인권정보자료실
CPb1.105

討 · 論 · 會

人權侵害犯罪者의 不處罰(IMPUNITY)問題

-韓國과 아르헨티나 두 나라의 經驗과 課題-

1994. 6. 15.(水)

主 催: 大 韓 辯 護 士 協 會

(後援 : 아르헨티나5月廣場어머니會招請推進委員會)

討論會 人權侵害犯罪者의 不處罰問題
大韓辯護士協會

인권정보자료실
CPb1.105

討 · 論 · 會

人權侵害犯罪者의 不處罰(IMPUNITY)問題

-韓國과 아르헨티나 두 나라의 經驗과 課題-

1994. 6. 15.(水)

主 催: 大 韓 辯 護 士 協 會

(後援 : 아르헨티나5月廣場어머니會招請推進委員會)

討 · 論 · 會

◐ 進行順序

15 : 00～15 : 10(10分)　開會 및 協會長人事
15 : 10～15 : 30(20分)　發　題 1.
15 : 30～16 : 00(30分)　發　題 2.
16 : 00～16 : 20(20分)　發　題 3.
16 : 20～16 : 30(10分)　休　息(Coffee Break)
16 : 30～17 : 40(70分)　指定討論 및 一般討論
17 : 40～18 : 00(20分)　整理 및 閉會

◐ 參加者

司　　會 : 朴 在 承　辯護士
發 題 者 : 朴 元 淳　辯護士
　　Dr. Hector Noli　辯護士
　　李 昇 鎬　教　授
討 論 者 : 車 炳 直　辯護士
　　朴 啓 東　國會議員
　　姜 慶 善　放送大法學科教授
　　田 桂 良　光州市議會議員 · 5.18眞相特委委員長

차 례

1. 過去事의 是正, 그 世界史的當爲와 現實－過去 人權侵害者의
不處罰(IMPUNITY)問題를 중심으로(朴元淳) 7

2. 아르헨티나의 彈壓에 대한 몇가지 생각(Dr. Hector Noli) 49

3. 韓國에서의 人權侵害者의 處罰을 위한 法的課題(李昇鎬) 59

과거사의 시정, 그 세계사적 당위와 현실

-과거 인권침해자의 '불처벌(IMPUNITY)'문제를 중심으로-

변호사 박 원 순

"나는 납치하고, 고문하고, 살인을 저지른 자들을 용서함으로써 평화가 오리라고 생각지 않는다. 단지 정의만이 진정한 평화를 보장할 것이다."[1]

"사면은 과거의 탄압을 변호하는 일에 한 발짝 다가서는 길이고, 그 변호는 지난 시대에 벌어졌던 참혹한 과오의 반복으로 인도할 것이다."[2]

1. 서 론

가. 민주적 이행과 '불처벌'문제의 보편화

민주적 변화의 물결이 전세계를 휩쓸고 있다.[3] 과거 군사독재가 지배하였던 그리이스, 포르투갈, 스페인 등 남부유럽에서 1970년대 중반부터 시작된 민주화 바람은 라틴아메리카의 아르헨티나, 브라질, 우루과이로 확대되고 마침내 아시아, 아프리카[4]로 불어오기 시작하였던 것이다. 한편 1980년대 후반에는 소련을 비롯한 동구의 공산주의국가들도 그 전체주의적 사회

1) Ernesto Sabato, "Pardon of Argentine Officers Angers Critics of the Military", *New York Times*, Octover 9th, 1989. 에르네스토 사바토는 소설가이자 아르헨티나 전국실종자위원회(National Commission on the Disappeared)의 회장이다.

2) Adriana Calvo de Labourde, 위의 같은 신문기사에서 인용

3) Dankwart A. Rustow, "Democracy: A Global Revolution?", *Foreign Affairs*, Vol.69, No.4, 1990, p.75.

4) 70년대와 80년대를 거쳐 수많은 아프리카의 독재자들이 그 악명을 떨쳤다. Amins, Bokassas, Bandas, Mobutus, Mengistus 등이 바로 그들이다. 이들은 아무런 반대자가 없는 일당독재를 확립하고 헤아릴 수 없는 시민들을 학살, 투옥, 고문하였다(A.M. Babu, "Human Rights and the One-Party State in Africa", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, No.2, 1989., p.188 이하). 그러나 이러한 현상도 1990년대에 이르면서 종말을 맞는다. 1990년 5월 이후 민주주의 확대와 독재정권퇴진의 요구에 따라 이디오피아, 소말리아, 말리, 베냉, 토고에서 독재자들이 축출되었고, 1991년 11월 잠비아의 독재자 케네스 카운다가 대통령선거에서 패배함으로써 노조지도자 출신의 프리드리크 칠루바에게 패배함으로써 평화적 정권교체를 이룩하였다(1991. 11. 10.자 중앙일보 및 *The Independent*, February 3, 1992. 기사 참조). 최근의 남아프리카 공화국에서의 '동화'같은 흑인정권의 출범은 해묵은 종족간의 분쟁과 경제적 곤란에도 불구하고 '검은 대륙' 아프리카에서의 민주적 변화의 백미를 상징한다.

해체를 경험하면서 다당제와 시장경제를 중심으로 하는 다원적 민주주의체제로 이행하고 있다. 냉전의 해소는 공산권국가들의 붕괴와 함께 그에 대항하기 위해 서방국가들에 의하여 건설, 지원받았던 군사정권의 기초도 허물어뜨리는 결과를 초래하였다.[5]

그러나 이러한 변화는 언제나 단선적이고 효율적으로만 진행되지는 않았다. 기존 체제의 저항과 타협, 혼란을 수반하기 일쑤였다. 특히 많은 나라에서 독재정권을 유지하였던 군부와 관료의 영향력이 새롭게 성립된 민간정부에 강력하게 잔존하거나[6] 민주적 정부로 이행하는 과도정권이 허약하여[7] 과거의 비리와 사회악을 청산하고 새로운 사회로 진전하는 데 한계를 노정하게 되었던 것이다.

이같은 현실 때문에 벌어지는 논쟁 중의 하나가 바로 '불처벌'(impunity)문제이다. 이들 나라에서 군부독재와 권위주의 통치시절에 이루어졌던 인권침해범죄로 말미암아 수많은 사람들이 고통을 당하였던 것은 주지의 사실이다. 공공연한 살해, 고문, 납치, 강간, 약식처형 등 온갖 종류의 악행이 정치권력 그 자체의 정책으로, 또는 하부 통치기관의 관행으로 자행되었다. 이 잔혹한 인권침해의 주모자와 가해자가 그들의 정책을 뒷받침하였던 권력의 붕괴와 더불어 심판대에 오르는 것은 어쩌면 당연한 일이기도 하였다. 인권침해자들에 대한 처벌은 민주적 정부로의 수립에 필수적인 경과조치일 수밖에 없었다.[8] 그러나 위에서 보았듯이 군사정권 또는 권위주의정부로부터 권력을 인수받은 체제는 대체로 과도적이거나 미온적이어서 이러한 대규모의 인권침해사건에 대하여 제대로 대응하는 데 실패하고 말았던 것이다. 실제 처벌의 법정에 서게 된 고위직 가해자들의 숫자는 극히 적은 일부에 제한되었다.[9] 이러한 '불처벌'의 현실은 개별희생자에 그치지 않고 그 사회전체에 긴장과 대결, 채워지지 않은 정의감과 분노

5) 터어키, 필리핀, 한국 등이 바로 이러한 예에 속한다. Dankwart A. Rustow, 위의 글, p.76

6) 이 어정쩡한 민주화과정에 관하여 어떤 글은 다음과 같이 표현하고 있다. "1980년대의 이 민주화과정의 결과는 무엇인가? 정밀하게 검토해 보면, 이 과정으로부터 결과되는 민주화는 제한적이고 조건부의 민주주의라고 보여진다. 군대는 병영으로 돌아갔지만 권력으로부터 완전히 멀어진 것이 아니다. 언제든 권력을 탈환할 수 있다. 당분간 권력의 불안정한 배분이 존재한다."(Permanent Peoples' Tribunal, *Proceedings on Impunity for Crimes against Humanity in Latin America*, Final Hearing, Bogota, Colombia, 25 April, 1991., p.16.)

7) 민간정부는 여러가지 측면에서 위약성을 지니게 되는 바 이러한 지적은 예컨대, 이데올로기적인 면에서도 타당하다. 오랜 군부의 세뇌와 영향력으로 '국가안보우월주의'는 민간영역에서조차 '불처벌'(impunity)문제의 극복에 가장 큰 장애가 되었다. 남미의 많은 국가에서 민주적 정부의 수립이 이러한 이데올로기의 변화를 가져오지 않았음을 증명해 주고 있다(Pemanent Peoples' Tribunal, 위의 재판기록집, p.16).

8) Jaime Malamud Goti, "Trying Violators of Humuan Rights: The Dilema of Transitional Democratic Governments", *Aspen Institute for Humanistic Studies Conference on State Crimes*, November 4~6, 1988., p.1

9) 콜럼비아의 예를 하나만 들면, 1989. 11. 7.부터 1990. 12.까지 약 1년 사이에 일어난 2,533명의 암살사건과 239명의 실종사건 가운데 단지 105명의 군인만이 행정적으로 처벌받았고 또 그 가운데 15명의 장교들이 암살, 실종, 고문 등의 혐의로 면직되었다(International League for the Rights and the Liberation of Peoples, *Impunity in Latin America: Oral Intervention*, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Miniorities, Forty-third Session, August 1991., pp.2~3.).

의 분위기를 팽배하게 하였다. 더 나아가 독재정권의 붕괴라는 전세계적 현상과 더불어 이 문제는 국제적으로 보편적 현상[10]임이 분명해지면서 세계인권단체와 인권기구들의 관심을 끌게 되었다.[11][12] 따라서 이 문제는 어느 특정국가, 특정지역의 문제라기 보다는 인권의 보장을 한 차원 높이기 위한 전 인류적 차원의 관심사로 등장하게 된 것이다.[13]

나. 처벌과 불처벌의 개념과 그 성격

> *"인류의 기원에서부터 오늘에 이르기까지 '불처벌'의 역사는 영원한 갈등과 이상한 파라독스의 하나이다. 즉 압박자와 피압박자, 시민사회와 국가, 인간의 양심과 야만 사이의 충돌이 바로 그 갈등의 모습이며, 사슬에서 해방된 피압박자들이 국가의 책임을 지고 처벌에 대한 최초의 다짐을 희석시키는 국가적 화해라는 구조 속으로 빠져들고 마는 것이 그 파라독스이다."*[14]

이 언급은 국가권력에 의하여 이루어지는 범죄자의 처벌과 불처벌에 관한 본질과 그 성격을 매우 날카롭게 지적하고 있다. 처벌의 요구와 불처벌의 관행 사이에는 일정한 갈등이 있고 역설이 있는 것이다. '처벌'과 '불처벌'의 문제는 위 인용문에서 말하고 있듯이 역사를 통하여 '숨바꼭질'을 되풀이 해 왔다. 권력에 의하여 압박을 받던 사람들이 권력을 장악하게 되면 보복의 회오리가 일기도 하다가 또 때로는 처벌의 정당한 요구를 무시하고 상당한 책임자들을 권력의 주변에 온존시켜 활용해 오기도 하였던 것이다. 2차세계대전 중의 끔찍하고도 비인도적인 범죄행위는 그 처벌의 필요성에 대한 인류의 자각을 가져왔다. 전쟁이 종료된 후 설치된 뉴른베르크, 동경에서의 전범재판소는 그와같은 중대한 범죄행위에 대하여 반드시 처벌이 이루어져야 한다는 인류의 신념과 국제사회의 합의에 따른 것이었다. 이 강력한 대응과 선례로

10) 이 문제가 유엔에서 제기되기 시작한 것도 세계적 보편성을 띠고 있음을 반영하고 있다. 여러 유엔 문건에서 이러한 성격이 강조되고 있다. 예컨대, 위 *E/CN.4/Sub.2/1992/NGO/20*, p.2 참조

11) 독재정권에서 민주적 정권으로의 이행과정에 관한 연구는 단순히 인권 또는 법률적 시각에서 뿐만 아니라 비교정치학의 차원에서 이루어지기도 하였다. John H. Herz, 위 Aspen Institute Conference on State Crimes에서의 발표논문, p.2.

12) '불처벌'문제가 2차세계대전 이후의 독재정권하에서 일어났던 인권침해범죄에 한정되는 것은 아니다. 뒤에서 보듯이 아프리카에서의 노예화와 식민지착취 등이 오늘날 '불처벌'과 배상의 문제로서 제기되고 있는 것이다. 이와같은 점에서 본다면 한국인을 비롯한 아시아인들이 2차세계대전 중 일본이 가한 '정신대' 등 야만적인 범죄행위의 경우에도 해당될 수 있는 논의이다.

13) 물론 이것은 각국의 민주화이행의 과정이 동일한 형태로 진행되었다는 것은 아니다. 위에서 본 남유럽의 경우 민주주의의 공고화에 상당한 진척을 이루었다면, 라틴아메리카에서는 민간정부가 계속 동요하고 있다는 차이점을 분명히 보여주고 있다(임현진, 제3세계연구, 서울대학교출판부, 1993., p.202). 그러나 이러한 차이점에도 불구하고 권위주의시대의 인권침해범죄에 대한 처벌, 배상 등 청산의 요구는 보편성을 지닌다.

14) *Progress Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations, Prepared by Mr.Guisse and Mr. Joinet (E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 July 1993)*, p.4

말미암아 이제 다시는 그같은 잔혹한 범행이 일어나지 않을 것이라는 낭만적 확신이 지배하던 시기이기도 하였다. 그러나 곧이어 등장한 냉전체제하에서 벌어지기 시작한 새로운 전쟁범죄, 동서경쟁의 우산하에서 수립, 확산된 독재정권이 저지른 인권침해범죄에 관하여 효율적으로 진압, 처벌하는 의지와 절차는 실종되었다. 심지어 나치범죄자들 조차 미국의 턱아래 숨어들기도 하고 남미의 많은 독재국가들에서 안전한 피신처를 찾기도 하였다. 이러한 상황에서 전세계적으로 인권침해범죄는 독버섯처럼 퍼져 또 한차례 인류는 야만적인 수난을 당했다. 이제 '처벌'보다는 '불처벌'의 문제가 더 크게 대두된 것이다.

여기서 '처벌'과 '불처벌'의 대상이 되는 범죄란 어떤 것을 말하는가? 모든 인권침해범죄가 그 논의의 대상이 되는 것인지 아니면 '중대한 인권침해'(gross violations of human rights)만인지 문제가 된다.[15] 그러나 흔히 인권이라고 하면 시민적 및 정치적 권리 뿐만 아니라 문화적, 경제적, 사회적 권리도 포함하기 때문에 이 모든 권리의 유린을 '인권침해범죄'로 규정하여 '처벌'하려는 것은 개념의 혼란이 올 가능성이 적지 않다.[16] 또한 '인권침해범죄'와 '비인도적 범죄'(crime against humanity), 또는 '조직적이고 대량의 인권침해'(systematic and mass violations of human rights)[17] 사이에는 어떠한 차이가 있는지 살펴볼 필요성이 있다. 우선 비인도적 범죄와 단순한 인권침해범죄의 차이에 관하여 다음 글이 명쾌하게 설명해 주고 있다.

> *"'단순한' 인권침해와 비인도적 범죄에까지 이르는 침해는 구별하는 것이 중요하다. 그렇지 않다면 그 처벌을 복수의 수단으로 기능하게 할 우려가 있다. 복수는 정의의 적이다. 한편으로 비인도적 범죄가 처벌됨으로써만 정의는 달성될 수 있다. 비인도적 범죄는 그 범죄가 행해지던 당시의 법률과 무관하게 처벌되어야 하는 것이고, 단순한 인권침해범죄는 그 범행 당시의 법률이 가벌적으로 하고 있을 때만 처벌될 수 있다는 점에서 차이가 있다."*[18]

다음으로 '조직적이고 대량의 인권침해'는 아래의 행위들을 주로 지칭하는 것이다. "살인, 고문, 노예상태 또는 강제노동체제를 만들거나 유지하는 행위, 추방 또는 강제적인 인구의 이

15) 중대한 인권의 침해라는 용어는 제노사이드, 약식처형, 강제적인 실종, 고문과 또다른 중대한 육체적 인권침해, 장기간의 자의적 구금 등을 의미한다는 견해가 있다(*Human Rights Watch*, No.4, December 1989., p.2).

16) 인권침해범죄가 무엇을 의미하는 지에 관하여 명확히 답변하기는 어렵다. 인권이라는 단어는 대단히 다의적이며 또한 여러 종류의 인권이 있기 때문이다. 경제적, 사회적, 문화적 인권(econimic, social and cultural rights)의 침해 역시 처벌받아야 한다는 주장도 있다(*E/CN.4/Sub.2/1992/NGO/20*, 11 August 1992., p.2). 그러나 여기서 말하는 인권침해범죄는 주로 시민적 및 정치적 인권(civil and political rights)을 중심으로 논의되어 온 것이 사실이다. 인권의 경중이 반드시 있다고는 할 수 없지만, '불처벌'의 문제로 제기되어 온 것은 보다 심각한 형태의 인권침해에 대해서이다(영어로는 gross violations of human rights로 쓰이고 있다).

17) 이 용어는 국제연합의 부속기관인 국제법위원회(International Law Commission)이 유엔총회의 위임에 따라 만든 '인류의 평화와 안전을 침해하는 범죄의 법전초안'에서 사용되고 있다.

18) G. Marcou, "Gnadenlos Deutch", *VDJ-Forum*, 1992. 1., p.14

동, 사회적 정치적 인종적 종교적 또는 문화적 이유로 한 학대"[19] 이러한 종류의 인권침해는 통상의 행위보다는 보다 중대한 것이라고 말할 수 있으나 그 구별이 명확한 것은 아니다. 아무튼 '불처벌'의 논의대상이 되는 범죄란 결국 처벌의 필요성과 당위성을 쉽게 받아들일 수 있는 기준에 의하여 구체적으로 결정되어야 할 것이다. 이미 국제법에서 발전되어 온 '비인도적 범죄' '중대한 인권침해' '조직적이고 대량의 인권침해' 등의 개념이 중요한 잣대가 될 것임은 의문의 여지가 없다.

2. '불처벌'(IMPUNITY)문제 논의의 진전과정

가. 개 관

이미 본 것처럼 '불처벌'의 역사는 아주 오랜 역사로 거슬러 올라간다. 그러나 보다 구체적으로 국제사회가 이 문제에 큰 주목과 관심을 쏟게 된 것은 1980년대 남미와 아프리카, 아시아에서의 독재정권의 붕괴와 민주화로의 이행단계에서 과거의 인권침해범죄에 관한 처벌을 둘러싸고 벌였던 논쟁과 투쟁의 소용돌이가 일면서부터이다. 이 부분에서 우리는 어떻게 한 국가내의 '불처벌'의 좌절이 지역사회, 나아가 국제사회, 특히 유엔의 마당에까지 논의되는 상황으로 확산되었는가 하는 점을 간단히 고찰해 볼 것이다.

그러나 '불처벌'의 문제가 단순히 1970년대의 독재정권하에서의 인권침해범죄에 한정되어 제기되는 것은 아니라는 점을 명확히 해 둘 필요가 있다. 서구열강에 의하여 짓밟힌 아프리카와 아시아의 식민지시대까지 거슬러 올라가 '불처벌'과 그로 인한 책임의 문제가 제기되고 있는 것이다.

2차세계대전 직후 전쟁중에 벌어졌던 참혹한 인권유린사태에 대하여 책임자를 처벌한 것은 여러가지 측면에서 국제법의 비약을 이룩한 것이요, 중요한 선례를 축적한 것이었다. 이 소중한 인류의 경험에도 불구하고 냉전의 개시와 더불어 지구 곳곳에서 시작된 독재와 전체주의의 회오리바람은 다시금 중대한 인권의 침해를 다반사로 여기게 만들었다. 그러나 2차대전 이후 전범과 비인도적 범죄자의 처벌에 동원되었던 근거와 선례는 오늘날 인권침해범죄자의 '불처벌'현상을 극복하는 이론적 바탕이 되었다.

이 과정에서 유엔을 중심으로 하여 이 문제에 관한 논의와 고민은 부족하나마 일정한 국제법적 발전을 성취하였다. 적지 않은 성문의 협약과 조약이 직접 또는 간접으로 이 문제를 언급하고 있으며 지역적 또는 국제적 인권기구에서의 선례들이 축적되어가고 있다. 아직 이러한 논의와 규범의 수준이 '불처벌'의 현상을 시정하고 극복하는데 한계를 보이고 있는 점은 분명

19) 위 '인류의 평화와 안전을 침해하는 범죄법전초안' 제21조가 규정하고 있는 내용이다.

하나 앞으로 전진하고 있음도 명백하다.

나. 2차대전 직후의 선례

2차세계대전은 인류가 목도한 가장 비극적인 참상이 벌어졌던 전쟁이었다. 이 기간중에 보도된 나치의 민간인, 포로들에 대한 잔혹한 인권침해행위는 모든 인류로 하여금 재발을 막기 위해 철저한 처벌을 가해야 한다는 여론을 자연스럽게 모으게 되었다. 이리하여 전후 그 잔학행위에 가담한 개인도 국제법상 책임을 져야 한다는 이론과 관행이 성립되기에 이르렀다.[20] 뉴른베르크 전범재판소와 동경 전범재판소, 이에 따른 수많은 군사법정들이 바로 그 이론과 관행을 구체화시킨 역사적 법정이 되었다.[21]

전쟁중의 범죄행위로 군사법정에 섰던 피고인들은 대체로 세가지의 혐의를 받았다. 평화에 대한 죄(crime against peace),[22] 전쟁범죄(war crime),[23] 인도에 대한 죄(crime against humanity)[24]가 그것이다. 이러한 전쟁범죄, 비인도적 범죄 등의 처벌은 인권침해범죄자처벌에 있어서 몇가지 중요한 선례를 남겼다. 첫째, 개인이 처벌될 수 있게 되었다는 점이다. 둘째, 비인도적 범죄 등은 이른바 '국제적 범죄'(international crimes)로서 '보편적 관할권'(universal jurisdiction)이 인정되며 또한 범죄인은 당사국간의 특별한 조약이 없이도 송환책임을 진다.[25] 세째, 이와 같은 범죄에 대하여 공소시효를 인정하는 것은 부적절하다는 요구에 기초하여 공소시효의 적용을 배제하는 조약 등을 탄생시켰다.[26]

20) 2차대전 중의 전범과 비인도적 범죄자에 대한 처벌의 관행은 이들의 '불처벌'이 국제법위반이 되게 만들었다. 1943년의 '히틀러주의자들이 범한 잔혹행위의 책임에 관한 선언'(Declaration on the Responsibility of the Hitlerites for the Atrocities Committed)에서 그 범죄가 저질러진 국가로 전범이 송환되어 재판받도록 선포하고 있으며, 1945. 6. 5.의 독일의 항복선언 자체에서 전범의 구금과 인도는 언제든지 이루어져야 한다는 사실이 명기되었다.

21) 뉴른베르크 재판은 침략전쟁과 무력사용을 금지하는 현대 국제법원칙을 성립시키는데 기념비가 되었다. 뿐만아니라 뉴른베르크의 교훈은 언제나 모든 형태의 파시즘, 인종차별주의와 군사화의 이데올로기에 대한 경각심과 경고를 주고 있다(George Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1990., p.7).

22) 침략전쟁(wars of agression)을 기획하고 수행한 행위를 이 혐의로 처벌하였다. 그러나 침략전쟁의 개념은 방위적 전쟁과 구별하기 어려운 데다가 뉴른베르크 재판에서 비로소 다루어지기 시작하여 그 적법성을 둘러싸고 크게 논쟁이 일었다(Franz B. Schick, "Crimes against Peace", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.38, No.5, 1948., p. 445 이하).

23) 전쟁상황에서의 여러 종류의 법(laws of warfare)을 위반한 행동을 말한다. 2차세계대전 이전에도 이미 다양한 전쟁법규가 존재하였기 때문에 이 종류의 혐의는 비교적 새로운 것이 아니었다.

24) 전쟁에 관계없는 민간인에 대한 각종 인권유린행위가 이 유형에 해당한다. 유태인에 대한 학살 등 각종의 범죄행위가 전형적이라고 할 수 있다.

25) L.C. Green, "Political Offence, War Crimes, and Extradition", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.2, 1962., p. 329

26) 이른바 '전쟁범죄와 비인도적 범죄에 대하여 국내법상의 제약을 적용하지 않기로 하는 협약'(*The Convention on Non-applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes against Humanity*)이 바로 그것이다.

나치전범과 비인도적 범죄자들에 대한 추적과 처벌이 지금까지 이루어지는 과정에서 위와 같은 관행과 선례 등은 80년대 이후 붕괴된 독재정권하의 인권침해자에 대하여 곧바로 적용이 가능한 것들이었다. 비록 그 처벌이 국제적 재판소가 자신의 법률에 근거하여 처벌이 이루어졌다는 특수성은 있지만 적어도 그같은 범죄들이 국제법하에서 처벌될 수 있다는 근거를 제시하였던 것은 분명하였던 것이다. 다만 나치전범에 비하여 처벌이 제대로 이루어지지 않았던 이유는 나치전범에 대한 처벌이 전후 전승국이었던 연합국의 강력한 의지에 의하여 추진되었음에 비하여 독재권력하의 인권침해범죄자에 대해서는 처벌주체와 처벌의지가 결핍되어 있기 때문이라고 할 수 있다.

나. 80년대 '불처벌'문제의 국제사회로의 확대과정

A. '여론의 법정'

그러나 이러한 선례가 구속력을 가지고 전쟁범죄 또는 비인도적 범죄의 처벌을 확보하지는 못하였다. 동서냉전은 2차세계대전 직후 확립한 이들 범죄자들에 대한 처벌을 불가능하게 만든 결정적 요인이 되었다. 이러한 상황에서 동서 양진영이 협력하는 국제적 형사재판소 또는 인권재판소의 설치란 불가능한 일이었다. 비록 구속력있는 법적 권위는 가지지 못하지만, 국제사회의 여론을 환기시켜 이들 범죄의 죄악을 고발하고 경종을 주려는 운동이 일어나게 되었다. 이른바 '여론의 법정'(courts of opinion)이 그것이다.[27] 상설민중재판소(Permanent Peoples' Tribunal)가 이러한 종류로서는 가장 유명하다.[28] 베트남전쟁, 미국의 니카라과 개입, 살라자르 정권하의 정치경찰범죄, 남미에서의 불처벌문제 등에 관하여 재판을 열어 국제법적 근거에서 그 범죄성을 분석하고 세계여론에 호소하였다.[29]

이 과정에 큰 분수령이 되었던 것은 1989. 11. 이후 콜롬비아, 우루과이, 아르헨티나, 파라과이, 브라질, 페루, 과테말라, 혼두라스, 에콰도르, 파나마, 칠레 등지에서 열리기 시작한 상설민중재판소의 심리였다. 이 재판소는 남미지역에서 벌어진 비인도적 범죄의 '불처벌'에 집중하여 심리를 벌였고 문제점들을 지적하였다. 최종적으로 아르헨티나, 볼리비아, 브라질 등의 남미국가들이 비인도적 범죄를 포함하여 중대하고도 조직적인 인권침해범죄를 처벌할

27) 위 *E/CN.4/Sub.2/1993/6*, p.7

28) 처음에는 영국의 버트란트 러셀이 주도하여 만들었기 때문에 '러셀 재판소'(The Russel Tribunal)이라고 불렸다.

29) 비록 공식적인 법적 권위는 확보하고 있지는 못하지만 이 상설민중재판소는 세계인권선언, 국제인권규약 등 국제법적 규범을 근거로 법률적 절차와 접근에 의하여 판단과 권고를 하고 있다. 피고인의 신병을 확보해 두지 못한 상태에서 그 판결의 구속력과 권위를 갖고 있지는 않아 '모의재판'의 성격을 벗어날 수는 없지만 권위있는 국제법전문가와 법률가들로 재판부가 구성되고 그 심리절차, 쌍방의 입장을 대변하는 실질적 증인확보의 노력이 이루어지기 때문에 국제사회에 미치는 압력과 영향력이 적지 않다(위 E/CN.4/Sub.2/1993/6, p.8 참조).

국제법상의 의무를 위반하고 있으며 미국도 그에 대한 공범으로서 책임을 져야 한다고 판결하였다.[30]

B. 비정부인권단체들의 활동

서두에서 보았듯이 1970년대부터 시작된 남부유럽과 이에 이은 남미대륙에서의 민주적 정부로의 이행과정에서 일부 인권단체는 과거에 벌어졌던 인권침해와 그 가해자들의 처벌문제를 재기하기도 하였다. 그들은 그리이스와 니카라과에서의 인권남용자에 대한 재판에 관심을 보이기도 하였다. 그러나 대체로 인권단체들의 활동의 중심은 현재 벌어지고 있는 인권침해에 집중되었고, 과거의 인권침해, 또는 미래의 인권침해방지에 있지 않았다.[31]

희생자와 그 가족들에 의한 단체의 결성은 보다 강력한 항의와 처벌의 요구를 집단화하는 계기를 마련하였다. '마요 광장의 어머니회' 같은 개별국가에서의 인권단체들은 점차 그 활동반경을 넓혀 '실종구금자가족협회 남미연맹'(Latin-American Federation of Associations of Relatives of Disappeared Detainees, FEDEFAM)과 같은 지역적 조직체를 만들어내기도 하였다. 이 단체들은 '불처벌'문제에 그 활동을 집중하였다.[32]

조직적 활동의 위험성은 언제나 존재하였지만 피해자와 그 가족들의 조직들은 꾸준히 늘어나는 현상을 보이고 있다. 이러한 단체들의 활동은 단순히 피해사례를 모니터하는 수준에 그치지 않고 각종의 국제적 포럼에서 동일한 범죄의 반복을 중단시킬 수 있는 조치의 채택을 촉구하는 운동으로 나아가고 있다.[33]

C. 국제기구와 국제사회에서의 논의 확대

남미지역에서의 인권침해범죄자에 대한 처벌이 대체로 실패로 이어지면서 유엔 등 국제기구와 국제사회로 그 논쟁의 무대가 옮겨졌다. 유엔인권위원회에 남미와 세계적 인권단체들이 이 문제를 1980년대 후반 이후 거의 매년 제기하기 시작하였다.[34] 이에 따라 현재 이 문제에 관한 특별보고관이 임명되어 '불처벌'문제의 현황과 대책에 관하여 조사와 연구를 벌이고 있다. 이러한 유엔의 관심에는 많은 비정부단체들의 적극적인 활동이 뒷받침되어 있었던 것은 위에서 본대로이다. 이들의 활동이 국제사회의 여론을 움직였고 유엔의 기구와 그 활동에 반

30) Permanent Peoples' Tribunal, 위의 재판기록집, pp.33~34

31) Zalaquett, 위의 글, p.2

32) 위 E/CN.4/Sub.2/1993/6, p.8

33) Walter Alban Peralta, "Identifying Victims and Searching for Disappeared Persons", *International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, The Commission nationale consultative des droits de l'homme and the International Commission of Jurists, November 1992., Geneva, p.292

34) 비정부단체들이 유엔에 제기한 몇가지 문서만 보아도 다음과 같다. *E/CN.4/1988/NGO/51, E/CN.4.1989/NGO/66, E/CN.4/1990/NGO/31, E/CN.4/Sub.2/1990/NGO/10, E/CN.4/1991/NGO/41*

영되었던 것이다.

이러한 관심은 인권의 후진지역이라고 할 수 있는 아시아지역에까지 미쳐왔다. 1991. 7. 29.부터 31.까지 열린 '인권입법과 민주주의에로의 이행에 관한 제1차 국제회의'(First International Conference on Human Rights Law-Making and Transition to Democracy)가 네팔 카투만두에서 열려 민주주의 이행과정에서 인권침해자의 사면과 국제적인 기준에 관하여 다음과 같이 결의하였다.[35]

> *"인권침해자는 책임을 지고 기소되어 공정하고도 신속한 재판에 회부되어야 하고, 인권침해사건에 대한 충분한 조사와 완전한 공개는 정부의 책임이며, …인권침해를 기획하고 실행한 정부 지도자들에 대한 어떠한 사면도 반대하고, …형벌과 또다른 제재가 미래의 반복을 방지하고 독재를 지지한 사람을 경계하여야 하며, …인권남용에 대하여 투쟁하였던 많은 용기있는 시민들은, 희생자들이 정의가 행해지는 것을 알 권리가 있듯이, 국가적 승인을 받을 자격이 있고, 정부는 네팔 민중의 인권과 민주주의를 위해 헌신하다가 죽은 순교자와 살아있는 영웅들을 영구히 기념할 성실한 조치를 취하여야 한다."*

다. 국제법적 발전과 그 한계

A. 기존의 성문의 국제법적 근거로 본 '불처벌'문제

인권침해자를 처벌하는 것이 명백한 국제관습법이 되었는지 여부에 관하여 논쟁의 여지가 있다. 그러나 여러 종류의 국제조약과 협약은 사실상 인권침해의 범죄자를 처벌하여야 한다는 명시적인 또는 그런 해석이 가능한 조항들을 담고 있다. 이 성문의 국제법 규범들은 대체로 해당 범죄를 비인도적 범죄 또는 국제법하의 범죄(crime under international law)로 규정하여 관할권, 공소시효, 송환 등에 관하여 특칙을 두고 있다. 즉 그같은 범죄는 범죄지 또는 국적이라는 관할권을 넘어서서 어느 국가나 처벌할 수 있다는 보편적 관할권, 공소시효의 시간적 제한이 그 처벌에 부과될 수 없다는 사실 등을 명시하고 있는 것이다. 차례대로 각 조약 또는 협약의 내용을 극히 간략하게 살펴보기로 하자.

① 세계인권선언 제8조는 "누구나 헌법과 법률이 부여하는 기본적 권리를 침해하는 행동에 대하여 적절한 재판소에 의하여 효과적인 구제를 받을 권리를 가진다"고 선언함으로써 인권침해범죄자에 대한 처벌의 요청권을 피해자에게 부여하고 있다.

② 국제인권규약(ICCPR)은 제2조에서 규약이 인정하고 있는 권리를 당사국이 보장하도록 요구하고 있으며 피해자가 그 침해에 대해서 효과적인 구제책을 행사할 수 있도록 하고

35) Institute for Human Rights, Environment and Development(INHURED), *Recommendations*, First International Conference on Human Rights Law-Making and Transition to Democracy, July 29~31, 1991., Kathmandu, Nepal, pp.14~15

있다.[36] 이러한 요구는 그 권리의 침해를 방지하고 저지할 수 있도록 하기 위하여 침해자를 처벌할 의무를 부과하는 것으로 해석되고 있다.

③ 고문방지협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)의 제4조는 보다 명확히 처벌의무를 부과하고 있다. 동 조약 제4조는 "모든 당사국은 일체의 고문행위는 형사법의 처벌대상임을 명확히 하여야 한다. 같은 규정이 고문행위를 저지르려고 하는 자 또는 그 공범이나 참여자들에게도 꼭같이 적용되어야 한다." 더구나 제5조는 그 관할아래 있는 고문범죄자들을 재판하거나 추방할 의무를 부과하는 이른바 '보편적 관할권'과 '송환 아니면 처벌'(*extradite or punish*)원칙[37]을 인정하고 있다.

④ '제노사이드금지협약'(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)은 제노사이드를 '국제법하의 범죄'(a crime under international law)로 규정하고 있다. 이것은 제노사이드범죄를 비인도적 범죄의 한 형태로 유추하고 있음을 뜻한다.[38] 제4조는 "책임자는 당사국이 그 관할권을 인정한 국제형사재판소(international penal tribunal)에서 재판받는다"고 규정하고 있으나 이러한 재판소는 탄생되지 않기 때문에 이 조항은 사실상 사문화되었다. 그러나 책임자의 처벌을 명시하고 있다는 점에서 큰 의미가 있다.

⑤ '아파르테이트범죄금지국제협약'(International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid) 제5조는 다음과 같이 정하고 있다.[39] "이 협약 제2조에서 정하는 범행을 저지른 자는 기소된 사람에 대하여 관할권을 획득한 어떠한 조약당사국의 정당한 법정 또는 당사국이 그 관할권을 인정한 국제형사재판소에 의하여 재판받는다." 위에서 본 것처럼 국제재판소는 결코 존재한 적이 없고 당사국에 의하여 무시되어 왔기 때문에 이 조항도 많은 비정부단체의 항의의 근거가 되었을 뿐이다.

⑥ '전범과 비인도적 범죄자에 대하여 국내법적 제한을 적용하지 않기로 하는 협약'은 전범

36) 제2조의 관련 규정은 다음과 같다.
제1항, 이 규약의 당사국은 그 영토와 관할아래 있는 모든 개인에 대하여 어떤 종류의 차별없이 이 규약에 보장된 권리를 존중하고 실현하여야 한다.
제3항, 이 규약의 당사국은 다음과 같은 조치를 취한다.
(a) 이 규약에서 보장한 권리와 자유를 침해당한 사람은 공적인 입장에서 범해진 침해인지의 여부를 불문하고 효과적인 구제를 받을 권리가 있다.
(b) 그러한 구제를 받고자 하는 사람에게는 적법한 사법적, 행정적, 입법적 당국 또는 다른 국가의 실정법으로 보장된 정당한 기관에 의하여, 그리고 사법적 구제의 가능성을 발전시키기 위하여 부여된 권리를 가진다.

37) 이 원칙에 대해서는 뒤에서 자세히 설명한다.

38) 위 E/CN.4/Sub.2/1993/6, p.16

39) 1973. 11. 30. 성립된 이 협약은 남아프리카공화국의 인종차별정책을 비인도적 범죄의 하나로 분류하여 비판한 유엔총회의 수차례에 걸친 결의 끝에 나온 것이다(유엔총회 Resoultion 2202 of 16 December 1966., Resolution 37/69 A of 19 December 1982. 등).

과 비인도적 범죄자의 추적, 체포, 추방, 처벌 등에 관하여 시효 등 국내법적 제한을 배제하고 추방 등의 조치를 원활히 할 수 있도록 보장하고 있다.

⑦ '모든 인간의 실종으로부터의 보호에 관한 선언'(Declarations on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances)은 1992. 12. 18. 유엔총회에 의하여 채택되었다. 이 선언은 '불처벌'에 대한 가장 진전된 규범으로 평가받고 있다. 가장 중요한 조항을 살펴보면 다음과 같다.

(a) 서문의 네번째 단락은 "강제실종의 조직적 관행은 비인도적 범죄의 성격을 지닌다"고 규정하고 있다.
(b) 제3조, 제6조는 처벌의 여건을 완화시키는 것을 금지함으로써 이른바 '직무이행'(due obedience)의 원칙으로부터 혜택을 받는 것을 불허하고 있다. 다만 실종사건의 정보를 제공함으로써 그 사건들을 공개, 조사하는 데 도움을 주고 반성의 표시를 한 사람에게는 예외로 할 수 있도록 하고 있다.
(c) 제14조는 이른바 '보편적 관할권'을 규정하고 있다.
(d) 제17조는 실종사건은 지금도 진행중인 범죄로 규정하여 공소시효의 시기(始期)를 범행시기로부터 실종된 사람이 나타나거나 사망이 확인된 시점으로 연기함으로써 사실상 공소시효의 제한을 적용하지 않고 있다.

⑧ 제네바협약 및 선택의정서는 이른바 인도법(humanitarian law)의 경전(經典)에 해당한다. 4개의 협약과 2개의 선택의정서로 구성되어 있다. 여기에도 전범들에 대한 색출과 처벌의 법적 의무가 당사국에 주어지며[40] '보편적 관할권'이 인정된다. 1992년말 현재 175개국이 가입하고 있어 '불처벌'에 대한 가장 보편적이고 강력한 무기가 될 수 있다. 그러나 현실에서는 그 조항의 적용이 보편화되고 있지 못하다.

⑨ '평화와 인류의 안전을 위협하는 범죄의 법전초안'(Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind)은 유엔의 부속기관인 국제법위원회(International Law Commission)에서 2차세계대전 이후 국제형법의 형태로 준비된 것이다. 이 초안의 제21조는 '인권의 체계적이고 중대한 침해'에 관한 규정을 두고 있다.

B. 국제관습법으로서의 인권침해범죄자처벌의 법적 의무

인권침해범죄자처벌의 의무가 각국에 부과되어 있다는 사실은 위와같은 성문협약과 조

40) 제네바협약(IV)은 이 문제에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. "당사국은 중대한 위반을 했거나 그러한 위반을 명령한 사람을 색출하고, 그 국적에 상관없이 당사국의 법정에서 재판하거나 다른 당사국에서 재판할 수 있도록 인도하여야 할 의무를 진다."

약[41] 외에도 각국의 관행, 지역인권기구의 판결, 비정부인권단체들의 계속된 운동, 인류의 보편적 인식 등에 의하여 뒷받침되어 왔다. 따라서 현재의 단계에서 그같은 의무는 국제관습법의 한 형태로 성립되어 있다고 볼 수 있다.

특히 미주인권재판소는 여러차례 그 보고서와 결정을 통하여 과거인권침해 범죄자의 국가적 처벌의무를 명백히 했다. 이 의무는 동시에 피해자가 가지는 배상의 권리의 한 형태로서 국제관습법이 인정하고 있다고 본 것이다. 이에 따라 남미의 여러 국가들은 적어도 수사적으로라도 그러한 의무를 다할 것을 다짐해 왔다.[42] 미주인권재판소가 1988. 7. 29. 선고한 Velasquez사건[43]은 미주인권협약의 해석을 통하여 동 협약이 단순히 인권을 '존중'(respect)하는 것에 그치는 것이 아니라 '보장'(ensure)하여야 하기 때문에 당사국은 인권침해를 예방하고, 침해사실을 조사하며, 나아가 처벌할 의무까지 부담한다는 것을 판결하였다.

뿐만 아니라 인권침해범죄자의 처벌이 국제관습법으로 확립되어 왔다는 사실은 각국의 관행, 각국의 국내법조항, 국제기구의 결의와 선언 등에 의하여 증명된다.[44] 각국의 관행과 국내법에 관하여는 뒤에서 자세히 보기로 하고[45] 여기서는 각국대표들의 국제사회에서의 발언과 국제기구의 결의 및 선언에 대해서만 간단히 설명한다. 개별 국가들로서는 겉으로 인권침해자를 조사, 기소할 의무가 없다고 말하지 않으려 한다. 사면법을 통과시킨 국가들조차도 그러한 의무를 부인하기 보다는 그 의무를 상쇄시킬 만한 급박한 상황을 들어 사면법을 정당화하려 하였다. 그 국가들의 대표들은 국제기구의 회의석상에서 국제법상의 규범의 준수를 다짐하고 있다. 예컨대, 우루과이 민간정부가 사실상 사면법을 제정하였음에도 불구하고 그 대표는 유엔 인권위원회에 나와 종전의 독재정권하에서 저질러진 인권침해에 관하여 조사를 벌여 그 범죄자들을 처벌하겠다고 발언하였던 것이다. 다시 1년 뒤 유엔상주대표부는 인권위원회에 비

41) 위에서 본 각 국제협약 및 조약들은 당사국에게 국내법을 그 내용에 맞추어 개정할 것을 요구하고 있다. 예컨대, 1948년의 제네바 협약 제5조, 1973년의 아파르테이트금지협약 제5조, 고문방지협약 제4조 등이 그러한 요구를 담고 있는 조항이다.

42) The Washigton Office on Latin America, 위의 책, p.15

43) Velasquez는 혼두라스 학생운동가로 혼두라스 군부에 의하여 체포, 고문, 살해당했다. 혼두라스 당국은 그의 행방과 국가의 개입사실을 전면 부인했다. 그 가족은 1986년 미주인권재판소에 생명에 대한 권리, 개인적 자유와 인도적 대우에 대한 권리 등을 침해당하였다고 주장하면서 고소를 제기하였다. 미주인권재판소는 1981년과 1984년 사이에 혼두라스 정부가 일련의 실종사건을 수행했거나 묵인한 사실을 인정하면서 미주인권협약상의 권리를 '보장'(ensure)한다는 것은 단순히 이론상으로 고소사건을 다룰 법률체제가 존재한다는 것을 넘어서서 자유로 보고 완전한 인권의 향유를 보장하여야 한다는 당사국의 적극적인 의무를 부과하였던 것이다(Naomi Rotht-Arriaza, 위의 글, pp.469~474 참조).

44) 이에 대하여 자세한 내용은 Naomi Roht-Arriaza, "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, Vol.78, No.2, March 1990., p.451 이하

45) 제5항 '불처벌'의 지역적 현상 부분에서 각국의 '불처벌'사례와 과정을 검토하기로 한다.

슷한 다짐을 하였다.[46] 칠레,[47] 엘살바도르[48] 등의 정부대표들도 마찬가지의 태도를 보임으로써 어느 국가도 그 범죄자들의 색출과 처벌의 국가적 의무를 부인하지 않았다. 뿐만 아니라 개별국가들은 상호간의 외교적, 정치적 교류에 의해서도 이러한 규범의 존재를 인정, 존중해 왔다. 예컨대, 미국정부는 대량학살의 책임이 있는 자들의 만족스런 조사와 기소를 조건으로 엘살바도르에 경제원조를 제공하였으며 미국의 원조중단압력에 칠레정부는 전외무장관 Letelier의 살해책임자를 기소할 모든 책임을 다하겠다고 약속하였다.[49]

한편 1985년 유엔총회는 만장일치로 '범죄피해자와 권력남용에 대한 정의의 기본적 원칙선언'을 채택하였다.[50] 여기서 인권에 관련되어 국제적으로 승인된 규범을 침해한 범죄에 대하여 탐지, 기소, 선고할 것을 요구하고 있다. 유엔 범죄예방 및 통제위원회가 마련한 '초법적, 자의적, 약식처형의 효과적인 예방과 조사에 관한 결의' 초안 역시 처벌의무의 법원이 되기에 족하다.[51] 이 초안은 중대한 인권침해에 관하여 조사, 기소하고 그 결과를 공개할 의무를 국가측에 요구하고 있다.

3. '불처벌'(IMPUNITY)논의의 제쟁점

가. 개 관

'불처벌'문제는 여러 측면과 시각에서 논의될 수 있다. 가해자, 피해자의 입장, 개인과 국가 또는 사회의 입장에서 서로 다른 견해를 보일 수 있다. 앞에서 보았듯이 '불처벌'을 둘러싼 이해관계의 대립은 심각한 것이며 여러가지 요구가 동시에 분출하고 있다. 이러한 상이한 입장과 요구때문에 '불처벌'이 이루어지는 상황과 과정에서 첨예한 갈등과 논쟁이 발생한다.

여기서는 국민적 화해와 강력한 처벌의 요구 사이의 철학적, 종교적, 법률적 논쟁, '불처벌'의 한 요소라고 할 수 있는 진실은폐의 문제, '불처벌'의 근거로 이용되고 있는 명령복종행위였다는 변명, 공소시효만료와 소급효금지원칙의 허용성, '불처벌'의 결과를 피할 수 있는 관할

46) Naomi Roth-Arriaza, 위의 글, p.496.

47) 칠레정부는 1984년 인권이사회의 위원들이 제기한 질문에 답변하면서 칠레의 당국이 실종사건을 조사하고 있고 가려진 책임자는 기소될 것이라고 언명하였다(*Consideration of Reports Submitted by States Party Under Article 40 of the Covenant, U.N.Doc.CCPR/C/SR.529*, 1984).

48) 엘살바도르 대표 역시 1987년 인권이사회에서 당시의 Duarte 대통령정부가 인권침해혐의가 있는 경찰의 한 부서를 폐쇄하였으며 1천여명의 군인 및 보안요원을 인권침해혐의로 기소하였다고 답변하였다(*Consideration of Reports, U.N.Doc.CCPR/C/SR.596*, 1985).

49) Naomi Roht-Arriaza, 위의 글, pp.497~498

50) U.N.Doc.A/40/53, 1985

51) U.N.Doc.E/CN.4/1989/25, 1989

권과 송환의 문제, 형사적 처벌 외의 불이익으로서의 공직추방의 문제 등에 관하여 각각 간략히 검토해 보기로 한다.

나. 국민적 화해의 요구와의 충돌

'불처벌'을 정당화하기 위한 여러 논리들도 위 사면조치의 과정이나 과도적 민간정부의 타협적 정책 가운데서 나타나기 시작하였다. 과거의 인권침해범죄자들을 끝없이 추적하다 보면 국민적 갈등과 적대의 악순환을 유발하기 때문에 용서와 사면을 함으로써 국민대화합(national reconciliation)을 이룰 수밖에 없다는 논리이다. 오래 지속된 내전의 종결에는 실제로 이러한 화합조치가 필수불가결한 경우가 많을 것이다. 제네바협약 제2의정서(Protocol II of the Geneva Conventions)는 가능한 광범위한 사면조치의 가능성을 인정하고 있다.

이러한 실제적 필요성과 아울러 화해를 강조하는 논리는 인권침해범죄처벌의 요구가 복수심에서 우러나오는 것이라는 인식을 바탕에 깔고 있다. 그러나 형사정책상 응보주의(retributivism)는 형벌의 부과를 정당화하는 가장 기본적인 이념이다. 훨씬 더 강력한 견해는 인권침해범죄에 대한 처벌은 정의에 기초한 것이라는 반론을 편다. 뿐만 아니라 처벌이야말로 재발방지의 확고한 다짐이며, 인권의 보장 및 민주체제의 확립으로 가는 길목이라는 주장이다. 즉 민주주의제도의 정착은 모든 제도와 단계에 대한 윤리적 태도의 회복에 달려 있기 때문에 이것 없이 '법의 지배'의 원리, 인간의 존엄성보장은 실패할 수밖에 없다. 과거의 상처에 대하여 연연해 하는 것은 묵은 상처를 다시 열어 제치는 일이라는 주장에 대하여 이 견해는 그 상처를 아물게 하는 유일한 방법은 진실과 정의에 기초한 국가적 화해를 이루는 것 뿐이라는 것이다.[52] 물론 진정한 국민적 화해는 용서를 필수적으로 요구한다. 그러나 그 용서는 망각이 아니다. 용서는 또한 무관심과도 다르다. 막상 용서는 보복이나 폭력보다는 더욱 용기있는 행동이기도 하다.[53] 따라서 이와같이 진정한 용서를 할 수 있기 위해서는 진실이 밝혀져야 하고 피해자와 그가 소속된 사회가 함께, 밝혀진 가해자의 참회와 재발방지의 다짐이라는 조건이 성취되어야 한다.

또한 범죄자의 처벌은 그 희생자가 결정할 수 있는 고유한 권리 중의 하나이며 배상의 한 형태로 간주되어야 한다. 이러한 종류의 범죄의 희생자는 진실의 파악과 처벌의 실제적 조건이 확보된 상태에서 진정한 용서를 할 수 있다. 실제로 비정부인권단체들이나 유엔을 비롯한 국제기구에서도 이러한 입장에 동조하고 있음이 분명하다.

52) Philippe Texier, "Reconciliation and National Conciliation", *International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, The Commission nationale consultative des droits de l'homme and the International Commission of Jurists, November 1992., Geneva, p.114

53) Philippe Texier, 위의 글, pp.114~115

> *"범죄자에 의하여 향유되는 '불처벌'은 동일한 범죄의 반복을 고무한다. …동시에 고통받은 육체적 정신적 고통에 대한 회복은 피해자와 그 가족의 불가양의 권리임에 틀림없다."*[54]

또한 기독교적 관점에서 '용서'의 미덕이 강조되기도 한다. 그러나 다음과 같은 교황 요한 2세의 지적은 기독교의 입장에서도 무조건적인 용서만을 구하는 것은 아니라는 점을 쉽게 알 수 있다.[55]

> *"용서의 강한 요구가 정의의 객관적 요구를 압도할 수 없다는 것은 명백한 사실이다. 정의는 용서의 목적을 이루고 있음이 이해되어야 한다. 성경이 주는 어떠한 메세지의 문구에도 용서나 자비가 악, 스캔달, 재앙, 중상에 대한 관용을 의미하고 있지 않다. 어떤 경우에도 남용과 그 피해자에 대한 배상, 악과 스캔달에 대한 회복이 용서의 조건이 된다. 정의의 조건의 충족이 필수불가결하며 그럼으로써 사랑은 진정한 용서를 보여주게 된다."*

다. 진실규명과 '불처벌'과의 상관관계

과거의 인권침해에 대한 논의와 조치는 먼저 진실의 파악으로부터 시작되어야 한다. 진실의 규명 없는 처벌이나 배상은 자의와 복수로 연결되게 마련이며 진실 파악의 노력없는 사면은 결국 불처벌과 마찬가지가 된다.[56] 이러한 점에서 진상을 제대로 밝히고 국민에게 알리는 조치는 모든 과거 인권침해사건의 해결을 위해 풀어야 하는 '첫 단추'이다.

이러한 진실의 규명은 그 침해가 어떻게 준비되고 실행되었는가, 누가 지시하고 실행하였는가, 그 피해자들은 어떻게 되었는가 등 해당사건의 전체적 모습을 드러내는 것을 말한다. 뿐만 아니라 이러한 진실의 모습은 '공식적'이며 '공개적'으로 대중과 국민앞에 반드시 드러나야 한다. 그같은 인권침해범죄는 한 개인에 대한 것임과 동시에 그 사회전체에 대한 사회적, 공공적 범죄이기 때문이다.[57] 국민은 이러한 과거 인권침해사건의 진실을 알게 됨으로써 그 처리방식과 수준에 대한 여론을 형성할 수 있게 된다. 더구나 여기서 진실의 '공식적' 공개라 함은 국가기관에 의한 전면적이고도 객관적인 사실조사를 뜻한다. 언론에 의한 보도로서는 부족하다. 이와같은 공적 권위를 가진 중립적이고 전체적인 조사활동과 그 결과야말로 한 국가의 역사적 기록을 제대로 정립하고 해당사건의 권위있는 해석을 마련하며 당파적 고려를 초월할 수 있게 한다.

진상의 은폐는 피해자에게는 또하나의 고통을 야기한다. 원한과 분노를 되새기게 하기 마련

54) E/CN.4/Sub/1992/NGO/20, p.3

55) Pope John Paul II, Dives in Misericordia, November 1980 (Permanent Peoples' Court, 위의 Proceedings, p.23)

56) Zalaquett, 위의 글, p.10

57) Zalaquett, 위의 글, p.11

이다. 특히 남미의 여러나라에서 벌어졌던 실종사건에서 그 가족들은 실종된 가족들을 찾아 헤메며 그들의 운명에 대하여 알 권리[58]를 지닌다고 생각하였다. 또한 진실을 알지 못함으로써 진정한 용서와 화해를 이루기도 어렵다. 또한 이것은 가해자와 그 소속 부대 또는 집단이 역사의 심판을 피하게 만들고 때로는 그들의 행동을 정당화시키는 기회를 제공하게 한다.

진실의 규명을 위한 방식은 다양하게 채택될 수 있다. 아르헨티나의 경우에는 인권침해사건의 조사를 위한 특별조사위원회(special commission of inquiry)를 설치하였다.[59] 이러한 위원회가 기소의 권한이 없을 경우에는 단순히 사실조사와 용의자선정을 할 수 있을 뿐이다. 또한 의회내에 특별조사기구가 설치되는 경우도 있다. 그러나 이런 경우에도 파라과이의 경우에 볼 수 있듯이 수사권, 전문지식이 없을 뿐만 아니라 하나의 사건이 아닌 대규모의 인권유린사건의 조사에 부적절함이 드러났다.

가해자 또는 그 집단은 진실이 드러남으로써 자신과 그 집단의 기소와 처벌가능성, 명예의 손상, 보복의 가능성이 생겨나기 때문에 극력 이를 반대하고 저항하려 한다. 이러한 경우 자신의 공모와 협력사실, 해당사건의 진실을 고백하는 대신 사면을 주는 등의 '플리-바게인'(plea bargaining)이 제의되기도 한다.

많은 경우에 있어서, 설사 어떤 정치적 압력과 복잡성이 없다 하더라도 그 자체로서 사실조사가 어렵다. 가혹행위는 수년에서부터 수십년 계속되어 왔고, 그 증거는 조직적으로 은폐되었기 때문이다. 때로는 또다른 보복 또는 명예때문에 피해자 자신이 무관심을 드러내는 경우도 있다. 은폐된 사건을 드러내고 그 근거를 확보하기 위한 기구들이 국내외적으로 설치되는 경우도 적지 않다.[60]

권위주의체제를 유지하였던 나라들일수록 비밀서류 등을 유지하는 특별한 문서보관소(archive) 등을 가진 경우가 많다. 또한 이 보관소에 과거의 잘못, 인권의 침해사실을 밝혀주는 문서들이 대량으로 보존되어 있을 가능성도 적지 않다. 이 경우 그와같은 문서보관소에 대한 접근은 과거의 잘못을 밝히는 국민적 수색작업의 중요한 수단이 된다.[61] 예컨대, 동독의 비밀

58) 실종자들의 운명에 대하여 그 가족들이 '진실을 알 권리'는 기존의 국제법 규범에서도 그 근거를 찾아볼 수 있다. 1949년 제네바협약 부속 제1선택의정서(1977) 제3장제32조가 바로 그것이다.

59) 1983. 12. 15. 설치된 이 위원회의 정확한 명칭은 '실종자에관한전국위원회'(National Commission on the Disappearance of Persons, CONADEP)이다. 이 위원회가 1984년 제출한 'Nunca mas, Never again)라는 제목의 보고서는 군부독재정권시절에 야기된 실종사건을 집대성하고 있다.

60) 예컨대, 미국에 본부를 둔 Cambodia Documentation Center, 우간다 인권침해의 사례를 조사하기 위한 Commission of Inquiry into Violations of Human Rights 등이 설치되었다.

61) Hiroko Yamane, "Preservation or Destruction of Personal Files", *International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, The Commission nationale consultative des droits de l'homme and the International Commission of Jurists, November 1992., Geneva, p.263

경찰 '슈타지'(Stasi)가 보관중이던 기록은 11만명의 전속직원과 14만명의 밀고자들에 의하여 수집된 개인에 관한 600만 파일에 이르렀다.[62] 이것은 50마일의 선반에 놓인 분량이며 동독의 남녀노소를 불문한 전체 인구의 약 3분의 1이 파일관리대상에 해당할 정도였다. 이 엄청난 분량의 정보수집에 협조한 정보원들이 바로 가까운 친척, 친구, 이웃이었음이 밝혀지면서 개인뿐만 아니라 사회전체가 큰 충격을 맛보아야 했다.[63] 폴란드에서도 현재까지도 정부에서 일하고 있는 국가보안협력자들의 명단이 공개되는 것에 진통을 겪어야 했다. 하원(Sejm)이 내무장관에게 지방정부공무원으로부터 정부의 고위관료에 이르기까지 국가보안기구와 협력을 유지하였던 사람들의 명단을 제출할 것을 요구하자 일부 의원들은 그것이 1995년까지 모든 비밀서류를 공개하지 않는다는 하원의 결의와 모순된 것이라는 이유로 반대를 표명하기도 하였다.[64] 에스토니아의 경우 국가기관, 국영사업체 등에 의하여 유지되고 있는 문서의 보존을 확보하는 법령이 1990. 8. 제정되었다. 문서보관서의 재조직과 공공의 접근이 가능하게 된 것이다.[65] 그러나 많은 나라에서는 그같은 자료들은 파괴되거나 비효율적으로 관리되면서 피해자들의 진실발견에 어려움을 제공하고 있는 것이 현실이다.

라. 명령복종행위자의 책임문제

많은 인권침해사건의 피고인들은 법정에서 상부의 명령을 그대로 이행한 것일 뿐이기 때문에 자신들이 책임질 수 없다라는 변명을 많이 내놓았다. 특히 제2차세계대전이후 벌어진 각처의 군사법정에서 전범과 비인도적 범죄자들은 상관의 명령을 항변사유로 제출하였다.

그러나 그같은 항변사유를 극단적으로 받아들이게 되면 전범의 경우 최고사령관 또는 국가원수 한 사람에게 책임이 한정될 것이라는 비판이 적지 않았다. 뉴른베르크 국제군사재판소는 그 헌장에서 이에 관하여 다음과 같이 명문의 규정을 두고 있었다.

> *"피고인이 정부 또는 상관의 명령에 따라 행동하였다는 사실이 그 피고에 대한 면책사유는 되지 못하지만, 정의의 요구에 일치한다고 재판소가 결정하는 경우에는 처벌감경사유로 간주될 수 있다."*[66]

62) 이들 파일은 사찰당한 사람, 보안업무에 종사하는 사람, 비밀경찰이 지원하거나 관계를 맺고 있는 사람들에 대한 모든 정보를 담고 있었다. 따라서 비밀경찰에 협력한 사람들은 파일공개에 반대를, 비밀경찰에 피해를 입은 사람들은 파일공개를 요구할 것은 당연한 일이었다. 그러나 일정한 조건하에 파일의 공개와 열람이 가능하도록 1991. 12. 20. Stasi Document Law가 제정되었다(자세한 경과에 대해서는 西尾幹二, "全體主義の 呪い", 新潮, 第93卷 第3號, 1992., p.168 이하 참조).

63) The Times, January 21st, 1992

64) The European, January 4-7th, 1992

65) Hiroko Yamane, 위의 글, p.266

66) Nico Keijer, 조승옥.민경길 역, 군대명령과 복종, 법문사, 1994., p.338, 또한 일본 동경에 설치된 극동국제군사재판소 헌장 제6조는 "상관의 명령을 이행한 그 자체는 피고인을 면책케 하기에 충분한 요소가 되지 않는다"고 규정하고 있다.

이에 따라 그 항변을 배척하고 명령을 이행한 것이라도 면책사유가 될 수 없다는 판결이 잇따랐다.[67] 오펜하임의 유명한 국제법교과서 제6판(라우터패트가 개정한 것임)은 종전의 내용을 고쳐 책임을 인정하였으며[68] 이에 맞추어 1944. 4. 영국의 군법교범을 고쳤다.[69]

아르헨티나 군사법(Military Justice Code)은 명령을 과장하여 수행함으로써 범죄적 행동을 저지른 하급장병의 처벌을 불허하고 있었다. 이 법 제514조는 하급장병은 그 명령을 수행함에 있어서 과장 확대하여 집행하였을 때 공범으로서 처벌받도록 규정하여 그 외의 경우에는 명령을 내린 상급장병만이 처벌받을 수 있는 것이다. 그러나 1908년 부에노스 아이레스 연방법원은 어떤 대령에 의하여 제기된 '명령수행'의 항변을 기각함으로써 위 법률의 규정을 무력화시켰다.[70] 그러나 뒤에서 자세히 보는 바와 같이 아르헨티나는 민간정부의 출범 3년만에 대령급 이하의 군인들에 대하여 일률적으로 처벌을 면제하는 법률(법률 제23,521호)을 의회에서 통과시킴으로써 단순 명령수행자들을 처벌의 대상에서 제외하고 말았다.[71]

마. 공소시효와 소급효

수십년에 걸친 장기간의 독재정권은 피해자들이 국가권력과 밀착된 가해자들을 고소, 고발하거나 법정에 세우는 것이 오랫동안 불가능하게 만들었다. 공소시효가 진행됨으로써 더 이상 범죄자들을 기소하는 것이 어렵게 된 것이다. 그렇다면 공소시효는 절대적이며 공소시효가 경과된 사건들에 대하여 기소가 진실로 불가능한가?

위에서 보았듯이 2차세계대전 중의 전범과 비인도적 범죄자들에 대하여 여러가지 형태로 공소시효를 제거함으로써 지금도 처벌을 계속하고 있다. 독일에서와 같이 국내법으로 시효를

67) 특히 뉴른베르크 국제군사재판소에서는 명령복종에 따른 범죄행위에 관하여 다음과 같은 일반적 원칙하에 처리하였다.
"이 조항(제8조)의 규정들은 모든 국가의 국내법과 일치하는 것이다. 군인이 전시국제법을 위반하여 살인을 하라거나 고문을 하라는 명령을 받았다는 사실은, 비록 그 명령이 현장이 규정하는 바와 같이 처벌감경사유로 원용될 수는 있다해도, 그같은 잔혹한 행위들에 대한 항변사유로 인정되는 경우는 결코 없다. 어떤 명령이 그와 같은 잔혹행위에 대한 항변사유로 인정될 수 있는지에 관한 기준은 국가마다 각기 다르지만, 일반적으로는 그러한 명령의 존재 자체가 아니라, 도덕적 선택이 사실상 가능하였는지의 여부가 진정한 판단기준인 것이다." (Nico Keijer, 위의 책, p.338)

68) 오펜하임은 그 교과서에서 "정부 또는 지휘관의 명령에 따라 전투규칙을 위반한 군인은 전쟁범죄인이 아니며, 따라서 적은 그를 처벌할 수 없다. 적은 그러한 명령에 대하여 책임이 있는 관리나 지휘관이 자신의 수중에 들어오게 될 경우 그들을 처벌할 수는 있다. 그러나 그들이 자신의 수중에 들어오지 않았을 경우에는 여타의 구제수단에 의존할 수 있을 뿐이다."(Nico Keijer, 위의 책, pp.287~288에서 재인용)

69) 그 교범은 다음과 같이 쓰고 있다. "군인이거나 민간인이거나를 막론하고 정부나 상관의 명령 또는 국내법령에 복종했다는 사실은 전쟁범죄의 혐의에 대한 항변사유가 되지 못하며 단지 처벌감경사유가 될 수 있을 뿐이다." (위의 책, p.288)

70) Jaime Malamud Goti, 위의 글, p.4

71) Jaime Malamud Goti, 위의 글, p.7

연장하는 사례, 영국·프랑스 등에서와 같이 특별법을 두어 처벌을 가능케 하는 사례, 1968년 유엔이 제정한 시효부적용협약에 가입함으로써 시효의 적용을 배제하는 사례 등이 있다. 이와 같은 관행과 선례에 따라 그후 독재정권에 의하여 벌어진 각종의 잔혹한 인권침해행위 역시 비인도적 범죄의 유형에 속하며 이러한 '국제적 범죄'는 마땅히 시효의 적용이 배제되어야 한다는 이론이 성립, 발전해 왔다. 공소시효를 보다 합리적으로 연장하려는 시도도 있었다.[72] 그러나 국내 입법과 관행은 여전히 엄격한 공소시효의 적용을 유지하는 경우가 많으며 공소시효 부적용 이론에 따르려는 의지가 대체로 부족한 것이 현실이다.

대체로 인권침해범죄에 해당하는 고문, 살해, 강간, 약식처형, 불법구금 등은 범행당시의 각국의 형법에 비추어서도 불법인 경우가 많으므로 그것에 근거하여 처벌이 가능하다. 그러나 당시의 국내법 체제가 그러한 인권침해행위에 관하여 처벌규정을 두고 있지 않은 경우 사후의 입법으로 처벌할 수 있는가가 문제된다. 이른바 소급효의 인정문제이다. 1789년 프랑스인권선언 이래 소급효의 금지는 근대 형사법의 가장 중요한 근본원리 가운데 하나가 되었다.[73] 그러나 이 원칙은 2차세계대전 이후 전쟁범죄와 비인도적 범죄자들에 대한 처벌과정에서 예외를 두게 되었다. 이른바 평화에 대한 죄, 인도에 대한 죄 등이 그것이다. 나치와 그 협력자들의 처벌을 둘러싸고 그 적법성(legality)에 관한 논쟁이 심하게 일었으나 위와 같은 죄의 자연법적 근거, 행위 당시 존재하던 국제법과 국내법 및 관습법의 존재 등이 반드시 죄형법정주의를 위반하는 것이 아니라는 입장이 대세를 이루었다. 국제인권규약 제15조제2호 역시 바로 그러한 취지를 담고 있다. "행위당시 국제사회(community of nations)에서 인정된 일반적 법원칙(general principles of law)에 따라 범죄가 되지 않는 행동"으로 말미암아 어떤 사람의 재판과 처벌을 진행할 수 없다고 규정함으로써 국제사회가 인정하는 법원칙이라면 행위당시 명문의 처벌법규를 가지고 있지 않더라도 처벌이 가능함을 시사하고 있는 것이다.[74]

72) 예컨대, Bassiouni라는 교수는 공소시효를 법정형의 최장기형으로 정하여야 한다고 주장한다. 즉, 어떤 범죄로 말미암아 범인이 형을 선고받아 감옥에 있거나 추적을 받고 있는 상태라면 공소시효를 만료시켜야 할 근거를 잃게 된다는 것이다. 이 주장은 1968년의 유엔 시효부적용협약이나 1974년의 유럽협약이 사실상 많은 나라의 비준을 받지 못한 장애를 극복하려는 시도에서 나온 것이다(Rodolfo Schurmann Pacheco, "The Principles of Legality and Non-Retroactivity and the Principle of Limitation", *International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, The Commission nationale consultative des droits de l'homme and the International Commissioin of Jurists, November 1992., Geneva, p.161). 이 이론에 따르면 살인죄 등 법정형이 무기 이상인 경우에는 공소시효는 영원히 만료되지 않을 것이다.

73) 이 원리는 세계인권선언 제11조제2항에도 명기되고 있다. 즉 동조는 "누구도 행위당시 범죄를 구성하지 않은 행위로 말미암아 형벌을 선고받지 않는다. 범행당시 적용 가능한 형벌보다 무거운 형벌을 당하지 아니한다"라고 규정하고 있다.

74) Emmanuel Decaux, "International Law and National Experience", *International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, Organized by the Commission nationale consultative des droits de l'homme and the International Commission of Jurists, November 1992., p.29

바. 보편적 관할권과 송환의 문제

중대한 인권침해범죄자의 처벌을 위해서는 위에서 본 것처럼 국제형사재판소의 설치가 바람직하다. 그러한 범죄의 처벌은 이미 한 국가의 차원을 넘어서서 국제사회의 과제로 변하였기 때문이다. 그러나 그와같은 국제형사재판소 또는 인권재판소의 설치 노력은 계속 실패로 돌아갔으며 여전히 기대하기 어려운 상황이다. 따라서 상설국제인권재판소가 생겨나기까지는 일시적인 국제재판소[75] 또는 개별 국가의 법정이 그 기능을 담당할 수밖에 없다. 1961년 아이히만의 재판을 담당한 이스라엘의 경우와 같이 그 선례들이 쌓여 왔다.[76]

이러한 상황에서 전통적 의미에서의 관할권을 확대하여 범죄처벌을 용이하고 강력하게 수행하려는 배경에서 '보편적 관할권'이론이 발전되게 되었다. 범죄자의 국적국, 거주국, 범죄지국이 관할권을 가지는 것은 물론이고 나아가 소추를 꺼려하는 국가에 대하여 다른 국가가 송환을 요구할 수 있는 권리까지 인정해 나가는 추세에 있다. 이른바 '송환 아니면 처벌'(extradite of punish)의 원리가 바로 그것이다. 과거의 인권침해범죄자에 대한 효과적인 처벌을 확보하기 위해서는 외국으로 도주한 범인들의 송환이 필수적으로 요구된다. 특히 이들은 권력의 이양과 함께 외국으로 탈출하거나 은신하게 되므로 이들에 대한 송환의 의무가 거주국가에 부과됨으로써 이들에 대한 처벌이 실효성을 가진다.

나아가 관할권확대의 방편으로 중대한 인권침해범죄자의 납치조차 합법적으로 인정되는 선례들이 있다. 이스라엘의 칠레 영토로부터의 아이히만 납치가 그러하다. 그러나 미국의 경우 그러한 사례들이 더욱 많이 발견된다. 미국은 1992. 3. 12. 그 영토밖에서 벌어진 테러리즘, 인권침해, 마약밀매행위 등에 관한 관할권을 확대하는 법안을 마련하였다.[77] 이 법안에 따라 살인 또는 고문을 행한 외국인에 대하여 미국법정에서도 소송절차를 개시하는 것이 가능하게 되었다. 실제로 Alvarez사건에서 미국의 대법원은 미국과 멕시코간의 상호범인인도협정에도 불구하고 고문사실을 자백한 멕시코 의사의 납치와 이에 기초한 형사절차를 유효한 것으로 판시하고 있다.

75) 뉴른베르크 국제군사재판소 또는 극동국제군사재판소, 그리고 최근 유럽에 설치된 전 유고지역 전범재판소가 바로 그러한 예이다.

76) 이른바 'Barbie 사건'에서 리용 항소법원은 문제의 사건이 프랑스 국내법의 범주 뿐만 아니라 국제적 형사질서에 종속된다는 견해를 밝혔다(Emmanuel Decaux, 위의 글, p.37).

77) 이에 대한 논쟁, 학설, 선례 등에 관해서는 Andreas F. Lowenfeld, "U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law", *American Journal of International Law*, 1989., p.880 이하; 1990., p.444 이하; 1991, p.655, Malvina Halerstam, "Agora: International Kidnapping", *The American Journal of International Law*, 1992., p.736. Robert Bork, "The Reach of American Law", *The National Interest*, Fall 1992., p.3 이하 등 참조.

사. 책임자에 대한 공직추방문제

새로운 민주적 제도는 단순히 새로운 이념만이 아니라 독재정권에 때묻지 않은 새로운 사람을 필요로 한다. 구정권에 몸을 담거나 타협한 사람이 민주주의정착에 맞을 수 없다. 독재자의 보조자가 하루 아침에 완벽한 민주주의자가 될 수 없는 것은 분명한 일이다.[78] 따라서 독재와 진정한 결별을 하고 민주적 방향으로 가닥을 잡기 위해서는 과거정권의 중요한 직책 또는 보조적 직무를 수행했던 사람들을 공직에서 추방하지 않으면 안된다.[79] 그들에 대한 형사적 처벌 외에도 이와같은 공직추방, 시민권의 제한, 기타의 불이익이 가해질 수 있는 것이다.

그러나 이러한 공직추방은 전문가들의 상실에 대한 두려움, 국민적 화해와 용서에 대한 요구라는 만만찮은 장애와 맞부딪칠 수밖에 없다. 독재와 권위적 통치 스타일에 맞는 전문가의 계속적인 공직유지는 결국 새로이 지향하는 민주적 체제에 어울리지 않을 뿐만 아니라 과거와 같은 권력남용현상을 초래하기 마련이다. 능력에 대한 지나친 숭배는 참혹한 결과로 이어질 수 있다.[80] 국민적 화해 역시 처벌 후에도 얼마든지 이룰 수 있는 것이다. 참혹한 고통을 맛본 희생자가 그 권력의 붕괴 직후 곧바로 고문자와 악수하기를 강요할 수는 없는 노릇이다.

과거정권의 몰락은 그것을 뒷받침해 온 경찰, 군대, 법원 등 권력기관 담당자들의 권한정지, 주거제한이나 행정구금, 공직박탈, 그리고 피선거권제한 등의 조치로 이어진다. 민주주의 체제하에서 선거제도는 가장 중요한 것이므로 과거의 인권침해범죄자들에 대한 피선거권제한을 통하여 공직취임의 가능성을 배제하는 것이 필요한 것이다.[81] 이 외에도 그 범죄자와 협력자들의 신분과 직업에 따라 다양한 형태의 불이익과 시민권의 제한이 이루어질 수 있다.[82]

78) Etienne Bloch, "Purges", *International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, The Commission nationale consultative des droits de l'homme and the International Commission of Jurists, November 1992., Geneva, p.239

79) 영어의 purge라는 용어는 형사적 추방(criminal purge)과 행정적 공직추방(administrative purge)의 두가지 의미를 동시에 갖고 있다. 여기서는 행정적 공직추방을 주로 가리킨다.

80) Etienne Bloch, 위의 글, p.240. 이 글에서 필자는 그러한 예로 '바르비'의 예를 들고 있다. 뒤에서 보듯이 '리용의 백정'이라고 불릴 정도로 '바르비'는 나치치하 프랑스에서 수많은 시민의 학살과 강제수용소송환에 악명을 떨쳤다. 그런데 그의 정보전문가로서의 능력을 인정받아 미국은 전후 오랫동안 그를 정보요원으로 활용해 왔음이 밝혀졌다. 1983년 미국 법무성내에 설치되어 있는 OSI (Office of Special Investigation) 책임자의 보고서가 바로 그것을 증명하고 있었던 것이다.

81) Etienne Bloch, 위의 글, pp.245~246

82) 예컨대, 당대에 가장 유명하였던 프랑스의 역사가 겸 저널리스트였던 앙드레 카스텔로(Andre Castelot)는 자신의 나치 부역행위와 관련하여 작가정화위원회에 의하여 1년 이상이나 아무런 책을 출판할 수 없도록 금지되었다(Etienne Bloch, 위의 글, p.253).

4. '불처벌'(IMPUNITY)의 실현과정

가. 개 관

인권침해자에 대한 불처벌의 실현과정은 결국 독재정권으로부터 민간정부로 이행되는 과정을 어떻게 밟는가, 과도적 또는 새로이 들어선 민간정부의 권력기반이 어떠한 것인가 등에 따라 다양성을 지닌다.

어떤 경우[83]에는 독재정권이 민간정부로 이행되는 과정에서 점진적 이행과 대중적 용서를 부추기고 조장하는 과정이 존재한다. 이 기간동안 이미 대규모의 인권침해는 더 이상 벌어지지 않게 되고 과거의 사례는 생생하고 예민한 이슈로부터 사라지게 된다. 미래의 인권침해를 방지하기 위한 규범이나 제도적 강화를 강조하면서 과거의 침해에 대한 조사나 처벌에 대해서는 소홀하게 대한다.

장기간의 독재정치는 그 반대파를 극단화시키거나 게릴라로 만들기도 한다. 이 때 중도파들이 나타나 균형을 취하거나 또는 극도의 정치적 무관심을 드러내기도 한다. 과거에 중도주의자(centralist)들로서 정부를 반대하였던 세력이 과거의 독재정부의 지주였던 군부의 지지를 다시 받아 집권에 성공한 사례들이 적지 않다.[85] 이러한 경우 어부지리를 얻게 된 새로운 집권자들이 과거와의 분명한 단절을 선언한다는 것은 대단히 어려운 일이다. 이들은 권력의 남용을 줄이는데 노력은 할지언정 과거의 인권침해범죄를 조사하거나 처벌하는 데는 난색을 표하게 마련이다.[85]

뿐만 아니라 위기에 처한 군부집단의 통일적 저항과 압력, 이로 인한 군부 쿠데타의 가능성 등은 직접적으로 과거청산의 중단을 강요하게 된다. 시간이 지나면서 인권단체들의 목소리 역시 약해지고[86] '불처벌'을 하나의 기정사실로 받아들이게 된다. 더구나 과도정부 또는 민간정부에서 일어나는 새로운 인권침해, 비록 그 규모와 양상이 경미해진 것이라 하더라도 계속됨으로써 인권단체들은 과거에 매달릴 여유를 빼는 결과를 초래한다.

나. '사실상의 불처벌'(de facto impunity)의 실현과정

A. 사실의 조사와 수사과정에서의 '불처벌'

실제 가해자는 남미의 여러국가에서 실증하듯이 살해단(death squads), 사병집단(priviate militias), 준군사조직(paramilitary bodies), 용병(mercenaries) 등 다양한 집단에 소속되어 있으며, 미등록차량의 사용, 평상복차림, 복면의 사용과 같이 익명성을 확보하고 있고, 나아가 피해자를 연행후 비밀스런 곳에 격리수용해 두기 때문에 정확히 가해자를 판별해 조사하는 것이 대단히 어렵다.[87]

더구나 대부분의 경우 과도적 단계를 거쳐 권력을 이양하고 있기 때문에 가해자들로서는 범행을 은폐하거나 변명의 자료를 준비할 시간적 여유를 갖게 된다. 때로는 해외로 도피해 버려 근원적으로 수사가 불가능한 경우도 있다. 그렇지 않다 하더라도 오랜 시간의 경과는 기억의 소멸과 증거의 분산을 가져온다.

이러한 상황에서 국가기관 차원에서의 조사노력의 부족은 많은 사건의 진실을 획득하는데 실패하도록 만든다. 기존의 수사기관은 과거 책임자를 보호하려는 사람으로 가득차 있기 마련이며 설사 몇몇 나라에서 볼 수 있듯이 독립된 조사기구를 만들더라도 수사권과 기소권을 갖고 있지 못하거나 기존 수사기관의 비협조와 알력으로 효율적인 진실 파악을 어렵게 만들었다.

B. 기소와 재판과정에서의 '불처벌'

대체로 국가는 기소권을 독점하고 있다. 피해자와 그 가족들이 아무리 소리높여 기소의 필요성을 외친다고 하더라도 최종적으로 기소권한을 가진 검사가 기소를 거부할 때는 속수무책이 된다. 검사는 행정조직 내의 일부로 존재하며 정치적 영향력을 깊이 받을 수밖에 없어 국가권력의 처벌의지가 실종된 경우에는 독립된 기소권의 행사를 기대하기 어렵다.

한편 사법제도는 과거의 군부와 경찰체제를 옹호하는 경향을 띤다. 사법제도를 구성하는 법관들은 과거의 독재자들에 의하여 임명되고, 승진되어 온 사정에 비추어보면 어쩌면 당연한 일이기도 하다. 비인도적 범죄를 기소할 의지의 부족은 재판부가 관련된 국제법을 적용하기를 거부하는 상황으로 이어지는 것이 보통이었다.[88] 보다 구체적으로 사법부가 '불처벌'의 상황에 이르게 되는 원인을 분류해 보면 다음과 같다. 첫째, 편파성이다. 정치적으로 종속적이거나 이데올로기적으로 기존 체제에 편향되어 있는 판사를 지명함으로써 이 편파성은 쉽게 이루어질 수 있다. 독립성을 지키고자 하는 판사들은 대체로 정치적 사건과 아무런 관계가 없는 사건만 담당하도록 미리 배제되어 있는 경우가 많다. 둘째, 협박이다. 육체적 공격이나 익명의 협박 등에 의하여 담당판사의 공정한 재판업무를 위축시키는 것이다. 세째, 부패이다. 권력의 남용과 함께 엄청난 부를 획득한 비인도적 범죄자들이 판사를 매수하거나 또는 변호사를 고용하여 범죄의 경감, 형벌의 면책을 유도해 내는 것이다.

83) 브라질과 스페인이 이 예에 해당한다.
84) 필리핀과 엘살바도르가 바로 그러하다.
85) Zalaquett, 위의 글, p.14
86) Jaime Malamud Goti, p.4
87) 위 E/CN.4/Sub.2/1993/6, p.10
88) Permanent Peoples' Tribunal, 위의 기록, p.15

그러나 보다 본질적인 '사실상의 불처벌'은 군인의 신분을 가진 장교가 동료들을 재판하는 군사재판에 의하여 이루어진다. 이러한 경우 국방부장관의 영향을 받지 않을 수 없으며, 군인정신(esprit de corps)에 영향받게 마련이기 때문에 사실상 범죄자들에게 유리한 판결을 하지 않을 수 없다. 이러한 현상은 이미 유엔의 '강제실종에 관한 실무반'(UN Working Group on Enforced Disappearances)에 의해서도 인정된 바이다.[89]

C. 판결의 집행과정에서의 '불처벌'

불가피하게 유죄의 선고를 하게 되는 경우에도, 한편으로는 정의가 행해졌다는 인상을 주면서 사실상 형의 집행을 하지 않거나 느슨하게 형의 집행을 함으로써 '불처벌'의 결과를 초래하는 경우가 많다.

다. '법적 불처벌'(de jure impunity)의 실현과정

법률적 수단을 정식으로 차용하여 '불처벌'의 결과에 이르게 하는 것이 이른바 '법적 불처벌'(de jure impunity)이다. 이 경우에는 정상적인 법률을 통하여 그러한 결과를 초래하는 때도 있으나 대체로 사면법의 제정을 통하여 그같은 목적을 달성한다. 사면[90]은 과거의 인권침해범죄자들에 대한 가장 직접적이고 확실한 신변안전조치였다. 군부독재권력은 민간정부에 권력을 이양하기 전 또는 그 과정에서 자신의 범죄를 사면하는 조치들을 마련하였다. 이것은 남미의 전체 국가들에서 보여지는 공통적인 성격을 지니고 있다. 그 법률들을 예거해 보면 다음과 같다.[91]

* 과도적 군사정권에서의 사면법규: 칠레의 법률 제2191호(1978년), 아르헨티나의 법률 제22,924호(1983년), 과테말라의 포고령 제8호(1986년)
* 민주적으로 선출된 민간정부의 사면법규: 브라질의 법률 제6,683호(1979년의 헌법개정), 아르헨티나 법률 제23,492호와 제23,521호(1986년 및 1987년), 우루과이의 법률 1,584,888(1986년), 엘살바도르의 포고령 제805호(1987년), 혼두라스의 무조건적 일반사면법(Unconditional General Law of Amnesty)

사면조치는 위와같은 법률 외에도 구체적이고도 사실적인 행정조치의 형태로 이루어지기도

89) E/CN.4/1991/20, 17 January 1991, para.408-411

90) 사면을 가리키는 amnesty는 impunity, indemnity, exoneration, forgetfulness, forgiveness, pardon 등과 조금씩 뜻의 차이가 있으나 '범인에 대한 처벌의 부재'를 뜻하는 점에 있어서는 동일하기 때문에 상호 혼용되기도 한다(Yogesh Kumar Tyagi,"Pardon, Oversight, Revenge, Equitable Punishment, Responsibility", *International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations*, The Commission nationale consultative des droits de l'homme and the International Commission of Jurists, November 1992., p.76, 각주 3).

91) International League for the Rights and the Liberation of Peoples, 위의 Oral Intervention, p.2

하였다. 형량의 감경과 면제 등이 그 전형적인 형태이다. 이러한 사면조치가 이루어지면 더 이상 동일한 사건에 관한 기소나 처벌이 불가능해진다. 사면은 입법자의 의사로 이루어지는 것이고 법의 안정성을 위하여 함부로 전복될 수 없는 것이다.[92] 더구나 국제법에서도 한 국가의 주권범위 안에서 정해진 사면법이 일반적으로 불법적이라고 말하기는 어렵다. 그러나 위에서 본대로 2차세계대전 이후 발전해온 여러 국제협약과 규범은 '비인도적 범죄'를 범한 자에게 면책을 주는 한 국가의 사면법은 효력이 없음을 보여주고 있다.[93] 또한 군부독재자들은 공정한 절차를 거치지 아니하거나 일반 국민의 여론과 관계없이 스스로를 사면하는 법령을 제정, 공포하는 것이 일쑤였기 때문에 그 정당성을 인정하기 어렵다.

'미주인권위원회'(Inter-American Commission on Human Rights)는 바로 이러한 입장에서 사면의 부당성을 지적하고 있다. 미주인권위원회가 취한 논리는 사면의 효과가 합리적인 기간 이내에 적법하고 독립적이며 공평한 재판부에 의하여 재판받을 권리를 침해한다는 것이다.[94] 이 권리는 국제인권법상 제한할 수 없는 종류의 것으로 인정되고 있기 때문에 평상시 또는 비상사태하에서도 유린될 수 없다. 이와같은 점에서 과거의 인권침해범죄자를 일반적으로 사면하는 법령과 조치는 무효라고 말할 수 있다.

5. '불처벌'의 지역적 현상

가. 남미지역

A. 아르헨티나

① 군사독재의 붕괴와 비뇨네 과도정권

아르헨티나는 20세기 초 이래 여섯 번의 쿠데타를 경험할 정도로 극도의 불안정한 군사정권의 지배하에 있었다. 그러나 이른바 '포크랜드 전쟁' 패배의 후유증으로 레오폴드 갈티에리(Leopoldo Galtieri) 장군이 1982. 6. 국가원수의 지위에서 사임한다. 새로이 임명된 레이날도 비뇨네(Reynaldo Bignone) 대통령은 민간정부로 이행하는 18개월의 과도정부를 이끌게 되었다. 군부는 패전에 대한 비난의 목소리를 높였지만 과거의 '더러운 전쟁'(Dirty War, guerra

92) 1986. 3. 12.자 파리고등법원의 이른바 'Toumi판결'에서 "사면은 입법기관의 주권적 행위로서 그 법적 본질, 법적 성격 또는 그 중대성에 따라서 어떠한 차별이나 유보없이, 특히 비인도적 범죄로 지탄받는 범죄에 대해서도 적용된다"라고 선언하였다(위 E/CN.4/Sub.2/1993/6, p.30).

93) The Washington Office on Latin America, New Challenges New Strategies: *International Human Rights and Elected Civilian Governments in Latin America*, p.13

94) 미주인권협약 제8조 참조. 세계인권선언 제10조, 유럽인권협약 제6조, 인권과 민중의 권리에 관한 아프리카헌장 제7조도 같은 규정이다.

sucia)[95]에 대해서는 일치된 입장을 보였다. 국민을 상대로 한 그 '전쟁'에 대한 '공동의 죄'(common guilty) 의식이 이러한 일치를 가져왔다. 당초 군부는 새로운 정부로부터 자신의 명맥을 유지하고 영향력을 온존시키기 위해 온갖 노력을 하였으나 '5월광장의 어머니회'와 같은 시민운동이 확산되자 선거를 약속하고 새로운 알폰신 대통령에 운명을 맡기게 되었다.[96] 그러나 자신들의 처벌과 비난을 모면하기 위한 조치를 취하는데 게을리 하지 않았다. 이들의 변호의 논리는 '국가안보'라는 '전가의 보도'였다. 레이날도 비뇨네 대통령이 그 과도기간 동안에 인권침해에 대한 군부의 책임을 피하기 위한 다음과 같은 조치를 취하였다.

첫째, 1983. 4. 28. '전복행위와 테러리즘에 대항하는 전쟁에 관한 최종문서'(Final Document on the War Against Subversion and Terrorism)를 공개했다. 이 문서에서 과도한 권력행사가 일어났던 점은 인정했으나 군대의 모든 행동은 직무상의 일환으로 이루어졌음을 강조했다. 또한 이 문서는 망명 또는 은신하지 않은 모든 실종자들은 '법률적이고 행정적인 목적'으로 사망한 것임이 틀림없다고 선언하였다. 둘째, 같은 해 9. 22. 군사정부는 이른바 '국가적 화해의 법률'(Law of National Pacification)이라고 불렸던 법률 제22,924호를 공포하였다. 1973. 5. 25.(정치적 범죄에 관하여 마지막 사면이 있었던 날)로부터 1982. 6. 17.(갈티에리 장군의 사임일자)까지 기간 사이에 벌어졌던 정치적 동기와 목적에 의하여 군부 또는 정치적 반대자들에 의하여 저질러진 모든 형사적 범죄에 사면을 가한 것이었다. 세째, 정부는 여러 종류의 비공개적인 훈령과 명령을 내려 군사정부의 탄압정책과 관련된 문서의 파괴를 시도하였다.[97]

② 알폰신민간정부의 성립과 인권정책

1983년 선출된 알폰신 대통령은 군사정권의 지도자들이 권력을 이양하기 몇 주 전 스스로 자신들을 위하여 선포한 사면령을 무효화시켰다. 그는 수많은 무고한 시민들의 실종사건들에 관하여 조사를 명하였으며 과거의 인권침해사건과 관련하여 고위 군사지도자들에 대한 재판을 시도하였다.[98] 시민들로부터의 강력한 압력은 알폰신 대통령 본인이 예정했던 것보다 더 강력한 '과거청산'의 프로그램을 추진하도록 만들었던 것이다. 1984년과 1985년에 걸쳐 군부 지도자들이 이른바 '더러운 전쟁'의 시기에 수행했던 사건들에 대한 증거들을 수집하는데 성공하였다.

95) 인권운동가와 반체제인사들에 대한 납치, 고문, 살해, 강간 등의 범죄행동을 말한다.

96) 임현진, 위의 책, p.207

97) Jose Zalaquett, "From Dictatorship to Democracy", *The New Republic*, December 16, 1985, p.21

98) 이들 군사지도자들에 대한 재판의 경과에 관해서는 Amnesty International, Argentina, *the Military Juntas and Human Rights: Report of the Trial of the Former Junta Members*, London, 1987 그리고 논문으로, Speck,P.K. "The Trial of the Argentine Junta: Responsibilities and Realities", *University of Miami Inter-American Law Review*, 1987., pp.491~534 등을 참고할 것.

그러나 그 이후 계속된 경제회복의 난조, 무장반란 등은 군부의 재등장우려를 낳아 의회로 하여금 기소의 범위를 축소하는 법안을 만드는 계기가 되었다.[99] 'Punto Final'법이라고 불렸던 이 법은 일정한 시한 이후에는 더 이상 기소를 할 수 없도록 처벌의 시한을 설정하였다.[100] 이로써 아주 소수의 군사지도자들만이 기소되고 증거가 확보된 다수의 군인들조차 그 직위를 그대로 유지하게 되었다. 특히 1987년 알폰신 대통령은 군부와의 타협책으로 이른바 '직무준수법'(Due Obedience Law)을 만들어 명령에 충실히 이행했을 뿐이라는 이유로 중령이하의 군인들이 직무상의 행동(acts of duty)으로 저지른 범죄에 관하여 포괄적으로 책임을 면제하고 말았다.[101] 이 법률은 30일 이내에 반대의 증거가 제출되지 않는 한 고위장교들에게조차 무죄의 추정이 이루어졌다. 또한 문제되는 개인은 상관의 권위에 의하여 명령을 준수하기 위하여 강제하에 이루어진 것으로 법에 의하여 추정된다고 규정하고 있었다. 이 법률에 대해서는 판사들이 개별적인 사건들을 평가할 권한을 박탈하고 있다는 점에서 위헌론이 제기되었다. 그러나 1987. 6. 22. 대법원은 3:2로 합헌을 선언하였다. 반대했던 판사는 그 법률이 합법화 또는 정당화함이 없이 일정한 행동을 사면하려는 의회의 기도라고 보았고 찬성의 입장에 섰던 판사는 사면의 일반적 성격은 사면받는 사실의 성격과 관련되어 있을 뿐 개인적 성격, 계급 등과는 무관한 것이라고 주장하였다.[102]

③ 메넴의 등장과 '불처벌'의 확대

1989년 등장한 메넴은 더욱 노골적으로 과거의 범죄자들을 사면, 면책시키는 정책을 추진하였다. 당시 두 명의 전대통령을 포함하여 7명의 군부지도자들이 기소되었고 18명이 기소에 직면하고 있었는데 메넴 대통령은 이들을 대부분 사면해 버렸다. 과거청산작업이 시작된 지 6년만에 단지 두 사건만이 유죄로 결론이 났고 5명의 주요범죄자들이 구금되었다. 아르헨티나를 탈출하여 미국으로 갔다가 송환된 카롤르스 메이슨 장군도 그 경우 중의 하나였다. 유명한 장군들로서 인권침해범죄로 무기형을 선고받았던 비델라, 16년형을 선고받은 비올라 등이 모두 사면의 리스트 속에 있었다. 이들은 그 독재기간 동안 반란을 진압하기 위하여 행동했던 것 뿐이었으며 자신들의 행동은 보상받아야 하는 것이었다고 주장했다. 그들에 대한 사면은 자신들에 의하여 "국가적 평화의 성취에 큰 공헌"을 하였다고 치하되었다.[103]

99) 원칙대로 한다면 대부분의 군인들이 기소되어야 할 판이었다. 직접 인권침해행위에 가담하지 않았더라도 그것을 방지하거나 고발할 의무를 위반했기 때문이다. 참고로 아르헨티나 형법은 형사적 범죄를 고발할 법적 의무를 부과하고 있다(Jaime Malamud Goti, 위의 글, p.3).

100) 인권침해범죄자에 대한 고발과 기소는 60일 이내에 이루어져야 했다. 그러나 어린이들의 납치에 대한 경우에는 이 시한은 적용되지 않았다(Emmanuel Decaux, 위의 글, p.43).

101) The Washington Office on Latin America, 위의 책, p.14

102) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.44

103) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.44

B. 칠레

1978년 칠레의 군부정권은 스스로의 손으로 1973. 9.의 쿠데타와 1978. 3. 사이에 벌어진 각종 실종사건 등의 범죄에 관하여 자체 사면령을 발포하였다. 1978. 3. 19.의 포고령 제2191호가 바로 그것이다. 1990. 3. 집권한 아일윈 대통령은 이 사면령에 관하여 아무런 의문을 제기하지 않았다. 뿐만 아니라 칠레 대법원은 사면령이 단순히 형벌을 면제할 뿐만 아니라 조사의 권한까지 박탈한 것이라고 해석함으로써 실종자의 행방을 법원이 조사하는 것까지 봉쇄되었다.[104]

그러나 이것으로 모든 사건이 그대로 끝날 수는 없었다. 피노체트가 쿠데타를 통하여 집권한 1973년부터 아일윈 대통령에게 정권을 인계한 1990년까지 16년 6개월동안 이루어진 인권유린사건들은 그냥 덮어버리기에는 너무도 중대하고 심각하였던 것이다. 이 사건들의 진상조사와 처벌을 둘러싸고 논쟁과 투쟁은 그치지 않고 계속되었다. 군정하에서 실종되거나 학살당한 정치인, 시민 등 2천여명에 대한 수사를 전담할 특별검사의 임명과 전권을 수여하는 이른바 '아일윈법안'을 둘러싸고 이에 반대하는 군부와 미온적임을 지적하는 인권단체 쌍방으로부터 공격을 받았다.[105] 새로운 조사기관의 설치를 그 내용으로 삼고 있는 이 법안은 그동안 사법부에 대한 불신[106]과 의회의 속성, 피노체트의 존재로 말미암아 의회마저 위 사면령을 폐지하거나 위헌선언하는 것이 불가능하다는 데서 나온 대안이었다.

1990. 5. 대통령은 행정명령에 의하여 '진실과 화해위원회'(Commission on Truth and Reconciliation)를 설치하였다. 이 위원회의 목적은 심각한 인권침해사건을 조사하는 데 있었다. 그러나 사법적 기능이나 개인의 책임을 결정할 수 있는 권한은 가지고 있지 못하였고 다만 '배상의 공정한 조치와 재발을 방지할 수 있는 법률적 조치를 권고'하는 일이 주된 임무였다. 이 위원회에 피해자, 가족, 인권단체들의 정보가 산더미처럼 접수되었으며 이에 기초하여 약 2천페이지 짜리의 보고서가 제출되었다.[107] 이 보고서의 권고에 따라 1992. 1. 31. 희생자의 가족들에게 연금 또는 일시불의 손해배상지급, 추가적인 사건의 조사 등을 가능케 하는 법률 제19,123호가 통과되어 실시되고 있다.[108] 이 법은 위 업무를 담당하는 배상과 화해를 위한 국가기구(national corporation for compensation and reconciliation)가 설치되었다. 몇 개의 사건은 최종적으로 재판을 받게 되기는 하였다. 해외에서 일어나거나 또는 1978년 사면령 이후에 발생한 사건 등이 그것이다.

104) 이른바 1990. 8. 24.자 Insunza et al vs.Manuel Contreras et al사건의 판결에서 대법원이 내린 해석이다. 이에 따르면 형사처벌 뿐만 아니라 가해자와 범죄행위의 내용이 특정되지 않음으로써 사실상 민사재판까지 불가능하게 되었다.

105) 1993. 9. 16.자 경향신문 기사 참조.

106) 피노체트 정권아래서 인권유린의 일익을 담당해온 칠레의 사법부는 권력의 민주화과정에서도 가장 완고한 장애로 남아 있었다. 특히 아일윈 대통령의 등장 이후 2년간 보여준 대법원의 태도는 전혀 변함이 없다는 인식이 보편적이었다.

107) 이 보고서는 Chilean Human Rights Commission, IDEAS Centre, 외무부 등의 주도에 의하여 *'Para creer en Chile'* (Believe in Chile)라는 이름으로 축약, 번역되었다.

108) Cecilia Medina, "Chile: Obstacles and Challenges for Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.10, No. 2, 1992., pp.109~129

C. 우루과이

1985년 민간정부가 들어서기까지 1973년부터 12년간의 군사독재가 우루과이 국민의 억울한 죽음과 고문, 실종 등의 벼랑끝으로 내몰았다. 쥴리오 마리오 상귀네티 지도하의 새로운 민간정부의 출범과 함께 많은 피해자들과 그 가족들은 일반법정에 인권침해사건들을 제소하기 시작하였다.[109] 그러나 1986. 12. 군부로부터의 압력때문에 우루과이 의회는 인권침해사건의 재조명을 원천적으로 봉쇄하고 만 사면법을 통과시키고 말았다.[110]

이에 모든 인권단체들은 이 법의 폐기를 주장하며 국민투표(referendum)를 실시하자는 캠페인을 벌여 나갔다. 이것은 우루과이 헌법이 25%의 국민이 국민투표를 요구하면 실시될 수 있다는 조항을 활용한 것이었다. 전국적 캠페인을 위하여 국민투표운동전국위원회(Commission National Pro Refrendum)가 조직되었다. 이 위원회가 내세운 주장의 요지는 분명하였다. 과거의 책임자를 처벌함으로써만 희생자들이 법률적으로 배상받게 되고, 미래의 반복이 방지될 수 있으며, 진실을 안 연후에야 국민들은 화해할 수 있다라는 것이었다. 다음은 우루과이의 군사독재가 절정을 이루던 1981년 탄생한 인권운동단체, '평화와 정의를 위한 봉사'(Service for Peace and Justice, SERPAJ)[111]의 창설자이며 제수이트 교단의 신부였던 Luis Perez Aguirre의 이야기이다.

> "Perez Aguirre 신부의 국민투표찬성은 보복과는 다른 진실의 갈망에 근거해 있었다. 그는 자신을 고문한 사람을 알고 있었고, 몬테비데오의 길가에서 만난 적도 있었다고 했다. 그러나 그는 그자리에서 그를 용서하였다. 그와 함께 그는 '국가가 고문자를 그를 위하여 용서할 수는 없는 것'임을 지적하였다. 어떤 잡지와의 인터뷰에서 자신의 고문자를 용서한 것에 관하여 질문을 받았다. '깊은 기독교적 신념으로부터 내심의 개인적인 결단의 과정이었다. 그러나 이것은 단순한 과정이 아니다. 많은 내적 고민이 요구된다. 그것은 진정한 화해여야 하며 내가 해야 할 일이다. 국가가 대신 그것을 해 주겠다고 요구할 수는 없다. 진실이 말해진다면, 아마도 우리 국민은 대부분의 고문자를 용서하는 방법을 찾을 수 있을 것이다. 우리는 관용의 전통을 지니고 있다."[112]

109) 2년동안 약 180명의 군인과 경찰관에 대한 고발이 이루어졌다.

110) 실제는 1984년 군부와 정치적 엘리트 사이에 장래 들어설 민간정부가 과거의 인권침해사건을 기소하지 않기로 하는 비밀합의가 이루어져 있었음이 밝혀졌다.

111) 이 단체에서 펴낸 'Urguay: Nunca Mas'(Never Again)이라는 책자는 세계적으로 유명하게 되었다.

112) "Profile of a Moniter: Uruguay's Father Luis Perez Aguirre", 위 Human Rights Watch, No.4, p.8

국민의 압력에 굴복한 우루과이 정부는 마침내 국민투표실시에 동의하였다. 그대신 정부는 사면법의 거부가 군부의 개입과 보복을 불러올 것이라는 선전에 몰두하였고 이 위협과 공포에 못이긴 국민은 58:42의 비율로 그 법안의 유지에 손을 들고 말았다.

D. 파라과이

1989. 2. 3., 로드리구에즈 장군의 쿠데타에 의해 스트뢰스너(Stroessner) 장군의 독재정치가 끝나고 민주적 이행과정이 시작되었다. 그러나 이 과정에서도 어떠한 과거정권의 인권침해에 대한 처벌의 결정은 따르지 않았다. 당분간 그 범죄자들은 면책을 향유하게 되었다. 특히 스트뢰스너는 브라질에 망명중이고[113] Duarte Vera 장군은 볼리비아 대사로 남아 있다.

그럼에도 불구하고 약 20여개의 고문사건이 그 피해자의 가족들에 의하여 제소되어 있는 상태이다. 그러나 이 피고인들을 위해 맡고 있는 변호인들은 시간의 지연작전을 쓰면서 한편으로는 1960년대 내지 70년대 일어났던 그 사건들의 공소시효가 끝났다고 주장하고 있다. 그러나 검찰총장은 전 정부의 구성원이었던 이들은 1989년 그 정부의 전복 이전에는 특권을 누리고 있었기 때문에 이들에 의하여 저질러진 인권침해범죄에는 공소시효가 적용되지 않는다고 해석하였다.

1993년 벌어지는 대통령선거는 이 문제에 관한 첨예한 입장차이를 그대로 보여주고 있다. Colorado당의 Wsmosy 후보는 과거정권의 공무원과 군대의 득표를 위하여 아르헨티나에서 있었던 *'Punto final'*법을 만들어 통과시키겠다고 다짐하였다. 그는 말한다. "왜 과거를 파는가? 나는 역사의 페이지를 넘기고 보다 낙관적인 미래를 보고자 한다"라고. 그러나 다른 지도자들은 "스트뢰스너 독재의 도둑과 경찰이 저지른 절도, 사기, 고문의 행동을 정당화시키고자 하는 기도"라고 비판한다. 어느 무소속후보는 "과거의 상처를 치유하기 위해서 정의는 행해져야 한다"라고 주장한다.[114]

E. 엘살바도르

아르헨티나와 칠레에서 사용되었던 독립적인 조사위원회의 모델이 유엔의 중재자에 의하여 엘살바도르에서도 이용되었다. 1991. 4.의 정부와 국가해방전선 사이에 이루어진 이른바 '멕시코 합의'는 '진실위원회'(truth commission)의 설치를 담고 있었다. 이 위원회의 구성은 1992. 1. 16.의 평화협정에서도 재차 확인되었다. 전 미주인권재판소장이었던 토마스 부루겐달 교수를 포함하여 3명의 위원으로 유엔 사무총장에 의하여 임명된 이 위원회는 로메로

113) 엠네스티의 한 보고서는 스트뢰스너 전대통령이 1974년의 한 고문사건에 대한 책임으로 구속영장이 한 형사법원의 판사에 의하여 발부되었으며 법정 불출석으로 말미암아 다시 법정모독죄로 1992. 8. 기소당하였다고 한다.

114) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.44

대주교 암살사건을 포함하여 1980년 이래 일어났던 가장 심각한 인권침해사건을 조사하는 권한을 지닌다.[115]

나. 아프리카지역

A. 식민세력의 잔혹행위와 그 불처벌문제

노예무역으로 상징되는 아프리카 각국의 고통은 식민지시대에는 말할 것도 없고 식민지시대가 종료한 이후에도 그대로 남았다. 노예로서 북미, 유럽, 중·남미에 끌려간 아프리카인은 그 '신세계'에서도 여전히 노예 또는 '하류계급'의 생활을 면하지 못하였다. 현지에 남은 아프리카인들은 식민지종주국의 착취와 인권유린에 시달리지 않으면 안되었다. 이에 대한 책임자는 영국, 독일, 프랑스, 벨기에, 이탈리아, 스페인, 포르투갈 등 식민국들이었음은 말할 것도 없다. 식민지종주국들은 아프리카인들을 상대로 강간, 약탈, 살해 등 온갖 종류의 비인도적 범죄를 저질렀다. 특히 원주민들의 독립운동이 강화되면서 제국주의 열강은 이들에 대한 탄압과 인권유린의 강도를 더하였다. 케냐(1950년대), 알제리아(1950년대~1960년대), 앙골라·모잠비크·기니아(1960년대~1970년대), 짐바브웨(1960년대~1980년대), 나미비아(1960년대~1989) 등에서의 독립운동에 대하여 무자비하게 짓밟았다. 예컨대, 케냐에서는 수만명이 1950년에서 1963년 사이에 영국의 반란진압군의 손에 의하여 살해되었다.[116] 그러나 그후 어느 서구 제국주의 열강도 그들의 식민지에서 저질렀던 범죄에 대하여 처벌하거나 배상한 바가 없었다. 이것은 2차세계대전 이후 나치전범들에 대하여 처벌의 원칙을 발전시켜 온 모습과는 너무나 대조적이며 모순된 것이 아닐 수 없다. 어떤 경우에는 스스로 범죄성을 자각하고 자신들의 행동을 사면하는 법령을 만들어 두기조차 하였다. 예컨대, Southern Rhodesia의 영국 총독은 짐바브웨의 독립 직전에 일반사면령을 공포하였다. 이 사면령에는 독립운동가들의 저항행위와 함께 그것을 진압한 군인과 경찰 등의 행위를 한꺼번에 사면하는 내용이 들어 있었다.[117] 이와같은 식민지시대의 가혹한 인권침해와 비인도적 범죄행위에 대하여 그 자손들은 공식적 사과, 배상 등을 요구하고 있다.[118] 특히 1992. 7. 다카르에서의 아프리카통일기구(OAU) 정상회담은 유럽이 과거의 식민주의와 아프리카인의 노예화에 대한 배상을 해야 하는 책임의 연구와 준비를 위해 전문가그룹을 설치하기로 결의하였다.[119] 특히 태평양연안의 작은 섬나라 나우르는

115) Emmanuel Decaux, 위의 글, pp.48—49

116) Shadrack B.O.Gutto, 위의 글, p.31

117) Amnesty Ordinance 1980, Article 3(1)(c)(ii) (위의 글, p.34)

118) Shadrack B.O.Gutto, "Problems of Impunity for Violations and Denial of Human and Peoples' Rights in Africa", *Impunity*, International League for the Rights and Liberation of Peoples, p.30

119) 제3세계국가들의 주장에 의하면 민족자결권, 자연자원에 대한 주권의 배타적 적용 등은 집단적 권리로서 대단히 중요한 위치를 차지한다. 이 주장은 양 국제인권규약 제1조에 보장되고 있다. 식민지시대의 배상에 관한 요구는 바로 이러한 종류의 권리라고 말할 수 있다.

이미 오스트리아 정부를 상대로 자연자원의 식민지적 착취에 대한 배상을 구하는 요구를 국제사법재판소에 내놓고 있다.[120]

B. 우간다

그후 독립된 아프리카의 각국에서는 독버섯처럼 독재정권이 출현하였다. 이들이 엄청난 인권유린을 자행하였고 마침내 퇴조하고 있음은 위에서 본 대로이다. 여기서는 우선 아프리카에서 인권침해범죄에 대한 처벌이 상대적으로 성공한 우간다의 경우를 본다. 이디 아민의 장기독재는 1986년의 Yoweri Museveni의 권력장악으로 무너진다. 이 과정에서 과거의 정권을 뒷받침하던 정권안보의 체제는 소멸하고 그대신 인권침해조사위원회(Commission of Inquiry into Human Rights Violations)가 설치된다. 이 위원회는 1962년 우간다의 독립이래 1986년에 이르기까지 벌어진 모든 인권침해범죄에 관한 조사권한을 가지고 있었다. 조사가 진행되면서 그 절차와 결과는 거의 매일 텔레비젼에 방송되었고 가장 인기있는 시청물이 되었다.[121] 1981년 Mbarara 지역에서 일어난 7명의 실종사건의 명령책임자로 지목된 Crispus Rwakasiisi 전장관이 1988. 6. 사형선고를 받았다.[122] 그는 Milton Obote 대통령시절, 공포의 국가안전부(National Security Agency, NASA)의 정치담당책임자로 일했던 사람이다. 7명의 살해를 실행했던 또다른 국가안전부의 요원이었던 Elias Wanyama 역시 기소되었다. 차량사고로 위장 발표된 성공회 대주교 Janani Luwuum에 대해서도 이디 아민 당시 대통령의 명령에 의하여 살해되었다는 증거들이 조사결과 드러나기도 하였다. 그러나 위 위원회의 노력은 좌절을 겪기도 하였다. 1987년 이웃나라들로 도망간 범죄자들의 송환에 실패했던 것이다. 탄자니아의 Dar에 있는 치안재판소 판사는 John Charles Ogole 중령을 송환해 달라는 우간다의 요청이 정치적 동기에 의한 것이라며 그 청구를 기각하였다. Luwereo Triangle[123]지역 주둔군의 사령관이었던 그는 살인혐의를 받고 있었다. 살해목적의 납치혐의를 받았던 정보장교 Peter Owilli에 대한 송환 역시 케냐고등법원에 의하여 거부되었다. 이 위원회가 효과적으로 과거의 범죄자를 조사, 소추, 처벌하는데 부분적으로 실패하고 만 것은 교통편의문제, 인력의 부족, 소급효금지원칙준수에 따른 법률적 장애 등이 있었기 때문이다.[124]

120) Yogesh Kumar Tyagi, 위의 글, p.91

121) Richard Carver, "Commission of Inquiry Investigates Causes of Abuses in Uganda", 위의 Human Rights Watch, No.4, p.7

122) 이경우 그는 살해의 목적으로 피해자를 납치한 혐의였다. 이 죄목은 당시의 우간다 법률 아래서도 사형의 법정형이 부과되어 있었지만 많은 변호사들은 '잡동사니'(catch-all)혐의를 갖다 붙인 것이라고 비난받았다. 그러나 그당시 인권침해범죄의 명령을 내린 책임자에 대하여 보다 나은 혐의를 찾기란 불가능한 일이었다고 한다(위의 글, p.7).

123) 우간다에서도 이 지역은 가장 많은 정치적 학살이 일어났던 곳으로서 Museveni 대통령 취임후 많은 해골과 인체의 잔해들이 발견되곤 하였다.

124) 위의 글, p.7. p.9

C. 기니아

1984. 4. 세쿠 투레 정권이 무너지고 새 정부가 선 기니아(Guinea)의 경우에도 '불처벌' 현상의 예외가 아니었다. 새 정부는 전 정권의 어떠한 공무원에 대해서도 조치를 취하기를 꺼려하였다. 의회(National Conference)안에서의 반대파의 주장에도 불구하고 전 정권의 경찰관을 내무장관으로 임명할 정도였던 것이다.[125]

D. 베닌

베닌은 아프리카에서서도 가장 성공적으로 민주적 이행을 이룩한 나라로 손꼽힌다. 1990. 2. 베닌 의회는 막스 레닌주의의 독재로부터 다원적 민주주의로 이행하는 과정을 결의하였다. 전 정부는 정권이양의 불가피한 상황을 파악하고 사전에 자신들에게 유리한 여론과 위치를 확보하기 위한 몇가지 조치를 취했다. 예컨대, 망명한 시민들의 귀환을 허용하는 사면법, 독립성이 법에 의하여 보장되는 인권위원회의 설치, 정부관리들의 재산을 감사하는 위원회의 설치 등이 그것이다. 의회는 그러한 조치를 확대하여 새로운 사면법, 새로운 재산감사위원회를 재정, 설치하였고 과거정권에 의하여 축출된 군인들을 복직시키는 법령도 제정하였다.

그러나 베닌의 경우에도 일종의 사면법을 통과하는 데 있어서 예외는 아니었다. 1991. 4. 12. 면책법(immunity law)이 통과되었다. 이 법은 1972년 케레쿠 전대통령이 1972년 집권한 이후의 모든 행위를 포함하여 면책을 부여하는 내용도 포함되어 있었다. 수감자의 살해와 고문의 여러 사건에 관련되어 있던 케레쿠 대통령의 면책은 항의를 불러 일으켰다. 그러나 1984년 사망한 한 수감자의 동료들이 고발한 진정에 따라 두 명의 보안요원이 살인, 횡령, 고문의 혐의로 체포되기도 하였다.[126]

E. 말리

23년간이나 이 나라를 지배하던 무싸 트라오레 대통령이 1991. 3. 군사쿠데타에 의하여 전복되었다. 민주주의를 요구하는 대규모의 시위들이 폭력적으로 진압당한 직후였다. 트라오레 대통령과 전내무장관이 독직과 1991년의 시위대학살공모혐의로 공개재판을 받았다. 이들에게 붙여진 이른바 '피의 범죄'(crime de sang) 혐의는 다수의 전직 고위관리에 대한 소송의 홍수를 가져오는 계기가 되었다. 이 과정에서도 군인들은 제외하려는 경향이 농후하였다. 특히 트라오레 대통령을 전복하고 '국민구제과도위원회'(Transitional Committee for the Salvation of the People)를 이끈 뚜레 장군에 대하여 1992. 9. 면책을 주었다.[127]

125) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.49

126) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.50

127) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.51

F. 콩고

1991. 2. 열린 의회는 국가의 장래와 과거의 인권침해처리문제를 둘러싸고 큰 논쟁을 벌였다. 콩고에는 1960년대 이후 1977년의 브라자빌 주교를 포함하여 약 3천여명의 정치적 동기에 의한 살해 등 혹독한 인권침해가 잇따랐던 것이다. 그러나 Sassou-Nguesso 대통령의 요청에 따라 의회는 국민적 화해를 촉진하기 위하여 과거의 모든 정치적 범죄와 인권침해에 대하여 일반사면을 선포하였다. 어떤 인권침해의 조사도 이루어지지 않았다. 국가안전위원회가 해소되고 혁명재판소가 폐지되며 새로운 헌법이 채택되었다. 1992년의 정치적 혼란 이후에 들어선 새로운 지도자도 역시 일반사면을 확인하였다. 위 Sassou-Nguesso 대통령이 재임했던 전 기간을 포함하여 면책을 주었던 것이다.[128]

다. 아시아지역

A. 아시아지역의 '불처벌'문제의 특성

아시아지역에서도 인권침해범죄자에 대한 광범한 '불처벌'현상이 보편적으로 일어났다.[129] 살인, 고문, 납치, 자의적 구금 등에 가담한 군인과 경찰이 거의 처벌받지 못했다. 인권침해가 '불처벌'의 담보하에 다반사로 이루어지고 있는 것이다. 이것은 이 지역에서 폭압과 '불처벌'이 제도화되어 있는 사회적 구조에 기인하는 것으로 이해된다. 이 제도화의 명분과 근거는 '국가안보'이다.[130] 이것 역시 이 지역에 강력하게 존재한 냉전과 긴장의 산물이다.

국가안보라는 명분아래 법률과 관행에 의하여 국민의 기본권의 제한, 보안경찰과 군인들의 면책이 보장된다. 인도의 경우 무장병력특권법(Armed Forces Special Powers Act of 1958) 제6조는 수권을 받은 장교, 영장담당 장교, 기타 고위 군장교들의 민간인에 대한 행동의 면책을 부여하고 있다.[131] 스리랑카의 면책법(Indemnity Act of 1982)은 "법과 질서를 세우기 위해 행한 법률적 또는 다른 행동"으로부터 공무원들을 면책시키고 있다.[132]

B. 타일랜드

1932년 절대군주제가 종말을 고한 이후 타일랜드는 17번 이상의 군사쿠데타를 경험하여야 했다. 특히 1976년 민주주의를 열망하는 학생들의 시위는 무자비하게 진압당하였다. 이 사건

128) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.52

129) 아시아지역은 인간의 자유를 가장 제한받고 있는 지역으로 평가되고 있다(United Nations Development Programme, *Human Development Report 1991.*).

130) Maria Socorro I. Diokno, "Impunity in Asia", Impunity, International League for the Rights and Liberation of Peoples, p. 19

131) Amnesty International, "India 'Operation Bluebird': A Case of Torture and Extrajudicial Executions in Manipur", ASA 10/17/90, Octover 1990.

132) Asia Watch, Human Rights Accountability in Sri Lanka, May 31th 1992.

과 관련하여 진압의 핵심적인 책임자의 한 사람이었던 Admiral Prapas는 은퇴하여 불교사원의 승려가 됨으로써 그 책임을 진 것으로 간주되었다.[133]

타일랜드의 '불처벌'경험은 1992. 5. 일어났던 민주화운동의 폭력적 진압자들에 대한 경우에서 전형적으로 드러났다. 그당시 타이의 수십만명이 거리로 뛰쳐나와 민주화운동을 벌였던 것은 외신을 통하여 잘 알려져 있다. 비무장한 이들을 향하여 타이의 보안군은 발포하여 최소한 52명을 살해하고, 수백명을 구속하였다. 이때 연행된 수백명의 행방과 운명은 여전히 알려져 있지 않다. 그 며칠 후 타이 수상은 사임하고 말았지만 사임 직전 그 자신을 포함한 군부 지도자들을 사면하는 칙령(Royal Decree)을 선포하였다. 새로이 구성된 의회는 그 칙령을 무효라고 선언하였으나 헌법재판소가 그 선언의 불소급이라고 판결하여 결국 그 칙령은 유효하게 되었다. 일부 정치인들이 사건당시의 수상을 비롯한 군부지도자들을 고발하였으나 타이의 경찰은 무혐의처리하고 말았다.[134]

C. 필리핀

마르코스 지배하의 필리핀의 인권탄압은 세계적으로 널리 알려져 있었던 만큼 이 나라의 민주화와 그 한계는 더욱 주목할 만한 가치가 있다. 1972년 내려진 필리핀의 계엄령은 아시아 최고의 민주주의 전통을 그 한 방에 산산조각내고 말았다.[135] 그 이후 대규모로 이루어진 일상의 인권유린은 필리핀을 국제인권단체 사이에 가장 자주 언급되는 인권오명국의 하나로 올려놓았던 것이다. 그러나 1987. 2.의 평화적인 혁명은 탄압과 빈곤, 부패와 외세의 지배로부터 이나라를 자유롭게 하는 새로운 '새벽의 약속'으로 비춰졌다. 실제로 집권초기에 아키노 대통령은 새로운 헌법의 제정, 대통령직속 인권위원회(Presidential Committee on Human Rights, PCHR) 설치, 각급 학교에서의 인권교육, 공산당 및 신인민군(NPA) 지도자를 포함한 정치범의 석방 등으로 인권에 대한 확고한 의지를 드러낸 것처럼 보였다. 이러한 기대는 1987년 한 해동안 이루어진 아키노 행정부의 인권정책의 방향과 해석에 의문을 가지기 시작하면서 깨어졌다. 반란에 대한 '전면전' 정책과 '민간자위봉사자조직'(The Civilian Voluteer Self-Defence Organizaiton)이 민간인을 무장하여 '이이제이'(以夷制夷)의 방식으로 광범하게 인권침해를 야기하였던 것이다.[136] 수많은 종교인, 인권운동가, 시민들이 백주 대낮에 살해되기 일쑤였으며 고문과 정치적 구속자가 늘어났다. 군부의 포로가 된 민간정부의 한계로서 필리핀 사례는 인용될 만하다.

133) 이 나라에서는 '개인적 안전'과 '용서'가 상호 깊이 연관되어 있기 때문에 단순한 퇴임 자체가 이미 책임을 물은 것으로 간주되었던 것이다(Emmanuel Decaux, 위의 글, p.57).

134) The Straits Times, November 30th 1992.

135) Richard Pierre Claude, "Philippines", *International Handbook of Human Rights*, Vol.10, No.2, 1992., pp.109~129

136) *Report of the Asian Human Rights Commission Study Mission to the Philippines*, January 1988. 참조

이같은 인권침해의 재발은 과거의 인권침해범죄에 대한 관용, '불처벌'의 당연한 귀결이기도 하였다. 먼저 위에서 언급한 인권위원회에 대한 기대와 그 파탄의 과정을 살펴보자. 인권위원회는 대통령직속기구로서 필피핀에서는 가장 존경받았던 인권변호사 Jose W. Diokno가 그 위원장으로 임명되었기 때문에 그 활동의 기대를 모았던 것도 사실이었다.[137] 과거와 현재의 인권침해를 조사할 수 있는 권한을 가지고 있었을 뿐만 아니라 실제로 1972년이후의 계엄령 시대에까지 15년을 소급하여 그동안 있었던 인권침해범죄를 그 조사대상에 포함시켰다. 그러나 이 위원회의 활동은 조만간 난관에 봉착하였다. 수많은 고발이 잇따랐을 뿐만 아니라 아무런 재정과 인원의 지원없이 7명의 위원들이 그 사건들을 처리하기가 원천적으로 불가능하였다. 그 위원들은 모두 중복된 다른 업무들을 맡고 있기도 하였다. 그러나 이 위원회의 활동을 가로막았던 근본원인은 과거의 사건을 다루는데 대한 군부의 강력한 저항에 있었다.[138] 위 Dikino 위원장은 1981년경 고문끝에 사망한 인권운동가 Bobby de la Paz를 비롯한 여러 사건에 관련되어 악명이 높았던 Rolando Abadilla를 지목하여 이 한 사람이라도 상징적으로 조사, 기소하려 하였다. 그러나 본격적인 수사가 시작되기도 전에 Dikino는 암으로 사망하였고 1986년 말 경에는 인권위원회의 활동은 거의 정지되고 말았다. 1987년 대통령궁 앞에서 있었던 농민 시위의 진압과정에서 17명의 시위대원이 사망하였고 이에 1명을 제외한 전원의 위원들이 사임함으로써 인권위원회는 완전히 종착점에 도달하였다. 1987. 2. 새로운 헌법이 제정되고 그 안에 인권위원회(Commission on Human Rights, CHR)설치조항이 있었으나 이것은 이미 행정부 내의 한 기관에 지나지 않았다. 군부는 신인민군의 '만행'을 이 위원회에 고의적으로 대량 제소하기 시작하였고 대부분의 인권단체들은 새로이 일어나는 살해, 실종사건에 매달려 과거 범죄자의 처벌에 관심을 쏟을 여유를 가지지 못하였다. 이러는 사이 과거의 인권침해범죄자들은 '화려한 변신'을 시도하였다. 마르코스 치하 최대의 악명을 날리던 Rolando Abadilla는 Ilocos Norte주의 부지사가 되었으며 다바오 경찰청에서 고문전문가로 널리 알려진 경찰관 한 명은 마닐라경찰청으로 영전하기도 하였다. 이리하여 과거의 인권유린범죄에 가담한 한 명의 군인도 처벌하지 못하는 결과를 낳았다.

과거의 인권침해불처벌이 가져온 결과 필리핀에서의 새로운 대규모의 인권침해에 대해서는 이미 설명한 대로이다. 필리핀의 '불처벌'의 가장 최근의 사례로서는 Andres Friginal사건이 꼽힌다. 그는 1992. 3. 6. 보안군에 의하여 체포된 후 행방불명이 되었다. 8개월동안 가족들과 변

137) Sidney Jones, "Will to Prosecute Past Offenders Lost in the Phillipines", *Human Rights Watch*, No.4, December 1989, p.4

138) Sydney Jones, 위의 글, p.5. 아키노 정권의 성립은 군부의 지원이 있었기 때문에 가능했으며 실제로 새로이 출범한 아키노 정부의 국방장관, 참모총장 등이 모두 마르코스 대통령시절의 군부지도자들이었다. 이러한 요인은 더 이상 군부에 의해 저질러진 인권침해범죄의 추급을 막는 것이 되었다. 포클랜드 전쟁의 패전책임으로 인하여 군부가 위축되어 있던 아르헨티나와도 다른 상황이었다.

호인이 그의 소재를 찾아 나섰으나 군부대는 그의 연행과 구금사실을 강력히 부인하였다. 가족들은 영장에 대한 이의를 고등법원에 제기하였으나 증거부족으로 기각되기도 하였다. 지칠 줄 모르는 가족들과 인권단체들의 활동으로 Friginal은 군대의 '안전가옥'에 구금되어 있음이 확인되었고 마침내 석방되었다. 침묵의 강요에도 불구하고 그는 자신의 구금, 고문 등을 폭로하였다. 그러나 그 가해자들의 수사와 처벌을 위하여 필리핀 당국은 아무런 조치를 취하지 않았다.[139]

D. 방글라데시

1971년 파키스탄으로부터의 독립전쟁은 1백만에서 3백만에 이르는 방글라데시의 죽음을 가져왔다. 독립후 다수당이 된 Awami League는 전범과 그 부역자를 재판할 것을 다짐하였다. 1972. 3. 현재 약 3만명에 대한 혐의가 제기되었지만 그 가운데 단지 2850명에 대해서만 재판이 시작되었다. 1973. 11.에는 이들에 대한 일반사면이 선포되었다.

1975년 무지바르 라흐만 대통령과 40여명의 추종자들이 군대가 동원한 탱크에 의하여 암살당하는 사태가 발생하였다. 새로이 선출된 대통령은 책임있는 장교들을 사면하였고 이 결정은 새로운 수정헌법에도 명기되었다. 그러나 계속되는 국민들의 시위와 봉기끝에 장교들은 리비아로 망명하였다. 1982년부터 1990년까지는 에르샤드 장군이 이끄는 군사정권이 이 나라를 지배하였다. 에르샤드 장군이 1990. 12. 사임한 직후 구정권하의 잘못을 조사하는 특별위원회가 설치되었다. 이 위원회는 1991. 3. 그 보고서를 제출하였고 이에 따라 무기소지, 자금유용 등의 혐의로 전직 대통령이 재판을 받았다. 그러나 과거의 인권침해에 대한 혐의는 전혀 적용되지 않았다. 1991년에는 또한 초대대통령의 암살자에게 혜택을 주는 헌법상의 면책을 제거하는 법안을 제출하였다.[140]

라. 동구권지역

소련의 붕괴와 함께 다른 동구권지역 국가들도 과거의 공산정권의 몰락을 목도하였다. 공산정권의 지배하에서 이루어졌던 권력의 남용과 인권침해에 관한 처벌의 요구와 재평가의 움직임이 터져 나온 것은 당연한 일이었다. 때로는 이것이 지나쳐 많은 나라에서 전 공산당원들에 대한 일종의 '메카시즘'선풍이 휘몰아쳤고 여론재판과 '마녀사냥'이 되살아났다는 비판까지 나오게 되었다.[141] 이에 따라 과거의 법률에 의하여 집행된 행위를 모두 범죄시하는 것은 부적절

139) Maria Socorro I.Diokno, 위의 글, p.23

140) Emmanuel Decaux, 위의 글, pp.53~54

141) 1991. 11. 14.자 한겨레신문 기사

하다는 반론도 만만찮게 제기되었다.[142] 그러나 대체적으로 소련을 비롯한 동구권에서도 인권침해범죄가 충분하고도 적절하게 처단되었다고 말할 수는 없다. 상징적인 몇 사건에 관하여 조사가 진행되거나 기소되는 선에서 마무리되었다. 특히 소련의 경우 스탈린 치하의 수십만명의 목숨을 뺏은 시베리아추방, 30년대와 40년대의 헤아릴 수 없는 사람의 불법처형, 타타르족, 볼가 독일계 민족의 강제추방 등에 관하여 별다른 처벌의 움직임이 없는 상태이다.

이러한 논란 가운데 폴란드에서는 Jan Olszewski가 수상이 됨으로써 공산당간부들과 비밀경찰요원들은 전전긍긍하기 시작하였다. 그는 과거 인권변호사로서 1980년대에 벌어졌던 의문의 사건들[143]에서 변호인으로 일했기 때문이다. 위 사건들의 최종적인 배후는 바로 공산당의 정치공작파트에까지 연결되어 있는 것으로 알려졌다. 이에 따라 두 명의 비밀경찰 장군들이 구금되었고 의문의 사건들에 대한 재조사가 시작되었다. 이 장군들은 내무부조직 내에 범죄조직을 설치, 운영한 것 외에도 5가지의 죄목으로 재판받았다.[144] 그 외에도 공산정권하에서 이루어진 몇 건의 정치적 암살, 고문 등과 같은 인권침해에 관하여 조사와 형사처벌절차가 진행되었다.[145] 불가리아에서도 몇 건의 기소가 이루어졌다. 불가리아 국가원수겸 공산당 당수 Todor Zhivkov, 전수상 Atanassov, 전기획부장관이었던 Ovtsharov가 각각 7, 10, 9년의 형을 선고받았다. Zhivkov에 대해서는 터어키계 불가리아 시민들에 대한 인권침해에 대한 조사가 이루어졌으나 집단적인 범죄로서 개인적인 책임을 확정짓기 어려워 더 이상 기소되지 않았다.[146] 헝가리에서는 1944. 12. 21.부터 1990. 5. 2.까지 사이에 벌어진 심각한 범죄로서 그동안 정치적으로 처벌되지 못했던 범죄에 관한 처벌을 가능케 하는 법안이 통과되었다.[147] 그러나 이 법안은 헌법재판소에 의하여 위헌으로 판단받았고[148] 다만 1956년의 헝가리사태(Hungarian Uprising) 진압과 후속 탄압조치가 전쟁범죄로 선포되고, 이에 관한 소급적 처벌이 이루어지게

142) 예컨대, 체코슬로바키아의 유명한 인권운동가 피터 울(Peter Uhl)은 법률과 부합되는 행동을 범죄시하는 법안을 통과시키려는 우익 정치인들의 복수와 증오의식을 비판하고 나섰다(P.Bohata, "Vergangenheitsberwaltigung in er Tschechoslowakei", *Jahrbuch fur Ostrecht*, Vol.32, 1991, pp.325 이하, Tatjana Ansbach," Impunity-Revenge-Justice?: An Eastern European Point of View", Impunity, International League for the Rights and Liberation of Peoples, p. 58에서 재인용).

143) 이 가운데 Solidarity 운동의 지원자였던 Jerzy Popieluszko 신부의 암살사건이 유명하다. 위 신부는 7년전 비밀경찰에 의해 암살되었으나 계속 의문과 은폐속에 남아 있었던 것이다. Olszewski는 이 사건에서도 위 신부의 가족의 변호인이었다(*The Times*, December 7th, 1992).

144) The Times, 위의 기사.

145) Amnesty International, *Jahrebericht 1992*, Frankfurt, 1992, n.402

146) Tatjana Ansbach, 위의 글, p.59

147) 이 법안의 골간은 결국 일반범죄에 적용되는 공소시효의 적용을 배제하는 것이었다.

148) 헝가리 헌법재판소는 정치적 이유로 처벌받지 않았다는 사실이 차별에 대한 헌법적 정당성을 인정해 줄 수 없다는 논리와 형벌불소급의 원칙을 내세우면서 그 법률의 위헌을 선언하였다. 자세한 것은 P.Maczolay, "Judicial Review of the Compensation Law in Hungary", Michigan Journal of International Law, 1992., pp.806 이하.

되었다.[149] 이 위헌판결 직후 대통령은 개인에 대한 처벌을 포기하는 대신 "과거의 탐색을 계속하려는 의지"를 표명하기도 하였다. 구체적인 제안으로 진실에 대한 추적을 증진하고 개인의 책임을 확고히 해 둘 역사위원회의 설치안을 내놓았다. 그러나 이 제안은 결코 실현되지 못하였고 시효에 관한 논쟁은 끝나고 말았다. 루마니아의 국가원수 차우세스쿠에 대한 기소와 처형은 전세계적 관심을 끌었다. 그는 1989. 12. 25. 사형선고를 받고 당일로 처형되었던 것이다. 혐의는 널리 알려진대로 6만명의 희생자를 낳은 제노사이드범죄, 국민과 국가에 대항하여 무장행동을 조직함으로써 국가권력의 권위를 훼손한 행위 등이었다. 9개월 후 그의 아들 니쿠는 군사법정에서 9년형을 선고받았다.[150]

체코슬로바키아에서는 1991. 10.초순경 옛 공산당간부와 인민군장교 그리고 비밀경찰요원 및 협력자가 행정부나 국영언론기관, 대학, 국영사업체 등에 앞으로 5년간 취업할 수 없도록 하는 '정화법'을 통과시켰다.[151] 이 법은 1989. 12. 그 직전 있었던 시위사건의 진압에 관하여 조사하기 위하여 의회에 설치된 위원회로부터 기원한다. 이 조사결과에 의하여 30여명의 경찰이 기소되고 그 중의 몇 명은 1990년 봄에 4년의 징역형에 이르는 형을 선고받았다. 당초의 위원회는 1990. 6.의 새로운 선거결과 재조직되고 내무부문서의 접근으로 그 조사범위를 과거의 고급정치관리들의 행적에까지 확대하였다. 나아가 의회와 지방의회, 그리고 행정부와 군대, 사법부 내의 정책결정부서의 직책담당자는 이 법에 따라 국가보안기관과의 협력이 없었음을 서약해야 했다.[152] 한편 1968년의 이른바 '프라하의 봄'의 경우에는 공소시효가 만료되어 처벌이 불가능하였다. 그러나 1992. 2. 내무장관에 의하여 수행된 조사결과가 공개되어 반역죄로 기소되었다. Gustav Husak에 대한 심리가 열렸으나 그는 석방되어 1991. 11. 사망하고 말았다. 나머지 8명의 피고인들도 시효만료의 이익을 누릴 수 있었다. 그러나 평화의 보호에 관한 1950년대로부터의 법률이 이러한 성격의 범죄에 대해서는 시효의 부적용을 규정하고 있다.

독일의 경우에도 인권침해범죄에 관한 상당수의 재판이 이루어지고 있다. 이 가운데는 동독을 탈출하는 시민을 쏜 경비병,[153] 선거결과를 조작한 관리들[154]도 들어 있다. 동독 국가원수이

149) Tatjana, Ansbach, 위의 글, p.59

150) 위의 글, p.60

151) 1991. 11. 14.자 위 한겨레신문 기사

152) Emmanuel Decaux, 위의 글, p.62. 이 글에 따르면 당시 연방의회의 의장인 알렉산더 두부체크도 의회 조사위원회의 조사결과공개는 무죄의 추정을 무너뜨린다는 의문을 제기하였다고 한다.

153) 이 경비병들의 변호인들은 동독탈출시민에 대한 사격행위가 당시의 동독법률(당시의 국경법)에 따른 것이므로 무죄라고 변론하였으나 독일법원은 받아들이지 않았다. 그 판결은 다음과 같다. "1992. 1. 20.자 베를린 Landgericht의 선고는 국경법이 동독을 불법적으로 떠나는 사람을 쏜 것을 정당화시키는 데 타당한 법적 근거가 될 수 없다고 말한다. 이것은 일반국민의 법적 신념에 따라 실정법에 의하여 침해될 수 없는 '법의 핵'(hard core of law)이 존재한다는 헌법재판소의 견해와 같은 것이다. 이 자연법이론은 1953년 나치법의 법적 평가와

며 공산당 당수였던 에르리히 호네커와 국가보위위원회의 위원들에 대한 재판도 열렸다.[155] 이들에 대한 혐의의 주된 내용은 바로 위 경비병에 대한 사격명령을 내린 데 있다.[156] 정보기구(슈타지, Stasi)의 책임자였던 Meilke는 1932년 있었던 살인사건과 관련하여 기소되었다. 그는 동독에서의 많은 인권유린사건 등에 관련성을 의심받았지만, 증거수집의 어려움 때문에 오래 전에 있었던 살인사건과 그당시 수집되어 있던 충분한 증거로 기소당한 것이다. 위의 경비병에 대한 재판에서와 같이 동독의 국경법이 무효로 된 경우와 달리 동독의 법률을 유효하게 인정하여 그에 위반한 행위가 처벌된 사례들도 있다.[157] 예컨대, 1989. 10. 7.의 시위사건과 관련하여 체포된 시민을 상해한 경찰관이 처벌받았다.[158] 이상과 같은 여러 사건들의 기소에도 불구하고 과거 동독정권에서 벌어졌던 광범한 인권침해에 대한 충분한 조사와 처벌은 이루어지지 못하였다. 심지어 호네커를 비롯한 당간부들에 대한 재판진행의 중단, 극소수 지도자들에 대한 수사, 경비병들에 대한 관대한 처분들은 희생자들의 가족들로 하여금 분노와 항의의 목소리를 내게 하기도 하였다. 다음은 독일의 유력지 Die Welt와 프랑스의 Liberation지가 동독을 탈출하려던 시민에게 발포한 경비병에게 3년6월형을 선고한 판결에 대한 반응과 견해를 실은 글이다.[159]

Die Welt : 호네커에 의하여 부과된 동독장벽의 월경자에 대한 사격명령의 피해자인 Chris Gueffroy는 그녀의 아들을 죽인 경비병에 대한 판결에 대해 몹시 불만이다. 그녀의 실망은 그 경비병들이 선고받은 3년6월이라는 기간에서 비롯된 것이 아니다. 그녀가 제기하는 문제는 왜 우리의 사법이 권력에 있었던 '살인자'들을 처벌할 수 없는

관련하여 발전되었다."(BVerfGE 3,232.) 참고로 동독은 국제인권규약에 가입한 회원국이었고 위 국경법은 자유로이 나라를 떠나고 귀국할 수 있는 자유를 보장하는 위 규약의 조항을 전면적으로 부정하고 있어 그 자유보장의 국제법적 의무를 위반하고 있다.

154) 1992. 2. 7.자 드레스덴 Bezirksgericht의 판결(Tatjana Ansbach, 위의 글, p.62에서 인용)

155) 호네커와 함께 기소된 사람들은 대부분 전직 공산당 지도자들로서 노령과 질병을 지닌 상태였다. 동독의 마지막 공산당 수상이었던 Willi Stoph는 78세, 비밀경찰 슈타지의 책임자였던 Erich Mielke는 84세, 전국방장관이었던 Heinz Kessler는 72세, 국방차관이었던 Fritz Streletz는 66세, 지방당의 당수였던 Hans Albrecht는 72세였다(*The Boston Globe*, November 13th 1992.).

156) 이들은 1961년부터 1989년 사이에 49명의 살인, 25명에 대한 살인미수 등의 혐의로 기소되었다. 기소장은 800페이지에 이르렀으며 1974. 5.의 탈출자사격명령의 방침을 정한 비밀회담이 중요한 기소사실이 되어 있었다. 기소당시 호네커는 모스크바에 머물고 있었다(*The Times*, June 4 1992.). 그후 호네커를 송환하라는 독일정부의 압력에 의하여 그는 독일로 송환당하여 재판을 받던 중 간암의 악화로 재판이 중단되고 말았다. 그당시 호네커는 자신의 행위의 정당성을 변론할 준비를 갖추고 있었으나 건강이 그것을 허락하지 않았다(*New York Times*, November 18th 1992.). 부인이 머물던 칠레로 요양차 건너갔던 그는 최근 사망하였다.

157) 원래 동서독통일조약(The Unification Treaty)은 서독의 형법이 적용될 수 있기 위해서는 동독의 형법에 의해서도 가벌적이어야 한다고 규정하고 있다.

158) Tatjana Ansbach, 위의 글, p.65

159) *The European*, January 24th~30th, 1992.

가 하는 것이다. …, 콜 수상이 최근 칠레를 방문하였을 때 피노체트 정권하에서 일어난 범죄의 책임자들은 기소되어야 하며 희생자들은 정의의 힘을 행사하는 즐거움을 맛보아야 한다라고 말하였다. 그런데 자신의 나라에서는 왜 더욱 강력하게 그런 일을 추진하지 못하는가? …, Gueffroy 여사는 국가를 비판하는 용기있는 자세를 취했다. 이제야말로 기소자들을 동정하기 보다는 그들에 의한 희생자를 배려할 때이다. 호네커의 명령 아래 있었던 사람들이 아니라 바로 우리의 좋은 친구들을 돌보아야 하는 것이다.

Liberation : 재판이 시작된 지 5개월 만에 베를린장벽을 지키던 동독 경비병들에 대한 재판이 끝났다. 지난 1989년 탈주하던 Chris Gueffroy를 사살했던 Ingo Heinrich는 3년6월, Andreas Kuhenpast는 2년간의 집행유예, 나머지 2명의 경비병은 무죄를 선고받았다. 재판장 Theodor Seidel은 "동독의 법률에도 불구하고 탈주자에 대한 사살은 정당화될 수 없다. 그러나 경비병들은 단순히 '긴 연결고리 가운데 말단에 서 있음'에 불과하다"고 말함으로써 '진실로' 유죄인 사람들을 처벌할 수 없는 독일의 사법제도를 암묵적으로 시사했다.

6. 결 론

——화해와 미래로 향하여 열린 길——

이상에서 우리는 불의에 대한 심판과 범죄에 대한 응징이 부분적으로 성공하였음을 확인하였다. 그러나 정의실현의 더 많은 실패와 범죄자의 효과적인 면책, 죄없는 다수 희생자의 계속되는 고통을 점검하였다. 이 상황은 얼마나 인류에게 모독적인 것인가.

> "'불처벌'을 인정하는 것은 '멩겔레'나 '바르비'[160]가 누구도 그들을 수색하거나 고발하지 않을 것을 약속과 함께 자유방면하는 것이나 다름없다. 이것은 국가가 중심이 된 테러리즘은 아무도 어떤 일이 일어났는지, 누가 책임이 있는 지를 알 수 없기 때문에 가장 효과적인 것이라는 그들의 신념을 확인시켜 주는 것이다. 법률은 그들을 결코 접촉할 수 없게 되고 정의는 영원히 조롱당하게 될 것이다."[161]

과거의 상처를 치유한다는 것은 단순히 잊는 것과는 다르다. 의도적인 망각은 약함의 징표

160) 멩겔레는 나치독일의 아우슈비츠의 의사로서 유태인들에게는 '죽음의 천사'로, 바르비는 리용의 정보경찰로서 역시 유태인들에게 '리용의 백정'으로 널리 알려져 있다. 멩겔레는 남미로 도주하여 집요한 유태인의 추적에도 불구하고 체포되지 않은 채 일생을 마쳤고, 바르비는 나치추적의 사냥꾼들에 의하여 발각되고 마침내 프랑스로 송환되어 무기형을 선고받고 감옥에서 사망하였다.

161) Philppe Texier, 위의 글, p.113

이며 미래에 대한 불안의 신호이다. 과거의 야만스러운 범죄를 망각 속으로 쓰러넣고자 하는 사람들이야말로 미래로 향한 길에 방해를 놓고 있는 사람들이다. 고통스런 역사는 그 국민들의 '집단적인 기억' 속에 고스란히 남게 된다. 그 사회는 그러한 범죄들의 도피할 수 없는 현실을 기억하고 함께 살아갈 수밖에 없다. 그 범죄들의 조사와 처벌이야말로 진정한 화해의 조건들을 이룩하는 데 큰 도움이 된다.[162]

이와같이 인권침해범죄의 '처벌' 문제가 중요한 것은 단순히 과거의 청산이라는 측면 그 자체보다 미래에 동일한 잘못의 재발을 방지하고 인권보장의 확고한 다짐을 이룩하는 시금석이 되기 때문이다. 이러한 점에서 인권침해범죄자의 처벌은 과거의 일에 대한 시비라기 보다는 미래지향적인 작업이라고 할 수 있다. 그러한 작업을 통하여 동시에 미래의 세대에게 인권이 내포하는 인간의 존엄성, 생명과 자유의 가치를 되새기게 하고, 정의가 구체적 역사 속에서 행해진다는 확신과 교훈을 심어주게 마련이다.

이 글에서 확인한 정의와 인도의 실패는 바로 인류사회가 당면하고 있는 현재의 상황이요, 한계일 것이다. 그러나 그 상황은 개선되고 있고 한계는 확장되고 있음을 우리는 분명히 보았다. 보다 정의가 확보되고, 인도적 정신이 존중되는 방향으로 전진해 나아가고 있는 것이다.

162) Philippe Texier, 위의 글, p.114

아르헨티나의 탄압에 대한 몇 가지 생각

오월광장어머니회 담당(인권)변호사 Hector Noli(엑토르 놀리)
Antonio Rojas Salinas
(안토니오 로하스 살리나스)

탄압과 다른 면인 불처벌(impunity)의 문제는 역사적이고 비판적인 관점만으로는 충분히 분석될 수 없다. 역사적 비판적 분석은 구체적인 역사적 순간과 그 순간 불처벌문제가 사회에 주는 여파에 대한 분석에 포함되어야 한다. 그렇다면 우리는 탄압의 방식을 그 사회체제 즉 그 사회의 생산체제(우리의 경우 자본주의 생산체제)와 직접 연관시켜 고찰해야 한다. 사회의 여러 분야에서 생산과 소비가 '주변화'되는 현상은 자본주의적 축적의 논리적 결과라기 보다는 자본주의 축적이 가지는 필연적인 충격이라고 생각된다. 즉 자본주의는 스스로 재생산하고 지속시키기 위해서 상대적으로 평화스런(안정된) 국가를 필요로 하고 국가를 통해 체제의 안정을 도모하게 된다. 주변부로부터의 압력이 있을 때 이 '평화'는 존재하기 힘들어진다. 그러나 현 체제는 주변부의 사람들에게 해결책을 제시할 수 없으며 위기상태로 발전한다. 그로부터 위기에 처한 체제의 재안정화라는 명분으로 탄압은 등장한다. —군사독재가 정착시킨 소위 '사회평화'를 다시 보장하기 위해서,

과도정부에 대해 제기한 평화(안정)로의 복구요구가 거부되면, 탄압자들은 독자세력화하겠다고 위협한다. 이 때부터 탄압세력은 자본주의가 그 자체의 발전과 재생산을 위해 필요로 하는 사회질서의 틀 속에 있기를 거부한다. 또한 이 때 과도정부의 권력핵심은 흐트러지며, 때문에 탄압세력을 무력화시키려고 노력한다. 그래서 "과도적 정부"는, "만인은 법앞에 평등하다"라는 환상을 깨지 않으면서도 불처벌론을 정당화해야 하는 과제와 스스로 "민주주의"의 이름으로 획득한 법의 정신을 위반해야 하는 딜레마에 처하게 된다.

그래서 과도정부는 정치군부와 사회불안세력이라는 두 가지 적을 설정하고 이를 잔인하게 억누르면서 그 위세를 대중투쟁에 대해 과시한다. 이러한 탄압정치는 직선적으로 발전하는 것은 아니다. 이러한 탄압정치는 경제위기가 심화되는 시기에 대중투쟁의 확대와 함께 노골화되며, 경기상승기와 사회복지의 확대시기에는 줄어든다.

이 모든 것은 지난 세기의 아르헨티나의 역사과정을 간단히 분석함으로써 밝혀진다. 1911년, "주민법"이라고 불리우는 법령 제4144호가 제정되었다. 이는 외국인에 의하여 운행되는

대부분의 육상 및 해상의 교통을 마비시킨 파업에 대한 대응이었다. 이 법은 외국인의 무력화를 노린 것인데, 이 법에 따라 행정부는 "범법을 한 자 혹은 국가의 안보나 공공질서를 어지럽히는 이유가 되는 행동을 한 사람"을 추방할 수 있게 되었다.

이 법은 1910년 법령 제7029호에 의해 보완되었으며, 대중투쟁을 진압하기 위해 적용되었다. 이 당시 상원의원인 이베르루시아(del Valle Iberlucaa)의 경우 몹시 화를 냈다. 왜냐하면 그는 자신의 사회주의당이 인터내셔날에 참여할 것을 제안했는데 이 법령에 따라 처벌받을 수 있었기 때문이었다. 이 법에 따른 가장 끔찍한 탄압은 히포리또 이리고엔(Hipolito Irigoyen) 제1기 정부의 통치기간(1916~1922)동안 발생한 여러가지 쟁의에 대한 정부의 대응에서 나타났다.

하나의 사례는 부에노스 아이레스에 있는 메딸루르지깔 공장 바세나에서 1919. 1. 벌어진 노동쟁의과정에서 발생한 "비극의 주일"이라 알려진 사건이었다. 작가 마누엘 갈베즈에 의하면 진압과정에서 1,000명의 희생자가 발생하였다. 또다른 예로는 남부 아르헨티나의 "파타고니아의 비극"이라고 알려진 것으로 1921년에 발생한 사건이다. 메넨데즈 베스가족의 변호사이자 남부 지주인 호세 마리아 보르레로에 따르면 농업노동자들의 쟁의를 진압하기 위해 1,500명의 사형이 집행되었다.

이러한 탄압행위가 처음으로 비밀, 보편, 자유선거에 의하여 선택된 정부통치기간에 벌어졌다는 것은 반드시 꼭 지적되어야 한다. 그렇지만 아르헨의 과두세력은 그러한 "민주적인 방법"을 인정하지 않았으며 1930. 9. 6. "파시스트의 쿠데타"로 알려진 거사를 통해 히뽀리또 이리고엔(Hipolito Irigoyen) 제2기 정부를 쫓아냈다. 이렇게 해서 "악명높은 10년"이라고 불리우는 시대가 시작되었다. 이 시기에는 헌법에 보장된 권리의 유보가 핵심 특징이라 할 수 있는데, 이는 당시 군부의 직접 간접 영향하에 놓여 있던 행정부가 국민의 자유실현 여부에 대해 판단하도록 규정한 헌법에 따른 것이었다.

"예외적 요법"이라 불리우는 이러한 특징은 지난 60여년의 아르헨 역사중에서 35년 이상 적용되었다. 이러한 일련의 조치들이 갖는 합헌적 정당성은 체제에 대한 정치적인 반대자들의 대대적인 체포와 고문, 그리고 죽음을 가져왔다.

지금까지 언급된 내용은 그것을 아르헨의 사회체제와 연관시켜 보면, 한 체제가 그 자체의 영구화하고 재생산할 필요성에 따라 가장 야만적인 얼굴를 띤다는 점을 보여준다. 60년대에 이르러 "국가안보론"은 탄압의 차원에서 계속 확대적용되었고 가장 극심한 탄압방법을 퍼뜨렸다. 그러나 새로운 탄압방식은 적법성을 유지하는 선에서 지배세력의 필요에 따라 변화된 것 뿐이다. 그 사례로는 1972. 8. 22. 뜨레레(Trslew)에서 아르헨티나 군인들이 자행한 노조지도자인 펠리뻬, 변호사 네스또르 마르띤, 지역지도자 센떼노 델가딜로의 실종과 16명의 대중투사들의 학살이다. 이것은 가장 전형적인 몇몇 사례에 불과하다.

지난 몇십 년동안 세계자본주의체제에서 발생한 대규모의 자본집중으로 인해 두 가지의 상이한 경제가 탄생했다. 하나는 고도의 기술력과 공업생산을 갖는 중심부이며, 다른 하나는 중심부 경제를 떠받치기 위해 천연자원을 제공하는 주변부이다. 이 체제의 전제는 중심부 자본주의의 대규모적이고 항시적인 확대재생산의 필요성이다. 당연히 이것은 세계시장을 향한 끊임없는 권력의 증가와 저개발국들의 참여 그리고 신생국의 식민지화 없이는 이루어질 수 없다. 이러한 지배방식은 중남미의 나라에서 최악의 착취, 실업, 임금저하, 세습권력의 지역적(중남미) 단결을 초래했다. 동시에 자본주의의 중심부—주변부 재편계획은 이 지역에서의 대중투쟁을 증가시켰다.

10여년 전의 시기에 가까이 오면서 현존 체제는 이런 대중저항을 분쇄하고자 했는데, 그러나 체제는 실제 대량살상을 가져온 국가적 폭력없이 유지가 곤란한 지경까지 되었다. 이 기간은 아르헨티나 역사에서 가장 비극적이고 어두운 시기였다. 어린이들, 노인, 남자, 여자, 그리고 심지어 어머니 뱃속의 태아들까지 살해당하는 때였다. 그들은 체계적으로 그리고 대규모로 강간, 고문, 폭행을 당했다. 구금된 유대인에 대한 학대로 남녀 모두 상당수가 강제실종되었다. 현재까지 그리고 앞으로의 우리의 기억(침묵속에 있는 듯한)에까지 우리 역사상 가장 거대한 대량학살은 인나찌파시스트의 이념을 보여준다. 우리는 우리의 기억이 존재하는 한 대량학살에 대하여 "살아서 돌아오라"하고 주장해야 한다. 그리고 결코 빼앗길 수 없는 깃발을 들고 우리 동료들과 함께 그들과 투쟁해야 한다.

더 정확하게 표현하자면, 판사들의 침묵과 부패한 정치인들이 이러한 군부의 행동을 승인했다는 것을 지적해야 한다. 판사와 정치인들의 책임은 이차적인 것이 아니며 그들에게는 아르헨티나 국민들과 남미형제들의 피가 얼룩져 있다.

군부와 비밀경찰들에 의한 학살이 자행된 후, 체제가 필요로 하는 사회질서는 성취되었다. 그리고 앞서 말한 대로 과도적 정부가 들어섰다. 과도적 정부는 탄압의 이면으로 학살책임자 불처벌을 허용했기 때문에 학살에 대한 책임을 함께 진다고 할 수 있다. 1976. 3. 24. 정치권력을 빼앗아 성립된 군부독재시대 이후, 첫 합법정부는 알폰신에게 맡겨졌다. 그는 행정부의 수반으로 1983년에서 1989까지 역임했다. 그의 집권기간 동안 그는 인권침해문제에 대한 처리를 거부하지 못하는 처지였다. 그것은 왜냐하면 끊이지 않는 대중투쟁 때문이었다. 그는 군과 비밀경찰을 덜 자극하는 방법으로 그리고 그들 대부분의 책임을 무마하는 방법으로 문제를 처리하기로 결심하였다. 그 방법으로 알폰신은 마지막 군사정부기간에 작성된 서류를 이용했는데, 이 서류는 1983. 4. 28. 작성되어 소위 "최종보고서"라고 불리는 것으로 그 내용은 납치되어 실종된 사람중에 살아남은 사람들은 없고 군병력과 비밀경찰의 모든 행동은 국가를 위한 복무였음을 확인하는 것이었다.

그래서 합법정부는 명령을 내린 사람들, 명령을 받아들인 사람들과 최종적으로 임무를 수행

한 사람들의 범위를 구분하여 책임을 물었다. 정부는 고위급 실무자들, 중견간부들, 하위관리들의 책임은 예외로 했다. 왜냐하면, 그가 말하기를 "그 역사적 정황과 심리적인 작용은 그들을 자신의 행동에 대한 도덕적 법적 오판으로 이끌어갈 수 있었기 때문"이었다.

여기서 "복무행위"와 "명령복종의 의무"를 인정하는 예가 처음 나타난다. 알폰신은 덧붙이기를, 당시의 탄압은 정부전복행위에 대한 대응이라는 것과 가해자들에 대한 재판의 판결은 이러한 전복행위와 테러리즘에 대한 과잉행동에 대한 것이라는 점이다. 그래서 그 어둠속에 실종되고 고문당하고 피살당하며 사실상의 선고를 받은 실종자들은 이번에는 합법정부에 의하여 국가전복과 테러리스트로서 다시 선고를 받게 된 것과 다름없다.

그러나 실종된 3만여명중 실제로 재판에 회부되어 판결을 받은 사람은 한 명도 없다. 실종자들 중에는 2살박이 아들을 가진 장님부부도 있었다. 그들은 1977. 9. 17.에 군부의 첫번째 대규모 진압작전이 있은 후 산타페지방의 로사리오시에 있는 자신의 집에서 체포되었다. 어린애는 이후 가족에게 돌려졌으나 그의 부모, 마리아 에스테르 라베로와 에밀리오 베가는 아직까지 실종된 상태이다. 이것이 바로 합법정부하의 은폐된 탄압자불처벌의 문제이다. 그 장님부부의 집은 여전히 국가헌병대에 의해 압류중이다.

1983. 12. 13. 있었던 알폰신정부의 158번째 재판지시는 1976. 12. 13.에 정치권력을 장악한 세 명의 군사평의회 장성들에 대한 것이었는데, 결코 우연이 아니라, 이 지시는 불법단체결성죄목을 기소내용에서 생략했다. 후에 대법원에서도 확정이 되었지만, 아르헨티나에서 군사정부가 추구하는 경제발전모델에 반대한 사람들을 제거하기 위한 모의는 명백히 불법이다. 이 법은 불법단체의 규정을 인원수로 3명 이상의 사람이 범죄를 모의한 회의로 함과 동시에 그러한 모임에 단순 참여한 행위를 모두 금지하고 있다(형법 제210조).

그러나 이 상황이 합법정부가 군부와 비밀경찰에 대해서 취하고자 한 조치가 아니었음은 분명하다. 그런 상황을 바라지 않았고 스스로의 공공의무를 원치 않았던 것은 기소를 해야 할 검찰측과 판결을 내려야 할 재판부 모두 마찬가지였다. 이러한 공무기피는 우연이 아니라, 당시 형법 제226조에 규정되어 있었지만 대통령의 재판지시에는 포함되어 있지 않았던 반란죄의 경우에서도 나타났다. 형법 제226조는 반란죄를 헌법변경을 위한 무장반란행위, 정부권력의 찬탈, 정부기구의 해산 및 정부의 권력행사방해로 규정하고 있다. 이 법을 따르게 될 경우, 군부권력과 명령을 내린 사람들은 불법화되며, 결론적으로 상급자가 내린 명령이라 할지라도 반란행위에 해당되는 것은 결코 복종해서는 안되게끔 되어 있다.

이 말은 누구나 "복종의 의무"라는 책임에서 벗어날 수 있다는 것이다. 「군정의법」 제652조에서는 "반란이 진행되는 동안 반란에 참여하는 모든 군인들은 그 순간 그들의 계급에 따른 권한과 특권이 없는 상태"라는 것이 확인되었다.

반란행위는 형사상의 공소시효에 관한 해석에도 문제를 야기한다. 형법 제63조에 따를 때,

보통 형사상 범죄의 공소시효에 관한 표현은 "○○범죄행위가 끝난 당일 자정부터" 시작된다는 식으로 되어 있다. 뒤에도 언급되겠지만, 이런 방식은 이제까지 사면 받아온 범법자의 많은 경우에 적용할 수 있다.

반란죄재판은 개인에 의하여 고발된 것으로부터 진행되지만, 재판은 한 명의 판사가 맡다가 진행에 도움이 된다는 이유로 계속 다른 판사로 넘겨졌다. 그 이유는 담당판사가 군사독재시절 국가공무원이었기 때문이다. 최종적으로 9년에 걸친 재판절차가 진행된 후, 피고인들은 하급심의 판결을 무효로 하는 최종 판결을 받았다. 알폰신정부 역시 군인들의 행위는 사법기관에 의해 판단되는 것이 옳다고 하면서, 육군최고위원회가 반란죄사건을 최종 처리하도록 사건을 군부로 넘겼다. 그러나 이를 위하여 군정의법의 개정이 필요하였고, 그 개정과 함께 군사지역에서 발생한 범죄, 군복무행위와 관련된 범죄, 1976. 3. 24.부터 1983. 9. 9. 사이에 발생한 범죄는 군사법기관의 소관이 되었고, 단 일반법정으로의 항소는 가능하였다.

군정의법의 제23049호 수정법은 1984. 2. 9. 발효되어 과거사를 재판할 수 있게 되었다. 이 법에 의해 일반판사들의 담당한 사건에 관한 자료를 군사법정이 받아들일 수 있게 되었다. 그러나 이 법으로 인해 헌법 제18조에 명시된 바와 같은 "법앞에 평등"이라는 헌법의 기본정신은 위배되었다. 왜냐하면 헌법 제18조에 의하면 "아르헨 국민 중 그 누구도 재판시작 이전에 법에 의거한 일차 판단없이 기소될 수 없으며, 사실확인이 되기 이전에 판사들로 구성되었다 할지라도 특별위원회 등에 의해서 재판받아서는 안된다"고 되어 있기 때문이다. 이 문제와 연관해 군정의법개정에 대해 행정부가 내놓은 이유는 "독립적인 판사(natural judge)의 원리를 존중하기 위해서"였다.

행정부가 그와 같은 결정을 채택한 이유는 "정상 판사의 원칙을 존중하기 위한 것"이었다. 그렇지만 독립적인 판사라는 개념은 '아무도 특별위원회에 의해 재판받아서는 안된다'는 원칙 즉 정상 판사는 오직 헌법에 의해 정해진 사람이어야 한다는 원칙의 법적 보장문제와 연관되어 있다. 어떻든 재판중에 한 사람과 그 권리에 대해서 헌법의 효력에 입각해 변호를 할 경우, 그 순간까지의 유일한 법적 판단은 민사법정 이전의 법적 판단이다. 여기서 시대착오적인 군정의법이 문명화된 공동체사회의 기본원칙과 삶의 연관성 보장을 해쳤다는 점을 덧붙여 언급되어야 한다.

군정의법에 의해 "판사"로 불리운 사람들은 변호사도 아니고 검사도 아닌 사람들이었다. 또한 군사법정에 피소당한 사람들은 재판부가 고려할만한 증거를 제출하기가 거의 불가능했다. 이 상황에서 아르헨의 대법원이 군사법정경쟁법안을 인준함으로써 행정부의 전략을 돕기 위해 나섰다. 그러나 대법원은 이를 위해 명령계통하의 범죄에 대한 일반적 이해와 다른 판단을 내려야 했다. 즉 부당하게 자유를 박탈하는 계속되는 범죄(continuous crime of illegitimate privation of liberty)와 같은 세계적으로 잘 알려진 법의 원리를 무시했다.

군정의법의 제878조에 의하면, "복무행위"란 군대에 속한 각 군인의 특정 기능과 관계된 모든 것을 가르킨다. 그러나 대법원은 고문, 절도, 납치, 살인, 폭행, 아동신원 폐기, 그리고 결론적으로 대량살상까지도 복무행위에 포함되는 것으로 해석했다.

이전에 구금된 실종자들 경우에 적용될 때에는 부당한 자유박탈이라는 범죄는 그 연속성의 원리 때문에 피해자가 자유를 되찾는 순간 혹은 희생자가 죽는 순간에야 그 범죄행위가 종료된다고 하였다. 그러나 대법원은 피해자가 비밀수용소에서 마지막 목격된 날로 범죄가 종료되며, 피해자의 사망여부와 관계없이 그 날로부터 공소시효를 계산한다고 판정했다(대법원의 관점).

대법원의 관점은 대기중이던 사건들의 진행에 제동을 걸었으며, 이들이 군사법정에 회부되는 길을 열었다. 이는 1976. 3. 24.부터 1983. 9. 26.까지 실제 진행된 상황이다. 공소시효에 대한 대법원의 해석으로 인해 1977. 1. 27. 다그말 아겔린(17세)을 납치한 혐의로 기소된 알프레도 아스티스 중위의 사건에서처럼 상당수 탄압자들에게 불처벌이 내려졌다. 아스티스 중위는 처음에는 군사법정에서 "증거부재"로 무죄석방되었으며, 이어서 1986. 12. 5. 연방형사법원에서도 무죄판결을 받았다. 이는 많은 사건 중의 단지 대표적 하나의 사례일 뿐이다.

최고법정의 논리와 연관된 문제이기는 하지만, 피해자들의 가족을 변호한 우리 변호사들은 사건이 민사법정에서 처리되도록 촉구해 왔으며, 그래야만 민사 판사들에게 무자격판정이 내려지기 이전에 우리 나름대로 증거를 확보할 수 있다고 생각했다. 그러나 행정부는 또다시 1984. 9. 13.에 제2816호 조치를 발효시켜 군부가 선정한 일군의 판사들이 군부최고재판소의 기능을 담당하도록 위임했다. 그로부터 판사로 불리울 수 없는 수백명의 "판사들"이 탄생했고 이들은 민사법정에서 진행중인 사건을 맡기 시작하면서 증인들을 군사지역으로 불러들이거나 피고인들을 가혹하게 고문하는 등의 행위를 저지르기 시작했다.

군정의법을 개정한 제23049호 입법조치에 의해 형사교정항소심 국가재판소라는 법정을 설치하게 되었는데, 이는 민사법원이 다시 사건을 처리할 수 있는 편법을 열어주었다. 그러자 1986. 4. 24. 행정부는 다시금 국방부를 통해 개입해 들어왔다 – 행정부는 육군최고위원회 검찰총장에게 명령을 내려 피고인들이 분리재판을 받지 않거나 증거가 불충분한 사건이 계류중인 모든 재판이 현재의 법원에 유지되도록 요구토록 했다. 몇몇 경우에 행정부는 군검사가 변호사역할을 하도록 지시하기도 했다.

행정부가 노렸던 것은 1차 군사평의회의의 3명의 장성들만 재판에 회부하는 것이며, 재판에서 이들의 행위를 "명령복종"에 해당하는 것으로 판결하는 것이었다. 그 논리는 하급자는 상급자로부터 받은 명령을 변경할 능력이 없으며 따라서 명령을 따른 결과로 행한 불법행위에 대해 책임이 없다는 것이다. 이 원리는 아르헨티나에서는 기본권의 하나로 규정되어 있으며 …, 그럼에도 불구하고 이 법률이 문제가 되는 것은 가해사실의 증명부담을 피해자에게 부과

할 수 있는 사실증명책임소재의 예외성을 보장한다. 다시 말해서 피해자와 가족들이 스스로 '명령복종에 의한 피해자'임을 증명해야 한다는 것이다.

보통 권리란 사회현실의 발전을 반영한다고 말한다. 정부가 발전시키는 권리는 소수에 지나지 않고, 현실은 항상 역동적인데 비해 권리규정은 정태적이다. 군사평의회가 내린 판결을 보면, 범죄의 책임소재는 스스로 사고하지 않는 많은 수의 담당자들, 즉 비정상적인 범죄행위에 참여한 수비대장, 중대, 하사관, 경찰, 보안군간부들에게 있다.

군 검찰총장의 지시를 통해 행정부가 판결과정에 계속 개입하는 것은 불가피했다. 결국 군사반란이 일어나 불처벌을 보장하는 과정을 더욱 단축시켰다. 군사반란이 일어나자 정부는 입법안을 의회에 제출하고 1986. 12. 3. 의회는 이를 "종결법"이라는 이름의 제23492호 법안으로 승인하였다. 종결법에 의해 법 발효 60일 이내에 기소되지 않는 탄압관계자들의 형사소송은 종결되었다.

대통령 결정으로 입법화된 사면조치로서의 공소시효제한조치는 1968년 국제규약(?)에 규정된 전쟁범죄와 고등반역죄의 공소시효무제한규정을 정면으로 위배한 것이다. 그러나 판사들은 불처벌에 따르는 정치적 대가를 대신 지고 싶지 않았고 대신 60일내에 상당히 많은 수의 인권침해자들을 재판하는 쪽을 택했다.

만일 이 때 또 하나의 군사반란이 일어났다면, 진행중이던 조사를 완전히 뒤흔들어 놓았을 것이다. 이런 상황에서 군부의 충실한 도구였던 행정부는 또다시 입법안 제23521호를 의회에 제출하였다. "명령복종법"이라고 일컬어지면서 1987. 6. 4. 발효된 이 법은 불법행위라 할지라도 명령불복종이라고 증명되지 않는 한 명령복종에 해당되어 죄가 없다고 규정하고 있다. 이 법안은 인권침해자들의 완전한 불처벌을 보장함과 동시에 그들의 처벌요구를 완전히 뒤집어 엎었다. 의회가 사법부를 인정한 것은 의회의 최대 부도덕성의 반영이었다.

알폰신정부의 다른 유사한 조치들에는 전국실종자조사위원회(코나뎁 CONADEP)의 설치와 군사독재시절에 자행된 범죄와 연루된 당시의 판사들 상당수의 명단을 확인한 것이 있다.

CONADEP은 과거 심각한 인권침해사실들을 조사하고 그 가해자들을 결국 법정에 세우자는 취지로 법령 제187호에 의해 1983. 12. 15.에 발족되었다. CONADEP의 임무는 고발과 증거를 접수하여 실종자들의 운명을 파악하는 것이었다. 이 임무를 수행하기 위하여 전국에 걸쳐 대대적인 사체발굴작업이 진행되었다. 실종자사체발굴작업은 말이 막히고 눈이 감기는 끔찍한 일이었다. 발굴작업은 대부분 유골의 신원을 확인할 수 있는 과학적인 기술이 하나도 없는 상태에서 시작되었다. 발굴을 위한 포크레인차 조차 없었다.

CONADEP이 수집한 인권침해에 관한 모든 자료는 행정부에 넘겨지고 그것은 또 군최고위원회로 보내졌다. 이런 정보를 바탕으로 CONADEP이 접수한 8천9백건의 인권침해사실중에서 사법부는 사체 미발견을 이유로 모두 기각하고 단지 711건에 대해서만 심리를 진행한 후 이

중에서도 단 73명의 실종자들(수용소에 소용되었다가 실종된 사람들)의 사망만을 확인했다(인권단체들이 접수한 인권침해사실은 모두 3만여 건에 이른다).

전국실종자조사위원회는 충실한 조사와는 무관하게 수명을 다했다. CONADEP이 한 일은 결국 대부분의 사람들이 요구했고 민간단체들도 참여할 수 있는 상하원 양원조사위원회의 결성을 막은 것 뿐이었다. CONADEP은 서민들에게 분열을 가져다 주고 문제도 야기시켰다. CONADEP의 신고접수 중앙컴퓨터에 개인컴퓨터를 연결시켜 정보를 읽음으로써 탄압자들은 자신이 관련된 사건의 자신과 관련된 증거자료를 알 수 있게 되었다. CONADEP의 결성은 아르헨 국내외에 일파만파를 가져온 대단한 정치적 행동이었다. 정부는 실제 피를 부른 군사독재에 허리를 굽혔음에도 불구하고 마치 인권의 보호자인 것처럼 알려졌다.

정부는 결국 탄압세력의 인권침해가 반국가행위의 결과인 듯 정당화했다. 정부가 표방한 '두 악마'론은 결국 탄압세력에게는 유리하고 탄압받은 사람에게는 불리하게끔 작용하는 것으로 나타났다.

알폰신정부는 군사정권에 협력한 상당수의 판사들 신원을 확인했다고 표방했다. 이 판사들은 예외없이 전원이 헌법을 초월하여 권력을 찬탈한 군부가 일방적으로 제정한 '합헌법'에 선서한 사람들이다. 그러나 이 판사들이 보여준 행위와 기능은 그 이념과 정치논리 및 행동이 예외없이 모두 같았다. 그들은 인신구속영장제도를 인정하지 않았고 실종 및 불법구금에 대한 조사도 진행하지 않았다. 대신 그들은 헌법 제23조에 의거 구금자들이 외국으로 떠나 타국적을 취득하는 것을 허용했는데, 그 근거자료는 군사평의회에 작성한 날짜와 장소의 명기는 물론 재판사실이 전무한 구금에 관한 비밀자료들 뿐이었다.

"계엄령상태"는 첫 8년동안 필요하다고 인식되었다. 이 기간동안 군사법정이 민간인을 재판할 수 있었다. 피의자가 '반란'의 혐의를 받을 때 그의 구속상태에 법정은 관심이 없었다. 재판부는 대표적 판례를 만들어 내는 데 관심이 있었고, 비밀수용소에서 고문에 의해 얻어진 자백을 증거물로 채택하는 경우도 있었다. 판사가 구금된 피의자를 방문하는 적은 없었으며, 그 아무도 자신이 구속을 명령한 피의자를 직접 본 적이 없었다.

군부독재종식 후 대통령에 당선된 알폰신이 아르헨에서 일어나는 일들을 제대로 파악한 것은 아닌 것이 분명하다. 그러나 이런 종류의 판사들이야말로 자신의 정부 이름으로 불처벌판결을 내릴만한 사람들이라는 점을 의심하기는 힘들었을 것이다.

1989년 알폰신의 뒤를 이은 카롤로스 사울 메넴 대통령은 선거유세에서 알폰신이 탄압자들에게 불처벌을 허용한 점을 비판했다. 메넴후보는 "진실과 쟁의"를 주창하면서 "살인범들의 투옥만이 인권침해의 유일한 근절책"이라고 말했다. 그러나 아르헨티나의 대통령에 당선되고 나서 메넴은 알폰신시절 세차례에 걸쳐 있었던 군사반란관계자들을 모두 사면했다. 그는 상당수의 전 탄압자들도 석방했는데 형평 이미지를 보이기 위해 수감중인 피해자를 같은 수로 석

방했다. 이를 근거로 메넴은 국가적 화해를 역설하기 시작했다. 메넴의 화해정치는 과거 군사통치하에서 실종되었다가 NN(신원불명)으로 분류되었던 세 사람의 신원을 발표하는 것도 포함했다. 또한 수감중 실종된 9명의 명단을 추가로 밝혀내기도 했는데 이들은 모두 사법당국의 판결없이 암흑속으로 구금되어 암흑속에서 처형된 사람들이었다. 메넴정부는 9명중 6명을 과거의 "반란"혐의로부터 복권시켰는데, 이들은 이미 대통령선거기간 중 사면권한을 가진 법정으로부터 사면판결을 받은 사람들이었다. 반면 사면받은 모든 구 탄압자들은 재판에 계류중이었던 이들로서 아무도 선고를 받지 않은 상태였다. 따라서 이 조치는 재판부가 판결을 내리기 전 무죄선언의 금지를 규정한 헌법 제18조와 행정부의 사법기능을 금지한 제95조를 위반한 것이다.

행정부의 이같은 정치적 결정은 불법적이고 부당한 것이었다. 왜냐하면 행정부의 사면조치는 법의 집행을 부드럽게 하면서 부정의한 법현실을 보증해주는 역할을 하는데 이 경우는 해당되지 않기 때문이다. 역시, 사법부는 대통령의 결정을 지지하기로 하고 위와 같은 비합헌적인 사면을 인정했다.

결국 메넴정부는 호화감옥에서 생활해오던 3명의 1차 군사평의회 핵심지도자들을 모두 사면조치했다. 그들은 실제 선고를 받고 복역중이었으나 대통령결정 없이 석방되었다. 그러나 당시에도 권력을 독점하는 위치에서 혹은 그 배후의 자가 잔혹한 범죄를 자행한 경우, 이를 사면하는 것은 헌법에 위배하는 것이었다. 헌법 제29조는 '조국배신자'의 범위를 규정하면서 이들에 대한 사면을 금지하고 있다.

사법부는 대통령의 결정이 헌법의 원리에 위배되는 경우를 포함해 모든 사면령을 인정하였는데, 그럼으로써 만인은 법앞에 평등한 것이 아니라 일부가 법앞에 복권적이라는 현실을 국민들에게 알렸다.

이러한 대통령의 결정과 사법부의 결의를 목격한 미주인권위원회(미국 인권단체를 기반으로 하는 미주지역 인권기구)는 아르헨의 인권침해고발을 접수하겠다고 선언한 후, 아르헨의 종결법, 명령복종법, 사면령이 생존권과 신체보전 및 안전의 자유를 침해한 것이라고 선언했다(1991. 10. 4., 워싱턴).

사법부의 일관성 결여는 실제 권한이 어디에 있는가를 분명하게 알게 해주는 현상이다. 예를들어 아르헨 사법부는 3만여명에 대한 살상의 최고책임자들인 군사평의회 두 지도자를 재판하면서 8년형을 구형받은 아르만도 람부루쉬니 해군장성에게는 석방을, 4년형을 구형받은 오를란도 아고스티 준장에게는 6개월 구금을 선고했다. 그러나 1989. 1. 23. R.I.M(La Tablada)를 공격한 혐의로 기소된 사람들에게 재판에서는 더 가혹한 형량을 선고했다. 이 경우 공격받은 사단으로부터 3km 떨어진 곳에서 음료수를 마셨고, 공격에 가담하거나 지지도 하지 않은 사람들은 10년에서 20년까지의 실형을 선고받았다.

그러므로 지금까지 요약된 아르헨 상황으로부터 보면 기존의 체제와 법에서 불처벌에 관한 새로운 대안을 찾기란 매우 힘들다. 때문에 보다 낳은 자본주의를 위해서 체제를 순화시키려 하는 것은 유토피아적이거나 심각한 오류라고 할 것이다. 우리는 안정된 주거권, 노동권, 교육권, 생활필수품의 자급자족, 건강권, 기본적 자유 등을 의미하는 인권이 만족스럽게 보장되는 유일한 길은 현재의 사악하고 비인간적인 체제를 변화시키는데 있다고 생각한다. 이것은 앞으로가 아닌 현재의 역사적 순간에 민중이 스스로 정당하다고 생각하는 방법으로 추구할 일이다.

한국에서의 인권침해자의 처벌을 위한 법적 과제

충북대법대교수 이 승 호

1. 들어가는 말

1년 전 소위 '문민정부'가 들어섰을 때 국민들은 많은 기대를 하였다. 새로이 들어선 정권은 '확실히' 탄생에서부터 전(前)의 정권과 다르다는 생각이었다. 즉, 박정희정권과 전두환정권은 무력에 의한 정권찬탈이라는 원죄를 안고 있었고 노태우정권은 그 원죄를 그대로 계승하며 출발했음에 반해, 김영삼정권은 명실공히 국민 다수의 지지를 바탕으로 수립되었다는 것이다. 이렇게 원죄가 없으니 꿀릴 것이 없으리라는 판단이었고, 그렇다면 시원하고 거침없이 '우리의' 정부가 해야 할 일을 해 달라는 기대였다. 아울러 그러한 기대의 내용, 즉 '우리의' 정부라면 해야 할 일거리의 목록으로 이야기된 것들은 크게 나누어 두 가지 부문으로 정리될 수 있을 것 같다. 첫째, 그동안 군사정권 하에서 흐트러져버린 삶의 '원칙'을 올바로 세워달라는 것이다. 부정과 부패가 판치지 못하게 하고, 졸부를 없애서 근면만이 잘 사는 방법이 되도록 경제구조를 개혁하며, 돈이나 빽 보다는 법이 앞서는 법치주의를 수립해 달라는 것, 결국 우리 사회에 올바른 '규범'을 정립시키자는 요구이다. 둘째, 국력배양의 전기를 마련하여 이제는 세계무대에 당당히 나설 수 있도록 하자는 것이다. 그 동안 정권안보에 쏟았던 재원을 '경쟁력' 제고에 투자하고, 경제를 활성화시키며, 외교분야에서도 우리의 이익을 주체적으로 찾아나가라는 것, 대체로 '힘'을 키우자는 내용이다.

분명히 정부도 이러한 기대에 부응하겠다고 했다. 해낼 자신도 있다고 했다. 그런데 점차 시간이 흐를수록 회의가 생겨간다. '말'은 많이 하고, '폼'도 꽤나 잡는 것 같은데, 정작 손에 잡히는 소출은 시원찮다. 경제가 그렇게 나아진 것 같지도 않고, 외교에서 솜씨를 보이는 것 같지도 않다. 나아가 원칙을 세우고 규범을 정립해야 한다는 과제를 해결함에 있어서는 더욱 실망이 간다. 한다는 일은 결국 껄끄러운 세력을 숙청하여 정권의 기반을 다지는 일 정도요, 일도(一刀)에 '총리 하나쯤' 잘라버리는 행태를 보면 '법치'란 아예 안중에도 없는 듯하다. 솔직히 말해 '국력배양'의 과제는 능력이 달려 잘 안되고 있는 것이라고 한다면 조금 더 기다려 볼 수도 있다. 하지만 법과 규범의 권위를 세우는 일에는 애당초 큰 관심과 의지가 없었던 것은 아닌지 의심이 드니 문제이다. 정말 그렇다면 큰 일이다. 정의를 세우고, 옳고 그름을 명확

히 하는 것, 정부가 여기에 관심이 없다면 국민은 생각을 다시 해야 한다.

사실 이런 의심은 진작에 조금씩 들었다. '과거청산'문제 말이다. 처음에는 조금 이야기되는 것 같더니 자기에게 해꼬지한 몇 명 감옥에 보내놓고 나서는 싫증내는 기색이 역력했다. 결국 할 일도 많은데 그냥 묻어두는 것이 좋겠다고 한다.[1] 명백하고 확실하게 범죄행위가 인정되고, 가해자와 피해자, 피해자의 유족, 그리고 이 많은 증인들이 이렇게 당대(當代)에 살고 있음에도 불구하고, 역사의 심판에 맡기고 넘어가자는 것이다. 그러면 당대의 세상은 어찌되는가? 당대에는 일단 저지르면 되고, 당한 자는 항상 '역사의 위로(慰勞)'로써 만족해야 하는가? 어쩌면 이런 식의 상황전개는 원래 가해자측에서는 예견하고 있었는지 모른다. 즉 최악의 시나리오라고 해 보아야 이 이상은 넘어가지 않을 것으로 생각했다는 이야기이다. 아울러 이런 종류의 가해자는 통상 역사의 심판 따위는 무서워하지 않는 법이다. 역사의 평가란 유약한 문인들의 서책 위에나 존재할 뿐이며, '큰 일 하는 사람'은 그것에 연연해 할 필요가 없다고 생각한다. 그래서 당대에는 거침없이 행동한다. 죄를 지을 바에야 '큰 죄'를 짓자고 덤벼든다. 해서 '법'이 필요한 것이다. 역사의 심판은 그것대로 후일의 사가(史家)들이 할 일이고, 당대에도 정의는 세워져야 하기 때문에 법이 존재하고 기능한다. 즉 힘 좀 있다고 죄 짓고도 얼버무리려는 자들을 가려내어 재단(裁斷)함으로써 정의는 항상 시퍼렇게 살아 있다는 것을 '지금 이 시대'에 보여 주는 것이 법의 임무이다. 국민이 현 정권에 기대하고 요구했던 첫번째 과제는 바로 이렇게 법의 권위를 살려서 정의를 세우라는 것이었다. 그런데 '역사의 심판' 운운한다면 이는 요구하는 일을 하지 않겠다는 이야기이다.

그렇다면 이젠 국민이 나서야 한다. 옳고 그름을 가려서 '법의 심판'을 받게 해야 한다. '사필귀정(事必歸正)'은 도덕책 위에만 쓰여져 있는 것이 아니라 우리의 현실 속에서 분명히 살아 움직이고 있음을 보여 주어야 한다. 그래야 사회의 기강이 바로 서고 법의 권위가 살아나며, 향후 그러한 범죄행위의 재발을 막아 낼 수 있다. 아울러 이러한 작업의 선두에는 당연히 법률가가 서야 한다. 상용 되뇌이는 '법치주의'가 허풍이 되지 않게 하려면 이 시대 정의의 숨통을 막고 있는 그 큰 범죄들에 대해 법의 힘을 보여 주어야 한다. 법률가는 미래가 아니라 당대에 관심을 갖는 사람들이다. 당대에 저질러진 범죄들에 대한 법적 주치는 당대의 법률가가 해야 할 일이다. 이 임무를 게을리하거나 회피한다면 법률가 자신은 형편없는 집단이라는 평가를 받게 되고 사회는 엉망이 되고 만다. 따라서 해야 한다. 이제 '과거청산'은 법률가들의 몫이다. 그렇다면 한 번 따져 보자. 무엇을 청산할 것인지, 어떻게 청산할 것인지…, 법의 심

1) 김영삼 대통령은 1993. 7. 23. 국사편찬위원들과의 대담에서 "해방 이후 정치사에 있어 중요한 의미를 갖는 5·16, 10월유신, 12·12사태, 5·18광주민주화운동 등에 대해 새 정부는 나름대로 정치적 평가를 했다. 그러나 궁극적으로는 사학자들이 충분한 토론을 거쳐 역사적 평가를 하는 것이 바람직하다"고 함으로써 과거청산을 법의 테두리 내에서 하지는 않겠다는 점을 밝혔다(한국일보, 1993. 7. 24.자 참조).

판은 항상 구체적이고 명확해야 하는 것이니까….

2. 심판의 대상

가. 시기의 범위

우리의 현대사는 "미해결의 사건으로 가득차"[2]있다. 해방 이후 경찰독재, 군사독재를 거쳐오면서 숱한 테러와 고문, 암살, 학살이 권력자들에 의해 저질러졌으나, 시원하게 밝혀지고 법적으로도 처리된 사건은 그리 많지 않다. 정권자체가 이러한 범죄들의 기반 위에서 탄생되고 유지되었으니 그것들이 미해결로 남게 된 것은 당연하다. 따라서 곧이 곧대로 따져 들어간다면 법적인 심판의 대상거리는 우리 현대사의 시작에서부터 찾아야 한다.

그러나 일의 시작을 거기에서부터 한다면 양이 너무 방대하다. 일거리가 너무 많아져서 포인트를 찾지 못해 어느 것도 제대로 처리하지 못하고 우왕좌왕하게 될 지도 모른다. 그래서 일의 선후를 매길 필요가 생긴다. 즉 우선적으로 중점을 두어 처리해야 할 사항을 정해야 하는데, 그러다 보니 시선은 전두환정권의 탄생시기 쯤에 머문다. 왜냐하면 현재의 정권은 전두환정권과 그것의 계승자인 노태우정권을 부정하는 국민적 정서 속에서 탄생되었기 때문이다. 따라서 전두환정권과 노태우정권 동안 저질러진 권력에 의한 인권침해범죄는 현 정권의 기간 동안에 해결해 내야 할 최소한의 심판대상이라는 이야기이다. 그렇다면 거기에는 구체적으로 어떤 것들이 있을까? 정치적 성격과 범죄의 스케일에 따라 두 부류로 나누어 정리해 본다.

나. 양 정권의 원죄 —12·12쿠데타, 광주학살, 삼청교육대만행—

이 3사건의 경과는 이제 '주지(周知)의 사실'이므로 재론하지 않는다. 다만 각 사건이 정권찬탈과 관련된 의미만을 정리해 본다면, 12·12쿠데타가 밑거름이 되었고, 광주학살은 정권찬탈의 본게임이었으며, 삼청교육대만행은 마무리수였다고 할 수 있다.[3] 즉, 이 3사건은 연결된

2) 박원순, "'과거청산'의 법적 제문제 —인권침해사건의 해결방안을 중심으로", 1994. 2. 21. 민주사회를위한변호사모임 주최 심포지움 자료집, 인권측면에서 본 김영삼정부 1년, 70면에서 인용한 문구이다.

3) 12·12쿠데타는 소위 '신군부'가 군부 내에서 헤게모니를 장악한 사건이고, 광주학살은 그렇게 장악된 군부의 힘을 바탕으로 국민을 제압한 사건이다. 아울러 삼청교육대만행은 정권의 필요성과 정당성을 선전하여 기반을 확보할 목적으로 소위 '불량배청소'라는 미명하에 '한 건'한 사건이다(이 사건들의 배경 및 의미에 대해서는 이승호, "우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토 — 처분대상자의 관점에서", 서울대 법학박사학위논문, 1991. 2., 171~173면 참조).

하나의 시나리오로서 당시의 소위 '신군부집단'에 의해 의도적으로 저질러졌다. 그리고 그 '신군부집단'은 자기들끼리 순서를 정해 전두환정권과 노태우정권을 차례로 만들어 낸 것이니, 이 3사건은 양 정권의 모태인 셈이다.

따라서 이 3사건은 양 정권의 기간동안 저질러진 여타의 인권침해범죄들과는 구별하여 먼저 이야기되어야 한다. 우선 스케일이 다르다. 직접적인 피해자만 해도 그 수가 엄청나게 많고 국민 모두도 간접적인 피해자인 셈이다. 범행방법도 군대를 동원하는 정도였으니 기가 막힐 정도로 무지막지하다. 나아가 앞서 이야기했듯이 이 3사건은 양 정권을 직접 탄생시켰다. 따라서 양 정권의 기간동안 저질러진 숱한 인권침해범죄들의 원조가 되는 셈이다. 그러므로 이 3사건에 대한 심판을 제쳐두고는 양 정권과 관련된 인권침해범죄들을 올바르게 재단할 수 없다. '왕초범죄'를 놔두고 '피라미범죄'들만 건드려서는 문제가 해결되지 않는다는 이야기이다.

그렇다면 우선적인 심판대상인 이 3사건의 '범죄성'을 법적으로 조명해 보아야 한다. 구체적으로 어떤 범죄에 해당하는지를 정리하여야 '법적 심판'이 가능하다. 차례대로 검토해 보면 다음과 같다.

(1) 12 · 12쿠데타

주도자들은 모두 군인이므로 우선 군형법의 적용을 받는다. 먼저 군대를 이동시킨 행위는 군형법 제27조제2호 계엄시 지휘관의 수소이탈죄(守所離脫罪)와 군형법 제20조 불법진퇴죄(不法進退罪)에 해당하고, 상관에게 총격을 가해 상해를 입힌 행위는 군형법 제52조의3의제2호 상관중상해죄(上官重傷害罪)에 해당한다. 또한 그러한 행위들은 결국 작당하여 병기를 탈취, 휴대하고 반란한 행위이므로 군형법 제6조 반란목적군용물탈취죄와 군형법 제5조 반란죄에 해당한다. 나아가 12 · 12쿠데타는 정권탈취의 서막이었음이 그 다음 주도자들의 행태에서 여실히 증명되는 이상, 그들에게는 국헌문란의 목적이 당연히 인정되고 따라서 형법 제87조 내란죄와 형법 제88조 내란목적살인죄에도 해당하게 된다.

(2) 광주학살

12 · 12쿠데타가 군내부에서의 '하극상'적 성격을 띤 범죄임에 반하여, 광주학살은 주도자들이 공식적으로 군전체를 장악하고 계엄군이라는 지휘를 이용하여 국민들을 향해 저지른 범죄이다. 따라서 범죄성의 주안은 군내부의 지휘체계문란이라는 측면보다는 정권탈취에 저항하는 국민들을 무력으로 제압하고 정권을 탈취했다는 측면에 두어지고, 그렇다면 범죄구성요건은 일차적으로 형법 속에서 찾아져야 한다. 구체적으로 형법 제87조 내란죄와 형법 제88조 내란

목적살인죄에 해당될 것이다.[4]

(3) 삼청교육대만행

이것은 12 · 12쿠데타와 광주학살을 통해 정권을 장악한 '신군부'가 국가보위비상대책위원회라는 공식적인 국가최고기관까지 만든 후에 자기들 정권의 새로운 일거리의 하나로서 저지른 것이므로 '하극상'이라든가 '내란' 등과는 직접 관련이 없다. 하지만 삼청교육대만행은 아무리 계엄하에서라도 체포, 구금, 압수, 수색하려면 '군사상 필요'가 있어야 한다는 계엄법 제9조제1항을 위반하여 실행된 것이므로 명백히 불법적인 인권침해범죄이다. 다만 계엄포고령(13호)도 발포하고 공개적으로 '선전하며' 저질렀다는 점에서 여타 인권침해범죄와는 다른 특수성을 지니고 있을 뿐이다. 따라서 동 만행을 현장에서 실행한 자들은 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2의제1, 2항 체포, 감금, 가혹행위, 치사상죄, 형법 제124조 불법체포, 감금죄, 형법 제125조 폭행, 가혹행위죄에 해당하고, 실질적인 주도자들은 위 범죄들의 교사범이 된다.

(다) 일반적인 인권침해범죄

전두환정권은 '고문정권'이었다. 총으로 시작했으니 정권유지도 총으로 했다. 숱한 불법체포와 감금, 고문 그리고 의문사가 줄줄이 이어졌다. 대상도 반드시 정치범에만 국한되었던 것이 아니고 널리 일반범에게까지 안기부를 비롯한 형사사법기관은 무소불위의 권력을 휘둘렀다. 고숙종, 김시훈, 이들에 대한 고문사실은 사법부에 의해서까지 인정되었다. 전두환정권 말기에 정치적 이유로 고문당한 3명의 대표적 피해자인 권인숙, 김근태, 박종철 등도 역시 고문당했음이 사법부에 의해 인정되었다. 그러나 이것들은 단순히 이슈화된 것에 불과하다. 숱한 인권침해범죄가 권력에 의해 저질러졌으며, 국민들은 숨죽이고 눈치보며 살았다. 노태우정권에서도 상황은 크게 나아지지 않았다. 외양은 유화와 온건을 표방했지만, 형사사법의 전단(專斷)은 누그러지지 않았다. 불법체포, 감금의 관행은 여전했고, 고문의 대명사인 안기부 대공분실은 여전히 위력을 떨쳤다.

현 정권에서도 완전히 없어진 것 같지 않은[5] 이러한 류의 형사사법에 의한 권력남용은 가

4) 이에 대해 박순정 외 295명이 작성한 광주항쟁고발장에는 학살주도자들에 대한 죄목으로 군형법상의 반란(제5조), 반란목적의 군용물탈취(제6조), 일반이적(제14조 제8호), 불법진퇴(제20조), 지휘관의 수소이탈(제27조 제2호), 상관에 대한 중상해(제52조의 3 제2호) 등도 들고 있다. 하지만 광주학살은 주도자들이 계엄사령관직을 비롯해 군 내부의 공식적인 권력체계를 장악한 상태에서 저지른 것이라는 점을 생각하면, 군 내부의 '하극상'을 주로 문제삼는 군형법 보다는 형법상의 내란죄 및 내란목적살인죄에 범죄성의 초점을 맞추는 것이 바람직하다.

5) 현 정권에 의해 저질러진 고문사건의 대표적인 경우로 간첩혐의를 받고 있는 김삼석, 김은주 남매에 대한 안기부의 고문이 이야기된다. 이에 대해 국제 엠네스티도 김삼석, 김은주 남매가 잠안재우기와 구타 등을 당했다고 주장하며, 청와대와 안기부 등에 가혹행위중지를 촉구하는 서한을 보낸 바 있다(동 서한의 내용은 인권운동사

장 전형적인 인권침해범죄이다. 아울러 이러한 범죄를 없애기 위한 대책은 말 그대로 '잡아서 처벌하는 것'이다. 이런 범죄가 종종 사건화되어 보도될 때, 혹자는 그 대책으로 형사증거법상의 원칙을 든다. 즉 고문은 증거를 끌어내기 위해 행해지므로 그렇게 추출된 증거는 증거능력이 없다는 형사증거법의 원칙[6]을 사법부가 충실히 이행해 준다면 고문은 없어질 것이라는 논리이다. 하지만 고문에 대한 이러한 이해는 지극히 나이브하다. 왜냐하면 고문은 증거를 끌어내기 위한 수단이라는 측면 이외에 그 자체가 피의자에게 가해지는 사형(私刑)으로서의 기능도 하고 있기 때문이다. 따라서 고문이 일단 저질러지면 증거야 어떻게 되든 말든 피의자는 이미 당할 건 다 당한 꼴이 되고 만다. 즉 그러고 나서 풀려나 봤자 형사사법기관은 이미 할 일 다 했다는 이야기이다. 그러므로 고문에 대한 가장 확실한 대책은 책임자를 잡아서 처벌하는 것이다. 그럼으로써 향후 누구라도 고문할 엄두를 내지 못하게 해야 한다. 불법체포, 감금의 경우도 사정은 마찬가지이다. 이런 차원에서 과거에 저질러진 형사사법에 의한 권력남용은 법적 차원에서 청산되어야 할 심판의 대상이라는 것이다.

3. 심판의 방법

가. 현행 형사법상의 방법

상식이지만 현행 형사법상 범죄의 기소권은 일차적으로 검사에게 독점되어 있으며, 검사는 기소권의 행사에 있어서 재량을 가진다. 따라서 위에서 이야기한 인권침해범죄들은 검사가 기소해야 심판될 수 있다. 하지만 이런 류의 범죄들은 검사가 여간해서 기소하지 않는다는 점은 현행 형사법도 이미 알고 있다. 그래서 스스로도 검사의 불기소를 견제할 방법을 마련하고 있다. 통 털어서 3가지이다. 첫째, 검찰항고이다. 검사의 불기소처분에 대하여 검찰청 내 상급기관(고등검찰청검사장과 검찰총장)에 갱정(更正)을 요구하는 것이다(검찰청법 제10조). 하지만 이것은 검찰조직 내부의 자체통제라는 점에서 당연히 기능상 한계를 가진다. 둘째, 재정신청제도이다. 검사의 불기소처분의 부당함을 법원에 호소하여 법원의 판단을 구하는 방법이다(형사소송법 제260조, 제261조, 제262조). 검찰외부의 통제라는 점에서 검찰항고 보다는 기능을 발휘할 가능성이 있다. 그러나 법원이 복지부동하면 일은 다 틀려진다. 아울러 현행 형사법상 재정신청의 대상범죄는 공무원의 권리행사방해죄, 특수공무원의 체포감금죄, 특수공무원의 폭

랑방 편, 인권하루소식 합본 1호, 1994. 3., 106면에 게재되어 있다.) 아울러 이와 관련하여 최형우 내무부장관은 '말'지 기자와의 인터뷰에서 '사상문제라면' 고문을 해도 된다고 발언하여 충격을 준 바 있다('말', 1994. 1월호, "인물연구-고개숙인 실세 최형우의 진심").

6) 형사소송법 제309조에 규정된 '임의성없는 자백의 증거능력 배제원칙'을 말한다. 형사소송에서 이 원칙이 철저히 지켜져야 함은 당연하다. 다만 고문을 없애기 위해서는 이런 수준의 방책에만 머물러서는 안된다는 이야기이다.

행, 가혹행위죄의 3가지로 제한되어 있다(형사소송법 제260조제1항).[7] 따라서 내란이나 쿠데타와 같은 '왕초범죄'는 어차피 이러한 통제에서도 비껴난다. 셋째, 헌법소원제도이다. 원래 헌법소원이란 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법재판소에 권리의 구제를 청구하는 제도이다(헌법 제111조제1항, 헌법재판소법 제68조제1항). 따라서 검사의 기소권도 그 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상의 기본권을 침해하게 되면 헌법소원의 대상이 될 가능성을 지니게 되는데, 우리 헌법재판소도 검사의 불기소처분이 평등권(헌법 제11조)과 형사피해자의 법정진술권(헌법 제27조제5항)을 침해하는 경우[8] 헌법소원의 대상이 된다고 밝히고 있다. 아울러 헌법소원에 의한 불기소의 통제는 대상범죄에 제한이 없을 뿐 아니라 특히 공권력에 의한 인권침해범죄를 다룸에 있어서 법원 보다는 그래도 헌법재판소가 좀 더 독자적일 수 있다는 점에서 재정신청의 한계를 극복할 가능성도 지닌다.

그렇다면 이제 이러한 현행 형사법상의 방법들을 사용하여 위에서 적시한 인권침해범죄들을 심판하는 것이 가능할지, 어떻게 해야 할지에 대해 생각해야 한다. 항을 바꾸어 이야기한다.

나. 인권침해범죄들에 대한 심판의 방법

이 글은 앞에서 우리가 당장 심판해야 될 인권침해범죄로서 '왕초범죄'와 '피라미범죄'를 나누어 설명하였다. 이렇게 양 유형의 범죄가 수준이 다른 것이라면 그에 대한 심판의 방법도 다를 수밖에 없다. 따라서 구별하여 이야기한다.

(1) 12 · 12쿠데타, 광주학살, 삼청교육대만행에 대한 심판방법

우선 이 3사건에 대하여 검찰이 기소권을 행사하리라는 것은 무망(無望)이다. 즉 대통령이 "역사적 평가"에 맡기자고 입장을 정리한 이상,[9] 행정부의 그늘에 들어 있기를 스스로 자처하

7) 형사소송법 제정당시부터 재정신청제도는 채택하려는 국회와 저지하려는 정부 간에 갈등을 불러 일으켰던 제도이다. 즉 국회가 통과시킨 법안을 정부가 거부하고, 다시 국회가 재의결한 형식으로 확정된 것이다(신동운, 형사소송법, 법문사, 1993. 180~181면 참조). 아울러 이렇게 확정된 재정신청은 모든 범죄를 대상으로 하였으나, 유신헌법의 실시에 따라 1973년 형사소송법이 개정되면서 재정신청의 대상범죄가 위 3가지로 제한된 것이다.

8) 헌법재판소법 제75조제2항은 헌법재판소가 헌법소원을 인용할 경우 인용결정서 주문에 침해된 기본권을 명시해야 한다고 규정한다. 따라서 검사의 불기소처분을 다투는 헌법소원을 인용하려면 침해되는 기본권이 무엇인지 가려야 하는 바, 우리 헌법재판소 판례는 평등권과 형사피해자의 법정진술권의 두 가지를 들고 있다. 그러나 이에 대해 침해된 기본권이 평등권만이라는 견해(헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 89 헌마 145 결정 및 1990. 12. 26. 선고 90 헌마 20 결정 등에서 개진한 변정수, 김진우 두 재판관의 소수의견), 헌법 제27조제1항의 재판청구권이라는 견해(신동운, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 판례월보, 제233호, 1990. 3., 44~47면) 등이 제기되고 있다. 그리고 여기서 침해된 기본권에 형사피해자의 법정진술권을 포함시킬 것인가를 둘러싼 대립은 특히 불기소처분에 대하여 고발인의 헌법소원을 인용할 것인지의 문제와 관련하여 의미가 있다.

9) 주 (1) 참조

는 검찰은 당연히 이 3사건에 대해 관심도 두지 않을 것이다. 그렇다면, 검찰항고도 시간낭비이다. 결국 검찰을 통한 문제해결은 이미 물건너갔다. 나아가 재정신청이 유용할 것 같지도 않다. 먼저 12·12쿠데타, 광주학살의 핵심적 범죄성격은 내란과 내란목적살인인데, 이것은 애당초 재정신청의 대상범죄에서 제외된다. 그렇다면 해 보아야 삼청교육대만행 하나 뿐인 바, 재정신청을 대하는 우리 법원의 소극적 자세를 감안한다면[10] 이렇게 '어마어마한' 사건에 법원이 개입할 것 같지는 않다.

그래서 남는 것은 헌법소원 뿐이다. 우선 제도적으로는 제기가 가능하다. 대상범죄가 제한되어 있지도 않고, 헌법소원은 최후의 보충적 수단이라는 절차상 제약을 가지고는 있으나[11] 그것도 일단 검찰항고나 재정신청을 거쳐 버리면 되니까 문제될 것 없다. 그리고 제기가 되면 헌법재판소 역시 검사의 불기소처분에 대해 제동을 걸었던 그 동안의 전례 때문만으로도[12] 나름대로 고민은 할 것 같다. 하지만 그 결과는 낙관할 수 없다. 우리의 헌법재판소 재판관들은 나름의 위상을 정립하기 위해 노력하고는 있어도 아직 추상같은 '법의 영웅'이 되고자 작정한 것 같지는 않기 때문이다. 그렇다면 이 3사건을 헌법재판소에 넘긴다는 것 자체가 부작용을 초래할 수도 있다. 소원이 '인용'되지도 못하면서, '꿈틀대려는' 헌법재판소의 위상만 떨어뜨릴 수도 있다. 그래 봐야 '법치주의'에 도움될 건 하나도 없다.

그렇다면 이 문제는 좀 더 다른 각도에서 해결해야 한다. 어차피 '정권'을 탄생시킨 사건들이었으니, 정치적 책임을 질 수 있는 국가기관이 나서야 한다. 즉 국회이다. 국회에서 특별법을 만들어 이 3사건에 대한 법적 심판의 물꼬를 터주는 것이 좋다. 그래서 이야기되는 것이 특별검사제도이다. 이 3사건에 한정하여 국회가 추천하고 대통령이 임명하는 특별검사로 하여금 수사와 기소, 공소유지에 관한 모든 권한을 갖게 하자는 것이다.[13] 특별검사제도는 정치권에서도 심심찮게 이야기되었다. 1989년 소위 '5공비리'의 수사를 둘러싸고 야당인 평민당과 민주당은 특별검사제도의 도입을 주장했으며, 실제로 '특별검사의임명과직무에관한법률안'이 국

10) 사법연감에 의하면 재정신청에 있어서 법원이 부심판결정을 내린 사건은 1988년에 7건, 1989년에 2건, 1990년에 1건 뿐이라고 한다(법원행정청, 사법연감, 1993. 580면 참조).

11) 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다(헌법재판소법 제68조제1항 단서).

12) 헌법재판소는 1989. 7. 14.선고 98 헌마 10결정에서 절도죄로 고소한 고소인이 검사의 불기소처분에 대해 제기한 헌법소원을 인용하면서 불기소처분을 취소한 바 있다. 이후 불기소처분에 관한 헌법소원을 인용하는 결정이 심심찮게 나오고 있는데, 그 대표적인 것들은 다음과 같다: 1990. 4. 2. 선고 88 헌마 83결정; 1990. 11. 19. 선고 89 헌마 116결정; 1990. 12. 26. 선고 90 헌마 45 결정; 1990. 12. 26. 선고 89 헌마 198결정; 1991. 4. 1. 선고 90 헌마 115결정; 1991. 6. 3. 선고 90 헌마 185결정; 1991. 9. 16. 선고 90 헌마 183결정; 1992. 6. 26. 선고 92 헌마 7결정; 1992. 6. 26. 선고 92 헌마 46결정; 1992. 7. 23. 선고 91 헌마 142결정;1992. 11. 12. 선고 91 헌마 146결정 등

13) 따라서 이렇게 될 경우 동 법은 당연히 한시적인 법이 될 것이다.

회에 제출되기까지 하였다.[14] 나아가 김영삼정권이 들어선 후에도 역시 야당인 민주당은 12·12쿠데타와 광주학살의 해결을 위해 특별검사제를 주장하였다. 그러나 두 차례 모두 여당의 반대에 의해 무산되고 만 안건이다. 하지만 해결방법으로는 역시 특별검사제도가 가장 적절하고 또 현실적으로도 이것 밖에 없다. 따라서 이제는 국민이 요구하고 나서야 한다. 널리 선전하고, 설득하고, 서명받아서 국회에 청원해야 한다. 이슈화시켜서 국회의원들의 행동을 제약해야 한다. 이 문제에 대한 각 의원들의 입장을 공개하고 반대의원들에 대해서는 정치적인 책임을 물어야 한다. 아울러 이러한 류의 작업을 진행하기 위해서는 주도집단이 있어야 하는데, 그 선두에는 당연히 법률가집단이 서야 한다. 왜냐하면 이것은 정의를 세우려는 노력이고, 이 시대의 법의 권위를 회복하려는 몸짓이기 때문이다. 법률가집단이 선두에 서야 한다는 것은 '일을 되게 하기 위해서' 이기도 하다. 즉 그래야 이 작업이 단순히 직접 관련된 피해자들의 '화풀이'를 위해서가 아니라 보다 근본적으로 우리 사회에 규범을 뿌리내리기 위한 노력임을 여론이 이해하게 된다. 여론을 이렇게까지만 만들어 놓으면 게임의 반은 끝난 것이다.

(2) 일반적인 인권침해범죄에 대한 심판방법

결론부터 말하자면 불법체포와 감금, 고문 등의 일반적인 인권침해범죄들은 가능한 한 현행 형사법의 테두리에서 심판방법을 찾는 것이 좋다. 즉, 특별검사제도는 그야말로 예외적인 경우에만 이용될 것이지, 상용(常用)되어서는 안된다. 극약을 남용하다 보면 오히려 법치주의에 손상이 가기 때문이다. 따라서 일반적인 인권침해범죄는 고소 및 고발, 검찰항고, 재정신청, 헌법소원 등의 순서에 따라 심판방도를 찾아야 한다.

그런데 앞서 잠시 언급하였듯이 검사가 불기소할 때 검찰항고는 말할 것도 없고 재정신청도 법원의 소극적인 자세로 인하여 현실에 있어서 크게 긍정적인 기능을 할 것으로 기대되지 않는다. 따라서 관심이 가는 것은 헌법소원이다. 특히 최근에 검사의 불기소처분에 대하여 그것을 취소하는 헌법재판소의 결정이 다소 나오는 것을 감안하면, 인권침해범죄에 대해서도 헌법재판소를 통해 심판의 수순을 풀어나갈 가능성을 엿보게 된다.

그러나 헌법재판소의 이러한 결정에 대해 검찰이 보이는 태도는 지극히 실망적이다. 즉 불기소처분을 취소한다는 헌법재판소의 결정을 공소제기명령으로서가 아니라 단순한 재수사명

14) 아울러 이 법안은 특별검사가 임명될 대상사건을 '정치적 중립성이 특별히 요청되는 사건'으로서 국회본회의 또는 국정감사나 국정조사를 맡은 상임위원회 및 국정조사를 위한 특별위원회가 결정한 사건으로 하고 있다(특별검사의임명과직무에관한법률안 제1조, 제2조). 따라서 동 법안은 대상사건을 한정하지 않고 열어 두고 있으며 당연히 적용에도 한시성이 없다. 하지만 가능한 한 특별검사제도는 대상사건을 한정하여 한시적으로 운용하는 것이 좋다고 생각한다. 왜냐하면 특별검사제도는 어차피 예외적인 제도여야 하며, 그렇다면 예외의 범주를 명확히 긋는 것이 바람직하기 때문이다. 그리하여 그 이외의 일반적인 경우는 특별검사에 의해서가 아니라 원칙적인 형사법의 테두리 안에서 정상적으로 해결하는 것이 좋다.

령으로 이해하겠다고 한다. 이런 강변하에 검찰은 그러한 사건들에 대해 대부분 동일하게 불기소처분을 내려 버린다.[15] 이런 처사는 좋게 보아야 잘못 짚은 법해석이고[16] 실제로는 헌법과 헌법재판소의 권위에 대한 정면의 도전이다. 불기소처분의 취소는 누가 보아도 기소의 명령이다. 상식을 교묘한 말장난으로 흐트리려는 것은 법률가가 취할 태도가 아니다.

하지만 어차피 검찰이 이렇게까지 '막 간다'면, 향후 헌법재판소도 결정을 보다 확실하게 내리는 것이 좋다. 즉, 불기소처분의 취소뿐 아니라 공소제기의 불행사가 위헌임을 확인하는 내용까지 주문(主文)에 넣어 버리면 검찰의 불경(不敬)한 태도가 원천봉쇄될 것이기 때문이다.[17]

나아가 헌법재판소의 이러한 결정이 검사의 기소로 연결된다 하더라도 중요한 또 하나의 문제는 남는다. 즉 원래 불기소를 원했던 검사가 제대로 공소유지를 하겠는가의 문제이다. 적당히 얼버무려 넘어가서 무죄라도 받아내 버린다면 오히려 기판력(旣判力)만 생기게 해 줄 뿐이다. 따라서 입법론상으로는 헌법재판소가 불기소처분취소의 결정을 내릴 때 공소유지담당의 변호사를 지정할 수 있게 해 주어야 한다. 그 구체적인 절차와 공소유지변호사의 권한범위 등은 재정신청을 받은 법원이 부심판결정(付審判決定)을 내릴 때의 경우와 동일하게 하면 될 것

15) 대표적으로 앞의 각주에서 소개한 89 헌마 10 사건에 있어서도 헌법소원이 인용된 이후 검찰은 재차 무혐의불기소처분을 내렸다. 그리하여 동 사건은 다시 고소인에 의해 헌법소원(90 헌마 124 사건)이 제기되었다(이석연, "검사의 불기소처분에 대한 헌법소원연구", 서울대 법학박사학위논문, 1991. 8., 186면).

16) 좀 더 이야기 해 보자. 우선 검찰의 논리는 다음과 같다. 즉 헌법재판소법 제75조제3항은 헌법소원을 인용할 경우 헌법재판소는 "공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다"라 하고, 동 법 제75조제4항은 "헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다"고 되어 있어서, 헌법재판소가 불행사의 위헌확인을 결정했을 때에는 피청구인에게 처분의 의무가 있지만 공권력행사를 취소했을 때에는 피청구인에게 처분의 의무가 없는 바, 헌법재판소의 불기소처분취소결정은 전자의 공권력행사취소이므로 이에 대응하여 검찰에 기소해야 할 의무는 없는 것이라는 주장이다. 하지만 이것은 말장난이다. 헌법재판소법 제75조제3항과 제4항은 '행사된 공권력은 취소시킴으로써, 불행사된 공권력은 행사시킴으로써' 위헌상황을 '확실히 바로 잡겠다'는 의미이지, 행사취소의 경우는 피청구인에게 재량이 있고 불행사위헌확인의 경우는 피청구인이 기속된다는 뜻은 아니다. 즉 일반적으로 공권력의 행사 혹은 불행사가 위헌인 경우 불행사는 행사시켜야 하지만 행사는 그것을 취소시키기만 하면 끝나기 때문에 그렇게 규정했다는 이야기이다. 그러므로 혹 내용상 불행사가 형식상 '처분'의 형식(즉, 불행사처분)을 띠고 있는 경우가 있다면, 그것은 행사가 아니라 불행사로 보아야 하고 따라서 그러한 처분(불행사처분)에 대한 취소는 당연히 행사를 명하는 내용까지 담고 있는 것으로 새겨야 한다. 그리하여 불기소처분은 기소불행사를 처분의 형식으로 한 것에 불과하고, 그렇다면 그에 대한 취소는 기소의 명(命)이다. 이러한 순리적인 법해석을 제끼고 말장난으로 법규정의 사이를 비집고 들어가 불기소처분과 기소불행사는 말이 다르므로 불기소처분에 대한 취소와 공소불행사의 위헌확인은 효력에 있어서 구별된다고 주장하는 논변은 '사악한'의도를 가진 법해석이다.

17) 이석연, "검사의 불기소처분에 대한 헌법소원연구", 서울대 법학박사학위논문, 1991. 8., 187~190면은 이러한 제안에 대해 상세히 설명하고 있다.

이다.[18]

다. 공소시효의 문제

마지막으로 언급해야 할 문제가 있다. 인권침해범죄에 대한 처벌이 주장될 때마다 꼭 불거져 튀어나오는 것이 '공소시효'의 문제이다. 범죄임이 모두 입증되어도 시간이 너무 지났으니까 도리없다는 논변이다. 정말이지 뒤에서 딴지 거는 이야기이다.

하지만 정 그렇다면 한 번 따져 보자. 12·12쿠데타, 광주학살, 삼청교육대만행, 이것들을 저지른 가장 핵심적인 주도자는 이후 두 차례의 정권에서 대통령이 되었다. 그런데 헌법은 대통령에 대해서는 "내란, 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상 소추를 받지 아니한다"고 규정한다. 따라서 그 기간동안에는 공소시효가 정지되어야 하는 바, 이 사항은 공소시효라는 걸림돌을 해결하기 위한 실정법적 근거라는 중요한 의미를 지니고 있으므로 차분히 순서대로 검토해 볼 필요가 있다.

첫째, 내란, 외환 이외의 죄에 대하여는 형사소추 자체가 불가능하기 때문에 그것이 불가능한 기간동안 공소시효가 정지된다는 것에는 이론(異論)이 있을 수 없다.[19] 둘째, 내란, 외환의 죄에서는 어떠한가가 문제되는데, 이 문제를 해결하려면 헌법 제84조가 내란, 외환죄를 예외로 하고 있는 취지가 무엇인지를 생각해 보아야 한다. 그렇다면 당연히 그 취지는 내란, 외환죄를 범한 대통령을 보호하겠다는 것이 아니라, 다른 경우는 보호해 주더라도 내란, 외환죄에 대해서만은 그 어떠한 보호막도 인정하지 않겠다는 것이 된다. 즉, 내란, 외환죄의 경우는 다른 어떤 경우 보다 더 엄격히 취급하겠다는 의지의 표현이다. 따라서 공소시효를 계산함에 있어서 대통령이 여타의 범죄를 범했을 때에는 재직 중 공소시효가 정지되는데 내란, 외환죄를 범했을 경우에는 공소시효가 진행된다고 한다면 말이 안된다. 내란, 외환죄를 범한 경우 여타 범죄 보다 대통령에게 더 유리하게 공소시효를 계산할 수는 없는 것이기 때문이다. 생각해 보면 내란, 외환죄를 범했다 해도 대통령이 정권을 견고하게 장악하고 있는 한에는 그에 대한 형사소추가 사실상(물리적으로) 불가능하다. 따라서 이렇게 사실상 형사소추가 불가능한 기간동안에 공소시효가 정지된다는 것은 당연하다. 그러므로 최소한 전두환, 노태우 양 인에 대해서만은 공소시효가 아직 창창하다는 것이 공소시효에 관한 법규정의 일차적 해석이다.

그러면 다음에는 양 인을 제외한 여타의 주도자들은 어떻게 되겠는가가 문제된다. 그런데

18) 이 점과 관련하여 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993., 193면은 다음과 같이 이야기한다: "헌법소원과 재정신청이 검사가 가지는 소추재량권의 적절한 행사라는 점에서 공통된 기능을 담당하고 있다고 볼 때 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용결정에 대해서도 부심판결정의 경우와 같이 공소제기의 효과를 의제하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 본다."

19) 권영성, 신판 헌법학원론, 1994., 971면 각주 (2) 참조

이 때 염두에 두어야 할 것은 그들 모두 양 인과 공범이라는 사실이다. 따라서 양 인이 대통령을 하고 있는 기간에는 그들에 대한 기소가 사실상 불가능할 수밖에 없고, 그렇다면 그들에 대해서도 공소시효는 마땅히 정지되어야 한다. 그리고 이러한 관점을 전두환, 노태의 양 인의 경우에도 적용시킨다면 양 인 모두 자기의 재임기간만이 아니라 상대의 재임기간 동안에도 저지른 범죄에 대한 공소시효는 정지된 것으로 해석해야 한다. 그들은 서로 동일한 범죄에 대한 공범이기 때문이다, 그리하여 종합적으로 결론내린다면 12·12쿠데타, 광주학살, 삼청교육대만행의 주도자들에 대한 공소시효는 그들이 수립한 정권이 완전히 바뀐 시점, 즉 현 정권의 수립시부터 시작된 것으로 계산해야 하는 것이다.

그렇다면 마지막으로 위 3사건이 아닌 일반적인 인권침해범죄는 어떠한지의 문제가 남는다. 결론적으로 말해 이것들은 도리없다고 생각한다. 즉, 현행 형사소송법이 공소시효제도를 두고 있는 이상, 일반적인 인권침해범죄에 대해서는 범죄결과발생시부터 공소시효가 진행된다는 원칙적인 기준이 적용될 수밖에 없다는 것이다. 물론 이것이 우리의 정의관념과 맞지 않는 것은 사실이나, 실정법 테두리 내에서는 어쩔 수 없다. 따라서 이러한 범죄들과 관련하여 우리가 할 일은 다음의 두 가지이다. 먼저, 공소시효기간 내에 현행 형사법체계 내에서 가능한 모든 처벌청구방법을 빨리 사용해야 한다. 즉, 고소 및 고발, 검찰항고, 재정신청, 헌법소원 등을 모두 강구해야 한다. 다음에 공소시효에 관한 현행 형사소송법의 규정을 고쳐야 한다. 사실 공소시효는 "정의의 요구가 아니다".[20] 범죄를 저지르고도 적당히 시간만 지나면 봐 준다는 관점은, 미화해서 이야기하니 오랜 기간 도망다니느라 고통 받은 범죄자에 대한 인도적 은사이지, 실상은 행정편의와 형사사법기관이 자기의 태만을 면책받으려는 발상에서 나온 것이다. 따라서 아무리 강변해도 범죄자에 대한 인도적 은사를 요청할 수 없는 범죄, 예를 들어 공권력에 의한 인권침해범죄에 대해서만이라도 공소시효는 폐지되어야 한다. 많은 다른 나라의 형사법이 전쟁범죄와 인도에 관한 죄에 대해서 공소시효를 철폐하거나 제한하고 있는 정신을 우리도 배워야 한다.[21]

4. 맺는말

광주학살을 담은 한 비디오테이프는 저수지에서 멱을 감다 영문도 모르고 살해된 당시 중학교 1학년 학생의 이야기에서부터 시작한다. "때리지 말라, 제발 그러지 말라"는 시민의 절규도 들린다. 가마니에 덮여서 리어카에 실린 처참한 시신의 모습도 보인다. 이렇게 1980. 5월

20) 유엔 사무총장의 이야기, 박원순, 앞의 글, 79면에서 재인용하였다.

21) 역시 박원순, 위의 글, 79면은 유엔의 보고를 인용하면서 전쟁범죄와 인도에 관한 죄에 있어서 공소시효가 없는 나라들로 오스트리아, 프랑스, 소련, 미국, 영국, 독일 등 26개국을 들고 있다.

의 광주는 사람사는 곳이 아니었다. 인권, 이런 것은 아예 이야기될 수도 없었다.

다른 경우도 상황은 마찬가지이다. 삼청교육대에서나 안기부 대공분실, 심지어 닭장차 속에서까지도 잡혀간 시민에게 인권이란 있을 수 없다. 법을 따지는 것은 애당초 사치이다.

그러한 현장을 잠시라도 상상해 본다면 '책임자처벌'의 주장을 '쓸 데 없는 소리'라고 몰아부치진 못할 것이다. 바쁜 세상에 왜 새삼 훌러간 이야기를 또 꺼내느냐고 힐책할 수도 없을 것이다. 이것들을 그냥 넘기자 하면, 그것 역시 사람이 할 말이 아니다.

특히나 정의를 이야기하고 원칙을 앞세우는 법률가라면 더욱 그렇다. 생각하면 욕되고 가슴쓰리니 차라리 보지 말고 수준 높게 '국제경쟁력'이나 신경쓰자고 해서는 안된다. 너무 어이가 없으니 무엇을 할 수 있겠느냐고 주저앉아서도 안된다. 없었다면 좋았겠지만 있어 버린 것이고, 지금도 심심찮게 되풀이 되는 것이라면, 차제에 뛰어 들어 해결해 내야 한다. 정의의 여신은 괜히 칼을 들고 있는 것이 아니다. 허풍쟁이가 되지 않으려면 이제라도 칼을 뽑아야 한다. 그리고 이왕 할 바에야 과감히 뿌리까지 도려내야 한다.

발제 1 : 한국에서의 과거청산의 과제 및 실천방안

1. 한국에서 과거청산의 의의 : 아주 간단하게

- 진정한 민주화의 디딤돌
- 인권을 중심으로한 사회발전 개념의 재정립
- 과거청산의 과제 예시
- 과거청산의 정치적, 역사적, 변혁운동적 의의
  (과거청산, 책임자처벌과 사회체제의 문제 - 체제의 문제를 회피하는 풍조에 우려)
- 과거청산의 사회윤리/정신문화적 의의
  (우리사회의 광범위한 망각심리 및 쓰레기심리의 정착/사회적 기억과 성찰의 중요성)

2. 과거청산의 실천방안

- 이 제안들은 기존의 민주화, 악법폐지, 정부 사회기관의 개혁을 보완하는 성격

(1) 과거청산의 연대전략
- 과거의 인권침해와 관련된 대응방식의 다양성과 혼선과 일부의 후진성
- 피해자 단체와 전략적 활동단위의 바람직한 결합
- 과거청산/불처벌 문제를 중심으로 다양한..
  과거인권피해자운동 + 전문적 과거청산운동 + 정치적 민주화운동의 결합
  (체제/조직틀 : 수평적 중층적 다원적 네트웍의 결성)

(2) 과거청산의 실천사업 예

○활동의 대중적 목적 :
- 중요한 범죄유형에 대한 이해를 통해 전반적 인식의 고양을 꾀함
- 과거 권력형 범죄에 대한 관심을 통해, 인권과 법과 국가에 대한 인식을 높임
  특히, 인권보장에 관한 국가의 의무를 널리 알리고 현재와 같은 일방적 국민동원형 국가에 대한 문제의식을 확산한다.
- 민주화운동에 새로운 방식으로 참여하려는 대중적 요구를 수렴한다.

○ 공공여론재판소(People's Tribunal) :
전문법조인으로 구성된 대규모 재판부를 구성하고, 재판의 여건을 모두 갖추고 권력형 범죄자 전체를 피고로 세워 재판을 진행하고 그 결과를 널리 알리며 향후 활동의 기초로 삼는다.

* 민중상설재판소 운동 (Permanent People's Tribunal)의 경우 불처벌문제에 대한 판결에서 자본주의 경제제도의 문제점, 그 국가의 성격, 미국의 역할이 모두 언급이 됨 (1991년).

(3) 국제연대활동을 통한 과거청산 문제의 부각
- 중남미 민주단체들과 연대할 공동의 주제로서 과거청산
- 국제인권기구에 주요 의제로 심의될 수 있도록 공동추진
-

(4) 아르헨 및 중남미 진보단체들과의 연대의 모색.
- 상호 파트너 단체들의 확인.

박원순 글·참고. 민주운동에 몸 담고 있는 사람으로서의 구체적인 전략을 내놓는 것이 目的.

과거에 어떤 일이 일어났는지 잊어서도 안되고 용서해서도 안된다
그래야만 과거와 똑같은 역사가 되풀이 되지 않는다.

그때 그때 은폐되거나 눈가림으로 처리됨으로써 다음 세대에 큰 짐으로 넘겨져 왔다

1. 한국에서 과거 청산의 의의
모든 발전의 가능성은 과거의 성찰로부터 나온다.
진정한 민주화의 디딤돌.
`과거가 쌓여감에 따라 국민 모두 무거워짐

(정의적) 청산해야 할 과거는 사회체제의 문제에서 나온다. '범죄'이라는 시야

과거의 문제가 오랜 세월동안 그때그때 해결이 안되고 쌓여 거대한 산맥처럼 중첩되어 있다

2. 우리나라의 과거 청산

(아르헨 = 군부통치, 대량학살 → 하나의 뭉쳐진 과거 청산운동으로서 비교적

일제시대에서 · 전해투, 강기훈까지 역사가 길고 다양한 유형. 일제시대부터 엄청난 학살 (6.25 前後 100만명 민간인)이 있으면서도 여러 다양한 유형에 따르는 분산적운동으로서 존재. → <청산>운동이 하나의 Energy로서 분출되기 어려운 조건

친일과 처단
정신대
4·3
거창을 비롯한 100만명 민간인 학살(6.25 전후)
광주
보안감호
조작간첩 — 反共 체제의 어둠.
삼청교육
고문가해자 < 후유증문제.
의문사 — 책임자=하수인이 불분명, 사건그 자체의 추적이 어렵다.
정치 암살.

해고노동자
강기훈
* 감옥에서의 학대로 죽은 사람들.
↓
빈민들 國家

PM 10:00

3. 실천방안

① 조직론 ⓐ 연합운동, 정치단체 · 사회단체의 `과거청산'을 공동. 힘을 실어야
ⓑ 우리나라 `과거청산운동'의 과제 ↙ 느슨한 Network로라도 묶어낼 필요.
~ 기념사업회, ~ 진상규명, ~ → (큰 연대조직)
(의문사) (정치 암살) 재심운동연대회의

유형에 따라 사안의 특성에 따라 유기적, 중층적으로 결합
↓
사안에 따라 큰 힘을 낼 수 있어야.

② 피해자 적극 조직화 노력. (가능한 한 큰 이익집단을 구성할 수 있는 피해자 단체를 전략적으로 조직·운영)
피해자운동 + 전문적·목적 지향적 과거 청산운동 + 정치운동·사회운동 결합.
⇓
출옥동지회

② 방법론
① 조직적 소송.
② 여론 호소.
③ 피해자 보존, 치유
④ 입법운동. ←
⑤ 개별·사안별 전문가 조사단 구성

재심제도
시효문제
특별검사
국제법 이용. (국제연대)
→ ④

1308 호

인권문제들의 향의 특징
국제회 - 증인의 안보 impunity

② 구체적인 사례 (군사정권 → 민간정부 — 국제적 현상)

— 재판의혹과 관계된 사건 민간법정 (최고 권위를 이수의 관심을 법정) 재판을 하기 위한 자료 수집 등. 유엔

— 변호사 협회에서. 모의재판

— 민가협 현상수배 (이근안) — 이런 다양한 방법도 개발

— 많은 전문가의 수사팀을 포함하는 (國民的 민간)

— 테러 (아르헨티나 사람은 이해할 수가 없다 분석)
폭력에 대한 ... 존중 ... 감당하다.

③ 국제연대 ⇒ 과거 청산문제의 부각 아르헨티나 ... 국제연대.
中南美 (과거 청산운동의 先進國) 와 연대 (처음에는 1대1 partner)
→ * 국제 인권기구에 주요 의제로 심의하도록 압력
* 국제 인권법정 재판소
* 지역 인권기구 → 인권협약
* 여러 인권단체 비교연구.

자기 자신을 사면할 수 있는 법률

과거청산. - 군인들과의 야합을 통해.

알폰신 공식적으로 군인들에게 알려진 법률
* 개별적으로 전투지휘했던 사람들을 상대로한 소송
상상적으로 등
완전한 ...

• 군인+정부간의 야합.
군인들은 법에 반한 한 전문가가 되어야 한다는 압박감
— 군인들이 법을 이해할 수 없도록 법률에 만들었다.

국가안보위원회 (알폰신
9명. 군사정부 中. 1명 4명
비델라 비델라 — 종신형.
마세라
군대개혁
소환운동.
알폰신은 군의 구체적인 ...시켰다
"부활절의 반란" 군부 쿠데타.

체제의 Base impunity 문제는 미래에 대한 민주主義의 문제

유엔 세계인권대회를 위한
민간단체 공동대책위원회

KOREA NGOs' NETWORK
FOR THE UN WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS
2/F Changlim Bldg, 816-3 Yoksam-Dong, Kangnam-Ku, Seoul 135-080, Korea(TEL.82-2-562-0441, FAX.82-2-569-7098 or 568-3[illegible])

~~FREEDOM HOUSE~~

시효문제 · 일사부재리

아르헨 — 군부통치, 대량실종·학살 (30,000명)에 거의 한정됨.

한국 — 일제시대 ──▶ 강기훈사건까지 역사가 길고 다양. '광주'만으로는 명확히 하나로 묶기가 어렵다. 과거의 문제가 오랜세월동안 (그 때 그때 해결이 안되고) 쌓여서 중첩되어있다

*·의문사문제는 아르헨의 대량학살과는 구별되어 책임자-하수인이 불분명할 뿐 아니라, 사건 그 자체를 추적·진상을 밝혀야 하는 어려움 때문에 [illegible]

<구체제 청산위원회> 는 같은, 민간인이 재거참여하는 국가기관 (반민특위)

1. 진실규명.
2. 피해자의 원상회복. 혹은 명예회복
3. 가해자 처벌
4. 법적, 제도적 청산.

우리의 헌법체제에서 실효성 있는 인권구제조치가 강구되어야.
- 법과 제도의 변경.
- 새로운 해석.

개별 사안은 전문가 조사 [illegible]

재심문제

+ 布川, 島田, 免田事件 지원구원들이 "재심을 요구하는 운동을 고무하고 협력하면서 발전시킬 목적으로" 再審事件全国連絡会

* 원죄사건 救援 연락 센타.

시효문제

정의의 실현에 대한 하나의 장애물이며 불의의 의지처.

특별검사제도

단순한 특별검사
다수의 특별검사에 수사대로 이루어지는 특별검찰부

국제법상의 근거와 그 이용가능성

국제법정 ~ 국제형사재판소 (국제인권범죄재판소)
지역 인권기구. (미주조약 > 미주인권협약)

인권유린 사건 범죄자들에 대한 赦免과 免責은 광범한 세계적 현상 (Impunity가 하나의 인권이슈로서 제기되고 있다.

인권단체들의 항의와 투쟁의 국제화

국제 인권 규약 비준으로

UN 인권관련기구들에서도 정식의 안건으로 채택되어 대책이 마련 중이다.

* 피해자 조직화
- 조직적 소송
- 여론 환기
- 피해자 치유, 상호원조를 위한 [illegible]
- 입법운동

유기적·조직적으로 결합되어야 (분산은 힘 없다)
(아르헨티나가 [illegible])