

〈논 문〉

거창양민학살사건의 법적 해결*

— 관련법의 개정방안을 중심으로 —

韓寅燮**

I. 서론

1945년 해방이후 한반도에서 영토분단과 체제갈등은 1950년에 이르러 전면 전으로 치달았고, 그러한 갈등-전쟁의 와중에서 수많은 인명이 희생당했다. 그 가운데 국가권력의 권력남용으로 인한 무고한 민간인, 즉 양민의 희생도 적지 않았다. 그 대표적인 사건으로 부각된 것이 거창양민학살이다. 1951년 2월 9일부터 2월 11일까지 사흘동안 경상남도 거창군 신원면 일원에서 육군 제11사단 소속 병력이 공비토벌의 명분하에 무고한 양민들을 719명이나 집단학살 시켰고 가옥과 재산을 파괴하는 범죄를 자행하였다.¹⁾

* 이 글은 『거창사건의 진상규명 및 법적 해결』(2001년 12월, 서울대 법대)을 위한 작업의 일환으로 쓰여진 글을 다시 다듬은 것이다. 동제목의 보고에는 법개정시안, 필자의 논문과 박명립의 논문(“거창양민학살과 한국전쟁기의 민간인학살문제의 조명”, 87-151), 입법안 공청회 회의록 및 참고자료가 실려있다. 이 연구를 진행하는데 도움을 준 경상남도 거창군 및 몇십 년동안 양민학살의 진실과 명예회복을 위해 분투해온 거창사건유족회 관계자에게 깊은 감사를 표한다.

** 서울大學校 法科大學 副教授

1) 거창양민학살에 대한 기존의 연구로는 김교식, **광복20년 14—거창사건과 국민방위군**, 동양방송 편, 계몽사, 1975, 95-358; 중앙일보사, **민족의 증언** 제4권, 1983; 노민영·강희정, **거창양민학살**, 온누리, 1988; 차석규, **남부군과 거창사건**, 창작예술사, 1988; 김동춘, “거창사건의 전개과정”, 제1회 거창사건 학술대회 발표요지(2000. 10. 21), 1-18 등이 있다. 그러나 자세히 보면 이들 연구는 약간씩의 오류를 갖고 있다. 많은 연구들이 군·경 관계자의 증언을 무비판적으로 인용하고 있거나, 반대로 유족들의 증언을 그대로 수록함으로써, 전체적인 사실인식에서 다소 혼란한 양상을 보여준다. 문서증거에 해당하는 군사(軍史) 관련 자료도 양민학살 관련부분은 아예 삭제되어 있거나 사실을 왜곡시키고 있기에 액면 그대로 믿기 힘들다. 검증없이 앞의 연구의 내용을 그대로 반복함으로써 오류가 재생산되는 폐단도 자주 나타난다. 따라서 많은 부분에 있어 보다 정밀한 조사 및 증언을 필요로 한다.

하지만 양민학살사건은 거창지역에만 그친 것이 아니었다. 거창사건과 실질적으로 동등하다고 주장될 수 있는 양민학살의 사례는 여러 지역에 흩어져 있다.²⁾ 이들 유사사건과 거창사건의 가장 중요한 차이는, 오직 거창사건만 정치적 쟁점으로 부각시키는데 성공하였다는 사실이다. 전시하의 2대국회에 이 사건을 비화시킴으로써 이 사건은 이승만 정권의 도덕성을 근거에서 뒤흔드는 폭풍을 불러 일으켰다. 국회뿐 아니라 군대·관료계·정계는 거창사건의 진상 규명과 그 처리를 둘러싸고 격론을 벌였으며, 그 과정은 언론을 통해 세인의 주목을 불러 일으켰다. 여러 차례의 진상조사에 이어 결국에는 사건관여자 일부에 대한 유죄판결이 확정되었다. 이리하여 거창군 신원면에서의 대량학살이 군대에 의한 불법적·범죄적인 학살사건임이 사법적으로 공인되었다. 그 때문에 거창은 단일사건이면서 동시에 한국전쟁기의 대량학살을 상징하는 확실한 부호로서의 의미를 지니게 되었다.

그러나 과거청산의 관점에서 볼 때 거창사건의 처리는 대단한 한계를 갖고 있음이 사실이다. 관련자의 일부에 대한 유죄판결조차도 그 궁극적 책임의 소재를 뚜렷이 밝혀내지 못했다. 진상규명도 사망자의 숫자, 사망시간과 장소 등을 제외하고 아직 미진한 점이 적지 않다. 더욱 문제는 피해자 및 유족에 대한 배상 등의 법적 조치가 따르지 못했으며, 오히려 반공지상주의 풍토 하에서 관련 인사들이 법률상 및 사실상의 불이익을 입었다는 사실이다. 때문에 민주화의 진전과 더불어 거창사건의 온전한 처리와 법적 해결이 과거청산의 선차적 과제로 떠오른 것은 당연한 일이다. 이미 1995년에 거창사건관련법이 일차 성안되어 집행되고 있지만, 그것만으로 제대로 된 법적 해결이라 하기엔 너무나 부족하다. 따라서 이 글에서는 거창사건의 법적 해결을 위한 기본원칙을 점검하고, 현행법의 불비를 보완하여 회복적 정의에 부합하는 거창사건의 해결방안 및 구체적인 법조문을 제시하고자 한다. 제안된 법개정안의 조문의 내용은 다른 곳에 맡기고,³⁾ 여기서는 기본적 해결방안 및 법적 원리를 살펴보고자 한다.

2) 최근 한국전쟁기의 양민학살에 대하여 여러 보고가 나와 있다. 서중석, **조봉암과 1950년대(하): 피해대중과 학살의 정치학**, 역사비평사, 1999; 김동춘, **전쟁과 사회: 우리에게 한국전쟁은 무엇이었나?**, 돌베개, 2000 등. 거창사건의 주모자로 처벌받았던 오익경도 사건발생후 20년이 지나 증언한 내용 가운데 거창만의 사건이 아니었음을 다음과 같이 증언하고 있음도 참고할 수 있다. “그 당시 급박했던 제반 상황과, 그리고 규모는 달랐지만 거창 이외의 토벌 지역에서도 비슷한 일이 더러 있었지요.”(중앙일보사 편, **민족의 증언 4**, 중앙일보사, 1983, 240쪽)

3) 서울대학교 법과대학, **거창사건의 진상규명 및 법적 해결**, 2000년 12월, 5-17

II. 거창사건의 경과와 특징

거창사건은 다음과 같은 뚜렷한 특징을 갖는다.

첫째, 국가권력에 의한 무고한 양민의 대량학살사건이다. 719명의 희생자 중 남자가 331명, 여자가 388명으로 여자의 숫자가 더 많다. 연령별로 볼 때 3살 이하가 100명, 4살에서 10살 사이가 191명, 11살에서 14살 사이가 68명, 60세 이상이 66명 등으로 나타난다.⁴⁾ 어떤 의미에서도 공비, 통비분자의 낙인을 찍을 수 없는 무고한 양민들이 무차별로 학살되었으며, 간신히 살아남은 자들도 상처와 함께 평생을 살아야 했다. 인명피해 뿐 아니었다. 농가의 소실, 식량 및 농우의 약탈 등의 재산피해 역시 적지 않았다. 한마디로 지역공동체의 생명·신체·재산 전체가 초토화의 공격을 받았다. 일부 왜곡되어 있긴 하지만, 거창사건을 자행한 육군 제11사단의 사단장 최덕신(崔德新)이 국방부에 제출한 다음 보고서에서도 국군의 범죄사실이 뚜렷이 적시되어 있다.⁵⁾

① 주민학살의 원인

신원면 일대의 각 부락민은 남녀노소를 불문하고 적정(敵情)에 대하여 함구할 뿐 아니라 식사 기타 금품을 제공했기 때문에 비참한 민족사를 연출했음.

② 국민에게 주는 반향

적성분자라고 대거 학살한 주민들 중에는 적성분자도 간혹 있거니와 대부분이 양민이며 심지어는 경찰관 가족이 포함되어 있었고, 무차별적인 사격에 주민들은 무한한 공포심을 품고 있으며 군에 대한 신뢰가 전무한 현상임.⁶⁾

③ 국군비행에 대한 여론

신원면 지구 작전부대에 대한 주민의 여론은 대단하며 특히 부녀자에 대한 강간사건 및 주민에 대한 물품강요 강탈 등 심지어는 주민의 소유재산을 약탈하여 주민에게 오히려 강매하는 처사 등에 대하여 국민은 격분을 금하지 못하

참조.

4) 신원유족회 작성, **거창사건 당시의 사망자명부**, 1951에 의함.

5) 김재형, “거창의 슬픈 학살극”, 오소백 편, **우리는 이렇게 살아왔다**, 광화문출판사, 1962, 165-166.

6) 이렇게 거창군 신원면 주민들의 일부가 적에게 물자를 제공하고 적정에 함구한 것이 학살의 한 배경을 이룬다는 사단측의 주장에 대한 반박은 박명립, “거창양민학살과 한국전쟁기의 민간인학살 문제의 조명”, **거창사건의 진상규명 및 법적 해결**, 서울대학교 법과대학, 2001, 99-107을 참조할 수 있다.

고 있는 현상임.

④ 사살시체 처리결과

1951년 3월 10일경 신원면 과정리 및 대현리에서 사살한 주민의 시체를 제9연대 한소령은 부하 100여 명을 출동시켜 그 중 약 40명은 고지에 은밀히 배치하여 지방민의 출입을 엄계(嚴戒)케 하고 약 100명 정도의 인원으로써 현지에 방치된 양민의 시체를 현지로부터 약 2키로 떨어진 계곡에 은밀히 암장하였음. 이 작업도중 국회의원과 지방유지 등이 현지를 시찰코자 한 바 현지에 배치되고 있는 경계병이 다발총성에 의하여 동 일행은 뜻을 못 이루고 돌아갔다 함.

이러한 내부보고에서도 분명하게 드러나는 것은 국군병력의 권력남용 현상이다. 주민의 인명과 재산을 마음대로 처분할 수 있다는 사고, 주어진 권력을 자신들의 욕구를 충족시키기 위해 쓸 수 있는 자세, 그리고 진실의 은폐를 위해 군병력을 체계적으로 동원하고 이를 조장하는 세력들이 적어도 군의 일부에 미만해 있었다는 사실이 드러난다. 바로 이러한 분위기가 군에 의한 주민의 대량학살을 야기할 수 있었던 배경을 이루는 것이다.

둘째, 거창사건은 진상규명을 위한 치절한 노력 면에서 다른 사건의 귀감이 된다. 살아남은 유족과 가족의 끈질긴 노력은 군·관·정·언론을 움직였고, 이들 중 양심적인 인사들이 진상규명을 위해 음양으로 노력하게 하는 동기를 불러일으켰다. 가장 중요하게는 전시 국회의 진상규명에의 의지와 노력을 들 수 있다. 국회는 폭로와 진상조사 결의, 그리고 현지방문 등을 통해 공권력에 의한 인권침해를 방지하려 최선의 노력을 경주하였다. 조사성과 자체만 보면 미흡한 점이 적지 않았지만, 국회의 조사활동은 다시 조직적인 방해책동을 노출시킴으로써 누가 이 사건에 책임이 있고 이 사건을 은폐하려 드는가를 드러내는 부수적 효과를 내었다. 책임자처벌에 대한 국회의 의지는 다음의 「대정부결의안」에서 분명하게 드러난다.⁷⁾

187인의 처형은 고등군법회의에서 행한 것이라 하나 법무관의 출정이 없는 재판이었다는 사실이 판명되었으며 ... 피고인의 명부도 전연 없으니 이는 법치 국가에 실재할 수 없는 비합법적 행형이라고 단언하지 않을 수 없다. ... 헌정

7) 1951. 5. 8. 서이환 의원의 발의로 국회는 대정부결의안을 채택하기로 의결한 뒤, 5. 14. 이를 정부로 이송했다. 대한민국국회사무처, **국회사: 제헌국회, 제2대국회, 제3대국회**, 1971, 497쪽.

의 제도인 민주정치의 달성보장을 기하기 위해서는 지도감독의 책임이 있는 사장단장 이하의 각 책임자와 현지의 행정책임자를 준엄하게 처벌 또는 징계함으로써 행정의 과오를 시정 천명하여야 한다는 것을 공언하는 바이다.

국회의 의지와 함께 행정부와 군부 내부의 진상조사의지도 결코 경시될 수 없다. 거창사건 조사를 둘러싸고 벌어진 정치적 갈등은 세 장관(국방·내무·법무)의 사임, 부통령의 사임을 유발시킴으로써 관련자들을 마침내 법정으로 끌어들이는 도화선이 된 것은 틀림없다.⁸⁾

셋째, 양민학살에 직접 관여한 지휘관들이 재판을 통해 유죄판결을 받았다는 사실이다. 1951. 7. 27. 고등군법회의가 개정되었고, 이들에 대한 판결은 동년 12. 16. 선고가 내려졌다. 고등군법회의의 판결에서 거창학살 자체와 관련된 판결내용을 보면, 연대장으로 인정된 육군대령 오익경에 대하여 살인(유죄), 군무불신임 초래(유죄), 문서위조(무죄)로 하여 무기징역, 전금료 몰수, 파면 등이 선고되었다. 또한 대대장이었던 한동석에 대하여 살인(유죄), 군무불신임 초래(유죄)로 인정되어 징역 10년, 전금료 몰수, 파면 등이 선고되었다. 소대장이종대에 대하여는 무죄가 선고되었다. 다음은 각자의 살인에 대해 관여 여부 및 관여내용의 요지를 인용한 것이다.⁹⁾

오익경(작전 연대장): “피고인의 예하 부대장에 하달하는 그 작명부록(作命附錄)에서 「적의 손에 있는 사람은 전원 총살하라」고 명령함으로써 此 作命에 기하여 그 예하 부대장이 적의 손이 있는 즉 적의 세력 하에 있는 사람은 戰鬥員 아닌 非戰鬥員까지도 무차별 살해할 찌도 알 수 없음을 인식하고, 또 비전투원은 작전에 있어서 그 살해 등이 嚴禁되어 있음을 知悉하였음에도 불구하고, 비전투원의 살해를 용인하고, 그 살해를 명한 점으로써 인정되는 바임.”

한동석(작전 대대장): “피고인은 본건 당시 대대장의 중책을 맡고 있던 육군 소령이라는 고급장교이었으므로, 작전에 있어서 비전투원에 대한 살해 등의 가해행위는 엄금되어 있음을 知悉하였을 것임으로, 설혹 聯隊作命이 「적의 손에 있는 사람은 전원 총살하라」는 애매한 작명이었다 할찌라도 피고인은 대대장으

8) 차석규, 앞의 책(1988), 133쪽.

9) 현재까지 거창사건에 대한 고등군법회의의 판결문 정본은 공개되어 있지 않다. 다만 1952. 1. 9. 육군본부 법무감 명의로 작성되어 국방부장관의 승인을 받은 「고등군법회의의 판결확인」이란 서류에 개개인에 대한 판시사항이 나와 있다. 인용은 바로 이 판결확인이다.

로서 此 작명 수행에 있어서는 그 애매한 점은 상부에 질의를 하든지 혹은 긴급한 경우에는 該 명령은 작전명령임으로 어디까지나 작전명령으로서의 정당한 해석과 판단을 가하여써 그 「전원」이라 함은 「전투원」을 지칭하는 것이라고 해석하여야 할 것임에도 불구하고, 전시 작명의 문구가 모호하였음을 기화로 그 부하로 하여금 전투원과 비전투원의 구별없이 此를 전시와 如히 살해케 한 점으로써 인정할 수 있음.”

이종대(작전 소대장): “전시 범죄사실과 如히 총살한 피고인의 所爲는 인정되나, 此는 대대장의 작명실행행위로서 한 것임으로 그 犯意 없음이 귀착한다.”

이러한 사실관계의 토대 위에서 내려진 판결주문은 명령권자에 대하여는 “즉결처분이라는 국법명령을 부하 군대에 하달함으로써 천부된 인권을 유린하였”다는 것과 함께, 현장지휘관에 대하여는 “依命 행동한 부대장도 일부 피의자를 경솔히 총살하여 명령범위를 이탈하였다”, 혹은 “상부의 착오된 방침 정신을 악용하여 사태를 가일층 악하게 하였다”고 하는 것이다. 다시 말해 오익경은 명령권자로 불법한 명령지시를 하달하였고, 한동석은 상부의 명령지시의 범위를 이탈한 책임을 인정한 것이다.

이 판결의 문제점은 그동안 누차 지적되어온 바와 같다. 피해자수가 축소되었고, 대량학살과 관련하여 처벌된 자가 2인에 불과했으며, 형량도 다른 범죄에 비해 훨씬 낮은 편이었고, 1년여가 지나 관련자들이 석방됨으로써¹⁰⁾ 그 낮은 선고형마저 제대로 집행되지 않았다. 더욱이 이들은 이후 고위공직을 계속 역임했던 것을 볼 때 과연 그 때의 재판의 의미가 무엇이었던가 하는 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 국가범죄(state crime)의 경우 가해자에 대한 엄정한 처벌에 못지 않게 중요한 것은 바로 관련자의 처벌을 통하여 범죄에 대한 궁극적 책임이 바로 국가에 있음을 법적으로 확인하는 것이다. 그러한 법적 확인은 명예회복 및 손해배상을 청구할 수 있는 법적 근거가 되기에 충분하다. 이 정도의 국가책임의 인정도 결코 용이하지 않았음은 거창사건을 둘러싼 1951년의 정국과 군부 내의 침예한 대치상을 생각해보기만 해도 충분히 짐작

10) 오익경은 1년을 복역하다가 1952년 9월 출감하여 복권되었고, 한동석 역시 1952년 10월 출감, 복권되었다. 오익경은 심지어 군에 복귀하여 4년여 활동하였고, 한동석은 춘천시장 등을 역임하였다. 김종원은 1952년 3월 대통령 특사로 풀려나 복권, 전남 경찰국장이 되고 그 후 치안국장에까지 승진했다. 사단장이었던 최덕신은 처벌은 커녕 휴전회담 한국측 대표를 역임하고 내내 고위직을 역임하였다. 중앙일보사 편, **민족의 증언**(1983), 243-246 참조.

할 수 있다. 어쨌든 여러 고비를 거쳐 내려진 거창사건 재판은 한국전쟁을 전후하여 저질러진 양민학살사건 중 유일한 재판으로서의 기록을 남기게 되었다.

넷째, 거창사건의 명예회복을 위한 지난한 노력이다. 사건 직후에도 그런 노력이 진행되었지만, 특히 4·19직후 명예회복을 위한 노력이 진행되었다. 4·19직후 거창유족들의 한풀이가 박영보 면장의 타살사건으로 나타나자 그 사건 관련자의 처벌에 앞서 거창사건의 진상조사부터 선행되어야 한다는 비등한 여론이 조성되었다. 그리하여 국회는 거창사건을 위시하여 「양민학살사건진상조사특별위원회」를 구성하여 그 조사결과를 『양민학살사건진상조사보고서』(1960. 6. 21.)의 형태로 결의하게 된다.¹¹⁾ 이같이 거창사건은 한국전쟁기의 다른 양민학살의 문제를 본격적으로 제기하는 도화선을 제공하는 역사적 역할을 수행하였다. 다만 이같은 진상조사작업은 2공화국의 소극적 태도 앞에 더 이상의 진전을 보지 못하였다. 더욱이 5·16 직후 군정세력들은 유족회를 용공단체로 몰아 강제해산 시켰고, 유족회 회장 이하 18명이 군법회의에 회부되어 처벌받는 수난을 겪게 되었다.¹²⁾ 그러한 탄압에도 불구하고 유족들의 노력은 끊이지 않았다. 1980년대 5공 초반에도 진상규명 및 명예회복을 위한 유족들의 주장이 이어졌다. 1987년 6월 이후 민주화의 도상에서 국회의원 과반수의 발의로 「거창양민학살사건명예회복및배상에관한특별조치법안」¹³⁾이 13대 국회에서 심의되던 중 회기만료로 자동폐기된 바 있다. 이어 1995년에 이르러 보상관련 조항을 제외하고 명예회복과 위령사업을 위주로 한 「거창사건관련자명예회복에관한특별조치법안」이 발의¹⁴⁾되었고, 그것은 일부 조항의 수정을 거쳐 1995. 12. 18. 국회를 통과하여, 1996. 1. 5. 공포되었다(이하에서 거창사건관련자명예회복에관한특별조치법은 “거창법”이라 한다). 이같이 명예회복을 위한 입법화작업은 몇십 년의 노력이 축적되어 결국 일부 수정된 형태로나마 법률의 형태로 결실

11) 이 보고서에서는 “사건을 조사하는 기간과 인원이 극히 제한되었다는 점, 경찰기관의 마비로 인해 현지지역의 협조를 충분히 얻지 못하였다는 점, 전체 피해상의 명확한 수적 파악에 이르지 못하였음을 인정하고, 피해에 대한 전체적이고 정확한 실정과 수자를 파악하기에 상당한 시일과 인원이 필요할 것으로 사료된다”고 하였다. 결론적으로 “악질적 관계자의 엄중한 처벌과 피해자에 대한 보상제도를 설정하기 위하여 기존 법률에 의한 일사부재리 원칙이나 시효의 저촉 규정에 관계없이 특별법으로 가칭 『양민학살사건처리특별조치법』의 제정을 촉구한다”고 결의하였다.

12) 노민영·강희정, 앞의 책, 161쪽 이하.

13) 1989. 10. 18. 김동영·정상용·김홍만 의원 외 162인.

14) 1995. 11. 30. 이강두 의원 외 20인 발의.

을 거두었던 것이다. 법률의 내용은 물론 매우 많은 미비점을 안고 있다. 하지만 그 법안의 통과 자체로 한국전쟁전후의 양민학살에 대한 명예회복을 위한 법적 조치가 처음으로 이루어졌다는 성과는 경시될 수 없다.

다섯째, 거창사건에 대하여 명예회복 및 위령사업 등은 법적 뒷받침을 얻어 행정적 시행이 이루어지고 있지만, 피해자와 그 유족의 입장에서 볼 때 현재까지의 법적 해결은 그야말로 시작단계에 불과하다. 과거청산작업은 국가의 책임소재 인정 및 가해자의 처벌만으로 충분한 것이 될 수 없다. 진정한 의미의 과거청산작업은 가해자 처벌을 넘어서 피해자를 위한 회복적 정의(restorative justice)의 단계에 진입할 때 비로소 본격적인 결실을 내디디는 것이다. 최근 거창사건관련자 및 그 유족들이 대한민국정부를 상대로 낸 손해배상소송에서 제1심 재판부는 과거청산의 과제를 다음과 같이 명시하고 있다.¹⁵⁾

비무장 민간인에 대하여 조직적으로 군사력을 동원하여 그 생명권을 집단적으로 침해하는 이른바 민간인학살사건은, 그 가해자가 한 개인이 아니라 국민에 대하여 우월한 지위를 가지는 국가 자신이므로, 이러한 민간인학살행위에 대하여, 국가는 학살사건 이후에는 적어도, 첫째, 민간인학살행위의 진상을 공식적으로 규명하고, 둘째, 희생자의 명예를 회복시켜주고 적절한 배상을 하며, 셋째, 학살의 책임자를 처벌하고, 넷째, 재발방지책을 마련할 의무를 진다고 할 것이다. 또한 국가는 그 구성원인 국민의 생명권을 보호할 의무가 있으므로(헌법 제10조 참조), 국가공권력에 의한 조직적인 민간인학살행위로 인하여 국민의 생명이 집단적으로 침해되었을 경우에, 국민은 국가에 대하여 그 진상을 밝힐 것을 요구할 권리(伸冤權 내지 알 권리)와, 그 희생자들에 대한 명예회복, 손해배상, 재발방지를 위한 사후조치를 취할 것을 요구할 권리가 있다고 할 것이다. 만약 국가가 국민에 대한 위와 같은 보호의무를 다하지 아니한 결과, 희생자들에 대하여 피해를 발생시킨 것에 그치지 아니하고, 살아남은 피해자나 그 유족들에 대하여도 파생된 권리침해를 계속적으로 야기하는 경우에는, 이로 인한 정신적 고통에 대하여 위자료를 지급할 의무가 있다고 보아야 할 것이다.

재판부는 이렇게 과거청산의 원칙을 인정하고 국가가 의무를 해태하여 유족들에 대하여 계속적인 권리침해를 당하게 한데 대하여 원상회복적 의미의 조치가 필요함을 일반적으로 인정하고 있다. 다만 소멸시효의 완성 등의 법적

15) 창원지방법원 진주지원 2001. 10. 26. 2001가합430.

장애가 피해자의 권리추구의 길을 봉쇄하고 있기에, 이런 문제는 기본적으로 입법적 조치를 통해 해결되어야 할 것을 인정하고 있다. 이같은 판결을 보더라도 이제는 회복적 정의를 확립하기 위한 국가차원의 입법적 조치는 더 이상 유예될 수 없는 단계에 이르렀다고 할 수 있다.

한국에서 과거청산의 기본원칙은, 위의 판결에서도 볼 수 있듯이, 진상규명, 책임자처벌, 명예회복, 피해보상, 정신계승 등으로 정립될 수 있다. 이러한 원칙은 광주민주화운동의 해법으로 정립되었다.¹⁶⁾ 광주의 집단적 피해에 대하여는 입법, 사법, 행정부의 일련의 조치를 통해 이러한 해법은 대개 실현되었다.¹⁷⁾ 이러한 원칙은 광주에 한한 것이 될 수 없다. 이 원칙은 과거청산의 기본원칙으로 인정될 수 있으며, 과거의 국가에 의한 대량적 인권침해에 대해 일반적으로 적용되어야 한다. 물론 50년이 지난 사건에 대해 적용될 때는 일부수정이 불가피함을 인정해야 할 것이다. 예컨대 책임자처벌은 국가의 책임 소재 인정으로, 손해배상은 국가의 불법 여부를 명확히 가리기 힘든 상황에서는 배상적 의미가 있는 상징적 보상(가령 위령사업 지원) 및 개별적 보상으로 재구성될 수 있다. 과거청산의 목적을 국민화합, 인권신장, 민주발전에 둘 때 더욱 그러한 요청이 강해지는 측면이 있다고 생각된다.

한편 거창사건은 한국전쟁기에 발생한 다른 유사사건에 대해 끼치는 의미가 매우 크다. 거창과 같은 국가에 의한 대량적 인권침해의 현실이 있고, 거창과 매우 유사한 상황에서 생겨난 집단적 민간희생자들이 있었다. 거창법의 제정 이후 한국전쟁을 전후한 민간인희생에 대하여 사건별로 입법안들이 최근 몇 년 사이에 발의되었으며, 제주 4·3사건에 대하여는 진상규명 및 명예회복을 위한 별도의 입법이 제정·시행 중에 있다. 특히 한국전쟁 전후의 민간인희생에 대한 진상조사 및 명예회복을 위한 통합적인 입법안이 두 가지 안으로 입안되어 국회에 계류 중에 있다.

그런데 다른 사건은 진상규명, 국가의 책임소재 인정 측면에서 거창보다 매우 뒤쳐져 있다. 다시 말해 다른 사건의 경우 진상의 정확한 규명을 통해 국가의 책임소재를 입증받기 위한 법적 승인의 단계를 거쳐야 한다. 그런 단계

16) 한인섭, “5·18재판과 과거청산”, **한국형사법과 법의 지배**, 1998, 155-194 참조.

17) 물론 피해자를 위한 회복적 정의의 견지에서 미흡함은 여전히 남아있다. 이를 규명한 것으로는 변주나·박원순 편, **치유되지 않은 5월: 20년후 광주민중항쟁 피해자 실상 및 대책**, 도서출판 다해, 2000 참조.

를 거쳐 거창사건과의 본질적 유사성이 인정되면, 거창사건에서 시행되고 있는 해법이 적용될 수 있을 것이다. 그런 점에서 거창사건처리의 현실은 다른 사건의 미래가 된다. 이 때문에 거창사건에 대한 해결책은 국가형성기에 자행된 대량적 인권침해의 바람직한 해법을 제시하는 모델을 창출해야 할 임무를 지고 있다.

현재 국회에는 현행법의 미비점을 보완하기 위한 개정안이 「거창사건등관련 자 명예회복에 관한 특별법개정법률안」의 이름으로 이강두 의원 외 30인에 의해 발의되어 국회의 심의를 기다리고 있다. 그러나 그 법안 역시 상당부분에서 기존법의 미비점을 답습하고 있거나 불확실성을 남기고 있다. 때문에 본고에서는 이 법의 개정단계에서 법의 기본원칙 및 조문의 대안을 제공하려는 것이다.

III. 거창법의 의의와 문제—개정이 필요한 이유

1. 거창사건 해결의 원칙과 문제

거창사건은 한국전쟁 전후하여 일어난 비무장의 민간인에 대한 학살사건 가운데 대략적인 경과가 알려지고 국가불법이 공식적으로 인정된 유일한 사건이다. 사건이 폭로될 당시부터 진상을 은폐하려는 세력과 진상을 규명하려는 세력간의 첨예한 갈등이 벌어졌고, 그 때문에 모든 진상이 남김없이 밝혀질 수는 없었다. 그러나 주요사실, 즉 누가, 언제, 어디서, 누구를 얼마나, 어떻게, 왜 죽였는가 하는 점은 규명되었다. 다시 말해 거창법에서 정의되었듯이, “국군병력이 공비토벌을 이유로 작전수행 중 주민들이 희생당한 사건”임은 확정되었다는 것이다. 전쟁과정 중에 인명피해는 평시보다 훨씬 일어나기 쉽고, 또 어떤 면에서 불가피한 측면도 적지 않다. 그러나 전쟁의 그 어떤 불가피성을 이유로 삼아도 정당화되거나 변명될 수 없는 부분이 있다. 거창사건과 같은 비무장민간인·항거가능성이 없는 주민들을 상대로 전투행위를 감행하듯 살육하는 것을 정당화할 국가권력은 존재할 수 없다. 그러기에 거창사건의 경우 가해자들은 이 사실을 은폐·조작하려고 했지 누구도 떳떳하게 자신의 행위가 정당했음을 주장할 수 없었던 것이다.

거창학살의 특징을 추출해보면 다음과 같다.

- ① 발생의 장소와 일시: 경상남도 거창군 신원면 일대에서 1951년 2월 9일에

서 11일 사이.

- ② 주체: 국군병력, 그 중에서도 11사단의 작전명령에 따라 예하 부대가 감행.
- ③ 대상: 아동, 노인, 부녀가 다수 포함된 비무장의 민간인 혹은 “양민”
- ④ 방법: 무차별의 인명살상과 물자파괴 및 공동체의 초토화 야기. 법적 절차를 완전히 무시하고, 심지어 약식절차도 없이 그대로 집행하였다는 점¹⁸⁾에서 원천적인 불법이자 범죄행위에 속한다.¹⁹⁾
- ⑤ 명목: 공비토벌.

이 중 공비토벌의 작전에 대하여는 다소 부연설명이 필요하다. 작전을 정규 작전과 토벌작전으로 나눈다면, 전자는 대치하고 있는 정규군과의 전투작전을 말하며 후자는 게릴라에 대한 전투작전을 말한다. 전자의 경우 적이 명확한데 반해, 후자의 경우에는 게릴라는 주민 속에 근거지를 구축하려고 하므로 적(敵)과 아(我)가 반드시 명료하게 구분되지 않으며 그 때문에 ‘통비분자’ ‘적성분자’ 등을 가려내기 위한 보다 복잡한 과정을 필요로 하게 된다. 그런데 11사단의 작전방침은 견벽청야 작전이었다. 그것은 적/아의 중간선을 없애고, 적의 접근가능성 있는 물자와 가옥을 파괴, 초토화시키고 인명을 소개(疏開)시키게 되는데, 11사단의 경우 그 작전을 무리하게 적용하여 아예 일반주민의 생명과 자유마저 유린한 잘못을 저질렀던 것이다. 다시 말해 게릴라 토벌작전에 있어 우리 국민인 주민들을 어떻게 다룰 것인가에 대한 섬세한 접근이 완전히 결여하고 있었고, 그럼으로써 무고한 주민의 학살의 가능성을 열었던 것이다.

그러한 권력남용에 의한 인명살상의 위험성이 인지되지 않았던 것이 아니다. 개전 초기부터, 특히 서울수복 직후에, “빨갱이는 씨를 말려야 한다”는 명분으로 갖가지 권력남용적 보복 및 처단이 널리 행해졌다. 이러한 광범위한 불법상황을 막기 위하여 국회는 사형금지법(私刑禁止法)을 1950. 12. 1.일자로 제정하였다. 그 법이 제대로 준수되고 교육되었더라면 거창사건 등을 방지할

18) 이 점은 매우 많은 문제를 초래했지만 그래도 약식의 법적 절차를 밟아 처벌이 이루어졌던 부역자재판과도 구별되며, 그보다 훨씬 더한 인권유린이었음은 말할 것도 없다. 부역자재판의 문제점에 대하여는 한인섭, “한국전쟁과 형사법: 부역자처벌 및 민간인학살과 관련된 법적 문제를 중심으로”, **서울대학교 법학** 제41권 2호, 서울대학교 법학연구소, 2000. 9, 135-179 참조.

19) 당시 즉결처분이 분대장 이상에게 부여되었지만 그것 자체도 대단한 인권유린의 가능성을 지녀 1년 뒤에 폐지되었다. 이러한 즉결처분권은 작전중의 군대에 대한 것이지 민간인에 대한 처형의 근거가 될 수 없음을 당연하다.

수 있었을 것이다.²⁰⁾ 그러나 이승만 정권은 그러한 의지를 처음부터 전혀 갖고 있지 않았다. 오히려 ‘빨갱이에게 무슨 국민으로서의 권리냐’는 발상 앞에 무차별적 인권유린을 저지르고도 전혀 처벌받지 않을 수 있는 여건을 제공했다. 거창사건은 공비토벌을 명분으로 하여 국가가 국민에게 무자비한 인권침해를 대량적으로 자행한 본보기적 사건이다.

그러나 거창사건의 처리 경과는 다른 양민학살사건의 경우보다 훨씬 앞선 진전을 보여주고 있다. 그것은 다음과 같이 요약될 것이다.

⑥ 국가책임 및 처벌: 국가권력에 의한 불법의 시인과 가해자처벌이 이루어졌다. 물론 가해자처벌의 범위 및 책임인정범위가 축소되었다고 하더라도, 국가불법이라는 책임소재를 확실히 함으로써, 이후 정부가 진상규명 및 명예회복을 위한 입법작업을 논리적으로 거부할 수 없는 상황을 낳았다.

⑦ 사실확정: 진상규명의 노력이 앞섰다. 진상을 은폐·축소·조작하려는 권력층이 있었는가 하면, 그에 맞서 진상을 제대로 조사하려는 노력이 군부, 관료계, 정치권에서 이루어졌다. 그 가운데 유족들의 목숨을 건 진상규명의지와 거창출신의 신중목 국회의원의 노력은 특기되어야 할 것이다. 이러한 노력으로 인해 가해주체 및 피해자의 확정, 학살경위의 확인작업 등이 일찌감치 이루어졌다는 것이다.

⑧ 법적 뒷받침: 우여곡절 끝에 특별입법이 제정되어, 명예회복·위령사업·역사관 건립 등의 작업이 추진되고 있는 중이다.

이같은 거창사건의 처리경과를 통해 볼 때 과거청산의 기본원칙에 비추어 여러 미흡함을 아직도 지니고 있음이 사실이다. 진상과 관련하여 가해자의 지휘선에 대한 사실조사가 되어 있지 않으며, 그 때문에 책임자처벌도 매우 불충분하게 이루어졌다. 특히 책임소재가 연대장 선 이상으로 추급되지 않아, 그것이 권력형 국가범죄임을 충분히 밝혀내지 못하였던 것이 가장 큰 아쉬움으로 남는

20) 사형금지법에서 私刑이라 함은 “역도 또는 부역행위자에 대한 처벌을 이유로 법률이 정하는 바에 의한 수속 또는 재판을 經하지 아니하고 타인의 생명·신체·자유·재산에 침해를 가함을 말한다.” 한마디로 사형이란 권력남용행위를 가리킨다. 특히 동법 제3조에는 “군사 또는 치안의 업무를 수행하는 자가 비상사태를 빙자하여 私刑을 감행하거나 私刑을 명령 또는 용인하였을 때”에는 매우 가중된 형에 처하도록 하였다. 이 법의 적용대상은 군인, 경찰관, 청년방위대원, 군사 및 치안의 임무에 종사하는 일체의 인원을 가리키는 것이었다. 이와 같이 私刑이란 이름으로 지칭되었던 권력남용적 인권침해행위의 대표적인 형태가 거창사건임은 말할 것도 없다.

대목이다. 가해자가 처벌된 뒤에도 거창주민들을 덮고 있었던 불명예는 씻겨지지 않고 그 때문에 군사정권하에서의 여러 탄압을 받아야 했다. 물론 명예회복의 점에만 국한한다면 적어도 거창법의 제정으로 명예회복이 법적으로 확실하게 이루어졌다고 볼 수 있으며, 위령사업 등을 통해 명예회복의 실질적인 구현이 이루어지고 있는 중이다. 피해자와 그 유족에 대한 보상/배상의 문제에 대하여는 아직 진척이 없다. 국가불법이 확인된 사안에 있어서 그에 대해 배상을 받을 권리가 있음에도 국가는 배상하지 않았으며, 피해당사자들은 배상을 구할 엄두를 내지 못하였다. 정신계승을 위한 위령사업 등은 최근해야 일보를 내디디고 있는 것에 불과하다.

요컨대 거창사건 자체에 대해서는 진상규명, 책임자소제, 명예회복, 등의 과제는 미흡하게나마 처리되었거나 처리되고 있는 반면, 보상의 문제는 전혀 진척되지 못하고 있는 상태이며 정신계승의 측면은 미완의 과제로 남아 있다. 보상의 문제는 과거청산에서 매우 중요한 과제이다. 개개인의 생명·신체·자유·재산의 보장을 그 존립근거로 삼고 있는 국가에 의해 그것의 침해가 자행되었다면, 그에 대하여 즉각적으로 개별적인 배상/보상이 뒤따르는 것은 현재의 법논리에서 당연하다. 집단적 위령사업 만으로는 개인적 고통이 일부 완화될 수는 있지만, 치유되는 것은 아니다. 보상은 또한 진상의 더욱 정확한 확인을 유도하는 가장 유력한 방법이기도 하다는 점이 유의되어야 할 것이다.

2. 적용범위를 둘러싼 불확실성과 논란

거창법을 둘러싼 가장 큰 논란은 거창사건 만의 해결을 위한 법인가 아니면 거창사건 및 거창과 같은 종류의 양민학살사건을 해결하기 위한 법인가 하는 문제이다. 연혁적으로 보면 이 법안은 원래 ‘거창사건만’을 다루기 위한 특별법안으로 시작되었다. 1980년대의 거창사건 입법화작업 및 1995년도의 입법화작업 모두 거창사건에 대한 명예회복 및 배상을 위한 법안이었던 것이다.

그러나 1995년 국회의 입법화 과정에서 이 법안들은 거창사건과 같은 양민학살사건을 다루기 위한 특별법안으로 바뀌었다. 그 입법기술은 ‘거창사건’에다 ‘등’을 붙이고, ‘거창사건등’의 개념을 ‘공비토벌을 이유로 국군병력이 작전수행 중 주민들이 희생당한 사건’으로 정의하였다. 그런데 그 법적 정의 자체만 들여다보면, 그것은 시기·장소의 제한없이 ‘국군병력, 공비토벌, 주민희생’의 핵심어를 공유하고 있는 사건에 폭넓게 영향이 미치게 된다. 물론 행정적으로는

이렇게 넓은 범위에 적용하려는 시도가 전혀 없다. 그 때문에 법적 개념과 정치적·행정적 적용간의 중대한 불일치가 생겨나고 그를 둘러싼 민원들이 거듭 제기될 수 있다. 이 문제에 대한 해법을 이번 법개정에서 분명하게 제시하지 않으면 안될 것이다. 적어도 우리는 ‘거창사건’이란 핵심어 때문에 이 법의 적용범위를 지나치게 확대할 수 없는 반면, ‘등’에 대한 법적 정의를 통해 이미 형성된 법적 기대를 무조건 일축할 수 없다는 점에서 이미 정해진 ‘거창사건 등’을 ‘거창사건’만으로 환원시키기엔 어려움이 따른다.

또 하나 염두에 둘 것은 거창사건과 거창유사사건 사이의 처리진도상의 차이이다. 앞에서 열거한 거창사건의 특성 가운데 ①②③④⑤를 공유하고 있는 사건이라 하더라도, ⑥⑦⑧을 공유하고 있지 않는 이상 자신의 관심지역의 학살사건이 거창유사사건이라는 주장은 아직 국가적 승인을 얻지 못한 주장으로 남아있게 된다. 따라서 먼저 ‘등’에 해당하는 거창유사사건의 지위를 법인(法認)받기 위한 입증작업이 선행되어야 할 것이다. 그러한 입증 및 법적 승인 작업이 이루어지면, 그 법적 효과로서의 명예회복 및 보상 등을 청구할 수 있게 될 것이다.

그런데 현행법으로는 ‘등’의 개념설정만 있을 뿐, 자신의 관심지역의 사건이 그에 포함될 수 있는지를 밝히기 위한 절차의 미비로 인해 법적 불확실성을 해소할 방법이 없었다. 때문에 이번 법개정안에서는 이 문제에 대한 적절한 절차를 마련해야 할 과제가 도출된다.

3. 개정시안 작성의 원칙

이번의 법은 제정이 아니라 개정이다. 따라서 내용적으로는 그간의 과거청산입법의 발전을 반영하고 과거청산의 기본원칙에 어울리는 내용을 담아야 하겠지만, 법제정이 아닌 개정이기 때문에 갖는 한계를 무시할 수는 없다고 본다. 때문에 개정시안을 준비할 때 다음을 유의하고자 한다.

첫째, 제정이 아닌 개정이므로 약간 어색한 용어도 이 법의 성격 자체를 좌우할 중요한 용어는 그대로 두기로 한다.

둘째, 현행법 중에서 불확실성이 높은 부분, 절차가 제대로 되어 있지 않는 부분은 명확하게 다듬어 차후 해석상의 문제로 인한 불필요한 소모를 최소화한다.

셋째, 시행주체로서 중앙의 심의위원회와 시·도의 실무위원회와의 업무분장을 명확히 한다.

넷째, 거창사건 및 유사사건을 논리적으로 구분하여 법적 절차를 규정하고

자 한다. 거창사건의 경우 이 법의 존립근거가 되는 부분이다. 거창사건의 경우(유족 확정, 호적정정 등을 위한 약간의 보완적인 의미의 진상조사가 필요한 부분을 제외하고) 명예회복 및 보상의 신청으로 바로 나아갈 수 있다. 그것은 최근의 거창사건관련 지방법원 판결에서도 보듯이 소멸시효 등의 법적 장애를 제거하면, 지금도 법원의 재판을 통해 보상 등을 확보할 수 있는 수준이기 때문이다. 거창과 실질적으로 동등한 사건의 경우 그 법적 구제조치를 위한 준비작업 — 희생자 명부작성, 희생사유, 희생시킨 주체의 확정, 희생일시의 확정, 그리고 그에 대한 국가불법(부당)의 공적 선언 — 면에서 보다 진전된 작업이 필요할 것이다. 따라서 이러한 사건의 경우 그 희생의 주체, 내용 등에서 거창사건과의 실질적 동질성을 공적으로 확인받는 절차가 필요할 것이다. 개정시안에서는 그 소정의 절차를 마련하여, 피해지역의 주장을 받고 확인할 수 있는 장을 마련할 것이다.

IV. 거창법의 개정시안—내용 및 조문화

1. 목적

목적 규정에 약간의 변화를 가하는 것이 바람직하다. 현행법은 사망자와 유족에게 가해진 불명예에 대하여 명예를 회복시키는 것을 일차적인 목적으로 규정하고 있다. 명예회복의 목적을 이어받는 것은 당연하다. 그러나 희생자의 범위를 사망자와 그 유족보다 확대하고 특히 피해구제조치로서 명예회복과 함께 보상원칙을 목적으로 선언해야 할 것이다. 보상의 내역은 실질보상이어야 한다. 이러한 국가권력에 의한 대량적 인권침해에 대한 명예회복과 보상을 구하는 것은 다시는 이러한 인권침해가 이루어지지 않아야 한다는 국가적 차원의 확인을 의미하는 것이기에 ‘인권침해의 재발’이 특히 명시되어야 한다. 아울러 과거청산의 목적이 이데올로기적, 정치적 갈등을 더욱 촉발하거나 재발시키는 것이 아니라, 국민화합(national reconciliation)의 견지에서 과거의 갈등을 해소하고 승화시킴으로써 결국은 민주발전의 에너지로 삼아야 한다는 것이므로 ‘국민화합과 민주발전’이 최종적인 목표로 선언되게 되는 것이다.

2. 적용범위를 둘러싼 논란의 정리

① 현행법상 “거창사건등”은 “공비토벌을 이유로 국군병력이 작전수행 중

주민들이 희생당한 사건을 말한다'고 규정하고 있다(제2조). 이 규정에 따르면 거창사건 등이라 할 때 행위의 주체가 국군병력이라는 점, 행위의 태양이 작전수행 중 권력남용으로서 이루어졌다는 점, 피해자가 주민(비무장의 민간인)이라는 점, 피해내용이 주민의 '희생'(전체 조문에서 보면 사망을 중심으로 하고 있다)이라는 점으로 정리된다. 이렇게 ▲국군병력(주체) ▲토벌작전 명목의 권력남용(성격) ▲비무장주민(객체) ▲학살(결과)의 4가지 요소를 갖고 있는 것이 본법의 적용대상이 될 것이다.

이 규정에서의 결정적인 문제점은 시기적, 장소적 범위가 특정되어 있지 않다는 점이다. 이 규정대로라면 제주, 여순, 문경 등 한국전쟁 이전의 학살은 물론이고 한국전쟁 기간중의 광범위한 지역에서 이루어진 국군에 의한 양민학살이 두루 포함되어, 넓게 보면 한국전쟁 전후의 비무장민간인에 대한 국군의 학살 전반에 걸쳐 적용되는 일반범처럼 보여지기도 한다.

물론 이 법을 것처럼 일반법으로서의 성격을 지닌다고 보기는 어렵다. 법률의 연혁이나 제정동기를 보면 애초 거창양민학살사건의 해결을 위해 성안된 법인데, 거기에 위의 4가지 요소 면에서 거창사건과 동등하다고 인정될 수 있는 학살사건이 덧붙여진 것이기 때문이다. 그래서 법이 다소 기형적 모습을 갖고 있다는데 대해서는 별 이의가 없다. 그런데 거창사건과 동등하다고 평가할 수 있는 요소를 어떻게 한정할 수 있는가에 대해 이 법은 어떤 준거점도 명시적으로 규정하고 있지 않았고, 그 때문에 법시행과정에서 여러 혼선과 불만이 제기되었던 것이다.

법제정시점을 전후한 정치적 상황과 국회 속기록 등을 살펴보면, 거창사건 '등'에서 '등'은 산청·함양군의 학살을 염두에 두고 삽입되었음을 알 수 있다. 산청·함양군의 학살은 거창군과 바로 인접지역이고, 학살주체가 같은 사단, 같은 연대 소속의 국군병력이며, 비무장의 민간인에 대해 어떤 재판절차를 거치지 않고 권력을 남용하여 대규모의 학살을 자행하였다고 널리 인정되고 있었다. 시기적으로도 거창사건이 발생한 시점과 하루 이틀 차이밖에 없다. 이러한 점을 들어 비록 국가 차원의 불법인정이나 사법적 판결이 없다고 해도 산청·함양군의 민간인학살을 거창사건과 실질적으로 같은 것으로 여기는 것도 충분히 일리가 있다. 이 법이 제정된 뒤 산청·함양군에 대해서도 거창사건에 준하는 명예회복 및 위령사업이 정부의 지원으로 이루어지고 있는 것은 산청·함양군을 거창사건과 같이 취급할 수 있다는 행정부 나름대로의 판단에

근거하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 법리적 문제점은 ‘등’의 해석에서 자동적으로 ‘산청·함양’이라는 용어가 도출될 수 없다는 것이다. 때문에 과연 어떤 기준에 의거하여 어떤 공적 확인을 통해 이 지역을 ‘등’에 포함시켰는가, 혹은 반대로 이야기해서 다른 지역은 어떤 근거에서 포함시킬 수 없는가 하는 질문에 대해 심의위원회는 나름대로의 논리적 근거를 제공해야 할 것이다.

거창 이외의 지역을 어떻게 포함시키는가 하는 기준과 그 적용을 둘러싸고 여러 논의가 제기되어 왔다. 우선 거창사건 ‘등’의 법개념 규정에 따를 때 자신의 피해지역도 여기에 포함될 수 있다는 주장이 있다. 같은 국군 제11사단에 의해 같은 종류의 피해를 입었다고 주장되는 지역은 물론, 범위를 확장하여 위의 4가지 요소를 갖고 있는 지역의 유족들은 자신들의 피해사건도 거창사건 등에 해당될 수 있다는 주장을 펴오고 있다. ‘거창사건 등’에 대한 현행법의 개념정의를 그대로 고수할 경우 그러한 주장이 나올 여지가 있는 것이다.

또한 산청·함양군을 법시행과정에서 ‘등’에 포함된 것으로 해석하여 지원사업을 시행하는데 대해서도 이의가 없는 것은 아니다. 우선 산청·함양군의 경우 주민의 희생에 대해서는 그동안의 유족들의 노력으로 충분히 밝혀져 있으나, 가해자 및 가해사유에 대하여는 아직 더 밝혀져야 할 점이 남아있으며, 국방부 내지 군부 측도 산청·함양군의 희생에 대해 자신의 책임을 모호하게 답변하고 있다. 관련 전사자료는 당초에 기술되지 않았거나 거창사건이 정치문제로 비화된 뒤 증거를 인멸한 것으로 보여진다. 그 때문에 공식적인 전사자료에서 산청·함양군의 학살관여자로서 국군병력이 적시되지 않고 있다. 그 중에서도 거창사건과 동일한 병력에 의해 이루어졌다고 할만한 서류 및 증언이 보다 체계적으로 수집되어야 하는 과제를 남기고 있다.

다른 문제제기로는 ‘등’에 유독 산청·함양군만 포함되고 다른 지역은 그 ‘등’에 해당할 수 있다는 주장을 공식적으로 펼 수 있는 기회가 허용되지 않아, 특히 지역차별이라는 비판을 받아왔다.²¹⁾ 산청·함양군을 포함시키게 된 것이 법적 절차에 의거해서라기보다는 일정한 정치적 영향이 작용했다고 한다

21) 거창법이 통과되자 함평유족회는 이 법률의 적용을 기대하여 유족등록신청서를 전남도에 제출했다가 “함평사건은 이 법률에 해당되지 않는다”는 국무총리실의 해석으로 인해 반려되었다. 상세는 김영택, **한국전쟁과 함평양민학살**, 사회문화원, 2001, 173-175.

면, 그것은 정치적 영향력이 약했거나 정치적 영향을 발휘할 상황이 되지 않았던 지역을 소외시킨다는 비판을 받을 여지가 없는 것은 아니다.

거창법 제정후의 새로운 상황 중의 하나는 <표 1>에서 보듯이 한국전쟁을 전후한 민간인희생에 대하여 여러 입법안이 발의되었다는 점이다. 이러한 지역별 내지 전국적인 입법안과 이 거창법과의 관계가 문제될 수 있다. 그러나 지역별, 사건별, 시간대별 차이는 거창법을 이러한 사건들에 널리 확대적용하기에 적합하지 않다고 할 수 있다. 개개의 입법 및 그것의 배경사건의 차이를 감안한다면 거창사건과 가해주체가 다르고 시기적·장소적으로 멀리 떨어져 있는 사건의 경우에는 거창법의 범위에 포함된다고 보기 어렵다고 이해하는 것이 법의 지역적 적용범위를 둘러싼 혼란을 정리하는 방안이 될 수 있다.

<표 1> 한국전쟁 전후 민간인학살 관련 특별법안

	사 건 명	법률명 혹은 주민 주장·청원내용	법안소개
법제정	거창양민학살사건 (‘51.2.9.~2.11.)	거창사건관련자 명예회복에 관한특별조치법(‘96.1.5. 제정)	
	제주 4·3사건 (‘48.4.3.~’53.)	제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법(‘00.1.12 제정)	
개별법안 (계류중)	함평양민학살사건 (‘50.12.6.~’51.1.12.)	국군 공비토벌시 524명 희생 진상조사 및 피해자 명예회복 특별법 제정	’00.7.3. 이낙연 의원 소개
	여순사건 (‘49.11.6.~11.12.)	국군 공비토벌시 188명 희생 명예회복을 위한 특별법 제정	’00.7.28. 정철 기 의원 소개
	문경양민학살사건 (‘49.12.24.)	국군 공비토벌시 86명 희생 명예회복을 위한 특별법 제정	’00.9.5. 신영국 의원 소개
	고양금정굴 양민학살사건 (‘50.9.28.~2개월간)	경찰 및 민간치안대에 의해 1천명 희생(추정) 진상규명 및 명예회복을 위한 특별법 제정	’00.11.16. 이창복, 김원웅 의원 소개
	여순·순천 10.19사건 (‘49.11.6.~11.12.)	국군 공비토벌시 188명 희생 진상규명 및 명예회복을 위한 특별법 제정	’00.12.2. 김충조, 김경재, 정철기 의원 소개
	거창양민학살사건 (‘51.2.9.~2.11.)	현행법을 명예회복·보상법으로 개정	’00.12. 이강두 의원 외 30인
통합법안 (계류중)	한국전쟁 전후의 민간인학살	6·25전쟁전후민간인희생사건진상규명및 희생자명예회복에관한특별법안	’01.6.2. 배기운 의원 외 16인
		한국전쟁전후민간인희생사건진상규명및 피해자명예회복등에관한법률안	’01.9.6. 김원웅 의원 외 46인

입법의 미비점으로 인한 민원의 증대를 초래하고 법적 불확실성을 만들어낸 것은 금번의 법개정시에 확실하게 정리되지 않으면 안된다. 생각할 수 있는 방안은 다음과 같이 정리될 수 있다.

<제1안> ‘등’을 배제하고 ‘거창사건’으로만 규정하는 방안.

<제2안> 거창사건등에서 ‘등’의 의미를 지역적으로 명확히 하는 방안. 가령 현재 계류중인 개정안대로 ‘등이라 함은 산청·함양군을 말한다’고 하는 방안.

<제3안> 거창사건의 개념정의를 우선 분명히 한 다음, ‘등’의 의미를 ‘소정의 절차를 거쳐 거창사건과 실질적으로 동등한 사건임이 인정된 사건’이라고 규정하는 방안. 이때 실질적 동등성의 기준으로는 ‘거창사건과 같은 사단의 일부병력에 의해 작전수행 중에 공비토벌을 이유로 주민이 희생당한 사건’을 말한다고 그 주체와 객체를 명시할 수 있다.

<제4안> 거창사건을 하나의 상징적인 어휘로 설정하고, 한국전쟁 전후하여 국군병력이 공비토벌을 이유로 주민이 희생당한 사건으로 광범위하게 설정하는 방안.

우선 <제1안>의 경우는 입법연혁상 거창사건을 중심으로 입법화운동이 전개되었고, 국가권력의 불법성이 공인된 사건에 대해 명예회복과 배상이 당연히 이루어져야 한다는 측면에 부합한다. 법률적으로도 가장 명확하다. 우선 거창사건에 대한 명예회복과 국가배상에 대해서는 (소멸시효 등의 법적 장애를 제외한다면) 누구도 이의를 제기하기 어렵다는 점에서 입법적 합의가 쉽게 이루어질 수 있는 이점이 있다. 그러나 현 시점에서 이러한 안의 문제점이 없는 것은 아니다.

첫째, 근본적으로 거창사건이 국군 제11사단의 작전명령에 따라 예하 각 부대들이 견벽청야 혹은 초토화작전의 방식으로 주민들의 재산, 가옥 등의 파괴와 주민들의 생명을 어떤 법적 근거 없이 유린했음이 입증되어 있는 이상 그러한 형태의 주민학살은 보다 광범위하게 이루어졌을 것임을 충분히 짐작할 수 있다. 따라서 거창사건은 단일현상이 아니며, 거창사건과 실질적으로 동등하나 입증되지 못한 많은 사건 속에서 부각된 사건으로 볼 수 있다.

둘째, 애초의 입법취지는 ‘거창사건’에서 출발한 것은 분명하지만, 입법의 진행경과 속에서 ‘등’이 포함되고, ‘등’에 대한 개념설정이 이루어졌다. 그에 입각하여 몇몇 피해지역들이 이 법률상의 혜택을 받고자 하는 기대가 형성되어 있

는 상황이며, 심지어 산청·함양의 경우 행정적·재정적 처분이 내려지고 있는 중이다. 때문에 그러한 법적 기대 및 행정적 시행사항을 다시 원점으로 돌리기는 어려운 실정이다. 따라서 <제1안>의 경우에는 1995년 이전이라면 몰라도 2001년 이후에 개정될 입법에서는 채택되기 어렵다.

<제4안>의 경우는 현행법에서 정의한 ‘거창사건등’에 어울릴지 모르나, 입법 취지 및 입법경과를 너무 벗어나는 느낌이 있다. 그리고 이미 사건규명 및 명예회복이 진행중인 사건에 비해, 그 밖의 사건들은 아직 진상조사 및 국가적 확인 등을 경과해야 명예회복의 단계로 나아갈 수 있기에 단계론적으로도 너무 떨어져 있다. 때문에 그런 경우에는 통합입법 등의 별도 입법에 의해 차근 차근 해결하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

<제2안>의 경우는 입법과정상에 ‘등’이 포함된 동기가 산청·함양을 염두에 두고 삽입되었다는 입법동기,²²⁾ 동법이 제정된 후 거창사건등관련자명예회복

22) 예컨대 1995년 12월 본법의 제정과정에서 내무위, 법사위에서 나온 다음 발언을 참조.

내무부장관 김용태: 내무부의 기본입장은 거창사건만 놓고 볼 적에는 진상규명과 명예회복 등에 별 문제가 없다고 봅니다. 그러나 이 법안의 국회 통과시 유족들의 보상 요구와 함께 경남 산청 함양, 고양 금정굴, 전남 함평, 경북 문경, 제주 4·3사건 등은 물론이고 거제, 동래, 울산, 충무, 구포, 마산, 대구, 전북 순창 등 전국적으로 산재해 있는 미제사건과 관련해서 유족들의 진상규명과 명예회복을 위한 특별법 제정요구가 잇따라 제기될 것으로 봅니다. 이에 대한 정부보상의 부담과 함께 다시 이념갈등의 재현 가능성도 있지 않느냐 이렇게 봅니다. ...

권해욱 위원: 이 거창사건에 대한 명예회복에 대한 특별조치법에 대해서는 이 자체에 대해서는 제가 반대하지 않습니다. 다만 이 경위에 대해서는 한두가지만 말씀드리겠습니다. 사실 거창사건은 1951년 2월 9일, 10, 11일 3일간에 걸쳐 학살을 단행해가지고 많은 피해자가 생겼습니다. 그 이전에 바로 거창과 이웃군인 산청군 급서면과 함양군 유림면에서 1951년 2월 8일자에 바로 하루전인 8일자에 이 양개 군에서 약 800명이 똑같은 방법으로 해서 학살을 단행한 적이 있습니다. 11사단 1연대 3대대입니다. 이 3대대가 거창사건을 일으키기 전에 바로 이웃군인 산청군에서 이 많은 자에 대한 학살을 단행했습니다.

이래서 만약에 이 거창사건에 대한 특별조치법만 국회에서 통과시킨다면 역시 이웃군인 바로 함양과 산청에서 도저히 묵과하지를 않습니다. 이래서 본위원은 분명히 얘기해서 이 거창사건에 대한 특별조치법을 반대하는 것은 결코 아닙니다. 다만 이 함양과 산청에도 바로 이웃 군, 거제나 다른 제주도나 다른 함평이나 이런 곳은 제외하고라도 바로 산청, 함양 이웃 군이 불미스러운 학살을 당했기 때문에 이것은 앞으로 이런 기록이라도 한가지 남아야 된다 하는 뜻에서 본 위원은 분명히 이의제기를 합니다.

이강두 의원: 당초 제안을 할 때는 거창양민학살사건명예회복에 관한법안이었습니다. 그러나 거창사건과 같은 사건이 함양 산청에서 일어났습니다. 바로 인근입니다. 그래서 사실은 거창사건이 일어나기 전에 함양 산청에서 같은 부대가 똑같은 사건을 저질렀기

심의위원회에 산청·함양 유족들이 위원으로 포함되어 있는 점, 예산의 일부 지원이 이루어지고 그를 토대로 위령사업이 계획중인 경과²³⁾ 등을 감안할 때 법의 개정단계에서 적용대상지역을 분명히 확정하자는 의도를 존중하여 현 개정안에 ‘등이라 함은 산청·함양군을 말한다’고 한 뜻을 이해할 수 있다.

다만 정치적 상황 및 행정적 경과를 무시하고 순전히 법논리상으로 본다면 이러한 방안에 따르는 문제점이 없지 않다. 현행법의 해석은 거창사건과의 실질적 동일성이 인정된다면 거창법에 따른 명예회복의 길이 열려있는데 반해, 본 개정안은 산청·함양을 제외한 나머지 지역이 그 요건을 충족시키는 증거를 확보한다고 하더라도 추후 거창법상의 이점을 누릴 길이 배제되어 버리는 결과를 가져올 수 있다. 그리고 ‘등’ 자체의 문리해석에 따를 때도 그 용어가 ‘산청 함양’을 자동적으로 의미하는 것으로 해석되어질 수는 없다. 그리고 국회의 속기록 등에서 ‘등’은 산청·함양을 포함한다고 해석될 여지는 충분하지만, 그렇다고 ‘산청·함양 이외의 다른 지역에서의 유사사건은 배제하고 오직 산청·함양만’ 포함된다고 입법동기를 설정할 수는 없다. 결국 정치적 동기 및 행정적 처분이 명예회복 및 보상의 방향으로 충실하게 이행되려면 그 지역의 해당사건의 ‘거창사건과의 실질적 동일성’을 법적으로 인정받기 위한 기회가 제공되어야 할 것이다.

물론 기존의 법률에는 ‘거창사건과의 실질적 동일성’을 인정받기 위한 ‘법적

때문에 함양 산청사건과 같이 거창사건을 취급해달라는 유족들의 요청이라든지 국회의원들의 요구사항이 굉장히 강조가 되었던 것입니다. 뿐만 아니라 이와 유사한 많은 사건이 있기 때문에 앞으로 국민화합의 차원에서 계속적으로 심사가 되고 확인이 되는 사안에 대해서는 법을 제정해서 명예회복을 시켜줘야 하는 입장 때문에 등 ... 이라는 말을 넣어 가지고 포괄적으로 ...

23) 박봉국(행정자치위원회 수석전문위원), “거창사건등관련자명예회복에관한특별조치법개정법률안 검토보고”(2000. 12.)를 인용하면, 거창사건 및 산청·함양사건 합동묘역 조성을 위하여 다음과 같이 투자할 예정으로 있다고 한다.

<거창사건 및 산청·함양사건 합동묘역사업 연도별 예산투입 현황> (단위: 백만 원)

사 업	'99예산	2000예산	2001예산안	2002이후	총사업비
거창사건 합동묘역 조성	3,000	4,140	5,180	4,936	17,456
산청·함양 합동묘역조성	200	2,048	3,500	4,252	10,000
계	3,200	6,188	8,680	9,188	27,456

그리고 거창사건등관련자명예회복심의위원회에서는 1998. 2. 17. 거창 및 산청·함양의 사망자 및 유족을 각각 결정한 바 있다.

절차'가 없었다. 따라서 이번의 법개정에는 두 가지가 포함되어야 한다. 첫째 거창사건과의 실질적 동일성을 기준으로 거창사건등에 해당하는지 여부를 정한다는 기준의 명시. 둘째, 거창사건과의 실질적 동일성을 판정할 법적 절차의 구성. 이러한 기준이 정해지면 해당지역은 증거를 수집하여 주체(국군병력), 이유(공비토벌의 명분), 상황(작전수행 중), 피해(주민의 희생) 등을 입증할 자료를 제출하고, 그에 대해 심사위원회에서 심사결정하며, 그 다음 법적 혜택(명예회복, 보상 등)을 청구할 권리를 갖게 하자는 것이다.

② 거창사건과의 실질적 동일성의 요건을 점검할 때 다른 요건은 별 문제가 없으나 가해주체로서의 '국군병력'을 어디까지로 할 것인가를 둘러싸고 논란의 여지가 대단히 많다. 모든 지역에서 국군이 공비토벌 명분으로 주민을 살상하면 거창사건등에 해당할 수 있는가. 이렇게 범위를 지나치게 넓히게 되면 거창법이 포괄적인 일반법으로 확장되어버리는 결과를 초래할 수 있다고 본다. 한가지 주요한 단서는 거창사건이 작전지역내의 물자와 인명을 초토화시키는 방식으로 이루어졌고, 그러한 방식은 거창사건을 주도했던 육군 제11사단의 작전명령의 직접적인 부산물이라는 점이다. 거창이든 다른 지역이든, 제11사단의 예하 부대들이 거창 및 다른 작전지역에서 인명살상, 가옥파괴, 물자파괴 및 약탈 등의 행위를 자행했다는 주장이 여기저기서 나타나고 있다. 그렇다면 거창사건과의 실질적 동일성의 주요 요건으로서 육군 제11사단의 작전수행상에 일어난 인명피해로 한정한다면, 본법의 실질적 취지에 가장 적절한 범위를 설정될 수 있다고 본다. 그리하여 필자의 제안은 다음과 같이 압축될 수 있다.

1. “거창사건”이라 함은 1951년 2월 9일부터 동 11일까지 경상남도 거창군 신원면 일원에서 공비토벌을 이유로 국군병력이 작전수행 중 주민들이 희생당한 사건을 말한다.

2. “등”이라 함은 거창사건에 관여한 사단부대 중의 일부병력이 거창군 이외의 지역에서 공비토벌을 이유로 작전수행 중 주민들이 희생당한 사건 가운데 소정의 절차를 거쳐 거창사건과 실질적으로 동등함이 인정된 사건(이하 “거창 유사사건”이라 한다)을 말한다.

③ 다음으로 해결되어야 할 쟁점은 산청·함양군의 학살사건을 어떻게 자리 매김할 것인가 하는 문제이다. 이 경우 거창유사사건에 해당함을 인정받기 위

한 소정의 절차를 거쳐야 하는가, 아니면 이제까지의 경과(입법과정에서 ‘등’의 포함, 심의위원회에의 참여, 행정적 처분 및 재정적 지원, 유족확정 등)만으로도 이미 실질적 동등성을 인정받은 것으로 간주되어야 할 것인가 하는 문제이다.

이미 거창유사사건을 인정받았다고 주장할 수 있는 논거는 다음을 들 수 있을 것이다. 첫째, 거창법의 제정 당시에 이미 ‘등’이 포함되었고, 그 ‘등’에는 다른 지역이 아니라 산청·함양이 포함된다고 해석할 수 있으므로 이는 정치적 인정을 받았다. 둘째, 심의위원회에 산청·함양 유족도 참여하고 있다는 사실은 이미 위원회 차원의 인정을 받고 있다. 셋째, 거창사건등관련자명예회복심의위원회에서 결정한 ‘사망자 및 유족결정안건’에서 산청·함양사건에 대한 사망자 및 유족사실을 인정받았다(1998. 2. 17.)는 사실이다. 넷째, 군사 관련 자료에서 적어도 ‘육군 제11사단 9연대 3대대가 학살이 일어난 날짜에 공비토벌작전을 전개한 사실’을 국방부가 확인하여 회신한 자료(1991. 9. 19.)를 통해 볼 때 육군 제11사단이 학살시점에 그 지역에서 공비토벌작전을 전개한 사실은 분명하다는 점 등을 들 수 있다.

학살관련 시기에 관련하여 특히 군사자료의 은폐와 왜곡, 기록미비의 수준은 심각하다.²⁴⁾ 따라서 과연 학살이 어떻게 진행되었는지는 다른 자료 및 증언과의 대비를 통해 면밀히 밝혀낼 문제이다. 다만 현재까지 간행된 군사관계 자료 중에서 주목할 것은 「한국전쟁사료(59권) 전투상보」이다. 그것은 제11사단 제9연대의 2월중 작전이 소개되어 있는데, 그 가운데 1951. 2. 4.~2. 8.에 걸친 ‘지리산지구 남호리 잔비소탕작전’이 나와있다. 전투지역은 ‘CQ 8922: 산청군 금서면 방곡리, 함양군 류림면 남호리’이다. 세부작전을 보면 다음과 같다.

A. 운암지역작전 (CQ 8620 : 운암) (함양군 휴천면 운서리)

1. 작전일시 : 51. 2. 6. 10:00~13:00
2. 작전부대 : 9R 1BN (9연대 1대대)

24) 예컨대 「육군정기정보보고」의 경우 제9연대의 경우 1951. 2. 23.~4. 3.까지 40일간 기록사항이 있으나 그 이전의 거창사건(51. 2. 9.~11.)과 산청, 함양지역작전(51. 2. 4.~2. 8, 2. 15.~2. 18.)에 관한 내용이 기록되어 있지 않다. 「육군정기작전보고」(육본, 한국전쟁사료, 제21권, 정기작전보고)에도 그 시점의 기록은 없다. 「육군작전일지」(육본, 한국전쟁사료, 제91권, 작전일지)는 1950. 12. 27.~1951. 3. 21.까지 간헐적으로 기록하고 있는데, 문제의 51년 2월에 대해서는 2월 1일 단 하루의 기록만 남아있고, 거기에서도 11사단 9연대의 작전내용은 없다.

3. 전과 : 사살 20명, 부상 30명, 쏘식 경기관총 1정, 쏘식 중기관총 1정, 99식 소총 1정, 기관총탄약, 81mm 박격포탄 60발, 직사포탄 20발, 122mm 야포포열 1개, 수류탄 2발, 각종실탄 300발.
 4. 아군피해 : 미상
- B. 내공리 내대리, 흥계리 지역작전 (생략)**
- C. 남호리 지역작전 (CQ 8922 : 함양군 류림면 남호리, 산청군 금서면 방곡리)**
1. 작전일시 : 51. 2. 7. 06:00~14:00
 2. 작전부대 : 9R 3BN(주력) 【1BN(-) 및 2BN(-)와 합동작전】
 3. 전 과 : 포로 7명, 사살 102명, 99소총 1정, 박격포 1문, 수류탄 45발, 실탄 1,750발
 4. 아군피해 : 미상

산청·함양사건 유족회의 주장에 따르면 51. 2. 7. 08:00~16:30경에 걸쳐 산청군 금서면(가현마을→방곡마을)부터 함양군 휴천면(점촌마을)을 거쳐 함양군 유림면(서주마을)까지 학살이 진행되었다고 한다. 그것과 부합하는 내용의 기록은 위의 전투상보 중 ‘C. 남호리 지역작전’의 부분이다. 전과가 사살 102명이라 하면서 아군측의 피해는 ‘미상’이라 기록하고 있는 점(만일 아군측의 전사, 부상 등이 있었다면 미상으로 처리하지 않았을 것이다)을 비교해 볼 때 이때 사살자로 분류된 적이 바로 지역주민이 아니었을까 하는 심증이 들기도 한다. 주민이었다면 사살자의 수를 일일이 헤아리지 않았을 것이므로 102명 이상이 되지 않을까 하는 심증도 들 수 있다. 그 작전에는 종래 유족들에 의해 주장되어온 9연대 3대대 뿐 아니라 1대대 및 2대대도 합동작전의 형식으로 가담한 것으로 되어 있다.

한편 11사단의 기록의 관련부분은 다음과 같다.²⁵⁾

가. 제1대대 : 2월 6일 대대는 예하 제3중대를 제외한 전병력을 함양에

25) 육군 제11사단의 『화랑부대전사』, 1986, 163-171쪽에 있는 제9연대의 1951년 2월 중 작전에 관한 기록이다.

서 가흥리로 이동시켜 소탕작전을 계속. 2월 7일 제1대대는 가흥리로부터 장동, 방전동, 호남리 일대를 공격.

나. 제2대대 : 2월 6일 덕산리를 출발 평촌리, 흥계리에 이르러 소탕작전 전개. 2월 7일 사동 화림포 지역에서 잔적소탕.

다. 제3대대 : 2월 7일 가현리, 서주리를 향하여 대대적인 공격을 감행하여 잔적소탕, 1일간의 성과가 사살 12명, 포로 7명, 적부상 174명, 박격포 1문, 기관총과 소화기 다수 노획.

이 자료를 위의 ‘남호리지역작전’이 나와있는 「전투상보」와 대비해보면, 제1대대, 제2대대의 학살지역에의 관여도에서 차이가 있으며, 전과 중에는 포로 7명만 일치할 뿐 사살자 수에서 차이가 있고, 적부상은 174명과 ‘언급없음’ 정도의 차이, 노획물로 박격포 1문은 일치한다. 자료들간의 약간의 일치점과 상당한 차이점을 보이고 있어 이들만으로는 어느 쪽이 타당한지 알기 어렵다. 다만 이 두 자료의 중요한 일치점은 2월 7일 적어도 3대대는 가현(산청), 서주(함양)로 진격하여 대대적인 공격을 감행했다는 사실이다. 그 공격이 공비에 대한 것이었는지 주민에 대한 것이었는지 하는 점이 가장 큰 입증의 쟁점이 될 것이다. 또한 1대대가 함양에 진지를 구축하고 있었다는 다른 군사자료와 비교해볼 때, 각 대대가 어떻게 합동작전을 세웠고 역할분담을 했는지도 더 밝혀져야 할 대목이다.

적어도 부인될 수 없는 대목은 다음과 같다. 1951년 2월 7일 혹은 8일²⁶⁾에 몇백 명 이상의 주민들이 사망했다. 가해의 주체는 군인이었음은 살아남은 자들의 일치된 증언으로 확인될 것이다. 그 시점에 육군 제11사단은 그 지역에 주둔했고, 공비토벌작전을 벌였다. 그들의 사살전과가 공비였는지, 주민이었는지, 아니면 공비도 죽이고 그에 더하여 주민을 죽였는지 모두가 불투명하다. 거창유사사건으로 인정받기 위해 필요한 부분은 육군 제11사단 예하의 병력이

26) 종래 산청·함양사건의 유족회에서는 사건발생시점을 1951. 2. 8.로 명기하여 왔고, 그러한 주장에 따라 심의위원회 및 실무위원회에서 모두 1951. 2. 8. 날짜로 사망자결정을 내렸다. 그러나 유족들이 실제로 기억하고 있는 날짜는 음력 정월 초이틀이다. 그 날짜는 양력으로 1951. 2. 7.에 해당한다. 2월 7일 일자는 위의 11사단 전사기록과 일치한다. 그러면 실무위원회에서 승인한 사망일자 부분은 어떻게 되는가. 그것이 오류라면 재조사 및 시정이 필요할 것이다.

공비토벌 명목으로 주민을 재판절차 없이 살상했음을 입증하는 일이다. 이미 입증이 이루어졌다면 곧바로 거창유사사건으로 인정받는 절차 없이 법개정시에 바로 ‘거창사건과 동등한 것으로 본다’는 간주규정을 삽입할 수 있을 것이다. 그 규정은 1951년 2월 경상남도 함양군 및 산청군 일원에서 공비토벌을 이유로 국군병력이 작전 중 주민들이 희생당한 사건은 거창사건과 실질적으로 동등한 것으로 본다고 성문화하면 될 것이다.

이 간주규정을 바로 포함시킬 수 있을 정도로 객관적 입증이 이루어졌는가 판단하는 것은 실로 용이하지 않다. 필자의 견해로는 △국군의 주둔 △공비토벌작전수행중 △주민희생 등의 골자는 충족되었다고 보지만, 세부사항에 있어서는 정밀한 사실의 보완이 필요하다고 본다. 보완이 필요한 부분은 사망날짜와 시간대, 가해주체(전사자료에 의거해볼 때 3대대가 아니라 3개 대대가 동시에 작전에 투입되어 있으므로, 각 부대의 행적에 대한 보완조사가 필요할 것이다), 희생자의 신원 및 숫자 등일 것이다. 무엇보다 중요한 것은 11사단 예하병력(아마 남호리 지역작전에 투입된 그 병력일 것이다)의 주둔 및 작전 전개사실은 인정하면서 주민학살 부분을 인정할 증거가 없다고 하는 일각의 주장에 대하여 바로 그 병력이 산청·함양지역의 주민들을 살상했음을 입증하여 국가 차원의 승복을 받아내는 일이다. 생존한 피해자의 증언 뿐 아니라 그 사실을 잘 안다고 인정되는 자들의 증언, 특히 해당부대의 생존자의 증언, 그리고 한국과 미국 등에 산재해 있을 문서의 취합 등이 보완적으로 요구될 것이다. 노력한다면 그러한 부분의 보완은 그리 어려운 것이 아닐 수도 있으며, 그 점에서 산청·함양지역은 거창유사사건임을 주장할 다른 지역에 비하여 훨씬 유리한 입지점을 갖고 있다고 본다. 따라서 이러한 사항에 대한 보완된 입증절차를 거쳐 거창유사사건으로 법적 인정을 받은 후 보상신청을 할 수 있다고 본다.

3. 위원회 및 실무위원회의 구성 및 업무

거창법의 제정시에 명예회복심의위원회를 어디에 설치하는가에 대한 논란이 있었다. 애초의 원안은 내무부장관 소속하에 둔다는 것이었으나 업무관련부처가 국방부, 법무부, 내무부 등에 걸치고 있으며, 광주민주화운동 관련자 보상지원위원회도 국무총리 소속하에 설치되었던 것을 감안하여, 동위원회를 국무총리 소속하에 두는 것이 바람직하다고 보아 그렇게 결정하였다. 물론 독립적인

위원회를 새로이 구성하는 방안²⁷⁾도 있겠지만, 그럴 경우 어차피 국방부·법무부·행정자치부 등과의 협의를 요하는 경우가 실무상 적지 않을 것이며, 또 현재의 위원회가 명예회복을 위한 업무를 일정부분 수행해온 만큼 업무의 연속성 면에서도 위원회의 조직적 위치는 그대로 두는 것이 합리적이라고 본다.

다만 법개정을 할 때는 현재의 위원회같이 소극적인 업무수행에 그칠 수는 없다. 필자의 제안을 따른다면, 특히 세 가지 업무가 추가될 것을 예상된다. 첫째, 거창사건 및 거창유사사건에의 해당 여부를 심의하여 결정할 업무이다. 이 업무를 위해서는 유족단체 등으로부터 신청을 받고 어느 정도의 진상확인 절차를 거쳐 본법에의 해당 여부를 결정해야 하기 때문에 신청·조사·심의결정에서 보다 많은 작업을 요하며 그 작업은 대단히 신중하게 이루어져야 한다. 둘째는 보상업무이다. 이는 개개인의 보상적격성을 가려내야 하기 때문에 일괄적으로 처리할 수 있는 명예회복 업무보다 훨씬 복잡한 사무처리를 과제로 두고 있다.

이러한 작업을 수행하기 위해서는 현재보다 위원회의 구성이 보다 충실하게 짜여져야 한다. 현재의 위원회의 인적 구성을 보면 관련부처에서 4인(법무부, 국방부, 행자부 장관, 법제처장), 유족대표 10인(거창 5인, 산청·함양 5인)으로 되어 있으며 외부 전문가는 1인밖에 없다. 이런 구성하에서는 문제에 대한 보다 객관적인 접근이 담보되기 어려운 측면이 있으며, 의견대립이 있을 경우 조정자적 위치에 있는 위원의 참여가 제한되어 있어 심의회가 활성화되기 어렵다.

업무추진의 효율성과 객관성을 보장하기 위해 정부위원, 공익위원, 유족측(유족 혹은 유족이 지명하는 자)이 대략 1/3의 비율을 점하는 방식으로 구성하는 것이 바람직하다고 본다. 다만 한가지 문제는 누구를 유족으로 볼 것인가 하는 점이다. 거창지역의 경우 유족에 포함됨은 당연하나, 다른 지역의 경우

27) 「한국전쟁전후민간인희생사건진상규명및희생자명예회복등에관한법률안」에서는 위원회의 구성을 ‘위원장 1인과 상임위원 3인을 포함한 9인의 위원’으로 하며, 위원은 ‘인권과 민간인 희생사건에 관하여 전문적인 지식이 있고 업무를 공정하고 독립적으로 수행할 수 있다고 인정되는 사람 중에서 대통령이 임명’하며, 위원장은 위원 중에서 대통령이 임명한다고 한다. 그 위원회는 ‘외부의 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니하고 독립하여 그 직무를 수행한다’. 이러한 모델은 독립위원회 방식이라 할 수 있을 것이다. 또한 위원은 당해 민간인희생사건의 가해자 또는 피해자인 경우, 가해자 또는 피해자와 친족관계가 있는 경우, 수사 또는 재판에 관여하였던 경우 등에는 당해 심의·의결에서 제척되며, 위원의 경우 기피를 신청할 수 있다고 규정한다. 의결의 공정성을 위한 합리적 조치라 생각된다.

‘거창유사사건’으로 인정받기 이전에는 유족이라 인정하기에 논리적인 어려움이 따를 수 있다. 하지만 거창유사사건으로 인정받을 수 있는 사건과 지역이 한정되어 있다는 점을 감안할 때 운용의 묘를 발휘할 수 있다고 본다. 예컨대 정부위원으로서 관련부처의 인사, 전문적인 지식이 있고 업무를 공정하고 독립적으로 수행할 수 있다고 인정되는 공익위원, 그리고 거창지역 및 인접지역에서 유족으로 인정되고 있는 사람 중에서 선임할 수 있다는 것이다.

위원회의 공정성을 담보하기 위해서는 적어도 다음 두 가지가 필요하다고 본다. 첫째, 위원회가 해당 지역의 사건을 취급할 때 유족을 포함한 이해관계인의 진술의 기회를 제공해야 할 것이다. 이때 관련 유족은 입회하여 그 진술을 청취하고 의견을 제시할 수 있도록 해야 할 것이다. 둘째, 위원들 중 자신이 해당 사건과 일정한 관련을 갖고 있는 경우에는 심의에는 참여하더라도 의결에서는 제척·기피·회피가 이루어져야 할 것이다.

현재 거창법에는 위원회와 함께 실무위원회를 둘 수 있도록 규정하고 있다. 본 시안에서 실무위원회는 지금보다 더한 중요성을 갖게 된다. 지금까지 위원회에서 위임받은 사항을 처리하는 것이 기본이긴 하지만, 방대한 업무를 감안하면 구체적인 업무의 수행은 오히려 실무위원회에서 담당하게 되는 것으로 예상된다.

4. 진상조사 신청 및 처리

진상조사는 거창사건 및 거창유사사건 모두에 나름대로 필요하다. 다만 거창사건의 경우에는 주요사항(가해자, 피해자, 가해내용 등)의 조사는 거의 이루어져 있으므로 보완적 의미의 조사로 족할 것이다. 예컨대 가해주체 면에서 미흡한 점²⁸⁾도 더 밝혀져야 할 부분이다. 보상신청을 위한 전제로서의 추가적인 진상조사가 필요한 경우에 개별적으로 그러한 조사를 신청할 가능성이 있다. 거창유사사건으로 인정받고자 하는 사건에 대하여는 진상조사의 필요성이 더욱 클 것이다. 먼저 거창유사사건으로 인정받기 위한 나름대로의 자료 및

28) 박명림의 글(주1 참조)에서는 학살을 위한 작전명령을 내린 자로서 처벌받은 오익경이 당시 시점에서 연대장이 아니었을 의혹을 제기하고 있다. 또한 2월 8일 거창지역에서 면사무소의 소실 주장(군, 경찰관계자) 등도 조작되었을 가능성이 높다. 그동안 가해자측 주장을 인용해온 자료들의 진실성도 꼼꼼하게 재검토되어야 할 것이다. 제11사단 지휘부의 책임소재 및 책임분담 부분도 더욱 해명을 필요로 한다. 이런 부분은 관련자의 명예회복을 위해 규명되어야 할 사실이므로, 그에 대한 조사가 필요할 것이다.

증거를 수집한 다음 유사사건인정신청을 할 것이고, 그를 입증하기 위한 보완 조사가 필요할 것이기 때문에 진상조사를 신청하여야 할 것이다. 공적 진상조사의 토대위에 거창사건 ‘등’에 해당하는지 위원회의 인정이 이루어질 것이다.

만약 진상조사신청이 여러 지역에서 제기될 경우, 위원회는 실무위원회에 조사의 전부 또는 일부를 위임하고, 그 조사결과를 보고받은 다음 거창사건 등에 해당하는지를 확인하고 나아가 신청하는 개개인이 보상적격을 갖추고 있는지 판단할 것이다. 또 조사작업에 상당한 시일과 전문적 인력을 요할 경우를 대비하여 감정인 및 조사위원 등을 선임하여 진상조사의 일부를 처리하게 할 수 있다는 규정을 둘 필요가 있다. 충실한 진상조사를 통하여 거창유사사건에의 해당여부를 가리고, 그렇게 인정된 사건 및 거창사건에 대하여 명예회복 및 보상을 위한 구체적 조치가 진행되어야 할 것이다.

현재의 난점 중의 하나는 증거확보의 어려움이다. 문서증거의 경우 당시 작성되지 않았거나 진상을 은폐하기 위해 일부 또는 전부를 조작하거나 멸실했을 가능성도 있다. 제대로 작성된 기록이라 할지라도 비밀로 분류되거나 그 소재를 찾아내기 매우 어려운 경우가 대부분일 것이다. 유족의 증언도 매우 중요한 증언이긴 하지만, 유족의 증언만으로 피해사실을 반드시 공인받을 수 있으리란 보장은 없다. 마을사람 대부분이 죽어간 마을도 있고 반세기의 시차도 있는 데다, 기억의 왜곡도 배제할 수 없으며, 원초적 기억도 부분적일 가능성이 있기 때문이다. 때문에 특히 가해자측의 군인들의 증언이 필요한데, 반세기가 지나 주요 당사자들이 이미 사망했거나 생존하고 있는 경우에도 그 소재를 찾기 어렵고 과연 증언에 성실히 응해줄 것인가도 회의적이기도 하다. 이런 점을 감안하여 자료확보상의 어려움을 관계기관은 최대한 덜어주어야 할 것이다. 그 때문에 관계자의 증언을 확보하기 위한 규정 및 관계자료의 수집을 위해 협력할 의무를 개정시안에 명시적으로 포함되어야 한다.

5. 호적등재 및 유족등록

호적부의 소실로 호적등재가 누락되었거나 공포감 기타 사유로 호적부에 제대로 된 사실을 기재할 수 없었던 경우 호적기재 정정을 신청할 수 있도록 한다. 특히 보상관련 조항이 법제화되는 경우 그 필요성이 더욱 증대할 것이다. 유족등록에 관하여 이미 현행법상 유족으로 등록되어 있는 경우에는 추가적인 절차 없이 유족으로 결정된 것으로 보는 것은 그간의 행정적 성과를 그대로

받아들이기 위함이다.

6. 피해보상의 범위 및 보상·배상의 구분

거창사건 및 거창유사사건의 경우 주민희생에 대한 국가차원의 보상은 필연적으로 수반되는 것이다. 한국전쟁의 직접적 발발원인이 북한의 전면남침에 기인한 것이지만, 신생 대한민국 정부로서는 침략전쟁을 예방하고 방어해야 할 만반의 준비를 갖추어야 함에도 불구하고 그러한 대비를 제대로 못하였다는 점, 그로 인해 국군 뿐 아니라 수많은 민간인들을 사지에 몰아넣었다는 점에서 희생된 주민들은 신생 대한민국의 존립과 방위를 위해 특별한 희생을 대신 치른 셈이다. 또한 피아를 제대로 구분할 수 없는 내전에서 민간인희생이 불가피했다는 당시의 논리를 어느 정도 받아들이더라도, 국군에 의한 명백한 권력남용의 불법으로 인한 주민의 희생까지 불가피한 것은 아니었기에 이 부분에 대한 국가불법에 대해서는 가해자의 처벌 및 피해자에 대한 손해전보는 당연히 수반되어야 할 절차였다.

그러나 전쟁이 끝난 지 반세기가 지나도록 이러한 국가의 손해전보는 전혀 이루어지지 않고 있다. 이를 소멸시효의 종료로 이유로 더 이상의 국가책임이 없다고 하는 것은, 적어도 도덕적·법적 정당성의 기초 위에서 활동해야 할 국가의 입장에서 내세울 수 있는 입론은 아니다. 이 점에서 국가는 명백히 국가불법에 따른 민간인피해에 대하여 손해전보를 해야 함은 당연하다. 민간인피해에 대한 배상 내지 보상의 첫 단계로 거창양민학살사건을 잡는 것은 매우 온당하다. 이 사건은 가해자 및 국가의 불법이 인정되었고, 피해자의 명부까지 구체적으로 작성되어 있으며, 입법에 의한 명예회복이 완성되어 있기 때문이다.

그러나 사법적 구제를 신청할 경우 그 피해에 대하여 소멸시효라는 법적 장애가 구제를 가로막고 있는 실정이다. 이 문제를 돌파하는 방법은 새로운 입법에 의한 방법뿐이다. 최근 거창사건에 대한 위자료청구소송에서 제1심 재판부는 이 점을 다음과 같이 명백히 하고 있다. “피고(국가)는 지금까지 거창사건의 진상을 공식적으로 규명하지 아니하였거나 진상을 밝히려는 노력을 제대로 기울이지 아니하였고, 나아가 거창사건 희생자들에 대한 명예회복이나 손해배상에 관한 국가의 보호조치 등을 소홀히 함으로써 희생자 유족들의 신원권 내지 알 권리 및 희생자들에 대한 명예회복, 손해배상, 재발방지를 위한 사후조치를 취할 것을 요구할 권리 등을 계속적으로 침해하여 거창사건 유족들

에게 정신적 고통을 입게 하였다”²⁹⁾고 판시하고 있다. 다만 그러한 실체적 손해배상책임을 인정하면서도 민법상 소멸시효가 완성된 부분에 대한 손해배상 청구권을 부활시키는 문제는 결국 국회의 특별법 제정으로 해결할 수밖에 없는 것이다”고 하여 국가의 입법작위의무를 간접적으로 추구하고 있다. 이러한 취지를 존중한다면, 본 개정안에서 보상에 관한 규정을 포함함은 너무나 당연한 것이다.

문제는 보상의 인정범위를 어떻게 설정할 것인가 하는 점이다. 1989년 당시 ‘관련자와 그 유족에게 실질적 배상’을 가능하게 하기 위하여 「거창사건관련자의 명예회복및배상에관한특별조치법안」이 김동영·정상용·김홍만 의원 외 162인의 발의로 국회에 상정된 적이 있다. 이때 유족단체에서 산정한 배상의 내역은 하나의 중요한 참고자료가 될 만하다.

예산명세서

1. 사망자 배상 : 국가배상법에 의한 배상
2. 부상자 배상 : 국가배상법에 의한 배상
3. 소실농가배상 : 국가배상법에 의한 배상
4. 식량 등 재산피해배상 : 국가배상법에 의한 배상
5. 합동묘역조성 : 6,000평 × 10,000원 = 60,000,000원
6. 위령탑 건립 (3곳) : 3 × 20,000,000 = 60,000,000원
7. 합동장례비 : 30,000,000원
8. 회관건립 및 유지관리 : 거창군 예산에 계상

이러한 명세 중에서 5.6.7.8.은 위령사업에 해당되는 부분인데, 거창법의 제정과 시행에 따라 일부 예산이 책정되어 집행되고 있는 중이다. 문제는 개별 보상(배상)관련 부분이다. 유족들에 따르면 사망, 부상 등의 인명피해 및 농가 소실, 식량피해 등의 재산피해를 열거하고 있다.

현재 국회에 계류중인 개정안(2000. 12. 발의)에서 개별적 보상의 범위는 동

29) 창원지방법원 진주지원 제1민사부 2001. 10. 26, 2001가합430.

제3조에서 추론해볼 수 있다. 위 개정안 가운데 심의위원회의 심의사항 중에 포함된 다음 항목들을 주목할 수 있다.

4. 관련자 및 그 유족에 대한 피해보상 등에 관한 사항
5. 관련자의 재산상의 피해보상
7. 구금으로 인한 육체적·정신적 피해보상

다시 말해 희생자들의 생명, 신체에다 자유의 침해에 대한 보상이 추가되었으며, 재산에 대한 보상은 종래와 같다.

또한 최근의 제1심판결에 따르면 “희생자들에 대한 피해”와 함께 “살아남은 피해자나 그 유족에 대하여 파생된 권리침해”를 인정하고 “국가의 보호의무를 지금까지 위반함에 따라 유족들이 계속 정신적인 고통을 받고 있음”을 인정하고 “유족들의 권리 내지 법적 이익의 침해로 인한 유족들 고유의 손해에 대하여 금전 지급으로나마 위자할 의무가 있다”고 인정하고 있다. 이같은 판결취지에 따르면 일정기간동안의 정신적 피해에 대해 위자할 의무도 보상내역에 포함시킬 수 있을 것이다.

그런데 필자의 생각으로는 반세기 전의 국가불법에 대한 손해전보를 함에 있어서 어떤 피해를 보상범위에 포함시킬 것인가에 대해 약간의 정책적 판단이 필요하다고 본다. 소멸시효가 완성된 행위에 대해 입법적 조치로써 국가의 배상책임을 묻는다면 그것은 중대한 인권침해를 중심으로 하는 것이 보다 합당하다고 본다. 국가가 인간의 존엄과 가치를 근본적으로 유린하고 그러한 불법을 대량적으로 야기한 뒤 소멸시효의 항변을 주장하는 것은 결코 용납할 수 없는 방어방식이라 하지 않을 수 없기 때문이다.³⁰⁾ 또한 국제인권법상으로도

30) 이 점은 삼청교육대에 대한 피해자의 국가배상청구사건에서 대법원의 소수의견의 내용이기도 하다. 그 의견은 “채무자인 국가의 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 어긋나는 권리남용에 해당하는 것이다. 또한 삼청교육관련 피해는 국가소속의 공무원이 ... 개별적으로 저지르게 된 일반적인 불법행위가 아니고, 그 당시의 비사한 시기에 국가에 의하여 대규모로 그리고 조직적으로 실시된 삼청교육과정에서 국가소속 공무원들이 대량으로 저지르게 된 특수한 불법행위의 경우이므로, ... 국가로서는 삼청교육과정에서 피해를 입었다고 주장하는 국민들에 대하여 정정당당하게 그러한 불법행위 자체가 있었는지의 여부를 다투는 것은 몰라도, 구차하게 소멸시효가 완성되었다는 주장을 내세워 그 책임을 면하려고 하는 것은 결코 용납할 수 없는 방어방식이라는 점에서 국가의 소멸시효 항변은 허용될 수 없다.”(대법원 1996. 12. 19, 94다22927 전원합의체 판결)

중대한 인권침해(gross violations of human rights)에 대한 민사배상청구에도 시효의 적용이 원칙적으로 배제된다는 원칙이 널리 주창되고 있다.³¹⁾ 그리고 인권침해에 대한 배상 내지 보상에서 국가가 소멸시효의 이익을 주장하지 않는 여러 법제들이 각국에서 속속 만들어지고 있는 중이기도 하다.

재산피해에 대하여는 농가소실, 식량 등의 피해가 주장되고 있다. 실제로 견벽청야라는 초토화작전에서는 가옥을 모두 불태우고 가축을 잡아먹고 재산을 소각하거나 심지어 내다파는 등의 파괴와 약탈이 자행되었다. 이러한 피해는 앞서 인용한 사단장의 보고서에서조차 명백히 인정되고 있는 바이다. 따라서 재산피해에 대한 전보도 필요하다. 그리고 재산피해에 대해 개별적 보상을 한다면 국가의 이러한 불법을 인정하는 효과도 있을 것이다. 그러나 재산피해는 그 액수가 인명침해보다 경미할 것이고, 사망·부상 등과는 달리 증거의 확보 등이 보다 어려울 것이며, 피해자의 범감정도 시간적 경과에 따라 약화되었을 것이라는 점 등을 감안할 필요가 있다. 또한 전쟁시기의 재산피해는 국민 대다수가 나름대로 겪었음을 고려할 필요가 있다. 이러한 점을 종합적으로 볼 때 재산피해의 경우 보상대상에서 제외할 것을 감히 제안하고 싶다. 이는 특히 피해자의 요구가 그야말로 회복적 정의의 차원에서 최소한도의 요구임을 분명히 선언하는 의미도 있으며, 그 최소한도의 보상은 반드시 국가차원에서 이행해야 할 의무가 있음을 강하게 요구하기 위해서 일부 사항을 양보하자는 것이다.

반세기를 경과해서도 분명하게 남는 것은 인간의 존엄과 가치에 대한 직접적 침해이다. 이와 관련하여 국제인권법상의 기준을 잠깐 참고할 수 있다. 제노사이드(genocide) 범죄에는 ‘살해, 중대한 육체적·정신적 피해, 강제불임, 아동의 강제이전’ 등이 포함되어 있으며, 인도에 반하는 죄(crimes against humanity)에는 ‘살해, 절멸, 노예화, 추방, 구금, 고문, 강간, 정치적·인종적·종교적인 이유에서의 박해, 강제실종, 강제분리’ 등이 포함되어 있다.³²⁾ 이를

31) 예컨대 유엔인권위원회의 다음 결의를 참고. Commission on Human Rights, “Question of the impunity of perpetrators of violations of human rights (civil and political rights)”: final report prepared by Mr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1996/18, 29 June 1996.

32) 다만 거창사건이 국제인권법상의 제노사이드 범죄나 반인도범죄에 그대로 해당한다고 주장하는 것은 아니다. 제노사이드란 인종·종족·종교·민족의 집단을 전부 혹은 일부를 파괴하려는 의도를 갖고 그 집단의 구성원들을 살해하거나 생존에 유해한 조건을 부과하는 것을 말한다. 적어도 제노사이드에 해당하려면 *집단성원들을 물리적으로 파괴

참고할 때 거창사건과 관련하여 유의미하게 보여질 수 있는 중대한 인권침해로는 “살해, 중대한 육체적·정신적 피해, 구금, 강간” 등이다. 특히 전쟁기에 있어 여성은 훨씬 열악한 위치에 놓이게 되며, 그에 따라 성적 침해를 당할 가능성이 높으며 가부장적 사회환경 속에서 피해를 당하고도 피해사실을 제대로 주장조차 못할 가능성이 있다. 그 때문에 강간 등의 성적 침해를 포함시킬 필요가 있다. 따라서 필자는 거창사건에 관련된 피해보상의 내용을 다음과 같이 정리하고 싶다.

1. 사망한 경우
2. 신체적·정신적 상이를 입은 경우
3. 구금(오로지 거창사건 등의 해결을 위해 노력하다 구금 또는 형집행을 받은 경우)
4. 여성에 대한 강간

위 항목들은 희생자 및 그 유족에게 개인적으로 보상되어야 할 항목이다. 사망은 당연히 보상대상에 포함된다. 상이의 경우에는 신체적 상이 뿐 아니라 양민학살을 겪고 생겨난 정신이상이나 외상후 스트레스 장애(post-traumatic stress disorder) 등이 포함될 것이다. 거창사건의 진상규명 및 해결을 위해 노력하다 구금되었거나 더하여 징역형 등으로 복역까지 한 경우는 당연히 포함되어야 한다. 그런데 여기서 ‘오로지’ 거창사건 등의 해결을 위해 노력하다 구금된 경우라고 표현한 것은, 거창사건 등의 해결을 위해 노력하다 구금되었거나 유죄선고를 받은 경우는 포함되지만, 그 해결을 위해 다른 중대한 폭력을 행사한 경우까지 포함될 수는 없다는 것이며 그 폭력에 대한 사법적 처분에

하기 위한 지속적 공격이 있을 것, *범죄자는 집단적 혹은 조직적 행위자일 것. 주로 국가 혹은 조직적 무장력을 갖춘 집단일 것, *희생자는 그들이 그 집단의 일원이기 때문에 선택되었을 것, *집단성원의 파괴는 살해 등의 의도를 갖고 이루어지고 그 살해는 수뇌에 의해 재가되고 있을 것 등을 요한다. 제노사이드의 희생자는 특정 집단의 일원이기 때문에 선택된다. 반면 국가테러는 소위 전복행위를 저질렀다고 간주되는 사람들을 희생자로 선택되며, 그 선택은 자의적이다. 상세는 George J. Andreopoulos ed., *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994 참조. 이렇게 국가테러(state terror)와 제노사이드를 비교해볼 때, 거창사건은 제노사이드나 반인도 범죄에 해당한다기보다는 국가테러리즘으로 보는 것이 합당할 것이다.

대해서는 별다른 이의를 제기하기 어렵다고 보아야 할 것이기 때문이다.

위의 보상은 개별적 차원의 보상으로 이루어질 것이다. 이러한 보상이 실현되면 그 밖의 재산적 피해, 공동체의 파괴, 유족들의 정신적 피해 등에 대해서는 위령사업 등의 예산에서 종합적으로 참작하여 책정하는 것으로 처리하는 것이 바람직하다고 본다.

이렇게 정리된다면 생명·신체·자유·성적 자기결정권에 대한 침해와 같은 중대한 인권침해에 대한 법적 구제는 법률상의 소멸시효 규정을 초월한다는 전제가 확립될 수 있을 것이며, 이것이 국제적 인권기준에 부합하는 것이기도 하다.³³⁾

다음 법리적으로 따져볼 것은 보상이나 배상이나 하는 것이다. 1989년 법안에서는 ‘배상’을 명시하고 있는데 반해, 금번의 개정안에는 ‘보상’을 규정하고 있다. 과거청산과 관련된 기존의 법률 가운데 배상을 명시하고 있는 것은 광주민주화운동 밖에 없으며,³⁴⁾ 민주화운동의 경우는 보상을 규정하고 있고,³⁵⁾ 거창법 및 제주법³⁶⁾의 경우에는 명예회복과 위령사업은 규정하고 있지만 아직

33) 물론 보상내용 중에서 재산침해가 무조건 배제되어야 할 것은 아니며, 우리의 입법여건을 감안하여 직접적인 인권침해에 집중하는 것이 바람직하다는 뜻이다. 참고로 대만의 경우에는 보상범위를 다음과 같이 정하고 있다.

「2·28사건처리및보상조례」: 1. 사망 혹은 실종 2. 부상자 3. 구속당했거나 징역형 집행을 받은 자 4. 재물손실자 5. 건강과 명예의 훼손을 받은 자 6. 기타 규정하지 않은 사항에 대하여는 기념기금위원회에 정할 권한을 수여함.

「계엄시기부당반란및비침심판안건보상조례」: 1. 사형집행당한 자 2. 징역형이 집행된 자 3. 감화교육을 명령받은 자 4. 재산을 몰수당한 자.

이를 살펴보면 대만에서는 재물손실자 혹은 재산몰수자에 대하여 보상을 지급하는 방침을 규정하고 있음을 알 수 있다. 2·28사건의 경우 보상금의 결정에 있어 사망을 60단위로 할 때 재물손실의 상한선은 20단위로 정하고 있다. 이러한 대만의 예와 비교해 보더라도, 본 연구에서의 보상범위는 최대치가 아니라 최소치임을 짐작할 수 있을 것이다.

34) 1990년 제정될 당시의 「광주민주화운동관련자보상등에관한법률」은 광주민주화운동의 관련자 및 그 유족에게 실질적인 보상을 한다는 보상법이었다. 그러던 것이 1995년 「5·18민주화운동등에관한특별법」이 제정되면서 그 제6조에 “광주민주화운동관련자보상등에관한법률의 규정에 의한 보상은 배상으로 본다”는 간주규정이 포함됨으로써, 배상법으로서의 성격으로 바뀌었다. 이는 5·18군진압행위가 헌정질서파괴범죄(내란, 외환, 군반란 등)에 해당한다는 입법적 결단 및 사법적 처벌에 따른 것이다.

35) 「민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률」(2000. 1. 12. 제정)에서는 민주화운동과 관련하여 희생된 자와 그 유족에 대하여 국가가 보상을 행할 것을 규정하고 있다.

36) 「제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법」(2000. 1. 12. 제정)을 말한다.

보상이나 배상은 규정하고 있지 않다.

주지하다시피 배상은 국가의 위법한 행위에 의하여 발생한 손해를 전보하는 것이고, 보상은 국가의 적법한 행위에 의하여 발생한 특별한 손실을 전보하여 주는 것이다. 손해배상은 공무원의 직무상 불법행위가 인정된 경우에 손해를 받은 국민이 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 청구권을 갖는 경우를 말한다. 배상을 받으려면 국가의 불법이 인정되어야 하며 소멸시효가 완성되지 않아야 한다. 손실보상은 공공의 필요에 기하여 특정인에게 부과된 특별한 희생을 공평부담이 견지에서 조절하기 위하여 행해지는 것이며, 개인에게 부과된 특별한 희생을 국민 전체의 부담으로 하는 것이 정의·공평의 요구에 합치되는 것이다.³⁷⁾

거창사건의 경우 보상을 넘어 배상의 주장이 가능하다. 국가의 불법이 사법적으로 확정된 이상 그에 대한 배상은 당연하며, 그런 견지에서 1989년 법안에서 ‘배상’을 제안한 것으로 이해할 수 있다. 새로운 입법조치로서 배상을 규정하는 것은 국가 이 사건에 대해 소멸시효 항변을 앞졌다는 것을 명시적으로 선언한다고 볼 수 있으므로, 배상을 입법적으로 규정할 때 생겨날 법적 문제점도 전혀 없다.

다만 민사시효가 완성되었다는 점을 입법적 조치로서 회복시키는 것이므로 그러한 견지에서 ‘보상’으로 처리하여 국가적 부담과 국민적 특별희생을 절충하는 방안도 생각할 수 있으며 그러한 견지에서 현행 개정안에서는 ‘보상’으로 하고 있는 것도 이해될 수 있다. 이러한 방식은 ‘권위주의적 통치에 항거하고 민주헌정질서의 확립에 기여하고 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 활동’(민주화운동)을 수행한 자들이 치른 특별한 희생에 대하여 전보하자는 취지를 담은 「민주화운동관련자 명예회복및보상등에관한법률」과 궤를 같이 하는 것이다.

거창유사사건의 경우 ‘배상’의 추구는 현실적으로 어렵다고 보여진다. 왜냐하면 국가불법을 현시점에서 재판의 방법으로 확정할 방도가 없으며, 그럴 때 입법적 조치로써만 국가불법을 인정하고 그 토대 위에서 배상을 구하기는 법이론적·현실적 난점이 적지 않을 것이기 때문이다. 따라서 거창유사사건을 고려한다면 ‘보상’으로 규정하는 것이 보다 용이한 접근방법이다.

필자는 본 개정안에서 희생자와 그 유족의 생명·신체·자유·성적 침해에 대한 손해전보를 하려고 할 때 배상보다 보상이 보다 적절하다고 본다. 첫째,

37) 김동희, **행정법 I**, 박영사, 1999, 455, 498.

희생자들은 1980년 후반에 이르기까지 사법적 혹은 입법적으로 배상을 주장하지 않았다. 1950년대의 상황 하에서 배상청구가 사실상 지난했다고 하더라도 그 사유가 해제된 1960년 4·19 이후엔 배상을 추구할 수 있었다고 논리적으로 주장하는 견해가 나올 수 있다. 이렇게 소멸시효가 완성된 지 몇십 년이 지나 입법적 조치로서 손해전보를 구한다면 배상보다 보상이 보다 적절한 방법이라 생각된다. 둘째, 거창사건에 대해서는 배상을 구하고 거창유사사건에 대하여는 보상을 구하는 식으로 나누어 법제화한다면 그것은 하나의 법률 속에 서로 다른 개념을 설정하게 되어 법률상의 무리함이 있다. 셋째, 가장 중요한 논거로서 본법이 표방하고 있는 목적인 국민화합의 관점에서이다. 사건이 난 지 반세기를 경과한 시점이라면 국가(국군)의 불법 여부에 초점을 맞추기보다 한국전쟁이라는 미증유의 전쟁상황 및 대한민국의 존립을 지켜나가기 위해 국민일부가 치루어야 했던 특별희생에 초점을 맞추는 것이 바람직하며, 그에 대해 국가가 보상하는 것이 원한을 치유하고 거창사건 및 거창유사사건의 희생자들을 전체 국민 자신의 희생으로 확산시켜갈 수 있다는 것이다. 다만 이때 보상을 시행하는 국가는 보상시점에서 국가의 잘못에 대해 정치적으로 사과(apology)하는 것이 합당하다고 본다.

참고로 대만의 경우 1947년의 2·28사건 및 1950년대 백색테러에 대하여 각각 보상조례를 제정하여 시행한 것도 유력하게 참고할 수 있다.³⁸⁾

38) 2·28사건이라 함은 해방이후 대만에 주둔한 국민당 지방군이 지배자처럼 군림하면서 부패하고 횡포하게 행동한 것에 대한 대만인들의 불만이 전면봉기로 이어지자 무자비하게 진압하여 약 3만 명에 이르는 희생자를 낸 사건을 말한다. 장개석은 대만사령관을 파면하고 나아가 처형까지 시켰지만, 2·28은 대만인들에게 엄청난 상처를 남겼고 그 진상규명 및 명예회복은 대만 현대사의 숙제가 되었다. 1995년 들어 2·28기념비 제막식이 거행되었고 이등휘 총통은 정부의 사죄, 피해자의 명예회복, 피해자와 그 가족에 대한 보상을 발표했다. 그에 따라 1995년 4월 7일 「2·28사건처리및보상조례」가 공포되었다. 보상기금회가 설립된 후 4년간에 걸친 활동 중에서 보상을 받은 자는 1,500여 명이다. 한편 1950년대 백색테러는 1949년 계엄령 선포에 이어 각종 탄압법을 제정하고, 반란 및 비첩(匪諜) 탄압을 명분으로 정치적 테러를 자행했던 것을 말하며 그 때문에 초기 10년간 4천여 명이 총살되고 만 명 이상이 투옥되었다. 그에 대해 대만정부는 1998년 들어 「계엄시기부당반란및비첩심판안건보상조례」를 제정하여 보상을 실시하게 되었다. 보상금 발급기준은 사형, 무기 등의 중형자는 2·28사건과 동일한 기준, 그 이외의 경우에는 2·28사건의 2/3 선에서 타협을 보게 되었다. 2·28사건에 대하여는 현재 보상이 완료되었고, 50년대 안전에 대하여는 보상이 진행 중에 있다. 상세는 서승, “동아시아에 있어서 국가테러리즘 희생자들의 명예회복·배상에 관한 연구—한국과 대만의 경우를 중심으로”, 서울대 대학원 문학석사논문, 1999; 徐勝, “臺灣「戒嚴時期叛亂及匪諜不當審判案件補償條例」研究”, 立命館法學 第271·272號 上卷, 2000; 羅時敏, 二二八事件之法律

요컨대 거창사건 자체만 국한해 볼 때 국가의 배상책임을 인정받을 충분한 자격을 갖고 있지만, 거창과 유사한 사건들과의 전체적 균형성을 유지하기 위해 일보 양보하여 보상받을 권리로 물러서는 것을 권고할 수 있을 것이며, 그러한 양보는 거창유사사건의 희생자 및 가해자측에게 국민화합적 차원에서 거창사건 희생자들이 안겨주는 하나의 선물일 수 있을 것이다.

다음 보상금의 원칙은 희생자들의 피해의 정도에 따라 실질보상을 하되, 그 생활정도를 고려하여 보상의 정도를 달리할 수 있다. 상이자에 대한 의료지원금, 생활보상을 위한 생활지원금 등 보상액수와 관련된 내용은 기존의 선례, 특히 광주민주화운동에 대한 보상과 같은 예로서 취급하면 될 것이다. 그렇게 원칙을 정하면서도 다만 실제적인 문제를 감안하지 않을 수 없다. 1951년의 월급액, 월실수액, 평균임금 등의 지표가 제대로 나와있지 않을 뿐 아니라 당시의 국민소득이나 전쟁상황 등을 감안할 때 그것을 기준으로 삼기에 대단히 문제점이 많다. 생명·신체 등의 피해에 대한 손해액 산정도 대단히 어렵지만 성적 침해에 대해 보상기준을 확정하기란 더욱 어렵고, 그에 대해서는 민법상의 불법행위에 대한 손해배상 규정(제750조, 제751조)을 적용하지 않을 수 없다. 제1심 재판부도 위자료를 산정하면서 “거창사건의 발생경위와 결과, 거창사건 이후 그 유족들이 받은 유형·무형의 손해내용, 희생자와의 관계, 기타 그 권리회복을 위한 노력 중 이 사건 변론에 나타난 제반사정을 참작”하여 정한다고 할 뿐이다. 참고로 대만의 2·28사건의 보상의 경우에는 “수난자의 보상금액은 기수(基数)를 가지고 계산한다. 1기수를 10만 신대만원으로 하고 최고 60기수를 넘을 수 없다”고 하면서 “그 보상금 수액은 ... 수난자의 수난 정도에 따라 표준을 정한다”고 규정한다.³⁹⁾ 아마 실제로 보상금액을 정할 경우에는 국가배상법상의 손해배상액을 기준으로 하여, 관련자의 사정에 따라 가감하는 것을 원칙으로 할 것이다. 그리고 일단 책정된 기준을 적용하면서 보상금액에 대한 유족들의 동의

史考察, 國立臺灣大學法律學研究所碩士論文, 2000 참조.

39) 「2·28사건처리및보상조례」 제7조. 그 규정에 의거하여 실제 수난자보상금 기준을 설정하고 있다(서승, 앞의 글(1999), 29쪽 참조).

△ 사망 및 실종: 60

△ 부상: 중상의 경우에는 30~50, 부상으로 인한 사망은 60, 경상은 10~20 이하.

△ 구속당하거나 징역형 집행을 받은 자: 전체 50기수를 상한으로 하고, 구금기간에 따라 기수 산정.

△ 재물손실: 20 이하.

△ 건강, 명예훼손: 20 이하.

가 있을 경우 재판상 화해에 갈음하는 효과를 인정하여 더 이상 분쟁의 소지가 생기지 않도록 하는 방법이 적당할 것으로 보인다.

V. 맺음말

거창사건은 다시 있어서는 안될 비극이지만, 그 사건의 처리는 여러 가지 의미있는 교훈을 남겼다. 전쟁의 그 어떤 필요성도 비무장의 양민을 재판없이 학살하는 것을 정당화할 수 없으며, 국가의 전쟁수행은 인간의 존엄성, 그 중에서도 생명보호의 절대적 권리를 말살하는 방식으로 결코 진행될 수 없다. 특히 국회의 적극적 역할 및 사법부의 독립적 판결은 국민생명을 지킬 수 있는 보루임을 알 수 있다. 거창사건 폭로 후 대규모의 양민학살이 종료되었다는 역사적 사실 앞에 우리는 권력분립의 헌정질서가 국민의 인권보호에 중요한 역할을 수행할 수 있음을 체감한다.

다른 한편으로 이렇듯 국가불법이 공적으로 확인된 사건의 경우에도 피해자인 주민의 명예가 훼손되었고, 오염된 명예의 회복이 몇십 년 동안 지체되었다는 사실 앞에 우리의 인권상황이 얼마나 척박했는지 짐작할 수 있다. 더욱이 명목적인 명예회복의 수준을 넘어 실질적인 원상회복 및 배상 등은 여전히 미래의 영역으로 남아있는 실정이다. 그러나 최근 한국전쟁기의 대량학살문제의 처리를 위한 일련의 입법화의 움직임에서도 보듯이, 제대로 된 과거청산의 과제를 마냥 미룰 수 없다. 피해자와 지역공동체를 위한 회복적 정의의 관점에서 볼 때, 그 많은 학살사태에 대한 모범적 해결은 거창사건에서부터 출발하는 것이 이제까지의 진전에 비추어 볼 때 당연한 것이다. 본고는 그러한 입법화의 구체적 방향 및 조문화방식을 제시한 것이다.

과거의 대량적 인권침해에 대한 합당한 처리의 방향은 보복과 망각 사이의 제3의 길을 어떻게 발견하고 수행하는가에 달려있다. 과거문제의 처리는 갈등과 보복의 악순환으로 시종될 일도 아니며, 망각과 용서로 덮어버릴 일도 아니다. 진상규명을 통해 국가의 책임소재를 확인하고, 피해자를 위한 회복적 정의를 추구함으로써 국가와 국민, 국민상호간의 분열을 치유하고 극복하는 방향으로 선순환의 궤도를 밟아가야 한다. 이 모든 작업은 우리 사회에 다시는 그러한 생명유린과 인권침해의 문제가 재발되지 않도록 하는 보장책을 마련하고 갈등의 평화적 해결능력을 신장시키는데 기여할 것이다.

<Abstract>

Drafting Legal Remedies to the Kochang Massacre during the Korean War

In-Sup, Han*

In February of 1951, the Korean Army, who was conducting military operations against Communist guerrillas, massacred 719 unarmed villagers in Kochang County in the southeast part of the Korean Peninsula. Even though they had no justifiable evidence, the Army suspected the villagers of supporting guerrillas. Almost half of those killed were under the age of 14, and more women were killed than men. Such killings were not confined to Kochang area, because the army occasionally abused its power in the course of military operations during the Korean War (1950-1953).

What made the Kochang incident unique in the Korean War was the courageous response of the survivors. A delegate from Kochang revealed the massacre to the National Assembly, and various sectors of the government sought to discover the truth despite strong pressure to silence them. As a result, a military tribunal found guilty some of the officers involved. The Kochang trial remained the only case in which military massacre of non-combatants had been punished during wartime.

Even after the crime was officially recognized by judicial decision and governmental report, the atmosphere of anti-Communism and militarism overshadowed the survivors outcry for restorative justice. The survivors who argued for full disclosure and reparations were neglected or harassed under the subsequent military regime. It was not until 1996 (under the Kim Young Sam civilian government) that the National Assembly passed the Special Act concerning Kochang Incident (called "the Kochang Act"). The Act, implemented by the government, provided funding for memorial works including a memorial

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University

cemetery and historical museum.

Now some Congressmen suggested revising the Act. They argue the legal remedies for the individuals who suffered due to the incident: Compensation should be awarded to the families of the dead, the injured, and the imprisoned. I argue that the rape victims should also be compensated, but property damage be excluded, since only the gross violation of human rights can justify exceptions to the statute of limitations which had already expired.

One more issue needs to be resolved in the revision. The original draft of the Kochang Act dealt solely with the massacre in Kochang in February 1951. Now it is well known that the Army committed similar massacres at approximately the same time and in neighboring areas. What is at issue is whether other incident can be covered by this Act. Some people seek legal remedies under the coverage of this Act, but others endeavor to create a new legislation, which will cover all the civilian killings committed during the Korean War. As more massacres are revealed, more drafts for truth and reparations are submitted at the National Assembly. A just resolution of the Kochang case would be a model for new legislation seeking just remedies for past atrocities. My own draft for an amendment of the Kochang Act is not only a proposal for the resolution of the Kochang incident itself but also a model for the resolution of other massacres during the Korean War.