

‘피해자 권리장전’에 비추어 본 거창사건

The Geochang Massacre in the Light of the ‘International Bill of Victims’ Rights’

이 재 승*
Lee, Jae-Seung

목 차

- | | |
|-------------------------|----------------|
| I. 거창 양민 학살사건 | III. 피해자 권리장전 |
| II. 국제범죄로서 거창사건의 시효와 사면 | IV. 거창사건의 해결전망 |

유엔 총회는 2006년 <국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반의 피해자의 구제와 손해배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인>을 결의하였다. 피해자 권리장전으로 불리는 이 문서는 그 자체로 구속적인 국제법이 아니지만 국제관습법, 여타 국제조약과 국가관행을 반영하고 있어서 과거청산의 권고적 지침으로 널리 수용되고 있다. 저자는 권리장전의 세부내용을 개괄하고 이를 기준으로 거창사건의 현황을 평가해보았다. 국제인도법의 시각에서 보자면 거창 민간인 학살은 국제범죄로서 시효가 배제되어야 한다. 그런데 2008년 대법원은 거창 민간인 학살의 유족들이 제기한 손해배상 소송에서 학살부대 지휘관이 1951년 유죄판결을 받았다는 점을 들어 소멸시효가 완성되었다고 판시하였다. 유죄판결 후 시행된 사면이 오히려 한국전쟁기에 자행된 국제범죄의 불처벌에 대한 확고한 실례였다는 점에 비추어볼 때 2008년 대법원의 시효소멸론은 국제인도법의 취지에 반한다. 국제인도법은 국제범죄의 사면을 금지하고 있을 뿐만 아니라, 최소한 피해자에 대한 피해구제 없이 이루어진 사면조치를 국제인도법 위반으로 규정하기 때문이다. 거창사건특별법의 제정 이후 거창사건명예회복위원회에 의한 희생자 인정과 합동묘역의 조성은 진실에 대한 권리를 다소나마 만족시켜 주었지만, 손해배상을 거부한 판결은 피해자의 재판받을 권리와 손해배상에 대한 권리를 침해하였다. 특히 다른 학살사건의 피해자들이 국가배상을 받았다는 사정을 감안할 때 그러한 판결은 거창사건 피해자들에 대한 매

투고일 : 2018. 12. 26. / 심사외뢰일 : 2019. 1. 16. / 게재확정일 : 2019. 2. 7.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, School of Law, Konkuk University

우 불평등한 처사이다. 따라서 피해배상을 포함한 거창사건특별법 개정안은 신속히 도입되어야 하며, 아울러 재발방지의 보증을 위해 인권침해적인 법제와 관행 등이 근본적으로 개혁되어야 한다.

[주제어] 거창사건, 거창 민간인 학살 사건, 사면, 시효, 피해자 권리장전, 피해자의 권리

I. 거창 양민 학살사건

필자는 관용적인 ‘양민학살’ 대신에 ‘민간인 학살’이라는 용어를 사용한다. ‘양민’은 교전자와 민간인의 구별을 통해 민간인을 보호하는 국제인도법의 정신과 괴리되어 있을 뿐만 아니라 한국현대사에서 자행된 좌익학살을 정당화하는 권력의 시선에서 심각하게 오염된 개념이기 때문이다. 거창사건은 11사단 9연대가 1951년 2월 9일과 11일 사이에 거창군 신원면 일대에서 민간인 719명을 학살한 사건을 가리킨다. 거창사건이 발생하기 이틀 전인 2월 7일에는 같은 11사단 9연대가 산청·함양지역에서 민간인 705명을 도륙하였고, 한 달 전에는 11사단 20연대가 전남 함평에서 민간인 524명을 학살하였다. 11사단은 서울 수복의 시점에서 전라도와 경상도 일대의 인민군 패잔병과 협력자들을 토벌하기 위해 창설되었는데, 그 지휘관들의 상당수는 과거 독립군 진압, 제주4.3사건과 여순사건 등에서 민간인 학살에 관여한 인물들이었다. 11사단이 자행한 민간인 학살은 현장 지휘관의 오판에 따른 우발적인 사고가 아니라 견벽청야(堅壁淸野)의 일환이었다. 한 마디로 작전지역내 거주민의 말살을 함축하는 견벽청야는 11사단 사단장 최덕신의 청사진으로서 국제인도법의 총체적 위반에 해당한다.

거창사건은 한국전쟁중 자행된 여타 민간인 학살사건들에 비해 일찍 공론화되었다. 1951년 2월 하순 임시 수도 부산에서 익명의 투서를 접한 지역구 신중목 의원이 현지에서 경찰로부터 사건을 확인한 후 1951년 3월 29일에 국회에서 진상을 폭로하였고, 이에 국회는 진상조사단을 현장에 파견하였다. 경남지구 계엄민사부장 김종원은 국방장관 신성모의 은폐 지시에 따라 위장빨치산을 투입하여 국회조사단에 충격을 가해 조사활동을 방해하였다. 그 후 학살사건과 조사단 습격에 책임 있는 지휘관들이 1951년 12월 대구 고등군법회의에 회부되었다.¹⁾ 11사단 9연대장 오익경 대령에게는 무기형, 9연대 3대대장 한동석 소령에게는 10년형, 계엄민사부장 김종원 대령에게는 3년형이 각기 선

1) 1951년 12월 16일(대구고등군법회의 제1호 법정).

고되었다. 그러나 이승만은 사건책임자들을 1년 만에 특사로 방면하였다. 유족들은 이승만 치하에서 숨죽여 지내다가 4.19혁명 이후 진상규명을 요구하던 중, 유족 일부가 학살 과정에 조력한 신원면 면장 박영보를 산 채로 화장하였다. 이는 국가가 피해자에 대한 적절한 구제조치를 취하지 않았던 까닭에 빚어진 또 다른 참극이었다. 유족들은 5.16 군사반란으로 다시 기나긴 침묵을 강요받다가 1987년 6월항쟁 이후에 진상규명을 요구하였고, 그 결과 1996년에 <거창사건등관련자의 명예회복에 관한 특별조치법(이하 거창사건특별법)>이 제정되었다. 그러나 이 법은 진실규명과 피해구제를 배제한 불완전한 입법으로서 신원법(伸冤法)에 그치고 말았다.

한국전쟁중 전국각지에서 자행된 집단학살의 피해자들은 2000년 초에 전국적 수준에서 결성된 ‘한국전쟁전후 민간인학살 진상규명 범국민위원회’를 기반으로 입법투쟁을 전개하여 2005년 <진실·화해를위한과거사정리기본법(이하 진실화해법)>을 탄생시켰다. 2011년에는 진실화해위원회의 진실규명결정을 근거로 울산 보도연맹원 학살사건과 문경 민간인 학살사건의 유족들은 국가를 상대로 손해배상청구소송에서 승소함으로써 집단학살 피해 구제에서 새로운 이정표를 만들었다.²⁾ 그에 앞서 거창사건 피해자 일부도 손해배상청구소송을 제기하였으나 대법원은 2008년 이들의 청구권이 시효로 소멸하였다고 판시하였다.³⁾ 거창사건의 유족들은 이후에도 거창사건특별법에 배상조항을 도입하고자 시도하였고 현재에는 ‘거창사건 관련자의 배상 등에 관한 특별조치법안’이 국회에 발의되어 있다.⁴⁾

이에 필자는 피해구제에 관한 국제적인 기준에 비추어 거창사건 피해자들의 권리를 재론하고자 한다. 유엔 총회는 1985년 <권력범죄와 남용의 피해자를 위한 정의의 기본원칙 선언>⁵⁾과 2006년 <국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반의 피해자의 구제와 손해배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인>⁶⁾을 결의하였고, 아울

2) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결(울산사건); 대법원 2001. 9. 5. 선고 2009다66969 판결(문경사건).

3) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결; 부산고등법원 2004. 5. 7. 선고 2001나15255 판결; 창원지방법원 진주지원 2001. 10. 26. 선고 2001가합430 판결.

4) 한인섭, “거창양민학살사건의 법적 해결-관련법의 개정방안을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제42권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 174-214쪽.

5) Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power(A/RES/40/34), 29 November 1985.

6) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law(A/res/60/147), 21 March 2006.

러 경제사회이사회 산하 유엔인권위원회(Commission on Human Rights)는 1997년 <불처벌투쟁원칙>⁷⁾과 2005년 <중보불처벌투쟁원칙>⁸⁾을 채택하였다. 2006년 유엔총회가 결의한 문서는 ‘피해자 권리장전(international bill of rights of victims)’ 또는 관련 학자의 이름을 따 ‘반 보벤-바시오우니 원칙(the van Boven-Bassiouni Principles)’으로 불리고,⁹⁾ 유엔인권위원회가 2005년 채택한 <중보불처벌투쟁원칙>도 관련 학자의 이름을 따 ‘주아네-오렌트리허 원칙(the Joinet-Orentlicher Principles)’으로 불린다. 이러한 일련의 원칙들은 그 자체로 구속적인 국제법이 아니지만 여타 국제기구나 개별국가기구뿐만 아니라 비정부기구와 인권운동가들에게도 과거청산의 권고적이고 강령적인 기준으로 수용되어 왔다. 특히 <피해자 권리장전>은 국제인권법과 국제형사법의 영역에서 피해구제에 관한 ‘기념비적 이정표’¹⁰⁾로서 정치적, 법적, 사회문화적, 교육적 해법을 망라하였다.

과거사판결에서 우리 대법원이 민간인 학살 피해자들을 위해 국제인도법의 기본원칙을 원용한 적은 여태까지 한 차례도 없었다. 예컨대, 대법원은 민간인 학살과 관련하여 국제법상 시효배제원칙을 수용하는 대신에 민사법의 틀 안에서 권리행사의 객관적 장애사유의 존부를 논하면서 신의칙의 관념으로 소멸시효를 우회하였을 뿐이다.¹¹⁾ 이러한 우회적 방식은 미진하다고 여겨질 수 있으나 국제법원칙을 나름대로 변용한 것으로 평가할 수 있다. 필자는 이 글에서 거창 민간인 학살 피해자들의 손해배상청구소송에서 시효문제에 대한 대법원의 판단을 재검토하고, <피해자 권리장전>에 제시된 피해자의 권리를 개략적으로 해명하면서 거창사건과 이행기 정의를 평가하고, 마지막으로 거창사건의 해결 전망을 더해보겠다.

7) Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), 2 October 1997.

8) Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity(E/CN.4/2005/102/Add.1), 8 February 2005.

9) Zwanenburg, Marten, “The Van Boven/Bassiouni Principles: An Appraisal”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* Vol.24, NQHR, 2006, pp.641-668.

10) Bassiouni, Mahmoud Cherif, “International Recognition of Victims’Rights”, *Human Rights Law Review* Vol.6, Oxford University Press, 2006, p.278.

11) 대법원은 문경 민간인 학살사건에서 “국가에 의한 집단학살 사건과 같은 반인륜적 범죄라는 이유만으로 법률에 규정된 소멸시효의 적용을 배제할 수 없고, 또 이에 대해 소멸시효항변을 하는 것이 신의칙에 반한다고 단정할 수 없다.”는 원심법원의 판단에 동조하면서 신의칙에 입각하여 피해자를 구제하였다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결); 미쓰비시 강제징용 사건에서 대법원은 국제관계에서 소멸시효배제의 원칙을 원용하는 대신에 국내사건과 마찬가지로 신의칙에 입각해 손해배상을 결정하였다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2013다67587 판결).

II. 국제범죄로서 거창사건의 시효와 사면

1. 국제범죄로서 거창사건

<피해자 권리장전>은 국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반으로 인한 피해의 구제를 목표로 한다. ‘총체적 위반’ 혹은 ‘심각한 위반’은 의미상 불확정적이지만 거창 민간인 학살이 이 범주에 속한다는 점은 의문의 여지가 없다.¹²⁾ <피해자 권리장전>은 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 확보하고, 이행할 국가의 의무를 명시하면서 그 근거를 국가가 가입한 조약, 국제관습법, 각국의 국내법에서 찾는다(제1조). 한국 전쟁 당시에 민간인 학살은 국제조약, 국제관습법 또는 국내법상으로 당연히 금지되었다. 사건직후 고등군법회의가 학살부대의 지휘관에게 유죄판결을 내렸다는 사정을 보더라도 거창 민간인 학살이 국내법상 범죄였다는 점은 논의할 필요가 없다.

국제형사법의 관점에서 거창 민간인 학살이 집단살해죄, 인도에 반하는 죄 혹은 전쟁 범죄 중 어떠한 유형의 범죄를 구성하는지에 대해서는 견해차가 존재한다. 우선 한국전쟁 당시 대한민국 영토에서 민간인 학살을 금지한 적용가능한 조약들이 존재했는가? 대한제국은 1903년 <육전의 법 및 관습에 관한 헤이그 제2협약(1899)>에 가입하였지만 외교권박탈과 주권상실로 인해 동협약은 완전한 효력을 발생하지 못했다. 해방이나 정부수립과 동시에 이 협약의 효력이 발생하는지 문제된다. 한국정부는 이 조약에 신규로 가입하는 대신에 동협약(조약 제886호)의 대한민국 발효일을 1986년으로 표시함으로써 대한제국의 가입을 승계하였기 때문이다. 이 경우 동협약의 발효일이 1986년인지 아니면 정부수립일인지 의문이 존재한다. 조약 비고란은 발효일(1986년 8월 8일)이 ‘우리나라가 조약의 당사국임을 확인한 날짜’, 즉 ‘효력확인일’이라고 밝히고 있다. 따라서 정부의 행위는 조약의 효력을 발생시키기 위한 창설적 행위가 아니라 법령정비작업에 입각한 확인행위라고 볼 수 있다. 그러면 헤이그 협약은 정부수립과 동시에 효력을 복원한 것으로 상정할 수도 있다. 물론 1899년 헤이그 협약 이후에 채택된 1907년 헤이그 협약이

12) 진실화해법 제2조 제1항 제4호의 ‘중대한 인권침해사건’은 <피해자 권리장전>의 ‘총체적 국제인권법위반(Gross Violations of International Human Rights Law)’과 ‘심각한 국제인도법위반(Serious Violations of International Humanitarian Law)’과 범주적으로 중첩된다고 볼 수 있다. 그러나 동법 제2조 제1항 제3호는 ‘민간인 집단희생 사건’을 별도의 범주로 설정하기 때문에 거창 민간인 학살사건은 ‘민간인 집단희생 사건’ 유형에 해당한다.

한국전쟁 당시에 국제관습법의 지위를 획득했다고 본다면 이러한 1899년 헤이그 협약에 대한 논의는 그렇게 결정적인 의미를 갖지 않는다. 한편, 1950년 10월 한국정부는 집단살해처벌협약에 가입하였으며 동협약은 거창사건 발생 전인 1951년 1월에 발효하였다(조약 제1382호). 또한 정부는 개전초에 1949년 제네바협약에 서명하였고 동협약의 준수여부에 대한 유엔의 질의에 이 협약을 한국전쟁에서 적용하겠다고 회신하였으며, 북한당국도 제네바협약을 준수하겠다고 약속하였다.¹³⁾ 남북한 양측이 1949년 제네바협약이 아직 조약으로서 효력을 발생하기도 전에 동조약을 규범으로 수용하겠다는 입장을 공표한 것이다.

첫째로, 거창 민간인 집단학살이 국제법상 제노사이드로서 집단살해죄를 구성하는가? 진실화해법은 거창사건과 같은 민간인 집단학살을 ‘민간인 집단희생 사건’으로 작명한다. 그러나 거창사건에서 희생된 민간인은 집단살해처벌협약이 상정한 집단유형에 해당하지 않으므로 국제법상 제노사이드를 구성하지 않는다. 원래 ‘제노사이드’라는 용어의 제안자 렘프킨은 정치적 집단도 집단의 일종으로 고려하였지만 협약의 채택과정에서 이러한 유형은 배제되었다. 사회학자들은 학살의 정치적 이데올로기적 특성을 주목하여 정치적 제노사이드¹⁴⁾라는 용어를 선호하지만, 국제형사재판소규정(제6조)도 제노사이드 피해 집단을 국민적(national), 민족적(ethnic), 인종적(racial) 또는 종교적(religious) 집단에 한정하고 있으므로, 거창 민간인 학살은 제노사이드를 구성하지 않는다.

둘째로, 거창 민간인 학살은 인도에 반하는 죄를 구성하는가? 자국민에 대한 체계적인 공격으로서 거창사건이 인도에 반하는 죄를 구성한다는 점에는 논란이 없다. 실제로 인도에 반하는 죄는 뉘른베르크 국제군사재판소에서 처음으로 적용되었다.¹⁵⁾ 최근에 국제법이사회는 <인도에 반하는 죄 처벌협약(Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, 2010)> 초안을 완성하였다. 학자들은 인도에 반하는 죄와 동협약의 기원을 1907년 헤이그 협약상의 ‘마르텐스 조항(Martens

13) 이에 대해서는 노근리사건희생자심사및명예회복위원회, 노근리사건희생자심사보고서, 2006, 120쪽 이하.

14) van Shaack, Beth, “The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Conventions’s Blind Spot”, *The Yale Law Journal* Vol.106, Yale Law School, 1996-1997, pp.2259-2291.

15) “이 법정은 따라서 1939년 이전의 행위들이 이 현장의 취지상 인도에 반하는 죄라고 일반적인 선언을 할 수는 없지만, 1939년 전쟁의 시작과 더불어 전쟁범죄들이 대규모로 자행되었고, 그것들은 동시에 인도에 반하는 죄였다. 기소장에 적시된바 전쟁 개시후 자행된 비인도적 행위는 전쟁범죄를 구성하지 않는 경우에는 그 행위들이 모두 침략전쟁의 수행을 위해서 또는 침략전쟁과 연관되어 자행되었기 때문에 인도에 반하는 죄를 구성한다; Judgement : The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity, <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>, 검색일: 2018.12.30.

Clause)’¹⁶⁾에서 찾는다.¹⁷⁾ 인도에 반하는 죄는 전시와 평시에 관계없이 ‘민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격’이라는 특수한 불법성(규모요소와 정책요소)을 갖추어야만 성립한다. 민간인 학살이 국가나 조직의 정책의 일환으로서 대규모로 광범위하고 체계적으로 자행되었다는 점이 입증되어야 한다. 한국전쟁기에 민간인 학살과 즉결 처분을 위해 확립된 법제와 관행을 통해 거창사건이 인도에 반하는 죄에 해당한다는 점을 증명하기는 비교적 용이하다.

한국정부는 개전과 동시에 적으로 분류되거나 정치적으로 의심받은 민간인들을 합법적으로 처단하는 기제를 완비하였다. 대통령 긴급명령 제1호 <비상사태하의범죄처벌에 관한특별조치령>(1950.6.25.), 내무부의 비상통첩인 <전국요시찰인 단속 및 전국 형무소 경비의 건>(1950.6.25.), 내무부 치안국의 <불순분자 구속의 건>(1950.6.29.) 및 <불순분자 구속처리의 건>(1950.6.30.) 등이 그 예들이다. 이러한 학살 및 처리지침이 개전초에 전국 각지의 경찰조직에 하달되어 민간인 학살이 전국적으로 광범위하고 체계적으로 진행되었다.¹⁸⁾ 물론 한국정부는 인민군 점령지역을 수복하면서 1950년 12월 1일에 <부역행위 특별처리법>과 <사형(私刑)금지법>을 제정하였다. 그러나 이러한 법률들의 실제적인 의미는 전쟁 관행 속에서 평가되어야 한다. 이러한 법제가 외견상 민간인 학살을 사법적으로 통제하는 것처럼 보이지만 실제로 부역혐의자에 대한 자의적이고 초사법적인 처형 까지도 합리화하는 장치였다. 거창사건에 대한 1951년 4월 24일 공식보고에서 정부의 공보처장은 희생자 대부분이 통비자(通匪者)여서 군이 이들을 군법회의에 회부하여 남자 187명을 판결에 따라 사형에 처했다고 거짓 발표한 정황을 보더라도 이러한 법제들은 학살의 통제규정이 아니라 학살의 일반면허장에 불과하다는 점을 확인할 수 있다.

실제로 거창사건에서 군대가 민간인을 체계적으로 공격했다는 정황은 당시 재판과정에서도 드러났다. 현장지휘관 3대대장 한동석은 <제11사단 제9연대 작전명령 제5호>의 견벽청야 작전(적의 손에 있는 사람을 전원 총살하라)을 수행했다고 진술하였고, 김종원

16) 1907년 헤이그협약의 전문에는 러시아 외교관 프레드릭 마르텐스의 제안으로 다음과 같은 문장이 삽입되어 있다. “더 완비된 전쟁법의 법전이 제정되기 전까지 체결국들은 체결국들이 채택한 협정들에 포함되지 않은 사례들에서도 거주민들과 교전자들이 문명국가들 사이에서 확립된 관행들, 인도주의의 법률, 공공양심의 요구들로부터 귀결되는바, 국제법의 원칙들의 보호와 지배를 받아야 한다는 점을 선언하는 것이 적절하다.” 유사한 문장이 1899년 제네바협약에도 존재한다.

17) Bassiouni, Mahmoud Cherif, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2014, p.86 이하. <인도에 반하는 죄 처벌협약 초안>의 전문도 마르텐스 조항의 맥락을 밝히고 있다.

18) 진실·화해를위한과거사정리위원회, 국민보도연맹 사건 진실규명결정서, 2009, 85쪽 이하.

대령은 사건이 문제되자 국방장관 신성모의 지시를 받아 나중에 작전명령 제5호의 “적의 손에 있는 사람을 전원 총살하라”라는 문구를 “작전중대장은 작전지역에서 이적행위자를 발견시는 즉결하라”로 변조하였다고 진술하였다.¹⁹⁾ 국방장관과 군대 지휘부가 민간인 학살 계획을 수립하고 사후에 은폐하려던 상황에 비추어볼 때 거창 민간인 학살은 국가 및 군대의 정책의 결과였음을 확인할 수 있다.²⁰⁾ 따라서 거창 민간인 학살사건은 의문의 여지없이 인도에 반하는 죄를 구성한다.

셋째로, 거창 민간인 학살사건이 전쟁범죄를 구성하는가? 전통적인 견해에 따르면, 적국의 민간인에 대한 공격은 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄를 동시에 구성할 수 있지만, 자국의 민간인에 대한 공격은 인도에 반하는 죄나 국내법상 통상적인 범죄에 해당하는 것은 별론으로 하고 전쟁범죄를 구성하지 않는다.²¹⁾ 이러한 부정론은 1949년 민간인 보호에 관한 제네바협약(제4협약)이 한국전쟁 당시에 조약법으로서 구속력을 갖지 못했고, 또한 국제관습법의 지위도 아직 확보하지 못했다고 전제한다. 나아가 1949년 제네바협약상 보호받는 민간인은 교전상대국의 민간인에 국한되므로 거창사건의 민간인은 여기에 해당하지 않는다고 주장한다.²²⁾ 이러한 엄격한 해석에 따르면 한국군대에 의한 거창 민간인 학살은 전쟁범죄를 구성하지 않는다. 이에 대해 국내학자들의 상당수는 자국민 학살도 전쟁범죄를 구성한다는 견해를 주장한다.²³⁾ 이러한 긍정론은 1949년 제네바협약을 1907년 헤이그협약을 구체화한 국제관습법이나 국제인도법의 최저기준으

19) 한인섭, “1951년 거창사건 형사재판의 검토”, 서울대학교 법학 제44권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2003, 206쪽.

20) 특무대의 내부 문서철이 이러한 지시와 은폐정황을 증명해주었다. 안김정에, “한국전쟁기 민간인집단학살 관련 문서(‘거창사건’ 관련 특무대 문서철)의 공개 필요성”, 내일을 여는 역사 제41호, 서해문집, 2010, 345-359쪽.

21) 도경옥, “거창양민학살사건의 국제형사법적 분석”, 서울국제법연구 제10권 제1호, 서울국제법연구원, 2003, 85-114쪽; 미군에 의한 노근리 민간인 학살이 동맹국의 주민에 대한 것이므로 전쟁범죄에 해당하지 않는다는 견해도 같은 취지라고 할 수 있다. 이장희, “국제인도법의 원칙과 노근리 양민학살사건”, 노근리사건의 진상과 교훈, 도서출판 두남, 2002, 316쪽.

22) 도경옥, 앞의 논문, 109쪽; 민간인 보호에 관한 1949년 제네바협약(제4협약) 제4조에 대한 Jean Pictet의 해설도 같은 취지이다. 적십자국제위원회/인도법연구소(편), 제네바협약해설 IV, 대한적십자사인도법연구소, 1986, 59쪽; Luban, David, “A Theory of Crimes Against Humanity”, *The Yale Journal of International Law* Vol.29, Yale Law School, 2004, p.94.

23) 이재근/정구도/오윤석, “전시 민간인 보호를 위한 국제법적 규제 -한국 전쟁시 소위 ‘충북 영동권 황간면 노근리 민간인 살상사건’과 관련하여”, 충남대학교 법학연구 제10권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1999, 111-136쪽; 조시현, “노근리 학살사건과 국제인도법”, 성신법학 제11호, 성신여자대학교 법학연구소, 2001, 65-106쪽; 민경길, “전시 민간인 보호에 관한 국제법규 연구-노근리 사건을 중심으로”, 인도법논총 제21호, 대한적십자사 인도법연구소, 2001, 109-148쪽; 제성호, “국제인도법의 자국민 적용문제-제네바 제협약 및 제1추가정의서를 중심으로”, 인도법논총 제25호, 대한적십자사 인도법연구소, 2005, 175-196쪽.

로 파악한다. 이미 뉘른베르크 국제군사재판소가 1907년 헤이그협약이 제2차 세계대전의 개전 시점까지는 국제관습법으로서의 지위를 확보하였다고 판단한 점²⁴⁾을 주목한다. 이에 따르면 1907년 헤이그협약은 한국전쟁 당시에 국제관습법으로서 구속력을 확보하였으며, 특히 이 협약 전문의 마르텐스 조항이 말하는 ‘거주민(inhabitants)’은 범위상 제한이 없기 때문에 자국민도 국제인도법의 보호를 받아야 한다.²⁵⁾

한국전쟁의 성격을 감안할 때 거창사건과 같은 민간인 학살을 전쟁범죄로 다루어야 한다는 주장이 더욱 설득력을 가진다. 좌우이데올로기의 대립에 입각한 한국전쟁은 하나의 민족 속에 탄생한 두 국가 사이의 국제적인 전쟁일 뿐만 아니라 체제내적으로는 이데올로기적 청소를 감행하는 내전으로서 이중전쟁이었다.²⁶⁾ 미국과 소련의 점령체제 아래서 민족의 의사에 반해 분단질서가 수립되고 분단 이후 2년 만에 발발한 무력충돌과 정에서 교전당사자들은 군사적 승리만을 목표로 한 것이 아니라 점령과 수복, 재점령과 재수복을 교차하면서 스스로 전지역에 통치권을 행사하고자 하였으며 교전상대방뿐만 아니라 내부의 적대요소들까지 완전히 궤멸시키려는 통일전쟁을 수행하였다. 이러한 전쟁의 특성으로 인해 한국군대는 이데올로기적 정체성이나 점령지의 특성을 고려한 군사정책적 목표에 따라 자국의 민간인을 간단히 적국민, 적성주민 또는 소모품으로 규정하고 처리했던 것이다.²⁷⁾ 전선과 무관하게 총력전의 형태로 수행되는 이데올로기적, 민족적 또는 종교적 충돌에서는 국제인도법상의 구별의 원칙, 군사적 필요성의 원칙 또는 비례성의 원칙이 총체적으로 무시되며, 그 경우 민간인이 전쟁의 주요한 희생자가

24) “그 협약(1907년 헤이그협약)에서 표현된 육전규칙들은 채택 당시 현존하는 국제법에 대하여 하나의 전진을 명확히 표현하였다. 그러나 헤이그협약은 동협약이 당시에 현존하는 것으로 승인하였던 ‘전쟁의 일반적 법과 관습을 수정하려는’ 시도였다는 점을 분명히 선언하였지만, 1939년까지는 이 협약에 규정된 이러한 규칙들은 모든 문명국가들에 의해 승인되었고, 현장 제6조(b)에서 거론되는 전쟁의 법과 관습을 서술한 것으로 간주되었다.” Judgement: The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity”, <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>>, 검색일: 2018.12.30.

25) 조시현, 앞의 논문, 84쪽; Tae-Ung, Baik, “A War Crime against Allys Civilians: The No Gun Ri Massacre”, 노근리사건의 진상과 교훈, 도서출판 두남, 2002, 378쪽 이하.

26) 국민형성과 내적 평정(pacification)의 시각은 한국정부와 군대가 자국의 민간인을 이데올로기적인 적으로 간주하여 내전을 수행하였다는 사정을 잘 보여준다. 박명림, “전쟁과 인민: 통합과 분화와 학살”, 아시아문화 제16호, 한림대학교 아시아문화연구소, 2000, 97-167쪽; 박명림, “국민형성과 내적 평정: ‘거창사건’의 사례 연구-탈냉전 이후의 새 자료, 정신, 해석”, 한국정치학회보 제36집 제2호, 한국정치학회, 2002, 69-91쪽.

27) 안김정애, 앞의 논문, 350쪽 이하; “많은 사례들에서 ‘적(enemy)’은 더 이상 무장한 다른 충돌당사자가 아니라 다른 민족적, 종족적 또는 종교적 집단들의 소속성에 의해 어떤 믿음과 전통을 공유하지 않는 민간인을 포함한 모든 개인들이다. 다수의 유엔 조사위원회의 지적에 따르면, 이것은 매우 위협스러운 전개상황이고, 민간인 보호를 확보하는 데에 가장 큰 도전이다.” Williamson, Jamie A., “Protection of Civilians under International Humanitarian Law”, Haidi Willmot(etc.), *Protection of Civilians*, Oxford University Press, 2016, p.174.

된다는 점을 주목해야 한다.²⁸⁾ 더구나 1949년 제네바협약이 그 적용대상을 비국제적인 성격의 무력충돌에까지 확장하고 있다는 점에 비추어 보더라도 자국민을 국제인도법의 사각지대에 방치할 이유가 없다.²⁹⁾ 엄격한 해석에 따르면 자국의 민간인 학살은 인도에 반하는 죄를 구성하는 경우를 제외하고는 전쟁범죄가 아니라 국내법상 통상적인 범죄에 그친다. 그러나 이러한 접근은 국내법적 통제장치를 무력화시키고 이데올로기적 내전을 병행하여 수행하는 통치권력 아래서 전시 범죄의 피해자들에게 국제인도법의 보호를 제공하지 못하는 허점을 보여준다. 결론적으로 거창 민간인 학살사건은 집단살해죄에 해당하지 않지만, 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄를 동시에 구성한다.

2. 국제법상 시효 법리

<전쟁범죄와 인도에 반하는 죄의 공소시효부적용 유엔협약(UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)>³⁰⁾과 국제형사재판소규정은 국제범죄의 공소시효를 배제한다(제75조). 국제적십자사가 작성한 <관습국제인도법>은 전쟁범죄의 공소시효배제 원칙을 국제관습법으로 규정한다.³¹⁾ <중보불처벌투쟁원칙>은 국제범죄에 대해서는 공소시효, 형의 시효, 민사적·행정적 시효를 배제한다(원칙 23). <피해자 권리장전>은 국제범죄에 대해서 공소시효와 소멸시효를 배제한다(제6조, 제7조). <미주강제실종방지협약>도 강제실종의 공소시효를 배제하고(제7조), 국제형사재판소규정은 강제실종을 인도에 반하는 죄나 전쟁범죄로 다루면서 시효를 배제한다(제7조 제2항 1호). 한국정부는 유엔공소시효부적용 협약에 가입하지 않았지만 이 조약을 국제관습법으로 볼 수도 있다. 국제형사재판소규정도 재

28) 2001 Report of the Secretary-General to the Security Council on the protection of civilians in armed conflict(S/2001/331, 30 March 2001).

29) 구유고전범재판소는 상이한 민족들간의 내전상황에서 국적(nationality)보다 민족적 정체성(ethnic identity)을 기준으로 보호받는 사람의 지위를 판단하였다. Prosecutor V. Jadranko Prlić, Case No. IT-04-74-T, Judgement(TC), 29 May 2013, para. 100.

30) 유엔 공소시효부적용협약은 <전쟁범죄와 인도에 반하는 죄의 공소시효 부적용에 관한 유럽협약(European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes, 1974)>에 그대로 수용되었다. 추축국이나 연합국 주요국가들(독일, 일본, 미국, 이탈리아, 아일랜드, 프랑스, 중국)이 유엔 공소시효부적용협약의 당사국이 되지 않았으며, 주로 식민지배와 침략전쟁의 피해를 당한 제3세계 국가들이 특징적으로 이 협약에 가입하였다.

31) Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, Rule 160 참조.

판소의 관할범죄의 시효를 배제하였지만 관할범죄가 재판소 설치 이후에 발생한 사건에 국한되므로 시효배제의 효과는 제한적이다. <헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법(1995)>도 집단살해의 공소시효를 배제하지만 1995년 법제정 이후 발생한 사건에 대해 효력을 가질 뿐이다. 한국의 국내법제(국제형사재판소규정의 국내이행법)도 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄, 집단살해죄의 시효를 장래적으로 배제하기 때문에 거창 민간인 집단학살의 시효를 배제하지 못한다.

개별국가들의 관행을 통해서도 국제범죄의 공소시효배제를 확인할 수 있다. 전쟁범죄의 공소시효부적용원칙은 <유엔 공소시효부적용조약>이나 <유럽 공소시효부적용조약>의 당사국이 아닌 국가들을 포함해서 많은 국가들의 군대교범과 입법에서 확인되었다. 미국은 1986년 유엔 공소시효부적용협약의 당사국이 아닌 이라크에게 이란-이라크 전쟁에서 전쟁범죄를 자행한 개인들을 공소시효와 관계없이 언제든지 처벌할 수 있다는 취지의 각서를 보냈고, 1993년 유고슬라비아는 유엔사무총장에게 보내는 서신에서 전쟁범죄의 공소시효 배제를 천명하였으며, 2000년 이집트는 국제형사재판소규정에 서명한 직후 전쟁범죄의 처벌에 공소시효가 없다는 것은 확립된 원칙이라고 천명하였다.³²⁾ 유엔 공소시효부적용협약에 가입하지 않은 칠레도 전쟁범죄에 대한 공소시효를 배제하는 판결을 내렸다.³³⁾ 이탈리아 군사법정과 대법원은 335명을 학살한 친위대 대위 프립케를 재판하면서 전쟁범죄의 공소시효 배제를 강행법(jus cogens)이라고 선언하였다.³⁴⁾ 이디오피아는 헌법에 인도에 반하는 죄의 공소시효 부적용을 규정하였고, 1995년 멩기스투 사건에서 이디오피아 특별검사는 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄의 공소시효 배제는 완전히 확립된 관습이라고 진술하였다.³⁵⁾ 프랑스는 1964년에 형법에 인도에 반하는 죄의 공소시효 부적용 원칙을 채택하고,³⁶⁾ 프랑스 대법원은 1985년 클라우스 바르비 사건에서 인도에 반하는 죄의 공소시효를 배제하였다.³⁷⁾ 이스라엘은 전쟁범죄의 공소시효를

32) 개별국가의 입장에 대해서는 Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise, 위의 책, 616쪽 이하.

33) Chile, Appeal Court of Santiago (Third Criminal Chamber), Videla case, Judgement, 26 September 1994.

34) 아르헨티나에 거주하던 프립케를 송환하던 이탈리아당국의 주장(인도에 반하는 죄는 시효가 없다)을 아르헨티나 연방판사도 수용하였다.

35) Special Prosecutor v Hailenariam (Mengistu) and 173 others, Preliminary objections, Criminal File No 1/87, 1988 EC [GC], ILDC 555 (ET 1995), 9th October 1995, Ethiopia; Federal High Court; Tiba, Firew Kebede, “The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia”, *Journal of International Criminal Justice* Vol.5, Oxford University Press, 2007, 513-528 쪽.

36) 다음과 같은 단일조항이 도입되었다. “1945년 8월 8일의 국제재판소 헌장에 명시된 인도에 반하는 죄에 대한 정의(定義)를 반영한 1946년 2월 13일의 국제연합 결의안에서 정의된 인도에 반하는 죄는 본성상 공소시효가 없다.”

배제하는 <나치 및 나치협력자 처벌법(1950)>을 사후입법으로 제정하여 나치 및 나치협력자(이른바 카포)를 처벌하였다.³⁸⁾

국가는 국제법상의 범죄로 인해 야기된 피해를 배상할 의무를 진다. 국가책임법초안은 국제법상 불법행위로 야기된 손해에 책임 있는 국가에게 완전한 배상의무를 인정하고(제31조), 해당국가는 국내법규를 이유로 배상의무를 회피할 수 없다고 규정한다(제32조).³⁹⁾ 국제범죄로서 집단살해죄, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄에 대해서는 소멸시효를 배제하는 것이 국제관습법이라고 할 수 있다. <유엔강제실종협약>은 강제실종에 대해 시효배제를 전제하는 대신에 시효제도를 운영하는 국가에게 계속범의 성격을 고려해서 시효정지를 둘 것을 규정하고 있으며, 시효정지후 다시 시작된 시효기간에 효과적인 구제의 보증을 요구한다(제8조). 소멸시효 배제론은 국제인권법에서 ‘효과적인 구제권(the right to an effective remedy)’과 연결된다. 세계인권선언 제8조, 자유권규약 제2조, 유럽인권협약 제13조도 이러한 권리를 규정한다. 이로부터 피해자가 효과적인 구제를 받지 못하는 상황에서는 시효가 소멸하지 않는다는 법리가 성립한다. 유엔조약기구들은 국내법상의 시효제도를 원용하는 국가들에 대해 효과적인 구제권을 강조한다. 호주의 ‘빼앗긴 아동들’ 사례는 매우 유명하다. 빼앗긴 아동들 사건은 호주정부가 인종주의적 정책에 입각하여 1870년부터 1960년대까지 100여 년간 원주민 가정에서 10만 여명의 아동을 강제로 탈취한 사건을 의미한다. 1997년 호주 인권위원회는 강제격리 정책을 제노사이드 미수로 규정하고, 정부에게 국제기준에 따른 배상프로그램을 마련하라고 권고하였다.⁴⁰⁾ 그러나 호주 정부는 호주인권위원회의 권고를 따르지 않고, 피해자들이

37) 바르비는 나치 장교로서 리옹에서 유대인을 학살하고 유대인 아동을 아우슈비츠 수용소로 이송한 혐의로 1952년, 1954년 두 차례에 걸쳐 궤석재판에서 전쟁범죄로 사형을 선고받았으나 당시 그는 미국 CIC의 도움으로 볼리비아로 잠적한 상태였다. 전쟁범죄로 인한 유죄판결은 프랑스 형법에 따라 이미 실효(형의 실효)하였기 때문에 프랑스 정부는 인도에 반하는 죄로 볼리비아 정부로부터 바르비의 인도를 요청하였다.

38) 1951년에서 1964년까지 나치 및 나치협력자들에 대하여 이스라엘에서 열린 재판을 카포재판이라고 한다. 재판의 근거법은 Israeli Nazi and Nazi Collaborators Law(1950)이다. 이 법에 의해 40여명이 재판을 받았으며, 아이히만(Adolf Eichmann)도 그중 한 사람이다. 아이히만과 반제크 Banjek (슬로바키아 목사)를 제외하고 나머지는 유대인 강제수용소에서 살아남은 유대인 협력자들(카포)이었다. 그들은 수용소에서 간수나 하급 교도관 역할을 하며 약간의 특권을 향유하였다.

39) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR 56th Sess., Supp. No. 10, at 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001).

40) Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Bringing Them Home: Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from their Families*, Commonwealth of Australia, 1997, 310-11쪽.

제기하는 소송에서 소멸시효를 원용하였으며, 호주법원은 세 건의 배상판결을 제외하고 정부의 주장을 수용하여 피해자들의 권리를 부인하였다. 이 사건과 관련하여 인종차별 철폐위원회(CERD)와 자유권위원회(HRC)는 인권범죄에서 국내법상 시효규정의 원용은 국제법상 허용되지 않는다고 지적하면서 배상거부는 실효적인 구제권을 침해한다고 보았다.⁴¹⁾

소멸시효에 대해서는 국제법상의 원칙과 개별국가들의 국내법상 구제관행 사이에는 심각한 격차가 존재한다.⁴²⁾ 개별국가들은 빈번히 국제범죄의 공소시효를 배제하고 개인의 형사책임을 추궁하지만, 그에 대한 손해배상 청구권의 소멸시효를 전면적으로 배제하지는 않는다. 대체로 국내법원들은 인권침해 피해자들의 주소송 사태에 대한 정책적 우려 속에서 시효규정을 원용하여 청구권을 부인한다.⁴³⁾ 개별국가들이 보상법을 제정하는 경우에도 보상법은 법적 책임이 아니라 정치적·도의적 책임을 반영할 뿐이라고 공언한다.⁴⁴⁾ 제2차 세계대전중 강제노동 피해자들의 배상청구권을 인정한 미국 캘리포니아주 하이든법(1999)에 입각한 소송이나 영국 정부를 상대로 한 케냐 독립운동 희생자들의 배상청구소송(2011)⁴⁵⁾은 소멸시효를 극복한 이례적인 사법적 구제사례라고 한다면, 1920년대 미국 남부에서 흑인에 대해 자행된 학살과 린치를 보상하는 법률⁴⁶⁾, 독일의 나치불법배상법(1953)과 강제노동피해자들을 위한 기억책임미래재단법(2000), 라틴 아메리카 군사정부의 인권침해 피해자를 위한 배상법⁴⁷⁾ 등은 더 일반적인 입법적 구제 사례이다.

41) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 of the Convention, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Australia, 77th Sess., Aug. 2-27, 2010, para.26, U.N. Doc. CERD/C/AUS/CO/15-17 (Sept. 13, 2010); Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Australia, 95th Sess., Mar. 16-Apr. 3, 2009, para. 15, U.N. Doc. CCPR/C/AUS/CO/5 (May 7, 2009).

42) Hessbruegge, Jan Arno, “Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes”, *Georgetown Journal of International Law Vol.43*, Georgetown University Law Center, 2012, 335-385쪽.

43) Shelton, Dinah, “The World of Atonement Reparations for Historical Injustices”, *Netherlands International Law Review Vol.50*, T.M.C. Asser Press, 2003, 289-325쪽.

44) Shelton, Dinah, *Remedies In International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2005, 412쪽 이하.

45) 영국 고등법원이 배상청구 소송을 수용하자 영국정부는 5천 여명의 원고측과 1,990만 파운드의 보상금을 지급하기로 합의하였다. 이후 4만 명의 피해자들이 추가로 소송에 착수하였다. 마우마우 독립운동에서 사망하거나 고문 및 폭력에 의해 피해를 입은 사람은 9만 여명에 이르는 것으로 알려졌다.

46) Rosewood Compensation Act(1994) 및 1921 Tulsa Race Riot Reconciliation Act(2001).

47) 대표적으로 콜롬비아의 피해자 및 토지원상회복법(La Ley 1448 de Víctimas y Restitucion de Tierras, 2011).

3. 거창사건에서 소멸시효 장애사유로서 사면과 불처벌

한국의 사법기구는 한국전쟁중 민간인 학살에 대해 공소시효를 배제하고 처벌한 적이 없지만, 국가배상청구와 관련해서는 신의칙으로 소멸시효를 우회하였다. 대법원은 진실화해위원회의 진실규명결정에 따른 손해배상청구기간을 3년으로, 재심을 통해 무죄판결이 선고된 경우에는 청구기간을 6월로 구분하면서 손해배상청구권을 제한적으로 인정하였다. 최근 헌법재판소가 배상청구 시한(시효정지)을 6월로 제한하는 법적용을 위헌으로 결정하였지만,⁴⁸⁾ 이 결정은 진실화해위원회의 진실규명결정 이후 적시에 소송을 제기하지 않은 피해자들이나 거창사건특별법 및 제주4.3사건특별법과 같은 다른 법에 의해 진상이 개괄적으로 드러난 사건의 피해자들에게 권리구제의 방편을 제공하지 못한다. 오히려 종전에 진실화해위원회에 진실규명을 신청하지 않았던 피해자들에게 진실화해위원회가 새로이 활동을 재개한다면 피해구제의 기회가 확보될 수 있을 것이다. 이 경우에도 피해배상을 받지 못하는 피해자들이 여전히 남을 수밖에 없으므로 피해자들간의 불평등을 시정하기 위해서는 포괄적인 배상특별법이 제정되어야 할 것이다.

거창사건특별법에 따라 명예회복심의위원회가 피해자를 확정하였으나 실질적인 보상은 시행되지 않았다. 그 후 보상규정을 담은 개정안이 2004년 국회를 통과하였지만 고건 대통령권한대행의 거부권행사로 보상의 기대는 무산되었다. 한편 거창사건 손해배상청구 상고심에서 2008년 대법원은 “지난 51년 12월 중앙고등군법회의가 거창사건 책임자들에 대해 유죄판결을 선고한 시점에는 유족들이 거창사건의 손해와 가해자 및 그 가해행위가 불법행위인 점 등을 모두 알았다고 봄이 상당하다”고 하면서 “그로부터 3년이 도과해 유족들의 손해배상청구권에 관한 단기소멸시효가 완성될 때까지 국가가 원고들의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 했다고 보기 어려울 뿐만 아니라 객관적으로 유족들이 권리행사를 할 수 없는 장애사유가 있었다거나 권리행사를 기대할 수 없는 상당한 사정이 있었다고 단정하기도 어렵다”고 판시하였다.⁴⁹⁾ 그러나 학살부대의 지휘관에 대한 유죄판결을 권리행사의 객관적 장애사유가 존재하지 않은 사정이라고 단정하는 것은 법리적으로 의문스럽다. 대법원은 유죄판결이 아니라 사면조

48) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148, 219, 223, 290, 466, 50, 440, 419(병합).

49) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결. 이 판결 이후에도 지방법원은 국가책임을 인정하는 판결을 하였으나 대법원은 2016.4.18. 대법원 심리불속행기각을 결정하였다. 대법원 판결에 대해서는 이덕연, “거창사건에 대한 대법원판결(2008. 5. 29. 2004다33469) 평석-견벽청야의 군사작전과 법리구성의 구조적 유사점을 주목하며”, 저스티스 제129호, 한국법학원, 2012, 297-329쪽.

치⁵⁰⁾를 주목했어야 했다. 사면은 피해자 권리구제 과정에 대한 부당한 간섭이고 불처벌(impunity)이기 때문이다.

유엔이 창설 이후 처음으로 대규모 연합군대를 투입한 전쟁에서 한국군대가 자국의 민간인을 대량으로 학살하자 비판적인 국제여론이 비등하였다. 이러한 국제여론 때문에 지휘관들에 대한 완전한 면책이 불가능하자 당시 정부는 이들에 대한 형식적 조사와 재판으로 사태를 봉합하였던 것이다. 산청·함양·거창에서 11사단 9연대가 닷새 동안 민간인 1400여명을 학살했음에도 거창지역의 학살만(더구나 719명의 사망자중 150여명에 대한 학살만) 축소기소하고, 사건의 진실규명을 도외시하고 형식적인 조사와 각본에 따른 법정신문을 실시함으로써 군사재판은 진실을 규명하고 책임을 추궁하는 공정한 절차로 작동하지 않았다.⁵¹⁾ 이승만은 여론의 감시가 느슨해지자 1년 만에 책임자를 사면하고 모두 원대 복귀시켰다. 이러한 사면은 불처벌 관행을 확립시킬 뿐이므로 사면을 도외시한 대법원의 시효소멸론은 근거없는 논리이다. 시효는 효과적인 구제관행이 확립되어 있을 때 진행한다. 그런데 효과적인 구제관행은 개별사건의 논리적 구제가능성이 아니라 유사 사건들의 구제실상과 같은 총체적인 맥락을 통해 판단해야 한다. 국가범죄에서 시효계산의 기준점은 피해사실과 가해자의 인지시점이 아니라 효과적인 구제의 확립시점이다. 효과적인 구제관행이 확립된 상황에서는 피해사실과 가해자에 대한 인지시점(진실규명시점)이 결정적인 의미를 갖지만, 그러한 관행이 부재한 경우에는 피해사실과 가해자의 인지사실은 아무런 의미를 갖지 못한다. 한 마디로, 2011년의 울산사건과 문경사건에 대한 대법원의 판결 이전에는 민간인 학살 피해자에 대한 효과적인 구제관행과 구제에 대한 기대는 존재하지 않았다.

효과적인 구제관행의 부재가 시효문제의 핵심이다. 거창사건 유족들은 대한민국 군대가 학살을 자행했다는 점을 학살 당시에도 이미 알고 있었다. 문제는 그들이 가해자를 알고 있었다 하더라도 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수 없었다는 점이다. 사건 이후 유족들은 침묵을 강요받았으며 한국전쟁중 자행된 다른 민간인 학살 희생자 유족회원들도 마찬가지였다. 전국각지의 유족회 회원들은 4.19혁명 공간에서 진상규명을 요구했다

50) 우리 형사법상 사면은 일반사면과 특별사면으로 나뉘고, 모두 유죄판결 이후 집행국면에 관여한다. 이러한 사면은 형집행의 면제를 의미하므로 모두 pardon이며, 이와 달리 형사소추 자체를 면제하는 amnesty는 우리나라 법제도상으로는 존재하지 않는다. 어원적으로는 pardon은 ‘자유로이 풀어준다’는 것을 의미하고, amnesty는 ‘망각한다’는 것을 의미한다. 본문에서는 pardon을 사면으로, amnesty를 대사(大赦)로 번역하였다. 기타 indulgence, clemency, immunity 등도 amnesty나 pardon과 혼용된다.

51) 거창사건의 기소과정과 불처벌에 대해서는 한성훈, 가면권력-한국전쟁과 학살, 후마니타스, 2014, 138-182쪽.

는 이유로 5.16군사반란 이후 <특수범죄처벌에관한특별법(1961)>으로 처벌까지 받았다. 한국사회에서 2005년 진실화해법의 등장 이전에는 집단학살 피해자들을 구제할 수 있는 수단이 아예 존재하지 않았다. 한편, 거창사건특별법은 진실화해법보다 매우 불충분한 초기입법이기 때문에 진실화해위원회의 진실규명결정을 매개로 확립된 해결방식을 간단히 소급적으로(가정법적으로) 활용하여 거창사건 피해자들의 권리를 배제할 수 없다. 오히려 2008년 결정에서 대법원은 거창사건 피해자들의 권리를 진실화해법의 피해회복규정(제36조)⁵²⁾에 따라 선제적으로 인정했어야 옳다. 대법원은 사면과 불처벌 문화(효과적인 구제관행의 부재상태)를 간과하고, 더구나 진실화해법의 취지를 거창사건과 긍정적으로 연결시키지 못한 채 거창사건의 피해자들의 권리를 부당하게 봉쇄한 것이다.

오늘날 국제인도법에서 사면에 대한 논의는 단순하지 않다.⁵³⁾ 국제적십자는 국제범죄의 사면을 국제법 위반으로 규정한다.⁵⁴⁾ 그러나 사면이 절대적으로 금지된 것인지는 의문이다. 국제형사재판소규정도 검사에게 어느 정도 기소재량을 인정하고 있다(제15조, 제53조). 여기에는 대체로 평화적인 정권교체를 촉진한다는 정책적 고려가 반영되었다. <피해자 권리장전>은 사면을 직접적으로 거론하지 않으며, 주아네원칙(원칙 29)과 증보불처벌투쟁원칙(원칙 24)은 내전과 갈등을 겪는 사회에서 평화협정과 국민화해를 위해 조건부 사면을 고려한다. 그 경우에도 사면은 형사처벌의 최소한과 피해자의 권리구제를 수반해야 한다.⁵⁵⁾ 따라서 처음부터 기소면제를 의미하는 대사(amnesty)는 평화를 위한 정의의 포기로서 불처벌에 지나지 않는다. 오늘날에는 화해를 위한 사면이 과연 사회통합에 기여하는지에 대해서도 많은 의문이 제기되고 있을 뿐만 아니라 국제범죄에

52) 제36조(피해 및 명예회복) ① 정부는 규명된 진실에 따라 희생자, 피해자 및 유가족의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.

② 다른 법령에 의하여 제1항의 조치가 시행되고 있는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

53) Ahmed, Anees / Quayle, Merryn, "Can genocide, Crimes against humanity and war crimes be pardoned or amnestied?" *Amicus Curiae*, Issue 79, Institute of Advanced Legal Studies, 2009, pp.15-20; Siasitsa, Ilia Maria / Wierda, Marieke, "Principles 24. Restrictions and Other Measures Relationg to Amnesty", Haldermann, Frank & Unger, Thomas(ed.), *The UN Set of Principles to Combat impunity: A Commentary*, Oxford University Press, 2018, pp.258-269.

54) Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise, 앞의 책, 612쪽 이하.

55) 불처벌투쟁원칙: 원칙 29(사면의 제한) 사면이 평화협정에 이바지하는 조건을 성립시키고 국민적 화해를 촉진시키는 의도가 있을 때는, 다음과 같은 규정을 따른다. (a) 피해자들이 효과적인 구제를 받거나 공정하고 효과적인 결정을 구할 수 없는 한 국제법상 중대범죄자와 총체적이고 조직적인 침해자는 사면에 포함되어서는 안 된다.

대한 사면이 허용될 수 없다는 견해가 점차 우세해지고 있다. 어쨌든 거창사건에서의 군지휘관에 대한 사면은 화합과 평화를 위한 조건부 사면과도 동떨어진 권력집단의 자기사면(self-amnesty)에 불과하다.

사면의 무효화에 대한 단초는 제2차 세계대전후 연합국이 제정한 통제위원회법을 제10호이다. 이 법은 침략범죄, 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄(당시에 집단살해는 인도에 반하는 죄의 일부로 열거되었다) 등에 대해 나치정부가 부여한 사면을 법적으로 무시하였다.⁵⁶⁾ 국제범죄는 강행규범(jus cogens)이므로, 강행규범을 완화시키는 개별국가의 조치는 허용되지 않는다. 이와 같이 국내법상의 사면조치를 무시하고 국제범죄를 기소하여 처벌한 사례는 많다. 캄보디아 특별재판부는 크메르 루주 지도자 이엥 사리가 1996년 캄보디아 국왕으로부터 받은 사면⁵⁷⁾과 관련하여 국제법상 강행법규의 지위를 가진 범죄에 대한 사면은 효력이 없으며, 설혹 사면이 국내법적으로 유효하더라도 국제법정으로서 캄보디아 특별재판부는 거기에 구속되지 않는다고 판단하였다.⁵⁸⁾ 내전을 겪은 나라에서 평화와 정의를 거래하는 상황과 관련해서 2000년 유엔사무총장은 “집단살해죄, 인도에 반하는 죄 또는 국제인도법의 여타 심각한 위반과 같은 국제범죄와 관련해서 사면은 부여될 수 없다”고 하였다.⁵⁹⁾ 유엔인권위원회도 고문범죄자에 대한 사면이 그러한 범죄를 조사하고 관찰지역에서 그러한 행위로부터 자유를 보증하고, 미래에 그러한 행위가 다시 발생하지 않는 것을 확보할 국가의 의무와 양립하지 않는다고 판단하였다.⁶⁰⁾ 고문방지위원회도 고문범죄자에 대한 사면조치가 고문방지협약과 양립하지 않으며 불처벌을 조장한다고 지적한다.⁶¹⁾ 푸룬드지자 결정에서 구유고전법재판소도 강행규범의

56) “앞에 규정된 범죄(침략범죄, 전쟁범죄, 인도에 반하는 범죄, 범죄조직관련죄 : 필자해설)에 대한 소추절차 또는 공판절차에서 피고인은 1933년 1월 30일부터 1945년 7월 1일 사이에 시효가 완성되었더라도 시효를 원용할 수 없다. 마찬가지로 나치체제가 부여한 면제(immunity), 사면(pardon), 대사(amnesty)는 유죄판결과 처벌을 방해하지 않는다(제2조 제5항).

57) 이엥 사리는 1974-1978년 집권한 크메르 루즈의 지도자였는데, 베트남의 개입으로 이 정권이 붕괴한 1978년에 밀림에 숨어서 크메르 루주 망명정부를 이끌었다. 그는 1979년 권석재판으로 프놈펜에 설치된 혁명재판소에서 이미 유죄판결을 받았으며, 그 후 크메르 정부는 1994년 크메르루즈처벌법을 제정하였다. 그는 1996년 국왕으로부터 사면과 대사를 받았다. 사면(pardon)은 1979년에 내려진 유죄판결에 대한 것이고, 대사(amnesty)는 1994년 크메르루즈처벌법에 입각한 소추 위협에 대한 것이다.

58) Co-Prosecutors v. IENG Sary, Case File/Dossier No. 002/19-09-2007/ECCC/TC(3 Nov. 2011), para.5.

59) United Nations Secretary-General, Report of the Secretary-General on the Establishment of Special Court for Sierra Leone, Un Doc/s/2000/915, October 4, 2000, 22쪽.

60) UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, para. 15.

61) UN Committee Against Torture (CAT), General comment no. 3, 2012 : Convention against Torture and Other

지위를 가진 범죄에 대해 사면을 부여하는 조약이나 관습적 규칙들은 무효라고 판단하였다.⁶²⁾ 미주인권법원은 바리오스 알토스 사건에서 인권침해자들의 형사책임을 면제해준 페루의 사면법과 관련해서 “사면 규정과 시효규정, 그리고 책임을 제거하려는 조치들은 고문, 초사법적·약식 또는 자의적 처형, 강제실종과 같은 심각한 인권침해행위에 대해 책임 있는 사람들의 조사와 처벌을 막으려는 것이기 때문에 허용되지 않으며, 또한 국제 인권법에 의해 인정된 절대적인 권리를 침해하기 때문에 금지된다”고 판단하였다.⁶³⁾

라틴 아메리카 국가에서는 중대한 인권범죄에 대한 사면을 무효화한 사례들이 존재한다. 칠레의 독재자 피노체트는 사면법, 헌법조항, 의원면책특권 등을 방패삼아 자신의 처벌을 면하고자 시도하였으나 2000년 산티아고 항소법원은 그의 면책특권을 박탈하고 기소하였다. 건강상의 이유로 재판이 중단되었고 2006년 피노체트가 사망함으로써 이 재판은 종결되었다. 아르헨티나의 상황은 더욱 극적이다. 민주화 이후 국면에서 과거 심각한 인권침해를 청산하려던 급진파 알폰신의 뒤를 이어 집권한 신자유주의자 카를로스 메넴 대통령은 더러운 전쟁에 참여한 군인들에게 사면을 부여하는 정당한 복종법(Obediencia Debida(1989))과 최종해결법(Punto Final(1990))을 도입하였다. 그러나 상원은 2004년 이 법들을 폐지하였고, 아르헨티나 항소법원(최고형사법원)은 전쟁범죄에 대한 사면을 위헌이라고 선언하였다. 2015년 아르헨티나 상원은 국제형사재판소규정상의 인도에 반하는 죄, 집단살해죄, 전쟁범죄에 대해 대사(amnesty), 사면(pardon), 감형(commutation)을 금지하는 법을 통과시켰다.⁶⁴⁾

국제범죄에 대한 사면은 범죄에 대한 불처벌 문화를 조장한다. 한국전쟁기에 민간인 학살에 관련한 군지휘관을 처벌한 관행은 확립되지 않았으며, 거의 유일하게 처벌한 사례라고 할 만한 거창사건에서 학살책임자에 대한 대통령의 사면조치는 오히려 군사작전상 필요하다면 민간인을 살상해도 좋다는 학살면허장으로 인식되었다. 2008년 대법원이 사면이 불처벌의 지속이라는 국제인도법적 통찰을 도외시키고 유죄판결을 배상청구권의 봉쇄근거으로 착안한 점은 매우 의문스러운 법리구성이다. 국제인도법의 차원에서

Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: implementation of article 14 by States parties, 13 December 2012, para. 41(이하에서는 CAT General Comment no. 3).

62) The Prosecutor v. Anto Furundzija, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-17/1-T, Judgement(Trial Chamber, 10 December 1998), para. 155.

63) Case of Barrios Altos v. Peru, IACtHR, Judgment of March 14, 2001, para. 41. 미주인권법원은 사면을 일관되게 금지한다. Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal* Vol.12, GBR, 2011, 1203-1299쪽.

64) Ley 27156 Prohibición de Indultos, Amnistía y Conmutación de Penas en Delitos de Lesa Humanidad(2015).

는 5.18 광주학살 책임자인 전두환에 대해 이루어진 사면도 인도에 반하는 죄에 따른 기소와 처벌을 방해하지 못한다고 보아야 한다.

III. 피해자 권리장전

1. 피해자의 권리

<피해자 권리장전>은 유엔총회가 채택한 정치적 문서로서 연성법⁶⁵⁾에 해당한다. 국제법의 영역에서 경성법(hard law)-연성법(soft law) 이분법에 따르면,⁶⁶⁾ 경성법은 그 자체로 구속력을 갖는 국제법이지만 연성법은 구속력을 갖지 않는 정치사회적 문서이다. 그러나 이러한 이분법에 따라 연성법을 판단한다면 국제법의 전개에서 연성법의 의미를 제대로 파악할 수 있을지 의문이다. 형식과 실체를 구분하면서 피해자 권리장전에 접근하는 것이 필요하다.⁶⁷⁾ <피해자 권리장전>은 그 자체로 경성법처럼 형식적인 구속력을 갖지 않지만 실체적 측면에서 그 구속력을 논의할 수 있다. <피해자 권리장전>은 새로운 문제 상황에 새로운 규범에 대한 시험적 제안이 아니라 기존의 국제법상의 의무나 국가관행의 조문화이기 때문이다.⁶⁸⁾

셀튼은 연성법의 기능을 여덟 가지로 제시한다. 연성법은 ① 문서를 통해 더욱 정확하게 기존의 국제관습법을 법전화하고, ② 규범의 발전을 수용하는 국가관행을 거의 갖지 못한 국가를 설득하고 반대자들의 견해를 극복하면서 개별적인 규범으로의 경향을 결정

65) Bassiouni, Mahmoud Cherif, 앞의 책(주 17), 279쪽.

66) Weil, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law* Vol.77, American Society of International Law, 1983, 413-442쪽.

67) 프론토는 형식(form)-실체(substance)의 구분과 경성(hard)-연성(soft)의 구분을 조합하여 네 가지 규범양상, ① 형식과 실체에서 경성(hard-hard: 조약법상의 구속적 규정), ② 형식과 실체에서 연성(soft-soft: 새로운 문제에 대해 새로운 제안을 담은 비조약법문서), ③ 형식에서 경성이되 실체에서 연성(hard-soft: 조약법상 임의적 허용적 규정), ④ 형식에서 연성이되 실체에서 경성(soft-hard: 국제법상 구속적인 규정을 담은 비조약문서)을 제시한다. 국제법이사회가 작성한 <국가책임법초안>이나 국제적십자가 작성한 <관습국제인도법>은 네번째 소프트-하드 유형에 해당한다. Pronto, Arnold N., “Understanding the Hard/Soft Distinction in International law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol.48, Vanderbilt University, 2015, 941-956쪽.

68) “여기에 포함된 기본원칙과 지침은 국제법상 또는 국내법상 새로운(new) 의무들을 제시한 것이 아니라, …… 국제인권법 및 국제인도법상 기존의(existing) 법의무의 이행을 위한 기제, 양태, 방법 및 절차를 확인한 것임을 강조하며…” Preamble para.7.

(結晶)하며, ③ 새로운 국제관습법의 형성을 선도하고 조력하며, ④ 새로운 문제에 관한 행동필요를 둘러싼 정치적 견해를 강화하고, ⑤ 현행조약들의 흠결을 보충하고, ⑥ 조약 해석에 활용할 수 있는 후속적인 국가관행을 형성하고, ⑦ 국제적 의무가 없더라도 국내법을 위한 지침과 모델을 제공하고, ⑧ 형식적 조약을 완비하는 데에 많은 시간이나 비용이 소요되는 경우 법적 의무를 대체하는 역할을 수행한다.⁶⁹⁾ 이러한 다양한 기능과 관련하여 <피해자 권리장전>은 국제관습법의 측면(①-③)에서 주목할 필요가 있다. <피해자 권리장전>은 국제관습법, 각종 조약, 국가관행에 산재한 법적 의무들을 조문화하고 구체적 정확성을 추구한 정치적 문서이기 때문이다. <피해자 권리장전>은 현재로서도 상당수 규정은 기존의 국제관습법을 표현하고 있으며, 그 밖의 세세한 규정들은 아직은 국제관습법의 지위를 얻지 못했다고 하더라도 국제적·국내적 관행을 선도하거나 형성함으로써 세계인권선언처럼 향후에 피해자 권리에 관한 국제관습법으로 발전할 수도 있다.

피해자가 누구인지 문제된다. 진실화해법 제36조는 ‘희생자, 피해자 및 유족’을 병렬 시킴으로써 관행상 사망자를 희생자로, 기타 인권침해를 당한 사람을 피해자로 분류한다. <피해자 권리장전>은 이들을 포괄해서 ‘피해자(victims)’로 칭한다. 즉 직접적인 피해를 당한 사람, 그의 직계가족, 피부양자, 경우에 따라 피해자를 돕거나 피해를 방지하기 위해 활동하다가 제2차적인 피해를 입은 사람까지도 피해자로 규정한다.⁷⁰⁾ 1985년 <권력범죄와 남용의 피해자를 위한 정의의 기본원칙 선언>은 국내범죄의 피해에 초점을 맞추었지만, 2006년 <피해자 권리장전>은 국제인권법과 국제인도법 위반으로서 국제범죄의 피해자 구제에 초점을 맞추었다. <피해자 권리장전>은 피해자 권리의 근거를 국제인권법과 국제인도법에서 찾는다.⁷¹⁾

69) Shelton, Dinah L., “Soft Law”, GW Law Faculty Publications & Other Works, <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications>, 검색일: 2018.10.31.

70) <피해자 권리장전>은 피해자(victim)를 다음과 같이 정의한다(제8조).

“이 문서의 취지상 피해자는 국제인권법의 총체적 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 해당하는 작위 또는 부작위로 인하여 신체적 또는 정신적 피해, 감정적 고통, 경제적 손실, 근본적 권리의 실질적인 침해를 포함하여 개인적으로 또는 집단적으로 피해를 당한 사람이다. 필요한 경우 그리고 국내법에 따라 피해자는 직접적인 피해자의 직계가족과 피부양자 그리고 피해자를 돕거나 피해를 방지하기 위해 개입하면서 피해를 입은 사람도 포함한다.”

71) 권리장전은 전문에서 세계인권선언 제8조(효과적인 구제권), 자유권규약 제2조(국가의 권리준중 및 구제의 의무), 인종차별철폐협약 제6조(효과적인 구제권), 고문방지협약 제14조(효과적인 구제권), 아동권리협약 제39조(국가의 구제조치 의무), 1907년 헤이그협약 제3조(손해배상책임), 1949년 제네바협약 1977년 제1추가정의서 제91조(손해배상책임), 국제형사재판소규정 제68조(피해자의 보호와 절차 참여) 및 제75조(피해배상),

<피해자 권리장전>은 재판받을 권리(right to justice), 손해배상의 권리(right to reparation), 진실을 알권리(right to know)를 피해자 권리의 세 축으로 제시한다. <인권침해자의 불처벌에 대한 투쟁을 통해 인권을 보호하고 신장하기 위한 일련의 원칙(1994)>과 <중보불처벌투쟁원칙(2005)>도 마찬가지로 세 권리를 제시한다. <국가책임법초안(2001)>도 <피해자 권리장전>과 유사한 국가책임의 이행수단을 개괄적으로 제시한다. 이러한 세 가지는 각기 독립적으로 작동하는 권리가 아니라 피해구제를 위해 상호 연관된 권리들이다. <중보불처벌투쟁원칙>은 진실에 대한 권리 아래 진실규명과 조사위원회의 구성에 대한 세밀한 원칙을 특징적으로 제시한다. <피해자 권리장전>은 주로 비형사적 민사적 구제에 초점을 맞추고 있지만, 그렇다고 중대한 인권침해행위자에 대한 형사처벌을 간과하지는 않는다. <피해자 권리장전>은 국제인도법 위반 사태뿐만 아니라 재난참사의 피해자들에 대해서도 권리 담론으로서 가치를 보유한다.⁷²⁾ <피해자 권리장전>은 국제인도법의 영역에 피해자중심적 시각(victim-centric perspective)⁷³⁾을 도입한 것으로 평가받지만 피해자의 구제를 위한 방편에 그치지 않는다. <피해자 권리장전>은 종래 개인주의적 배보상을 넘어 민주사회의 구성이라는 원대한 야망까지도 포섭하고 있기 때문이다. 이제 피해자의 권리를 진실에 대한 권리, 재판받을 권리, 손해배상의 권리로 구분하여 <피해자 권리장전>의 큰 틀을 논의해 보겠다.

2. 진실에 대한 권리

<피해자 권리장전>에 따르면, 피해자들과 그 대표들은 피해를 야기하였던 원인들 그리고 국제인권법의 총체적 위반 및 국제인도법의 심각한 위반과 관련된 원인들과 조건들에 관한 정보를 추구하고 획득하고, 또한 그러한 위반행위들과 관련된 진실을 알 권리를 보유한다(제24조 제2문). 국가에게는 국제법상 범죄를 구성하는 국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반을 조사할 의무가 있다(제4조 제1문). <피해자 권리장전>은 사실의 검증과 진실의 완전한 공개(제22조 제2항), 실종자의 소재, 납치된 아동들의 신원, 사망자 유해의 수색, 유해의 발견, 신원확인(제22조 제3항)을 만족

아프리카 인권헌장 제7조(사법적 구제권), 미주인권협약 제25조(사법적 구제권), 유럽인권협약 제13조(효과적인 구제권)를 피해자 권리의 배경으로 제시한다. Preamble para.1.-2.

72) 오늘날 피해자의 권리는 각국의 형사법체계에서 광범위하게 제도화되었다. 이재승, “세월호 참사와 피해자의 인권”, 민주법학 제60호, 민주주의법학연구회, 2016, 145-179쪽.

73) Bassiouni, Mahmoud Cherif, 앞의 논문, p.204.

(satisfaction)의 방편으로 거론한다. 국제인권법과 국제인도법 연수와 모든 수준의 교육자료에 자행된 위반행위에 대한 정확한 설명을 포함하도록 함으로써 진실에 대한 권리를 진실을 기억할 사회의 책무로 전환한다(제22조 제8항). 고문방지위원회는 이와 같은 진실에 대한 권리와 만족을 중첩시킨다.⁷⁴⁾ 즉 진실과 손해배상은 대체관계가 아니라 진실 자체가 손해배상의 관건적인 요소로 간주된다.⁷⁵⁾ 진실에 대한 권리는 제네바협정 제1추가의정서(1977) 제32조⁷⁶⁾뿐만 아니라 유엔문서에도 등장한다.⁷⁷⁾ <강제실종협약>은 전문에서 “강제실종의 상황과 실종자의 운명에 관한 진실에 대하여 피해자의 알 권리”를 명시하고 있다. 미주인권법원이나 유럽인권법원은 강제실종을 계속범으로 간주함으로써 국가의 진실규명의무를 지속적으로 요구한다.⁷⁸⁾ <중보불처벌투쟁원칙>은 피해자와 그 가족에게 인권침해 발생상황뿐만 아니라 사망자 또는 실종자의 운명에 관한 진실에 대해 시효불허의 알 권리(the imprescriptible right to know the truth)를 인정한다(제2원칙). 진실에 대한 권리는 절대적인 권리라고 할 수 있다.

진실에 대한 실종자 가족의 권리는 미주인권법원에 의해서 선구적으로 수립되었다.⁷⁹⁾ 미주인권법원은 취재중 실종된 언론인 니콜라스 블레이크의 가족이 과테말라 정부에게 진실규명을 요구할 권리를 보유하고있는지를 검토하면서 정부에 의한 강제실종과 정부의 조사불이행이 미주인권협약 제1조 제1항(권리존중의무)과 연관된 가족의 인도적 처우를 받을 권리(제5조)를 침해한다고 판단하였다.⁸⁰⁾ 같은 취지로 미주인권법원은 아동의 강

74) CAT General Comment no. 3, para. 16, 17.

75) 한국의 군당국은 관행적으로 군내자살처리자의 유족에게 5백만의 위로금을 지급할 뿐 어떠한 추가적인 예우조치도 취하지 않았다. 이에 분노한 유족들이 투쟁을 통해 <보훈보상대상자지원에관한법률(2018)>을 탄생시켰고, 이에 따라 자살로 처리된 군인의 유족들은 유공자연금보다 감액된 보훈보상금을 받게 되었다. 이제 군당국이 보훈보상금의 지급을 이유로 진실규명 자체를 등한시하고 군인의 죽음을 경제적으로 처리할 것을 우려하여 유족들은 다시 사망의 진실을 끝까지 규명할 것을 요구하여 <군사망사고진상규명등에관한특별법(2018)>이 동시에 제정되었다. 이 법에 따라 2018년 하반기에 ‘군사망사고진상규명위원회’가 발족하게 되었다.

76) 제32조(일반원칙): 본장(실종자 및 사망자)의 시행에 있어 체약당사국, 충돌당사국과 제협약과 본 의정서에 언급된 국제적 인도주의기구들의 활동은 주로 친척들의 운명을 알고자 하는 가족의 권리에 의해 촉진되어야 한다.

77) Promotion and Protection of Human Rights. Study on the right to the truth. Report of the office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91(2 February 2006).

78) Omacheca, Pablo A., “Moiwana Village: The Inter-American Court and the “Continuing Violation” Doctrine”, *Harvard Human Rights Journal Vol.19*, Harvard Law School, 2006, pp.283 이하; CASE OF VARNAVA AND OTHERS v. TURKEY, ECtHR, Grand Chamber(18 September 2009) (Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90) para. 148.

79) Groome, Dermot, “The Right to Truth in the Fight against Impunity”, *Berkeley Journal of International Law Vol. 29*, University of California, Berkeley, Law School, 2011, p.175 이하.

제실종은 미주인권협약 제1조 제1항(권리존중의무)과 연관된 어머니들의 인도적 처우를 받을 권리(제5조)를 침해한다고 판단하였다.⁸¹⁾ 블랑코-로메로 사건에서는 이와 달리 가족의 진실에 대한 권리를 인정하면서도 이 권리가 피해자와 그 친척들의 재판받을 권리(제8조)에 포함된다고 보았다.⁸²⁾ 한편, 유럽인권법원은 사이프러스 대 터키 사건에서 1974년 여름 사이프러스 북부에서 군사작전 중인 터키 군부대의 구금시설에서 목격된 것을 마지막으로 실종된 사람의 행방을 터키 정부가 설명하지 못하는 것은 비인도적 또는 굴욕적 처우의 금지(유럽인권협약 제3조)에 관한 가족의 권리의 지속적인 침해라고 판단하였다.⁸³⁾ 진실에 대한 권리의 근거규정을 무엇으로 볼 것인지에 대해서는 결정간의 차이가 존재하지만 인권협약의 ‘비인도적 또는 굴욕적 처우금지’나 ‘재판받을 권리’ 등으로부터 진실에 대한 권리를 추론하였다.

다음으로 진실에 대한 권리의 주체가 실종자의 가족과 친지에 국한되는지가 문제된다. 피해자와 가족이 그 권리의 주체라는 점은 의문의 여지가 없다. 그런데 최근에 이르러 진실에 대한 권리가 피해자의 개인적이고 주관적 권리를 넘어 사회의 객관적 요구로 발전하였다. 바마카-벨라스케스 대 과테말라 사건에서 미주인권위원회는 진실에 대한 권리를 가족구성원 뿐만 아니라 전체로서 사회도 보유하고 있다고 보고, 진실에 대한 권리의 집단적 성격을 민주체제의 발전에 필수적인 정보에 대한 사회의 접근권으로 규정하였지만 미주인권법원은 같은 사건에서 권리의 집단적 측면에 대해 소극적인 태도를 취했다.⁸⁴⁾ 그 후 2009년 도스 에레스 학살 사건에서 미주인권법원은 종래의 태도를 변경하여 중대한 인권침해사건에 대한 진실은 민주사회에 반드시 알려져야 한다면서 이 권리의 집단적 차원을 주목하였다.⁸⁵⁾ 이와 같이 진실에 대한 권리는 실종자들의 가족친지들 또는 피해자들의 권리에 그치지 않고 사회전체의 권리로 상승하였다. <증보불처벌투쟁원칙>은 진실에 대한 권리의 이와 같은 객관적 측면에 주목하여 희생자와 유족의 진실을 알 권리(제4원칙)를 넘어서 국민의 진실에 대한 불가양의 권리(제2원칙)와 기억을 보존할 국가의 의무(제3원칙)까지 규정하고 있다. 대규모 인권침해와 관련해서 이미 세계각국이 다양한 진실위원회, 진실화해위원회, 강제실종조사위원회 등을 설치함으로써 진실

80) Blake v. Guatemala Case, IACtHR(24 Jan. 1998).

81) Case of the “Street Children” (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala, IACtHR(19 November 1999).

82) Blanco-Romero v. Venezuela, IACtHR(28 Nov. 2005).

83) Cyprus v. Turkey, 25781/94, Council of Europe: European Court of Human Rights(10 May 2001).

84) Bámaca-Velásquez v. Guatemala, IACtHR(Nov. 25, 2000).

85) Las Los Erres Massacre v. Guatemala, IACtHR((24 Nov. 2009).

에 대한 권리를 실효적으로 보장해왔다.⁸⁶⁾ 한국의 진실화해위원회나 의문사진상규명위원회, 군의문사진상규명위원회도 진실에 대한 권리의 보장방안이었다고 볼 수 있다.

한국헌법뿐만 아니라 한국정부가 가입한 자유권규약도 앞서 미주인권법원이나 유럽인권법원이 근거로 삼는 인권협약상의 권리와 동일한 권리조항을 포함하고 있기 때문에 국가폭력의 피해자들은 같은 권리조항에 기초하여 진실에 대한 권리를 입론할 수 있다. 진실에 대한 권리를 매개로 최소한 국가 책임범위 안에서 자행된 실종, 사망, 피해에 대해 피해자들은 진실규명을 요구할 권리를 확보한다. 진실에 대한 권리가 시효로 소멸하지 않는다는 <증보불처벌투쟁원칙>상의 제2원칙은 현행 국가재정법 제96조의 반대해석에 의해서도 추론할 수 있다. 국가재정법상 소멸시효는 금전지급을 목적으로 하는 채권·채무에 한정되므로 진실에 대한 권리와 의무는 시효에 걸리지 않는다(제96조). 피해자와 유족은 투쟁원칙, 정보공개법, 헌법상의 재판청구권 및 국민보호의무에 기초하여 진실에 대한 권리를 주장할 수 있다. 거창사건과 관련해서는 다양한 수준에서 진실이 공개되어 왔지만 여전히 종합적인 정부보고서가 발간되지도 않았으며, 나아가 규명된 진실에 부합하는 구제조치는 전혀 시행되지 않았다.

3. 재판받을 권리

재판받을 권리는 좁은 의미의 법원에서 재판받을 권리뿐만 인권침해를 해결하기 위한 다양한 입법적 절차적 수단까지 포함한다. 앞서 논의한 바와 같이 진실에 대한 권리도 재판받을 권리에서 추론된다. <피해자 권리장전>에 따르면, 중대한 인권침해행위의 피해자는 국내법상 권리구제절차뿐만 아니라 국제법상의 사법적 구제절차에 대해서도 권리를 보유한다. 국제인권법의 총체적 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 대한 적절하고, 효과적이고, 즉각적인 구제는 피해자가 당사자적격을 갖는 모든 이용가능한 적절한 국제적 절차를 포함하며, 이러한 국제적인 절차는 국내법상의 구제를 방해하지 않는다(제14조). <피해자 권리장전>은 인권침해와 관련을 가진 국가에 대해 피해자들이 재판받을 권리를 향유하고 행사할 수 있도록 일련의 조치를 요구한다(제12조).

① 공적, 사적인 장치를 통해 국제인권법의 총체적 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 대한 이용가능한 모든 구제조치들에 관한 정보를 전파할 것, ② 피해자의 이익에

86) 세계각국의 조사위원회의 현황에 대해서는 프리실라 B. 헤이너 지음, 주혜경 옮김, 안병욱 해제, 국가폭력과 세계의 진실위원회, 역사비평사, 2008, 77-137쪽.

영향을 미치는 사법적, 행정적, 여타 절차의 개시전, 진행중, 종료후에도 피해자와 그 대표자들의 불편을 최소화하고, 그들의 사생활에 대한 불법적인 간섭으로부터 적절히 보호하고, 복수와 위협으로부터 그들의 안전을 확보하고, 피해자의 가족과 증인들의 안전도 확보하는 조치를 취할 것, ③ 재판에 대한 접근을 추구하는 피해자에 적절한 지원을 제공할 것, ④ 피해자가 국제인권법의 총체적 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 대한 구제조치에 대한 권리를 행사할 수 있도록 필요한 모든 법적, 외교적, 영사적 수단을 이용할 수 있게 할 것.

위의 마지막 항은 한일국교정상화 이후 한국정부가 식민지 범죄에 대해 일본정부의 책임을 추궁하는 데에 소홀히 한 사태에도 적용할 수 있다. 실제로 일본군 성노예 피해자와 관련해 일본정부의 책임을 추궁하기 위해 ‘외교적 보호권’을 적절하게 행사하지 않고 방치한 상황에 대해 헌법재판소가 부작위위헌판결⁸⁷⁾을 내렸다. 한국 정부가 자국의 민간인 학살 피해자들에 대해 구제조치를 취하지 않는 현재 상태에 대해서도 동일한 부작위위헌결정을 내릴 수 있을 것이다. 재판받을 권리는 피해자들의 재판청구권 행사를 국가가 지원하는 문제로 그치지 않으며, 피해자들의 청구권을 실현하는 배상법제와 프로그램을 실제로 확보하는 것을 전제한다(제13조). 진실화해위원회의 진실규명결정에 입각한 울산 보도연맹원 학살사건과 문경 민간인 학살사건에 대한 배상판결 이후 여타 배상청구를 봉쇄하고자 제소기간을 단축한 대법원 전원합의체 판결은 그런 점에서 재판받을 권리를 다시 침해한 것이다.⁸⁸⁾ 소멸시효의 법리로 피해구제를 외면하는 사법구도 아래서 피해보상을 받을 수 있는 방편은 없기 때문이다.

재판받을 권리는 가해자와 책임자에 대한 처벌을 전제한다. 국가는 국제인도법의 위반행위나 심각한 인권침해 행위를 조사하고 책임자를 기소하고 처벌해야 한다(제3조, 제4조). 그러나 거창사건과 관련해서는 유죄판결을 받은 학살책임자들을 사면함으로써 피해자들의 재판받을 권리를 형해화하였다. <피해자 권리장전>은 적용가능한 조약에 규정되어 있거나 여타 국제법적 의무로 정해진 때에는 국제범죄를 구성하는 국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반에 대해 시효규정을 배제한다(제6조). 한편 <피해자 권리장전>은 이러한 심각한 범죄에 이르지 않은 행위와 관련해서는 시효제도를 정상적으로 승인한다(제7조). <피해자 권리장전>상의 시효규정은 시효에 관한 국제관습법의 명문화라고 볼 수 있다. 재판받을 권리는 비단 가해자의 처벌과 피해자의 배상청구

87) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정.

88) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 판결(진도 보도연맹원 학살사건).

권의 실현에 국한되지 않는다. 과거의 부당한 판결에 대해서 재심이나 특별법에 의해 명예도 회복시켜 주어야 한다(제22조 제4항).

4. 손해배상의 권리

오늘날 국제조약은 국제범죄의 피해자를 위하여 실질적으로 피해자에 대한 배상규정을 도입한다. 국제형사재판소규정은 피해자에 대한 손해배상으로서 원상회복, 금전배상, 재활조치를 예정하고 있으며 손해배상을 위해 신탁기금(Trust Fund)을 규정한다(제75조). 국제인도법에서 민사책임과 형사책임의 경계선이 다시 완화된다는 양상이다.⁸⁹⁾ 최근에 작성된 <인도에반한죄처벌협약초안>도 동일한 방향성을 보여준다. 고문방지위원회도 고문방지협약 제14조에 대한 일반논평 제3호(2012년 11월 19일)에서 고문피해자를 위한 유엔기금의 역할을 강조한다.⁹⁰⁾ <피해자 권리장전>은 국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반의 피해자에 대한 손해배상의 수단으로 원상회복(restitution), 금전배상(compensation), 재활(rehabilitation), 만족(satisfaction), 재발방지의 보증(guarantee of non-repetition)을 제시한다. 이러한 다섯 가지 유형은 오늘날 국제인도법상의 인권피해자를 구제하는 일반적 구분으로 볼 수 있으며, 고문방지위원회도 이러한 다섯 범주를 사용한다. <인권침해자의 불처벌에 대한 투쟁을 통해 인권을 보호하고 신장하기 위한 일련의 원칙(1994)>은 구체적인 내용에서는 <피해자 권리장전>과 대동소이하며 만족 대신에 도덕적인 집단적 원상회복을 위한 상징적 조치(원칙 33)를 규정하고, 재발방지보증과 관련해서는 개별사안별로 구체적인 해결방법을 제시한다(원칙 45-50). <인도에 반하는 죄 처벌협약초안>은 피해자 권리장전과 유사하게 원상회복, 금전배상, 재활, 만족(명예회복), 재발방지조치를 제시한다(제8조 제5항). <국가책임법초안>은 침해행위중단, 원상회복, 금전배상, 만족을 담고 있다. 유엔의 보고서들은 만족과 재발방지의 보증을 하나의 범주로 묶어서 서술하기도 한다. 만족과 재발방지의 보증은 피해자의 관점에서는 다소 간접적인 수단으로 보이지만 구조개혁을 추구한다는 점에서 미래세대와 공동체에게는 더욱 중요한 의미를 지닌다. 이러한 다섯 가지 손해배상 수단은 앞서 언급한 피해자 권리를 총괄하며, 나아가 국가폭력과 무력충돌을 겪은 사회의 개혁 열망을 반영한다.

89) 국제형사재판소에서 피해자 권리의 인정에 대해서는 Funk, T. Markus, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2010, p.79 이하.

90) CAT General Comment no. 3, para. 44.

4.1 원상회복

원상회복이 가능한 인권침해에 대해서는 피해자를 국제인권법의 총체적 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반이 발생하기 이전 상황으로 회복시켜주어야 한다. 상황에 따라 원상회복은 자유의 회복, 인권·정체성·가정생활·시민권의 향유, 원래 거주지로 귀환, 고용회복, 재산의 반환을 의미한다(제19조). 이러한 수단들은 부당한 구금, 유죄판결, 정체성에 입각한 자유제한이나 박해, 강제이주, 해고, 취업제한, 연좌제, 재산강탈 등에 대한 해법이다. 이러한 침해는 일시적이거나 제한적이어서 원상회복이 가능하지만 거창사건과 같은 민간인 학살에 대해서는 원상회복이 애초부터 불가능하므로 다른 수단들을 강구해야 한다. 물론 한국의 과거청산과정에서 전시에 적법한 공격에 따른 부수적인 피해뿐만 아니라 전벽청야와 같은 범죄적 재산파괴도 고려되지 않았다.

4.2 금전배상

원상회복이 불가능할 때에는 금전배상을 시행하는 것이 일반적인 법원칙이다. 거창사건에서 손해배상의 권리는 주로 금전배상의 형태를 취할 수밖에 없다. <피해자 권리장전>은 국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반으로부터 야기된 경제적으로 환산가능한 손해에 대해 침해의 중대성과 각 사건의 상황을 감안하여 적합하고 비례적인 범위 안에서 금전배상을 제공해야 한다고 말한다. 배상액을 정할 때 다음과 같은 항목들을 고려해야 한다(제20조). ① 신체적 또는 정신적 장애, ② 고용, 교육 및 사회적 편익 등 기회의 상실, ③ 물질적인 손해와 잠재적 소득 상실을 포함한 소득의 상실, ④ 정신적 고통, ⑤ 법적 원조 또는 전문가 원조, 약과 의료 서비스, 심리적 사회적 서비스에 소요된 비용. 이러한 항목들은 민법상 불법행위의 손해산정에서 통상 고려되는 요소들이다.

<피해자 권리장전>은 통상적인 손해배상에서 고려해야할 항목들을 거의 망라하고 있다. 실제로 거창사건의 희생자 유족들이 겪은 독자적인 피해들도 고려해야 한다. 예컨대, 거창사건 이후 유족들이 겪은 연좌제의 피해나 정치적 박해는 그 자체로 유족에 대한 인도에 반하는 죄로서 독자적인 손해배상요소들이다. 그러나 민간인 학살사건의 배상판결들은 앞서 예시한 손해배상요소들을 일일이 고려하기보다는 사망사건의 위자료산정에서 경찰제 판결을 관례화하였다.⁹¹⁾ 향후에 제정될 특별배상법도 이러한 일률적

인 위자료 책정방식을 따르게 될 공산이 크다.

4.3 재활조치

<피해자 권리장전>의 재활조치는 의료적·심리학적 보살핌뿐만 아니라 법률적·사회적 서비스를 포함한다(제21조). 오늘날 국가폭력 피해자의 트라우마 극복과 치유가 새로운 보상수단으로 부상하였다. 한국에서도 <세월호참사피해구제법>은 트라우마 센터를 도입하였고, 제주4.3사건법의 개정안도 트라우마 센터와 공동체회복프로그램을 규정하고 있다. <피해자 권리장전>이 ‘재활조치’에 대해 소략하게 규정하고 있기 때문에 다른 인권조약들을 통해 그 의미를 보충할 필요가 있다. <피해자 권리장전>에 앞서 이미 고문방지협약은 고문피해자의 권리구제수단으로서 재활조치를 주목하였다(제14조).⁹²⁾ 고문방지위원회는 일반논평 제3호에서 재활조치를 비교적 상세하게 논의한다. 고문방지위원회에 따르면, 재활조치는 피해자들의 독립성과 신체적, 정신적, 사회적, 직업적 능력을 가능한 한 최대한으로 회복시키고, 피해자들을 사회에 완전히 통합시키고 참여할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다. 재활조치의 방식도 다양하다. <고문 및 기타 잔인하고 비인도적이거나 굴욕적인 처우 및 처벌에 관한 효과적인 조사와 기록에 관한 지침서(이stanbul 의정서)>에 근거하여 재활조치는 개인의 치료 및 다른 필요에 대한 판단과 평가에 대한 절차뿐만 아니라 의학적·신체적·심리적 재활 서비스와 같은 넓은 범위의 학제간 방법도 포함한다. 나아가 재통합적이고 사회적인 서비스, 공동체 및 가족을 지향하는 지원 및 서비스, 직업 훈련과 교육 등을 포함한다. 또한 피해자들의 역량강화를 고려하면서 총체적으로 접근하는 것이 재활에서 가장 중요하다고 평가한다. 피해자들은 재외상을 경험할 위험에 있으며, 피해자들이 견뎌냈던 고문 및 부당한 처우를 상기시키는 행동에 두려움을 가지므로 자신감과 신뢰 속에서 피해자들에게 지원을 제공하는 것이 매우 중요하다.⁹³⁾ 한마디로 재활조치는 심리적·의료적·신체적 차원뿐만 아니라 사회적·공동체적 차원, 나아가 교육과 직업훈련의 차원에서 개인의 회복과

91) 정찰제 위자료 산정은 희생자본인 8천만원, 생존 배우자 4천만원, 부모 4천만원, 희생자 자녀(1인당) 8백만원, 형제자매(1인당) 4백만원을 지급하는 방식이다.

92) 제14조 ① 당사국은 자기 나라의 법체계 안에서 고문행위의 피해자가 구제를 받고, 또한 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장한다. 고문행위의 결과로 피해자가 사망한 경우, 피해자의 부양가족이 배상받을 권리를 가진다.

93) CAT General Comment no. 3 para.11-15; Human rights Council, Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: rehabilitation of torture victims, A/HRC/22/L.11/Rev.1(19 March 2013).

역량강화를 의미한다. 비록 오래 전의 사건이라고 하더라도 거창사건의 생존자들과 후손들의 트라우마, 심리적 무력화와 사회적 직업적 무력화에 대한 조사와 그 결과에 따른 대응하는 재할조치가 필요하다.

4.4 만족과 재발방지의 보증

중대한 인권침해행위자에 대한 효과적인 제재와 처벌이 결여된 사회에서 과거청산은 대체로 피해자의 명예회복과 소액의 보상금지급으로 위축된다. 금전배상이 피해자에 대한 물질적 손해배상이라면, 만족은 정신적 명예회복을 지향한다. 한국의 과거청산은 피해배상을 배제한 채 희생자인정, 묘역과 기념관 조성, 간헐적 헌사(국가원수의 사과)와 같은 상투적인 수단들을 과도하게 활용하였다. 거창사건에 대해 현재까지 투입된 해법들로 이러한 평가를 벗어나지 못한다. <피해자 권리장전>은 형식적인 명예회복을 넘어서, 피해배상의 전제 위에서 국가사회를 재구성하는 다양한 상징적 조치와 정치를 요구한다. 이행기 정의의 구현이라는 원대한 목표에서 보자면 <피해자 권리장전>상의 만족과 재발방지의 보증은 매우 중요한 의미를 갖는다. 만족이 주로 개인의 존엄이나 명예감의 회복을 지향한다면, 재발방지의 보증은 제도개혁에 주안점을 둔다.

만족은 필요한 경우 다음의 요소를 모두 투입하거나 조합할 수 있다(제22조). ① 지속적인 침해의 중단을 겨냥한 효과적인 조치, ② 진실의 공개가 추가적인 피해를 야기하지 않거나 피해자, 피해자의 친척, 증인 그리고 피해자를 돕기 위하여 또는 위반행위의 재발을 방지하기 위하여 개입한 사람들의 안전과 이익을 위태롭게 하지 않는 한도 내에서 사실의 검증과 진실의 완전한 공개, ③ 실종자의 소재, 납치된 아동들의 신원, 사망자 유해의 수색, 유해의 발견, 신원확인, 피해자의 명시적 또는 묵시적 희망, 가족들의 문화적 관례에 따른 유해의 매장에서 지원, ④ 피해자 및 그와 밀접하게 연결된 사람들의 존엄, 명예, 권리를 회복시키는 공식적인 선언 또는 사법적 결정, ⑤ 사실의 인정과 책임의 수용을 포함한 공식적 사과, ⑥ 위반행위에 책임 있는 개인들에 대한 사법적·행정적 제재, ⑦ 피해자에 대한 기념과 헌사, ⑧ 국제인권법과 국제인도법 연수와 모든 수준의 교육자료 안에 위반행위에 대한 정확한 설명의 반영. 이러한 수단을 복합적으로 활용한다면 피해자는 개인적인 차원에서 명예를 실질적으로 회복하게 될 것이다.

과거청산은 피해자들만의 요구사항이 아니다. 공동체와 미래세대는 특히 국가폭력의 발생을 방지하는 제도의 형성을 중시한다. 재발방지의 보증은 중대한 인권침해의 재발

을 막기 위해 공동체를 인권과 민주주의의 관점에서 재구성하고자 한다. 인권과 민주주의에 친화적인 방향으로 법제, 의식, 여론을 개혁하고, 전문가 및 공직자, 군대, 기업의 관행을 바꾸고, 역사와 인권을 교육하는 것이 재발방지도증의 핵심을 이룬다. <피해자 권리장전>은 재발방지도증수단을 다음과 같이 제시한다(제23조). ① 군대 또는 보안부대에 대한 효과적인 민간 통제를 확보할 것, ② 모든 민간 또는 군사 재판절차가 적법절차, 공정성, 불편부당성에 관한 국제기준을 준수하도록 보장할 것, ③ 사법부의 독립을 강화할 것, ④ 법조, 의료, 보건 직역, 미디어 및 여타 관련 직역의 종사자들과 인권활동가들을 보호할 것, ⑤ 우선적으로 그리고 지속적으로 사회의 전부분에 인권 교육과 국제인도법 교육을 제공하고, 법집행공무원, 군인, 보안부대 요원에게 동일한 교육을 제공할 것, ⑥ 법집행공무원, 교정, 여론매체, 의료, 심리, 사회적 업무를 포함한 공무원뿐만 아니라 기업들에게 행동강령과 윤리규범, 특히 국제적 기준을 준수하도록 촉진할 것, ⑦ 사회갈등의 예방과 감시, 그 해결을 위한 장치를 촉진할 것, ⑧ 국제인권법의 총체적 위반과 국제인도법의 심각한 위반을 허용하거나 조장하는 법률을 재검토하고 개혁할 것.

재발방지의 보증은 국가폭력의 구조적 원인에 대한 진단과 처방이다. 인권친화적인 구조와 제도, 환경과 의식이 확립되지 않은 상황에서는 군대, 경찰, 보안기구, 사법부, 언론기관 등은 민간인 학살을 시행하고 두둔하고 은폐하는 수단으로 용이하게 변질되었다. 제주4.3사건과 여순사건에서, 최소한 한국전쟁 초기에 무차별적인 민간인 학살이 자행되었던 때 국회나 언론이 관련자의 책임을 사납게 추궁했더라면, 법원이 학살자를 단호하게 처벌했더라면 거창사건은 발생하지 않았을 것이다. 학살의 전통과 좌우도식은 민간인 학살과 심각한 인권침해를 언제나 부추긴다. 전쟁과 갈등을 겪었으면서도 지난 보수정권 아래서 국가권력기구들은 시민사회에 대한 사찰과 정치개입을 통해 인권침해자로서의 민낯을 다시 보여주었다.

IV. 거창사건의 해결 전망

거창사건 유족들은 1980년 이후부터 꾸준히 정부에 대해 희생자 명예회복과 배상을 요구했다. 1989년 10월 17일 ‘거창사건 관련자의 명예회복 및 배상에 관한 특별조치법안’이 발의되었지만 국회 임기만료로 자동 폐기됐다. 그 후 1995년 12월 18일 제정된 거창사건특별법은 아쉽게도 피해자에 대한 배상규정을 도입하지 않았다. 아마도 한국의 과거

사법중 보상규정을 두지 않은 사례는 거창사건특별법과 제주4.3사건특별법뿐이다. 2004년 보상금 지급을 골자로 하는 개정안이 국회 본회의를 통과했으나 당시 고건 대통령 권한대행은 국가재정부담 등을 이유로 거부권을 행사했다. 처음부터 민간인 학살을 자행하지 말았어야지 학살을 자행하고서 재정부담을 운운하며 배상책임을 방치하는 것은 국제인도법을 준수할 국가의 의무를 위반한 것이다. 2016년 박범계 의원 등 17명이 피해 배상을 골자로 한 ‘거창사건 관련자의 배상 등에 관한 특별조치법안’을 발의하여 이 법안은 현재 국회에 계류 중이다.

거창사건의 과거청산 현황을 피해자 권리의 관점에서 평가해보자. 진실에 대한 권리는 매우 미미하게 실현되었다. 유죄판결 자체가 축소은폐, 형식적 수사, 형식적 재판으로 마무리됨으로써 사건의 진실규명과 무관하였다. 유족의 요구에 따라 4.19 이후 국회가 거창사건에 대한 진상조사를 실시하여 그 결과를 발표함으로써 진실에 어느 정도 근접하였지만 만족스러운 정도는 아니었다. 더구나 거창사건특별법은 거창사건의 총체적 진실을 규명하는 틀로서 역할하지 못하고 피해자명단을 확정하는 데에 주력함으로써 과거청산 초기사례들의 한계를 보여주었다.⁹⁴⁾ 서울대 한인섭 교수를 중심으로 ‘서울대학교 법학연구소’가 2003년부터 방대한 <거창양민학살사건 자료집>을 발간함으로써 거창사건의 진실규명의 새로운 지평을 열었지만 거창사건에 대한 정부 차원의 종합적인 백서나 보고서는 아직도 발간되지 않았다.⁹⁵⁾ 이러한 상황에서 거창사건특별법에 따라 거창과 산청·함양 지역에 2004년과 2008년 기념관과 희생자합동묘역이 조성되었다. 피해자들의 재판받을 권리도 군법회의의 형식적 유죄판결과 신속한 사면으로 침해되었다. 이러한 사면은 국가폭력의 실행자로서 군인에 대하여 불처벌 문화를 더욱 심화시켰다. 심지어 5.18광주학살에 투입된 군인들을 인도에 반하는 죄로 처벌받기는커녕 국가유공자로 인정받고 연금까지 수령하였다는 사실이 최근에 보도되었다.⁹⁶⁾ 대법원은 2008년 판결에서 이와 같이 공고한 불처벌의 문화와 관행을 도외시하고 피해자들의 손해배상청구권을 배척하였다. 1996년 거창사건특별법을 통해 시행된 거창사건의 이행기 정의는 희생자들

94) 5.18광주학살의 경우에도 피해자에 대한 보상이 시행되는 동안에도 정부의 종합적인 보고서나 백서가 채택되지 않았다. 아마도 5.18광주학살사건과 관련해서는 국방부과거사 위원회의 2007년 보고서가 소략하지만 최초의 정부보고서라고 할 수 있다.

95) 산청·함양·거창사건에 대한 진실화해위원회의 개별사건조사가 시행되었다. 진실·화해를위한과거사정리위원회, “산청 시천·삼장 민간인희생 사건”, 2007년 하반기보고서, 2008, 531-646쪽; “경남 산청·거창 등 민간인 희생 사건”, 2010년 상반기조사보고서 제5권, 2010, 727-866쪽.

96) 김선욱, “5.18계엄군 국가유공자 재심...보훈처 국방부 서로 떠넘기기”, 전남일보, 2018.12.18., <<https://jnilbo.com/2018/12/18/2018121818382873834>>, 검색일: 2018.12.23.

위무하고 신원하는 수준에 머물렀다.

거창사건의 해법은 향후에 정부와 국회가 합의하게 될 종합적인 과거사정리방침에 달려있다. 문재인 대통령은 ‘과거사의 완전한 해결’을 대선공약으로 내세웠지만 정치적 교착상태로 인해 과거사정리에서 이렇다할 진전을 이루지 못하고 있다. 종래 과거사활동가 단체들이 주장해왔던 과거사 정리프로그램들은 대통령소속 정책기획위원회의 과거사해법으로 대체로 수용되었다. 그 방향은 과거 진실화해위원회를 재출범시키기 위해 진실화해법을 개정하고, 국가폭력의 피해자에게 피해배상을 제공하기 위해 종합적인 배보상특별법을 도입하고, 과거사를 기억하고 추모하고 교육하는 총괄적인 과거사재단법을 제정하는 것으로 요약된다.⁹⁷⁾ 여기에 거창사건특별법과 제주4.3사건특별법 등은 사건의 개별적인 특수성을 반영하고 동시에 보상규정을 도입하는 방향에서 개정해야 할 것이다. 보상의 구체적인 수준은 앞서 말한 배보상특별법의 보상방침과 연동될 것이다. 정부와 여당뿐만 아니라 정치권과 시민사회가 과거사보상정책에 최종적인 합의를 이룬다면 한국현대사에서 자행된 국가폭력에 대한 하나의 매듭을 지을 수 있을 것이다.

정치공동체나 개인이 개별적으로 체험한 국가폭력의 특성들은 <피해자 권리장전>과 국제기준에 따라 완전하게 해명되지 않는다. 한국과 같이 식민지, 군사점령, 강제분단, 동족간의 이데올로기적 전쟁, 군사독재, 민주화투쟁의 한 세기 동안에 온갖 유형의 국가폭력을 겪은 나라는 세계사에서 찾기 어렵다. 따라서 한국사회의 경험에 고유하고 통합적인 해법을 독자적으로 마련하여 투입하는 것이 필요하다. 그러나 국제사회가 제시한 <피해자 권리장전>은 한국사회가 겪은 국가폭력이 국제인도법 및 국제인권법의 중대한 위반이라는 점을 보여주고, 그로 인한 피해구제, 손해배상, 제도개혁이 피해자의 권리일 뿐만 아니라 공동체와 국가의 당연한 책무라는 통찰을 제공한다. 어떤 나라도 일격에, 하나의 법으로, 하나의 조치로 과거사를 완전히 해결하지 못한다. 심각한 국가폭력을 오늘 하나 해결하면 내일 또 다른 국가폭력이 부상하고, 이러한 상황은 세대를 넘어 반복된다. 이러한 역사적 과정을 통해 이행기 정의는 낮은 수준에서 높은 수준으로 고양된다. 끝없는 이행만 예정되어 있기 때문에 과거사에 대한 완전한 해결이라는 말도 존재할 수 없다. 이행기 정의는 국가폭력을 겪은 사회에서 갈등 이후 정치를 지도하는 이념으로서 피해자와 공동체를 지속적으로 각성시키고 견인할 따름이다.

97) 2018년 민주당 김철민 의원은 이른바 국가불법행위로 고문이나 집단희생의 피해자들의 손해배상청구권의 소멸시효를 배제하는 법안을 발의하였다. 이러한 민법규정이 한국의 과거인권침해사건의 해법으로 제시한 것이라면 국제적으로도 매우 이례적인 법이라고 볼 수 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 프리실라 B. 헤이너 지음, 주혜경 옮김, 안병욱 해제, 국가폭력과 세계의 진실위원회, 역사비평사, 2008.
- 한성훈, 가면권력-한국전쟁과 학살, 후마니타스, 2014.
- Bassiouni, Mahmoud Cherif, *Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2014.
- Funk, T. Markus, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2010.
- Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005.
- Shelton, Dinah, *Remedies In International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2005.

2. 학술지

- 도경옥, “거창양민학살사건의 국제형사법적 분석”, 서울국제법연구 제10권 제1호, 서울국제법연구원, 2003, 85-114쪽.
- 민경길, “전시 민간인 보호에 관한 국제법규 연구-노근리 사건을 중심으로”, 인도법논총 제21호, 대한적십자사 인도법연구소, 2001, 109-148쪽.
- 박명림, “전쟁과 인민: 통합과 분화와 학살”, 아시아문화 제16호, 한림대학교 아시아문화연구소, 2000, 97-167쪽.
- _____, “국민형성과 내적 평정: ‘거창사건’의 사례 연구-탈냉전 이후의 새 자료, 정신 해석”, 한국정치학회보 제36집 제2호, 한국정치학회, 2002, 69-91쪽.
- 안김정애, “한국전쟁기 민간인집단학살 관련 문서(‘거창사건’ 관련 특무대 문서철)의 공개 필요성”, 내일을 여는 역사 제41호, 서해문집, 2010, 345-359쪽.
- 이덕연, “거창사건에 대한 대법원판결(2008.5.29. 2004다33469) 평석-견벽청야의 군사작전과 법리구성의 구조적 유사점을 주목하며”, 저스티스 제129호, 한국법학원, 2012, 297-329쪽.

- 이장희, “국제인도법의 원칙과 노근리 양민학살사건”, 노근리사건의 진상과 교훈, 도서출판 두남, 2002, 293-324쪽.
- 이재곤/정구도/오윤석, “전시 민간인 보호를 위한 국제법적 규제-한국 전쟁시 소위 “충북 영동권 황간면 노근리 민간인 살상사건”과 관련하여”, 법학연구 제10권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1999, 111-136쪽.
- 이재승, “집단살해에서 소멸시효와 신의칙”, 민주법학 제53호, 민주주의법학연구회, 2013, 181-220쪽.
- _____, “세월호 참사와 피해자의 인권”, 민주법학 제60호, 민주주의법학연구회, 2016, 145-179쪽.
- 제성호, “국제인도법의 자국민 적용문제-제네바 제협약 및 제1추가의정서를 중심으로”, 인도법논총 제25호, 대한적십자사 인도법연구소, 2005, 175-196쪽.
- 조시현, “노근리 학살사건과 국제인도법”, 성신법학 제11호, 성신여자대학교 법학연구소, 2001, 65-106쪽.
- 한인섭, “거창양민학살사건의 법적 해결-관련법의 개정방안을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제42권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 174-214쪽.
- _____, “1951년 거창사건 형사재판의 검토”, 서울대학교 법학 제44권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2003, 179-226쪽.
- Ahmed, Anees / Quayle, Merryn, “Can genocide, Crimes against humanity and war crimes be pardoned or amnestied?”, *Amicus Curiae, Issue 79*, Institute of Advanced Legal Studies, 2009, pp.15-20.
- Bassiouni, Mahmoud Cherif, “International Recognition of Victims’ Rights”, *Human Rights Law Review Vol.6*, Oxford University Press, 2006, pp.203-279.
- Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal Vol.12*, GBR, 2011, pp.1203-1299.
- Groome, Dermot, “The Right to Truth in the Fight against Impunity”, *Berkeley Journal of International Law Vol.29*, University of California, Berkeley, Law School, 2011, pp.175-199.
- Hessbruegge, Jan Arno, “Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes”, *Georgetown Journal of International Law Vol.43*, Georgetown University Law Center, 2012, pp.335-385.

- Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *The Yale Journal of International Law* Vol.29, Yale Law School, 2004, pp.86-167.
- Ormachea, Pablo A., “Moiwana Village: The Inter-American Court and the “Continuing Violation” Doctrine”, *Harvard Human Rights Journal* Vol.19, Harvard Law School, 2006, pp.283-288.
- Pronto, Arnold N., “Understanding the Hard/Soft Distinction in International law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol. 48, Vanderbilt University, 2015, pp.941-956.
- Shelton, Dinah, “The World of Atonement: Reparations for Historical Injustices”, *Netherlands International Law Review* Vol.50, T.M.C. Asser Press, 2003, pp.289-325.
- _____, “Soft Law(2008)”, GW Law Faculty Publications & Other Works, <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications>, 검색일: 2018.10.31.
- Siaastsa, Ilia Maria / Wierda, Marieke, “Principles 24. Restrictions and Other Measures Relationg to Amnesty”, Haldermann, Frank & Unger, Thomas(ed.), *The Un Set of Principles to Combat impunity: A Commentary*, Oxford University Press, 2018, pp.258-269.
- Tae-Ung, Baik, “A War Crime against Allys Civilians: The No Gun Ri Massacre”, 노근리사건의 진상과 교훈, 도서출판 두남, 2002, 361-418쪽.
- van Shaack, Beth, “The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Conventions’s Blind Spot”, *The Yale Law Journal* Vol.106, Yale Law School, 1996-1997, pp.2259-2291.
- Williamson, Jamie A., “Protection of Civilians under International Humanitarian Law”, Haidi Willmot(etc.), *Protection of Civilians*, Oxford University Press, 2016, p.174.
- Weil, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law* Vol.77, American Society of International Law, 1983, pp.413-442.
- Zwanenburg, Marten, “The Van Boven/Bassiouni Principles: An Appraisal”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* Vol.24, NQHR, 2006, pp.641-668.

3. 기타자료

노근리사건희생자심사및명예회복위원회, 노근리사건희생자심사보고서, 2006, 120쪽 이하.
진실·화해를위한과거사정리위원회, 국민보도연맹 사건 진실규명결정서, 2009, 85쪽 이하.
_____, “산청 시천·삼장 민간인희생 사건”, 2007년 하반기
보고서, 2008, 531-646쪽.

_____, “경남 산청·거창 등 민간인 희생 사건”, 2010년 상
반기조사보고서 제5권, 2010, 727-866쪽.

적십자국제위원회/인도법연구소(편), 제네바협약해설 IV, 대한적십자사인도법연구소,
1986, 59쪽.

Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of
Power(A/RES/40/34), 29 November 1985.

Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat
impunity (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), 2 October 1997.

Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action
to combat impunity(E/CN.4/2005/102/Add.1), 8 February 2005.

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of
Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of
International Humanitarian Law(A/res/60/147), 21 March 2006.

Tiba, Firew Kebede, “The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia”, *Journal of International
Criminal Justice Vol.5*, Oxford University Press, 2007, 513-528쪽.

Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Bringing Them Home: Report of the
National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children
from their Families*, Commonwealth of Australia, 1997, 310-11쪽.

4. 신문기사

김선옥, “5.18계엄군 국가유공자 채심...보훈처 국방부 서로 떠넘기기”, 전남일보,
2018.12.18., <<https://jnilbo.com/2018/12/18/2018121818382873834>>, 검색일: 2018.12.23.

[Abstract]

The Geochang Massacre in the light of the ‘International Bill of Victims’ Rights’

Lee, Jae-Seung*

The author intends to address the rights of victims of the Geochang Massacre from the point of view of international humanitarian law, seeing that domestic judicial remedies have been shut down by the 2008 Supreme Court ruling. The United Nations General Assembly resolved the ‘Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law’ in 2006. This document contains a series of criminal, civil, political, and socio-cultural solutions from the victimcentric perspective, considering the recent developments in international humanitarian law after the Nuremberg Tribunal. This document which embodies the legal practices of civilized nations and principles of international humanitarian law is not deemed binding international law, but function as a acceptable standard for domestic legislation and interpretation of the domestic courts.

The author concludes that the Geochang Massacre could constitute war crimes and crimes against humanity simultaneously. The 2008 Supreme Court ruled in the Geochang claims that the victims’ right to compensation ceased to exist by prescription on the grounds that the commanders responsible for the Geochang massacre had been criminally convicted in 1951. However, the Supreme Court’s ruling conflicts with the principle of international humanitarian law, because it neglects that the above-mentioned commanders received pardon immediately after the conviction and that such pardon reflected the practice of impunity during the Korean War. The International humanitarian law prohibits amnesty or pardon for genocide, crimes against humanity, war crimes and at least, amnesty or pardon without the fair and effective relief of victims’ rights, because it is deemed a breach of the obligation of states

* Professor, School of Law, Konkuk University

to comply with international humanitarian law.

The three pillars of rights of the International Bill of Rights of Victims are the right to truth, the right to justice, and the right to reparation. The official recognition by the Geochang Massacre Inquiry Commission and the establishment of the National Geochang Graveyard and Memorial Hall for Victims by the Government satisfied only insufficiently victims' right to truth. The right to justice has been severely violated by pardoning the convicted commanders and rejecting claims for damages. Furthermore, the victims' right to reparation, including restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction, and guarantee of non-repetition, has been essentially neglected, being compared with several compensation decisions relating to other massacres. Only the passing of the pending compensation bill will satisfy to a high degree the victims' rights to reparation. At the same time, the fundamental reform of institutions and practices that aggravated the massacre by the army and the police could secure the superiority of civil power over the army and contribute to the guarantee of non-recurrence of massacres.

[Key Words] Geochang Case, Geochang Civilians Massacre, International Bill of Rights of Victims, Pardon, Prescription, Rights of Victims