

# 의문사 진상규명에 관한 특별법 제4차 개정방향 공청회

일시 : 2003년 5월 6일 (화) 15시~18시

장소 : 국회 헌정기념관 강당

주최 : 민주사회를 위한 변호사모임

민주화운동정신계승국민연대 의문사진상규명특위

후원 : 의문사진상규명위원회

# 의문사 진상규명에 관한 특별법

## 제4차 개정방향 공청회

일시 : 2003년 5월 6일 (화) 15시~18시

장소 : 국회 헌정기념관 강당

---

주최 : 민주사회를 위한 변호사모임

민주화운동정신계승국민연대 의문사진상규명특위

후원 : 의문사진상규명위원회





〈자료집 순서〉

기조연설문1) 과거청산과 의문사진상규명을 위한 법개정의 필요성 (한상범, 의문사진상규명위원회 위원장) ... 002

발제1) 의문사진상규명예관한특별법 중 권한강화 필요성과 방안 (이원영, 변호사, 의문사진상규명위원회 전 위원) ... 010

주제토론문1) 의문사진상규명예관한특별법 중 권한강화 필요성과 그 방안 (조 국, 교수, 서울대 법대) ... 024

발제2) 의문사진상규명예관한특별법 중 적용범위 확대 필요성과 방안 (정지석, 변호사) ... 026

주제토론문2) 의문사진상규명예관한특별법 중 적용범위 확대 필요성과 방안 (최광준, 교수, 경희대 법대) ... 050

발제3) 의문사진상규명예관한특별법 중 공소시효와 소멸시효적용배제 필요성과 그 방안 (이상훈, 변호사) ... 062

주제토론문3) 의문사와 관련된 형사범죄의 공소시효와 손해배상 (박찬운, 변호사) ... 087

종합토론문1) 토론문 (김준곤, 변호사, 의문사진상규명위원회 위원) ... 096

종합토론문2) 의문사진상규명 특별법 개정의 방향 (이덕우, 변호사, 민주노동당 인권위원장) ... 100

종합토론문3) 종합토론의견서 (이을형, 교수, 숭실대 법대) ... 107

종합토론문4) 진실이 다시 묻혀서는 안됩니다 (김원웅, 국회의원, 개혁국민정당 대표) ... 112

종합토론문5) (천정배, 국회의원, 민주당) ... 116

별첨자료1) 의문사진상규명특별법의 제·개정 및 주요내용 ... 119

별첨자료2) 疑問死真相糾明에관한特別法中改正法律案(김원웅 의원 대표발의) ... 137

별첨자료3) 의문사진상규명예관한특별법중개정법률안(김원웅 의원 대표발의) 검토보고 ... 149

별첨자료4) 의문사진상규명예관한특별법중개정법률안(김원웅 의원 대표발의) 심사보고서 ... 154

별첨자료5) 疑問死真相糾明에관한特別法中改正法律案(이창복 의원 대표발의) ... 160

별첨자료6) 의문사진상규명예관한특별법중개정법률안(이창복 의원 대표발의) 검토보고 ... 168

별첨자료7) 의문사진상규명예관한특별법중개정법률안(이창복 의원 대표발의) 검토보고 ... 176

별첨자료8) 건의서 및 청원서 모음 ... 183

별첨자료9) 疑問死真相糾明에관한特別法中改正法律案(代案) ... 192

별첨자료10) 의문사진상규명예관한특별법 ... 196

별첨자료10) 천주교인권위원회 군의문사 진정 및 접수 현황 ... 207

식 순

**인사말** 허영춘 (의문사진상규명을위한유가족대책위 위원장)

---

**기조연설**

1. 과거청산과 의문사진상규명을 위한 법개정의 필요성  
한상범 (대통령소속 의문사진상규명위원회 위원장)

2. 최병모 (민주사회를 위한 변호사모임 회장)

---

**발제 및 지정토론**

1주제 : 의문사진상규명예관한특별법 중 권한강화 필요성과 방안  
- 발제 : 이원영 (변호사, 의문사진상규명위원회 전 위원)  
- 지정토론 : 조 국 (교수, 서울대 법대)

2주제 : 의문사진상규명예관한특별법 중 적용범위 확대 필요성과 그 방안  
- 발제 : 정지석 (변호사)  
- 지정토론 : 최광준 (교수, 경희대 법대)

3주제 : 의문사진상규명예관한특별법 중 공소시효와 소멸시효적용배제 필요성과 그 방안  
- 발제 : 이상훈 (변호사)  
- 지정토론 : 박찬운 (변호사)

---

**종합토론**

김준곤 (변호사, 의문사진상규명위원회 위원)  
이덕우 (변호사, 민주노동당 인권위원장)  
이을형 (교수, 숭실대 법대)  
김원웅 (국회의원, 개혁국민정당 대표)  
천정배 (국회의원, 민주당)

---

**질의 응답**



# 과거청산과 의문사진상규명을 위한 법개정의 필요성

한상범 (대통령소속 의문사진상규명위원회 위원장)

## 1. 꼭 건너야 할 강 - 과거청산의 숙제 -

나는 법학자로서 40여 년을 주로 인권문제에 대한 연구와 강의를 해 오면서 인권은 정치권력과 사회세력에 의한 사회적 약자에 대한 박해와 차별 및 수탈의 문제라는 점에 중점을 두었습니다. 그러니 자연스럽게 인권의 문제는 정치권력의 민주화가 되어야 한다는 점으로 과제가 떠오르게 됩니다. 여기서 정치권력의 민주화 문제는 결국 식민잔재·일제잔재의 청산문제라는 것을 알게 되었습니다. 과거청산이 일본제국주의가 이 땅에서 물러갔다고 하면서도 안된 채 있기 때문에 일제의 통치(지배)제도와 그 이데올로기 그리고 친일세력이 그대로 남아 있습니다. 일본제국의 군대와 경찰 및 관료들은 물러갔지만, 그 자리를 차지하고 있는

것은 일제 주구노릇을 한 친일파 부류가 주류를 이루었습니다. 그래서 식민지 지배구조는 그대로 유지되고 있는 것입니다.

특히 1961년 박정희 쿠데타 이후는 만주를 무대로 날뛰던 친일파 부류가 주동이 되는 지배구조였기 때문에 더욱 거친 군사지배가 되어서 사회가 보다 심하게 병영화·감옥화되어 버린 것입니다.

친일파 부류 중에 만주괴뢰국에 기생한 부류의 지배수법은 만주(중국동북)에서 일제 관동군이 괴뢰국을 관리 통제 지배하던 병영국가 체제를 거의 그대로 본딴 것입니다. 그들은 시민을 모두 이등병으로 다루었고, 감옥의 수인으로 관리하며 국민을 위험분자로 적대시하여 항시 불신하여 감시하였습니다.

현재의 한국사회는 아직까지도 박정희의 군사지배가 좋은 시절이었다고 헛소리를 하는 것이 용납될 정도로 그 부패기득권세력의 뿌리는 건재합니다. 이 뿌리를 뽑지 않고선 민주화도 가짜이고 인권도 구호에 그칩니다. 그렇기 때문에 과거청산은 우리의 사활이 걸린 문제입니다.

특히 “의문사”라고 하는 불법·범죄의 살인과 관련된 구 잔재의 제도적·인적 청산이 없이는 민주화는 생각도 할 수 없는 것입니다.

원래 구시대, 구 잔재의 청산은 역사의 발전과정에서 시민혁명을 통해서 이루어져 왔던 것입니다. 적어도 선진국이라고 하는 서양의 자유국가의 사례는 그렇습니다.

이 시민혁명이 좌절되고 중도에서 그쳐서 개량으로 미완성이 된 나라의 예를 보면 알 수 있듯이 역사에서 “비약”은 없습니다. 19세기 1848년의 혁명이 좌초된 독일은 외견적 입헌주의란 반신불수의 가짜 법치국이 되었다가 결국에는 나



찌스의 지배로 수백만, 수천만의 생명을 앗아가는 비극을 자초했죠. 아시아의 모범 된 근대화 성공의 사례로 꼽힌 일본의 1868년의 명치유신도 시민적 민주개혁 대신에 왕을 신격화시킨 노예도덕을 국가이념으로 해서 결국 전쟁국가가 되어서 침략정책으로 수백만 수천만의 생명을 빼앗고 전 나라가 초토화되는 비극을 겪어야 했습니다.

시민혁명이란 일대 사회·정치적 혁신이 없이는 민주화가 어렵다는 것은 위와 같은 남의 나라의 예만이 아닙니다.

우리도 일제패망 후 과거청산을 못하거나 미루거나 불철저하게 함으로써 반(半)백년의 세월의 비극을 겪었습니다.

지금 그래서 우리는 의문사문제로 상징되는 과거청산의 작업을 하는 마당에 다시 돌아올 수 없는 소중한 기회를 놓쳐선 안됩니다.

## 2. 의문사진상규명을 반대하는 부류와 과거청산을 위한 투쟁

### (1) 의문사진상규명특별법 2조 2호가 정한 권위주의 정권시기의 문제점

의문사진상규명특별법은 의문사발생시기인 권위주의(독재) 시기를 1969년 8월 7일 이후로 정한 민보상법 2조 1호를 적용토록 정하고 있습니다. 이 규정을 통해 봐도 개혁입법이 구기득권 부류에 의해서 얼마나 제약되고 왜곡 당하기까지 하고 있는가를 알 수 있습니다.

위 법률의 규정을 보면 결국 1961년 쿠데타 이후 군사재판에 의한 사법살인

과 각종 정치탄압의 실태는 그대로 놔두고 뛰어넘은 채 「3선 개헌」이라고 하는 박정희의 영구집권 시도와 그 이후의 문제를 따질 수 있다는 것입니다. 이래선 안됩니다. 이 점에 대해선 다시 뒤에 말씀드립니다.

### (2) 과거청산을 위한 법률의 산만하고 파편화된 각종 특별법화의 문제

과거청산의 법률이 각기 사건별로 단행 특별법으로 처리되고 있고 여기에는 누락된 주요사안이 있습니다. 6·25 전쟁중의 민간인 학살이나 80년대 신군부 집권과정에서 발생한 삼청교육대란 이름의 강제수용소의 불법 범죄성 등은 원천적으로 누락된 것을 들 수 있습니다.

그리고 1948년 4·3사건으로부터 거창민간인 학살사건이나 80년 광주항쟁에서 발생한 학살 등 각기 특별법으로 별도로 정해지고 있고 그에 대한 명예회복 조치등에 대해선 민보상법이 있습니다.

여기서 사후 처리를 마무리지어야 하는 민보상법도 위원구성으로부터 심의기준이나 보상조치 등에 이르기까지 문제가 많습니다.

왜 이렇게 복잡하고 애매하게 법령의 모자이크 전시처럼 되어있을까요? 결국 민주화 개혁입법을 일관되게 한 방향으로 이끌어 나갈 역량이 입법과정에서 확실한 이니시어티브를 장악할 수 없었다고 하는 현실이 있습니다.

개혁지향의 사회단체나 유지들은 과거의 구 잔재청산을 위한 통합단일화된 입법이 필요하다고 하는 말을 당연히 합니다. 참으로 민주개혁을 통한 구 잔재의 청산을 철저히 추진하려고 한다면 그에 걸맞는 조치가 따라야 합니다.

1789년 프랑스 혁명당시에 혁명세력은 기본적인 혁명입법으로서 혁명의 청사



진인 이념과 목표 및 지침으로서 인권선언을 제정 선포하고 구 잔재청산의 기본 조치로서 봉건제도 폐지법을 정하고 그에 잇달아서 인적 청산 조치를 취하게 된 것을 알 수 있습니다. 혁명과정에선 구체제의 폐지가 구체제에 기생하던 인적 요소의 청산으로 이어졌다는 점을 주목합니다. 우리는 일제의 구체제의 주요한 일부를 계승하면서 그 세력도 끌어안았습니다. 그러니 제도청산이나 인적청산이 제대로 안된 것입니다.

### (3) 인적 청산이 없는 개혁(?)

1948년 반민족행위처벌법의 시행이 친일파 정부의 방해로 좌초된 이후 구세력에 대한 인적 청산은 친일파에 대해선 일체 없었습니다. 그래서 사실상 한국사회를 지배하게 된 친일파는 법률의 원리 원칙과 각종의 법 기술, 법률적 궤변술로 단단히 무장하여 오늘에 이르고 있습니다.

우선 기존 법리로서 소급처벌금지(사후입법금지)의 원칙과 시효제도(공소시효제도와 소멸시효제도), 사소유권보장과 기득권 존중의 원칙 등이 애용되고 있습니다. 소급처벌금지, 일제하에 친일파 처벌법이 없었으니 친일이 무죄라는 궤변이고 독재하에서 쿠데타나 그 추종 방조에 대한 처벌이 없으니 무죄라는 궤변입니다. "성공한 쿠데타"는 무죄라는 가장 파렴치한 변명까지 등장합니다. 사유재산의 보장의 법리는 부정 축재한 범죄자의 장물까지도 보장해야 한다는 정의를 모독한 법리 아닌 법리로 둔갑을 합니다.

그리고 더욱 기가 막힌 것은 공소시효의 법리를 가지고 살인의 흉악범인 정치탄압의 주범이나 공범이 큰소리칩니다.

소멸시효의 법리를 내세워서 그간에 독재하에서 국민대중의 손발을 묶고 입을 틀어막아 놓고는 왜 권리주장을 안 했냐고 합니다.

여기서 이러한 법률로 위장한 궤변만 있는 것은 아닙니다.

용서와 화해, 관용과 망각을 떠들어댑니다. 민족과 민주에 대한 반역자가 언제 진심으로 참회해서 용서를 빈 적도 없는데 어떻게 용서하고 관용하고 "과거를 묻지 마세요"식으로 잊어버리라고 합니까? 역사에서 배워야 하는 교훈은 결코 그러한 것이 아닙니다.

남미의 군부독재정권인 칠레의 피노체트 체제의 청산을 예로 봅시다. 피노체트는 쿠데타 당시에 현직 대통령을 폭살한 살인범이고 무수한 인사를 집단학살한 반인륜 범죄자인데도 불구하고 「종신직 국회의원」 자리만 내놓고선 천수를 누리고 있습니다. 사회의 민주화의 기반이 기득권 세력을 꺾지 못한 나라의 아이러니입니다. 우리가 그 유사한 사례를 주변에서 보지 않습니까?

한편 남아프리카 공화국의 과거청산에서 용서와 화해를 돕니다만, 여기의 문제는 주로 흑백 인종갈등이고 다수의 세력이 된 흑인이 소수의 백인의 참회와 협조를 받아들일 사회적 기반이 있고, 정치적으로 이니셔티브가 민주세력에게 확고하게 장악이 된 조건이 있습니다. 그러나 우리나라에서 기득권 반민주세력은 친일파주류로 대물림이 되는 기득권 실세로서 일제패망이래 지배주체였고, 지금도 그 뿌리가 강하며 매카시즘과 안보 이데올로기란 무기로 민주개혁에 대해서 실제로 강력한 저항이나 반격을 가하고 있습니다.

이처럼 우리의 사정은 외국과 유사한 면도 있지만, 특이한 점도 있기 때문에 좀 더 고난의 노력과 투쟁의 고비길을 넘어야 합니다.



#### (4) 법개정을 위한 과제 - 그 문제제기의 취지 -

우리가 과거청산을 위해서 해야 할 과제는 참으로 어느 한 사건에 한정할 수 없는 중대하고 심각한 과제로 등장합니다.

여기서 당장 현행법을 보완해야 하며, 그 다음 단계로 계속해서 과거청산의 작업을 계속해 추진해 나가야 할 일들이 있습니다.

그래서 현행법의 개정문제로서 진상규명의 조사활동이 한시성을 탈피하는 것을 전제로 하여서 ① 조사권을 강화할 것을 발표하는 이원영 변호사님은 의문사진상규명위원회 위원으로 2년간 크나 큰 공헌을 한 분으로 그분의 체험에서 우려난 문제제기로 크게 기대됩니다. 지정토론자인 조국 교수가 권한문제를 검토할 점도 기대됩니다. ② 의문사특별법의 적용범위의 문제를 제기하는 정지석 변호사는 과거청산의 문제가 현행법 규정에만 한정될 수 없다는 문제를 논구할 것으로 기대가 큼니다. 지정토론에 수고하실 최광준 교수는 유족의 한 분으로 이 문제를 누구보다 몸소 겪으며 실감한 처지에서 문제를 살펴 볼 것입니다. ③ 이상훈 변호사님의 공소시효 적용문제에 대한 발제는 그야말로 인류에 반하는 범죄처리 문제에 대해 기존의 공소시효제도가 악용되어선 안 된다는 점을 지적하고 2차대전 이후의 실질적 정의의 구현을 통한 사례를 들면서 올바른 법질서의 확립을 위한 문제를 제시하는 좋은 제안이 될 것으로 압니다. 특히 한국사회에서 파렴치한 정치탄압의 범죄자를 방치함으로써 정의가 훼손되고 실종되는 안타까운 실정에 대한 경종이 되고 당면의 입법의 지침으로 큰 도움이 될 것입니다. 지정토론자인 박찬운 변호사의 문제의식에 따른 토론을 기대합니다.

특히 이번 공청회에는 사회를 맡은 한인섭 교수나 민주와 인권 및 정의를 위해 헌신해온 의문사진상규명위원회 위원이기도 한 김준곤 변호사, 인권을 위한 헌신

자인 이덕우 변호사, 이을형 교수에게 감사합니다. 의원으로서 만사를 제껴두고 헌신적으로 민주와 인권, 특히 의문사문제에 활약해 오시는 김원웅 의원을 비롯한 천정배 의원께 거듭 감사말씀 드립니다.

구시대 잔재에 대한 올바른 청산이 없이는 민주화를 기대할 수 없다는 점을 거듭 강조하면서 이만 맺겠습니다.



# 의문사진상규명에관한특별법 중 권한 강화의 필요성과 그 방안

이원영 (대통령소속 의문사진상규명위원회 전 위원)

## I. 머리말

우리 나라는 오랫동안 권위주의적 통치가 유지되어 국민의 기본적 권리가 짓밟혀 왔고, 이러한 불합리한 현실에 대항하여 권위주의 통치를 종식시키고 우리 사회의 민주화를 이룩하려는 많은 분들의 투쟁과 헌신이 있었다. 이 분들의 노력과 희생의 결과로 우리 나라는 권위주의 통치가 종식되고 민주화되어 가고 있다.

이러한 민주화 과정에는 권위주의 통치하에서 사인이 밝혀지지 아니하고 그 진상이 규명되지 아니한 의문사 사건이 많이 발생하였다.

의문사한 고인의 유족들은 고인의 사망의 진상을 밝히기 위하여 노력을 하였으나 국가기관이 전면에서 의문사의 진상을 밝히지 아니하고 개인들이 의문사의 진상을 밝힌다는 것은 불가능에 가까워 고인들의 사망의혹을 풀지 못하고 가슴에 한으로 간직하고 있었다.

국가가 나서서 의문사 사건의 진상을 밝히는 것은 유족의 한을 풀고 고인과 유족의 명예를 회복시키는 것일 뿐만 아니라 권위주의 통치하에서 일상화된 국민의 기본권에 대한 침해, 민주화운동에 대한 무자비한 탄압의 실상을 드러냄으로써 권위주의 통치의 폐해, 민주주의와 인권존중의 소중함을 재확인하는 것이기도 하며, 이를 통하여 과거의 잘못된 제도와 관행을 개선하는 과거청산의 첫걸음이기도 하다.

그리하여 국가가 나서서 의문사 사건의 진상을 밝히라고 의문사진상규명에관한특별법이 제정되어 그동안 제1기 의문사진상규명위원회(이하 '위원회'라 한다)가 활동하였다.

여기서는 그 동안 활동하였던 위원회의 경험을 토대로 의문사 진상규명을 위하여 권한강화의 필요성과 그 방안에 대하여 살펴보기로 한다.

## II. 제정과 개정의 경위

### 1. 제정

민주민족열사의 추모단체 회원들과 유가족들이 422일간 국회 앞 천막 농성을 하는 등 헌신적으로 활동하여 2000. 1. 15. 의문사진상규명에관한특별법(이하



‘의문사법’이라 한다)이 제정되었다.

의문사법 제정 당시 의문사의 진상규명을 위하여는 강력하고도 현실적인 진상규명권한이 있어야 한다는 점에는 모두 공감하였다.

다만 현행 법규하에서 진상규명 권한이 부여되어야 하기 때문에 진상규명권한의 성격과 이를 실행하는 방식에 대하여 논란이 많았다.

우리 헌법은 강제수사는 검사가 신청하여 법관이 발부한 영장에 의하도록 규정하고 있어 위원회 자체에 강제수사권을 부여한다면 위헌의 소지가 있어 위원회 자체가 강제수사권을 가지게 하려면 헌법개정이 필요하였다.

헌법개정까지 하면서까지 위원회에 강제수사권을 부여하여 달라고 하다가는 의문사법 자체가 제정되기 어려운 현실에서 위 방안은 채택하기 어려웠다.

그리하여 진상규명 주체인 위원회에 특별 검사의 성격과 기능을 부여하여 강제수사를 할 수 있는 권한은 물론 기소권까지도 행사하도록 하는 방안과

위원회가 직접 검사에게 영장청구를 요청하는 방안이 제시되었다.

그러나 민관합동위원회인 위원회에 기소권을 부여하는 것은 검찰의 기소독점주의에 대한 예외를 초래한다는 점 등을 이유로 하는 강력한 반대에 직면하게 되어 시행하기에는 현실적인 어려움이 많았다.

그리하여 위원회가 검사에게 영장청구를 요청하는 방식이 주로 논의되었다. 그러나 이에 대하여는 의문사 진상규명의 역사적 의미를 이해하지 못하고 구습에 젖어 있다고 보여지는 검찰에게 영장청구를 요청하여 검사의 지시를 받는다면

의문사 진상규명이 왜곡될 수 있다는 문제가 제기되었다.

그리하여 제정된 의문사법은 위원회가 행하는 의문사 사건의 진상규명은 성격이 강제수사가 아니라 조사이고 위원회가 위 조사를 함에 있어서는 강제력에 의하지 아니하고 당사자의 협조와 동의를 전제로 하는 임의조사를 원칙으로 하게 되었다.

## 2. 개정 (진상규명권한의 강화를 중심으로)

의문사법이 제정됨에 따라 위원회가 설립되어 의문사 사건의 진정을 받아 의문사 사건을 조사하였는데 진정사건을 조사하여 진상을 규명하기에는 조사활동 기간이 부족하고, 임의조사를 원칙으로 하여 조사권한이 미약하였다.

이에 위원회가 조사권한의 강화에 있어서는 정당한 사유없이 불출석하는 참고인 및 허위로 진술한 진술자를 처벌하는 조항을 신설하는 의문사법 개정을 국회에 요청하였으나 강제수사인 검사의 수사에도 이러한 자를 처벌하는 규정을 두고 있지 않다는 이유로 채택되지 않았다( 다만 1) 3회에 한해 1회당 3개월 범위 내에서 조사기간이 연장가능하도록 함, 2) 과태료의 부과 및 징수의 주체 및 절차를 명확히 하도록 함, 3) 고발 및 수사의뢰 사건 중 위원회 활동이 종료된 후 그 결과를 통보받은 진정인이 재정신청을 할 수 있도록 함, 4) 위원회가 보고서를 발간함에 따른 근거와 절차를 둠 등을 내용으로 하는 제1차 특별법 개정이 2001. 7. 24. 이루어졌다)



1차 조사기간이 연장되었음에도 진상규명이 불가능한 사건이 많아질 우려가 있었고, 위원회가 시간에 쫓겨 사건이 발생하게 된 시대적 배경 등에 관한 조사를 등한히 하고 있지 않느냐는 의구심이 들어 유족들은 위원회가 기존의 조사기간을 변경하여 철저히 사건의 시대적 배경에 대하여도 조사하며, 조사기간의 연장, 조사권한의 강화, 결정형식으로 '인정'과 '기각'에다가 '진상규명불능'을 추가할 것을 주된 내용으로 하는 법개정작업에 적극적으로 나설 것을 요구하며 위원장실에서 농성을 하여 위원회는 진통을 겪은 끝에 법개정작업에 적극 나서기로 하였고, 조사권한 강화에 있어서는 자료제출의무 및 계좌추적, 참고인 피진정인의 통화감청 및 출국금지, 청문회 설치 등 조항을 신설하는 의문사법개정안이 국회에 제출되었으나 법무부가 위 개정내용이 현행 헌법에 저촉된다고 강력하게 반발하여 본격적으로 심의도 하지 못하여 조사권한 강화에 관하여는 법개정이 이루어지지 못하였다( 다만 법제사법위원장이 직권으로 개정안을 만들어 2002. 3. 25. 1) 조사기간을 2002. 9. 16.로 연장함, 2) 진상규명이 불가능할 경우 '진상규명불능'으로 결정함 등을 내용으로 하는 제2차 법개정이 이루어졌다).

제2차 법개정에 따라 위원회는 조사기간 만료일인 2002. 9. 16.까지 총 83건의 의문사 사건에 대한 조사와 결정을 완료하여 총 83건의 의문사 사건 중 19건을 인정결정을, 33건을 기각결정을, 30건을 진상규명불능결정을 하였고, 1건은 진정이 취하되었다.

위원회의 그동안 성실한 조사와 결정이 사회에 의문사사건에 대한 관심을 증폭시켜 부족한 조사기간과 미약한 조사권한으로 진상규명불능으로 결정된 30건의 많은 의문사사건을 끝까지 파헤쳐 그 진상을 규명하여야 한다는 여론이 형성이

되고, 이에 힘입어 유족들과 관련 단체들은 위원회가 재개되어 조사기간에 대한 제한없이 강력한 조사권한으로 진상규명불능으로 결정된 의문사사건에 대한 조사와 결정을 다시 하여 진상이 규명될 수 있도록 '조사권한을 강화하기 위하여 특별검사제도를 도입하고, 조사기간의 제한을 두지 않는 것' 등을 내용으로 법개정운동을 활발히 전개하여 2002. 12. 5. 조사권한강화와 관련하여서는 미흡하지만 관계기관에 통신사실에 관한 확인자료의 제출을 요청할 수 있도록 하는 제3차 법개정이 이루어 졌다( 그밖에 1) 조사미진으로 인하여 진상규명불능결정된 사건과 일정한 조건하의 기각결정된 사건을 다시 조사함, 2) 조사기간은 위원임명후 6개월 이내로 하되 1차에 한하여 6개월 범위내 연장할 수 있음 등을 내용으로 하는 법개정이 이루어졌다).

### III. 권한 강화 필요성

의문사 사건은 권위주의 통치하에 국가공권력이 죽음의 과정에 직접 개입하였거나, 그 진상을 조직적으로 은폐하였을 것이라고 의혹을 받고 있는 사건이다.

위 죽음의 과정에 직접 개입하였거나 진상을 은폐하였던 관계자가 여전히 공안기관에 남아 있는 것이 우리의 현재 상황이다. 공안기관 등이 진상규명에 적극적으로 협조하기를 기대하기는 힘들다.

게다가 사망사건이 발생한 지 오래되어 현장이 보전되어 있지 않고, 관련 증거와 기록의 멸실, 중요 참고인의 사망 또는 기억의 퇴색 등으로 말미암아 최근에



일어난 범죄사건을 조사하는 통상적인 수사활동과는 비교할 수 없게 많은 조사상의 어려움이 있다.

그런데 우리 의문사법은 앞에서 본 바와 같이 위원회가 의문사 사건을 조사함에 있어 강제력에 의하지 아니하고 당사자의 협조와 동의를 전제로 하는 임의조사를 원칙으로 하고 있다.

그리하여 위원회의 그 동안의 활동을 살펴보면, 관련기관이 적극적으로 협조한 의문사 사건은 진상규명이 성공적으로 이루어졌음에 비하여 관련기관이 비협조한 의문사 사건은 진상규명에 어려움을 겪었다.

특히 기무사, 국정원 등이 보인 사건 관련 자료에 대한 협조의 지연이나 사실상의 자료에 대한 접근 거부 등의 비협조적인 대응은 의문사 진상규명의 성과를 제약하는 주요한 요인의 하나였다.

위원회는 장준하, 이내창, 이철규, 박창수 사건과 관련하여 국정원에 자료 협조 요청을 하였으나 국정원측에서는 자료가 없거나 공개가 불가하다고 하였고,

이에 위원회는 국정원 수사관계자의 진술로 보아 자료가 있다고 판단되고 자료를 공개하여도 국가안전보장에 지장이 없을 것으로 판단되는 사안에 대하여는 국정원 자료보존실에 대한 실지조사를 하려 하였으나 국정원 측에서 자료보존실에 대한 실지조사는 불가하다고 하는 바람에 실지조사를 하지 못하였고, 결국 위 사건들은 진상이 규명되지 못하였다.

또한 강제징집과 녹화사업에 관련된 의문사 사건의 진상규명을 위하여 위원회는 기무사령부에 대한 실지조사를 하려고 하였으나 기무사령부가 '대통령이 와도(문서고를) 열 수 없다' 등의 비상적인 막가파식 언동을 하여 실지조사를 못하였

고, 결과적으로 강제징집과 녹화사업에 관련된 의문사의 진상규명에 많은 어려움을 겪었다.

따라서 의문사의 진상규명을 위하여는 위원회가 비협조적인 관계자의 의사와 상관없이 강제력을 가지고 직·간접적인 증거를 수집할 수 있도록 강제권한이 보장되는 강제수사권을 가져야 한다.

의문사 진상규명을 위하여 위원회에 강제수사권이 부여되어야 한다는 점은 이미 위원회의 그동안의 활동결과 재확인되었고, 위원회의 권한 강화를 요청하는 의문사법 개정안은 위원회에 강제수사권을 부여하는 방안으로 귀결되었다.

## IV. 권한 강화 방안

### 1. 특별검사제

#### (1) 권한강화 의문사법 개정 과정에서의 결론

그동안 의문사법의 개정안은 위원회 조사권한 강화에 모아져 있었고, 그 방안은 처음에는 개별적인 강제수사권한을 위원회에 부과하는 방안이 제기되었으나 위 방안은 헌법에 위배될 우려가 있다는 지적과 함께 법무부에서 강력하게 반대하여 현실화하기가 어려웠고,

위원회에서 강제수사를 위하여 검사에게 영장 청구를 요청하는 방안이 제기되



있으나 위 방안은 의문사 진상규명의 역사적 의미를 이해하지 못하고 구습에 쫓겨 있다고 보여지는 검찰에게 영장청구를 요청하여 검사의 지시를 받는다면

의문사 진상규명이 왜곡될 수 있다는 문제가 제기되었다.

그리하여 헌법에 위배될 소지를 없애고 위원회에 강제수사권을 부여하기 위하여는 위원회에 특별검사제가 도입되어야 한다는 방안이 설득력을 얻어 가고 있다.

## (2) 특별검사제의 타당성

의문사의 진상을 밝히기 위하여 위원회에 강제조사권한을 어떤 방식으로 주는 것이 타당한 방안인가?

헌법은 제12조 제3항에서 '체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다'고 규정하고 있어 강제수사를 하려면 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다.

강제수사를 위하여는 위원회 내부에 특별검사를 두어야 한다. 위원회 소속 특별검사가 영장을 신청하고 법관으로부터 영장을 발부받아 영장집행의 방법으로 강제수사를 하여 증거를 확보하여 위원회는 진상을 규명할 수 있다.

위원회 내부에 특별검사를 두지 않을 경우는 위원회 소속 위원이나 조사관을 특별사법경찰관으로 지명하여 특별사법경찰관으로 지명된 위원이나 조사관이 검사에게 영장청구를 하도록 품의를 올려 검사가 영장을 청구하도록 하여야 하는데 그 과정에서 위원회는 검사의 지휘를 받아야 되어 위원회의 기능과 성격에

배치된다.

따라서 진상규명을 위하여 강제조사가 필요하다면 위원회 내부에 특별검사를 두고 위원회 소속 특별검사는 검사가 될 자격이 있는 위원 중에서 임명하여 강제조사에 있어서 검사와 동일한 권한을 행사하되 회의체인 위원회의 위원으로서 위원회의 회의결과에 따라야 할 것이다.

## (3) 특검제비판에 대한 재비판

위원회에 특검제를 도입하자는 의문사법 개정안에 대하여 국회법사위원회에서는 특별검사제도는 범죄 혐의를 인정할 만한 단서에 의하여 소추가능성이 있는 사건으로서 검찰이 수사를 담당하는 것이 부적절한 특정 사건의 수사를 특별검사에게 한시적으로 맡기는 제도인 바,

1) 위원회가 조사를 행한 85건의 진정 및 직권조사 사건에 관련하여서는 검찰을 배제하고 특별검사로 하여금 관련사건에 수사를 담당하도록 해야 할 특단의 사정을 찾아보기 어렵고,

2) '의문사 진상규명을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 특별검사를 임명할 수 있도록 규정하는 것은 특별검사가 담당하게 될 사건 및 수사시간 등이 법률에서 특정되지 않는 문제가 있으며,

3) 위원회가 2년여의 조사기간 동안 현행법 제25조에 따라 고발 또는 수사의뢰한 사건이 1건에 불과하다는 점을 감안하면 진상규명을 위하여 특별검사를 임명하여 수사하도록 할 필요성을 크지 않다는 견해가 있으므로 특별검사제도의 도입여부에 대해서는 신중한 검토가 필요하다고 생각된다고 한 후 특검제 개정



안을 보류토록 하였다.

법사위원회가 지적한 특검제 반대 논거 중 첫째는 의문사 사건은 권위주의적 통치하에서 공안기관에 의하여 저질러졌거나 은폐조작이 이루어 졌다는 의혹이 많고, 이미 관계자가 검찰에 의하여 조사를 받아 혐의없음의 처분을 받은 경우가 많은데 검찰은 의문사 진상규명의 역사적 의미를 이해하지 못하고 구습에 젖어 있어 개혁적으로 과거의 잘못을 파헤치지 못하고 그냥 덮어두고 갈 개연성이 많아 의문사 사건의 수사를 검찰에게 맡겨서는 진상규명을 제대로 할 수 없으므로 특검제 반대논거로서 타당성이 없고,

둘째는 특별검사가 담당하여야 할 사건은 의문사법에서 규정한 '위원회의 업무' 규정 나아가 '특별검사의 업무와 권한'규정에 의하여 특정되며,

수사기간도 의문사법의 '수시기간'의 규정에 의하여 특정되므로 둘째의 특검제 반대논거도 타당성이 없으며,

셋째는 강제수사권은 사건의 진상을 규명하여야 할 중요성에 의하여 결정되며 수사결과 고발 또는 수사의뢰의 필요성이 있는 사건의 수에 의하여 결정되지는 않는다 할 것이어서 셋째의 특검제 반대논거는 본말이 전도되어 타당성이 없으므로 결론적으로 전체적인 법사위원회의 위 특검제 반대논거는 모두 타당성이 없다 할 것이다.

이와는 별개로 위원회가 회의체라는 성격을 강조하여 위원회는 회의체 기구이

어서 상명하복을 전제로 하는 검사제도는 위원회의 기구성격이나 기능에 어울리지 않아 위원회 내부에 특별검사는 두는 것은 위원 상호간의 자유로운 의사표현과 토론을 못하도록 막아 오히려 의문사 사건의 성격규명에 관련된 다양한 의견을 봉쇄하는 결과를 가져와 위원회 활동에 방해가 된다는 견해도 있다.

위원회가 회의체라는 성격을 살려 특별검사도 위원회의 위원인 만큼 위원회의 결정에 따라야 하며, 따라서 영장의 청구와 각종 강제수사권의 행사에 있어서 반드시 위원회의 의결을 거치도록 한다면 특별검사로 인하여 위원회의 자유로운 의사소통과 토론이 방해되지는 않는다 할 것이므로 위 견해도 타당하지 않다 할 것이다.

#### (4) 특별검사의 임명

대통령은 의문사 진상규명에 필요하다고 인정되는 경우 위원장의 제청으로 위원회의 위원 중 검사가 될 수 있는 자격이 있는 위원을 위원회 소속 특별검사로 임명할 수 있다.

특별검사는 위원회에 계류된 사건의 진상규명을 위하여 검찰청법 제4조 제1항 제1호 내지 제3호 및 군사법원법 제37조 제1호에 해당하는 직무, 위원회에 계류된 사건의 조사를 위한 압수, 수색, 검증, 영장의 청구 신청 및 집행 등의 직무를 행할 수 있으며, 위 직무를 수행함에 있어 형사소송법 및 군사법원법 상의 검사 또는 검찰관에게 부여된 모든 권한을 행사하되, 위원회의 위원으로서 위원회의 의결에 따라 행하여야 한다.



## (5) 조사관

위원회의 직원으로서 위원장이 지명하는 자는 위원회에 계류 중인 사건에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 및 군사법원법이 정하는 바에 의하여 사법경찰관리와 군사법경찰관리의 직무를 수행한다.

## 2. 청문회 규정 신설

의문사 사건은 대부분 10년 이상의 기간이 지난 사건으로 구체적 증거를 확보하기 힘들며 관련자의 진술에 대한 의존도가 크다.

그러나 관련 참고인이나 피진정인이 허위진술을 하거나 계속적으로 진술을 반복할 경우 이에 대한 마땅한 대응방안을 찾기가 어렵다.

이를 위하여는 문답형 진술조사, 단순 현장조사를 넘어서는 조사방법이 있어야 하며, 그 방법의 하나로 공개적으로 여러 사람이 참석한 증인 1인에 대하여 다양한 질문을 하여 증언의 신빙성이 드러나도록 하거나 서로 다른 증언을 하는 증인들을 참여시켜 여러 사람들이 서로 다른 증인들을 번갈아 질문하여 진실이 좀 더 밝혀질 수 있도록 청문회를 설치할 필요가 있다.

나아가 청문회에서 증언하는 증인들에게 선서를 하게 하여 선서하고 증언한 증인이 허위의 증언을 한 경우에는 위증죄로 처벌받게 하여 증언의 진실성을 담보하게 하여 진상이 규명될 수 있도록 한다.

이에 대하여 법무부는 '청문회는 범죄혐의가 확정되지 아니한 피진정인, 참고인 등의 명예훼손 등 인권침해 우려가 있고, 행정부의 조사활동 과정에서 허위진술한 자에 대하여 형사처벌을 허용하는 것은 불가하다', '진상규명 목적의 조사활동은 국회의 자료 수집 활동과는 차원을 달리하는 것으로 수사기관에서는 생각할 수 없는 청문회까지 개최하겠다는 것은 지나치다'는 이유로 청문회설치에 반대하였다.

위 청문회 설치의 역사적 의미가 중대한 의문사의 진상규명을 목적으로 하는 것이며, 청문회의 개최에 있어 위원들의 올바른 질문, 관계자의 명예훼손 가능성을 염두에 둔 조심스런 접근 등으로 피진정인, 참고인 등의 명예훼손의 가능성을 없게 할 수 있으며,

위원회의 진상규명은 과거청산의 첫걸음으로서 민주주의와 인권옹호의 실현을 위한 역사적 의의 있는 활동이므로 일반 행정기관의 조사활동과는 질적으로 다른 활동이어서 단순한 행정부의 조사활동 수준으로 격화될 수 없으며,

따라서 청문회를 설치할 수 있는 권한은 법원과 국회만이 갖고 다른 기관은 전혀 가질 수 없다는 전제는 타당하지 않으므로 법무부의 위 견해는 부당하다 할 것이다.



# 토론문

조 국 (교수, 서울대 법대)

의문사위원회의 조사권한을 강화해야 한다는 발제문의 기본취지에 동의합니다. 발제자는 그 방안으로 (1) 위원회 내부에 특별검사를 둬으로써 비협조적인 관계자에 대하여 위원회가 강제수사권을 갖도록 한다. (2) 위원회가 청문회를 설치할 수 있도록 하고 청문회에서 선서하고 증언한 증인이 허위의 증언을 한 경우에는 위증죄로 처벌받도록 한다 등을 제시하고 있습니다.

이러한 두 가지 방안이 의문사진상규명을 위한 강력한 수단이 될 것이라고 생각합니다만, 몇 가지 점에서 짚어볼 점이 있다고 생각합니다.

첫째, 특별검사를 위원회 내에 설치한다는 것은 사실상 위원회의 성격 자체를 수사 및 소추기관으로 변경한다는 것을 의미합니다. “진상규명”을 위한 현재의 위원회의 구조와 운영방식이 “수사활동”으로 강화하는 방향으로 변경되어야 합니다. 위원회를 구성하는 위원들도 검사와 비검사로 나누어 조직될 것인데, 이렇게

성격과 임무가 다른 위원들이 공존할 수 있을까 의문이 듭니다.

오히려 위원회 소속 조사관을 특별사법경찰관으로 지명하여 특별사법경찰관으로 지명된 조사관이 검사에게 영장청구를 하도록 품의를 올려 검사가 영장을 청구하도록 하는 방안이 어떨까 생각합니다. 위원회는 “진상규명”을 위한 조직체로 두고, 위원회가 그 하부에 있는 특별사법경찰관을 통하여 검사와 협조체제를 맺는 방안입니다. 물론 발제자는 현재의 검찰에 대한 불신 때문에 이러한 제안을 하였으리라고 생각합니다만, 검찰 내부에도 많은 변화가 있고, 또한 현행법 제 32조에 재정신청에 대한 특례가 있으므로 그렇게 비관적으로 볼 필요는 없지 않을까 생각합니다.

둘째, 청문회 방안은 기본적으로 동의합니다. 그런데 위원회는 “수사·소추기관”으로 변화해야 한다는 제안에 따를 경우 이는 청문회 제안과 충돌합니다. 현재 수사·소추는 그 대상자의 인권보호를 필수적으로 요구합니다. 따라서 청문회 같은 공개적 방식으로 진상규명활동과 수사·소추활동을 하는 것은 동의하기 힘듭니다. 청문회안을 채택하려면 위원회의 “진상규명” 기관으로 성격이 변경되지 않아야 한다고 봅니다.

셋째, 위원회 활동과 관련하여 피조사기관 내의 양심선언자를 보호할 구체적인 수단들이 제도화되어야 하지 않을까 생각합니다. 기존에 나온 양심선언자 보호법안을 참조하여 개정안을 만들 수 있을 것입니다.



## 의문사진상규명에관한특별법 중 적용범위 확대 필요성과 그 방안

정지석 (변호사)

### 1. 문제의 제기

의문사진상규명에관한특별법(이하 의문사법) 개정논의는 그동안 주로 조사권한 강화, 공소시효 배제, 기간연장 등을 둘러싸고 이루어져왔는데, 적용범위와 관련하여서는 균의문사 포함 여부 등을 비롯하여 법제정 당시부터 이론이 있었음에도 불구하고<sup>1)</sup> 법개정 논의에서는 상대적으로 소외된 느낌이 있다.

이에 대해서는 우선 의문사법상 조사대상인 의문사에 민주화운동 관련성의 요건이 반드시 필요한가의 문제가 있으며, 나아가 "위법한 공권력의 행사로 인한"

1) 1998. 9. 1. 추모연대의 요청으로 민변에서 완성하여 발표한 법률안에는 의문사를 "사인이 명백히 자연사로 확인되지 아니하고 부당한 공권력의 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 경우"라고 정의하고, 대상 시기를 "대한민국 정부 수립 이후"로 한 바 있으며, 1999. 7. 현행법의 모태인 국민회의 법안이 발의된 후 추모연대 등 민간단체가 제출한 수정안에서는 "민주화운동과 관련하여 의문의 죽음을 당한 사건 등 생명권 침해사건"을 대상으로 하면서 생명권 침해사건을 "1960년 4월 19일부터 1999년 12월 31일까지 공권력의 직·간접적인 위법한 행사로 인하여 실종되거나 생명권을 침해당한 사건"으로 하였다.

요건 자체에 대한 재검토 필요성도 제기되고 있다. 특히 의문사법은 "민주화운동"의 개념에 관하여 민주화보상및명예회복에관한특별법(이하 민주화보상법) 제2조의 정의규정을 그대로 차용하고 있는데, 이에 따라 "부산동의대사건", "삼청교육대", "사상전향공작거부" 등을 민주화운동으로 인정할지 여부와 관련하여 자유민주적 기본질서 또는 민주헌정질서의 개념에 대한 논란이 있으며, 최근 민주화보상법 개정논의에서는 "조국의 평화적 통일을 위한 활동"도 포함되어야 한다는 주장이 제기되었다. 또한 위 민주화운동의 정의규정에 포함되어 있는 "1969년 8월 7일 이후"라는 요건이 합리성이 있는지 여부와 관련하여 적용기간의 문제점도 제기되고 있다.

적용대상을 공권력의 행사로 인한 사망 일반으로 확대하고 적용기간을 해방 이후 또는 정부수립 이후로 확대하려는 노력은 의문사진상을 과거사 청산의 관점에서 접근하고자 하는 것이다. 이는 반민특위의 실패로부터 시작되어 한번도 제대로 과거사청산을 하지 못한 우리 현대사의 굴절을 펴는 작업이기도 하다. 그리고 거창사건, 제주4·3사건, 광주민주화운동 등 그때그때마다 개별입법에 의해 진상조사 또는 진상조사와 보상이 이루어지고 있는 일부 사건들과의 형평성 문제를 바로잡는 길이기도 할 것이다. 이러한 문제의식 하에서 볼 때 한국전쟁기 민간인학살진상규명에 관한 통합법 제정운동, 삼청교육진상규명운동 등과 의문사진상규명의 관계설정의 문제가 남는다.

이하에서는 민주화운동의 개념을 중심으로 그동안 의문사진상규명위원회(이하 위원회) 활동과정에서 확인된 문제점을 검토한 후, 적용범위 확대의 필요성 및 가능성에 관하여 "민주화운동 관련성", "위법한 공권력의 행사", "적용기간" 등 쟁점별로 점검하고, 마지막으로 과거사청산 일반으로의 확대 필요성에 대해 지적할



것이다.

## 2. 법률의 규정

### 가. 의문사

민주화운동과 관련한 의문의 죽음으로서 그 사인이 밝혀지지 아니하고 위법한 공권력의 직·간접적인 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 죽음 (의문사법 제2조 제1호)<sup>2)</sup>

### 나. 민주화운동

1969년 8월 7일 이후 자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치에 항거하여 민주헌정질서의 확립에 기여하고 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 활동 (민주화보상법 제2조 제1호)<sup>3)</sup>

2) 2002. 11. 의문사법 3차개정 당시 제출되었던 민주당 이창복의원 발의안에는 "민주화운동 또는 권위주의적 통치하의 정치·사회적 탄압과정에서 발생한 의문의 죽음으로서……"라고 정의하여, 삼청교육대 등 민주화운동과 직접 관련이 없는 사건들에까지 적용범위를 확대하려는 시도가 있었으나 무산된 바 있다.  
3) 민주화보상법의 개정을 위하여 현재 국회에 제출되어 계류중인 민주당 이창복의원 발의안에는 "1961년 5월 16일 이후 민주적 기본질서를 문란하게 하거나 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 통치에 항거하여 민주헌정질서의 확립에 기여하거나 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 활동 또는 민족의 단결과 조국의 평화적 통일을 위한 활동"라고 정의하여, 적용범위에 통일운동 등을 포함시키고 적용기간도 5·16 이후로 확대시키려고 하고 있다.

### 다. 민주화운동관련자

- (1) 민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자
- (2) 민주화운동과 관련하여 상이를 입은 자
- (3) 민주화운동으로 인해<sup>4)</sup> 대통령이 정하는 질병을 앓거나 그 후유증으로 사망한 것으로 인정되는 자
- (4) 민주화운동을 이유로 유죄판결·해직 또는 학사징계를 받은 자 (이상 민주화보상법 제2조 제2호)<sup>5)</sup>

### 라. 항거

- (1) 직접 국가권력에 항거한 경우
- (2) 국가권력이 학교·언론·노동 등 사회 각 분야에서 발생한 민주화운동을 억압하는 과정에서 사용자나 기타의 자에 의하여 행하여진 폭력 등에 항거함으로써 결과적으로 국가권력의 통치에 항거한 경우. 단, 국가권력과 관계없는 사용자 등의 폭력 등에 항거한 경우는 제외 (이상 민주화보상법시행령 제2조)<sup>6)</sup>

4) "민주화운동과 관련하여……" (민주화보상법에 대한 위 이창복의원 발의안) "~로 인해"는 "과 관련하여"보다는 문언상 그 범위가 좁은 것으로 보인다.  
5) "민주화운동과 관련하여 구금·유죄판결·수배·해직·학사징계·강제징집 또는 취업거부를 당한 자" (위 이창복의원 발의안)  
6) "직접 국가권력에 항거한 경우뿐 아니라 교육·언론·노동 등 사회 각 분야에서 사용자 등에 대항 항거한 경우를 포함" (위 이창복의원 발의안. 기존의 시행령 내용을 수정하여 법률 제2조 제2호로 옮김)



### 3. 적용과정에서 확인된 문제점

#### 가. 민주화운동

##### (1) 서론

법규정상의 민주화운동의 개념에서 수식어를 제외한다면 민주화운동이란 "(1969년 8월 7일 이후) 권위주의적 통치에 항거한 활동"을 말하는 것이 된다. 여기에서는 "자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한"은 "권위주의적 통치"를 수식하는 것이고, "활동" 즉 민주화운동을 수식하는 것은 "민주헌정질서의 확립에 기여하고 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨"이라는 점을 중시해야 할 것이다. 다시 말하면, 자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 것은 권위주의적 통치라는 것이며, 민주화운동이란 그러한 권위주의적 통치에 항거하여 결과적으로 민주헌정질서의 확립에 기여하고 국민의 자유와 권리를 신장·회복시킨 활동이 되는 것이다. 우선 "자유민주적 기본질서"와 "민주헌정질서", "국민의 기본권"과 "국민의 자유와 권리"의 내용 및 관계가 문제로 된다.

##### (가) "자유민주적 기본질서"와 "민주헌정질서"

자유민주적 기본질서란 원래 독일 헌법상의 "자유롭고 민주적인 기본질서"로부터 비롯된 개념인데, 독일연방헌법재판소는 인권의 보장, 국민주권의 원리, 권력분립의 원리, 책임정치의 원리, 행정의 합법률성의 원칙, 사법권의 독립, 복수정

당제와 정당활동의 자유를 그 내용으로 보고 있다. 다만 우리나라 헌법재판소는 우리 헌법상의 "자유민주적 기본질서"를 해석함에 있어 위의 내용과 같은 의미인 "기본권 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도"를 열거하는 외에 "사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서"를 추가하고 있다.

민주헌정질서란 헌법상의 "민주적 기본질서"에 해당하는 것으로, 그것은 위의 "자유민주적 기본질서"를 핵심 내용으로 하고, "실질적 평등을 지향하면서 기본권 보장에 있어 생존권적 기본권을 중시하는" 실질적 민주주의로서의 "사회민주적 기본질서"를 포함하는데, 사회민주적 기본질서의 주요한 내용으로는 경제질서에 대한 규제와 조정, 평등권, 사회적 기본권(인간다운 생활권, 사회보장수급권, 교육 받을 권리, 근로의 권리, 노동3권, 환경권 등)이 포함된다.

따라서 민주화운동의 개념요소인 "민주헌정질서"란 자유민주적 기본질서뿐만 아니라 사회민주적 기본질서를 포함하는 내용으로 폭넓게 파악되어야 하는 것이다.

##### (나) "국민의 기본권"과 "국민의 자유와 권리"

국민의 기본권과 국민의 자유와 권리는 결국 동일한 개념인데, 우리나라 헌법 제2장은 "국민의 자유와 권리"라는 제목 하에 제10조부터 제36조까지 헌법상 보장되는 기본권을 열거하는 외에 제37조 제1항에서는 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다."고 하여 헌법상 열거된 국민의 자유와 권리뿐만 아니라 헌법에 열거되지 않은 권리와 자유도 보호됨을 예정하고 있다. 헌법해석상 보장되는 기본권으로 헌법학자들은 생명권, 저항권 등을 들고 있다.



헌법에 열거된 국민의 기본권은 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권(이상헌법 제10조), 평등권(제11조), 신체의 자유(제12조), 거주·이전의 자유(제14조), 직업선택의 자유(제15조), 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 언론·출판의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조), 재산권(제23조), 선거권(제24조), 공무담임권(제25조), 청원권(제26조), 재판받을 권리(제27조), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조), 교육을 받을 권리(제32조), 노동3권(제33조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조), 환경권(제35조) 등이 있다.

## (2) 1969년 8월 7일 이후

적용기간의 시기(始期)인 1969년 8월 7일은 삼선개헌안 발의일인데, 결국 삼선개헌 반대운동부터를 적용대상으로 삼으려는 것이 입법취지로 보인다. 그렇지만 삼선개헌안 발의일을 시기로 삼는다고 하더라도, 1969년 8월 7일 이전부터 있었던 삼선개헌 움직임에 대해서 이를 반대하던 운동을 제외하는 것은 입법의 취지에 어긋나고 형평의 문제가 있는 것으로 보이며, 입법론적으로는 1961년 5월 16일의 군사쿠데타 이후로 해야 한다는 견해가 있고, 또는 1948년 8월 15일의 정부수립일 이후, 나아가서는 1945년 8월 15일의 해방 이후까지 대상으로 해야 한다는 견해가 있다.<sup>7)</sup>

그런데 이와 같이 민주화운동의 시기를 정한 것은 입법목적상 조사대상을 한정

7) 민변에서 성안했던 최초의 법률안은 정부수립 이후, 추모연대 등 민간단체의 수정안은 4·19 이후를 대상으로 하고 있었다.

하려는 취지로부터 비롯된 것일 뿐 적용기간이 민주화운동 자체의 필수불가결한 개념 요소는 아니며, 또한 의문사법과 민주화보상법은 그 입법취지 및 목적과 시행여건 등이 동일하다고는 할 수 없기 때문에, 설사 의문사법상 민주화운동의 개념정의를 민주화보상법에서 차용한다고 하더라도 적용기간은 별도로 규정하는 것이 타당할 것이다.

종기(終期)에 대해서는 별다른 규정이 없으나, 의문사에 대한 진정기간이 2000. 12. 31.까지이므로 그때까지 진정을 하지 않은 사건이나 그 이후 발생한 사건은 조사대상에 포함되지 않을 것이다. 다만, 중대한 사건의 경우에는 위원회가 직권으로 조사를 개시할 수 있으므로 2000. 12. 31. 이후 발생한 사건이 조사대상에 포함될 여지가 있을 뿐만 아니라, 진정기간을 넘긴 제보사건이라도 위원회의 결정에 따라서는 직권조사 대상에 포함될 수 있을 것이다.<sup>8)</sup>

## (3) 권위주의적 통치

권위주의적 통치란 바로 “자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해”하는 방식의 통치를 의미하는 것으로서 그 내용과 관계에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같다. 권위주의적 통치는 체제의 문제가 아니라 동적(動的) 개념인 통치행위의 문제로서, 권위주의 체제뿐만 아니라 민주주의 체제에서도 권위주의적 통치행태는 남아 있을 수 있다. 그런데 이와 같이 권위주의적 통치를 동적 개념으로 파악하여 통치행태로 보는 경우 “위법한 공권력의 직·간접적인 행사”와 개념상 상당 부분 중첩된다.

8) 실제로 1기 위원회는 5건의 직권사건을 조사했는데, 그 중에는 위원회가 위 진정기간 만료 이후 제보된 사건 중에서 “내용이 중대하다고 인정”하여 직권조사 대상에 포함시킨 사건도 있었다.



#### (가) 국가권력의 직접적 작용

자유민주적 기본질서를 문란하게 한 국가권력기구(기관, 공무원)의 직접적인 공권력 작용(지시, 명령, 정책, 법령, 수사, 재판 등)을 말하며, 여기에는 적극적인 작위와 소극적인 부작위가 모두 포함될 수 있다. 직권 84호 사건의 장석구는 긴급조치 제4호 위반으로 구속되었는데, 위원회는 장석구가 이를 이유로 징역 5년형의 유죄판결을 받았기 때문에 법령, 수사, 재판과정이 전체적으로 위법하다는 전제 하에 민주화운동 관련 사망자로 인정하는 결정을 내린 바 있다.<sup>9)</sup>

#### (나) 국가권력의 간접적 작용

학교, 언론, 노동 등 사회 각 분야의 국가권력과 관계 있는 사용자나 기타의 자에 의한 권위주의적 지배를 말하며, 일상생활의 사적 영역에서 행해지는 권위주의적 지배가 국가권력과 관계를 맺고 있는 경우가 대표적인 예이다. 민주화보상법시행령 제2조의 “항거”에 대한 정의 중 “국가권력이 학교·언론·노동 등 사회 각 분야에서 발생한 민주화운동을 억압하는 과정에서 사용자나 기타의 자에 의하여 행하여진 폭력”은 이와 같은 국가권력의 간접적 작용이 권위주의적 통치의 일부가 될 수 있음을 예정하고 있다.

#### (4) 항거하여

여기서 “항거”는 민주화운동의 개념요소이기는 하지만 의문사의 개념요소는 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 즉 의문사란 민주화운동과 관련한 의문의 죽

9) 의문사진상규명위원회보고서 1차분 제IV권, pp.906~907.

음<sup>10)</sup>을 말하는 것이지 민주화운동으로 인한, 또는 민주화운동을 이유로 한<sup>11)</sup> 의문의 죽음으로 한정되지는 않는다는 것이다. 자세한 것은 “관련하여” 부분에서 검토한다.

#### (가) 직접적 항거

국가권력에 대하여 직접 항거한 경우이다. 시위, 집회참여, 조직활동 등의 적극적인 항거와 정부에 대한 비협조 등 소극적인 항거를 모두 포함한다.

#### (나) 간접적 항거

국가권력이 학교·언론·노동 등 사회 각 분야에서 발생한 민주화운동을 억압하는 과정에서 사용자나 기타의 자에 의하여 행하여진 폭력 등에 항거함으로써 결과적으로 국가권력의 통치에 항거한 경우를 말한다. 다만, 국가권력과 관계없는 사용자 등의 폭력 등에 항거한 경우는 제외된다. 이 경우에도 물론 적극적인 항거와 소극적인 항거가 모두 포함될 것이다.

노조활동가에 대해서 회사측이 구사대를 동원하여 폭력을 행사한 경우, 또는 사학비리를 척결하기 위해 활동하는 학생회 간부를 학교측에서 폭력배를 동원하여 구타한 경우 등의 상황에서 이에 항거하는 행위가 이에 해당될 것이다.

10) 의문사법 제2조 제1호

11) 민주화보상법 제2조 제2호 (다)목, (라)목 참조



### (5) 민주 헌정질서의 확립에 기여한 활동

이에 대해서는 법규정을 문언적으로 해석하여 권위주의적 통치에 항거하여 민주헌정질서의 확립에 기여한 결과가 발생하여야 할 것으로 보아야 한다는 견해가 있으나, 법에서 규정한 민주화운동은 결국 (자유민주적 기본질서를 문란하게 한) 권위주의적 통치에 항거(하여 민주헌정질서의 확립에 기여)한 활동으로 요약할 수 있는데, 이는 권위주의적 통치가 자유민주적 기본질서를 문란하게 하는 것이기 때문에 이에 항거하는 행위는 결국 민주헌정질서의 확립에 기여한 활동이 된다는 것이므로, 민주헌정질서의 확립에 기여하는 것은 활동의 결과가 아니라 활동의 성격으로 보아야 할 것이다. 법규정의 의미상 권위주의적 통치란 자유민주적 기본질서를 문란하게 하는 것이므로, 이러한 권위주의적 통치에 항거하는 것은 그 자체가 곧 민주헌정질서의 확립에 기여하는 활동이 되기 때문이다.

### (6) 관련 쟁점

(가) 국가보안법위반 사건이 민주화운동이 될 수 있는지

(나) 간첩죄, 국가보안법위반죄 등으로 복역 중의 사상전향 거부, 교도소내 민주화투쟁, 옥중 단식농성 등이 민주화운동이 될 수 있는지<sup>12)</sup>

12) 진정 제54호 변형만 사건 및 진정 제58호 김용성 사건은 둘다 남파간첩 출신이기는 하지만 소정의 형기를 마치고 출소했는데도 '사회안전법'을 적용하여 재판절차 없이 행정처분만으로 수감되어 사회안전법 폐지 등을 요구하는 집단단식농성 과정에서 강제급식으로 인하여 사망한 사건인데 민주화운동 관련 사망자로 인정되었다. 의문사진상규명위원회보고서 1차분 제IV권, pp.607~618, 652~662.

반면, 진정 제52호 손윤규 사건 및 진정 제56호 최석기 사건은 비전향 장기수들로서 전향공작에 대하여 이를 거부하는 단식투쟁 중 역시 강제급식 과정에서 사망하였으나 민주화운동 관련성이 없다고 하여 기각된 경우이다. 이에 대해서는 위 두 사건과 마찬가지로 양심의 자유를 지키기 위한 투쟁이었고 또 그로 인하여 전향제도가 폐지되는 등 민주헌정질서의 확립에 기여했다는 이유로 민주화운동 관련 사망자로 인정해야 한다는 소수의견이 있었다. 의문사진상규명위원회보고서 1차분 제IV권, pp.578~593, 629~641.

(다) 삼청교육 과정에서 비인간적인 처우에 대항하다가 군인들과 총격전을 벌인 후 군법회의에서 징역형을 받고 교도소에 수감 중 교도소내 처우개선 투쟁을 한 경우 민주화운동이 될 수 있는지<sup>13)</sup>

(라) 노동자의 노동3권쟁취투쟁, 학생들의 사학민주화 투쟁 등이 민주화운동이 될 수 있는지

## 나. "관련한"

### (1) 의 의

의문사법 제2조 제1호의 "관련한"은 민주화보상법 제2조 제2호 (다)목의 "인하여"나 (라)목의 "이유로"를 포함하는 폭넓은 개념으로, 이는 민주화운동에 주도적으로 참여한 자와 같은 능동적인 경우뿐만 아니라 단순참여자, 나아가서는 수동적인 피해자까지 포함시킬 수 있는 개념으로 볼 수 있다. 따라서 민주화운동의 개념요소로는 "항거"라는 적극적인 행위가 요구되지만, 의문사는 민주화운동과의 관련성이 있으면 되는 것이지 반드시 항거로 인한 죽음일 필요는 없다는 것이 된다.

### (2) 관련성의 범위

법문상으로는 "관련한"이라고만 규정되어 있어 직·간접의 모든 관련성이 포함

13) 직권 제81호 박영두 사건을 말하는데, 위원회는 민주화운동 관련성 여부에 관한 격론끝에 5:4로 민주화운동 관련자로 인정하는 결정을 내렸다.



된다고 할 수 있다. 그러나 관련성의 범위는 무한히 확대될 수 있는 것이 아니라 사회통념상 인정될 수 있는 상당성이 있는 범위 내로 제한되어야 할 것이다.

광주민주화운동 보상에서는 직접 항거에 참여하지 않았지만 계엄군의 총격에 의하여 사망한 경우뿐만 아니라 시민군에 의하여 사망한 경우에도 관련성을 인정하였는데, 관련성의 요건에서 참조할 만하다고 본다.

### **(3) 관련 쟁점**

(가) 민주화운동에 참여하고 있으나 사망은 민주화운동과 관련 없이 발생한 경우

(나) 과거에 민주화운동에 참여한 사실은 있으나, 위법한 공권력의 행사에 의하여 사망한 시점에서는 민주화운동에 관여하고 있지 않은 경우

## **다. 위법한 공권력의 직·간접적인 행사**

### **(1) 공권력의 위법성**

위법성이란 협의로는 형법, 민법 등 성문법규와 관습법을 포함하는 실정법에 규정된 작위 또는 부작위의무의 침해라고 볼 수 있으나, 광의로는 “법의 일반원리”, 공서양속(公序良俗), 조리, 사회상규에 반하는 것을 의미한다.

따라서 공권력의 행사가 당시의 실정법에 위반된 경우는 물론, 형식적으로는 합법적이었다고 하더라도 당해 법률이 그 내용이나 제정과정에 “법의 일반원리”

또는 사회상규에 반하는 요소가 있는 경우에는 그러한 공권력의 행사는 위법하다고 할 것이다.

또한 사형의 집행과 같이 공권력의 적법한 행사에 의한 죽음은 원칙적으로 제외된다고 보나, 다만 법의 제정과정, 수사과정이나 재판과정에 위법한 공권력의 행사가 있어서 결국 그로 인하여 사형이 선고되어 집행되는 등의 경우에는 공권력 행사의 과정이 전체적으로 보아 위법하다고 볼 수 있을 것이다.<sup>14)</sup>

### **(2) 직접적인 행사**

위법한 공권력의 직접적 행사에 의하여 사망한 경우에는 위원회 조사대상인 의문사임이 명백하다.

### **(3) 간접적인 행사**

앞서 “권위주의적 통치” 및 “항거” 부분에서 검토한 바와 같이 민주화보상법시행령 제2조의 “국가권력이 학교·언론·노동 등 사회 각 분야에서 발생한 민주화운동을 억압하는 과정에서 사용자나 기타의 자에 의하여 행하여진 폭력 등”이 위법한 공권력의 간접적인 행사에 해당한다고 할 것이다.

14) 이러한 관점에서 위원회는 인혁당재건위 사건의 장석구(직권 제84호), 남민전 사건의 이재문(직권 제83호)에 대하여 직권조사를 실시하여 인혁당재건위 사건의 경우에는 고문에 의한 조작사건으로 결론을 내렸다. 다만, 사건 관련자에 대한 전체적인 조사가 아니어서 이는 향후 활동의 과제로 남게 되었다.



## 라. 사 망

### (1) 사인이 밝혀지지 아니하고

사인이 명백한 경우는 의문사라고 할 수 없을 것이다. 여기서 사인을 의학적인 관점에서만 이야기해서는 안되며, 의학적으로는 사인이 명백하더라도 그 죽음에 이르는 과정에 위법한 공권력의 행사가 개입되었는지 여부가 불분명한 경우는 사인에 의문이 있는 경우라 할 것이다.

### (2) 자살의 포함 여부

위법한 공권력의 행사에 의한 타살과 과실치사가 "사망"에 포함되는 것은 명백하다. 그러나 자살한 경우라 하더라도 위법한 공권력의 행사로 인하여 피해자가 자살할 수밖에 없는 상황으로 몰고간 경우에는 사망에 포함될 수 있을 것이다.<sup>15)</sup>

### (3) 후유증으로 인한 사망

위법한 공권력의 행사 당시에는 사망하지 않았으나 그로 인하여 상해를 입고 그 후유증으로 인하여 사망한 경우에는 "인과관계"가 인정되는 한 "사망"으로 인정할 수 있을 것이다.

15) 이 경우에는 군복무 중 고참병의 가혹행위나 구타 등의 원인으로 인하여 갈등을 이기지 못하고 자살하는 경우 등이 포함될 것이다.

## (4) 실 종

문언상 실종이 사망에 포함되지는 않으나, 아래에서 살피는 바와 같이 의문사법 제2조의 "의문사"의 개념에 "사망하였다고 의심할 만한 상당한 사유"가 있는 경우도 포함되는 것으로 보는 한 실종도 그러한 경우에 포함될 수 있을 것이다. 다만, 조사를 종료한 시점에서 사망 사실이 밝혀지지 아니하고 계속 실종상태인 경우에는 "사망"으로 인정할 수는 없을 것이다.

그런데 민주화보상법 제2조 제2호가 민주화운동과 관련하여 사망한 자뿐만 아니라 행방불명된 경우도 그 대상으로 삼고 있는 것과의 형평성의 문제가 있다.

## 마. 의심할 만한 상당한 이유

### (1) 조사개시의 요건

의문사법 제2조의 "의문사" 규정 중 "1969년 8월 7일 이후 자유민주적 기본질서를 문란하게 하는 권위주의적 통치에 항거하여 민주헌정질서의 확립에 기여한 활동(즉 민주화운동)과 관련하여 위법한 공권력의 직·간접적인 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 죽음"이 조사개시의 요건인지 민주화운동 관련 사망자의 인정요건인지가 문제인데, 의문사법 제26조의 "위원회는 …… 민주화운동과정에서<sup>16)</sup> 공권력의 위법한 행사로 인하여 사망하였다고

16) 이는 '민주화운동과 관련하여'로 보는 것이 합목적적인 해석으로 타당하다고 할 것이다. 이를 글자 그대로 '민주화운동과정에서'라고 보는 경우에는 적극적인 참여자만을 의미하게 되어 범위가 지나치게 협소해질 뿐만 아니라, 민주화보상법에서도 '민주화운동과 관련하여 사망한 자'를 보상의 범위에 포함시키고 있는 규정과 형평의 문제도 있기 때문이다. 참고로 위원회의 '사건최종처리절차'에 관한 위원회 논의에서는 '민주화운동과 관련하여'로 하기로 하고, 실제 결정문에서도 이를 적용하였다.



인정하는 경우"라는 규정을 고려하면 조사개시의 요건으로 보는 것이 타당하다.

이때 "의심할 만한 상당한 이유"는 "민주화운동 관련성", "위법한 공권력의 행사", "사망"의 모든 부분에 걸리는 것으로서, 그중 어느 한 부분이라도 해당하는 경우에는 조사대상에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

### (2) 상당성의 의의

"상당한 이유"에서의 상당성이란 "가능성"과 "개연성"의 중간 정도의 개념으로, 보통 사회상규, 즉 일반인의 건전한 윤리감정 또는 사회윤리에 비추어 당연시되는 것을 의미하므로, 결국 일반인의 건전한 윤리감정에 비추어 "민주화운동과 관련하여 위법한 공권력의 행사에 의하여 사망하였다고 의심할 만한 이유"가 있는 경우를 의미할 것이다.

### (3) 인정의 요건

"민주화운동(과 관련하여) 위법한 공권력의 행사로 인하여 사망"하였다고 인정하는 경우에는 민주화보상위원회에 심의를 요청하여야 하는데(의문사법 제26조), 이러한 "인정"의 요건이 무엇인지에 대해서는 법률에 다른 규정은 없으나, 사실인정의 일반적인 법리인 "합리적인 의심을 배제하는 증거"에 의하여 "민주화운동과 관련하여 위법한 공권력의 행사로 인하여 사망"하였다고 인정되는 경우이어야 할 것이다. 다만, 이 경우에도 엄격한 증거가 아니라 자유로운 증명의 방법으로 사실을 인정할 수 있으면 족할 것이다.

## 4. 적용대상의 확대 필요성 및 그 방안

### 가. 서론

1998. 9. 1. 추모연대의 요청으로 민변에서 완성하여 발표한 법률안에는 의문사를 "사인이 명백히 자연사로 확인되지 아니하고 부당한 공권력의 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 경우"라고 정의하고 대상 시기를 "대한민국 정부 수립 이후"로 하여 한 바 있으며, 1999. 7. 현행법의 모태인 국민회의 법안이 발의된 후 추모연대 등 민간단체가 제출한 수정안에서는 "민주화운동과 관련하여 의문의 죽음을 당한 사건 등 생명권 침해사건"을 대상으로 하면서 생명권 침해사건을 "1960년 4월 19일부터 1999년 12월 31일까지 공권력의 직·간접적인 위법한 행사로 인하여 실종되거나 생명권을 침해당한 사건"으로 규정하여 민주화운동 관련 의문사를 주요 대상으로 하면서도 기타 공권력의 위법한 행사로 인한 생명권 침해사건 일반을 그 대상으로 할 것을 주장하였으나, 제정법에서는 '민주화운동' 관련 의문사로만 한정되었을 뿐만 아니라 적용시기도 1969년 8월 7일 이후로 대폭 축소되었다.

그러나 인간 생명의 존엄성은 그 사람이 생전에 어떤 일을 했는지, 어떤 생각을 가졌었는지에 따라 달라질 수 없다. 그리고 매년 300여명 이상이 사망하고 그중 100여명이 자살이라고 발표되는 군부대내 사망사건 중 상당수의 가족들이 군특조단의 조사를 믿지 못하고 의문사임을 주장하며 진상조사를 호소하고 있는 우리나라의 현실에서, 특히 의문사법상 민주화운동 관련성 부분은 합리적 이유 없이 생전의 행위에 따라 부당하게 차별적인 대우를 함으로써 위헌의 소지를 갖고 있는 것이다.



여기에서는 의문사범의 적용대상의 확대 필요성 및 그 방안에 대해서 민주화운동 관련성, 위법한 공권력의 행사, 적용기간 등의 요건에 대하여 검토하고, 덧붙여 3차 개정법의 부칙에서 새로 도입된 재심 규정의 문제점을 간단하게 지적하기로 한다.

## 나. 민주화운동 관련성

민주화운동은 의문사범의 적용대상 의문사에서 중요한 요건사실을 이루기 때문에 불가피하게 그에 대한 법적 검토가 필요한 것이지만, 본래는 법률적 개념이라기보다는 사회학적 개념, 아니 학문적 개념이라기보다는 살아 있는 운동체로서의 사회현상이기 때문에 당초부터 법률규정에 요건사실로 포함해서는 안 될 것이었다. 게다가 의문사범은 민주화운동의 개념에 대해서 민주화보상법상의 정의규정을 인용하고 있는데, 그 입법목적과 활동방법 및 내용에서 서로 차이가 있는 다른 법의 규정을 그대로 차용해서 사용한다는 데에도 문제가 있었다고 본다.

또한 현행법의 규정을 그대로 인정한다고 하더라도 위원회의 활동은 조사대상을 지나치게 좁히고 또 결정에서도 "민주화운동과 관련하여 위법한 공권력의 행사에 의하여 사망"한 것으로 인정하는 데 인식했던 것이 아닌가 하는 지적을 하고 싶다. 법규정에 의하더라도 조사개시의 요건은 민주화운동 관련 의문사라고 "의심할 만한 상당한 사유"가 있는 경우인 데 비해서, 인정의 요건은 "민주화운동과 관련하여 위법한 공권력의 행사에 의하여 사망"한 경우이므로, 위원회가 당초 군의문사 5건을 각하하였다가 그중 3건을 재진정을 받아들이는 형식으로 조사한 것이나, 일부 옥중사 사건에 대해서 사망과정에서 위법한 공권력의 행사 사실은 인정하면서도 민주화운동 요건을 좁게 해석하여 이를 기각한 것은 문제였다고

본다.17)

입법론으로는 당초 법제정 당시 민간단체안으로 제시되었던 바대로 민주화운동 관련 의문사를 포함한 생명침해 사건 일반으로 확대하되, 민주화운동 관련성은 적용대상에 대한 요건사실로서가 아니라 의문사진상규명 작업이 갖는 과거사청산으로서의 의미를 강조하기 위한 주의적 의미로 규정할 것을 제안한다. 또한 민주화운동의 개념의 적용에 있어서도 개념 자체가 갖는 사회학적 의미를 중시하여 활동의 내용을 불문하고 권위주의적 통치에 항거한 활동 일반으로 넓히고 또 "관련성"의 요건을 단순 피해자의 범위에까지 폭넓게 적용해야 할 것이다.

우리나라 헌법 제10조에 규정된 "인간으로서의 존엄과 가치"에 국민의 생명권이 포함된다는 데는 이론의 여지가 없으며, 또한 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무"를 지고 있기 때문에 특히 공권력에 의한 생명침해는 헌법적으로도 도저히 용인될 수 없는 행위에 해당하는 것이다. 그리고 헌법 제11조 제1항은 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다."고 규정하고 있고, 이러한 "법 앞의 평등"은 합리적인 근거없는 차별취급을 금하는 것인데, 위법한 공권력에 의한 생명침해에 대해서 생전의 민주화운동 관련성 여부를 가지고 이를 차별하는 것은 어떠한 관점에서든 합리성을 발견할 수 없는 것이다.

민주화보상법상 민주화운동에 관련이 있는 국민과 그렇지 않은 국민을 차별해서 취급하여 민주화운동 관련자로서 국가가 인정하고 또 그에 따른 적절한 보상을 하는 것은 "같은 것은 같게, 다른 것은 다르게" 취급한다는 합리적 차별의 범

17) 앞서 지적한 진정 제52호 손윤규 사건 및 제56호 최석기 사건이 그러하였고, 직권 제83호 이재문 사건에서도 비슷한 취지에서 민주화운동 관련성을 부정한 바 있다.



위 내에 있다고 볼 수 있지만, 의문사법에서 위법한 공권력의 행사에 의해서 사망한 국민에 대해서 민주화운동에 관련이 있는 국민과 그렇지 않은 국민을 구별하여 보상이나 기타 다른 구제조치상의 차별을 두는 것을 넘어서서 아예 적용대상 자체에서부터 이를 구별하여 제외하는 것에 대해서는 어떠한 합리성도 인정될 수 없는 것이다.

#### 다. “위법한” 공권력의 행사

공권력의 행사 자체가 확인되지 않는 사인간의 충돌에 의한 의문사에까지 적용 범위를 확대할 수는 없기 때문에 공권력의 행사에 의한 사망 요건은 필요하다고 보지만, 이 요건에서 공권력의 “위법성” 부분은 재검토할 필요가 있다.

우선 공권력의 적법한 행사과정에서 사망이 발생한 경우에 그러한 사망과정의 모든 밝혀졌다면 당연히 의문사가 될 수는 없을 것이지만, 그러한 경우에도 유족 등 피해자들이 조사과정 자체를 믿지 못하고 제3의 기관에 의한 객관적인 조사를 원한다면 이 또한 조사대상에 포함되어야 할 것이다.

문제는 “위법한” 공권력의 행사 시점을 어느 때로 보느냐인데, 사망 자체에 위법한 공권력의 행사가 있는 경우뿐만 아니라, 사망 자체는 공권력의 적법한 행사 과정에서 발생했거나 또는 단순한 사고사 또는 자살이라고 하더라도 그중 일부 사실을 은폐하거나 조작하는 등 사후처리 과정에서 공권력의 “위법한” 행사가 있는 경우도 적용대상에 포함되어야 할 것이다.

그렇다면 이 부분에서 “공권력의 행사” 요건만으로 족하고 굳이 “위법성” 부분은 불필요하다고 볼 수 있다. 사망과정이나 사후처리 과정에서 “위법한” 공권력

의 행사가 개입되지 않는 한 그것은 결코 의문사가 될 수 없을 것이기 때문이다.

특히 군부내 내에서의 사망의 경우, 국민이 국가의 징집에 응하여 국방의 의무 이행을 위해 군대라는 국가기관의 보호범위 내에 있는 상태에서 발생한 것이기 때문에, 신병비관이나 적응실패로 인한 자살의 경우에도 전체적으로 보아 공권력의 행사가 있었다고 인정할 수 있을 것이며, 이는 최근 대두되고 있는 양심적 병역거부자에 대한 시각과 균형을 위해서도 필요하다고 본다. 예컨대 강제징집에 의한 자살의 경우 사망 당시에는 고참병들의 괴롭힘 등 어떤 행위도 없었음에도 스스로 자살을 했다고 하더라도, 강제징집에 의한 군복무라는 상황을 만든 공권력의 행사 자체가 있었고 그 보호범위 내에서 발생한 것이기 때문에 전체적으로 보아서 공권력의 행사가 있었다고 볼 수 있을 것이다.<sup>18)</sup>

#### 라. 적용기간

기간의 문제는 민주화운동 개념에 포함되어 정의되어 있기는 하지만, 적용기간과 민주화운동 관련성 문제는 전혀 별개의 문제이며, 현재 적용기간을 3선개헌 발의일 이후로 한 것은 법 제정 과정에서의 편의주의적 발상에 기인한 것일 뿐 이를 구별할 아무런 합리적인 기준이 없다고 본다.

따라서 민주화보상법상의 적용기간에 관한 논의가 어떻게 이루어지고 또 법정 결과가 어떻게 나오는가와 관계없이, 의문사법상의 적용기간은 그와는 아무런

18) 강제징집되어 소위 녹화사업의 대상이 되었다가 사망한 사건 중에서 기각되거나 진상규명불능으로 결정된 사건들은 강제징집 시점이나 녹화사업 과정에서는 위법한 공권력의 행사를 인정할 수 있다고 하더라도 사망의 시점에서는 자살하거나 또는 자타살 여부를 확인할 수 없는 등 “위법한” 공권력의 행사를 인정할 수 없다는 이유에서였다. 이에 대해서는 징집부터 사망 과정까지를 전체적으로 보아 강제징집이라는 위법한 공권력이 행사되는 중에 사망한 것이므로 위법한 공권력에 의한 사망으로 인정해야 한다는 소수의견이 있었다.



관련성이 없으므로 독자적으로 규정할 필요가 있다.

현재 민주화보상법 개정안과 관련하여 제기되어 있는 것은 1961. 5. 16. 이후 및 1960. 4. 19. 이후의 두 가지가 있으나, 의문사법에서는 이에 구애되지 않고 1948. 8. 15. 정부수립 이후 또는 1945. 8. 15. 해방 이후까지 확대하는 안을 놓고 검토를 할 필요가 있으며, 사건으로는 최초의 법안에서 제시되었던 정부수립 이후까지로 확대하는 것이 타당하다고 본다.

#### 마. 3차 개정법 부칙의 재심요건에 관하여

의문사법 3차 개정법은 조사대상에 관한 규정을 부칙으로 정하고 있는데, 조사재개가 가능한 사건에 관하여 진상규명불능 사건 이외에 기각된 사건 중 “진정인이 객관적으로 명백한 새로운 증거를 첨부하여 이의를 제기한 사건”으로 추가적인 진상규명이 필요하다고 위원회가 “재적위원 전원의 일치된 의견”으로 결정한 사건을 정하고 있다.

그런데 합의제 국가기관의 의사결정에서 이와 같이 전원일치의 요건을 규정한 것은 유례가 없는 것으로, 이는 국가자원의 낭비 방지 또는 효율적 배분이라는 입법목적은 인정한다고 하더라도 국민의 권리를 지나치게 제한하는 것으로서 위헌의 소지가 있는 것이다.

따라서 이 요건은 위원 재적 과반수 또는 재적 2/3의 찬성으로 완화하여야 할 것이다.

## 5. 맺음말 - 과거사청산위원회로의 확대 필요성

해방 이후 반민특위가 친일파들의 반동에 의해서 실패하고 또 4·19혁명 이후 시도되었던 ‘반민주행위자’에 대한 조사 및 단죄 움직임도 5·16 군사쿠데타에 의해서 무산되었다. 이와 같이 첫단추가 잘못 꿰어져 청산되지 못한 과거사를 안고 출발한 우리 현대사이지만, 1980년대말 이후 군사독재가 무너지고 민주화되는 과정에서 광주민주화운동, 제주4·3사건, 거창사건 등에 대하여 미흡하나마 일부 진상조사가 이루어지고 있으며, 의문사진상규명위원회 또한 그러한 과거사 청산의 연장선 위에 서 있다.

그런데 이와 같이 그동안 이루어진 일부 성과는 특정 시기나 사건들에 관하여 유족들의 요구와 투쟁에 의한 것이었고, 그것은 의문사진상규명위원회 또한 마찬가지이다. 그러나 국가가 명백히 불법행위를 저지르고도 그에 대하여 침묵하는 중에 희생자들이 다시 나서서 진상규명을 위해 농성을 하고 거리를 헤매게 하고, 간혹 마지못해 이를 받아들여 명목뿐인 진상조사위원회를 구성하는 식의 이러한 단편적이고 민원 해결식의 접근방법은 국가자원의 합리적 배분이라는 관점에서나 또는 희생자들간의 형평성의 관점에서나 결코 바람직하지 못한 것이다.

의문사법의 적용시기를 정부수립 이후로 하고 적용대상을 한국전쟁기 민간인학살이나 삼청교육대 사건을 비롯하여 공권력에 의한 인권침해 사건 일반적으로 확대하는 것만이 국가가 직접 나서서 잘못된 과거사를 청산하고 진정으로 “국민화합과 민주발전”에 이바지하는 길이 될 것이다.



## 과거청산과 의문사진상규명을 위한 특별법의 적용범위

최광준 (교수, 경희대 법대)

### 1. 들어가는 말

의문사문제의 해결이라는 과제는 과거청산이라는 커다란 과제중의 하나다. 따라서 의문사 문제는 과거청산의 일환으로서 해결되어야 할 것이다. 과연 의문사 문제의 해결은 과거청산의 하나의 과제로서 올바르게 인식되고 있는가?

의문사법의 목적은 “민주화운동과 관련하여 의문의 죽음을 당한 사건(의) ... 진상을 규명함으로써 국민화합과 민주발전에 이바지”하는 것이다. 의문사진상규명을 위한 특별법(이하 의문사법) 제1조.

여기서 말하는 “의문사”는 민주화운동과 관련한 죽음으로서 그 사인이 밝혀지지 아니하고 위법한 공권력의 직·간접적인 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 죽음을 의미한다. 의문사법 제2조 1호. “민주화운동”이

란 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(이하 “민주화보상법”) 제2조 제1항의 규정에 의한 민주화운동을 말한다(의문사법 제2조 2호): “민주화운동”이란 “1969년 8월 7일 이후 자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치에 항거하여 민주헌정질서의 확립에 기여하고 국민의 자유와 권리를 회복, 신장시킨 활동”을 의미한다.

2003년 5월 6일 현재 제1기 의문사진상규명위원회의 조사활동이 사실상 종료되었으며, 제3차 법개정에 따라 제2기 위원회의 구성 및 활동이 기대되고 있는데, 개정법의 부칙에서는 기각된 사건의 재조사를 위해서는 재적위원 전원의 일치된 의견을 전제요건으로 하여 그 적용범위를 제한하고 있다.

의문사법의 적용범위와 관련해서는 다음의 문제점들이 지적된다:

첫째, 적용기간을 삼선개헌안의 발의일인 1969년 8월 7일 이후부터로 정하고 있는 것은 과연 정당한가?

둘째, 진상규명의 대상을 민주화운동과 관련된 죽음으로 한정하고 있는 것은 정당한가?

셋째, 재적위원 전원의 일치된 의견으로 재조사가 결정된 사건에 한정하는 것은 과연 정당한가?

넷째, (민주화운동과 관련한) 의문의 죽음으로서 (의문사진상규명위원회의 조사에도 불구하고) 그 사인이 밝혀지지 아니하고 위법한 공권력의 직·간접적인 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 죽음에 대해서 국가는 어떠한 조치를 취해야 하겠는가?



의문사법을 과거청산의 일환으로서 이해할 때 이는 정당화될 수 있겠는가?

이에 대한 답을 구하기 위해서는 우선적으로 과거청산에 대한 개념을 명확히 하는 것이 필요할 것이다.

## II. 과거청산의 대상과 의의

과거청산이란 무엇을 의미하는가? 극히 기초적인 질문에 해당하기 때문에, 잘 던지지 않는 질문이다. 하지만, 과거청산 속에서의 의문사 진상규명의 의의를 논하기 위해서는 우선적으로 과거청산의 개념을 명확히 할 필요가 있다.

과거청산이 우리 현대사의 불의적 과거를 청산하는 것이라면, 그 과거의 내용은 과연 무엇이며, 또한 청산의 의미는 무엇인가?

과거청산의 대상으로 일반적으로 들고 있는 사건들에는 의문사 문제 외에도 우선 일제하의 정신대, 징용, 징병 문제와 친일 협력자 처벌 문제에서부터 시작해서, 한국전쟁 전후 민간인 학살 진상규명과 피해자 명예회복 문제, 베트남전 당시 한국군의 베트남 민간인학살 문제, 60년대 군사독재정권이 수립된 이후 발생한 각종의 고문, 불법적인 법 집행과 처형에 대한 진상규명과 가해자 처벌 및 보상 문제, 광주 민주화 운동의 진상규명과 가해자 처벌 및 피해자 보상 문제 등에 이르기까지 실로 수없이 다양한 형태의 사건들이 미해결의 과제로 남아있다.

이들의 공통점은 국가공권력에 의한 인권의 침해라는 점에 있다. 따라서 과거

청산의 중심개념이 되어야 할 것은 “국가의 국민에 대한 인권침해”인 것이다. 따라서 과거청산의 실행은 곧 국민의 침해받은 인권의 회복을 의미하는 것으로 이해되어야 할 것이다. 헌법상 인간의 존엄과 가치는 불가침의 권리이며, 국가가 국민인 인간의 존엄과 가치를 침해하였다고 의심되는 상당한 이유가 있는 의문사사건에 대한 진상을 밝혀야 하는 것은 당연한 의무라고 볼 것이며, 이는 국가의 존립가치와도 직결되는 것이다. 국민의 인권, 의문사 사건에 있어서는 인간의 존엄과 가치를 침해하고, 이에 대해 아무런 구제조치도 취하지 않는 국가는 무엇을 위해 존재하는가?

‘청산’의 의미는 무엇인가? 과거청산의 구체적 내용은 가해자에 대한 처벌, 피해자에 대한 응분의 배상 및 보상을 우선적으로 생각할 수 있겠으나, 이 모두를 위해서는 우선적으로 사건에 대한 진상이 밝혀져야만 한다. 또한 국가공권력에 의한 국민의 기본권 침해의 행위는 피해자 개인의 문제에 국한될 수 없으며, 국민에 대한 국가의 인권침해를 의미하기 때문에, 재발방지를 위해 국민들에게 사건의 진상을 알림과 동시에 교육하는 등 올바른 역사를 정립하기 위한 적절하면서도 이를 위한 효율적인 조치가 필요할 것이다.

## II. 의문사법의 적용범위의 문제점

### 1. 적용기간

의문사 문제를 국가의 국민에 대한 인권침해 그리고 이에 대한 구제조치로 파



악할 때, 법률상으로 국가의 책임을 인정하기 위해서는 그 적용기간을 대한민국 정부의 수립 시점인 1948년 8월 15일 이후로 정하는 것이 합리적이겠으나, 공권력의 존재 및 이에 의한 인권의 침해, 그리고 인권의 회복의 목적을 강조한다면, 1945년 8월 15일 이후로 확대하는 것이 바람직 할 것으로 본다.

## 2. 민주화운동 관련성의 요건

의문사법은 민주화 운동과 관련이 없는 죽음은 조사의 대상에서 제외함으로써 커다란 한계를 지니고 있다. 물론 민주화운동가의 죽음은 더 없이 '가치 있는 죽음'이라고 생각한다. 이것은 하지만 일정한 가치관에 해당한다. 이러한 가치관이 특별법에 개입되어 있는 것은 법률적으로는 상당한 문제가 있다는 생각이다. 법 앞에서는 인간의 존엄과 가치, 그 어느 국민의 생명도 동등하게 절대불가침의 가치를 갖는 것이다. 의문사법은 결국 한편으로는 국가의 공권력에 의한 범죄행위의 진상을 조사하겠다는데, 다른 한편으로는 피해자가 민주화운동과 관련하여 죽음을 당했을 것을 요건화하고 있는데, 이 두 가지는 사실상 서로 상충되는 요건들이다. 국가공권력에 의한 살인행위에 대한 진상을 밝히겠다고 하면, 그 피해자가 어떤 사람이었건 - 국민의 한사람인 이상 - 피해자가 무슨 직업을 가지고 있었고, 어떠한 인격의 소유자였는가 등 피해자측의 사정은 요건이 될 수 없다. 반대로 민주화운동가를 기리기 위해서, 민주화운동가의 죽음에 대한 진상만을 밝히고자 한다면, 그가 국가공권력에 의해 살해되었건 어느 개인에 의해 살해되었건 그것은 문제를 삼을 필요가 없게 된다. 의문사법은 그 목적을 분명히 해야 할 것이다.

국민의 인권의 회복을 중심으로 파악할 때, 민주화운동 관련성이 없기 때문에,

국가공권력에 의한 생명권 침해임이 밝혀지더라도, 기각결정이 내려져야 하고, 아무런 구제조치도 취할 수 없다는 현행법운용상의 오류는 그 무엇으로도 정당화될 수 없다.

## 3. 전원일치의 재조사결정의 제한 - 미해결사건에 대한 계속적 조사와 감시의 문제

재조사결정을 위해서 재적위원 전원이 찬성해야 한다는 제한은 정당한가? 위원회에서 구속력있는 결정으로서 기각판정을 내린 후이기 때문에, 이를 번복하기 위해서는 그 요건을 극히 제한해야 한다는 논리가 받아들여진 것이다.

그러나 조사권한 및 기간의 한계, 관련기관의 비협조 등 현행법상의 여러 제약상 기각결정이 내려진 사건들이 다수 있다는 점을 간과해서는 아니될 것이다. 또한 기각 결정 자체가 재적위원 전원의 일치된 의견을 전제로 이루어진 것이 아니라라는 점에 주의해야 한다.

또한 기각된 사건에 대한 재조사는 지금에 와서 기각결정 자체를 부정하겠다는 의미가 아니라, 새로운 증거가 제시된 만큼, 새로운 증거에 기초해서 다시금 재조사를 진행하고, 새로운 조사결과를 기초로 다시금 신중한 결정을 내리겠다는 데에 그 목적이 있는 만큼, 재적위원 과반수의 찬성으로 완화하여 재조사를 가능케 하는 것이 정당하다.

여기서 더 나아가 고민해야 할 점은, 지금의 시점에서 기각 또는 불능결정을 내릴 수밖에 없었으나, 차후에 새로운 증거나 증인이 확보되거나, 경우에 따라서는 (임종을 앞에 둔) 피의자의 양심선언이 있을 경우 이 문제를 어떻게 처리할



것인가 하는 점이다.

의문사 문제의 해결은 과거청산의 대명제 속에서 계속적으로 진행되어야 할 과제임을 알 수 있다.

특히 민주화운동 관련성이 없는 의문사의 문제나 위원회의 조사기간이 만료된 이후 또는 위원회의 공식적인 활동이 종료된 이후에 새로이 발견될 수 있는 증거나 증인의 출현을 계기로 사건의 조사가 재기될 수 있는 길을 열어 두어야 한다는 과제에 우선적으로 직면하게 된다.

#### 4. 구제조치 대상의 확대 - 국가공권력에 의한 사망임을 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사망사건

의문사진상규명위원회는 2회의 중요한 판단을 해야 한다. 첫째는 조사개시의 시점에서 국가공권력에 의한 사망이라고 볼 수 있는 "상당한 이유"가 있는가에 대해 판단해야 하고, 둘째는 결정단계에서 국가공권력에 의한 사망으로 "인정되는가"에 대한 판단이다. '상당한 이유'에서의 '상당성'은 단순한 가능성을 뛰어넘는 개념이며, '인정'은 '합리적인 의심을 배제하는 증거'에 기초하여 이루어져야 한다는 것을 말한다. 단순한 가능성을 뛰어넘는 의심을 받고 있는 국가는 어떠한 조치를 취해야 하겠는가?

조사결과 국가공권력에 의한 사망이 아니었음이 명백하게 밝혀진 사건에 있어서는 문제될 것이 없으나, 인용결정이 내려지진 않았으나, 그렇다고 해서 국가공권력에 의한 사망이 아니라고 확신할 수도 없는 사건은, 여전히 국가공권력에 의한 사망이라고 의심할 수 있는 '상당한 이유'가 있는 것으로 남게 된다. 이에 대

해서 의문사법은 아무런 구제조치도 마련해 놓지 않고 있다.

의문사법의 궁극적인 목적이 국민의 화합과 민주발전에 있다면, 위원회의 임무는 단순히 조사활동을 통해 진상을 밝혀내는 것에만 한정되지 않는다. 위원회는 조사결과 진상이 밝혀지지 않은 의문사 사건과 그 피해자에 대하여 국가가 하여야 할 조치를 권고해야 한다 (의문사법 제30조 제2항 2호). 이 과제는 진상을 밝히는 조사활동 만큼이나 중요한 것으로 생각된다. 국가는 국민의 사망에 대해서 왜 의심을 받는가? 의심을 받고 있다면 이 의심을 말끔히 씻어낼 수 있는 근거를 제시하여, 국민의 불안을 해소하던가, 아니면 그 책임을 다해서 '상당한 이유' 있는 피해자에 대한 구제와 재발방지의 조치를 강구하여 국민화합과 민주발전의 목적을 다해야 할 것이다.

#### IV. 의문사문제는 과거청산 및 국민의 인권회복의 과제

과거청산의 중심개념은 국가의 의한 국민에 대한 인권침해의 문제를 밝히고 해결한다는 것이다. 의문사 문제의 해결 역시 이러한 과거청산의 하나의 문제로서 같은 맥락에서 이해되고 있으나, 의문사 특별법의 내용이나 위원회의 활동권한 및 범위를 종합해 보면, 우리의 현실은 이와 상당히 많은 거리가 있음을 알 수 있다.

과거청산의 의미 속에서 의문사 문제를 파악하면, 국가의 국민에 대한 인권침해 중에서도 생명권의 침해가 중심이 되는 것이며, 이에 대한 해결과정에 있어서



도 국가가 자기 자신의 범죄행위에 대한 진상을 스스로 밝혀 이에 대한 죄를 시인하고, 처벌을 받겠다는 의미를 가져야만 하는 것이다. 이러한 인식이 의문사 특별법의 제정과정에서도 우리 정부에 얼마나 부족했었는가 하는 점은 422일 동안 법의 제정을 애절하게 호소했던 유가족들이나 시민단체들이 직접적인 경험을 통하여 피부로 느낄 수 밖에 없었고, 유가족을 포함한 민주화주체세력들에게는 정치권과의 현실적인 타협이 강요되었으며, 그 결과로서 출현한 것이 현재의 의문사 특별법과 의문사진상규명위원회인 것이다. 우선적으로 실현 가능한 것만을 이끌어 내는 방법론은 과거청산의 매우 포괄적이면서도 광범위한 문제를 하나 하나 점진적으로 풀어나가 결국에는 전체적인 해결을 꾀한다는 효율적인 방법으로도 이해될 수도 있겠으나, 자칫하면 근본적인 문제의식을 망각할 우려가 항상 내포되어 있다는 점에도 유념해야 할 것이다.

우리 모두가 명심하고 되새겨야 할 문제의식은 의문사진상규명의 문제가 단지 그것 하나만으로 끝나는 것이 아니라, 이제부터가 과거청산의 시작이라는 점이다. 따라서 의문사 특별법의 개정의 필요성에 대한 논의는 단지 의문사 문제의 해결이라는 과제에만 한정되어서는 아니될 것이며, 오늘날의 정치현실과 무관하게 진정한 의문사진상규명의 길은 어떠한가만 하는가를 제시해 주어야만 할 것이다.

의문사 특별법은 의문사문제의 해결을 과거청산과 인권회복의 의미로서 제대로 인식하고 있지 못하다.

의문사 특별법이 진상규명의 대상을 민주화운동과 관련된 사건에만 한정하고 있는 것은 과거청산에 대한 인식부족에서부터 비롯된 것이다. 과거청산의 중심적 개념은 국가의 국민에 대한 인권침해사건이다. 그럼에도 불구하고 국가의 공권력

에 의한 희생자가 민주화운동을 했기 때문에 그 공적을 인정하여, 사인을 규명해주겠다는 식의 해결방안은 이 사건들이 자기 자신의 범죄행위에 의해 자행된 것인 만큼 스스로 나서서 진상을 밝히고 문제를 해결하겠다는 과거청산에 대한 인식의 결여에 기인한다고 하겠다.

이러한 인식이 바탕이 된다면, 그 적용대상을 박정희정권이 삼선개헌을 발의한 날인 1969년 8월 7일 이후에 한정하고 있는 점도 사실상 아무런 정당성이 없을 수 있다.

#### IV. 맺는 말

의문사 특별법은 민주화운동 관련성을 요건화함으로써, 국가의 책임보다는 피해자의 민주발전기여의 공적을 높이 산다는 보상의 의미로서 진상규명을 한다는 듯이 보이는데, 의문사진상규명은 국가의 위법행위와 이에 대한 책임을 논하자는 것이지, 피해자를 보상해 주자는 것이 아니라는 점을 명백히 해야 할 것이다.

진정한 의미에서의 의문사란 국가의 국민에 대한 직·간접적인 살인을 의미하는 것으로서, 바로 이러한 문제의 해결, 다시 말해서 국가는 자기 자신의 범죄행위를 스스로 인정하고, 이제와서라도 불의를 바로 잡자는 것이 본래의 법의 목적이 되어야 할 것이며, 의문사 특별법은 이러한 목적에 부합하는 방향으로 개정되어야 한다.



사람이 죽으면 하늘이 무너진다고 했다. 더구나 국가의 책임으로 사람을 죽이는 반인륜적 범죄의 진상을 밝히는 데 있어서는 그 아무런 성역도 한계도 있을 수 없는 것이다.

사실 유가족들이 원하는 것은 공소시효가 적용되어서 가해자를 처벌하는 것 자체는 아니라고 생각한다. 죽은 자식을 또는 부모를 그리면서, 눈물로 보내 온 세월의 한을 그 무엇으로 달랠 수 있겠는가? 이것은 죽은 이들이 다시 살아 돌아오지 않는 한 그 어떠한 것으로도 위로될 수 없는 문제라고 생각한다. 가해자에 대한 처벌도, 보상금의 지급도 그 자체만으로는 별다른 의미가 없는 것이다.

오로지 중요한 것은 국가의 공식적인 한마디라고 할 수 있다. 의문사 사건의 가해기관으로 의심받고 있는 국가기관에서는 의문사 사건에 있어서 한결같이 의문사가 아니라 자살이라는 공식발표를 해 놓고 있는데, “그것이 아니다. 내 자식은 인생을 비관하여 자살한 것이 아니다. 간첩임을 인정하고 양심의 가책을 받아 자살한 것이 아니다”라는 그 한마디를 가해자인 국가로부터 듣고자 하는 것이다. 이것이 유가족들이 그 오랜 세월동안 정부에 대해 진상규명을 애절하게 호소해 왔던 진정한 목적이었다고 생각한다.

이제 과거 권위주의정권의 시대는 다행히 막을 내렸고, 새로운 민주주의 정부가 들어섰다. 의문사특별법이 목적으로 내걸고 있는 진정한 “국민화합”을 위해서는 “이제 민주정부에서의 국가정보원은 과거 독재정권에서의 중앙정보부와 같이 허위로 간첩사건이나 조작하고 고문하는 곳이 아니다. 안기부처럼 정치공작이나 하던 곳이 아니다. 이제 우리는 사건을 은폐하고 조작했던 과거의 경찰이나 군이 아니다.” 라는 점을 과거의 암울한 경험에 의해 이들 국가기관들을 불신할 수 밖

에 없는 국민들에게 명확히 보여줘야 할 필요가 있다. 이를 위해서는 과거의 썩은 부분은 도려내는 것이 지금 몸담고 있는 기관을 ‘진정’ 살리는 길이라는 점을 인식시켜 줘야 할 것이다. 따라서 과거청산의 진상조사에 이들 관련 국가기관이 적극적으로 참여할 수 있는 길을 열어주어, 스스로 반성할 수 있는 기회를 주는 것도 매우 중요한 대책이라고 생각한다.

의문사 문제는 물론 과거의 문제다. 그러나 이 문제의 해결은 지금 이 시대를 살고 있는 우리 모두의 책무인 것이다. 우리가 우리에게 주어진 책무를 다하지 못할 때 우리는 다시금 역사의 심판을 면하지 못할 것이며, 여기에는 의문사진상규명위원회의의 소속원들 모두가 그 대상이 된다는 점을 명심해야 할 것이다.

의문사진상규명작업은 우리의 썩은 과거를 청산하는 최초의 실행을 의미한다. 여기서부터 좌절된다면 더 이상의 미래도 없을 것이다. 과거청산을 좀 더 일찍 이루어서 이 땅에 인권과 민주주의의 뿌리를 좀 더 일찍이 확고히 하였더라면, 바로 오늘과 같이 참담한 정치적 혼란은 피할 수 있었을 것이다.

끝으로 과거청산의 목적에 부합하는 의문사 특별법의 전면적인 개정을 정부와 국회에 강력히 요구하며, 만에 하나 법률적 한계에 부딪혀 그 진상이 밝혀지지 못하는 문제가 단 한 건이라도 발생한다면, 진정한 의문사 사건의 해결의 과제는 절대로 여기서 좌절되거나 끝나지 않을 것이란 점을 분명히 하고자 한다. 다만 이 시점에서 과거청산의 문제로서의 의문사 문제를 해결하지 못한다면, 이를 이루지 내지 못한 우리 자신들만이 좌절하고 부끄러운 존재로 남을 뿐이다.



## 의문사진상규명에관한특별법 중 공소시효와 소멸시효 적용배제 필요성과 그 방안

이상훈 (변호사)

### I. 들어가며

국가기관에 의한 범죄행위에 있어서 공소시효를 배제하여야 한다는 주장은 그 간 계속 되어왔다. 특히 최근 이른바 수지 김 사건과 얼굴없는 고문 기술자로 알려졌던 이근안씨 사건을 통하여 공소시효를 배제하여야 한다는 주장이 강하게 제기되었고, 작년 5월에는 인권단체들이 연합하여 '반인도범죄등의 시효등에 관한 특별법'을 입법 청원하는 등 활발한 연구와 입법활동을 전개하여 왔다<sup>1)</sup>.

한편 의문사진상규명에관한특별법(이하 '의문사법')의 제정 과정에서도 공소시

1) 이에 대한 구체적인 내용은 "www.sarangbang.or.kr/kr/anti-human" 참조.

효를 배제해야 한다는 주장이 있었으나, 입법과정에서 헌법 제13조 제1항의 형 불불소급의 원칙 위반이라는 법리적인 문제 이외에 공소시효의 배제를 주장하는 다른 사안들과의 균형 문제로 보류된 바 있다.

본 발제에서는 의문사 사건에서의 공소시효 배제 문제에 관하여, 그간 주장되어 왔던 공소시효 배제의 정당성을 다시 확인한 후 '진정소급효의 인정문제'와 '입법 청원된 다른 법률과의 관계'를 추가하여 살펴보고자 한다. 아울러 유족들의 피해 구제와 관련한 소멸시효 문제에 관하여, 과연 유가족들이 어떤 피해를 입고 있는지, 피해 구제에 있어서 현행법상 어떠한 장벽이 있는지를 살펴본 후 발제자 나름대로의 안을 제시하고자 한다.

### II. 공소시효의 문제

#### 1. 공소시효에 관한 입법례

##### 가. 국내 입법례

(1) 공소시효란, 검사가 일정한 기간 동안 공소를 제기하지 않고 방치하는 경우에 국가의 소추권을 소멸시키는 제도를 말한다. 공소시효의 기간은 법정형에 따라 차이가 있고, 우리 현행법상 최장의 공소시효는 15년으로 규정되어 있다(형사소송법 제249조 제1항). 공소시효는 범죄행위를 종료한 때로부터 진행하



고, 공소시효기간이 완성하면 검사는 공소권 없음의 불기소처분을, 법원은 면소의 판결을 해야 한다. 의문사사건에서의 많은 경우가 범죄행위를 종료한 날로부터 15년이 지났기 때문에, 공소시효가 정지 또는 배제되어야만 행위자를 처벌할 수 있다.

(2) 공소시효가 정지되는 경우는 원칙적으로 검사가 공소를 제기한 경우이다 (형사소송법 제253조 제1항). 검사의 '공소의 제기' 이외에 공소시효가 정지되는 경우로는 형사처분을 면할 목적으로 범인이 국외에 도피한 때<sup>2)</sup>, 재정신청시<sup>3)</sup>, 소년보호사건에 대하여 소년부판사가 심리개시의 결정을 할 때<sup>4)</sup>, 가정폭력범죄에 있어서 가정보호사건이 법원에 송치된 때<sup>5)</sup> 등이 일반적으로 논의되고 있고, 기타 의문사 사건에서 특히 참조할 법안으로 「5·18민주화운동등에관한특별법」 제2조가 있다.

#### ※ 5·18민주화운동등에관한특별법 제2조

1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의 공소시효등에관한특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위 ⇒ 당해 범죄행위의 종료일로부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지

(3) 그리고 현행법상 공소시효를 배제한 대표적인 법안으로 「헌정질서파괴범

2) 형사소송법 제253조 제3항

3) 형사소송법 제262조 제2항, 부패방지법 제31조, 공직선거및선거부정방지법 제273조 등

4) 소년법 제54조

5) 가정폭력범죄의처벌등에관한특별법 제7조

죄의공소시효등에관한특별법」 제3조가 있다.

#### ※ 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제3조

헌정질서파괴범죄(형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄, 군형법 제2편 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄)와 집단살해죄의방지와처벌에관한협약에규정된 집단살해에 해당하는 범죄 ⇒ 공소시효의 적용 배제

#### 나. 의문사범 규정

한편 현행 의문사범에는 공소시효의 배제 조항은 규정되지 않은 채, 제31조에서 '공소시효의 정지' 조항만이 규정되어 있다. 당초 제정 초기의 민간단체안에서는 '당해 범죄의 종료일로부터 이법 발효일까지'의 기간 동안 공소시효가 정지되는 것으로 규정하였으나, 입법과정에서 '위원회의 조사개시 시점으로부터 결정시까지'만 공소시효가 정지되는 것으로 축소되었다.

#### (1) 현행법 제31조(공소시효의 정지)

① 제21조(조사의 개시)의 규정에 의한 위원회의 조사가 개시된 때부터 제27조(결정등의 통지)의 규정에 의한 결정시까지 조사대상 사건과 관련한 공소시효의 진행은 정지된다.

#### (2) 법제정 초기의 민간단체안

① 이 법에 의하여 의문사사건, 실종의 조사 결과 공권력의 위법한 직·간접적



인 행사로 인하여 형법 제24장 살인의 죄, 제26장 과실치사상의 죄 중 제267조(과실치사), 제268조(업무상 과실, 중과실치사상)의 죄로 사망에 이르게 한 경우, 국가의 소추권 행사에 장애 사유가 존재한 기간에는 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

② 제1항에서 “국가의 소추권 행사에 장애 사유가 존재한 기간”이라 함은 당해 범죄행위의 종료일로부터 이 법 발효일까지의 기간을 말한다.

#### 다. 외국 입법례

역사적으로 공소시효가 서구에서 정착된 것은 19세기 이후부터이고, 각국의 역사적 경험과 사회적 현실에 따라서 공소시효를 인정하는 범위와 내용, 그리고 정지사유에 있어서 차이가 있다. 다만 의문사 사건과 관련하여, 사형제가 폐지된 독일의 경우에는 모살죄의 경우에는 공소시효를 적용하지 아니하고, 미국의 경우 사형선고가 가능한 범죄는 공소시효를 적용하지 않고 있다<sup>6)</sup>.

### 2. 공소시효에 관한 1기 의문사 진상규명위원회의 대국민 보고 내용

1차 의문사 진상규명 위원회는 2002년 10월 15일 대국민보고서를 작성하였고, 그 중 공소시효와 관련하여 다음과 같이 의견을 제시하였다.

6) US Code, Title 18, Sec.3281. "An indictment for any offense punishable by death may be found at any time without limitation".

- 위원회의 조사결과 범죄를 행한 가해자가 드러났음에도 불구하고, 공소시효가 이미 완성된 사건의 경우에는 이를 고발하지 못하였다. 정부와 국회는 반인륜적 범죄 또는 국가의 인권 침해 범죄에 대해서는 공소시효를 배제하는 등의 입법조치를 취해야 한다. 정부는 또한 ‘국제형사재판소규정’을 비준하는 등 국가폭력으로 인한 범죄와 반인륜적 범죄를 처벌하기 위한 국제적인 차원의 조치를 실행해야 한다(권고 5.)

- 중대한 인권침해 범죄의 공소시효 배제를 입법화한다(권고 42)

- 이 같은 법률적 부조리가 반복된다면, 유사 범죄의 재발은 효과적으로 억제될 수 없다. 반인륜적 범죄행위와 같은 중대한 인권침해 범죄에 대하여 공소시효 배제를 입법화함으로써 의문사의 재발 가능성을 줄일 수 있을 것이다.

### 3. 공소시효의 정지 또는 배제가 가능한 것인가

가. 공소시효제도는 죄를 범한 사람은 반드시 처벌되어야 한다는 요청과 비록 죄를 범한 사람이라고 하더라도 언제까지나 소추에 관하여 불안정한 상태에 두어서는 안된다는 법적 안정성의 요청을 조화시킨 제도이다. 공소시효의 정지 또는 배제에 관한 입법을 추진함에 있어 법리상 논란이 되는 것은 헌법 제13조 제1항, 즉 ‘모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌되지 아니한다’라는 규정의 위반 여부이다.