

‘합법적’ 국가폭력과 사법(司法)의 역할:
형제복지원 사건 대법원 판결에 관한 인권법적 고찰

강 신 찬*

* 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정

I. 서론

부랑인·장애인 보호시설이라는 간판 아래에 1970년대와 1980년대에 걸쳐 조직적이고 광범위한 인권침해를 자행하였던 형제복지원은 ‘한국판 아우슈비츠’라고 명명되며 현대인권사의 비극으로 기억되고 있다. 국가가 직접 나서는 대신, 정부가 제정한 훈령에 의거하여 사인(私人)이 인권침해를 저질렀다는 점에서 형제복지원 사건은 여타 국가폭력과 구별되는 특징을 갖는다. 검찰은 형제복지원을 수사하여 복지원의 대표이사 박○○을 횡령·특수감금·건축법위반 등의 혐의로 기소하였는데, 특수감금죄에 대하여 대법원의 파기환송과 이에 불복하는 하급심 판결 등 우여곡절 끝에 결국 1989년 대법원에서 무죄를 확정하였다(대법원 1989. 7. 11. 선고 89도698 판결).

검찰 수사로 잠시나마 주목받았던 형제복지원 사건은 20년 넘도록 국민의 관심에서 멀어졌다가, 2012년 피해자 중 한 명의 1인 시위로 세간에 다시금 알려졌다. 2018년 검찰총장은 과거 판결에서 법원이 박○○의 특수감금 혐의에 대해 위헌·무효인 내무부 훈령을 근거로 형법 제20조를 적용하여 무죄라고 본 것이 법령위반에 해당한다는 취지로 비상상고를 신청하였다. 그러나 2021년 3월 대법원은 비상상고의 요건이 갖추어지지 않았다는 이유에서 이를 기각하였다. 판결 선고 후 사법부가 피해자의 권리구제에 사실상 눈감은 것 아니냐는 비판이 일었고, 다른 한편에서는 형사소송법 문언상 이 사건에서는 비상상고를 기각할 수밖에 없으며 명예 회복과 진실 규명은 사법의 관할이 아니라는 견해가 제기되는 등 논란이 계속되고 있다.

본고는 인권법적 관점으로 형제복지원 사건에 대한 반성적 성찰을 시도함으로써 국가폭력의 관조자가 아닌 기본권의 수호자라는 법률가의 소임을 재조명하고자 한다. 형제복지원 사건에서 극명하게 드러난 ‘외주화된 국가폭력’의 특성을 분석하고, 대규모 인권 유린이 국가의 지지에 힘입어 합법적인 외양을 띠고 이루어질 때 사법작용의 역할은 무엇인지 검토한다. 자유권규약위원회 등 국제인권조약기구와 유럽인권재판소와 같은 국제사법기관이 제시하는 국제인권규범¹⁾에 관한 해석을 살펴보고, 이에 비추어 한국의 사법부가 형제복지원 사건에서 내려온 결정을 평가한다. 유사한 국가폭력 사안에서 다른 국가의 사법기관은 피해 구제에 어떻게 참여해왔는지 비교법적으로 고찰한다. 끝으로 미해결 상태인 형제복지원의 과거청산에 관하여 인권운동으로 상향식 담론을 이끌어내 치유와 회복으로 나아갈 당위성을 논한다.

1) 국제인권규범에 어떠한 내용까지 포함되는지에 대하여 국제사법재판소 규정(Statute of the International Court of Justice) 제38조는 참고할 만한 기준을 제시한다. 동 규정은 국제법에 포함되는 내용으로 “국제협약”, “법으로 수락된 일반관행의 증거로서 국제관습”, “국가들 공동체에 의하여 인정된 법의 일반원칙”을 나열한다. 따라서 본 연구에서는 ‘국제인권규범’을 국제인권조약, 국제관습법적 성격을 갖는 인권규범, 법적 효력은 없으나 인권의 국제적 표준으로 기능하는 각종 지침·협정·권고 등을 포괄하는 용어로 이해한다. 구체적인 논의는 국제인권규범에 관한 법무부의 해설 (<https://www.moj.go.kr/moj/335/subview.do>) 및 신윤진, “국제인권규범과 헌법: 통합적 관계 구성을 위한 이론적·실천적 고찰”, 『서울대학교 法學』, 제61권 제1호(2020. 3.), pp. 208-211 참조.

II. '합법적'으로 의주화된 국가폭력

1. 형제복지원 사건의 개요

부랑인 문제를 사회적 청산 대상으로 인식한 군사정권은, 부랑인 단속과 신병 확보 및 선도를 위한 지침인 「내무부 훈령 제410호」를 제정한 후 특정 시설에 부랑인 수용을 위탁하였다. 형제복지원은 부산직할시(현 부산광역시)와 1975년 7월 「내무부 훈령 제410호」 제7절 제2호에 따라 부랑인 수용·보호 위탁계약을 체결하고, 부산시 경찰 및 군청 직원은 부랑인을 단속하여 형제복지원에 신병을 인수·인계하였다. 부랑인 척결이라는 기치를 내걸었으나 실상 무차별적으로 잡아들였음이 추후 조사로 확인되었는데, 가령 대구 친척집에 가다가 실수로 부산역에 내렸는데 얼떨결에 잡혀 온 남매, 집에서 TV를 보다가 붙잡혀 온 사람, 원래의 주거지가 멀지 않은 거리에 있음에도 1년여 동안 복지원에 갇혀 집에 가지 못한 사람 등 무고한 시민들이 대거 납치·감금되었다.²⁾ 복지원 내에서는 수용자를 향한 폭행·고문·성폭행·강제노역 등 기본권의 극심한 탄압이 발생하였으며, 그 과정에서 500명 이상의 사망자가 나오고 사체 일부를 유기하였다는 사실까지 밝혀졌다.

형제복지원 사건을 수사하던 검사는 상부의 압력을 못 이겨 복지원 대표이사 박○○의 혐의 중 일부만을 축소하여 기소하였는데, 1988년 대법원은 하급심 판결을 뒤집으면서 대표이사의 불법 감금 행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 하여 무죄 취지로 파기환송하였다. 그러나 제1차 환송심에서 대구고등법원은 박○○의 야간 감금 혐의에 대하여 상급심의 판결에 불복하고 유죄판결을 선고하였다. 이에 대법원은 1988년 제2차 상고심에서 야간 감금행위에 대하여 다시 무죄 취지로 파기환송하였다. 끝내 제2차 환송심에서 대구고등법원은 무죄를 선고하고 최종적으로 1989년 대법원이 검사의 상고를 기각하며 판결을 확정하였다.

2018년 검찰총장은 과거 판결에 위법이 있다며 비상상고를 하였고, 대법원은 2021년 검찰총장의 비상상고를 기각하였다.³⁾ 대법원은 그 판시에서, 확정판결에서 인정한 사실을 변경하지 아니하고 실체법 적용의 위법 또는 사건의 절차적인 위법이 있는 때에만 비상상고가 허용된다고 하면서, 이 사건 원판결은 법을 잘못 적용하거나 절차를 미준수한 것이 아니라 형법 제20조 적용에 관한 “전제사실을 오인한 것에 불과”하므로, 비상상고인이 “정당행위에 관한 법원의 포섭 판단을 탓하는 것에 지나지 않”아 비상상고를 기각하여야 한다고 결론 내렸다.

2) 사건의 개관은 국가인권위원회, “형제복지원 특별법 제정 의견표명 및 강제실종보호협약 가입 권고”, 「국가인권위원회공보」, 제16권 제1호(2018. 2.), pp. 32-35 참조.

3) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결. 비상상고 허용사유로 전제사실의 오류까지 포함할 수 있는지에 대하여는 양동철, “비상상고 제도의 개선에 관한 연구 - 대법원 판례의 분석과 해석론을 중심으로”, 「정회법학」, 제51권 제3호(2016. 9.), pp. 73-109 참조.

2. 국가폭력의 의미와 전개 양상

국가주권은 인간주권(individual sovereignty)의 수호를 위해서만 성립할 수 있다.4) 국가는 시민에게 자유와 안전보장을 약속하고 시민은 그에 대한 신뢰로 합법적인 통치권을 부여하였다. 그런데 국가권력이 비대해지고 권력이 '지배'에 초점을 두면서 국가는 자신의 존재 이유를 망각하기 시작한다. 주객이 전도되어, 국가의 권리(states' rights)가 국가의 의무(states' obligations towards natural persons)에 앞선다는 사고방식이 만연해진다. 이러한 국가 우월주의는 “헌법에 따라 국민의 자유를 보장해야 할 국가가 국민에게 역습을 가하는” 참극을 낳는다.5) 국가가 시민의 권리 보호를 포기하거나 거부하면 국가주권이 중단(suspended)6)되어야 마땅함에도, 곳곳에 드리운 권력은 개인을 쉽게 무력화하여 권리를 박탈해버린다. 기본권 수호를 위해 국가를 탄생시킨 시민들은 태초의 계약이 권위주의적 독주에 짓이겨지는 모습에 절망하고 만다.

국가폭력7)은 이처럼 국가권력이 시민과의 약속을 폐기하고 권리 보호 의무를 방기하거나 역으로 인권을 침해하는 행위를 의미한다. 국가가 본연의 책무를 저버리고 편의적 법 집행과 공권력 행사로 개인의 자유와 권리를 억압하려 드는 것이 곧 국가폭력이다. 법과 제도가 자신을 보호하리라는 시민의 정당한 기대는 국가폭력 앞에서 처절하게 무너지고, 어디에도 안식할 수 없게 된 개인은 극도의 불안을 경험한다. 헌법재판소는 그 중대성을 인식하여 국가보안법 관련 결정에서 국가폭력의 본질을 실시하였다.8) 결정문에서 헌법재판소는 자의적 법해석과 차별적·선별적 법 적용은 입헌민주주의 국가에서 가장 경계하여야 할 요소라고 하면서, 국민의 권리와 자유가 부당하게 제한되지 않도록 법제도 운용에 주의를 기울일 필요성을 역설하였다.

국가폭력이 다른 유형의 범죄에 비해 시민에게 특히 위협적으로 다가오는 까닭은 국가가 동원할 수 있는 '합법적' 하부기관의 선택지가 무수히 많다는 데 있다. 경찰, 군사, 지방자치단체, 사법기관, 관료 등 국가의 거대한 조직은 대항 수단이 전무하

4) Kofi Annan, “Two Concepts of Sovereignty”, *Economist* (Sept. 18, 1999).

5) 김성돈, “형법의 과제, 형법의 한계 그리고 리바이어던형법 - 국가폭력의 경우, 형법과 국가 및 개인의 관계에 관한 패러다임의 전환”, 「형사법연구」, 제28권 제4호(2016. 12.), pp. 26-27.

6) Anne Peters, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *European Journal of International Law*, Volume 20, Issue 3 (2009), p. 513.

7) 국가폭력과 국가범죄를 구별하여, 전자는 합법적 국가 안에서 공권력이 불법적으로 행사된 경우로, 후자는 나치 독일의 인종청소와 같이 타락한 불법국가에서 이루어졌으나 그 체제 내에서 형식적 합법성을 갖춘 행위로 나누어 설명하는 견해도 있다. 김성돈, 전제 논문(각주 5), pp. 20-21.

8) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정은 “북한측이 원용하여 선전수단으로 삼을 수 있다는 인식만 있었다면 이적죄의 고리에 걸 수 있는 포괄성이 있기 때문에 정부비판세력을 견제하는 수단으로 오용 내지는 남용의 소지를 안고 있다”면서, “법운영에 있어서 객관적인 자의성을 주는 것은 법치주의 원리에 반하는 것”이며 “과도한 광범성은 잠재적인 명확성 결여의 경우로 볼 수 있”으므로 “모든 권리와 자유가 부당하게 제한되는 일이 없도록 특히 주의하여야 한다”고 판시하였다. 헌법재판소의 결정으로부터 추론한 국가폭력의 개념에 관하여 김혜경, “국가폭력범죄의 개념과 국가 책임 구조 - 국가의 범죄행위 주체성을 중심으로”, 「형사법의 신동향」, 제58호(2018. 3.), pp. 184-185 참조.

다시피 한 개인에 비하여 월등히 유리하게 작용한다.⁹⁾ 국가는 적재적소에 권력을 배치하여 시민을 금세 손아귀에 넣고 통제할 수 있는 반면 개인은 구석구석 드리운 국가의 그림자에서 벗어나기가 매우 곤란하다. 국가는 심지어 법과 제도를 국가에 유리한 방향으로 제·개정하여 시민의 저항 의지를 원천 봉쇄하기도 한다. 하부기관에 폭력의 실행을 일임하고 국가가 자신의 존재감을 표면으로 드러내지 않는다면, 추후 논란이 되더라도 직접 폭력을 가한 책임자를 처벌하는 수준에서 사건을 종결 시킴으로써 국가는 사회적 비난으로부터 자유로워질 수도 있다.

공적 도구만 활용하는 것이 아니라, 때로 국가는 사적 주체와 결탁하여 인권침해의 교사·방조자가 되기도 한다. 일명 ‘국가폭력의 외주화’로, 국가는 형식상 합법인 법령에 근거하여 민간 폭력대행자를 선정함으로써 효율적 처리를 도모하고 국가의 책임 소지를 제거하는 일거양득의 효과를 노린다. 국가의 인권침해적 가치관과 일치하는 성향을 가진, 혹은 국가권력과의 내통을 기화로 모종의 이득을 챙기려는 개인은 국가폭력 프로그램의 대표자로 등극하여 국가 대신 ‘문제 해결’에 앞장선다.

일반적으로 사인은 행정객체의 지위에 있는 것이 보통이지만, 국가로부터 수입한 행정사무를 집행하게 되면 ‘공무수탁사인’으로 거듭나 행정‘주체’의 지위에 서게 된다.¹⁰⁾ 형제복지원 사건과 같이 폭력성 짙은 국가행정을 대신 수행하는 공무수탁사인은, 그 집행 과정에서 막강한 영향력을 행사하며 범인(凡人)과 차별화되는 권력의 특혜를 누린다. 국가폭력의 외주화는, 겉으로는 공권력의 개입 없이 폭력행위가 이루어진다는 점에서 국가의 책임귀속을 약하게 만들 수 있는 방편이 되고, 내부적으로는 빼뚫어진 권력욕으로 가득 찬 사인의 야망을 이용하여 참혹한 결과를 빚어낸다는 점에서 다른 폭력 수단에 비하여 한층 교활하고 잔인한 수법이라 할 수 있다.

폭력의 직접 수행자가 민간이라는 이유에서 국가가 면책되기 용이한 만큼, 사인에게 위임된 국가폭력에서 책임을 제대로 묻기 위해서는 외면으로 드러나는 행위 태양 너머의 기능적 의사 지배를 파악하여야 한다. 단지 국가가 폭력의 주동자로 인식되지 않기 위해 사적 주체에 폭력의 실행을 떠맡겼을 뿐 실질적으로 배후자로서 행위 전반을 조정·통제하였다면 확장된 형태의 국가폭력이라 평가할 수 있다. 국가가 민간인에게 폭력행위를 허가하였을 때 인권이 침해될 것이라고 충분히 예상할 수 있었음에도 저지하지 않았다면 부작위에 의한 국가책임이 성립할 것이다. 설령 국가가 위임 당시에 폭력을 예측할 수 없었더라도 사인에 의한 인권 탄압을 인지한 후 아무런 조치를 하지 않은 채 방관하였다면 권리를 수호하여야 할 국가의 책임을 포기한 것과 다름없으므로 넓은 의미의 국가폭력이라고 볼 수 있다.

국가폭력이 시민의 권리 증진에 치명적인 또 다른 이유는, 국가가 공조직과 언론, 거짓 소문을 동원하여 폭력의 역사를 비가시화하여 진실 규명과 피해보상이 난해해 진다는 데 있다.¹¹⁾ 국가의 은폐 시도에 대항하여 폭력적인 행태를 밝히려 해도 시

9) Prathama Banerjee, “State (and) Violence”, *Containing Violence*, Seminar 691 (2017), p. 28.

10) 김동희·최계영, 『행정법 1』, 박영사(2021), p. 19.

11) 김동춘, “냉전, 반공주의 질서와 한국의 전쟁정치 - 국가폭력의 행사와 법치의 한계”, 『경제와 사회』, 제89호(2011. 3.), pp. 361-362.

민이 사용할 수 있는 방법은 극히 제한적인 데다가, 폭력의 직·간접 당사자가 되었던 시민들은 강한 공포로 인한 심리적 방어기제가 형성되어 국가에 이의를 제기할 수 없는 무기력 상태에 놓이기 일쑤다. 두려움에 잠식되면 눈앞에서 왜곡과 날조가 펼쳐져도 그저 당할 수밖에 없는 경우가 많다. 국가폭력의 정서적 충격을 딛고 피해자 스스로 책임자 처벌과 명예 회복을 요구하기까지 큰 용기가 필요하다는 점을 감안하면, 폭력을 비가시화함으로써 국가는 장기간 책임을 회피할 수 있고 그렇게 확보한 시간을 활용하여 사안의 심각성을 희석할 수 있다.

5·18 민주화운동 당시 군부의 거짓 발표 및 사실 왜곡은 대규모로 자행된 국가폭력을 무마하려 한 대표적인 사례다. 국가보위비상대책위원회는 “누적되어온 지역감정, 불순세력의 조직적 선동, 극렬 문제 학생들의 선동, 악성 유언비어 때문”에 광주사태가 시작되었다고 강변하며 조작된 내용을 공식적 사실로 둔갑시켰다. 정부가 사망자와 부상자 수마저 대폭 축소하여 발표하였음에도 피해자와 가족들은 보복이 두려워 공론화나 신고조차 하지 못하였다.¹²⁾ 국가의 허위사실 유포로 피해 지역 밖에 있던 시민들은 진상을 파악하지 못하였고, 일부 구성원은 국가의 발표를 곧이곧대로 믿고 피해자를 향해 덩달아 비난의 목소리를 내는가 하면 악성 소문을 퍼뜨리기도 하였다. 민주화운동을 향한 편협이 근래까지도 이어졌다는 사실은 국가의 조직적 은폐가 얼마나 오랫동안 시민들의 의식을 지배할 수 있는지를 여실히 드러낸다.

3. 형제복지원 사건의 국가폭력성

근간 신체장애자 구결행각이 늘어나고 있다는 바, 실태 파악을 하여 관계부처 협조 하에 일정 단속 보호조치하고 대책과 결과를 보고해 주시기 바랍니다.

대통령 전두환

당초 위헌성이 강하게 의심되는 「내무부 훈령 제410호」로 시작된 형제복지원에 서의 인권침해는, 위와 같은 대통령의 지휘서신으로 그 정당성을 확인받으며 강제구금과 가혹행위의 규모를 더욱 확대하였다.¹³⁾ 정부는 “일정한 정주가 없이 (...) 역, 버스 터미널 등 많은 사람들이 모이거나 통행하는 곳과 주택가를 배회하거나 (...) 걸인, 꺾팔이, 앵벌이 등 건전한 사회 및 도시 질서를 해하는 모든 불량인”(훈령 제1장 제2절)과 노변행상·빈지게꾼 등 사회에 “나쁜 영향”을 주는 ‘준부랑인’(훈령 제1장 제3절 제6호)을 잡아들여 감금할 권한을 사회복지법인에 부여하였다. 당시 헌법이 법률에 의하지 않은 체포·구금·처벌·강제노역을 받지 않을 자유(헌법 제10조 제1항)를 규정하고 있었음에도, 내무부 훈령은 마치 헌법 위의 법률과 같은 위력을 발휘하여 적법 절차를 준수하지 않은 납치·격리를 무제한적으로 허용하였다. 시민의

12) 한인섭, “국가폭력에 대한 법적 책임 및 피해회복 - 5·18 민주화운동의 법적 해결을 중심으로”, 『서울대학교 法學』, 제43권 제2호(2002. 6.), pp. 190-191.

13) 국가인권위원회, 전계 보고서(각주 2), p. 37.

자유와 권리 중에서도 가장 핵심적인 신체의 자유가 권력자의 자의적 판단에 예속되어, 행인이 '정상적'으로 보이지 않는다는 이유만으로 붙잡아 가두고 교화를 통한 '정상화'라는 명목으로 탈출구 없는 강제노동을 하도록 만들었다.

국가는 제 손으로 위법을 행하는 대신 민간 보호시설의 설립자를 주모자로 내세우는 치밀함도 보였다. 겉으로는 형제복지원이 모든 폭력행위를 기획·실행한 것처럼 가장하였지만 복지원 예산의 80%를 국가와 부산시가 지원하였음이 후일 밝혀졌다.¹⁴⁾ 막대한 자금을 투입하면서도 정부는 안전점검이나 행정지도를 전혀 실시하지 않았다. 사회복지법인은 사적 주체이기에 앞서 공적 책임에 따라 국가의 사회복지 증진에 협력할 의무를 지고 이를 제대로 실천하지 않으면 국가에 의해 통제되어야 하는데, 형제복지원은 국가와의 유착을 기반으로 복지 향상이 아닌 개인의 인권 말살에 적극적으로 가담하면서도 아무런 제지 없이 십수 년간 폭력을 휘둘렀다. 실상 강제수용소 총책임자와 다름없던 복지원의 운영자는, 자신에게 주어진 사회복지 증진에의 책임을 수행할 뿐이라고 변명하면서 '무가치'하고 '불필요'한 존재를 제거하겠다는 편견 어린 목표를 세워 무고한 시민들을 대거 잡아들였다.

복지원의 어두운 내막이 세간에 알려지기까지 숱한 은폐 시도가 있었다는 점도 전형적인 국가폭력과 맥을 같이 한다. 형제복지원 사건을 수사하던 김용원 검사는 형제복지원 대표이사 박○○을 구속 기소한 다음 날 부산시장으로부터 “박 원장 구속하면 안 됩니다. 빨리 석방해야 합니다”라는 전화를 받았고, 부산시는 이후에도 김 검사가 수사를 지속하자 사사건건 중앙정부에 왜곡 보고하여 수사를 방해하였다.¹⁵⁾ 각종 훼방 끝에 복지원 대표이사는 결국 축소 기소되었고, 대표이사가 실형을 선고받은 후에도 부산시는 형제복지원 법인을 폐지하는 대신 명칭만 바꾸어 최근까지 계속 운영되도록 편의를 봐주었다.¹⁶⁾ 박○○은 출소 뒤에도 해당 법인에서 2011년까지 이사로 활동하였으며, 이후 그의 아들이 대표이사를 맡아 운영하다가 2017년 복지원의 재산 청산 후 시설은 최종적으로 폐쇄되었다. 이때 부산시가 줄속 폐쇄를 추진하면서 건물 내에 보관 중이던 형제복지원 입소자 신상기록부 및 정관계 로비장부 등이 모두 사라졌다는 사실이 언론에 의해 밝혀지기도 하였다.¹⁷⁾

정리하면, 형제복지원 사건은 권력의 최정점에 있는 대통령의 지시로 공조직과 민간 복지시설이 영합하여 시민들을 무자비하게 강제구금하고 수용시설 내에서 박해를 일삼은 국가폭력이다. 국가는 사적 주체에게 납치·감금을 위한 여건을 마련하여 줌으로써 자유로이 폭력을 행사하도록 하였다. 폭력의 실행자는 사인이었지만, 국가가 예산 대부분을 지원하고 관리·감독을 의도적으로 해태하여 복지원의 운영을 뒷받침하였다는 점에서 국가폭력이라고 보아 마땅하다. “박 원장은 훌륭한 사람이오. 박 원장 같은 사람 덕분에 거리에 거지도 없고 좋지 않소”¹⁸⁾라는 대통령의 발

14) *Ibid.*, p. 36.

15) 김용원, “‘수사검사’가 본 형제복지원 사건”, 「형제복지원 사건 진실규명 및 해결방안 모색을 위한 토론회 자료집」, 장애와인권발바닥행동(2013. 3.), p. 25.

16) 한겨레신문, “형제복지원 대해 3부작 제2회 ⑥ 1987년, 정지된 시간”, 2014년 9월 12일.

17) 부산일보, “BJ 흥가 체험장으로 전락한 ‘실로암의 집’, 그곳에 무슨 일이?”, 2021년 3월 10일.

18) 형제복지원에 대한 검찰 수사가 진행되던 1987년 5월 대통령이 소년체육대회 참관을 위해 부산에

언과, “서울역, 구포역, 부산진역, 영등포역 등 (...) 눈에 띄는 부랑인을 볼 때에 이 모든 것이 김용원 전 검사의 책임이라는 것을 잊지 말아야 된다고 생각”¹⁹⁾한다는 복지원 대표이사의 자서전 내용이 시사하듯이, 국가권력과 사회복지법인의 운영자는 거리의 ‘쓰레기’가 말끔하게 청소되는 것이 곧 정의의 실현이라는 일념 아래 하나로 뭉쳐 광범위한 인권침해를 계획하고 실행에 옮겼다. 사건의 잔혹성에 대한 비판이 커지자 국가는 대표이사에 대한 축소 기소로 빠르게 여론을 묻어버리고, 21세기에 들어서도 물밑에서 복지원에 대한 법적·경제적 지원을 아끼지 않아 가해자와의 긴밀한 유대를 이어갔다.

형제복지원 사건의 잔해는 30년이 지나도록 피해자의 가슴 깊숙이 남아 치유되지 않고 있다. 영문도 모른 채 복지원에 갇혀 무수한 폭력에 시달린 피해자와 그로 인해 고통받았을 가족들에게 국가가 지금까지 진실을 은폐하기 급급하고 적절한 배상을 시행하지 않았다면, 이 역시도 폭력행위 못지않은 잔인하고 비인도적인 처우라고 하지 않을 수 없다.²⁰⁾ 이렇듯 누구도 책임지지 않으려 하는 국가폭력에서 돌파구가 보이지 않을 때, 국가폭력의 마감자로서 사법부의 역할은 무엇인지 다음 장에서 분석해본다.

Ⅲ. 국가폭력 피해 구제에서 사법의 역할

1. 국가작용에 대한 사법심사와 사법의 독립성

“인간이 폭정과 억압에 대항하는 마지막 수단으로서 반란을 일으키도록 강요받지 않으려면, 법에 의한 통치로 인권이 보호되어야 함은 필수적”²¹⁾이다. 이에 법치국가는 모든 국가작용을 법의 지배 아래에 두어 기본권 우선의 원칙을 천명한다. 국가는 시민이 갖는 권리를 합당한 근거 없이 침해하여서는 아니되고, 만일 기본권 보장 정신에 어긋나는 국가작용이 만연하게 행해진다면 어떠한 주체가 관여하든 간에 그러한 국가행위는 사법의 심판을 받아야 한다. 대한민국헌법은 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를, 대법원이 명령·규칙·처분의 위헌·위법 여부를 심사할 권한을 갖는다고 명시하여,²²⁾ 사법부가 모든 국가행위의 위법성에 대하여 심리·판단할 수 있음을 강조한다. 한국 헌법이 사법심사의 정당성을 선언하고 있는 이상, 국가폭력을 ‘고도의 정치적 행위’로 해석하더라도 그에 대한 사법심사 당위성을 부인할 수는 없을 것이다.²³⁾

내려갔는데, 당시 부산시장이 “복지원 사건으로 물의를 일으켜 죄송하다”라고 사죄하자 대통령이 남긴 대답으로 기록되어 있다. 김용원, 『브레이크 없는 벤츠』, 예하출판(1993), p. 30 참조.

19) 박인근, 『형제복지원 이렇게 운영되었다!』, 사회복지법인 형제복지원재단(2010), p. 313.

20) 이재승, “형제복지원과 진실에 대한 권리”, 「형제복지원 사건 진실규명 및 해결방안 모색을 위한 토론회 자료집」, 장애와인권발바닥행동(2013. 3.), p. 54.

21) 세계인권선언, 서문 세 번째 문단.

22) 대한민국헌법 제107조 제1·2항.

23) 김동희·최계영, 전게서(각주 10), p. 14.

그러나 권력을 거머쥔 세력은 법의 규율 영역 밖으로 벗어나 고유한 자신의 공간을 마련하고 통치행위라는 이름으로 이를 정당화하려 한다.²⁴⁾ 국민의 의사 수렴 절차를 생략하고 스스로 주권자가 되어 “자신의 의지로써 새로운 법상태를 구성”하는 권력 집단은 이렇게 만들어진 법을 기습적으로 적용하는 과정에서 국민에 대한 우위를 강렬하게 체험한다.²⁵⁾ 다만, 법률 유보 원칙 등은 안중에도 없던 과거에 비해 법논리가 정교해졌음을 고려하여, 국가는 교묘하게 외견상으로는 합법이지만 내용을 뜯어보면 불법인 법령을 제정하고 이에 근거하여 국가폭력을 행사하기도 한다.

그러므로 ‘합법적이지만 부당한’²⁶⁾ 국가폭력 사건이 법정에 오르면, 재판관은 ‘시민의 기본권 수호’라는 헌법정신을 되새겨 용납하여서는 안 되는 국가작용이 무엇인지 신중하게 검토하여야 한다. 형식적으로 법령의 모습을 갖추었다더라도, 정의에 합치되지 않는 통치행위를 아무런 숙고 없이 용인해버리는 것은 사법부의 근본적 직분을 폐기하는 셈이나 마찬가지다. 그렇지만 사법기관도 국가의 관할 하에 있는 까닭에 국민의 권리를 우선시하라는 헌법적 요청이 후퇴할 가능성이 상존한다. 국가가 재판의 당사자로 들어가는 경우, 공권력은 사법부를 통제하여 재판 결과를 좌지우지하려는 움직임이 보이기도 한다. 심한 경우 국가가 판사의 신변을 위협하여 굴복시킬 수 있으며, 법관 선발에 개입하여 친정부 성향 또는 권력층의 목소리만 대변하는 판사로 모든 자리를 채워 통치자의 수족으로 전락시킬 가능성도 있다.²⁷⁾

따라서 국가폭력에 관한 사법적 판단을 평가하기 위해서는 재판 당시의 사법체계에 독립성이 어느 정도로 확보되어있었는지를 반드시 검토하여야 한다. 타협을 강요하는 권력층의 위세가 당연시되는 분위기에서 국가는 정치적 영향력을 악용하여 법관의 신분을 위협하고 검찰에 지시를 내려 수사를 무마시킬 수 있다. UN은 ‘사법부 독립’을 공정한 재판을 위한 전제조건으로 보고 있으며, 각국의 사법기관 운영 실태를 분석하고 그 독립성에 의심이 가는 경우 꾸준히 우려를 표명해오고 있다.²⁸⁾ 유럽인권재판소 역시 “(법원) 구성원의 임명 방법 및 재임 기간, 외부의 압력에 대

24) 한상희, “통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제”, 「민주법학」, 제59호(2015. 11.), p. 19.

25) *Ibid.*, p. 20.

26) NATO가 유고슬라비아군에 의한 추가 잔학 행위를 방지하고자 코소보 사태에 무력 개입한 것이 ‘불법이지만 정당했다’(illegal but legitimate)는 코소보 독립 조사위원회(The Independent International Commission on Kosovo)의 평가에서와는 반대로, 이 사안에서는 ‘합법적이지만 부당한’(legal but illegitimate, 또는 legal but unjust) 국가폭력에 대해 살펴본다.

27) UN 자유권규약위원회는 수단(Sudan)의 사법부가 “외견상으로는 물론 실제적으로도 진정하게 독립되어 있지 않고, (...) 정부가 지배하는 감독기구를 통하여 법관이 압력을 받게 되는 경우가 있다는 점, 모든 단계에서 비이슬람교도 및 여성의 법관임용이 매우 희소하다는 점”에 대하여 우려를 표명한 바 있다. United Nations, *General Assembly Official Records*, A/53/40, Volume I (1998), para. 132 참조.

28) 캄보디아의 사법부가 “뇌물과 정치적 압력에 취약”하고, 법률해석 시 “법무부의 의견을 추종”하며, 법무부가 법관들에게 구속력 있는 지시를 내리는 관습에 우려를 표명한 UN Human Rights Committee, *Report of the UN Human Rights Committee*, A/54/40, Volume I (1999), paras. 299-300 참조. 사법부가 국가폭력에 대하여 같은 공권력의 입장에서 심판하기를 꺼리는 현상이 나타나고, 이에 따라 피해자들이 피해자로 취급되지 못하여(“fail to treat the victim as a victim”) 사법체계로부터 고립되고(isolated) 우울(depressed)과 분노(angry)에 차게 된다는 United Nations, “Guide for Practitioners Regarding the Implementation of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”, A/CONF.144/20, 7 June 1990, para. 44의 지적도 참조.

한 보호 장치의 존재와 법원이 독립적인 외관을 갖추고 있는지 여부”가 공평한 재판의 핵심 요건이라고 반복하여 판시해오고 있다.²⁹⁾ 대한민국헌법은 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 선언하여 입법부나 행정부의 입김으로부터 독립적인 사법부의 위치를 재확인하고 있지만,³⁰⁾ 사법의 독립성이 정권에 따라 무너지고 뒤틀려왔음은 주지하는 바와 같다. 이에 형제복지원 사건에서 사법기관이 수행한 역할을 되짚어보는 IV장에서는, 사법부가 정권의 부당한 개입으로부터 얼마나 독립적인 위치에 있었는지를 분석하여 사법부의 판단이 타당하였는지 논한다.

2. 피해자를 향한 적극적 경청과 협력 장려

피해자의 의견진술이 보장되면 피해자는 범죄로부터 입은 심리적 고통을 치유할 수 있음은 물론, 사건의 당사자로서 형사절차에 능동적으로 참여할 권리를 실현하게 된다.³¹⁾ 특히 국가폭력과 같은 대규모 인권 탄압에서 피해자의 기억 발굴은 지배담론으로 배제되었던 역사경험을 공론화한다는 점에서 의의를 가진다.³²⁾ 공권력의 은폐 또는 정치적 이해관계로 억압되었던 진실이 피해자의 회고로 되살아나면, 과거사 평가의 인식구조가 총체적으로 재형성될 수 있다. 이전까지 일본군 위안부의 존재를 완강히 부인하고 전쟁 범죄를 미화하기만을 거듭해오던 일본 정부가 1990년대에 시작된 피해자 여성들의 증언으로 그 진상이 세상에 알려지자, 식민지 국가폭력에 대한 초국가적 분노를 의식하여 마침내 위안부의 국가폭력성을 시인한 사례는 피해자의 목소리가 역사적 담론 형성에 주요하다는 사실을 뒷받침한다.³³⁾

피해자 증언은 인권사의 새로운 획을 긋기도 한다. 홀로코스트 연구에서 피해자의 진술은 인간이 행할 수 있는 극한의 부정의(不正義)가 무엇인지에 관한 경종을 울려 수많은 국제인권조약 체결에 영향을 미쳤고³⁴⁾, 제주 4·3 사건에 대한 피해 증언은 이념 대립에만 매몰되어있던 과거의 담론에서 탈피하여 국가폭력에 맞선 생존 투쟁이라는 역사적 관점을 제시함으로써 이데올로기 충돌 속에서의 인권침해에 관한 후속 연구를 촉발하였다.³⁵⁾ ‘고발자’나 ‘배신자’, 또는 ‘무력한 피해자’에 그치는 것이 아니라 ‘활동가’, ‘함께 싸워낸 사람’, ‘저항했던 사람’으로 기억되기를 원한다는 목소리를 전달하여 피해자를 향한 고정 관념에 중대한 변화를 가져오기도 하였다.³⁶⁾

29) European Court of Human Rights, *Incal v. Turkey*, judgement of 9 June 1998-IV, p. 1571, para. 65.

30) 대한민국헌법 제103조.

31) 박호정·임희, “범죄피해자의 진술권리에 관한 연구”, 「디지털융복합연구」, 제11권 제9호(2013. 9.), p. 14.

32) 이소영, “기억의 정치와 ‘법을 통한 과거청산’ 담론 비판”, 「외법논집」, 제35권 제2호(2011. 5.), p. 272.

33) 심영희, “침묵에서 증언으로: ‘군위안부’ 피해자들의 귀국 이후의 삶을 중심으로”, 「정신문화연구」, 제23권 제2호(2000. 6.), pp. 115-125.

34) Geoffrey Hartman, *Holocaust Remembrance: The Shapes of Memory*, Wiley-Blackwell (1993), p. 242.

35) 김성례, “국가폭력과 여성체험 - 제주 4·3을 중심으로”, 「창작과비평」, 제102호(1998. 12.), p. 343.

36) 백지연·윤호영, “방송 뉴스가 재현하는 성범죄 피해 여성 이미지에 대한 키프레임 분석: 가상물, 자료화면을 통한 피해자다움의 재생산과 익명·실명 보도의 차이를 중심으로”, 「한국언론학보」, 제65

그러나 피해자들은 종종 “기억을 말함에 수반될 결과에 대한 두려움으로 인해 말하기를 저어하”³⁷⁾거나, 자신의 경험을 어떠한 용어나 담론으로 표현해야 할지 몰라 증언을 포기하기도 한다. UN이 ‘범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 사법 기본원칙 선언’의 취지를 설명하면서 “피해자나 피해자의 가족이 (형사절차에 참여하는 과정에서) 부당한 손실이나 상해를 입게 되는 등 어려움을 겪는다는 것을 인식한다”³⁸⁾는 문제의식을 드러냈을 정도로 많은 국가의 사법체계 하에서 피해자는 자신의 기억을 제대로 밝히지 못하는 난관에 직면한다. 국가폭력이 하층민을 겨냥하는 경우 그 피해의 진술이 더욱 어려워지는 양상을 보이기도 하는데, 이는 피해자 집단이 일상생활에서 낙인을 경험하면서 체화된 수치심과 체념적 감정 기제가 과거청산에의 열망을 강하게 억제하는 데서 기인한다.³⁹⁾ 사회의 중심부에서 배제된 이들의 목소리를 들어줄 사람은 아무도 없을 것이라는 패배감으로 인하여, 피해자들은 “기약 없는 기다림”을 할 수밖에 없는 순종적인 무권력 상태에 놓인다.⁴⁰⁾

사법기관은 이와 같은 어려움이 진술을 가로막을 수 있음을 고려하여, 피해자에 대한 선입관을 배제하고 피해자의 존엄에 대한 존중과 함께 그들의 진술을 경청하여야 한다. 공동체의 무관심 속에서 조력자 없이는 피해사실을 알리기조차 쉽지 않은 사회적 약자의 입장을 배려하여 법적·제도적 지원도 병행하여야 한다. 특히 중요한 것은, 거대한 국가권력 앞에서 힘의 불균형으로 고통받는 피해자에게 법원과 수사기관이 피해자의 목소리를 듣고자 최선을 다하고 있다는 사실을 몸소 느끼게 하는 것이다. “자신의 사건이 전면적이고도 주의 깊게 검토된다고 피해자가 믿는”⁴¹⁾다면 권리 회복을 위한 사법적 움직임에 협력할 용기를 낼 수 있다. 국가폭력에 대한 진상규명의 출발점은 피해자의 증언임을 잊지 말고, 사법심사 과정 전반에 피해자가 신상의 위험부담 없이 참여할 수 있는 여건을 조성하여야 한다.

3. 책임자 처벌

국가폭력을 사법심사 대상으로 삼고 피해자의 기억을 공적 담론으로 끌어올렸음에도 가해자에 대한 응당한 처벌이 이루어지지 않는다면 그와 같은 사법체계에서는 인권침해를 효과적으로 예방하기 어렵다. 사법이 권력층에 영속되어 국가권력에 의한 피해를 구제하지 못하는 경우 공권력은 언제나 손쉽게 폭력을 행사하려 들 수 있다. 책임자를 처벌하지 않는 법제도를 가진 국가에서 진정한 의미의 법치는 존재할 수 없다. 국제사회도 이러한 ‘불처벌’(impunity)⁴²⁾ 현상을 심각한 법적 문제로 바

권 제2호(2021. 4.), pp. 101-102.

37) 이소영, “법이 부착한 ‘부랑인’ 기표와 그 효과: 형제복지원 기억의 재현과 과거청산 논의의 예에서”, 「법철학연구」, 제17권 제2호(2014. 8.), p. 265.

38) United Nations, *General Assembly Official Records*, A/RES/40/34, 29 November 1985.

39) 주윤정, “법 앞에서: 형제복지원 피해생존자들의 해방과 기다림의 정치”, 「민주주의와 인권」, 제18권 제4호(2018. 12.), pp. 189-191.

40) *Ibid.*, pp. 192-194.

41) United Nations, “Guide for Practitioners Regarding the Implementation of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”, A/CONF.144/20, 7 June 1990, para. 54.

라보고, 1998년 7월 국제형사재판소 설립을 위한 로마규정을 채택하여 ‘불처벌의 종식’을 목적으로 하는 국제재판 메커니즘을 도입하였다.⁴³⁾ 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 관한 논평을 통해 “(제7조에서 제한하는 행위를) 금지하거나 범죄로 여기는 것만으로는 규약 제7조를 충분히 이행했다고 볼 수 없다”면서, 당사국은 자국에서 이루어지는 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 처우를 ‘처벌’하기 위한 입법·행정·사법 조치를 알릴 의무가 있다고 역설하였다.⁴⁴⁾

가해자의 불처벌은 사회정의에 반할 뿐 아니라 피해자의 심리적 회복까지 지연시킬 수 있다. 책임자가 처벌되지 않는 국가에서 피해자는 정신질환을 앓을 개연성이 매우 높고, 이로 인하여 피해자와 주변 인물들까지 장기간 트라우마에 시달리게 된다.⁴⁵⁾ 국가폭력의 주동자가 응분의 처벌을 받지 않았다는 사실을 떠올릴 때마다 분노가 되살아나는 탓에 피해자는 평온한 삶을 영위하기가 극도로 곤란해지며, 우울증과 무기력감이 집단 내에서 대물림되기도 한다.⁴⁶⁾ 이렇게 국가폭력으로 곤경에 처한 피해자의 처지를 알면서도 사법기관이 가해자에게 우회로를 열어주는 것은, 피해자로부터 영원히 내적 평화를 앗아감으로써 또 하나의 폭력을 가하는 행위라고 하지 않을 수 없다. “성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다”는 식으로 본질을 흐리는 법논리를 내세우거나 공소시효 만료와 같은 형식적 이유를 들어 처벌을 회피해서는 안 된다. 기존 법체계로는 가해자 처벌이 어려워 효과적인 구제를 받을 권리(right to an effective remedy)⁴⁷⁾가 보장되지 못한다면, 사법기관은 법의 공백을 소극적으로 방치할 것이 아니라 정의 실현을 위한 법해석이 무엇인지를 진지하게 숙고하여야 한다.

원칙적으로는 사건과 연관성을 가진 공직자의 접근이 차단된 상태에서 조사와 처벌이 이루어져야 할 것인데, 사법기관 자체적으로 그러한 환경을 구축하기 어렵다면 별도의 독립 조사기관을 운영할 필요도 있다. 과테말라에서 실종 사건에 대한 진상규명이 번번이 좌절되자 UN 고문방지위원회가 “실종자들이 납치된 상황을 조사하고, (...) 그들은 어디에 위치하고 있는지를 밝히기 위하여 독립적인 기구가 설

42) UN Economic and Social Council, “Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political)”, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 June 1997 은 ‘불처벌’에 대하여 다음과 같이 정의한다: “Impunity means the impossibility, *de jure* or *de facto*, of bringing the perpetrators of human rights violations to account - whether in criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings - since they are not subject to any inquiry that might lead to their being accused, arrested, tried and, if found guilty, convicted, and to reparations being made to their victims.”

43) 국제형사재판소는 재판소의 목적을 다음과 같이 설명한다(밑줄: 저자): “The Court is participating in a global fight to end impunity, and through international criminal justice, the Court aims to hold those responsible accountable for their crimes and to help prevent these crimes from happening again.” <https://www.icc-cpi.int/about> (2021. 8. 22. 방문).

44) UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)”, 10 March 1992, para. 8.

45) Knut Rauchfuss & Bianca Schmolze, “Justice heals: the impact of impunity and the fight against it on the recovery of severe human rights violations’ survivors”, *Torture*, Volume 18, Issue 1 (2008), pp. 38-41.

46) 김석웅, “국가폭력 가해자 불처벌이 유가족의 심리상태에 미치는 영향: 5·18 민주화운동을 중심으로”, 「민주주의와 인권」, 제19권 제2호(2019. 6.), pp. 57-60.

47) United Nations, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, Art. 2 para. 3.

립되어야” 하며 “가해자를 기소하고 처벌하기 위하여 긴급하고 효과적인 조치가 취해져야 한다”고 권고한 것은 가해자 처벌이 기존 체제 내에서 진전되지 못하는 경우 독립적 지위에 있는 사법기관을 활용할 수 있음을 보여주는 사례다.⁴⁸⁾ 폭력 행사자로부터 독립되지 않은 사법절차가 진행된다면 책임자 처벌에 미흡하였다는 비판을 면치 못할 것이다. IV장에서는 이와 관련하여 형제복지원 사건의 진실 규명이 독립적 사법기관에 의해 충분히 진행되었는지를 살펴보고 외국의 사례와 비교한다.

IV. 국가폭력에서 사법의 역할: 형제복지원 사건과 외국의 사례 비교

1. 형제복지원 사건에서 대법원의 판결: 1988년과 2021년 사이의 변화

가. 1988년 대법원 판결

형제복지원 대표이사에게 특수감금 혐의 무죄를 선고한 1988년 대법원 판결은 국가작용에 대한 사법심사, 피해자의 입장 경청, 가해자 처벌의 세 가지 측면 모두에서 사법 본연의 임무를 다하지 못하였다고 평가할 수 있다. 국가폭력에 대하여 준엄한 경고를 하여야 할 사법부가 정당행위라는 이름으로 폭력을 합법화하였고, ‘부랑인’이라는 편견 섞인 관념에 의거하여 피해자들을 사회로부터 격리당해야 마땅한 존재로 보았으며, 가장 중요한 혐의인 특수감금죄에 대하여 무죄를 선고함으로써 합당한 처벌은커녕 가해자의 죄책 자체를 소멸시켰다.

1차 상고심에서 대법원은 “사회복지시설이 아닌 다른 장소에 수용하여 강제노역을 시키면서 그곳으로부터 이탈하지 못하도록 조치하였다면 이는 법령에 근거한 적법한 수용보호로 볼 수 없으므로 특단의 사정이 없는 한 감금죄가 성립된다”고 하면서도, “보호기관으로부터 위탁받은 부랑인들을 사회복지시설에 수용 보호하고(…) 수용시설로부터 이탈하지 못하도록 이들의 행동의 자유를 제한한 조치는 법령에 의한 정당한 직무행위로서 위법성이 조각”된다고 판시하였다⁴⁹⁾. 대법원은 헌법 위반이자 국제인권규범 위배 행위인 납치·감금·강제노역을 ‘법령에 따른 적법한 수용 보호’로 합법화하여 ‘가해자의 이익’에 방점을 둔 법논리를 전개하였다. 사법적 판단의 정점에 있는 대법원이 사건 배후의 국가폭력성을 지적하지도 않았거니와, 가해행위가 법령의 위임에 따라 이루어지기만 했다면 ‘절대적 합법’이 된다고 판단하였으므로 극심한 부정의(不正義)를 사실상 방치하였다고 볼 수 있다.

다만, 원심판결⁵⁰⁾과 대법원 파기환송 후 1차 환송심 판결⁵¹⁾은 “형법 제20조 소정의 정당행위로서 위법성이 조각되는 수용행위의 범위를 일탈”한 것이므로 특수감금죄가 성립한다고 판시하거나, “(수용자의) 이탈 방지를 위한 경비, 경계 조치는 (…)

48) United Nations, *General Assembly Official Records*, A/56/44, 12 October 2001, para. 76(e).

49) 대법원 1988. 3. 8. 선고 87도2671 판결

50) 대구고등법원 1987. 11. 12. 선고 87노1048 판결

51) 대구고등법원 1988. 7. 7. 선고 88노144 판결

수용자의 자유가 본질적으로 침해되지 아니하는 적법한 범위내에 그쳐야 할 것이므로 (...) 수용자들을 수용하고 그들의 의사에 반하여 강제노역을 시키면서 (...) 행동의 자유를 박탈하였다면 이는 법령에 의한 적법한 수용 보호라고 할 수 없으므로 특단의 사정이 없는 한 감금죄가 성립한다”고 실시하였다. 비록 정당행위라는 법논리적 틀에서 벗어나지 못하는 한계를 보이기는 하였으나, 대법원과 달리 기본권의 심대한 침해라는 피해의 핵심을 파악하였다고 평할 수 있다.

그러나 다시 대법원은 2차 상고심에서 “형제복지원의 시설장 및 총무직에 있는 피고인들이 수용 중인 피해자들의 야간도주를 방지하기 위하여 그 취침시간 중 (...) 위와 같은 방법으로 조처한 것은 그 행위에 이른 과정과 목적, 수단 및 행위자의 의사 등 제반사정에 비추어 사회적 상당성이 인정되는 행위라고 못볼바 아니”라는 논거를 내세워 무죄라고 결론지었다.⁵²⁾ 심지어 그 판시 중에 “주간 중의 작업을 시키며 수용한 행위에 관하여는 이미 무죄로 확정되었다”는 문구를 삽입하여, 가해행위를 세부적으로 들여다볼 필요도 없이 무죄를 선고하겠다는 ‘무죄 편향’적인 의지를 드러내기도 하였다. 1차 상고심에서 대법원의 파기환송에도 불구하고 하급 법원이 이에 불복하여 다시 유죄라고 판단하였을 정도로 사법적 정의에의 요청이 현저하다고 볼 수 있음에도, 대법원은 지극히 형식적인 논리에 매몰되어 피해 구제를 위한 첫걸음조차 떼지 못하도록 사법 과정을 매듭지었다.

1988년 대법원이 사법 정의의 몰각에 가까운 판결을 내린 데에는 군사정권의 의중을 재판에 반영하지 않을 수 없었던 당대 사법부의 지위가 주원인으로 작용하였을 것으로 생각된다. 박정희 정권은 대법원장·대법관 등 법관의 탄핵·임명을 대통령이 자유롭게 할 수 있게 하는 헌법위원회를 1972년 설립하였고, 헌법위원회는 1988년 8월까지 명맥을 유지하며 사법부의 독립을 박탈하는 기관으로 기능하였다. 법관의 인사권을 거머쥔 대통령은 국가배상법 조항에 위헌의견을 제시한 대법원판사를 모두 재임용에서 탈락시켰고, 이후 대법원은 크게 위축되어 위헌결정을 단 한 건도 내리지 않았다. 한편 제1차 사법과동에서 적극적 역할을 담당하였던 법원장이 좌천 끝에 의원면직되고, 반공법 위반 혐의에 무죄를 선고한 판사에 대하여 보복성 구속 영장을 청구한 검사가 잠시 좌천되었다가 이내 청와대 요직으로 복귀하는 등 국가 권력이 정치적 영향력을 직·간접적으로 행사하여 법관의 신분을 위협하는 일이 비일비재하게 발생하였다. 정권의 심기를 거스르는 판결을 내렸다가 탄핵당할지도 모른다는 우려에 법관들은 권력자의 의사에 최대한 부합하는 방향으로 결론을 내린 것이다.

권력에 의한 외압 외에도, ‘부랑인’에 관한 법관의 선이해가 피해 사실을 오롯이 바라보지 못하도록 시야를 좁혔을 것이라는 분석도 제시된다.⁵³⁾ 인권 파괴 행위를 지탄하는 언론보도에서조차 “부랑아 수용시설의 불가결성은 백 번 인정된다 할지라도”와 같은 전제가 언급되는 국가라면, 부적응자 내지 무능력자를 공동체의 중심부

52) 대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1580 판결

53) 이소영, 전계 논문(각주 37), pp. 259-262.

에서 분리하여 ‘정상화’하여야 한다는 인식이 구성원의 뇌리에 각인되었다고 볼 수 있고, 이러한 부당한 기표가 “사회적 상당성이 인정되는 행위로 못볼바 아니”라는 법관의 판단으로 이어졌다는 설명이 가능하다.⁵⁴⁾ 유럽인권재판소가 재판부의 어떠한 구성원도 개인적 선입견 또는 편견을 가지면 안 된다고 하면서 “주관적 편견을 가지기 쉬운 사안일수록 재판부의 공평을 객관적으로 보장하는 것이 중요”⁵⁵⁾하다고 판시한 내용에 비추어 보면, 사회에서 공유되는 부당한 표상이 형제복지원 판결에 투사되면서 공평성을 잃은 결론이 나온 것으로 이해할 수 있다.

나. 2021년 대법원 판결

대법원은 비상상고 기각 판결의 판시내용에 형제복지원 사건의 피해를 구체적으로 적시하여 이전 대법원 판결들과는 확연히 다른 접근 방식을 택하였다.

모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며, 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다. (...) 국가는 이러한 취지에 따라 복지국가를 내세우면서도 아동·장애인을 포함하여 의지할 곳 없이 빈곤이나 질병으로 고통 받는 사회적 약자들을 부랑인으로 구분하여 ‘단속’이라는 명목으로 사회에서 격리하고, (...) ‘보호’라는 이름 아래 단속한 부랑인들의 수용을 위탁하고는, (...) 폭력적인 방법으로 부랑인들을 감금하여 신체의 자유를 침해하고 강제노역을 통하여 노동력을 착취하도록 묵인·비호하였다. (...) 이 사건 ○○복지원 수용자들은, 아무런 힘도 없어서 폭행을 당하거나 심지어 죽임을 당하더라도 저항하지 못하고 자기의 불행이 타인의 기분이나 감정에 맡겨진 삶을 살아왔고, (...) ‘부랑인’이라는 낙인이 찍힌 채 격리·고립되어 힘이 되어 줄 이웃도 없이 소외된 삶을 살아왔다. 이는 민주국가에서 있을 수 없는 인간 존엄성의 침해라고 하지 않을 수 없다. (강조: 저자)⁵⁶⁾

대법원은 위와 같이 피해 사실을 상세하게 풀어나가면서 최종적으로 형제복지원 사건이 헌법의 최고가치인 인간의 존엄성을 침해하는 일이라고 판시하였다. 법원이 피해자들의 진술에 주목하여 판결 내용을 정리한 덕분에 압축적인 판결문 속에서도 피해자들이 겪어온 아픔을 읽어낼 수 있다. 아울러 “과거 국가권위주의 체제 아래에서 국가기관의 주도로 (...) 건전한 도시 질서를 확립한다는 기치 아래 (...) 대규모의 인권 유린이 오랜 기간에 걸쳐 행해졌”음을 인정하여 대법원은 이 사건을 국가폭력으로 명확히 규정하였다. 이전의 판결에서 ‘형법 제20조에 따라 정당하다’는 논의만 되풀이하며 국가폭력성과 인권침해의 심각성은 언급조차 되지 않았던 것과 비교하여 획기적인 태도의 전환이라고 할 수 있다. 국가에 의한 조직적인 불법행위가 존재하였다는 사실이 공식적으로 인정되어, 차후 국가의 소멸시효 주장을 배척할 수 있는 사법적 근거가 마련되었으며 손해배상을 위한 포석이 깔리기도 하였다.

54) *Ibid.*

55) European Court of Human Rights, *Daktaras v. Lithuania*, judgement of 10 October 2000, para. 30.

56) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결

그러나 대법원은 여전히 형식적 법논리에 사로잡혀, 진상규명에 따른 적절한 조치를 취할 책임을 진실·화해를 위한 과거사정리위원회에 떠넘겼다는 비판에서 자유롭지 못할 것으로 생각된다. 형제복지원 사건의 내막은 과거 제1야당이었던 신민당의 형제복지원 진상조사단과 그간 누적된 피해자의 진술로 상당 부분 밝혀졌고 그 내용이 대법원 판시에도 포함되어 있다. 그렇다면 확인된 사실을 기반으로 국가폭력을 심판할 중국적 책임은 사법부에 있다고 할 것인데, 대법원은 국가폭력성을 인정하면서도 ‘전제사실의 오인’에 불과하다는 이유로 사법심사의 길을 또다시 회피하는 소극적 면모를 보였다. 명령·규칙 또는 처분·행정기관의 조치가 헌법이나 법률에 위반되는지에 관한 최종적인 심사권한은 대법원에 있음에도, 줄곧 문제되었던 내부부 훈령의 위헌성에 관한 어떠한 판단도 없이 비상상고를 만연히 기각하였다.

물론 “실체의 심각성만으로 절차의 저울 한쪽이 기울어지는 것은 바람직하지 못하다”는 대법원의 입장도 이해 못 할 바는 아니지만, 형제복지원 사건의 피해자들이 지금껏 “저울대에 한 번도 올라보지 못한, 우리 사회가 최우선적으로 연대하고 권리회복을 도모해야 할 이 시대의 가장 소외된 사람들”⁵⁷⁾이라는 사실을 고려하면, 이와 같은 대규모 인권침해를 두고서도 법해석상 비상상고를 기각하는 것이 타당한지를 대법원이 더욱 면밀하게 검토하였어야 한다는 비판에 수긍이 간다. 비상상고로써 가해자에 대한 직접적 처벌은 할 수 없더라도, 잔혹한 국가폭력과 이를 묵과한 과거의 판결로 무너진 사법정의를 바로 세우고 응보적 정의를 실현하기 위하여, 나아가 피해자의 존엄 회복과 정서적 안온(安穩)을 이룩하기 위하여서라도 비상상고를 인용하였어야 한다는 아쉬움이 남는다.

대법원이 중대 인권침해 사안에 대한 비상상고를 기각한 배경에는 기존 대법원 판단의 오류를 되도록 인정하지 않으려는 ‘사법무결점주의’가 자리한 것으로 보인다.⁵⁸⁾ 1988년의 굴욕적 판단에 대해 반성하고 이를 바로잡기보다, 당시 사법기관으로서 최선의 결정이었다고 해명하며 ‘대법원은 실수를 범하지 않는다’는 메시지를 전달하려는 의도가 밑바탕에 있었으리라고 짐작된다. 법리의 안정성이 깨지면 대법원의 권위는 그만큼 떨어지고, 비상상고가 인용되든 기각되든 피차 종결된 사건의 형사절차를 진행시킬 수 없는 상황이니만큼, 정의의 수호를 법리에 양보하더라도 대법원으로서 큰 부담을 느끼지 않았을 것이며 따라서 법리의 안정성을 지킨다는 명목으로 비상상고를 기각할 수 있었을 것이다.

사법적극주의에 대한 대법원 내의 경계심도 비상상고 기각 결정에 일정 부분 영향을 미쳤을 것이다. 사법의 민주적 정당성이 담보되지 않는 한국에는 “‘절제’(restraint)의 소극적인 태도를 바람직한 것으로 보는 세간의 법관상”⁵⁹⁾이 있다.

57) 민주사회를위한변호사모임 과거사청산위원회, “대법원의 형제복지원 비상상고 기각 판결에 대한 논평: 판결 유감, 제2기 진실화해위원회의 역할을 기대한다”, 2021년 3월 12일.

58) 사법무결점주의에 관한 비판으로 신평, 『공정사회를 향하여』, 도서출판 수류화개(2021), pp. 211-227 참조. 해당 저서에서 저자는, 신설된 고위공직자범죄수사처가 제대로 작동한다면 사법무결점주의를 완화하여 공정한 수사와 재판이 확립될 수 있을 것이라는 의견을 개진한다.

59) 이덕연, “법철학 및 법이론으로 본 ‘법적 문제’로서 사법적극주의”, 『법학연구』, 제27권 제1호 (2017. 3.), pp. 39-40.

특히 국가행위에 관하여 대법원은 상당히 조심스럽게 접근하는 경향을 보인다. 사법적 자제는 “고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있을 수 있”⁶⁰⁾다는 대법원 판시와 같이 판결문에 직접적으로 언급되기도 한다.⁶¹⁾

다른 한편, 국회가 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법」을 개정함으로써 과거사정리위원회로 하여금 형제복지원 사건의 진실규명을 위한 활동을 재개하도록 하고, 위원회의 활동으로 규명된 진실에 따라 희생자·피해자 및 유가족의 피해와 명예를 회복시키는 조치를 할 의무를 정부에 부과하는 법률이 갖추어졌다는 점에서 민주적 절차만으로도 충분한 피해 구제가 가능하리라 판단하였을 수 있다. 즉 입법부나 행정부에서 보다 나은 대안을 제시할 것임을 신뢰한 사법부가 제도적 한계 내에서 비상상고라는 형식적 틀을 벗어나지 않은 것이라고도 해석할 수 있다.⁶²⁾

2. 남아프리카공화국의 인종차별 폭력⁶³⁾

남아프리카공화국에서는 1990년 인종차별 정책의 폐기를 공식적으로 선언하기까지 극심한 흑백 갈등으로 수많은 사상자가 발생하였다. 국가가 인종에 따른 차별대우를 ‘합법화’한 상태에서, 백인들은 공권력의 힘을 앞세워 낮은 계급의 흑인들을 납치·구속·강간하는 국가폭력을 감행하였다. 인종차별 정책이 폐지된 후 과거의 인권 유린을 청산해야 한다는 요구에 따라 남아프리카공화국에는 ‘진실화해위원회’(Truth and Reconciliation Commission)가 설립되었다.

진실화해위원회는 국가 조직에 대하여 조사권을 행사하는 데 어떠한 제한도 받지 않았으며, 국가권력은 역사적 과업을 위해 진실화해위원회가 완전히 독립된 기구로 활동할 수 있도록 보장하였다. 기존의 사법과정에도 뿌리 깊은 차별이 존재한다는 공감대가 있어, 진실화해위원회라는 준사법기관을 새로 꾸려 그 독립성을 보장하면서 권력층에 의한 폭력을 조사하도록 하였다. 공정성을 위해 정치 활동 경험이 거의 없는 인권운동가를 상대로 공모하여 공개 인터뷰 심사를 거쳐 위원을 선발하였다.

60) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결

61) 대법원은 “고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치적 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 강행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니”라고 판시하면서도, “과도한 사법심사의 자제가 국민의 기본권을 보장하고 법치주의의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다”고 전제함으로써 본고의 III-1에서 논한 사법심사의 당위성 및 사법부의 독립성을 강조하고 있다. 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 참조.

62) 단, 사법부가 입법부·행정부의 판단을 존중하는 것과 사법부가 입법부·행정부에 끌려다니는 것은 분명히 다른 개념임을 인지하여야 한다. 사법부가 입법부나 행정부를 두려워하여 이들의 판단을 무비판적으로 수용하는 것은 ‘존중’이 아닌 ‘굴욕’이다. 강승식, “사법자제의 헌법적 조명”, 「세계헌법연구」, 제18권 제1호(2012. 4.), p. 288.

63) 세부 내용은 다음 참조: 김영수, “남아공 시민사회와 진실화해위원회”, 「역사비평」, 제109호(2014. 11.), pp. 94-118.

경찰, 군대, 감옥, 사법기구 등 국가기관뿐만 아니라 지식인, 언론기관, 자본 진영 기구 등 간접적으로 인종차별에 동참해온 기관들까지 대상으로 하여, 일상의 저변까지 파고든 차별에서 기인한 피해가 묻혀버리는 일이 없도록 위원회는 적극적인 조사에 나섰다. 수사·소환·사면권 등 법적 절차에 필요한 모든 권리가 위원회에 부여되었으며, 위원회는 지위 고하나 연령의 많고 적음에 관계없이 누구든 소환하여 수사를 진행할 수 있었고 주기적으로 조사 결과를 발표하였다.

피해자의 목소리가 공동체 내에 공유되어 더 많은 피해자가 용기를 낼 수 있도록 공개청문회 제도가 운영되기도 하였다. 위원회는 자원봉사자들의 도움을 받아 2만여 건의 증언을 채록하였고 이 중 10%에 해당하는 2,000여 명은 증인으로 공청회에 출두하였다.⁶⁴⁾ 피해자의 진술 내용은 위원회 공식자료로 정리·공개되어 과거의 기억이 공공의 사료(史料)로 재탄생하였다. 한편 가해자들에 대한 형사처벌 대신, TV로 생방송되는 청문회에 나서서 자신의 범죄행위를 밝히면 사면될 기회를 제공함으로써 그 과정에서 일종의 처벌과 같은 효과를 내려는 시도도 이루어졌다. 진실화해위원회의 보고서에 가해자의 이름과 소속을 기재하여 역사적인 범죄의 기록물로 남기는, “법률적 처벌에 상응하는 역사적 처벌방식을 채택”⁶⁵⁾하였다.

요약하면, 남아프리카공화국의 인종차별 체제 청산은 국가폭력에 대한 사법심사의 의지를 진실화해위원회 설립으로 실현하였다. 독립적인 기구를 설치하여 과거사를 공정하게 재조명할 수 있는 여건을 갖추었다. 피해자의 기억을 공동체가 공유할 수 있도록 청문회 등 다양한 방법을 활용하여 상세히 기록하였으며, 가해자에 대한(변형된 형태의) 처벌로 피해자의 울분을 해소하고 정의로운 사법 질서를 회복할 수 있었다.

3. 아르헨티나의 ‘더러운 전쟁’과 ‘실종’⁶⁶⁾

아르헨티나에서 가장 혹독한 군사통치가 이루어진 시기는 1976년부터 1983년까지였다. 공산주의와의 ‘더러운 전쟁’(guerra sucia)에서 이겨야 한다는 이데올로기를 강조하던 군부는 반대세력을 납치한 후 고문·살해하여 암매장해버리는 ‘실종’(desaparecidos) 수법을 사용하여 자신들의 극악무도한 행위를 철저히 은폐하고 반대 여론의 싹을 제거하였다. 더러운 전쟁 기간 중 실종된 사람이 3만 명에 이를 것⁶⁷⁾으로 추산될 정도로, 하루아침에 군부에 의해 납치·실종되어 가족의 곁으로

64) 장원석, “남아프리카공화국 진실화해위원회와 회복적 정의론”, 「정치와 평론」, 제21권(2017. 12.), p. 123.

65) *Ibid.* 다만, 범죄가 정치적 성격을 띠지 않고 범죄 당시 개인적인 악의나 사적 이익 추구를 목표로 하지 않았으며 극악한 범죄가 아니었던 경우에만 사면이 인정되었다. 2003년 집계에 따르면 7,112명이 사면 심사를 받았고 1,200명가량이 사면되었다. 이남희, “치유와 정의의 기억 만들기: 아파르트헤이트 체제의 청산과 보상”, 「역사와 담론」, 제44집(2006. 9.), p. 240.

66) 세부 내용은 다음 참조: 최용주, 「불처벌을 넘어서: 아르헨티나 이행기 정의 실천과 시사점」, 5·18 기념재단(2018. 7.), pp. 1-23.

67) Catalina Smulovitz, ““The Past is Never Dead”: Accountability and Justice for Past Human Rights Violations in Argentina”, *After Oppression: Transitional Justice in Latin America and Eastern Europe*,

돌아오지 못하는 참혹한 인권침해가 무려 7년 동안 자행되었다.

1983년 10월 군부통치가 갑작스럽게 종식되고, 이후 들어선 민간정부는 실태조사를 위해 '실종자 조사위원회'(Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas)를 구성하였다. 군부독재 당시에 지명된 법관과 검찰에 대한 불신이 가득했던 시기였으므로 독자적 권한을 가진 행정기구가 진실규명을 담당하게 되었다. 9개월간 위원회는 8,960명의 실종자를 공식적으로 확인하고 곳곳에 위치한 비밀수용시설과 고문시설을 찾아내었다. 피해자 가족들의 기억을 국가기록으로 공식화하였으며, 정부는 위원회 권고에 따라 피해자들에게 공식적으로 사과하였다. 위원회가 확보한 방대한 자료는 향후 가해자 재판에서 요긴한 증거로 쓰이기도 하였다. 그러나 반인권 행위를 척결하겠다는 목표를 내세웠음에도 상층부 군 지도자 몇 명을 처벌하는 정도로 그치는 등 정부는 군과의 마찰을 최소화하는 데 주력했다. 대통령이 바뀐 뒤 사법처리는 더욱 위축되어, 군부쿠데타 주모자 대부분이 사면되어 형집행이 정지되고 석방되었다.

강제실종의 경위를 어떻게 증명해야 하는지를 놓고 피해보상 논의가 담보상태에 있던 중, 더러운 전쟁 시절 해군 장교로 강제수용소에 근무하였던 아돌포 실링고(Adolfo Scilingo)가 지금까지 숨겨져 있던 참상을 폭로하여 큰 반향을 일으켰다. 군부가 주요 반정부 인사를 납치한 뒤 마약을 먹여 비행기에 태우고 산 채로 바다에 던져버렸으며, 그렇게 '죽음의 비행'(death flights)으로 살해당한 자가 2천 명에 이른다는 내용이 실링고의 입을 통해 세상에 알려졌다.

가해자에 대한 사법처리가 더디게만 진행되던 국면이 실링고의 폭로로 인하여 빠르게 달라지기 시작하였다. 민간의 주도로 '에스크라체'(escrache, 공개적 망신주기) 운동과 '진실재판'(juicios por la verdad)이 활성화되어 가해자 처벌에 대한 열망과 사회적 경각심이 차츰 강화되었다.⁶⁸⁾ 민간부문의 노력과 더불어 국제인권 NGO와 미주인권위원회 등이 초국가적 지지망(transnational advocacy network)을 통해 실종 피해자 가족의 소 제기를 지원하고 정부와 법원에 압력을 넣어, 마침내 이미 사면으로 석방되었던 전임 군부통치자들을 비롯하여 납치·살해·아동 유괴 등의 범죄에 가담한 고위급 장교들이 구속되었고, 가해자들의 새로운 혐의에 대한 재판 다수에서 피해자들이 승소하는 쾌거를 이루었다.⁶⁹⁾

정리하면, 아르헨티나 시민들은 강제실종이라는 극악의 국가폭력을 장기간 겪었고, 이에 대하여 먼저 실종자 조사위원회가 구성되어 사법부와 독립적인 지위에서 피해자의 증언을 청취하고 각종 증거를 수집·정리하였다. 위원회가 독립적으로 출범한 것은 사법부에 대한 불신 때문이었으나, 위원회가 모은 자료를 가해자 처벌에 활용하도록 사법당국에 제공하는 등 상호보완적 관계를 유지하면서 진실규명이 이

Popovski and Serrano (eds), United Nations University Press (2012), p. 66.

68) 세계인권선언 및 주요 국제인권조약이 '헌법적 지위'를 가진다고 명시한 아르헨티나 헌법 제75조 제22항이 이러한 운동을 촉진하였다는 시각도 있다. 최용주, 전계 논문(각주 66), p. 13.

69) Kathryn Sikkink, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, W. W. Norton & Company (2011), pp. 75-76.

루어졌다. 군부와 민간정부의 야합으로 가해자 처벌이 지연되자 아르헨티나 시민사회와 국제인권단체가 긴밀하게 협조하여 새로운 기소방법을 찾고 법원의 법해석에 문제를 제기하는 등 사태 해결을 위하여 초국가적 압력을 가하였다. 이러한 노력의 결실로, 십수 년간 피해보상조치 제대로 논의되지 않던 사법체계가 책임자에게 응분의 처벌을 가하고 피해의 회복을 위해 노력하는 사법기관으로 환골탈태하였다.

4. 외국 사례의 시사점

남아프리카공화국과 아르헨티나는 공통적으로, 국가폭력 행위자가 공권력 전반에 영향력을 행사할 수 있음을 감안하여 기존의 권력자 집단과 거리를 둔 독립된 조사기관을 창설하였다. 사법작용의 독립성이 사법심사의 결과를 좌우할 수 있다는 점에서 독립성의 확보는 피해 구제의 핵심이다. 2021년 현재 형제복지원의 진상조사에 있어 공권력의 개입을 원천 배제할 필요성은 적어 보이므로, 진실·화해를 위한 과거사정리위원회가 제 역할을 다한다면 모자람 없이 진상규명이 가능할 것으로 보인다. 그렇지만 피해자가 중립성의 훼손을 우려하거나 만에 하나 있을지 모를 불의의 손길을 사전에 차단할 필요성이 대두된다면 독립 조사기관을 설치하는 방안을 진지하게 고민하여야 할 것이다. 지금까지의 과거사 청산 작업을 반추해볼 때, 한국은 행정부·법원·국회 등 국가권력과 분리·독립된 수사기관을 구성하는 방안에 다분히 소극적이었고, 간혹 독립성을 갖춘 위원회를 설립하더라도 정부 측 인사가 의사결정에 관여하는 경우가 많았다. 위원회 구성에 있어서 남아프리카공화국 사례처럼 사회적 논의를 거쳐 가장 공정하게 운영될 수 있는 선발 방식을 정하면 더욱 바람직할 것이다.

아르헨티나의 진실재판이나 남아프리카공화국의 공개청문회 제도와 같이 독창적인 사법제도를 고안하여 피해자의 참여의식을 고취하고 공동체 구성원의 이목을 집중시키는 방안도 검토해볼 수 있다. 기존의 사법 형식에 어긋난다고 선택지에서 지워버릴 것이 아니라, 다양한 피해자의 진술을 확보할 수 있으면서 동시에 피해자가 편안한 마음으로 증언하게 하는 참신한 아이디어가 있다면 예행연습과 법적 검토를 거쳐 추진할 수 있을 것이다. 형제복지원 사건은 1980년대 후반 다중에게 큰 충격을 주었다가 금세 잊힌 만큼, 형제복지원 사건에 대한 ‘집단적 기억토론회’를 열어 사건에 관련된 기억을 공유하거나 왜 사건이 그토록 빨리 지워졌는지를 논할 수 있을 것이다. 당시 형제복지원 안팎에서 납치·감금·폭력에 가담하거나 이를 알면서도 묵과하였던 자들이 참여하는 ‘공개 반성의 장’을 개최하여, 피해자를 억압하였던 지난날의 행동을 뉘우치고 피해자에게 진심으로 사죄하는 자리를 마련할 수도 있을 것이다.

남아프리카공화국 진실화해위원회 사례는 가해자에 대한 처벌에 있어 변형된 형태의 처벌이 가능한지에 관한 심오한 물음을 던진다. 공개된 장소에 나와 자신의 죄를 고백하고 이를 반성하고 있다고 발화하는 과정을 하나의 처벌로 볼 수 있는지

는, 바라보는 관점에 따라 다른 답이 나올 것이다. 국가폭력은 다른 유형의 범죄에 비해 피해자에 끼치는 위력이 큰 데 비해 조직적 비가시화가 용이하여서 적발될 확률이 상대적으로 낮다. 그만큼 국가폭력의 죄질은 무겁다고 할 것이고, 그렇다면 가해자의 처벌을 형벌이 아닌 다른 방식으로 치환할 수 있는지에 대하여는 원칙적으로 부정하되, 가해자를 용서하겠다는 피해자의 의지와 사회적 타당성을 종합하여 예외적으로 허용할 수 있다고 생각된다.⁷⁰⁾ 형제복지원 대표이사 박○○은 사망하였지만, 시설에서 폭행·고문 등 가혹행위를 한 직원들이나 불법적 체포에 협조한 경찰 공무원 등은 아직 생존해있을 수 있으므로, 이들에 대한 형사책임을 묻는 과정에서 피해자들이 형벌이 아닌 (다소 약화된 형태의) 대체 처벌을 원하는지에 대한 의견을 청취하여야 할 것이다. 당장 사법적으로 무언가 해결되어가는 것 같은 기대감에 피해자가 가벼운 마음으로 대체 처벌을 허하였다가 뒤늦게 후회할 수도 있으므로, 한번만 묻고서 바로 대체 처벌로 옮겨가서는 안 될 것이고 피해자가 진정으로 그러한 처벌 방법을 용인하는지 재차 확인해야 한다.

아르헨티나 사례는 정부가 소극적인 자세로 방관할 때 민간 주체가 국제인권규범을 중심으로 초국가적 협력 대응체를 형성하여 국내 사법 관행을 변화시킬 수 있다는 중요한 교훈을 던진다. 반인도적 국가행위에 따른 피해 회복이 사법작용 메커니즘의 문제로 진전되지 못하고 있다면, 국제사회가 꾸준히 문제를 제기함(naming and shaming)으로써 제도의 개선을 촉진할 수 있다. 피해자를 위한 소송절차가 현행 사법체계에서 진척될 기미가 보이지 않을 때, 민간의 법률가는 국제 NGO와 국제인권기구 등에 이와 같은 상황을 보고하여 초국가적 공동 규탄에 나서도록 도움을 요청할 수 있다. 국제인도법과 국제인권조약 등 국제규범이 지향하는 이상이 국내법에 반영되지 않는 것은 부도덕하다는 인식이 사법기관 내부에서 확산될 수 있도록 '정의로운 압력'을 꾸준히 가할 필요성이 있다. 만약 과거사정리위원회의 진상규명 후에도 사법절차가 소홀히 이루어진다면, 형제복지원 사건이 여타 국가에서 쉽게 찾아볼 수 없는⁷¹⁾ 대규모 '부랑인' 납치·감금·가혹행위이자 국가폭력임에도 한국이 피해 구제의 노력을 방기하고 있음을 국제사회에 알려 정부와 사법기관에 공동의 압력을 가하여야 한다.

V. 형제복지원 사건이 남긴 과제

1. 사법적 자제의 필요성에 관한 성찰

사법심사로부터 배제되는 통치행위의 설정은 한국뿐 아니라 외국에서도 심심찮게

70) 이에 관한 자세한 논의는 다음 참조: 변종필, “형벌이란 무엇이며, 무엇을 지향해야 하는가? - 응보, 예방, 그리고 회복과 연계하여”, 「강원법학」, 제46권(2015. 10.), pp. 1-44.

71) 일반적으로 납치·감금은 국가가 특정한 목적(이를테면 정치적 반대세력의 탄압, 예컨대 아르헨티나 ‘실종’ 사건)을 갖고 수행하는 경우가 많지, 형제복지원 사건에서처럼 길에 다니는 행인을 ‘쓰레기’로 보아 무작위로 잡아들여 가두는 사례는 근현대사에서 찾아보기 어렵다.

대두되는 논쟁거리이다. 현대의 법치주의 국가 대부분은 이에 대하여 실정법상 명문의 규정을 두지 않으며, “정치적 또는 정책적 합목적성에 기한 고려에 따라 주로 관례상 인정”⁷²⁾되는 경향을 보인다. 사법심사의 면제 범위에 대하여도 헌법재판을 포함하는 일체의 사법심사를 말하는 것인지, 아니면 단지 행정쟁송만을 가리키는 것인지를 놓고 국가마다 의견이 대립한다.⁷³⁾ 미국에서는 통치행위를 ‘정치문제’(political question)로 파악하여, 통치행위를 적절히 심사할 사법적 기준이 없거나, 혹은 그 해결 방법이 입법부나 행정부의 배타적 권한에 속하기에 법원이 이에 대하여 사법적 결정 또는 위헌심사를 하여서는 안 된다는 입장이 사법부의 주류를 차지한다. 그러나 이에 대하여 반론으로, 연방법원의 심사 대상이 되지 않는 것이 정치문제이기 때문이 아니라, “연방법원에서 위헌심사를 하지 않기로 작정한 까닭에 정치문제로 확정되는 것”이라는 비판이 제기된다.⁷⁴⁾ 다시 말해 연방법원이 본안 판단에 대한 의지를 갖지 않아, 판단의 기초를 무너뜨리기 위해 정치문제로 귀결시킬 뿐이라는 것이다.

앞서 본 대법원의 입장과 언뜻 유사하면서도 사뭇 다르게, 헌법재판소는 대통령의 긴급재정명령에 관한 헌법소원 심판에서 아래와 같이 판시하였다.

대통령의 긴급재정명령은 국가긴급권의 일종으로서 (...) 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 관련되는 것인 때에는 당연히 헌법재판소의 심판 대상이 된다.(강조: 저자)⁷⁵⁾

헌법재판소는 이 결정에서, 통치행위에 해당하더라도 국민의 기본권을 침해하였는지가 쟁점이 되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대에 오를 수 있다고 선언하였다. 통치행위라는 명목으로 국가가 시민의 기본권 침해를 버젓이 자행하였던 과거에 대한 반성적 인식과 재발 방지에 대한 의지를 담아낸 결정문이라고 해석할 수 있다. 이에 대하여 대부분의 국가행위가 국민의 기본권과 관련되어 있으므로 결정을 글자 그대로 해석하여 국민의 기본권 침해와 관련되는 모든 국가행위가 언제나 사법심사의 대상이 된다고 단언하는 것은 속단이라고 보는 견해도 있으나,⁷⁶⁾ 헌법재판소가 기본권의 보루라는 본 역할을 무겁게 받아들여 위협적인 국가작용으로부터 시민을 보호하겠다는 결의를 결정문을 통해 확실하게 보여준 데 의의가 있다

72) 김동희·최계영, 전게서(각주 10), p. 14.

73) 이민영, “통치행위에 대한 사법심사의 행정법학적 재론”, 「미국헌법연구」, 제29권 제3호(2018. 12.), pp. 1-13.

74) *Ibid.*, p. 6.

75) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 93헌마186 결정.

76) 김동희·최계영, 전게서(각주 10), p. 17.

고 하겠다.

통치행위의 사법심사 적용 여부에 관하여는 각국에서도 논란이 진행 중이지만, 무릇 국가작용은 형제복지원 사건과 같이 손쉽게 기본권 침해행위로 전환될 수 있다는 점에서 사법 자제를 권하는 법해석은 결코 바람직하지 않다. 정치적 논쟁에 휘말리지 않겠다는 회피적 태도로 일관하여서는 국가 앞에 시민이 우선된다는 근대 국가의 대원칙을 지킬 수 없고, 기본권 침해가 드러내놓고 벌어져도 두 눈 뜨고 지켜만 보아야 하는 수동적이고 무능한 사법부로 전락할 가능성이 농후하다. 통치행위가 국가의 고유 영역이라는 전근대적 관념에 집착하기보다, 헌법상 문제가 되는 국가작용에 대하여 적극적인 사법심사로 실질적인 기본권 수호자가 되어야 할 사법부의 책임을 통감하여 이를 실천하기 위한 법 적용의 방법을 고민해가야 한다. 통치행위와 관련된 법 이론을 순전히 정치적 논란과 거리를 두는 데 사용하여 온 과거를 반성하지 않는다면, 사법부는 국가를 형제복지원 사건과 같은 막대한 인권침해를 저지를 기회만 노리는 괴물로 키우는 조력자가 되고 말 것이다.

2. 무관심의 종식을 위한 상향식 운동

형제복지원 사건은 다른 국가폭력 사안과 비교해 유달리 진상규명 운동이 더디게 시작하였다. 2012년 피해당사자의 피켓 시위와 뒤이은 시사프로그램 방영으로 관심이 재점화되었고, 2020년에 이르러서야 국회에서 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법」 개정으로 1987년에 멈추었던 진상조사를 다시 할 수 있게 되었다. 시간이 너무 많이 지나버려 증거 수집이 어려운 데다가 형제복지원 법인의 마지막 시설까지 폐쇄되었고, 시설 폐쇄 과정에서 사건의 증거로 쓰일 만한 자료가 전부 소실되었다는 악재까지 겹쳤다. 어쩌면 한국 사회는 ‘부랑인’이라 그런 일을 당하는 것이 당연하다고 은연중에 생각했는지 모르고, ‘소수자 중에서도 소수자’인 그들의 고통에 함께 눈물 흘릴 여력이 부족했는지 모른다.

그간 대한민국은 형제복지원 사건 피해자의 아픔을 덜어주기엔커녕 트라우마를 방치하여 피해자들이 총체적 절망감에서 헤어나오지 못하도록 만들었다. 그들의 존엄을 외면하고 피해자를 인격적으로 대우하지 않았던 과거의 무관심에 대해 공동체 차원에서 깊은 반성이 이루어져야 한다. 많이 늦었지만, 지금부터라도 형제복지원 피해자들의 권리 회복을 위한 목소리를 함께 높여야 할 것이다. 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 조사가 원활히 진행되는지 지켜보고, 아직 엄두를 내지 못한 피해자들이 자신의 기억을 되살리도록 그들의 이야기를 경청하고, 사태가 치밀하게 기획된 인권 탄압 행위였음을 알리고, 국가가 이를 은폐하면서도 뒤로는 복지원의 운영을 법적·경제적으로 지원해왔음을 공론화하고, 1988년 대법원의 무죄 판결과 2021년 비상상고 기각 판결이 두 번 내리 피해자의 가슴에 비수를 꽂은 것을 아느냐고 물음을 던져야 한다. 제도가 개선되기를 두 손 두 발 들고 기다리는 것이 아니라, 피해자에게 무관심한 사법체계가 피해자의 정의에 귀 기울일 수 있도록 상향

식(bottom-up) 운동을 시작해야 한다. 개개인이 모여 피해자에게 힘을 실어준다면, 피해자는 폭력의 당사자라는 수치심과 모멸감을 이겨내고 피해의 치유를 향해 나아갈 용기를 얻을 것이다.

3. 강제실종보호협약 등 국제인권규범 비준·가입

2017년 12월 6일 국가인권위원회는 형제복지원 사건과 연관된 UN 강제실종보호협약에 비준·가입할 것을 권고하였다.⁷⁷⁾ 협약에 따르면 강제실종은 “국가의 기관원들이나 국가의 수권·지지·묵인을 얻은 개인이나 집단이 자행한 체포·구금·납치·여타 온갖 형태의 자유의 박탈로서, 이러한 자유박탈의 시인의 거부 또는 실종된 자의 운명이나 행방의 은폐를 수반”⁷⁸⁾하는 행위이다. 국가의 묵인·비호 아래 사회복지법인과 공권력이 시민을 납치·구금하고, 폭력행위로 사망한 자의 시신을 암매장하였으며, 사회적으로 논란이 되자 정당행위임을 강변하였다는 점에서 형제복지원 사건은 강제실종의 정의에 정확히 들어맞는다고 할 수 있다. 앞서 살펴본 아르헨티나의 ‘실종’ 사례 역시 군부에 의해 예고도 없이 납치되어 고문·살해당한 시민들이 3만 명에 달했으므로 막대한 규모의 강제실종이라 할 수 있다.

협약은 무엇보다 강제실종에 나서지 말아야 할 국가의 의무를 구체화하고, 실종조사, 책임자 처벌과 구금에 관한 기록 유지를 요구한다. 국제사회는 국가권력이 개입되는 강제실종에서 피해 구제가 특히 어렵다는 사실을 인식하여 가해자에 대한 처벌을 협약에 명시하였다. 강제실종에 대한 불처벌 관행이 여러 국가에서 관측되어 온 만큼 이를 종식하겠다는 의지를 드러낸 것으로 평가할 수 있다. 만약 형제복지원 사건이 강제실종보호협약 가입 후에 발생하였다면 대표이사 박○○은 응당한 처벌을 받았을 것이므로, 정부는 협약에 속히 가입함으로써 유사한 사건이 발생하였을 때 효과적인 처벌이 이루어지는 여건을 조성하여야 한다. 강제실종은 은밀하게 발생하는 데다가 공권력을 총동원하면 피해 규모의 조사조차 어려워진다는 점에서 방지의 필요성이 절실하다. 정부는 국가인권위원회의 권고 직후 호응하는 모습을 보였으나, 비준동의안 제출 촉구 결의안이나 협약 가입을 위한 법안이 2018년 국회 임기만료로 폐기되면서 지지부진한 상황이다.

주요 국제인권규범의 비준·가입 여부는 그 나라의 인권 보장 수준을 간접적으로 나타내는 징표이다. 강제실종은 가장 잔혹한 국가폭력 중 하나이다. 먼 나라의 이야기가 아니라 바로 형제복지원 사건과 같은 국가폭력이 강제실종을 인지하여야 한다. 온갖 하부기관을 활용하여 국가가 사인을 납치해가면 실종자의 행방을 알아내기란 불가능에 가깝다. 한국은 형제복지원 및 그와 유사한 강제실종을 여럿 겪어온 국가인 만큼, 강제실종보호협약에 가입하여 재발 방지를 확고하게 약속하는 등 도의적 책임을 다하여야 한다. 이외에도 국제인권규범 중 시민의 복리 증진과 인간의

77) 국가인권위원회, 전계 보고서(각주 2), pp. 40-41.

78) United Nations, *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 20 December 2006, Art. 2.

존엄 수호를 위해 필수적인 협약들은 앞으로도 꾸준히 가입하여야 할 것이며, 지금까지의 국제인권조약 준수 과정에 미흡한 점은 없었는지도 점검하여야 한다. 가령 이미 비준한 사회권규약, 아동권리협약, 장애인권리협약에 대하여는, 위반 시 개인의 진정을 허용하는 선택의정서의 비준에 나설 필요가 있다. 국제인권규범을 비준하여 국내법과의 연계구조를 만들어간다면 풍부한 인권해석으로 폭넓은 권리보장이 가능해질 것이다.

VI. 결론

본고는 국가폭력으로 인한 피해 구제 시 바람직한 사법의 역할을 탐색하고 이를 바탕으로 형제복지원 사건의 대법원 판결을 비판적으로 검토하였다. 국가폭력의 의미와 전개 양상을 정리한 후, 형제복지원 특유의 폭력구조인 ‘합법적인 외주화’ 측면에 집중하여 복지원이 정권과 어떠한 유착관계를 맺고 운영되어왔는지를 분석하였다. 국가와 시민의 중간 지점에 위치하여 국가폭력을 상대하는 사법의 역할을 크게 세 가지로 정리하였으며, 세부적으로 ① 국가작용에 대한 심판관으로서 사법, ② 피해자의 증언을 세심히 듣는 경청자로서 사법, ③ 책임자에 대한 처벌로 응보적 정의의 실현자로서 사법을 그 내용으로 제시하였다. 이러한 사법의 세 역할이 실제 형제복지원 사건의 재판에서 얼마나 발휘되었는지 살펴보았다. 1988년 대법원 판결은 어떠한 역할도 온전히 수행하지 못한 사법작용이었고, 2021년 판결은 피해자의 기억이 판시내용으로 적극적으로 현출되었다는 면에서 긍정적으로 평가할 수 있으나 여전히 형식적 법논리에 머무른 까닭에 사법심사나 가해자 처벌을 시도하지 않는 한계를 드러내었다. 남아프리카공화국과 아르헨티나의 사례 연구를 통해, 사법정의를 세우는 데 한국식 사법심사만이 정답은 아니며 앞으로 피해자 존엄 회복을 위해 다양한 형태의 사법을 시도할 수 있으리라는 가능성을 제시하였다. 끝으로 상향식 인권운동과 국제인권규범의 비준·가입이 국가폭력의 억제와 피해자 인권 신장에 갖는 의의를 함께 고찰하였다.

막대한 공권력을 휘두르는 국가와 그에 반해 한없이 나약한 개인의 불균형적인 관계를 바로잡아주는 역할은 오직 사법만이 할 수 있다. 법 위에 군림하려는 국가작용에 정당한 제한을 가하고, 이미 발생한 국가폭력에서 피해자의 아픔에 귀 기울이며, 폭력의 책임자를 합당하게 처벌할 수 있는 사법체계가 갖추어진다면, 개인은 국가로부터 받은 상처를 회복하고 기본권의 향유에 위협을 받지 않는 건강한 삶을 살아갈 수 있다. 형제복지원 사건에서 부족했던 사법의 역할을 반성적으로 성찰하면서, 국가폭력에 희생당한 자를 위한 정의의 실현을 어떤 방법으로 이룩해가야 할지 심도 있는 고민이 이어지기를 기대한다.

참고문헌

국내 문헌

- 강승식, “사법자제의 헌법적 조명”, 「세계헌법연구」, 제18권 제1호(2012. 4.).
- 국가인권위원회, “형제복지원 특별법 제정 의견표명 및 강제실종보호협약 가입 권고”, 「국가인권위원회공보」, 제16권 제1호(2018. 2.).
- 김동춘, “냉전, 반공주의 질서와 한국의 전쟁정치 - 국가폭력의 행사와 법치의 한계”, 「경제와사회」, 제89호(2011. 3.).
- 김동희·최계영, 『행정법 1』, 박영사, 2021.
- 김석웅, “국가폭력 가해자 불처벌이 유가족의 심리상태에 미치는 영향: 5·18 민주화운동을 중심으로”, 「민주주의와 인권」, 제19권 제2호(2019. 6.).
- 김성돈, “형법의 과제, 형법의 한계 그리고 리바이어던형법 - 국가폭력의 경우, 형법과 국가 및 개인의 관계에 관한 패러다임의 전환”, 「형사법연구」, 제28권 제4호(2016. 12.).
- 김성례, “국가폭력과 여성체험 - 제주 4·3을 중심으로”, 「창작과비평」, 제102호(1998. 12.).
- 김영수, “남아공 시민사회와 진실화해위원회”, 「역사비평」, 제109호(2014. 11.).
- 김용원, 『브레이크 없는 벤츠』, 예하출판(1993).
- _____, “‘수사검사’가 본 형제복지원 사건”, 「형제복지원 사건 진실규명 및 해결방안 모색을 위한 토론회 자료집」, 장애와인권발바닥행동(2013. 3.).
- 김혜경, “국가폭력범죄의 개념과 국가 책임구조 - 국가의 범죄행위 주체성을 중심으로”, 「형사법의 신동향」, 제58호(2018. 3.).
- 박인근, 『형제복지원 이렇게 운영되었다!』, 사회복지법인 형제복지지원재단(2010).
- 박호정·임희, “범죄피해자의 진술권리에 관한 연구”, 「디지털융복합연구」, 제11권 제9호(2013. 9.).
- 변종필, “형벌이란 무엇이며, 무엇을 지향해야 하는가? - 응보, 예방, 그리고 회복과 연계하여”, 「강원법학」, 제46권(2015. 10.).
- 신윤진, “국제인권규범과 헌법: 통합적 관계 구성을 위한 이론적·실천적 고찰”, 「서울대학교 法學」, 제61권 제1호(2020. 3.).
- 신평, 『공정사회를 향하여』, 도서출판 수류화개(2021).
- 심영희, “침묵에서 증언으로: ‘군위안부’ 피해자들의 귀국 이후의 삶을 중심으로”, 「정신문화연구」, 제23권 제2호(2000. 6.).
- 백지연·윤호영, “방송 뉴스가 재현하는 성범죄 피해 여성 이미지에 대한 키프레임 분석: 가상물, 자료화면을 통한 피해자다움의 재생산과 익명-실명 보도의 차이를 중심으로”, 「한국언론학보」, 제65권 제2호(2021. 4.).
- 양동철, “비상상고 제도의 개선에 관한 연구 - 대법원 판례의 분석과 해석론을 중

- 심으로”, 「경희법학」, 제51권 제3호(2016. 9.).
- 이남희, “치유와 정의의 기억 만들기: 아파르트헤이트 체제의 청산과 보상”, 「역사와 담론」, 제44집(2006. 9.).
- 이덕연, “법철학 및 법이론으로 본 ‘법적 문제’로서 사법적극주의”, 「법학연구」, 제27권 제1호(2017. 3.).
- 이민영, “통치행위에 대한 사법심사의 행정법학적 재론”, 「미국헌법연구」, 제29권 제3호(2018. 12.).
- 이소영, “기억의 정치와 ‘법을 통한 과거청산’ 담론 비판”, 「외법논집」, 제35권 제2호(2011. 5.).
- _____, “법이 부착한 ‘부랑인’ 기표와 그 효과: 형제복지원 기억의 재현과 과거청산 논의의 예에서”, 「법철학연구」, 제17권 제2호(2014. 8.).
- 이재승, “형제복지원과 진실에 대한 권리”, 「형제복지원 사건 진실규명 및 해결 방안 모색을 위한 토론회 자료집」, 장애와인권발바닥행동(2013. 3.).
- 장원석, “남아프리카공화국 진실화해위원회와 회복적 정의론”, 「정치와 평론」, 제21권(2017. 12.).
- 주윤정, “법 앞에서: 형제복지원 피해생존자들의 해방과 기다림의 정치”, 「민주주의와 인권」, 제18권 제4호(2018. 12.).
- 최용주, 「불처벌을 넘어서: 아르헨티나 이행기 정의 실천과 시사점」, 5·18 기념재단(2018. 7.).
- 한상희, “통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제”, 「민주법학」, 제59호(2015. 11.).
- 한인섭, “국가폭력에 대한 법적 책임 및 피해회복 - 5·18 민주화운동의 법적 해결을 중심으로”, 「서울대학교 法學」, 제43권 제2호(2002. 6.).
- 민주사회를위한변호사모임 과거사청산위원회, “대법원의 형제복지원 비상상고 기각 판결에 대한 논평: 판결 유감, 제2기 진실화해위원회의 역할을 기대한다”, 2021년 3월 12일.
- 부산일보, “BJ 흥가 체험장으로 전락한 ‘실로암의 집’, 그곳에 무슨 일이”, 2021년 3월 10일.
- 한겨레신문, “형제복지원 대하 3부작 제2회 ⑥ 1987년, 정지된 시간”, 2014년 9월 12일.
- 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결.
- 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결.
- 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결.
- 대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1580 판결.
- 대법원 1988. 3. 8. 선고 87도2671 판결.

헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 93헌마186 결정.
헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정.
대구고등법원 1988. 7. 7. 선고 88노144 판결.
대구고등법원 1987. 11. 12. 선고 87노1048 판결.

국외 문헌

Anne Peters, “Humanity as the α and ω of Sovereignty” , *European Journal of International Law*, Volume 20, Issue 3 (2009).

Catalina Smulovitz, “ “The Past is Never Dead” : Accountability and Justice for Past Human Rights Violations in Argentina” , *After Oppression: Transitional Justice in Latin America and Eastern Europe*, Popovski and Serrano (eds), United Nations University Press (2012).

Geoffrey Hartman, *Holocaust Remembrance: The Shapes of Memory*, Wiley-Blackwell (1993).

Kathryn Sikkink, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, W. W. Norton & Company (2011).

Knut Rauchfuss & Bianca Schmolze, “Justice heals: the impact of impunity and the fight against it on the recovery of severe human rights violations’ survivors” , *Torture*, Volume 18, Issue 1 (2008).

Kofi Annan, “Two Concepts of Sovereignty” , *Economist* (Sept. 18, 1999).

Prathama Banerjee, “State (and) Violence” , *Containing Violence*, Seminar 691 (2017).

European Court of Human Rights, *Daktaras v. Lithuania*, judgement of 10 October 2000.

European Court of Human Rights, *Incal v. Turkey*, judgement of 9 June 1998-IV, p. 1571, para. 65.

UN Economic and Social Council, “Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political)” , E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 June 1997.

UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)” , 10 March 1992, para. 8.

UN Human Rights Committee, *Report of the UN Human Rights Committee*, A/54/40, Volume I (1999), paras. 299-300.

United Nations, *General Assembly Official Records*, A/53/40, Volume I (1998), para. 132.

United Nations, *General Assembly Official Records*, A/56/44, 12 October 2001.

United Nations, *General Assembly Official Records*, A/RES/40/34, 29 November 1985.

United Nations, “Guide for Practitioners Regarding the Implementation of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power” , A/CONF.144/20, 7 June 1990, para. 44 & 54.

United Nations, *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 20 December 2006.

United Nations, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966.

인터넷 사이트

국제형사재판소 <https://www.icc-cpi.int/about> (2021. 8. 22. 방문)

법무부 <https://www.moj.go.kr/moj/335/subview.do> (2021. 8. 22. 방문)

‘합법적’ 국가폭력과 사법(司法)의 역할: 형제복지원 사건 대법원 판결에 관한 인권법적 고찰

— 초 록 —

형제복지원 사건은 국가가 훈령을 제정하여 합법의 탈을 쓰고 민간에 폭력을 의주화한 한국 현대사의 비극이다. 소외된 자를 무가치한 존재이자 척결 대상으로 여기는 국가의 권위주의적 시각과 민간 보호시설 운영자의 이해관계가 결합하여 죄 없는 시민들을 감금하고 강제노역·성폭행·고문 등 극악한 인권 탄압을 자행하였다. 국가폭력은 개개인에 비해 월등히 위력적인 공권력이 주도하고, 공사(公私)의 다양한 하부기관이 동원되며, 폭력행위의 비가시화로 책임에서 벗어나기가 용이하다는 점에서 시민의 삶에 매우 위협적이다. 국가폭력에서 사법은 크게 세 가지 역할을 담당한다. 첫째, 사법은 모든 국가작용이 거처가는 관문으로 기능하여 국가폭력을 법의 심판대에 올린다. 특히 형제복지원 사건과 같이 합법성의 외양을 띤 국가폭력에서는 피해 최소화를 위하여 더욱 정교한 판단이 요청된다. 둘째, 피해자의 증언을 기록화하여 공권력이 은폐·왜곡한 사실관계 속에서 진실을 발굴한다. 국가폭력 피해 진술 시 피해자의 트라우마가 환기되거나 피해자에게 부당한 압력이 행사될 수 있으므로, 사법기관이 사전에 이러한 문제를 발굴·차단하고 있음을 실감하게 하여 피해자의 심리적 문턱을 낮추어야 한다. 셋째, 책임자를 처벌한다. 가해자의 불처벌(impunity)이 계속되면 공동체의 정의가 유보되며 피해자의 내적 불안정은 해소될 수 없으므로, 책임자에게 응당한 처벌을 가하는 사법절차 운용과 법해석이 요구된다. 이상의 기준으로 1988년 판결을 살펴보면 대법원은 사법기관의 의무를 전혀 이행하지 않아 국가폭력이 낳은 부정의(不正義)를 존속시키는 결과를 초래하였다. 2021년 비상상고 기각 판결은 그 판시내용에서 형제복지원 배후의 국가폭력성을 가감 없이 기술하고 피해자 존엄 회복의 필요성을 강조하는 등 과거보다 진전된 문제의식을 보여주었으나, 형식적·소극적 법률해석에 그쳐 사건에 대한 사법심사와 응보적 정의의 실현을 사실상 포기하였다는 비판을 면치 못할 것으로 보인다. 형제복지원 사건의 국가폭력 청산은 여전히 진행 중이며, 2021년 판결로 해결되지 않은 논점에 대하여 상향식 운동을 지속함으로써 사법적 정의에의 노력을 기울여야 할 것이다. 형제복지원 사건에서 사법작용이 미흡하였음을 반성함과 더불어, 국가폭력 희생자를 위한 정의 실현에 사법의 역할은 무엇인지에 관한 진지한 고민이 사법부 안팎에서 활성화되기를 희망한다.

주제어: 형제복지원, 대법원, 국가폭력, 인권침해, 사법정의, 사법심사, 비상상고