



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](#)

법학석사학위논문

과거사 사건의
소멸시효에 관한 연구

2015년 2월

서울대학교 대학원

법 학 과

이 소 영

과거사 사건의 소멸시효에 관한 연구

지도교수 김 재 형

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2014년 10월

서울대학교 대학원

법 학 과

이 소 영

이소영의 석사학위논문을 인준함

2014년 12월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문 초록

대한민국 정부는 한국전쟁으로 인한 반민주적·반인권적 과거사 청산을 위하여 2005년 제정된 「진실·화해를 위한 과거사 정리 기본법」에 근거하여 한국전쟁 전후부터 독재정권의 집권시까지 국가에 의해 자행된 불법행위에 대하여 진실규명 결정을 내렸으며, 이에 따라 무수히 많은 과거사 소송이 양산되었다.

본 논문에서는 과거사 사건을 ‘한국전쟁 전후의 시기에 국가에 의해 자행된 민간인 집단 학살 사건’으로 한정하여, 과거사 사건 관련 소송에서 논의되었던 쟁점에 대해 분석해보고자 한다.

과거사 소송의 주된 쟁점은 ‘피고 대한민국의 소멸시효 항변의 인용 여부’였고, 이와 관련하여 ①단기소멸시효의 기산점이 진실규명 결정일인지 불법행위 당시인지, ②국가의 소멸시효 항변이 권리남용 4유형에 해당하는지, ③진실규명 신청인과 미신청인에 대해 권리남용을 인정여부를 달리할 것인지, ④원고들이 권리를 행사해야 할 신의칙상 상당한 기간이 시효정지에 준하여 6개월인지 단기소멸시효에 준하여 3년인지에 대하여 견해 및 판례가 대립되었다.

먼저, 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점은 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 의하여 판단되어야 하므로, 단기소멸시효는 불법행위일부터 기산되어야 한다. 진실규명 결정일로부터 기산되어야 한다는 견해에서는 과거사위원회의 진실규명 결정이 있기 전까지는 원고들이 피해자의 희생 경위에 대하여 사실상 알 수 없었다고 주장한다. 그러나 이는 단순한 ‘사실상의 장애사유’에 불과하므로 소멸시효의 정지나 소멸시효 항변에 대한 재항변으로서의 권리남용 부분에서 고려되어야 할 것이다.

다음으로, 국가의 소멸시효 항변은 권리남용 4유형의 어느 것에도 해당하지 않으므로 권리남용에 해당하지 않는다. 각 유형별로 살펴보면, 1유

형은 채권자의 권리행사 방해 행위가 있어야 성립하나, 과거사 사건의 경우 불법행위 이후 국가의 은폐 시도 등의 작위적 행위가 없었으므로 과거사 사건에서의 국가의 소멸시효 항변이 1유형에 해당하여 권리남용이라고 볼 수 없을 것이다.

2유형은 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있을 때 인정되나, 국가의 2차적 은폐행위가 있던 울산 보도연맹사건에서 2유형에 해당한다면 제시한 판례의 논거는 그러한 은폐행위가 없는 일반적 과거사 사건에는 적용될 수 없는 것이다. 또한 2유형에 해당한다는 판례의 논거에 의하면 과거사 사건뿐만 아니라 국가에 의한 모든 집단적 기본권 침해에 대해서도 2유형이 인정되어야 할 것이다. 그러나 판례 중에는 그러한 사건들에 대해 권리남용을 배척한 것도 많으므로 판례의 논거에 일관성이 있다고 보기도 어렵다.

3유형은 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였을 때 인정된다. 그러나 과거사정리법을 제정한 것만으로는 국가가 시효항변을 원용할 것 같지 않은 태도를 보였다고 할 수 없고, 과거사정리법은 배·보상을 목적으로 한 법이 아니므로 국가의 소멸시효 항변은 3유형에 해당되지 않는다.

4유형은 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 경우에 인정된다. 그러나 각 과거사 사건의 피해자들을 서로 비교할 때에 특정 피해자들만 현저히 불공평하거나 부당해지는 경우라고 보기 어려우므로 국가의 소멸시효 항변은 4유형에 해당되지 않는다.

실사 국가의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당한다고 하더라도, '피해자에 대한 국가의 신뢰부여'라는 측면에서 볼 때 진실규명 신청 여부에 따라 권리남용 재항변의 인용 여부를 달리 보아야 할 합리적인 논거를 찾기 어려우므로, 진실규명 신청인과 진실규명 미신청인은 권리남용 재항변의 인용 여부에 대해 동일하게 취급되어야 한다.

또한 피고 국가의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당한다고 하더라도,

원고는 소멸시효 항변이 저지되었던 장애사유가 사라진 때로부터 6개월 이내에 권리를 행사하여야 한다. 이에 대해 상당한 기간은 특별한 사정이 있는 경우에는 단기소멸시효인 3년까지 연장된다는 견해가 있으나, 단기소멸시효 규정을 유추적용할 근거가 없고, 개별 보상법들이 모두 시효를 1년으로 규정하고 있는 점에 비추어 과거사 사건에 대해서만 진실규명결정일로부터 3년까지로 시효를 연장할 합리적인 이유를 찾기 어려울 것이므로 상당한 기간은 진실규명일로부터 6개월로 제한되어야 한다.

주요어 : 과거사, 불법행위, 손해배상, 소멸시효, 권리남용, 진실규명, 상당한 기간

학 번 : 2013-21267

목 차

제 1 장 서 론 -----	10
제 2 장 과거사 사건 개관 -----	12
제 1 절 과거사 사건의 의의 -----	12
제 2 절 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 -----	12
I. 입법배경 -----	12
1. 개별적 과거사 정리 -----	12
2. 포괄적 과거사 정리 -----	13
II. 주요 내용 -----	14
1. 진실·화해를 위한 과거사정리 위원회 설립 -----	14
2. 진실규명 결정 -----	14
III. 과거사 사건 현황 -----	15
IV. 외국의 과거사 관련 입법례 -----	20
1. 아르헨티나의 과거사 청산 -----	20
2. 스페인의 과거사 청산 -----	21
제 3 절 진상규명결정의 증명력 문제 -----	22
I. 문제점 -----	22
II. 진실규명 결정의 증거력 -----	22
1. 증거력의 의의 -----	22
2. 과거사위원회가 작성한 조사보고서의 증거력 -----	23
가. 견해의 대립 -----	23
(1) 조사보고서에 특수한 증명력이 있다는 견해 -----	23
(2) 조사보고서에 특수한 증명력이 있는 것은 아니라는 견해 -----	24
나. 판례의 태도 -----	25
(1) 다수의견(8인) -----	25
(2) 반대의견(4인) -----	26

3. 소결 -----	27
제 3 장 과거사 사건에 대한 소멸시효의 기산점 -----	29
제 1 절 소멸시효 개관 -----	29
I. 소멸시효의 의의 -----	29
II. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 -----	30
1. 민법 제766조의 의의 및 연혁 -----	30
2. 3년의 단기소멸시효(제1항) -----	31
3. 10년의 장기소멸시효(제2항) -----	31
가. 의의 -----	31
나. 법적 성질 -----	32
(1) 소멸시효기간과 제척기간의 비교 -----	32
(2) 민법 제766조 제2항의 10년 기간의 법적 성질 -----	32
제 2 절 소멸시효의 기산점 -----	33
I. 일반적 소멸시효기간의 기산점 -----	33
1. 법률상 장애·사실상 장애 이분론 -----	33
2. 판례의 태도 -----	34
가. 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 입각한 판례 -----	34
나. 사실상 장애를 권리를 행사할 수 없는 사유로 본 판례 ---	34
3. 소결 -----	35
II. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점 ----	36
1. 3년의 기산점 - 손해 및 가해자를 안 날 -----	36
가. ‘손해 및 가해자를 안 날’의 의의 -----	36
나. 판례의 태도 -----	38
2. 10년의 기산점 - 불법행위를 한 날 -----	38
제 3 절 과거사 사건에 대한 손해배상청구권의 소멸시효 -----	39
I. 과거사 사건의 소멸시효기간 -----	39
1. 단기소멸시효 -----	39
2. 장기소멸시효 -----	39

II. 소멸시효기간의 기산점 -----	39
1. 단기소멸시효의 기산점 -----	39
가. 문제의 소재 -----	40
나. 견해의 대립 -----	40
(1) 진실규명 결정일로부터 기산된다는 견해 -----	40
(2) 불법행위일로부터 기산된다는 견해 -----	41
다. 판례의 태도 -----	42
(1) 과거사 관련 판례 -----	42
(2) 유사 사건에서의 판례의 태도 -----	45
라. 소결 -----	47
2. 장기소멸시효의 기산점 -----	49
제 4 장 국가의 소멸시효 항변과 권리남용 문제 -----	49
제 1 절 소멸시효와 신의성실·권리남용 금지의 원칙 -----	49
I. 신의성실·권리남용 금지의 원칙 -----	49
II. 소멸시효와 권리남용 문제 -----	50
1. 신의성실·권리남용 금지의 원칙에 의한 소멸시효의 제한 --	50
2. 소멸시효 남용론의 정립 -----	50
가. 외국의 소멸시효 남용론 -----	50
(1) 독일 -----	50
(2) 일본 -----	51
나. 판례에 의한 소멸시효 남용 유형의 정리 -----	52
(1) 판례의 유형 정립 -----	52
(2) 1유형의 내용과 1유형이 적용된 판례 -----	53
(3) 2유형의 내용과 2유형이 적용된 판례 -----	55
(4) 3유형의 내용과 3유형이 적용된 판례 -----	60
(5) 4유형의 내용과 4유형이 적용된 판례 -----	62
제 2 절 과거사 사건에서의 소멸시효와 권리남용 문제 -----	63
I. 문제의 소재 -----	63

II. 견해의 대립 -----	64
1. 권리남용에 해당한다는 견해 -----	64
2. 권리남용이 아니라는 견해 -----	65
III. 판례의 태도 -----	66
1. 권리남용이라는 판례 -----	66
가. 2유형, 4유형에 대하여 권리남용이라는 판례 -----	66
나. 3유형에 대하여 권리남용이라는 판례 -----	67
2. 권리남용이 아니라는 판례 -----	70
가. 2유형을 부정하여 권리남용이 아니라고 한 판례 -----	70
나. 1유형, 2유형, 3유형, 4유형을 부정하여 권리남용이 아니라고 한 판례 -----	71
제 3 절 과거사 사건에서 소멸시효 항변이 권리남용 유형에 포섭되는 지 여부 -----	72
I. 1유형 권리남용에 해당하는지 여부 -----	72
II. 2유형 권리남용에 해당하는지 여부 -----	73
1. 2유형 권리남용에 해당하기 위한 요건 -----	73
2. 2유형을 인정한 판례의 논거에 대한 검토 -----	74
가. 판례가 제시한 논거 -----	74
나. 판례의 각 논거에 대한 검토 -----	75
(1) 논거①에 대한 검토 -----	75
(2) 논거②에 대한 검토 -----	76
(3) 논거③에 대한 검토 -----	77
3. 대법원 전원합의체 판결의 태도 -----	78
4. 소결 -----	78
III. 3유형 권리남용에 해당하는지 여부 -----	79
1. 3유형 권리남용을 부정한 다른 판례와의 비교 -----	79
2. 3유형을 인정한 전원합의체 판결에 대한 검토 -----	80
3. 소결 -----	82

IV. 4유형 권리남용에 해당하는지 여부 -----	82
1. 4유형 권리남용을 부정한 다른 판례와의 비교 -----	82
2. 4유형을 인정한 판례에 대한 검토 -----	83
3. 대법원 전원합의체 판결의 태도 -----	83
4. 소결 -----	84
제 5 장 진실규명 신청여부에 따른 권리남용 재항변의 제한 가부 -----	84
제 1 절 진실규명을 위한 조사 개시 -----	84
제 2 절 진실규명 신청과 권리남용 재항변의 제한 -----	85
I. 문제의 소재 -----	85
II. 판례의 태도 -----	86
1. 진실규명 신청 여부가 재항변의 제한사유라는 판례 -----	86
2. 진실규명 신청 여부가 재항변의 제한사유가 아니라는 판례 --	87
III. 검토 -----	89
제 3 절 판례의 상반된 입장이 판례변경인지 여부 -----	91
I. 재심과 관련된 문제 -----	91
II. 재심 사유인 판례변경에의 해당 여부 -----	91
1. 판례변경의 의미 -----	91
가. ‘법령의 해석적용에 관한 의견’의 의미 -----	92
나. ‘변경’의 의미 -----	92
다. 법령의 해석적용에 관한 의견에 대한 변경이 아니라고 본 참조 판례 -----	92
2. 과거사 사건 판결들이 판례변경에 해당하는지 여부 -----	94
가. 판례의 태도 -----	94
나. 검토 -----	94
제 6 장 상당한 기간의 판단 기준 -----	95
제 1 절 상당한 기간의 의의 -----	95

I. 상당한 기간의 의미 -----	95
II. 상당한 기간의 기산점 -----	96
III. 상당한 기간의 법적 성질 -----	97
가. 재항변인지 재재항변인지 여부 -----	97
나. 제척기간인지 여부 -----	99
제 2 절 상당한 기간의 판단 기준에 관한 논란 -----	99
I. 문제의 소재 -----	99
II. 견해의 대립 -----	99
III. 판례의 태도 -----	100
1. 진실규명 결정일로부터 6개월 이내 소를 제기한 경우 -----	100
가. 2유형 권리남용에 대한 판례 -----	100
나. 3유형 권리남용에 대한 판례 -----	101
2. 진실규명 결정일로부터 6개월이 경과한 이후 소를 제기한 경우--	101
가. 단기소멸시효인 3년에 준하여 연장된다는 판례 -----	101
나. 소멸시효 정지기간인 6개월에 한한다는 판례 -----	102
IV. 소결 -----	103
제 7 장 결론 -----	105
참고문헌 -----	108
Abstract -----	112

과거사 사건의 소멸시효에 관한 연구

제 1 장 서 론

정부는 지난 현대사의 반민주적·반인권적 사건들에 대하여 청산하고자 2005. 5. 31. 「진실·화해를 위한 과거사 정리 기본법」(이하 ‘과거사정리법’이라고 한다)을 제정하였으며, 이에 따라 2005. 12. 1. ‘진실·화해를 위한 과거사 정리 위원회’(이하 ‘과거사위원회’라고 한다)가 출범되어 2010. 12. 31.까지 활동하였다.

과거사위원회에서는 1945. 8. 15.부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건에 대하여 진실규명 활동을 하였고 2년여에 걸쳐 약 6700여건에 이르는 진실규명 결정을 내렸으며, 그 중 대부분은 1950년경에 ‘국민보도연맹원’이라는 이유로 집단 학살된 민간인들에 대한 결정이었다.

비록 과거사위원회에 의하여 민간인이 국가 공권력에 의해 희생되었다는 진실규명 결정이 내려졌으나, 과거사정리법은 배상이나 보상을 목적으로 한 것이 아니었기 때문에 진실규명 결정만으로는 희생자의 유족들이 국가로부터 아무런 금전배상을 받을 수 없었다. 이에 따라 유족들은 각자 법원에 손해배상청구소송을 제기하였고, 그 결과 2010년 이후부터 무수히 많은 과거사 사건 관련 판례들이 양산되기에 이르렀다.

과거사 사건의 수많은 쟁점들은 2012년 대법원 전원합의체 판결로 대부분 정리되었다. 그러나 전원합의체 판결 이전 또는 이후로도 수많은 하급심 판례들이 쟁점들에 대해 각기 다른 판시를 내렸고, 2013년 및 2014년의 대법원 판례들도 전원합의체 판결과 다른 판시를 내리고 있어 쟁점들이 일원적으로 정리되지 않고 있다.

과거사 사건에 관한 판례들의 쟁점은 크게 진실규명 결정의 증명력 문

제와 소멸시효의 문제로 나누어 볼 수 있는데, 본 논문에서는 소멸시효 문제에 대하여 상세히 다뤄보고자 한다.

먼저 제2장에서는 과거사 사건이 무엇인지 그 의의를 살펴보고 진상규명 결정의 증명력에 관한 문제를 간략히 살펴볼 것이다.

다음으로 제3장에서는 하급심 판례와 대법원 판례의 입장이 극명하게 달라졌던 과거사 사건의 소멸시효 기산점의 문제에 대하여 살펴볼 것이다. 이 장에서는 소멸시효의 기산점 전반에 대한 이해를 토대로 과거사 사건의 소멸시효의 기산점이 불법행위일 당시인지 과거사위원회의 진상규명 결정일인지 여부를 검토할 것이다.

제4장에서는 판례의 가장 큰 쟁점이었던 ‘과거사 사건의 피고였던 국가의 소멸시효 항변이 인용될 수 있는지’에 대하여 살펴볼 것이다. 이를 위하여 판례가 제시하였던 소멸시효 남용론의 개관 및 과거사 사건이 그러한 소멸시효 남용의 각 유형에 해당하는지 여부를 상세히 검토해 볼 것이다.

제5장에서는 일단 국가의 소멸시효 항변이 권리남용의 각 유형에 해당한다고 가정할 경우, 원고 유족들이 과거사위원회에 진실규명을 신청했는지 여부에 따라서 원고의 재항변 인용 여부가 달라져야 하는 것인지의 문제를 검토할 것이다.

마지막으로 제6장에서는 국가의 소멸시효 항변이 권리남용의 각 유형에 해당한다고 가정할 경우, 권리남용의 각 유형에 해당하였던 사유가 제거된 경우에도 원고가 권리남용 재항변을 기간 제한 없이 행사할 수 있는지에 대하여 ‘상당한 기간’의 의미를 검토하고, 상당한 기간이 6개월에 한하는 것인지 3년까지 연장되는 것인지를 살펴볼 것이다.

제 2 장 과거사 사건 개관

제 1 절 과거사 사건의 의의

대한민국의 역사는 1945년 8월 15일 해방 이후부터 한국 전쟁, 군부 독재정권 등 민주 정권이 수립되기까지 수많은 우여곡절을 겪어 왔다. 이러한 역사 속에서 친일파의 득세, 공산주의와 민주주의의 이념대립에 따른 갈등과 분쟁, 독재정권의 인권 탄압 등의 문제들이 발생하였으며 이러한 왜곡과 탄압의 역사를 통틀어 광의의 ‘과거사’라고 부른다.

‘과거사 사건’이란 이러한 과거사와 관련된 개별적 사건들을 의미하는데, 본 논문에서는 ‘과거사 사건’을 「진실·화해를 위한 과거사정리기본법」 제2조 제1항 제3호의 ‘1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건’으로 한정하여 설명하도록 하겠다.

제 2 절 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법

I. 입법배경

1. 개별적 과거사 정리

한국의 과거사는 크게 식민지 잔재의 청산, 한국전쟁기 민간인 학살, 공권력에 의한 인권침해로 구분된다.¹⁾ 1997년 김대중 정권이 들어서기 이전까지 과거사 정리와 관련된 기존의 연구들은 주로 식민지 문제를 둘러싼 한일관계 및 친일파 청산문제, 한일 간의 과거사 청산을 위한 시도들이 대부분이었다.²⁾ 한편 1990년대에 들어 과거사정리가 정부의 주요 정

1) 안병욱, “한국 과거청산의 현황과 과제”, 역사비평, 2010.11, 32~60면

책으로 추진되고, 과거사를 청산하고자 하는 움직임이 점차 확대되면서 1990년 ‘광주 민주화 운동 관련자 보상 등에 관한 법률’, 1996년 ‘거창사건 등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법’, 2000년 ‘제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예 회복에 관한 특별법’ 등의 개별법이 제정되기에 이르렀다.³⁾

2. 포괄적 과거사 정리

그러나 개별법에 의한 방식이 비효율적이며, 과거사는 상호 연관되어 있고 법안의 중복성이나 누락된 사안을 담아내기 위해 통합된 기본법이 필요하다는 비판에 따라 2005년 5월 31일에 과거사정리법이 제정되었다.⁴⁾

과거사정리법은 2004년 8·15 경축사에서 노무현 대통령이 ‘보편적 방식에 입각한 포괄적 과거사정리의 필요성’을 제안하면서 시작되었다. 2004. 11. 9. 시민운동단체인 ‘올바른 과거청산을 위한 범국민위원회’가 결성되고 균의문사 유가족들이 국회 앞에서 입법 쟁취를 위한 농성 투쟁을 하는 등의 절차를 거친 이후에, 2005. 5. 3. 당시 집권 여당이던 열린우리당이 중심이 되어 과거사정리법을 국회에서 통과시켰으며, 정부로 이송된 과거사정리법은 2005. 5. 31. 공포되어 2005. 12. 1.부터 시행되었다.⁵⁾

과거사정리법은 그 조사대상에 관하여 ‘일제 강점기 전후 항일독립운동 및 주권과 국력을 신장시킨 해외동포사, 해방 이후부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건, 해방 이후부터 권위주의 통치시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력

2) 김영수, “한국 과거사정리와 국가의 전략”, 역사연구 21호, 2011, 145면

3) 정승윤, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법상 인권침해사건에서 나타난 주요 법적 쟁점”, 법학논총, 2011, 675~676면

4) 박한용, “과거사 청산의 역사적 의의와 필요성”, 과거청산 기구 출범과 향후 과제, 2006, 11~18면

5) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 2010, 17~19면

의 행사로 인하여 발생한 인명피해사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건, 역사적으로 중요한 사건으로서 위원회에 의하여 진실규명이 필요하다고 인정된 사건'이라고 규정함으로써(과거사정리법 제3조 제1항) 개별법과는 달리 모든 과거사를 포괄할 수 있도록 하고 있다.

II. 주요 내용

1. 진실·화해를 위한 과거사정리 위원회 설립

과거사정리법 제3조(진실·화해를위한과거사정리위원회의 설치 및 독립성)에 따라 2005년 12월경 과거사위원회가 설립되었다. 과거사위원회의 업무는 과거사 사건에 대한 조사대상의 선정, 조사개시 결정 및 조사, 진상규명 결정 및 진상규명 불능 결정 등이며, 과거사위원회의 진상규명 결정에 따라 국가에게 피해 및 명예회복 등을 위해 필요한 조치를 하도록 하는 의무규정을 두었다(과거사정리법 제34조 내지 제40조).

과거사위원회는 본래부터 '조사 개시로부터 4년간' 진상규명활동을 할 것을 원칙으로 하여(과거사정리법 제25조 제1항) 첫 조사 개시 결정일인 2006. 4. 25.부터 4년간 사건을 진행하였으나, 잔여 사건의 원만한 처리를 위하여 조사 기간의 연장이 필요하다는 판단 하에 3개월을 연장한 2010년 6월 30일에 조사업무를 완료하고 2010년 12월 31일 활동을 종료하였다.⁶⁾

2. 진실규명 결정

과거사위원회는 조사가 종료되어 진실규명이 된 경우 진실규명 조사결과를 의결로서 결정하였다(과거사정리법 제26조). 또한 진실규명 조사결과 진실을 밝히지 못하거나 밝힐 수 없는 경우에는 진실규명 불능으로

6) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 2010, 24면

결정하였다(과거사정리법 제27조).

과거사사건에 대한 진실규명 결정은 주로 피해자들이 군인, 경찰에 의해 ‘좌익’, ‘빨치산’ 등으로 몰려 현장에서 살해되거나 연행되어 행방불명된 사실을 확인 또는 추정한다는 형태로 이루어졌다. 진실규명 결정에서는 비록 한국전쟁 시기 혼란한 상황에서 학살이 발생하였다고 하더라도 국가기관인 군경이 적법한 절차 없이 비무장의 민간인을 살해한 것은 인도주의에 반하고 헌법에서 보장한 국민의 기본권인 생명권과 적법절차원칙 및 재판받을 권리를 침해한 불법행위임을 명시하였다.

Ⅲ. 과거사 사건 현황

과거사위원회는 2006. 11. 28. 첫 진실규명 결정을 시작으로 하여 2010. 6. 30. 까지 총 11,175건 가운데 8,450건에 대하여 진실규명 결정을, 528건에 대하여 진실규명 불능 결정을 내렸다.

민간인 집단희생에 관하여는, 2005. 12. 1.부터 2006. 11. 30.까지 1년 동안 신청서를 접수하였고 총 8,206건의 신청을 받았으며 그 중 6,742건에 대하여 진실규명 결정을 내렸다.

<표 1> 과거사위원회 진실규명신청 처리 현황

진실규명범위	계	처리건수					
		진실규명	진실규명불능	각하	취하	이송	중지
총계(%)	11,175 (100.0)	8,450 (75.6)	528 (4.7)	1,729 (15.5)	351 (3.1)	97 (0.9)	20 (0.2)
항일독립운동	274	20	23	221	10		
해외동포사	16	5		8	1		2
적대세력관련	1,774	1,445	10	292	22	1	4
민간인집단희생	8,206	6,742	454	764	242	4	
인권침해	768	238	41	373	73	29	14
기타	137			71	3	63	

이외에도 과거사위원회는 민간인 집단희생 사건 중 과거사정리법 제22조 제3항에 의거하여, “역사적으로 중요한 사건으로서 진실규명에 해당

한다고 인정할만한 상당한 근거가 있고 진실규명이 중대하다고 판단되는” 3가지 사건에 대하여 직권조사 결정을 내렸다.⁷⁾

<표 2> 직권조사 사건 목록

유형별	사건명	직권조사 개시 결정 일자
민간인 집단희생	국민보도연맹 사건	2006. 10. 10.
	전국형무소 재소자 희생 사건	2006. 11. 07.
	여순 사건	2007. 03. 06.

민간인 집단희생 사건들에 관하여는 2007. 4. 17. ‘나주 동박굴채 사건’에 대하여 첫 진실규명 결정이 내려진 이후 2010. 6. 30.까지 151개 유형별 사건에 대하여 총 6,780건의 진실규명 결정이 내려졌다.⁸⁾

<표 3> 민간인집단희생 관련 진실규명 결정 현황

사 건 명	사건 수	진실규명 건수	조사개시 일자	결정일자
나주 동박굴채 사건	1	23	2006-05-30	2007-04-17
나주 동창교 민간인 집단희생 사건	1	12	2006-07-25	2007-06-12
고양 금정굴 사건	1	52	2006-04-25	2007-06-26
문경 석달 사건	1	16	2006-04-25	2007-06-26
함평 11사단 사건	1	184	2006-04-25	2007-07-03
나주경찰부대 사건	1	59	2007-02-28	2007-10-23
함평 양림 사건	1	27	2007-02-28	2007-10-23
예천 산성동 미군폭격 사건	1	1	2006-05-17	2007-11-20
제주 예비검속 사건(섯알오름)	1	106	2006-04-25	2007-11-13
청원 오창창고 보도연맹 사건	1	166	2006-05-30	2007-11-13
산청 시천·삼장 민간인희생 사건	1	23	2006-05-30	2007-11-20
고창 월림 집단희생 사건	1	4	2007-01-23	2007-11-20
고양 부역혐의희생 사건	1	5	2006-04-25	2007-11-20
울산 국민보도연맹 사건	1	223	2006-09-26	2007-11-27
영암 구림 첫포위 사건	1	2	2007-02-28	2007-11-27
월미도 미군폭격 사건	1	3	2007-01-30	2008-03-13
함평 수복작전 민간인 희생 사건	1	39	2006-07-25	2008-04-14
고창 11사단 사건	1	32	2007-01-23	2008-04-14
남양주 진접·진건면 부역혐의 희생 사건	1	3	2007-01-09	2008-05-20
울진 부역혐의 희생 사건	1	7	2007-01-09	2008-06-30

7) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 III, 2010, 3면

8) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 III, 2010, 5면

전남 동부지역 민간인 희생 사건(1)	1	27	2007-01-30	2008-06-24
해남군 민간인 희생 사건	1	136	2007-07-28	2008-07-08
평택 청북면 부역혐의 희생 사건	1	1	2007-01-09	2008-06-30
강화(강화도·석모도·주문도)지역 민간인 희생 사건	1	26	2006-05-30	2008-07-08
청도 민간인 희생 사건	1	122	2006-05-30	2008-07-08
구례지역 여순 사건	1	146	2006-10-31	2008-07-08
단양 곡계굴 미군폭격 사건	1	16	2006-04-25	2008-05-20
김포 부역혐의 희생사건	1	8	2007-01-09	2008-10-07
남원지역 민간인 희생 사건	1	11	2007-01-23	2008-10-21
나주 다도면 민간인희생 사건(1)	1	57	2007-02-28	2008-10-21
청원 국민보도연맹 사건	1	158	2007-02-20	2008-11-04
영덕 지품면 민간인희생 사건	1	35	2007-01-30	2008-11-04
경기지역 미군 폭격 사건	1	10	2006-12-19	2008-11-18
거제지역 민간인희생 사건	1	22	2007-02-13	2008-11-25
광주 민간인희생 사건(1)	1	16	2007-01-09	2008-11-25
서산·태안 부역혐의 희생 사건(1)	1	18	2007-01-07	2008-12-02
담양·장성지역 경찰에 의한 민간인희생 사건	1	35	2007-02-28	2008-12-02
포항 흥안리 미군폭격 사건	1	1	2007-01-30	2008-12-02
불갑산지역 민간인 희생 사건	1	35	2007-02-28	2008-12-16
함양 민간인 희생 사건	1	22	2007-02-13	2008-12-16
합천읍 민간인 희생 사건	1	3	2007-02-13	2008-12-16
순창지역 민간인 희생 사건	1	69	2007-01-23	2008-12-16
의령 미군폭격 사건	1	33	2006-12-19	2008-12-30
영암군 민간인 희생 사건(1)	1	62	2007-01-30	2008-12-30
안동 부역혐의 희생 사건	1	3	2007-01-09	2008-12-30
영천 청통면 이영쇠 사망 사건	1	1	2007-01-30	2008-01-05
순천지역 여순 사건	1	203	2006-07-25	2008-01-05
김해 국민보도연맹 사건	1	75	2006-10-10	2008-01-05
전북 국민보도연맹 사건	1	42	2007-02-13	2009-01-19
괴산 청원(북일,북이) 국민보도연맹 사건	1	79	2007-02-13	2009-01-19
충남서부지역 국민보도연맹 사건	1	36	2007-02-13	2009-01-19
부산경남지역 형무소 재소자 희생 사건	1	149	2006-11-07	2009-02-02
양평 부역혐의 희생 사건	1	5	2007-01-09	2009-02-16
완도군 민간인 희생 사건	1	237	2007-02-28	2009-02-16
강화(교동도)지역 민간인 희생 사건	1	25	2006-05-30	2009-03-02
화순지역 경찰에 의한 민간인 희생 사건	1	20	2007-02-28	2009-03-16
한국전쟁 이전 경산지역 민간인(김종학 외 9명) 희생 사건	1	10	2006-09-29	2009-03-16
전남지역(담양·장성·화순·영광) 11사단 사건	1	109	2007-02-28	2009-03-16
경남 함안지역 미군폭격 사건	1	55	2006-12-19	2009-04-20
경주 감포읍 정호식, 정의선 희생 사건	1	2	2007-02-13	2009-04-20
전남 서남부지역(장흥,강진,해남,완도,진도) 민간인 희생 사건	1	48	2007-02-28	2009-04-20
아산 부역혐의 희생 사건	1	11	2007-01-09	2009-05-11
나주지역 민간인희생 사건	1	23	2007-02-28	2009-05-11
여주 부역혐의 희생 사건	1	3	2007-01-09	2009-05-18
음성군 대소면 부역혐의자 희생 사건	1	7	2007-01-09	2009-06-01

경주 기계천 미군 폭격 사건	1	1	2006-12-19	2009-07-21
전남 국민보도연맹 사건1(광주·광산·여수·순천·광양·고흥·곡성·구례·나주·보성·장성·화순)	1	171	2006-10-10	2009-08-18
전남 국민보도연맹 사건2(영광·무안·영암·장흥·진도)	1	26	2006-10-10	2009-08-25
전남 국민보도연맹 사건3(함평·해남·완도)	1	212	2006-10-10	2009-08-25
충남 국민보도연맹 사건II - 대전,공주,연기,예산,청양,천안,아산,논산,서천	1	25	2006-10-10	2009-09-08
군위·경주·대구지역 국민보도연맹 사건	1	96	2006-10-10	2009-09-08
경북 고령·성주·칠곡군 국민보도연맹 사건	1	56	2006-10-10	2009-09-08
경남 밀양 국민보도연맹 사건	1	54	2006-10-10	2009-09-08
경남 양산 국민보도연맹 사건	1	53	2006-10-10	2009-09-08
경북 영천 국민보도연맹 사건	1	22	2006-10-10	2009-09-15
경남 통영·거제 국민보도연맹원 등 민간인희생 사건	1	80	2007-01-09	2009-09-15
경북 영덕 국민보도연맹 사건	1	21	2007-02-13	2009-09-15
부산·사천 국민보도연맹 사건	1	47	2006-10-10	2009-09-22
경남 진주 국민보도연맹 사건	1	69	2006-10-10	2009-10-06
대구·경북(1-1) 국민보도연맹 사건	1	106	2006-10-10	2009-10-06
경북 울진 국민보도연맹 사건	1	6	2006-10-10	2009-10-06
경북 포항 국민보도연맹 사건	1	32	2006-10-10	2009-10-06
경북 영양·청송 국민보도연맹 사건	1	11	2006-10-10	2009-10-20
울산 국민보도연맹 사건 II	1	6	2006-10-10	2009-10-20
경기·강원 국민보도연맹 사건	1	2	2006-10-10	2009-10-20
경남 합천 국민보도연맹 사건	1	15	2006-10-10	2009-11-03
경북 봉화 국민보도연맹 사건	1	4	2006-10-10	2009-11-03
경북 안동 국민보도연맹 사건	1	17	2006-10-10	2009-11-03
경북 의성 국민보도연맹 사건	1	10	2006-10-10	2009-11-03
충북 국민보도연맹 사건	1	123	2006-10-10	2009-11-03
경남 마산·창원·진해 국민보도연맹 사건	1	70	2006-10-10	2009-11-03
경남 창녕 국민보도연맹 사건	1	49	2006-10-10	2009-11-03
경북 김천·구미 국민보도연맹 사건	1	17	2006-10-10	2009-11-10
경남 거창·산청·함양 국민보도연맹 사건	1	51	2006-10-10	2009-11-10
완주군 동상면 민간인희생 사건	1	7	2006-10-10	2009-11-10
보성·고흥지역 여순 사건	1	68	2006-10-10	2009-11-10
경남 고성·남해·하동 국민보도연맹 사건	1	65	2006-10-10	2009-11-17
함평지역 민간인희생 사건	1	169	2006-07-25	2009-11-17
경산 코발트 광산 등지에서 발생한 민간인 희생사건	1	127	2006-04-25	2009-11-17
무안지역 민간인희생 사건	1	18	2007-01-09	2009-11-17
경남 의령 국민보도연맹 사건	1	20	2006-10-10	2009-11-17
경남 함안 국민보도연맹 사건	1	57	2006-10-10	2009-11-17
국민보도연맹 사건(직권)	1	0	2006-10-10	2009-11-17
호남지역 군 작전 중 발생한 민간인희생 사건	1	0		2009-11-24
영천 민간인 희생 사건	1	12	2007-02-23	2009-12-29
가평·포천 민간인 집단희생사건	1	4	2007-01-09	2010-03-23
대구 10월사건 관련 민간인희생 사건	1	6	2006-10-10	2010-03-30
영광지역 민간인 희생사건	1	47	2007-02-28	2010-04-13
순창·임실지역 민간인 희생 사건	1	19	2007-01-23	2010-04-13

광양지역 군경에 의한 민간인 희생사건	1	43	2007-03-06	2010-05-11
충북지역 군경에 의한 민간인 희생사건	1	14	2007-01-09	2010-05-11
화순·나주지역 군경에 의한 민간인 희생사건	1	21	2007-02-13	2010-05-11
경기지역 군경에 의한 민간인 희생사건	1	13	2007-01-30	2010-05-11
전남 담양 등 11개 지역 군경에 의한 민간인 희생사건	1	30	2007-02-13	2010-05-18
신안·광주지역 민간인 희생사건	1	21	2007-02-28	2010-05-18
강원 북부지역 군경에 의한 민간인 희생사건	1	14	2007-01-23	2010-05-18
광주·목포·순천·전주·군산 형무소재소자 희생사건	1	185	2006-11-07	2010-05-25
강원 남부지역 군경에 의한 민간인희생 사건	1	20	2007-01-19	2010-06-08
서울인천지역 군경에 의한 민간인희생 사건	1	20	2007-01-09	2010-05-08
충남지역(1) 부역혐의 민간인 희생 사건	1	19	2007-01-09	2010-06-15
충남지역(2) 부역혐의 민간인 희생 사건	1	27	2006-07-19	2009-06-15
순창읍 대동산 하천변 민간인 희생 사건	1	1	2007-01-09	2009-06-15
구미김천상주영덕포항지역 민간인희생 사건	1	37	2001-01-09	2010-06-08
제주 예비검속 사건	1	179	2007-02-20	2010-06-08
경북 봉화영양청송지역 민간인희생 사건	1	25	2007-01-23	2010-06-15
포항 환어동 미군함포 사건	1	4	2007-01-23	2010-06-22
대전충청지역 형무소재소자 희생 사건	1	177	2006-11-07	2010-06-22
전남 동부지역 민간인 희생 사건(2)	1	23	2007-02-28	2010-06-22
이리역 미군폭격 사건	1	41	2007-01-30	2010-06-29
경남 산청거창 등 민간인 희생사건	1	49	2007-02-06	2010-06-29
경주지역 민간인 희생사건	1	19	2007-01-09	2010-06-29
대구경북지역 형무소재소자 희생사건	1	106	2006-11-07	2010-06-29
영암군 민간인 희생사건(2)	1	5	2007-02-28	2010-06-29
여수지역 여순 사건	1	111	2007-01-28	2010-06-29
경북 군위안동영주의성 민간희생 사건	1	25	2007-01-28	2010-06-29
충청지역 미군폭격 사건	1	2	2007-01-28	2010-06-29
단양지역 미군관련 희생 사건	1	42	2006-12-19	2010-06-30
부산경남지역 형무소재소자 희생사건(2)	1	3	2006-11-07	2010-06-30
경남 합천 등 민간인 희생 사건	1	22	2007-01-09	2010-06-30
전북지역 민간인 희생 사건	1	39	2007-01-23	2010-06-30
서부경남 민간인 희생 사건	1	44	2007-02-13	2010-06-30
대구고령성주영천 민간인희생 사건	1	15	2007-01-09	2010-06-30
중부지역 형무소재소자 희생사건	1	2	2006-11-07	2010-06-30
호남지역 미군관련 희생 사건	1	6	2007-01-30	2010-06-30
경남 미군폭격 사건	1	10	2007-01-30	2010-06-30
김천단양지역 미군폭격 사건	1	2	2007-01-30	2010-06-30
미 지상군 관련 희생 사건	1	18	2007-01-09	2010-06-30
예천문경 민간인희생 사건	1	39	2007-02-13	2010-06-30
경북지역 미군폭격 사건	1	1	2007-01-30	2010-06-30
포항지역 미군폭격 사건	1	2	2007-01-23	2010-06-30
고창지역 민간인 희생 사건	1	34	2007-01-23	2010-06-30
소계	151	6,780		

IV. 외국의 과거사 관련 입법례

1. 아르헨티나의 과거사 청산

아르헨티나에서는 1976년 군부쿠데타가 발생하였고 이에 따라 군사정권이 집권하게 되자 극심한 탄압과 인권유린이 자행되었다. 군사정권은 정당과 노조의 활동을 금지하고 언론의 자유를 제한하였으며, 불법적인 납치와 체포 및 비밀 구금소들의 설치를 통해 수많은 고문과 살인이 일어나도록 하였다. 그 후 1983년 알폰신 민선정부가 집권하자, 군사정권 시대에 발생하였던 강제 실종 문제 등을 해결하기 위하여 1983. 12. 15. 대통령실 직속으로 실종자 진상조사 국가위원회(Comisión Nacional sobre la Desaparición de personas)가 설치되었다.⁹⁾ 국가위원회에서는 ①실종자 문제와 관련된 사건들에 대한 신고 및 증거 등을 접수하여 범죄행위 혐의 제기시 사법당국에 발송, ②실종된 사람들의 행방을 비롯하여 이와 연관된 정황 파악, ③테러억제 명분하에 자행된 과정에서 납치된 유아의 소재지 파악 및 관련정보를 미성년자 법원 또는 미성년자 보호관련 기관에 통보, ④조사대상인 사건과 관련된 증거를 은폐, 제거 또는 인멸하려는 의도 신고, ⑤위원회 설립일로부터 180일 후에 조사내용이 담긴 최종 보고서를 제출하는 활동을 하였다.¹⁰⁾

국가위원회에서는 진상규명 활동을 펼친 뒤 결과보고서인 「눈까마스」를 발간하였고, 아르헨티나 정부는 국가위원회의 활동이 종료된 뒤 「눈까마스」의 권고안에 따라 인권침해 피해 당사자와 그 가족 및 친척에 대해 경제적 후원·학자금·연금·고용 지원을 포함한 배상 정책을 실시하고자 했다. 최초의 사례로는 1986. 10. 30. 「실종자 가족을 위한 연금법」(법률 23,466호)과 1987. 7. 30. 「부모가 실종된 미성년 자녀들을 위

9) 김선희, “민주화 이후 권위주의 과거청산 과정에 대한 연구 : 아르헨티나와 한국 사례를 중심으로”, 서울대학교대학원 석사논문, 2012, 12~18면

10) 대통령령 제187호의 제2조

한 연금시행령」(행정명령 1,228/87호)이 있으며, 1991. 12. 23. 공포한 「계엄령 기간 동안 행정부 지배에 의한 피해자들에게 수여된 혜택」(법률 24,043호)은 정치적 수감자를 비롯한 피해자들에 대한 배상 기준을 마련하기도 하였다.¹¹⁾

2. 스페인의 과거사 청산

스페인에서는 1975년 독재자 프랑코가 사망하자 독재정권 해체와 함께 민주주의로 이행이 시작되었다. 민주정권 초기에는 독재정권 하에 저질렀던 인권유린 행위들에 대하여 망각하지는 태도를 취하다가, 1990년대 말부터 과거사 문제가 대두되자 2004. 9. ‘내전과 프랑코 체제의 희생자들의 상황을 조사하기 위한 범정부위원회’를 구성하였으며, 범정부위원회에서 작성한 조사보고서 등을 토대로 2007. 12. 「역사기억법」을 제정하였다.¹²⁾ 역사기억법에서는 독재 기간 동안 수감생활을 한 사람들에 대한 보상과 관련하여 감옥 외에도 모든 형태의 징벌시설에 수용되었던 사람들에게까지 보상을 확대하였고, 3년 혹은 그 이상의 수감자는 한화로 약 1000만원을 일시불로 받을 수 있도록 하는 등 수혜 대상과 수혜 범위를 확대하였다.¹³⁾

역사기억법은 또한 처음으로 1968. 1. 1.부터 1976. 10. 6.까지 “자유와 민주주의적 권리의 수호를 위해” 일하다 국가 탄압으로 희생된 사람들의 가족에 대하여 한화로 약 2억 3천만원을 받을 수 있도록 하는 보상을 규정하기도 하였다.¹⁴⁾

11) 박구병, “진실·화해위원회 이후: 아르헨티나와 페루의 배·보상과 추모 정책”, 서울대학교 라틴아메리카연구소, 2010, 171~172면

12) 김원중, “역사기억법(2007)과 스페인의 과거사 청산 노력에 대하여”, 서울대학교 라틴아메리카연구소, 2010, 194~195면

13) 김원중, “역사기억법(2007)과 스페인의 과거사 청산 노력에 대하여”, 서울대학교 라틴아메리카연구소, 2010, 202면

14) 김원중, “역사기억법(2007)과 스페인의 과거사 청산 노력에 대하여”, 서울대학교 라틴아메리카연구소, 2010, 203면

제 3 절 진상규명결정의 증거력 문제

I. 문제점

국가배상책임이 인정되려면 과거사 사건에서의 국가의 불법행위에 대한 요건사실의 입증에 있어야 하고, 이것은 민사소송법상 변론주의에 의하여 피해 사실을 주장하는 피해자 측에 입증책임이 있다.

그러나 과거사 사건은 이미 50년경 전의 일이기 때문에 유골조차 제대로 남아있지 않을 뿐만 아니라, 남아있다고 하여도 DNA 검사를 하여 신원을 확인하기에 불충분한 경우가 많으며, 만일 신원확인까지 가능하다고 하더라도 당시의 불법행위 사실을 증명할 수 있는 자료가 거의 남아있지 않기 때문에 불법행위의 요건사실을 입증하기란 쉽지 않은 일이었다. 따라서 대부분의 과거사 사건 소송의 원고들은 ‘과거사위원회의 진실규명 결정’을 근거로 국가에 대하여 손해배상 청구 소송을 제기하였다.

이에 따라 각 소송에서는 과거사위원회가 작성한 조사보고서의 증거력, 즉 ‘과거사위원회의 진실규명 결정만으로 요건사실이 충분히 입증되었다고 볼 수 있는지 여부’가 주요한 쟁점의 하나가 되었다.

II. 진실규명 결정의 증거력

1. 증거력의 의의

증거자료가 요증사실의 인정에 기여하는 정도를 증거력, 증명력 또는 증거가치라고 하며 법관은 증거력을 논리칙과 경험칙에 따라 자유롭게 판단한다(민사소송법 제202조).¹⁵⁾

문서의 경우에는 형식적 증거력과 실질적 증거력이 요구되는데, 형식적

15) 이시윤, 신민사소송법, 제6판, 박영사, 2011, 423면

증거력은 문서의 진정성립을 의미하며, 실질적 증거력은 어떤 문서가 요증사실을 증명하기에 얼마나 유용한가의 증거가치를 말한다.

실질적 증거력은 법관의 자유심증으로 판단되는데 처분문서와 보고문서의 경우가 달리 취급된다. 처분문서의 경우에는 그 진정성립이 인정되는 이상 기재 내용대로 법률행위의 존재 및 내용을 인정하여야 하는 반면 보고문서의 경우에는 작성자의 관찰이나 인식에 잘못이 있느냐의 여부, 기록이나 표현이 정확한가 여부 등 여러 가지 사정을 고려하여 법관의 자유 심증으로 결정된다. 이는 공문서인 보고문서도 동일하나 판례에서는 공문서에 대해 그 기재사항을 진실이라고 추정하는 경우가 많다고 한다.¹⁶⁾

2. 과거사위원회가 작성한 조사보고서의 증거력

가. 견해의 대립

(1) 조사보고서에 특수한 증명력이 있다는 견해¹⁷⁾

과거사 사건은 6·25전쟁 전후에 걸쳐 국가권력에 의해 다수 인명이 집단적·조직적으로 적법절차 없이 살해된 사건으로서 대부분의 유족들이 피해자들의 사망 여부나 사망 경위 등에 관하여 구체적으로 알지 못하였다는 특수한 사정이 존재하며, 사건 발생 당시로부터 이미 오랜 시간이 경과하여 유족이 망인의 희생에 대하여 객관적인 증거를 확보하기 어려운 상태인 점을 감안할 때 유족들에게 일반적인 사법절차의 사실인정에서 요구되는 것과 같은 정도의 증명을 요구할 수는 없다는 견해이다.

이 견해에 의하면, 과거사위원회는 검찰·경찰에 준하는 조사권한을 가

16) 이시윤, 신민사소송법, 제6판, 박영사, 2011, 473~474면

17) 박준용, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따른 진실규명결정과 국가배상소송”, 판례연구 제25호, 부산판례연구회, 2014, 369~377면

지고 장시간에 걸쳐 방대한 양의 자료를 수집하고 조사하였으며, 진실규명 결정은 신중하고 공정하게 이루어졌고 진실규명 결정의 이유 부분에는 해당 사건에 관한 조사결과가 상당히 구체적인 정도로 요약되어 있으므로 법원이 진실규명 결정만으로 사실인정을 하는 것도 충분히 가능하다고 한다.

또한 국가에 의해 만들어진 과거사위원회의 조사보고서의 증거력을 인정하지 않는다면 국민의 신뢰를 저버리는 일이며 금반언의 원칙에도 위배된다고 한다. 즉, 진실규명 결정이 있었음에도 불구하고 개별 소송에서 피해자들로 하여금 국가의 불법행위책임 자체의 성립 여부에 대한 추가적인 입증의 부담 또는 증명책임을 지우는 것은 피해자들이 국가를 상대로 선뜻 개별적인 민사소송을 제기하지도 못하게 하는 결과를 야기하게 된다는 것이다.

따라서 과거사위원회의 희생자 판정이 명백히 잘못되었다고 볼 자료가 있거나, 과거사위원회의 희생자 확인절차가 현저히 자의적이거나 부당한 것임이 밝혀졌다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 법원은 과거사위원회의 결정을 존중하여야 한다고 주장한다.

(2) 조사보고서에 특수한 증명력이 있는 것은 아니라는 견해¹⁸⁾

과거사위원회의 결정에서 희생자로 확인하였다고 하여도 법원이 그를 희생자로 인정하여야만 한다는 아무런 법적 근거가 없고, 그러한 결정에 법률상 또는 사실상 추정력이 발생한다고 보기도 어려우며, 피고가 반대사실에 대한 증명책임을 부담한다고 보아야 할 법적 근거가 없다는 견해이다.

이 견해에 의하면, 과거사정리법은 손해배상을 위해 제정된 법이 아니며 국가의 추후 시정조치를 목적으로 한 것일 뿐으로 이러한 과거사위원

18) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제85호 2013년 상, 2013, 419~422면

회의 사실인정·판단기준은 법원의 사실인정·판단기준과 상당히 다르며, 과거사위원의 과반수는 국회에서 선출되었기 때문에 과거사위원회의 진실규명 결정은 정치적 영향으로부터 자유로울 수 없다는 한계까지 존재한다고 한다.

또한 대부분의 진실규명 결정이 생존자들의 일방적인 진술에 의존하여 이루어졌으며, 이에 대한 반대주장이나 증거제출을 할 수 있는 제도적 장치가 마련되지 않아 희생자와 특수관계에 있는 사람들의 불완전한 진술만으로 진실이 규명되고 있으므로, 이들의 진술을 조사한 보고서는 민사재판의 증언과 같은 정도의 증명력을 가진다고 볼 수 없다고 한다.

따라서 민사소송법상 일반 원칙에 따라 판단할 때에, 과거사위원회의 진실규명 결정은 하나의 참고자료에 불과하고 법원에서는 자유로운 심증에 따라 사실인정을 해야 한다고 주장한다.

나. 판례의 태도¹⁹⁾

(1) 다수의견(8인)

과거사위원회의 조사보고서에서 대상 사건 및 시대상황의 전체적인 흐름과 사건의 개괄적 내용을 정리한 부분은 상당한 신빙성이 있다 할 것이지만, 국가를 상대로 민사적인 손해배상을 청구하는 사건에서는 그러한 전체 구도 속에서 개별 당사자가 해당 사건의 희생자가 맞는지에 대하여 조사보고서 중 해당 부분을 개별적으로 검토하는 등 증거에 의하여 확정하는 절차를 거쳐야 한다. 따라서 그 절차에서까지 정리위원회의 조사보고서나 처분 내용이 법률상 ‘사실의 추정’과 같은 효력을 가지거나 반증을 허용하지 않는 증명력을 가진다고 할 수는 없다.

더구나 조사보고서 자체로 개별 신청대상자 부분에 관하여 판단한 내용에 모순이 있거나 스스로 전제한 결정 기준에 어긋난다고 보이거나, 조

19) 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

사보고서에 희생자 확인이나 추정 결정의 인정 근거로 나온 유족이나 참고인의 진술 내용이 조사보고서의 사실확정과 불일치하거나, 그것이 추측이나 소문을 진술한 것인지 또는 누구로부터 전해들은 것인지 아니면 직접 목격한 것인지조차 식별할 수 없도록 되어 있는 등으로 그 진술의 구체성이나 관련성 또는 증명력이 현저히 부족하여 논리와 경험칙상 조사보고서의 사실확정을 수긍하기 곤란한 점들이 있다고 보이는 경우에는, 조사관이 조사한 내용을 요약한 조사보고서의 내용만으로 사실의 존부를 판단할 것은 아니다. 그 경우에는 참고인 등의 진술 내용을 담은 정리위원회의 원시자료 등에 대한 증거조사 등을 통하여 사실의 진실성 여부를 확인하는 것이 필요하고, 이는 사법적 절차에서 지켜야 할 기본적인 사실심리의 자세이다. 물론 그러한 심리의 과정에서 정리위원회의 조사자료 등을 보관하고 있는 국가 측에서 개별 사건의 참고인 등이 한 진술 내용의 모순점이나 부족한 점 등을 구체적으로 지적하고 그에 관한 자료를 법원에 제출하여 다투는 것이 바람직하다 하겠고, 그러한 적절한 대응을 하지 못한 때에는 민사소송의 심리구조상 국가에 불리한 평가를 하는 요소로 작용할 수는 있겠지만, 그렇다고 하여 바로 상대방의 주장 사실이 증명되었다고 단정할 것은 아니다.

(2) 반대의견(4인)

피해자가 정리위원회의 진실규명결정을 증거로 제출하면서 국가를 상대로 국가 소속 공무원의 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구하는 경우, 진실규명결정은 그 내용에 중대하고 명백한 오류가 있는 등으로 인하여 그 자체로 증명력이 부족함이 분명한 경우가 아닌 한 매우 유력한 증거로서의 가치를 가진다고 할 것이어서 피해자는 그것으로써 국가 소속 공무원에 의한 불법행위책임 발생 원인사실의 존재를 증명하였다고 봄이 타당하다. 이 경우 진실규명결정의 내용을 부인하며 가해행위를 한 바가 없다고 다투는 국가가 그에 관한 반증을 제출할 책임을 부담한다고

보아야 한다. 즉 국가는 진실규명결정의 내용이 사실과 다르다는 점에 관한 구체적인 사유를 주장하고 이를 뒷받침할만한 반증을 제출함으로써 진실규명결정의 신빙성을 충분히 흔들어야만 비로소 피해자 측에 진실규명결정의 내용과 같은 사실의 존재를 추가로 증명할 필요가 생기고, 국가가 그 정도의 증명에 이르지 못한 경우에는 함부로 진실규명결정의 증명력을 부정하고 그와 다른 사실을 인정할 수는 없다.

3. 소결

조사보고서에 특수한 증명력이 있다는 견해에서는 ‘특별한 사정이 없는 이상 법원은 과거사위원회의 결정을 존중하여야 한다.’고 하였으나, 이에 따르면 자칫 과거사위원회에서 진실규명 결정을 한 경우에는 법원에서 다른 판단을 하지 못하게 되어 법원이 과거사위원회의 사실인정에 구속되는 결과가 발생할 우려가 있다. 이것은 민사소송의 대원칙인 자유심증주의와 변론주의 원칙에 비추어 볼 때 수용하기 어려울 것이다.

또한 과거사위원회와 유사한 각종 위원회(중앙토지수용위원회²⁰), 보훈심사위원회²¹), 중앙행정심판위원회²²) 등에 대하여 법원은 위원회의 결

20) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두4679 판결 “토지수용보상금 증감에 관한 소송에 있어서 이의 재결의 기초가 된 각 감정기관의 감정평가와 법원 감정인의 감정평가가 평가방법에 있어 위법사유가 없고 개별요인 비교를 제외한 나머지 가격산정요인의 참작에 있어서는 서로 견해가 일치하나 개별요인비교에 관하여만 평가를 다소 달리한 관계로 감정 결과(수용대상토지의 보상평가액)에 차이가 생기게 된 경우, 그 중 어느 감정평가의 개별요인비교의 내용에 오류가 있음을 인정할 자료가 없는 이상 각 감정평가 중 어느 것을 취신하여 정당보상가액으로 인정하는가 하는 것은 법원의 재량에 속한다.”

21) 초등학교 서무책임자로 근무하던 중 갑자기 쓰러져 ‘좌측 대뇌출혈에 의한 우측 편마비’진단을 받은 원고에 대하여 보훈심사위원회는 재심을 통하여 원고가 근무시간 이전에 운동을 하던 중 뇌출혈로 쓰러진 것으로 판단된다는 의결을 하였고, 인천보훈지청장이 원고에 대하여 공상 공무원 비해당 결정을 하였던 사안에서 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두22375 판결은 원고가 이 사건 상이를 입은 후 의식을 회복하고 나서 서울 남부교육청 교육장에게 제출한 진술서, 위 교육장이 원고가 의식을 회복하기 전에 작성한 상병경위서 등의 기재를 바탕으로 보훈심사위원회의 심의를 배척하고 원고의 이 사건 상이가 공무로 인한 것이 아니라고 단정할 수 없다고 판시하였다.

22) 원고들은 피고 보건복지부장관에게 망인들이 이웃의 요청을 받고 구조행위에 나아갔다가 사망하게 되었다며 의사자신청을 하였으나, 피고는 의사자 인정 거부처분을 하였고 중앙행정심판위원회는 이에 불복한 원고들의 행정심판청구를 모두 기각한 상황에서 서울행정법원 2013. 3. 29.

정과는 다른 판단을 내렸으며,²³⁾ 이와 비교하여 볼 때에 유독 과거사위원회
원회의 조사보고서에만 추정력을 부여하여야만 하는 당위성이나 법적 근
거를 찾기 어려운바, 전원합의체 판결 다수의견이 지적한 바와 같이 조
사보고서에만 특별히 법률상 또는 사실상 추정력이 있다고 볼 만한 아무
런 근거가 존재하지 않는 것으로 보인다.

특수한 증명력이 있다는 견해의 논거 중 하나는 과거사위원회의 진실규
명 결정은 활용 가능하거나 실효성 있는 사실상 모든 법적·제도적 장치
및 방법을 총동원하여, 공정하고 객관적인 조사를 통하여 내린 최선의
결론이라는 것이다. 그러나 과거사위원회의 조사방법을 살펴보면 대부분
이해당사자인 피해자의 유족들을 대상으로 하였고, 피해사실에 대해 참
고인 진술을 하였던 참고인들의 피해 당시 나이가 10세 전후로 어렸던
경우가 많아 참고인 진술을 신뢰하기 어려우며, 유족이나 참고인 진술이
전문진술 위주로 되어 있어 증거력이 높다고 보기 어렵다. 예를 들어 ‘충
북지역 군경에 의한 민간인 희생사건’의 한 희생사건(다-10602)에서는
대상자에 대하여 ‘음성경찰서에 감금되어 조사를 받다가 1950. 11. 1. 이
후 다른 곳으로 이송되었다가 모처로 이송되어 총살당하였다. 따라서 진
실규명 대상자는 1950. 11. 1. 부역혐의로 음성경찰서에 연행되었다가 미
상의 장소에서 희생당한 것으로 추정된다.’고 결정한 바 있는데, 이 결정
에 대한 대상자의 시신은 수습되지 않았으며 희생당한 일자 및 장소가
불상경이어서 사실관계를 확인할 방법이 없었고, 해당 사건에 대한 결정
의 근거는 오로지 ‘대상자의 모친으로부터 대상자가 총살되었다는 말을
전해들었다’는 참고인 진술뿐이었는데 당시 참고인들은 6세, 12세 등에
불과하였다.²⁴⁾

진실규명 조사관들의 희생자 판단 기준에도 각기 차이가 있었다. 예를

선고 2012구합32598 판결은 사고 당시의 상황, 관계인들의 진술 및 조사 내용을 바탕으로 망인
들의 사망 과정이 정확하게 밝혀지지 않은 부분이 일부 있다 하더라도 망인들은 구조행위를
하다가 사망한 의사자에 해당한다고 하여 이 사건 의사자 인정거부 처분이 위법하다고 판시하
였다.

23) 백찬하, “법원의 과거사사건 사실인정에 관한 고찰”, 법조 vol.62, 법조협회, 2013, 22~31면

24) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 2009년 상반기 조사보고서(2권), 2009, 149~150면

들어 ‘전남 서남부지역 민간인 희생사건’에서는 ‘시신을 수습하지는 못했지만 경찰에 체포·연행되었거나, 지서·경찰서에 구금 중 수장된 경우에는 희생자로 추정하였다’고 하여 시신이 수습되지 못한 경우 ‘희생자 추정’결정을 하였다. 반면 ‘전남 국민보도연맹 사건 2(영광, 무안, 영암, 장흥, 진도)’에서는 참고인 진술은 있으나 수장으로 시신 수습을 하지 못하였던 사건의 희생자들에게 ‘희생자 추정’이 아닌 ‘희생자 확인’ 결정을 하였다.²⁵⁾

위와 같은 점에 의할 때 과거사위원회의 조사보고서의 별도의 특수한 추정력 등을 인정할 수 없을 것이며, 법원에서는 조사보고서를 참조하여 자유로운 심증에 따라 개별 사건별로 사실관계를 판단해야 할 것이다.

제 3 장 과거사 사건에 대한 소멸시효의 기산점

제 1 절 소멸시효 개관

I. 소멸시효의 의의

시효는 일반적으로 일정한 사실상태가 일정한 기간 계속되는 경우 그 상태가 진실한 권리관계와 부합되는지 여부를 묻지 않고 그 사실상태를 존중하여 그에 대하여 법률효과를 부여하는 법률요건이며²⁶⁾ 그 중 소멸시효는 권리자의 권리 불행사의 상태가 계속된 경우에 그의 권리를 소멸시켜 버리는 시효이다.²⁷⁾

소멸시효의 대상이 되는 권리는 채권 및 소유권 이외의 재산권이며, 원칙적으로 채권의 소멸시효기간은 10년이고(민법 제162조 제1항) 소유권

25) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 424면; 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 2009년 상반기 조사보고서, 2010, 61~262면; 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 2009년 하반기 조사보고서, 2009, 274면, 298~299면, 301면

26) 이연갑, 주석민법 민법총칙(3), 제4판, 한국사법행정학회, 2010, 486면

27) 박윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 415면

이외의 재산권은 20년이다(민법 제162조 제2항).

II. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효

1. 민법 제766조의 의의 및 연혁

불법행위의 상대방에게는 손해배상청구권이 발생하게 되는데(민법 제750조), 그 손해배상청구권의 소멸시효에 대하여는 민법 제766조에서 별도로 규정하고 있다.

불법행위에 기한 손해배상청구권은 ①3년의 단기소멸시효를 두고 있으며, ②일반적인 채권에서처럼 ‘권리를 행사할 수 있는 때’가 아니라 ‘피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날’ 및 ‘불법행위를 한 날’을 기산점으로 명시하고 있다는 점에서 일반적인 채권의 소멸시효에 대한 특칙으로 여겨지고 있다.²⁸⁾

민법 제766조는 1958년 2월 22일 민법 제정 당시부터 존재하던 것으로, 국회에 제출된 민법초안에서 ‘구 독일민법(Bürgerliches Gesetzbuch, 1896) 제852조 제1항을 참고하였다’고 기재하고 있어 독일법계를 따라 제정되었음을 알 수 있다. 구 독일민법은 소멸시효를 총칙편에, 취득시효를 물권편에, 불법행위로 인한 손해배상청구권은 채권편에 각 규정하고 불법행위로 인한 손해배상청구권의 장기소멸시효를 30년으로 규정하였으나(제852조),²⁹⁾ 2002. 1. 1. 법이 개정되어 손해배상청구권의 단기소멸시효는 총칙규정의 일반 소멸시효규정(독일 개정민법 제195조)에 통합·흡수되고 장기소멸시효는 10년 또는 30년으로 규정되어³⁰⁾ 현재의 우리 민법 체계와 달라지게 되었다.

28) 김홍엽, 주식민법 채권각칙(8), 제3판, 박영사, 2000, 612면

29) 박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 민법학논총 : 후암곽윤직교수 화갑기념, 박영사, 1985, 702~703면

30) 이용박, “독일개정민법의 시효제도와 우리민법 소멸시효제도의 개정방안”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003, 283~287면

민법 제766조는 일본의 일본민법 제724조와도 동일하나, 일본민법에서는 장기소멸시효를 10년이 아닌 20년으로 정하고 있다.

2. 3년의 단기소멸시효(제1항)

단기소멸시효를 정한 이유에 관하여는 일반적으로, ①세월이 지나면 피해자의 감정이 가라앉게 되어 그 후에 다시 당사자 사이의 관계를 끄집어내는 것은 타당하지 않으며, ②불법행위를 오래도록 방치하여 권리위에 잠자는 자인 경우 법적 보호를 줄 필요가 없기 때문이라고 하며,³¹⁾ ③피해자의 장기간 권리 불행사에 대한 가해자의 정당한 신뢰를 보호할 필요가 있기 때문이라는 견해와³²⁾ ④시효가 완성되어 손해배상청구권을 상실하게 된 피해자와 시효이익을 받게 될 가해자에 대한 가치판단에 따라 구체적인 해석이 좌우된다는 견해가 있다.

3. 10년의 장기소멸시효(제2항)

가. 의의

3년의 단기소멸시효의 기산점은 피해자의 인식이라는 주관적 양태와 결부되어 있어 실제 사건에서 기산점의 확정이 매우 어렵다는 문제가 있으며,³³⁾ 장기간이 경과한 후에는 손해배상청구권의 부존재에 대한 입증이 곤란해지기 때문에 불법행위에 기한 손해배상청구권의 상대방을 구제할 필요가 생긴다.³⁴⁾ 이에 따라 현행 민법은 제766조 제2항을 두어 ‘불법행위시로부터 10년’이라는 장기소멸시효를 두었다.

31) 박윤직, 채권각론, 제6판 박영사, 2005, 472~472면

32) 박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 민법학논총 : 후암 박윤직교수화갑기념, 박영사, 1985, 709면

33) 이상구, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효기산점”, 채권법에 있어서 자유와 책임 : 김형배교수화갑기념, 박영사, 1996, 611면

34) 김홍엽, 주식민법 채권각칙(8), 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 631면

나. 법적 성질

(1) 소멸시효기간과 제척기간의 구별

소멸시효기간과 유사하게 일정한 기간의 경과로 권리를 더 이상 행사할 수 없게 되는 제도로써 제척기간이 있다. 제척기간은 중단 또는 정지의 인정 여부, 기산점, 이익의 포기 여부, 소급효 등에서 소멸시효와 차이가 있기 때문에 양 제도를 구별하는 것은 의미가 있다.

양자의 구별기준에 대하여, 다수설은 기본적으로 문언을 기준으로 하여 조문의 문언이 “시효로 인하여 소멸한다” 또는 “소멸시효가 완성한다”고 표현하고 있는 때에는 소멸시효기간이며 그러한 표현이 없는 때에는 제척기간이라고 한다.³⁵⁾ 반면 당해 권리의 성질이나 규정의 취지·목적에 따라 구별해야 한다는 견해도 있다.³⁶⁾

(2) 민법 제766조 제2항의 10년 기간의 법적 성질

다수설은 장기소멸시효 기간을 제척기간으로 보고 있으나³⁷⁾ 소수설은 소멸시효기간으로 보고 있다. 그 근거로써, 연혁적으로 우리 민법의 모델이 되었던 일본민법이나 구 독일민법도 시효기간으로 해석하는 것이 통설이라는 점, 단기소멸시효와는 달리 장기소멸시효만 제척기간으로 보아야 할 특별한 이유가 없는 점, 불법행위로 인하여 야기된 권리를 제척기간으로서 굳이 확일적으로 제한할 필요가 없다는 점을 들고 있다.³⁸⁾

35) 광운직, 민법주해 총칙3, 박영사, 2010, 403면; 김기선, 한국민법총칙, 제3개정증보판, 법문사, 1985, 370면; 김중환·안이준, 신민법총칙, 한일문화사, 1959, 408면; 방순원, 신민법총칙, 한일문화사, 1959, 316면; 이영섭, 신민법총칙강의, 박영사, 1959, 422면

36) 백태승, 민법총칙, 제5판, 집현제, 2011, 544면; 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011, 486면

37) 광운직, 민법주해 총칙3, 박영사, 2010, 404면

38) 이상구, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효기산점”, 채권법에 있어서 자유와 책임 : 김형배교수화갑기념, 박영사, 1996, 612면; 김홍엽, 주석민법 채권각칙(8), 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 631면

우리나라 판례는 일관되게 소멸시효라고 판시하고 있는데 근거를 따로 설시하고 있지는 않으나³⁹⁾ 일본 최고재판소는 ‘장기소멸시효기간은 일정한 시간의 경과에 의해 법률관계를 확정하기 위하여 청구권의 존속기간을 획일적으로 정하고 있는 것으로 제척기간에 해당한다’고 판시한 바 있다.⁴⁰⁾

제 2 절 소멸시효의 기산점

I. 일반적 소멸시효의 기산점

1. 법률상 장애 · 사실상 장애 이분론

일반 채권의 소멸시효의 기산점은 ‘권리를 행사할 수 있는 때’이다(민법 제166조 제1항). 다만 객관적으로는 권리가 발생하고 또한 행사할 수 있는 상태에 있더라도, 권리 행사가 사실상 곤란하거나 불가능하다고 볼 수 있는 경우가 있다. 특히 권리자 자신이 의무자를 아직 알지 못하거나, 또는 권리의 존재 자체를 알지 못하는 경우에, 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’를 어떻게 해석할 것인지가 문제될 수 있다.

통설은 권리행사에 관한 장애를 ‘법률상의 장애’와 ‘사실상의 장애’로 나누어 법률상의 장애는 시효의 기산점에 영향을 주지만, 사실상의 장애는 영향을 주지 않는다고 한다.⁴¹⁾ 이에 따르면 권리자가 권리가 발생한 사실을 모르는 장애, 권리의 존재나 의무자를 알지 못하는 장애 등 주관적 장애는 ‘사실상의 장애’로서 민법 제166조 제1항의 권리를 행사할 수 없는 사유에 해당하지 않으며, 소멸시효의 개시에 영향을 주지 않게 된

39) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다357 판결; 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 판결 등

40) 日最判 平 元(1989). 12. 21. (民集 43-12, 2209)

41) 박윤직·김제형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 428~429면; 고상용, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003, 673면; 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2009, 699면; 백태승, 민법총칙, 제5판, 집현재, 2011, 551면; 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011, 493면 등

다.⁴²⁾

2. 판례의 태도

가. 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 입각한 판례

대다수의 판례들은 ‘권리를 행사할 수 없는 경우라 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리행사가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당하지 않는다.⁴³⁾’고 하여 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 근거한 판시를 하였다. 또한 ‘과세처분의 하자가 당연무효에 해당하는지 여부를 당사자가 현실적으로 판단하기 어렵다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애 사유가 아니라 사실상의 장애 사유에 지나지 않는다’고 하면서, 과세처분의 취소를 구하였으나 재판과정에서 그 과세처분이 무효로 밝혀진 경우 오납금에 대한 부당이득반환청구권은 납부시부터 소멸시효가 진행된다고 판시하기도 하였다.⁴⁴⁾

나. 사실상 장애를 권리를 행사할 수 없는 사유로 본 판례⁴⁵⁾

판례 중에서는 타인의 권리매매에 있어서 매수인의 손해배상청구권의 소멸시효 기산점이 ‘이전불능임을 매수인이 안 때’라고 판시한 경우가 있으며⁴⁶⁾ 법인의 이사회결의가 부존재함에 따라 발생하는 제3자의 부당이

42) 남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효납용에 관한 연구, 서울대학교법학 제54권 제3호, 2013, 403면

43) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누572 전원합의체 판결; 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결 등

44) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 전원합의체 판결

45) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 2009, 15~16면

46) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77다1048 판결

득반환청구권처럼 법인이나 회사의 내부적인 법률관계가 개입되어 있어 청구권자가 권리의 발생 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 청구권자가 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없으므로, 이러한 경우에는 이사회결의부존재확인판결의 확정과 같이 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때로부터 소멸시효가 진행된다고 판시하기도 하였다.⁴⁷⁾ 또한 보험사고 발생 여부가 객관적으로 분명하지 않아 보험금 청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때로부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것은, 보험금청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반할 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재 이유에 부합된다고 볼 수도 없으므로 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행한다고 판시하였다.⁴⁸⁾

3. 소결

법률상 장애와 사실상 장애를 구별하는 것은, 권리자의 주관적 인식과 같은 사실상 장애까지 소멸시효가 진행되지 않는 기간으로 인정하게 될 경우 지나치게 권리자를 보호하게 된다는 우려에서 비롯된 것이다.

일각에서는 법률상 장애·사실상 장애 이분론은 단지 법률의 해석에 지나지 않을 뿐이므로 기계적인 해석론에 얽매어서는 안 될 것이며, 판례의 이중적 태도는 객관적 기대가능성에 초점을 둔 것으로서 사실상 장애의 정도가 법률상 장애에 준한다고 평가될 경우에는 그러한 사실상 장애

47) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957 판결

48) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다31168 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004다19104 판결

도 권리를 행사할 수 없는 때로 보아야 한다고 주장한다.⁴⁹⁾

그러나 구체적인 사안에 따라 사실상 장애가 권리를 행사할 수 없는 사유인지 여부가 달라지게 되면 소멸시효의 기산점이 불분명해지고 법적인 정성을 해치게 된다.

사실상 장애를 권리를 행사할 수 없는 사유라고 본 예외적인 판례들을 보면 공통적으로 그 논거로서 ‘사회정의와 형평에 반한다’고 판시하고 있으나, 사회정의와 형평은 기산점 이후에도 시효의 중단이나 신의칙에 의한 항변단계에서 충분히 고려되므로 굳이 기산점 단계에서 이러한 개념을 도입하여야 하는지는 의문이다. 이는 지나치게 권리자만을 보호하는 처사가 될 것이다. 따라서 소멸시효의 기산점은 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 입각하여 판단하여야 할 것이다.

II. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점

1. 3년의 기산점 - 손해 및 가해자를 안 날

가. ‘손해 및 가해자를 안 날’의 의의

3년의 단기소멸시효는 피해자나 그 법정대리인이 ‘손해 및 가해자를 안 날로부터’ 진행한다. 이렇듯 주관적 사정을 고려하는 것은 단순히 ‘권리를 행사할 수 있는 때로부터’라는 일반 시효기간의 기산점(민법 제166조 1항)의 예외가 된다.⁵⁰⁾ 왜냐하면 민법 제766조 제1항은 권리 행사에 대한 주관적 장애, 즉 ‘사실상의 장애’를 시효의 기산점에 영향을 주는 것으로 인정하는 것과 같고⁵¹⁾ 이는 앞서 살펴보았던 법률상 장애·사실상 장애 구별설의 입장에서 법률상의 장애만을 시효의 기산점에 영향을 미

49) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 2009, 17~18면

50) 곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2005, 472~473면

51) 남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구”, 서울대학교법학 제54권 제3호, 2013, 404면

치는 사유로 본 민법 제166조 제1항과는 다르기 때문이다.

다만 다수설은 피해자나 법정대리인이 손해 및 가해자를 알았다고 하더라도, 손해배상청구권의 행사에 대한 법률상의 장애가 있는 때에는 또한 3년의 소멸시효는 진행되지 않는 것으로 보아야 한다고 하여⁵²⁾ ‘안 날’이라는 주관적 사실상 장애를 제외하고는 원칙으로 돌아가서 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 의해 기산점을 판별하는 것으로 보인다.

‘손해를 안 날’은 손해의 발생뿐만 아니라 그 가해행위가 불법행위인 것까지도 안 것을 의미한다.⁵³⁾ 또한 손해의 액수나 정도를 구체적으로 알 필요는 없다고 하더라도 손해를 현실적이고 구체적으로 인식하여야 하고 단순한 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않다.⁵⁴⁾

‘가해자를 안다’는 것은 피해자가 현실적으로 배상청구권을 행사할 마음만 있으면 언제든지 이를 행사할 수 있을 정도로 가해자를 구체적으로 인식한다는 의미이다.⁵⁵⁾

손해 및 가해자를 ‘안다’는 것과 관련하여 ‘과실로 손해 및 가해자를 알지 못한 경우’는 어떠한지에 대하여 논란이 있다.

1설은 적어도 확실한 부지인 이상 시효는 진행하지 않으며, 과실에 의한 부지를 인식이 있는 것과 동일시한다면 불법행위의 피해자에게 자기가 입은 손해나 가해자를 탐색, 조사할 의무를 부과하는 것이 되어 부당한 결과가 생기므로 피해자의 인식에 과실에 의한 부지는 포함되지 않는다고 보아야 한다고 주장하나,⁵⁶⁾ 2설은 피해자에게 실제의 인식이 없었다고 하여도 특별한 노력이나 비용을 들이지 않고도 손해와 가해자를 확정할 수 있는 경우에는 신의칙상 이를 안 것으로 보아야 할 것이라고 한다. 즉, 2설은 지나치게 피해자를 보호하여 가해자에게 형평에 반하는 경우에는 신의칙에 의한 조정이 필요하다고 한다.⁵⁷⁾

52) 윤진수, “위헌인 법률에 근거한 공무원 면직처분이 불법행위로 되는 경우 그로 인한 손해배상 청구권의 소멸시효의 기산점, 서울대학교 법학 제38권 1호, 1997, 186~187면

53) 대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카25168 판결; 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다42583 판결 등

54) 대법원 1991. 3. 22. 선고 90다8152 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결 등

55) 김홍엽, 주석민법 채권각칙(8), 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 615면

56) 末川博, “不法行爲による損害賠償請求權の時効”, 權利侵害と權利濫用, 1970, 639면

나. 판례의 태도⁵⁸⁾

판례는 가해행위가 위법한 행위임을 인식하지 못하는 경우⁵⁹⁾, 가해행위와 손해 사이의 인과관계를 알지 못하는 경우⁶⁰⁾, 피해자나 법정대리인이 정신적 능력 내지 지능이 없는 경우⁶¹⁾에 시효가 진행되지 않는다고 판시하였으며, 손해 및 가해자를 안다는 것은 손해의 발생사실과 그 손해가 가해자의 불법행위로 인하여 발생하였다는 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 의미한다고 판시하였다.⁶²⁾ 가해행위를 한 날과 손해가 발생한 날 사이에 시간이 경과하는 경우에는 실제 손해가 발생한 날을 손해의 발생시점으로 보고 있다.⁶³⁾

2. 10년의 기산점 - 불법행위를 한 날

10년의 장기소멸시효는 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 여부나 사실상 청구권을 행사할 수 있었던 여부에 관계없이 불법행위를 한 날로부터 일률적으로 기산된다.

여기서 불법행위를 한 날이라 함은 가해행위를 한 날이 아니라 가해행위로 인한 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있을 때를 의미한다.⁶⁴⁾

57) 内之慶四郎, 不法行爲責任の消滅時效, 1993, 41~45면; 박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 민법학논총 : 후암 관운직교수화갑기념, 박영사, 1985, 711면

58) 남효순, “일제강점기 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효납용에 관한 연구”, 서울대학교법학 제54권 제3호, 2013, 405~406면

59) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다33450 판결

60) 대법원 1995. 11. 10. 선고 95다32228 판결

61) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결

62) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결

63) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결

64) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다357 판결

제 3 절 과거사 사건에 대한 손해배상청구권의 소멸시효

I. 과거사 사건의 소멸시효기간

1. 단기소멸시효

과거사 사건은 군경, 군인 등 국가공무원에 의한 학살의 불법행위이므로 국가의 손해배상책임이 발생하며(국가배상법 제2조 제1항), 피해자가 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년이라는 단기소멸시효가 적용된다(국가배상법 제8조, 민법 제766조 제1항).

2. 장기소멸시효

국가를 상대방으로 하는 손해배상청구는 민법의 특칙인 국가재정법이 적용되며 국가재정법에서는 국가에 대한 금전의 급부를 목적으로 하는 권리는 5년의 시효기간을 갖도록 규정하고 있다(국가재정법 제96조 제1항).

과거사 사건의 경우 주로 1950년대에 행하여진 불법행위이므로 당시의 법을 살펴보면, 국가재정법의 전신인 구 재정법(1951. 9. 24. 제정, 법률 제217호) 제58조 및 구 예산회계법(1961. 12. 19. 제정, 법률 제849호) 제71조 모두 5년의 시효기간을 규정하고 있으므로, 과거사 사건에는 5년의 장기소멸시효 기간이 적용된다.

II. 소멸시효의 기산점

1. 단기소멸시효 기간의 기산점

가. 문제의 소재

단기소멸시효 기간의 기산점은 ‘손해 및 가해자를 안 날’이라는 주관적 요소를 고려하기 때문에 판단하기에 어려움이 있다. 특히 과거사 사건의 경우 2007. 4. 17.부터 2010. 6. 30.까지 각 신청들을 병합한 총 151건에 대하여 과거사위원회에서 ‘피해자가 국가의 불법행위로 인하여 사망하였다’는 진실규명 결정을 내렸다는 점에서, 피해자의 유족들이 이러한 진실규명 결정일에 비로소 손해 및 가해자를 알았다고 보아서 ‘진실규명 결정일을 기산점으로 하여야 하는지’ 아니면 ‘진실규명 결정이 있기까지 유족들에게 권리를 행사하지 못할 법률상의 장애가 있다고 보아 소멸시효 기산일을 늦추어야 하는지’에 대하여 논란이 있었다.

나. 견해의 대립

(1) 진실규명 결정일로부터 기산된다는 견해⁶⁵⁾

(가) 진상규명 결정일에 손해 및 가해자를 알았다고 보는 견해

이 견해에 의하면, 과거사 사건 피해자가 군경 등에 의하여 끌려간 이후 유족들은 국가로부터 피해자의 사망 여부·사망 일시 및 장소 등에 대하여 전혀 통지를 받지 못하였고 피해자가 어떠한 사유로 언제 사망하였는지 구체적으로 알 수 없었으므로, 유족들은 불법행위일로부터 50여년이 지난 2006년 ~ 2010년경 과거사위원회의 진실규명 결정을 받고 나서야 비로소 구체적인 사건의 진상을 파악할 수 있게 되어 진실규명 결정일에서야 비로소 국가가 피해자를 학살하였다는 불법행위의 요건사실에 대해 현실적이고 구체적으로 인식 가능하였다고 한다.

65) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4091 판결, 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602판결 등의 과거사 사건에서 원고들이 했던 주장이다.

(나) 객관적 권리행사가가능성으로 판단해야 한다는 견해

일반적 소멸시효의 기산점의 판단 기준인 법률상 장애·사실상 장애 이분론은 계약상의 채권에 적용될 뿐이며 불법행위 채권에 대하여는 적용되지 않는다는 전제 하에, 불법행위 채권에 있어서 권리행사가가능성은 상대방의 은폐와 기망·강박·피해자와 가해자의 특수관계 등을 모두 고려하여 ‘객관적으로 보아 피해자가 권리를 행사할 수 없는 경우’라면 ‘권리를 행사할 수 없는 때’에 해당한다고 보아야 한다는 견해이다(객관적 권리가능성설).⁶⁶⁾ 이 견해에서는 객관적 권리행사가가능성 여부를 과거사 사건에 적용하여, 한국전쟁 시기에 국가에 의하여 자행된 민간인 집단 학살이라는 점을 고려할 때에 과거사위원회의 진실규명 결정이 있기 전까지는 객관적으로 보아 피해자가 권리를 행사할 수 없기 때문에 진실규명 결정일이 소멸시효의 기산일이 되어야 한다고 주장한다.

(2) 불법 행위일로부터 기산된다는 견해⁶⁷⁾

(가) 불법행위 당시에 손해 및 가해자를 알았다고 보는 견해

유족들은 과거사 사건이 발생한 1950년대에 피해자들이 국가권력에 의하여 집단으로 학살되었다는 사실을 알았다고 보이므로 불법행위가 있었던 1950년대 당시에 손해 및 가해자를 알았다고 보아야 한다는 견해이다. 대부분의 진실규명 결정들이 유족들의 진실규명 신청에 의하여 이루어졌다는 점은 국가에 의해 희생되었다는 사실을 불법행위 당시에 유족

66) 김제완, “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효 : 거창사건 항소심판결(부산고법 2004.5.7. 선고 2001나15255)에 대한 비판적 검토”, 인권과 정의 제368호, 대한변호사협회, 2007, 61~63면

67) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4091 판결, 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602 판결 등의 과거사 사건에서 피고가 했던 주장이다.

들이 알고 있었다는 사실에 대한 방증이 되며, 국회에서 수많은 진상조사를 거친 후에 과거사위원회의 진실규명 결정이 이루어졌으므로 적어도 국회 조사 시에는 유족들이 손해 및 가해자에 대해 알았다고 보아야 한다고 주장한다.

(나) 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 입각하여 판단해야 한다는 견해

민법상 소멸시효의 대원칙에 의해 민법 제166조 제1항에 의하면 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안에는 진행하지 아니하는바, 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 의하면 ‘권리를 행사할 수 없다고 하는 것은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 그 권리의 존부나 권리행사의 가능성을 알지 못하였거나 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당한다고 할 수 없게 된다.’⁶⁸⁾

이러한 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 입각하여, 원고들은 피해자들이 사망하였을 때 불법행위 사실에 대하여 알았을 것이며 과거사위원회에 진실규명을 신청한 것으로 볼 때 적어도 국가의 위법행위에 대한 사실인식은 있었던 것으로 보이므로, 사실상 권리행사가 가능한지 여부가 진실규명 결정에 따라 달라진다고 하여도 이는 기산점에 영향을 미치지 않는다고 주장한다.

다. 판례의 태도

(1) 과거사 관련 판례

68) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결

(가) 진실규명 결정일로부터 기산된다는 판례 : 대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4091 판결, 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602판결 등

판례는 진실규명 결정일이 기산일이라고 판시하면서 그 근거로서 피해자의 유족들이 피해자의 사망 여부에 대한 통지를 받지 못하여 사망 경위 및 절차에 대해 알지 못하였고, 과거사위원회의 진실규명 결정을 통해 비로소 손해 및 가해자를 알게 되었다고 판시하였다.

그러나 객관적 권리행사가능성을 기초로 판단하여야 한다는 견해는 인정하지 아니하면서, 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 기초하여 유족들에게 진실규명 결정일까지 권리를 행사할 수 없는 법률상 장애가 있는 것은 아니라고 판시하였다.

.....(중략)..... 원심 판시 청주·청원 국민보도연맹 사건 희생자들의 유족들은 사건 이후 피고로부터 희생자들의 사망 여부 등에 대한 통지를 받지 못해 희생자들에 대한 총살 이유, 경위 및 절차에 대하여 전혀 알지 못하였고, 유족들 중 대부분은 희생자들의 사망 여부, 일시 및 장소에 대하여도 구체적으로 알지 못하였으며, 과거사위원회의 조사·결정을 통해 2009. 11. 26.경 비로소 희생자 명단 및 그 희생 경위에 대하여 구체적인 진상을 파악할 수 있었던 것으로 보이므로, 원고들은 2009. 11. 26.경에야 청주·청원 국민보도연맹 사건으로 인한 손해 및 그 가해자를 알게 되었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 민법상 단기소멸시효의 적용요건에 관한 법리오해의 위법이 없다.⁶⁹⁾

.....(중략)..... 망인들이 전쟁기간 중에 경찰 등에 의하여 자행된 기본권 침해행위에 의하여 희생되었다고 하더라도, 그러한 사유만으로

69) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4091 판결

로 원고들이 한국전쟁 종료 후 50년 이상이 지난 다음 과거사정리법이 제정되고 정리위원회의 진실규명결정이 있을 때까지 피고를 상대로 손해배상청구를 하는 것이 불가능한 객관적 장애사유가 있었다고 쉽게 단정할 수는 없다고 할 것이다.(중략)..... 그러므로 원심이 피고의 소멸시효 항변을 배척한 사유로서 이 사건 진실규명결정이 있기까지는 객관적으로 원고들이 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다거나, 이 사건에서 피고의 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하다고 보아야 할 특별한 사정이 있다고 본 것은 잘못이다.⁷⁰⁾

(나) 불법행위일로부터 기산된다는 판례 : 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다205430 판결

최근의 판례 중에는 유족들이 불법행위일 당시 또는 늦어도 국회 조사 일까지는 손해 및 가해자를 알았다고 보아야 하며, 유족들이 진실규명 결정일까지 상세한 경위를 알지 못하였다는 것은 사실상 장애에 불과하므로 과거사 사건의 소멸시효는 불법행위일로부터 기산된다고 판시한 것이 있다.

.....(중략)..... 경북 고령·성주·칠곡군 국민보도연맹 사건에 관하여, 제4대 국회 양민학살사건 진상조사위원회의 진상조사과정에서 많은 수의 칠곡군 지역 양민피살자신고서가 제출되었고, 이를 토대로 151명에 이르는 칠곡군 지역 피살자 명단이 작성되었는바, 이 사건 희생자들의 유족들은 이 사건 학살사고 무렵이나 늦어도 위와 같이 국회에서 대대적인 조사를 하는 과정에서 이 사건 희생자들의 희생경위에 대하여 알았다고 할 것이므로(2009. 9. 17.자 이 사건 진실규명결정은 이 사건 학살사고에 대한 공적 확인에 불과

70) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

하므로, 그때에서야 유족들이 이 사건 희생자들의 희생경위를 알았다고 할 수 없고, 설사 유족들이 그때까지 상세한 경위를 알지 못하였다고 하더라도 이는 손해배상청구권의 존부나 권리행사의 가능성을 알지 못한 사실상의 장애에 불과하여 소멸시효의 진행을 저지하지 못한다.) 다른 특별한 사정이 없는 한 그때부터 국가에 대한 손해배상청구를 할 수 있었다고 할 것이고, 결국 가해자가 그 손해발생을 안 날로부터 3년, 이 사건 학살사고가 일어난 날로부터 5년을 경과하였음이 역수상 분명한 2011. 11. 29. 제기된 이 사건 청구는 소멸시효가 완성된 후에 제기된 것으로서 받아들일 수 없다.⁷¹⁾

(2) 유사 사건에서의 판례의 태도⁷²⁾

(가) 불법행위일 당시가 아니라 이후 시점을 기산점으로 본 판례 :
서울지방법원 2003. 8. 14. 선고 2002가합32467 판결⁷³⁾, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결

일명 ‘수지 김 사건’으로 불리는 사건에서, 피해자의 남편인 피고1은 피해자를 살해하고 북한으로 월북하려다가 실패하여 한국대사관으로 인계되었는데, 국가안전기획부는 피고1로 하여금 ‘피고1이 북한공작원인 피해자와 동거하다가 공작원에 의하여 납북될 뻔하다가 탈출하였다’는 허위의 사실을 기자회견으로 발표하게 하였다. 이후에 피고1의 살인죄가 밝혀져 피고1은 2003. 5. 30. 대법원에서 유죄판결을 받았으며, 피해자의 유족들은 피고1과 대한민국을 공동피고로 하여 민사소송을 제기하였다. 법원은 비밀 업무를 담당하는 국가기관의 위법행위가 외부에서 거의 알아

71) 대구지방법원 2012. 12. 6. 선고 2011가합16305 판결(위 대법원 판결의 1심 판결임)

72) 강우찬, “국가배상소송에서 국가의 소멸시효 완성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙 위반여부에 관한 검토”, 법조 Vol.593, 법조협회, 2006, 283~292면

73) 1심으로 확정되었다.

보기 힘든 경우에 일반 국민으로서는 국가의 그와 같은 조치에 전적인 신뢰를 둘 수밖에 없는 실정이며, 국가안전기획부가 살인사건의 진실을 은폐·조작한 경우 이에 대한 손해배상 청구의 소멸시효는 피해자들이 살인 사건의 진실을 알게 된 때로부터 그 기간이 개시된다고 판시하였다.

또한 군의문사진상규명위원회에서 진상규명결정을 내렸던 사건에서, 법원은 ‘군의 특성상 군 외부에 있는 민간인이 군 내부에서 이루어진 불법행위에 관하여 그 존재 사실을 인식하는 것은 원칙적으로 불가능에 가까운 데다가, 위 사고 직후 부대 지휘관들이 부대원들에게 일상적으로 자행되고 있던 구타 및 가혹행위에 대하여 함구명령을 내린 사실, 사고 직후 사건을 조사한 헌병수사관들조차 위 사고를 망인의 복무부적응으로 인한 비관에 의한 자살로 결론을 내리고 사건을 종결한 사실 등에 비추어 보면, 비록 군 당국이 유족들의 국가배상청구권 행사를 직접적으로 방해하는 행위를 한 적은 없다고 하더라도, 유족들은 위 자살사고가 선임병들의 심한 폭행·가혹행위 및 이에 대하여 적절한 조치를 취하지 않은 부대관계자들의 관리·감독 소홀 등의 불법행위로 인하여 발생한 것이라는 점을 군의문사진상규명위원회의 2009. 3. 16.자 진상규명결정이 내려짐으로써 비로소 알았거나 알 수 있었다고 할 것이므로, 2009. 3. 16. 전까지의 기간 동안에는 유족들이 국가를 상대로 손해배상청구를 할 수 없는 객관적 장애가 있었다고 보아야 한다’고 판시한 바 있다.⁷⁴⁾

(나) 기산점을 불법행위일 당시로 본 판례 : 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결

1951년 경남 거창군 일대에서 지리산 공비들이 경찰 등을 습격한 직후, 군 병력에 1951. 2. 9.부터 1951. 2. 11.까지 그 지역주민 수백 명을 사살한 사건에서, 원고인 유족들은 거창특별법에 따라 1998. 2. 17. 유족 인정

⁷⁴⁾ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결

을 받게 되어 비로소 권리행사가 가능해졌다고 주장하였으나, 법원은 거창사건 발생시나 유족들이 청원 활동을 하기 시작한 시점에 권리행사가 가능하였다고 판시하였다.

이 사건은 특이점이 있는데, 사건 발생 후 얼마 지나지 않아 진상 파악과 함께 가해책임자와 관련자들의 처벌이 이루어졌다는 것이다. 즉 이 사건에서는 국가 측에서 이 사건이 국가기관에 의해 자행된 불법행위임을 인정하였다는 것이다. 이와 관련하여, 국가에서 사건을 은폐하려 하거나 배상책임을 회피하려는 모습을 보이지 않았기 때문에 기산점이 불법행위 당시가 된 것이라고 보는 견해가 있다.⁷⁵⁾

라. 소결

과거사정리법의 제정은 피해자의 유족들이 끊임없는 진실규명 요구에 의해 이루어졌다. 또한 과거사위원회의 조사활동은 직권으로 개시된 경우도 있었지만 대부분은 유족들의 ‘신청’에 의하여 개시되었다. 이러한 점을 종합하여 볼 때 유족들이 진실규명 결정일해야 비로소 손해 및 가해자를 현실적이고 구체적으로 알았다고 보기는 어려울 것이다.

한편 객관적 권리행사가능성설에 의하게 되면, 사실상 장애가 있는 경우의 대부분이 권리를 행사할 수 없는 때에 해당하여 거의 모든 사실상 장애의 기산점이 늦춰지는 결과가 초래되는데, 이는 이미 민법 제166조 제1항에서 정립되었던 법률상 장애·사실상 장애 이분론을 무용하게 만드는 것으로 인정하기 어려울 것이다.

현행 민법에서는 사실상의 장애사유, 즉 권리자가 권리를 행사하는 것이 객관적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 사정이 있는 경우를 ‘소멸시효 정지사유’(민법 제179조~182조)⁷⁶⁾로 유형화하여 규정하고 있다. 이에

75) 임상혁, “거창사건 관련 판결과 소멸시효 항변”, 특집2: 거창사건 피해자에 대한 국가배상 : 입법적·사법적 해결의 검토, 법과사회 27권, 법과사회이론학회, 2004, 171면

76) 무능력자에게 법정대리인이 없는 경우, 무능력자가 법정대리인에 대하여 권리를 가지고 있는 경우, 천재 기타 사변으로 인하여 시효중단 조치를 할 수 없는 경우 등이 있다.

비추어 볼 때 사실상의 장애사유는 소멸시효의 성립 자체에 영향을 주는 것이 아니라 단순히 기간을 정지시키는 것에 불과하다는 점을 알 수 있으며, 이러한 입법론적 견지에서 사실상의 장애는 권리를 행사할 수 없는 때에 해당하지 않는다고 보는 통설과 판례의 태도가 타당한 것으로 보인다.

또한 사실상의 장애사유는 소멸시효의 정지나 소멸시효 항변에 대한 재항변으로서의 권리남용 부분에서 고려될 문제이지 소멸시효의 기산점 자체를 늦추는 사유로서 고려될 문제는 아니다. 즉 사실상 장애는 신의칙 부분에서 다시 한 번 판단될 것이므로, 이를 기산점 부분에서 미리 판단하게 될 경우 이중 판단의 우려가 생기고 이는 지나치게 권리자만을 보호하는 처사가 되어 형평에 반한다.

따라서 원고들은 피해자들이 피고에 의하여 집단학살 당하였을 때 그 피해사실에 대하여 인식하였다고 할 것이며, 과거사위원회의 진실규명 결정이 있기 전까지 희생 경위에 대하여 자세히 몰랐다는 것은 단순한 ‘사실상의 장애사유’에 불과할 것이다.

판례는 보험금청구권자가 사고 후 심신상실로 의사무능력 상태에 있던 사건에 대하여, ‘보험사고가 발생한 것인지 여부가 객관적으로 분명하지 않아 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금 청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것이 타당하지만 (대법원 1993.7.13. 선고 92다39822판결), 보험금청구권자인 원고가 식물 인간 상태여서 보험사고가 발생한 사실을 인식할 수 없는 상태에 있긴 하지만 보험사고가 발생한 것인지 여부가 객관적으로 분명하지 않은 경우는 아니라고 할 것이어서 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다고 보기도 어렵다.’라고 판시한 바 있다.⁷⁷⁾

위 판례를 그대로 적용해 볼 때에도 과거사 사건 역시 진실규명결정이

77) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다44327 판결

이루어지기 전이더라도 민간인에 대한 집단학살 자체가 발생한 것인지는 여부가 객관적으로 불분명한 경우는 아니라고 할 것이므로, 진실규명결정 이후부터 소멸시효가 진행된다고 볼 수는 없을 것이다.

2. 장기소멸시효기간의 기산점

장기소멸시효기간의 경우 기산점이 ‘불법행위를 한 날’이므로, 각 사건별로 1950년대 등의 ‘학살이 행해진 그 날’임이 명백하다. 대법원 판례 역시 5년의 장기소멸시효 기간의 기산점은 희생자에게 피해가 생긴 날이므로 현 시점에서는 이미 5년의 기간이 경과하였다고 판시하였으나, 소멸시효의 권리남용 법리를 원용하여 원고의 손을 들어주었다.⁷⁸⁾

제 4 장 국가의 소멸시효 항변과 권리남용 문제

제 1 절 소멸시효와 신의성실·권리남용 금지의 원칙

I. 신의성실·권리남용 금지의 원칙⁷⁹⁾

신의성실의 원칙이란 사회공동생활의 일원으로서 서로 상대방의 신뢰를 헛되이 하지 않도록 성의 있게 행동해야 한다는 원칙을 말하며, 권리남용금지의 원칙이란 권리의 행사가 외관상으로는 적법한 것으로 보이지만 실질적으로는 권리의 사회성에 반하여 정당한 권리의 행사라고 할 수 없기 때문에 이를 금지한다는 원칙이다.

권리의 행사가 신의성실에 반하는 경우에는 권리남용이 되므로 권리남용금지의 원칙은 신의칙의 효과이며, 신의성실이라는 한계를 넘은 권리

78) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602 판결 등
79) 김용담, 주석민법 민법총칙(I), 한국사법행정학회, 2010, 128~221면

행사가 바로 권리남용이다. 따라서 권리남용인지 여부의 판단은 신의성실의 원칙을 기준으로 이루어진다. 본 논문에서는 편의상 신의성실의 원칙, 권리남용 금지의 원칙에 의해 소멸시효가 제한되는 것을 통틀어 ‘권리남용 문제’라고 지칭하겠다.

II. 소멸시효와 권리남용 문제

1. 신의성실·권리남용 금지의 원칙에 의한 소멸시효의 제한

신의성실·권리남용 금지의 원칙은 현행 민법 제2조에 규정되어 있으며 제2조는 일반조항으로써 보충적으로 적용된다. 그러나 신의성실·권리남용금지의 원칙은 법의 기본원리로서 민법 뿐 아니라 민사소송법 등까지 전 범위에 걸쳐서 적용된다. 따라서 신의성실의 원칙이나 권리남용 금지의 원칙은 개념상 또는 사실상 소멸시효 제도보다는 훨씬 상위의 법원칙으로서 일단 소멸시효가 완성되었다 하더라도 이를 주장하는 것이 신의칙에 반하거나 권리남용에 해당할 때에는 소멸시효의 주장이 허용되어서는 안 될 것임은 이론상 당연하다.⁸⁰⁾

판례 역시 ‘채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사는 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받아야 함이 당연한 것’이라고 판시한 바 있다.⁸¹⁾

2. 소멸시효 남용론의 정립

가. 외국의 소멸시효 남용론

(1) 독일

80) 박종훈, “소멸시효의 원용과 권리남용”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 75면

81) 대법원 1999. 12. 7. 선고 98다42949 판결

독일에서의 소멸시효 남용 이론은 1926. 12. 17. 독일 최고법원에서 Reichsgericht 판례를 선고함으로써 형성되었다. 이 판례에서는 채무자가 그의 거동을 통하여 채권자로 하여금 소의 제기를 미루는 유인을 주는 등 대체로 소멸시효 항변이 모순행위 금지의 원칙에 저촉되는 경우에 한하여 좁게 권리남용으로 인정하였으며, 단기소멸시효의 경우에 한해서만 적용하였다.⁸²⁾

이후 독일은 민법을 개정하여(1977. 8. 16.) “불법행위로 인한 손해배상에 관하여 권리와 의무자 사이에 교섭이 진행된다면 당사자의 일방이 그 교섭을 거부할 때까지 소멸시효의 진행이 정지된다.”는 규정을 제852조에 두어 판례의 이론을 입법화하였다.⁸³⁾

(2) 일본

일본에는 1966. 4. 20. 최고재판소에서 ‘채무자가 시효완성 후에 채무승인을 한 경우에는 당시 시효완성사실을 알지 못하였더라도 그 후에 소멸시효를 원용하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 아니한다.’고 판시하여 1976. 5. 25. 최고재판소에서 ‘가정재판소의 조정절차에서 장남이 어머니에게 농지를 증여하기로 하고 어머니가 인도를 받아 20년 이상 점유하고 있다가 장남에게 농지법 소정의 소유권이전의 허가신청절차의 이행을 구하자 장남이 소멸시효를 주장한 데 대하여, 이러한 사정 하에서는 장남이 소멸시효의 원용이 권리남용으로서 허용되지 아니하는 것’이라고 판시하여 소멸시효 남용 이론을 본격적으로 수용하였다.⁸⁴⁾

판례의 정립에 따라 일본의 학자들은 소멸시효 남용이 되는 경우를 ① 권리자의 권리행사 내지 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거

82) 윤진수, “소멸시효의 남용에 관한 고찰”, 서울대학교 석사논문, 1984, 79~82면

83) 박중훈, “소멸시효의 원용과 권리남용”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 79면

84) 박중훈, “소멸시효의 원용과 권리남용”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 80면

나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 의무자 측의 시효완성 전의 행동이 있는 경우, ②의무자 측의 그러한 행동은 없었지만 그에 상당하는 객관적인 사정이 있는 경우, ③시효가 일단 완성된 후 의무자측이 시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우, ④채권자 보호의 필요성이 크고 또한 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 부당하거나 불공평한 경우 등으로 이를 유형화하였다.⁸⁵⁾

나. 판례에 의한 소멸시효 남용 유형의 정리

(1) 판례의 유형 정립

판례는 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결에서 최초로 소멸시효 남용론을 도입하였고, 그 이후 각 사건에서 권리남용 문제를 유형화하기 시작하였다. 판례는 소멸시효의 원용이 권리남용으로 되는 일반적인 기준을 아래와 같은 4가지로 정립하였는데, 이는 일본의 학설을 대체로 그대로 수용한 것으로 보인다.

채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서 ①채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나(이하 ‘1유형’이라 한다), ②객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나(이하 ‘2유형’이라 한다), ③일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게

85) 한강현, “소멸시효의 주장이 권리남용에 해당하는가”, 민사재판의 제문제 9권, 한국사법행정학회, 1997, 212~215면

하였거나(이하 ‘3유형’이라 한다), ④채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는(이하 ‘4유형’이라 한다) 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다.⁸⁶⁾

(2) 1유형의 내용과 1유형이 적용된 판례

(가) 1유형의 내용

불법행위로 인한 손해배상청구권의 경우에는 일반 채권과 달리 채무자가 불법행위 당시 적극적 또는 소극적 권리행사방해를 하였음에도, 나중에 소송에서는 소멸시효 항변을 하는 경우가 적지 않다.⁸⁷⁾

이에 따라 1유형이 적용될 수 있는 경우로써 채무자가 시효완성 전에 채권자의 소재기나 시효중단 등을 하지 못하도록 한 경우, 채무자가 허위의 사실을 알려주어 청구권의 행사를 사실상 방해하는 경우, 채무자가 채무를 변제할 것 같은 태도를 보여 자진 변제를 기대하게 만들어 시효기간을 도과하게 한 경우, 동종의 다른 사건에서 판결이 나면 그 판결 결과에 따라 변제 여부를 결정하겠다는 태도를 보인 경우 등을 생각할 수 있다.⁸⁸⁾

(나) 1유형이 적용된 판례

86) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결, 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결 등

87) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 455면

88) 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제42호, 2002년 하, 572~573면

1유형을 적용하여 피고의 소멸시효 주장이 권리남용이라고 본 판례를 살펴보면, 원고가 청송 제2감호소에 있을 당시 교도관들의 위법행위에 대한 청원·민사소송·형사고소 등을 위하여 집필허가신청을 하였으나 감호소 및 교도소 내에서는 집필허가를 받지 않는 한 재소자는 어떠한 서류도 작성할 수 없다는 이유로 위 감호소에서 이를 완강하게 거부한 경우에, 피고 대한민국이 시효완성 전에 원고의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 한 경우로써 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시하였다.⁸⁹⁾

대법원은 국가공무원이 시효완성 이전에 해당 사건 판결문을 위조하는 등의 방법으로 피해자들의 인격적인 법익 침해에 관한 국가배상청구권 행사를 불가능 또는 현저히 곤란하게 만들었고, 위조된 위 판결문에 대하여 법원이 재심판결을 선고한 경우에, 그 재심판결이 확정됨으로써 시정조치가 이루어지기 전까지는 객관적으로 원고들이 이에 관한 국가배상청구를 하는 것을 기대하기 어려운 장애 상태가 계속 되었다 할 것이므로 피고 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다고 판시하기도 하였다.⁹⁰⁾

또한 앞서 살펴보았던 ‘수지 김 사건’에서도 국가로서는 국민을 보호할 의무가 있는 까닭에 국민은 국가를 믿고 국가가 취한 조치가 적법하게 이루어졌을 것이라는 데 대해서 의심을 하지 않는 것이 일반적이고 이와 같이 국가를 믿은 것에 어떠한 잘못이 있다고 볼 수 없어서, 국가에 의한 어떤 조치가 있기 전까지는 국민이 자진해서 국가의 위법을 문제 삼고 적절한 대응책을 마련한다는 것을 기대하기 어렵고, 국가도 국민의 국가에 대한 기대와 신뢰를 존중하고 그에 상응하기 위하여 국가의 위법한 조치로 인한 결과에 의하여 이미 형성된 생활관계를 회복시키기 위해 적절한 조치를 취하는 것이 원칙이라고 할 수 있으며, 비밀 업무를 담당

89) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다60392 판결

90) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다70189 판결

하는 국가기관의 위법행위가 외부에서 거의 알아보기 힘든 경우에 일반 국민으로서는 국가의 그와 같은 조치에 전적인 신뢰를 둘 수밖에 없는 실정이며, 위법행위를 한 국가가 그 위법에 대해 아무런 조치를 취하지 않고 있다가 이제와서 그 위법을 몰랐던 피해자들에 대해 소멸시효 완성을 주장한다는 것은 신의칙상 또는 형평의 원칙상 도저히 허용될 수 없다고 판시하였다.⁹¹⁾

(3) 2유형의 내용과 2유형이 적용된 판례

(가) 2유형의 내용

1) 2유형의 구체적 내용

대법원은 다른 유형들에서는 그 요건을 비교적 구체적으로 판시하고 있으나 2유형에서는 추상적인 표현을 함에 그치고 있어 판례에 의할 때에도 2유형이 구체적으로 어떤 경우를 의미하는지 불분명하다.

다만, 장애란 앞서 살펴본 바와 같이 법률상 장애·사실상 장애로 구별될 수 있는바 2유형에서의 장애사유는 사실상의 장애만을 의미한다고 보아야 한다는 것이 다수설이다.⁹²⁾ 법률상 장애사유라면 이미 소멸시효의 기산점 산정 시에 고려되어 기산점을 늦추게 되는 사유가 되므로, 이를 소멸시효에 관한 항변에서 다시 고려할 필요가 없기 때문이다. 또한 채권자가 시효중단조치를 취할 것을 기대하기 어려운 객관적 장애사유는 일반적으로 시효의 정지에 관한 규정에 의해 고려되므로, 소멸시효 항변이 권리남용으로 배척되는지 여부는 ‘시효의 정지에 관한 규정에서 정한 사유에 해당하지 않으면서도 채권자가 시효중단조치를 취할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사실상의 장애사유가 있는 경우’에 한정될 것이다.⁹³⁾

91) 서울지방법원 2003. 8. 14. 선고 2002가합32467 판결

92) 박종훈, “소멸시효의 원용과 권리남용”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 88면; 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 441면

2) 2유형의 독자적 필요성 문제

2유형에 해당하는 사안 중 기산점의 문제로 포섭할 수 있는 사안은 기산점으로 해결하고 나머지는 4유형으로 해결해야 할 것이며, 나머지는 신의칙에 위반한다고 보지 않아야 하므로 2유형 자체가 무용하다고 주장하는 견해가 있다.⁹⁴⁾

생각건대 이는 앞서 살펴본 기산점에 관한 논점 중 기산점이 진실규명 결정일로 늦춰진다는 견해, 그 중에서도 객관적 권리행사가능성에 의해 판단해야 한다는 견해에서만 타당할 수 있을 것이다. 객관적 권리행사가능성설에 의하면 사실상의 장애는 기산점 산정 시에 이미 고려되므로, 굳이 소멸시효 기간 도과가 인정된 후 권리남용의 단계에서 사실상의 장애를 고려할 필요가 없어지기 때문이다. 그러나 앞서 살펴보았듯 기산점은 객관적 기대가능성이 아니라 이미 소멸시효의 대원칙으로 정립된 법률상 장애·사실상 장애 이분론에 의하여 판단하여야 할 것이므로, 2유형은 ‘사실상의 장애가 있지만 소멸시효의 기산점 산정 시에는 고려할 수 없는 반면, 형평의 원칙상 소멸시효가 경과되었다고 보기에는 부당할 경우’에 제한하여 인정되어야 할 것이고, 이러한 점에 있어 2유형의 독자적 필요성이 있다고 할 것이다.

3) 2유형에 채무자의 기여가 필요한지 여부

객관적 사실상 장애사유가 채무자의 기여로 인하여 생긴 것이어야 하는지에 관하여는 견해의 대립이 있다.

① 채무자의 기여가 필요하지 않다는 견해는 장애사유에 해당하려면 일반인의 눈으로 보았을 때 그러한 권리행사를 기대하기 어렵다는 등의 사

93) 김용담, 민법주석 총칙3, 한국사법행정학회, 2010, 516면

94) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 26권 1호, 법문사, 2009, 24면

정이 있어 채권자가 권리를 행사하지 아니한 것이 사회적으로 상당한 것으로 평가될 수 있어야 하며, 이러한 상태가 반드시 채무자에 의하여 유발되었을 필요는 없다고 한다.⁹⁵⁾

반면 ②채무자의 기여가 필요하다는 견해는 객관적으로 보았을 때 채권자의 권리행사를 기대하기 어려운 특별한 사정이 있었다고 하여도 그러한 사정이 생긴 데 대하여 채무자가 아무런 기여를 한 바 없다면 그러한 경우에까지 2유형이라고 인정할 수 없다고 한다.⁹⁶⁾ 유럽계약법원칙에 의할 때에도 권리의 존재를 의도적으로 숨기거나 권리행사를 하지 못하도록 위력을 행사한 경우를 신의칙에 위반하는 경우라고 하고 있으며,⁹⁷⁾ 미국의 법리에 따를 때에도 금반언의 법리로 소멸시효 주장을 봉쇄하기 위해서는 피고가 원고의 소제기를 지연하게 만드는 적극적인 유도(affirmative inducement)가 있어야 함⁹⁸⁾을 그 근거로 들고 있다.⁹⁹⁾

대부분의 판례는 채무자의 기여 여부에 대하여 별다른 언급을 하지 않고 있다. 다만, 판례 중에는 근로복지공단이 산업재해보상보험법상 장해연금 선급금을 결정하면서 그 산정기준이 되는 평균임금을 잘못 결정함으로써 원고가 장해연금 선급금을 과소지급 받은 사안에 대하여, ‘원고 스스로 피고의 평균임금 산정과 이에 기초한 장해연금 선급금 결정을 적법한 것으로 신뢰하였다고 하더라도 그러한 신뢰를 가지는 데 피고가 특별히 기여한 바가 없는 이상 그러한 사정만으로 피고가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.’고 하여 채무자의 기여를 요한다고 판단한 것이 있다.¹⁰⁰⁾ 또한 과거사 사건의 하급심 판례 중에는 이러한 전제에서 2유형의 권리남용에 해당하려면 채무자에 의해 야

95) 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제42호, 2002년 하, 577~578면

96) 노재호, “의사무능력자의 권리의 소멸시효”, 민사판례연구 34권, 한국민사판례연구회, 2012, 170~172면

97) 올랜도 휴 빌, 유럽계약법원칙, 박영사, 2013, 196면

98) Howard University v. Cassel. 126 F.2d 6 (D.C. Cir. 1941)

99) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 26권 1호, 법문사, 2009, 25면

100) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002두11028 판결

기되어 채무자에게 책임을 지울 수 있어야 한다고 판시한 것이 있다.

객관적으로 권리를 행사할 수 없는 객관적 장애사유가 피고에 의해 야기되어 피고에게 책임을 지울 수 있어야 피고의 주장이 권리남용이 된다고 할 것이다. 그렇지 않다면 ‘소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고, 사실상의 장애는 권리를 행사할 수 없는 때에 해당하지 아니한다.’는 대법원 판결의 일관된 법리(대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 전원합의체 판결 등)와 구별이 모호해지고(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다44327 판결, 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결, 2011. 10. 27. 선고 2011다54709 판결 등 참조), 객관적 장애사유가 발생한 것에 관하여 피고의 귀책이 없다면 피고의 주장이 신의칙에 위반하여 권리남용이라고 평가할 근거가 없기 때문이다.¹⁰¹⁾

소멸시효 항변이 권리남용이 된다는 법리는 1920년대 독일의 최고재판소의 판례를 통해서 형성된 것인데, 독일은 단기소멸시효에 한해서 소멸시효 항변이 ‘선행행위에 모순되는 거동의 금지’에 저촉되는 경우에만 항변권 남용을 인정하였음은 앞서 살펴본 바 있다.¹⁰²⁾ 이러한 연혁적인 관점과, 소멸시효의 효과를 권리남용 법리에 의해 제한하는 것은 가급적 신중히 제한적으로 이루어져야만 한다는 점을 고려하면, 2유형에서의 객관적인 장애사유에는 채무자의 기여가 필요하다고 보는 것이 타당할 것이다.

(나) 2유형이 적용된 판례

101) 서울중앙지방법원 2013. 2. 8. 선고 2012가합503869 판결. 다만 이러한 판례는 2심에서 취소되었는데, 상세한 내용은 제2절에서 다시 살펴보도록 하겠다.

102) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 444면

피고가 기존 근로자들에게 불리하게 퇴직금규정을 개정하면서 개정규정의 적용시점인 1980. 1. 1. 을 기준으로 그 이후의 근속기간부터 개정규정을 적용하도록 부칙을 두었는데, 부칙을 유지한 채 기준급여의 범위가 계속 변경되어 1993년부터는 오히려 부칙을 적용하지 않고 총 근속기간에 대해 개정규정을 적용하는 것이 근로자들에게 더 유리하게 된 경우, 퇴직한 근로자가 부칙에 의한 퇴직금 산정이 부당하다는 이유로 피고 조합에 대하여 추가 퇴직금 청구의 소를 제기하자 피고가 소멸시효의 항변을 하였으나, 판례는 ‘원고들이 부칙을 적용하여 자신들에 대한 퇴직금을 산정하면 불리하다는 점을 알기 어려웠으며 원고들이 그 동안 추가 퇴직금을 청구를 하지 아니한 것은 취업규칙의 부칙이 정당하다고 신뢰하였기 때문이며 이에 대해 원고의 어떠한 과실이 있다고도 보기 어렵다 하여 이러한 경우 원고들에게 부칙의 적용 범위에 관한 의심을 가지고 소송을 제기하여 추가 퇴직금 청구권을 행사할 것을 기대하기는 어려우며 위와 같은 상황 하에서는 원고들에게는 객관적으로 이 사건 추가 퇴직금 청구권을 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다’고 하여 소멸시효 항변을 배척하였다.¹⁰³⁾

일명 ‘최종길 교수 사망 사건’으로 불리는 또 다른 판례는, 소가 제기되기 약 30년 전에 중앙정보부 소속 공무원들의 불법행위에 의해 피해자가 사망하였고 그 유족들이 국가 등을 상대로 손해배상 청구소송을 제기한 사건인데¹⁰⁴⁾ ‘1972년에 공포·시행된 유신헌법에 기초한 권위주의 정권이 그 통치체제를 유지하기 위하여 공권력을 동원하여 유신헌법에 반대하는 국민을 탄압하였고 그 과정에서 최종길이 당시 체제 수호를 담당하고 있던 중앙정보부의 위법한 공권력 행사로 인하여 희생되었다면, 원고들로서는 그와 같은 권위주의 정권이 유지되는 기간 동안에는 피고 대한민국에 대하여 사법절차에 따른 손해배상청구권을 행사하는 것이 객관적으로 기대하기 어려웠다고 봄이 상당하므로 국가의 소멸시효 항변은 권

103) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결

104) 피고 대한민국이 상고를 포기하여 2심으로 확정되었다.

리남용이다.’라고 판시하였다.¹⁰⁵⁾

(4) 3유형의 내용과 3유형이 적용된 판례

(가) 3유형의 내용

3유형이 권리남용의 유형에 포섭되는지에 대하여는 견해의 대립이 있다. 즉, ①3유형은 시효이익으로 구성하는 것이 더 타당하며 권리남용 유형에 포섭시키지 않아야 한다는 견해와¹⁰⁶⁾ ②시효이익의 포기가 유효하려면 포기하는 자가 시효완성 사실을 알고 있어야 하는데, 시효완성 후에 시효완성 사실을 모르고 채무승인을 한 경우에는 시효이익의 포기로 구성할 수 없으므로, 소멸시효 남용론으로 해결할 수밖에 없다는 견해가 있다.¹⁰⁷⁾

생각건대, 시효 완성 사실을 몰랐던 경우에는 시효이익으로 구성하기 어려울 것이므로 이러한 경우를 위해서라도 3유형을 인정할 필요성이 있을 것이다.

일본에서는 종전의 판례를 변경하여 ‘시효완성 후의 채무의 승인에 관하여 시효완성 사실을 알고서 한 것으로 추정하는 것은 허용되지 않는다.’고 하여 시효이익의 포기보다는 오히려 소멸시효 남용론으로 문제를 해결하려 하고 있고, 학설도 대체로 이에 동조하고 있다.¹⁰⁸⁾

권리남용의 유형에 포섭된다는 전제 하에서, 3유형은 시효완성 후에 채무자가 시효가 완성된 사실을 알지 못하고 채무를 승인한 경우, 또는 채

105) 서울중앙지방법원 2005. 1. 26. 선고 2002가합33637 판결

106) 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제42호, 2002년 하, 573면

107) 박종훈, “소멸시효의 원용과 권리남용”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 92~95면

108) 박종훈, “소멸시효의 원용과 권리남용”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 95면; 일본 최고재판소 소화 41. 4. 20. 판결 “채무자가 소멸시효 완성 후에 채무를 승인한 이상 시효완성의 사실을 알지 못했던 경우에도 이후 그 채무에 관하여 그 완성한 소멸시효를 원용하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다.”

무자의 태도가 반드시 채무의 존재를 승인하는 것이라고 단정하기는 어렵지만 시효를 원용하지 않을 것 같은 태도로 평가될 때 이에 대한 채무자의 신뢰를 보호하기 위해 인정될 것이다.¹⁰⁹⁾

(나) 3유형이 적용된 판례

과거사 사건에 관한 판례가 나오기 이전에는 3유형으로서 소멸시효 남용의 법리가 인정된 대법원의 판례는 없었고, 하급심 판례만이 존재하였다. 이 하급심 판결에서 법원은 ‘채무자가 시효완성 이후 일부 설계용역 대금을 지급하지 않은 상태에서 채권자에게 설계도면의 보충 납품을 요구한 경우 시효를 원용하지 않을 듯한 태도를 보였기 때문에 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로 허용될 수 없다.’고 판시하였다.¹¹⁰⁾

한편 소멸시효에 관한 것은 아니지만 취득시효에 관한 대법원 판례는 존재한다. 이 판례에서 법원은 시효이익의 포기과 관련하여 원고가 취득시효기간 만료 후 토지의 소유자에게 토지에 대한 어떠한 권리도 주장하지 아니한다는 내용의 각서를 작성·교부하였다가 후에 취득시효 주장을 한 경우에는 ‘취득시효가 완성된 사실을 알고도 시효이익을 포기한 것’으로 보아 원고의 취득시효 주장을 신의칙상 배척하였고, 주문에서 ‘시효완성 후에 그 사실을 모르고 이 사건 토지에 관하여 어떠한 권리도 주장하지 않기로 하였다 하더라도 이에 반하여 시효주장을 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙상 허용되지 않는다’고 하여 시효의 남용론에 관하여 명시하였다.¹¹¹⁾

109) 김용담, 민법주석 총칙3, 한국사법행정학회, 2010, 518면

110) 서울동부지방법원 2005. 3. 24. 선고 2004가합10037 판결

111) 대법원 1998. 5. 22. 선고 96다24101 판결

(5) 4유형의 내용과 4유형이 적용된 판례

(가) 4유형의 내용

채권자 보호의 필요성이 크거나 유사한 지위의 다른 채권자와 사이에 공평을 해하게 되는 등의 사정이 인정되는 경우에 4유형에 해당한다. 채권자 보호의 필요성이 큰 경우의 예시로는 임금채권, 자의 부양료 채권 등이 있다. 유사한 조건의 다른 채권자와 사이에 공평을 해하게 되는 경우의 예로는 동일하게 소멸시효가 완성된 임금채권에 관하여 일부 근로자에게는 지급하였으나 다른 근로자에게는 지급하지 않으면서 소멸시효 완성의 주장을 하는 경우가 있다. 이 사유를 들어 소멸시효 항변이 권리남용에 해당한다고 주장하는 예는 종종 보이나, 그 주장을 받아들인 대법원 판례는 아직 없었다.¹¹²⁾

원칙적으로 신의성실의 원칙은 채권자와 채무자(당사자)의 관계만 고려할 것이지 채무자와 제3자 사이의 사정까지 고려할 것은 아니지만, 만일 채무자가 채권자와 동일한 조건에 있는 제3자들에 대해 이미 하였던 선행행위와 모순되는 거동을 오로지 채권자에 대해서만 하면서 동시에 채권자를 보호할 필요성이 큰 예외적인 경우에는 신의성실의 원칙을 적용할 수 있다는 전제에서 제4유형이 인정되었다.¹¹³⁾

(나) 4유형이 적용된 판례

4유형에 해당한다는 사유로 소멸시효 주장이 권리남용이라고 판시한 대법원 판례는 없으나, 하급심 판결 중에는 존재한다. 앞서 살펴 본 최종길 교수 사건에서, 재판부는 ‘소멸시효를 인정하는 것이 현저히 부당하거나 불공평하다는 등의 특별한 사정이 있으므로 국가가 소멸시효의 완성

112) 김용담, 민법주석 총칙3, 한국사법행정학회, 2010, 520면

113) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 446면

을 주장하는 것이 신의칙에 반하여 권리남용이다.’라고 판시한 바 있다.¹¹⁴⁾

또한 신병훈련을 마치고 부대에 배치된 군인이 선임병들에게서 온갖 구타와 가혹행위 및 끊임없는 욕설·폭언에 시달리다가 전입한 지 채 열흘도 지나지 않은 1991. 2. 3. 부대 철조망 인근 소나무에 목을 매어 피해자가 자살을 하고, 그 유족들이 망인의 사망일로부터 5년의 소멸시효 기간이 훨씬 경과한 2009. 12. 10.에야 국가를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기한 사건에서, 재판부는 ‘병영문화의 선진화에 힘써야 할 책임을 지고 있는 국가가 후진적 형태의 군대 내 사고의 발생을 막지 못하고서도 망인이나 유족에 대하여 아무런 보상도 하지 않은 채 자신의 책임으로 빚어진 권리행사의 장애 상태 때문에 소멸시효 기간이 경과하였다는 점을 이유로 들어 망인이나 유족에 대한 손해배상책임을 면하는 결과를 인정한다면 이는 현저히 정의와 공평의 관념에 반하는 것이므로, 국가의 소멸시효 완성 항변은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다.’¹¹⁵⁾고 판시하며 피고의 소멸시효 항변을 배척하였다.

제 2 절 과거사 사건에서의 소멸시효와 권리남용 문제

I. 문제의 소재

앞서 살펴본 바와 같이 단기소멸시효에 대하여는 기산점에 관하여 견해 대립이 있으며 판례조차 이에 대해 서로 다른 판시를 하고 있어 기간 도과 여부를 쉽게 판단하기 어렵다(전원합의체 판결에 따르면 진실규명결정일로부터 3년 이내에 소를 제기한 경우에는 단기소멸시효가 경과하지 않았다고 보게 된다). 한편 장기소멸시효의 경우 불법행위일로부터 5년이라는 것에 학설과 판례 모두에 이견이 없으므로 과거사 사건의 경우

114) 서울중앙지방법원 2005. 1. 26. 선고 2002가합33637 판결

115) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결

1950년대 불법행위 당시부터 5년이 경과한 시점에서 장기소멸시효가 완성되었다고 할 것이다.

소멸시효는 단기소멸시효이든 장기소멸시효이든 어느 하나가 경과하면 다른 하나가 아직 경과하지 않았더라도 시효소멸의 효력이 발생하므로, 장기소멸시효의 경과가 명백한 이상 시효소멸의 효력이 발생하게 된다. 그러나 과거사 사건은 피해자들이 사망 등의 극히 중대한 피해를 입었으며, 피해 구제의 필요성도 높고, 권위주의 정부의 장기간 통치에 따라 피해자나 유족이 원활하게 권리를 행사하지 못하였다는 문제점이 있었으므로 무조건 장기소멸시효의 완성만을 들어 국가의 소멸시효 항변을 받아들이는 것은 피해자에게 지나치게 가혹한 결과가 될 여지가 있다. 과거사 사건의 원고 측에서는 이러한 점에 착안하여 피고 국가의 소멸시효 항변을 제한하기 위해 권리남용의 재항변을 주장하였다.

국가의 소멸시효 항변이 권리남용인지 여부를 판단하기 위해서는, 앞서 살펴본 판례의 권리남용 4유형 중 과거사 사건이 어느 하나의 유형에라도 해당하는지 여부를 구체적으로 검토해 보아야 한다.

II. 견해의 대립

1. 권리남용에 해당한다는 견해

피고의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당한다는 견해는 원고 측에서 피고의 소멸시효 항변을 저지하기 위해 주장하였던 재항변이다.

구체적으로 살펴보면, ①군경이 전쟁 중에 저지른 위법행위는 객관적으로 외부에서 거의 알기 어려워 유족들이 사법기관의 판단을 거치지 않고 손해배상청구권의 존부를 확정하여 국가를 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어렵고, ②전쟁이나 내란 등 국가 비상시기에 국가권력에 의해 조직적·집단적으로 자행된 또는 국가권력의 비호나 묵인 하에 조직적으로 자행된 기본권 침해에 대한 구제는 통상의 법절차에

의해서는 사실상 달성하기 어려우며, ③국민의 기본적 인권을 보장할 의무가 있는 국가가 조직적·집단적·계획적으로 국민의 생명을 박탈한 후 아무런 조치를 취하지 않다가 이제 와서 원고들이 집단학살의 전모를 어림잡아 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효 완성을 주장하여 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하며, ④ 유죄의 확정판결을 받은 사건의 경우에는 나중에 재심을 통하여 희생자의 명예를 회복할 수 있고 그에 따른 손해배상청구권의 소멸시효도 재심판결의 확정시부터 진행된다 할 것인데, 이 사건과 같이 유죄의 확정판결이 없어 재심의 여지가 없는 사건에서 피고의 소멸시효 항변을 받아들여 원고들의 청구를 배척하는 것은 사법부의 판단을 통해 희생자들의 명예를 회복하고 적절한 피해보상을 받을 수 있는 통로를 사실상 봉쇄하여 현저히 부당한 결과를 가져온다는 것이다.

2. 권리남용이 아니라는 견해

이는 과거사 사건의 피고인 국가 측에서 하였던 주장으로, 구체적으로 살펴보면, 국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없고, 국가의 소멸시효 완성 주장이 권리남용에 해당하려면 일반론에 제시된 특별한 사정이 인정되어야만 하며, 권리남용과 같은 일반적 원칙을 적용하여 소멸시효라는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있어 그 적용에는 신중을 기하여야 하는바¹¹⁶⁾ 국가의 소멸시효 항변이 권리남용으로 배척된 판례들은 대체로 판결문 위조·위법한 판결 등으로 국가의 직·간접적인 은폐행위가 존재한다고 판단된 경우이나 과거사 사건의 경우 국가의 집단적·조직적인 은폐 시도가 전혀 없으며, 판례는 은폐 등의 장애사유가 없는 사건에서는 국가의 소멸시효 항

116) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결

변을 인정하고 있음¹¹⁷⁾에 비추어 권리남용으로 인정된 다른 판례들과는 다르게 과거사 사건에서는 국가의 소멸시효 항변이 인용되어야 한다고 주장한다.

Ⅲ. 판례의 태도

1. 권리남용이라는 판례

가. 2유형, 4유형에 해당하여 권리남용이라는 판례 : 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602판결 등

일명 ‘울산보도연맹 사건’으로 불리는 사건에서 판례는 ‘진실규명결정이 있었던 날까지는 객관적으로 유족들이 권리를 행사할 수 없었다고 보아야 하고, 국가가 소멸시효 완성을 주장하여 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실 원칙에 반하는 것’이라고 판시하였다. 다만 객관적으로 권리를 행사할 수 없었다고 본 것이 기산점을 늦추는 장애사유가 있었다고 본 것인지, 아니면 소멸시효 남용론의 2유형에 해당하는 것으로 보아 권리남용이라고 본 것인지는 분명하지 않다.

.....(중략)..... 대외적으로 좌익전향자 단체임을 표방하였으나 실제로는 국가가 조직·관리하는 관변단체 성격을 띠고 있던 국민보도연맹 산하 지방연맹 소속 연맹원들이 1950. 6. 25. 한국전쟁 발발 직후 상부의 지시를 받은 군과 경찰에 의해 구금되었다가 그들 중 일부가 처형대상자로 분류되어 집단 총살을 당하였고, 이후 정부가 처형자 명부 등을 작성하여 3급 비밀로 지정하였는데, 위 학살의

117) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다70189 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다6680 판결

구체적 진상을 잘 알지 못했던 유족들이 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따라 설치된 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있었던 2007. 11. 27. 이후에야 국가를 상대로 손해배상을 청구하자 국가가 소멸시효 완성을 주장한 사안에서, 전시 중에 경찰이나 군인이 저지른 위법행위는 객관적으로 외부에서 거의 알기 어려워 유족들이 사법기관의 판단을 거치지 않고 손해배상청구권의 존부를 확정하여 국가 등을 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려운 점, 전쟁이나 내란 등에 의하여 조성된 위난의 시기에 개인에 대하여 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행한 또는 국가권력의 비호나 묵인 하에 조직적으로 자행된 기본권 침해에 대한 구제는 통상의 법절차에 의해서는 사실상 달성하기 어려운 점 등에 비추어 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있었던 2007. 11. 27.까지는 객관적으로 유족들이 권리를 행사할 수 없었다고 보아야 하고, 여기에 본질적으로 국가는 그 성립 요소인 국민을 보호할 의무를 부담하고 어떠한 경우에도 적법한 절차 없이 국민의 생명을 박탈할 수는 없다는 점을 더하여 보면, 여태까지 생사 확인을 구하는 유족들에게 처형자 명부 등을 3급 비밀로 지정함으로써 진상을 은폐한 국가가 이제 와서 뒤늦게 유족들이 위 집단 학살의 전모를 어렵잡아 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효 완성을 주장하여 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다.¹¹⁸⁾

나. 3유형에 해당하여 권리남용이라는 판례 : 대법원 2013. 05. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

대법원은 전원합의체 판결에서 ‘과거사정리법은 개별 피해자에 대한 배

118) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결

상·보상이나 위로금을 지급해 줄 수 있는 근거를 마련하는 것까지도 목적으로 하고 있는 경우'라고 하면서, 이러한 과거사정리법을 국가에서 제정한 것은 구체적인 소송사건에서 세삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지를 내포한 것으로 일단 시효완성 후에 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 유족들이 그와 같이 신뢰하게 하였으므로 국가의 소멸시효 항변은 권리남용이라고 판시하였다.

.....(중략)..... 피고는 한국전쟁 전후 희생사건 등에 대하여 위와 같이 5년의 소멸시효기간이 경과된 때로부터 약 50년이 지난 2005. 5. 31. 법률 제7542호로 과거사정리법을 제정하고, 그에 따라 산하에 정리위원회를 구성한 후 피해자들의 신청을 받거나 직권으로 진실규명 활동을 해 왔고, 과거사정리법을 통하여 피고 스스로 진실규명사건 피해자의 피해 및 명예의 회복을 위하여 노력할 것이고, 국민 화해와 통합을 위하여 필요한 조치를 할 것이며, 규명된 진실에 따라 희생자, 피해자 및 유가족의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취할 것임을 천명하였다.

이처럼 과거사정리법은 한국전쟁 전후 희생사건을 포함하여 그 적용대상 사건 전체에 대하여 단순히 역사적 사실의 진상을 규명함으로써 왜곡되거나 오해가 있는 부분을 바로잡고 희생자들의 명예회복을 도모하는 데 그치는 것이 아니라 개별 피해자를 특정하여 피해 경위 등을 밝히고 그에 대한 피해회복까지를 목적으로 하여 제정된 법률임을 명시하여 밝히고 있다. 과거사와 관련하여 종전에 국회가 제정한 법률은 단순히 역사적 사실관계를 규명하고 희생자의 명예회복을 추구하는 데 주된 목적이 있는 경우와 개별 피해자에 대한 배상·보상이나 위로금을 지급해 줄 수 있는 근거를 마련하는 것까지도 목적으로 하고 있는 경우가 있는데, 「제주 4·3 사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법」, 「노근리사건

희생자 심사 및 명예회복에 관한 특별법」, 「거창사건 등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법」이 전자에 속하는 것이라면 「민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」이나 「5·18 민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」, 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」 등은 후자의 대표적인 예라고 할 수 있다. 과거사정리법은 그 법률 자체에서 보상금 등 지급 기준 등을 규정하고 있지는 않지만 전체적인 구성과 법문의 내용 등에 비추어 보면 후자의 범주에 속하는 것임이 분명하다.

이와 같이 법률에서 과거의 특정 역사적 사건으로 인한 개별 피해자에 대하여 금전지급의 방법에 의한 피해회복을 선언한 경우에는 정부나 국회가 후속 입법 등을 통하여 그 지급대상이나 기준을 정하는 등 구체적 방안을 마련하는 것이 바람직하다 할 것이다. 그 경우 금전지급에 의한 피해회복은 오로지 입법 조치 등을 통하여 일괄 해결하는 것만을 의미하는 것이고 개별 피해자가 사법절차를 통한 손해배상청구를 하는 것은 배제된다고 하려면 법률에서 그러한 취지의 규정을 두어 밝힌 경우에 한한다 할 것이다. 결국 국가가 과거사정리법의 제정을 통하여 수십 년 전의 역사적 사실관계를 다시 규명하고 피해자 및 유족에 대한 피해회복을 위한 조치를 취하겠다고 선언하면서도 그 실행방법에 대해서는 아무런 제한을 두지 아니한 이상, 이는 특별한 사정이 없는 한 그 피해자 등이 국가배상청구의 방법으로 손해배상을 구하는 사법적 구제방법을 취하는 것도 궁극적으로는 수용하겠다는 취지를 담아 선언한 것이라고 볼 수밖에 없고, 거기에서 파생된 법적 의미에는 구체적인 소송 사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지가 내포되어 있다고 할 것이다.(중략)..... 원심판결 이유에 의하면 이 사건에서 망인들에 대하여는 과거사정리법에 의한 진실규명신청이 있었고, 피고 산하 정리위원

회도 망인들을 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 한 사실을 알 수 있다. 그러므로 위 망인들의 유족인 원고들로서는 그 결정에 기초하여 상당한 기간 내에 권리를 행사할 경우 피고가 적어도 소멸시효의 완성을 들어 권리소멸을 주장하지는 않을 것이라는데 대한 신뢰를 가질 만한 특별한 사정이 있다고 봄이 상당하다. 그럼에도 불구하고 피고가 원고들에 대하여 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실 원칙에 반하는 권리남용에 해당한다 할 것이어서 이는 허용될 수 없다.¹¹⁹⁾

2. 권리남용이 아니라는 판례

가. 2유형을 부정하여 권리남용이 아니라고 한 판례 : 서울중앙지방법원 2013. 2. 8. 선고 2012가합503869 판결¹²⁰⁾

경주 민간인 희생사건과 관련한 판례인데, 국가가 진상조사를 하여 1951. 12. 16.경 관련자들에게 살인죄를 적용하였고(거창양민학살사건), 사건 발생 당시가 전시상황이라는 사정만으로 유족들이 통상의 범절차를 통해 피해를 구제받을 수 없었다고 볼 수 없으며, 유족들이 군경의 위법행위를 짐작하고 있었다는 점을 고려하면 불법행위일로부터 5년이 경과하기 전까지 원고들이 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 사정이 있었다고 보이지 않는다고 하여 2유형에 해당하지 않는다고 판시하였다.

①대부분의 원고들은 군인, 경찰 등이 적법한 절차 없이 희생자들을 살해하였다는 사실을 그 당시 이미 알고 있었던 것으로 보이고

119) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

120) 항소심에서는 전원합의체 판결의 취지에 맞추어 3유형의 권리남용에 해당한다는 이유로 피고 대한민국의 소멸시효 항변을 기각하는 의미로 판시하며 1심을 취소하였고(서울고등법원 2013. 9. 26. 선고 2013다213939 판결), 피고가 상고하였으나 대법원에서도 심리불속행으로 기각됨으로써 확정되었다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다213939 판결).

(희생자들은 처형된 후 유족들에 의해 시신이 수습되었다), ②이 사건 희생자들이 희생당한 이후부터 현재까지 피고가 위 사건 자체를 은폐하거나 그 책임을 부인하려고 한 적이 있다고 인정할 만한 자료가 없는 점, ③한국전쟁 중이던 1951년경 경남 거창군 신원면 일대에서 지리산 공비들이 경찰 등을 습격하여 막대한 피해를 입힌 직후 피고 소속 육군 제11사단 9연대 3대대 병력이 1951. 2. 9.부터 1951. 2. 11.까지 그 지역 주민 수백 명을 사살한 사건이 발생하였는데, 당시 희생자의 유족들로부터 제보를 받은 피고는 국방부장관 등 관련자들의 사건 은폐 시도에도 불구하고 이 사건에 관한 진상조사를 하여 1951. 12. 16.경 관련자들에게 살인죄를 적용하였고(거창양민학살사건), 경기도 양평에서 방위대원이 전쟁 중의 부역행위자 또는 불온분자를 총살한 행위에 대하여 살인죄를 적용하였는바, 이 사건 발생 당시가 전시상황임을 고려하더라도 그러한 사정만으로 박00의 유족들이 통상의 법절차를 통해 피해를 구제받을 수 없었다고 볼 수 없는 점, 원고들이 피고 소속 군인, 경찰 등의 위법행위를 짐작하고 있었다면 그 위법행위의 구체적이고 자세한 내막을 알지 못하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 권리를 행사할 수 없는 객관적인 장애사유가 있었다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면 이 사건 소멸시효가 완성되기 전에, 즉 1955. 9.경까지 원고들이 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 사정이 있었다고 보이지 아니하므로 권리남용을 인정한 위 대법원판결(2002다32332판결)의 법리가 적용될 수 없어 피고의 소멸시효 항변이 권리남용이라고 할 수 없다.¹²¹⁾

나. 1유형, 2유형, 3유형, 4유형 부정하여 권리남용이 아니라고 한 판례 : 대구지방법원 2012. 12. 6. 선고 2011가합16305 판결¹²²⁾

121) 서울중앙지방법원 2013. 2. 8. 선고 2012가합503869 판결

122) 항소심에서는 전원합의체 판결의 취지에 맞추어 3유형의 권리남용에 해당한다는 이유로 피고 대한민국의 소멸시효 항변을 기각하는 의미로 판시하며 1심을 취소하였고(대구고등법원

경북 고령·성주·칠곡군 지역에서 국민보도연맹원이라는 이유로 민간인을 집단 학살한 사건에 관하여, 법원은 국가의 소멸시효 항변이 소멸시효 남용론의 어느 유형에도 해당하지 않는다고 하면서 원고의 손해배상 청구는 이미 소멸시효 기간이 도과되었다고 판시하였다.

원고들은 피고의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다고 주장하지만, 이 사건이 소멸시효의 항변이 허용되지 않는 예외적인 사유, 즉, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 경우에 해당한다고 볼만한 별다른 자료도 없으므로, 원고들의 위 주장은 이유없다.

제 3 절 과거사 사건에서 소멸시효 항변이 권리남용 유형에 포섭되는지 여부

I. 1유형 권리남용에 해당하는지 여부

1유형은 채권자의 권리행사 방해 행위가 있어야 성립한다. 따라서 과

2014. 1. 22. 선고 2013나20022 판결), 피고가 상고하였으나 대법원에서도 심리불속행으로 기각됨으로써 확정되었다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다205430 판결).

거사 사건이 1유형에 해당하려면 피고 대한민국에서 어떠한 형태로든 과거사 사건 피해자 및 유족들에 대하여 사건을 은폐하려는 등의 권리행사 방해가 있었음이 인정되어야 한다.

앞서 살펴보았듯 1유형이 인정된 판례는 교도관들이 집필허가 신청을 강하게 거부한 경우, 시효 완성 이전에 판결문을 위조하여 국가배상청구권 행사를 불가능 또는 현저히 곤란하게 만든 경우, 국가안전기획부에서 허위의 사실을 기자회견으로 발표하게 하는 등 국가의 적극적인 행위가 개입된 경우였다.

그러나 과거사 사건의 경우 1950년대 불법행위가 이루어진 이후에 국가가 이를 은폐하기 위해 어떠한 작위적 행위도 한 바가 없으므로 과거사 사건에서의 국가의 소멸시효 항변이 1유형에 해당하여 권리남용이라고 인정하기는 어려울 것이다. 과거사 사건에서 소멸시효 남용을 인정한 판례들 역시 1유형이 아니라 2, 3, 4유형에 해당함을 그 근거로 하였다.

II. 2유형 권리남용에 해당하는지 여부

1. 2유형 권리남용에 해당하기 위한 요건

앞서 살펴보았듯 소멸시효의 기산점 산정 시에 사실상의 장애까지 포함시키는 견해에서는 2유형이 무용해질 것이므로, 기산점 산정 시 법률상의 장애만을 고려한다는 전제 하에서 2유형에 해당하려면 원고가 권리를 행사하는 데 ‘객관적인 사실상의 장애사유’가 있어야 하며, 객관적인 사실상의 장애사유의 발생에 대한 채무자(과거사 사건에서는 피고 대한민국)의 기여도 필요할 것이다.

따라서 피고 국가가 불법행위를 한 후 사건을 고의적으로 은폐하거나 왜곡한 경우, 수사기관이 행한 불법체포·가혹행위·증거조작 등에 의해 원고에 대하여 잘못된 유죄판결이 확정되어 형이 집행되고 그 후 재심을 통하여 과거의 확정된 유죄판결이 잘못된 판결임을 밝히는 판결이 내려

진 경우 등에서는 진실규명결정일이나 재심확정일 이전까지는 객관적으로 원고가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 채권자에게 객관적으로 자신의 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다는 사정을 들어 그 채권에 관한 소멸시효 완성의 주장이 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다고 평가하는 것은 소멸시효의 기산점에 관하여 변함없이 적용되어 왔던 법률상 장애·사실상 장애의 기초적인 구분기준을 신의칙이라는 불명확하고 개별 사안의 고유한 요소에 열려 있는 일반적인 법원칙을 통하여 아예 무너뜨릴 위험이 있어 더욱 주의를 요하므로,¹²³⁾ 피고(국가)의 권리행사 방해나 은폐 등이 없는 경우에도 2유형으로 인정될 수 있을지 여부에 대해 2유형을 인정한 판례의 논거를 통해 보다 면밀하게 검토할 필요가 있다.

2. 2유형을 인정한 판례의 논거에 대한 검토

가. 판례가 제시한 논거

앞서 살펴보았던 과거사 사건에서 2유형을 인정한 판례들을 살펴보면 그 논거로써 ①전시 중에 경찰이나 군인이 저지른 위법행위는 객관적으로 외부에서 거의 알기 어려워 유족들이 사법기관의 판단을 거치지 않고 손해배상청구권의 존부를 확정하여 국가 등을 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려운 점, ②전쟁이나 내란 등에 의하여 조성된 위난의 시기에 개인에 대하여 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행한 또는 국가권력의 비호나 묵인 하에 조직적으로 자행된 기본권 침해에 대한 구제는 통상의 법절차에 의해서는 사실상 달성하기 어려운 점, ③여기에 본질적으로 국가는 그 성립 요소인 국민을 보호할 의무를 부담하고 어떠한 경우에도 적법한 절차 없이 국민의 생명을 박탈할 수는 없는데 여태까지 생사 확인을 구하는 유족들에게 처형자 명부 등을 3급

123) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결

비밀로 지정함으로써 진상을 은폐한 국가가 이제 와서 뒤늦게 유족들이 위 집단 학살의 전모를 어렵잡아 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효 완성을 주장하여 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실 원칙에 반한다는 점을 제시하였다.¹²⁴⁾

나. 판례의 각 논거에 대한 검토

(1) 논거①에 대한 검토

‘전시 중에 경찰이나 군인이 저지른 위법행위로 객관적으로 외부에서 거의 알기 어려운’ 경우는 군인이나 경찰이 폐쇄성을 이용하여 외부에서 알기 어렵도록 권리행사를 방해하는 행위나 은폐·조작 등을 한 경우에는 인정될 수 있을 것이나, 1950년 당시에 민간인을 집단 학살한 불법행위가 한 차례 있었고 그 후 아무런 2차적 은폐·조작 행위가 없는 과거사 사건에는 적용하기 어려운 논거이다.

또한 ‘사법기관의 판단을 거치지 않고 손해배상청구권의 존부를 확정하여 국가 등을 상대로 손해배상을 청구한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려운’ 경우란 2유형이 인정되었던 다른 판례에서의 사실관계와 같이 허위의 증거에 의한 잘못된 유죄판결이 내려진 경우라면, 법원(사법기관)의 재심이라는 판단을 거쳐야 손해배상청구권의 존부를 확정할 수 있다는 것으로 그 의미가 명확할 수 있다.

그러나 과거사 사건의 경우 군경에 의한 민간인 집단 학살 사건이기 때문에 ‘사법기관’이 무엇을 의미하는지가 불분명하며, 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결의 원심에서 제시한 논거①에 대한 설명 중 ‘이러한 상황에서는 피고의 어떤 조치가 있기 전까지 피고 등을 상대로 적시에 손해배상을 청구하는 것은 좀처럼 기대하기 어려운 일’¹²⁵⁾에

124) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결

125) 광주고등법원 2012. 10. 10. 선고 2012나2735 판결

서 ‘피고의 어떤 조치’가 무엇을 의미하는 것인지도 불분명하다. 만일 ‘피고의 어떤 조치’를 ‘피고 국가의 자인’을 의미하는 것이라고 해석한다면, 가해자가 자인을 하지 않았다는 것만으로는 권리행사의 객관적 장애사유가 되기에는 부족하다고 하는 견해도 있다.¹²⁶⁾

이렇듯 논거①은 과거사 사건에 적용하기에는 그 의미가 모호하여 과거사 사건의 사실관계가 반드시 논거①에 해당되는 사안이라고 보기는 어려울 것이며, 신의칙의 적용은 제한적으로 인정되어야 할 것이므로 이러한 관점에서 볼 때에도 과거사 사건이 논거①에 해당한다고 볼 수 없을 것이다.

(2) 논거②에 대한 검토

논거②에 의하면 전쟁이나 내란 시기에 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행한 기본권 침해에 대한 구제는 통상의 법 절차에 의해 사실상 달성하기 어렵다고 하였는데, 이것은 비단 과거사 사건뿐만 아니라 한국전쟁시기 및 권위주의 시대에 국가에 의해 자행된 모든 인권침해 사건에 해당되는 논거가 될 것이다. 그러나 판례는 한국전쟁 시기나 권위주의 시대에 국가로부터 자행된 집단적 기본권 침해에 관하여 권리남용을 모두 인정하지는 않았으므로¹²⁷⁾ 해당 논거는 그러한 판례들에 대한 타당한 설명이 될 수 없다.

만일 논거②가 단순히 민간인 집단 희생이 국가에 의해 조직적·집단적으로 이루어졌거나 국가의 비호나 묵인 하에 이루어진 것이어서 피고 국가는 소멸시효 항변을 할 수 없다는 의미라면 이는 받아들이기 힘든 논거가 될 것이며, 이에 의하면 국가에 의해 ‘우발적·개별적’으로 자행된 불법행위라면 시효항변이 가능하다는 의미가 되는 것인지도 불분명해진다.¹²⁸⁾

126) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 474면

127) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결; 대법원 2008. 05. 29. 선고 2004다33469 판결 등

(3) 논거③에 대한 검토

논거③은 울산보도연맹 사건처럼 ‘여태까지 생사 확인을 구하는 유족들에게 처형자 명부 등을 3급 비밀로 지정한’ 사실관계가 있는 사건에는 타당할 수 있으나, 국가의 2차적 은폐행위라는 사실관계가 없는 일반 과거사 사건에서도 타당하다고 보기는 어렵다. 울산 보도연맹사건에서는 유족들이 1961. 5. 16. 쿠데타가 발생한 이후 5·16 군사혁명정부에 의해 「피특수범죄처벌에 관한 특별법」 위반죄로 처벌받았다는 점, 피해자들의 합동묘가 해체되었다는 점, 희생자들의 처형자 명부 및 좌익계열자 명부가 각각 1975. 5. 31., 1976. 1. 29.에 대통령령인 「보안업무규정」에 의하여 3급 비밀로 지정되었다는 점 등 국가에 의한 2차적인 은폐·조작 시도가 존재하여 일반적인 과거사 사건들과는 그 양태가 현저히 다르기 때문이다.

그럼에도 불구하고 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결의 원심에서는 ‘국민이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있는 피고가 오히려 적법한 절차를 거치지 않은 채 국민의 생명을 박탈한 후 이에 대하여 진상 파악 및 피해 보상을 위한 별다른 조치를 취하지 않다가 이제 와서 뒤늦게 원고들이 위 집단학살의 전모를 어렵잡아 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효 완성을 주장하면서 그 채무이행을 거절하는 것은 그 불법의 중대성에 빛어 현저히 불공평하여 허용될 수 없다’는 판시를 하였는바,¹²⁸⁾ 이에 의하면 한국전쟁 이후 희생사건 일체에 대한 국가의 소멸시효 항변은 금지된다는 결론이 도출될 것이다. 그러나 앞서 논거② 부분에서도 살펴보았듯 판례는 모든 사건에 대하여 국가의 소멸시효 항변을 금지하고 있는 것이 아니며, 논거③과 같은 이유만으로 민법상 구체적인 법 원칙인 소멸시효

128) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 473~474면

129) 광주고등법원 2012. 10. 10. 선고 2012나2735 판결

를 배제시키는 것은, 보충적·제한적으로 적용되어야 한다는 신의칙의 한계를 넘은 적용이라고 밖에 볼 수 없다. 따라서 논거③은 울산 보도연맹사건처럼 국가의 2차적 은폐행위가 있는 경우가 아닌 일반 과거사 사건에 적용하기에는 적합하지 않을 것이다.

3. 대법원 전원합의체 판결의 태도

대법원 전원합의체 판결에서는 원심에서 2유형에 해당하여 권리남용이라고 한 판결을 뒤집고 ‘기록을 살펴보아도 원심판결에서 인용하고 있는 것처럼 망인들이 전쟁기간 중에 경찰 등에 의하여 자행된 기본권 침해행위에 의하여 희생되었다고 하더라도, 그러한 사유만으로 원고들이 한국 전쟁 종료 후 50년 이상이 지난 다음 과거사정리법이 제정되고 정리위원회의 진실규명결정이 있을 때까지 피고를 상대로 손해배상청구를 하는 것이 불가능한 객관적 장애사유가 있었다고 쉽게 단정할 수는 없다고 할 것이다.’라고 판시하여,¹³⁰⁾ 일반적 과거사 사건에는 2유형이 적용되지 않는다고 명시하였다.

4. 소결

위와 같은 점을 모두 종합하여 볼 때, 울산 보도연맹사건에서처럼 국가의 2차적 은폐행위가 없는 일반적인 과거사 사건의 경우에는 판례에서 2유형에 해당한다고 하면서 제시한 논거 ①, ②, ③에 모두 해당하지 않으며 따라서 국가의 소멸시효 항변은 2유형의 권리남용에 해당하지 않는다.

130) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결, 2유형에 해당한다는 원심을 뒤집고 3유형에 해당한다고 판시하였다.

Ⅲ. 3유형 권리남용에 해당하는지 여부

1. 3유형 권리남용을 부정한 다른 판례와의 비교

삼청교육대 피해자들이 국가를 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서, 원심에서는 노태우가 1988. 11. 26. 삼청교육과 관련된 시국담화를 발표하고 그 후속조치로 국방부장관이 삼청교육대 피해자들로부터 피해신고를 접수한 것을 시효이익의 포기라고 보아 소멸시효 주장을 배척하였으나, 대법원에서는 ‘대통령의 시국담화는 사법상의 법률효과를 염두에 둔 것이 아니어서 시효이익을 포기한 것으로 볼 수 없다’고 판시하였다.¹³¹⁾

또한 국가의 과실로 학도의용군으로 복무한 원고가 재정집되어 군복무한 사건에 대하여 ‘국방부장관이 1999. 3. 11. 원고가 학도의용군으로 복무한 사실을 공식 확인한 사정만으로 국가가 시효의 이익을 포기하거나 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보인 것이라고 할 수 없다’고 판시하기도 하였다.¹³²⁾

1980년 10월부터 11월 사이에 일어난 이른바 ‘10·27 법난’ 당시 정부 소속 합동수사본부 내 합동수사단 수사관들에 의해 불법구금이 되어 고문과 폭행 등을 당한 피해자가 불법구금 상태에서 벗어난 1980. 11. 26. 부터 5년이 훨씬 경과한 2009. 6. 5.에야 국가를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기한 사안에서는, ‘위 손해배상청구권의 소멸시효는 피해자가 불법구금 상태에서 벗어난 때로부터 기산되고, 국무총리의 대국민 사과성명 발표, 국방부 과거사진상규명위원회의 ‘10·27 법난에 대한 조사결과보고서’ 발표, 국회의 ‘10·27 법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률’ 제정 등으로 국가가 소멸시효 이익을 포기한 것으로 볼 수 없으며, 나아가 국가의 소멸시효 완성으로 인한 채권 소멸의 주장이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수 없다’고 판시하였다.¹³³⁾

131) 대법원 1996. 12. 9. 선고 94다22927 전원합의체 판결

132) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결

위 3유형을 부정한 판례들의 사실관계와 판결 취지에 비추어보면, 국가에서 과거사정리법을 제정하고 과거사위원회를 만들었다고 하여도 이를 두고 국가가 시효 이익을 포기한 것이라고 보기는 어려울 것이며, 국가의 소멸시효 주장이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없을 것이다.

2. 3유형을 인정한 전원합의체 판결에 대한 검토

전원합의체 판결은 국민보도연맹 사건이 3유형에 해당한다고 하면서 그 근거로서 과거사정리법이 ‘개별 피해자에 대한 배상·보상이나 위로금을 지급해 줄 수 있는 근거를 마련하는 것까지도 목적으로 하고 있는 경우’(대표적으로 「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」, 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」, 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」이 있다고 하였다)에 해당한다고 하였고, 과거사정리법을 입법한 것에는 시효이익의 포기 의사를 국가가 표명하였다는 취지가 내포되어 있다고 판시하였다.

그러나 법문의 구성만 살펴볼 때에도 제1조 목적에서 과거사정리법은 위 전원합의체 판결에서 예시로 든 법률들과는 다르게 보상이 아니라 ‘진실을 밝혀내고 국민통합에 기여한다.’는 것을 목적으로 하고 있음을 알 수 있다. 즉, 목적 규정에 의할 때 과거사정리법은 보상을 목적으로 한 법률들과는 달리 배·보상보다는 오히려 역사적 사실관계를 규명하고 희생자의 명예회복을 추구하는데 주된 목적이 있는 법에 속하는 것으로 보인다.

「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」

제1조(목적) 이 법은 1980년 5월 18일을 전후한 5·18민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자 또는 상이를 입은 자(이하 "관련자"라 한다)와 그 유족

133) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다54709 판결

에 대하여 국가가 명예를 회복시켜 주고 그에 따라 관련자와 그 유족에게 실질적인 보상을 함으로써 생활안정과 복지향상을 도모하며 나아가 국민화합과 민주발전에 이바지함을 목적으로 한다.

「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」

제1조(목적) 이 법은 민주화운동과 관련하여 희생된 자와 그 유족에 대하여 국가가 명예회복 및 보상을 행함으로써 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고, 민주주의의 발전과 국민화합에 기여함을 목적으로 한다.

「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」

제1조(목적) 이 법은 대일항쟁기 강제동원 피해의 진상을 규명하여 역사의 진실을 밝히고 나아가 1965년에 체결된 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」과 관련하여 국가가 태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자와 그 유족 등에게 인도적 차원에서 위로금 등을 지원함으로써 이들의 고통을 치유하고 국민화합에 기여함을 목적으로 한다.

「과거사정리법」

제1조 (목적) 이 법은 항일독립운동, 반민주적 또는 반인권적 행위에 의한 인권유린과 폭력·학살·의문사 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀냄으로써 민족의 정통성을 확립하고 과거와의 화해를 통해 미래로 나아가기 위한 국민통합에 기여함을 목적으로 한다.

또한 위에서 예시로 든 법률들은 그 적용 대상이 5·18 민주화 운동 관련 희생자, 대일항쟁기 강제동원 피해자 등으로 일정 범위의 피해에 대한 보상법임이 명시되어 있는 반면, 과거사정리법은 그 적용 범위가 과거사 사건 전체를 포괄하도록 모호하게 기재되어 있어 보상금 지급 기준이 명확하게 마련된 타 법률들과는 다르게 보아야 하는 측면도 있다.

「과거사정리법」

제2조 (진실규명의 범위) ① 제3조의 규정에 의한 진실·화해를위한과거사정리위원회는 다음 각 호의 사항에 대한 진실을 규명한다.

6. 역사적으로 중요한 사건으로서 제3조의 규정에 의한 진실·화해를위한과거사정리위원회가 이 법의 목적 달성을 위하여 진실규명이 필요하다고 인정한 사건

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

과거사정리법은 구체적인 보상의무를 법에서 바로 규정하기보다는 정부에 후속조치를 위임하고 있으며, 희생자들에 대한 보상 여부는 정부의 판단에 따라 결정되므로 과거사정리법의 입법은 법원을 통한 민사손해배상을 포함한 개별 보상을 거부하려는 것이며, 상징적인 의미의 과거사정리 및 관련자의 명예회복을 추진한 것에 지나지 않았다고밖에 볼 수 없을 것이다.

3. 소결

3유형이 부정된 여타 판례들과의 비교 및 과거사정리법의 규정 형식에 비추어 볼 때 과거사정리법의 제정만으로는 국가가 시효항변을 원용할 것 같지 않은 태도를 보였다고 할 수 없으며, 과거사정리법 자체가 배·보상을 목적으로 한 법이 아니므로, 과거사 사건에서의 소멸시효 항변이 3유형에 해당한다고는 볼 수 없을 것이다.

IV. 4유형 권리남용에 해당하는지 여부

1. 4유형 권리남용을 부정한 다른 판례들과의 비교

앞서 기산점 부분에서 살펴본 거창사건(1951년경 행군하던 군인들이 거창양민을 집단학살한 사건)에서 법원은 ‘거창사건의 피해자와 6·25 사변

을 전후하여 발생한 다른 유사사건의 희생자들을 비교하여 거창사건 피해자들이 상대적으로 불리한 처우를 받았다고 볼 증거가 없으므로 소멸시효 완성을 주장하는 것이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 것은 아니다.¹³⁴⁾라고 판시한 바 있다.

이러한 판시 내용에 비추어 볼 때, 개별 과거사 사건의 피해자 및 유족들을 다른 과거사 사건의 피해자 및 유족들과 비교하여 보면 각 과거사 사건의 피해자들이 다른 피해자들과는 달리 유독 현저히 불리한 처우를 받았다고 볼 수 없을 것이다.

2. 4유형을 인정한 판례에 대한 검토

판례 중 과거사 사건에서 2, 4유형에 해당하여 국가의 소멸시효 항변이 권리남용이라고 인정한 판례들은 4유형과 관련하여 단순히 ‘현저히 부당하여 신의성실의 원칙에 반한다’고만 서술되어 있고, 4유형의 가장 중요한 요건인 ‘다른 채권자들이 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평한 특별한 사정’이 있는지에 대하여 판시한 바가 없다. 따라서 이러한 판례들은 4유형을 인정한 것이라기보다는 소멸시효 남용 2유형의 사유가 있으므로 국가의 소멸시효 항변이 현저히 부당하여 허용될 수 없다고 판시한 것이라고 보아야 할 것이다.¹³⁵⁾ 즉 4유형을 별개로 인정한 것이 아니라 2유형에 해당한다는 판시만을 하였다고 볼 수 있다.

3. 대법원 전원합의체 판결의 태도

대법원 전원합의체 판결에서는 ‘위 사유는 채권자보호의 필요성이 큰 상태에서 채무자가 동일하게 시효가 완성된 다른 채권자에게는 임의로

134) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2004다33469 판결

135) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 462~463면

변제를 하면서 당해 채권자에 대해서만 소멸시효 완성을 들어 채무이행을 거절하는 것과 같은 정도의 특별한 사정이 있어 시효 완성을 인정하면 현저히 부당하거나 불공평한 결과가 발생할 수밖에 없는 등의 경우를 의미한다 할 것인데, 원심이 든 사유만으로는 이 사건에 그러한 정도의 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다.’라고 하여 과거사 사건에서의 소멸시효 항변이 4유형에 해당하지 아니함을 명시하였다¹³⁶⁾.

4. 소결

각 개별 과거사 사건의 피해자들을 다른 과거사 사건의 피해자들과 비교할 때에 특정 피해자들만 현저히 불공평하거나 부당해지는 경우라고 보기는 어려울 것이며, 4유형을 인정하지 아니한 판례 및 대법원 전원합의체 판결에 비추어 볼 때에도 과거사 사건에서의 국가의 소멸시효 항변은 4유형에 해당하지 않는다.

제 5 장 진실규명 신청여부에 따른 권리남용 재항변의 제한가부

제 1 절 진실규명을 위한 조사 개시

과거사위원회의 사건 조사는 ①진실규명 신청서 접수 ②접수된 신청 건에 대한 검토보고서 작성 ③소위원회에서 사전조사, 조사개시·각하·직권조사 등 결정 ④소위원회의 결정에 따라 사건 조사 ⑤사건 조사결과를 소위원회와 전원위원회에 상정하여 심의·의결 ⑥전원위원회에서 결정된 사항을 7일 이내에 신청인에게 통지 ⑦연 2회 대통령 및 국회에 조사보

136) 대법원 2013. 05. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결, 4유형에 해당한다는 원심을 뒤집고 3유형에 해당한다고 판시하였다.

고서 제출 ⑧조사결과 공표의 절차로 이루어졌다.¹³⁷⁾

다만 과거사위원회에서는 중요하다고 판단한 사건으로서 직권조사가 이루어진 경우, 진실규명 신청기간 경과 후에 신청인의 사건에 대한 조사를 할 때에 한 마을에 살고 있던 미신청 유족들이 추가로 진실규명을 원하는 의사를 표명한 경우, 신청인이나 신청인 측 참고인 조사과정에서 동일사건의 희생자가 추가로 진술된 경우, 경찰 측 자료에 관련사건 피해자로 이름이 기재된 경우 등에 대해서는 진실규명 신청을 하지 않았다고 하더라도 과거사위원회의 직권조사를 통해 희생자 확인의 진실규명 결정을 하였다.¹³⁸⁾

제 2 절 진실규명 신청과 권리남용 재항변의 제한

I. 문제의 소재

진실규명 신청인과 미신청인의 구별 여부는 대법원 전원합의체 판결에 따라 제기된 논점이다. 대법원 전원합의체 판결은 앞서 살펴본 바와 같이 소멸시효 남용의 3유형인 ‘시효가 일단 완성된 후 의무자측이 시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우’에 해당한다고 하여 국가의 소멸시효 항변이 권리남용이라고 판시한 바 있다.¹³⁹⁾ 그런데 이와 같은 판시에 대한 논거를 제시하면서, 과거사 사건에 대하여 피해자들이 신뢰를 가질만한 사정이 있었는지 여부를 ‘진실규명 신청 여부’에 따라 판단하였다. 즉 국가의 소멸시효 항변에 대하여 원고가 권리남용의 재항변을 하자, 법원에서 3유형의 권리남용 재항변을 인정하면서도 ‘진실규명 신청 여부’를 재항변의 제한 사유로 삼은 것이다.¹⁴⁰⁾ 그러나 이러한 전원합의체 판결 이후 진실규명 신청여

137) 진실·화해를 위한 과거사 위원회, 진실화해위원회 종합보고서 III, 2010, 2면

138) 진실·화해를 위한 과거사 위원회, 진실화해위원회 종합보고서 III, 2010, 31면

139) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

140) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 467

부와는 관계없이 권리남용 재항변을 인정하는 판례들이 등장하였다. 이에 따라 상반되는 판례들의 각 입장과 타당성에 대한 검토가 필요해졌다.

II. 판례의 태도

1. 진실규명 신청 여부가 재항변의 제한사유라는 판례 : 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결, 서울중앙지방법원 2013. 6. 11. 선고 2012가합536258 판결¹⁴¹⁾

.....(중략)..... 다만 앞서 본 것처럼 종전에도 다수의 과거사 관련 개별 법률들이 제정되었으나 그 적용대상이 특정사건에 국한되어 있는 등의 한계가 있었던 점 등을 고려하여 포괄적인 과거사 정리의 근거를 마련하고, 이를 통하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀냄으로써 민족의 정통성을 확립하고 과거와의 화해를 통해 미래로 나아가는 국민통합에 기여할 것을 목적으로 과거사정리법이 제정되었고, 그에 따라 진실규명 대상 사건도 일제강점기 이전 항일독립운동에서부터 일제강점기와 한국전쟁 전후 시기 및 해방 이후 권위주의적 통치시까지의 모든 반민족적, 반민주적 또는 반인권적 공권력의 행사 등이 전부 포함되도록 하였고(과거사정리법 제1조 및 제2조 참조), 법의 명칭을 과거사정리 ‘기본법’으로 한 것도 그러한 취지가 반영된 것으로 이해된다. 따라서 과거사정리법의 적용 대상이 되는데도 불구하고 그에 근거한 진실규명신청조차 없었던 경우에는 국가가 소멸시효를 주장하더라도 이는 특별한 사정이 없

면

141) 항소심인 서울고등법원 2014. 1. 16. 선고 2013나2011377 판결에서 진실규명 신청을 하지 않아 직권으로 진실규명 결정을 한 경우이더라도 유족들에게 피고가 적어도 소멸시효의 완성을 들어 권리소멸을 주장하지는 않을 것이라는데 신뢰를 가질 특별한 사정이 있다고 판시하여 취소되었고, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다205041 판결에서 심리불속행으로 기각되어 확정되었다.

는 한 권리남용에 해당하지 않는다 할 것이다.

그런데 원심판결 이유에 의하면 이 사건에서 망인들에 대하여는 과거사정리법에 의한 진실규명신청이 있었고, 피고 산하 정리위원회도 망인들을 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 한 사실을 알 수 있다. 그러므로 위 망인들의 유족인 원고들로서는 그 결정에 기초하여 상당한 기간 내에 권리를 행사할 경우 피고가 적어도 소멸시효의 완성을 들어 권리소멸을 주장하지는 않을 것이라는 데 대한 신뢰를 가질 만한 특별한 사정이 있다고 봄이 상당하다. 그럼에도 불구하고 피고가 원고들에 대하여 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실 원칙에 반하는 권리남용에 해당한다 할 것이어서 이는 허용될 수 없다.¹⁴²⁾

.....(중략)..... 위와 같은 법리를 바탕으로 이 사건에 관하여 보건대, 갑 제1호증의 1의 기재에 의하면, 대구 10월 사건의 희생자들인 ○○○, ◇◇◇에 대하여는 과거사정리법에 의한 진실규명신청이 이루어지지 아니한 사실이 인정되므로, 위 망인들의 유족들인 원고들의 손해배상청구에 대하여는 국가의 소멸시효항변이 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이어서, 결국 위 원고들의 손해배상청구권은 위 망인들이 사망한 때로부터 5년의 소멸시효기간이 경과하여 소멸하였다.¹⁴³⁾

2. 진실규명 신청 여부가 재항변의 제한사유가 아니라는 판례 : 대법원 2014. 7. 25. 선고 2013다16602 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다201295 판결, 대구지방법원 영덕지원 2013. 6. 27. 선고 2012가합1001 판결¹⁴⁴⁾, 서울고등법원 2014. 1. 16. 선고

142) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

143) 서울중앙지방법원 2013. 6. 11. 선고 2012가합536258 판결

144) 대구고등법원 2014. 5. 28. 선고 2013나20800 사건에서 항소기각으로 확정되었다.

2013나2011377 판결¹⁴⁵⁾

.....(중략)..... 그리고 비록 피해자 등으로부터 진실규명신청이 없었더라도 정리위원회가 “역사적으로 중요한 사건으로서 진실규명사건에 해당한다고 인정할만한 상당한 근거가 있고 진실규명이 중대하다고 판단되는 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다”는 과거사정리법 제22조 제3항에 따라 직권으로 조사를 개시하여 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 한 경우에는, 과거사정리법의 입법 목적 및 위 조항의 내용에 비추어 볼 때 당해 사건의 중대성을 감안하여 그 희생자의 피해 및 명예회복이 반드시 이루어져야 하며 이를 수용하겠다는 과거사정리법에 의한 국가의 의사가 담긴 것으로 보아야 할 것이고, 피해자 등에 대한 신뢰부여라는 측면에서 진실규명신청에 의하여 진실규명결정이 이루어진 경우와 달리 취급할 이유가 없으므로, 그 희생자나 유족의 권리행사에 대하여 국가가 소멸시효를 주장하는 것은 마찬가지로 권리남용에 해당한다고 봄이 상당하다.¹⁴⁶⁾

.....(중략)..... 피해자의 유족들이 과거사위원회에 피해자의 사망에 대한 진실규명 신청을 하지 아니한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고들에 대한 피고(국가)의 소멸시효 완성 주장은 권리남용에 해당하지 아니한다.

살피건대, 원고들의 청구권이 소멸시효의 완성으로 소멸한 것은 앞서 본 바와 같고, 피해자의 사망에 대하여 진실규명 신청이 없었음에도 불구하고 국가의 소멸시효 항변을 권리남용으로 만드는 특별

145) 1심인 서울중앙지방법원 2013. 6. 11. 선고 2012가합536258 판결에서는 전원합의체 판결에서 처럼 진실규명 신청인과 미신청인을 구별하였으나, 해당 판례에서 1심이 취소되면서 신청인과 미신청인을 달리 취급할 이유가 없다는 취지로 판시하였고 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다205041 판결이 심리불속행으로 기각되면서 확정되었다.

146) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602 판결

한 사정이 있는지에 관하여 본다. 무릇 소멸시효는 권리불행사 상태의 장기간 지속을 요건사실로 삼아 권리를 소멸시키는 제도로서 소멸시효의 진행을 중단시키기 위해서는 채권자의 권리 행사 또는 그 권리에 대한 채무자의 승인을 요한다. 대법원 2012다202819 전원합의체 판결에서 과거사정리법에 근거한 진실규명 신청조차 없었던 경우에는 국가가 소멸시효를 주장하더라도 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하지 않는다고 한 것도 진실규명신청이라는 채권자의 호소와 그 호소에 담긴 권리행사의지를 중시한 것으로 보아야 할 것이다. 한편 피해자 유족 등의 진실규명신청이 없더라도 과거사위원회가 직권으로 조사하여 피해자를 희생자로 인정하는 진실규명결정을 한 경우라면, 채무자의 승인이 채권자의 권리 행사와 동등한 소멸시효 중단사유가 되는 점을 고려할 때 직권조사에 의한 과거사위원회 진상규명결정은 채권자의 진실규명신청에 담긴 권리행사의지와 동등한 의미를 가진다고 볼 수 있으므로, 국가가 소멸시효를 주장하는 것을 권리남용에 해당하게 만드는 특별한 사정이 있다고 볼 여지가 크다 할 것이다.¹⁴⁷⁾

Ⅲ. 검토

소멸시효를 권리남용으로 배척하는 것은 최소한에 그쳐야 하므로, 권리남용의 재항변의 적용도 가급적 최소한의 범위에서 이루어져야 하며, 반대로 권리남용 재항변의 제한은 가급적 광범위하게 인정되어야 한다.

앞서 살펴본 바와 같이 과거사 사건이 3유형에 해당하지 않는다는 견해이나, 3유형에 해당한다는 전제 하에서 살펴볼 때에는 ‘피해자에 대한 국가의 신뢰부여’라는 측면에서 신청인과 미신청인 사이에 차이를 두어야 할 합리적인 논거는 존재하지 않는 것으로 생각된다.

진실규명 신청인과 미신청인을 구별하여야 한다는 견해를 펼쳤던 대법

147) 서울고등법원 2014. 1. 16. 선고 2013나2011377 판결

원 전원합의체 판결에서도 3유형의 권리남용이 인정되는 근거로 ‘과거사 정리법의 제정 취지 등을 살펴볼 때 국가에서 손해배상을 거부하지 않겠다는 의사를 표명한 것이며, 과거사위원회의 진실규명 결정에 기초하여 상당한 기간 내 권리를 행사한 경우 신뢰를 가질만한 특별한 사정이 있었던 것’이라고 판시하였는바 이러한 신뢰를 가질만한 특별한 사정이 존재하려면 반드시 상대방의 ‘신청’이라는 행위가 있어야만 한다는 당위성을 찾기는 어려워 보인다.

이에 더하여, 진실규명 신청인과 미신청인을 구별하여 재항변을 제한할 경우 사실상 진실규명 신청 여부에 따라 소멸시효의 기산점이 정해지는 것과 동일하게 되므로 법적 안정성에 막대한 혼란을 야기할 우려가 발생한다.

또한 진실규명 신청인의 범위가 명확하지 않다는 문제점도 존재한다. 과거사 사건의 경우 희생자들의 직계혈족뿐만 아니라 방계혈족, 기타 친족들도 개별적으로 소송을 계속 제기하고 있으나, 진실규명 신청인은 주로 희생자들의 직계비속일 경우가 많다. 이러한 경우에 친족 중 1인만 진실규명신청을 한 경우에는 모든 친족을 전부 신청인으로 의제하여 국가가 신뢰를 부여하였다고 볼 것인지, 아니면 직접 신청한 직계혈족까지만 인정할 것인지 등 신청인의 범위에 대한 아무런 기준이 제시되어 있지 않다는 문제가 있다. 하급심 판례 중 진실규명 신청인이 상속인지 여부는 관계없다고 판시한 것이 있는데,¹⁴⁸⁾ 이에 더하여 친족 중 1인이 신청하였을 때 신청인으로 인정되는 친족의 범위가 어디까지인지에 대한 명확한 기준도 없이 신청인과 미신청인을 구별하여 재항변을 제한할 수는 없을 것이다.

148) 광주지방법원 2013. 7. 18. 선고 2013가합50499 판결, 원용한 부분에 대하여는 항소심인 광주 고등법원 2013. 12. 18. 선고 2013나10800 판결, 상고심인 대법원 2014. 4. 30. 선고 2014다 202417 판결에서 1심의 취지 그대로 인용되어 확정되었다.

제 3 절 판례의 상반된 입장이 판례변경인지 여부

I. 재심과 관련된 문제

「법원조직법」 제7조 제1항에 의하면 ‘대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행하되, 다만 같은 항 각 호의 경우에 해당하는 경우가 아니면 대법관 3인 이상으로 구성된 부에서 사건을 먼저 심리하여 의견이 일치된 경우에 한하여 그 부에서 심판할 수 있다’고 하며, 제7조 제1항 제3호에서는 ‘종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우’를 규정하고 있다. 이에 의하면 재심대상판결에서 판시한 법률 등의 해석적용에 관한 의견이 그 전에 선고된 대법원판결에서 판시한 의견을 변경하는 것임에도 대법관 전원의 3분의 2에 미달하는 대법관만으로 구성된 부에서 재심대상판결을 심판하였다면 이는 민사소송법 제451조 제1항 제1호의 ‘법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때’의 재심사유에 해당하게 된다.¹⁴⁹⁾

앞서 살펴본 바와 같이 대법원 전원합의체 판결에서 진실규명 신청인과 미신청인을 구별해야 한다는 판결을 내린 이후에 대법원에서는 4인으로 구성된 소부에서 진실규명 신청인과 미신청인을 구별할 필요가 없다는 취지의 판결을 내렸는데, 이것이 판례의 변경에 해당함에도 대법관 전원의 3분의 2에 미달하는 대법관만으로 구성된 부에서 심판을 한 것이 되어 민사소송법 제451조 제1항 제1호의 재심사유인지 여부가 문제된다.

II. 재심 사유인 판례변경에의 해당 여부

1. 판례변경의 의미

149) 대법원 2011. 7. 21. 선고 2011재다199 전원합의체 판결

가. ‘법령의 해석적용에 관한 의견’의 의미

법령의 해석적용에 관한 의견이란 대법원이 구체적인 사건에 대한 재판에서 그 결론을 도출함에 있어 판결이유 중에 적히는 ‘법에 대한 공정의 해석’으로서, 장래의 재판에 대하여 지침이 되는 ‘일반·추상적인 범명제’를 의미한다고 할 것인데 통상 ‘판례’로 불리는 것이다.¹⁵⁰⁾ 이러한 ‘법리적 의견’ 내지 ‘법률적 판단’은 여권대 어떤 법규정의 유효·무효에 대한 판단, 제시된 범명제의 사정거리 내지 적용범위 또는 적용요건에 관한 의견, 일정한 요건 하에서 부여되는 법효과의 정확한 의미에 관한 해석 등의 다양한 모습을 보일 수 있다.¹⁵¹⁾

나. ‘변경’의 의미

전원합의체에서 법령의 해석에 관한 종전의 의견을 변경하여 새로운 의견을 제시하는 경우에는 새로운 의견과 배치·상반·저촉되는 과거의 판례를 폐기하거나 그 어긋나는 범위 내에서 종전 판례의 견해를 모두 변경하는 점에 비추어, 종전의견과 새 의견의 의미내용이 서로 다르다는 것은 두 의견이 상반되거나 양립불가하여 상호간에 폐기 또는 배척하는 관계에 있다는 뜻으로 볼 수 있다. 즉, 종전의 의견과 새로운 의견이 상치되어 양립불가능한 경우에 비로소 ‘변경’이 된다.¹⁵²⁾

다. 법령의 해석적용에 관한 의견에 대한 변경이 아니라고 본 참

150) 양창수, 민법입문, 제5판, 박영사, 2013, 145~146면

151) 김미리, “불법행위로 인한 위자료채무의 지연손해금 기산일에 관한 종래의 원칙에 대하여 대법원 소부판결에서 예외를 인정한 것이 재심사유에 해당하는지 여부”, 정의로운 사법 : 이 용훈대법원장재임기념, 사법발전재단, 2011, 671면

152) 김미리, “불법행위로 인한 위자료채무의 지연손해금 기산일에 관한 종래의 원칙에 대하여 대법원 소부판결에서 예외를 인정한 것이 재심사유에 해당하는지 여부”, 정의로운 사법 : 이 용훈대법원장재임기념, 사법발전재단, 2011, 672면

조판례 : 대법원 2011. 7. 21. 선고 2011재다199 전원합의체
판결

.....(중략)..... 재심대상판결인 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다6680 판결은 공무원들에 의하여 불법구금되어 유죄의 확정판결까지 받았다가 오랜 시일이 경과된 후에 재심을 통하여 무죄가 확정된 피해자가 국가에 불법행위로 인한 손해배상으로 위자료를 청구하였고 불법행위일부터 장기간이 경과한 뒤에 제소됨으로써 이미 소멸시효가 완성되었다는 국가의 항변이 신의칙 위반 또는 권리남용에 해당한다는 이유로 배척된 사안에서, 불법행위로 인한 손해배상채무에 대하여는 원칙적으로 성립과 동시에 불법행위시로부터 지연손해금이 발생한다고 할 것이지만, 불법행위시와 사실심 변론종결시 사이에 40년 이상의 오랜 세월이 경과되어 위자료를 산정함에 반드시 참작해야 할 변론종결시 통화가치 또는 국민소득수준 등에 불법행위시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에는, 합리적인 이유 없이 과잉손해배상이 이루어지는 것을 방지하기 위하여, 예외적으로 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결일로부터 지연손해금이 발생한다고 판단한 것이다. 그렇다면 종전 대법원판결인 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1393 판결, 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다48413 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다18829 판결들과 재심대상판결은 서로 다른 사안에서 불법행위로 인한 손해배상채무의 지연손해금의 기산일에 관하여 원칙과 예외에 속하는 법리를 각각 선언하고 있다고 할 것이고, 따라서 재심대상판결은 종전 대법원판결들이 선언한 법리의 적용 범위와 한계를 분명히 하고 그 법리가 적용되지 않는 경우에 적용할 새로운 법리를 표시한 것일 뿐 종래 대법원이 표시한 의견을 변경한 경우에는 해당하지 않는다고 할 것이다.

2. 과거사 사건 판결들이 판례변경에 해당하는지 여부

가. 판례의 태도 : 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013재다841 판결,
대법원 2014. 2. 27. 선고 2013재다2014 판결 등

판례는 재심대상판결의 피고 국가가 신청한 재심에 대하여 판례변경에 해당하지 않는다는 이유로 재심기각결정을 내렸다.

나. 검토

진실규명 신청인·미신청인을 구별하여 권리남용의 재항변을 인용할지 여부는 단순히 개별적 사건에 따라 법원에서 자의적으로 판단할 수 있는 문제가 아니다. 전원합의체 판결에 의하면 진실규명 미신청인에 대하여는 피고의 소멸시효항변이 권리남용이라는 원고 재항변이 받아들여지지 않을 것이나, 진실규명 신청 여부를 구별하지 않고 권리남용을 인정하는 대법원 판례에 의하면 진실규명 미신청인에게도 전부 권리남용의 재항변이 인용되는 것으로 결론이 달라지기 때문이다. 즉, 진실규명 미신청인에 대하여는 동일한 사건이라고 하더라도 전원합의체 판결에 의하는지 그 이후의 판결에 의하는지에 따라 국가의 소멸시효 항변이 인용 여부가 달라진다.

양 판례는 전면적으로 배치되며 양립불가능한 것이며, 이를 위 2011재다199판결에서처럼 단순한 예외로서 양립가능한 것이라고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 진실규명 신청인과 미신청인을 동일하게 취급하여야 한다는 대법원 판결은 종전 전원합의체 판결과 법령의 해석 적용에 대한 판례변경에 해당한다고 보아야 한다.

제 6 장 상당한 기간의 판단 기준

제 1 절 상당한 기간의 의의

I. 상당한 기간의 의미

채무자의 소멸시효 항변이 소멸시효 남용론에 의하여 제한됨은 앞서 살펴본 바와 같다. 그런데 소멸시효 항변이 소멸시효 남용으로 인정되어 배척되는 경우일지라도, 언제나 소멸시효 항변이 배척된다는 것인지 아니면 구체적 사정을 고려하여 일정한 장애요인이 종료된 경우(채권자의 권리행사에 아무런 장애도 없는 경우) 다시 시효를 기산시킬 것인지 여부의 문제가 발생한다.

신의성실의 원칙의 보충성이나 법적안정성, 일반조항으로의 도피 방지 등을 고려할 때 신의칙은 매우 엄격한 경우에 한하여 인정되어야 할 것이며, 장애요인이 사라진 경우에까지 소멸시효 항변이 배척된다고 보는 것은 채무자에게 지나치게 가혹하므로, 채무자의 소멸시효 항변이 권리남용이라고 인정된 경우에도 구체적인 사정을 고려하여 일정한 장애요인이 없어지면 그때부터 다시 소멸시효 완성의 항변이 용인된다고 보아야 할 것이다.¹⁵³⁾

이에 대하여는 소멸시효가 중단되었다 다시 진행하는 것처럼 그 시점으로부터 새로이 소멸시효 기간이 진행된다고 볼 수도 있고, 그 시점으로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 한다고 볼 수도 있는데¹⁵⁴⁾ 판례는 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 한다는 후자의 입장을 취하고 있다. 생각건대 소멸시효의 남용은 시효의 ‘중단’과는 다른 별개의 효과이므로 중단과 같은 효과를 발생시킨다고 볼 필요는 없을 것이다. 오히

153) 강우찬, “국가배상소송에서 국가의 소멸시효 완성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙 위반여부에 관한 검토”, 법조 vol.593, 법조협회, 2006, 272~273면

154) 윤진수, “소멸시효의 남용에 관한 고찰”, 서울대학교 석사학위논문, 1984, 92~92면

려 상당한 기간의 판단은 ‘사실상의 장애사유’가 종료된 경우의 판단 문제라는 점에서 시효의 중단보다는 사실상 장애사유를 규정한 소멸시효 ‘정지’에 보다 가깝다. 우리 법에서 시효정지는 효과가 발생하더라도 이미 진행한 시효기간의 경과 그 자체에는 아무런 영향이 없고, 그 사유가 존재하는 기간 동안 시효의 진행이 일시적으로 멈추는 것도 아니며 단지 그 사유가 종료한 때부터 일정한 기간이 경과할 때까지 시효의 완성을 막을 뿐이므로,¹⁵⁵⁾ 상당한 기간 역시 그러한 효과만이 주어질 뿐이라고 보아야 할 것이다.

즉, 소멸시효 항변이 저지되었던 장애사유가 사라진 경우에는 새로이 소멸시효 기간이 진행되는 것이 아니라 채권자가 신의칙상 ‘상당한 기간’ 내에 권리를 행사하지 않으면 채무자의 소멸시효 항변이 용인되는 구조가 된다.

II. 상당한 기간의 기산점

상당한 기간은 소멸시효 남용론에 의해 일단 소멸시효 항변이 권리남용임이 인정된 후 각각의 사유가 제거되었을 때에 등장하는 문제이므로, 상당한 기간의 기산점은 소멸시효 남용론에 입각하여 4가지 유형에 따라 각각 다르게 판단될 것이다.

각 유형에 따라 살펴보면, 1유형의 ‘채무자가 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우’에는 ‘권리행사나 시효중단이 가능해진 시점’부터, 2유형의 ‘객관적인 장애사유가 있었던 경우’에는 ‘객관적인 장애사유가 해소된 때’부터, 3유형의 ‘채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우’에는 ‘신뢰를 수여한 시점’부터, 4유형의 ‘채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건

155) 노재호, “의사무능력자의 권리의 소멸시효”, 민사판례연구 34권, 한국민사판례연구회, 2012, 143면

의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있는 경우’에는 ‘그 사정이 있을 때’부터 권리행사가 가능하다고 보아야 할 것이다.¹⁵⁶⁾

다만 상당한 기간 기산점의 판단 시에 채권자가 권리행사가 가능성에 대한 주관적 인식이 필요한지 여부에 대하여 견해 대립이 발생할 여지가 있다. 이는 뒤에 살펴볼 ‘상당한 기간을 정지규정에 준할 것인지 단기소멸시효기간에 준할 것인지의 문제’와도 관련이 있다. 즉 단기소멸시효 기간에 준하여 판단하여야 한다는 견해에서는 단기소멸시효의 요건과 동일하게 채권자의 주관적 인식을 필요로 할 여지가 있기 때문이다.

이에 대하여는 객관적으로 권리행사가 가능한 시점만이 판단기준이 되며, 만일 채권자의 주관적 인식에 따라 권리행사의 가능 시점을 정해야 한다면 수십 년 후에도 권리행사가 가능하다는 결론이 될 것이므로 법적 안정성을 심각하게 훼손시키기 때문에 주관적 인식은 필요하지 않다고 보아야 한다는 견해가 있다.¹⁵⁷⁾

생각건대 채권자의 주관적 인식은 소멸시효의 기산점에서 고려되었던 문제이므로, 다시 소멸시효가 기산되는 것이 아니라 상당한 기간 내에 권리가 행사되었는지 여부만을 권리남용 단계에서 판단하는 상당한 기간의 경우에는 채권자의 주관적 인식을 굳이 고려할 필요가 없을 것으로 보인다.

과거사 사건에서는 과거사위원회에서 진실규명 결정을 한 때부터 객관적인 사실상의 장애사유 등이 사라졌다고 볼 수 있을 것이므로 진실규명 결정일이 상당한 기간의 기산점이 될 것이다.

Ⅲ. 상당한 기간의 법적 성질

가. 재항변인지 재재항변인지 여부

156) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 463면

157) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 463~464면

상당한 기간에 대하여는 ‘상당한 기간 내 권리행사가 없었다는 사실을 피고가 재재항변으로서 주장 입증해야 한다는 견해’와 ‘상당한 기간 내 권리행사가 있었다는 것을 원고가 권리남용 재항변에 포섭하여 주장 입증해야 한다는 견해’가 대립할 수 있다. 이에 대하여 상당한 기간은 법원이 원고의 권리남용 재항변의 인용 여부를 판단함에 있어 고려요소 또는 요건으로 보아야 한다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 신의성실에 입각한 채권자의 권리행사는 채무자의 소멸시효항변이 항변권남용임을 재항변함에 있어서 전제가 되는 것이고, 또한 신의칙의 적용은 법원의 최종적·종합적 판단이며 이를 원고의 신의칙에 기한 재항변, 피고의 또 다른 신의칙에 기한 재재항변으로 나누어 각각의 신의칙 위반 여부를 판단할 수도 없는 것이므로, 법원은 원고의 재항변의 당부를 판단 하에 있어 원고의 권리행사가 상당한 기간 내에 이루어진 것인지도 고려하여 재항변 인용 여부를 판단해야 한다고 한다.¹⁵⁸⁾

생각건대 권리남용의 성립요건 자체가 매우 추상적이므로, 권리남용의 재항변을 주장하는 원고는 소멸시효 항변 행사가 신의칙에 위반되고, 사회적 이익과 균형을 파괴한다는 등의 추상적 사유를 제시할 수밖에 없을 것이다. 이러한 추상적 사유에 대하여 개개 사건별로 판단하여 재항변의 수용 여부를 결정하는 것은 법원의 역할이므로, 상당한 기간을 도과하여 청구하였기 때문에 재항변을 기각할지 여부는 법원에서 재항변의 당부를 판단함에 있어서 고려하면 족할 것이다. 독일 법원 역시 채무자의 소멸시효의 원용이 신의칙에 위반되는가 여부를 판단함에 있어서 채권자가 신의칙 위반 사정의 종료 후 상당한 기간 내에 자신의 권리를 행사하였는지 여부를 법원에서 고려한다고 판시하였다.¹⁵⁹⁾

158) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 466면

159) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 2009, 33~35면

나. 제척기간인지 여부

상당한 기간에 대하여 판례가 제시하였던 6개월을 제척기간처럼 보아 무조건 그 기간을 경과하면 어떤 사정이 있어도 예외 없이 상당한 기간의 경과가 있다고 보는 것인지는 명확하지 않다. 생각건대 상당한 기간은 권리남용 재항변의 타당성 여부를 판단하는 기준일 뿐이므로 제척기간처럼 엄격하게 볼 필요는 없을 것이다. 따라서 개별 사건에 따라 6개월을 부여하는 것이 타당하지 않다고 보일 때에는 유연하게 상당한 기간을 적용할 수 있을 것이다.

제 2 절 상당한 기간의 판단 기준에 관한 논란

I. 문제의 소재

상당한 기간은 법률에 명문으로 규정된 것이 아니며, 판례에 의하여 인정되기 시작한 이상 상당한 기간이 정확히 얼마동안의 기간을 의미하는지가 분명하지 않다는 문제점이 있다. 이에 대하여 학설과 판례가 대립하고 있다.

II. 견해의 대립

상당한 기간의 판단 기준에 대하여는 논의된 학설이 많지 않다. 구체적으로 경우의 수를 상정해 보면, ①시효완성의 정지제도와 균형상 6개월이라는 견해¹⁶⁰⁾ ②단기소멸시효에 준하여 3년이라는 견해 ③일정한 기간을 정하는 것에 반대하여 법원이 개별적인 상황을 참작하여 사안별로 상당한 기간을 판단하면 된다는 견해가 성립할 수 있을 것이다.

160) 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제95호 2013년 상, 465면

Ⅲ. 판례의 태도

1. 진실규명 결정일로부터 6개월 이내 소를 제기한 경우

피해자 및 유족들이 진실규명 결정일로부터 6개월 이내에 소를 제기한 경우에는, 대법원 전원합의체 판결에서 언급한 ‘특별한 사정’이 없는 경우일 것이므로 진실규명 결정일을 기산점으로 하여 소멸시효 정지규정에 준하여 6개월 이내에 권리를 행사하여야 한다는 점에 판례의 견해가 일치한다고 볼 수 있다.

가. 2유형 권리남용에 대한 판례 : 서울중앙지방법원 2012. 10. 19. 선고 2012가합524354 판결¹⁶¹⁾

.....(중략)..... 과거사위원회의 진실규명결정으로 인해 이미 소송을 제기할 수 있는 자료가 대부분 확보되었다고 할 것인 점, 원고들이 소송을 준비하기 위해 별도로 시간이 필요하였다고 볼만한 특별한 사정을 찾아보기 어려운 점, 사건 발생 이후 이미 수십년이라는 오랜 시간이 흐른 점 등을 감안할 때 적어도 과거사위원회의 진실규명결정이 내려진 날에는 위와 같은 장애사유가 소멸하였다고 할 것인 바, 앞서 본 신의칙의 법리 및 시효중단, 시효정지 등 민법상 시효제도와의 균형있는 해석상 6개월 내 권리를 행사할 것이 요구된다.

161) 항소심인 서울고등법원 2013. 7. 31. 선고 2012나86576 판결에서 1심을 취소하면서 대법원 전원합의체 판결 취지를 인용하였고 대법원 2013. 10. 25. 선고 2013다210275 판결에서 심리불속행으로 기각하여 확정되었다. 다만 전원합의체 판결을 인용하였다고 하더라도 사안의 경우에는 ‘특별한 사정’이 없는 경우에 해당하므로 시효 정지에 준하여 6개월이라는 점에는 변함이 없다고 보아야 할 것이다.

나. 3유형 권리남용에 대한 판례 : 대법원 2013. 05. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결

.....(중략)..... 한편 위와 같이 채무자가 소멸시효의 이익을 원용하지 않을 것 같은 신뢰를 부여한 경우에도 채권자는 그러한 사정이 있는 때로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야만 채무자의 소멸시효의 항변을 저지할 수 있다 할 것인데, 위 권리행사의 ‘상당한 기간’은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 한다.

2. 진실규명일로부터 6개월이 경과한 이후 소를 제기한 경우

가. 단기소멸시효인 3년에 준하여 연장된다는 판례 : 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다16602 판결

.....(중략)..... 개별 사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 불법행위로 인한 손해 배상청구의 경우 그 기간은 아무리 길어도 민법 제766조 제1항이 규정한 단기소멸시효기간인 3년을 넘을 수는 없다고 보아야 한다.

그런데 이 사건의 경우에는, 과거사정리법이 시행된 후 2009. 4. 6. 망인들에 대한 정리위원회의 진실규명결정이 이루어졌지만, 다른 한편 정리위원회는 2009. 8. 21. 국회와 대통령에게 한국전쟁 전후 희생사건에 대한 배·보상 특별법 제정을 건의한 후 2010. 6. 30. 활동을 종료한 다음 과거사정리법 제32조에 따라 2010. 12. 국회와 대통령에게 보고한 종합보고서를 통해서도 같은 내용의 건의의견을 제시하였다. 국회에서도 2011. 11. 17. 「한국전쟁전후 민간인 희생자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률안」(의안번호 1813885호)이

발의되었으나, 그 후 당해 국회의 임기만으로 폐기된 바도 있다. 즉 이 사건에는 과거사정리법에 의한 진실규명결정을 받은 원고들이 과거사정리법의 규정과 정리위원회의 건의 등에 따라 피고가 그 명예회복과 피해 보상 등을 위한 적절한 조치를 취할 것을 기대하였으나 피고가 아무런 적극적 조치를 취하지 아니하자 비로소 피고를 상대로 개별적으로 손해배상청구 소송을 제기하기에 이른 것으로 보이는 특수한 사정이 있다.

따라서 이 사건 소가 정리위원회의 결정을 토대로 위자료를 청구하는 비교적 단순한 사건인데도 불구하고 이 사건 진실규명결정일로부터 2년 10개월이 경과한 2012. 2. 14.에 제기되기는 하였지만, 위에서 본 것처럼 진실규명결정 이후 단기소멸시효의 기간 경과 직전까지 피고의 입법적 조치를 기다린 것이 상당하다고 볼 만한 매우 특수한 사정이 있었다 할 것이고, 이를 감안하면 원고들은 피고의 소멸시효 항변을 배제할 만한 상당한 기간 내에 권리행사를 한 것으로 봄이 상당하다.

나. 정지기간인 6개월에 한한다는 판례 : 서울중앙지방법원 2013.

2. 8. 선고 2012가합503869 판결¹⁶²⁾

.....(중략)..... 원고들은 그 장애사유가 소멸한 때로부터 신의칙상 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 하며, 그 ‘상당한 기간’은 피고가 적극적으로 원고들의 권리행사를 방해하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 법제도의 취지, 법원칙 등을 고려하여 6개월로 봄이 타당하다. 이 사건 소는 과거사위원회의 진실규명결정이 내려진 2010. 6. 29.로부터 약 1년 8개월이 경과한 후인 2012. 2. 10. 제기되었으므로 원고들이 신의칙상 상당한 기간 내에 권리를

162) 항소심인 서울고등법원 2013. 9. 26. 선고 2013나2004669 판결에서는 1심을 취소하면서 전원 합의체 판결의 취지를 인용하여 상당한 기간은 단기소멸시효기간인 3년이라고 판시하였고, 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다213939 판결에서 심리불속행으로 기각하여 확정되었다.

행사하였다고 볼 수도 없다.

IV. 소결

신의칙을 들어 소멸시효의 효력을 부정하는 것은 조심스러운 일이 되어야 한다. 개별 사건에 대한 구체적 타당성 때문에 일반적 법 원칙을 훼손하여 궁극적으로는 법적안정성을 무너뜨리고 법 제도의 취지를 무색케 할 수 있기 때문이다. 이러한 견지에서 ‘상당한 기간’ 역시 쉽게 인정하기보다는 제한해야 할 필요성이 보다 크다고 할 것이다.

따라서 상당한 기간은 권리행사의 객관적인 사실상 장애사유를 규정하고 있는 시효정지의 경우에 준하여 6개월 내로 제한되어야 한다. 왜냐하면 권리남용 각 유형은 ‘사실상 장애사유’가 존재한다는 점에서 시효정지와 밀접한 관련을 맺고 있기 때문이다. 즉 동일하게 사실상 장애를 가지고 있는 경우, 시효 완성 전에는 시효정지규정이 적용되는 것이고 시효 완성 후에는 권리남용의 판단에 있어서 상당한 기간으로서 고려한다는 차이 정도가 있을 뿐이므로, 상당한 기간에 관하여는 소멸시효 정지규정을 유추적용함으로써 족하다.

대법원 전원합의체 판례는 위 기간에 예외를 인정하여 특별한 사정이 있는 경우에는 단기소멸시효인 3년까지 연장할 수 있다고 판시하였으나, 단기소멸시효는 법률상 장애사유가 있었던 경우를 상정하는 것으로서 소멸시효 남용과는 관련이 없기 때문에 단기소멸시효 규정을 유추적용하여야 하는 아무런 근거가 없으며, 단기소멸시효 규정을 유추적용하게 되면 ‘손해 및 가해자를 안 날’이라는 소멸시효의 기산점을 진실규명 결정일로 늦추어 인정하는 것과 다름없게 되어버리는 문제가 있다.

위 대법원 전원합의체 판례에서는 단순히 ‘개별사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우’라고만 판시하고 있는데, 이렇듯 기간이 연장되는 것이 구체적으로 어떤 경우인지에 대해 판례는 그 요건조차 명확하게 실시하지 않고 있다.

단기소멸시효 기간을 적용할 수 있는 근거도 밝히지 아니한 채 신의칙의 적용범위를 넓히는 것은 지나치게 법적안정성을 해하는 일이다. 설사 위 전원합의체 판례에 따라 3년까지 연장이 가능하다고 하더라도, 이 사건의 경우 시효를 연장할 ‘매우 특수한 사정’이 있다고 보기 어렵다. 위 판례에서는 특수한 사정이 있다는 근거로 과거사위원회가 과거사 사건에 대한 배·보상 특별법 제정을 건의하고 국회에서도 「한국전쟁전후 민간인 희생자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률안」이 발의되었던 사실을 제시하고 있으나, 헌법재판소는 1950. 8. 20.을 전후하여 제주도 각 경찰서에서 구금 중이던 민간인들을 처형한 사건에 대한 진상조사 및 그 사건 피해자들의 명예회복·호적정정·피해배상 등 국가의 의무이행을 위한 법률을 제정하지 아니한 입법부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구에 대하여 부적법 각하한 바 있다.¹⁶³⁾ 이와 같은 취지에 따르면 과거사위원회의 결정이 있었다는 사실만으로 국회의 입법의무가 발생하지 않으며, 배·보상에 대한 언급이 전혀 없는 과거사위원회의 진실규명결정이 배·보상에 대한 입법까지 이루어질 것이라는 신뢰를 유족들에게 부여한 것이라고 보기는 어려울 것이다.

또한 앞서 살펴본 개별 보상법들은 모두 시효를 1년으로 규정하고 있는 점에 비추어 유독 과거사 사건에 대해서만 진실규명결정일로부터 3년까지로 시효를 연장할 합리적인 이유를 찾기 어렵다.

「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」

제19조(시효) 이 법에 의한 보상금등의 지급을 받을 권리는 그 보상금등의 지급결정서정본이 신청인에게 송달된 날부터 1년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」

제21조(시효) 이 법에 의한 보상금등의 지급을 받을 권리는 그 보상금등의 지급

163) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2000헌마509 결정

결정서정본이 신청인에게 송달된 날부터 1년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. 단, 이 법에 의한 보상금등의 지급에 관한 소송이 제기될 경우에는 소송의 제기가 있는 날부터 확정판결이 있는 날까지 시효가 정지된다.

「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」

제33조(소멸시효 등) ① 위로금 및 미수금 지원금을 지급받을 권리는 결정서정본이 신청인에게 송달된 날부터 1년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.

제 7 장 결 론

과거사위원회의 활동이 종료된 현재까지도 과거사 사건에 대한 관심이 뜨겁다. 얼마 전에는 과거사 사건에 대하여 다룬 시사 프로그램이 방영되기도 하였다.¹⁶⁴⁾ 과거사 사건은 한국전쟁과 군부독재를 거치며 발생한 아픈 과거에 대한 증거이므로, 민주정권이 수립된 현 시점에서조차 절대 과거사 사건의 의미와 시사점을 잊어서는 안 될 것이다.

한편, 정책적 판단은 입법에서 고려되어야 할 것이지만 사법에서 고려되어야 할 것은 아니다. 사법적 판단에서는 과거사 사건의 역사적 의의보다 엄정한 법 적용, 정립된 법리에의 부합성이 선행적으로 고려되어야 한다. 즉 구체적인 사정을 고려하는 것도 법의 테두리 안에서만 가능한 일인 것이다.

과거사 사건에 대한 판결은 2013년 대법원 전원합의체 판결에 의해 한 차례 쟁점 정리가 된 후에도 여전히 하급심 판결에서 전원합의체 판결과 다른 판결이 나오고 있으며, 각 개별 쟁점들에 대하여 상반된다고 볼 수 있는 대법원 판례들이 나오고 있어 혼란이 가중되고 있다. 동일한 유형의 사건에 대해 법리가 달라질 수는 없을 것이므로, 하나의 완성된 법리

164) “빠동굴 미스터리, 50년 괴담의 진실”, SBS 그것이 알고싶다, 2014. 9. 27. 방영분

가 필요한 때이다.

사법절차의 대 원칙에 비추어 볼 때 과거사위원회의 조사보고서는 하나의 증거자료일 뿐이고 조사보고서의 내용에 법원이 기속되거나 조사보고서에 특별한 추정력이 인정되는 것은 아니며, 조사보고서를 참조하여 법원에서 자유로운 심증에 의하여 사실인정을 하여야 한다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 이에 따라 법원에서 개별적으로 사실관계를 살펴본 후 국가에 의해 집단으로 희생되었다고 인정하게 되면, 피고 국가의 소멸시효 항변에 대한 검토가 필요하다.

국가의 소멸시효 항변을 인용하는 것은 언뜻 국가의 불법행위에 대해 스스로 면죄부를 부여하는 듯한 인상을 주어 국민의 법 감정에 반할 염려가 있지만, 국가가 주체라고 하여서 소멸시효 항변을 하지 못하는 것은 아니라는 명제는 사회적으로나 확립된 관례에 의해서나 명백히 정립된 원칙이다. 이에 따라 구체적으로 국가의 소멸시효 항변에 대한 타당성 여부를 살펴보면, ①과거사 사건의 소멸시효 기산점은 불법행위 당시 또는 적어도 국회에서 사건에 대하여 조사할 당시로 보아야 할 것이며, ②국가의 소멸시효 항변은 권리남용 4유형의 어느 것에도 해당한다고 보기 어려우므로 피고의 소멸시효 항변은 권리남용이 아니며, ③설사 권리남용에 해당한다고 가정하더라도 진실규명 신청인과 미신청인이 동일하게 취급되어야 하고 양자를 구별하여 권리남용 여부를 받아들일 합리적인 이유가 없고, ④피해자 및 유족들은 신의칙상 상당한 기간 내에 손해배상청구권을 행사하여야 하는데 이 상당한 기간은 진실규명일로부터 6개월에 한하여 인정되어야 한다.

다만 이러한 결론에 의하면 과거사 사건의 피해자 및 유족들이 소송을 통해 국가로부터 손해배상을 받을 길이 없어지는 문제가 생기게 되므로 지나치게 법리에만 경도되어 현실의 구체적인 문제점을 도외시한 결론이라는 반론이 존재할 수 있다. 그러나 이러한 문제점들은 과거사 사건에 대한 배·보상의 입법을 통해 해결되어야 할 것이며, 개별 판결에서 법원리를 훼손시키면서까지 인정할 수 있는 것은 아니다. 따라서 과거사

사건의 불합리성을 해결하기 위해서는 법원에 의한 구제가 아닌, 배·보상 입법을 통한 입법에 의한 구제가 필요하다고 할 것이다.

【참 고 문 헌】

- 강우찬, “국가배상소송에서 국가의 소멸시효 완성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙 위반여부에 관한 검토”, 법조 Vol.593, 법조협회, 2006
- 곽윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013
- 곽윤직, 민법주해 총칙3, 박영사, 2010
- 곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2005
- 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 2009
- 김기선, 한국민법총칙, 제3개정증보판, 법문사, 1985
- 김동춘, “해방 60년, 지연된 정의와 한국의 과거청산”, 시민과 세계 제8호, 참여연대 참여사회연구소, 2006
- 김미리, “불법행위로 인한 위자료채무의 지연손해금 기산일에 관한 종래의 원칙에 대하여 대법원 소부판결에서 예외를 인정한 것이 재심사유에 해당하는지 여부”, 정의로운 사법 : 이용훈대법원장재임기념, 사법발전재단, 2011
- 김상중, “2000년대 민사판례의 경향과 흐름-소멸시효의 효과”, 민사판례연구 33권(하), 박영사, 2011
- 김선희, “민주화 이후 권위주의 과거청산 과정에 대한 연구 : 아르헨티나와 한국 사례를 중심으로”, 서울대학교대학원 석사논문, 2012
- 김영수, “한국 과거사정리와 국가의 전략”, 역사연구 21호, 2011
- 김영수, “해외사례를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 제노사이드연구 제6호, 2009
- 김용담, 주석민법 민법총칙(I), 한국사법행정학회, 2010
- 김원중, “역사기억법(2007)과 스페인의 과거사 청산 노력에 대하여”, 서울대학교 라틴아메리카연구소, 2010

- 김제완, “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효 : 거창사건 항소심판결(부산고법 2004.5.7. 선고 2001나15255)에 대한 비판적 검토”, 인권과 정의 제 368호, 대한변호사협회, 2007
- 김의환, “행정상 법률관계에 있어서의 소멸시효의 원용과 신의성실의 원칙”, 행정판례연구 14-2집, 박영사, 2009
- 김증한·안이준, 신민법총칙, 한일문화사, 1959
- 김증한, 민법논집, 박영사, 1982
- 김증한, 채권각론, 제7판, 박영사, 2006
- 김평우, “소멸시효 항변과 신의칙”, 서강법학 제8권, 서강대학교 법학연구소, 2006
- 김홍엽, 주석민법 채권각칙(8), 제3판, 한국사법행정학회, 2000
- 남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구”, 서울대학교법학 제54권 제3호, 2013
- 노재호, “의사무능력자의 권리의 소멸시효”, 민사판례연구 34권, 박영사, 2012
- 노재호, “의사무능력자의 권리의 소멸시효”, 민사판례연구 34, 한국민사판례연구회, 2012
- 박구병, “진실·화해위원회 이후: 아르헨티나와 페루의 배·보상과 추모 정책”, 서울대학교 라틴아메리카연구소, 2010
- 박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 민법학논총 : 후암곽윤직교수 화갑기념, 박영사, 1985
- 박종훈, “소멸시효의 원용과 권리남용”, 판례연구 제18호, 부산판례연구회, 2007
- 박준용, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따른 진실규명결

- 정과 국가배상소송”, 판례연구 제25호, 부산판례연구회, 2014
- 박한용, “과거사 청산의 역사적 의의와 필요성”, 과거청산 기구 출범과 향후 과제, 2006.3
- 방순원, 신민법총칙, 한일문화사, 1959, 316면; 이영섭, 신민법총칙 강의, 박영사, 1959
- 백찬하, “법원의 과거사사건 사실인정에 관한 고찰”, 법조 vol.62, 법조협회, 2013
- 백태승, 민법총칙, 제5판, 집현재, 2011
- 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011
- 서중석, “과거사 진상규명의 점검과 향후 과제”, 역사비평 제80호, 역사비평사, 2007
- 안병욱, “한국 과거청산의 현황과 과제”, 역사비평, 2010.11
- 양창수, 민법입문, 제5판 박영사, 2013
- 윤진수, “위헌인 법률에 근거한 공무원 면직처분이 불법행위로 되는 경우 그로 인한 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점, 서울대학교 법학 제38권 1호,
- 윤진수, “소멸시효의 남용에 관한 고찰”, 서울대학교 석사논문, 1984
- 이상구, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효기산점”, 채권법에 있어서 자유와 책임 : 김형배교수화갑기념, 박영사, 1996
- 이시윤, 신민사소송법, 제6판, 박영사, 2011
- 이연갑, 주석민법 민법총칙(3), 제4판, 한국사법행정학회, 2010
- 이영창, “과거사 사건의 사실확정 및 소멸시효 문제”, 대법원판례해설 제85호 2013년 상, 2013
- 이용박, “독일개정민법의 시효제도와 우리민법 소멸시효제도의 개

- 정방안”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003
- 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애 사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제42호, 2002년 하
- 이창현, “한국의 민간인 학살사건 재판연구”, 한국사학보 제39호, 2010. 5.
- 임상혁, “거창사건 관련 판결과 소멸시효 항변”, 특집2: 거창사건 피해자에 대한 국가배상 : 입법적·사법적 해결의 검토, 법과사회 27권, 법과사회이론학회, 2004
- 정승윤, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법상 인권침해사건에서 나타난 주요 법적 쟁점”, 법학논총, 2011
- 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 2010
- 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 2009년 상반기 조사보고서, 2009
- 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 2009년 상반기 조사보고서 (2), 2009
- 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 2009년 하반기 조사보고서, 2009
- 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 III, 2010
- 한강현, “소멸시효의 주장이 권리남용에 해당하는가”, 민사재판의 제문제 9권, 한국사법행정학회, 1997
- 한삼인·차영민, “국가의 소멸시효항변과 신의성실의 원칙”, 법학논고 제43집, 경북대학교 법학연구원, 2013

Abstract

The Korean Government enacted the "Act for Truth and Reconciliation" in 2005 to clear up the past historical issues concerning genocide and human right abuses. Eventually, compensatory lawsuits were filed against the country by the verified victims of the Act.

This study analyzes the trials and examines the validity of the verdict of Supreme Court. The main issue of the trials are as follows: ① the starting point of the three-year prescription ②whether the statute of limitation can be applied in the case ③whether the statute of limitation can be applied differently between applicant and non-applicant ④whether the period for exercising a right of compensation by plaintiff is 6 months or 3 years.

Firstly, the beginning date of the short prescription in the cases should be the day when the unlawful acts were conducted.

The beginning date ought to be determined by the theory of 'division of legal and actual obstacle'. It seems to be fair that if there is an obstacle which hampers one's ability to exercise one's right, until the obstacle is removed, it is inappropriate to interpret that the time to properly exercise is subject to lapse. However, since there were no legal or objective obstacle in the cases, the date cannot be extended to the date which the verification was made.

Secondly, the statute of limitation should be applied in the cases. Although there is the limitation of "A Principle of Good Faith", such principle should be excluded. This is because the concerning cases are different from the cases which applied the principle, in view of

the fact that there were no intentional concealment by the government following the genocide.

Thirdly, there is no difference between the applicant and non-applicant of truth verification in the fact that the government made them trust that they would be compensated. Thus, regardless of the existence of the application, the principle should be applied equally to the families of the victims.

Fourthly, the period for exercising a right of compensation by plaintiff is 6 months; There is no reason to analogically apply the three-year prescription, even when applying a considerable amount of period in the principle of good faith. The 3 year prescription is too long a period compared to others Acts of Compensation by the government.

Keywords: the statute of limitation, A Principle of Good Faith, truth verification, period for exercise a right of compensation

Student number: 2013-21267