 수 있지만, 유족들은 이들과 같은 내무반에서 생활하던 동료 한 명을 만나는 것도 쉽지 않고, 만나게 되더라도 그들에게 허심탄회한 이야기를 듣게 되기는 어렵다. 과거 부대의 최고 책임자를 만나면 군의 성의 없고 권위적인 태도에 불신과 불만이 쌓이게 된다.

위원회 조사결과에 대한 진정인의 수용성을 높이기 위한 출발점은 위원회와 진정인 사이의 신뢰관계 구축이다.

#### (3) 결정문 작성

위원회 결정이 있으면 주심위원이 결정문 작성을 책임을 지되, 실무적인 뒷받침은 군법무관이 주축이 된 법무팀이 맡을 수 밖에 없는데, 현재로서는 군법무관의 보충이 시급히 요구되고 있는 실정이다.

### 4. 제도개선을 위한 정책권고안 마련

국가인권위원회는 2004. 2. 26. 정책권고결정문에서 군 사망사고 처리체계의 개선 등 수사 및 사법정책적 사안은 국방부에서 수행토록 하고, 진상규명 및 명예회복을 위한 특별법은 한시적 성격으로 제정토록 권고하였고, 그 결과 특별법은 위원회의 성격을 조사업무에 한정시켜 놓았다. 최초 2004. 11. 9. 문병호 의원등 12인이 발의한 특별법안에서는 위원회의 의무는 군의문사의 예방 등에 관한 정책의 제시 및 권고 업무를 포함시켰고 소관 국가기관의 권고사항 존중 및 이행의무를 부과하였으나 반영되지 못하였다.

그러나 위원회의 활동이 종료될 경우 위원회는 6월 이내에 위원회의 활동 전체를 내용으로 하는 보고서를 작성하여 대통령에게 보고한 후 공개해야 하며(법제30조), 시행령은 보고서의 내용으로 1. 군의문사의 진상 2. 피해자의 피해상황 3. 군의문사의 발생원인 4. 군의문사를 예방하지 못하거나 군의문사의 진상을 규명하지 못한 경우 그 원인 5. 군의문사에 대한 관계자 및 국가의 책임이 있는 경우에는 그에 관한 사항 6. 유사사건의 처리와 재발방지를 위한 제도적 보완에 대한 권고를 담도록 되어 있다(시행령 제25조).

따라서 위원회는 그 활동의 내용으로서 개별 사건의 진상을 규명하기 위한 조사활동뿐만 아니라 최소한 군의문사의 발생원인과 유사사건의 처리와 재발방지를 위한 제도적 보완에 대한 연구를 해야 한다. 나아가 군의문사 전반에 대한 국가의 책임과 피해자의 피해상황에 관하여 조사 및 연구를 통해 바람직한 해결방안을 제시하는 것도 바람직하다.

개별사건의 조사활동의 범위를 벗어나는 위와 같은 과제를 수행하기 위해 조사의 외연을 확대함은 물론 전문계약직으로 하여금 군의문사 사건을 분석하고, 해외의 사례연구 등을 통해 적극적인 대안 모색으로까지 나아가야 한다. 위원회가 주관하는 각종 전문가 초청 토론회를 기획하고, 부분적으로는 연구 용역을 활용하는 방안도 검토 중이다.

# 국방부 과거사진상규명위원회 활동 현황

국방부 과거사진상규명위원회 조사1과장 **염규홍**

## 1. 위원회 구성

1) 위원회 발족, 2005년 5월 27일

### 2) 위원회 발족 의의

- 과거사의 진상규명을 통해 정치군인에 의해 훼손된 군 이미지를 개선하여 국민의 군대로 거듭난다.
- 의혹사건에 대한 철저한 조사로 국민의 불신을 해소한다.
- 과거 권위주의 유산을 청산하여 민주화된 군의 역량을 과시한다.

### 3) 위원회 구성

- 위원 12명(민간위원 위원장 이해동 목사, 부위원장 이기욱 변호사 포함 7명 / 내부위원 부위원장 황규식 차관, 기무사 참모장을 포함 5명, )
- 06년 2월 27일 법안 스님 선임으로 민간위원 8명

### 4) 위원회 운영

- 매주 1회를 원칙으로 함.
- 2005년 6월 14일 1차 회의 이후 2006년 11월 13일 현재 53차 회의를 개최함.

### 5) 조사관 편성, 총 26명, 2005년 8월 1일

- 조사 1과 및 2과 : 민군 동수로 편성(조사1과 10, 조사2과 10명) => 2006년 5월 조사지원과의 민간 지원인원을 조사관으로 전보 발령함.
- 조사지원과 : 민군 동수로 편성(6명)
- 과장 3명은 민간출신 중에서 임명함.
- 민간조사관은 전문계약직군무원으로 임용하여 신분 보장함.

## 2. 조사대상 사건 선정

### 1) 조사대상 사건 선정 원칙

- 군의 정치개입 과정에서 발생한 사건
- 군에 의한 민간인의 대규모 인권유린사건, 민간인 상대 공작사건
- 민원성 사건보다는 군의 구조적 개혁 차원의 사건
- 현 시점에서 가까운 사건(자료수집 및 증언 용이)
- 군 내부의 비리사건, 개별 군의문사 등은 제외
- 한정된 조사인력 고려

### 2) 조사대상 사건 선정 발표(2005. 8. 29)

- 1차 4건, 2차 4건 총 8건의 조사대상 사건을 선정함.
- 1차 조사대상 사건
  - . 신군부 집권과정 - 12·12, 5·17, 5·18사건
  - . 신군부 집권과정 - 삼청교육대사건
  - . 강제징집·녹화사업사건
  - . 실미도사건
- 2차 조사대상 사건
  - . 신군부 집권과정 - 10·27법난사건
  - . 신군부 집권과정 - 언론인 해직 및 언론통제
  - . 5·6공의 민간인사찰사건
  - . 제일동포 및 일본 관련 조작간첩 의혹사건
- 2차 조사대상 사건은 1차 조사대상 사건을 마무리하는 대로 착수함.

## 3. 조사활동 경과

### 1) 현황

- 2006년 11월 13일 현재 3개 사건 조사결과 발표, 5개 사건 조사중

### 2) 조사결과 발표

- 2006년 7월 13일, 강제징집·녹화사업, 실미도사건 조사결과 발표
- 2006년 11월 10일, 삼청교육대사건 조사결과 발표

### 3) 강제징집, 녹화사업 진상조사 결과

- 녹화사업 대상자에 대한 보안사의 개인심사자료 전량 최초 확인
- 강제징집에 대한 전두환 전 대통령의 지시 확인
- 강제징집 및 녹화사업 대상자 수 확정(강제징집 1,152명, 녹화사업 1,192명)

### 4) 실미도 사건 진상조사 결과

- 중정이 부대창설 및 관리 주도 확인
- 실미도 공작원 유해 발굴(벽제시립묘지 20구)
- 유전자 감식에 의한 실미도 공작원 신원 확인(8명)

### 5) 삼청교육대 사건 진상조사 결과

- 삼청교육 과정에서 병사 사망자 일부 중 사인 조작 확인
- 사체소각장 관련 의혹에 대해 사실무근임을 확인
- 여자삼청교육대 명단, 보호감호 처분자 전체 명부 발굴

### 6) 조사결과 발표 이후 후속조치

- 국방부에 대한 권고사항은 이행조치 중에 있음.
- 대국민 사과는 위원회 종료 후 일괄적으로 시행할 예정임.

## 4. 위원회 운영의 한계와 문제점

### ■ 법적 권한의 부족

- 국방부 내부 기관에서는 자료협조나 면담조사가 비교적 원만하게 진행되고 있음
- 타기관에서의 자료협조가 미흡한 상태임.
- 전역자를 상대로 한 면담조사는 불응할 경우 별도의 조치가 불가능함.

## ■ 발제 4 ■

# 국가권력에 의한 인권침해사건에 대한 진상규명활동의 현황

진실화해를위한과거사정리위원회 인권침해조사국 이 명 춘

## 1. 활동경과와 문제점

가. 진실화해를위한과거사정리위원회(이하 진실위원회)는 2005.5.31. 제정된 진실화해를위한과거사정리기본법에 의거하여 2005.12.1. 출범하였으며 2006.4.25. 첫 조사개시결정을 하였으므로 법률에 의하여 2010.4.24까지 활동하고 2년간 연장하면 2112.4.24까지 활동할 수 있다. 진실위원회의 설립목적은 왜곡, 은폐된 과거의 진실을 밝히고, 민족의 정통성 확립, 국민화합을 위한 종합적인 과거사 정리이다. 그동안 대한민국 발전의 근본적인 한계설정의 배경에 한국전쟁 중의 민간인 희생과 이를 둘러싼 갈등, 이어 현재까지 민주화나 통일운동에 대한 진실규명과 피해에 대한 화해가 제대로 정리되어야 발전적인 미래가 있을 수 있다는 국민적 결단이 진실위원회의 원동력인 것이다. 따라서 진실위원회의 활동은 크게 한국전쟁 전후의 민간인희생, 이후 공권력에 의한 인권침해 규명이 주류를 이루면서 독립과 해외동포의 역사를 재조명하도록 하고 있다. 각 영역의 진실규명 방식은 구체적으로 다를 수 있으나 크게 보아 신청 내지 직권조사에 의한 역사적으로 중요한 사건의 진실규명, 이어 진실에 대한 인식 확산과 정치, 사회, 법률적 명예회복, 이에 근거한 화해조치와 지속적인 교육 위령 사업의 방식으로 전개될 전망이다.

나. 먼저 진실규명의 시동은 신청과 직권조사 결정이다. 인권침해규명에 제한하여 살펴보면 기본법은 (1) 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 현정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망, 상해, 실종 사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건, (2) 역사적으로 중요한 사건으로서 진실위원회가 진실규명이 필요하다고 인정한 사건, (3) 앞의 (1), (2)의 경우에도 확정판결이 있는 경우는 제외하지만 재심사유가 있는 경우에 다시 예외를 둔 사건 (4) 의문상진상규명위원회가 접수한 사건 중 조사기간의 제한으로 진상조사가 완료되지 못하였거나 미진하였던 사건의 경우 진정인이 재조사를 신청하는 사건에 대하여는 위원회가 추가적인 진실규명이 필요하다고 인정하는 경우로 규정하고 있다.

문제점이라고 지적하여 논의가 필요한 지점은 (1) 직권조사사항의 경우에도 확정판결이 있지만 재심사유가 없다면 조사할 수 없다는 점이다. 권위주의 통치 시절의 중요 인권침해사건들은 많은 경

우 확정판결이라는 형식을 통하여 자행되었다. 따라서 과거청산이라는 국민적 합의가 권위주의 통치자의 의도대로 움직여온 사법부의 위법 내지 불법을 두고는 완전할 수 없다. 나아가 '재심사유에 해당하여'의 해석을 재심사유 규명에 조사개시를 할 수 있도록 확대해석하여 어느 정도 이를 극복할 수 있지만 역사적으로 사실인정의 다름은 없고 판단만 달라하는 경우에는 이런 방식도 곤란하다. 예를 들면 5.16 직후의 혁명재판소 재판의 경우를 보면 위헌적인 법률에 위헌적인 재판부에 의한 판결을 조사하기 힘들다. 유족회사건, 교원노조사건, 민족일보사건 등이 그 예이다. 올바른 과거청산을 위하여는 법률의 형식을 빌어 사법부가 행한 인권침해의 문제에 대한 정리가 필수적이다. (2) 인권의 범위에 대하여 노동권, 재산권 등의 침해의 경우 조사의 필요성인정 여부가 문제이다. 국제법이나 헌법의 해석을 통하여 이를 확장하려고 하고 있지만 근본적인 한계가 있다. 노동권의 경우에는 정부가 직접적으로 인권을 침해한 경우도 많지만 간접적으로 침해한 경우가 많다. 대표적인 예를 들면 동아일보광고탄압사건의 경우가 그러하다. 당시 중앙정보부의 개입의 정황은 포착될 수 있지만 해고 등 직접적인 인권탄압은 회사의 손을 빌어 하였기 때문이다. (3) 의문사위 사건의 '조사기간 제한으로'의 문리적 해석도 문제가 될 수 있다. 신청인들의 근본적인 요구는 정확한 사망과정과 가해자를 파헤치는 것이고 관계기관의 비협조가 진실규명 한계의 상당한 원인으로 판단되는데 조사개시의 부분을 기간제한에 한정하고 있기 때문이다. 마지막으로 (4) 인권침해에 대한 금전적인 배상, 보상이 완전히 빠져버린 기본법의 구조에서는 현실적으로 피해자 국민들의 주의를 과거청산의 길로 이끌어 내기에는 한계가 많다. 기본법은 보상이 없는 명예회복만을 규정하고 있고 이후에 보상에 관한 정부의 조치를 기다리는 수밖에 없으므로 진실규명을 두고 새로이 법원에서 소송을 해야 하는 어려움이 있게 된다. 법원의 판단을 염두에 두고 진실규명을 해야 하는 진실위원회의 피해자들의 요구와 현실적으로 법원의 피해보상의 요건을 제대로 조사할 수 없는 시간적, 증거자료의 한계가 진실위원회 활동의 요구와 현실의 근본적인 괴리가 있기 마련이다.

다. 이런 경과를 통하여 진실위원회는 1차 2국 1관 3과 13팀(총인원 187, 자체채용 117, 국가직 파견 50, 지자체파견 20)과 2006년 약 94억, 2007년 130억의 예산안으로 활동하고 있는데 인권침해규명과 관련하여서는 직접 40명의 조사관이 조사활동에 전념하고 있다. 과거청산의 각종 위원회가 그러하듯이 진실위원회도 한시적인 기관이고 과거청산에 대한 그동안 민간의 연구에 기초하여 출발하는 것이 보통이다. 그러므로 민간의 연구의 진척이 어느 정도 된 경우에는 일의 예측이 될 수 있지만, 인권침해의 경우에는 이런 예측이 어렵다. 정치적인 활동을 하다가 정치적으로 인권유린과 은폐는 별론으로 하더라도 정치적인 활동을 하지 않았지만 단순한 생활상의 실수를 정치적인 의도와 척도로 진단하여 처단한 사건의 진실규명 수요가 거의 예측할 수 없을 정도이다. 민간인의 재산권 강탈과 노동권침해 그동안 부패한 권력기관에 의한 비정치적인 인권침해 사례가 너무나 많기 때문이다. 이는 앞에서 말한 사법부가 인권옹호의 최후보루로서의 역할을 못한 바와 연관이 깊다. 따라서 진실위원회의 한시성과 인력을 두고 보면 사건에 비하여 너무나 부족한 실정이다. 물론 모든 과거청산을 이룰 수는 없지만 사법부의 재심의 확대해석, 소멸시효 주장의 포기 등을 통하여 과거청산의 일부를

분담할 수는 있지만 근본적인 한계는 그대로 남아 있다. 이외 진실위원회의 전반적인 문제점을 들면 위원회의 3가지 영역의 조사를 하나의 위원회로 통합하여 구성하여 전체적으로는 인력의 축소(3개 위원회로 구성하였을 경우에 비하여)되었으며, 운영구조의 방대 내지 확장(행정적 지원업무의 비대화, 각 소위원회간의 중점사업과 다른 소위원회의 사업과의 공통 관심사의 공통부분이 적어져 의사소통에서의 집중성 부족) 등이 있을 수 있지만 이는 진실위원회의 내용을 충실히 해나가면서 극복해야 할 과제이므로 더 이상의 문제제기는 하지 않는다.

## 2. 규명현황

가. 그동안 진실위원회에 인권침해규명과 관련하여 신청현황은 전체접수 건수는 470건(인권침해 조작의혹사건 : 276건, 확정판결사건 : 86건, 의문사위사건 : 33건, 직권조사사건 : 1건, 비해당 사건 : 74건) 정도이며, 접수마감일인 11월 30일까지 집중적으로 접수가 된다면 500건이 넘을 것으로 보인다.

그동안 규명활동을 보면 조사개시 15건(11월까지 약 5건 조사완료 예정), 사전조사 21건, 조사개시상정중 1건, 기초조사 중 300건, 이송 30건, 각하 103건 등이다.

나. 현재상태에서 진실위원회 인권침해규명과정의 주변 환경과 문제점을 정리하면 조사과정은 신청인 및 피해자, 이들의 주변 인물의 진술청취 이미 공개된 언론이나 연구자료 확보, 이에 근거한 국가기관이 보관하고 있는 관련자료 확보, 이러 인권침해나 조작의혹의 조사대상자 진술청취 순으로 이루어지는 것이 통상적인 절차이다. 특별한 경우에는 감정이나 현장 실지조사가 있을 수 있으나 보편적이지는 않다. 신청인의 진술에서 문제점은 아마 선입견의 개입이 될 것이지만 이는 조사기관의 능력향상으로 보완할 수 있고, 신청인측의 참고인 조사에서는 통상 피해자 겸 가해자적 속성이 있는 경우가 많기 때문에 조사에 어려움이 있다. 이 경우에는 법률 제도적인 측면의 개선보다는 조사기관의 설득으로 처리하면서 화해사업에서 처리하는 것이 적절한 것으로 보인다. 문제는 조사대상자(인권침해를 가했다고 추측되는 자)와 조사대상자들이 속한 기관이 보관하고 있는 자료의 확보이다. 이 조사는 형사소송법의 강제수사의 방식과 설득에 의한 조사와 처벌의 면제 등이 제도적으로 보장되는 것이 중요하다. 기본법에서는 처벌의 면제를 권고할 수 있는 조항은 있지만 강제조사권이 없어 강하게 비협조적인 사람들에 대한 조사는 어려워 설득에 의한 조사가 주류를 이루고 이에 따라 조사 결과가 늦고 타협적인 경우도 많다.

전체적으로 조사에서 문제가 되는 점은 인권침해의 규명정도가 통상 이후 민사 내지 행정재판을 통한 배상, 보상으로 발전하는 경우가 예상되므로 조사의 수준이 상당한 정도의 인과관계와 진실과 악이 요구된다. 그러나 신청인 조사에서 십수년 내지 수십년간 응어리진 신청인들의 주장은 과장이

많고 정확한 기억을 못하는 경우가 많으며 특히 고문을 당한 사안에 대하여는 너무 오래된 기억이므로 진술을 받더라도 정확한 내용은 확인하기 어렵다. 또한 신청인들에게 우호적이라고 판단되는 참고인조차 과거의 사실규명의 필요성을 크게 느끼지 못하고 소극적인 경우가 많다. 따라서 신청인 내지 참고인의 진술의 신빙성을 확보하는 과학적인 방안이 고민되어야 한다. 조사대상자의 조사에 있어서 문제점은 조사에 비협조적일 뿐만 아니라 방어적이어서 당시의 일반적인 상황 이외에 진술하기를 꺼려하는 것이다. 이들에 대한 조사 방식으로는 출두요구와 동행명령장제도가 있지만 근본적으로 당사자의 자발적인 협조가 없이는 조사할 수 없는 경우가 많다. 따라서 보다 근본적인 대책마련에서 강제조사의 제한적인 도입 등이 필요하나 법의 개정이 필요한 영역이어서 장기간 지속적인 법 개정 논의와 개정이 필요하다. 마지막으로 조사와 관련된 기관의 증거 내지 정보제공의 한계가 문제되는데 악의적으로 증거를 숨기거나 왜곡하지는 않지만 조사에 소극적인 면이 없지 않고 많은 자료들이 산일되어 찾을 수 없는 경우가 많아 조사에 어려움을 겪고 있다.

### 3. 운영한계 및 문제점

#### 가. 조사에서의 문제점

과거청산에서 인권침해규명은 조사대상자가 현재도 활동하고 있는 사람이 적지 않을 뿐만 아니라, 정치적인 문제를 야기하는 사건이 많으므로 조사개시 결정시 진실규명가능성을 검토하지 않을 수 없다. 따라서 사회적으로나 정치적으로 매우 민감하거나 진실규명가능성이 적은 사건에 대한 조사개시 결정에 신중을 기할 수밖에 없다. 진실위원회는 조사내용을 국회에 보고하기 전에는 조사대상자에 대한 내용이 포함된 조사내용을 언론을 통하여 발표할 수 없도록 되어 있다. 이 조항은 국민에 대한 진실위원회의 접촉공간이 극히 협소하게 하여 1년에 2회 조사결과발표를 하는 이외에는 대국민에 대한 조사내용을 공표할 수 없도록 하여 많은 제한이 따르고 있다. 인권침해규명사건의 경우 사건 자체가 정치적인 면도 있고 조사를 위하여 국민의 여론을 통한 과거정리가 필요한 경우가 많은데 조사발표의 제한성으로 인하여 그 길이 막혀 있다. 다만 법규정을 엄격하게 해석하여 가해자의 명예와 관련된 이외의 조사내용을 사전에 발표할 수도 있거나 헌법적인 해석을 통하여 발표할 길이 있을 수도 있으나 이를 강행할 경우 또 다른 문제가 발생할 소지가 더욱 크다고 할 수 있다.

#### 나. 화해조치 경우의 제한성

진실규명과 화해조치는 동전의 양면과 같다고 볼 수 있다. 진실을 규명할수록 화해의 가능성이 커질 것이다. 수십년이 지난 사건의 진실규명의 어려움만큼이나 화해조치의 가능성도 닫혀있다. 화해위원회의 조직과 과거사재단 등의 방안이 보상, 배상이 없고, 정부에 권고하도록 하여 사법적, 법률

적인 처리의 기대가 불투명한 상황에서 진실규명과 화해조치에 대한 국민적인 합의를 끌어내기 위하여는 다른 많은 노력이 필요하다 할 것이다.

### 4. 해결방안

진실위원회에서도 앞의 문제점들을 극복하려는 구체적인 해결방안을 찾기 위해 노력하고 있지만 진실위원회에서도 논의가 긴밀히 진행되고 있기 때문에 구체적인 안에 대하여는 발표할 처지가 아니다.

# 국가권력에 의한 인권침해사건 관련 활동의 과제 및 해결방안

전북대 법과대학 김희수

## 1. 들어가며

국가권력에 의한 인권침해 사건을 개념 정의하는데 있어, 먼저 국가란 '일정한 영토와 거기에 사는 사람들로 구성되고, 주권(主權)에 의한 하나의 통치 조직을 가지고 있는 사회 집단으로, 국민?영토?주권의 세가지 요소를 필요로 한다'고 정의되고 있으며, 국가권력은 국가가 정치적 기능을 수행하기 위하여 행사하는 권력이며, 권력이란 남을 복종시키거나 지배할 수 있는 공인된 권리와 힘으로 특히 국가나 정부가 국민에 대하여 가지고 있는 강제력을 일컫는다.

인권이란 사전적으로 보면 인간으로서 당연히 가지는 기본적 권리라 할 수 있는데, 이러한 인권침해 내지 인권유린은 인권을 침해하는 일로서 특히 공권력이나 권력을 가진 사람이 인간의 기본적 권리를 침해 하는 일을 말한다고 할 수 있다.

국가권력과 인권침해에 대한 정의를 통해 우리는 국가권력이 인권을 침해하는 사건에 있어 국가 권력은 곧 국가폭력을 의미한다고 정의할 수 있으나, 구체적으로 인권의 범위를 또 어떻게 보느냐에 따라 또다시 국가폭력의 의미와 내용이 달라 진다고 본다.

근대에 들어서면서 전근대국가의 폭력과 근대 국가의 폭력의 개념은 변화를 겪게 되는데, 전근대 국가의 권력행사가 사사로운 이익, 감정, 증오 등에 바탕을 둔 것 이라면, 근대국가는 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리 등의 큰 가치를 전면에 내세우고, 국가 구성원 즉 국민의 합의 및 선출을 기초로 한 대의제에 입각하여 대통령을 선출하고, 의회에서 법을 만들고, 독립적인 사법당국에 의하여 공정한 재판 절차에 의하여 국가 권력이 행사된다는 것이 너무도 타당하게 받아들여지고 있는 교과서적인 이야기이며, 이런 교과서적인 원리대로라면 국가권력이 폭력으로 변모하여 국민의 인권을 침해한다는 것은 원리적으로 상상하기 힘들지만, 현실과 역사는 이와 정반대의 길을 걸었던 것은 아마도 기본적으로 '동의'와 '강제'라는 상호 이율배반적인 개념이 국가 성립의 기초로 설명되는 태생적인 한계인지도 모른다.

우리의 근대 역사만을 보아도 국가권력은 비정상적인 모습으로 나타났는바, 근대가 시작되는 시점에서의 우리 국가에 대한 일본의 강점은 조선은 곧 야만이라는 공식에 의하여 인간의 이성과 양심, 민족 정기를 짓밟는 극단적인 파시즘체제로 온 국민이 고통과 신음속에서 보냈으며, 해방후 남북 분단과 한국전쟁의 경험, 항상적인 남북의 군사적 대결 상황에서 반공 지배 이데올로기와 레드 콤플렉스를 이용한 역대 탐욕의 화신들인 이승만, 박정희, 전두환 등의 독재자들에 의하여 무자비한 인권유린이 자행되고, 국가 폭력이 일상화되었던 쓰라린 현정사를 갖고 있다.

국제엠네스티가 새로운 세기가 시작되는 2000년 고문금지운동을 새로운 캠페인으로 내걸면서 그 제목을 '현대의 전염병' 이라고 명명하였고, 국제엠네스티가 1997년부터 3년동안 195개국을 조사한 결과 150개국의 국가기관이 고문과 가혹행위를 하였고, 이 가운데 70여 국가에서 광범위하게 고문이 성행한 것으로 밝힌 사실에서 알 수 있는 바와 같이, 국가 폭력은 지금도 계속되고 있는 인류 문명의 수치라 하지 않을 수 없다.

1948년 국제연합 총회에서 채택된 세계인권선언은 "인류 가족 모든 구성원의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유, 정의, 평화의 기초가 됨을 인정하며, 인권에 대한 무시와 경멸은 인류의 양심을 짓밟는 야만적 행위를 결과하였으며, 인류가 언론의 자유, 신념의 자유, 공포와 궁핍으로부터의 자유를 향유하는 세계의 도래가 일반인의 지고한 열망으로 천명되었으며, 사람들이 폭정과 억압에 대항하는 마지막 수단으로서 반란에 호소하도록 강요받지 않으려면, 인권이 법에 의한 지배에 의하여 보호되어야 함이 필수적 ---" 이라고 천명하면서, 구체적으로 인간의 존엄성, 평등, 생명과 신체의 자유, 사상 양심의 자유, 표현의 자유, 집회결사의 자유, 교육을 받을 권리 등을 선언하고 있고, 나아가 1966년 채택되어 발효중인 시민·정치적 권리에 관한 국제규약, 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약이 존재하고 있으며, 위 양 규약에 대한민국은 1990년 국회 동의를 거쳐 효력이 발생되고 있다.

위와 같은 세계인권선언과 양 규약에 따라 인권의 개념을 단순하게 시민·정치적 권리에 한정하지 않고, 경제·사회·문화적 권리 즉 노동권, 사회보장권, 주거권, 식량권, 건강권, 문화·과학권 등 까지 포함하는 것은 너무도 당연하고, 따라서 국가권력에 의한 인권침해사건을 정의한다면 국가권력에 의한 시민·정치적 권리 침해와 경제·사회·문화적 권리 침해를 의미한다고 본다.

위와 같이 국가권력에 의한 인권침해를 개념 정의하면, 인권침해 범위는 폭발적으로 늘어 날 것이고, 본 주제가 의도하는 바와 부합하지 않는다고 판단되기 때문에 여기에서는 부득히 국가폭력이라는 주제어를 시민적·정치적 권리로 접근 한정하여 살펴보고자 함을 양해 바란다.

## 2. 인권침해 사건 관련 입법과 현황

주지하는 바와 같이 일제 강점하에서 식민지 국가폭력에 의하여 자행된 인권침해에 대하여 이승만 정권 시절에 '반민족행위처벌법' 이 통과되어 '반민족행위자 처벌 특별위원회' 가 발족하여 활동하게 되었으나, 이승만 정권에 의해 조작된 속칭 '국회프락치사건' 과 특경대 강제 해산 등의 탄압으로 과거청산이 좌절되었고, 4·19 시기에 국회 결의에 의하여 '양민학살사건 진상조사특별위원회' 가 구성되어 실태 조사 을 진행하였으나 5·16 군사 쿠데타에 의하여 모든 것이 원점으로 돌아가 버렸다.

1987년 6월 국민항쟁을 통해 과거청산이 운위되었으나 광주학살의 주범인 노태우가 대통령으로 당선되고, 소위 3당 합당을 통해 국가폭력에 의한 인권침해 사건이 결실을 맺을 수 없게 되었으며, 1993년 김영삼 정권 시절 초기 정승화 등이 전두환과 노태우 등을 고소했으나 검찰은 군사반란으로 인정하면서도 기소유예 처리하였고, 1994년 5·18 피해자 등이 전두환 등을 내란목적 및 살인혐의 등으로 고소하였으나 검찰은 '성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다' 며 공소권 없음 결정을 내렸지만, 국민들의 강력한 저항에 부딪혀 결국 1995년 '5·18민주화운동등에관한특별법' 과 '헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법' 이 제정되어 전두환, 노태우 등에 대한 사법적 처벌이 뒤따랐다.

김대중 국민의 정부 정권 시절인 1999년 '민주화운동관련자 명예회복및보상등에관한법률' 과 '의문사진상규명특별법', '제주4·3사건진상규명및희생자 명예회복에관한특별법' 이 통과되었고, 2001년 '국가인권위원회법' 과 '민주화운동기념사업회법' 이 제정되었다.

노무현 참여정부 정권 출범 이후 2004년 '삼청교육피해자의 명예회복및보상등에관한법률', '일제강점하강제동원피해진상규명등에관한법률', '일제강점하반민족행위진상규명에관한특별법' 이 제정되었고, 2005년 '진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(이하 '진실·화해법' 이라 칭함)', '군의문사진상규명 등에 관한 특별법' 이 우여곡절 끝에 제정되어 시행중에 있다.

이상에서 보는바와 같이 식민지 해방 이후 국가 폭력에 대한 국민들의 과거청산 의지는 강하였으나 정통성 없는 독재권력 들에 의하여 번번히 국민의 요구는 탄압·묵살되었고, 국민의 강력에 요구에 의거하여 김영삼 정권 때 이르러 5·18 광주민주화 운동에 대한 부분적인 국가폭력 진상 규명이 이루어 질 수 있었으나, 발포 책임자 등 핵심적인 진실 규명이 이루어지지 못한채 반쪽짜리 과거청산으로 남게 되었고, 김대중 정권 시절에도 부분적인 분야에서 국가인권위원회 신설 등 많은 업적이 있고 국가폭력에 의한 인권침해 사건이 다루어졌으나 진실규명, 가해자 처벌 문제, 배·보상 등의 문제가 현재에도 여전히 문제되고 있으며, 참여정부에서 국가기관 자체 즉 국정원, 경찰, 국방부 등에 자체 과거사진상규명위원회가 활동중에 있는 등 과거청산에 대한 정부의 강한 의지를 표명하고,

비로소 개별적 사건이 아닌 포괄적인 진실·화해법이 제정되어 진실·화해위원회가 활동중에 있으나 근본적인 누더기 입법과 시행령 문제점 등으로 인하여 국가폭력에 의한 인권침해 사건의 진실규명 등이 제대로 이루어지지 못한채 많은 문제점을 노정하고 있는 것으로 보인다.

각각의 법률 등에 의거한 진실 규명 등의 성과와 한계 등은 주제 발표자 및 토론자 등이 따로 있으며, 국가권력에 의한 인권침해 사건을 다루는 국가인권위원회에 대한 문제도 주제에서도 벗어나 있다고 판단되므로, 이 글에서는 부득히 진실·화해법을 근거로 활동중인 국가권력에 의한 인권 침해 사건에 대하여 다루기로 한다.

### 3. 인권침해사건 관련 활동의 과제와 문제점

#### 가. 개괄

국가권력에 의한 인권침해 사건을 처리함에 있어 기본적 원칙은 과거청산의 기본원칙과 동일하다고 보는데, 진실·화해법이 국회 통과를 앞둔 시점인 2005. 4. 필자는 '올바른 과거청산을 위한 범국민위원회(이하 '범국민위원회'라 칭함)가 주최한 비상시국회의에서 과거청산 입법에 있어, 억울하다고 주장되어온 사회적 의제들을 포괄하는 입법이 필요하고, 과거청산을 담당할 국가 기관의 독립성을 보장하고, 국가기관의 조직과 권한을 보장하며, 진실을 규명하고, 진실 규명후 가해자에 대한 사법적 조치와 국가 책임 문제를 해결해야 한다는 것을 밝히면서 진실·화해법의 변질과정과 그에 대한 개별적인 문제점을 거론하였고, 과거청산의 기본원칙이 훼손당해 '진실 은폐·왜곡법'으로 법안이 변질되었다고 논박한 사실이 있다.

법안은 우여곡절 끝에 만신창이가 되어 버렸고, 울며 겨자먹기식으로 진실·화해법이 포괄적인 과거청산이라는 험준한 산등성이를 넘은 것이 그나마 불행중 다행이라면 다행이라고 위안하지만, 법률이 갖고 있는 태생적인 한계 등으로 인하여 국가폭력에 의한 인권침해사건에 대해서 진실규명을 하는 과정 및 내용이 매우 험난할 것이라는 것은 이미 예견되었던 사실이고, 불행하게도 현재 진실·화해위원회의 진실 규명 작업이 많은 난관에 봉착해 있다고 알고 있다.

진실·화해법은 제1조에서 이 법은 항일독립운동, 반민주적 또는 반인권적 행위에 의한 인권유린과 폭력·학살·의문사 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀냄으로써 민족의 정통성을 확립하고 과거와의 화해를 통해 미래로 나아가기 위한 국민통합에 기여함을 목적으로 한다고 밝히고 있고, 제2조 제1항에서 진실규명 범위에 대하여 일제 강점기 또는 그 직전에 행한 항일독립운동(제1호), 일제강점기 이후 이법 시행일까지 우리나라의 주권을 지키고 국력을 신장시키는 해외

동포사(제2호), 1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생 사건(제3호), 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그밖의 중대한 인권침해사건과 조작 의혹사건(제4호), 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 대한민국의 정통성을 부정하거나 대한민국을 적대시하는 세력에 의한 테러·인권유린과 폭력·학살·의문사(제5호), 역사적으로 중요한 사건으로 제3조에 규정한 진실·화해를위한과거사정리위원회가 이 법의 목적 달성을 위하여 진실규명이 필요하다고 인정한 사건(제6호)을 진실규명 대상으로 규정하고 있다.

진실·화해법 제2조 제1항 제1,2호는 넓은 의미에서는 식민지 지배권력에 의한 인권유린이라는 측면에서는 국가폭력의 일종으로 분류할 수도 있겠으나, 본래적 의미에서는 우리의 주권이 강탈당한 상태에서의 식민지 파쇼 폭력으로 주권을 갖는 우리 국가폭력의 일종으로 보기는 어렵다고 판단된다.

국가폭력으로 인한 인권유린은 동조 제3,4호가 이에 해당하고, 제3호는 제4호의 특수한 유형이라고 보아야 할 것이며, 동조 제5호는 국가폭력이 아닌 대한민국의 정통성을 부정하거나 적대시하는 '세력'에 의한 폭력이며, 제5호에는 많은 문제점이 있다는 것을 이미 밝힌바 있다<sup>1)</sup>.

이러한 국가폭력으로 인권유린사건을 조사하고, 결정하는 과정에서 법률 규정 자체에 의한 태생적 한계를 먼저 살펴보고, 진실·화해법 시행령의 문제점으로 인한 한계와 진실·화해위원회 운영에 있어 문제점은 없는지 등을 차례로 살펴보기로 한다.

#### 나. 문제점

##### (1) 태생적인 법률상 한계

진실·화해법에 규정되어 있는 독소조항들에 대하여 ① 조사 대상에 있어 제2조 제1항 제5호의 '대한민국의 정통성을 부정하거나 적대시하는 세력에 의한 테러·인권유린과 폭력·학살·의문사 사건' 처리에 있어 처리 결과에 따라 사회적인 이중치벌 문제가 제기될 수 있고, 정치적 의도에 의하여 국민화합이 아닌 정쟁으로 벌질 우려가 있으며, ② 위원회 구성에 있어 정파적 이념적인 인사의 위원회 구성으로 과거청산 국가 기구의 독립성, 중립성, 공정성이 훼손 될 우려가 있고, ③ 제2조 제2항의 법원의 확정 판결을 받은 사건을 제외하는 조항으로 인하여 많은 사건이 조사 대상에서 제외될 수 있는 개연성이 존재하며, ④ 위원회 조사권한의 미약성으로 인한 문제 ⑤ 현 정부 부서내의 과거청산 기구와의 관련 문제 등을 이미 제기한 바 있어 여기서는 자세히 언급하지 않기로 한다<sup>2)</sup>.

1) 필자가 제2차 진실화해위원회 위원 워크숍에서 발표한 '진실·화해법 일고' 참조  
2) 필자의 주석 1) 발표문 참조



다만 진실·화해위원회가 국가폭력에 의한 인권침해 사건을 조사함에 있어 조사 권한의 미약성으로 인하여 많은 어려움에 처하게 될 것이라고 예견한바 있는데, 여기서는 조사 권한 문제를 다시 한 번 살펴보기로 한다.

의문사진상규명위원회에서도 권한 미약으로 진실 규명에 많은 어려움을 겪었던 경험적 사실을 바탕으로 강력한 권한을 갖는 진실·화해위원회를 만들기 위하여 범국민위원회에서는 [국가기관에 대한 자료제출명령권을 신설하고, 비밀 자료에 대한 절대적인 열람권은 보장하되 다만 국가안전보장 등 필요한 경우에는 공개하지 않을 수 있도록 하고, 진실규명과 민간인집단희생 사건에 있어 유골 발굴 등에 필수적인 권한으로 파악하여 필요한 경우에는 관할 지방검찰청에 압수·수색·검증 영장 청구권을 의뢰하는 권한을 부여하고, 동행명령에 정당한 이유 없이 불응 하는 경우 형사 처벌 조항을 두어 실효성 있는 조사가 이루어 질 수 있도록 하며, 진실규명을 위해 필요한 경우 통신사실에 대한 확인 자료나 금융거래에 대한 정보도 요청 할 수 있도록 하고, 국회에서의 증언·감정등에 관한 법률 조항을 원용하여 청문회를 실시할 수 있고, 청문회에서의 위증 등에 대하여도 처벌 조항을 두며, 위원회 활동 결과물이라고 할 수 있는 권고 내용이 효과적으로 반영될 수 있도록 하고, 홍보 및 교육을 통해 국민들에게 이를 알리고 교육적 효과를 얻을 수 있도록 하며, 위원회 조사 결과 고발 또는 수사의뢰한 진실규명 사건에 대하여는 당해 범죄행위가 종료된 후부터 고발 또는 수사의뢰한 때까지 그 진실규명과 관련된 공소시효 진행이 정지되는 등의 내용을 담은 법안을 만들게 되었다.

그러나 입법과정에서 먼저 ① 조사 대상 범위를 1948. 8. 15.부터 권위주의적통치하에서의 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망 상해 실종 등으로 규정함으로써 권위주의적 통치이후에도 권위주의적 폐습과 법령 제도가 남아 있는 상태에서 벌어진 공권력에 의한 피해를 조사 대상 등에서 제외해 버렸고, ② 위원장과 상임위원 숫자를 5인으로 규정하여 사실상 방대한 과거청산 업무 수행이 불가능 할 정도로 이르게 만들었고, ③ 위원회의 관계기관에 대한 자료제출명령권을 수용하였으나 관계 장관이 국가안위에 중대한 영향을 미친다고 소명하면 자료 제출을 거부할 수 있도록 함으로서 공개는 별론으로 하되 진실 규명에 반드시 필요한 포괄적인 자료 접근권 및 열람권을 제한하였으며, ④ 압수·수색·검증 영장 청구의뢰권도 삭제하여 관계기관의 자료 열람권도 봉쇄되어 있는 상태에서 국가 기관이 협조하지 않을 경우 진실규명이 어려워지고, 유골 발굴등에 문제점을 갖게 만들었으며, ⑤ 피조사자가 조사에 불응할 경우 동행명령에 대한 형사처벌 조항을 삭제하고 과태료 규정으로 전환함으로써 동행명령 거부에 대한 효과적인 대처 방안을 주지 못함으로써 의문사위가 겪었던 조사 불가능이라는 상황이 예상되도록 변질되었으며, ⑥ 금융자료제출요구권도 삭제 시켰고, ⑦ 청문회 규정을 삭제하여 효과적인 진실규명을 위한 법률과는 멀어지는 상황을 만들었고, ⑧ 의문사법에도 공소시효 정지 조항이 있는데도 불구하고 이 조항마저도 삭제를 하여 과거청산 정신을 훼손시켰고, 반인륜적 범죄, 전쟁 범죄, 고문 범죄 등에서는 공소시효가 배제되는 국제법적 원칙에도 반하는 입법안을 만들었으며, ⑨ 위원회가 조사 종료되

지 않은 사건에 대하여 조사 내용 공표를 금지함으로써 위원회 입에 재갈을 물렸으며, 오히려 위원회의 자율적인 판단에 따라서 자유로운 공표가 가능할 때 국민에 대한 설득과 교육적 효과가 있는 것인데 과거청산의 목적에 반하는 조항을 만드는 등으로 과거청산의 정신과 원칙 방법 등을 상당 부분 훼손하기에 이르렀다<sup>3)</sup>.

이러한 조사권한 미약 문제는 진실규명에 많은 어려움을 초래 할 것이고, 기존에 그래왔듯이 '가해자 없이 피해자만 존재하는 기형적인 진실'이 될 우려가 높으며, 단순하게 국가가 스스로의 범죄를 인정하였다든 자기만족적 조사 결과에 그칠 우려 또한 높다고 하지 않을 수 없으며, 국민을 설득하는데도 많은 문제가 야기 될 수 있게 되어 버린 상황에서, 진실·화해법 개정 문제를 지속적으로 제기하고 사회 의제화 하는 일이 필요하다고 본다.

## (2) 시행령 문제점으로 인한 한계

필자는 진실·화해를 위한 과거사 정리 기본법 시행령(이하 '시행령'이라 함)에 대하여 범국민위원회가 주최한 공청회에서 '현행 시행령 문제점과 대안'이라는 제목으로 시행령의 문제점 등을 지적하고, 개정을 촉구한 사실이 있고, 또다시 2006. 7. 25. '진실위 시행령 어떻게 개정할 것인가'라는 범국민위원회 공청회를 통해 '진실화해위원회 시행령의 올바른 개정 방향'이라는 제목으로 이를 재차 지적한 바 있는데 여기에서는 위 발표문을 토대로 살펴보기로 한다.

시행령에도 여러 가지 문제점이 존재하는바, 예컨대, 위원회 운영에 관한 문제, 사무처장 위상 문제, 신청 접수와 효율적 처리 문제, 조사 개시 결정 기한의 문제, 결정 통지 문제, 관련 자료 확보 등의 대책 문제, 보고서 규정 문제, 증거 자료 열람 청구 문제, 지방자치단체 등과의 협조 문제, 국가 기관의 자체 설치한 과거청산 기구와의 관련 문제, 과거사 연구재단 관련 문제 등이 있는데, 여기서는 시행령에서 가장 문제점이라고 지적되는 조사 인력에 대한 문제인 제15조 제1항의 문제점을 중심으로 살펴보겠다.

진실·화해법 제14조 제5항은 '사무처의 조직과 운영에 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.' 규정하고 있고, 동법 제7조 제4항은 '위원장은 위원회의 예산 관련 업무를 수행함에 있어 예산회계법 제14조의 규정에 의한 중앙관서의 장으로 본다.'고 규정하며, 동법 제3조 제3항은 '위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.'고 명시되어 있다.

이런 법률 규정의 정신은 진실·화해위원회가 입법, 사법, 행정 어디에도 속하지 아니하는 고유한 독립성을 지닌 기관으로서 활동을 보장하는데 있고, 독립적인 활동을 보장하기 위하여 예산 편성과 집행 권한을 부여하며, 사무처의 조직과 운영도 위원회의 독립된 업무 수행에 필요한 내용을 보장하

여 주겠다는 취지이다.

그리하여 동법 제14조 제5항은 사무처의 조직과 운영을 위원회의 규칙으로 정하도록 규정하여 법률에 그 권한을 위원회 권한으로 유보시켜 놓았음에도 불구하고, 현재의 시행령은 위원회가 구성되기도 전에 정부가 시행령을 일방적으로 만들면서 위원회의 의사와는 아무런 상관없이 시행령 제15조에 '위원회에 두는 공무원의 정원은 별표와 같다.'라는 식으로 위임의 한계를 명백히 위반하여 규정해 버린 위법한 조항이다.

아무리 선의로 해석하여 그 당시는 위원회가 구성되지 않은 상태에서 어쩔 수 없었던 일이라고 하더라도, 이제는 위원회가 정상적으로 구성되어 활동을 하고 있고, 위원회 내부에서도 조사인력이 터무니 없이 부족하여 진실규명을 할 수 없다고 비명을 지르고 있는 상황이라면 위법하고, 변칙적이며, 무효인 시행령 조항을 올바로 개정하여 위원회에 권한을 되돌려 주는 것이 너무도 당연한 사법 규정이라고 본다.

### (3) 진실·화해위원회 역할 문제

진실·화해위원회에 확인한 결과에 의하면 2006. 10. 31. 현재 진실규명을 신청한 총 사건수는 6,160건(항일독립 운동; 120건, 해외동포 관련; 13건, 적대세력 관련; 805건, 민간인 집단희생 사건; 4,631건, 공권력에 의한 인권침해사건; 370건, 기타 221건)이며, 접수된 사건 중에서 조사개시 결정된 사건이 총 1,885건(항일독립 및 해외동포 관련 사건; 25건, 민간인 집단 희생 사건 1,843건, 공권력에 의한 인권침해 사건; 17건, 직권조사 결정 사건(보도연맹 사건) 1건), 접수된 사건 중에서 각하된 사건이 238건에 이르고 있다고 하며, 연말경에 5건 정도의 조사 결과 결정이 있을 것이라고 한다.

이 통계자료에서 보듯이 진실·화해위원회가 많은 어려움 속에서도 나름대로 많은 노력을 다하고 있다고 판단되고, 한편으로는 조사 인력 부족 문제를 해결하기 위하여 용역조사가 실시되고 있는 상태이고 정상적인 평가 작업이 12월 말경이면 끝나고, 그 결과를 토대로 2007년 1월쯤 시행령을 개정할 예정이라고 한다.

진실·화해위원회 노력을 높이 평가하지만 그래도 장래의 활동을 염려하는 마음으로 다음과 같은 사항을 지적함을 이해하기 바란다.

먼저 조사인력 문제에 관한 문제를 제외하고, 과연 왜 출범한지 1년이 되어감에도 조사가 제대로 진행되지 못하는지 분석하고, 분석 결과에 따라 이를 해결하기 위한 노력을 기울이고 있는지 의문을

제기 하지 않을 수 없다.

위원회에서 조사 인력 부족 문제를 적재적소의 효율적인 인력 배치로 극복하려는 시도는 있었고, 그러한 시도는 적절했는가, 조사 인력중에서 조사관 능력이 부족하여 제대로 조사를 하지 못하는 경우는 없었는가, 그런 문제를 극복하기 위해 조사관들에 대한 효과적인 교육은 제대로 시행하였으며, 시행할 계획은 있는 것인가. 조사가 제대로 이루어지지 못한 원인이 국가의 비협조 문제로 야기되는 상황은 없었는가, 국가기관에서 보관하고 있는 각종 비밀문건을 포함한 자료 접근은 용이한지, 파견된 공무원들이 효율적이고 능동적으로 진실 규명에 진력하고 있는지 그렇지 않다면 이유는 무엇이고 해결방안은 있는지, 파견 공무원과 민간 출신 조사관과 유기적인 협조 체계는 이루어지고 있는가. 조사에 필요한 행정적 지원에 문제는 없는지.

국민은 위원회가 존재하는지 존재하지 않는지도 제대로 알지 못하는 상황인데 왜 그런 일이 발생하는 것이며, 이를 극복하기 위한 홍보 방안은 있으며, 방안이 있다면 효율적으로 시행되는데 문제점은 없는 것인지.

향후 제기될 피해자들에 대한 배·보상 문제에 대한 해결 방안에 대하여 어떤 준비와 연구를 하고 있는지, 과거사 연구재단에 대하여도 어떤 구체적인 방안과 대책을 수립하고 있는지. 조사에 필수적인 예산 확보에 필요한 선행 조치들에 문제는 없는지.

이런 문제 제기에 대하여 이제는 위원회가 답을 할 때 라고 판단되며, 우둔한 필자가 왜 이런 질문을 던지는지 생각해 볼 기회가 되기를 바라는 마음이다.

### (4) 인권침해 관련 판결 문제

국가권력에 의한 인권침해 사건중에서 가장 문제가 되는 것은 법원의 확정 판결로 유죄 판결을 받은 사건들이다. 극단적인 반공 이데올로기와 레드 콤플렉스, 항시적인 남북의 군사적 대치 상황에서 국가 안보라는 미명하에 무수히 자행된 국가 폭력으로서의 고문의 실상과 피해는 정확하게 그 통계도 밝혀지지 않고 있을 뿐 아니라, 그 가해자 또한 '얼굴 없는 가해자'로 같은 하늘 아래서 동시대를 살아가고 있다.

법원은 법률과 양심에 따라 재판을 해왔다며 아직껏 구체적인 사법 청산 문제에 대답하거나 이행을 한 사실이 없지만, 이를 냉정히 들여다 보면 '사법부의 독립'이나 '법률과 양심'이라는 황금의 다리로 되돌아가 숨을 수 있는 문제는 아니라고 본다.

법률이란 그 일반적 성격 때문에 어차피 추상적인 규정을 할 수 밖에 없는 근본적인 한계를 안고 태어나기 마련이며, 각개의 사건 마다 해석을 통해서 구체적인 사례를 해결할 수 밖에 없다는 것은

누구나 긍정하는 내용이다.

이른바, 국가폭력이 자행된 대다수의 정치형법 등에 규정되어 있는 국가안보, 사회질서, 공공복리, 정당한 이유, 인과관계, 국가 기밀 등의 일반적 규정들은 아무리 죄형법정주의를 부르짖어도 광범위한 해석의 여지가 있을 수 밖에 없는 것인데, 법원은 법률과 양심에 따라 판결할 뿐이라고 말하면서 실제로는 정치적 해석을 통해서 사회 통제를 수행하고, 정치적 결정을 해왔다고 보아도 무리는 없을 것이라고 본다.

이제 지나온 세월 동안 '법률과 양심에 따른 판결'이라는 우산 뒤에 숨어서 자행되어온 국가 폭력에 눈감고, 해석이라는 이름하에 저질러진 판결 문제를 청산하지 않고서는 국가권력에 의한 인권침해 문제는 결코 해결될 수 없다고 보인다.

국가권력에 의한 인권침해사건으로 제기되어온 사건중에서, 예컨대, 이근안의 고문으로 간첩으로 몰려 15년간 옥살이를 한 함주명씨, 인민혁명당 사건의 재심 결정 등이 겨우 기억할 수 있는 사례이듯이, 피해자가 국가 폭력을 입증하는 것은 국가폭력의 속성상 거의 불가능하며, 이런 불가능한 문제를 현행 형사소송법상 재심 규정으로 해결할 수는 없으므로, 독일처럼 일정한 유형의 악법에 해당 하는 때는 특수한 정치적 법원의 재판에 의하여 일괄적으로 무효화하는 조치 들을 취해야 할 것이다

#### 다. 해결 방안

너무도 당연한 이야기지만 해결 방안은 법률을 개정하고, 법률 개정 이전에 정부가 의지만 갖는다면 하더라도 가능한 시행령을 하루 속히 개정하여 충분한 조사인력으로 조사에 매진할 수 있는 시스템을 만드는 일이고, 진실·화해위원회는 좀더 진실규명에 진력을 다하며, 국민들의 입과 귀가 되는 역할에 충실하고, 우리 민변을 위시한 제시민사회단체는 모든 힘을 모아 국가 폭력에 의한 인권침해 사건을 비롯한 과거청산 운동에 동력이 되어 주는 길만이 해결책이라고 믿는다.

4) 이재승 "나치체제하에서 저항운동가들에게 대한 전후 처리실태", 의문사진상규명위원회 제출보고서

#### 4. 맺으며

잘못된 법령에 의하여 진실 규명을 제대로 할 수 없는 제도와 구조에서의 '최초의 피해자는 진실이며, 최후의 피해자 역시 진실' 이라고 감히 말하고 싶다.

문명국가라고 힘주어 말하면서, 인권과 평화라는 21세기의 화두에 서서 국가권력에 의한 인권 침해 사건을 제대로 규명하지 못한다면 우리는 또다시 불행한 역사를 반복할 수밖에 없을 것이다.

불행한 과거의 국가 폭력에 대하여 국민에게 그 실체를 제대로 알리고 국민이 이를 알지 못한다면, 또다시 국가 폭력이 자행될 때에도 예전에 그러했던 것처럼 국민들은 대다수 침묵과 방관을 할 것이며, 불행한 역사는 반복될 것이다.

우리사회에서 얼굴 없는 가해자로 군림해온 국가폭력의 실체를 우리는 알권리가 있으며, 우리의 알권리는 어느 누구에게도 양도 할 수 없는 권리이고, 우리의 알권리를 충분하고 효과적으로 행사할 수 없다면 우리는 국가폭력의 실체를 기억하지 못할 것이며, 기억이 없는 사회에서 국가 폭력은 막을 수 없을 것 이라고 믿는다.

# 사법부의 과거사청산 과제

- 국가권력에 의한 인권침해사건과 관련하여

민주사회를 위한 변호사모임 송 호 창

## 목 차

- 1. 머리말
- 2. 사법부 과거청산의 필요성
- 3. 과거청산 방법과 관련한 문제점
- 4. 재심 대상 사건 개괄
- 5. 맺음말

### 1. 머리말

유지담 전 대법관은 작년 퇴임사를 통해 과거 사법부에 대해 “독재와 권위주의 시대엔 침묵했다”며, 최근까지도 “사법부 독립이니 재판의 권위를 명분으로 방어만 하려 했다. 독립해야 할 때는 독립하지 못했으며, 겸손해야 할 때는 오만하지 않았던가 자성한다”고 밝혔다. 유대법관이 지적하는 과거 사법부의 한때를 총괄했던 이영섭 대법원장의 퇴임사에서도 이러한 사실은 분명히 확인된다. “과거를 돌아보면 모든 것이 회한과 오욕으로 얼룩진 것 이외에는 아무 것도 아니었다”는 것이다. 그 회한과 오욕은 물론 사법부를 탄압하고 길들인 유신과 5공의 정권으로 말미암은 것이다. 그러나 지금까지의 사법부 내부자성이 퇴임하는 자리에서 이뤄진 것이란 점에서 이용훈 대법원장의 취임사는 크게 주목 받을 만 하다. “독재와 권위주의 시대를 지나면서 그 거친 역사의 격랑 속에서 사법부는 정치권력으로부터 독립을 제대로 지켜내지 못하고, 인권보장의 최후의 보루로서의 소임을 다하지 못한 불행한 과거를 가지고 있다. ... 우리는 사법부가 행한 법의 선언에 오류가 없었는지, 외부의 영향으로 정의가 왜곡되지는 않았는지 돌이켜 보아야 한다. 권위주의 시대에 국민 위에 군림하던 그릇된 유산을 깨끗이 청산하고, 국민의 곁에서 국민의 권리를 지키는 본연의 자리로 돌아와야 한다.”<sup>1)</sup>

1) 이영섭 대법원장 퇴임사(1981.4.15). 법원행정처. 법원사. 1995. 852쪽. 퇴임사에서 이영섭 대법원장은 司法府라는 말 대신 司法部라는 말을 여섯 번이나 썼다. 이는 사법부가 행정부이 한 부처처럼 격하된 데 대한 자조와 분노의 표시로 해석되었다.  
2) 대법원장 취임사. 2005.9.26.

이용훈 대법원장은 구체적으로 1972년부터 1987년 사이에 있었던 시국, 공안 사건의 판결에 대해 자체조사를 벌인 후 구체적인 후속조치를 마련하겠다고 밝혔고, 그 다음날 법원행정처는 전국 법원에 1972년부터 1987년 사이의 시국, 공안사건과 관련한 판결문을 수집해 달라는 공문을 보냈다. 1년이 지나 이 대법원장은 2006. 국감에서 “지난 국감 뒤 과거 시국사건 6천여건을 수집해 법원행정처 판사들에게 검토작업을 지시했고, 이미 대략적인 당시 판결등의 흐름을 파악한 상태이며 기회가 닿는 대로 법원 역사를 재정립할 기회로 삼겠다, 시국관련 재심사건이 대법원에 상고되면 판결문에 법원의 과거사를 반성하는 내용을 명시하겠다”고 밝혔다<sup>3)</sup>. 사법부의 자기반성을 위한 상당한 진척이라고 할 수 있으나 아직은 미흡하다. 이대법원장이 1년 전 취임사에서 언급한 “재판을 통한 재심, 부당한 재판에 관여했던 법관들에 대한 인적청산, 법원안에 위원회를 만들어 정리하는 방안” 중 한가지만을 구체화했을 뿐 나머지 제도적, 구조적인 해법은 아직도 미궁 속이다.

그동안 군사독재정권 하에서 사법이 제 기능을 다하지 못하고, 고문으로 조작된 사건들에 대해 유죄판결을 선고함으로써 권력의 하수인 노릇을 하였다는 비난의 소리가 높았으나, 사법부에서는 이에 대해 침묵으로 일관하였다. 사법부의 구성원들이 직접 고문이나 사건 조작등의 불법행위에 가담한 사실이 없으며, 확정된 판결을 뒤집을 경우 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 것이 가장 큰 이유였다. 대법원장이 과거사청산에 관한 입장을 표명한 이후에도 법원내에서는 누가 헌법기관인 판사들의 판결에 대해 잘못되었다는 판단을 할 수 있는가, 법관의 재판권 침해 가능성이 있다<sup>4)</sup> 는 등의 반발의 움직임이 있는 것이 사실이다.

그러나 사회 각계 각층에서 과거사 청산의 논의가 활발하게 진행되고 있으며, 경찰, 국가정보원, 국방부 등에서는 이미 자체적으로 과거사청산을 위한 위원회를 만들어 조사를 개시하였고 이들 기관의 조사대상 사건 가운데 일부는 법원의 확정판결을 받은 사건인 관계로, 사법부가 언제까지나 법적안정성만을 내세워 과거청산 문제에 팔짱을 끼고 있을 수만은 없는 것이 현실이다. 물론 재판에서 이루어진 개개의 주장과 입증, 심증형성의 과정을 완벽하게 재현하고 재평가한다는 것은 문자 그대로 불가능하다. 처음부터 다시 심리하자고 할 때 이제까지의 사법적 판단의 토대위에 형성된 수많은 법적 행위의 효력은 또한 어떻게 할 것인가 주저되지 않을 수 없기도 하다. 그렇기에 사법부의 과거청산을 말할 때, 왜 과거청산이 필요한가, 어떤 범위 내에서 과거청산을 해야 할까를 진지하게 물어야 한다. 아울러 과거청산을 할 법적 기법은 무엇이고 그 기법의 구사에 있어 부딪치는 난점은 어떻게 해결할까 고민하지 않을 수 없다.

이러한 고민의 일환으로 아래에서는 현재 사법부 과거청산을 둘러싼 여러 가지 법률적, 현실적 방안과 어려움을 살펴보고, 이에 더하여 과거청산의 1차적 대상이고 이 대법원장도 지목한 국가권력에 의한 인권침해 사건, 특히 이른바 고문조작에 의해 유죄판결이 난 것으로 보여지는 대표적인 사건들을 재심재판과 관련하여 검토하도록 하겠다.

3) 한겨레 신문 2006. 11. 2. 자 기사  
4) 조선일보 2005. 9. 28. 자 기사

## 2. 사법부 과거청산의 필요성

### (1) 사법부 과거청산의 기본관점

권위주의 치하에서 문제의 사건들이 재판을 통해 확정되었다. 사법부가 권력의 인권침해를 방조하거나 추인하고, 혹은 인권침해의 주장은 무시해온 사례가 적지 않다. 그같은 과거에 대하여 이제까지 사법부는 대체로 외면과 무시의 태도를 견지해왔다. 짙은 과거를 들추게 되면 기존의 확정판결 전체의 신뢰성이 흔들리게 되고, 재판에 기초한 법적 안정성이 훼손되지 않을까 염려한다. 재판은 '증거'에 의해 하는 것인데, 새로운 증거 없이 '주장'만으로 과거를 재평가하기 곤란하다는 견해도 있다. 과거의 재판을 번복하게 되면 법원의 권위를 훼손하게 될 것인데, 사법부 스스로 자기권위를 훼손할 이유는 없지 않은가 하는 생각도 없지 않은 것 같다. 이런 문제는 법적 안정성, 사법부의 권위 보존의 차원에서 접근될 일이 아니다. 사법부는 개개인의 권리를 확인하고 구제하기 위해 존재하는 기관이다. 그런 사법부가 오히려 기본권을 침해하고, 권리구제의 호소에 대해 귀를 막았던 그 과거의 지속이야말로 법적 불안정성을 야기하는 원인이다. 불법과 부정의 재판을 그대로 놔두고 안정과 평화를 얻는 방법은 오직 강권을 통한 침묵의 강제밖에 없는데, 한국의 현 수준이 그런 방법이 통하도록 놔두지 않는다. 지금의 현실에서 문제는 억압되어야 할 것이 아니라, 해결책을 갖고 접근되어야 할 것이다. 사법부 권위의 문제도 마찬가지다. 사법부의 권위는 총칼로서 확보될 수 있는 것이 아니며, 지갑으로 매수할 수 있는 것도 아니다. 사법부는 총칼도, 지갑도 갖고 있지 않기 때문이다<sup>5)</sup>. 그러면 사법부의 권위는 어디에서 나오는 것인가. 국민의 마음으로부터 나오는 존경심과 신뢰감을 통해 사법부는 그 제도적 권위를 확보할 수 있게 되는 것이다. 사법부의 "외면과 무시의 전략"이 통용될 수 없는 것은 사법부의 가해에 의해 피해자가 된 사람들이 엄연히 있기 때문이다. 피해자의 존재는 가해자에게 반성을 촉구하고, 피해회복을 위한 구체적 조치를 취할 것을 의무 지운다. 과거의 사법부가 한 일이라고 현재의 사법부가 모른 채 할 수 없는 것은, 개개인이 달라져도 국가 자체의 행위로서 영속성을 띠기 때문이다. 더욱이 사법부는 피해자 편에서 피해사실을 확인하고, 가해자에게 배상 기타 조치를 통해 피해에 대한 원상회복을 해주어야 할 책무를 갖고 있는 국가기관이다. 그 점에서 사법부의 책임회피는 사법부의 존재근거 자체를 뒤흔드는 것이다<sup>6)</sup>.

### (2) 실정법, 사회정의와의 충돌해결

사법부가 과거의 문제재판에 대해 확정판결이란 이유로 '외면과 무시' 할 수 없는 또 다른 이유는 현재의 법적 혼란상이다. 과거의 재판을 통해 범죄자로 단죄되었던 그 사건들이 민주화 이후에 새롭게 조명되고 평가를 받고 있다. 5.18특별법과 민주화운동보상법을 통해 사법부에서 유죄판결을 받은 사람들에게 대한 명예회복 및 보상이 이루어졌지만, 이들에 대한 확정판결은 그대로 남아있다. 한편에서는 범죄자로 칭하는 사람들을 한편에서는 민주화운동관련자로 인정하는 모순을 해결하기 위

5) Alexander Hamilton 외, The Federalist Papers, ed. by Mary E. Webster, Bellevue: Merril Press, 1999, 313-314쪽. "사법부는 칼이나 돈지갑에 대한 영향력을 갖고 있지 않다. 사법부는 사회의 힘과 부를 지배하지 않는다. 사법부는 폭력도 의지도 갖고 있지 않으며 단지 재판만 한다."

6) 한인섭, "한국에서의 재판관 통한 과거청산", '국가에 의한 중대한 인권침해와 피해자 권리구제 2차 워크숍', 한국인권재단, 79-80쪽 참조

해서는 사법부의 과거사 청산이 불가피하다. 국민의 입장에서는 법원의 기준과 민주화위원회의 기준이 달라져 있는 사태에 대해 무엇이 과연 정의인지 혼란스러울 수밖에 없다. 민주화법과 같은 과거청산법들은 기존의 법률 및 재판의 내용을 실질적으로 부인하거나 변경하는 것이다. 그 바탕에는 기존의 법률 및 재판이 정의롭지 못했다는 평가적 인식과, 그러한 법률 및 재판의 배후에 있던 정치 권력에 대한 항거가 정당했다는 사회적 합의가 깔려있다.

### (3) 피해회복에 의한 정의실현

과거청산이 국가기관 사이의 법적 판단의 모순을 시정하기 위한 차원으로만 여겨질 수 없는 것은 사법부의 재판(작위 혹은 부작위 포함)으로 인한 피해자의 고통이 생생하게 남아있기 때문이다. 피해자의 고통의 첫째는 법적 고통이다. 법으로 인한 고통은 물론 판결 그 자체의 효과로부터 나온다. 사형판결로 인해 곧바로 처형당하는 경우가 가장 극단적인 예이며, 무기형이나 장기형을 받고 오랜 기간 국가수용시설(교도소, 감호소)에서 복역한 예도 있다. 수형기간동안의 처우도 "등급의"로 분류되어, 통상의 수형자들이 누리는 것보다 훨씬 열악한 처우를 받아야 했다. 이들은 수사시부터 불법 구금·장기구금·고문과 가혹행위를 받았으며, 형기 중에는 비인간적이고 모욕적인 처우를 받아왔다. 형기가 종료되고 출소한 이후에도 정보기관의 감시를 받게 된다. 심지어 공식적 감시망이 아예 제도화되어 있는 경우도 있다(보안관찰법상의 보안관찰처분 등).

사법적 판결이 가져오는 또 다른 중요한 효과는 낙인이다. 문제사건들의 경우 초동수사단계부터 그 피의사실이 공표되고 선정적 언론보도로 인해 선입견이 생겨버린다. 사건의 진상에 대해 알고자 하는 욕구가 가장 큰 초동단계에서 이미 언론에 의한 낙인이 찍히게 되면, 침소봉대 혹은 사실무근임이 판명되어도 그 낙인은 잘 지워지지 않는다. 법적 낙인 혹은 언론 낙인의 효과는 피해자 본인 뿐 아니라 피해자 가족에게 전방위로 미친다. 예컨대 "간첩" "빨갱이"의 가족이라는 것은 그 개인 뿐 아니라 그 가족에게도 사회적 매장을 의미했다. 한 개인의 고통은 가족 전체의 고통으로 곧바로 확산되는데다가, 사회적 청중들의 낙인에 대한 부정적 반응으로 인해 가족전체가 파멸적 악순환의 고통을 겪게 되는 것이다. 이렇게 피해자에게는 법적, 개인적, 사회적 피해가 중첩된다. 국가가 피해자 개인 및 그를 둘러싼 가족 전체를 고통으로 몰아넣는 것이다<sup>7)</sup>.

## 3. 과거청산 방법과 관련한 문제점

### (1) 예상되는 문제점

사법부 과거청산의 요체는 불의에 기초한 과거의 판결을 정의에 기초하여 새로 재판하는 것이다. 그런데 부정의한 판결에는 단지 법원만이 아니라 수사기관의 역할이 함께 포함되어 있다. 문제되는 판결은 수사기관의 고문 등에 의한 위법한 수사와 불법을 용인하거나 수사기관의 압력에 의하여 판

7) 한인섭, 앞의 글, 87-88쪽 참조

결을 한 법관의 역할이 모두 작용한 결과이다. 그래서 두가지 문제는 분리할 필요가 있다. 우선 수사기관의 과거 위법행위는 각종 과거사 위원회에 의해 조사가 진행 중에 있다(이 위원회의 권한과 수사기관의 비협조 등과 관련한 복잡한 문제는 논외로 한다). 따라서 이 문제는 사법부 과거사 청산을 다루는 데에서 일단은 제외될 수 있다. 다만, 재판의 기초가 된 위법한 수사과정에 대한 진상조사를 사법부가 직접 할 수 있는지의 문제가 예상될 수 있으나 이는 별론으로 한다. 그 다음 문제는 각종 과거사 위원회의 조사결과 또는 당사자들의 재심신청 등을 통해 수사기관의 위법행위 사실이 어느 정도 밝혀진 경우, 이를 새로운 재판(재심)에 어떻게 반영할 것인지의 문제이다. 사법부의 과거청산을 좁은 의미로 해석한다면 결국 이 문제를 뜻하게 될 것이다. 이 문제는 현행 재심제도와 재심재판이 지나치게 엄격한 요건을 요구하기 때문인데 자세한 것은 후술하기로 한다. 마지막으로 남는 문제는 수사기관의 불법을 용인하거나 그 압력에 굴복하여 판결을 한 해당 법관들의 인적 청산의 문제이다. 과거의 잘못을 규명하면 당연히 그에 따른 책임과 사후처리가 뒤따라야 하는 것은 당연하다. 그러나 이러한 책임추궁 때문에 진실규명이 곤란해진다면 현실적인 조율이 필요한 측면도 있다고 하겠다. 이상의 문제점을 감안하여 과거사 청산에 대한 현재 사법부의 태도와 이에 대한 몇가지 해결방안을 모색해 보도록 한다.

## (2) 사법부 내부의 곤란

앞서 언급한 바와 같이 사법부의 과거청산은 그 방법론적 측면에서 다른 국가기관과는 다른 상당한 어려움이 있다. 따라서 그 해법을 찾는 것 또한 쉽지 않은 것은 사실이다. 이용훈 대법원장이 2005. 국감에서 언급한 것은 이를 단적으로 보여주는 것이다. “과거사 정리 문제에 관해서 세 가지 방향으로 생각할 수 있다, 첫째는 우리 법원의 재심판결을 통해서 우리가 옛날에 한 판결을 다시 한번 재고해 볼 수 있는 방법이 있다, 그러나 이것은 재판의 문제이기 때문에 대법원장인 저로서도 관여할 수 있는 문제가 아니다. 두 번째, 인적 청산의 문제가 있을 수 있겠다, 그러나 그동안 권위주의 시절에 우리 법원에서 일했던 많은 분들이 법원을 떠났다. 그래서 이 판결을 수집하는 것이 결코 인적 청산의 문제를 거론하기 위해서 그런 것이 아니다. 세 번째로 생각할 수 있는 것은 역시 외부에서 시행하고 있는 것과 같이 자기 조직 이외의 다른 사람들이 참여하는 소위 과거사청산위원회 같은 것을 조직해서 법원의 판결에 대해서 다시 한번 재론할 수 있을 것이다, 그러나 이것은 사법권의 독립을 침해할 우려가 있다, 둘째로 개개 판사의 재판권의 독립을 침해할 우려가 있기 때문에 이것은 도저히 사법부로서는 용인할 수 없는 일이다.”<sup>8)</sup> 이러한 고려가 있기에 현재 사법부가 내놓은 방안은 이후 있을 수 있는 재심 재판의 판결문에 사법부의 과거를 반성하는 내용을 반영하는 것뿐이다. 사법부는 결국 인적 청산이나 과거사청산위원회 등을 통한 과거청산은 불가한 것으로 보고 있다.

## (3) 조사주체와 관련한 방안<sup>9)</sup>

고문, 조작, 사법부에 대한 정치권력의 부당한 간섭 등으로 위법한 판결이 선고되고, 재판절차에서 인권침해가 이루어진 구체적인 사례를 밝히기 위해서는 판결문이나 사건기록 검토만으로는 부족하며, 사실에 대한 조사가 필요하다. 이 조사를 누가 할 것인가 문제되는데 ① 법원이 자체조사를 하는 방안 ② 법원 내에 민간인이 참여하는 과거사진상규명위원회를 두는 방안 ③ 과거사정리기본법에 의한 과거사정리위원회에서 조사를 하는 방안 ④ 사법부과거사청산을 위한 별도기구를 설립하는 방안 등이 가능하다.

① 법원 자체적으로 진상을 조사하고 당사자들의 자발적인 증언을 수집하는 활동은 바람직하다. 다만 법원 내 자체 조사에만 의존하는 경우에는 조사의 대상을 축소하고, 당사자의 자발적인 증언이나 자료제출에만 의존하여 매우 형식적으로 조사가 이루어질 위험성이 있을 뿐만 아니라 조사결과에 대한 신뢰성이 문제될 수 있다. 따라서 법원 자체 진상조사를 한다면 이와 별도로 제3의 조사기구를 설치할 필요가 있다. ② 법원 내에 민간인이 참여하는 위원회를 설치하고, 조사관을 채용하여 조사대상 사건을 선정하고 진상을 조사하는 방식이나 ③ 과거사정리위원회에서 대상 사건을 선정하고 조사하는 방식은 모두 조사의 객관성과 공정성을 담보할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이러한 법관 아닌 기관에 의한 조사활동이 헌법상 보장된 법관의 재판권을 침해하는 것이 된다면 새로운 문제점을 낳게 된다는 단점이 있다. 또한 과거사정리위원회가 조사를 하는 경우에 법원이 적극적으로 협조하지 않으면 진실을 밝혀내기가 어렵고, 문제되는 재판에 직접 관여한 판사나 법원직원의 양심적인 고백을 받는데 한계가 있을 수 있으나 이는 법원 아닌 다른 기관의 경우도 마찬가지라는 점에서 크게 고려할 사안은 아닌 것으로 보인다. ④ 사법부과거사 청산을 위한 별도기구를 만드는 방안은 조사의 공정성 및 객관성을 담보할 수 있고, 사법권의 행사와 관련된 과거의 사건들을 종합적이고 체계적으로 처리할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이미 과거사정리기본법이 제정되어 과거사정리위원회가 활동을 개시했고, 관련 기관의 자체조사가 이루어지고 있어 업무의 중복, 조사의 효율성, 비용의 부담 등이 문제되며 새로운 법률을 제정하여야 한다는 현실적인 어려움도 있다. 아무튼 이 문제는 현재 사법부가 완강히 반대하는 상황에서 상호법의 충돌을 회피할 수 있는 현명한 방안을 찾아야 할 과제이다.

## (4) 조사결과를 재심에 반영하는 방안

조사결과 형사소송법 제420조의 재심사유가 있음이 밝혀진 경우에는 ① 현재의 형사소송법의 규정에 따라 재심을 결정하는 방법, ② 재심특별법을 제정하는 방법 등을 생각할 수 있다.

① 현행 형사소송법의 규정에 따라 처리하는 경우에도 법원이 관련기관의 조사결과, 법원행정처 또는 법원에 별도로 설치된 위원회의 조사결과를 형사소송법 제422조 소정의 재심사유를 인정할 수

8) 이용훈 대법원장, 2005.10.6. 법제사법위원회 국정감사 회의록  
9) 이하, 이유정, “사법부 과거청산”, ‘2005 한국인권보고서’, 민주사회를 위한 변호사모임 316쪽 이하 일부 인용참조.

있는 증명으로 보는 등 재심요건을 완화하여 해석한다면 재심을 개시할 수 있다. 이러한 경우 특별법을 별도로 제정할 필요가 없다는 장점이 있지만 재심사유에 대한 판단이 재판부마다 서로 달라 일괄적인 처리가 어렵다는 문제가 있다. 지금까지 재심신청 사건에서 의문사진상규명위원회의 조사결정에 대해서 '확정판결에 준하는 것'으로 재심을 받아들인 예가 있으나 다른 과거사 위원회의 경우 그 조직과 권한정도가 달라 동일하게 해석할 수 있을지는 여전히 문제로 남는다. 이러한 문제를 불식시키는 방안으로 대법원의 과거청산 의지에 기대어 이와 같은 사건에 대한 재판지침을 마련하는 것은 고려해볼 직하다고 하겠다. 예컨대 지금 시행하는 '양형에 관한 지침'과 같은 행정규칙의 방법으로 '재심신청사건에 관한 지침'을 마련하는 것은 대법원 또는 법원행정처의 적법한 권한 범위 내에서 충분히 가능하다고 본다.

② 재심특별법을 제정하는 방안에 대하여는 사법부의 독립과 법적안정성을 해칠 우려가 있고, 위헌의 여지가 있다는 반대의견이 있다. 그러나 사법부의 과거청산 문제는 정치권력으로부터 중립을 지키고 국민의 인권을 보호해야 하는 사법부가 그 임무를 저버리고 정치권력의 시너로서 불법을 정당화하는데 기여한 부끄러운 과거를 청산하는 것을 그 목적으로 하며, 이러한 목적을 달성하기 위해서는 사법부 스스로 해결책을 마련하는 것보다 정치적 합의를 통해 특별법을 제정하여 과거사를 청산할 수 있는 합법적인 방안을 마련하는 것이 적절하다고 생각한다. 정치적인 합의를 통해 과거의 위법한 판결을 바로잡는 법률을 제정한다면, 일관된 법적용이 가능하며 장차 사법부가 법적안정성 때문에 재심의 요건을 확대해석하여야 하는 부담에서 벗어날 수 있다. 특별한 사건에 대하여만 재심에 관한 특별규정을 두는 것이 평등의 원칙에 반하여 위헌의 소지가 있다는 우려도 있으나, 과거사 청산의 필요성에 대한 공감대가 형성되어 국민적인 합의가 이루어진다면, 과거 독재정권에서 저질러진 수사, 재판과정에서 자행된 국가기관의 불법을 규명하고 잘못된 판결을 바로 잡기 위한 목적으로 특정한 사건에 대한 재심을 허용하는 특별규정이 평등의 원칙을 침해한다고 볼 수 없다.

재심특별법을 제정한다면 관련기관의 과거사 진상규명위원회, 과거사정리위원회, 법원에 별도로 설치된 위원회 또는 법원이 조사한 결과 수사, 재판과정에서의 고문, 증거조작 등 형사소송법 제420조 소정의 재심사유가 있음이 밝혀진 사건에 대하여는 법원이 직권으로 재심을 개시하도록 규정하여 관련기관의 과거사청산 업무처리 방법을 통일할 필요가 있다. 민주화운동명예회복및보상심의위원회에서 민주화운동으로 판정을 받았으나 유죄확정판결은 그대로 남아있는 사안 역시 재심의 대상으로 하여야만 국가기관에 의해 민주화유공자로 인정된 사람이 한편으로는 전과자로 남아있게 되는 모순을 해결할 수 있을 것이다. 형사소송법 제420조의 재심사유가 있는지 여부에 대하여 확정판결을 받을 수 없는 경우에는 관련기관의 과거사진상규명위원회 등의 조사결과로 증명할 수 있다는 특별규정을 두면 법원이 향후 일반 형사 피고인들에게도 재심요건을 확대 적용하여야 하는 부담을 줄일 수 있다. 재심을 담당하는 법원도 원판결의 법원으로 할 것이 아니라, 한시적으로 전담재판부를 설치하여야만 전국적으로 흩어져있는 서로 다른 재판부에서 유사한 사건에 대해 다른 기준을 적용

하는 문제를 해결할 수 있을 것이다. 재심특별법에 의해 이루어지는 재심을 전담재판부에서 심리한다면 사법부의 과거사청산에 관한 체계적이고 일관된 처리가 가능할 것이다.

조사결과 재심사유에는 해당하지 않지만, 정치적인 압력이나 부당한 간섭을 받아 사법권을 행사한 사실이 밝혀지는 경우에는 그 진상을 고백하고 대법원장이 공식적으로 사과를 하며, 이를 역사적인 기록으로 보관하는 등 다양한 방법이 가능하다. 이러한 사유가 밝혀진 경우에도 과거사정리기본법 제36조 및 37조에 따라 피해자의 명예회복, 특별사면 및 복권이 이루어져야 함은 물론이다.

#### 4. 재심 대상 사건 개괄<sup>10)</sup>

위에서 살펴본 바와 같이 사법부의 과거청산은 그 주체를 선정하는 문제부터, 이를 재심에 반영하는 절차에 이르기까지 풀어야 할 과제가 산적해 있는 것이 사실이다. 그러나 사건이 오래되어 당사자들이 사망하거나, 관련 기록들이 소실되고 있어 더 이상 지체할 시간이 없다. 현재 사법부가 6천여 건의 과거 잘못된 판결로 지목된 사건들을 재검토하고 있는데다가 어떤 절차와 방법에 따르던 부정의에 기초한 판결은 재심을 통해 다시 판결해야 한다는 점이 명백한 만큼 재심재판을 진행하였거나 앞으로 재심신청이 예상되는 구체적인 사건을 검토하는 것은 필요하다. 이러한 구체적 사건의 검토는 이후 법원의 과거청산을 이루는데 중요한 자료가 될 것으로 생각한다. 이하에서는 모든 사건을 모두 나열할 수는 없으므로 몇가지 사건만을 임의로 골라 살펴보고자 한다.

##### 가. 신귀영 사건

(1) 신귀영이 일본에 거주하는 조총련 간부인 신수영의 지령에 따라 잠입, 국가기밀 공여, 군사상 기밀누설, 회합, 금품수수 등 범죄행위를 하였다는 이유로 국가보안법 유죄 확정. 1995. 부산지방법원 재심개시결정, 부산고법 재심개시결정, 대법원 원심파기, 2001.부산지법 재심개시결정, 2002. 부산고법 원심파기, 2004. 대법원 원심파기.

유죄의 결정적 증거를 반복하는 신수영의 진술서를 형소법 제420조 제5호 재심사유에 해당하는 것으로 볼 것인지와 관련하여 : 1995. 7. 24. 부산지법, 1995. 8. 31. 부산고법은 각 증거의 신규성과 명백성을 인정하여 재심개시 및 (검찰의) 항고 기각 결정을 하였으나, 대법원에서는 명백성이 없다고 (검찰의) 재항고 인용, 파기했다. 아울러 수사관의 가혹행위가 있었는지에 관한 불기소처분만으로는 형소법 제422조의 확정판결을 대신하는 증명이 있었다고 볼 수 없다고 판단한 반면 증거의 신

10) 이하는 송호창, "재심사건의 법적 쟁점", 국가에 의한 중대한 인권침해와 피해자 권리구제 2차 워크숍 한국인권재단, 원고를 재구성한 것임.

규성에는 문제가 없었던 것으로 판단한 것 같다.

(2) '명백성'은 그 증거가치에 있어 다른 증거들에 비하여 객관적인 우위성이 인정되는 것을 발견하거나 이를 제출할 수 없게 된 때를 말한다. 따라서 법관의 자유심증에 의하여 그 증거가치가 좌우되는 증거는 이에 해당하지 않는다는 것이 대법원의 판단이다. 구체적으로 대법원은 원심이 신규증거(신수영 진술서)의 명백성이 문제됨에도 불구하고 그 증거와는 무관하게 확정판결이 채용한 증거(박용규, 한정도의 진술 등)의 증거가치를 전면 재심사하여 재심개시결정을 하였는바, 이는 신규증거가 특히 신빙할 수 있는 상태에서 작성되었다고 볼 객관적인 자료의 뒷받침이 없는 상태에서 명백성을 인정하여 법리를 오해했다고 판단하였다. 기본적으로 신증거에 관하여 단독평가설에 입각한 판결이고, 단독평가설에 따르는 한 법관의 자유심증에 의하여 좌우되는 증거로는 재심청구가 어렵게 되는 문제가 있다. 그러나 총합평가설이 현재 학계의 다수설이고 재심의 제도적 취지에 비추어 총합평가설(이 설을 취할 경우 재평가설)이 타당하며 이에 의할 경우 최초 재심 개시 결정한 부산지법, 부산고법 결정은 정당하다. 그러나 대법원의 지적대로 신규증거에 대한 특신상태를 인정할 객관적인 자료의 뒷받침을 위한 추가 증거가 필요하다(신수영이 2003. 부산지법에 출석하여 진술서의 진정성립, 내용인정을 하였으나 이 증언은 재심재판에서 진행된 것이 아니라 반영되지 못함).

(3) 명백성의 판단에 있어서 일본의 판례를 참고할 필요가 있다. 더불어 우리나라 재심제도와 일본 재심제도를 비교 연구할 필요도 있다. 일본 경우, 판례1- "무죄를 선고할 명백한 증거란 확정판결에서의 사실인정에 대하여 합리적인 의심을 품게 하고 그 인정을 번복하기에 족한 개연성이 있는 증거를 말하지만, 그 명백한 증거거나 아니냐는 만약 그 증거가 확정판결을 내린 법원의 심리 중에 제출되어 있다면 과연 그 확정판결에 있어서 행하여진 것과 같은 사실인정에 도달했을 것인가의 관점에서 그 증거와 다른 전체증거를 총합적으로 평가하여 판단하여야 할 것이고, 그 판단을 할 때에도 재심개시를 위해서는 확정판결에서의 사실인정에 대하여 합리적인 의심을 일으키면 족하다는 의미에서 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로' 라는 사실재판의 철칙이 적용되는 것이다. "일본판례2-" 명백성 판단에 있어서 확정판결이 인정한 범죄사실의 부존재가 확실하다는 심증을 얻음을 필요로 하는 것이 아니고 확정판결에서의 사실인정의 정당성에 대한 의심이 합리적인 이유에 바탕을 두고 있느냐 아니냐를 판단하면 족하다"

#### 나. 이준호 사건

(1) 법원은 1974. 5. 17. 전역하였다는 경기 강화군 양도면장 발행의 1974. 7. 25.자 병적증명서는 이준호 소속부대 소집해제 인사명령이 1974. 10. 15.자인 점과 상치되고 병적부에도 1974. 10. 15.자 소집해제된 것으로 정리된 점과 상치되어 위 병적증명서만으로 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때로 볼 수 없다는 판단을 하였다. 나이가 이한수와 두번째 접선 이후 간첩행위에 대해 논리적으로 연관되지 않는다는 판단을 하였다. 한편 1974. 5.경까지 방위병 복무를 한 사실은 양도면 면

사무소 병사계 직원이었던 윤문석의 진술서와 그의 제1심 법정에서의 증인진술을 통해서도 나와 있다는 점이 판단에 고려된 것으로 보인다.

(2) 군사기밀 보고와 관련된 부분은 이하에서 불 함정회 사건과 관련지어 판단해야 할 사항인지에 관한 검토가 필요하다. 대법원 재항고시 재항고이유 제출하지 않았다.

#### 다. 강희철 사건

(1) 강희철이 밀항 도입하여 일본에서 조총련계 조선고급학교를 졸업한 후인 1979. 12. 초순경 전성광의 소개로 조총련 오오사카 이꾸노 동지부 선전부장이며 전성광의 사촌형인 전재경을 만나 그에게 포섭되어 그로부터 김일성 사상 등에 관하여 교육을 받은 후 그와 함께 1980. 9. 7.부터 같은 달 21.까지 북한을 방문하고, 위 전재경, 전성광과 공모하여 전성광이 신고하는 형식으로 일본경찰에 불법체류자로 고의적으로 체포되어 귀국한 후 전재경의 지시에 따라 간첩활동을 하였다는 이유로, 1986. 4. 28. 당시 제주도경찰국 정보과 정보3계 경찰관들에 의해 불법연행되어 85일 동안 영장없이 불법감금된 상태에서 온갖 욕설과 폭행, 협박, 고문 등을 받고 위와 같은 혐의 사실을 허위로 자백함으로써 1심에서 무기징역형을 선고받고 항소, 상고하였으나 모두 기각되어 판결이 확정됨에 따라 대전교도소 등에서 복역하던 중 1998. 8. 15. 가석방된 사건.

#### (2) 재심사유

공소의 기초가 된 수사에 관여한 사법경찰관들이 직권남용체포·감금, 독직폭행, 가혹행위, 증거날조 등 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 대신하는 증명에 의하여 입증될 뿐만 아니라(형사소송법 제420조 제7호, 제422조), 강희철에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견되었다(형사소송법 제420조 제5호)는 이유로 재심청구 하였다.

위 확정판결에 대신하는 증명의 요건을 충족시키기 위해 15년의 공소시효가 약 한 달 정도 남은 2001. 7. 31.경 수사경찰관들을 직권남용체포·감금 등의 혐의로 제주지방법검찰청에 고소하였으나, 검찰은 이를 진정사건으로 접수한 다음 수사에 착수조차 하지 않고 있다가 공소시효가 완성되었음을 이유로 2001. 9. 21. 공소권없음 결정을 하였다.

#### (3) 재심개시를 위한 심리 과정

강희철에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거로서 전성광의 진술(1994. 3. 29.자 인증진술서), 전인영의 진술(1995. 11.경 방문취재 기사), 강규철의 진술(1994. 3. 29.자 및 같은 해 11. 8.자 인증진술서), 비디오테이프의 영상(강희철이 평양시에 머물렀다고 허위 자백한 아파트의 내부 구조가 사실은 강희철이 방위 근무할 당시 하숙했던 부산 남구 대연동 소재 태평양 아파트의 내부 구조라는 내용)



을 제출하였으나, 기존의 대법원 판례 입장에 비추어 볼 때 위 증거들의 신규성과 명백성 입증을 장담할 수 없어, 부득이하게 수사경찰관들이 직무에 관한 죄를 범한 것을 확정판결에 대신하는 증명에 의해 입증하기로 하였다. 그래서, 배우자 최금희의 진술이 담긴 녹취록을 증거로 제출하고, 집주인 고매자, 고향선배 박상홍, 친구 송천수, 숙부 강홍숙과 수사경찰관 7명(사망한 2명 제외한 관련자 전원)을 증인신문하는 한편, 대공분실에 대한 현장검증도 실시하였다. 검찰은 법원에서의 심리와는 별도로, 수사경찰관 7명을 상대로 불법체포·감금 사실과 폭행·고문 사실에 대해 참고인 조사를 벌인 다음 그 진술조서를 증거로 제출하였다. 수사경찰관들은 검찰에서 진술할 때나 법원에서 증언할 때나 마치 서로 입이라도 맞춘 듯이 강희철을 영장없이 체포·감금한 사실은 대체로 인정하면서도 강희철에게 폭행·가혹행위한 사실은 극구 부인하였고, 다만 수사경찰관 중 강○○만이 망 고○○가 강희철씨를 손바닥으로 몇 대 때리는 것을 목격했다고 진술했다. 법원은 심리를 마친 다음, 재심대상판결의 공소의 기초가 된 수사에 관여한 사법경찰관들이 그 직무에 관하여 형법 제124조의 불법체포, 불법감금죄를 범한 사실이 증명되었다는 이유로 재심개시결정을 내렸다.

#### (4) 재심개시결정 후 본안에서의 쟁점

현재 검찰의 주신문과 변호인의 반대신문까지 이루어진 상태이다. 검찰에서 증거목록을 제출하지 않아 증거조사가 이루어지지 않았고, 차회 기일(9. 6.)에 증거조사가 이루어졌다. 검찰은 기존에 제출된 증거들 외에 새로 제출할 증거는 딱히 없다면서 다만 재심대상판결의 공판조서와 재심개시를 위한 심리과정에서 조사·작성한 수사경찰관들에 대한 진술조서를 증거로 제출하겠다고 했다. 검찰의 입장은 강희철이 자백의 임의성만 다투면 될 것이기 때문에 공소사실과 무관한 참고인 진술조서는 증거로 함에 동의해 달라는 것이고, 변호인의 입장은 공소사실과 무관한 참고인 진술조서는 차라리 증거로 제출하지 않는 것이 옳다는 입장이다. 이 사건에서는 강희철의 임의성 없는 (경찰, 검찰) 자백이 유일한 증거이기 때문에, 자백의 임의성을 다투는데 초점이 맞춰질 것으로 보인다.

#### (5) 향후 전망

증거조사 과정에서 검찰이 공소사실과 무관한 참고인 진술조서를 증거로 제출할 것을 고집하면 변호인으로서 어쩔 수 없이 이를 부동의할 수밖에 없고, 그로 인해 참고인들에 대한 증인신문절차가 진행될 수밖에 없기 때문에, 사건이 불가피하게 장기화될 가능성이 있지만, 사건해결의 열쇠가 증거조사에 있는 만큼 증거조사는 신중하게 접근할 필요가 있다. 증거조사가 마무리되면 어느 정도 결과를 예측할 수는 있을 것으로 보인다.

### 라. 인혁당재건위 사건

#### (1) 인혁당 재건위 사건의 개요

-1974. 4. 유신헌법에 반대하는 학생테모가 전국적으로 일어나자, 박정희 전 대통령은 1974. 1. 8.

긴급조치 제1호를 선포. 유신헌법을 반대. 비난하는 일체의 행위를 금하고 이를 위반하는 경우에 법관의 영장 없이 체포, 구속할 수 있는 내용임.

-긴급조치 제2호(1974. 1. 8.선포)는 비상보통군법회의의 설치근거 법률로서, 긴급조치 위반사건의 관할법원임. 중앙정보부장이 비상군법회의관할사건의 정보, 수사 및 보안업무를 조정. 감독할 수 있으며, 재판관과 검찰관은 대통령이 임명하도록 규정하고 있음.

-긴급조치 제4호(1974. 4. 3.선포)는 민청학련 사건의 조직. 가입, 회합, 불고지 등을 처벌하는 근거법률로서 위반자는 법관의 영장 없이 체포, 구속, 압수, 수색을 할 수 있는 내용임.

-긴급조치 선포 후 1974. 3. 25. 민청학련 사건 내용을 발표하면서 민청학련이 공산계 불법단체인 인혁당재건위, 재일 조총련계, 혁신계 인사들이 함께 폭력시위를 일으켜 정부전복을 기도하려고 하였다고 발표.

-인혁당재건위의 조직원으로 지목된 22명(민청학련 사건으로 재판 받음)을 1974. 5. 27. 국가보안법위반, 반공법위반, 긴급조치위반으로 기소함. 1974. 7. 11. 1심 판결 선고, 항소 기각되고 1975. 4. 8.대법원에서 상고기각 확정됨. 판결 확정된지 20시간만인 1975. 4. 9. 8명에 대한 사형집행.

-재심청구는 사형판결을 선고받아 형집행이 된 피고인 8명에 대한 것임.

#### (2) 재심청구의 요지

가. 형사소송법 제420조 제1호 "원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의해 위조. 변조된 것이 증명된 때"에 해당.

원판결에서 범죄사실을 인정한 증거는 피고인들의 공판조서, 검찰. 경찰에서 작성된 피의자신문조서 및 진술조서, 진술서 등인데 의문사진상규명위원회의 조사결과 공판조서의 일시, 장소가 허위 기재 되었고, 공판조서의 내용도 사실과 다르게 기재되었음이 밝혀졌다. 공판조서 및 피의자신문조서의 위. 변조, 또는 허위공문서작성으로 볼 수 있는데, 형사소송법 제420조 제1호는 허위공문서작성죄를 구성요건으로 하고 있지 않지만, 허위공문서작성 역시 제420조 제1호의 재심사유에 포함되어야 한다고 주장했다.

나. 형사소송법 제420조 제7호 "원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때"에 해당.

원판결의 기초가 된 검사, 사법경찰관들이 그 직무에 관하여 형법 제125조에 해당하는 범죄를 저지른 사실이 의문사진상규명위원회의 조사결과 밝혀졌고, 피고인들이 작성한 항소이유서와 상고이유서에 고문과 협박을 당하였다는 기재가 있다. 또한 의문사진상규명위원회의 조사결과 당시 중앙정보부에 파견되었던 경북도경의 경찰관들과 교도관들이 고문, 폭행 등의 가혹행위가 있었다는 점을 시인하였고, 교도소의 신분장 기록을 보면 피고인들이 진통제, 피부질환과 상처에 바르는 외용연고, 항생제 등의 처방을 받은 사실이 있다. 형법 제125조에 해당하는 범죄가 있었는지 여부가 재판

결에 의하여 증명되어야 하는데, 이미 공소시효가 지나 확정판결을 받을 수 없다. 이러한 경우 형사소송법 제422조에 따라 의문사진상규명위원회의 조사결과를 확정판결에 대신하는 증명으로 보아야 한다.

다. 형사소송법 제 420조 제5호 사유 “유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때”에 해당.

원판결은 피고인들이 인혁당 재건위라는 조직을 구성하고, 정부전복을 목적으로 민청학련을 배후조종 하였다고 인정하였으나, 의문사진상규명위원회의 조사결과 중앙정보부의 수사개입이 있었고, 수사기관들도 인혁당재건위라는 조직을 입증할만한 증거가 없었음을 시인하고 있다. 이러한 의문사위원회의 조사결과는 무죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때에 해당한다.

### (3) 재심개시결정의 요지

#### 재판권 및 관할

재심대상판결이 대통령 긴급조치 제2호에 의하여 설치된 비상보통군법회의에서 재판한 것인데, 긴급조치 제2호가 해제되는 별도의 조치가 없었고, 근거법률인 구헌법 제53조가 폐지되었으므로 실효되었다. 당시 피고인들이 민간인이므로 재판관할권은 군사법원이 아닌 일반법원에 있으며, 공소 제기 된 범죄지 중 하나인 서울중앙지방법원의 형사합의부가 되어야 한다.

#### 재심사유 : 형사소송법 제420조 제7호

의문사위원회는 국회의 동의를 받아 대통령이 임명하고 직무독립성과 신분을 보장받는 위원들로 구성되고 조사과정에서 동행명령장을 발부할 수 있고, 조사결과에 따라 고발, 수사요청을 할 수 있는 기관임. 의문사위원회에서 인혁당 재건위 관련자인 장석구를 조사함에 있어, 인혁당 재건위 사건의 수사, 재판, 사형집행과정에서 고문 증거조작 등에 의한 것으로 위법하다는 결정을 하였다. 의문사진상규명위원회의 조사결과 당시 경찰관, 교도관, 생존한 피고인들이 고문사실을 인정하였음, 피고인들이 영장 없이 체포되어 장기간 체포, 구금되었으며, 처음에는 범죄사실을 부인하다가 진술서 작성 및 피의자신문이 반복되면서 5월부터 공산비밀지하조직의 구성을 자백하고 기소 후에는 세부적인 사항까지 모두 자백하였다. 당시 피고인들의 신분장을 보면 피고인들이 탈장, 와허증 등으로 진통제, 항생제 등을 처방 받은 기록이 있다. 이러한 점으로 보아 피고인들이 고문 등 가혹행위를 당하여 범죄사실을 자백한 것으로 보인다. 즉 원판결의 수사에 참여한 수사관이 그 직무에 관하여 형법 제125조의 독직폭행죄를 범한 사실이 증명되었다고 볼 수 있다. 독직폭행죄는 공소시효가 완성되었으며 이는 형사소송법 제422조 소정의 “확정판결을 받을 수 없는 때”에 해당하므로, 이는 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유에 해당한다.

### (4) 법률상 쟁점들

#### 공판조서의 증거능력

공판조서의 기재가 피고인들의 법정에서의 진술과 다르다는 상피고인들과 유족들의 증언이 있었음에도 불구하고, 공판조서의 내용이 사실과 달리 기재되었다는 점을 입증할 자료가 없다(의문사위원회의 기록에 따르면 당시 법정서기는 허위사실을 기재하였다는 점을 전면 부인함). 결국 공판조서에 피고인들과 상피고인들이 범죄사실을 자백한 것으로 기재되어 있다면, 이를 증거로 유죄판결을 할 수 있다. 법정에서의 가혹행위는 의문사진상규명위원회의 조사에서도 인정되지 않았다.

#### 피의자신문조서의 증거능력

경찰의 피의자신문조서는 부동의하여 증거가 될 수 없으나, 검찰 피의자신문조서는 성립 및 임의성 인정이 되면 증거로 사용할 수 있고, 사망한 피고인에 대한 피의자신문조서는 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것이 인정되면 증거로 사용할 수 있다. 생존한 피고인이 아닌 사망한 피고인의 경우에는 당시에 누구로부터 고문을 당하였고, 어떠한 가혹행위를 당하여 범죄사실을 자백하게 되었는지 진술이 불가능하다. 결국 가혹행위가 인정되어야 증거능력이 배척되는데, 의문사위원회에서 고문사실을 인정한 수사관들도 본인이 직접 고문한 사실이 아니라, 다른 팀에서 고문하는 것을 보았다는 정도의 진술이며, 사망한 피고인 가운데 누구를 어떤 사람이 고문을 하였다는 등의 구체적 인 내용도 없는 상태이다. 그나마 국정원의 조사 시에는 이들이 진술을 번복하여 고문사실을 입증하는 것이 매우 어려울 것이며, 결국 고문의 당사자가 자백을 하지 않는 한, 고문, 가혹행위 사실을 입증하기가 매우 어렵다.

#### 긴급조치의 위헌성 여부에 대한 판단

긴급조치는 당시의 유신헌법에도 반하는 위헌적인 조치라는 주장이 당시 대법원 상고이유에서도 제기되었으나, 대법원은 위헌주장을 배척하였다. 긴급조치의 위헌성이 인정되어야만 피고인들의 긴급조치위반부분에 대한 무죄판결을 받을 수 있고, 긴급조치에 의해 설립된 비상보통군법회의의 위헌성을 들어 공판조서의 증거능력을 배척할 수 있다. 그러나 이미 실효된 조치이며, 사건 공전을 우려하여 위헌심판청구 및 헌법소원 등은 하지 않기로 했다. 재심재판부가 긴급조치에 대한 위헌판단을 할 수 없다는 문제점이 있다.

#### 재심개시의 효과

재심개시가 되더라도 그 심급에 따라 다시 심판을 개시하는 효과 이외에 다른 효과가 없다. 따라서 사실인정에 관한 심리를 다시 하게 되는데, 인혁당 재건위 사건으로 사형집행을 당한 피고인 여정남이 인혁당 재건위라는 반국가단체 이외에도 민청학련이라는 반국가단체를 구성한 사실로 유죄판결을 받았기 때문에 인혁당 재건위사건과 민청학련 사건이 모두 재심대상이 된다. 재심대상이 된 민청학련 사건의 경우 피고인과 참고인 등 관련자만 100여명에 이르는데, 이미 30년 전에 발생한 사건이라 피고인이나 참고인 모두 당시 상황을 기억하기 어려운데도, 검찰과 재판부에서 증거조사를 하려고 한다. 30년 전의 범죄사실을 입증할 자료가 없기 때문에 공소사실 입증을 위해서는 관련 피고인과 참고인들의 법정증언을 일일이 들어볼 필요가 있다고 주장하고 있다. 상당한 시간이 경과된 후 사실관계를 새롭게 심리, 확정하는데 어려움이 있다.

### (5) 문제점

#### 재판부 구성의 변화

이전 재판부가 재심개시결정을 한 이후 재판부 구성원이 바뀌었고, 현재 재판부 판사들은 기록을 제대로 검토하지 않아 사건에 대한 이해가 부족함. 재심사건의 장기화에 따른 재판부 구성원의 잦은 변경이 판결에 영향을 미칠 가능성이 있다.

#### 의문사진상규명위원회 조사의 한계

의문사진상규명위원회의 조사결과 고문사실이 있었음을 시인하는 진술을 확보하였으나, 시간이 오래되어 행위자를 정확하게 가려내는데 한계가 있고, 설령 행위자를 특정한다고 하더라도 공소시효로 인하여 행위자를 처벌할 수 없다. 기타 과거사위원회는 이러한 조사기능조차 갖지 못하므로, 정부 과거사위원회의 조사결과를 법원에서 증거로 받아들일지 여부는 미지수이다. 고문사실을 시인했다가 진술을 번복할 경우, 번복전의 진술이 증명력에 있어 더 우위에 있다고 단정할 수도 없다.

#### 정치적인 행위에 대한 사법적인 판단의 한계

긴급조치의 경우 당시 정치적인 상황에서 대법원이 위헌주장을 배척하였으나, 당시 유신헌법에도 반하는 위헌적인 조치였다. 이러한 정치적인 상황을 배제하고 철저히 법논리에 의하여 사법적인 판단을 할 경우에는 재판결과를 번복하기 어렵다. 사법적인 판단에서는 공판조서, 피의자신문조서의 증거능력이 문제되고, 당해 조서가 임의성 없는 상태에서 작성되었다는 점에 대한 명확한 증거가 있어야 하는데, 상당한 시간이 경과한 경우에는 가혹행위를 입증하기 어렵다. 검찰은 자백내용이 기재된 공판조서와 피의자신문조서를 제출하면 입증책임을 다하는 반면, 재심청구인은 가혹행위에 대한 입증책임을 부담하게 되므로 매우 불리하게 된다. 정치적인 행위에 대한 과거사청산을 과연 사법부에서 할 수 있는가라는 의문이 있다.

### 다. 함정희 사건

군사비밀 또는 국가기밀에 관한 국가보안법 제4조 제1항 제2호 나. 목에 관한 헌법소원에 대한 헌재의 한정합헌결정을 이유로 헌재법 제75조 제7항에 따라 재심 청구하였다. 그러나 서울고법은 재심이 가능한 '헌법소원이 인용된 경우'에 관하여 "법원에 대하여 기속력 있는 위헌 결정이 선고된 경우를 의미할 뿐"이라고 하면서, "특정의 해석기준을 제시하면서 그러한 해석에 대하여 합헌임을 선언하는 한정합헌결정은 헌법에 의하여 최종적인 법령해석권을 독점적으로 부여 받은 법원에 대하여 아무런 기속력이 없어 '헌법소원이 인용된 경우'에 해당하지 않는다"고 판단하였다.

공판조서, 피의자신문조서 변조 사실과 관련된 형소법 제420조 제1호 재심사유 충족 여부에 관하여 적극적인 판단에 나가지 않았다.

### 바. 함주명 사건

(1) 함주명은 1954. '전쟁 중 남하한 부모형제가 그리워 임무를 포기하고 귀순했다'는 위장귀순으로 집행유예 판결을 받은 후, 1983.경까지 군사상 기밀 탐지·수집, 허위 사실 날조·유포, 북한 찬양을 하였다는 공소사실로 1983. 서울형사지법에서 무기징역 선고, 1984. 대법원 유죄확정. 1999. 고문 담당관 이근안을 고소하여 범죄사실 모두 인정받고 공소시효 완성을 이유로 불기소처분. 2003. 재심개시결정. 2005. 7. 15. 서울고등법원 무죄판결.

#### (2) 증거판단

- 경찰작성 피의자신문조서, 진술서, 실황조사서 : 피고인이 법정에서 진술내용과 범행제언상황 부인, 증거능력 없음.
- 검사작성 피의자신문조서 : 경찰에서의 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 한 것으로 의심할 충분한 이유가 있어 유죄증거로 볼 수 없음.
- 이 사건 첩보의 제보자인 홍모의 진술 : 진술내용의 모호함, 불일치, 객관적 사실과 불일치, 종전 진술의 번복 등으로 신빙성 없음.

#### (3) 판단

- 피고인이 반국가단체를 찬양했다는 사실을 인정할 증거 없다는 이유로 최종무죄판결 확정되었다.

### 사. 이장형 사건

(1) 제주지역 예비군 중대장이었던 이장형이 1972. 2. 일본에서 조총련 간부인 숙부 이광우, 고태옥을 만난 후 제주도내 시설과 예비군 현황 등에 대한 비밀을 탐지 전달하고 1982. 12. 23.부터 31.까지 방북하여 공작원 교육을 받았다는 혐의로 1984. 6. 15. 임의동행으로 연행되어 8. 10. 구속영장이 발부될 때까지 이근안 등에 의하여 57일 동안 영장 없이 구금되고, 8. 27. 구치소로 이송될 때까지 74일 동안 고문당하여 간첩행위를 하고 북한에 다녀왔다고 자백하여 1심에서 무기징역을 선고받아 항소, 상고 기각되어 확정되었다가 1998. 8. 15. 가석방된 사건.

- 담당검사 : 이사철, 담당경찰관 : 이근안 경감 등

#### (2) 재심사유

수사에 관여한 사법경찰관이 불법감금·직권남용폭행 및 가혹행위를 범함

- 이장형이 57일 동안 영장 없이 불법감금된 사정이 수사기록상 분명히 드러나 있다. 곧, 수사기록 표지에 발각원인 "인지", 접수 "1984. 6. 15."이라고 기록되어있고, 1984. 6. 21. 작성된 동행보고에 "1984. 6. 15. 검거 동행한 것임", "해외도피 등 우려가 있다고 판단, 조총련공작원과 접촉 활동사항 등을 조사코져 동행한 것임", "서울지방검찰청 공안부 검사의 지휘를 받아 구속수사 여죄를 추궁 구

중코져 합니다”라고 기재되어 있다. 따라서 사법경찰관이 불법감금행위를 한 것은 분명하다. 동행보고문서에 검사의 지휘가 언급되는 것으로 보아 지휘검사 이사철도 불법감금에 대한 지휘책임을 질 가능성이 있으나, 이사철이 이를 적극 부인하고 이 사실을 언급한 자와 이장형을 명예훼손으로 고소하여 이장형에게 기소유예처분이 내려지는 등 이사철이 승소한 사례가 있어 이사철 관련 부분은 일단 재심청구사유에서 제외하였다.

이장형 뿐만 아니라 상피고인 이동우(이장형의 당숙)도 1984. 6. 15.-7. 22.까지 영장 없이 구금되고, 이대형, 김경열(이장형의 계모)도 1984. 7. 24. 임의동행 형식으로 체포되고, 김경열의 피의자신문조서는 7. 30. 구금상태에서 작성되었다. 이에 대해서는 수사기록에 임의동행 일시가 모두 기록되어 있고, 이동우에 대해서는 석방시 신병인수증이 작성되어 있음. 이들의 피의자신문조서가 모두 유죄의 증거로 사용되었다.

불법감금을 입증할 증거는 수사기록상 분명한 반면, 직권남용폭행 및 가혹행위를 입증할 증거는 수사기록에는 전혀 없다. 다만 이장형이 1심 2회 공판기일에 “전기고문을 받기도 하였고 목욕탕에 얼굴을 처박히는 고문을 받기도 하였으며 발가벗긴 채 전기고문을 당한 사실도 있다”고 진술한 사실이 있을 뿐이다. 이는 이근안 등 사법경찰관들을 증인으로 신문하여 입증할 수밖에 없으나, 불법감금 자체는 기록상 분명하므로 재심개시에는 장애가 없을 것으로 보인다.

#### 불법감금등에 대한 확정판결을 받을 수 없음

2001. 12. 31. 서울지방법검찰청에서 이사철에 대한 국가보안법위반(무고, 날조), 이근안에 대한 국가보안법위반(무고, 날조), 직권남용감금, 가혹행위에 대해 공소시효가 만료되었다는 이유로 공소권 없음 결정이 있었고, 2002. 4. 25. 서울고등검찰청도 같은 이유로 항고를 기각하였다. 이근안 등 사법경찰관들이 불법감금죄를 범한 것은 기록상 분명한데도 공소시효 만료로 확정판결을 얻을 수 없으므로, 형사소송법 422조 본문상 확정판결로써 범죄가 증명됨을 재심청구의 이유로 할 경우에 그 확정판결을 얻을 수 없는 때에 해당하여 재심청구사유는 충족된다.

#### (3) 재심결정 이후의 쟁점들

##### 피고인 진술의 증거능력 문제

불법감금이 인정되어 재심이 개시되면, 경찰의 불법감금기간 동안에 얻어진 피고인 진술의 임의성을 부인할 수 있고, 내용부인으로 증거능력을 갖지 못하게 할 수 있다. 검찰에서 자백이 계속되는 점에 대해서도, 그 외포상태가 계속되었다는 점을 주장할 수 있을 것이다. 다만 이장형이 재판에서는 혐의사실을 부인하였으나 검사가 인삼차도 주고 잘 해주었다는 진술도 하여, 이 점이 검찰 진술의 임의성을 부인하는데 장애가 될 수 있다. 이사철이 위 진술을 들어 이장형을 명예훼손으로 고소하였고 이장형이 기소유예결정을 받은 것도 검찰에서 자백의 임의성을 부인하는데 걸림돌이 된다.

##### 증인들 진술의 신빙성 문제

증인들 진술에는 이장형의 범죄사실을 직접적으로 입증할 만한 내용은 없다. 따라서 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙을 그대로 적용하면 공소사실의 엄격한 증명이 이루어졌다고 보기 어려울 것이다. 다만 이동우가, 자신도 이광우로부터 사상교양을 받았고 이장형으로부터 “이광우를 비밀로 만나는 것이 신경쓰인다”, “이광우로부터 받은 돈은 내가 따로 쓸 데가 있다”는 말을 들었다고 진술하여 유죄 인정의 증거로 사용되었는데, 이동우가 불법감금되었다는 점과 진술 경위를 입증하면 그 증거의 신빙성을 깨뜨릴 수 있을 것으로 보인다. 그 밖의 이장형의 범죄사실에 가장 근접한 증거로 고선욱(고태욱의 형)이 이광우로부터 이장형과 함께 북한에 다녀왔다는 말을 들었다고 진술했다는 수사보고가 있는데, 재심대상판결에서는 이 수사보고는 증거로 들지 않았다. 재심이 개시되면 검찰에서 위 수사보고의 신빙성을 다투는 등 증인들 진술이 유죄를 입증할 만한 것이라고 주장할 여지가 있다. 그 밖에 이장형이 밀항 조직을 알아보러 다녔다는 점에 대한 증언이 있어, 재판에서 이 점에 대한 공방이 벌어질 수 있을 것이고, 이미 20년 전의 일이라 기억이 정확하지 못하다는 점이 근본적인 한계로 작용할 것이다.

##### 새로운 증인들의 신빙성 확보 문제

당시 조총련으로 분류되었던 이정렬(이장형의 사촌여동생, 이광우의 딸), 좌정인(이장형의 고향 친구)이 북한에 방문했다는 기간 동안 청구인이 일본에 있었다는 알리바이를 입증하는 진술서를 작성하였으나, 이들의 증언의 신빙성을 확보할 객관적 증거가 없고, 이미 오랜 시간이 흘러 객관적 증거를 찾을 수도 없다. 따라서 재판부의 심증을 확정적으로 돌려놓을 수단이 없다는 것이 어려운 점이다.

(4) 기록상 나타나는 불법감금이 인정되어 재심개시결정을 끌어내더라도, 기록상 나타나지 않는 고문, 검사의 관여 등을 입증하는 데 어려움이 존재하고, 재판기술상으로는 명확한 사유에 집중하게 될 수밖에 없음. 결과로는 사실을 있는 그대로 밝혀내고 책임을 분명히 한다는 청구인의 바람과 사회적 과제를 완전히 만족시키지 못하게 될 수 있는 문제가 있다. 재심개시결정이 이루어진다고 하여도, 재심 공판시에 재판부가 국가보안법 사건에 대해서도 엄격한 증명의 원칙을 견지할 것인가와 국가보안법에 대한 확대해석을 피할 것인가가 역시 문제로 될 수 있고, 아직까지는 재심 심리 결과 무죄가 선고될 것인지에 대해서는 완전히 확신할 수는 없는 상태이다.

#### 아. 송씨일가 사건

##### (1) 특징

대법원에 의해 두 차례나 무죄취지로 파기환송되었으나 파기환송심에서 계속하여 유죄판결함에 따라 세번째 상고심에서 유죄로 확정되었다. 외부 압력에 의해 재판부가 변경되거나 재판에 참여한 판사들 중에서 수명의 대법원장과 국무총리가 배출되어 담당 판사들이 무리한 판결을 하면서 자신

의 임신의 계기로 삼았다는 의혹이 제기되는 사건이다. 1심에서부터 170일이 넘는 기간 수사기관에 의해 불법감금된 사실이 인정되고, 고문 등에 의한 수사사실이 인정되었으나 자백과의 인과관계가 없다는 이유로 최종 유죄판결을 받은 사건.

## (2) 판결 내용

1심: 유죄인정

항소심: 유죄인정

상고심: 피고인들에 대한 판시범죄사실에 대한 증거로서는 검사작성의 각 피의자신문조서가 핵심적인 것이고, 그 외의 의용증거는 모두 정황증거에 불과하다고 전제한 뒤, 불법감금에 대해서는 사실 인정, 고문 및 검찰 송치 이후의 압박, 회유에 대해서는 상고인들의 변소로 보는데 의심의 여지가 있다고 판단. 따라서 자백의 임의성에 의심이 있는 때에 해당하여 검사작성의 각 피의자신문조서는 증거능력이 없으므로 파기환송.

파기환송심: 자백의 임의성에 대한 의심의 여지가 있으나, 의심을 명백히 할증거가 없으므로 임의성이 인정되어 검사작성 각 피의자신문조서는 증거능력이 있음. 유죄인정

재상고심: 피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할만한 이유가 있는 경우라도 그 자백과 임의성이 없다고 의심하게 된 사유 사이에 인과관계가 존재하지 아니하는 것이 명백하여 그 자백에 임의성이 있는 것임이 인정되는 때에는 자백은 증거능력을 가지지만, 자백에 임의성이 의심할 만한 사유가 있는 한 그 자백과 위 사유와 사이에 인과관계가 추정되므로, 적극적으로 인과관계를 인정할 증거가 필요한 것은 아님. 따라서 인과관계의 입증을 적극적으로 요구하여, 이에 대한 입증이 없음을 이유로 자백의 증거능력을 인정한 파기환송심의 판단은 위법. 재파기환송

재파기환송심: 검사의 피의자 신문조서는 피고인들의 자백이 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당한다고 하더라도, 여타의 증언 및 피고인들의 법정진술에 의하면 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인들의 자백과의 사이에는 인과관계가 존재하지 않는 것이 명백하여 그 자백의 임의성이 있는 것임이 인정된다고 할 것이므로 결국 증거능력이 있다고 판단

제3차상고심: (피고인들)상고기각

## (3) 재심사유(제420조 7호)

수사과정에서 피고인들을 불법감금한 사실은 대법원 및 환송심에서 모두 인정하였으나, 이를 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 '확정판결'에 의하여 증명된 때에 해당한다고 볼 수 있을지 의문이 있다. 제420조 제7호의 '확정판결'에 당해 사건의 '확정판결'이 포함될 수 있는지, 아니면 '불법감금죄' 자체의 확정판결이라야 하는지에 따라 전자로 해석 가능하다면 해당사건 판결만으로도 재심청구가 가능할 것이고 후자로 해석한다면 불법감금 가혹행위 등에 대해 새로운 고소 등 절차를 거쳐야 재심청구가 가능할 것이다(현재 고소절차 준비 중). 또한 고문 여부에 대해서는 법원이 판단을 보류하고, 이에 대한 의심이 있다는 정도에서 인과관계의

존부만을 따졌으므로 이에 대해서도 확정판결이 있는 때에 해당한다고 볼 수 있을지 의문이다. 다만 형법 제124조의 불법체포, 불법감금죄에 대해서는 수사기록 및 법원의 판결을 토대로 입증이 가능하고, 형법 제123조 직권남용죄, 제125조의 폭행, 가혹행위죄에 대해서도 이를 입증할 수 있다고 판단되며, 이들 죄에 대해서는 이미 공소시효가 완성되어 확정판결을 받을 수 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제422조에 따라 재심청구를 할 수 있을 것이다.

## (4) 결론

재파기환송심을 대상으로 재심청구가 가능하고, 특히 불법감금에 대해서는 이미 확정판결이 그 사실을 인정하고 있고, 가혹행위 자체도 어느 정도 인정하고 있으므로, 형사소송법 제420조 제7호, 제422조에 따라 재심청구를 하는 것이 용이할 것이다. 다만 함주명 사건(서울고법 2005.7.15. 선고 2000제노16판결)에서는 고문수사관이 참여한 상태에서 검사가 피의자신문을 하였기 때문에 자백의 임의성을 부정하고 검사작성 피의자 신문조서의 증거능력을 부정하였으나, 이 사건 재파기 환송심에서는 불법감금, 압박 및 회유가 검사의 피의자신문 당시 자백의 임의성과 인과관계가 없다고 판단하여 검사작성피의자신문조서의 증거능력을 인정한 것이므로 재사개시결정 후 본안판결에서 무죄를 받을 수 있을지 여부는 가혹행위 등 사실과 이러한 사실과 자백과의 인과관계 여부를 더 확인해야 한다.

## 아. 평가

(1) 재심기각 결정된 사안의 경우 - 대부분 형소법 제420조 제5호 재심사유를 근거로 하고 있음  
- 형소법 제420조 "무죄를 인정할 명백한 증거를 새로 발견한 때"의 재심사유는 '신규성'과 '명백성'을 요건으로 하고 있다. 이중 명백성 요건은 대법원이 "새로운 증거의 증거가치가 다른 증거에 비하여 객관적으로 우위일 것을 요구한다"고 하면서 법관의 자유심증에 의한 증거가치판단 대상에 불과한 것은 명백성의 요건을 결여했다고 판단하고 있다. 이러한 입장에 새로운 증거만을 가지고 위와 같은 명백성 요건의 충족 여부를 판단하여야 한다는 대법원의 입장(단독평가설)이 결합하여 결과적으로 진술 증거만으로는 형소법 제420조 제5호 재심사유 요건을 충족시키기가 거의 불가능해진다. 재심제도의 취지에 비추어 새로운 증거가 기존의 다른 증거의 증거가치를 완전히 누르고 무죄를 인정할 만큼의 객관적 우위성을 가져야 한다고 판단하는 것은 부당하다. 정의의 차원에서 법적 안정성을 희생하여 가며 확정판결의 확정력을 제거하는 재심제도의 취지에 비추어 볼 때 명백성 요건 판단 기준을 완화하여, 새로운 증거가 다른 증거들의 증거가치에 비하여 그리고 다른 증거들과 결합하여 상대적으로 우월한 증거가치를 가지며 그로 인하여 범죄사실에 관한 무죄 판단의 개연성이 높다고 인정되면 충분하다는 정도로 그 요건 판단을 완화하여야 할 필요가 있다.

- 적용법조에 대한 헌법소원에서 현재의 한정합헌결정을 재심사유로 인정하지 않음. 이는 현재와

대법원의 관계에 관한 차원에서 해소되어야 할 문제이다. 법원의 법률에 대한 헌법해석은 헌법재판소의 결정에 기속되도록 하여야 할 필요가 있다. 헌법 개정 내지 헌재법에 관한 개정이 필요하다.

(2) 재심개시 결정된 사안의 경우 대부분 형소법 제420조 제7호, 제422호의 재심사유를 근거로 하고 있음

의문사위의 결정, 수사관들에 대한 직무에 관한 범죄행위에 관한 검찰의 조사 결과(진정인 경우와 불기소결정의 경우) 최소한 그 직무에 관한 범죄사실이 인정되고 있어야 한다. 재심의 문호를 확대할 필요가 있다는 점에서는 오히려 형소법 제420조 제5호의 재심사유 요건에 관한 해석을 완화하도록 대법원의 입장 변화를 유도해야 할 필요성이 절실하다.

## 5. 맺음말

“과거는 지나갔으며 돌이킬 수도 없지만 잘못된 과거의 사건이 현재의 정치, 제도, 법에 영향을 미치고, 과거사의 책임자가 여전히 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있고, 피해자가 생존하는 한, 어떤 형태로든 그것을 정리하지 않고서는 공공질서의 정상적인 작동이 어렵다<sup>11)</sup>” 사법부의 과거사청산 문제는 모든 영역에서의 과거사청산문제와 연관되어 있으며, 정치적 측면에서의 과거사청산에서 한걸음 더 나아가 사법적 측면에서의 과거사청산까지 할 것인가라는 총체적인 과거사 정책과도 연관된 문제이다. 사법부의 과거사청산에 대해서는 주어진 정답이 없으며 사회 구성원의 합의에 따라 “진실을 규명하고 반성을 하는 것”에서부터 “공소시효 배제에 관한 입법을 만들어 책임자를 처벌하는 것”까지 다양한 선택이 가능하다. 다만, 어떠한 방식이든 간에 사법부의 과거사청산이 진실을 규명하고, 잘못을 저지른 주체가 그 행위를 반성하며, 피해자의 명예를 회복하는 것이어야 한다는 과거사청산의 대원칙에 따라서 이루어져야 한다는 것만은 분명하며, 법적안정성을 훼손하지 않으면서도 관련기관들의 일관된 법적용이 가능하고 궁극적으로는 과거 독재정권에 의해 훼손되었던 사법정의를 다시 세울 수 있는 방안을 모색해야 할 것이다. “과거사의 진상을 밝히는 것은 매우 중요하다. 하지만 그것이 특정한 목적을 가진 복수심이나 중요심에서 비롯되어서는 안된다. 과거청산은 과거 회귀적이 아니라 미래지향적이어야 하며, 무엇보다도 그것은 일방적인 매도나 흑백논리에 의한 심판이 아니라 합리적 비판과 성찰의 방식으로 이루어져야 한다. 아울러 역사적 과오를 철저히 규명하고 비판한 뒤에는 화해하고 관용하는 것이 과거청산의 궁극적 목표가 되어야 한다.<sup>12)</sup>” 사법부 과거사청산의 문제를 다룸에 있어 과거에 대한 성찰과 미래지향적인 과거정책이 가능하도록 지혜를 모아야 할 때이다.

11) 한국 과거사청산의 기본방향-김동춘-

12) 세계의 과거사청산-인병직-

## 과거청산운동의 현실과 방향

올바른 과거청산을 위한 범국민위원회 사무국장 서우영

### 1. 과거청산운동의 현실

95년 제정된 “5·18민주화운동등에관한특별법”과 “헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법”은 우리사회에서 과거청산이 실제로 이루어질 수 있음을 입증한 최초의 사례라고 할 수 있다. 전두환·노태우 두 전직 대통령의 구속은 87년 이후 민주주의 이행과정의 성과이자, 분단 이후 반세기 동안 국가폭력 앞에 좌절과 절망으로 지내온 피해자들에게 처음으로 가해자가 처벌될 수 있다는 희망을 보여준 사건이었다.

돌이켜 보면, 우리의 현대사는 반민특위의 와해, 4·19혁명을 무너뜨린 5·16군사쿠데타, 12·12 쿠데타와 5월 광주항쟁, '87년 6월 항쟁과 대선의 패배로 이어져 왔다. 그리고 한 시대의 획을 긋는 혁명의 시기마다 헌정문란을 자행해 온 세력들이 처벌 받기는커녕 화려하게 부활하는 미완의 역사를 반복해 왔다. 이로 인해 가해자는 도덕적 불감증에 젖어 자신들의 행위가 정당화될 수 있다는 그릇된 역사인식을 가지게 된 반면, 피해자는 역사정의는 존재하지 않는다는 뿌리 깊은 불신을 지닌 채 거듭된 좌절을 겪게 되었다. 이러한 역사적 맥락에서 '95년은 한국사회에서 과거청산운동이 본격적인 궤도에 들어서면서 전환점인 동시에 반복된 미완의 역사를 청산하는 출발점으로 의미를 부여할 수 있는 것이다.

'95년 이후 국가인권위원회, 의문사진상규명위원회, 제주4·3진상규명위원회, 친일반민족행위진상규명위원회, 강제동원진상규명위원회 등 10여 개가 넘는 과거청산 관련기구가 출범하였다. 국가정보원·경찰청·국방부 등의 국가기구들도 내부의 과거청산을 위한 기구를 만들었으며, 사법부도 과거청산에 대한 논의를 시작하고 있다. 특히 2005년 5월 “진실·화해를위한과거사정리기본법”이 국회를 통과하면서 한국사회에서 과거청산에 관련된 기구출범과 입법투쟁은 일단락 된 것으로 평가된다. 아직 입법과정에서 미비했던 결함을 바로잡기 위한 법안개정의 과제와 공소시효법, 검시관법 등의 후속 입법이 남아있지만 10여 년 동안 줄기차게 전개되어온 과거청산운동은 새로운 국면을 맞이하고 있다. 피해자와 유족들을 중심으로 개별적이고 단절된 형태로 추진되던 양상과는 달리 전면적이고 지속적인 사회의제로 진행되고 있는 과거청산운동은 새로운 사회인식과 가치관, 국가 정체성의 문제를 제기하는 단계로 발전하고 있는 것이다. 2005년 초반부터 벌어졌던 맥아더 동상 철거 문제와 강정구 교수 사건은 아직도 이 사회가 다양성을 용납하지 않는 이념적 경직 상태에 놓여 있음을 보여주었다. 2004년 말 100여 명이 넘는 시민사회 활동가들이 국가보안법 철폐를 위한 단식농

성을 벌이기도 했지만 국가보안법은 냉전적 사고의 최후 보루인양 모진 명맥을 부지하고 있다. 이 같은 역사와 현실에 대한 인식의 차이는 상대적으로 예민함의 강도가 덜한 일제강점기를 바라보는 시각에서도 나타났다. 2005년 8월 민족문제연구소가 '친일인명사전' 수록 예정자 1차 명단을 발표한 후 극우세력으로부터 협박을 받은 것도 굴절된 역사에 대한 문제제기조차 쉽지 않은 현실을 말해준다.

제대로 알려지지 않았던 역사적 사실의 규명을 통해 일제 식민통치 시기를 엄정하게 되돌아보려는 노력이나, 반세기 넘게 지속되어온 반공과 분단 이데올로기의 가치에 대해 재평가해야 한다는 주장, 민족의 화해와 통일을 가로막고 있는 악법철폐를 위한 투쟁에 이르기까지, 한국사회에서 진행되고 있는 과거청산운동은 폭발적이면서 전면적인 성격을 띠고 있다. 그러나 현재 과거청산운동의 수준은 진상규명과 명예회복 또는 보상의 차원에 머무르고 있으며 민족공동체의 미래를 위한 전망 제시나 시대정신의 모색 등 본격적인 사회적 의제로 진전시키는 데에는 한계를 보이고 있다.

특히 2005년 여름 이후 지금까지를 보면 참여정부의 개혁실패, 한반도의 평화에 대한 위협, 대추리, 한미FTA, 비정규직 문제 등 사회적 위기의 심화로 과거청산운동에 대한 사회의 관심은 현저하게 줄어들었으며 오히려 뉴라이트 등 수구보수세력들의 활발한 활동(?)이 더 눈에 띄는 실정이다. 현재 과거청산운동의 중심이 위원회라는 국가기구의 활동에 놓여있는 상황은 제도적 영역에서 이루어지는 과거청산의 내용을 사회적 의제로 발전시키고 강화할 수 있는 사회운동의 역할을 필요로 하고 있다. 오늘 우리 과거청산운동의 현실은 지난했던 입법투쟁의 성과를 개별, 고립화 시키지 않고, 과거청산의 성과를 인권, 평화, 통일국가를 향한 자양분으로 만들어 갈 사회적인 실천과 운동의 필요성을 요구하고 있는 것이다.

## 2. 과거청산운동의 목적과 방향

2004년 9월 3일 올바른 과거청산을 위한 범국민위원회 준비위원회 결성 이후 '범국민위원회'는 올바른 과거사법 제정투쟁과 국민과 함께하는 과거청산운동을 전개해 왔다. 2004년 여름부터 지금까지 수많은 토론회와 심포지엄을 통해 과거청산운동의 현실을 검토하고 논의하는 자리가 마련되었다. 이 과정에서 한국사회에서 과거청산의 성격과 목적, 방향 등에 관한 다양한 의견들이 발표되었다. 대체적으로 많은 학자들이 분단이란 특수상황이 가져온 반공이데올로기의 지배와 청산하지 못한 식민지 지배의 역사, 4.19, 80년의 봄, 87년 6월 항쟁 등 결정적인 혁명적 상황이 쿠데타나 선거의 실패로 좌절되는 미완의 역사를 근거로 한국사회의 과거청산의 성격과 목적, 방향 등을 규정 하였다. 국가권력의 책임 하에 이루어지는 철저한 진상규명과 피해자에 대한 명예회복의 성격을 강조하면서, 왜곡된 과거로 인해 분열된 사회갈등의 해소, 사회통합과 국가권력의 도덕성 회복 등이 과거청산의 목적으로 제시되었다. 더 정리해보면 추상적인 표현이지만 과거청산운동의 궁극적인 목적은 새로운 국가정체성의 확립을 통한 인권, 평화, 통일민족국가의 건설이라고 말할 수 있다. 이를 위해

현재 우리에게 필요한 사업들은 무엇이고, 향후 과거청산운동의 방향을 설정하기 위해 필요한 과제는 무엇인지를 정리해보자.

첫째, 위원회의 역사적 책무와 사회적 책임에 대한 인식을 강화시켜야 한다. 위원회의 활동이 소극적인 신원과 불철저한 진상규명에 머물면서 국가의 부당한 폭력행위에 대한 구조적인 접근과 가해권력에 대한 책임규명 등이 이루어지지 않을 경우, 위원회는 활동의 성과보다 역사에 더 많은 폐해를 끼치게 될 것이다. 이를 위해 위원회에서 활동하고 있는 민간출신 활동가들과의 교류방안과 그들이 위원회 안에서의 위상과 역할을 강화 시켜 나갈 수 있도록 효과적인 지원방안을 모색해야 할 것이다.

둘째, 사회운동의 강화와 과거청산운동의 가치에 대한 인식이 확대되어야 한다. 과거청산운동을 폭넓은 역사투쟁으로, 민주주의와 평화, 인권 국가를 향한 주요한 실천과제로 인식시키고 더 많은 사회운동진영의 참여를 조직화 해야 한다. 궁극적으로 사회운동의 힘은 위원회를 견제 할 수 있는 가장 강력한 힘이며 위원회의 성과를 사회의 성과로 만들어 가는 장치이기도 하다. 돌이켜 보면 참여정부는 우리사회의 민주화 과정에서 행정부와 입법권력을 동시에 장악한 최초의 정부였다. 그럼에도 과거사법의 입법과정과 시행과정에서 국회와 청와대의 협조는 기대 이하였다. 물론 입법과정에서 드러난 운동주체들의 조급함도 문제였지만 국회와 행정부가 과거청산의 역사적 가치와 사회적 의미에 대한 낮은 인식으로 법안의 본질을 뒤흔드는 무원칙한 타협을 주도하고 관료들의 영향력이 강한 조직구성 등을 방치한 것은 평가 받아야 할 것이다. 이처럼 근본적인 결함을 안고 출발한 위원회의 한계를 극복하기 위해서라도 사회운동의 힘은 더 강화되어야 할 것이다.

셋째, 왜 지금 이 시기에 폭발적인 과거청산운동이 일어나고 있고, 앞으로 어떻게 전개될 것이며, 어떤 방향으로 이 운동을 이끌어 가야 하는지에 대해 심도 있는 분석과 연구가 필요하고, 보다 많은 전문가들과 연구자들의 동참을 이끌어내야 한다. 단순히 보면 한국사회의 과거청산운동의 핵심은 박정희 체제로 대표되는 개발독재사회의 유산을 극복하는 문제이다. 최근 수구보수세력들의 박정희를 부활 시키려는 움직임에 대한 확고한 대응이 필요하며, 특히 역사학계의 적극적인 참여가 요구된다.

넷째, 과거청산에서 국가와 사회의 책임 문제, 일반적으로 말하는 피해자에 대한 배상과 보상의 문제에 대한 준비가 필요하다. 배상·보상의 문제는 향후 과거청산 과정에서 필연적으로 제기될 문제이면서 동시에 과거청산의 정당성을 사회적으로 인정받는데 장애요소로도 작용할 수 있기 때문이다. 어떠한 경로를 거치든 사회적 공론화와 합의를 통해 과거청산의 정당성을 훼손하지 않고 배상 문제가 해결될 수 있도록 위원회와 사회운동과의 긴밀한 협력이 이루어져야 할 것이다.

이제 우리는 21세기 인권·평화·통일 민족국가를 위해 20세기의 극복과 함께, 새로운 국가정체



성 확립이라는 과제를 안고 있다. 단지 제도화된 법을 통해 이루어지는 진상규명 작업을 뛰어넘어, 왜곡된 사회인식과 가치를 바로잡아 역사정의를 실현하는 폭 넓은 사회적 실천이 요구된다. 냉전·반공·분단국가를 극복하는 것은 올바른 과거청산운동의 결과이자, 인권·평화·통일 민족국가라는 한국사회의 궁극의 목표를 위해 반드시 넘어야 할 과제가 되었다. 지난 10년 동안 과거청산운동을 이끌어온 주요한 동력이 피해자와 유족들이었다면, 이제는 민주화와 인권, 평화와 통일운동의 세력들이 과거청산운동의 주요한 동력이 되어야 할 것이다. 올바른 과거청산으로 지난했던 민주화의 여정이 인권·평화·통일 민족국가의 수립이라는 종착점에 도달할 수 있는 연구와 실천이 필요한 때이다.