creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사학위논문

과거청산을 위한 특별법에 대한 헌법적 연구

2016년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

박 종 원

국문초록

이 논문은 대한민국 정부 수립 이래 제정된 이른바 과거청산 법률들의 전반적인 내용을 정리하고 그 내용 중 헌법에 위반되는 것은 없는지, 반대로 헌법의 요구를 충실히 응답하지 못한 부분이 있는 것은 아닌지 검토한다. 과거청산의 개념은 법학의 영역에서 완전히 정리되지 못하고 정치적인 용어로 자주 인용되고 있다. 이 논문에서는 법적·정치적 권력을 가진 사람이 권력을 실질적 법치주의 또는 '법의 지배'라는 이념에 어긋나게 남용하여 기본적 인권을 유린하는 반인륜적 범죄를 저지른 상황을 전제로 위 사람이 법적·정치적 권력을 잃은 이후에 뒤늦게나마 정치적인 혁명의 일부로서 위 반인륜적 범죄에 대하여 취하게 되는 응분의 조치 중 헌법에 따른 법공동체인 국가가 주도하는 영역을 연구대상으로 하고, 이러한 움직임을 과거청산으로 부른다.

개개의 법률의 내용을 검토하기에 앞서 동서양의 과거청산 과정에서 공통적으로 나타내는 특질을 발굴하여 위와 같은 과거청산의 의미를 확인하고, 이를 정당화할 수 있는 법이론과 법철학적 논의를 다음과 같이 확인한다. 과거청산은 정치적 권력의 擔持者가 달라지는 정치혁명에 뒤따르는바, 혁명 과정에서 대립하였던 법공동체의 구성원들 사이에서 연대를 회복하여 법공동체의 발전전략을 제시한다. 특히 현대 헌법학의 시각에서 과거청산은 국민의 기본권을 보장하는 것을 주된 목적으로 하는 권력구조인 국가가 자신의 정체성을 확인하는 과정이기도 하다. 또한 과거청산 과정에서 법공동체 구성원 사이의 토론과 자아성찰이 활성화되어 반인륜적 범죄의 근본적인 원인인 권위적인 문화를 배척하게 되고, 해당 법공동체에서 소수자로서 불합리한 처우를 받은 반인륜적 범죄의 피해자들을 대상으로

적극적 평등실현조치(affirmative action)를 이행하여 민주주의가 내실 있게 실현되기 위하여 필요한 다양성을 확보하게 된다.

과거청산을 이행하는 방법은 과거사의 언급을 금지하는 것, 과거사의 사실관계를 조사하여 공인된 역사를 정비하고 교육하는 것, 반인륜적 범죄의 피해자들이 입은 손해를 배상하고, 잠정적으로 상실한 기회를 보장하는 것, 반인륜적 범죄의 행위자들을 처벌하거나 사면하는 것 등을 포함한다. 대한민국의 과거청산 법률은 과거사의 언급을 금지하는 것을 제외한 나머지 요소를 두루두루 포함하고 있으며, 청산하려는 과거사의 내용에 따라서 일제강점기 식민지배를 문제삼는 법률, 3·15부정선거를 문제삼는 법률, 군사독재 시기 국가범죄를 문제삼는 법률 등으로 나눌 수 있다. 다만, 이 논문에서는 기본권과 관련된 정도에 따라 과거사의 진상규명만을 주된 내용으로 하는 법률, 반인륜적 범죄의 피해자들의 손해를 배상하고 상실한 기회를 보장하는 법률, 반인륜적 범죄의 가해자들을 처벌하거나 그 재산을 국고로 환수하는 법률로 나누어 검토한다.

과거사의 진상규명을 목적으로 하는 법률은 반인륜적 범죄의 사실관계를 조사하여 국가가 공인하는 행위가 명예형에 해당하는 것인지가 가장 중요한 쟁점이 된다. 형벌에 해당하는 경우에는 죄형법정주의를 비롯한 헌법·형사법의 원칙과 재판청구권을 비롯한 기본권을 추가로 고려하여야 하기 때문이다. 그러나 진상규명을 통하여 국가가 의도하는 것은 가해자들의 처벌이 아니라 역사적 교훈을 남기기 위한 것이며, 국가가 사실관계를 확인하고 인정하는 것은 모든 법령 적용의 전제가 되는 것이므로 과거사를 확인하는 국가의 행위가 명예형을 선고하는 데에 해당한다는 해석은 현실적으로도 받아들이기 어렵다.

친일반민족행위자가 친일행위를 대가로 취득한 재산은 친일재산귀속법에 따라 국고로 환수할 것을 결정할 수 있다. 이러한 결정은 수

많은 헌법적 쟁점을 낳게 되는데, 우선 對象의 측면에서 친일재산이 헌법에서 보호하는 “재산권”인지 문제된다. 재산권의 의미를 사적 유용성이 있는 권리라고 보고 있는 헌법재판소의 기존 태도에 따르면 친일재산을 재산권의 범위에서 제외할 수 없다. 한편, 대한민국 헌법은 재산권을 소급적으로 제한할 수 없다고 정하고 있으므로 친일재산귀속법은 재산권을 소급적으로 제한하여 위헌이 아닌지 문제된다. 그러나 재산권의 제한에 관한 한 소급입법인지 아닌지는 입법기술적인 문제에 지나지 아니하므로 재산권의 소급제한을 금지하는 헌법 조항은 절대적인 금지를 의미한다고 보기 어려우며, 결국 친일재산귀속법이 위헌인지 판단하는 기준도 소급입법의 위헌성을 심사하는 일반 원칙으로 돌아가는 수밖에 없다. 또한 친일재산을 국고로 환수하는 결정은 재산형 또는 보상 없는 수용에 해당하여 위헌이 아닌지 문제된다. 종래 보상 없는 수용은 재산권을 형해화하여 위헌이라는 헌법재판소 판시가 있었으나, 친일재산의 근거가 되는 법령들은 受範者인 조선 사람이나 대한제국의 주권자라는 황제로부터 아무런 정당성이 인정되지 않은 비민주적인 법규범인 점 등을 고려하면 보상 없는 수용으로 정당화할 수 있다.

반인륜적 범죄의 피해자들이 입은 피해를 전보하는 법률 사이에서는 피해자들이 가지는 수급권의 내용에 큰 차이가 있는데 그 중 국가의 기본권보호의무를 충실히 이행하지 못한 경우로서 위헌으로 볼 만한 경우가 일부 있다. 한편, 과오지급된 보상금을 환수하는 경우에는 국세징수법에 따른 체납처분의 절차가 준용되는데, 이는 성질이 다른 보상금청구권과 국세를 동일하게 처리하는 것으로 위헌으로 보아야 한다. 또한 반인륜적 범죄의 피해자가 보상금을 지급받기 위하여는 과거청산 법률에 따른 심의위원회의 지급결정에 동의하여야 하고, 위 동의에는 재판상 화해의 효력이 인정되는바 환수 규정과 결합하여 일방적으로 국민이 불복할 경로를 막는 점에서 위헌으로

보아야 한다.

반인륜적 범죄의 가해자들을 형사처벌하는 경우에는 형벌불소급원칙을 위반한 것인지, 공소시효를 연장한 경우에도 형벌불소급원칙이 문제되는지를 살펴보아야 한다. 형벌불소급원칙은 헌법·형사법의 원칙인 죄형법정주의의 일부를 이루며, 이러한 원칙이 헌법에서 정하여진 취지는 국민에 대한 국가의 권력을 제한하기 위한 것인바, 정치적·법적 권력을 남용하여 이루어진 범죄에 대하여 형벌불소급원칙을 원용하는 것은 그 취지를 오해한 것이다.

주요어 : 과거청산, 친일반민족행위, 친일재산, 민주화운동, 진상규명, 재산환수, 형벌불소급

학 번 : 2013-21251

목 차

제 1 장 서론 ····· 1
제 1 절 연구의 의의와 목적 ····· 1
제 2 절 연구의 범위 ····· 2
제 2 장 과거청산의 법이론 ····· 4
제 1 절 과거청산의 의의 ····· 4
1. 과거청산의 의의와 특징 ····· 4
2. 과거청산의 특징이 가지는 헌법적 함의 ····· 6
제 2 절 과거청산의 법이론적 기초 ····· 7
1. 과거청산의 법철학적 정당성 ····· 7
가. 법공동체로서 국가의 자기이미지 확인 ····· 7
나. 현대 헌법학의 시각에서: 인간의 존엄성 회복 ····· 8
다. 민주주의의 자기방어 작용으로서 과거청산 ····· 9
라. 평등의 가치 제고 ····· 10
2. 과거청산의 유형 ····· 11
제 3 절 대한민국의 과거청산 입법 사례 ····· 14
1. 대상 사건에 따른 분류 ····· 14
가. 일제강점기 식민지배를 대상으로 하는 과거청산 법률 ····· 14
나. 한국전쟁 시기 국가범죄를 대상으로 하는 과거청산 법률 ····· 16
다. 3·15부정선거를 대상으로 하는 과거청산 법률 ····· 16
라. 군사독재 시기 국가범죄를 대상으로 하는 과거청산 법률 ····· 17
2. 과거청산의 방법에 따른 분류 ····· 18
가. 명예회복 및 진상규명을 목적으로 한 법률 ····· 18
나. 피해의 배상과 보상을 목적으로 한 법률 ····· 19
다. 가해자의 형사처벌 등을 목적으로 한 법률 ····· 19
3. 가해자에 따른 분류 ····· 20
가. 외국 정부가 국민을 대상으로 불법을 저지른 경우 ····· 20
나. 대한민국 정부가 국민을 대상으로 불법을 저지른 경우 ····· 20
제 4 절 과거청산 법률의 심사기준 ····· 21
1. 개설 ····· 21
2. 평등권 또는 평등원칙 ····· 22
가. 의의 ····· 22
나. 심사기준 ····· 23
다. 심사기준의 수정 ····· 24

라. 개별사건법률의 문제 ····· 25
3. 소급입법의 정당화 ····· 27
가. 소급입법의 문제 ····· 27
나. 심사기준 ····· 28
제 3 장 진상규명과 명예회복에 관한 헌법적 쟁점 ····· 31
제 1 절 개관: 법령의 현황과 문제점 ····· 31
1. 진상규명의 의의 ····· 31
2. 진상규명을 내용으로 하는 법령의 현황 ····· 32
가. 동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 특별법 ····· 32
나. 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 ····· 33
다. 거창사건등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법 ····· 34
라. 의문사진상규명에 관한 특별법 ····· 35
마. 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 ····· 35
3. 법률의 내용과 문제점 ····· 38
가. 조사대상 ····· 38
나. 조사방법 ····· 41
다. 후속조치 ····· 42
라. 위원회 구성 ····· 43
마. 제한된 구제수단 ····· 44
제 2 절 형벌 해당 여부: 형벌불소급원칙의 선결문제 ····· 44
1. 문제점: 죄형법정주의 ····· 44
2. 헌법재판소 결정례 ····· 45
3. 검토 ····· 47
가. 형벌 해당 여부 판단기준 ····· 47
나. 반민족규명법의 경우 ····· 48
다. 의문사특별법, 과거사정리법의 경우 ····· 52
라. 친일재산귀속법의 경우 ····· 52
제 3 절 명예권의 소급 제한 ····· 54
1. 개요: 명예권의 의의와 한계 ····· 54
2. 소급입법의 정당화 ····· 55
가. 소급입법에 해당하는지 여부 ····· 55
나. 정당화할 수 있는 소급입법인지 여부 ····· 56
3. 여론: 명예권을 과도하게 제한하여 위헌인지 여부 ····· 56
가. 헌법재판소 결정례 ····· 57

나. 반민족규명법에 따라 사망한 사람을 조사대상자로 하는 경우 ····· 58
다. 의문사특별법과 과거사정리법의 경우 ····· 61
제 4 절 재산권의 제한: 친일재산귀속법 ····· 62
1. 개설 ····· 62
2. 친일재산도 '재산권'인지 여부 ····· 63
가. 재산권의 의의 ····· 63
나. 헌법재판소 결정례 ····· 64
다. 검토 ····· 65
3. 소급입법의 문제 ····· 66
가. 개요—재산권의 소급제한 금지와 헌법재판소 결정 ····· 66
나. 검토 ····· 68
4. 여론: 친일재산귀속법에 따른 결정이 재산권을 과도하게 제한하는지 ····· 72
가. 재산권에 대한 헌법의 규율 ····· 72
나. 헌법이 예시하지 않은 재산권 제한의 가능성 ····· 73
다. 헌법재판소 판례 ····· 76
라. 보상 없는 수용의 가능성 ····· 77
마. 친일재산귀속법의 검토: 보상 없는 수용과 과잉금지원칙 ····· 82
제 5 절 평등권 또는 평등원칙 ····· 84
1. 시혜적인 법률의 경우 ····· 84
가. 유족의 범위: 동학혁명명예회복법 ····· 84
나. 명예회복으로 한정된 구제수단: 동학혁명명예회복법, 거창사건법 ····· 85
2. 불이익을 정한 법률의 경우: 반민족규명법 ····· 87
가. 문제점 ····· 87
나. 반민족규명법 제2조 각 호의 문제: 사회적 특수계급의 창설 여부 ····· 88
다. 진상규명위원회의 조사 및 조사보고서 공개 ····· 88
라. 진상규명위원회의 위원 자격 제한 ····· 89
3. 불이익을 정한 법률의 경우: 친일재산귀속법 ····· 92
제 6 절 소결 ····· 94
제 4 장 피해배상의 범위와 한계 ····· 98
제 1 절 개관: 법령의 현황과 문제점 ····· 98
1. 과거청산으로서 배상과 보상 ····· 98
2. 법령의 내용 ····· 100
가. 사실조사 및 기념사업 ····· 100
나. 보상금 및 지원금의 지급 ····· 101

다. 유사명칭사용금지 및 단체 결성 금지 ····· 106
3. 문제점 ····· 107
가. 소급입법의 허용가능성이 문제되는지 여부 ····· 107
나. 평등권 또는 평등원칙이 문제되는 경우 ····· 107
제 2 절 수익적 지위와 평등권 ····· 108
1. 피해유형에 따른 차등대우 ····· 108
2. 체제불법이 발생한 장소에 따른 차등대우 ····· 110
제 3 절 국세징수법의 준용과 평등권 ····· 112
1. 과오지급금 환수 특례: 국세징수법의 준용 ····· 112
2. 여론-재판청구권: 민주화보상법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법 ····· 115
가. 환수 규정과 결합하여 생긴 문제점: 5·18보상법, 민주화보상법, 부마항쟁보상법 ····· 115
나. 평등권 또는 평등원칙에 미치는 영향 ····· 116
제 4 절 소결 ····· 118
제 5 장 형사처벌과 죄형법정주의 ····· 120
제 1 절 개관: 법령의 현황과 문제점 ····· 120
1. 형사처벌과 과거청산 ····· 120
2. 반민족행위처벌법 ····· 121
3. 부정선거관련자처벌법 ····· 123
4. 5·18민주화운동 등에 관한 특별법 ····· 123
제 2 절 형벌불소급원칙 ····· 125
1. 개설 ····· 125
가. 형벌불소급원칙의 의의 ····· 125
나. 비교법적 사례 ····· 127
다. 검토 ····· 131
2. 반민족행위처벌법, 부정선거관련자처벌법의 경우: 실체형법의 소급적용 134
3. 5·18민주화운동법의 경우: 공소시효와 형벌불소급원칙 ····· 136
제 3 절 소급입법의 정당화: 재정신청 ····· 139
1. 개설 ····· 139
2. 재정신청권자의 범위를 소급적으로 확대할 수 있는지 ····· 140
제 4 절 평등권 또는 평등원칙: 재심과 기소유예 ····· 141
제 5 절 소결 ····· 144
제 6 장 결론 ····· 146

참 고 문 헌 ····· 149
Zusammenfassung ····· 157

표 목 차

표 1 진상규명 과거청산 법률의 비교 ····· 30
표 2 반민족규명법과 반민족행위처벌법 비교 ····· 39
표 3 과거청산 보상법률의 비교(일부) ····· 96
표 4 과거청산 보상법률의 비교(계속) ····· 97

[일러두기]

1. 참고문헌은 해당 문헌이 출판된 지역의 관행에 따라 다음과 같은 형식으로 인용하였다. 다만, 두 번째 이후의 인용에서는 출판된 지역과 관계없이 모두 “저자, 같은 (책, 논문), 쪽수”로 인용하였다.

가. 단행본

저자, 서명, 출판사, 출판년도, 쪽 번호

나. 국내 논문

저자, “논문 제목”, 학술지 제목 및 권수, 학회(동일한 명칭의 학술지가 서로 다른 학회에서 여럿 발간되는 경우에 한함), 출판년도, 쪽 번호

다. 미국에서 발간된 영어 논문

“저자, 논문 제목, 권수 및 학술지 제목, 시작 쪽 번호, (출판년도)”

라. 유럽에서 발간된 영어 논문

“저자 (출판년도), 논문 제목, 학술지 제목 및 권수, 쪽 번호”

마. 독일어 논문

“저자, 논문 제목, 학술지 제목 및 권수, (출판년도) 시작 쪽 번호”

2. 재판례를 인용하는 경우에는 “법원, 선고일자, 사건번호, 재판유형”으로 표시한 다음 원문을 그대로 인용하며 쌍따옴표(“”)로 표시하는 것을 원칙으로 하되 문맥에 따라 수정한 부분은 대괄호([])로 표시하였다.

3. 법명은 특별히 개정되기 전의 법을 지칭하지 않는 이상 다음과 같이 약칭하였다.

가. 대한민국헌법(1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 것): “헌법”

나. 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법(2012. 10. 22. 법률 제11494호로 개정된 것): “반민족규명법”

다. 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정된 것): “친일재산귀속법”

라. 동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 특별법(2010. 3. 17. 법률 제10110호로 개정된 것): “동학혁명명예회복법”

마. 일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률(2016. 3. 2. 법률 제14065호로 개정된 것): “위안부피해자법”

바. 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법(2014. 12. 30. 법률 제12916호로 개정된 것): “강제동원조사법”

사. 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률(2014. 12. 30. 법률 제12910호로 개정된 것): “5·18보상법”

아. 부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정된 것): “부마항쟁보상법”

자. 제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법(2013. 8. 6. 법률 제11995호로 개정된 것): “4·3사건법”

차. 10·27법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률(2016. 2. 3. 법률 제13954호로 개정된 것): “10·27법난법”

카. 한센인피해사건의 진상규명 및 피해자생활지원 등에 관한 법률(2009. 12. 29. 법률 제9847호로 개정된 것): “한센인사건법”

타. 5·18민주화운동 등에 관한 특별법(2010. 3. 24. 법률 제10182호로 개정된 것): “5·18민주화운동법”

파. 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정된 것): “민주화보상법”

하. 삼청교육피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률(2015. 3. 27. 법률 제13244호로 개정된 것): “삼청교육피해자법”

거. 거창사건등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법(2014. 1. 7. 법률 제12200호로 개정된 것): “거창사건법”

너. 의문사진상규명에관한특별법(2009. 4. 1. 법률 제9572호로 폐지되기 전의 것): “의문사특별법”

더. 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(2014. 12. 30. 법률 제12920호

로 개정된 것): “과거사정리법”

4. 법령안은 다음과 같이 인용하였다. “법령안 제명(의안번호: 0000, 제안일자: 0000. 00. 00., 대표발의: 000, 0000. 0. 0. 처리결과)”
예컨대 “일제강점하친일반민족행위진상규명에관한특별법안(의안번호: 2541, 제안일자: 2003. 8. 14., 대표발의: 김희선, 2004. 3. 2. 수정가결)”

5. 이 글에서 “외국”이라 함은 대한민국이 아닌 나라를 말한다.

과거청산을 위한 특별법에 대한 헌법적 연구

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 의의와 목적

이 논문은 정치혁명이자 사회현상으로서 나타나는 과거청산의 다양한 모습 중 국가가 주축이 되어 법제도를 바탕으로 시행하는 과거청산 분야를, 구체적으로는 과거청산을 위한 특별법과 헌법의 관계를 살펴보고자 한다. 이러한 연구를 하는 까닭은 식민지배와 군부독재의 고난을 이겨내고 마침내 민주주의 정치제도를 정착시킨 대한민국에서 과거청산을 위한 다종다양한 특별법을 제정하고 시행하였으나, 각 개별 법률의 내용이 상이하여 대한민국의 헌법 질서에서 가장 적정한 과거청산의 형태가 무엇인지를 둘러싸고 논란이 발생하고 있기 때문이다. 국가범죄로 인하여 피해를 입은 것은 마찬가지인데 어떤 피해자는 그로 인한 일실이익 등 포괄적인 손해를 전보받고, 어떤 피해자는 단지 '인도적 수준'의 지원금에 만족해야 하는 이유가 무엇인가? 국민에게 피해를 준 사람 중 누군가는 형사처벌을 받지만 누군가는 아무런 불이익을－형사적으로나 민사적으로－받지 않는데 거기에 합당한 이유가 있는가? 한편 아직도 정리되지 않은 체제불법의 영역에 대하여도 특별법을 통한 과거청산을 청원하는 목소리는 높지만 국가가 나서서 과거청산을 주도하는 것이 특정 개인이나 집단에 대한 차별이라거나, 이미 지나간 일을 캐내어 도리어 혼란만 가중시킨다는 반대의 목소리도 꾸준히 들려온다. 과거청산의 정당성 또는 적절성에 대하여 위와 같은 의문이 계속해서 제기된다면 국가범죄의 피해자도 가해자도 만족하지 못하는 결과가 되어 국가공동체가 자기이미지를 확인한다는 진정한 의미의 과거청산은 결국 실패하고 만다. 과거청산 법률에 관한 헌법적 고려가 필요한 이유가 바로 이것이다. 과거청산은 정치혁명의 일부인 만큼 이러한 논란을 완전히 종식시킬 수는 없지만 과거청산 법률들이 담고 있는

구성요소를 교차검토함으로써 대한민국헌법이 어떤 방법의 과거청산까지를 용인할 수 있는지 확인하여 향후 과거청산 과정의 지침을 마련할 수 있을 것이다.

제 2 절 연구의 범위

이 논문에서는 국가가 정체성을 회복하는 과정으로서 과거청산이 가지는 중요성에 주목하고자 연구의 대상을 국가권력이 주권자인 국민을 상대로 범죄를 저지른 이른바 국가범죄 또는 체제불법을 대상으로 하는 과거청산 법률들이나 이에 준하는 범위의 것으로 한정하며, 위 법률들이 가지고 있는 헌법적 쟁점, 그 중에서도 소급입법의 허용가능성과 평등권·평등원칙과의 양립가능성을 중심으로 검토한다. 한국의 과거청산 법률은 그 내용에 따라 진상규명, 피해배상, 형사처벌 등을 각각 목적으로 하는 법률로 구분할 수 있는바, 각 법률의 내용에 따라 특유한 헌법적 쟁점을 내포하고 있으나, 이른바 '지연된 정의'에 해당하는 과거청산의 특성상 소급입법의 문제와 평등권·평등원칙의 문제가 모든 과거청산 법률에서 주된 문제로 다루어져야 하므로, 이 두 논점을 핵심적인 대상으로 검토하는 것이다.

제2장에서는 개별적인 법률을 검토하기에 앞서 과거청산의 일반이론에 대해 살펴본다. 과거청산은 본질적으로 정치혁명의 일부로서 나타나기에 나라마다 세부적인 양상이 다를 수밖에 없으나 '정치혁명의 일부'로서 나타난다는 공통점이 있는 만큼, 이를 법제도적으로 추진할 때에는 공통적으로 따라야 할 정당화요건을 도출할 수 있고 이를 위한 법이론을 구상할 수 있다. 과거청산이라는 정치현상을 법제도로 끌어들일 수 있는 법철학적 근거와 과거청산 법률을 검토하기 위한 유형론을 검토하고, 구체적으로 대한민국의 과거청산 법률을 유형화하여 분류한다.

제3장에서는 진상규명을 위하여 체제불법의 사실관계를 조사하고 이를 공표하는 형태의 과거청산 법률들을 검토한다. 체제가 전환되기 전의 과거사는 가해자에게는 불명예스러운 내용을 담고 있으므로 이를 조사하여 정리하는 것이 명예형에 해당하는 것인지, 명예형이 아니더라도 과도하게 명

예권을 제한하고 있는 것이 아닌지를 주로 살피게 된다. 이와 함께 친일재산을 국고로 귀속시키는 법률의 위헌성을 검토한다. 특히 재산권은 소급제한금지, 기본권형성적 법률유보 등 헌법이 다른 기본권과 달리 대우하고 있는 점을 중점적으로 검토하여야 할 것이다.

제4장에서는 체제불법의 피해자들에게 국가배상의 성격이 있는 급부와 사회보장적 성격의 급부를 청구할 권리를 인정한 법률들의 내용을 살핀다. 특히 비슷한 처지에 있는 체제불법의 피해자들 사이의 배상을 달리 정한 경우 수익적 법률과 평등원칙의 관계가 문제로 등장하게 된다. 나아가 민주화운동과 관련된 법률들은 과오지급된 보상금을 체납처분의 예에 따라 환수하도록 정하고 있는데 이 또한 체납자와 체제불법의 피해자를 실질적으로 평등하게 대우하는 것인지 검토하여야 할 것이다.

제5장에서는 체제불법의 행위자들에 대한 형사처벌을 주된 내용으로 한 과거청산 법률을 살핀다. 체제불법이 자행될 당시에는 이를 처벌하지 못하는 것이 과거청산의 특징인바, 문명사회의 일반원칙으로 자리잡은 형벌불소급원칙과 과거청산이 양립가능한 것인지 특별한 검토가 필요하다.

제 2 장 과거청산의 법이론

제 1 절 과거청산의 의의

1. 과거청산의 의의와 특징

정부가 수립된 지는 이미 70년이 넘었고 과거청산을 기치로 내세운 법률도 많이 제정되었지만 아직도 법학에서 사용하는 과거청산이라는 용어는 의미가 명확하지 않다. 오히려 과거청산은 정치적인 표어로 즐겨 사용되고 있으며, 정치적인 역학관계와 맥락에 따라 그 의미는 다양하게 전개된다.[1] 어떤 경우에는 과거청산을 추진하는 주체와 목적이, 어떤 경우에는 청산하고자 하는 과거의 행위, 인물, 시간적 범위 등의 대상이,[2] 또 다른 경우에는 청산하는 방안이 모두 다르다.

다만, 다양한 유형으로 실현되는 과거청산 사업 사이에서, 또한 흔히 '과거청산 법률'로 언급되는 일련의 법률들 사이에서 나타나는 공통적인 특질이 있기 마련이다. ① 과거청산은 지연된 정의를 전제하고 있다. 어떤 부정의가 당시의 법제도 등을 통하여 즉시 해결될 수 있다면 뒤늦게 특별법을 제정하는 등 과거청산의 문제가 생기지 않기 때문이다.[3] 즉, 청산할 과

---

1) 정치학계의 논문으로서 양동훈, "신민주체제의 인권유산 정리와 민주주의: 비교분석", 한국정치학회보 제42권, 2008년, 46쪽에서는 이에 대한 대안으로 '인권유산 정리'라는 개념을 도입한다. 그러나 뒤에서 보듯이 과거청산에서 '인권'이 큰 비중을 차지하는 것은 사실이지만 '국가적 이익'도 상당한 비중을 차지하는 것으로 평가하여야 하므로 이러한 개념의 창설은 필요하지 않다고 본다.

2) 예컨대, 과거청산을 청산하고자 하는 대상과 그에 특화된 청산방법에 따라 ① 나치 전범에 대하여 횡단국가적(transnational)으로 이루어진 과거청산, ② 1960년대 이후 민주화된 국가에서 권위주의 독재정권에 대하여 국가 내부적으로 이루어진 과거청산, ③ "멋진 이념을 가졌으나" 몰락한 사회주의국가의 과거청산으로 구분하고 있는 정현백, "글로벌 시각에서 본 과거청산의 의미", 역사비평 제93호, 2010년, 61~90쪽 참조

3) Jon Elster (1998). *Coming to terms with the past. A framework for the study of justice in the transition to democracy*. European Journal of Sociology 39, 14쪽에서는 사후에야 법적 처벌이 가능한 이 행위들이 안정적인 법 제도(stable legal regime) 아래에서 용인되었던 점을 과거청산의 대상이 되는 행위의 특질로 보고 있으며, 바로 이 점을 근거로 내전 중의 재판(civil war trial) 등과는 구별하여야 한다고 말한다.

거가 생겨나지 않는다. ② 이때 늦게나마 회복하고자 하는 정의의 내용 및 실현방법은 이전 체제의 법적·정치적 권력에 대한 반항이 억압됨에 따라 두 손 놓고 지켜볼 수밖에 없었던 부정의를 바로잡는 것으로 실현된다.[4] ③ 이에 따라 과거청산은 이전까지 지배적이던 이념에 대한 정치적인 혁명 도구로 활용되는 측면이 있다.[5] ④ 한편, 법학에서 논의하는 과거청산은 국가가 주도하는 범위로 제한된다.[6] 체제가 전환되었을 때는 사인 사이에서도 제재가 발생할 수 있지만[7] 이는 제도가 뒷받침하는 강제성이 없는 것이므로 사회학이 주로 연구할 분야이다. ⑤ 이처럼 과거청산은 때때로 정치적인 목표와 결합하기도 하지만 항상 인권을 유리한 반인륜적 행위에 대한 응답이라는 성질을 공유하고 있다.[8] ⑥ 이전 체제의 법적·정치적 권력에 의해 억압되어 있던 반항이 가능해짐에 따라 정치혁명이자 인권을 회복하는 수단으로 이루어지는 과거청산은 역사적으로 우연한 사건이 아니라 위와 같은 정당성을 목적으로 하여 체제전환에 반드시 뒤따르는 필연적인 사건이다. ⑦ 과거청산이 이루고자 하는 정의는 이미 너무 오랜 기간 지연되었던 내용인데다가 반항을 억압하던 법적·정치적 권력은 체제가 전환되면서 과거사가 공개되지 아니하고 그대로 망각되도록 과거청산을 방해하려는 성질이 있으며, 과거청산은 아래에서 보듯이 국가가 자기이미지를 형성하는 과정으로서 장기간에 걸쳐 이루어지는 경우 혼란을 가중하게 되므로 최대한 짧은 기간에 집중적으로 신속하게 목표를 달성하고자 하는 규정을 두게 된다.[9]

---

4) Elster, 같은 논문, 같은 곳
5) 이러한 성질은 제2차 세계대전 이후 프랑스에서 이루어진 과거청산에서도 이미 부각되었다. 유진현, “프랑스 문단과 과거청산”, 세계의 과거사 청산, 푸른역사, 2005년, 141쪽 참조.
6) Elster, 같은 논문, 15, 16쪽
7) 예컨대, 이용우, 프랑스의 과거사 청산, 역사비평사, 2008년, 61쪽 이하에서는 제2차 세계대전이 끝난 후 프랑스 사람들이 여성 부역자들을 체포한 다음 머리를 깎는 삭발식을 진행하였다는 내용을 다루고 있다.
8) 안병직, “과거청산, 어떻게 이해할 것인가?”, 세계의 과거사 청산, 푸른역사, 2005년, 15, 16쪽
9) 예컨대 정근식, “과거 청산의 역사사회학을 위하여－한국의 민주화와 관련하여”, 사회와 역사 61호, 2002년, 13쪽에서는 과거청산이 “계속적으로 지연되면서 끊임없이 청산되어야 할 ‘과거’가 누적”된 한국의 문제점을 지적하고 있다.

2. 과거청산의 특징이 가지는 헌법적 함의

위와 같은 특징을 가진 과거청산을 법제도적으로 추진하는 경우, 즉 과거청산 법률을 제정하는 경우 헌법의 시각에서는 다음과 같은 특징으로 나타나게 된다. 먼저 과거청산은 이전 체제의 법적·정치적 권력이 남용되어 이루어진 범죄를 뒤늦게 바로잡는 내용을 담고 있으므로 사실관계가 종료된 이후에 법을 제정하는 이른바 소급입법의 문제를 피할 수가 없다. 법치주의는 국가권력의 행사를 법에 따르도록 하는 원리로서 국민들로 하여금 권력이 어떻게 작동할 것인지 미리 알 수 있게 하는데, 법률을 제정하여 앞으로 일어날 사실이 아니라 이미 일어난 사실에 적용하는 소급입법의 경우는 법치주의의 취지에 어긋나게 된다. 국민에게 국가 권력에 대한 기대가능성을 제공하지 못할 뿐만 아니라, 국가권력이 행사될 당시에는 존재하지 않던 법을 따를 것을 뒤늦게 요구한다는 점에서도 그러하다. 이러한 사후적인 요청을 정당화할 수 있는지는 모든 소급입법이 헌법에서 마주치는 문제이지만 과거청산의 경우에는 소급입법이 필연적으로 뒤따르는 현상이기 때문에 더욱 중요한 문제가 된다.

한편, 과거청산을 시도하는 법률은 청산할 대상이 되는 과거의 특정한 사건을 적용대상으로 예정하고 제정되므로 평등권과 평등원칙의 문제도 마주치게 된다. 독특하게도 과거청산은 두 가지 서로 다른 방향에서 평등권과 관계를 맺게 되는데, 한 쪽은 평등권을 제약하는 방향이고 다른 한 쪽은 오히려 평등권을 제고하는 방향이다. 법률은 일반적·추상적인 규범으로서 개별인이나 개별 사건에 따라 효력을 달리하지 않는다는 것이 법치주의의 핵심적인 내용인데, 과거청산은 과거사의 가해자 또는 피해자를 그 밖의 사람과 구분하는 행위이므로 법률로서 갖추어야 할 일반성이 일부 후퇴할 뿐만 아니라 효력이 측면에서도 특정 집단의 사람을 그 밖의 사람과 다른 법적 지위에 놓이게 하여 부당한 차별이 되는 것은 아닌지 의심을 불러일으킬 수 있다. 반대로 과거사의 피해자를 뒤늦게 지원하고 인권을 회복시키는 과정에서 과거청산은 피해자의 평등권과 평등원칙으로부터 동력을 얻게 된다. 과거사의 피해자는 국가권력으로부터 체제의 반대자라

는 낙인을 찍히게 되어 국가공동체의 삶의 영역에서 추방당하고 다른 사람들과 동등한 기회를 제공받지 못하게 되므로 이를 전보하여 사회의 실질적인 동질성을 회복시키는 것이 필요하기 때문이다. 이는 적극적 평등실현조치의 이론적 배경과 궤를 같이 하는 부분이다.

제 2 절 과거청산의 법이론적 기초

1. 과거청산의 법철학적 정당성

가. 법공동체로서 국가의 자기이미지 확인

앞서 본 대로 과거청산은 체제가 변환되는 데에 뒤따라 일어나기 때문에 과거청산이 시작될 당시에는 국가의 권력구조나 가치체계를 비롯하여 법공동체로서 국가의 동일성을 정할 근거가 되는 요소들, 국가를 다른 국가로부터 달리 구별지을 요소들에 대하여 확고한 합의가 이루어지지 않은 상태이다. 이는 종전 체제와 후속 체제 사이의 대립으로 인한 혼란에서 비롯될 수도 있고, 서로 다른 정치 세력 사이의 경쟁에서 비롯될 수도 있다. 이러한 관점에서 과거청산은 법공동체로서 국가가 어떤 모습일지를 확정하기 위하여 엇갈리는 체제 전환의 역사 속에서 자신의 새로운 정체성에 부합하는 기억을 선택하여 정당한 자기이미지, 집단적 기억을 만드는 행위이고, 그 과정에서 어떤 기억을 선택할 것인지는 공동체에서 지배적인 가치와 이념이 결정한다.[10] 특히 과거청산을 법제도의 형식으로 마련하여 진행하는 경우 과거청산을 진행하는 법공동체의 지배적인 가치가 교체되는 것은 불가분적으로 수반되는 현상이다. 법은 가치의 체계이고, 법공동체는 법을 집행하여 사실로서 존재하는 세계를 입법자가 선택한 가치에

10) 한성훈, “과거청산과 민주주의 실현: 진실화해위원회 활동과 권고사항의 이행기 정의를 중심으로”, 역사비평, 2010년, 125쪽; 안병직, 같은 논문, 28, 29쪽. 예컨대 헌법 전문에서 ‘3·1운동’이나 ‘4·19민주이념’과 같은 특정한 역사적 사건을 언급하는 경우는 해당 사건과 그에 내포된 가치인 민족자결·민주주의를 중심으로 국가ㅡ법공동체의 이미지를 형성하려는 의도로 보아야 한다.

맞게 변형시키는 집단이기 때문에 가치의 교체와 법제도를 통한 법공동체의 자기이미지 형성은 긴밀한 관계를 맺고 진행된다.[11] 과거청산은 우연히 개시되는 역사적 사건이 아니라 체제가 전환됨에 따라, 혁명이 이루어짐에 따라 필연적으로 이루어지는 정치적·법적 움직임이다.

나. 현대 헌법학의 시각에서: 인간의 존엄성 회복

현대 헌법학의 시각에서 과거청산을 향한 요청은 천부적인 인간의 존엄성을 재확인하는 데에서 비롯된다. 과거청산은 앞서 본 대로 법공동체가 자기인식을 형성하는 기억을 취사·선택하여 정체성을 확립하는 과정이다. 한편, 과거청산의 주체인 현대국가는 기본권을 보호·보장하는 권력구조의 기능을 수행하는 것이 그 본질이다.[12] 국가가 보호·보장하는 이 기본권은 헌법전(憲法典)의 차원에서는 국가가 보호범위를 정하는 실정법상의 권리이지만 그 보호범위가 순전히 자의적으로 결정되는 것은 아니다. 기본권은 이념적인 측면에서나 실체적인 차원에서는 인간의 존엄성을 바탕으로 하는 천부적인 권리의 성격을 가지고 있다.[13] 결국 현대국가에서 과거청산은 국가가 천부적인 인간의 존엄성을 바탕으로 하는 기본권을 보장하는 권력구조로서 자신의 본질적인 기능을 확인하는 과정이며, 이러한 본질에 어긋나는 기억을 청산하여 기본권보장권력이라는 자기인식을 재정립하는 과정이다. 과거청산을 향한 이러한 윤리적·철학적인 요청은 헌법단계에서는 기본권보장의무의 모습으로 구체화된다.

국가가 보장하여야 하는 인간의 존엄성은 국가에게 이를 보장할 의무를 지우게 되고,[14] 이를 제대로 보장하지 못한 국가의 경우에는 뒤늦게나마

---

11) '혁명'의 의미에 대한 정태욱, "5·18사건 처리에 대한 법철학적 관점", 5·18민중항쟁과 법학, 5·18기념재단, 2009년, 126쪽 참조: "혁명은 새로운 법적 가치와 국민들의 법적 확신에 기해 신질서가 창출되고 그에 따라 기존체제의 전복이 정당화되는 것…"

12) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015년, 35, 396쪽. 다만, 엄밀히 이야기하여 기본권과 인권은 별개의 개념이다. 정종섭, 같은 책, 285, 315쪽 참조

13) Klaus Stern, "Idee der Menschrechte und Positivität der Grundrechte", J. Isensee & P. Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, C.F.Müller, 1992년, §108, Rn. 9

14) Josef Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", J. Isensee & P. Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.

회복시킬 의무가 발생한다. 인간의 존엄성이 가지는 이 방어적 효력과 보상의 요구는 인간의 존엄성은 침해할 수 없다는 이념에서 도출되고, 그 불가침성은 한 번 더 증류를 거치면 모든 인간이 인간이라는 점 이외에는 아무런 본질적인 차이가 없다는 연대에서 비롯되었음을 알 수 있다.[15)]

다. 민주주의의 자기방어 작용으로서 과거청산

오늘날 관찰되는 대부분의 과거청산 사례는 독재정치에 종언을 고하고 민주정으로 이행하는 과정에서 수반되는 것으로서, 법의 지배를 확립하는 과정임과 동시에 비민주적인 체제의 유산에 대한 공격이기도 하다.[16)] 과거청산은 국가라는 법공동체가 자기이미지를 확인·정립하는 과정에 해당하는바, 현대 국가로서 민주주의 원리를 국가운영의 기초로 채택한 경우 종전까지 남아있던 비민주적인 체제의 기억을 배척하여 민주국가로서 정체성을 확립하려는 것은 당연한 일이다. 이 점에서 과거청산은 방어적 민주주의와도 같은 맥락에 서있다. 과거청산은 그 결과로서 민주국가의 정체성이 확립될 뿐만 아니라 과거청산의 과정은 충실히 이행되는 그 자체로 민주주의가 굳건히 뿌리내리는 데 긍정적인 방향으로 작용한다. 저번 세기 민주주의는 권위에 대한 추종 속에서 매우 취약한 모습을 보였고, 이로써 탄생한 전제적인 독재권력은 반인륜적인 범죄를 자행하는 데에 이르렀다. 과거사를 재조사하여 진상을 규명하거나 재판을 통하여 법정에서 사실이 밝혀지는 과정에서 관련 있는 사람들의 진술권이 충분히 보장된 과거청산은 법공동체의 구성원들 사이의 토론과 논의를 활성화시키고 이로써 법공동체가 끊임없이 자아성찰을 하도록 독려하여 독재정치와 반인륜적 범죄

V, C.F.Müller, 1992년, §111 Rn. 2, 3

15) 인간의 본성인 공감이 “남들이 나에게 해주기 바라는 것을 남에게 해주는 것”을 요구하는 이른바 도덕적 황금률로 발전하고, 이로부터 공동체를 전제로 한 공감적 분노, 공정성이 유도되어 사회를 지탱하는 핵심요소로 작용하며, 과거청산은 이러한 공정성이 파괴된 결과를 바로잡는 과정으로서 공감적 분노를 만족시키고 사회를 안정시키는 결과로 이어진다는 이영재, “이행기 정의의 본질과 형태에 관한 연구: 공감적 정의 원리를 중심으로”, 민주주의와 인권 제12권, 2012년, 125~135쪽 참조

16) Elster, 같은 논문, 27쪽; 엄찬호, “과거사 청산과 역사의 치유”, 인문과학연구 33호, 2012년, 265쪽; 한성훈, 같은 논문, 127쪽에서 말하는 ‘이데올로기 민주화’ 참조

가 발생할 수 있는 권위적인 문화를 바꾸어나가게 된다.[17)]

라. 평등의 가치 제고

평등의 가치는 이미 오래 전부터 일반적인 법원칙으로 인정받고 있었으며, 특히 민주주의 국가에서는 정치 참여의 동등한 기회를 비롯하여 더 넓은 범위에서 평등의 가치가 강조되고 있다. 대한민국헌법에서도 '모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게(전문)' 한다고 하여 국가의 근본원리 중 하나로서 평등원칙을 천명하거나, '모든 국민은 법 앞에 평등하다(제11조)'라고 명시적으로 평등권을 국민의 기본권으로 정하여 국가라는 법공동체에서 삶을 형성할 수 있는 기회를 균등히 제공해야 한다는 점을 강조하고 있다.

과거청산의 대상이 되는 체제불법 또는 국가범죄의 피해자는 자신이 속한 체제의 반대세력으로 낙인 찍혀 공동체적 삶의 영역에서 배제되고 만다. 체제불법은 이처럼 공동체 안에 사회적 소수자를 만들어내는 역사에 해당한다. 과거청산은 앞서 본 대로 기본권보장도구이자 민주주의 법공동체로서 국가의 정체성을 확인하는 과정에서 공동체의 영역에서 배제되었던 과거사 피해자들에게 일차적인 피해를 전보하는 것에서 더 나아가 실질적으로 삶의 조건을 평등한 수준으로 보장하는 방안을 모색하는 데에 이르게 된다. 즉 과거청산은 역사적인 맥락에서 적극적 평등실현조치로 작동하여 공동체 구성원들 사이의 평등이라는 가치를 제고한다.[18)]

마. 공동체의 발전전략

---

17) Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996년, 147쪽; 형사처벌을 통한 과거청산에 비판적인 견해로는 안병직, 같은 논문, 35쪽 및 이남희, "진실과 화해: 남아공의 과거청산", 세계의 과거사 청산, 푸른역사, 2005년, 165쪽 등 참조. 안병직은 이처럼 반대하는 이유로 과거청산을 통하여 극복하여야 하는 것은 역사나 실체가 아니라 권위적인 문화이기 때문이라고 한다. 안병직, 같은 논문, 34쪽 참조. 본문에서 볼 수 있듯이 안병직은 형사처벌을 통한 과거청산 과정에서도 권위적인 문화가 극복될 수 있다는 점을 간과하고 있다.

18) 엄찬호, 같은 논문, 265쪽; 전현수, "민주화 이후의 과거청산", 한국행정학회 2009년도 목요국정포럼 특집, 2009년, 267쪽

체제가 전환됨에 따라 가치가 서로 충돌하고 갈등이 심화된 법공동체에서 과거청산은 앞서 본 작용들, 즉 ① 일관성 있는 자기이미지 정립, ② 인간의 존엄성 회복, ③ 평등의 가치 제고, ④ 민주주의 원리 확인 등을 통하여 국가의 내부적인 결속을 다지고 새로운 동력을 발생시키는 발전전략으로 작용한다.[19] 과거청산을 통하여 법공동체가 자기기억을 완성하는 단계에 이르면 그 구성원들 사이에서는 가치질서에 대한 공감대가 형성되고 소모적인 분열을 피할 수 있게 된다.

2. 과거청산의 유형

앞서 본 대로 과거청산에서 다루는 내용은 과거의 사실관계를 확인하고 그에 대한 역사적 평가를 다시 하는 진상규명으로부터 사법적 평가를 가능하게 하는 형사처벌에까지 이르는데 구체적인 과거청산의 법제에서 어떤 제도를 포함할 것인지는 그 나라의 정치적 상황에 따라서 달리 결정된다.[20] 국가에 따라 과거청산이 이루어지는 형태는 다르지만 대개는 청산의 대상이 되는 과거사의 조사·진상규명, 피해자의 명예회복 및 생활지원, 가해자의 형사처벌, 과거사에 대한 기념사업 및 교육 등을 포함한다.[21] 일부 견해는 과거청산과 관련된 법률을 그 내용에 따라 종결모델(Schlußstrichmodell), 형사소추모델(Strafverfolgungsmodell), 화해모델(Aussöhnungsmodell)의 세 가지로 구분한다.[22] 다른 견해는 정의모델,

---

19) 특히 내전을 겪은 엘살바도르의 과거청산 사례를 통해 이러한 가치를 발굴하고 있는 노용석, “발전전략으로서의 과거청산: 엘살바도르 이행기 정의의 특수성 사례 분석”, 이베로아메리카 제13권, 2011년, 41~67쪽 참조

20) 정근식, 같은 논문, 12쪽에서는 이처럼 과거청산 법제의 내용에서 차이가 생기는 원인을 청산 주체의 권력이 얼마나 안정되어 있느냐에서 찾고 있다.

21) Elster, 같은 논문, 23, 24쪽; 안병욱, “한국 과거청산의 현황과 과제”, 역사비평 제93호, 2010년, 48, 49쪽; 전세계의 사례를 서로 비교하여 다양한 유형의 과거청산을 대조하고 있는 조병선, “한국의 5·18 과거청산모델의 국제비교”, 민주주의와 인권 제1권, 2001년, 373~383쪽 참조

22) Albin Eser et al., *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht－Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2001) 6쪽. 이 견해는 다시 과거의 체제불법에 대하여 아무런 형사법적 처리를 하지 않은 에스파냐, 러시아, 가나 등을 절대적 종결모델로, 제한

진실화해모델, 혼합모델, 망각모델, 신원모델 등으로 구분하기도 하고,[23] 기소정리, 관용정리, 망각정리의 세 가지로 구분하는 견해도 발견된다.[24]

과거청산의 대상이 되는 체제불법의 주체에 따라서는 외국정부가 저지른 위법을 청산하는 경우와 자국 정부가 저지른 위법을 청산하는 경우로 나누어 볼 수도 있다. 한층 더 구체적으로는 과거사를 둘러싼 역사적 맥락이나 국제적 요인과 국내적 요인의 비중을 종합적으로 고려하여 식민 지배의 유산, 분단 체제 형성기의 학살, 권위주의 정권 아래의 인권 침해 등으로 구분하는 견해가 있다.[25] 분류방법은 다양할 수 있으나 과거청산의 법제를 국제적인 규모에서 교차연구하면 다음과 같은 구성요소들을 발견할 수 있다:[26]

(1) 과거사의 언급을 금지
(2) 과거사의 조사보고서 발간
 (가) 피해자들의 명단, 피해사실 확인
 (나) 가해자들의 명단, 가해사실 확인
(3) 피해자들에 대한 기념사업
(4) 과거사에 대한 교육
(5) 피해자들에 대한 손해배상
 (가) 재산의 환부, 재산적 손해의 배상

된 범위 안에서 과거의 체제불법에 대한 형사법적 처리를 추진한 대한민국, 체코, 불가리아, 폴란드, 헝가리, 아르헨티나, 칠레 등을 상대적 종결모델로, 끈질기게 체제불법에 대한 형사소추를 추진한 독일, 포르투갈, 르완다 등을 형사소추모델로, 남아프리카공화국과 과테말라를 화해모델로 분류하고 있다. 체제불법에 대한 형사소추 여부가 매우 중요한 기준으로 작용한 분류법임을 알 수 있는데, 나치 독일과 독일민주공화국에 대한 처벌을 끈질기게 추진하고 있는 독일의 자부심을 강하게 느낄 수 있는 분류법이다. 비슷하게 과거청산 모델을 정의모델(보복적 정의), 진실화해모델(화해적·회복적 정의), 배상모델(배상적 정의)로 나누고 있는 이영재, 같은 논문, 136쪽 이하 참조.

23) 이재승, 국가범죄, 앨피, 2010년, 31쪽 이하

24) 양동훈, 같은 논문, 48쪽 이하 참조. 이 논문 50쪽의 표는 각 유형에 따라 수반되는 과거청산 요소(접근방법)를 정리하여 과거청산의 실증적인 유형화가 가능한 기초를 마련하고 있다.

25) 정근식, 같은 논문, 45, 46쪽

26) Elster, 같은 논문, 21~27쪽; 노용석 외 3인, 과거사문제의 미래지향적 치유·화해방안에 관한 연구 용역(2014년도 국민대통합위원회 연구용역사업보고서), 국민대통합위원회, 2014년, 96, 97쪽

(나) 신체적, 인격적 손해의 배상
(6) 피해자들의 잠정적으로 상실한 기회보상(취업지원, 교육지원)
(7) 피해자들의 복권
(8) 가해자들의 공민권 제한
(9) 가해자들의 재산박탈
(10) 가해자들의 형사처벌
(가) 공소시효의 연장 또는 단축
(나) 특별법원의 설치
(다) 증명책임의 전환
(라) 소급입법
(11) 가해자들에 대한 사면
(12) 가해자들의 피해자들에 대한 사죄

헌법학의 입장에서는 위의 구성요소들을 기본권과 얼마나 관련되었는지에 따라 분류하여 유형별로 접근하는 것이 적절하다. 가장 크게는 기본권 주체에게 수익적인지 또는 침익적인지 여부에 따라 구분할 수 있다. 침익적인 구성요소들은 다시 제한하는 기본권의 내용에 따라 구분할 수 있는데, 특히 대한민국헌법에서는 형사처벌을 통한 기본권 제한의 특칙으로 평가할 수 있는 죄형법정주의를 수용하고, 다른 기본권과 달리 참정권과 재산권은 소급하여 제한할 수 없다는 명시적인 예외를 두고 있으므로 형사처벌이나 재산의 박탈을 목적으로 하는 법률은 일응 서로 구분되는 유형으로 인정할 수 있다. 이들은 가해자들이 일응 헌법과 법률에 따른 보호를 받는 이익을 침해한다는 점에서 엄격하게 합헌성-위헌성을 심사하는 것이 당연하다.

수익적인 구성요소들은 피해자들에게 취업이나 교육을 지원하고 생활금을 지원하는 등 사회보장적 급부를 제공하는 것인데 이는 일응 다른 사람들과 평등의 문제로 연결될 수 있는 동시에 국가에게 재정적인 부담을 안겨주는 일이므로 헌법에서 근거가 마련되어야 할 필요가 있다. 재정적인 부담을 안겨주는 점에서는 피해자들에게 손해를 배상하는 방안도 비슷한

수준의 관련성을 가지지만, 이 경우에는 사회보장적 성격이 없으므로 논의의 방향이나 합헌성-위헌성의 심사기준이 다소 달라질 것이다.

이 논문에서는 이러한 분류에 따라 대한민국의 과거청산을 위한 특별법도 일응 그 내용을 기준으로 진상규명과 기념사업을 목적으로 하는 부류, 피해자들에 대한 손해의 배상이나 생활지원을 목적으로 하는 부류, 가해자들에 대한 권리제한 및 형사처벌을 목적으로 하는 부류로 나누어 검토한다.

제 3 절 대한민국의 과거청산 입법 사례

이 논문의 연구대상이 되는 대한민국의 과거청산 법률들을 간단하게 소개하고, 그 특징을 이해할 수 있도록 해당 법률이 다루는 대상 사건, 과거청산을 달성하고자 해당 법률이 채택하고 있는 방안 등을 기준으로 이를 분류하여 제시한다.

1. 대상 사건에 따른 분류

가. 일제강점기 식민지배를 대상으로 하는 과거청산 법률

친일 청산에 대한 논의는 해방 이전부터 이루어졌는데, 1941년 대한민국 임시정부에서 선포한 건국강령은 '적에게 부역한 자와 독립운동을 방해한 자에게는 선거권과 피선거권을 주지 않는다.'라는 내용을 담고 있었고,[27] 남조선 과도입법의원의 부일협력자·민족반역자·전범·간상배에 대한 특별법률조례에서도 독립운동을 방해한 사람에게 "사형, 무기 또는 10년 이하의 징역"의 벌과 "그 재산의 전부 혹은 일부를 몰수하거나 5년 이하

27) 대한민국임시정부 대한민국건국강령 제3장 건국에서 다음과 같이 정한다: "4. 건국기의 헌법상 인민의 기본권위와 의무는 좌열 원칙에 의거하고 법률로 영정시행함…바. 적에 부화한 자와 독립운동을 방해한 자와 건국강령을 반대한 자와 정신이 결함된 자와 범죄판결을 받은 자는 선거와 피선거권이 없음." 국사편찬위원회 한국사데이터베이스(http://db.history.go.kr/)에서 검색(2016. 1. 12. 21:17 최종확인)

의 공민권을 박탈"한다는 벌을 정하고 있었다.[28] 제헌국회에서는 헌법의 제정에 착수함과 동시에 해방 이전의 악질적인 반민족행위는 처벌할 수 있다는 조항을 헌법 부칙에 두고,[29] 여기에 근거하여 반민족행위처벌법을 제정하였다. 이러한 법령의 제정목적은 반민족행위처벌법의 제정과정에서 논의된 대로 "애국선열을 위로하고 민족정기를 바로 잡기 위해 일제하의 반민족행위자를 처벌[30]"하는 데에도 있었지만, 정부를 구성하는 과정에서 "공무원의 채용에서 일제하 반민족행위자들을 제외[31]"하는 데에도 있었다. 반민족행위처벌법은 시행 중에도 마찰을 겪다가 한국전쟁 중에 폐지되었다.

한국전쟁 중 반민족행위처벌법이 폐지된 이후 일제강점기 친일반민족행위에 대한 조사는 민족문제연구소 등 민간단체가 주축이 되고 있었는데 2003년 12월 국회 예결위에서 민족문제연구소가 추진하던 친일인명사전 편찬사업에 배정된 예산 5억 원을 전액 삭감하는 일이 일어났고, 이에 대한 비판여론에 힘입어 2004년 3월 국회에서 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법이 제정되었다.[32] 한편 대한민국 정부는 2000년 들어 지적전산망을 조회하여 조상 명의의 토지를 찾아 돌려주는 "조상땅 찾아주기" 사업을 실시하였는데, 이 과정에서 몇몇 친일반민족행위자의 후손들이 조상 명의로 된 토지를 찾고자 소송을 시작하였다. 이러한 사정이 알려지자 친일반민족행위자의 후손들이 시작한 소송을 저지하여야 한다는 입법청원이 있었고 이에 따라 친일반민족행위자의 재산을 국가에 귀속시키는 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법이 2005년 12월 제정

---

28) 부일협력자·민족반역자·전범·간상배에 대한 특별법률조례안 제1조 및 제2조: "제1조 일본 또는 기타 외국과 통모하거나 영합협조하여 국가와 민족에게 화해(禍害)를 끼치거나 독립운동을 방해한 자를 민족반역자로 함. 제2조 전조의 죄는 사형, 무기, 10년 이하의 징역에 처하고 그 재산을 전부 혹은 일부를 몰수하거나 5년 이하의 공민권을 박탈함." 국사편찬위원회 한국사데이터베이스에서 검색(2016. 1. 12. 21:36 최종확인). 이 법률안은 남조선과도입법의원에서는 가결되었으나 미군정 장관이 인준을 거부하여 시행되지 못하였다.

29) 대한민국헌법(1948. 7. 17. 헌법 제1호로 제정된 것) 제101조

30) 허종, "제헌국회의 「반민족행위처벌법」의 제정과 그 성격", 대구사학 제57권, 1999년 6월, 11쪽

31) 허종, 같은 논문, 12, 15쪽; 이동일, "1948~49년 반민특위의 구성과 피의자 기소 내용에 관한 분석", 한국민족운동사연구 제17호, 1997년 12월, 408쪽

32) 친일반민족행위자재산조사위원회, 친일재산조사, 4년의 발자취, 2010년, 25쪽

되었다.

같은 시기 일제강점기 우리 국민이 입은 피해를 확인하기 위한 일제강점하강제동원피해진상규명등에관한특별법이 제정되어 현재는 대일항쟁기강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법으로 이름을 바꾸어 효력을 유지하고 있다. 또한 그전부터 일본군위안부 피해자를 지원하기 위해 1993년 제정되어 효력을 발휘하고 있던 일제하일본군위안부에대한생활안정지원법이 일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률로 이름을 바꾸고, 기념사업까지도 내용으로 담아 현재까지 이어지고 있다.

나. 한국전쟁 시기 국가범죄를 대상으로 하는 과거청산 법률

해방 이후 한반도는 이념대립이 격화되어 이내 한국전쟁의 전화에 휩싸였다. 서로 다른 민족 사이에서 일어난 전쟁이 아닌데다가 다국적군이 참여하는 전쟁으로 발전하면서 피아를 구분할 수 없다는 이유 등으로 불필요하게 민간인이 학살되는 사례가 여러 번 나타났는데, 이 시기 국군의 민간인 학살로 인한 피해의 진상을 규명하기 위한 법률로 거창사건등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법과 제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법이 제정되었다.

다. 3·15부정선거를 대상으로 하는 과거청산 법률

초대 대통령이었던 이승만 대통령은 정권을 연장하기 위하여 3·15부정선거를 저질렀고 결국 4·19혁명의 요구에 밀려 퇴진하게 되었다.[33] 정권이 교체된 뒤 3·15부정선거에 가담하거나 부정선거와 관련하여 사람을 살해하는 등 불법을 자행한 자들을 처벌하기 위하여 부정선거관련자처벌법이 제정되었다.

---

33) 3·15부정선거의 전개 및 이승만 대통령의 책임에 대하여는 서중석, “이승만과 3·15부정선거”, 역사비평 제96호, 2011년 8월 참조

라. 군사독재 시기 국가범죄를 대상으로 하는 과거청산 법률

유신체제 말기였던 1979년 10월 부산·마산 등 경상남도 일대에서 유신체제에 대항하는 '부마민주항쟁'이 있었으나 계엄령으로 동원된 군인들에게 강제로 진압되었다. 이듬해 일어난 5·18민주화운동과 마찬가지로 부마민주항쟁에서도 다수의 사상자가 발생하였다.[34] 그럼에도 1990년에 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률이 제정된 것과 달리 2013년이 되어서야 부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률이 제정되었다.

박정희 대통령이 암살된 직후인 1979년 12월 12일 전두환 당시 보안사령관은 군사반란으로 정승화 육군참모총장을 불법체포하면서 권력을 손에 넣었다. 그때부터 1980년 5월 18일을 전후하여 광범위한 지역에 걸쳐 계엄령 철회와 정권퇴진을 요구하는 민주화운동이 있었으며, 이를 진압하기 위해 전두환 보안사령관은 권력기반인 군사력을 동원하여 광주의 시민들을 학살했다. 이후 전두환 보안사령관은 대통령에 취임하지만, 퇴임 이후 1997년 4월 17일에는 집권 과정에서 행사한 부당한 무력에 대하여 내란수괴죄 등의 유죄판결이 확정되었다. 군사반란과 계엄, 민주화운동과 시민학살로 이어진 위 사태는 비단 전두환 대통령 한 사람만의 문제가 아니며, 수많은 정치군인이 군사반란에 가담하여 나타난 결과였다. 그럼에도 그들에 대한 사법적·정치적인 판단이 전혀 이루어지지 않았으므로, 이를 요구하는 시민단체의 요청은 계속되었다.[35] 결국 이러한 요청에 답하기 위해 국회는 1990. 8. 6. 5·18민주화운동으로 인한 희생자에게 그 피해를 보상하고 명예회복에 필요한 조치를 할 수 있도록 광주민주화운동관련자보상등에관한법률을 제정하였고, 현재 이 법률은 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률로 명칭이 변경되어 효력을 유지하고 있다. 또한 군사반란에 책임이 있는 사람들을 처벌하기 위하여 5·18민주화운동 등에 관한 특

---

34) 부마민주항쟁의 경과에 대하여는 김하기, 부마민주항쟁, 민주화운동기념사업회, 2004년 참조

35) 박원순, "5·18특별법의 쟁점 및 5·18관련자 재판", 5·18민주항쟁과 법학, 5·18기념재단, 2009년, 329쪽

별법과 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법이 제정되어 현재까지 그 효력을 유지하고 있다. 또한 5·18보상법을 바탕으로 더 나아가 민주화운동과 관련된 사람과 그 유족의 보상을 위한 일반법으로서 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률이 제정되었으며, 기존의 5·18보상법만으로는 5·18민주화운동에 참여한 사람들과 그 가족들에 대한 보상과 지원이 미흡하다는 지적이 있어 교육지원·취업지원·의료지원 등을 추가로 보장하는 광주민주유공자예우에관한법률이 2002. 7. 27. 제정되었고, 5·18민주유공자예우에 관한 법률로 이름을 바꾸어 현재까지 효력을 유지하고 있다. 이 시기 군사정권으로부터 자행된 피해를 보상하기 위하여 삼청교육피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률이 2004년 7월 제정되기도 하였다.

그 밖에도 개별적인 사건의 진상을 규명하고 피해자를 지원하기 위한 법률로서 10·27법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률, 6·25전쟁 납북피해 진상규명 및 납북피해자 명예회복에 관한 법률, 한센인피해사건의 진상규명 및 피해자생활지원 등에 관한 법률, 제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법, 동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 특별법 등이 제정되어 있다.

2. 과거청산의 방법에 따른 분류

가. 명예회복 및 진상규명을 목적으로 한 법률

앞서 본 대로 과거청산을 내용으로 하는 법률은 기본권과 관련된 정도에 따라 구분할 수 있는데, 재산권이나 신체의 자유와 같이 대한민국헌법에서 제한의 방법에 관한 특칙을 마련하지 않은 기본권을 제한하는 과거청산 법률의 유형으로 명예회복과 진상규명을 목적으로 한 법률들을 들 수 있다. 진상규명과 이를 통한 피해자의 명예회복은 과거청산 중 가장 기초적인 내용으로서 다른 유형의 과거청산 법률에서도 일부 포함하는 것이기도 하다. 그러므로 과거청산의 방법에 따라 법률을 분류하는 경우에는

서로 배타적으로 분류되는 것은 아니고 일부 포함관계에 놓일 수 있다. 대한민국의 과거청산 법률 중 명예회복 및 진상규명을 주된 목적으로 하는 법률에는 동학혁명명예회복법, 반민족규명법, 거창사건법, 의문사특별법, 과거사정리법이 있다. 다른 분류에 속한 법률들에 비하여는 기본권을 제한하는 성질이 미약하고, 기본권을 제한하는 경우 통상적인 과잉금지원칙 등을 통하여 위헌성을 심사할 것이다.

나. 피해의 배상과 보상을 목적으로 한 법률

과거청산 법률은 앞서 본 내용의 국가범죄로 피해를 입은 사람들에게 그 피해를 배상하는 내용을 담고 있는바, 이는 기본권보호의무의 요청에 따른 것으로 볼 것이다. 평등원칙 또한 피해의 배상과 보상을 통하여 과거를 청산할 것을 요청하는데, 국가범죄로 피해를 입은 사람들은 국가공동체 속에서 누릴 수 있는 삶의 기회가 크게 제한되기 때문에 뒤늦게 이를 제고·보충하고자 하는 것은 실질적 평등을 실현하려는 성질을 가지게 되기 때문이다. 피해의 배상과 보상을 주된 목적으로 하는 법률에는 위안부피해자법, 강제동원조사법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법, 민주화보상법, 삼청교육피해자법, 4·3사건법, 10·27법난법, 한센인사건법 등이 있다. 이처럼 피해를 배상하는 수익적인 내용을 담고 있는 법률에 대하여는 수익자 집단을 비슷한 처지의 다른 집단과 달리 대우하는 것이 적절한지 평등권·평등원칙의 문제가 중요하게 다루어진다.

다. 가해자의 형사처벌 등을 목적으로 한 법률

국가권력을 남용하여 다른 사람에게 피해를 준 가해자에게 그 행위에 대하여 직접 책임을 묻는 것이 궁극적인 형태의 과거청산에 해당할 것이다. 이는 행위에 결과가 따른다는 보편적인 논리·윤리원칙으로부터 요청되는 것이다. 이때 책임의 형태는 여러 가지로 나타날 수 있다. 기존의 법체계에 따른 형벌을 부과하는 것은 그 중 가장 대표적인 사례일 것이고,

그 밖에도 피해자들에 대하여 사죄하게 하거나, 재산을 박탈하거나, 국가공동체로부터 추방하는 경우도 있을 수 있다. 대한민국의 과거청산 법률 중에서 형사처벌 등의 방법으로 권익을 직접 제한하는 것을 주된 목적으로 하는 법률에는 반민족행위처벌법, 부정선거관련자처벌법, 5·18민주화운동법, 친일재산귀속법 등이 있다. 주로 형사처벌이 문제되므로 형사법 분야의 헌법원칙인 형벌불소급원칙이 주의 깊게 다루어져야 하고, 친일재산귀속법과 관련하여서는 대한민국헌법이 재산권의 소급제한에 대한 특례를 마련하고 있으므로 그 특례의 의미에 대하여도 살펴야 한다.

3. 가해자에 따른 분류

가. 외국 정부가 국민을 대상으로 불법을 저지른 경우

한국 근현대사의 가장 큰 특징으로 들 수 있는 것 중 하나는 식민지배를 당한 경험이 있다는 것이다. 일제강점기 일본제국주의의 식민지배를 받고 있던 조선에서 조선인들은 일본인들에 비해 여러 가지 차별적인 대우를 받는 것은 물론이고 각종 반인륜적 행위로 인권을 유린당하는 피해를 입었다. 이 시기의 피해는 외국 정부인 일본제국주의가 대한민국 국민을 대상으로 저지른 반인륜적 범죄로부터 비롯된 것인바, 불법을 저지른 주체와 관련하여 뒤에서 보듯이 구별할 만한 실익이 있다. 동학혁명명예회복법, 위안부피해자법, 강제동원조사법, 친일재산귀속법, 반민족규명법, 반민족행위처벌법 등 일제강점기 식민지배를 대상으로 한 과거청산 법률이 모두 여기에 해당하는데, 피해자에게 대한민국이 지급하는 보상금 등의 사회보장적 급여의 성질·내용면에서 가해자가 대한민국 정부인 경우와 차이가 있다.

나. 대한민국 정부가 국민을 대상으로 불법을 저지른 경우

대한민국은 정부가 수립된 이후 민주공화국의 정체(政體)를 천명하였지

만, 정치현실에서는 외부로부터 유입된 민주주의가 바로 뿌리내리지 못하고 오랜 기간 동안 부정선거와 군부독재에 시달린 경험이 있다. 이 시기 국민은 민주주의를 올곧게 실현하기 위하여 독재정권에 수차례 맞섰던바, 독재정권은 국민을 대상으로 무력을 행사하여 사상자를 내기까지에 이르렀다. 민주주의가 확립된 이후 대한민국 정부는 자신의 정체인 민주공화국을 지키기 위해 나선 국민이 입은 피해를 보상하고, 국민에게 피해를 입힌 체제불법의 행위자들을 처벌하는 법률을 제정하였다. 앞서 살펴 본 대로 부정선거 및 군사독재와 관련된 과거청산 법률로서 부마항쟁보상법, 5·18보상법, 민주화보상법, 5·18민주화운동법 등이 여기에 해당한다. 한편, 한국전쟁 시기 일어난 민간인 학살과 관련된 법률로서 거창사건특별법과 4·3사건법도 대한민국 정부가 국민을 대상으로 불법을 저지른 경우를 다루는 과거청산 법률에 해당한다.

제 4 절 과거청산 법률의 심사기준

1. 개설

과거청산은 체제가 변환되는 시기에 헌법적 요청에 따라 필연적으로 뒤따르는 과정이다. 법제도적으로 이루어지는 과거청산은 공권력의 형태를 갖춘 것이므로 다른 국가권력의 행사와 마찬가지로 헌법원리를 준수하여야 한다. 법률의 형식을 갖추는 경우 기본권 제한의 법률유보원칙이나 명확성원칙, 신뢰보호원칙, 과잉금지원칙과 같은 일반적인 이론이 다른 영역과 마찬가지로 적용된다.[36] 과거청산이 절실한 헌법적 요청에 따라 이루어진다는 사정은 개별적인 심사에서 공익의 중요성·정당성에 투영되어 고려할 따름이다.

기본권관련성에 따라 공권력의 행사가 따라야 할 헌법원리의 내용이나 심사강도에 차이가 발생하므로 앞서 제3절에서 본 과거청산 법률의 분류

36) 배정훈 외 2인, “기본권의 관점에서 바라본 ‘과거청산 특별법’－2010년 7월에서 2011년 6월까지의 헌법재판소 결정을 중심으로－”, 공익과 인권 제9호, 2011년, 292, 307쪽

에 따라 과거청산 법률의 심사기준에도 차이가 발생한다. 형사처벌을 주된 내용으로 하는 과거청산 법률의 경우 개인의 자유를 제한하는 정도가 극히 중대하므로 위와 같은 일반적인 헌법원칙이 한층 더 엄격하게 적용되어야 할 뿐만 아니라 형사법분야의 일반원칙인 죄형법정주의와 그 하위원칙인 형벌불소급원칙에 대해서도 특별한 관심을 기울여야 한다. 재산이 삶을 형성하는 기초적인 조건이 된다는 점에서 정의롭지 못한 재산을 몰수하는 내용의 법률도 엄격하게 헌법원칙에 따라 심사하여야 하며, 특히 대한민국헌법에서 재산권에 대하여 특별히 마련한 심사기준인 소급제한금지원칙, 공용침해의 법리 등의 검토가 필요하다. 상대적으로 기본권을 제한하는 정도가 가벼운 진상규명을 주된 내용으로 하는 과거청산 법률은 일반적인 헌법원리를 한층 너그럽게 적용하되, 체제불법의 사실관계를 밝힘에 따라 결과적으로 기본권이 제한되는 점뿐만 아니라 사실관계를 밝히기 위한 조사방법으로 인하여 제한되는 기본권도 검토하여야 한다. 체제불법의 피해자에게 피해를 배상하는 법률은 기본권을 제한하기보다 오히려 피해자들을 위자할 권리를 형성하는 성질을 가지고 있으므로 기본권보호의무의 이행 여부를 심사하는 과소보호금지원칙에 특별한 관심을 기울여야 한다.

2. 평등권 또는 평등원칙

가. 의의

대한민국헌법은 모든 국민은 법 앞에 평등하며, 성별·종교·사회적 신분으로 인하여 차별을 받지 않는다고 정하여(제11조) 기본권으로서는 평등권을, 국가의 기본원리로는 평등원칙을 인정하고 있다. 평등의 의미에 대하여 일의적이고 이해하기 쉬운 설명은 기대하기 어렵다. 가장 널리 알려진 기본적인 의미는 정당한 이유 없이 차이를 두지 않는 것이고, 복잡하게는 차이를 인정할 수 있는 규모와 범위를 결정하는 것이다.[37] 이러한 평등권

37) 임재경, “평등권의 헌법상 구현”, 서강법학 제9권 제2호, 2007년, 332~335쪽

또는 평등원칙에 대한 요청은 제도의 측면에서는 국가의 공권력이 정당하게 행사되리라는 기대와 맞닿아 있는 한편, 권리의 측면에서는 모든 사람이 공유하고 있는 존엄성의 보편성에 기대고 있다.[38] 때문에 평등권과 평등원칙은 법치주의와 민주주의가 견고하게 유지되기 위한 전제로서 중요한 가치를 가진다.

나. 심사기준

헌법재판소는 평등권이 위헌성을 심사하는 기준으로 등장하는 경우 자의금지원칙과 과잉금지원칙이라는 두 가지의 심사기준을 상보적으로 사용하고 있다. 자의금지원칙이란 "본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게" 대우했는지 심사하는 것으로 구체적으로는 "차별이나 동등대우를 위한 합리적 근거"가 없는 것이 현저한 경우 위헌에 이른 것으로 판단하게 된다.[39] 과잉금지원칙은 다른 자유권적 기본권을 심사하는 기준과 마찬가지로 평등권이 제한되는 경우에도 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성과 같은 요건이 충족되어야 합헌으로 인정할 수 있다는 내용이다. 헌법재판소는 자의금지원칙과 과잉금지원칙 중 어느 것을 위헌심사기준으로 활용할 것인지는 입법자에게 주어진 입법형성권과 결부되어 있는 것으로 보고 있다. 예컨대 "헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다."[40]

이러한 헌법재판소의 태도는 언뜻 보기에는 서로 구별되는 두 개의 기

---

38) 김종철, "공화적 공존의 전제로서의 평등", 헌법학연구 제19권, 2013년, 33쪽

39) 정태호, "헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성", 헌법학연구 제19권, 2013년, 84쪽; 임재경, 같은 논문, 337, 338쪽

40) 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정; 정태호, 같은 논문, 89, 94쪽에서는 그러나 헌법재판소가 이러한 태도를 일관하여 유지하지 못하고 있음을 지적하고 있다.

준을 상황에 따라 선택적으로 적용하는 것으로 보이지만 사실 위 심사기준들은 차별의 근거와 차별로 인하여 기본권이 제한되는 정도라는 두 요소를 연속적으로 고려하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 자의금지원칙을 적용하는 경우 헌법재판소는 이미 '관련 기본권에 대한 중대한 제한'이 발생하지 않고 있음을 (소극적으로라도) 확인하여야 하기 때문이다. 자의금지원칙은 차별이 합리적 근거가 없는지를 확인하기 위하여 차별의 목적이나 이유만을 확인하는 것이 아니라 차별로 인하여 기본권이 제한되는 정도가 미미하다는 양적인 판단까지 포함하는 심사기준인 것이다.[41] 이렇게 이해한다면 평등권에 대한 헌법재판소의 태도는 평등권에 대한 공권력의 제한과 이로써 달성하고자 하는 공익 사이의 헌법적 균형을 찾는 방법으로서 유효성을 가지게 된다.

다. 심사기준의 수정

과거청산을 위한 법률은 앞서 본 바와 같이 다른 유형의 법률과 구분되는 특징이 있으므로, 이와 관련하여 평등권을 침해하거나 평등원칙에 어긋나는지 심사할 때에는 다음과 같은 사항을 추가로 고려하여야 한다.

헌법재판소는 특별히 헌법이 평등을 요구하는 경우에는 입법형성권이 축소되어 엄격한 심사척도인 과잉금지원칙에 따라 평등권의 침해 여부를 살펴야 한다고 보고 있으므로 마찬가지로 특별히 헌법이 차별적 대우를 요구하는 영역에서는 입법형성권이 확대되어 평등권에 대한 제약이 더 폭넓게 인정될 수 있다.[42] 이러한 해석은 서로 대립되는 요청이 그대로 담겨진 헌법을 통일된 규범체계로 읽기 위한 불가피한 방법이다. 대한민국헌법은 임시정부의 법통과 4·19혁명의 민주화이념을 계승할 것을 밝히고 있으므로 민주국가로서 자기정체성을 확립하려는 과거청산 법률들의 입법목적은 그로 인한 차별적 대우를 정당화하는 차별의 목적 및 근거로서 특별

---

41) 정태호, 같은 논문, 110쪽 이하에서는 특히 헌법재판소의 종전 태도와 같이 평등권에 대하여 양극적인 심사기준을 적용하는 것이 가져오는 위험성에 대해서 논의하면서 하나의 연동적인 심사기준을 마련할 필요가 있다고 지적한다.

42) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌마25 결정

히 고려되어야 한다. 특히 과거사 피해자에게 과거 제약되었던 기회를 보장하여 실질적으로 삶의 수준을 회복시키는 것을 목적으로 하는 피해배상·보상에 관한 법률의 경우에는 다른 집단의 기본권을 합헌적으로 제한할 범위가 더 넓어지게 된다.[43] 오히려 그와 같이 과거사 피해자들의 삶의 수준을 회복시키는 것이 실질적인 평등의 의미에 들어맞기 때문이다. 이에 따라 엄격한 기준에 따라 평등권의 침해 여부를 심사하는 경우에도 침해의 최소성이나 법익의 균형성과 같은 요건들이 일부 완화되어야 할 것이다.

라. 개별사건법률의 문제

다수의 과거청산 법률은－과거사정리법 정도를 제외하면－공통적으로 특정 사건을 적용대상으로 예정하고 있다는 특성을 가진다.[44] 모든 국민이 법 앞에 평등하다는 말은 입법단계에서부터 모든 국민을 평등하게 대우할 것을 요구하므로, 입법자는 법률외부적인 요소로 구분되는 특정 집단에만 적용할 법률을 제정하여서는 아니 된다. 이처럼 법률은 그 내용이 추상적이고 일반적인 것이 원칙이므로 다수의 과거청산 법률들처럼 특정한 사건에 적용하려는 목적을 가진 법률은 이를 적용받는 사람의 평등권을 침해한다는 의심을 받게 된다.[45]

헌법재판소는 5·18민주화운동법의 위헌성을 심사하면서 “특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니며, 이러한

---

43) 정태호, 같은 논문, 100쪽에서는 평등권의 심사기준으로 수정된 과잉금지원칙을 제시하고 국가의 사회정책적 지원을 위한 차별의 경우 국가가 육성목적을 충실히 달성하기 위하여는 필요성(침해의 최소성) 요건을 완화하여야 한다고 지적한다.

44) 예컨대 다음 법률들은 그 명칭으로부터 적용대상으로 예정하고 있는 역사적 사건 또는 인적 집단이 명백하게 드러난다: 반민족규명법, 동학혁명명예회복법, 거창사건법, 친일재산귀속법, 반민족행위처벌법, 부정선거관련자처벌법, 5·18민주화운동법, 위안부피해자법, 강제동원조사법, 부마항쟁보상법, 4·3사건법, 한센인사건법, 삼청교육피해자법 등.

45) 정연주, “처분적 법률의 헌법적 문제”, 미국헌법연구 제18권 제2호, 2007년, 170쪽; 홍완식, “처분적 법률에 관한 연구”, 토지공법연구 제56집, 2012년, 313, 314, 319, 321쪽에서는 이른바 처분적 법률에 개별인 법률, 개별사건 법률, 집행적 법률 등의 개념을 아우르고 있는데 개별인·개별사건 법률의 경우에는 특히 평등원칙이 문제되고, 집행적 법률은 특히 권력분립원리가 문제된다고 설명한다.

차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다."[46]라고 일반론을 전개한 다음, 5·18사건의 경우 당시 집권과정에 개재한 불법적 요소나 올바른 헌정사를 정립하기 위한 과거청산의 요청을 고려하면 개별사건법률의 형식을 정당화할 수 있는 공익이 있으므로 위헌이 아니라고 보았다.

전통적으로 개별사건법률이 평등원칙에 어긋나고 적용할 대상을 미리 정한다는 점에서 권력분립원리에도 어긋난다고 보아 허용할 수 없다는 견해가 지배적이었던 것으로 보이나, 국민의 기본권을 적극적으로 보장하는데 필요한 국가의 기능이 강조되면서 합리적인 이유가 있는 경우 극히 예외적으로 제정할 수 있다거나, 구체적으로 평등원칙과 권력분립원리에 어긋나는지 검토해야 한다는 견해가 다수 등장하고 있다.[47]

앞서 본 대로 개별사건법률의 문제는 입법자에 대한 평등원칙의 구속력으로부터 비롯되는 것이므로 개별사건법률로 보이는 해당 법률이 위헌인지 여부를 사후규범통제 단계에서 검토하는 경우 앞서 본 평등권 또는 평등원칙의 심사로 돌아가야 한다. 즉, 개별사건법률인지 여부는 독자적인 심사기준이 되거나 위헌으로 추단할 사정이 될 수 없고 평등권 또는 평등원칙을 기준으로 위헌성을 따져보아야 한다. 앞서 본 대로 자의금지원칙을 기본적인 기준으로 삼되, 관련 기본권에 중대한 제한이 발생하거나 헌법이 특별히 차별을 금지한 영역에 관하여는 과잉금지원칙을 통한 엄격한 심사기준을 적용할 것이다. 예컨대 헌법재판소 결정에 나타난 의견 중에는 국가적 배려가 필요한 일부 국민을 우선 배려하여 실질적인 평등을 구현하는 단계에서는 개별사건법률을 비롯한 처분적 법률을 한결 용이하게 인정할 수 있지만, 국민의 자유와 권리를 제약하는 경우에는 예외적으로만 합리적인 범위 내에서 허용할 수 있다고 보아 심사기준을 달리하여야 한다고 본 사례가 있다.[48]

---

46) 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2등 결정. 이러한 태도는 주식회사 연합뉴스를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 지원하는 뉴스통신진흥에관한법률의 위헌성을 심사한 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2003헌마841 결정에서도 유지된다.

47) 홍완식, 같은 논문, 319, 323, 324쪽

48) 한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명에 관한 법률의 위헌성을 심사한 헌법재판소 2008. 1. 10. 선고 2007헌마1468 결

3. 소급입법의 정당화

가. 소급입법의 문제

가장 기본적인 법규범의 형식은 일정한 요건사실이나 요건사실의 집합에 특정한 법률효과를 대응시키는 것이다. 이때 특정한 법률효과를 불러일으키는 요건사실은 법규범이 시행된 다음에 발생한 사실로 한정되는 것이 일반적이다. 개인의 입장에서는 국가가 어떤 법률효과를 인정할 것인지에 대하여 사전에 존재하는 법규범을 바탕으로 가지게 된 신뢰를 보호받을 수 없기 때문이며, 법체계의 시각에서는 사후적으로 법률효과를 인정하게 되면 그동안 누적된 사실관계와 이를 바탕으로 한 법률관계에 모두 영향을 주는 결과가 되어 당초 목적이 요구하는 수준을 넘어서는 규모의 변동을 가져오는, 이른바 법적안정성을 해치는 결과가 될 수 있기 때문이다.[49] 이러한 이유로 이미 확정된 사실관계에 법률효과를 결부시키는 이른바 소급입법의 사례는 위헌성을 발생시키는 것이므로 헌법적으로 특별히 정당화할 수 있는 근거가 필요하다. 형사법분야에서는 특수한 형태인 형벌불소급원칙이 인정되고 있는데, 이에 따르면 소급입법으로 형벌을 정하는 것은 예외 없이 허용되지 아니한다.

특히 과거청산을 목적으로 하는 법률의 경우 법적·정치적 권력을 가진 자가 저지른 불법에 대한 반항이 억압되어 뒤늦게 실현하는 이른바 억압

정 중 김희옥, 이동흡 재판관의 반대의견: "오늘날 국민의 실질적 자유와 권리를 보장하려는 실질적 법치주의 및 사회적 법치국가의 요청에 부응하여 국가의 기능과 역할이 증대됨에 따라 일반 법률을 통하여 제대로 구현할 수 없는 국민의 생존과 복지 및 임기응변적 위기관리를 위한 필요에 의해 처분적 법률이 늘어가는 추세이나, 이는 국가적 배려를 필요로 하는 일부 국민에게 우선적 배려를 하는 것이 오히려 평등원칙의 실질적 구현이기 때문이다. 이처럼 국가가 국민의 사회적 기본권을 보장하기 위하여 처분적 법률을 제정하는 것은 합리적 범위 안에서 비교적 폭넓게 인정할 수 있을 것이다. 그러나 국민의 자유와 권리를 제약하는 내용의 처분적 법률은 평등원칙에 위반되므로 원칙적으로 허용될 수 없다. 그러한 처분적 법률이 예외적 필요성에 따라 허용되는 경우에도 차별적 규율이 합리적 이유로 정당화될 수 있는 범위 내로 한정되어야 한다. 그리고 처분적 법률 중 개별인에 대한 법률은 개별사건에 대한 법률의 경우보다 더욱 엄격한 심사척도에 의하여 차별적 규율의 합리적 정당성 여부를 판단하여야 할 것이다."

49) 이창희, 세법강의, 박영사, 2013년, 58쪽; 대법원 1993. 5. 11. 선고 92누14984 판결

된 정의의 특성이 있어 이미 발생한 사실에 대해 법률효과를 대응시킨다는 소급입법의 문제를 피할 수 없게 된다. 법률효과의 내용을 가리지 아니하고 사후적으로 법률효과를 대응시키는 모든 법률이 소급입법에 해당하는 것이지만, 통상 소급입법이라는 이유로 위헌성이 문제되는 경우는 침익적인 효과를 정하는 때로 한정된다.[50] 소급입법의 문제는 법치주의로부터 파생되는 개념인데, 전통적인 의미의 법치주의는 국민의 기본권을 제한하는 사항은 법률로써 정하여야 한다는 방어적인 내용이 핵심을 이루기 때문이다.

나. 심사기준

헌법재판소는 소급입법을 이미 확정된 사실관계에 대한 법률효과를 정하는 진정소급입법과 아직 완료되지 아니하고 진행 중인 사실관계에 대한 법률효과를 정하는 부진정소급입법으로 구분하여 진정소급입법의 경우는 원칙적으로 허용할 수 없으나 예외적인 경우에 허용할 수 있고, 부진정소급입법의 경우는 원칙적으로 가능하지만 특별히 신뢰를 과도하게 침해하는 경우에는 허용할 수 없다는 해석론을 유지하고 있다.[51] 이러한 태도는 현재의 법규범 상태 및 사실관계의 장단에 대한 사람들의 신뢰와 소급입법을 통하여 달성할 공익을 합리적으로 형량한 것으로 대부분의 견해로부터 인정받고 있다.

과거청산 법률의 경우 앞서 본 과거청산의 특징 때문에 필연적으로 진정소급입법의 형식을 따를 수밖에 없다. 때문에 헌법재판소의 종래 태도를 그대로 과거청산 법률에 적용하는 경우에는 과거청산을 원칙적으로 허용할 수 없다는 결론에 이르게 되므로 소급입법에 관한 헌법재판소의 해석

---

50) 예컨대 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌마196 결정: “신법이 피적용자에게 유리한 경우에 이른바 시혜적인 소급입법을 할 것인지의 여부는 입법재량의 문제로서 그 판단은 일차적으로 입법기관에 맡겨져 있는 것이므로 이와 같은 시혜적 조치를 할 것인가를 결정함에 있어서는 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우와는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다.” 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌바32 결정 등 참조.

51) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2008헌마413 결정

론은 과거청산 법률에 그대로 적용하기에는 다소 부적절하다. 앞서 본 대로 과거청산이 헌법의 요청에 따른 것으로서 그 정당성·당위성·필연성이 인정된다면 이를 원칙적으로 허용할 수 없게 만드는 해석론을 채택하는 것은 헌법의 규범력을 일부 포기하는 것이나 다름없기 때문이다.

그러므로 과거청산 법률은 헌법재판소의 태도처럼 소급효를 가진다는 이유만으로 위헌성을 추정하여서는 아니 되고, 소급효가 미치는 범위(인적 범위가 단절되는지 또는 아무런 예외를 인정하지 않는지), 소급효가 인정되는 과정 또는 소급효를 배제하는 예외가 인정되는지 여부(법문으로부터 당연히 소급효가 발생하는지 또는 일정한 심사를 거쳐 소급효가 발생하는지), 소급적으로 발생하는 법률효과의 내용(회복할 수 없는 손해가 발생하는지, 간접적·중층적인 손해를 일으키는 성질의 제한인지) 등을 고려하여 결정하여야 할 것이다. 앞서 본 대로 소급입법의 문제는 법의 적용을 받는 개인의 신뢰와 법체계의 법적 안정성과 관련을 맺는 문제이므로 개인의 신뢰가 보호가치 있는지 판단하는 데 고려하여야 할 요소들과 법적 안정성이 영향받는 범위와 정도를 가늠할 수 있는 요소들을 기준으로 위헌성을 판단하여야 한다는 뜻이다. 과거청산을 위한 개별 법률이 이러한 기준에 어긋나 위헌적인 소급효를 가지는지 여부는 다음 각 장에서 검토한다.

	동학혁명명예회복법	반민족규명법	거창사건법	과거사정리법	의문사특별법
조사대상	동학농민혁명 참여자	표2(반민족행위자)	공비토벌 작전 중 희생된 주민	항일독립운동 일제강점기 이후 해외동포사 한국전쟁 민간인 학살 위법·부당한 공권력으로 사망·상해·실종 등 인권침해된 사건 적대 세력의 테러·학살 (확정판결이 있는 경우 제외)	민주화운동과 관련한 의문의 죽음 중 공권력의 행사가 의심되는 경우
조사신청권자	자녀·손자녀·증손자녀·고손자녀	배우자, 직계비속 또는 이해관계인	배우자, 직계존비속 (없는 경우) 형제	희생자, 피해자, 유족, 친족, 특별한 사실을 알고 있는 사람	친족, 특별한 사실을 알고 있는 사람
진술청취	O	O		O	O
자료열람·제공	O			O: 자료·물건의 제출명령가능	O
동행명령		O		O	O
기념사업	O		O	O: 희생자의 명예회복, 복권 권고	
사료편찬		O		O	O
통지 및 이의		O		O	통지는 O 부칙(2002. 12. 5.)
수사의뢰					O
공소시효정지					O
자백감경				O	O
기타		친일행위를 위원 결격사유로 함		공무원에 준하는 결격사유 진실규명 신청기간 제한	공무원에 준하는 결격사유

표 1 진상규명 과거청산 법률의 비교

제 3 장 진상규명과 명예회복에 관한 헌법적 쟁점

제 1 절 개관: 법령의 현황과 문제점

1. 진상규명의 의의

과거청산으로서 진상규명은 과거의 사실관계를 명확히 파악하고 그에 대한 역사적 판단을 다시 내리는 것이다. 달리 말하자면 일정한 시간범위에 걸친 법공동체의 기억을 다시 형성한다. 과거청산을 추진하는 법공동체에서는 과거 집권세력이 자행한 체제불법[52]의 실체에 접근하기가 어렵거나 아예 접근할 수 없는 것이 일반적이어서 진상규명을 하는 것만으로도 상당한 정치적 발전이 이루어졌다고 판단할 수 있다.[53] 체제불법의 피해자들에게 실질적으로 도움이 될 수 있도록 배상·보상하기 위하여나, 체제불법에 직접적인 책임이 있는 가해자들을 형사처벌하기 위해서는 정확한 사실관계를 파악하는 것이 필요하므로, 진상규명은 모든 과거청산의 시작점이기도 하다.[54]

---

52) 체제불법이란 용어의 범주에 대하여도 아직 일의적이고 보편적인 합의에 이른 것으로 보이지는 않는다. 일응 널리 인정되는 내용으로는 법적·정치적 권력의 보유자가 그 권력을 악용하여 저지른 불법으로서 발생 당시에는 그에 대항할 구제수단을 찾기 어려운 경우를 의미한다고 보인다. 예컨대 법무부, 통일독일의 구동독 체제불법청산 개관, 1995년, 45쪽: “행위를 할 당시에는 국가의 권력강제에 의하여 보장되는 총체적 규범질서 속에서 실정법이나 이에 준하는 명령에 근거한 국가행위의 형태로 자행됨으로써 체제 내부에서는 불법으로 평가받지 아니하였지만, 그 체제의 붕괴로 인하여 종전의 가치질서와 법률체계가 전환됨에 따라 비로소 불법으로 평가받는 행위“; 이재승, 같은 책, 2010년, 17쪽: “‘국가범죄’는…국가권력에 의한 중대한 인권유린 행위를 설명하는 용어로 널리 사용되고 있다.” 이른바 ‘이행기 정의’에 관한 이재승, 같은 책, 29쪽도 참조.

53) 예컨대 여전히 의문사 사건에 대하여 답을 얻지 못하는 경우 등이 그러한데, 특히 대한민국의 군사법원은 법원조직법에 따라 설치된 각급법원에 비하여 더욱 손쉽게 영내범죄에 대한 증거를 획득하고 있는바, 이는 아직까지 개선되지 않고 있는 군 조직의 폐쇄성이 큰 원인이다. 이만종, “군사법제도 개혁방안에 관한 고찰”, 법과 정책연구 제6집, 2006년, 322쪽 참조

54) 최광준, “과거청산의 의의와 의문사진상규명에 관한 특별법”, 경희법학 제38권, 2003년, 164쪽; 안병욱, 같은 논문, 48~55쪽; 음영철, “역사적 트라우마의 치료과정”, 한국콘텐츠학회논문지 제13권, 2013년, 301, 302쪽: “역사적 트라우마에 시달리는 사람은 역사로부터 소외되고 사회와 단절된 것이다. 따라서 이들 외상 환자들을 치료하고 회복하기 위한 세 번째 단계는 역사의 진실을 재발견하는 일에서부터 시작되어야 한다.”

과거사 영역에 대한 학술적인 의미의 역사연구가 진행되기 위하여서도 공공기관을 통한 사실조사 등 공신력 있는 수단을 통하여 사실관계를 확인할 필요가 있다. 권력자가 저지른 불법이라는 체제불법의 특성상 가공할 만한 정치적 압력으로 인하여 과거사에 대한 날조된 사실들이 역사연구가들을 호도하기 때문이다.[55]

또한 진상규명은 법공동체의 기억을 재건하는 과정이며 어떤 기억을 선택할지는 법공동체의 가치기준에 달린 것이므로, 진상규명은 해당 법공동체의 핵심가치－대한민국의 경우 인간의 존엄과 가치－를 재확인하는 과정이기도 하다.

2. 진상규명을 내용으로 하는 법령의 현황

표 1은 국가권력으로부터 국민이 피해를 입은 과거사를 다루는 법률 중 진상규명을 주된 목적으로 하는 법률에 해당하는 동학혁명명예회복법, 반민족규명법, 거창사건법, 과거사정리법, 의문사특별법의 내용을 비교한 것이다. 아래에서는 구체적으로 위 각 법률의 내용과 문제점에 대하여 검토한다.

가. 동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 특별법

동학혁명명예회복법은 동학농민혁명을 “봉건제도를 개혁하고 일제의 침략으로부터 국권을 수호하기 위하여(제1조)” 일어난 움직임으로 보고 동학농민혁명에 참여한 사람과 그 유족의 명예를 회복하기 위해 제정되었다. 종래 동학농민혁명은 왕조국가에서는 형사처벌의 대상이 되는 반역행위로 규정되어 비적(匪賊), 비도(匪徒)로 평가되었으나,[56] 역사학계의 연구결과

---

55) 또한 종전의 권력자가 형성한 사회문화적 배경으로부터 정치적 압력과는 별개로 과거의 사실관계를 왜곡하려는 압력이 나타난다. 정치적 압력 이외의 유인으로 인하여 과거사와 관련된 사실관계가 오도되는 사례는 신나치주의와 이를 처벌하는 독일의 법률을 들 수 있다. 김재승, 같은 책, 547~552, 558쪽 이하 참조

56) 고종실록 33권, 32년(乙未, 1895년) 3월 29일(庚子) 5번째 기사: “법무대신 서광범이 아뢰기를, ‘비류(匪類)인 전봉준, 손화중, 최경선, 성두한, 김덕명 등을 신(臣)의 아문(衙

가 축적됨에 따라 이를 반외세·반봉건의 근대 민족운동으로 재평가하여 명예를 회복하려는 것이다.[57] 대한민국헌법(1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 것. 이하 같다)은 전문에서 "모든 사회적 폐습과 불의를 타파"하는 것을 국가적 사명으로 선언하고, 제1조에서 대한민국은 민주공화국이며 주권이 국민에게 있음을 명시하였는바, 반봉건운동으로서 동학농민혁명을 기념하고 그 참여자의 명예를 고양하는 것은 헌법정신에도 부합한다. 폐습이란 이치에 맞지 않는 과거의 부당한 관습을 가리키는 말로 능력주의에 맞지 않는 봉건적인 세습제도, 국민을 수동적인 피지배계층으로 인식하는 지배구조인 왕정체제 등을 포괄하기 때문이다.[58]

나. 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법

일제강점기에 있었던 반민족행위를 밝혀내기 위하여 반민족규명법이 제

門)에서 잡아가두고 신문한 결과 진상을 자복하였습니다. 그러므로 대전회통(大典會通) 추단조(推斷條) 군복기마작변관문률(軍服騎馬作變官門律)의 법조문에 적용시켜 교형(絞刑)에 처하는 것이 어떻겠습니까?'하니, 윤허하였다." 국사편찬위원회, 조선왕조실록 홈페이지(http://sillok.history.go.kr/)에서 검색(최종방문일자: 2015. 11. 22. 18:16)

57) 국회 과거사진상규명에관한특별위원회, 제243회 제5차 과거사진상규명에관한특별위원회회의록, 2003. 12. 8., 4쪽, 윤철상 의원 발언 부분. 같은 회의록, 12쪽에서는 동학농민혁명이 항일운동인지를 두고 견해가 통일되지 않은 모습을 보이고 있으나 뒤에서 보는 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2005헌마119 결정 등을 보면 동학농민혁명에 대하여 반봉건운동, 정치혁명의 성격뿐만 아니라 무장항일투쟁의 성격도 인정하는 것이 주류적 견해로 자리잡았다고 보인다. 법문에서도 동학농민혁명 참여자를 '항일무장투쟁을 전개한 농민 중심의 혁명 참여자'라고 정의하고 있다(제2조 제1호). 동학농민혁명에 대한 평가가 발전하여 온 역사에 대하여는 이병규, "동학농민혁명 기념사업의 역사적 전개와 과제", 역사연구 제28권, 2015년, 54쪽 이하에서 자세히 다루고 있는데, 이에 따르면 1963년 최초로 동학농민혁명에 '혁명'이란 평가를 한 것은 박정희 당시 국가재건위원회 최고회의 의장이 5·16 군사반란을 정당화하려는 의도를 담은 것이었지만, 1980년대를 거치면서 동학농민혁명은 '민중'이 주도적 역할을 한 민중항쟁으로 재평가되어 오늘날에 이르렀다.

58) 예컨대 사회적 신분에 의한 차별은 '헌법제정 당시의 대표적인 사회적 폐습'에 해당하여 '반드시 극복되어야 할 비인도적이고 반민주적이며 반문명적인 질곡'이라고 본 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 99헌마494 결정, 판례집 13-2, 714, 735쪽(재외동포법의 적용대상에서 정부수립 이전의 동포를 제외한 것이 평등원칙에 위반된다는 사례) 참조. 뿐만 아니라 헌법재판소는 "역사적 전승으로서 오늘의 헌법이념에 반하는 것은 헌법 전문에서 타파의 대상으로 선언한 '사회적 폐습'이 될 수 있을지언정…"이라고 설시하여 사회적 폐습을 매우 넓게 해석할 수 있는 여지를 두고 있다(헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9 등 결정: 호주제 위헌 결정).

정되었다. 이 법은 일제강점기에 자행된 민족배반적인 행위를 조사할 친일반민족행위진상규명위원회(이하 '진상규명위원회'라 한다)를 두고, 진상규명위원회는 반민족규명법 제2조에 나열된 친일반민족행위를 한 사람들을 조사하여 사료를 편찬한다(제3조, 제4조). 반민족규명법 제2조에서 정하고 있는 친일반민족행위는 무려 20개호에 걸쳐 나열되어 있는바, 매우 광범하다.[59] 다만, 이 행위들은 일본제국주의의 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지 이루어진 경우에만 친일반민족행위로 인정된다. 이는 입법자가 일본제국주의의 반문명적이고 평화파괴적인 침략계획이 러·일전쟁을 통해서 비로소 외부로 드러났다고 판단하였기 때문이다[60].

다. 거창사건등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법

1951년 2월 9일부터 11일까지 무장공비를 토벌할 목적으로 국군병력이 경남 거창군 신원면에 투입되어 그곳에 거주하던 700여 명의 주민을 학살한 이른바 거창사건이 있었다. 위 사건에 개입한 군 관련자들은 군사법원의 판결로 유죄임이 확인되었음에도 피해자들의 명예를 회복하는 별도의 조치가 이루어지지 않았으므로 이를 위하여 거창사건특별법이 제정되어 1996년 4월 6일부터 시행되었다.[61] 위 법은 국무총리 소속으로 거창사건등관련자명예회복심의위원회(이하 "거창사건위원회"라 한다)를 설치하여

---

59) 당초 김희선 의원이 제안한 법률안에는 '창씨개명을 주창하거나 권유한 행위', '신사를 세우기 위하여 조영위원으로서 활동한 행위'나 '조선사편수회 등에 소속하여 우리 민족의 역사를 왜곡하거나 말살한 행위'가 포함되어 있었으나 국회 과거사진상규명에관한특별위원회에서는 친일반민족행위의 진상규명을 효율적이고 객관적으로 진행하기 위하여 이들 행위유형을 삭제하였다. 일제강점하친일반민족행위진상규명에관한특별법안(의안번호: 2541, 제안일자: 2003. 8. 14., 대표발의: 김희선, 2004. 3. 2. 수정가결) 의안원문, 제2조 제13호, 제14호 및 제24호; 국회 과거사진상규명위원회, 일제강점하친일반민족행위진상규명에관한특별법안 심사보고서, 2004년, 17, 18쪽

60) 친일반민족행위자 재산조사위원회, 친일재산에서 역사를 배우다, 리북, 2010년, 210, 211쪽; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 결정: "러·일전쟁은 일제가 한반도에 대한 지배권을 확보하기 위하여 기도한 침략전쟁으로서 위 전쟁의 결과로 인해 우리 민족은 일본의 식민지로 전락하게 되었다(이하 생략)."

61) 거창사건관련자의 명예회복에 관한 특별조치법안(의안번호: 140507, 제안일자: 1993. 11. 11., 대표발의: 이강두, 1995. 12. 18. 수정가결) 중 제안이유 부분

거창사건으로 인하여 사망한 사람과 그 유족인지 여부를 결정하고, 그들의 명예회복에 필요한 사항 및 위령탑의 건립 등과 관련된 사항을 결정하여 수행하도록 정하고 있다(제3조). 유족으로는 배우자, 자녀, 부모 또는 조부모, 형제자매 등을 정하고 있는데(제7조), 특이한 점은 동학혁명명예회복법과 달리 유족으로부터 등록신청을 받은 다음 거창사건위원회가 사실조사를 할 수 있다는 내용을 정한 조문이 따로 없다.

라. 의문사진상규명에 관한 특별법

민주화보상법, 부마항쟁보상법, 5·18보상법 등 민주화운동에 참여하여 국가범죄로 인한 피해를 입은 사람과 유족들에게 손해를 배상하는 법률들이 제정되었으나 정작 국가범죄의 사실관계를 명확히 밝히는 데에는 미진했다는 지적이 있어 민주화운동과 관련하여 의문의 죽음을 당한 사건의 진상을 규명하기 위한 의문사진상규명에 관한 특별법이 2000년 5월 16일 시행되었다.[62] 대통령 소속으로 의문사진상규명위원회를 두고, 의문사한 사람과 친족관계에 있는 사람이나 특별한 사실을 알고 있는 사람으로부터 진정을 받아 의문사에 해당하는지 여부를 조사한다. 이 법률은 의문사진상규명위원회의 활동이 2004년 12월 31일 종료됨에 따라 2009. 4. 1. 폐지되었다.

마. 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법

앞서 본 진상규명을 위한 과거청산 법률들보다 더 포괄적인 내용의 법률로서 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법이 2005년 12월 1일 시행되었다. 기존의 반민족규명법이나 민주화보상법을 비롯한 과거청산 특별법으로 밝혀지는 진실의 범위가 한정적이고, 도입한 수단이 제각각이므로 이보다 더 포괄적인 규모의 과거사를 체계적으로 정리하려는 목적에 따라 제정되었다.[63] 이에 따라 이 법률에서 다루고 있는 과거사의 범위도 일제강점기

62) 의문사진상규명에관한특별법안(의안번호: 2035, 제안일자: 1999. 8. 2., 대표발의: 이상수, 1999. 12. 28. 수정가결) 중 제안이유 부분

부터 군사독재로 대표되는 권위주의 통치가 이루어진 시기까지 매우 넓은 시간을 대상으로 하고 있다.[64]

또한 조사결과에 대한 결정이나 그에 따른 후속조치에 대하여도 가장 체계적이고 포괄적으로 정하고 있어 과거청산에 관한 일반법으로서 작동할 수 있는 바탕을 마련하고 있다. 진실화해위원회는 신청 내용이 조사대상에 해당하지 아니하거나 그 자체로 허위인 경우에는 각하 결정을(제21조), 조사 결과 진실을 파악한 경우에는 진실규명 결정을(제26조), 진실을 밝히지 못한 경우에는 진실규명 불능 결정을 각각 내려 진실규명 조사 결과를 공표한다(제27조). 진실규명이 이루어진 경우 정부는 희생자, 피해자 및 유가족의 피해와 명예를 회복하기 위하여 적절한 조치를 취할 의무가 있고(제36조), 진실화해위원회는 유죄판결을 받은 희생자·피해자의 특별사면과 복권을 건의할 수 있다(제37조).

바. 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법

반민족행위를 하였다고 인정된 사람 중 일부는 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(이하 친일재산귀속법)이 정하는 바에 따라 그 재산 중 일부가 국가로 귀속된다. 법은 을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약의 체결에 기여하거나(반민족규명법 제2조 제6호), 일본제국의

---

63) 진실규명과화해를위한기본법안(의안번호: 603, 제안일자: 2004. 10. 20., 대표발의: 원혜영, 2005. 5. 3. 수정가결) 중 제안이유 부분

64) 제2조제1항: "① 제3조의 규정에 의한 진실·화해를위한과거사정리위원회는 다음 각 호의 사항에 대한 진실을 규명한다.
1. 일제 강점기 또는 그 직전에 행한 항일독립운동
2. 일제 강점기 이후 이 법 시행일까지 우리나라의 주권을 지키고 국력을 신장시키는 등의 해외동포사
3. 1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건
4. 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건
5. 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 대한민국의 정통성을 부정하거나 대한민국을 적대시하는 세력에 의한 테러·인권유린과 폭력·학살·의문사
6. 역사적으로 중요한 사건으로서 제3조의 규정에 의한 진실·화해를위한과거사정리위원회가 이 법의 목적 달성을 위하여 진실규명이 필요하다고 인정한 사건"

회의 귀족원의원이나 중의원으로 활동한 사람(반민족규명법 제2조 제8호), 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 사람(반민족규명법 제2조 제9호), 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 사람,[65] 또는 친일반민족행위자 중 독립·항일운동가나 그 가족을 박해한 사람[66]의 재산을 국가에 귀속할 것으로 정하고, 그 시적범위에 대해서는 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 일본제국주의에 협력한 대가로 취득하거나 상속받은 재산으로 정한다. 이 시기 취득한 재산은 친일행위의 대가로 취득하였다고 추정하는데, 그 취지는 뒤에서 보는 대로 오랜 시간이 지나 국가가 입증하기 어려운 반면 재산을 관리해 온 명의인은 친일의 대가로 취득한 재산이 아니라는 점을 쉽게 입증할 수 있으리란 점을 고려하였다고 해석된다.[67] 한편, 이러한 요건을 모두 만족하더라도 작위를 거부·반납하거나(친일재산귀속법 제2조 제1호 나목에 한하여), 후에 독립운동에 적극 참여한 사람으로 친일반민족행위자재산조사위원회가 결정한 사람의 재산은 국고로 귀속할 수 없다.

친일재산조사위의 의결이 가지는 법적 성질은 아래에서 살펴야 할 것이지만, 우선 법률의 문언으로는 친일재산이 국고에 귀속되는 것은 의결의 효과는 아니고 법률의 규정이 정한 당연한 효과이다(친일재산귀속법 제3조 제1항, 이하 같은 법).[68] 위원회는 친일반민족행위자의 재산을 조사하고 그 재산이 친일재산인지 여부를 조사할 뿐이다(제5조 제1항). 친일재산조사위의 의결이 있으면 그 친일재산은 그 취득·증여 등 원인행위 시에

---

65) 반민족규명법 제2조 제7호에 해당하는 행위지만, 친일재산귀속법에서는 반민족규명법을 인용하지 아니하고 직접 요건을 정하고 있다.

66) 마찬가지로 반민족규명법 제2조 제3호에 해당하는 행위지만 반민족규명법을 인용하지는 아니한다.

67) 친일반민족행위자 재산조사위원회, 친일재산에서 역사를 배우다(각주 60), 210쪽; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141결정: “친일재산의 국가귀속이 해방 이후 오랜 시간이 경과한 상황에서 이루어지고 있어서 친일재산 여부를 국가측이 일일이 입증하는 것은 곤란한 반면, 일반적으로 재산의 취득자측은 취득내역을 잘 알고 있을 개연성이 높다.”

68) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두13491 판결: “친일재산은 친일반민족행위자재산조사위원회가 국가귀속결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 특별법(註: 친일재산귀속법)의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되고, 위 위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다.”

국가의 소유가 되는 것으로 본다. 다만, 거래의 안전을 위해 제3자가 선의로 취득하거나 정당한 대가를 지급하고 취득한 권리는 해치지 못한다(제3조 제1항). 대가를 지급하고 취득한 권리는 양수인의 선의 여부를 묻지 아니하고 해치지 못한다고 정하고 있으므로, 가사 양수인이 악의로 친일반민족행위자의 재산을 양수하였어도 이를 반환받을 방법은 없다. 다만, 판례는 이 경우 친일반민족행위자를 대상으로 부당이득을 구할 수 있다고 본다.[69] 이렇게 국가에 귀속된 친일재산은 독립유공자의 예우를 위해 우선 사용하게 된다(제25조).

친일재산조사위의 구성이나 조사방법은 진상규명위원회와 상당 부분 비슷하다. 위원이 되기 위한 자격요건도 비슷하고(제6조 제2항), 결격사유도 대동소이하다(제10조 제1항). 다만, 친일재산조사위의 위원은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다는 점이 다르고, 결격사유로서 '그 밖에 이 법의 취지에 비추어 그 직무를 맡는 것이 부적절하다고 인정되는' 경우를 따로 두고 있는 점이 다르다. 친일재산조사위도 조사대상자나 대상재산을 선정한 때에는 그 조사대상자나 이해관계인에게 통지하여야 하고, 조사대상자나 이해관계인은 이의신청을 할 수 있다(제19조). 진상규명위원회와 마찬가지로 조사대상자 및 참고인의 진술을 청취하거나 관련 자료 또는 물건의 열람, 감정 등의 방법을 활용할 수 있다(제20조). 다만, 진상규명위원회처럼 동행명령을 발할 수는 없고, 출석요구를 받은 사람이 응하지 아니하면 그 사람이 출석하지 아니한 상태에서 조사를 진행할 수 있을 뿐이다(제22조). 친일재산조사위의 의결에 대하여 불복하고자 하면 이의신청을 하지 않고 행정심판 또는 행정소송을 제기한다(제23조).

3. 법률의 내용과 문제점

가. 조사대상

69) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결. 이 경우 친일반민족행위자와 그 후손이 매수인에게 부당이득의 반환을 구할 수 있는지 의문이 있을 수 있으나 친일반민족행위의 대가로 얻은 재산은 보호하지 아니하되, 거래를 통해 친일재산을 취득한 선의의 제3자를 보호하려는 것이 법의 명백한 취지이므로(제1조, 제3조 후단) 부정하여야 할 것이다. 다만, 부당이득의 반환을 부정할 근거가 불법원인급여라고 볼 수는 없다.

위 법률들 모두 배우자, 직계비속 등을 비롯한 친족의 신청으로 법에서 설치한 위원회가 일정한 사실관계를 조사한다는 것이 주된 내용이나, 조사의 대상이 되는 사실관계의 내용은 조금씩 그 양상이 다르다. 동학혁명명예회복법은 조사대상자가 동학농민혁명에 참여한 사람인지 여부와 신청자가 그 유족이 맞는지 여부를 조사하는바, 그 입법취지와 동학농민혁명에 대한 일반적인 평가를 고려하여 보면 조사대상자에게 영예로운 사실을 확인하여 주는 경우에 해당한다. 반민족규명법은 조사대상자가 아래 표2와 같은 친일반민족행위를 하였는지 여부를 조사하는바, 반대로 조사대상자로서는 알려지고 싶지 않은 사실을 확인하는 경우에 해당한다. 반민족규명법에서 예시하고 있는 친일반민족행위 중 상당수는 반민족행위처벌법(1951. 2. 14. 법률 제176호로 폐지되기 전의 것. 이하 같다)에서 형사처벌의 대상으로 정한 행위와 매우 유사하다. 결국 20개호의 친일반민족행위 중 절반은 문언만 보더라도 반민족행위처벌법의 맥을 잇고 있다고 평가할 수 있는 셈이다. 이러한 행위유형을 마련하여 반민족행위를 조사하는 것이 헌법이 금지하는 사회적 특수계급을 “친일반민족행위자와 그 후손”이라는 형태로 창설하여 헌법의 평등원칙을 위반하였다는 주장이 있다.[70]

반민족규명법	반민족행위처벌법
독립운동 또는 항일운동에 참여한 자 및 그 가족을 살상·처형·학대 또는 체포하거나 이를 지시 또는 명령한 행위(제2호)	일본치하독립운동자나 그 가족을 악의로 살상박해한 자(제3조)
독립운동을 방해할 목적으로 조직된 단체의 장 또는 간부로서 그 단체의 의사결정을 중심적으로 수행하거나 그 활동을 주도한 행위(제4호)	독립을 방해할 목적으로 단체를 조직했거나 그 단체의 수뇌간부로 활동하였던 자(제4조 제5호)

70) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바111 결정 중 청구인의 주장요지

반민족규명법	반민족행위처벌법
밀정행위로 독립운동이나 항일운동을 저해한 행위(제5호)	밀정행위로 독립운동을 방해한 자(제4조 제4호)
을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약을 체결 또는 조인하거나 이를 모의한 행위(제6호)	일본정부와 통모하여 한일합병에 적극협력한 자, 한국의 주권을 침해하는 조약 또는 문서에 조인한 자와 모의한 자(제1조)
일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 행위(제7호)	일본정부로부터 작을 수한 자(제2조) 습작한 자(제4조 제1호)
일본제국의회의 귀족원의원 또는 중의원으로 활동한 행위(제8호)	일본제국의회의 의원이 되었던 자(제2조)
조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 행위(제9호)	중추원부의장, 고문 또는 참의되었던 자(제4조 제2호)
사회·문화 기관이나 단체를 통하여 일본제국주의의 내선융화 또는 황민화운동을 적극 주도함으로써 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극협력한 행위(제13호) 일본제국주의와 일본인에 의한 민족문화의 파괴·말살과 문화유산의 훼손·반출에 적극 협력한 행위(제20호)'	종교, 사회, 문화, 경제 기타 각 부문에 있어서 민족적인 정신과 신념을 배반하고 일본침략주의와 그 시책을 수행하는 데 협력하기 위하여 악질적인 반민족적 언론, 저작과 기타 방법으로써 지도한 자(제4조 제11호)
일본제국주의의 전쟁수행을 돕기 위하여 군수품 제조업체를 운영하거나 대통령령이 정하는 규모 이상의 금품을 헌납한 행위(제14호)	비행기, 병기 또는 탄약등 군수공업을 책임경영한 자(제4조 제7호)

표 2 반민족규명법과 반민족행위처벌법 비교

거창사건법, 의문사특별법, 과거사정리법의 조사대상은 한층 더 복잡한 성질을 가지고 있다. 거창사건법에서 조사대상으로 삼고 있는 사실은 조사대상자가 거창사건으로 인하여 사망한 사실과 신청인이 그 유족에 해당하는지 여부인데, 이는 조사대상자와 신청인의 입장에서는 그 억울함을 해소

하는 내용에 해당하는 한편, 당시 작전에 참가했던 군인에게는 매우 불명예스러운 내용에 해당한다. 의문사특별법은 민주화운동과 관련하여 사인이 알려지지 않은 사망사건 중 공권력이 개입하였을 것으로 의심할 만한 경우를, 과거사정리법은 이를 포함하여 국민이 한국근현대사에서 피해를 입은 경우를 조사하여 그 사실관계를 명확히 밝히는 것을 주된 내용으로 하고 있으므로 조사결과에 따라 누군가에게는 영예로운 내용이 밝혀질 수도 있지만 다른 누군가에게는 매우 수치스러운 사실이 드러날 수도 있다.

위 각 특별법에 따라 조사하여 밝혀지는 사실이 불명예스러운 내용에 해당하는 경우에는 아래에서 보듯이 그러한 조사·공개행위가 명예형의 선고에 해당하거나 조사대상자의 명예권을 침해하여 위헌에 해당하는 것이 아닌지 검토할 필요가 있고, 나아가 이미 완성된 사실관계에 대하여 명예권이 제한된다는 법률효과를 결부하는 소급입법으로서 정당화될 수 있는지 보아야 한다. 반대로 밝혀지는 사실이 영예로운 경우에는 반대로 그 조사를 신청하거나 유족으로 등록될 수 있는 사람을 제한하고 있는 규정이 평등원칙에 어긋나는 것이 아닌지 살펴보아야 한다.

나. 조사방법

거창사건법을 제외하면 나머지 법률들은 모두 사실관계를 밝히기 위해 진술을 청취하거나 필요한 자료의 열람·제공을 요청할 수 있다고 정하고 있다(동학혁명명예회복법 제6조 및 제7조, 반민족규명법 제21조, 의문사특별법 제22조, 과거사정리법 제23조). 그러나 당연히 거창사건위원회도 행정작용으로서 다른 행정기관의 협조를 받아 필요한 자료를 열람·제공받거나 관련 있는 사실을 알고 있는 사람으로부터 임의적인 도움을 받아 진술을 청취할 수 있다고 볼 것이다.

나아가 반민족규명법(제21조), 의문사특별법(제22조), 과거사정리법(제24조)에서는 결정적인 증거를 가지고 있거나 정보를 가진 사람이 출석요구에 따르지 않으면 동행명령장을 발부할 수 있도록 정하고 있다. 진상규명위원회·의문사진상규명위원회·진실화해위원회의 조사에 협조하지 않거나, 각 위

원회가 발부한 동행명령에 따르지 않으면 과태료를 부과할 수 있는 만큼 위원회의 조사에는 어느 정도 간접적인 강제력이 따른다(반민족규명법 제35조, 의문사특별법 제37조, 과거사정리법 제47조).

다. 후속조치

① 기념사업: 신청인이 희생자이거나 그 유족인지 여부를 조사하여 결정하는 것을 주된 내용으로 하는 동학혁명명예회복법 및 거창사건법의 경우에는 조사결과에 따라 희생자의 명예를 회복하는 데에 적절하다고 인정되는 기념사업을 할 수 있다(동학혁명명예회복법 제8조, 거창사건법 제3조).

② 조사보고서 작성 등 사료편찬: 반민족규명법에 따른 진상규명위원회는 조사결과를 조사보고서로 작성하여 국회에 보고할 뿐만 아니라(제25조) 사료로도 편찬하고(제26조), 그 내용을 조사대상자나 그 이해관계인에게 통지한다. 통지를 받은 조사대상자나 이해관계인은 조사 결과에 대하여 이의신청을 할 수 있다(제28조). 진상규명위원회는 "이상의 내용을 근거로 하여 ○○○의 행위를 <특별법> 제2조 제○호에서 정하는 친일반민족행위로 결정한다.[71]"라는 형식의 결구(結句)를 가진 결정이유서를 작성하는데, 이러한 결정이 사실상 명예형에 해당하는지 문제된다. 특히 대한민국과 같이 식민지배의 기억이 생생하게 남아있는 나라에서 식민지배에 일조하였다고 언급하는 것은 대상자에게 최악의 가치평가가 될 수 있다. 진상규명위원회는 앞서 본 바와 같이 대통령 소속의 위원회로서 중립성이 요구되고 동시에 보장되는데, 이러한 진상규명위원회가 상상할 수 있는 최악의 가치평가를 내리는 것은 외견상 국가가 친일반민족행위를 한 사람을 찾아내 공표하는 것이 된다. 만약 그렇다면 진상규명위원회의 활동은 형법이 예정하지 않은 명예형을 부과하는 것에 해당하여 죄형법정주의에 반하는 것이 아닌지, 만약 형벌이라면 사후적으로 형벌 조항을 제정함으로써 헌법

71) 예컨대 친일반민족행위진상규명위원회, 2007년도 조사보고서Ⅱ-1, 2007년, 52쪽(외부대신(外部大臣) 서리로 러시아와 전쟁을 개시한 일본에 물자 조달의 편의를 제공하여 추정하건대 그 대가로 훈1등 욱일대수장을 수여받고, 1910. 10. 7. 한일합병의 공으로 일본정부로부터 백작의 작위를 받았으며, 또한 조선총독부 중추원 고문으로 임명되어 활동한 이지용의 사례)

이 명시한 형벌불소급원칙을 위반하는 것은 아닌지, 법원의 판결이 아닌 진상규명위원회의 보고서로 명예형을 받는 결과가 되어 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하고 있는 것이 아닌지 의문이 생긴다. 의문사진상규명위원회(제30조, 제30조의2, 제27조), 진실화해위원회(제32조)도 조사보고서를 작성하여 이를 공표하여야 한다. 이 경우 반민족규명법과 달리 국가안전보장, 관계인의 명예 또는 사생활의 보호를 위하여 필요한 경우 조사보고서 중 일부를 공개하지 아니할 수 있다(의문사특별법 제30조, 과거사정리법 제32조).

③ 가해자의 수사의뢰, 피해자의 구제조치 등: 의문사진상규명위원회가 범죄혐의가 있다고 인정하는 경우에는 고발하거나 수사를 의뢰할 수 있고(제25조), 이 사건에 대하여는 의문사진상규명위원회가 사실조사를 하는 동안 공소시효의 진행이 정지된다(제31조). 의문사와 관련된 죄를 범한 사람이 자백하는 경우는 형의 필요적 감면사유로 정하고 있다(제33조). 한층 더 포괄적인 내용을 담고 있는 과거사정리법에서는 수사의뢰나 공소시효의 정지와 같은 내용을 정하고 있지 않지만, 진실규명 과정에서 진실규명에 협조한 가해자에 대하여는 처벌의 감면과 사면·복권을 건의할 수 있다(제38조). 이는 남아프리카공화국의 과거청산 사례와 유사하다.[72]

의문사진상규명위원회가 조사한 결과 의문사한 것으로 인정되는 사람은 보상을 받을 수 있도록 민주화보상법에 따른 민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회에 심의를 요청하여야 한다(제26조). 진실화해위원회도 앞서 본 대로 조사결과에 따라 희생자, 피해자 및 유가족의 구제에 필요한 조치를 건의할 수 있다.

라. 위원회 구성

의문사진상규명위원회(제8조)나 진실화해위원회(제9조)의 위원이 될 수 없는 자격은 과거청산이 정치적인 헐뜯기로 전락하는 것을 방지하기 위하여 정당의 당원이나 공직선고후보자인 경우와 진상규명 업무의 공정성을

72) 이남희, “진실과 화해: 남아공의 과거청산”, 세계의 과거사 청산, 푸른역사, 2005년, 164~167쪽

더하기 위하여 국가공무원의 결격사유를 정하고 있다. 진상규명 사건의 당사자와 친족관계가 있는 등 조사의 공정성에 의심이 생길 만한 사유만으로는 위원이 될 수 없는 정도에 이르지는 아니하고 해당 사건에 대한 심의·의결에서 제척되는 사유에 해당한다. 그런데 반민족규명법의 진상규명위원회는 여기서 더 나아가 부모나 조부모가 친일반민족행위를 한 사람은 심의에서 제척되는 데에 그치지 않고 아예 위원이 될 수 없도록 정하였다(제9조). 이것이 친일반민족행위자의 자녀·손자녀들의 공무담임권과 평등권을 침해하거나 연좌제에 해당하는 위헌적인 내용인지 검토할 필요가 있다.

마. 제한된 구제수단

정부는 동학농민혁명을 기리는 기념시설을 건립하거나 참여자와 그 유족을 위한 명예회복사업을 실시할 수 있는데(제8조), 이를 추진하기 위하여 동학농민혁명 기념재단을 설립하도록 되어있다(제9조). 그 밖에 동학농민혁명 참여자의 유족들에게 생활지원금을 보조한다거나 취업·교육의 기회를 지원한다는 내용은 찾아볼 수 없다. 이런 점에서 동학혁명명예회복법은 진상규명과 명예회복만을 과거청산의 수단으로 삼은 전형적인 입법사례이다. 이처럼 다른 과거청산 법률과 달리 아무런 경제적 지원을 하지 않는 것이 헌법상 용인되지 않는 부당한 차별에 해당하는 것이 아닌지 검토할 필요가 있다.[73)]

제 2 절 형벌 해당 여부: 형벌불소급원칙의 선결문제

1. 문제점: 죄형법정주의

죄형법정주의란 범죄의 성립과 그에 대한 처벌은 성문의 법률이 정한

73) 동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 특별법 일부개정법률안(의안번호: 9161, 제안일자: 2010. 8. 24., 대표발의: 최규성, 2012. 5. 29. 임기만료폐기)에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 동학농민혁명 참여자의 유족에게 독립유공자예우에 관한 법률에 준하는 보상금, 의료지원 및 교육지원을 하도록 정하고 있다.

바에 따라야 한다는 것으로 파생되는 형사법의 원칙으로는 형벌불소급의 원칙, 유추적용금지원칙, 법률명확성의 원칙, 관습형법금지원칙 등이 있다.[74] 현행 형법에서는 형의 종류를 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수의 9가지로 정하고 있는데(제41조), 죄형법정주의의 연장선 위에서 형법총칙의 규정들도 제한적으로 해석하여야 할 것이고, 형벌은 개인에게 극도로 중대한 불이익으로 작용하므로 그 구체적인 내용과 집행방법, 형벌 상호간의 관계 등이 명확히 정해져 있어야 하는바, 형법이 예정하지 않은 종류의 형벌은 허용되지 않는다고 보아야 한다.[75] 범죄사실을 대중에게 공개하여 범죄자의 명예감정 및 외적 명예[76]를 제한하는 명예형은 형법이 정하지 않은 종류의 형벌이어서 대한민국의 형사법 체계에서는 허용되지 않는다고 볼 것이므로,[77] 진상규명위원회의 활동이 죄형법정주의에 반한다고 하려면 국회에 제출된 조사보고서나 편찬된 사료가 명예형, 즉 형사처벌로서 볼 만한 실질을 갖추어야 할 것이다. 형벌의 실질을 갖추지 않은 경우에는 형벌불소급원칙이나 재판청구권 등의 논의는 더 이상 필요하지 않다. 다만, 헌법이 허용하는 한도 내에서 명예권이 제한된 것인지를 검토하면 충분하다. 한편 친일재산귀속법에 따라 친일재산을 국고로 환수하는 결정의 경우도 친일반민족행위를 구성요건으로 하는 범죄에 대한 재산형이 아닌지 검토할 필요가 있다.

2. 헌법재판소 결정례

---

74) 정종섭, 같은 책, 507쪽; 대한민국헌법(1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 것. 이하 같다) 제13조 ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

75) 예컨대 형 선고에 따른 법적 부수효과를 통일적으로 규율하여 규범수범자인 시민의 입장에서 법효과를 명확히 이해할 수 있도록 명예형을 형법전에 규율할 필요가 있다는 서보학, “명예형의 제문제”, 형사법연구 22호, 형사법학회, 2004년, 432쪽 참조

76) 형사법의 보호법익에 관한 논의에서는 명예의 내용을 내적·외적 명예와 명예감정으로 나누고 있는데 형벌로서 제한할 수 있는 개인의 이익도 이와 마찬가지로 구분할 수 있을 것이다. 형사법의 보호법익으로서 명예의 내용에 관하여는 이희경, “명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계-”, 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009년, 257쪽 참조

77) 자격상실, 자격정지 등의 자격형이 명예형의 일종이라는 서보학, 같은 논문, 427쪽 참조

헌법재판소는 다섯 차례에 걸쳐 반민족규명법의 위헌성을 판단한 바 있다.[78] 2006헌마1298 결정에서 헌법재판소는 "불이익이 실질적으로 수치형이나 명예형에 해당되는지 여부를 살펴봄에 있어서는 반민규명법의 입법목적, 반민규명위원회의 친일반민족행위결정의 효과 등이 두루 고려되어야 할 것이다."[79]라는 일반론을 설시한 다음 "반민규명법은 정부 차원에서 친일반민족행위의 진상을 조사한 후 그 결과를 사료로 남겨둠으로써 왜곡된 역사와 민족의 정통성을 바로 세우고 이를 후세의 교훈으로 삼으려는 목적 하에 제정된 것"이라는 이유로 진상규명위원회의 활동이 명예형 또는 수치형을 선고하는 것은 아니며, 그에 따라 재판청구권이나 형벌불소급원칙은 문제가 되지 않는다고 판단하였다.

이후에도 네 번에 걸쳐 반민족규명법의 위헌성이 문제되었는데 헌법재판소의 법정의견은 더 이상 진상규명위원회의 활동이 명예형을 선고하는 것인지에 대하여 답하지 아니하고 진상규명위원회가 조사대상자의 행위를 반민족행위라고 선언하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하지 아니하여 합헌이라고만 판단하였다. 다만, 조대현 재판관은 반대의견을 제시하여 "친일반민족행위를 한 것으로 조사되어 공개되는 사람은 국가권력에 의하여 친일반민족행위자로 공시된다. 그것은 개인의 비행에 대하여 공식적으로 명예를 침해하는 것이어서 명예형으로 처벌하는 것과 다를 바 없다."[80]라고 보았다. 조대현 재판관은 이러한 결론을 뒷받침하는 논거로 "우리의 전통문화는 명분과 명예를 매우 소중한 것으로 여겨왔기 때문에…죽은 사람은 이름과 명예만 가질 뿐이므로, 죽은 사람의 명예를 공식적으로 더럽히는 것은 그의 전부를 박탈하는 셈으로 된다."[81]라는 점을 들고 있다. 법정의

---

78) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2006헌마1298 결정(기본권침해의 직접성, 권리보호이익 등을 이유로 각하); 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2009헌마631 결정(기본권침해의 직접성을 이유로 각하); 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌가23 결정(인격권을 합헌적으로 제한하고 있다는 판단); 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바111 결정(반민족규명법이 인격권을 침해하였거나 소급입법금지, 연좌제금지에 반한다고 볼 수 없다고 한 사례); 헌법재판소 2013. 5. 30. 선고 2012헌바19 결정(반민족규명법 제2조제13호가 명확성원칙에 위배되지 않는다고 한 사례)

79) 이러한 일반론은 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄자의 신상을 공개하는 청소년의성보호에관한법률의 위헌성을 판단한 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정에 따른 것이다.

80) 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌가23 결정

견대로라면 진상규명위원회의 활동은 명예형을 선고하는 것이 아니어서 재판청구권을 침해하거나 형벌불소급원칙을 위배하는 것도 아니고, 조사대상자나 관련자의 명예를 과도하게 제한하는 것도 아니다.

비교하자면 헌법재판소는 반민족규명법 외에도 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄자의 신상을 공개하는 옛 청소년의성보호에관한법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것)의 위헌성을 심사할 때 해당 법률에 따른 신상공개제도가 명예형인지 여부를 판단한 바가 있다.[82] 2002헌가14 결정에서 헌법재판소는 "신상공개제도는…해당 범죄자에게 확정된 유죄판결 외에 추가적으로 수치감과 불명예 등의 불이익을 주게 되는데," 위 법률에서 "청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 계도가 신상공개제도의 주된 목적임을 명시하고 있는바, 이 제도는 유사한 범죄예방을 위한 하나의 방법으로 도입된 것이며, 이로써 당사자에게는 일종의 수치심과 불명예를 줄 수 있지만 이는 어디까지나 신상공개제도가 추구하는 입법목적에 부수적인 것"이라는 이유로 성범죄자의 신상정보를 공개하는 것이 명예형에 해당하지 않는다고 보았다. 그 밖에도 헌법재판소는 신상공개제도가 명예형을 창설한 것이 아니라는 근거로 "신상공개제도에서 공개되는 신상과 범죄사실은…이미 공개된 재판에서 확정된 유죄판결의 내용의 일부이며 달리 개인의 신상 내지 사생활에 관한 새로운 내용이 아니"라는 점을 들었다.

3. 검토

가. 형벌 해당 여부 판단기준

형벌의 정의나 목적에 대하여는 명쾌한 답을 내릴 수 없지만 일단 바람직하지 못한 상황을 방지하기 위하여 설정한 금지규범에 위배되는 상황이 발생하였고, 그 상황이 특정한 사람에게 귀속되는 경우, 국가가 의도적·조직적으로 그 사람을 상대로 부과하는 해악이라고 정의할 수 있다.[83] 헌법

81) 같은 결정
82) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정

재판소는 “종래의 일반론에 따르면, 형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법에 대한 책임을 전제로 부과되는 제재를 뜻[한다]”고 하고,[84] 대법원은 형벌과 보안처분을 구분할 때 고려해야 할 요소들로 제재의 "목적과 성격, 운영에 관한 법률의 규정 내용 및 취지[85]" 등을 들었다. 결국 국가가 부과하는 제재가 형벌이라고 보기 위해서는 무릇 현상의 측면에서는 ① 그러한 제재를 정당화할 수 있는 불법상황, 즉 금지규범의 위반이 있는지(불법), ② 제재로 인한 불이익이 개인이 누리는 법익 중에서도 신체의 자유, 재산권 등 기본권 주체로서 자유로운 삶을 영위하는 데에 상대적으로 본질적인 것과 관련이 있는지(성격), ③ 제재가 불법상황에 결부하여 국가가 의도적으로 부과하는 것인지를 살펴야 하고(목적), ④ 행위자의 측면에서는 불법상황을 어느 개인이 예견하고 회피할 수 있었는지(책임)를 고려하여야 할 것이다.

나. 반민족규명법의 경우

1) 검토

그와 같은 기준에 비추어 보자면 진상규명위원회가 친일반민족행위를 조사하는 행위는 ① 그 목적이 일제강점기 국민이 입은 피해를 비롯한 식민통치의 진상을 규명하고 이를 사료로 남겨 역사적 교훈으로 삼기 위한 것인 점[86], ② 반민족규명법이 친일반민족행위로 정하고 있는 행위들은 공개적으로 일본제국주의의 식민지 정책에 찬동하거나 조선총독부에서 직위를 받아 그 권력을 행사하는 등 대체로 공적 영역에서 일어나는 사건들로 국가가 이를 확인하여 사료로 편찬하더라도 새삼 제한되는 명예는 미미한 수준에 머무르는 점, ③ 실제 조사결과를 처리하는 방법도 이를 사료로 작성하여 보존하는 것일 뿐 관보에 게재하는 등 공시하는 방법이 아닌

83) 조상제, “국가형벌의 목적과 책임의 기능적 구성”, 형사법연구 12호, 형사법학회, 1999년, 235쪽
84) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82 결정
85) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2763 판결
86) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2006헌마1298 결정, 판례집 21-2상, 685, 698쪽

점을 보면 진상규명위원회의 조사활동과 결정은 조사대상자의 불이익을 직접 목적으로 하여 이루어지는 국가작용이 아니고 이로 인한 명예권의 제한이 있다면 이는 어디까지나 부수적, 간접적인 피해에 해당한다. 또한 현행 형법이 인정하고 있는 자격상실, 자격정지 등과 달리 수치심을 주기 위하여 범죄사실을 공시하여 집행하는 명예형은 개념적으로도 성립할 수 없다. 범죄사실 등 개인에게 불명예스럽거나 불리한 사실을 확인하는 것은 형사재판을 비롯한 각종 국가행위에서 법령을 적용하기에 앞서 사실관계를 확정하는 부분에서도 나타나는바,[87] 이와 같은 사실확인의 절차와 그로 인하여 명예권이 일부 제한되는 결과는 모든 종류의 사실인정에 필연적으로 뒤따르므로 예정된 대로 법령이 적용되어 구체적인 법률효과가 발생하기 전까지는 아직 어떠한 구체적인 불이익이 발생한 것으로 볼 수 없다. 만약 명예가 제한되는 것 자체를 형벌에 상응하는 불이익으로 본다면 결국 국가로 하여금 모든 형태의 불명예스러운 사실을 인정할 수 없도록 만드는 것이므로 형벌권은 물론이고 국가의 모든 행정권을 심대하게 제한하는 해석이므로 받아들일 수 없다. 물론 이렇게 확인한 사실을 공표하는 것이 개인의 명예나 사생활을 제약하는 효과가 있어 과잉금지원칙에 따라 심사되어야 할 것이지만 뒤에서 보듯이 반민족행위자라는 결정만으로 과잉금지원칙을 위반하여 조사대상자의 명예를 제한한 것으로 보기는 어려운바, 그것만으로 불이익한 사실의 공표가 형벌이라고 보기에는 부족하다. 따라서 친일반민족행위에 대하여 진상규명위원회가 작성한 보고서 및 사료가 곧 형벌이 되므로 죄형법정주의나 재판청구권, 형벌불소급원칙을 위반하였다는 주장은 이치에 맞지 않는다.

2) 위헌설과 그에 대한 비판

이와 달리 진상규명위원회가 친일반민족행위인지를 조사하고 국회에 제출할 보고서를 작성하는 것이 형사처벌에 해당한다고 보는 견해가 있다(이하에서 이 견해를 “위헌설”이라 한다).[88] 위헌설은 사람의 행위에 대한 평

87) 예컨대 행정처분인 허가를 취소하는 경우에도 불이익한 처분의 근거사실과 이유를 명시하여야 한다. 행정절차법 제21조제1항제3호 참조.

가를 선언하는 형식을 가진 행정처분은 그 사례를 찾아보기 어려운데, 진상규명위원회의 친일반민족행위라는 결정이 이런 형식을 취하게 된 이유는 실질이 형벌의 선고이면서도 그렇지 않은 제도를 설계하다보니 부득이 도달한 결과라고 말한다.[89] 형사절차로 이 문제를 해결하지 않은 까닭은 형벌불소급원칙과 같은 장애물이 있을 뿐만 아니라 조사대상자 중 대부분이 이미 사망하여 형사절차로는 이들을 처벌할 방법이 없었기 때문인 것으로 짐작한다.[90] 이런 형식적인 고려에 더하여 위헌설은, 국가권력이 용인하지 아니하는 행위를 한 사람에 대하여 형벌과 동일한 수준의 해악을 가하면 그 해악은 형벌로 보아야 하는데, 우리나라와 같이 이름·가문·명예를 중시하는 사회에서 국가가 "친일반민족행위자"로 공인하는 일은 조사대상자와 그 후손의 명예를 훼손하는 결과에 이르고, 그 정도가 자격정지나 자격성실의 명예형의 경우보다도 결코 적다고 할 수 없는바, "친일반민족행위자"라는 결정을 받고 사료에 기재되어 공개되는 것은 곧 명예형인 치욕형을 선고받는 것으로 볼 수밖에 없다고 한다.[91]

나아가 위헌설은, "법 또는 권리에 관한 다툼이 있거나 법이 침해된 경우에 독립적인 법원이 원칙적으로 직접 조사한 증거를 통한 객관적 사실인정을 바탕으로 법을 해석·적용하여 유권적인 판단을 내리는 작용"이 사법작용이라는 헌법재판소 판시[92]에 비추어 보면 진상규명위원회의 결정은 증거를 통하여 인정된 사실관계를 바탕으로 조사대상자의 행위가 친일반민족행위인지 아닌지를 가려 공판절차와 본질적으로 동일하게 분쟁해결 기능을 하므로 사법권의 작용에 해당한다고 주장한다.[93]

그러나 이러한 견해는 타당하지 않다. 입법자가 진실로 형벌을 정할 의

---

88) 이재교, 친일청산법에 대한 헌법적 고찰, 인하대학교 출판부, 2007년
89) 이재교, 같은 책, 30, 31쪽
90) 이재교, 같은 책, 31쪽
91) 이재교, 같은 책, 32, 35쪽. 이 견해는 더 나아가 이러한 치욕형은 범죄인의 주관적 명예감정이나 사회적 관계에 따라 처벌의 강도가 달라지는 문제점이 있고, 사인에 의한 무절제한 보복행위나 자경행위를 조장할 위험도 내포하고 있으며, 범죄인을 하나의 인격체가 아니라 범죄퇴치의 수단으로 취급하여 문제가 있다는 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정을 토대로 치욕형을 도입한 점 자체에서 이미 반민족규명법이 위헌이라고 주장한다. 이재교, 같은 책, 42쪽.
92) 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정
93) 이재교, 같은 책, 72~75쪽

사가 있었다거나, 진상규명위원회와 친일재산조사위원회가 내리는 결정이 실질적으로 형벌의 성질이 있다면 굳이 진상규명과 재산귀속을 나누어 정할 필요가 없었을 것이다. 실제 형사소송에서 그러하듯이 사실관계를 확정하고 그에 따른 불이익으로 형벌을 부과하는 취지의 선고를 하면 된다. 반민족규명법과 친일재산귀속법의 구조와 형식을 보면 적어도 반민족규명법을 제정한 입법자의 의사는 분명히 진상을 규명하여 후대에 경고하기 위한 것으로 보아야 한다.

애초에 진상규명위원회의 결정이 형벌의 성질이 있는지도 앞서 살핀 대로 매우 의문이다. 진상규명위원회가 조사한 사실을 공개하는 수준도 방송, 일간지 등을 통해서 공고하는 것도 아니고 사실관계만을 정리하여 작성한 조사보고서를 국회에 제출한 다음 이를 사료로 남기는 것에 지나지 않는데, 이러한 형태의 과거청산은 세계사적으로도 많은 사례를 찾아볼 수 있으며 과거청산의 유형 중에서도 가장 비침익적인 진상규명형태인데 도대체 무슨 이익이 침해된다는 것인지 이해하기 어렵다. 뒤에서 보듯이 진상규명위원회의 결정에 따른 친일반민족행위자 또는 그 유가족의 명예는 비례원칙이 깨어질 정도로 제한되는 것도 아니다.[94]

또한 위헌설은 진상규명위원회가 증거를 통하여 사실관계를 인정하며 분쟁을 해결하는 기능을 하므로 진상규명위원회의 결정은 사법권의 작용이라는 주장을 하지만, 진상규명위원회의 결정이 조사대상자의 명예를 일부 제한함을 인정하더라도 구체적으로 어떤 권리를 조절하여 어떤 분쟁을 해결하는 것인지 도무지 알기 어렵다. 법률적인 문제, 권리관계에 관한 분쟁이 아니면 아무리 심각한 다툼도 사건성이 없는 것이고 사법권을 행사할 대상이 되지 않는다.[95] 위헌설은 한편으로는 이를 논거로 하여 역사적 사실관계만을 확인하는 데에 국가기관까지 설립하여 동원하는 반민족규명법이 적절하지 않다고 주장하면서도,[96] 다른 한편으로는 진상규명위원회의

94) 망인의 명예권을 인정할 것인지 견해의 대립이 있으나 뒤에서 보듯이 기본권의 주체는 사람이어야 하고, 망인의 행위는 역사적인 평가의 대상이 된다고 보아야 할 것이어서 형법이 정한 사자명예훼손죄 등을 제외하고는 망인의 명예를 법익으로 보호하기 어렵다고 생각한다.

95) 이른바 사건성의 문제를 말한다. 정종섭, 같은 책, 1448쪽 참조.

96) 이재교, 같은 책, 50쪽: “입법목적이 오로지 ‘반민족행위의 진상을 규명하여 역사의 진

결정이 사법권의 작용에 해당한다고 주장하니 일관된 주장이라고 볼 수 없다. 다시 말해 위헌설은 진상규명위원회가 내린 결정의 실질을 파악하지 못하고 있다.

다. 의문사특별법, 과거사정리법의 경우

의문사특별법이나 과거사정리법에 따라 조사결과를 공표하는 경우도 명예형에 해당한다고 볼 만한 실질이 없다. ① 의문사진상규명위원회와 진실화해위원회가 과거사의 사실관계를 조사하여 공표하는 것은 앞서 본 대로 공권력이 인권을 유린한 국가범죄의 사실관계를 명확히 밝혀 국민통합과 민주발전에 기여하려는 목적에 따른 것이다(각 법률 제1조). ② 의문사특별법과 과거사정리법은 체제불법의 가해자가 진상규명에 진정으로 협조하는 경우 그 형사처벌의 감면이 가능하도록 정하고, 특히 의문사특별법은 조사기간 중에는 공소시효가 진행되지 않도록 하고 있는바, 이로부터 두 법률이 진상규명 절차와 형사처벌을 전혀 별개의 과정으로 인식하고 있음이 명백하다. ③ 조사결과 중 국가안전보장이나 개인의 명예·사생활 보장에 필요한 부분은 공개하지 않을 수 있다는 예외를 정하고 있으므로 입법자는 위 두 법률에 따른 조사보고서로 인하여 체제불법에 가담한 행위자의 명예가 불필요하게 침해되는 것을 방지하려는 의도를 가지고 있었음이 명백하다.

라. 친일재산귀속법의 경우

친일재산을 국고로 귀속하는 결정을 형벌로 본다면 형식적으로는 구성요건요소로 분절되는 범죄행위에 대응되어야 할 것이고, 실질적으로는 친일반민족행위가 범죄행위로 볼 만한 불법성을 가지고 있으며 국고귀속 결

실과 민족의 정통성을 확인하고 사회정의 구현에 이바지 함'에 있다면 친일행위에 해당하는 사실관계를 조사하여 그 기록을 남김으로써 충분하다."; 63쪽: "진상규명이 목적이라면 학문적인 연구를 지원하거나 국책연구기관을 통하여 가능하므로 '○○○의 행위는 친일반민족행위에 해당한다'고 선언하고, 나아가 일제시절에 취득한 재산을 몰수하는 것은 지나친 법익침해라 아니할 수 없다."

정은 형벌만큼 개인의 권익을 제한하는 내용을 담고 있어야 한다.

형식적으로 친일재산귀속법은 일부 친일반민족행위의 대가로 취득된 재산을 친일재산으로 판단한다. 재산을 국고로 귀속할 친일반민족행위자의 유형을 세 가지로 열거하고 있는데, 세 경우 모두 독립운동에 적극 참여한 사람이나 작위를 반납한 사람은 재산을 국고로 귀속하지 않을 수 있는 예외로 정하고 있다. 이러한 점은 보통의 형사법이 정하는 처벌규정에서는 쉽게 찾아볼 수 없는 형식이다. 형법이 정하고 있는 통상의 위법성조각사유나 책임조각사유는 당해 범죄행위와 결부되어 있다. 이는 행위책임의 원칙에 따라 가벌성은 범죄행위에서 찾아야 하고 그 밖의 사정에서 발견하여서는 안 되기 때문이다. 이와 달리 친일반민족행위와 완전히 구별되는 사후적인 사정인 독립운동의 유무로 친일재산의 국고귀속 여부를 결정하는 법문은 국고귀속 결정이 통상의 형벌과는 전혀 성질이 다른 것임을 보여준다.

국고귀속 결정을 벌금으로 보는 것은 적절하지 않다. 죄형법정주의에 따라 범죄행위에 결부하여 형벌을 정할 때에는 그 경중을 알 수 있게 법정형을 명확히 정하여야 할 것인데 친일재산귀속법은 이처럼 액수를 특정하지 아니하고 친일반민족행위의 대가로 취득한 재산은 그 전부를 국고로 귀속시킬 수 있도록 정하고 있으므로 입법자가 형벌을 정할 의사였던 것으로 보기 어렵다. 또한 벌금형은 화폐로 그 액수를 정하여 모든 사람에게 동일하게 적용할 수 있게 되는 것인데 친일재산귀속법에 따른 국고귀속 결정은 일반재산이 아닌 특정 재산에 대한 것으로 그 특정 재산이 가지는 가치에 따라 효과가 달라지므로 벌금형과는 전혀 다른 효과를 가지게 된다.

국고귀속 결정을 몰수로 보는 것도 적절하지 않다. 범죄행위로 인하여 취득한 물건은 범인 아닌 사람이 그러한 사정을 알고 취득한 경우에도 몰수의 대상이 된다(형법 제48조 제1항). 그러나 친일재산의 경우 증여·유증받은 것이 아닌 이상 친일대상임을 알고 취득한 경우, 예컨대 매수한 경우에도 국고로 귀속되지 않는다. 이는 가능한 한 범죄수익의 원물을 추급하려는 몰수와 친일재산귀속법에 따른 재산귀속 결정의 각 이면에 자리잡은

입법자의 의사가 서로 다르다는 것을 보여주는 단적인 사례이다.

결국 국고귀속 결정은 벌금형이나 몰수형과 같은 형벌과, 국고귀속 결정의 대상이 되는 친일재산과 결부된 친일반민족행위는 보통의 범죄행위와 각각 법논리적으로 다른 내용을 담고 있으므로 국고귀속 결정을 형벌로 보는 것은 부당하다.

제 3 절 명예권의 소급 제한

1. 개요: 명예권의 의의와 한계

대한민국헌법은 국민의 기본권으로서 명예권을 명시적으로 보장하고 있지는 않지만, 대부분의 견해는 인간으로서 존엄과 가치(제10조)를 바탕으로 인정되는 인격권에 명예에 대한 권리가 포함된다고 해석하고 있다.[97] 대법원은 "명예는 생명, 신체와 함께 매우 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리"라고 보아 인격권으로서 명예권을 바탕으로 침해행위의 배제를 구할 수 있다고 판시한 바 있다.[98]

진상규명위원회, 의문사진상규명위원회, 진실화해위원회의 선언이 형사처벌로서 명예형을 선고한 것은 아니더라도 조사대상자나 그 유족들에게 매우 불명예스러운 기록인 점은 분명하다. 개인의 인격에 대한 사회적 가치평가를 '명예'라고 한다면,[99] 예컨대 친일반민족행위를 한 사람이라는 평가는 조사대상자가 국가라는 법공동체를 배신한 사람이라는 가치평가를 내리는 것이므로 조사대상자의 인격에 대한 공동체의 평가, 즉 조사대상자의 명예에 악영향을 줄 수밖에 없기 때문이다. 이러한 국가기관의 행위는

97) 정종섭, 같은 책, 425쪽; 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정; 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2002헌마425 결정 등. 특히 명예권의 보호내용에 대한 설명 및 명예권이 민주주의제도에 필수불가결한 헌법적 이익이라는 분석으로서 한수웅, "표현의 자유와 명예의 보호", 저스티스 제84호, 2005년, 24, 25쪽 참조

98) 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결

99) 각주 98의 재판들: "사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가인 명예"; 이희경, 같은 논문, 257쪽

국민인 조사대상자의 명예권을 제한한다는 의심을 받게 되므로, 그러한 행위가 정당화되려면 헌법 및 법령을 통하여 근거가 마련되어야 한다.

2. 소급입법의 정당화

가. 소급입법에 해당하는지 여부

진상규명을 목적으로 하는 과거청산 법률의 경우에는 비록 이미 완성된 사실관계를 적용대상으로 제정되었다고 하더라도 소급입법에 해당하는 것인지 의문이 있을 수 있다. 형사처벌을 목적으로 하는 법률의 경우 국가가 피고인에게 가하는 형벌로 인하여 신체의 자유나 재산권이라는 중대한 법익이 제한되므로 소급입법임이 명확하게 드러나지만 진상규명을 목적으로 하는 법률에 따라 국가가 하는 행위란 단지 뒤늦게 지난 체제불법의 사실관계를 파악하여 공개하는 것에 지나지 않고 구체적으로 조사대상자를 상대로 하여 어떠한 법적 효과를 가진 처분을 내리지 아니하므로 과연 소급입법에 해당하는 것인지 불분명하다는 것이다.

소급입법임을 판단하는 기준은 법률이 법률로서 완성되는 공포시보다 앞선 시점에 대하여 효과를 가지고 있는지 여부이다. 법률효과의 본질은 사실관계에 대한 법적 평가를 내리고 이를 관철하는 것이므로 공포시의 규범체계에서 그 전의 규범체계와 사실관계에 대한 평가를 달리하고 있으며, 공포시 이전의 사실관계에 대하여도 그 평가를 관철한다면 이는 소급효를 가지는 법률이 탄생한 것이다.[100] 이때 사실관계와 관련 있는 개인을 상대로 국가가 처분을 하는 등 공권력을 행사하지 않는다는 사정은 소급효를 한결 너그럽게 인정할 근거는 될지언정 소급입법이 아니라고 주장할 논거는 되지 못한다.

반민족규명법, 의문사특별법, 과거사정리법 등의 제정으로 친일반민족행위를 한 사람이나 국가범죄에 가담하여 국민에게 피해를 입힌 사람의 경우 명예권이 일부 제한될 수 있다. 이때 명예권을 제한하는 근거인 위 각

100) 이부하, “소급입법의 구분과 새로운 소급효 개념－독일 연방헌법재판소 판례를 검토하며”, 공법연구 제40집 제2호, 2011년, 317, 318, 330쪽

법률은 이미 과거사의 사실관계가 완결된 이후 공포된 것이 명백하므로 이로 인하여 명예권에 가해지는 제한은 소급적인 제한에 해당한다. 제한되는 법익이 재산이나 신체의 자유가 아닐 뿐 이미 일어난 사실을 요건사실로 하여 법적평가를 내리는 법률이 제정된 것은 동일하기 때문이다. 그렇게 느껴지지 않는 것은 이 법률들이 대상으로 삼는 사실관계들이 모두 과거의 영역에 존재하고 더 이상 발생하지 않을 것이 예정되어 있기 때문에 소급효가 발생하는지 여부를 비교할 대상이 생겨나지 아니하여 일어나는 착시현상이다.

나. 정당화할 수 있는 소급입법인지 여부

앞서 본 대로 소급입법을 정당화할 만한 사정이 있는지는 소급효가 미치는 범위, 소급효를 배제하는 예외가 인정되는지 여부, 소급적으로 발생하는 법률효과의 내용 등을 소급입법의 목적과 함께 살펴 판단할 문제이다. 진상규명을 통하여 명예가 제한되는 사례가 있더라도 이로 인하여 명예가 제한되는 사람은 조사대상자 한 사람에 한정되고 사법상의 거래관계와 같이 여러 사람에게까지 미치는 것은 아니므로 소급효가 미치는 범위는 매우 제한적이다. 반민족규명법의 경우에는 조사대상자의 친일반민족행위뿐만 아니라 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동에 참여한 사실도 조사하도록 정하고 있고(제20조), 과거사정리법과 의문사특별법은 개인의 명예와 사생활을 보호하도록 장치를 마련하고 있으므로 소급적으로 명예권이 제한되는 영역은 과거청산이라는 목적에 필수불가결한 사실관계를 밝히는 부분으로 한정된다. 이처럼 개인의 명예권에 대한 충분한 배려를 통하여 그의 명예와 관련된 법적 안정성에 발생할지 모르는 혼란은 최소화하고 조사대상자의 신뢰도 보호하고 있으므로 위 각 법률이 가지는 소급효는 위헌이라고 볼 수준에 미치지 않는다고 할 것이다.

3. 여론: 명예권을 과도하게 제한하여 위헌인지 여부

가. 헌법재판소 결정례

헌법재판소는 반민족규명법에 대한 2009년의 첫 결정에서는 명예권의 제한에 대하여 따로 언급하지 않았고, 2010년에 이르러서야 처음으로 조사대상자 및 유족의 명예권을 고려하였다. 조사대상자 중 상당수는 이미 사망하였으므로 사자(死者)의 명예권이 인정될 것인지 논란의 소지가 있으나, 헌법재판소는 "조사대상자가 사자의 경우에도 인격적 가치에 대한 중대한 왜곡으로부터 보호되어야 하고, 사자에 대한 사회적 명예와 평가의 훼손은 사자와의 관계를 통하여 스스로의 인격상을 형성하고 명예를 지켜온 그들의 후손의 인격권, 즉 유족의 명예 또는 유족의 사자에 대한 경애추모의 정을 침해한다."[101]고 설시하여 이미 사망한 조사대상자의 명예권도 고려하여야 하는 것으로 이해할 수 있는 판시를 하였다.

더 나아가 헌법재판소는 ① 반민족규명법의 입법목적(제1조)은 헌법 제37조 제2항에서 말하는 공공복리에 부합하고, ② 위 사건의 심판대상조항인 반민족규명법 제2조 제9호(조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 사람)는 조선총독부 중추원이 일제의 식민지정책을 정당화, 합리화하는 기능을 수행하여 왔다고 평가되는 점에 비추어 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단이며, ③ 조선총독부 중추원 참의 등 친일반민족행위를 한 조사대상자가 재직기간이 짧거나 독립운동에 기여한 바가 있을 때에는 조사대상자로 선정하지 아니하거나 친일반민족행위로 결정하지 않을 수 있는 점, 진상규명위원회는 조사대상자가 독립운동에 기여한 사실을 함께 조사하여야 하고, 조사대상자와 관련자들에게 의견진술권 및 이의신청권을 부여하고 있는 점을 고려하면 조사대상자와 유족의 권익을 필요한 최소한의 범위에서 제한하고 있는 것이고, ④ 친일반민족행위의 사료를 남겨 역사의 교훈으로 삼음과 동시에 정의로운 사회를 위한 공동체의 윤리를 정립하려는 공익의 중대성은 막대한 반면, 친일반민족행위에 대한 조사보고서와 사료가 공개됨으로 인하여 조사대상자와 유족의 인격권이 제한되는 수준은 그다지 크다고 할 수 없어 법익이 균형을 이루었다고 보았다. 이어

101) 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌가23 결정

2011년에도 헌법재판소는 비슷한 이유를 바탕으로 제2조 제7호(한일합방의 공으로 작위를 받거나 계승한 행위)와 제19호(침략전쟁에 협력하여 포상 또는 훈공을 받은 사람)에 대해서 위헌이 아니라고 판시하였다.

나. 반민족규명법에 따라 사망한 사람을 조사대상자로 하는 경우

1) 사자의 명예권 인정 여부

진상규명위원회의 결정이 비례원칙을 위반하여 명예권을 제한하지 않았다는 헌법재판소 결정의 결론에는 동의할 수 있으나, 논증과정에는 여러 가지 문제가 있다. 우선 사자에게 명예권이 인정되는 것은 형법에서 정하는 사자명예훼손죄 등 극히 예외적인 경우를 제외하고는 어렵다고 보아야 한다. 예컨대 "사자의 경우에도…왜곡으로부터 보호되어야" 한다는 헌법재판소의 설시 중 '왜곡'이라는 표현에서 알 수 있듯이 이른바 외적 명예라고 불리는 명예의 일부분은 본래부터 다른 사회구성원들로부터 받는 평가로서 또는 그 평가로부터 영향을 받아 구성된다. 어떤 사람에 대한 다른 사람의 평가는 곧 일종의 표현에 해당하므로 외적 명예는 본질적으로 표현의 자유 또는 언론·출판의 자유와 접점이 생긴다. 달리 말하자면, 어떤 사람에 대한 다른 사람의 평가는 평가받는 사람의 입장에서는 외적 명예에 해당하고, 평가하는 사람의 입장에서는 보호되어야 할 표현에 해당한다. 일반적인 경우, 즉 살아있는 사람의 경우는 이 외적 명예가 사람의 내적 명예 및 명예감정과 서로 영향을 주게 되므로 법은 언론의 자유와 내적 명예 및 명예감정의 보호가치를 형량하여 언론의 자유와 내적 명예 및 명예감정이 모두 최대한 실현될 수 있는 최적의 방안을 찾게 되고, 이는 겉으로 보기에는 언론·출판의 자유가 제한되는 정도가 달라지는 모습으로 나타난다.[102] 법이 이러한 형량을 하는 까닭은 인간의 존엄성으로부터 도

102) 예컨대 독일 기본법 제5조 제2항: "Diese Rechte(註: 표현·출판의 자유) finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre."

출되는 인격권은 개인의 내밀한 영역에 해당하는 내적 명예 및 명예감정을 보호할 것을 요구하는 한편, 인격이 다른 사람과의 관계 속에서 드러난 의사·감정의 표현도 언론·출판의 자유라는 이름으로 보호할 것을 요구하기 때문이다.

이와 달리 사자의 경우는 내적 명예 및 명예감정이 남아있지 않다는 점은 명백하다. 남아있는 것이 있다면 이는 사자에 대하여 살아있는 사람들이 가지고 있는 '경애추모의 정'뿐이다. 그런데 이 경애추모의 정이라는 것은 살아있는 사람이 사자에 대하여 가지고 있는 정서적·이성적 평가를 가리키는 말인바 전형적인 사상의 표현이자 (사자의) 외적 명예일 뿐이다.[103] 결국 외적 명예로부터 영향을 받는 내적 명예와 명예감정은 남아있지 않고 단지 서로 대립되는 평가만이 남아있는 것이 사자의 명예권과 살아있는 사람의 표현이 충돌하는 장면의 본질이다. 실제로 대립하는 것은 서로 다른 기본권주체의 표현의 자유인 것이다. 그렇다면 사상의 자유시장 논리에 따라 사자에 대한 자유로운 표현의 가능성이 더 폭넓게 보장되어야 한다.[104] 이와 달리 죽은 사람의 명예를 더럽히는 것은 그의 전부를 파괴하는 것이라는 조대현 재판관의 의견은 사자의 경우 내적 명예와 명예감정이 결여되었음을 간과한 것이다.

---

103) 이러한 "표현"이 아닌 경애추모의 정은 개개인의 내면적인 감정의 문제이므로 법으로 보호할 수 없는 것이다. 다만, 사회통념상 일반인이 불특정한 망인에 대하여 가질 것으로 기대되는 수준의 추모감정은 종교적·신앙적 영역의 가치로서 보호할 수 있다고 할 것이다. 예컨대 서울중앙지방법원 2006. 8. 10. 선고 2005가합16572판결의 판시 중 "고인의 죽음을 부패하여 더러운 쓰레기에 비유하여 대중 앞에 공표함으로써, 고인이 그 지위와 자신에 대한 역사적 평가를 떠나 한 인간으로서 당연히 보장받아야 할 인격적 법익 즉, 생존시 또는 사후에 자신의 죽음의 가치와 그 경건성에 대해 갖는 기대라는 인격적 법익을 침해하였다 할 것이다."와 같은 표현이 눈여겨볼 만하다.

104) 예컨대 서울중앙지방법원 2006. 8. 10. 선고 2005가합16572판결: "사자(死者)에 관한 사실은 세월의 흐름에 따라 역사적 사실이 되는 것이므로, 역사적 사실에 대한 학문적, 예술적 탐구와 표현은 그로 인한 가치가 이미 시간의 경과로 세인의 기억 속에서 잊혀져 가는 역사적 인물의 인격적 법익을 보호함으로써 달성되는 가치보다 소중한 것으로 배려되어야 하고, (이하 생략)" 이 판결은 유족의 경애추모의 정이 침해되었을 때 적절한 구제수단으로 손해배상을 들고 있다. 사상의 자유시장 이론에 대하여는 한수웅, 같은 논문, 30, 31쪽 참조. 다만, 이 논문에서는 자유시장경제에 대한 논의와 마찬가지로 사상을 표현할 수 있는 시장참여주체 사이에서 세력균형을 달성하지 않는 이상 사상의 자유시장 이론의 타당성에는 한계가 있다고 지적한다.

2) 유족의 인격권 침해 여부

헌법재판소가 사자의 명예를 훼손하게 되면 사자와 맺은 관계를 통해 형성된 유족의 인격권이 제한된다고 설시한 것처럼 진상규명위원회의 결정으로 친일반민족행위자 유족의 명예가 침해된 것이 아닌지 의문이 있다. 그런데 헌법재판소가 설시한 내용은 많은 사람들이 직관적으로 느끼는 바와 가까운지는 몰라도 엄밀하지 못하다. 사자의 명예가 훼손되는데 어떤 이유로로 유족의 인격권이 제한되는가? 헌법재판소는 유족의 인격권이 사자와 맺은 관계를 통하여 형성된 부분이 있기 때문이라고 한다. 그런데 사람의 인격이 다른 사람과 서로 영향을 주고받으며 형성된다면, 그렇게 영향을 주고받는 사람이 수없이 많은데 사자의 명예가 제한되는 경우에야 유족의 인격권이 제한되는 이유는 무엇인가? 이 부분에 대하여 헌법재판소는 명시적으로 어떤 서술을 하고 있지는 않다. 다만, 혈족이라는 점에서 후손인 유족의 인격이 형성되는 데에 가장 많은 영향을 주었을 것이라고 경험칙에 따른 추론이 가능하다. 그런데 인격이 형성되는 데에는 가장 친밀한 사람만큼이나 가장 적대적인 사람도 영향을 준다. 따라서 이 추론은 보충이 필요한데, 보충하자면 후손이 조사대상자에 대한 평가로부터 인격권이 제한된다고 느끼는 이유는 후손인 유족은 조사대상자가 자신과 상당한 부분의 생활영역을 공유했던 혈족이라는 점에서 조사대상자와 자신을 일정 부분에서 동일시하고 조사대상자에 대한 평가를 자신에 대한 평가로 느끼기 때문이다. 이처럼 평가를 동일시하는 현상은 앞서 본 경애추모의 정이 개인의 내면적인 감정의 문제인 것과는 달리 개인-외부적인 요소인 사회문화와 사회구조의 영향을 받는다. 조대현 재판관이 지적한 대로 우리 전통문화는 명분과 명예를 소중한 것으로 여겨왔는데, 그 명분과 명예의 귀속주체가 개인이 아니라 가족과 이른바 가문에까지 이르기 때문이다. 그런데 이 모든 것을 헌법적인 시각에서 고려할 것은 아니다. 법이 사회문화의 산물이므로 그로부터 영향받는 것은 당연하지만 법은 국가라는 권력구조가 정당하다고 인정하고 보호하여야 할 만큼 중대한 영역의 이익과 사실에 집중한다. 현행 헌법은 권리의 귀속주체가 개인임을 암시하고 있는

바,[105] 명분과 명예의 귀속주체-보호범위도 개인으로 한정되어야 한다. 그렇지 않다면 모든 형사처벌은 한국의 사회문화와 사회구조에서 가족에게 일정 부분 불명예로 작용하고 있으므로 피고인의 가족에 대한 명예권의 제한으로 연결되어 연좌제에 해당하는 것인지 의문이 생기게 될 것이다. 헌법적으로 판단할 만한 대상은 사실적·사회적 요인이 개재하더라도 상당 부분 규범적으로 예견할 수 있는 결과여야 하는데, 조사대상자에 대한 진상규명위원회의 결정이 유족에게 가져오는 영향은 사실적이고 사회적인 영향이고 규범적으로 당연히 뒤따를 것으로 예측되는 것이 아니다.[106] 그러므로 유족의 명예감정이 일부나마 제한된다면 이는 진상규명위원회의 결정 그 자체로 제한되는 것이 아니고, 위 결정에 따른 간접적인 영향에 지나지 않는다. 따라서 연좌제 등에 해당할 이유도 전혀 없다.[107]

다. 의문사특별법과 과거사정리법의 경우

친일반민족행위자가 사망한 경우가 주로 문제되는 반민족규명법과 달리 의문사특별법과 과거사정리법의 경우 조사결과가 공표됨으로써 명예권이 제한될 가능성이 있는 사람이 주로 살아있는 경우가 대부분이므로 진실로 체제불법의 가해자가 명예권이 제한되는 사례에 해당한다. 이때 명예권에 대한 제한이 위헌적인 침해에 이르렀는지 여부는 일반적인 헌법원리에 따라 과잉금지원칙으로 심사할 문제이다.

의문사진상규명위원회와 진실화해위원회가 조사결과를 공표하는 목적은 앞서 본 대로 체제불법의 사실관계를 명확히 밝혀 국민통합에 기여하려는 것으로서 정당하고, 독립적인 조사위원회를 통하여 체제불법의 사실관계를 조사하도록 하는 것은 이러한 목적을 달성하는 유효한 수단이 된다. 또한

---

105) 예컨대 헌법 전문: "모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, (이하 생략)"

106) 배정훈 외 2인, 같은 논문, 318쪽에서는 이와 비슷하게 '명예 존중'이라는 사실적 요소를 근거로 규범적으로 확정할 행위의 속성을 논증하는 것은 불가능하다는 이유로 진상규명위원회의 결정을 '명예형벌'로 볼 수 없다고 주장한다.

107) 김종철, "친일청산 관련법에 대한 헌법적 검토ㅡ친일진상규명법을 중심으로ㅡ", 친일반민족행위진상규명위원회, 2008년도 학술연구용역 논문집 제7권, 2008년, 51쪽

의문사특별법과 과거사정리법은 조사내용 중 국가안전보장, 관계인의 명예나 사생활의 보호에 필요한 경우 공개하지 않을 수 있는 가능성을 열어두고 있으므로 위 두 법률에 따라 공개된 내용으로 인하여 체제불법의 행위자들의 명예권이 제한받는 범위는 필요최소한의 범위로 한정되어 있다. 또한 조사대상자가 자신에 대한 증거자료를 열람하고 변호인을 선임한 상태에서 조사내용 및 과정에 대한 의견을 진술할 수 있으므로 조사대상자가 자신의 명예권이 제한받는 범위를 필요최소한으로 유지할 수 있는 길이 마련되어 있다. 의문사진상규명위원회와 진실화해위원회가 체제불법의 사실관계를 조사·공표하여 국가의 자기이미지가 정돈되어 과거청산의 목적이 달성되는 공익은 이로 인하여 설령 제한될 수 있는 조사대상자의 명예보다 중대하므로 법익의 균형도 이루어진 것으로 보인다. 결국 의문사특별법과 과거사정리법에 따라 조사결과가 공표되더라도 관계인의 명예가 침해되었다고 할 수는 없다.

제 4 절 재산권의 제한: 친일재산귀속법

1. 개설

친일재산귀속법이 친일반민족행위자의 재산권을 과도하게 제한하여 위헌인지 살피기 위하여는 여러 단계에 걸친 검토가 필요하다. 먼저 대상의 측면에서 친일재산도 헌법이 보장하는 재산권에 해당하는지 검토하여야 한다. 대한민국헌법은 대한민국 임시정부의 법통을 계승하였음을 천명하고 있는바, 친일재산귀속법에서 정한 일응의 요건에 따라 판별된 친일재산은 대한민국 임시정부와 적대관계에 있던 일본제국주의에 협력한 대가로 얻은 이익이므로 대한민국헌법이 그러한 이익까지 보호할 의사로 재산권을 보장하는 것인지 의문이 생기기 때문이다. 또한 친일재산귀속법은 러일전쟁 이후 일본제국주의가 패망하기까지 사이의 기간에 취득한 재산을 친일재산으로 추정하고 있는데, 토지조사령·조선임야조사령에 따른 사정(査定)을 부동산의 독자적인 원시취득원인으로 인정하고 있는 대법원의 태도에

비추어 보면 러일전쟁 이후 일제 패망까지 사이의 기간에 사정받은 토지도 모두 친일재산으로 추정받는 결과에 이르게 된다. 그러나 일제강점기에 이루어진 위 사정은 독자적인 취득원인이 될 수 없다는 유력한 견해가 있는바, 사정된 토지까지 친일재산으로 추정하는 것은 재판청구권 및 재산권의 과도한 제한에 이르는 것이 아닌지 검토할 필요가 있다.

방법의 측면에서는 대한민국헌법이 재산권을 소급적으로 제한할 수 없다고 정하고 있으므로 광복 이후 60여 년이 지나 제정된 친일재산귀속법이 외관상 소급효를 가지는 법률임에도 합헌적으로 재산권을 제한할 수 있는 근거가 있는지 살펴야 한다. 또한 대한민국헌법은 재산권을 제한하는 몇 가지 사례에 대하여 특칙을 마련하고 있으므로 친일재산조사위의 결정 및 친일재산귀속법의 위헌성을 심사할 때에는 어떤 기준에 따라야 하는지 그 내용을 확인하여야 한다. 아래에서는 각 쟁점을 순서대로 살피되, 사정된 토지에 친일재산 추정규정을 적용할 것인지 여부는 재판청구권과도 관련이 있으므로 절을 나누어 검토한다.

2. 친일재산도 '재산권'인지 여부

가. 재산권의 의의

헌법재판소는 헌법에서 말하는 재산권은 "사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리[108]"라고 해석하고 있다. 이와 대비되는 개념으로 헌법재판소가 제시하고 있는 것은 "단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건[109]"인데, 위 두 개념을 비교하여 보면 법익의 귀속주체가 누구인지, 취득경위가 무엇인지는 재산권인지 여부를 판단하는 데 고려할 요소가 아님을 알 수 있다. 즉, 어떤 법익이 헌법이 정한 재산권으로 보호받아야 하는지 판단할 때에는 객관적인 요소로서 그 법익의 내용만을 살펴보면 충분하다.

재산권의 1차적인 내용은 재산에 대한 배타적인 지배권을 말하는 것이

108) 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고 99헌마452 결정
109) 같은 결정

지만, 이러한 재산권이 헌법질서에서 가지는 의미는 생존을 위한 물질적 필요를 만족시키는 데 그치지 않는다. 재산은 삶을 바라는 대로 자유롭게 형성하기 위한 조건의 의미를 가지고 있으며, 이로써 기본권주체인 국민이 자신의 인격을 형성하고 발현할 수 있게 도와주는 기초가 된다.[110] 재산권은 뒤에서 보듯이 그 내용과 한계가 법률로 정하도록 헌법이 위임하고 있는바, 그 내용을 마련할 때에는 재산권이 궁극적으로 자유로운 인격의 형성에 기여한다는 위와 같은 의미를 고려하여 결정하여야 한다.

나. 헌법재판소 결정례

더 구체적으로 친일재산귀속법과 관련된 결정에서 헌법재판소의 법정의견이 친일재산도 헌법이 보호하는 재산권인지 언급한 적은 없다. 다만, 친일재산귀속법에 대하여 내린 여러 번의 결정 중 2008헌바141 등 결정에서 김종대 재판관은 앞서 제기한 문제의식과 같은 시각에서 친일재산은 헌법이 보호하는 '재산권'에 해당하지 않는다고 판단하였다. 즉, 기본권으로 보호되는 재산권은 '우리 헌법'이 보장하는 재산에 대한 권리인바, "우리 헌법의 법통이 3·1운동과 대한민국임시정부를 계승한다고 규정한 것은 대한민국의 헌법이 일본제국주의의 식민통치를 극복하고 우리 민족의 자주독립을 추구한 대한민국임시정부의 민족해방과 민족자결의 정신을 헌법의 근간으로 하고 있다는 점을 공개적으로 선포한 것"이므로 "친일이라는 반민족적 행위의 대가로 취득한 친일재산은 우리 헌법에 의해 보호될 수 없다"는 것이다.[111] 나아가 김종대 재판관은 거래의 안전, 신뢰보호의 원칙 등의 가치도 "새로운 독립국가의 건립 이념이 지니는 가치와 역사적 무게에 견줄 수는 없다. 친일반민족행위로 취득된 재산이 새로운 국가의 건설 후 그 국가가 인정하는 특정승계의 원인 없이 무상으로 당연 승계된

110) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정: "재산권보장은 헌법상의 기본권체계 내에서 각 개인이 자신의 생활을 자기 책임하에서 형성하도록 그에 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 한다. 즉 재산권은 자유의 실현과 물질적 삶의 기초이고, 자유실현의 물질적 바탕을 보호하는 재산권의 자유보장적 기능으로 말미암아 자유와 재산권은 불가분의 관계이자 상호보완관계에 있다."

111) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 결정

것인 한, 친일재산 속에 내포된 원 취득자의 친일반민족성은 이를 포괄 승계로 취득한 그 후손에까지 이어진다고 보아야한다"고 밝혔다. 다만, 그 친일재산을 선별하고 국가소유로 귀속시키는 절차를 "합리적이고 공정·공평한 범위에서" 정하여야 한다는 한계가 있다고 한다.

다. 검토

친일재산귀속법에서 말하는 친일재산이라 하더라도 헌법재판소가 말하는 재산권의 개념요소, 즉 "사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리"를 충족시키는 것은 마찬가지이므로 친일재산도 헌법이 보장하는 재산권에 해당한다고 보아야 한다.[112] 사적 유용성이란 개념요소는 특정한 권리주체가 행사할 수 있는지 여부를 결정하기 위한 개념이 아니라 헌법이 인정하는 경제체제 안에서 활용할 수 있는지 여부를 판단하는 객관적인 개념이기 때문이다.[113]

이와 다른 취지로 판단한 김종대 재판관의 별개의견은 친일재산에 한하여 재산가치 있는 구체적 권리라 하더라도 재산권의 보호영역에 포섭하지 아니하는 경우, 즉 재산의 취득절차에 따라 재산권의 보호영역을 달리 정하는 예외적인 경우를[114] 창설하는 태도로서 현행 헌법이 인정하는 재산권에 대한 헌법재판소의 기존 태도와 일치하지 않는다. 기존의 태도와 일치하도록 재산의 취득경위에 해당하는 사실로 보호여부를 판가름하는 김종대 재판관의 의견을 다시 해석한다면 재산을 취득하게 된 경위는 재산이 아니라 재산의 권리자인 행위자에게 귀속되는 것이므로 친일반민족행

112) 이러한 결론은 재산권의 법적 구조가 다른 자유권적 기본권과 차이가 있기 때문이다. 신체의 자유나 양심의 자유를 비롯한 정신적 자유에 관한 기본권이 일신전속적인 성격이 있으므로 기본권주체와 떨어져서 생각할 수 없음은 당연하고, 집회·결사의 자유 등의 기본권도 기본권주체의 특정한 행위를 보호영역으로 하므로 기본권주체에게 고유한 사실이 기본권의 내용에도 영향을 준다. 그러나 재산권의 경우 보호대상인 재산가치 있는 구체적 권리가 기본권주체와 독립되어 존재하는 것이 가능하다.

113) 김백유, '"친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법" 제2조 등 위헌성 검토', 성균관법학 제22권 제3호, 2010년, 445, 446쪽

114) 이처럼 재산권의 보호영역을 그 밖의 경우와 특별히 달리 정하는 것은 대한민국헌법 제23조제1항에서 말하듯이 재산권의 내용과 한계를 정하는 것으로서 법률로서만 가능한 것이고 헌법해석만으로는 권력분립의 한계를 넘는 경우에 해당하여 불가능하다.

위자는 친일반민족행위로 취득한 재산에 대하여 헌법상의 보호를 원용할 수 없다고 해석하는 견해라고 볼 것이다. 그런데 이러한 견해는 기본권을 행사할 수 없는 사람을 만들게 되어, 독일 기본법과 같이 특정 개인의 기본권을 박탈할 수 있는 근거를 마련하지 않고 있는 대한민국의 경우는 평등권 침해로 비춰질 여지가 있다.[115] 결국 헌법재판소의 기존 태도에 따라 사적 유용성과 그에 대한 처분권을 내포하는 재산적 권리인 이상 친일재산도 헌법이 보호하는 재산권의 범위에 포함된다고 보아야 한다. 이러한 점은 취득경위가 사정(査定)인지 아닌지와도 무관하다. 이와 달리 친일반민족행위로 취득한 재산은 헌법이 보호하지 않는다고 보는 것은 사실 기본권의 보호영역인 객관적인 이익과 기본권주체인 주관적인 인격을 혼동하고 있는 것이다.

3. 소급입법의 문제

가. 개요－재산권의 소급제한 금지와 헌법재판소 결정

대한민국헌법은 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다고 정한다(제13조 제2항). 여기서 말하는 소급입법은 진정소급입법을 의미하고, 이로써 헌법은 진정소급입법을 통한 재산권의 제한은 절대적으로 금지하는 특칙을 두고 있다는 것이 일반적인 견해이다.[116] 헌법이 이처럼 재산권과 참정권의 소급제한을 금지하고 있는 이유는 대한민국 건국 이래 정쟁의 결과에 따라 참정권과 재산권이 손쉽

---

115) 예컨대 독일 기본법 제18조: “Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. (2문 생략).”

116) 헌법재판소 1997. 6. 26. 선고 96헌바94, 판례집 9-1, 631, 639쪽(토지를 수용한 목적인 공익사업이 변경되어 다른 공익사업에 토지를 사용하게 된 경우 환매권의 행사를 제한하는 토지수용법(1995. 12. 29. 법률 제5109호로 개정된 것) 제71조가 헌법에 위반되지 아니한다는 사례)

게 박탈된 데 대한 반성적인 고려가 담긴 것이라고 평가된다.[117]

헌법재판소는 친일재산을 국가소유로 귀속시키는 친일재산귀속법 제3조에 대하여 진정소급입법으로 판단하고, 소급입법에 대한 기존의 입장에 따라 다음과 같이 친일재산귀속법을 정당화하였다.

> "진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우와 같이 소급입법이 정당화되는 경우에는 허용될 수 있다. 친일재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통 계승을 선언한 헌법 전문 등에 비추어 친일반민족행위자측으로서는 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었고, 친일재산 환수 문제는…매우 이례적인 공동체적 과업이므로 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있다. 따라서 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하나 헌법 제13조 제2항에 반하지 않는다."[118]

목영준 재판관은 친일재산귀속법 중 친일재산을 국고에 귀속시키는 조항의 법적 성질이 부진정소급입법이라고 판단하며, 그 근거로 친일재산에 내재된 반사회적 가치와 중대한 범죄성을 들고 있다.[119] 이 중 반사회적 가치는 앞서 본 김종대 재판관의 견해와 일맥상통하는 것으로 "오늘날의 대한민국[은] 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩되었[으며] 일본제국주의의 식민통치를 배격하고 우리 민족의 자주독립을 추구한 대한민국임시정부의 정신을 헌법의 근간으로 하고 있다는 점"을 바탕으로 "일제강점기에…식민통치에 협조한 대가로 취득한 재산은 반사회적 가치를 내포하고 있다"고 보는 것이다. 나머지 중대한 범죄성의 의미는 "1950. 4. 29. 반포된 대한제국의 형법대전은 국가에 대한 반역죄, 내란

---

117) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 등 결정 중 재판관 이강국, 재판관 조대현의 일부위헌의견, 판례집 23-1상, 321, 322쪽: "헌법 제13조 제2항은 4·19민주혁명과 5·16군사쿠데타를 거치면서 각종 소급입법에 의한 정치적·사회적 보복이 반복되어온 헌정사를 바로 잡기 위하여 도입된 것으로서 예외를 두지 않는 절대적 금지명령이다."

118) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 등 결정

119) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 등 결정 중 재판관 목영준의 일부별개의견, 판례집 23-1상, 317쪽

죄, 외환죄 및 국권손괴죄 등을 규정하였는바, 비록 위 형법대전은 1912. 3. 18. 조선총독부법령 제11호로 폐지되었으나 이는 일제의 부당한 지배에 의해 그 적용이 배제되었던 것일 뿐 위 법전의 규범적인 효력은 잠재적인 차원에서 그대로 존속하였다고 할 것이므로" 친일재산의 취득원인이 된 친일반민족행위는 위 형법대전을 위반한 행위로서 중대한 범죄성을 내재한 것이라고 한다.

나. 검토

1) 부진정소급입법이라는 견해의 평가

목영준 재판관의 의견이 지적하는 바는 비록 그 취지는 정당하지만 민주공화국인 대한민국의 규범체계에서는 받아들일 수 없는 내용을 포함하고 있다. 친일재산에 내재된 중대한 범죄성의 근거를 대한제국의 형법대전에서 찾고 있는 견해는 대한제국의 규범체계의 정당성과 유효성을 승인하는 것을 전제로 한다. 그런데 대한제국은 황제를 주권자로 하는 제국으로서 국민에게서 주권이 출발한다고 정한 대한민국과는 국가권력을 정당화하는 시작점부터가 다르다. 현대 민주국가의 근본원리인 법치주의는 단지 성문규범에 따른 통치만을 내용으로 하는 것이 아니라 주권자인 국민의 결정에 따라 민주적 정당성을 갖춘 규범이 효력을 가질 것을 요구한다. 대한제국이나 이보다 더 앞선 왕조국가 고려, 조선으로부터 대한민국의 역사적 정통성, 영토에 대한 고권적 정당성을 찾을 수는 있어도 국가권력의 규범적, 민주적 정당성을 찾을 수는 없다. 물론 대한제국의 규범체계 전부를 부정의한 것으로 볼 것은 아니며, 그 중 대한민국의 주권자가 합리적인 것으로 판단하고 승인하는 것은 여전히 효력을 가질 것이다.[120] 그러나 국가에 대한 반역죄, 내란죄 등 국가의 이익에 관한 죄는 특히 주권자의 명시적인 결단 없이는 대한민국의 시대에 정당성을 잃는 것으로 보아야 한다. 그렇지 않으면 "봉건제도를 개혁"하려고 하였다는 동학혁명명예회복법의

120) 예컨대 국가승계 이론 등을 검토할 수 있을 것이다.

정신과도 배치되는 가치를 헌법이 인정하는 결론에 이르게 된다. 목영준 재판관의 의견대로 친일재산에는 반사회적 가치가 내포되어 있음은 사실이지만, 그 반사회적 가치는 식민지배에 항거한 국민을 상대로 저질러진 반인륜적인 행위로부터 발생한다.

그런데 친일재산에 이러한 반사회적 가치가 내포되어 있다고 하더라도 친일재산귀속법이 소급입법인지를 판단하는 데는 별다른 의미를 가지지 못한다. 입법기술적으로 소급입법인지를 판단하는 기준은 법을 제정하는 시기와 법이 적용되는 사실관계의 선후관계인데, 친일반민족행위의 대가로 재산을 획득한 시기가 친일재산귀속법이 제정된 시기보다 앞선다는 점은 명백하기 때문이다.[121] 일제강점기 의용민법에 따른 물권행위를 재산권의 유효한 취득원인으로서 인정하고, 친일재산조사위의 결정은 그 중에서 대한민국의 국법질서에서 정당한 것으로 인정할 수 없는 부분의 효력을 박탈하는 국가작용이라고 보는 범위 안에서는 친일재산귀속법은 소급입법으로서 이해할 수밖에 없다.

2) 대한민국헌법 제13조 제2항의 의미: 해석론 또는 입법론

재산권의 소급제한을 금지하는 대한민국헌법 제13조 제2항은 진정소급입법에 대한 절대적 금지라고 이해하는 한 재산권의 규범적 의미를 경제적 실질과 괴리되도록 만드는 조항이 되기 때문에 이를 주의적 규정으로 해석하거나 개헌을 통해 삭제하여야 한다. '사적 유용성'을 내용으로 하는 '재산적 가치'라는 재산권의 보호영역이 가지는 특성 때문에 재산권을 제한하는 모든 규범장치들은 진정소급효와 유사한 효력을 가지게 되기 때문이다. 헌법이 승인하고 있는 시장경제질서 아래에서 어떤 재화가 가지는

121) 사실관계가 이미 완성 또는 종결되었는지 여부에 따라 법적 분석을 달리 하는 이러한 시각은 불법행위책임과 소유물방해배제청구권에 관한 대법원 판결에도 반영되어있다. 예컨대 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결: "소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해베제청구권은 방해결과의 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다 할 것이다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다."

재산적 가치는 경제주체들이 시장에서 평가한 가격으로 나타난다. 이때 평가되는 것은 그 재화를 생산하는 데 투입된 자원이나 노동에 그치지 않고 장래 그 재화로부터 얻을 수 있는 편익을 포함한다.[122] 채권에 이자가 붙고, 채권이 거래될 때는 할인을 하며, 채권이 아닌 자산은 감가상각을 하는 데에는 이런 이유가 있다. 시간이 지나며 재화로부터 장차 얻을 수 있는 편익이 줄어들기 때문이다. 그렇기 때문에 이른바 부진정소급입법으로서 또는 더 나아가 아주 소급입법을 피하여 장래를 향하여서만 재산권을 제한하더라도 그 제한은 재화의 현재 가치에 영향을 주게 된다. 결국 모든 형태의 법적 제한은 재화의 원본을 잠식하는 효과를 가져오게 되고, 이 점에서 법률이 제정되기 전의 사실관계에 적용되는 진정소급효와 실질적으로 동일한 결과에 도달하게 된다. 진정소급입법과 부진정소급입법의 구별은 적어도 재산권의 제한과 관련하여서는 법기술적인 문제에 지나지 않는다.[123]

경제적인 실질을 고려하지 아니하더라도 재산권의 제한과 관련하여 진정소급입법과 부진정소급입법을 나누어 보는 견해는 헌법재판소의 태도에 비추어 보면 아무런 실익이 없고 오히려 법적 안정성을 해치게 된다. 헌법재판소는 소급입법의 영역을 개념적으로 진정소급입법과 부진정소급입법으로 나누고 위헌심사기준으로 진정소급입법에 대하여는 원칙적으로 위헌이지만 일정한 경우에는 허용할 수 있다는 기준을, 부진정소급입법에 대하여는 원칙적으로 가능하지만 일정한 경우에는 위헌에 이른다는 기준을 제시하고 있다.[124] 문제는 헌법재판소가 그 기준을 소급입법을 명시적으로 위헌이라고 정한 재산권에 대하여서도 그대로 적용하고 있다는 점이다. 헌법재판소에게 헌법 제13조 제2항은 이미 규범력을 잃은 셈이다. 또한 진정소급입법인 경우의 위헌심사 기준도 그 내용을 뜯어보면 결국 과잉금지

---

122) 이창희, 같은 책, 47, 60, 284~286쪽

123) 이창희, 같은 책, 59쪽; 나아가 이부하, 같은 논문, 333쪽에서는 일반론으로서도 진정소급입법과 부진정소급입법이라는 구분론은 매우 불명확할 뿐만 아니라 입법자가 자의적으로 법적 평가기준을 조작하여 법치주의의 제한을 잠탈할 우려가 있고, 또한 구성요건이 완성되었는지 여부는 법적 평가의 문제이므로 이로써 진정소급입법 여부를 판단하는 것은 명확한 기준이 될 수 없어 법적용상의 자의가 나타날 수 있다고 지적한다.

124) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2008헌마413 결정, 판례집 21-1하, 928, 942쪽

원칙으로 돌아오게 된다. 오히려 언제 '원칙'대로 금지되는 소급입법으로서 위헌을 선고할 것인지 예견하기 어려운 눈속임을 하고 있을 뿐이다.

결국 헌법 제13조 제2항의 규범력을 가장 잘 확보할 수 있는 해석은 이를 주의적인 의미를 가진 규정으로 읽는 것이다. 또한 재산권에 관한 입법이 모두 일정한 수준의 진정소급효와 가까운 효력을 가지더라도 입법기술적으로는 진정소급입법과 부진정소급입법, 장래를 향한 입법을 구분할 수 있는바, 진정소급입법의 기술을 사용할 때에는 더욱 신중할 것을 요구하는 의미로 이해할 수 있다.[125]

3) 친일재산귀속법의 소급효

결국 친일재산귀속법이 헌법이 허용하지 아니하는 소급입법에 해당하는지 여부는 신뢰보호원칙으로 돌아가 친일반민족행위자나 그 후손의 신뢰가 과도하게 제한된 것인지 검토하여야 한다. 이때 고려할 요소로서 헌법재판소는 '침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법'과 '입법을 통해 실현하려는 공익'을 들고 있다.[126] 재산권을 제한하는 경우에는 이때 침해받은 신뢰이익, 입법을 통해 실현하려는 공익을 검토하면서 앞서 본 대로 재산이 자유로운 인격을 형성하는 바탕이 된다는 점을 특별히 고려할 필요가 있다. 뒤에서 보게 될 죄형법정주의와 마찬가지로 정치적·법적 권력을 남용하여 얻은 신뢰이익에 대하여는 국민을 상대로 국가의 입법권을 행사할 수 있는 한계를 정하는 것이 그 취지인 신뢰보호원칙을 원용할 수 없다고 보아야 한다.

친일재산귀속법이 친일재산으로 확인하여 국고로 환수하는 재산은 국권을 침해한 조약을 체결한 사람, 일본제국의회의 의원으로 활동한 사람, 조선총독부 중추원 부의장·고문·참의로 활동한 사람, 작위를 받거나 계승한 사람, 독립운동에 참여한 사람과 그 가족을 살상·처형·학대한 사람의 재산

125) 이창희, 같은 책, 58쪽에서는 소급입법으로 세금을 매길 수 있는지 여부는 결국 기본권 제한의 일반이론으로 돌아간다고 지적하고 있는바, 조세라는 영역의 차이가 있지만 마찬가지 맥락에서 이해할 수 있다.

126) 헌법재판소 2000. 12. 14. 선고 99헌마112 등 결정, 판례집 12-2, 399, 411~413쪽

이다. 친일재산귀속법이 달성하고자 하는 공익은 '반인륜적인 식민통치에 찬동하고 같은 민족을 탄압한 반민족행위자의 재산을 국가에 귀속하여 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세운다'는 것으로서 법공동체인 국가의 자의식을 다시 형성하는 과정의 일부에 해당하여 매우 중대하다고 평가할 수 있다. 반면, 대한제국이 제 기능을 하지 못하여 국민들의 인권과 기본권이 유린당하게 된 계기인 한일병합조약 등을 체결한 대가로 취득한 재산이나 일본제국주의의 반인륜적 식민지배에 저항한 독립운동가와 그 가족을 박해하여 얻은 재산은 그 취득경위에 비추어 볼 때 보호가치가 크다고 할 수 없다. 또한 친일재산귀속법에 따르더라도 친일재산을 국고로 귀속하기 위하여는 진상규명위원회에서 증거조사를 거쳐 반민족행위자로 결정된 사람의 재산 중에서도 재차 친일재산조사위가 그 취득시기와 취득권원을 조사하여 친일재산으로 결정하여야만 하고, 조사대상자는 진상규명위원회와 친일재산조사위 양쪽에서 모두 이의신청 등의 불복절차를 거쳐 각 위원회의 결정에 대한 의견을 제시하여 공정한 판단을 받을 수 있으므로 신뢰침해의 방법이 불합리하다고 볼 수도 없다. 나아가 일본제국의회의 의원으로 활동하거나 조선총독부 중추원의 구성원으로 활동한 사람, 작위를 받거나 계승한 사람은 특히 당시 한반도에서 정치적·법적 권력을 행사하고 있던 일본제국주의의 일원으로서 지배력을 행사하여 그 대가로 친일재산을 얻은 것이므로 신뢰보호원칙이 보호하고자 하는 범주의 이익을 보유한 것으로 볼 수 없다. 결국 친일재산귀속법이 친일반민족행위자와 그 자손의 신뢰를 과도하게 침해하여 위헌이라고 볼 수는 없다.

4. 여론: 친일재산귀속법에 따른 결정이 재산권을 과도하게 제한하는지

가. 재산권에 대한 헌법의 규율

다른 기본권은 헌법이 그 내용을 직접 정하고 있으나 재산권은 그 내용과 한계를 법률에서 정하도록 하고 있는바(제23조 제1항), 이는 재산권을 공공복리에 적합하게 행사하도록 정한 것과 마찬가지로 재산권의 행사는

사회에 미치는 영향이 막대하므로 사회기속성을 그 내용에 반영하기 위함이라고 보는 것이 일반적인 견해이다. 이때에도 입법자는 재산권을 완전히 임의적으로 정할 수는 없고 법치국가의 일반원리인 비례의 원칙을 따라야 하며 재산권의 본질이 형해화되는 수준에 이르러서는 아니 된다.[127]

재산권을 제한하는 방법에 대하여 대한민국헌법에서는 몇 가지 경우를 명문으로 정하고 있다. 우선 공공필요에 의하여 재산권을 수용·사용 또는 제한할 수 있으나 법률로써 정당한 보상을 지급하여야 한다(제23조 제3항). 국가의 예산을 마련하기 위하여 조세를 부과할 수 있으나 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다(제59조). 한편, 법률과 적법한 절차에 따라 개인에게 처벌을 가할 수 있고(제12조 제1항), 이로부터 위임을 받은 형법은 벌금·과료를 형의 종류로 정하고 있는바(제41조), 이 또한 범죄자의 재산권에 대한 제한으로 작용한다. 그 밖에도 헌법재판소는 각종 개별 법률에서 부과하고 있는 이른바 부담금이 일정한 조건을 충족하는 경우 헌법적으로 정당화될 수 있다고 보고 있다.[128]

나. 헌법이 예시하지 않은 재산권 제한의 가능성

우선 여기서 헌법이 명문으로 정하고 있는 재산권의 제한이 한정적인 것인지 예시적인 것인지 의문이 생긴다. 앞서 인신을 구속하기 위하여는 반드시 법관이 발부한 영장이 있어야 한다는 영장주의를 살펴보았는데, 이처럼 헌법은 중대한 일부 기본권에 대해서는 제한할 수 있는 방법을 헌법에서 정한 것으로 한정하고 그 밖의 방법은 모두 위헌으로 보고 있다고 해석해야 하는 경우가 있다. 헌법에서 제23조와 같은 조문을 두고 있는

---

127) 헌법재판소 2007. 7. 26. 선고 2003헌마377 결정: “재산권 행사의 사회적 제약을 구체화한 것으로 재산권의 내용과 한계를 정하는 것이며 헌법 제23조 제3항의 보상을 요하는 수용 등과는 구별된다. 다만 위와 같은 입법 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례의 원칙을 준수하여야 하며, 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 처분권을 부인해서는 아니 된다.”

128) 대표적인 사례로는 학교용지 확보 등에 관한 특례법(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정된 것)에서 정한 학교용지부담금에 관한 헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2007헌가9 결정, 판례집 20-2상, 424쪽; 부담금에 관한 일반적 논의 및 정당화 요건에 대하여는 이대근, “부담금의 헌법적 정당화 요건”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009년 참고

것이 이와 같은 취지라면 위에서 본 재산권의 유형 중 어느 하나로 분류되지 않는 재산권의 제한은 모두 위헌이 되는 셈이다.[129]

헌법재판소가 인정하고 있는 부담금은 헌법에 명문적인 근거 규정이 없다는 점에서 헌법재판소가 보고 있는 헌법규범의 세계에서는 제23조 제3항을 비롯한 재산권 제한 규정을 예시적인 규정으로 보는 것이 적절하다. 행정권이 행사되는 범위가 과거 어느 시대보다 넓어지고 그 양태가 다양해진 현대에는 재산권을 제한하는 양태가 공용수용, 공용사용 또는 공용제한으로만 유형화될 것으로 보기도 어렵다.[130] 또한 헌법은 모든 기본권에 대한 일반적인 법률유보를 인정하고 있으므로 제23조의 재산권 제한을 예시적인 것으로만 보아도 충분히 다른 유형의 재산권 제한의 위헌성을 헌법에 따라 심사할 수 있다. 비교하자면 헌법은 인신의 구금과 관련된 특례인 영장주의를 정하고 있지만, 신체의 자유는 구금과 무관하게 신체부분을 의지대로 움직일 자유가 침해된 경우에도 제한되므로 앞서 본 반민족규명법의 동행명령장과 같이 영장주의가 적용되지 아니하면서도 신체의 자유가 제한되는 영역이 존재한다.

헌법이 정하지 않은 형태로 재산권을 제한한다면 그 근거는 무엇이며, 어떻게 그 위헌성을 심사할 것인가? 헌법재판소와 일부 견해는 이러한 제한은 헌법 제23조 제1항에 따른 것으로 보고 제한으로 인하여 발생한 위헌성을 상쇄하기 위하여 정당한 보상을 지급하여야 한다고 본다.[131] 이러

---

129) 예컨대 이재교, 같은 책, 32, 37쪽과 같은 견해는 친일재산조사위의 결정이 몰수 아니면 공용수용에 해당하여야 하는데, 공용수용이라고 볼 수 없으므로 몰수에 해당하고, 그렇다면 소급형벌에 해당하여 위헌이라고 주장하는바, 이러한 견해도 재산권의 제한은 헌법이 정한 유형으로 한정된다는 전제를 두고 있다.

130) 예컨대 대한민국은 탄소배출권 거래제도를 도입하여 운영하고 있고 실제로 한국거래소에서는 탄소배출권이 거래되고 있는 중이다. 저탄소 녹색성장 기본법에 따른 관리업체는 온실가스 감축 목표를 마련하여 온실가스 배출량을 관리하고 그 실적을 보고하여야 하고, 이를 완화하기 위하여는 탄소배출권을 구입할 수밖에 없는바, 이는 직업의 자유 및 재산권에 대한 새로운 형태의 제한으로 작용하지만 기존의 어떤 유형으로도 포섭하기 어렵다. 저탄소 녹색성장 기본법 제42조, 제43조, 제46조 참조

131) 정종섭, 같은 책, 714쪽에 따르면 “사회기속에 해당하지 않음에도 일정한 제한이 있는 경우에 보상이 인정된다고 보고 이를 제1항에서 그 근거를 구하면 헌법 제37조 제2항에 의한 제한은 배제된다고 할 것이다.”라고 하여 제23조 제1항만이 근거가 될 수 있다고 본다. 이때 그 보상은 평등원칙과 비례원칙에 따른 조정적 보상이며 반드시 금전보상일 필요는 없고 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 부여된다고 한다.

한 해석에 따르면 아무런 보상이 없는 재산권의 제한은 모두 위헌인지 검토할 필요가 있다. 또한 모든 기본권을 법률로써 유보할 수 있다고 정하고 있는 헌법 제37조 제2항도 공용수용 등의 방법에 따르지 않고 재산권을 제한하는 헌법적 근거가 될 수 있을 것이다. 이 경우에도 위헌성을 상쇄하기 위한 보상이 필요하거나 가능한지 헌법이 명시적으로 정하고 있지는 않으나, 이는 재산권의 특성을 고려하여 헌법해석에 따라 인정할 수 있다고 본다. 즉, 헌법은 기본권을 제한하는 경우에도 본질적인 내용만큼은 침해할 수 없다고 정하고 있으나, 재산권은 그 내용이 '사적 유용성과 그 처분권을 내용으로 하는 재산적 가치'이고, 시장경제질서에서 말하는 재산적 가치는 질적 차이가 인정되지 않는 화폐로 평가되므로 재산적 가치에 대한 제한 사이에도 질적 차이가 생기지 않아 과연 어떤 제한이 본질적인 내용에 대한 침해인지 판단하기 어려운 부분이 있다.[132] 한편, 재산적 가치는 질적 차이가 인정되지 않으므로 다른 재산적 가치와 교환할 수 있다. 이러한 사정을 고려하여 헌법 제23조 제3항은 재산권 제한으로부터 발생하는 위헌성을 상쇄하기 위해 일정한 보상을 지급하는 방안을 채택하고 있는 것이다. 이러한 헌법상황은 공용수용 등의 형태에 따르지 않은 제한에서도 아무런 차이가 없으므로 일반적인 법률유보를 근거로 재산권을 제한하는 경우에도 위헌성을 상쇄하기 위한 보상이 가능하다고 보아야 한다.[133]

헌법재판소도 도시계획법에 따른 개발제한구역 제도의 위헌성을 심사하면서 개발제한구역 제도는 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 근거를 두어 재

---

132) 헌법재판소는 보상 없는 수용이나 시장질서의 근본적인 부정이 재산권의 본질적인 침해라고 밝힌 바가 있다. 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정, 판례집 1, 357, 373쪽: "사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등이 본질적인 침해가 된다는데 대하여서는 이론의 여지가 없[다]." 그럼에도 친일재산귀속법에 대한 결정에서 헌법재판소는 소급입법을 통하여 재산권을 제한할 수 있는 가능성을 인정하였으므로 위와 같은 판시가 지금도 유효한지는 알 수 없다.

133) 한편, 일반적인 법률유보를 바탕으로 재산권을 제한하되 보상을 하지 않는 경우 보상 없이 재산권을 제한하게 되어 재산권이 중대하게 제한되는 공용수용 등의 경우보다 오히려 손쉽게 재산권을 제한하는 것인지 의심이 있을 수 있다. 그러나 재산권을 제한하는 경우의 보상은 질적 차이가 없고 대체가능성이 있는 재산권의 특성상 기본권 제한의 위헌성을 상쇄하기 위한 하나의 방안으로 마련된 것이므로 보상을 지급하지 아니하고 재산권을 제한하는 경우는 오히려 위헌성을 상쇄할 수 있는 수단이 더욱 제한되어 입법자는 더욱 섬세하고 예민하게 위헌성을 사전에 판단하여야만 한다.

산권의 사회적 기속에 따른 내재적 한계를 법률로써 구체화한 내용이고, 개발제한구역으로 지정되어 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없거나 법적으로 전혀 이용할 수 없는 등의 경우에는 국민 누구나 수인해야 할 만한 사회적 제약의 범위를 넘은 것이며, 이로 인한 위헌성을 완화하기 위하여 보상이 필요하다고 밝히고 있다.[134] 즉, 헌법재판소의 태도에 따르면 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 따라 재산권을 제한하는 경우에도 위헌성을 완화하기 위한 보상을 할 수 있다고 밝혔을 뿐만 아니라, 토지를 종래의 목적으로 이용할 수 없거나 그 밖에도 전혀 이용할 수 있는 방법이 없는 예외적인 경우에는 위헌성을 상쇄하기 위한 보상의무가 발생한다는 점도 명시하고 있다.

다. 헌법재판소 판례

헌법재판소는 친일재산귀속법에 따른 결정이 헌법에서 예시하고 있는 것과는 전혀 다른 형태로 재산권을 제한하는 것으로 보고 있다. 다시 말해 헌법에서 정하고 있는 재산권의 제한이 한정적인 것으로 보고 있지 않다. 친일재산귀속법에 대한 판단에서 헌법재판소는 친일재산조사위의 결정이 헌법에서 정한 재산권의 제한 중 어떤 유형에 해당하는지 검토하지 않고 바로 과잉금지원칙에 따라 재산권이 침해되었는지를 검토하고 있기 때문이다[135]. 법정의견은 친일재산도 기존의 재산법 체계에서는 정당한 재산으로 보호될 여지가 있는데 “이는 3·1운동 정신의 계승을 선포한 현행 헌법의 이념과…모순적 상황임”을 전제로 “친일재산을 국가로 귀속시켜 이를 독립유공자를 위해 사용하고자 하는 이 사건 귀속조항은…입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라”고 판단하였고, “국가에 귀속되는 친일대산의 재상은 ‘일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법’이 정한 여러 유형의 친일반민족행위 중에서 사안이 중대하고 범위가 명백한 네 가지 행위…의 친일재산으로 한정하고 있고, 설사 이에 해당하는 자라 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등은 예외로 인

134) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 등 결정, 판례집 10-2, 927, 952~956쪽
135) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 결정

정할 수 있는 규정을 두고 있"는 점, "(친일재산으로) 추정을 받게 된다 하더라도 친일반민족행위자측은 그 재산이 친일행위의 대가로 취득한 것이 아니라는 점을 입증하여 언제든지 위 추정을 번복시킬 수 있도록 하고 있"는 점, "친일재산의 거래로 인하여 선의의 제3자가 발생할 경우 이를 보호하도록 하는 규정을" 두고 있는 점 등을 들어 친일재산귀속법의 내용은 입법목적을 달성하기 위한 필요최소한의 범위에서 친일반민족행위자의 재산권을 제한하고 있다고 보았다.

라. 보상 없는 수용의 가능성

1) 비교법적 사례: Jahn and others v. Germany 사건

친일재산에 대한 국고귀속 결정이 공용수용이 아닌 재산권의 제한에 해당하더라도 보상 없이 헌법적으로 정당화될 수 있는 경우인지 검토가 필요하다. 아무런 보상 없는 재산권의 제한이 위헌인지를 검토하기에 앞서 실제로 보상 없이 재산권을 국고로 귀속시킨 독일의 사례를 소개한다. 제2차 세계대전이 끝난 후 분단된 동독에서는 소비에트연방의 주도 아래 토지개혁을 실시하여 당시 큰 농지를 소유한 귀족들로부터 토지를 몰수하고 이를 농민들에게 분배하는 사업을 실시하였으며, 통일 직전 동독 의회에서는 실제로 농지를 경작하고 있는 농민에게 농지의 소유를 인정하는 법률{이른바 '모드로브 법(Modrow Gesetz)'}을 제정하였다. 이렇게 분배된 토지는 통일 이후 제정된 재산법 등의 개정에 관한 법률(Gesetz zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften)을 통하여 다시 연방정부에 귀속되는 것으로 결정되었는데, 이에 대하여 연방헌법재판소는 1991년 합헌이라고 결정한 바가 있었다.[136] 연방정부에게 토지를 빼앗긴 셈이 된 당사자들은 유럽인권법원(European Court of Human Rights)에 위 법률은 재산권을 보장한 유럽인권협약[137]에 위반됨

136) 독일연방헌법재판소 2000. 10. 6. 선고 1 BvR 1637/99 결정 및 2000. 10. 25. 선고 1 BvR 2062/99 결정 참조

137) 이 사건에서 다투어진 내용은 1952. 3. 20. 파리에서 작성된 유럽인권협약의 제1추가

을 확인하여 달라고 신청하였다. 이 신청은 토지를 분배받은 사람들의 상속인들이 제기한 것으로, 그들은 독일연방의회의 입법이 동독에서 분배된 토지는 상속되지 않을 것이라는 잘못된 예측에 근거하여 재산권의 보장에 필요한 가치형량을 잘못한 것이라고 주장하였다. 유럽인권법원은 최초에는 제3재판부에서 유럽인권협약에 위반된다고 판시하였으나,[138] 독일연방정부의 상소에 따라 전원재판부(Grand Chamber)에서 유럽인권협약을 위반한 것은 아니라고 그 입장을 변경하였다.[139] 유럽인권법원은 그 이유로 크게 세 가지를 들고 있는데, 우선 모드로브 법이 통과된 동독의 의회는 민주적인 선거를 통하여 구성된 의회가 아니었고 통일을 앞둔 상태에서 매우 불안정한 상태에 있었다. 또한 통일 이후 독일연방의회는 산적한 법적 쟁점에도 불구하고 매우 짧은 시간 안에 동독의 토지 문제를 처리하는 법률을 처리하였다. 마지막으로 독일연방의회가 동독 시절의 토지소유 관계를 정리한 까닭은 동독 정권 아래에서 정권의 법 집행 여부에 따라 토지의 소유권 귀속이 달라지는 불합리한 결과를 방지하고자 하는 데에 있었다는 점도 언급되었다. 특히 동독 정권의 부작위를 이용하여 토지의 사실상 소유권을 취득한 사람들도 있다는 점을 고려하면 아무런 보상 없이 소유권을 국고로 환수하더라도 비례원칙에 반한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 토지의 국고 환수가 국고에 이익이 되었으며 농민들 사이에서 토지를 재분배하는 데에도 도움이 되었다는 점도 고려되었다.

"불법적인 재산권"은 보호가치가 낮기 때문에 보상 없이 수용할 수 있다는 위 판결의 이론에 대하여는 유럽인권협약에 따른 재산권의 보호영역

의정서 제1조를 말하는 것이다: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

138) Frankfurter Allgemeine Zeitung, "Enteignung früherer DDR-Bürger war rechtswidrig", 2004. 1. 22.자 기사(http://www.faz.net/에서 검색. 2016. 1. 17. 14:57 최종확인)

139) Jahn and others v. Germany [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, §116, EHCR 2005-VI

은 개별 국가의 정치적인 경제구조와는 관계없이 독립적으로 인정되어야 한다는 점과(실체법적 측면) 유럽인권협약에 따른 유럽인권법원은 개별 국가작용이 협약에 어긋나는지를 심사할 권한이 있을 뿐이고 국내법에 따른 재산권의 획득이 불법적인지를 심사할 권한은 없다는 점을(소송법적 측면) 이유로 비판하는 견해가 있다.[140] 또한 이 견해는 유럽인권법원이 종래 전면적인 사회·경제체제의 전환이라는 특수한 사정도 보상을 감경할 수 있는 사유는 될지언정 완전히 박탈할 사유로 인정하지는 않았다는 점을 지적한다.[141] 이 견해는 특히 사회주의 계획경제체제 아래에서 개인들이 토지소유권과 결부된 형태로 부담하던 의무들이 자유주의 시장경제체제로 전환되면서 사라짐에 따라 토지소유자들이 부당이득을 얻게 된 것으로 볼 수 있다며, 이 부분을 강조하여 보상 없는 수용을 정당화할 수 있다고 설명한다.[142] 또한 재산권을 수용할 때 보상이 뒤따르는 법적 근거로 재산권의 내용 보장뿐만 아니라 권리주체의 신뢰보호를 들 수 있는바, 재통일 과정에서 토지소유권을 얻었다가 잃은 사람들은 다음과 같은 몇 가지 이유에서 보상을 받아야 할 만큼 법적으로 보호가치 있는 신뢰를 가지지 못한 것으로 평가하고 있다: ① 동독의 주민들이 아무 부담 없는 재산권을 인정받은 것은 극히 최근의 일로서 신뢰가 형성될 만한 기간이 충분하지 않다; 동독정부의 부작위로 인하여 동독의 주민들이 자신의 재산에 대한 신뢰를 가지게 되었다고 하더라도 이를 이유로 재통일 이후 연방정부의 공익 형량에 영향을 줄 수는 없다; ② 수용된 토지들이 소유자들의 생활기반을 이룰 만큼 중요한 지위를 차지하고 있지 않다; ③ 종전 후 연합국에 의하여 1945년부터 1949년까지 보상 없이 수용된 경우와 비교할 때에도 이들에게 보상을 할 신뢰가 인정되지 않는다; ④ 연방공화국의 입법자들은 재통일 후 2년이라는 짧은 시간 내에 산적한 법률문제를 해결해야 했으므로, 이를 고려할 때 그 사이에 소유자들이 자신의 재산이 수용되지 않으리라는 신뢰를 가지는 것으로 보기 어렵다.[143]

---

140) Birgit Iris Fischborn, *Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?*, Mohr Siebeck Tübingen, 2010년, 274, 275쪽
141) Fischborn, 같은 책, 277쪽
142) Fischborn, 같은 책, 284, 285쪽
143) Fischborn, 같은 책, 289~295쪽

2) 검토

가) 대한민국헌법 아래 보상 없는 수용의 가능성

앞서 본 개발제한구역에 관한 헌법재판소 결정의 취지에 따르면 사회적 기속을 벗어난 재산권 제한에 보상이 이루어지지 않으면 이는 위헌으로 보아야 한다. 그러면서도 헌법재판소는 토지를 '법적으로 전혀 이용할 수 없는' 결과에 도달하는 친일재산귀속법에 따른 결정에 대하여는 "친일재산을 강제적으로 국가에 귀속시키고자 하는 친일재산귀속법의 취지에 비추어, 이러한 귀속은 과잉금지원칙에 반하지 않는 한 이에 대하여 아무런 보상을 하지 않는 것이 오히려 헌법이념에 부합하는 것이라 할 수 있다."[144] 라고 판시하여 보상이 없음에도 헌법적으로 정당화할 수 있는 예외적인 경우를 인정하고 있다. 이러한 헌법재판소의 태도가 정당한지 보기 위하여는 재산권을 제한함에 따라 나타나는 위헌성을 상쇄하기 위한 보상의무가 발생하는 것이 원칙이지만, 국가가 이 보상의무를 면하게 되는 예외적인 경우를 인정하여야 하는 것은 아닌지, 만약 인정하는 경우 어느 범위에서 이를 인정할 것인지 문제된다.

우선 헌법재판소는 헌법에서 보장하는 기본권 중 어떠한 이유로도 제한할 수 없는 절대적인 기본권은 인정하지 않는 것으로 보이며 헌법도 명시적으로 제한할 수 없는 기본권을 정하고 있지 않다. 가령 생명권이나 양심의 자유는 그 성질상 타협할 수 없는 자유에 해당하고 제한이 곧 박탈로 연결되는데, 이를 근거로 생명권이나 양심의 자유는 제한하는 즉시 본질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다는 해석도 있다. 하지만 헌법재판소는 사형제도를 정한 형법[145]이나 병역의무를 정한 병역법[146]을 심사하면서 생명권과 양심의 자유도 제한할 수 있음을 인정하였다. 이러한 태도는 국가가 국민의 기본권을 보장하기 위한 구조인 만큼, 국민의 자유를 최대한

144) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 등 결정, 판례집 23-1상, 276, 310쪽
145) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 결정
146) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 등 결정

보장하기 위하여는 국가의 존속 또한 담보할 필요가 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 결국 기본권을 제한한 결과 완전히 그 보호영역의 이익이 박탈되는 경우가 있더라도 반드시 위헌에 이르는 것은 아니다.

한편 재산권을 제한하는 데에서 위헌성이 나타나는 이유는 재산권을 인정하는 이유와 맞닿아 있다. 앞서 본 대로 재산권은 삶을 지속하기 위한 물질적인 필요를 만족시킬 뿐만 아니라 삶의 방식과 여건을 바라는 대로 형성할 수 있게 하여 인격을 자유로이 형성할 수 있게 해준다. 그러므로 재산권에 대한 제한은 삶의 여건에 대한 제한으로 연결되어 헌법이 천명한 중심가치인 인간의 존엄성에 영향을 주고 나아가 위헌성이 나타나게 된다. 반대로 재산권의 영역으로 인정하여 배타적인 지배를 인정하는 것이 오히려 개인의 자유를 증진하고 그 수단인 국가의 존속을 담보하지 못하는 경우에는 재산권으로 보호할 요청이 감소하고, 나아가 제한으로 인한 위헌성도 희박해진다고 할 것이다.

이러한 점을 고려하면 재산권을 인정하는 당초 목적인 자유로운 삶의 형성이나 유기적인 국가의 실현에 부합하지 않는 경우에는 헌법에서 말하는 질서유지를 위하여 재산권을 제한할 수 있고, 이 경우 재산권을 제한하는 취지에 따라 정당한 보상 없이도 위헌에 이르지 않는 경우를 인정할 수 있다. 이를 판단하기 위하여는 제한의 대상이 되는 재산권이 헌법이 기본권으로 정하는 취지에 부합하는 것인지 판단할 필요가 있는데, 제한하는 법률의 입법목적, 헌법질서의 가치순위, 제한의 방법 및 정도와 함께 권리주체가 재산권에 대하여 가지게 된 신뢰의 내용 등을 고려하여 판단할 수 있다. 이때 신뢰는 재산권을 향유한 기간, 취득한 경위의 정당성, 제한하는 입법의 난이도 등에 따라 달라지고, 또한 그 신뢰를 부여한 주체가 누구인지도 고려되어야 한다.

나) 독일의 사례가 주는 시사점

이러한 시각에서 앞서 본 독일의 사례를 검토하면 재산권의 제한과 관련하여 다음과 같은 점을 확인하게 된다. 재산권을 수용할 때 권리자의 신

뢰가 고려되는 것은 사실이지만 신뢰보호의 원칙이 독자적인 근거가 되어 보상을 인정할 것은 아니다. 앞서 본 대로 재산권을 제한할 때 보상이 뒤따르는 이유는 본질적인 내용의 침해와 그 밖의 경우의 제한을 나누기 곤란한 재산권의 특징에 기인한다. 그럼에도 재산권을 수용할 때 권리자의 신뢰를 고려하는 이유는 권리자의 신뢰가 곧 재산권의 가치, 즉 재산에 대한 투자와 그 용익과 직접적인 연관을 맺기 때문이다. 재산권을 향유하는 기간이 길어질수록 기본권주체가 재산권을 바탕으로 형성한 삶의 영역이 넓어지고 재산과 인격의 거리가 밀접해진다. 이 점에서 권리자가 재산권의 존속·활용에 대한 신뢰를 가지게 된 국가작용의 주체가 누구인지를 고려해야 한다는 견해는 타당한 점이 있다.

한편, 자유권적 성질이 있는 인권의 보호영역은 개별 국가의 정치적 지향과 관계없이 인정되어야 하므로 재산권의 취득경위나 근거법률의 정당성은 보호가치를 평가할 때 고려하여서는 안 된다는 주장은 재산권의 사회적 기속을 정한 대한민국헌법과ㅡ또한 공익에 부합하는 방향으로 재화의 사용을 통제할 수 있도록 인정한 협약과도ㅡ들어맞지 않는 것으로 보인다. 재산권은 법률유보로 그 내용을 정하는 점에서도 알 수 있듯이 다른 자유권적 기본권과 달리 다른 재산과 맺는 관계, 사회 전체에서 그 재산이 가지는 효용성 등을 고려하여 비로소 개인이 향유할 수 있는 권리내용이 결정되는바, 그와 같은 고려요소에 대한 평가는 법공동체의 경제적 바탕을 이룬다는 점과 기본권으로서 헌법적 보호를 받는 대상의 범위를 정하는 주권행사의 문제·헌법적 문제라는 점에서 민주적 정당성이 담보되어야 되므로,[147] 실질적 법치주의, 민주주의원칙에 따라 민주적 정당성이 확보된 의회에서 제정한 법률로서 이루어져야 한다.

마. 친일재산귀속법의 검토: 보상 없는 수용과 과잉금지원칙

친일재산조사위 결정의 법적 성질을 파악하기 위하여 법문으로 돌아가면 친일재산귀속법은 친일재산이 국고로 귀속되는 결과가 친일재산조사위

147) 다만, 이미 살핀 대로 그 내용이 전체적인 경제체제와 맞지 않는 등의 경우에 본질적인 내용이 침해되어 위헌이라고 판단할 뿐이다.

의 결정이 가지는 형성적 효력에 따른 것으로 보고 있지는 않다. “친일재산…은 그 취득·증여 등 원인행위시에 이를 국가의 소유로 한다(제3조제1항).”라고 정하여 친일재산은 원인행위시부터 국유이고 친일재산조사위의 결정은 이를 확인하여 주는 효력만 있는 것처럼 보인다.[148] 그러나 친일재산조사위의 결정이 확인적 효력만 있다면 친일재산이 취득원인행위시에 국가의 소유로 귀속된다는 친일재산귀속법의 내용은 사적 소유를 인정하는 시장경제질서와 조화를 이루기 어렵다. 일제강점기 친일반민족행위자들이 이를 취득하고자 한 원인행위가 공서양속에 반한다는 이유 등으로 무효가 되어 반민족행위자들이 그 권리를 취득하지 못하는 결과에 이른다면, 확인적 효력이 있는 결정에 뒤따라야 마땅한 권리관계는 친일재산이 진정 권리자인 원소유자에게 돌아가는 것이기 때문이다.[149] 입법자가 이러한 결론을 의도하였다면 설령 원소유자가 “국가”인 경우라 하더라도 법문에서는 친일재산이 원소유자에게 돌아간다고 표현하였을 것이므로, 현행법의 문언에 비추어보건대 친일재산조사위의 결정이 확인적 효력만 가지는 것으로 보는 것은 불가능하다. 결국 친일재산조사위의 결정은 공익사업을 위하여 토지를 수용하는 경우와 마찬가지로 형성적 효력을 가지고 있다고 보아야 한다.

이때 친일재산조사위의 결정은 공용수용과 달리 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에 근거한 보상 없는 수용의 성질을 가진다. 앞서 판단한 바와 같이 보상 없는 재산권 제한이 정당화될 수 있는 이례적인 경우란 당초 인정되었던 재산권의 근거법률의 입법경위, 재산권을 제한함으로써 달성하게 되는 공익 등을 고려하여 판단할 문제인바, ① 친일재산을 국고로 환수하는 것은 동서독의 통일과 같은 체제변환기(Transition)에 이루어지

148) 친일재산조사위의 공식적인 견해가 이런 입장인 것으로 보인다. 친일반민족행위자재산조사위원회, 친일재산에서 역사를 배우다(각주 60), 208, 209쪽 참조.

149) 이 점은 일제강점기 이전에 이미 사법상 권리관계가 인정되고 있었음을 전제로 하는 바, 이에 대한 선구적인 연구로는 심희기, “조선후기 토지소유에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1991쪽, 51~55쪽; 이철우, “토지조사사업과 토지소유법제의 변천”, 한국법사학논총, 박영사, 1991년, 352쪽; 이우석, “사정에 의해 확정된 토지소유권의 성격”, 법사학연구 제36호, 2007년, 65쪽 이하; 강태헌, “토지조사사업과 임야조사사업을 중심으로 한 근·현대 토지소유제도의 변천과정”, 인권과 정의 통권 제351호, 2005년, 28쪽 이하 등을 참조.

는 경제개혁의 일환으로서 대한민국의 경우에는 일본제국주의의 식민지배가 종료된 직후에 이루어졌어야 할 것이나 한국전쟁으로 인한 국가비상사태와 군사독재정권에 따른 민주화의 지연(遲延)과 같은 사정으로 그 시기가 미루어진 경우에 해당한다.[150] ② 한편, 친일재산이 취득될 당시 한반도에서 사실상 효력을 발휘하여 준거법이 되었을 일본 민법은 대한민국이라는 법공동체의 주권자로부터 승인받지 않은 규범이므로 이에 따라서 취득한 재산권의 보호가치가 강하다고 볼 수 없다. ③ 국고에 귀속된 친일재산은 독립운동을 한 사람과 그 유족의 복지를 위하여 우선 사용된다. ④ 친일반민족행위자들은 조선총독부 중추원이나 제국의회의 구성원으로서 정치적·권력을 가진 채 이를 남용하여 친일반민족행위의 대가로 친일재산을 취득한 것으로서 국가로부터 독립된 영역에서 사적 자유를 실현할 수 있는 근거로서 인정되는 재산권의 취지에 비추어 볼 때 친일재산을 보호할 필요성이 상대적으로 부족하다. ⑤ 국가의 존속을 전제로 공공필요를 위하여 이루어지는 공용수용 등과 달리 친일재산귀속법에 따른 국고귀속결정은 친일반민족행위라는 국가의 존속과 직접적인 관련이 있는 사실을 다루고 있다. 이러한 점을 모두 고려할 때 친일재산을 국고에 귀속하는 친일재산귀속법의 조항이 비례원칙에 어긋날 정도로 친일반민족행위자들의 재산권을 제한하였다고 볼 수 없다.

제 5 절 평등권 또는 평등원칙

1. 시혜적인 법률의 경우

가. 유족의 범위: 동학혁명명예회복법

150) 오유석, “한국 민주화운동의 제자리매김과 과거청산”, 국회도서관보 제332호, 2007년, 12쪽; 심태섭, “‘반민족행위’에 대한 ‘특별법’ 비교 분석: 남한정부 수립 당시와 2004년의 처리”, 고려대학교 교육학석사학위논문, 2005년, 56, 57쪽에서는 일제강점기에 이루어진 반민족행위에 대한 과거청산이 뒤늦게 이루어진 원인으로 군사독재정권이 수립된 점과 한국사회가 뒤늦게나마 민주화된 점을 지적하고 있다.

시혜(施惠)적인 법률의 경우 법률이 적용되지 않는 범위에 있는 사람이 자신을 적용대상에서 제외한 법률조항은 평등권을 침해하므로 위헌이라고 주장하는 것은 드문 일이 아니다. 동학혁명명예회복법의 경우에도 "유족"의 범위를 "동학농민혁명 참여자의 자녀 및 손자녀"로 제한한 제2조 제2호[151]가 동학농민혁명 참여자의 고손자인 청구인의 평등권을 침해하므로 위헌이라고 주장한 사건이 있었다.[152] 헌법재판소는 이러한 청구에 대하여 "국가가 이 법을 통하여 동학농민운동의 참여자와 그 후손 모두에 대하여 전체적이고 포괄적으로 혁명참여자와 그 후손으로서의 명예를 지니도록 공식적인 조치를 한 것에 해당한다…이와 같은 명예의 회복은 후손이면 누구나 누릴 수 있는 정신적 희열과 자긍을 그 본질로 하므로 유족으로서의 등록 유무와는 본질상 관계가 없다고 보아야 한다."[153]라고 판시하며 기각 결정을 한 바 있다.

평등권의 침해 여부를 심사하기 위하여 앞서 제시한 기준에 따라 자의금지원칙을 바탕으로 동학혁명명예회복법에 대해 제기될 수 있는 의문을 살펴보면, 당초 유족의 범위를 동학농민혁명 참여자의 자녀 및 손자녀로 정하였던 것이나 현재와 같이 증손자녀, 고손자녀까지로 한정한 것은 그 밖의 친인척들을 헌법적으로 정당화될 수 없을 정도로 차별한 것으로 볼 수는 없을 것이다. 동학농민혁명 참여자 본인과 거리가 먼 사람일수록 동학농민혁명에 참여하였는지 여부를 실증적으로 판단할 신빙성 있는 자료를 가지고 있을 가능성이 줄어들기 때문에 유족인정을 신청할 수 있는 범위를 제한할 필요가 있기 마련이다.

나. 명예회복으로 한정된 구제수단: 동학혁명명예회복법, 거창사건법

위안부피해자법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법, 민주화보상법 등 과거사 피해자의 회복을 위한 다수의 법률이 일실이익과 유사한 피해액을 보상하거나 인도적 차원의 생활지원금을 지급하도록 정하고 있음에도 동학혁명

151) 지금은 증손자녀와 고손자녀를 포함하는 것으로 개정되었다.
152) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2005헌마119 결정
153) 같은 결정

명예회복법과 거창사건법은 그와 같은 경제적 지원을 전혀 정하고 있지 않다. 동학혁명이나 거창사건 또한 국가권력으로부터 국민이 피해를 입은 사건이라면 이처럼 아무런 보상이 없는 것은 헌법적으로 정당화할 수 있는 차등대우인지 검토할 필요가 있다. 이는 시혜적인 내용을 동등하게 입법하지 않은 점을 문제로 삼는 것이므로 자의금지원칙으로 검토하면 충분하다.

동학혁명명예회복법의 경우 당시 한반도는 왕조국가인 조선이 지배하고 있었던 점을 고려하면 합리적 이유 없이 동학혁명에 참여한 사람의 유족을 차별하여 위헌적인 법률이라고 볼 수 없다. 일본군이 당시 동학농민군을 진압하는 데에 참여하였고, 동학농민운동은 항일운동의 성격도 인정받았지만 당시에는 일본이 본격적으로 제국주의적 침략의도를 드러내어 조선 국민에 대한 수탈과 반인륜적 범죄를 저지르기 이전이었으므로[154] 동학농민운동에 참여한 사람과 일본의 관계는 위안부피해자법이나 강제동원조사법의 경우와 달리 파악하여야 한다. 또한 비록 대한민국정부는 한반도에 존재하던 국가들의 역사적 정통성을 인정하고 이를 계승하고 있지만, 국민을 주권자로 한 헌법국가로서는 그 이전의 다른 왕조국가와 성질을 전혀 달리하고 헌법은 스스로 대한민국임시정부의 법통을 계승하였다고 밝힐 따름이다.[155] 그러므로 왕조국가인 조선에서 일어난 동학혁명과 이를 진압한 국가의 행위는 민주화보상법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법 등과는 달리 평가하여야 한다.

반면, 거창사건법이 청산하고자 하는 내용인 거창사건은 대한민국국군이 빨치산 토벌이라는 목적으로 민간인인 주민들을 모두 학살한 사건으로 국가권력이 위법하게 행사되어 국민에게 피해를 입혔다는 점에서 민주화보상법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법 등의 경우와 마찬가지 사정에 놓여있

154) 앞서 본 대로 동학농민운동을 주도했던 전봉준 등이 처형된 것이 1895년이고 친일재산귀속법 등에서 일본제국주의의 침략의도가 러일전쟁을 통해 본격적으로 드러난 것이 1904년이다.

155) 김종철, 같은 논문, 40~42쪽은 대한민국 이전의 국가와 대한민국 사이의 이러한 관계를 '단절과 함께 연속의 의미를 병행하여 보유'한 것으로 평가하고 있다. 이러한 평가도 대한민국정부가 수립되기 이전 조선의 국민을 피해자로 자행된 일본제국주의의 국가범죄와 이에 가담한 사람들의 친일반민족행위의 가벌성을 인정하기 위한 개념적인 바탕이고, 왕조국가인 조선을 대한민국의 모체로 보는 것은 아니다.

다. 특히 다름 아닌 군사력을 동원하여 국민을 살상하였다는 점에서 5·18 민주화운동이나 부마항쟁과 매우 유사하다. 차이가 있다면 피해를 입은 국민을 민주화운동에 참여하였는지 여부로 특정할 수 있다는 것이지만, 애초에 민주화보상법 등이 민주화운동 관련자에게 보상금과 생활지원금을 지급하는 것은 보훈적 성격 이외에도 국가배상의 성격이 있는 것이므로 거창사건법에서 보상금을 지급한다는 내용을 정하지 않을 합리적인 근거가 될 수는 없다. 결국 거창사건의 희생자에게 명예회복을 제외한 아무런 구제수단을 마련하지 아니한 것은 합리적 이유 없는 차등 대우로서 평등원칙에 어긋난 것으로 보아야 한다.

2. 불이익을 정한 법률의 경우: 반민족규명법

가. 문제점

반민족규명법은 여러 측면에서 조사대상자나 그 유족의 평등권을 침해한 것이 아닌지 의문이 생기는 법률이다. 우선 반민족규명법은 친일반민족행위를 한 사람만을 적용대상으로 하는 개별사건법률이므로 위헌이라는 주장이 있다. 이는 앞서 본 대로 평등권 또는 평등원칙과 관련된 나머지 논점을 검토하여 해결할 문제이다.

반민족규명법에서 정하고 있는 친일반민족행위의 유형이 이미 합리적 근거가 없는 것으로서 친일반민족행위를 한 것으로 확인·공표하는 것이 헌법이 허용하지 아니하는 사회적 특수계급을 창설한 것이라는 주장이 있다. 또한 반민족규명법은 앞서 본 대로 부모 또는 조부모가 친일반민족행위를 한 사람은 진상규명위원회의 위원이 될 수 없다고 정하고 있으므로, 다른 한편으로 조사대상자의 행위가 친일반민족행위로 결정되면 그 가족 및 유족들까지도 민족을 배신한 사람이라는 낙인이 찍혀 명예권이 제한되고, 이는 다른 사람의 행위로 인하여 기본권이 제한되는 경우이므로 각각 헌법이 금지하는 연좌제에 해당하는 것이 아닌지 의심이 생긴다.

나. 반민족규명법 제2조 각 호의 문제: 사회적 특수계급의 창설 여부

헌법재판소는 앞서 본 바와 마찬가지로 반민족규명법의 “입법취지가… 후세의 교훈으로 삼으려는 데에 있는 것이고, 그 규정내용도 친일반민족행위를 한 자나 그 후손에 대하여 어떠한 구체적인 불이익을 규정하고 있는 것도 아니므로” 반민족규명법이 헌법이 금지한 사회적 특수계급을 창설하였다고 볼 수는 없다고 판단하였다[156].

우선 친일반민족행위라는 개념을 법정함으로써 친일반민족행위를 한 사람이라는 특수계급이 창설되었는지 알기 위하여는 헌법이 말하는 사회적 특수계급의 의미를 살펴야 할 것이다. 헌법재판소는 “헌법 제11조 제2항에서의 사회적 특수계급이란 귀족제도, 노예제도, 조선시대의 반상제도와 같은 과거의 봉건적 신분제도뿐만 아니라 신분계급을 창설하는 모든 형태의 계급을 말하고, 헌법 제11조 제3항에서는 영전1대의 원칙을 채택하여 영전의 세습을 금지함으로써 특수계급의 발생을 예방하려는 것이다.”[157]라고 판시하고 있으나 ‘신분계급’이 헌법적으로 무엇을 의미하는지는 자세히 밝히지 않고 있다. 다만, 헌법재판소가 스스로 밝히고 있는 특수계급의 발생과 영전세습의 관계나 계급이라는 단어의 일상적인 의미에 비추어 보면 사회 안에서 얻는 특권적·차별적 지위가 유형화·계층화되어 취득·세습되는 것을 가리킨다고 이해할 수 있다. 그러나 진상규명위원회의 결정으로는 앞서 본 대로 조사대상자의 유족에게 아무런 법적 효력이 발생하지 아니하므로 사회적 특수계급을 구성한다고 볼 만한 특권적·차별적 지위도 인정되지 않는다.[158]

다. 진상규명위원회의 조사 및 조사보고서 공개

반민족규명법에서 정한 내용이 조사대상자나 그 유족의 평등권을 침해하고 있는지 살펴보면, 헌법재판소는 반민족규명법 제2조의 정의 규정이

---

156) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2006헌마1298 결정
157) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바111결정, 판례집 23-1상, 258, 270쪽
158) 김종철, 같은 논문, 52쪽

친일반민족행위를 이유로 그 유족을 차별한다는 주장에 대하여 “위 조항은 친일반민족행위를 정의하고 있을 뿐이고, 친일반민족행위의 진상을 규명하는 것 외에 친일반민족행위자나 그 후손에게 구체적인 불이익을 규정하고 있는 것도 아니므로, 위 조항이나 이에 근거한 친일반민족행위결정이…헌법 제13조 제3항이 정한 연좌제금지에 위반된다고 볼 수도 없다.”[159]라고 판단한 적이 있다. 앞서 본 대로 조사대상자에 대한 진상규명위원회의 결정으로 인하여 유족의 명예권이 제한된다고 볼 수는 없으므로 이를 이유로 연좌제를 위반한 제도라고 주장할 수는 없다.

라. 진상규명위원회의 위원 자격 제한

한편, 부모 또는 조부모의 친일반민족행위로 인하여 진상규명위원회의 위원 자격을 제한하는 것이 연좌제에 해당하는지 판단하려면 이러한 제한이 헌법 제13조 제3항에서 말하는 ‘불이익한 처우’에 해당하는지를 먼저 생각하여 볼 필요가 있다. 헌법재판소는 헌법 제13조 제3항에서 말하는 ‘불이익한 처우’에 대하여는 그 의미를 자세히 판단한 적이 없으나 이와 유사하게 정하고 있는 헌법 제39조 제2항의 의미에 대하여 “이 조항에서 금지하는 ‘불이익한 처우’라 함은 단순한 사실상, 경제상의 불이익을 모두 포함하는 것이 아니라 법적인 불이익을 의미하는 것으로 보아야 한다.”라고 판단한 적이 있다.[160] 이러한 해석은 헌법이 단순히 윤리나 정책이 아닌 ‘법’의 성질을 가지고 있으며 국가작용을 규율하는 것을 목적으로 하는 특징에 비추어 보건대 제13조 제3항의 ‘불이익한 처우’에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다. 한편, 헌법재판소는 ‘친족의 행위로 인하여’ 부과되었다는 이유만으로 모든 법적 불이익을 연좌제에 어긋나는 것으로 보고 있지는 않다. 이 문구를 헌법재판소는 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’[161] 불이익을 가한 경우라고 읽고 있

159) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바111결정, 판례집 23-1상, 258, 264-271쪽
160) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌마484 결정, 판례집 15-1, 802, 807-808쪽
161) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2005헌마10 결정, 판례집 17-2, 785, 792-794쪽(배

다. 즉, 헌법재판소는 친족의 행위로 인하여 부과한 법적 불이익이라 하더라도 그 행위가 본인과 합리적이고 정당하며 실질적인 관련성이 있으면 연좌제에 해당하여 위헌이라고 판단하지 않는다. 이러한 헌법재판소의 태도는 연좌제를 금지하고 있는 취지를 옳게 해석한 것으로 볼 것이다. 즉, 연좌제는 개인의 불이익은 개인에게서 이를 정당화할 근거를 발견할 수 있어야 한다는 책임주의의 다른 표현으로서 당사자와 다른 사람에게 중첩적으로 근거가 존재하는 경우를 합헌의 영역에서 배제하고 있는 것은 아니다.

앞서 본 대로 진상규명위원회는 대통령 직속으로 설치한 위원회로서 국가기관의 성질을 가지고 있으므로 진상규명위원회의 위원이 될 수 있는 가능성은 공무담임권으로 보호된다. 그러므로 진상규명위원회의 위원이 될 수 없는 자격을 정하여 두는 것은 공무담임권을 제한하는 것으로서 법적 불이익에 해당하여 헌법 제13조 제3항에서 말하는 불이익한 처우라고 보아야 한다. 그렇다면 부모 또는 조부모의 친일반민족행위가 그 가족들과 실질적인 관련성이 있는 행위인지에 따라 진상규명위원회의 자격제한 조항이 연좌제에 해당하여 위헌인지 판가름나게 된다. 헌법재판소는 '실질적으로 의미 있는 관련성'을 판단할 개념요소를 따로 설시하고 있지는 않다. 다만, 2005헌마10 결정에서 헌법재판소는 당해 사안에 특유한 이유로서 "배우자는 후보자와 일상을 공유하는 자로서 선거에서는 후보자의 분신과도 같은 역할을 하게 되는바…후보자와 불가분의 선거운명공동체를 형성하여 활동하게 마련인 배우자의 실질적 지위와 역할을 근거로 후보자에게 연대책임을 부여한 것"이라고 판단하고 있는데, 이는 불이익을 입는 당사자와 그 친족을 동일시할 수 있는 근거를 발굴하라는 취지로 보인다. 결국 법적 불이익을 부과할 때 당사자와 그 친족의 행위를 동일한 사람의 행위로 평가할 만한 정당한 이유가 있는지 확인하여야 하고, 이를 위하여는 불이익을 부과하는 목적 및 불이익의 전제로서 부과되는 일반금지명령의 목적과 범위를 살펴야 한다. 즉, 2005헌마10 결정에서는 선거에 당선된 사람에 대하여 배우자의 중대한 선거범죄를 이유로 당선이 무효로 만

우자의 중대 선거범죄를 이유로 후보자의 당선을 무효로 하는 공직선거법 조항에 대한 판단)

드는 공직선거법 조항을 다루고 있는바, 이때 부과하는 불이익인 당선무효는 선거의 공정성을 유지하기 위하여 이를 훼손한 선거범죄를 요건으로 하여 발생하는 법률효과로서, 단순히 당선인과 배우자의 행위를 동일한 것으로 판단할 수 있는지의 문제뿐만 아니라 선거의 공정성이라는 객관적인 측면을 동시에 고려하고 있다. 당선인은 선거를 통하여 선출된 사람인데, 배우자는 다른 선거운동원보다 우월한 지위에서 선거를 지원할 수 있는 사람으로서[162] 그의 행위는 당선인이 선출된 바로 그 선거의 공정성에 더 큰 영향을 줄 수 있기 때문이다. 이 점에서 선거범죄는 일반적인 형사범죄와 성질을 달리한다. 일반적인 형사범죄의 경우 범죄행위로 인하여 복잡한 공법관계가 형성되거나 범죄자와 보호법익 사이에 범죄행위에 선행하는 법률관계가 존재하지도 않는다. 그렇기 때문에 일반적인 형사범죄의 경우에는 친족의 행위라는 이유로 범죄자의 친족에게 불이익을 부과하게 되면 헌법 제13조 제3항의 불이익한 처우에 해당하는 위헌적인 결과에 이르는 것이다.

진상규명위원회의 자격을 제한한 것은 이 둘 중 선거범죄의 경우에 더 가깝다. 진상규명위원회에 부모 또는 조부모가 친일반민족행위를 한 사람은 위원으로 두지 않으려는 까닭은 선거와 마찬가지로 일제강점기의 친일반민족행위에 해당한다고 내린 결정이 공정하게 이루어졌음을 담보하기 위한 것이다. 진상규명위원회를 구성하고 위원회에게 조사권한을 부여한 까닭은 철저한 조사를 통하여 공정한 판단, 즉 망인인 친일반민족행위자의 외적 명예에 대한 공신력 있는 표현이 이루어질 수 있도록 보장하기 위함이다. 그런데 친일반민족행위자의 자손은 위원회의 조사를 거치기 전에 이미 망인인 조사대상자에 대하여 사전적인 평가를 보유하고 있는바, 이 평가는 진상규명위원회의 구성원리와 어울리지 않는 성질의 것이므로 이를 배제하기 위하여 친일반민족행위자의 자손이 위원이 될 수 없도록 제한하는 것은 불가피한 최소한의 장치이다. 달리 말하자면 친일반민족행위자의 자손이 사전에 보유하고 있는 조사대상자에 대한 평가가 바로 위원 자격을 제한하는 '실질적인 연관성'에 해당하는 것이다. 따라서 부모나 조부모

162) 공직선거법 제60조, 제60조의3, 제68조, 제105조 등

의 친일반민족행위를 이유로 진상규명위원회의 위원이 될 수 없도록 정한 것은 오직 '친족의 행위'만을 이유로 부과된 연좌제의 불이익이라고 볼 수 없다.[163]

3. 불이익을 정한 법률의 경우: 친일재산귀속법

대한민국헌법은 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 않는다고 정한다(제13조 제3항). 친족의 행위를 근거로 불이익한 처우를 하는 사회제도를 통틀어 연좌제라고 칭한다. 대한민국헌법의 기본적인 태도는 "자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게(전문)" 하는 자유민주적 기본질서인바, 자신의 자유로운 행위와 대응되지 않는 불이익을 입는 것은 정당화할 수 없기 때문이다. 친일반민족행위자가 사망한 경우 그의 유족이 상속한 친일재산을 국가소유로 귀속시키는 것은 외견상 친족의 행위로 인한 불이익한 처우가 아닌지 의문이 생기게 된다.

헌법재판소는 친일재산귀속법에 따르더라도 "친일반민족행위자 후손의 재산 중 그 후손 자신의 경제적 활동으로 취득하게 된 재산이라든가 친일재산 이외의 상속재산 등을 단지 그 선조가 친일행위를 했다는 이유만으로 국가로 귀속시키는 것은 아니므로, 연좌제금지원칙에 반한다고 할 수 없다"라고 결정하였다.[164] 다시 말하자면 친일재산귀속법에 따라 귀속되는 재산은 친일반민족행위와 결부되어 있고, 친일반민족행위는 친일반민족행위자의 후손이 하지 않은 것은 명백하므로 타인의 행위로 인한 불이익을 입는 것은 아니라고 보았던 것이다.

친일재산이 상속된 경우에도 여전히 친일재산으로 보아 이를 국고로 귀속시킨다는 규정의 내용은 우선적으로는 연좌제와 관련이 있으나, 여기서 그치지 않고 친일반민족행위자인 피상속인이 자신의 친일재산을 생전에 처분할 것인지 상속재산에 포함시킬 것인지 결정하는 데에 영향을 주어 그의 재산을 처분할 자유와도 관련이 있고, 상속인의 입장에서는 유증·증

163) 김종철, 같은 논문, 51쪽
164) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 결정

여받은 사람의 경우 '친일재산임을 알면서' 취득한 경우에만 친일재산으로서 추급되므로 유증받은 사람과 상속인은 사실상 동일한 취득원인으로 친일재산을 취득하고도 추급될 위험은 달라지게 되는 점에서 상속인의 평등권과도 관련이 있다. 달리 보자면 상속된 친일재산도 국고로 귀속시킨다는 이 규정은 상속으로 인하여 친일재산의 귀속주체가 변경된 것을 부인하고 여전히 친일반민족행위자 소유인 것으로 보아 국고귀속하는 것으로 이해할 수도 있으므로 위 규정은 상속제도의 적용범위를 제한하는 효력도 있다.

앞서 연좌제에 해당하지 아니하는 정당한 불이익의 개념요소인 '실질적으로 의미 있는 연관성'의 판단방법으로 부과되는 불이익의 목적과 관련하여 불이익을 입는 사람과 불이익을 부과하는 근거사실에 책임 있는 사람을 동일시할 수 있는지 여부를 제시한 바가 있다. 친일재산을 상속한 친일반민족행위자 후손의 재산은 친일재산인 상속재산, 친일재산이 아닌 상속재산 그리고 스스로의 비용과 노력으로 취득한 재산으로 나누어 질 것이다. 이 중 친일재산이 아닌 상속재산이나 스스로의 비용과 노력으로 취득한 재산을 친일반민족행위를 이유로 국고에 귀속시킨다면 이는 친일반민족행위와 후손 사이에 아무런 실질적 연관성 없이 '오로지 친족이라는 사유'만으로 부과된 불이익으로서 헌법이 금지하는 연좌제에 해당한다.[165] 그러나 친일재산인 상속재산은 친일반민족행위를 대가로 비로소 상속재산에 포함된 것인 점에서 친일반민족행위와 실질적 연관성을 가지게 되므로 이를 제한하는 것이 연좌제에 해당하는 것은 아니다. 달리 말하자면 친일재산을 국고에 귀속하여 정의를 구현한다는 목적을 위하여는 해당 재산이 친일반민족행위의 대가로 이전된 것인지 여부가 중요한 것이고, 현재 권리자가 누구인지는 중요하지 않다.[166]

---

165) 이황희, "친일재산 국가귀속 특별법에 대한 헌법적 쟁점"의 토론문(헌법실무연구회 제119회 발표회 지정토론문), 헌법실무연구 제13권, 헌법재판소, 2012년, 360, 361쪽

166) 이 경우 선의인 친일재산의 제3취득자에 비하여 친일반민족행위자의 후손이 불리한 처우를 받아 평등권이 침해된 것인지 문제될 수 있으나, 선의의 제3취득자는 친일재산을 취득하기 위하여 유상의 거래대가를 지불하여 자기의 비용으로 보호가치 있는 신뢰를 형성하였고 상속인과 달리 대우할 만한 근거가 있다.

제 6 절 소결

진상규명은 청산대상인 과거사의 사실관계를 밝혀 형사처벌은 물론 피해배상의 기초를 마련한다는 점에서 모든 과거청산의 출발점에 해당한다. 진상규명을 주된 내용으로 하는 과거청산 법률은 우선 사실관계를 조사하여 공개하는 국가작용이 명예형에 해당하는지 문제되나, 국가가 진상규명에 나서는 목적이 과거사의 사실관계를 확인하는 데에 있을 뿐 이로써 특정한 법률효과를 의도하고 있지 않다는 점, 사실관계를 확인하여 확정하는 일은 모든 행정작용의 일부를 이루고 있어서 형벌로 볼 만큼의 불이익이 생긴다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 진상규명의 과정을 형벌로 볼 수는 없다. 따라서 이 분야의 과거청산 법률들이 죄형법정주의를 위반하여 위헌이라고 할 수는 없다.

이로써 명예권이 소급적으로 제한되는 측면이 있으나 헌법이 허용하는 범위 내에서 머무른다고 할 것이다. 조사대상이 망자인 경우 그가 가지는 명예의 실질은 유족이 가지고 있는 외적 명예감정·명예의 표현이므로 다른 표현과 사상의 자유시장 이론을 통해 인정되는 범위에서 보호받으면 충분하다. 유족의 인격권이 제한된다는 주장이 있으나 권리의 귀속주체는 하나의 인격에 머무르고 국가가 진상규명의 대상으로 삼는 것도 특정행위를 한 개인일 뿐 그의 일족을 동일선상에서 조사하거나 비난하지 않는다는 점에서 받아들이기 어렵다.

친일반민족행위자나 그 자손에게 친일행위의 대가로 취득한 이익을 남겨둘 수 없다는 여론에 힘입어 제정된 친일재산귀속법은 헌법적으로는 많은 난제를 극복하여야 했다. 친일재산을 국고로 귀속한다는 결정의 법적 성질에 대하여는 보상 없는 수용으로 보는 것이 타당하다. 친일재산은 취득경위에 초점을 맞춘 표현에 지나지 않고 사적 유용성을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리라는 점에서 마찬가지로 헌법이 보호하는 재산권에 해당한다. 대한민국헌법은 재산권에 대한 소급적인 제한을 금지하고 있지만, 이는 재산권의 성질과 맞지 않는 것으로 주의적인 의미가 있다고 제한

적으로 해석하여야 한다. 재산권을 보상 없이 수용하는 것이 가능한지 문제되나, 친일재산을 인정한 근거법령의 비민주성, 친일반민족행위의 반인륜성 등을 근거로 정당화될 수 있다. 친일재산은 친일반민족행위로 인하여 비로소 상속재산에 포함된 것이고, 상속이 상속인으로 하여금 재산적 이익에 대한 정당한 신뢰를 가질 만한 원인이 될 수 없다는 점에서 상속된 친일재산을 국가에 귀속하더라도 연좌제에 해당한다고 볼 수도 없다.

	위안부피해자법	강제동원조사법	5·18보상법	부마항쟁보상법
기념사업	O	O 결과보고서 작성		
사실조사	O	O	O	O 진상조사보고
유족의범위	해당없음	배우자·자녀 부모 손자녀 형제자매	상속인	상속인
보상금청구권			일실수익 의료지원금	일실이익 의료지원금
생활지원금	기초생계급여 의료급여 생활안정지원금	위로금 미수금 의료지원금	O	생활지원금 (구금된 사람, 해직자)
처분권제한	O	O	O	O
조세면세			O	O
결정전치주의			O	O
재판상화해효			O	O
환수절차: 국세징수법준용	O	O	O	O
시효 특례		1년	1년	1년 소송계속시 판결확정일까지 정지
다른 법률과 관계			국가유공자법, 보훈법과 중복불가	민주화보상법, 국가배상법 차감
위원회 자격제한		O 공무원에 준함 제척기피 인정		
단체결성·지원활동제한			O(5·18유공자법)	O
사기지급형사처벌		O		O
기타	우선임대 보호시설 법률상담 국적회복지원 국공유재산무상대여	지급제외: 친일반민족행위, 위안부, 비한국인, 청구권협정시까지 일본거주자	배상의제 (5·18민주화운동법)	특별재심 복직, 학사징계기록 말소, 불이익처우금지 배상의제

표 3 과거청산 보상법률의 비교(일부)

민주화보상법	삼청교육 피해자법	4·3 사건법	10·27 법난법	한센인사건법	
O		O		O	기념사업
O	O	O	O	O 진상조사보고	사실조사
상속인	상속인			(사실상)배우자, 직계존비속, 보충적으로 형제자매 (실질상 상속인)	유족의범위
일실이익 의료지원금	일실이익 의료지원금	의료 지원금	의료 지원금		보상금청구권
생활지원금(구금, 해직)		생활 지원금		의료지원금	생활지원금
O	O		O	O	처분권제한
O	O				조세면세
O	O	O			결정전치주의
O					재판상화해효
O	O		O	O	환수절차: 국세 징수법준용
1년 소송계속시 판결확정일까지 정지	3년				시효 특례
국가유공자법, 보훈법, 5·18보상법과 중복불가					다른 법률과 관계
					위원회 자격제한
O	O				단체결성· 지원활동제한
O	O				사기지급형사처벌
복직, 학사징계 기록 말소, 불이익처우금지 직권재심	선지급액 공제	연좌 금지		주거복지시설 연좌금지	기타

표 4 과거청산 보상법률의 비교(계속)

제 4 장 피해배상의 범위와 한계

제 1 절 개관: 법령의 현황과 문제점

1. 과거청산으로서 배상과 보상

과거청산의 공통된 특질 중 하나로 법적·정치적 권력이 자행한 부정의를 뒤늦게 바로잡는다는 점을 들었는데, 이러한 특질은 피해사실의 진상을 규명하거나 가해자를 형사처벌하는 국면 이외에 피해자에게 그 손해를 위자하는 데에서도 발견된다. 과거청산을 주도하는 법공동체와 피해를 입힌 주체가 동일한 경우에는 국가배상의 경우와 비슷한 법률관계가 형성되는데, 가해자의 지위에 서 있는 국가가 위법한 가해행위를 인정하지 아니하고 배상을 거부하고 있었으므로 과거청산의 일부로서 이를 포함하여 진행하게 된다. 피해를 입힌 주체가 과거청산을 주도하는 법공동체와 연속성이 인정되지 않는 경우에는 피해자가 입은 손해를 전보할 의무가 당연히 발생하는 것이 아니므로 인도적 차원에서 피해를 배상하게 되는바, 그러한 요구를 부담하기까지 사회적·경제적 여건을 마련할 시간이 필요하다.

또한 과거청산에 수반한 피해의 배상은 법공동체의 다양성을 회복하여 실질적인 민주주의가 실현되도록 기여한다. 일반적으로 적극적 평등조치(affirmative action)는 차별적인 대우를 받은 사회의 소수자들에게 다른 사회 구성원들과 실질적으로 동등한 기회를 보장할 수 있도록 우대하는 정책을 말한다.[167] 적극적 평등조치는 과거 법공동체가 소수자들을 차별한 데에 대한 반성적 고려를 포함하고 있는 점이나 과거 법공동체가 소수자들을 동등한 구성원－인격체로 대우하지 않아 구조적인 피해를 입혔기에 그 필요성이 인정된다는 점에서[168] 과거청산과 유사한 점이 있고, 적극적 평등조치를 정당화하는 근거는 과거청산을 위하여 피해를 배상하는 경우

167) 황지섭, “적극적 평등실현조치(Affirmative Action)의 평등심사 방안에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2011년, 6쪽 참조
168) 황지섭, 같은 논문, 16, 17쪽

에도 그대로 유효하다. 국가범죄의 피해자는 정치적·법적 권력이 박해할 대상으로 삼고 있다는 점에서 공적 영역에서 삶을 가꿀 기회가 제한되는 것은 물론이고 사적 영역의 삶도 그 밖의 사람들처럼 평범하게 영위할 수 없는 소수자로 낙인찍히게 된다.[169] 특히 국가범죄의 피해자는 국가에게 책임 있는 사유로 인하여 비로소 소수자가 되었다는 점에서 국가가 과거청산의 피해자를 위한 적극적 평등조치를 마련하여야 할 필요성은 그 밖의 소수자의 경우보다 훨씬 중대하다.

과거청산을 목적으로 하는 법률과 소급입법의 문제는 불가분의 관계가 있음을 제2장에서 보았지만 피해를 배상하는 내용의 과거청산 법률은 소급입법이라는 이유로 위헌성을 가지지 않는다. 제2장에서 본 대로 소급입법이 위헌성을 가지는 이유는 개인의 신뢰와 제도의 법적 안정성을 해치기 때문인데 피해를 전보한다는 수익적인 내용의 법률이 누군가의 신뢰를 해치기 어렵기 때문이다.

표 3와 표 4은 과거청산 법률 중 일실이익 상당액을 배상하고 생활지원금을 지급하는 법률들을 서로 비교한 것이다. 이들 사이에서 일관된 입법의 태도가 나타나지 않는다는 것을 알 수 있다. 이를 해결하기 위하여는 과거사 피해자에 대한 배상과 보상을 규율하는 일반법을 제정하여 서로 엇갈리는 법률들의 태도를 통일할 필요가 있다. 한편, 이 장에서는 다음과 같은 9개 법률에 대하여 검토하는데 서로 겹치는 내용이 다수 있으므로 개별 법률은 내용은 자세히 소개하지 아니하고 표 3과 표 4에서 분석한 대로 각 법률들 사이에 공통된 구성요소별로 그 내용을 검토한다.

가. 일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률
나. 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법
다. 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률

169) 국가범죄의 피해자들이 겪게 되는 어려움의 대표적인 사례로 양현아, "'수지 김' 사건 유족들의 피해 성격과 그 함의", 재심·시효·인권, 경인문화사, 2007년, 특히 110~114쪽 참조

라. 부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률
마. 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률
바. 삼청교육피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률
사. 제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법
아. 10·27법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률
자. 한센인사건법

2. 법령의 내용

가. 사실조사 및 기념사업

앞서 본 대로 과거청산의 시작점은 청산하고자 하는 과거사의 사실관계를 정확히 파악하는 데에 있으므로 배상을 주된 내용으로 하는 과거청산 법률도 대부분의 경우 사실관계를 조사할 수 있는 근거규정을 두고 있다. 각 법률에서 보상금의 지급을 심의·결정하기 위해 설치된 위원회는 보상금의 지급을 신청한 본인(이하 "신청인"이라 한다), 증인 또는 참고인으로부터 진술을 확보하기 위하여 검증 또는 필요한 조사를 할 수 있고, 행정기관 등 관계 기관에게도 필요한 협조를 요청할 수 있다(위안부피해자법 제7조, 강제동원조사법 제8조 및 제23조, 5·18보상법 제18조, 부마항쟁보상법 제9조, 민주화보상법 제20조, 삼청교육피해자법 제17조, 4·3사건법 제6조, 10·27법난법 제7조, 한센인사건법 제6조, 전후납북자법 제23조, 적후방공로자법 제16조). 사실조사의 근거규정은 대체로 위와 같은 내용을 포함하나 개별법에 따라서는 다른 내용을 포함하는 경우도 있다. 예컨대, 전후납북자법의 경우 국가기밀에 관한 사항을 조사하여야 하는 경우에 관한 특례를 두고 있고, 한센인사건법, 4·3사건법의 경우에는 증인·참고인들의 진술을 확보하는 대신 자료를 수집하여 분석한다는 내용을 담고 있으며, 각 심의위원회가 구성된 날부터 2년 이내에 조사를 마치도록 요구하고 있다.

일부 법률은 조사한 사실을 바탕으로 진상조사보고서를 작성할 것까지

의무로 정하고 있으며(강제동원조사법 제35조, 부마항쟁보상법 제10조, 한센인사건법 제7조. 특히 부마항쟁보상법의 경우는 진상조사보고서를 관보에 게재하여 공고할 것까지 정하고 있다), 피해자들의 명예를 회복하기 위한 기념사업을 수행·지원할 근거도 마련하고 있다(위안부피해자법 제11조, 강제동원조사법 제37조, 민주화보상법 제23조, 4·3사건법 제8조, 한센인사건법 제8조. 다만, 민주화보상법에서는 기념사업을 정부의 의무로 정하고 있다).

나. 보상금 및 지원금의 지급

위 법률들은 군사독재정권이나 북한정부 또는 일본제국주의의 불법행위로 인하여 피해를 입은 국민들에게 그 피해를 배상하는 것을 주된 내용으로 한다. 가해자의 지위에 있는 주체가 누구냐에 따라서 배상하는 액수에는 차이가 있다. 그러나 그 경우에도 과오지급된 금액을 환수하는 절차나 지급청구권의 행사 기간 등 행정절차와 후속조치를 정하는 내용은 유사하게 정하고 있다. 이는 과거청산 법률에서만 나타나는 특징은 아니며, 국가가 국민에게 일정한 급부를 부담하는 경우에는 대체로 비슷한 내용을 정하고 있다. 급부행정의 편의를 위한 입법으로 보인다.

1) 보상금 및 지원금의 내용

가) 외국정부가 피해를 입힌 경우

외국정부가 우리 국민에게 피해를 입힌 경우로서 국가로서는 당연히 그 피해액만큼을 보상하여야 하는 것은 아니지만, 외국정부의 범죄행위로 인하여 유린된 기본권과 인간의 존엄성을 회복할 수 있도록 지원할 의무가 있다. 위안부피해자법은 제2조의2에서 이러한 국가의 의무를 확인하고 있다. 강제동원조사법은 태평양전쟁을 전후로 국외에서 강제동원된 희생자와 그 유족 등에게 위로금을 지원하는 것은 '인도적 차원'의 일이라고 하여

직접 피해를 배상할 의무가 없다는 취지로 정하고 있는데, 이는 국가가 가해행위의 당사자가 아님을 밝히는 취지일 뿐 위와 같은 의무를 부정하는 것은 아니라고 이해하여야 한다.

이러한 이유로 일본제국주의로부터 피해를 입은 국민에게는 피해자의 일실수익 등을 고려하지 않은 채 생활지원금에 상당하는 금액을 지원하고 있다. 일본군위안부 중 생존자로서 생활안정지원대상자로 등록된 사람은 국민기초생활 보장법에 따른 생계급여, 의료급여법에 따른 의료급여, 생활안정지원금, 간병인을 운용하는 데에 필요한 간병비 등을 지급받을 수 있다(위안부피해자법 제4조). 국외로 강제동원되어 사망하거나 행방불명된 사람의 유족은 희생자 1명당 2천만 원, 부상을 입은 사람은 장해 정도에 따라 차등적으로 대통령령으로 정하는 위로금을 지급받을 수 있다(강제동원조사법 제4조). 또한 강제동원 중 일본국이나 일본 기업으로부터 급료를 지급받지 못한 사람은 대한민국정부가 강제동원 당시의 미수금 1엔을 현재 대한민국 통화 2000원으로 환산하여 지급한다(강제동원조사법 제5조). 국외로 강제동원된 사람이 노령·질병·장애로 치료가 필요하거나 보조장구가 필요한 경우에는 그에 필요한 비용 중 일부를 지급한다(강제동원조사법 제6조).

나) 대한민국정부가 피해를 입힌 경우

5·18보상법 등은 군사독재정권 기간 대한민국정부가 국민을 상대로 공권력을 위법하게 사용하여 입힌 피해를 배상하는 내용을 담고 있다. 이는 본질적으로 공무원이 고의로 위법하게 국민에게 손해를 입힌 경우에 해당하여 국가배상의 법률관계에 해당하나[170] 그 피해자가 다수인데다가 군사독재정권이 장기화됨에 따라 대한민국정부가 국가배상 책임을 조기에 인정하고 배상하지 못한바, 간략한 심의절차로 보상금을 결정·지급하고자 여러 과거청산 법률이 제정되기에 이르렀다. 이러한 이유로 각 법률에서 피해자 또는 그 유족에게 지급하도록 정하고 있는 금액은 실제로 국가배상

170) 5·18민주화운동법에서는 5·18보상법에 따른 보상의 법적 성질이 배상임을 명시하고 있다(제9조). 부마항쟁보상법에도 같은 내용이 있다(제19조제1항)

사건에서 국가가 지급하여야 하는 일실수익에 상당하는 액수이다.

국가범죄의 피해자로서 사망하거나 행방불명된 사람의 유족은 사망 당시의 월급액, 월실수입액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액에서 법정이율에 따른 중간이자를 뺀 금액, 즉 기대수익을 보상금으로 지급받을 수 있다(5·18보상법 제5조제1항제1호, 부마항쟁보상법 제21조제1항제1호, 민주화보상법 제7조제1항제1호, 삼청교육피해자법 제4조제1항). 국가범죄의 피해자로서 상이를 입은 사람은 요양기간 동안의 일실수익 및 장해가 남은 경우에는 상이를 입은 때를 기준으로 한 기대수익을 보상금으로 지급받을 수 있다(5·18보상법 제5조제1항제2호, 부마항쟁보상법 제21조제1항제2호, 민주화보상법 제7조제1항제2호, 삼청교육피해자법 제4조제2항). 위 각 기대수익에서는 피해자의 생활비가 공제된다(5·18보상법 제5조제4항, 부마항쟁보상법 제21조제4항, 민주화보상법 제7조제4항, 삼청교육피해자법 제4조제5항). 상이를 입은 사람은 기대수익 이외에도 개호비와 보장구를 구입하는 데 필요한 비용을 의료지원금으로 지급받을 수 있다(5·18보상법 제6조, 부마항쟁보상법 제23조, 민주화보상법 제8조, 삼청교육피해자법 제5조).

민주화운동과 관련하여 피해를 입은 국민을 지원하는 과거청산 법률에서는 실질적으로 국가배상에 해당하는 위 보상금이나 의료지원금 이외에도 국가범죄의 피해자가 안정된 생활을 영위할 수 있도록 생활지원금을 지급할 근거를 마련하고 있다(5·18보상법 제7조, 부마항쟁보상법 제22조, 민주화보상법 제9조).

4·3사건법, 10·27법난법, 한센인사건법에서는 앞서 본 대로 민주화운동과 관련된 법률에서 정한 기대수익을 보상금으로 정하지 아니하고 의료지원금만을 지급하도록 정하고 있다(4·3사건법 제9조, 10·27법난법 제5조, 한센인사건법 제9조). 4·3사건법의 경우에는 근로능력을 상실하는 등의 이유로 생활을 이어나가기 어려운 사람에게 일정 수준의 생활지원금도 지급하고 있다(제9조, 시행령 제14조)

다) 보상금 등을 지급받을 권리의 내용 제한

위와 같은 내용으로 결정된 보상금, 의료지원금 및 생활지원금의 지급을 받을 권리는 양도하거나 담보로 제공할 수 없고 압류의 대상이 되지 않는다(위안부피해자법 제8조, 5·18보상법 제13조, 부마항쟁보상법 제29조, 민주화보상법 제15조, 삼청교육피해자법 제13조, 4·3사건법 제9조, 10·27법난법 제5조, 한센인사건법 제9조). 보상금, 의료지원금 및 생활지원금의 지급을 받을 권리도 사적 유용성이 있는 공법상의 권리로서 헌법이 보장하는 재산권에 해당한다고 볼 것인바,[171] 위 각 권리를 양도하거나 담보로 제공할 수 없도록 정한 것은 신청인의 재산권을 제한하는 경우에 해당한다.

2) 지급청구권자의 범위

위와 같은 내용의 보상금, 의료지원금 및 생활지원금을 지급받고자 신청할 수 있는 사람의 범위는 법률 사이에 큰 차이가 있다. 우선 해당 법률이 일실이익에 상당하는 손해를 배상하는지 여부에 따라 보상금 등을 신청할 수 있는 사람의 범위가 달라진다. 5·18보상법, 부마항쟁보상법, 민주화보상법, 삼청교육피해자법 등 일실이익에 상당하는 손해를 보상금으로 지급하는 법률들은 과거사의 피해자 본인이 사망한 경우에는 민법에 따른 상속인이 이를 신청할 수 있도록 정하고 있다(5·18보상법 제2조, 제5조; 부마항쟁보상법 제3조, 제21조; 민주화보상법 제3조, 제7조; 삼청교육피해자법 제2조 제3호, 제4조). 이 경우에는 국가가 지급하는 보상금의 실질적인 내용이 국가배상에 해당하므로 피해자 본인이 사망한 경우에는 국가에 대한 배상청구권을 상속받을 상속인들에게 보상금을 지급하는 것이 과거청산 법률이 제정되지 않은 경우와 균형이 맞는다.

똑같이 대한민국정부가 가해자인 경우를 처리하는 법률도 일실이익에

171) 예컨대 김우수, “연금수급제한과 재산권 보장, 경제질서”, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008년, 109쪽에서는 위 보상금 등의 지급을 받을 권리와 유사한 국가유공자예우등에관한법률(현재는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률로 개정되었다)에서 정한 보상금수급권도 헌법에 따라 보호받는 재산권의 하나로 보고 있다.

상당하는 손해를 보상하지 않는 법률들은 피해자 본인 이외에 급여를 받을 수 있는 사람에 대하여 별도로 정하고 있지 않다(4·3사건법, 10·27법난법, 한센인사건법). 위안부피해자법도 일실이익이라고 볼 만한 손해를 따로 산정하여 보상금으로 지급하지 않을 뿐만 아니라 위안부피해자가 사망하는 경우 유족이 그를 대신하여 기초생계급여 등을 청구할 수 있도록 정하지 않고 있다. 일실이익에 상당하는 손해를 보상하지 않는 경우는 의료지원금 또는 생활지원금만을 지원하는데 이러한 권리들은 그 내용상 일신전속적인 급부로 정하는 것이 합리적이기 때문이라고 보인다.

강제동원조사법은 위 두 가지 경우와 달리 일실이익이나 의료지원금에 해당하지 않는 위로금 및 미수금을 지급하도록 정하였는데, 해외로 강제동원된 사람 본인이 사망한 경우에는 그 배우자·자녀, 부모, 손자녀, 형제자매의 순서로 이를 지급받을 수 있다(제3조 제2항). 강제동원조사법에서 정한 위로금 및 미수금은 해외로 강제동원된 사람에게 후유장애가 남았거나 그가 일본 정부 또는 일본 기업으로부터 급여를 지급받지 못한 경우에 인정되는 권리로서 피해자의 노동과 연관성이 있다는 점에서 유족들에게 권리를 인정한 것으로 보인다.

3) 재판상 화해의 효력 발생

민주화운동과 관련된 과거청산 법률에서 정한 보상금, 의료지원금 및 생활지원금을 지급받기 위하여는 각 법률에서 정한 심의위원회의 지급결정서를 송달받은 신청인이 그 지급결정에 동의하여야 하며, 신청인이 동의하는 경우 국가범죄로 인하여 입은 피해에 대하여 재판상 화해가 성립한 것으로 의제된다(5·18보상법 제16조, 부마항쟁보상법 제32조, 민주화보상법 제18조). 현행법상 재판상 화해가 성립하게 되면 예외적으로 재심 사유가 있는 경우가 아닌 이상 신청인은 국가에 대한 배상청구권의 내용을 심리받을 기회가 완전히 사라지므로, 위 규정은 신청인의 재판청구권을 중대하게 제한하고 있다.

4) 과오지급금의 환수 절차

4·3사건법을 제외한 나머지 배상 법률에 따르면 보상금, 의료지원금 및 생활지원금이 과오지급된 경우[172] 국가는 신청인이 지급받은 금전을 체납된 국세를 징수하는 방법으로 환수할 수 있다(위안부피해자법 제9조, 강제동원조사법 제34조, 5·18보상법 제17조, 부마항쟁보상법 제33조, 민주화보상법 제19조, 삼청교육피해자법 제16조, 10·27법난법 제6조, 한센인사건법 제11조). 일단 지급된 이상 금전의 소유는 완전히 이를 지급받은 신청인에게 속하는 것이고, 국가는 과오지급받은 신청인을 상대로 부당이득의 반환을 구할 권리를 가지는 것이 원칙이다.[173] 그럼에도 과오지급된 위 보상금 등을 부당이득으로서 반환받을 절차를 따르지 아니하고 국가가 자력집행의 방법으로 되찾을 수 있도록 국세체납의 예를 준용하는 것은 과오지급받은 사람의 일반재산에 대한 제한이 되므로 그 합헌성을 검토할 필요가 있다.

5) 행사기간의 제한

배상을 주된 내용으로 하는 과거청산 법률 권리를 행사할 수 있는 기간에 관하여도 국가재정법의 소멸시효인 5년보다 더 단축된 기간을 정하고 있다(강제동원조사법 제33조, 5·18보상법 제19조, 부마항쟁보상법 제34조, 민주화보상법 제21조: 1년; 삼청교육피해자법 제18조: 3년).

다. 유사명칭사용금지 및 단체 결성 금지

민주화운동과 관련된 법률들에서는 민주화운동으로 인하여 피해를 입은 사람이나 그 유족 등 신청인이 될 수 있는 사람을 지원한다는 명목으로

172) 주로 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보상금등(보상금, 의료지원금, 생활지원금을 말한다)을 지급받은 경우와 2. 잘못 지급된 경우로 정하고 있다. 각 법률조항 참조

173) 예컨대 국유재산의 무단점유자에 대하여 국유재산법에 따른 변상금을 부과하여 징수하는 이외에도 민사상 부당이득의 반환을 구할 수 있다는 대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결

영리단체를 조직하거나 단체로든 개인으로든 활동할 수도 없다고 정하고 있다(5·18민주유공자예우에 관한 법률(2015. 12. 22. 법률 제13611호로 개정된 것) 제68조제1항, 부마항쟁보상법 제18조, 민주화보상법 제25조). 이와 달리 법률이 정한 경우를 제외하고는 단체의 명칭에서 과거사를 언급하지 못하도록 정하는 경우도 있다(강제동원조사법 제36조, 5·18민주유공자예우에 관한 법률 제68조제2항).

3. 문제점

가. 소급입법의 허용가능성이 문제되는지 여부

앞서 법률이 공포일 이전의 사실관계에 대한 법적 평가를 담고 있는 경우 소급효를 가지는 것으로 보아야 하나, 소급입법의 문제가 법치주의원리로부터 파생되는 만큼 국민의 권익을 제한하는 침익적인 법률의 경우에 허용할 수 있는 소급입법인지 검토하여야 하고, 수익적인 법률인 경우에는 소급효를 인정할 것인지에 대하여 입법자가 매우 넓은 재량을 가지게 되는 것을 확인한 바 있다.

민주화보상법이나 위안부피해자법을 비롯하여 이 장에서 다루는 법률들은 체제불법의 피해자가 입은 손해를 배상하는 실질을 담고 있거나, 외국의 불법행위로 인하여 입은 피해를 전보하려는 내용으로서 공포일 이전에 이미 완성된 사실관계를 바탕으로 뒤늦게 그 피해를 전보하는 내용을 정하고 있으나, 다른 한편으로는 법률이 적용되는 대상자에게 수익적인 내용을 담고 있다. 따라서 원칙적으로 소급입법으로서 위헌인 경우에 이르는지 여부를 검토할 필요가 없다고 할 것이다.

나. 평등권 또는 평등원칙이 문제되는 경우

평등권은 이를 주장하는 기본권주체와 다른 기본권주체 사이의 관계를 고려하여야 내용을 파악할 수 있다는 점에서 다른 자유권적 기본권과 개

념적 구조를 달리 한다. 헌법이 말하는 평등은 입법의 평등을 포함하므로 이 장에서 다루는 법률과 같이 수익적인 지위를 새로이 형성하는 법률이라 하더라도 그 적용대상이 자의적으로 확정되어 일응 동등하게 대우하여야 할 집단들을 달리 대우하는 경우에는 평등권을 침해하였다거나 평등원칙에 어긋나는 것이 아닌지 문제될 수 있다. 위안부피해자법과 강제동원조사법의 경우가 여기에 해당하는데, 일제강점하 일본제국주의의 반인륜적인 식민지배로 고통받은 사람은 모든 조선 사람임에도 불구하고 보상받을 수 있는 법적지위가 보장된 집단은 위 두 법률에 따라 위안부피해자와 국외로 강제동원된 사람으로 한정되어 있기 때문이다.

다른 한편 기존의 법률을 준용하면서 일응 서로 달리 대우하여야 할 집단들을 동등하게 대우하는 경우에도 마찬가지로 평등권과 평등원칙이 문제될 수 있다. 이 경우 준용하는 법률과 준용되는 법률의 각 적용대상 사이의 평등이 고려할 대상이 된다. 민주화보상법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법 등이 여기에 해당하는데, 위 세 법률에 따라 보상금을 지급받은 사람이 과오지급받은 경우 국세체납처분의 방법으로 이를 환수할 수 있도록 정하고 있지만 세금을 체납한 사람과 보상금을 과오지급받은 사람을 동등하게 대우할 만한 이유가 있는지 의문이 생기기 때문이다.

전자의 문제는 기본권을 실질적으로 실현시키려는 국가의 수익적 작용에 관한 것이므로 자의금지원칙으로 접근할 수 있지만, 후자의 문제는 국민이 가지는 재판청구권을 제한하는 내용에 관한 것이므로 엄격한 심사기준인 과잉금지원칙으로 접근하여야 한다.

제 2 절 수익적 지위와 평등권

1. 피해유형에 따른 차등대우

법치주의의 핵심은 공권력으로써 국민의 권익을 제한하는 사항은 법률로 정하여야 한다는 것이므로 입법자는 반대로 수익적인 내용의 법률을 제정할 때 상당한 재량을 가지게 되는데,[174] 일제강점기 피해를 입은 국

민을 지원할 때에도 입법자는 재량껏 위안부로서 고통을 받은 사람들과 해외에서 강제노역에 동원된 사람들을 우선 지원해야 할 대상으로 결정하였다. 이러한 선택이 입법자의 재량에 따른 것이라고는 하나 그러한 재량도 헌법이 허용하는 범위 안에서 행사되어야 함은 물론이다. 이 경우 강제동원조사법 또는 위안부피해자법이 평등원칙을 위반한 것인지 심사하는 기준은 일응 헌법재판소의 기준을 따라 특별히 헌법이 차별을 금지한 영역에 관한 입법도 아니고 국민의 기본권을 중대하게 제한하는 경우도 아니므로 자의금지원칙을 따를 수 있다. 다만 일제강점기 피해를 입은 국민을 지원하는 법률의 내용은 다른 시혜적인 법률처럼 입법자의 폭넓은 재량에 열려 있는 것은 아니고 헌법으로부터 추가적인 제약을 받는다. 대한민국헌법은 전문에서 3·1운동의 정신과 대한민국임시정부의 법통을 계승한다고 밝힌 만큼, 일제강점기의 식민지배로 인하여 특별한 피해를 입은 국민에 대하여는 그 피해를 회복시키고, 이로써 제한되었던 삶의 조건을 회복시킬 책무가 있다고 보아야 하기 때문이다. 그러므로 피해를 회복시킬 집단을 입법자가 선택할 때에는 그 결정이 현저히 합리성을 잃지 않아야 한다는 수준에서 더 나아가 식민지배로 인하여 국민이 입게 된 특별한 피해를 회복시킬 책무에 소홀한 영역이 발생하지 않도록 할 수준에까지 이르러야 한다.

가장 처음 문제가 되는 것은 위안부피해자 및 국외강제동원피해자와 그 밖의 국민들 사이의 구별이다. 전쟁 중 무력을 이용하여 강제노역을 시키거나 성노예를 착취하는 행위는 전쟁범죄로서 처벌하는 것이 확립된 국제법이다.[175] 다른 어떤 범죄보다도 이처럼 전쟁피해자를 노예로 만들어 객체의 지위로 전락시키는 범죄들은 인간의 존엄과 가치는 물론이고 평등의

174) 예컨대 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌바100 결정(경매를 부가가치세 과세거래 제외대상으로 삼지 않고 있는 부가가치세법 과세제외조항이 수익적 조항으로서 입법자가 과세제외대상을 정할 광범위한 입법 형성의 자유가 있다고 본 사례); 헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2011헌마533 결정(국가유공자와 그 가족 등의 취업지원으로서 가점을 부여하는 범위에서 계약직공무원을 제외한 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 시행령의 별표가 입법재량의 영역을 벗어난 것으로 볼 수 없다고 한 사례)

175) 예컨대 국제형사재판소에 관한 로마협정(Rome Statute of the International Criminal Court) 제7조에서는 인도에 반하는 죄(crime against humanity)로서 강제노역(enslavement)과 강간, 성노예의 착취(sexual slavery) 등 중대한 성범죄를 국제형사재판소가 재판권을 가지는 범죄로 정하고 있다.

가치를 훼손하여 연대를 바탕으로 하는 민주주의의 건전성을 위협하기 때문이다.[176] 위와 같은 전쟁범죄 행위로 침해되는 인간의 존엄과 가치는 대한민국헌법이 가장 중요한 가치로 선정한 이념이기도 하다. 따라서 위 두 종류의 피해자에 대하여 특별히 보상하는 법률을 제정하는 것에는 합리적인 이유가 있다.

일제강점기 당시에는 위와 같은 국제규범이 확립되어 있었는지 의문이라는 견해가 있을 수 있으나, 위안부피해자법이나 강제동원조사법은 일제강점기에 이루어진 행위의 불법성을 따져 책임을 묻고자 하는 것이 아니라 그로 인하여 국민이 입은 피해를 뒤늦게나마 일정 집단의 범위 안에서 회복시키고자 하는 것이므로 당시의 국제규범 상황에 초점을 맞출 것은 아니다. 위 두 법률의 위헌성을 심사할 때에는 뒤늦게나마 강제노역피해자와 성노예피해자라는 두 집단에 한정하여 그 피해를 회복시키고자 한 입법자의 의사가 현재의 헌법상황에서 합리적인 기준을 따른 것인지 살펴야 하는 것이다.

2. 체제불법이 발생한 장소에 따른 차등대우

강제동원조사법은 국내에서 일제에 의하여 강제동원된 사람에 대해서는 어떠한 지원도 정하고 있지 않은데, 헌법재판소는 “대한민국이 사실상 조선인을 보호해 줄 조국이 없던 상황 하에서 발생한 피해에 대해서 경제적 지원을 해야 하는지 여부, 나아가 지원을 한다면 그 범위와 수준은 어떻게 설정할 것인가 등의 문제는…광범위한 입법형성의 영역에 속하는 것이다. 국가가 국가의 재정부담능력 등을 고려하여…국외강제동원자 집단을 우선적으로 처우하는 것이 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 차별이라고 보기는 어렵다.”라고 판단하여 이러한 강제동원조사법의 태도가 국내에서 강제동원된 사람의 평등권을 침해하지는 않는 것으로 보았다[177]. 다만, 재판관 중 3명(김종대, 송두환, 박한철)은 이 사건 헌법소

176) 도시환, “일본군 ‘위안부’ 문제의 현황과 국제인권법적 재조명”, 국제법학회논총 제53권 제3호, 2008년, 43, 53쪽;
177) 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌마94 결정

원을 진정입법부작위를 다투는 헌법소원으로 보고, “헌법 전문, 제10조, 제30조의 종합적 해석상 국가는 태평양전쟁 전후 국내 강제동원희생자에 대하여도 그 지원에 관한 법률을 제정하여야 할 헌법상 의무가 인정된다. 그런데 대한민국 정부수립 후 60년이 지났고, 우리나라가 경제대국이 되었음에도 불구하고 이를 위한 입법조치를 취하지 않고 있는 것은…입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 헌법에 위반된다.”고 보았다.

앞서 본 대로 대한민국임시정부의 법통을 계승한다고 천명한 대한민국정부는 일제강점기 국민이 입은 피해를 회복시킬 책무가 있지만, 그 책무를 어떻게 실현할 것인지에 대하여 입법자는 분명 폭넓은 재량을 가지며, 특히 강제동원된 국민들은 동등한 인간으로서 대우를 받지 못한 전쟁범죄의 희생자들로서 그 밖의 체제불법으로 인하여 피해를 입은 사람보다 우대하는 데에는 합리적인 이유가 있다. 나아가 지금의 강제동원조사법과 같이 국내에서 강제동원된 사람에 대하여 아무런 지원을 하지 않는 상황이 정당화되려면 동일하게 강제동원된 사람들 사이에서도 강제동원된 장소가 국내인지 국외인지에 따라 달리 대우할 만한 규범적 근거가 뒷받침되어야 한다. 그러나 강제동원피해자의 피해를 회복시킬 의무는 일본제국주의로부터 피해자들의 생명권·신체의 자유 등이 침해당하여 개인의 인격이 실존하고 발현하는 데에 필수불가결한 조건이 훼손되었다는 점을 근거로 인정되는 것이다. 국민이 강제동원되었던 장소가 외국이었는지 여부는 위와 같은 사정에 아무런 차이를 가져오지 않으므로 국내에서 강제동원된 피해자에 대하여 같은 수준의 지원을 하지 않는 것은 평등원칙에 어긋난다.

위 2009헌마94 결정의 반대의견 또한 입법의무와 입법재량의 문제로 같은 결론에 도달하고 있다. 즉, 종래 헌법재판소는 입법자가 입법의무를 부담하는 경우에도 입법재량이 인정되므로 구체적으로 위임된 입법을 거부하거나 상당한 기간 내에 입법을 하지 않는 경우에 입법재량을 일탈하여 입법의무를 해태한 것으로 보았는바,[178] 강제동원조사법의 경우 대한민국정부가 수립된 지 60년이 지나 경제대국으로 성장한 현재까지 국내

178) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 89헌마2 결정

강제동원피해자를 지원하는 법률을 제정하지 않은 것은 상당한 기간 내에 입법을 하지 않은 경우로서 위헌인 입법의무불이행이라는 것이다. 더욱 정확하게는 일제강점기 체제불법으로 인하여 기본권이 침해된 국민에 대하여는 국가가 이를 회복시킬 책무를 부담하므로 그 범위 내에서는 입법자의 입법재량도 축소되는 점을 고려하여야 한다.

위 결정의 다수의견은 국가가 국가의 재정부담능력을 고려하여 국외강제동원자 집단을 우선 배려하는 것이 위헌이라고 볼 것은 아니라고 판단하고 있으나, 이처럼 국내에서 강제동원된 피해자에 대하여도 배려할 의무가 있는 이상 국가의 재정부담능력 등의 사정은 즉시 강제동원조사법을 위헌으로 판단하지 아니하고 헌법불합치 결정을 내릴 사유가 될 수는 있을지언정 위헌성을 사라지게 할 사유는 되지 않는다고 할 것이다.

제 3 절 국세징수법의 준용과 평등권

1. 과오지급금 환수 특례: 국세징수법의 준용

피해자를 재정적으로 지원하는 과거청산 법률에서는 대체로 과오로 지급된 보상금을 환수할 때 국세징수법 중 체납처분의 특례를 준용하고 있는데 이는 보상금청구권자의 재산권에 대한 제한으로서 헌법상 정당화할 수 있어야 한다. 이미 지급된 과오지급금은 보상금청구권자의 일반재산으로 혼융되므로 체납처분의 절차를 거쳐 과오지급금을 환수하는 것은 보상금청구권자의 일반재산을 제한하는 것에 해당한다. 또한 준용은 서로 비슷하지만 성질이 다른 대상을 규율하기 위하여 기존의 규정을 끌어다 사용하는 입법기술이므로 과오지급금을 환수하는 절차에 체납처분 절차를 준용하는 것이 헌법적으로 정당화되려면 두 경우의 법률관계가 비슷하다는 점이 먼저 확인되어야 할 것이다.

국세징수법에서 체납된 세액을 징수하는 특례를 인정하는 이유는 다음과 같다. 우선 조세는 국가의 가장 보편적인 재원으로서 모든 국가활동의 기초가 되므로 조세를 적시에 징수하는 것은 예산을 통한 국가정책의 실

현가능성과 직접 연결된 문제에 해당한다.[179] 또한 국가와 국민 사이에서는 금전을 지급할 다양한 형태의 관계가 발생하는데, 그 중에서도 조세를 부과하고 납입하는 관계는 조세와 대응되는 역무를 대가로 하거나 특별한 표지를 근거로 구분된 집단에만 부과되지도 아니하고 일반적이고 보편적인 범위·형태로 형성되는 관계이므로 극히 소수의 사람이 조세를 체납하더라도 그로 인한 재정부담은 모든 납세자가 부담하는 특수성을 가지고 있다.[180] 이처럼 조세를 적시에 징수하여야 할 중대한 필요성을 실현하기 위하여 체납자에게 가산금·중가산금을 부과하거나 다른 집행권원을 획득하기 전에 과세처분과 체납사실만으로 체납자의 재산에 대한 집행력을 확보할 수 있도록 정하는 것은 수단의 적합성이 인정된다. 동시에 국세징수법에서는 체납자의 생계가 곤란해지는 것을 피하기 위하여 민사집행법과 마찬가지로 압류금지재산을 정하고(제31조) 초과압류를 금지하는 등(제33조의2) 국세를 징수하는 데 필요한 범위 이상의 불필요한 수준으로 재산권이 제한되지 않도록 법적 장치를 마련하고 있으므로 침해의 최소성도 갖춘 것으로 보인다. 이로 인하여 체납자는 재산권의 일부를 제한받게 되나 앞서 본 국세징수법의 내용에 따라 제한되는 내용과 범위가 최소한에 그치고 있어 조세를 적시에 징수하여야 할 공익과 비교할 때 과도하게 제한되었다고 볼 수 없다.

헌법재판소도 국세징수법의 절차에 따라 채권을 실현할 수 있도록 정하는 것이 정당한가와 관련하여 "개별법에서 '국세징수의 예에 의하여 징수' 할 수 있도록 할 것인가를 판단할 때에는…당해 청구권의 공공성·대량성·집단성 등의 특수사정과 간이신속한 징수라고 하는 기술적·합목적성을 고려하여 자력집행권을 인정할지 여부가 결정될 것으로 예상하는 것이 합리

179) 이창희, 같은 책, 10, 11쪽

180) 예컨대 조세와 부담금의 차이에 관한 헌법재판소 2004. 7. 15. 선고 2002헌바42 결정 참조: "반대급부적 성격이 없이 공법상 강제로 부과ㆍ징수되는 점에서는 부담금과 조세는 매우 유사하다. 다만, 조세는 국가 등의 일반적 과제의 수행을 위한 것으로서 담세능력이 있는 일반국민에 대해 부과되지만, 부담금은 특별한 과제의 수행을 위한 것으로서 당해 공익사업과 일정한 관련성이 있는 특정 부류의 사람들에 대해서만 부과되는 점에서 양자는 차이가 있다." 또한, 조세부담의 전가와 관련된 헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌바72 결정 참조: "조세우대조치의 남발은 그에 의하여 조세감면을 받는 특정한 납세자군의 조세부담을 다른 납세자군에게 전가하는 결과를 가져와 조세평등의 이념에 반하고 일반 납세자들의 납세의식을 저하시킬 수 있기 때문에…(생략)"

적”[181]이라고 판시한 바 있다. 이때 대량성·집단성은 앞서 본 대로 조세가 보편·일반적인 재원에 해당한다는 점과 유사한 성격을 가지는지를 검토하는 것으로 이해하여야 할 것이다. 이러한 기준에 따라 헌법재판소는 부정한 방법으로 공무원연금을 수령한 사람으로부터 국세징수법의 체납처분 절차에 따라 이를 환수하도록 정한 것이 헌법에 위반되는지 심사하면서[182] “그 환수금은 공무원연금의 재원으로서 고도의 공익성, 공공성을 지니고 있으므로 그 실현을 효율적이고 확실하게 하기 위하여 환수금의 징수를 국세징수법에 따르도록 한 데에는 합리적인 이유가 있다.”라고 판시한 바 있다.[183]

이러한 기준에서 과거청산 법률에서 인정되는 보상금청구권이나 생활지원금을 검토하여 보면 과오지급된 보상금 및 생활지원금을 환수하여 정당한 청구권자 및 수급권자의 생활을 안정시키고 복리를 향상시킬 공익이 중대한 점에는 의문이 없으나, 이러한 법률관계는 앞서 본 조세법률관계와는 달리 보편·일반적으로 형성되는 관계가 아니고 각 과거청산 법률에서 정하고 있듯이 부정한 방법으로 보상금을 지급받았기 때문에 또는 행정기관의 착오나 심사 당시에 알 수 없던 사정으로 잘못 지급되었기 때문에 환수하여야 하는 개별적인 사례에 해당한다. 체납처분의 절차를 준용하여야 할 만큼 집단적인 대량의 사례가 발생할 것으로 기대하기는 어렵다. 또한 민주화보상법, 5·18보상법 등에 따른 보상금은 보훈적 성격이 있을 뿐만 아니라 그 내용면에서는 사실상 국가배상에 해당하며 청구권자는 국가범죄의 피해자에 해당하는데 오지급을 원인으로 그 반환을 구하면서 국세를 체납한 경우와 동일하게 처리하는 것은 민주주의 발전에 기여한 사람들의 명예를 회복하고 복지를 향상시킨다는 위 각 법률의 입법목적에 부합하는 수단으로 평가하기도 어렵다. 또한 아래에서 보듯이 민주화운동

181) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가8 결정
182) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 98헌바106 결정
183) 다만 이러한 헌법재판소의 태도는 의문이다. 국세징수법에 따라 자력집행할 수 있는 절차를 인정할 것인지는 공익성뿐만 아니라 헌법재판소의 판시대로 대량성·집단성 등에 수반하여 집행을 용이하게 할 필요를 고려하여야 한다. 공익성은 정도의 차이가 있으나 국가·지방자치단체가 한 쪽 당사자가 되는 모든 법률관계에 개재하기 때문이다. 그런데 개별적인 사안에 해당하는 과오지급의 경우에 국세징수법을 준용하는 것이 합리적인지 의문이다.

과 관련된 과거청산 법률의 경우 청구권자는 자신에게 통지된 보상금의 지급결정에 동의하여야 보상금을 지급받을 수 있고, 그가 동의한 지급결정은 재판상 화해의 효력이 있는 것으로 보게 되어 심의과정에 실질적인 하자가 있더라도 재심을 청구하지 않는 이상 이를 다투는 방법이 완전히 봉쇄되는데, 국가는 과오지급된 경우 별도의 집행권원 없이도 자력으로 그 환수절차를 진행할 수 있다는 것은 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 법률의 내용에 체계적인 모순이 있는 경우에 해당한다.

결국 국세를 체납한 사람과 체제불법의 피해자로서 국가가 재정적으로 지원하는 사람은 전혀 다른 성질을 가지는 집단이므로 국세징수법상 체납처분 절차를 준용하는 것은 적절하지 아니하고 보상금 및 생활지원금의 사회보장적 성격에도 어울리지 않는다.

2. 여론ㅡ민주화보상법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법

가. 환수 규정과 결합하여 생긴 문제점: 5·18보상법, 민주화보상법, 부마항쟁보상법

앞서 본 대로 과거사 피해를 배상하는 법률들은 배상금이 과오지급된 경우에는 이를 환수할 수 있는 근거를 마련하고 있는데, 이는 그 자체로도 위헌성이 있지만 5·18보상법, 민주화보상법, 부마항쟁보상법과 같이 배상금을 지급하는 결정에 재판상 화해의 효력을 발생시키는 규정과 결합하게 되면 한결 심각한 위헌성을 보이게 된다. 재판상 화해의 효력을 발생시키는 까닭은 국가에게 배상금 등을 청구할 수 있는 법률관계를 조속히 마무리하기 위한 것이고, 그 효과로서 과거의 체제불법으로 인한 피해의 존부나 범위에 대하여는 더 이상 법적으로 다투는 것이 금지된다.[184] 그런데 보상금이 과오지급된 경우 환수할 수 있다는 내용은 과거의 체제불

184) 앞서 본 대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 전원합의체 판결: “신청인이 보상금·의료지원금·생활지원금 지급결정에 동의한 때에는 재판상 화해와 같은 효력, 특히 기판력을 부여함으로써 소송에 앞서 ‘민주화운동관련자 명예회복 및 보상심의위원회’의 보상금 등 지급결정절차를 통하여 이를 신속히 종결·이행시키고 보상금 등 지급결정에 안정성을 부여하는 데 있는 점(이하 생략)”

법으로 인한 피해의 존부나 범위에 대하여 더 이상 다툴 수 없는 기판력이 발생하였음에도 불구하고 사실은 행정청의 행정결정으로 재심 절차를 거치지 아니하고 기판력에 맞지 않는 법률관계를 창설할 수 있음을 인정하는 것이다. 환수결정의 상대방이 항고소송으로 이를 다투더라도 이는 전혀 별개의 소송이라고 볼 수는 없고 신청인이 동의한 지급결정의 내용－신청인이 체제불법으로 인하여 입은 피해의 존부나 범위－은 환수결정의 선결적인 법률관계에 해당하므로 여전히 기판력이 미치는 경우에 해당한다. 이 경우 법원이 환수결정을 지급결정의 기판력에 저촉되어 취소할 것인지는 알 수 없다. 취소한다면 실체관계와 다른 배상금지급결정의 오류를 바로잡을 길이 없고, 취소하지 않는다면 법원 역시 법문에도 불구하고 지급결정의 기판력을 외면하는 결과가 된다.

다시 말해 민주화보상법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법의 현행 규정이 말하는 재판상 화해의 효력이란 국가는 스스로 내렸던 지급결정과 다른 취지의 환수결정을 내릴 수 있으나 과오지급받은 신청인은 보상을 다툴 수 없다는 의미를 가지게 된다. 그러나 그러한 편면적인 효력은 민사소송법에서 말하는 재판상 화해에 인정되는 기판력과는 전혀 다른 것으로서 기존의 법체계를 허무는 내용을 가지고 있어 이른바 체계정합성을 잃은 것이고, 국민의 재판청구권을 합리적인 수준을 벗어나 제한하여 마침내 침해한 것이다.

정리하자면 지급결정에 인정되는 재판상 화해의 효력이 과오지급된 경우의 환수결정과 결합하는 경우 종래의 재판상 화해의 효력과 어울리지 않는 결과가 되므로 위 규정들은 체계정합성을 잃은 규정으로 보아야 한다. 또한 신청인이 지급결정에 동의하였음에도 국가가 과오지급된 경우 환수결정을 하여 항고소송으로 이어지는 경우 법률관계를 조속히 확정하려는 입법목적에도 기여하지 못하는 규정이 되고 만다. 결론적으로 재판상 화해효 규정과 환수 규정은 결합하여 지급결정에 동의한 국민의 재판청구권을 부당하게 침해한 것이다.

나. 평등권 또는 평등원칙에 미치는 영향

민주화보상법, 5·18보상법, 부마항쟁보상법의 재판상 화해효 규정이 환수 규정과 결합하면서 과거사 피해자의 재판청구권을 침해하는 결과에 이른다는 점은 앞서 본 바와 같다. 재판청구권은 소송관계의 양쪽 당사자가 공정하게 대우받을 수 있도록 하는 절차적인 권리라는 점에서 침해되는 재판청구권은 침해되는 평등권이라는 결과로 연결된다.[185] 본래 재판상 화해에 인정되는 기판력은 재심 등의 이례적인 구제수단으로 논파되지 않는 이상 절대적인 것이다. 예컨대, 최근 민주화운동과 관련하여 불법구금되어 고문을 이기지 못하고 허위자백까지 하고 유죄판결을 받고 복역했던 사람이 민주화보상법에 따른 보상금 등 지급결정에 동의하였다가 재심으로 무죄판결을 받은 경우 의제된 재판상 화해의 효력이 달라지는지 문제가 된 사건에서도 대법원의 법정의견은 민주화보상법이 유죄판결을 받은 사람에게 구금으로 인한 피해를 보상하는 경우 유죄판결을 받게 된 경위를 구분하지 않고 있으므로 재심절차에서 무죄판결을 받더라도 재판상 화해의 효력은 영향받지 않는다는 결론을 내렸다.[186] 유죄판결을 받았던 사람이 위 사례와 같이 재심으로 무죄판결을 받았더라면 불법구금으로 인한 손해배상을 청구할 수 있었을 것이며, 사후적으로는 보상금이 '잘못 지급된 경우(민주화보상법 제19조 제1항 제2호)에 해당하는 사정으로도 볼 여지가 있다.[187] 그럼에도 대법원은 이러한 사정이 재판상 화해의 효력에 아

185) 보통의 국가배상 사건과 달리 대우한다는 의미에서 평등권이 문제될 수도 있으나 이는 앞서 재판청구권과 관련된 문제를 검토하면서 해결된 내용과 대동소이하므로 따로 다루지 않는다. 여기서는 민주화보상법 등이 특히 재판청구권을 제한하는 방식인 재판상 화해의 효력이 법률관계의 양쪽 당사자에게 동일하게 적용되는 것이 평등원칙이 요구하는 바임에도 편면적으로 적용되는 현상이 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 묻고 답한다.

186) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 전원합의체 판결. 이에 대하여 대법관 중 5명(이상훈, 김용덕, 고영한, 김창석, 김소영)은 재심판결 전의 보상금 등 지급 결정은 수사기관의 불법행위가 있었다는 사정 및 그에 따른 신청인의 정신적 손해를 제대로 평가하지 못한 것이므로 신청인은 재판상 화해의 효력에도 불구하고 수사기관의 불법행위로 인한 정신적 손해에 대한 배상청구를 할 수 있다는 견해를 제시하였다.

187) 그럼에도 신청인이 이를 알지 못한 채—알 수 없는 상태에서—지급결정에 동의한 것인데, 헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2006헌마1322 결정(국무총리 소속인 특수임무수행자보상에 관한 법률이 정한 심의위원회의 지급결정에 재판상 화해효를 발생시키는 규정이 위헌이 아니라는 사례) 등에서 볼 수 있듯이 지급결정에 재판상 화해의 효력이 인정되는 까닭은 신청인이 공정한 절차를 거쳐 자신의 법적 지위에 대해 충분히 인식한

무런 영향을 줄 수 없다고 판단하였는바, 결국 보상금이 잘못 지급된 경우 국민은 이를 다툴 수 없는 반면, 국가는 여전히 과오지급된 보상금을 환수할 수 있게 되었다. 이는 국가배상 관계의 양쪽 당사자인 국민과 국가를 달리 대우하는 결과가 되고, 그와 같은 차등대우로서 국민의 재판청구권, 재산권 등을 제한하는 경우로서 과잉금지원칙에 따라 정당화되어야 위헌의 의심을 벗어나게 된다.

이처럼 신청인의 재판청구권을 제한하는 목적은 과거청산의 법률관계를 조속히 안정시켜 국가의 자기이미지를 확고히 하기 위한 것이므로 그 정당성이 인정된다. 다만, 국가가 여전히 환수를 통하여 지급결정의 내용을 사실상 변경할 수 있을 뿐만 아니라 신청인도 환수를 다투는 방법으로 자신의 권리를 주장할 수 있으므로 재판청구권을 (결과적으로) 편면적으로 제한하더라도, 즉 평등원칙에 어긋나게 신청인을 대우하더라도 위와 같은 목적에 기여하는 바는 부분적인 수준에 그친다. 또한 재판청구권을 (결과적으로는) 편면적으로 제한하지 아니하고 지금과 같이 배상심의위원회의 결정으로 보상금 등의 내용을 결정하더라도 조속히 과거청산의 법률관계를 풀어내는 데는 기여할 수 있으므로 재판상 화해효 규정과 환수 규정의 결합은 침해의 최소성 요건도 충족하지 못하고 있다. 결국 재판상 화해의 효력과 환수 규정의 결합은 평등원칙에도 어긋나는 위헌적인 요소를 담고 있다.

제 4 절 소결

과거사의 피해자들에게 그 피해를 배상하는 것을 주된 내용으로 하는 과거청산 법률은 이제까지 논의한 법률들처럼 국가의 자기이미지를 확인하는 역할을 할 뿐만 아니라 과거사 피해자들이 남용된 국가권력으로 인하여 부당한 차별을 받은 결과 제한되었던 자유로운 삶의 가능성을 전보

상태에서 동의하기에 재판청구권을 합리적인 범위 안에서 제한할 수 있다고 기대하기 때문이므로, 재심과 같이 이례적인 절차를 거쳐 구제받을 가능성을 예견하지 못한 신청인의 동의가 이 경우에도 유효하다고 보아 기판력을 유지하는 해석은 가벼이 볼 것은 아니다.

하는 적극적 평등실현조치의 성질도 가지고 있다.

많은 수의 과거청산 법률이 과거사 피해자들에 대한 배상을 정하고 있는데, 대한민국정부가 국민에게 피해를 입힌 경우에는 배상하는 금원의 내용은 실질적으로 국가배상의 내용과 동일하게 국민이 입은 일실수익 상당의 피해를 전보하는 내용과 더불어 일부 인도적 차원의 생활지원금으로 구성된다. 반면 과거사 가해자가 외국정부인 경우에는 인도적 차원의 생활지원금 및 의료지원금에 그치고 있다.

입법자는 스스로의 판단으로 피해를 회복시킬 국민의 범주를 확정하지만 그러한 판단도 평등원칙을 비롯한 헌법원칙에 따라야 하는 것은 물론이다. 이때 위헌성을 심사하는 대상은 입법자의 판단이 합리적인 기준이 있는지 여부이므로 심사기준 또한 피해를 입을 당시의 헌법상황이 아니라 법률을 제정한 오늘날의 헌법상황으로 보아야 한다. 위안부피해자법이나 강제동원조사법의 경우 일제강점기의 식민지배로 인하여 법익을 침해당한 국민 중 위안부피해자와 국외강제동원피해자를 적용대상으로 정하고 있는바, 그 피해의 정도에 비추어 볼 때 입법자는 일응 합리적인 판단을 내린 것으로 보인다. 다만, 같은 피해를 입고도 장소에 따라 달리 대우하는 것은 오늘날의 헌법상황에서는 합리적인 기준을 바탕으로 하였다고 평가하기 어렵다. 민주화운동과 관련된 과거청산 법률들은 과오지급된 배상금을 환수할 때 체납처분의 예를 준용하고 있으나 이는 합리적인 근거가 없는 규율이다. 과오지급된 배상금을 환수하는 법률관계가 체납세액의 경우처럼 대량성·집단성·반복성 등을 가질 것으로 보기 어렵기 때문이다.

위 배상금 등의 내용은 각 법률에서 정한 배상심의위원회에서 정하도록 되어 있고 지급결정에 동의하는 경우 재판상 화해의 효력이 발생하는바 이 규정이 앞서 본 환수규정과 결합하게 되면 지급결정의 내용에도 불구하고 국가가 그와 다른 사실관계를 결정하여 이미 지급한 배상금을 되돌려 받게 된다는 점에서 재판상 화해의 효력에 정면으로 반하는 결과에 도달할 뿐만 아니라 국민은 재심을 제외한 모든 불복수단을 봉쇄당한 반면 국가는 여전히 지급결정의 내용을 변경할 수 있다는 점에서 평등원칙에도 맞지 않는 결과가 된다.

제 5 장 형사처벌과 죄형법정주의

제 1 절 개관: 법령의 현황과 문제점

1. 형사처벌과 과거청산

앞서 본 대로 오늘날 이루어지는 과거청산은 국가를 정당화하는 원리의 지위를 되찾은 민주주의가 민주적이지 않은 방식으로 행사되었던 국가권력의 흔적을 치유해나가는 과정이다. 그렇기 때문에 청산의 대상이 되는 역사 속에는 국민의 의사에 반하여 국가권력이 행사되거나 가치질서를 전복하고자 한 시도, 반인륜적·반문명적 범죄가 대부분의 자리를 차지하게 된다. 반인륜적 체제불법을 저지른 행위자를 처벌함으로써 국가는 인간의 존엄을 비롯하여 스스로 중요하다고 채택한 가치가 무엇인지를 대외적으로 공표하게 되고, 기본권보장도구로서의 자기이미지를 확인하는 과거청산의 목적을 달성하게 된다.

국가범죄의 가해자들에 대한 형사처벌은 뒤늦은 정의를 실현하는 점 이외에도 다음과 같은 의의를 가진다. 진상규명이 과거청산의 가장 기본적인 작업임은 앞서 밝힌 바와 같으나, 가장 상세하고 정확한 사실관계는 대심적 심리구조 아래에서 이루어지는 재판을 통하여 파악할 때에 얻을 수 있다. 대심적 심리구조에서는 당사자들이 판단하는 제3자를 설득하기 위하여 부득이 상세한 설명을 할 수밖에 없기 때문이다.[188)]

대한민국의 과거청산 법률 중 형사처벌을 주된 내용으로 하는 법률은 서로 다른 시기의 반인륜적 범죄를 대상으로 함에도 불구하고 처벌할 범죄자로 모두 국민을 예정하고 있는 점이 특징이다. 따라서 위헌성을 심사하는 기준에서도 차이를 둘 필요가 없다. 다만, 반민족행위처벌법의 경우 소급효를 예정한 형사실체법이지만, 5·18특별법의 경우 주된 내용이 공소시효의 적용을 배제하는 절차법의 내용을 다루고 있으므로 이 부분에 대

188) Nino, 같은 책, 146쪽

해서도 형벌불소급원칙과 같은 헌법원리가 그대로 적용될 것인지 부수적인 쟁점의 검토가 필요하다.

2. 반민족행위처벌법[189]

해방 직후인 1948년 일본제국주의의 식민지배에 동조하여 민족을 배반한 사람들을 형사처벌하는 반민족행위처벌법이 제정되었다. 제정 당시에는 실체법적인 내용을 정한 제1장과 형사소추와 재판을 담당하는 특별조사위원회, 특별검찰부와 특별재판부를 정한 제2장, 제3장으로 구성되어 있었으나, 개정을 거쳐 수사와 기소는 대검찰청에서, 재판은 대법원에서 수행하는 것으로 바뀌었다. 그나마도 1951년 폐지되었다.

위 법에서 처벌하는 행위의 내용을 살펴보면[190] ① 일본정부와 통모하여 한일합병에 적극협력한 자, 한국의 주권을 침해하는 조약 또는 문서에 조인한 자와 모의한 자는 사형 또는 무기징역에 처하고 그 재산과 유산의 전부 혹은 2분의 1 이상을 몰수하고(제1조), ② 일본정부로부터 작을 수한 자 또는 일본제국의회의 의원이 되었던 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 그 재산과 유산의 전부 혹은 2분의 1 이상을 몰수하며(제2조), ③ 일본치하독립운동자나 그 가족을 악의로 살상박해한 자 또는 이를 지휘한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 그 재산의 전부 혹은 일부를 몰수하고(제3조), ④ 습작(襲爵)한 자, 중추원부의장, 고문 또는 참의되었던 자 등은 10년 이하의 징역에 처하거나 15년 이하의 공민권을 정지하고 그 재산의 전부 혹은 일부를 몰수할 수 있으며(제4조), ⑤ 일본치하에 고등관 3등급 이상, 훈5등 이상을 받은 관공리 또는 헌병, 헌병보, 고등경찰의 직에 있던 자는 공소시효가 경과하기 전에는 공무원에 임명될 수 없다는(제5조) 등의 내용을 규정하였다. ①부터 ④까지 각 행위에 대한 공소시효는 처음에는 반민족행위처벌법의 공포일인 1948. 9. 22.부터 2년

189) 이 부분 일제강점기 민족반역행위에 대한 청산법률의 연혁 및 개관은 친일반민족행위자 재산조사위원회 편, 친일재산조사, 4년의 발자취, 18쪽 이하를 참조하였다.

190) 이하 반민족행위처벌법의 요약은 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141등 결정을 참조

뒤에 완성된다고 하였다가[반민족행위처벌법(법률 제3호) 부칙(1948. 9. 22.) 제29조], 1949. 8. 31. 완성되는 것으로 개정하였다[반민족행위처벌법(법률 제54호) 제10조]. 이러한 형벌의 실효성을 확보하기 위하여 반민족행위처벌법이 정한 범죄를 행한 사람이 대한민국헌법 공포일로부터 이후에 행한 재산의 거래행위는 모두 무효가 되었다(제31조).[191]

제1차 대한민국헌법에서 부칙에 "이 헌법을 제정한 국회는 단기 4278년 8월 15일 이전의 악질적인 반민족행위를 처벌하는 특별법을 제정할 수 있다(제101조)."라고 정한 만큼, 반민족행위처벌법의 제정은 제헌 당시에 이미 예정되어 있었다. 그럼에도 반민족행위처벌법은 위헌 논란에서 자유롭지 못했는데, 당시 헌법 제23조("모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위에 대하여 소추를 받지 아니[한다]")에 반영된 형사법의 일반원칙, 형벌불소급원칙에 반한다는 의심이 있었기 때문이다.[192] 뿐만 아니라 시장경제질서를 채택한 대한민국에서 재산권은 기본권으로 보호되는 점[헌법(헌법 제1호) 제15조: 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로써 정한다], 죄형법정주의에서 파생되는 적정성의 원칙, 또는 책임원칙에 따라 하나의 범죄행위에 대하여 형벌의 기능과 목적을 달성하는 데 필요한 정도를 현저히 벗어나 너무 무거운 형벌을 부과하여서는 안 된다는 점[193] 등을 고려하면 반민족행위를 한 사람에게 몰수형을 부과할 때에도 몰수의 대상은 범죄행위로서 인정된 반민족행위와 대가관계에 있는 범위에 한정하여야 할 것이나, 반민족행위처벌법은 반민족행위를 한 사람의 재산과 유산의 전부 혹은 일부를 몰수할 수 있게 하여 책임원칙에 반하는 위헌적인 형벌을 정한 것이 아닌지 의심이 생긴다. 한편,

---

191) 부가형으로서 반민족행위자의 재산 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다고 정하였기 때문이다.

192) 심지어 당시 헌법 부칙 제101조에 대하여도 논란이 있었다. 이에 대한 전문위원 권승렬의 답은 "소급 처벌은 법이론상으로는 안되지만, 외국에서도 반민족행위자를 처벌한 선례가 있으며, 법률이 제정되면 처벌이 가능하다"는 것이었다. 허종, 같은 논문, 12쪽

193) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌가16 결정; 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바2 결정 등. 이 결정들은 현행 헌법에 따른 헌법재판소가 내린 결정이지만 앞서 보았듯이 죄형법정주의를 반영한 제1차 헌법 제23조와 현행 헌법 제37조제2항과 비슷한 조문(제1차 헌법 제28조 2문: "국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한한다.")이 제1차 헌법에도 있었던 점을 고려하면 마찬가지로 이야기할 수 있다.

반민족행위를 한 사람에 대한 재판을 특별재판부가 하는 경우나 단심제의 대법원이 하는 경우는 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌지 살펴보아야 할 것이다[헌법(헌법 제1호) 제22조: 모든 국민은 법률의 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다].

3. 부정선거관련자처벌법

이승만 대통령은 초대 대통령에 취임한 데 이어 재선에 성공하였으나 빠른 속도로 국내에서 지지율을 잃어갔다. 다시 당선될 수 없을지 모른다는 불안감은 집권당인 자유당으로 하여금 3·15부정선거를 계획하게 하는 원인이 되었다. 부정선거에 항거한 4·19혁명의 결과 자유당 정권은 퇴진하게 되었고, 이후 3·15부정선거를 기획하고 실행한 사람은 물론 4·19혁명을 진압하는 과정에서 국민을 상대로 무력을 행사한 사람들에 대한 형사처벌을 위하여 부정선거관련자처벌법이 제정되었다. 이 법은 2008. 12. 19. 이미 규범력을 잃었다는 판단 아래 폐지되었다.

부정선거를 실시하거나[194] 사람을 살상하는 등의 행위는 이 법이 제정되기 전에도 형사범죄에 해당하여 처벌하는 것이지만, 이 법은 3·15부정선거와 행위 사이의 관련성을 바탕으로 더 높은 법정형으로 처벌하는 가중적 구성요건을 정하는 법률의 성격을 가진다. 이는 행위시점 이후에 법률을 제정하여 법정형을 더 중하게 변경한 경우로서 마찬가지로 형벌불소급원칙에 어긋나는 것이 아닌지 문제된다. 또한 종전의 법률로 처벌할 수 있던 행위에 대하여 더 높은 법정형을 정하는 것은 동일한 불법성을 가진 행위를 달리 처벌하여 책임원칙 또는 평등원칙에 어긋나는 것이 아닌지 검토하여 볼 필요가 있다.

4. 5·18민주화운동 등에 관한 특별법

5·18민주화운동법은 특히 군사반란에 가담했던 사람들에 대한 형사책임

194) 민의원의원선거법(1958. 3. 11. 법률 제475호로 개정된 것) 제151조 이하 참조

을 물어 국가기강을 바로잡으려는 것이 목적이다. 우선 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴범죄행위에 대하여는 1993년 2월 24일까지 공소시효가 진행하지 않은 것으로 본다(제2조). 여기서 말하는 헌정질서 파괴범죄행위는 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(이하 공소시효특례법)에서 정하는 바와 같이 ① 형법 제2편 제1장 내란의 죄, ② 같은 법 제2편 제2장 외환의 죄, ③ 군형법 제2편 제1장 반란의 죄, ④ 같은 법 제2편 제2장 이적의 죄를 말한다. 공소시효특례법에서는 위 각 범죄뿐만 아니라 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)에서 정한 집단살해에 해당하는 범죄[195]에 대하여도 공소시효가 진행하지 않는다고 정하고 있다(제3조).[196]

한편 위 각 범죄에 대하여 고소 또는 고발을 한 사람이 불기소처분을 한다는 통지를 받은 경우에는 고등법원 또는 고등군사법원에 재정신청을 할 수 있다(제3조). 형사소송법이 재정신청을 할 수 있는 사람을 고소권자로 제한하고 있는 것과는 달리 고발을 한 사람에게도 재정신청할 수 있는 권리를 인정하고 있는 특칙이다. 재정신청에 대한 처리는 형사소송법이나 군사법원법의 원칙적인 규정을 따르기 때문에 구체적인 효과에서 차이가 나는 것은 아니다. 또한 5·18민주화운동과 관련된 행위로 유죄의 확정판결을 선고받은 사람은 재심을 청구할 수 있다. 법문에서는 형사소송법 제420조에 불구하고 재심을 청구할 수 있다고 정하고 있으므로 그 의미를 살펴보아야 한다. 이러한 재정신청과 재심은 이미 검사의 불기소처분 및 법원의 판결을 통하여 안정적인 상태로 접어든 법률관계에 변동을 불러오는 전형적인 소급입법의 사례이므로 헌법국가의 일반원리인 법치주의에

195) Article 2: "any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group."

196) 다만, 개정된 형사소송법(2015. 7. 31. 법률 제13454호로 개정된 것) 제253조의2에서는 '사람을 살해한 범죄(종범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄'에 대하여는 공소시효를 적용하지 않기로 정하였으므로 이 부분은 특칙으로서 의미를 잃게 되었다.

어긋나는 것이 아닌지 검토하여야 한다.

5·18민주화운동법은 5·18보상법에 따라 이루어진 보상의 성질을 배상으로 본다는 의제(擬制)규정을 두고 있다(제9조). 보상은 정당하게 이루어진 국가작용으로 발생한 피해를 전보하는 급부를 말하고, 배상은 위법한 국가작용으로 생긴 피해를 전보한다는 것으로 두 용어는 구분하여 사용되고 있다. 그럼에도 5·18민주화운동법에서 이와 같은 의제규정을 두게 된 것은 먼저 입법된 5·18보상법에서는 정치적인 이유로 배상이란 단어를 사용하지 못하고 보상이란 용어를 사용하게 된바, 전두환 대통령이 주축이 된 군사반란에 대한 역사적인 평가를 사후에 5·18민주화운동법의 위 의제규정으로 내리게 된 것이다[197][198].

제 2 절 형벌불소급원칙

1. 개설[199]

가. 형벌불소급원칙의 의의

법치국가에서는 법이 과거를 향하여 효력을 발휘하는 것은 매우 예외적인 경우로 한정하여 허용된다는 소급입법의 이론이 일반적으로 인정되고 있으며, 특히 형사법 분야에서는 처벌의 대상이 되는 범죄의 내용과 그에 상응하는 형벌의 종류 및 정도를 미리 법률로 정하여야 하고, 그렇지 않으

197) 김성철, “5·18특별법의 쟁점과 흐름”, 5·18민중항쟁과 법학, 5·18기념재단, 2009년, 349, 350쪽

198) 5·18민주화운동법이 제정되기 전에 5·18 광주민중항쟁동지회는 광주민주화운동관련자보상등에관한법률은 국가배상법의 특별법으로 볼 수 있음에도 법의 명칭을 보상법이라고 한 것은 광주민주화운동 관련자들의 인격권, 명예권, 평등권을 침해하는 것이라는 헌법소원을 청구하였으나 각하된 바 있다. 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 93헌마33 결정.

199) 이러한 입장에서 친일반민족행위자의 처벌은 대한제국 형법을 준거법으로 하여야 한다는 주장으로 김재경, “식민지시대 반민족행위에 대한 형사법적 처리: 죄형법정주의를 중심으로”, 중앙대학교 법학석사학위논문, 2000년. 그러나 이러한 입장은 앞서 친일재산귀속법과 관련하여 보았듯이 민주공화국에서 제국의 법을 준거법으로 삼는 것은 적절하지 않다는 문제가 있다.

면 처벌할 수 없다는 이른바 '죄형법정주의'가 헌법원칙으로서 인정되고 있다.[200] 죄형법정주의의 구체적인 내용으로는 관습형법의 금지, 명확성의 원칙과 더불어 형벌불소급원칙이 다루어진다.[201] 형벌불소급원칙은 행위 당시 형사처벌을 받지 않았던 행위를 사후적으로 범죄로 정하여 처벌할 수 없다는 의미로 근대 형사법원리의 핵심을 이룬다.[202]

형벌불소급원칙이 인정되는 사상적 기초에 대하여는 견해가 대립하고 있다.[203] 사람은 그의 잘못에 따른 결과를 감수하고 행위한 경우에만 처벌할 수 있다는 책임주의의 요청에 따라 형벌규정이 행위시보다 먼저 존재하여야 한다는 형벌불소급원칙이 인정된다는 견해; 형벌이라는 불이익을 사전에 공고하여 그에 대한 두려움으로 범죄를 억제할 수 있다는 일반예방적 예견이 형벌불소급원칙을 정당화한다는 견해; 국가권력의 정당성을 국민에게서 발견하는 민주주의 원리에 따라 형사벌의 내용을 미리 법률로 정하여야 한다는 원리가 도출된다는 견해; 법치주의의 근본요소인 법적 안

---

200) 홍영기, "죄형법정주의의 근본적 의미", 형사법연구 제24호, 2005년, 2쪽; 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 96헌가20 결정: "'법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.'라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 법치주의, 국민주권 및 권력분립의 원리에 입각한 것으로서 일차적으로 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 성문의 법률로써 정하여야 한다는 원칙이고…죄형법정주의는 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다."; 이러한 죄형법정주의 원칙은 대륙법계에 국한하지 않고 영미법계에서도 일반원칙으로 인정되고 있다. Jerome Hall, *Nulla Poena Sine Lege*, 47 Yale Law Journal 165 (1937): "Employed as *nullum crimen sine lege*, the prohibition is that no conduct shall be held criminal unless it is specifically described in the behavior-circumstance element of a penal statute. In addition, *nulla poena sine lege* has been understood to include the rule that penal statutes must be strictly construed."

201) 홍영기, 같은 논문, 17쪽

202) 정종섭, 같은 책, 508쪽; 김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 형사정책 제25권 제2호, 2013년, 158쪽; Wanja Andreas Welke, "Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?", Kritische Justiz 제28권 제3호, Nomos, 1995년, 374쪽. 다만, 홍영기, 같은 논문, 9~12쪽에서는 역사적·법이론적으로 계몽주의 이전에도 형사법에 대하여 엄격한 정당화근거가 요구되었다고 논증하여 계몽주의와 형벌불소급원칙의 관계에 대하여 회의적인 입장이다. 한편, 이 문헌들은 죄형법정주의의 정당화근거로 책임원칙을 들 것인지에 대해서 견해가 나뉘고 있다.

203) 아래 견해의 요약은 홍영기, 같은 논문, 3~8쪽; Welke, 같은 논문, 371~375쪽의 요약을 참조. 현재 다수의 견해는 국가의 형벌권을 제한하여 시민의 자유를 보장하기 위한 원리라는 데로 모아지고 있다고 보인다.

정성에서 근거를 찾는 견해; 국가형벌권을 제한하여 시민의 자유를 확보하기 위한 원리로서 형벌불소급원칙이 요구된다는 견해.

제헌국회에서는 위헌의 논란 없이 친일반민족행위자들을 처벌하고자 헌법 부칙에 반민족행위처벌법의 근거까지 마련하였으나, 헌법의 조문들도 그 상호작용을 통해 의미와 규범력이 확정되므로[204] 여전히 이 헌법 부칙 조항과 그에 따른 반민족행위처벌법이 형벌불소급원칙에 어긋나지 않는지 살펴볼 필요가 있다.[205] 또한 반민족행위처벌법과 달리 헌법에서 아무런 근거도 마련하지 않은 부정선거관련자처벌법의 경우도 위헌성을 다투게 된다. 특히 반민족행위처벌법은 일제강점기에 일어난 행위를 처벌한다는 내용의 법을 해방 이후에 제정한 것으로 형벌불소급원칙이 정면으로 문제되는 상황에 해당한다. 앞서 본 반민족규명법이나 친일재산귀속법은 대상자에게 과하는 불이익이 형사처벌이 아니라는 점에서, 뒤에서 볼 5·18민주화운동법은 형사처벌이 아니라 공소시효를 다룬 법률이라는 점에서 다소 논의의 장이 다르다.

나. 비교법적 사례

비교법적으로 형벌불소급원칙이 직접적으로 문제된 가장 유명한 사례는 제2차 세계대전이 끝난 후 전범들을 처리하면서 나타났다. 전쟁 직후 연합국(the Allied)은 뉘른베르크와 도쿄에서 전범들을 재판 절차를 거쳐 처벌했고, 해방된 프랑스는 한때 국토의 절반 이상을 점령한 나치 독일에 협력했던 사람들을 전방위적으로 숙청했다. 한편, 전쟁이 끝난 뒤 수십 년이 지난 뒤에야 체포되어 재판을 받은 아돌프 아이히만(Adolf Eichmann)과

---

204) 왜냐하면 헌법은 그 특성상 개방적이고 타협적인 규범이기 때문에 헌법의 규범적 효력은 개개의 조문으로부터만 파악할 것이 아니라 헌법이라는 텍스트를 전체로서 이해하여야 제대로 파악할 수 있기 때문이다. Martin Bullinger, “Fragen der Auslegung einer Verfassung”, JZ 59 (2004), 209ff, 209~214쪽 참조; 이와 달리 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 94헌마118 등 사건은 일부 공무원의 국가배상청구권을 제한하고 있는 헌법 제29조 제2항이 위헌심사의 대상이 되는지에 대하여 이를 부정하였다.

205) 1948년 7월 12일에 열린 제헌국회 제1회기 제28차 본회의에서는 제1차 헌법안에 대한 제3독회를 하면서 부칙 제101조에 반민족행위를 처벌하는 법률을 “제정할 수 있다.”라고 정할 것인지 “제정한다.”라고 정할 것인지를 두고 논란을 벌인다.

같은 사례도 있었다.

1) 연합국의 전범재판－뉘른베르크와 도쿄에서

종전을 앞두고 승기를 잡아가던 연합국은 전후 전범들의 처리를 두고 진지하게 고민했다. 몇 가지 선택지를 두고 고민하던 끝에 내려진 결론은 미국의 희망대로 국내형사재판을 모방한 국제형사재판을 실시하여 전범에 대해서도 사법적인 정의를 실현할 수 있음을 전시하는 것이었다.[206] 이른바 런던 협정에 따라 독일군 전범들에 대한 재판은 뉘른베르크에 설치한 국제군사법원에서 이루어졌고, 포츠담 선언을 이행하라는 임무를 받은 더글러스 맥아더 장군의 극동국제군사법원 설립에 관한 특별선언으로 일본군 전범들에 대한 재판은 도쿄에 설치한 국제군사법원에서 이루어졌다. 전범 피고인들에 대한 공소사실은 ① 평화에 반하는 죄, ② 기존의 전쟁범죄, ③ 인도에 반하는 죄 등 크게 세 가지로 나누어졌는데,[207] 변호인들은 제2차 세계대전이 개전되었을 때는 침략전쟁에 관한 죄나 인류에 반하는 죄 등을 처벌하는 국제사회의 합의 또는 국제법이 존재하지 않았으므로 이 재판으로 피고인들을 처벌하는 것은 형벌규정의 소급적용에 해당하여 문명국가의 법원칙에 반한다는 주장으로 책임을 면하고자 했다.[208] 뉘른베르크와 도쿄의 재판부는 죄형법정주의를 원용하는 변호인들의 주장에 대하여 죄형법정주의는 국가주권을 제한하는 원칙이 아니라 정의의 일반적인 표현(in general a principle of justice)이고, 피고인들이 각기 정권에

206) Elisabeth S. Kopelman, *Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Criminals Trial*, 23 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 373, 1991년, 379~380, 384쪽; Quincy Wright, *The Law of the Nuremberg Trial*, 41 Am. J. Int'l L. 38 (1947) 39쪽. 또한 이 논문은 이하에서 뉘른베르크 재판의 경과에 대해 상세히 소개하고 있다.

207) Kopelman, 같은 논문, 390쪽. 평화에 반하는 죄는 침략전쟁 또는 국제법을 위반하는 전쟁의 계획과 실행을, 인도에 반하는 죄는 비전투원을 대상으로 한 살해, 절멸, 노예화, 추방 등의 비인도적 행위를 각각 내용으로 한다. 이러한 구분은 도쿄군사재판 헌장에서 도입되었으나, 나치 전범들에 대한 공소사실도 비슷한 내용을 담고 있었다.

208) 이러한 주장은 변호인들이 새롭게 발견한 것은 아니고 제2차 세계대전 중 전범들에 대한 종전 후 처우를 논의하는 과정에서 이미 문제로 제기되었다. 예컨대 Quincy Wright, *War Criminals*, 39 The Americal Journal of International Law 257, (1945) 참조.

서 담당하고 있던 지위에 비추어 보건대 자신들이 당시 가입하였던 조약을 비롯한 국제법에 위반하여 행동하고 있음을 알 수 있었는바, 오히려 이들을 처벌하지 않는 것이 정의롭지 못한 결과가 되므로 이 재판에 한하여는 죄형법정주의가 적용될 여지가 없다고 판시하였다.[209)]

2) 예루살렘의 아이히만

아돌프 아이히만(Adolf Eichmann)은 나치 독일의 친위대(Schutzstaffel) 소속 장교로 복무하며 유대인 학살에 앞장 선 전범이었다. 아이히만은 전쟁이 끝나고 아르헨티나로 도망쳤으나 1960년 5월 예루살렘으로 납치되어 그곳에서 전범 재판을 받았다. 아이히만의 변호인도 뉘른베르크나 도쿄의 재판과 마찬가지로 아이히만에 대한 처벌은 허용되지 않는 소급처벌이라고 주장하였으며, 이에 대하여 아이히만에 대한 재판을 맡은 이스라엘 법원은 형벌불소급원칙은 "입법자가 알 수 있었던 행위에만(only to acts known to the legislator)" 적용된다는 해석을 통하여 아이히만의 범죄 행위처럼 아무도 인식하거나 예견할 수 없었던 행위에는

---

209) 뉘른베르크 판결, Trial of the major war criminals before the international military tribunal, International Military Tribunal Nuremberg(Nuremberg), 1947년, 219쪽: "In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general. a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the Government of Germany, the defendants, or at least some of them must have known of the treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out their designs of invasion and aggression. On this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to the present facts." 소급효(retroactive effect)에 대한 언급 없이 죄형법정주의(nullum crimen sine lege)만을 언급하고 있지만, 이 부분 판단이 행위 당시에는 침략전쟁이 범죄라고 판단할 근거가 없었다는 주장에 대한 판단이라는 점을 고려하면 그로써 의미하는 바가 형벌불소급원칙이라는 것은 명확하다; 도쿄 재판은 이러한 뉘른베르크 재판을 인용하였다. Kopelman, 같은 논문, 392쪽 참조.

사후적으로 형벌조항을 만들어 적용하더라도 형벌불소급원칙에 반하지 않는다는 결론에 도달했다.[210]

3) 프랑스의 과거청산

나치독일이 파리를 점령한 이후 프랑스는 독일에게 점령된 지역과 점령되지 않은 이른바 '자유지역'으로 구분되어 자유지역에는 독일과 협력할 것을 기조로 한 이른바 비시(Vichy) 정부가 수립되었다.[211] 비시 정부가 수립되었음에도 국방부차관이었던 드골은 영국으로 망명하여 항독(抗獨) 투쟁을 계속하였고, 이를 위하여 처음에는 자유프랑스위원회를, 나중에는 알제리에서 국민해방위원회를 결성하여 이끌었다. 1944년
드 골의 임시정부는 최초에는 적국인 나치독일에 협력한 사람들을 기존 형법에 따라 재판한다는 입장이었으나, 비시 정부의 존재로 인하여 발생하는 일부 처벌의 공백을 느끼게 된다. 즉, 비시 정부에 협력함으로써 결과적으로 독일에 협력하게 된 사람, 파시즘 선전을 한 사람 등 기존 형법을 위반하지 않은 사람들을 처벌하기 위하여 임시정부의 입법자들은 1944년 8월 26일 국민부적격죄(l'indignite' nationale)라는 죄를 신설하고, 소급형벌이라는 비난에 대하여 "국민부적격죄는 엄밀한 의미의 형법 영역에 속하는 것이 아니라 정치적 정의의 영역에 속하므로 불소급원칙이 적용될 수 없다."라고 대응하였다.[212] 이는 "1940년 6월 16일 이후에 프랑스 국내외에서 자발적으로 독일이나 그 동맹국들에 직간접적인 도움을 주거나 국민통합 혹은 프랑스인의 자유와 평등에 해를 끼치는 행위"를 처벌하였는데, 그 형벌로는 이른바 '권리박탈형'으로서 선거권, 피선거권 및 공무담임권의 제한 등 대한민국의 자격상실과 비슷한 형벌을 정하였다.[213]

---

210) Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: a Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, 2006년, 254쪽

211) 비시 정부의 수립과정에 대하여 이용우, 같은 책, 23~32쪽 참조

212) 이용우, 같은 책, 71쪽; 김수봉 외 3인, 친일귀속재산 효율적 활용 방안(국가보훈처 정책연구보고서), 국가보훈처, 2009년, 88~90쪽

213) 이용우, 같은 책, 72쪽. 한편, 프랑스는 기존의 재판소는 나치독일의 점령기에 오염된 것으로 보고 부역자들을 처벌할 부역자재판소(cour de justice) 및 공민재판부(chambre civique)를 따로 설치하였다.

다. 검토

1) 기존의 사례에 대하여

뉘른베르크와 도쿄의 재판부에서 제시한 견해는 모두 소급적인 형사처벌을 정당화하는 데에 한계가 있다. 뉘른베르크 재판에서 죄형법정주의는 정의의 일반적인 표현이라고 설시하였으나, 법치주의국가에서 말하는 정의일지라도 그 의미는 전체로서 국법질서가 지향하는 가치 또는 규범상태의 이름일 뿐이고 정의에 부합하는지 여부를 판단하는 기준은 개별법의 영역마다 다를 수가 있다.[214] 특히나 자유민주적 기본질서에 따른 헌법의 시각에서는 가치가 상대화되므로 정의의 내용은 정치권력의 타협으로 형성되는 것이고 선험적인 정의는 존재하지 않는다. 그럼에도 전범인 피고인들이 한 행위를 처벌하지 않으면 그 자체로 정의롭지 않으므로 이를 처벌하더라도 정의의 구체적인 표현인 형벌불소급원칙을 위반하는 결과에 해당하지 않는다는 뉘른베르크 재판부의 판단은 지나친 비약이라고 보인다.

아이히만을 재판한 예루살렘의 재판부는 "입법자가 인식할 수 있었던 유형의 행위에만" 형벌불소급원칙이 적용된다는 견해를 제시하였으나, 형벌불소급원칙의 의미를 국가의 형벌권을 제한하는 데에서 찾는다면 이는 받아들일 수 없는 견해에 지나지 않는다. 국가의 형벌권이 언제부터, 어떤 조건에 따라서 작동하는지를 미리 알 수 있도록 법률로 정하는 것이 죄형법정주의의 요청이므로, 어떤 행위를 언제부터 처벌할지 명확하게 정하는 것은 입법자의 책임이다. 따라서 실질적으로는 이미 형사처벌하는 행위에

---

214) 정의 개념의 불명확성과 관련하여, 예컨대 흔히 시효제도 일반은 정의와 타협하여 법적 안정성이라는 이념에 봉사하는 제도로 이해하는 견해가 있으나 이는 적절하지 않다. 오히려 현 시점의 권리관계를 관철하는 공시적인(synchronic) 정의와 시간에 따라 증대되는 예측가능성의 중요성을 존중하는 통시적인(diachronic) 정의로 대별하여 이해하는 것이 바람직하다. 이처럼 정의와 법적 안정성을 대립하는 것으로 이해하는 시각을 비판하는 김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙", 형사판례연구 5권, 한국형사판례연구회, 1997년, 10쪽 참조. 또한 근본적인 악(radical evil)의 처벌 가능성을 회의적으로 검토한 Hannah Arendt, *The Human Condition*, University of Chicago Press, 1958년, 241쪽과 이에 대하여 책임주의의 시각에서 해석한 Nino, 같은 책, 141쪽 참조

못지않은 불법성을 내포하고 있는 행위가 존재하더라도 당시 입법자가 이를 인식할 수 없었다면, 그것은 입법자가 불법성을 파악하는 데 실패하였다는 것일 뿐이고 죄형법정주의와 그 하위원칙인 형벌불소급원칙을 적용하지 않을 사유는 아니다.[215]

2) 죄형법정주의의 의미

앞서 본 대로 죄형법정주의와 그 하위원칙으로서 형벌불소급원칙을 인정하는 사상적 근거에 대하여는 견해가 대립하고 있으나, 현재로서 가장 타당한 근거는 국가의 형벌권을 제한하는 데에서 찾아야 할 것이다.[216] 책임원칙에 따르면 사람이 행동하기에 앞서 그 결과를 예견할 수 있었던 경우에만 그의 책임을 물어 처벌하는 것이 그가 가진 자유의지를 올바르게 평가하는 것이므로 형벌불소급원칙이 정당화된다고 하며, 나아가서는 인간의 존엄성이 요청하는 결과라고 한다.[217] 그러나 인간의 존엄성이나 자유의지를 바탕으로 한 주장은 사람이 그 자체로 목적이라는 점에서 사람이 자신의 행동규범을 스스로 정한다는 자율의 원리를 전제하여야 성립할 수 있음에도 형벌불소급원칙이란 인격 외부의 규범이 성립한 시기에 따라 처벌가능성이 달라진다는 내용이므로 책임원칙으로 형벌불소급원칙을 정당화하는 견해는 자기모순에 빠진다.[218] 한편, 민주주의 원리로 죄형법정주의를 정당화하는 견해는 민주주의가 범죄와 형벌의 내용을 법률로서 정하여야 한다는 주장의 근거가 된다는 점과 별도로 그 효력이 소급할 수 없

215) 흔히 죄형법정주의의 소극적 의미를 “처벌할 수 있다고 정하지 않은 것은 처벌할 수 없다.”라고 이해하는데, 이것은 입법자가 예견할 수 없었던 영역이라고 해서 달라지지 않아야 한다.

216) 홍영기, 같은 논문, 8쪽; 이와 비슷한 맥락으로 공소시효제도를 비롯한 죄형법정주의에 내재적 한계가 있다는 이호중, “반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효”, 민주법학 30권, 민주주의법학연구회, 2006년, 125쪽; Welke, 같은 논문, 374, 375, 377쪽; 그리고 이 점에서 뉘른베르크 재판의 판시 중 피고인들이 해당 국가에서 가지고 있던 지위에 비추어 행위의 불법성을 잘 알 수 있었다는 부분은 여전히 시사하는 바가 있다. 제2절 1. 나.의 뉘른베르크 판결 참조.

217) Sax, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, Bitterman et al., Die Grundrechte, 3. Bd., 1958년, 998쪽 이하(홍영기, 같은 논문, 5쪽에서 재인용)

218) Nino, 같은 책, 140, 141쪽

다는 주장을 정당화할 내용을 담고 있지 않다는 점을 간과하고 있다.[219] 다시 말해 민주주의는 정치적 결정에 정당성을 부여하려는 이론인데 이로써 형사법분야에서 나타나는 현상의 당위성을 주장하는 형벌불소급원칙을 정당화하는 것은 어려워 보인다. 형벌법규의 일반예방적 효과를 근거로 형벌불소급원칙을 정당화하려는 견해는 사회전체의 보안을 위해 개인을 수단으로 사용하여 인간의 존엄성과 어울리지 않는 견해라는 비판이 제기되어 있으며,[220] 뿐만 아니라 위 견해는 실정 형법, 예컨대 형법 제1조제2항에 대한 해석론에서 범죄가 종료되기 전에 여러 번 형벌이 달라진 경우 그 중 가장 가벼운 형벌로써 처벌하여야 한다는 내용 등을 정당화할 수 없는 견해이다. 이미 범죄행위에 착수한 이후에 형벌이 달라지는 점은 일반예방적 효과에 기여하는 바가 없기 때문이다.

결국 죄형법정주의 및 형벌불소급원칙은 사회질서를 유지하기 위한 국가의 형벌권을 인정하되, 그 범위를 제한하여 국가로부터 자유로운 영역을 확보하기 위하여 인정된다고 보아야 한다. 특히 과거청산이라는 작업은 국민의 기본권이 지켜지지 않은 과거사를 반성적으로 대처하여 국가가 기본권보장도구로서의 자기이미지를 확인하는 과정이므로 과거청산과 관련된 영역에서 형벌불소급원칙은 더더욱 국가의 형벌권을 제한하는 원리로 실천적인 의미를 가진다. 따라서 국가권력을 남용하여 국민의 기본권을 유린한 범죄에 국가권력을 남용하여 법치주의의 기본원리를 부정하거나 인간의 존엄성을 부정하는 불법을 저지른 경우에도 죄형법정주의를 적용하여서는 오히려 죄형법정주의의 취지에 정면으로 위반하는 결과에 도달하므로 이 경우 죄형법정주의를 적용할 수 없다고 보아야 할 것이다.[221] 이러한 논의는 국제법의 세계에서도 달라질 이유가 없고, 세계대전의 전범들에 대하여는 그 불법행위가 국가적인 규모의 행정력과 군사력을 동원하여 인간의 존엄성을 부정하는 수준에 이르렀기 때문에 결국 죄형법정주의와 그 하위원칙인 형벌불소급원칙을 원용할 수 없다고 보아야 한다.

---

219) Schreiber, *Gesetz und Richter*, Luchterhand, 1976년, 219쪽(홍영기, 같은 논문, 6쪽에서 재인용)
220) Nino, 같은 책, 137, 143쪽
221) 이호중, 같은 논문, 125쪽; Welke, 같은 논문, 374, 375, 377쪽

또한 죄형법정주의의 실천적 의미는 국가의 형벌권을 제한하는 데 있으며, 그 구체적인 방안은 국가의 형벌권을 국민의 의사가 체화된 "법률"에 구속시키는 데에 있다.[222] 따라서 구속되지 않고 있던 형벌권을 비로소 명문의 규정으로 구속하는 것은 죄형법정주의에 반하는 것이 아니고 오히려 그 정신에 부합한다. 제2차 세계대전 이후 전범을 처벌한 과정이 바로 그러하다. 전범은 그동안의 국제법적 관례에 따르면 나폴레옹처럼 정치적으로 유배되거나 재판절차조차 거치지 않고 즉결처형될 수 있었다.[223] 전범의 처리방안에 대하여 영국이 늘 지적한 대로, 전범을 처벌할 수 있는 실체법을 국제법 체계에서는 발견할 수 없었기 때문에[224] 전쟁의 개시와 종료 및 전쟁행위에 관한 전쟁법이 오래 전부터 마련되어 있었음에도[225] 이를 위반한 전범들은 전후에 어떠한 처우를 받을지 전혀 정해지지 않은 법적 불안정에 놓여 있었다. 뉘른베르크 재판과 도쿄 재판의 근거를 마련한 런던 협정은 이러한 법적 불안정을 해결하려는 움직임으로서, 당시까지도 죄형법정주의가 들어서지 못한 국제법과 전쟁법의 세계에 마침내 죄형법정주의를 관철하기 시작한 초창기의 사례라고 보아야 할 것이다.[226] 달리 말하자면, 런던 협정이 체결되기 전에도 이미 전범들은 전후에 자신들이 국제법을 위반한 행위에 대하여 책임을 져야 할 것을 충분히 예견할 수 있었고, 런던 협정은 비로소 그 불법성의 내용을 확인하였던 것에 지나지 않는다. 따라서 런던 협정에 따른 뉘른베르크 전범 재판 등이 소급처벌에 해당하여 죄형법정주의라는 문명사회의 일반 법원칙을 위반하였다는 주장은 이유가 없다.

2. 반민족행위처벌법, 부정선거관련자처벌법의 경우: 실체형법의 소급적용

---

222) 법치주의 원리가 지향하는 '국가권력으로부터의 개인의 자유보호'와 형벌불소급원칙이 말하는 '신뢰보호'가 일맥상통한다는 김영환, 같은 논문, 26쪽 참조.

223) Kopelman, 같은 논문, 379~380, 384쪽

224) Kopelman, 같은 논문, 385쪽

225) 국제법은 연혁적으로 전쟁법의 발달로부터 비롯된다. 정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2012년, 13쪽

226) 이와 달리 국제전범에 대한 처벌 규정은 당시 통일되지 않았다는 견해로 Nino, 같은 책, 159쪽 참조

제2차 세계대전 후 전범들을 처벌한 재판에 관한 논의는 소급처벌을 정당화할 수 있는지 고민한 결과라는 점에서 반민족행위처벌법을 검토하는 데에 필요한 기준을 마련해 준다. 앞서 본 대로 국가권력을 남용하여 인간의 존엄성을 부정하고 국가의 존재목적을 방해하는 범죄를 저지른 경우에는 죄형법정주의와 그 하위원칙인 형벌불소급원칙을 원용할 수 없다고 할 것이다. 어떤 경우가 형벌불소급원칙을 적용할 수 없는 경우인지 판단할 개념요소를 고민하여야 할 것인데, 대한민국헌법은 전문에서 "3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승" 한다고 밝히고 있으므로 이로부터 대한민국임시정부가 투쟁한 대상이었던 일본제국주의에 찬동하여 조선인을 상대로 반인륜적 범죄를 저지른 경우나 대한민국 정부 수립 이후 정권을 차지하기 위해 국민을 상대로 무력을 행사하여 생명권·인신을 침해당하지 않을 자유 등을 침해한 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

이러한 시각에서 반민족행위처벌법에 대하여 살피자면 이 법에 따라 처벌하는 반민족행위는 민족공동체를 배반한 행위이기에 앞서 조선인을 사람으로 대우하지 않은 식민지 정권[227]의 반문명적이고 반인륜적인 행위에 가담한 범죄행위이므로 죄형법정주의의 내재적 한계에 부딪혀 보호할 수 없는 영역에 해당한다. 특히 수작한 사람, 습작한 사람, 제국의회 의원, 조선총독부 중추원 참의 등으로 활동한 사람들이나 고등관 3등급 이상, 훈5등 이상을 받은 공무원으로 근무하였던 사람의 경우에는 아래 책임주의에 관한 부분에서 볼 수 있듯이 일본제국주의라는 국가권력에 기생하여 한반도에 대한 일본제국주의의 불법적인 사실상의 강제력을 남용하여 범죄를 저지른 것이므로 그 처벌에 대하여는 형벌불소급원칙을 원용할 수 없는 경우라고 할 것이다. 독립운동가와 그 가족을 박해한 사람은 위와 같이 반인륜적인 범죄를 자행한 일본제국주의에 투쟁한 독립운동가에게 불이익을 가함으로써 일본제국주의의 식민통치에 기여했다는 점에서 그 처벌을 정

227) 예컨대 대일본제국헌법은 아예 식민지 조선에 적용되지 않는다는 것이 당시의 지배적인 견해였던 만큼 조선인은 규범적으로 일본인과 동등한 지위에 놓일 가능성 자체가 박탈되었다. 김창록, "일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구:「대일본제국헌법」의 제정에서「일본국헌법」의 출현까지", 서울대학교 법학박사학위논문, 1994년, 132~152쪽 참조.

당화할 수 있다. 따라서 반민족행위처벌법은 죄형법정주의를 위반하였다고 볼 수 없다.

부정선거관련자처벌법의 경우는 처벌대상인 3·15부정선거가 권력자인 대통령이 국가권력을 조직적으로 동원하여 부정선거에 가담하게 만든[228] 사건으로서 국가권력을 국민의 기본권 보장이라는 본질적인 목적과 전혀 무관한 범죄행위에 남용하여 민주국가의 정체성을 어지럽게 한 사건일 뿐만 아니라 뒤따라 일어난 4·19혁명 당시 하야를 요구한 국민을 상대로 무력을 행사하여 다수의 사상자를 발생시킨 행위는 부정선거의 결과를 관철하고자 공정한 선거를 바라는 국민을 상대로 경찰력을 남용한 것으로 민주주의를 배격하는 동시에 국가권력을 남용하여 생명권·인신을 침해당하지 않을 자유 등 국민의 기본권을 유린한 경우에 해당한다. 따라서 부정선거관련자처벌법에 관하여도 형법불소급원칙을 원용할 수 없다고 볼 것이다.

3. 5·18민주화운동법의 경우: 공소시효와 형벌불소급원칙

5·18민주화운동법의 경우 반민족행위처벌법과 달리 처벌의 근거를 새로이 만든 법률이 아니라 기존의 형벌법규를 계속 적용하기 위하여 공소시효를 폐지하는 내용을 담고 있다. 이 점에서 5·18민주화운동법은 반민족행위처벌법과 성질을 달리 하고 있으며, 공소시효 제도와 관련하여서도 형벌불소급원칙을 적용할 것인지 추가로 검토할 필요가 있다. 형벌불소급원칙은 현행 헌법의 문언으로는 “행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성”하는지의 실체법적인 문제를 다루고 있기 때문에 공소시효가 소송법이 정한 제도라면 형벌불소급원칙을 위반할 여지가 없다고 볼 수 있기 때문이다.[229]

공소시효 제도의 법적 성질이 무엇인지, 공소시효와 형벌불소급원칙의 관계가 어떠한지에 대하여는 견해가 극심하게 대립하고 있으며, 바이마르

---

228) 서중석, 같은 논문, 16, 17쪽은 당시 내무장관이었던 최인규가 공무원들로 하여금 부정선거에 가담하도록 독려한 내용을 소개하고 있다.

229) 김선택, “과거청산과 법치국가”, 법학논집 제31집, 고려대학교 법학연구원, 1995년, 115, 116쪽

공화국 이전에 이미 공소시효와 형벌불소급원칙의 관계에 대하여 학설이 대립하고 있었다.[230] 공소시효는 소송법 상의 제도이므로 실체형법과 관련된 형벌불소급원칙은 적용되지 않는다는 소송법설은 공소시효 제도를 형사소송법에서 정하고 있으며, 장기간 소추를 가능하게 하면 증거가 산일하여 사법이 오류에 빠질 가능성이 있고, 공소시효가 완성되면 증거를 바탕으로 사실관계를 심리할 필요 없이 사건을 종결하여 사법경제를 확보하는 장치로 기능한다는 점 등을 근거로 한다.[231] 이 시각에서 본 형벌불소급원칙은 형사처벌의 대상이 되는 행위와 그와 결부된 형벌의 경중에 대한 행위자의 신뢰를 말하는 것으로 범죄행위를 처벌할 수 있는 기간과는 관련이 없다.[232] 실체법설은 공소시효 기간이 실체형법이 정한 형량과 연관을 가지고 있으며 다른 소송요건과 달리 공소시효가 완성된 경우에는 면소 판결을 한다는 점을 고려하면 공소시효가 순전히 소송법 상의 제도는 아니라고 본다.[233] 이 시각에서 본 형벌불소급원칙은 피고인에게 불이익한 형사제도의 시적 적용범위를 제한하는 원리이므로 공소시효를 소급적으로 연장하는 것도 형벌불소급원칙에 어긋나는 경우에 해당한다.

이 점에 대하여 헌법재판소는 "형벌불소급의 원칙은 '행위의 가벌성' 즉 형사소추가 '언제부터 어떠한 조건 하에서' 가능한가의 문제에 관한 것이고, '얼마 동안' 가능한가의 문제에 관한 것은 아니므로, 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률이라 하더라도 그 사유만으로…형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다.[234]" 라고 판단하여 형벌불소급의 원칙이 공소시효의 연장까지 금지하는 것은

230) 공소시효와 형벌불소급원칙의 관계와 관련된 학설의 내용과 발전양상에 대하여 김영환, 같은 논문, 17쪽 이하 참조

231) 김선택, 같은 논문, 117, 118쪽

232) 이는 형벌의 철학적 근거를 제공하는 형벌이론과도 맥락이 닿아있는 문제이다. 예컨대, Nino, 같은 책, 143쪽에서는 예방주의 형벌이론을 보완하여 다른 법률효과와 마찬가지로 범죄에 대하여 부과되는 형벌도 당사자의 동의(즉, 법률효과를 의욕 또는 감내하려는 의사)를 바탕으로 정당화된다는 견해를 제시하고 있는데, 이러한 견해에서는 행위의 불법성과 그로 인한 법률효과, 즉 형벌의 존부 및 내용에 대한 인식이 형벌을 정당화하는 근거가 되므로 공소시효를 비롯한 처벌조건과 관련된 사정은 가벌성에 영향을 주지 않게 된다. Nino, 같은 책, 183쪽 참조.

233) 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1996년, 239쪽(조국, "'반인권적 국가범죄'에 대한 공소시효의 정지·배제", 재심·시효·인권, 경인문화사, 2007년, 251쪽에서 재인용)

234) 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2 결정

아니라고 보았다. 다만, 결정의 나머지 부분에서 헌법재판소는 공소시효의 정지를 정한 5·18민주화운동법의 조항이 피의자 또는 피고인의 신뢰를 침해하는지를 살피고 있는바, 5·18민주화운동법이 절대적인 형벌불소급의 원칙을 위반한 것은 아니더라도 침익적인 성격이 있으므로 소급입법의 정당화요건에 관한 기존의 심사기준을 활용하여 5·18민주화운동법의 위헌성을 심사하는 것이다. 이 점에서 헌법재판소는 일단 소송법설을 택하고 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다.[235]

앞서 본 대로 죄형법정주의와 형벌불소급원칙의 실천적인 의미는 국가의 형벌권을 제한하는 데에 있다는 점이 강조되어야 하며, 이에 따라 형벌불소급원칙의 취지를 공소시효의 영역에까지 관철할 것인지는 공소시효제도의 본질과는 구별되는 문제이다.[236] 시민의 자유를 보장하려는 형벌불소급원칙의 취지를 고려하면 형벌불소급원칙이 처벌조건에 대한 피고인의 신뢰는 보호하지 않는다는 견해는 형벌불소급원칙의 범위를 합리적인 근거 없이 협소하게 해석하는 것이다.

형벌불소급원칙에 관한 내용은 이미 공소시효가 완성된 범죄행위를 처벌하는 것이 정당한지 심사할 때 그대로 고려될 수 있다. 형벌불소급원칙은 국가의 형벌권을 제한하여 시민의 자유를 보장하는 기능을 하며, 형벌은 국가가 개인에게 가할 수 있는 여러 불이익 중에서도 가장 무거운 유형에 해당하므로 형벌을 소급적으로 정하여 부과하는 것은 절대적으로 금지된다고 보아야 한다. 마찬가지로 이미 완성된 공소시효를 소급적으로 연장하여 처벌할 수 없었던 행위를 다시 처벌할 수 있도록 만드는 법률도 형벌불소급원칙에 어긋난다고 보아야 한다. 다만, 형벌불소급원칙의 취지에 비추어 국가권력을 이용하여 저지른 범죄에 대하여는 이를 원용할 수 없다는 점은 공소시효가 완성된 범죄에 대하여서도 관철하여야 한다. 국

235) 조국, "'반인권적 국가범죄'에 대한 공소시효의 정지·배제", 재심·시효·인권, 경인문화사, 2007년, 252쪽. 한편, 조국, 같은 논문, 251쪽에서는 헌법재판소 1995. 1. 20. 선고 94헌마246 결정 등에서는 실체법설에 따른 판시도 한 적이 있다고 평가하고 있다.

236) 예컨대 김영환, 같은 논문, 20, 21쪽에서는 그러므로 공소시효를 소급적으로 연장하는 것은 국가형벌권을 확장하는 결과에 이르러 형벌불소급원칙에 위배된다고 한다. 그러나 국가범죄에 관한 한 이 견해는 개별적인 특성을 충분히 고려하지 못한 문제가 있다고 할 것이다.

가범죄는 국가권력을 비민주적인 방식으로 행사하여 헌법국가의 동일성-자기이미지를 훼손한다는 점에서 다른 모든 범죄와 구별되는 특성을 가지고 있기 때문이다.

제 3 절 소급입법의 정당화: 재정신청

1. 개설

형사처벌과 관련한 소급입법의 문제는 형벌불소급원칙이라는 이름으로 앞서 특별히 검토하였으므로 5·18민주화운동법에 담긴 그 밖의 절차적인 내용에 한하여만 소급입법의 문제를 검토할 여지가 있다. 법률이 소급적인 효력을 가지게 되어 국민의 기본권을 제한하는 경우뿐만 아니라 특별한 기본권을 직접 제한하지 아니하더라도 개인의 신뢰를 침해하는 경우에도 허용될 수 있는 소급입법인지 여부가 문제될 수 있다.[237] 5·18민주화운동법에서는 형사소송 절차의 특례로 재정신청과 재심이 인정되는 범위를 넓히고 있는데, 재정신청의 경우 고발인에게까지도 그 권리를 인정하게 되었고, 재심의 경우 뒤에서 보는 대로 형사소송법에서 정한 재심사유가 없더라도 재심을 청구할 수 있도록 그 범위를 대폭 확대하였다. 이러한 입법은 각각 검사나 검찰관의 불기소처분과 확정된 형사판결이 있었을 당시와는 다른 내용의 법적 규율을 사후적으로 정한 것으로 외견상으로는 소급입법에 해당한다. 다만, 재정신청이나 재심이 관련된 사람의 신뢰를 침해하거나 기본권을 제한하는 경우라야만 이러한 소급입법을 허용할 수 있는 것인지 논의할 실익이 있다.

재정신청이나 재심의 경우 모두 이를 소급적으로 허용하더라도 누군가의 기본권이 제한될 것을 상정하기 어렵다. 재정신청의 경우 이로써 다투

237) 예컨대 이부하, “헌법상 소급효금지의 원칙과 예외”, 세계헌법연구 제17권, 2011년, 2, 19, 20쪽은 소급입법의 허용 여부라는 문제가 법규범에 대한 국민의 신뢰와 법규범을 개정하려는 입법자의 이익 사이의 대립에서 형성된다고 설명한다. 이러한 시각은 신뢰보호의 요청이 입법자의 재량에 제한을 가하며, 원칙적으로 개방되어 있는 부진정소급입법의 영역에도 한계가 있다는 헌법재판소의 태도에도 반영되어 있다고 보인다. 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2001헌마700 결정 등 참조.

는 대상인 불기소처분과 재정신청이 인용되는 경우 전개될 형사소송절차만으로는 피의자-피고인에게 어떠한 확정적인 법적 지위가 인정되는 것이 아니기 때문이다. 다만, 처벌을 받을지 모른다는 위험이 다시 발생하여 처벌을 받지 않으리란 신뢰가 훼손될 따름이다. 이 경우에도 앞서 본 대로 훼손되는 신뢰를 고려하여 소급적으로 재정신청권자를 확대하는 입법이 용인될 수 있는 것인지 살펴볼 필요가 있다. 재심의 경우는 이미 유죄의 확정판결을 받은 사람이 자신의 형사책임에 대하여 다시금 법원의 판단을 받고자 하는 구제절차에 해당하므로 마찬가지로 사람의 기본권을 제한하는 성질을 가지고 있지 아니하다. 또한 유죄판결로 인하여 피고인에게 어떠한 신뢰가 생긴다고 볼 수 없으므로 뒤늦게 이를 다툴 구제절차를 마련한다고 하여 신뢰를 훼손하는 문제가 생기지도 않는다. 소급입법이나 신뢰보호의 문제에서 이야기하는 신뢰란 개인이 자신의 법익이 존속할 것에 대하여 가지는 기대를 말하는 것이기 때문이다.[238] 결국 5·18민주화운동법의 내용 중 소급입법으로서 허용할 수 있는 내용인지는 확대된 재정신청을 중심으로 살펴보아야 한다.

2. 재정신청권자의 범위를 소급적으로 확대할 수 있는지

5·18민주화운동법은 5·18민주화운동과 관련된 범죄로 불기소결정을 받은 피의자에 대하여 고소인 및 고발인이 재정신청을 할 수 있도록 정하고 있다. 이는 이미 종료된 사실관계에 적용하는 법률을 사후적으로 제정한 것으로서 전형적인 소급입법에 해당한다. 비록 검사의 불기소처분에는 판결과 같은 불가변력이 인정되지 아니하더라도 불기소처분을 받은 피의자는 자신이 형사재판 단계까지는 나아가지 않으리라는 점에 대하여 상당한 신뢰를 가지게 될 것이다. 그러나 5·18민주화운동법을 통하여 소급적으로 재정신청의 가능성이 열리게 되어 피의자가 가지게 된 이러한 신뢰는 새삼 사라지게 된다. 다시 말하자면, 재정신청의 권리가 폭넓게 인정되므로 불기소결정을 받은 피의자가 다시 수사를 받을 수 있는 가능성이 열려 있

238) 이부하, 같은 논문, 2쪽: “국민이 자신의 생활을 자신의 설계하여 형성하는 데 필요한 ‘신뢰’라는 기준…”

어 피의자의 지위가 지나치게 불안정해지는 것이 아닌지 의문이 있을 수 있다.

앞서 본 대로 과거청산 법률의 내용이 허용되는 소급입법인지의 여부는 소급효가 미치는 범위, 예외가 인정될 수 있는지 여부, 소급적으로 발생하는 법률효과의 내용 등을 검토하여 판단하여야 한다. 5·18민주화운동법에서 공소시효를 정지시키면서 처벌해야 할 정도로 중대한 범죄라고 판단한 5·18민주화운동법 제2조의 죄에 관하여는 철저히 조사하여 그 진상을 밝힘으로써 국가기강을 바로잡을 공익이 매우 중대하다고 볼 것이다. 특히 공소시효가 정지되어 처벌을 허용한 범죄에 대하여 수사와 처벌의 가능성을 열지 않는다면 오히려 입법목적에 맞지 않는 결과가 된다. 재정신청으로 인하여 법적 지위가 변동되는 것은 피의자로 한정되므로 법체계의 법적 안정성에 미치는 영향이 한정적이다. 일반적으로 불기소처분을 받은 피의자의 경우도 새로운 증거가 발견되는 등 특단의 사정이 있으면 사건을 재기하여 다시 수사할 수 있다는 점에서 재정신청으로 인하여 당사자의 지위가 겪는 변화도 미미하다고 볼 것이다. 재정신청으로 인하여 종료되었던 수사가 개시된다는 점에서 피의자의 지위가 다소 불안정해지는 것은 사실이지만, 그것만으로 바로 피의자의 혐의가 인정되거나 하는 것은 아니고 기존에 확보된 증거와 추가적인 수사로 획득한 자료를 바탕으로 재판으로 나아가는 것이어서 헌법적으로나 법률적으로 훼손되는 신뢰가 크다고 할 수 없다. 결국 이른바 헌정질서 파괴범죄에 대한 재정신청권자의 범위를 사후적으로 확대하는 것은 헌법적으로 허용된다.

제 4 절 평등권 또는 평등원칙: 재심과 기소유예

5·18민주화운동법에서는 5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 5·18민주화운동법 제2조의 범행을 저지하거나 반대한 행위로 유죄의 확정판결을 선고받은 사람은 형사소송법 등의 재심이유에도 “불구하고” 재심을 청구할 수 있다고 정한다. 본래 원칙적인 형태의 재심은 형사소송법 등에서 정한 재심이유가 있는지 판단하여 재심이유가 있는 것으로 인정되면 재심

개시의 결정을 하는 단계와 실제로 재심대상판결의 내용은 물론이고 사실관계와 법리를 다시 심리하는 재심의 심판단계로 나누어지는데, 재심은 이미 확정된 판결의 효력을 변경하는 제도로서 법적 안정성에 큰 불안을 가져오는 예외적인 제도라는 이유로 재심이유가 매우 좁게 인정되는 결정례가 정착되어 있었다. 기존의 결정례에 따르면 5·18민주화운동과 관련된 행위로 유죄의 판결을 받은 사람도 재심을 통하여 자신의 행위에 대해 내려진 잘못된 판단을 벗어날 기회가 거의 인정되지 않는 부당한 결과에 이르게 된다.[239] 따라서 이 5·18민주화운동법의 조문은 재심이유가 존재하는지를 불문하고 5·18민주화운동과 관련된 행위에 대한 유죄판결은 모두 다시 심리하여 사법의 염결성을 회복하겠다는 입법적 결단이라고 보아야 한다.[240] 그렇지 않으면 제1항의 "불구하고"의 의미가 도통 불분명할 뿐만 아니라 사면되거나 형이 실효된 경우에도 종국적 실체판결을 하여 재심대상판결의 실체적인 면까지 다시 살피려는 제4항의 취지와도 맞지 않게 된다. 이로써 형사법원에서 유죄판결을 받은 사람은 재심을 통하여 구제받을 수단이 열리게 되었지만, 기소유예 처분을 받은 사람의 경우 구제수단이 마련되어 있지 않아 평등권이 침해되었다는 주장이 있었다.[241]

평등권이 침해되었는지 심리하기 위하여는 우선 비교집단이 설정되어야 하는바, 5·18민주화운동법의 형식에 비추어볼 때 비교집단은 ① 일반 형사범죄로 인하여 유죄판결을 받은 사람, ② 일반 형사범죄로 인하여 기소유예처분을 받은 사람, ③ 5·18민주화운동과 관련된 범죄로 인하여 유죄판결을 받은 사람, ④ 5·18민주화운동과 관련된 행위로 인하여 기소유예처분을 받은 사람의 4가지 집단으로 나눌 수 있을 것이다. 청구인이 주장하는 이유로 이 사건 법률조항이 위헌이라면 청구인이 속한 ④ 집단이 다른 세 집단과 비교하였을 때 법적으로 다른 대우를 받아야 할 것이나, 기소유예처분을 받은 사람에게는 구제수단이 마련되어 있지 않다는 것은 ④

239) 이러한 결론을 피하기 위하여 다양한 해석론이 제시되었다. 이호중, "형사소송법상 재심사유의 합리적 해석론－제420조 제5호와 제7호를 중심으로－", 재심·시효·인권, 경인문화사, 2007년, 159쪽 이하 참조

240) 김희수, "과거청산과 재심 문제", 과거청산 포럼자료집, 2007년, 30, 31쪽

241) 헌법재판소 2011. 11. 22. 선고 2011헌마647 결정. 그러나 청구기간이 지나 부적법한 신청으로 각하되었다.

집단에만 특이한 사항은 아니고 ② 집단에서도 공유하는 사항이므로 청구인이 주장하는 바와 같은 평등권 침해의 요소는 이 사건 법률조항에 내재된 것으로 볼 수는 없으며, 오히려 일반 형사소송법을 포함한 전반적인 형사법 체계에 대한 문제라고 보아야 할 것이다. 헌법재판소가 종래 기소유예 처분을 받은 사람에 대하여 헌법소원을 통하여 기소유예 처분의 취소를 구할 수 있도록 인정하고 있는 까닭은 청구인의 주장대로 기소유예 처분을 받은 사람이 자신의 혐의 없음을 주장하여 명예를 회복할 법적 지위가 실정법의 체계 내에서는 인정되지 않아 헌법소원의 보충성이 충족되었기 때문인바,[242] 청구인의 주장대로 기소유예 처분을 받은 사람이 자신의 혐의 없음을 주장할 지위가 따로 마련되어 있지 않은 것은 분명하다.

그런데 헌법재판소는 기소유예 처분을 다툴 제도를 마련하지 않은 입법부작위가 위헌인지에 대하여 헌법에서 명시적인 입법의무를 부과하지 않은데다가, 기소유예 처분은 원칙적으로 피의자에게 불이익한 처분이 아닌 점, 검찰과 법원이 역량을 선택적으로 집중할 수 있도록 소송경제 등 공익을 도모하는 점, 기소유예 처분에는 유죄의 확정판결과 같은 집행력, 기판력, 불가쟁력, 일사부재리효 등의 효력이 인정되지 않는 점 등을 고려하여 입법의무가 인정되지 않는다는 결론을 내린 적이 있다.[243]

기소유예 처분을 받은 사람이 유죄판결을 받은 사람과 달리 불복수단이 없는 상황은 국가가 피의자를 상대로 적극적으로 국가권력을 행사한 것이 아니라 소극적으로 불복수단이 없는 기소유예 처분이라는 제도를 설계하여 피의자가 헌법소원 이외에 자신의 행복추구권과 평등권을 만족할 방법을 찾지 못한 채 제한받은 상태에 있도록 한 것이므로, 이러한 규범상황의 위헌성을 심사할 기준을 입법의무와 입법부작위로 선택한 헌법재판소의 결정은 타당한 것으로 보인다. 또한 헌법재판소의 태도와 마찬가지로 기소유예 처분이 원칙적으로 피의자에게 불이익한 처분이 아닌 점이나 형

---

242) 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고 94헌마254 결정. 헌법재판소는 이 경우 기소유예 처분으로 인하여 제한되는 기본권을 행복추구권과 평등권으로 보고 있다. 한편, 위 결정의 이유에서는 피의자가 명예회복을 위하여 기소유예 처분에 불복할 법률상 이익이 "있다고 볼 수는 있다."라고 판시하여 명예권의 제한도 긍정하는 듯한 서술을 보이고 있다.

243) 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌마562 결정

사소송법이 기소편의주의를 채택하고 있는 점 등을 고려하면 기소유예 처분을 다툴 불복수단이 없다는 이유로 피의자의 기본권이 형해화될 상황으로서 입법의무가 발생하는 경우라고 보기도 어려우며, 이러한 결론은 5·18민주화운동법에서 재심과 별개로 기소유예 처분을 다툴 제도를 창설하지 않아서 평등권이 제한되었다는 주장에도 마찬가지로 답변이 될 것이다. 달리 말하자면 위 재심 규정으로 인하여 유죄판결을 받은 사람과 기소유예를 받은 사람 사이에 차등 대우가 발생하는 것은 아니다.

제 5 절 소결

국가권력을 남용한 행위자를 회복된 국가권력으로서 처벌한다는 점에서 형사처벌을 통한 과거청산은 가장 원초적인 의미의 정의를 실현할 수 있다. 뿐만 아니라 형사재판을 진행하는 과정에서 적극적으로 사실을 발견하고 권력이 옮겨진 후에도 남아있는 권위적인 분위기를 청산하는 의미를 가진다.

형사처벌을 통한 과거청산에서 가장 큰 문제는 소급적으로 형벌조항을 도입하는 것이 정당화할 수 있느냐는 문제이다. 그러나 죄형법정주의와 그 하위원칙으로서 형벌불소급원칙을 인정하는 근거가 국가의 형벌권을 제한하여 국민의 자유로운 생활영역을 보장하기 위한 것이란 점에서 국가권력을 남용한 권력자의 처벌에 이를 원용하는 보호를 인정할 필요는 없다고 보인다.

민주화운동과 관련된 국가범죄의 처벌과 같이 과거청산의 시작이 매우 지연된 경우 독재체제가 장기화된 점과 오랜 기간 사실관계를 충실히 파악할 수 없었다는 점에서 뒤늦게나마 그 사실관계를 명확히 조사할 필요가 절실하다. 또한 공소시효에 대한 중대한 예외를 인정하여 처벌가능성을 열어 둔 범죄에 대하여 수사와 공소제기의 가능성을 제한한다면 입법목적을 달성하는 데 실패하는 결과에 이를 것이다. 이러한 점에서 재심과 재정신청을 인정하여 법적 안정성을 일부 양보하더라도 위헌인 정도에 이른 것으로 볼 수는 없다.

한편 폭넓은 재심을 인정하여 유죄의 확정판결을 받은 사람에게 구제수단을 제공하는 것과 달리 기소유예 처분을 받은 사람은 자신의 명예를 회복할 길이 없어 평등권을 침해당한 것인지 의문이 있을 수 있으나, 이는 과거청산 법률에 특유한 문제가 아니라 대한민국 형사법체계의 일반적인 문제이며, 확정판결과 불기소처분이 가지는 효력이 상이한 만큼 이를 달리 대우하더라도 부당한 차별에 해당한다고 보기는 어렵다.

제 6 장 결론

과거청산 법률들의 목적 조항이나 관련 있는 문헌들을 비교하며 법학에서 과거청산이 가지는 의의를 다음과 같이 정리할 수 있다. 과거청산은 법공동체이자 기본권보장구조인 국가가 자기이미지를 확인하는 과정이다. 이로써 오늘날의 과거청산은 인간의 존엄성을 회복하고 민주주의 체제를 수호·유지하는 데에 초점을 맞추게 된다. 결과적으로는 국가 내부의 연대를 강화하여 새로운 발전전략으로 작용한다.

한국의 과거청산 법률은 역사적인 접근을 제외하면 크게 두 가지 분류로 접근할 수 있는데, 해당 법률의 내용에 따라 각각 진상규명, 형사처벌 또는 피해배상을 주된 내용으로 하는 경우로 구분하거나, 가해자가 대한민국 정부 또는 외국 정부인지에 따라 구분할 수 있다. 이러한 분류에 따라 개별 법률의 위헌성을 검토할 때 고려하여야 할 요소가 달라지게 된다.

과거청산 법률이 지향하는 목적에도 불구하고 법치주의·민주주의와 같은 가치를 채택한 국가로서 과거청산을 위하여 채택하는 수단이 임의적으로 결정되거나 정치적인 타협만으로 결정되어서는 아니 된다. 국민의 기본권 보장도구로서 역할을 재확인하는 취지에 맞게 피해자들을 지원하는 내용에는 부족함이 없어야 하지만, 거꾸로 이로 인하여 기본권이 제한되는 경우에는 위헌에 이르는 경우가 없도록 헌법원칙들을 준수하여야 한다. 그렇지 않으면 도리어 과거청산이 법공동체로서 국가의 단결을 저해하기 때문이다.

과거청산은 그 역할에 비추어 보건대 국가의 권력체계가 정상화되는 즉시 단기간 내에 이루어져야 하고, 그렇지 않으면 도리어 국가가 과거 기본권이 침해된 역사를 용인하고 있다는 그릇된 신뢰를 부여할 수 있다. 이처럼 국가의 자기이미지가 제때 교정되지 못한 경우 언제든지 내부적인 갈등이 촉발될 수 있는 동시에 장기간의 신뢰를 복멸하기도 어려운, 헌법적으로 바람직하지 못한 규범영역이 산재하게 된다.

대한민국의 과거청산 법률을 내용에 따라 우선 분류하면, 진상규명을 주된 내용으로 하는 법률의 경우 해당 법률에 따라 체제불법의 사실관계를

조사하여 공개한 경우 이를 조사하여 공개하는 목적은 행위자를 처벌하는 것이 아니라 피해자에 대한 보상 등 다른 과거청산을 위한 기초자료를 마련하는 동시에 역사적 교훈을 남기기 위한 것이며, 공개되는 내용이 당시의 국가권력을 남용한 행위로서 공적인 영역에 속한다고 볼 만한 내용인 점을 고려하면 재판절차에 따르지 아니한 명예형을 부과하는 경우라고 볼 수는 없다. 이 경우 명예권의 제한이 위헌적인 수준에 도달하는 것을 피하기 위해 개인의 명예나 사생활의 보호에 필요한 경우 일부 공개하지 않는 예외를 인정하는 것도 주목할 만한 점이 있다.

체제불법으로 얻은 재산을 국가에 귀속시키는 입법은 현재로서는 친일재산의 경우가 유일하다. 친일재산의 경우 이를 획득한 식민지 시기의 법체계가 한반도라는 공간에서 정당성을 획득하기 어려운 점이나 특히 친일재산을 취득한 근거가 된 친일반민족행위는 국가의 존립을 위협하는 행위로서 그 정당성을 인정하면 오히려 다수의 국민의 기본권을 보장할 수 있는 국가에 장해가 되는 점을 고려하여 국고로 귀속하는 것이 정당화될 수 있다. 다만, 위 사정들은 친일재산이라는 매우 예외적인 경우에 인정되는 것으로서 향후 과거청산 법률에서 비슷한 내용을 정하기는 어렵다고 보인다.

체제불법의 피해자들에게 보상금과 생활지원금을 지급하는 법률의 경우 해당 보상금과 생활지원금을 지급받을 권리는 재산권에 해당한다고 보아야 함에도 과오지급된 보상금을 체납처분 절차에 따라 환수할 수 있도록 정한 것은 편의주의적인 입법이고 과오지급된 보상금과 체납된 국세의 성질이 다름에도 동일하게 대우한 것으로서 합리성을 잃은 입법으로 보아야 한다. 특히 과거청산의 법률관계를 조기에 확정하려는 재판상 화해 효력 규정과 결합하는 경우 그 위헌성은 더 선명하게 드러난다.

현대 문명사회의 일반원칙으로 자리잡은 죄형법정주의와 그 하위원칙으로서 형벌불소급원칙은 국가의 형벌권을 제한하여 국민의 자유를 보장하는 것을 목적으로 한다. 따라서 국가권력을 남용하여 국민의 기본권이 보장되는 영역을 축소시킨 국가범죄의 가해자들은 형벌불소급원칙을 원용할 수 없다고 보아야 한다. 다만, 이 경우에도 해당 범죄의 불법성은 면밀히

검토하여 책임에 비례하는 처벌이 이루어질 수 있도록 적정한 형벌을 정하여야 할 것이다.

대한민국은 식민통치, 미 군정, 6·25전쟁, 장기간의 독재 등으로 손상된 국민의 기본권에 충분히 관심을 기울이지 못한 채 그러한 손상이 누적된 근대사를 가지게 되었다. 여전히 청산되지 아니한 채 국민의 판단을 기다리는 체제불법의 과거사도 남아있을 뿐만 아니라 다가오는 통일 이후에도 기본권이 보장되지 못한 북한 주민들의 기본권을 회복하고 북한 지역에서 기본권보장구조를 재건하기 위한 과거청산의 필요성이 제기될 것이다. 이제까지 이루어진 과거청산을 반성적으로 검토하여 대한민국이 장래에도 주권자의 의사에 따른 헌법국가로서 정착할 수 있는 길을 모색해야 할 때이다.

참 고 문 헌

[국내 단행본]

5·18기념재단, 5·18 민중항쟁과 법학, 2006년

김하기, 부마민주항쟁, 민주화운동기념사업회, 2004년

김수봉 외 3인, 친일귀속재산 효율적 활용 방안(국가보훈처 정책연구보고서), 국가보훈처, 2009년

노용석 외 3인, 과거사문제의 미래지향적 치유·화해방안에 관한 연구 용역(2014년도 국민대통합위원회 연구용역사업보고서), 국민대통합위원회, 2014년

법무부, 통일독일의 구동독 체제불법청산 개관, 1995년

안병직 외 10인, 세계의 과거사청산, 푸른역사, 2005년

이용우, 프랑스의 과거사 청산, 역사비평사, 2008년

이재교, 친일청산법에 대한 헌법적 고찰, 인하대학교 출판부, 2007년

이재승, 국가범죄, 앨피, 2010년

이창희, 세법강의, 박영사, 2013년

정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2012년

정종섭, 헌법학원론(제10판), 박영사, 2015년

친일반민족행위자 재산조사위원회 엮음, 친일재산조사, 4년의 발자취, 2010년

----------, 친일재산에서 역사를 배우다, 리북, 2010년

----------, 친일반민족행위진상규명 보고서 Ⅱ-1, 2009년

----------, 친일반민족행위진상규명 보고서 III-1, 2009년

----------, 청산되지 않은 역사, 친일재산, 2010년

친일반민족행위진상규명위원회 엮음, 2007년도 조사보고서Ⅱ-1, 2007년

한인섭 엮음, 재심·시효·인권, 경인문화사, 2007년

[국내 논문]

강태헌, “토지조사사업과 임야조사사업을 중심으로 한 근·현대 토지소유제도의 변천과정”, 인권과 정의 통권 제351호, 대한변호사협회, 2005년

권영설, “헌법의 국민조항과 국적법”, 고시계 485호, 1997년

김동률, “체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리”, 형사정책 제25권 제2호, 한국형사정책학회, 2013년

김명기, “북한주민을 대한민국국민으로 본 대법원 판결의 법이론”, 저스티스 제30권 제2호, 1997년

김백유, “친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법” 제2조 등 위헌성 검토, 성균관법학 제22권 제3호, 성균관대학교법학연구소, 2010년

김선택, “과거청산과 법치국가”, 법학논집 제31집, 고려대학교 법학연구원, 1995년

김성욱, “일제강점기 반민족행위자의 재산환수: 임야소유권을 중심으로”, 토지공법 제23권, 한국토지법학회, 2007년

김성철, “5·18특별법의 쟁점과 흐름”, 5·18민중항쟁과 법학, 5·18기념재단, 2009년

김승환, “결사의 자유”, 헌법학연구 제6권 제2호, 한국헌법학회, 2000년

김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙”, 형사판례연구 제5권, 1997년

김우수, “연금수급제한과 재산권 보장, 경제질서”, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008년

김원중, “역사기억법(2007)과 스페인의 과거사 청산 노력에 대하여－배/보상, 화해, 위령의 측면을 중심으로－”, 이베로아메리카연구 제21권 제1호, 2010년

김재경, “식민지시대 반민족행위에 대한 형사법적 처리: 죄형법정주의를 중심으로”, 중앙대학교 법학석사학위논문, 2000년

김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권, 2013년
김종철, “친일청산 관련법에 대한 헌법적 검토－친일진상규명법을 중심으로－”, 친일반민족행위진상규명위원회, 2008년도 학술연구용역 논문집 제7권, 2008년
김창록, “일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구: 「대일본제국헌법」의 제정에서 「일본국헌법」의 출현까지”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994년
김희수, “과거청산과 재심 문제”, 과거청산 포럼자료집, 2007년
노용석, “발전전략으로서의 과거청산: 엘살바도르 이행기 정의의 특수성 사례 분석”, 이베로아메리카 제13권, 2011년
도시환, “일본군 ‘위안부’ 문제의 현황과 국제인권법적 재조명”, 국제법학회논총 제53권 제3호, 2008년
배정훈 외 2인, “기본권의 관점에서 바라본 ‘과거청산 특별법’－2010년 7월에서 2011년 6월까지의 헌법재판소 결정을 중심으로－”, 공익과 인권 제9호, 2011년
서보학, “명예형의 제문제”, 형사법연구 22호, 형사법학회, 2004년
서중석, “이승만과 3·15부정선거”, 역사비평 제96호, 2011년 8월
심태섭, “‘반민족행위’에 대한 ‘특별법’ 비교 분석: 남한정부 수립 당시와 2004년의 처리”, 고려대학교 교육학석사학위논문, 2005년
심희기, “조선후기 토지소유에 대한 연구－국가지주설과 공동체소유설 비판－”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1991년
안병욱, “한국 과거청산의 현황과 과제”, 역사비평(제93호), 2010년
양동훈, “신민주체제의 인권유산 정리와 민주주의: 비교분석”, 한국정치학회보 제42권, 2008년
양현아, “‘수지 김’ 사건 유족들의 피해 성격과 그 함의”, 재심·시효·인권, 경인문화사, 2007년
엄찬호, “과거사 청산과 역사의 치유”, 인문과학연구 33호, 2012년
윤진수, “토지 및 임야 사정의 법적 성격”, 서울대학교 법학 제53권 제1호, 2012년

음영철, “역사적 트라우마의 치료과정”, 한국콘텐츠학회논문지 제13권, 2013년
이대근, “부담금의 헌법적 정당화 요건”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009년
이동일, “1948~49년 반민특위의 구성과 피의자 기소 내용에 관한 분석”, 한국민족운동사연구 제17호, 1997년 12월
이만종, “군사법제도 개혁방안에 관한 고찰”, 법과 정책연구 제6집, 2006년
이병규, “동학농민혁명 기념사업의 역사적 전개와 과제”, 역사연구 제28권, 2015년
이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17집, 인하대학교, 2014년
_____, “소급입법의 구분과 새로운 소급효 개념－독일 연방헌법재판소 판례를 검토하며”, 공법연구 제40집 제2호, 2011년
이영재, “이행기 정의의 본질과 형태에 관한 연구: 공감적 정의 원리를 중심으로”, 민주주의와 인권 제12권, 2012년
이우석, “사정에 의해 확정된 토지소유권의 성격”, 법사학연구 제36호, 한국법사학회, 2007년
이장희, “도쿄국제군사재판과 뉘른베르크 국제군사재판에 대한 국제법적 비교 연구”, 동북아역사논총 제25호, 동북아역사재단, 2009년
이재승, “법적 개념으로서 친일반민족행위”, 친일반민족행위진상규명위원회, 2008년도 학술연구용역 논문집 제7권, 2008년
이철우, “토지조사사업과 토지소유법제의 변천”, 한국법사학논총, 박영사, 1991년
이호중, “반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효”, 민주법학 30권, 민주주의법학연구회, 2006년
이황희, ‘“친일재산 국가귀속 특별법에 대한 헌법적 쟁점”의 토론문(헌법실무연구회 제119회 발표회 지정토론문)’, 헌법실무연구 제13권, 헌법재판소, 2012년

이희경, “명예훼손죄에 관한 연구－명예보호의 한계－”, 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009년
임재경, “평등권의 헌법상 구현”, 서강법학 제9권 제2호, 2007년
장영수, “현행헌법상 권력분립의 기본체계”, 법학논집 제31권, 고려대학교 법학연구원, 1995년
전종익, “미국 헌법상 명확성 원칙(void for vagueness) 심사－미국연방 최고법원 판례를 중심으로－”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009년 3월
전현수, “민주화 이후의 과거청산”, 한국행정학회 2009년도 목요국정포럼 특집, 2009년
정경환, “국가보훈의 개념과 성격에 관한 연구”, 민족사상 제5권 제1호, 2011년
정근식, “과거 청산의 역사사회학을 위하여－한국의 민주화와 관련하여”, 사회와역사 61호, 2002년
정연주, “처분적 법률의 헌법적 문제”, 미국헌법연구 제18권 제2호, 2007년
정주백, ‘“친일재산 국가귀속 특별법에 대한 헌법적 쟁점”에 대한 토론문(헌법실무연구회 제119회 발표회 지정토론문)’, 헌법실무연구 제13권, 헌법재판소, 2012년
정태욱, “5·18사건 처리에 대한 법철학적 관점”, 5·18민중항쟁과 법학, 5·18기념재단, 2009년
정태호, “헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성”, 헌법학연구 제19권, 한국헌법학회, 2013년
정현백, “글로벌 시각에서 본 과거청산의 의미”, 역사비평 제93호, 역사비평사, 2010년
조국, “‘반인권적 국가범죄’에 대한 공소시효의 정지·배제”, 재심·시효·인권, 경인문화사, 2007년
조병선, “한국의 5·18 과거청산모델의 국제비교”, 민주주의와 인권 제1권, 전남대학교 5·18연구소, 2001년

조상제, “국가형벌의 목적과 책임의 기능적 구성”, 형사법연구 12호, 한국형사법학회, 1999년
최광준, “과거청산의 의의와 의문사진상규명에 관한 특별법”, 경희법학 제38권, 경희대학교 법학연구소, 2003년
한성훈, “과거청산과 민주주의 실현: 진실화해위원회 활동과 권고사항의 이행기 정의를 중심으로”, 역사비평, 역사비평사, 2010년
한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호”, 저스티스 제84호, 한국법학원, 2005년
함영주, “우리 법제하 행정형 ADR의 현황과 과제”, 언론중재 제29권 제1호(통권 110호), 언론중재위원회, 2009년
허종, “제헌국회의 「반민족행위처벌법」의 제정과 그 성격”, 『대구사학』 제57권, 대구사학회, 1999년
홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005년
홍완식, “처분적 법률에 관한 연구”, 토지공법연구 제56집, 2012년
황지섭, “적극적 평등실현조치(Affirmative Action)의 평등심사 방안에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2011년

[영어 단행본]

Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem: a Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, 2006년
_____, *the Human Condition*, University of Chicago Press, 1958년
Nino, Carlos Antiago, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996년
Shklar, Judith Nisse, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, 1986년

[영어 논문]

Elster, Jon (1998), *Coming to Terms with the Past. A Framework for the Study of Justice in the Transition to Democracy*, European Journal of Sociology 39

Hall, Jerome, *Nulla Poena Sine Lege*, 47 Yale Law Journal 165 (1937)

Kopelman, Elisabeth S., *Ideology and International Law: the Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Criminals Trial*, 23 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 373 (1991)

Wright, Quincy, *War Criminals*, 39 American Journal of International Law 257 (1945)

_____, *The Law of the Nuremberg Trial*, 41 American Journal of International Law 38 (1947)

[독일어 단행본]

Eser et al., Albin, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht－Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2001년

Fischborn, Birgit Iris, *Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?*, Mohr Siebeck, 2010년

[독일어 논문]

Bullinger, Martin, „Fragen der Auslegung einer Verfassung“, JZ 59 (2004), 209ff.

Herzog, Roman, „Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit“, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts Bd. III, C.F.Müller, 1988년, §58

Isensee, Josef, „Das Grudrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht“, in: ders./P. Kirchhof(Hrsg.) Handbuch des

Staatsrechts Bd. IV, C.F.Müller, 1990년, §111
Stern, Klaus, „Idee der Menschrechte und Positivität der Grundrechte“, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts Bd. V, C.F.Müller, 1992년, §108
Welke, Wanja Andreas, „Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?“, Kritische Justiz 28 (1947), 369ff.

[인터넷 자료]
Frankfurter Allgemeine Zeitung, “Enteignung früherer DDR-Bürger war rechtswidrig”, 2004. 1. 22.자 기사
국사편찬위원회 한국사데이터베이스(http://db.history.go.kr/)
조선왕조실록 홈페이지(http://sillok.history.go.kr/)

Zusammenfassung

Verfassungsrechtliche Untersuchung über die Vergangenheitsaufarbeitungs-gesetze

PARK, Jong-won
Legum Magister
Seoul Nationale Universität

Diese Dissertation betrifft sich auf die allgemeinen Gehalte der seit Koreas Befreiung vom japanischen Imperialismus gebildeten sogenannten Vergangenheitsaufarbeitungsgesetzen, und auf ihre Verfassungswidrigkeit bzw. auf ihre unerfolgreiche Erfüllung der von der Verfassung erforderten Grundrechtsschutzpflichten. Was die „Vergangenheitsaufarbeitung“ bedeutet, bleibt unklar im Juristenstudium, dennoch wird oft als ein politischer－zwar ideologischer－Begriff erwähnt. Soweit sich diese Dissertation bezieht, enthält die „Vergangenheitsaufbarbeitung“ die vom Staat, der verfassungsrechtlich basierten Rechtgemeinschaft

betriebene Prozess zur Bestrafung des Verbrechens gegen die Menschlichkeit bzw. zur Erholung der Verletzten nach dem Sturz der ehemaligen Verbrecher mit politisch-rechtlicher Kraft, die zur Rechtsstaatlichkeit unpassend ihre Befugnis missbraucht haben.

Vor der Untersuchung in die individuellen Gesetze wird die Bedeutung der „Vergangenheitsaufarbeitung“ entwickelt durch die Forschung der Gemeinsamkeiten zwischen die Vergangenheitsaufarbeitungen querdurch die Welt. Dazu werden Rechtstheorien, und zwar rechtsphilosophische Ideen hinzugefügt, um die Vergangenheitsaufarbeitung zu rechtfertigen, wie folgt; die aus dem Machtwechsel voneinander entfremdten Angehörigen der Rechtsgemeinschaft wieder vereinigend stelle die Vergangenheitsaufarbeitung die Entwicklungsstrategie der Rechtsgemeinschaft vor; durch die Vergagenheitsaufarbeitung stelle der Staat seine Rolle nach der modernen Verfassungslehre als Grundrechtsschutz fest; zudem werden Debatten und Selbstreflexion innerhalb der Rechtsgemeinschaft angeregt, damit die unmenschliche Verbrechen erzeugende Umgebung niedergeschlagen wird; die Vielfältigkeit als Bedingung für die materielle Demokratie wird durch die „Affirmative Action“ für die Verletzten des Verbrechens gegen die Menschlichkeit ergreifbar.

Die Maßnahmen der Vergangenheitsaufarbeitung fassen die Verbot der Nachweisung, die Enthüllung und Ausbildung, die Entschädigung für die Opfer des unmenschlichen Verbrechens bzw. die Begnadignung oder Bestrafung der Verbrecher um. Die

koreanischen Vergangenheitsaufarbeitungsgesetze enthalten alle anderen Maßnahmen als die Nachweisungsverbot, und sie dürfen ihrem Inhalt nach in drei Gruppen eingeteilt werden; eine betreffend die japanische Besetzung, die andere betreffend die korrupte Presidentwahl im Jahr 1960 bzw. die dritte betreffend das Systemunrecht unter der Militärautokratie. Dennoch teilt sie diese Dissertation auf dem Grad der Schranken der Grundrechte in drei anderen Gruppen ein; eine betreffend die Enthüllung, die andere betreffend die Entschädigung bzw. die dritte betreffend die Bestrafung und Enteignung.

Über die Gesetze zur Enthüllung der Vergangenheit muss die Frage geantwortet werden, ob die staatliche Untersuchung in die unmenschliche Kriminalität zu einer Ehrenstrafe führt, weil die Strafe nur nach dem verfassungsrechtlichen Prinzip z.B. „nullum crimen nulla poena sine lege“ erlaubt werden kann. Doch sieht der Staat durch die Enthüllung ab, nicht die Verbrecher zu bestrafen, sondern mit einer Lehre die nachfolgenden Generationen zu erleuchten. Weiterhin liegt es allen Rechtsanwendungen und Rechtsauslegungen vor, die Sachverhalte zu erklären, womit die Aussage, dass die Enthüllung zu einer Strafe führe, unannehmlich ist.

Das Eigentum als der Preis des Volksverrats wird nach dem „Gesetz betreffend die Enteignung des Eigentums der Volksverräter“ (“친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법”, nachfolgend „VerratEG“ genannt) zur Enteignung beschlossen. Dieser Beschluss entfaltet mehrere verfassungsrechtliche Fragen; die Erste betrifft die

Schutwürdigkeit des Verrateseigentum unter der Verfassung. Nach der Auslegung des Verfassungsgerichts Koreas, dass ein Eigentum aus dem wirtschaftlichen Wert mit privatem Nutzen einschließlich die Verfügungsfähigkeit bestehe, wird das Verrateseigentum nicht von dem Schutzbereich ausgetrieben. Andererseits schreibt die Verfassung Koreas vor, dass ein Eigentum nicht rückwirkungsweise beschränkt werden solle, womit das Gesetz mit der rückwirkenden Schranke ausnahmslosig verfassungswidrig wird. Trotzdem soll die Rückwirkungsfrage im Felde der Eigentumsschranke als eine der legislativtechnischen Natur gehalten werden, womit die Rückwirkungsverbotklausel der Verfassung keine absolute Bedeutung hat, d.h. das VerratEG nach dem Übermaßverbotprinzip verfassungsrechtlich überprüft werden soll. Die Zweite betrifft die Möglichkeit der Enteignung ohne Entschädigung. Trotz der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, dass die entschädignungslose Enteignung verfassungswidrig in den Kern des Eigentums angreife, würde der Beschluss vom VerratEG gerechtfertigt, besonders wenn die Illegitimität der Regelungen in Erwägung gezogen würde, die den volksverräterischen Erwerb begründet haben, während sich diese Illegitimität aus dem Zustand der Kolonialherrschaft und aus der Nichtteilnahme der Koreaner an die Gesetzgebung ereignet.

Die Gesetze betreffend Entschädigung für die Verletzten des unmenschlichen Verbrechens sind unterschiedlich voneinander in ihren Vorschriften für die Ansprüche der Verletzten, einigen

darunter unerfolgreich die Grundrechtsschutzpflichten erfüllen, zwar verfassungswidrig angesehen werden mögen. Für die Rückgabe der falsch gespendeten Entschädigung werde der Prozess für rückständige Steuerschuld angewandt, was verfassungswidrig als „die Ungleichen gleich“ zu behandeln angesehen werden soll. Außerdem müssen die Verletzten mit dem Urteil der Komission zustimmen, um die Entschädigung zu empfangen, womit die Rechtskraft wie eine des Urteils vorkommt, dass die Verletzten ihre Schade nicht mehr im Gericht behaupten können. Diese Rechtskraft wird für sich genommen nicht verfassungswidrig, aber in Verbindung mit der Anwendung des gesprochenen Rückgabeprozesses ungerecht und unsystemgerechtig angesehen.

Die Bestrafung der Verbrecher des Systemungerechts begleiten die Rückwirkungsverbotsfrage. Im Hinblick auf dem Grund für Rückwirkungsverbot, dass die Staatenmacht auf das Volk beschränkt werden solle, soll das Prinzip der Rückwirkungsverbot nicht für die Verbrecher gegen die Menschlichkeit angewandt werden.

Stichwort: Vergangenheitsbearbeitung, Volksverrat, Eigentum des Verrats, Demokratiebewegung, Enthüllung, Enteignung, Rückwirkungsverbot
Student Nummer : 2013-21251