

헌법소원심판청구서

사 건 불기소처분취소

청 구 인 1. 이 선 교

제주4·3사건 역사바로세우기 대책위원회 대표

2. 전 민 정

프리덤칼리지 장학회 대표

위 청구인들 대리인 변호사 배보운

피 청 구 인 수원지방검찰청 안양지청 검사

청구취지

“피청구인이 2021. 11. 22. 수원지방검찰청 안양지청 2021년 형제601호 사건에서 청구외 박상기 등에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.”라는 결정을 구합니다.

침해된 권리

헌법 제11조 제1항 평등권

헌법 제27조 제5항 재판절차진술권

침해의 원인

피청구인의 2021. 11. 22. 수원지방법검찰청 안양지청 제2021년 형제601호 사건의 청구외 박상기 등에 대한 불기소처분

청구이유

1. 사건의 개요

가. 청구인들은 2021. 1. 12. 청구외 박상기, 성명불상 검사를 직무유기 등의 혐의로 고발하였는데, 그 고발사실의 요지는 다음과 같습니다.

『고발인들은 납세의무를 지고 있는 대한민국의 주권자인 국민이자, 고발인이 선교는 대한민국의 역사를 바로 알고 과거 제주 4·3 사건의 진실을 알리기 위해 모인 ‘제주4·3사건 역사바로세우기 대책위원회’의 대표이고, 고발인 전민정은 위 같은 취지 모임인 ‘프리덤칼리지 장학회’의 대표입니다.

피고발인 박상기는 2019. 8. 21.경 당시 법무부장관이고,¹⁾ 피고발인 성명불상자는 위 같은 일시 경 아래에서 살펴보는 바와 같이 ‘제주지방법원 2018. 9. 3. 결정 2017재고합4 재심개시’ 및 ‘제주지방법원 2019. 1. 17. 선고 2017재고합4 재심’ 인용 취지의 공소기각판결 이후 후속적으로 제기된 ‘제주지방법원 2019. 8. 21. 선고 2019코8형사보상’ 등 18건의 형사보상청구사건의 법무부 또는 검찰담당자로서, 당시 제주지방법원이 고지한 형사보상결정의 위법성과 부당성을 제대로 다투지 아니하여 합계 53억 4천여만원이라는 거액의 국고를 낭비한 당사자들입니다.

1) 피고발인 박상기는 2017. 7. 19 ~ 2019. 9. 8.의 기간 동안 법무부장관의 직위에 있었습니다.

피고발인 박상기, 성명불상의 검사는 제주 4·3사건과 관련된 제주지방법원 2017재고합4 재심사건(이하 ‘재심판결’이라 한다)의 당사자인 오○○ 등 18인이 제기한 제주지방법원의 2019코8 내지 2019코25의 각 형사보상청구 사건(이하 ‘형사보상결정’이라 한다)에서,

위 오○○ 등 18인이 제기한 재심사건에 있어 형사소송법 제420조 및 제421조의 재심사유가 없음에도 제주지방법원이 2018. 9. 3.자로 재심개시결정을 한 것에 대해 형사소송법 제437조의 즉시항고를 통해 다룰 수 있었음에도 아무런 조치를 취하지 아니하였고, 이러한 재심판결에 근거하여 후속으로 이뤄진 총액 약 53억 4천만원이라는 거액의 보상결정이 내려진 것에 대하여, ①이들 오○○ 등 18인의 사안은 ‘무죄재판을 받을 만한 현저한 사유’가 없는 공소기각의 판결로 형사보상의 대상이 아니라는 점과 ②위 제주지방법원이 형사소송법 문언과 그 법리에 반하여 과도한 일급(日給)을 적용함으로써 국고에 거액의 손실을 주는 형사보상결정을 내린 점과 관련하여, 즉시항고와 같은 방법으로 이의제기를 하여야 함에도 불구하고, 아무런 조치를 취하지 아니하여 각 직무유기를 하였습니다(형법 제122조).』

나. 피청구인은 위 고발사건인 2021. 11. 22. 수원지방법검찰청 안양지청 2021년 형제601호에서 “이 사건은 제주지방법검찰청이 제주지방법원의 2018. 9. 3. 자 재심개시결정 및 2019. 8. 21. 자 형사보상결정에 대한 즉시항고 여부를 면밀히 검토하여 즉시항고를 제기하지 않은 결정을 한 것이므로, 직무에 관한 의식적인 방임이나 포기에 해당되지 않음이 명백하다. 각하한다”라는 이유로 불기소처분을 하였습니다.

이에 청구인들은 피청구인의 위 불기소처분에 대하여 불복하여 수원고등검찰청에 항고를 제기하였으나 2022. 1. 19. 항고기각되었고(2021고불항 제

2204호), 청구인들이 위 수원고등검찰청의 항고기각결정에 대하여 대검찰청에 재항고를 제기하였으나 2022. 4. 28. 재항고기각되었습니다(2022대불재항제172호).

다. 그래서 청구인은 위 사건에서 피청구인의 청구외 박상기 및 성명불상자에 대한 불기소처분으로 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해받았으므로 이 사건 헌법소원심판을 청구하는 것입니다.

2. 청구기간의 준수

청구인들은 피청구인의 불기소처분에 대한 검찰청법에 의한 구제절차의 최종 결정인 대검찰청의 2022. 4. 28. 자 위 재항고기각결정을 통지받고 같은 해 5. 25. 헌법재판소에 이 사건 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구를 하여, 그 청구기간을 준수하였습니다(헌법재판소법 제69조 제1항 단서).

3. 제주 4·3사건²⁾의 법적 의미와 관련 ‘오○○ 등 18인’에 대한 재심 및 형사보상 사건

가. 제주4·3사건의 법적의미

1) 제주4·3사건의 개요

2) ‘제주 4·3사건’의 정의는 입법, 행정조치, 법원이나 헌법재판소의 재판 등 그 사항에 따라 달리 규정할 수 있으나 여기에서는 일용 통칭으로 하고 이 사건 청구와 관련되는 사항에 관하여 그 범위 내에서 사용하기로 합니다. 이하 같습니다.

제주 4·3사건의 발발 및 경과, 그에 대한 진압과 종료 그리고 그 피해상황 등에 관하여, 귀 헌법재판소는 2001. 9. 27. 선고한 2000헌마238·302(병합) 제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법의결행위취소등 사건 결정에서 판시한 바 있습니다. 그에 따르면, 제주 4·3사건은 남로당 제주도당이 주도하여 1948. 5. 10. 실시되는 제헌국회의원선거 및 남한단독정부수립을 방해하기 위하여 일으켜 경찰관서 습격, 파괴 및 방화, 군경 및 그 가족 살해, 선거관련인사 살해 등을 한 치안법(국방경비법, 형법 등)위반사건입니다. 대한민국정부 수립 전, 미군정기인 1948. 4. 3. 02:00 제주도내 11개 경찰지서를 일제히 습격하여 경찰관을 살해하고(사망 4명, 행방불명 3명), 선거관련인사들을 살해하고(사망 12명) 방화하는 것을 시발로 하여, 대한민국 정부수립 후에도 계속되었으며, 6.25전쟁 중에도 재개되었고, 휴전 후 일부 잔존 무장유격대가 1956. 지서를 습격하는 등 간헐적으로 활동하다가, 1957. 최후의 유격대원 오○권이 검거됨으로써 완전히 종료된 사건입니다. 이 사건에 대한 진압은 미군정과 대한민국 정부에서 이루어졌는데, 대한민국 정부수립 후인 1948. 11. 17. 제주도 전역에 계엄이 선포된 바 있었고, 그 진압과정에서 무고한 민간인의 피해와 희생도 상당히 있었던 것도 사실입니다. 이 사건으로 인한 물적 피해로는 130여개의 중산간부락이 전소되었고, 15,200세대, 35,900여동의 건물이 소훼되거나 파괴되었으며, 228동의 관공서와 224동의 교실이 피습되거나 파괴되었고, 가축 6만여두, 많은 곡류와 면화 등 재산상의 손실도 컸습니다.

『남로당 제주도당은 1948. 5. 10.에 실시되는 제헌국회의원선거 및 남한단독정부수립을 방해키 위하여 그 해 4. 3. 02:00 제주도내의 오름(기생화산)의 봉화를 신호로 일제히 제주도내 11개 경찰지서를 습격하였다(남로당 중앙당 및 북한과의 사전 공

모여부에 대하여는 추후 진상보고기구를 통하여 밝혀질 것으로 예상된다). 이 습격으로 경찰관 사망 4명, 행방불명 3명, 선거관련인사 사망 12명 등의 피해가 발생하였는데 이것이 본격적인 제주4·3사건의 시발점이다.

초기 미군정과 경찰 수뇌부는 위와 같은 사태를 '치안상황'으로 파악하고, 경찰을 증원하여 진압을 시도하였으나, 효율적인 지원이 이루어지지 아니하여 초기 진압작전은 효과를 거두지 못하였다. 무장유격대는 투표거부운동을 주도하면서 일본군이 남기고 가거나 경찰로부터 노획한 무기로 무장하고, 일본군이 설치하였던 군사시설과 천연동굴 및 한라산을 거점으로 삼고 기습공격을 통하여 경찰관리 및 제헌의회 선거에 관여하거나 투표참가를 권유하였던 인물(이하 '경찰등'이라 한다)과 그 가족들을 살해하고, 경찰지서, 학교 등 공공시설과 경찰 등의 주택에 방화하였다. 무장유격대의 이러한 공격과 투표거부운동으로 인하여 제주도 3개 선거구 중 북제주 갑, 을 선거구는 투표자미달로 선거무효가 되고, 남제주 1개 선거구만 선거를 실시하는 등으로 선거가 파행으로 치달았다. 결국 북제주 2개 선거구는 1949. 5. 10. 재선거를 실시하였다.

그러나, 5. 1. 속칭 '오라리 방화사건'과 '5·3기습사건'등으로 상호 불신이 계속되던 중 미군정은 9연대장을 박○경 중령으로 교체하고, 5. 15. 11연대를 추가로 배치한 다음 9연대를 해체하여 11연대에 배속하고, 박○경중령의 지휘하에 진압작전을 본격적으로 전개하였다. 이러한 와중에 동인은 6. 18. 공산당의 사주를 받은 부하 군인들에 의하여 피살되었고, 이후 잠시 소강상태에 접어들었으나, 11연대를 위주한 군의 적극적인 관여와 경찰병력 및 서북청년단이 증원된 상태에서 군, 경, 민간인 합동으로 적극적인 진압작전을 실시한 결과 무장유격대의 활동이 약화되기 시작하였다.

1948. 8. 15. 대한민국 정부가 수립된 후 정부는 진압경찰과 군을 증원하여 대규모 소탕작전을 준비하였고, 이에 맞서 무장유격대는 같은 해 10. 1. 소련혁명기념일을 기해 제주도 일원의 경찰지서와 진압군에 대하여 기습을 벌이는 등으로 대항하였다. 같은 달 11. 정부는 제주도에 군과 경찰을 통합적으로 지휘할 제주도경비사령부(사령관 김○겸 대령)를 설치하고, 같은 달 17. 제주도 전역에 계엄령을 선포하면

서 증원군을 보강한 후 같은 해 11.경부터 진압군은 제주도의 해안과 한라산 중간 부분에 위치하면서 무장유격대의 은신처 및 물자보급기지로 사용되던 중산간지역에 대한 이른바 '초토화전술'을 채택하여 무장유격대를 압박하기 시작하였고, 본격적인 대규모 진압작전을 펼친 결과 같은 해 12.경에는 진압군이 완전한 우세를 보였다. 다만 이 기간 중의 사망자가 다른 시점에 비하여 월등히 많아 무장유격대와 관련없는 민간인들을 학살하였다는 과잉진압의 논란이 전개된다. 결국 1949. 3.경에는 무장유격대의 세력이 급속히 약화되었고, 같은 해 5. 15.에는 제주도지구전투사령부를 해체할 수 있을 정도까지 이르렀다. 6.25발발 후 북한군의 남침이 이루어지자 무장유격대는 활동을 재개하였으나, 인원 및 장비의 부족으로 그 활동세력은 미미하였다.

이러한 토벌과정에서 쌍방간에 적대세력, 그 가족 및 친인척들을 공격하여 상당수의 민간인 피해가 발생하였다. 특히 진압군은 단지 무장유격대와 연결되는 의심이 있거나, 분위기에 휩쓸려 공산주의활동을 한 자들에 대하여서까지 전력을 문제삼거나, 그들의 친·인척이라는 이유만으로 혹은 별다른 이유 없이 주민들을 살해하고, 주민들은 이를 피하여 산으로 거처를 옮겼으나 이들도 무장유격대원 또는 그 동조자들로 간주되어 진압군에 의하여 피살되는 무리한 진압이 빈발하였다는 주장이 여러 차례 제기되었고, 제주도의회43특별위원회의 피해조사보고서에도 이러한 내용이 기재되어 있다.

1954. 9. 21. 마침내 한라산에 대한 입산금지가 해제됨으로서 제주도 전체가 평시체제로 환원되었다. 다만 일부 잔존 무장유격대는 1956. 지서를 습격하는 등 간헐적으로 활동하였으나, 1957. 최후의 유격대원 오○권이 검거됨으로써 제주4.3사건은 완전히 종료되었다.

제주4.3사건으로 인한 피해를 정확히 확인하는 것은 어렵다. 제주도의회43특별위원회의 조사보고서를 비롯한 관련 서적과 자료 및 관련단체들의 주장에 의하면 진압군은 표선백사장, 함덕해수욕장, 제주비행장, 정방폭포, 조천면 북촌리, 송악산 첫알오름 등지에서 많은 민간인들을 처형하는 등 무리한 진압작전을 실시하였다고 알려져 있으나, 그 정확한 일시, 인원, 피해자 명단등은 파악되지 않고 있다.

그러나 1994. 2.부터 1999. 12. 31.까지 제주도의회 4·3특별위원회가 피해신고를 받아 조사한 희생자의 수는 14,841명으로 나타났다.

한편 인명피해가 이처럼 심각한 탓에 물적 피해는 상대적으로 과소평가되었다. 그러나 이 사건으로 말미암아 130여 개 중산간부락이 전소되었고, 소훼되거나 파괴된 세대수가 15,200세대, 건물수로는 35,900여 동에 이르며, 피습 또는 소실된 관공서가 228동, 교실이 224동이고, 기타 가축피해 6만여 두, 많은 곡류, 면화 등의 엄청난 재산상 손실이 있었다고 전해진다.』³⁾

2) 자유민주적 기본질서 위배와 대한민국 정체성 훼손

귀 헌법재판소는 위 2000헌마238 사건결정에서, “우리 헌법은 폭력적, 자의적인 지배 즉 일인 내지 일당독재를 지지하거나, 국민들의 기본적 인권을 말살하는 어떠한 지배원리도 용인하지 않는다. 형식적으로는 권력분립·의회제도·복수정당제도·선거제도를 유지하면서 실질적으로는 권력집중을 획책하여 비판과 견제기능을 무력화하고, 자유·비밀선거의 외형만을 갖춰 구성된 일당독재를 통하여 의회제도를 형해화하거나, 또는 헌법상 보장된 기본권을 인정하지 아니함으로써 사유재산 및 시장경제질서를 부정하는 공산주의를 신봉하는 정당이나 집단은 우리 헌법의 이념과 배치되고, 이러한 이념을 추구한 정당 또는 단체와 그 구성원들의 활동도 헌법과 법률에 의하여 보호되지 아니한다.”라고 판시하였고, 따라서 “대한민국의 건국에 필수적 절차였던 5·10 제헌의회선거와 남한의 단독정부수립을 저지하고, 자유민주적 기본질서를 부정하며, 인민민주주의를 지향하는 북한 공산정권을 지지하면서 미군정기간 공권력의 집행기관인 경찰과 그 가족, 제헌의회의원선거 관련인사·선거종사자 또는 자신과 반대되는 정치적 이념을 전파하는 자와 그 가족들을 가해하기 위하여 무장세력을 조직하고 동원하여 공격한 행위까지 무제한적으로 포

3) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 393-398

용할 수는 없다.”라고 하였습니다. 왜냐하면 이는 우리 헌법의 기본원리로서의 자유민주적 기본질서와 대한민국의 정체성에 심각한 훼손을 초래하기 때문이라고 판시하였습니다.⁴⁾

제주 4·3사건은 남로당 제주도당이 대한민국 건국과 정부수립에 필수적인 절차인 제헌의회구성을 위한 5.10선거를 폭력적인 방법으로 저지하고자 감행한 것으로, 우리 헌법의 기본원리인 자유민주적 기본질서에 위배되고, 대한민국의 정체성을 훼손하는 것이므로 허용될 수 없는 것입니다.

그래서 위 헌법재판소는 제주 4·3사건의 무장유격대에 가담한 자 중에서 수괴급 공산무력혁명지휘관 또는 중간간부로서 군경의 진압에 주도적·적극적으로 대항한 자, 모험적 도발을 직·간접적으로 지도 또는 사주함으로써 제주 4·3사건 발발의 책임이 있는 남로당 제주도당 핵심간부, 기타 무장유격대와 협력하여 진압 군경 및 동인들의 가족, 제헌선거관여자 등을 살해한 자, 경찰 등의 가옥과 경찰관서 등 공공시설에 대한 방화를 적극적으로 주도한 자들은 결코 우리의 헌법질서에서 보호될 수 없을 것이고, 따라서 제주4·3사건 진상규명및희생자 명예회복에관한특별법에서의 희생자의 범위에서 제외되어야 할 것이라고 판시한 바 있습니다.⁵⁾

3) 대한민국의 정통성 훼손

가) 대한민국의 상해 임시정부의 법통계승

상해 임시정부가 1919. 4. 11. 선포한 ‘임시헌장(臨時憲章)’의 주요 내용을 보면, 대한민국의 정체는 민주공화제로 하고(제1조) 종교의 자유를 비롯한 언론출판의 자유, 집회결사의 자유, 사생활 보호(신서의 자유), 거주이전(주소

4) 위 판례집 13-2, 383, 402-403

5) 위 판례집 13-2, 383, 404

이전)의 자유, 신체의 자유, 소유권의 보장(소유의 자유)(제4조), 선거권, 피선거권의 보장(제5조), 국제연맹에 가입 등 국제질서의 존중(제7조) 등 자유민주국가의 기본적 요소를 담고 이를 지향하고 있습니다.

대한민국 제헌헌법(1948. 7. 12. 제정, 같은 달 17. 공포)의 전문 모두에, “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 기미삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 독립정신을 계승하여 민주대한민국을 재건”한다고 명시하여 위와 같은 상해임시정부의 법통을 계승함을 명백히 밝히고 있습니다.

나) 유엔총회 결의에 의한 건국과 독립을 위한 5.10 제헌선거

제2차 세계대전이 주축국의 하나인 일본의 패망으로 미국, 영국, 중국(중화민국), 소련 등 전승국 사이에서 일본의 피식민지 국가였던 우리 한국의 독립문제가 모스크바3상회의에서 4개국 신탁통치안 등 그 방안에 대하여 거론되었으나 합의에 이르지 못하였고, 결국 한국의 독립문제는 유엔에 회부하여 결정하기로 한 것은 역사적 사실입니다.

유엔총회는 1947. 11. 14. 한국의 독립문제에 관한(The problem of the independence of Korea) 결의안(Resolution)을 찬성 43표, 기권 6표로 가결하여 승인합니다. 가급적 신속히 독립국가로 재건되기를 굳게 믿으며 1948. 5. 31.까지 유엔임시위원회의 선거감시와 자문 하에 인구비례에 의하여 제헌국회를 구성할 대표자를 선출하는 총선거를 실시할 것을 권고하고 그에 따른 정부수립 후 곧바로 국군병력을 구성함과 동시에 그 전에 남·북한 지역에서 방위기능을 담당했던 모든 병력을 해산, 철수하도록 하여, 유엔 임시위원회가 한국의 독립성취를 지원하고 촉진하도록 하는 결의를 한 것입니다.

『한국민의 독립에 대한 긴급하고 정당한 요구를 인식하고, 실행가능한 한 가급적 신속히 독립국가로서 한국은 재건되고 점령권력은 철수되어야 함을 굳게 믿으

며, i) 오스트리아, 캐나다, 중국(중화민국), 엘살바도르, 프랑스, 인도, 필리핀, 시리아와 우크라이나의 대표로 구성된 선거 감시와 자문을 위한 임시위원회를 구성하기로 결정하고, ii)한국의 자유와 독립을 성취하기 위하여, 임시위원회의 선거감시와 자문 하에 인구비례에 의하여 제헌국회를 구성할 대표자를 선출하는 총선거를 늦어도 1948. 5. 31.까지 실시할 것을 권고하며, iii)그 총선 후 가능한 한 곧바로 국회를 소집하여 정부를 수립할 것을 권고하고, iv)정부수립 후 곧바로 국군병력을 구성함과 동시에 그동안 남·북한지역에서 방위기능을 담당했던 모든 병력을 해산하며, 가능한 한 90일 이내에 점령권력이 완전한 철수할 것을 권고하고, v)임시위원회는 한국의 독립성취와 점령군 철수 계획이 실현되도록 이를 지원하고 촉진하도록 결의하였다.』⁶⁾

한편, 북한은 유엔총회의 위 결의에 따른 임시위원회의 선거감시위원단의 선거감시와 지원에 의한 제헌국회 구성을 위한 인구비례 남·북한 자유총선거를 거부하였다. 이에 따라 제헌국회 구성과 남한 단독정부수립을 위한 자유, 민주, 보통, 평등의 총선거가 유엔임시위원회의 선거감시와 지원 하에 실시한 것이 5. 10. 선거일은 역사적 사실입니다.

이러한 5. 10 선거에 의하여 구성된 제헌국회에서 1948. 7. 12. 헌법을 제정하여 같은 달 7. 17. 공포하고 같은 헌법에 따라 같은 해 8. 15. 대한민국 정부를 수립한 것이 대한민국 건국 및 정부수립임도 또한 역사적 사실입니다.

그리고 유엔총회는 1948. 12. 12. 이렇게 수립한 대한민국 정부를 자유, 민주선거에 의하여 수립한 한국의 유일한 합법정부임을 승인합니다.

『1947. 11. 14. 자 결의안의 목적이 완전히 달성되지 않았음, 특히 한국의 통일이

6) 1947. 11. 14. A/RES/ 112(III)

아직 성취되지 못하였음을 유념하면서, 대한민국 정부(the Government of the Republic of Korea) 즉, 합법적인 정부가 수립되었음을 선언한다. 한국인의 절대 다수가 거주하는 지역이고(in which the great majority of the people of all Korea reside), 유엔 임시위원회의 선거 감시와 자문이 가능했던 지역으로 실효적으로 지배하는 영역을 관할하는 정부이고, 임시위원회의 감시 하에 행하여진 그 영역 유권자의 자유로운 의사에 따른 선거에 의한 정부이며, 따라서 이 정부는 한국에서 유일한 합법정부이다(and that this is the only such Government in Korea).』⁷⁾

다) 폭력적 방법에 의한 5·10선거 방해로 대한민국 정통성 훼손

따라서 제주 4·3사건은 남로당 제주도당이 이러한 5.10 제헌의회선거와 대한민국 건국과 정부수립을 저지하고 자유민주적 기본질서를 부정하며 인민민주주의를 지향하는 북한 공산정권을 지지하면서 무장세력을 조직하고 동원하여 미군정 및 대한민국 정부수립 후 공권력의 집행기관인 경찰과 그 가족, 제헌의회의원선거 관련인사 및 선거종사자와 그 가족을 살해하거나, 경찰관서 등 관공서에 대한 방화를 하는 등 폭력적 방법으로 공격한 것이므로, 이는 대한민국의 정통성을 훼손하는 것이기도 합니다.

나. 관련 ‘오○○ 등 18인’에 대한 재심 및 형사보상 사건

1) 재심사건

청구의 오○○ 등 18인은 5·10 제헌선거에 의하여 대한민국이 건국되고 정부가 수립된 후에 제주4·3사건이 진행 중이던 1948년 가을경부터 1949. 7.경 사이에 군·경에 의하여 당시 제주도 내에 설치된 수용시설 등에 구금되어 있다가 1948. 12.경 이후 1949. 7.경에 이르기까지 육지에 있는 교도소로 이송되어 이후 각 일정 기간 동안 수형인의 신분으로 교도소에 구금되어 있었던 자들입니다.

7) 1948. 12. 12. A/RES/195(III)

위 오○○ 등 18인은, 자신들의 이름과 당시 나이, 직업, 본적지, 항변 및 판정(判定), 언도(言渡)일자, 판결 형량 및 수감교도소가 대상자별로 각 하나의 열(列)로 기재되어 있는 “단기 4281(1948)년 12월·단기 4282(1949)년 7월(군법회의 분) 수형인명부”에 터 잡아, 2017. 4. 19. 제주지방법원에 그 대상 판결에 대한 재심을 청구하였습니다.

이에 대하여 제주지방법원은 같은 법원 2017재고합4호사건에서 2018. 9. 3. “비록 공소장이나 공판기록, 판결문 등 당시 피고인들에 대하여 유죄의 판결이 있었음을 직접적으로 확인할 수 있는 자료는 발견되지 아니하였지만, 위 수형인명부에 기재된 내용들 및 피고인들의 진술 내용, 일부 피고인들에 대한 수형 관련 자료와 제주4·3사건 진상조사보고서 등의 관련 자료들을 종합하여 보면, 당시 피고인들이 육지로 이송되어 교도소에 구금된 것은 피고인들에게 각 해당 죄목(피고인 오○○ 국방경비법위반, 피고인 한○○ 내란실행 등, 그 상세는 아래 표1과 같습니다.)에 따른 법령을 적용하여 수형인명부에 기재되어 있는 각 해당 형벌을 부과하기로 하는 사법기관(군법회의)의 유권적 판단이 그 근거가 되었던 것이라 볼 수밖에 없어, 피고인들에 대하여는 각 별지 재심대상판결 기재와 같은 ‘유죄의 판결’이 있었다고 보아야 하고, 그 각 재심대상판결에는 각 형사소송법 제420조 제7호 및 제422조가 정한 재심 이유 또한 존재한다는 이유를 들어 재심개시의 결정을 하였습니다. 그리고 제주지방법원은 변론을 거쳐 2019. 1. 17. 위 오○○ 등18인에 대하여 “피고인들에 대한 공소는 각 그 ‘공소 제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 피고인들에 대한 공소를 모두 기각한다”는 공소기각 판결을 선고하였습니다.

그런데 검찰은 위 제주지방법원의 공소기각 판결에 대하여 상소를 제기하지 않았고, 그에 따라 위 같은 판결은 2019. 1. 25. 확정되었습니다.

2) 형사보상 사건

위 재심판결이 확정되자 위 오○○ 등 18인은 2019. 2. 22.경 위 같은 법원에 아래와 같이 형사보상청구를 신청하였으며, 위 법원은 검찰측의 의견서를 받아 본 후 2019. 8. 21.경 이들에 대하여, 각 구금일 1일당 보상금 지급기준을 2019년 일급 최저금액인 6만6천800원의 5배에 달하는 33만4천원으로 적용하여 총액 약 53억 4천만원가량의 형사보상금을 지급하는 결정을 내렸습니다.

[표 1] 18인의 형사보상청구 사건 및 죄명정리표

| 사건번호 | 당사자 | 죄명 | 연도일자 |
|---------------|-----|---------|---------------|
| 제주지방법원2019코8 | 오○○ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 3. |
| 제주지방법원2019코9 | 오□□ | 내란실행 | 1948. 12. 10. |
| 제주지방법원2019코10 | 양○○ | 내란실행 | 1948. 12. 27. |
| 제주지방법원2019코11 | 김○○ | 내란실행 | 1948. 12. 5. |
| 제주지방법원2019코12 | 박○○ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 5. |
| 제주지방법원2019코13 | 현○○ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 2. |
| 제주지방법원2019코14 | 박□□ | 내란실행 | 1948. 12. 28. |
| 제주지방법원2019코15 | 김□□ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 7. |
| 제주지방법원2019코16 | 조○○ | 내란실행 | 1948. 12. 26. |
| 제주지방법원2019코17 | 양□□ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 5. |
| 제주지방법원2019코18 | 임○○ | 내란실행 | 1948. 12. 28. |
| 제주지방법원2019코19 | 부○○ | 내란실행 | 1948. 12. 15. |
| 제주지방법원2019코20 | 정○○ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 1. |
| 제주지방법원2019코21 | 오△△ | 내란실행 | 1948. 12. 26. |
| 제주지방법원2019코22 | 박△△ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 7. |
| 제주지방법원2019코23 | 현□□ | 내란실행 | 1948. 12. 9. |
| 제주지방법원2019코24 | 김△△ | 국방경비법위반 | 1949. 7. 7. |
| 제주지방법원2019코25 | 한○○ | 내란실행 | 1948. 12. 28. |

4. 이 사건 불기소처분의 위헌성

가. 형법 제122조의 직무유기죄의 범리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고, 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것이고, 또 그 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 법령, 내규 등에 의한 추상적인 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니고, 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우를 말합니다(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결; 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1391 판결 등 참조).

나. 검사의 정당한 법령 적용 청구의무 및 법무부장관의 일반적 검사 지휘·감독권에 따른 ‘즉시항고’를 제기할 의무

검사는 검찰권을 행사하는 국가기관이기도 하지만, 공익의 대표자로서 진실과 정의의 원칙에 따라 검찰권을 행사하여야 할 의무가 있고, 객관적 제3자의 입장에서 피고인의 정당한 이익을 옹호해야 할 의무가 있는 지위에 있습니다(검찰청법 제4조, 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결 참조). 그렇기 때문에 검사는 법원에 대하여 법령의 정당한 적용을 청구할 직무와 권한이 있으며(검찰청법 제4조 제1항), 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하는 지위에 있는 법무부장관은 이러한 검사가 객관 의무에 따라 법원에 법령에 따른 법령의 정당한 적용을 청구하는 것을 해태하고 있을 경우 이를 시정하도록 지휘·감독할 책무가 부여되어 있다고 볼 수 있습니다(검찰청법 제8조).

본 사안의 경우, 제주지방법원 2017재고합4 재심결정 및 제주지방법원 2019코8 내지 25 형사보상 결정에 따라 오○○등 18인과 같은 특정인들에게 국민의 세금으로 마련한 거액의 예산을 받아 형사보상금액이 지급될 수밖에 없는데, ‘국가재정법’상으로는 국가의 예산을 집행하더라도 국민부담을 최소화시키고 낭비되지 않도록 엄중한 심사를 거쳐 집행하도록 명문화 하고 있습니다.⁸⁾⁹⁾

그런데 이 사건의 경우, ① 2018. 9. 3.경 제주지방법원의 재심개시결정(제주지방법원 2017재고합4) 이 내려진 사안에서 형사소송법 제420조 및 제421조의 재심사유가 없기 때문에 형사소송법 제437조의 즉시항고를 통해 다룰 수 있었던 사안이고, ② 후속적으로 2019. 8. 21.경 위 오○○ 등 18인에 대해 같은 법원의 형사보상결정(제주지방법원 2019코8 내지 25)이 내려진 사안에서

8) 국가재정법 16조(예산의 원칙) 정부는 예산을 편성하거나 집행할 때 다음 각 호의 원칙을 준수하여야 한다. <개정 2010. 5. 17., 2013. 1. 1., 2020. 6. 9., 2021. 6. 15.>

1. 정부는 재정건전성의 확보를 위하여 최선을 다하여야 한다.
2. 정부는 국민부담의 최소화를 위하여 최선을 다하여야 한다.

제97조(재정집행의 관리) ② 기획재정부장관은 예산 및 기금의 효율적인 운용을 위하여 제1항의 규정에 따른 보고서의 내용을 분석하고 예산 및 기금의 집행상황과 낭비 실태를 확인·점검한 후 필요한 때에는 집행에 로요인의 해소와 낭비 방지를 위하여 필요한 조치를 각 중앙관서의 장과 기금관리주체에게 요구할 수 있다. <개정 2008. 2. 29.>

제100조(예산·기금의 불법지출에 대한 국민감시) ① 국가의 예산 또는 기금을 집행하는 자, 재정지원을 받는 자, 각 중앙관서의 장(그 소속기관의 장을 포함한다) 또는 기금관리주체와 계약 그 밖의 거래를 하는 자가 법령을 위반함으로써 국가에 손해를 가하였음이 명백한 때에는 누구든지 집행에 책임 있는 중앙관서의 장 또는 기금관리주체에게 불법지출에 대한 증거를 제출하고 시정을 요구할 수 있다.

9) 특히, 2020. 8. 27. 법률신문 기사 「형사보상금 예산도 매년 부족...다른 사업비 전용」에서 보도된 내용에 의하면, “법사위는 지난해 범죄피해자보호기금 1025억원을 포함해 3조7796억원의 예산을 지출한 법무부에 대해 ‘매년 연례적으로 부족한 형사보상 사업 예산을 다른 사업 예산에서 이·전용하고 있다’는 지적을 내놨다. 지난해 형사보상 사업 예산은 당초 332억원으로 편성됐는데, 법무부가 부족한 금액을 충당하기 위해 다른 15개 사업 예산에서 69억원을 끌어다 썼다는 이유에서다. 형사보상금 예산 부족 문제는 어제 오늘 일이 아니다. 형사보상금 예산 대비 집행률은 최근 5년 동안 2015년 264.9%, 2016년 127.1%, 2017년 131.1%, 2018년 110.6%, 지난해 120.9%로 매년 같은 문제가 반복되고 있다. 기존에는 예비비를 끌어다 부족한 부분을 채웠지만, 2018년부터는 예비비를 쓰지 않는 대신 다른 사업 예산을 끌어다 쓰고 있는 실정이다. “라고 언급되어 있는데, 형사보상에 관한 재원으로 법무부에서 기재부에 ‘예산’을 편성받아 집행하는 것으로 보도되고 있습니다. (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=163809>)

는 ‘무죄재판을 받을 만한 현저한 사유’가 없는 공소기각의 판결로써 형사보상의 대상이 아님에도 형사보상결정이 내려졌다는 점과 그 보상금액도 과도한 일급(日給)을 적용함으로써 국고에 거액의 손실을 주는 형사보상금액이 결정된 것을 형사보상법 제20조 제1항의 즉시항고를 통해 다룰 수 있었던 사안이며, 만일 위 각 즉시항고가 제때 이뤄졌다고 한다면 거액의 형사보상결정이 내려지지 않음으로써 국민의 세금으로 마련되는 거액의 형사보상 관련 예산이 절감되는 효과를 거둘 수 있는 사안이었습니다.

그러나 위 ①, ② 두 사안에 대해 법률상으로는 ‘즉시항고’ 제기권한은 일반국민이 아닌, 공익의 대표자인 ‘검사’에게만 부여되어 있었으며, ‘법무부장관’은 (형사보상 관련 예산이 부당하게 지출되는 것을 방지하기 위해서라도) 해당 사안에 대해 검사에게 즉시항고를 제기할 것을 지휘·감독할 지위에 있었음에도, 이들 피의자들은 아무런 조치를 취하지 않았습니다.

다. 위 법원의 2018. 9. 3. 자 재심개시결정에 대하여 즉시항고를 제기하지 않은 직무유기

1) 재심이란 확정된 유죄판결에 대하여 일정한 사유(재심사유)가 있는 경우에 유죄판결을 받은 자의 이익을 위하여 주로 사실인정의 부당을 시정함을 내용으로 하는 비상구제절차입니다. 형사소송법 제420조 및 제421조에서는, ①원판결의 증거가 된 증거서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조되었음이 증명된 때, ②원판결의 증거가 된 증언, 감정, 통역, 번역이 확정판결에 의하여 허위임이 증명된 때, ③무고로 인하여 유죄판결을 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때, ④원판결의 증거로 되었던 재판이 확정판결에 의하여 변경된 때, ⑤유죄의 선고를 받은 자에 대

하여 무죄 또는 면소를, 형의선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정된 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때, ⑥저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 대하여 그 권리에 관한 무효의 심결 또는 판결이 확정된 때, ⑦원판결에 관여한 법관, 기소 또는 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 범죄를 범하였음이 확정판결에 의하여 증명된 때의 열거된 사유 및 ⑧형사법률에 관하여 헌법재판소의 위헌결정이 있는 경우에 한정하여 재심사유가 될 수 있음을 규정하고 있습니다. 이러한 법률에 의한 법원의 재심개시결정이 잘못 되었을 경우에는 형사소송법 제437조에 의하여 즉시항고로 불복할 수 있는 것으로 되어 있는데, 공익의 대표자인 검사는 국가를 대신하여 공소권 행사의 담당자의 지위에 있기 때문에, 법원의 재심개시결정에 실체적·절차적 문제가 있을 경우에는 당연히 즉시항고를 제기하여 불복할 의무가 전제되어 있다고 할 것입니다.

2) 그런데 이 사건 당사자인 오○○ 등 18인이 주장한 재심청구 사건은 형사소송법 제420조 및 제421조에서 한정적으로 열거한 제5호를 비롯한 어떠한 재심사유에도 해당되지 않습니다.

특히 위 오○○ 등 18인이 제기한 재심개시 신청에 대해 2018. 9. 3.내린 제주지방법원의 결정에 의하면, “구속영장의 존재가 전혀 확인되지 않았으며, 영장이 발부되었음을 추정할 수 있을 만한 기록조차도 발견되지 아니하는 점... 재심청구인들은 당시 법원이 발부한 사전 또는 사후 영장 없이 불법적으로 체포·구금되어 군법회의에 이르게 된 것으로 판단된다.”라는 이유를 밝혔지만, 이는 논리모순적인 판단이라 할 것입니다. 즉 위 위 오○○ 등 18인을 포함한

당시 교정시설 입소대상자들에게 적용되던 1948년 4·3사건 당시 교정시설 수용절차의 근거법인 (구) 감옥법¹⁰⁾ 제11조에서는, “신입자가 있는 때에는 영장 또는 판결서 및 집행지휘서 등 적법서류를 조사한 후 입감시켜야 한다.”라고 수용요건을 명시하고 있었고, 위 (구)감옥법 제11조 규정은 해방 후 (구) 행형법 제8조¹¹⁾(현행 형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률 제16조¹²⁾)로 개정되어 오면서도 이러한 철칙은 일관되게 유지되고 있었다는 점에 비추보면, 1948년 4·3사건 당시에도 위 (구) 교정시설 신입자의 수용절차에서 적법서류 요건은 영장이 발부되었음을 추정하는 명백한 증거라고 할 수 있습니다.

실제로 교정시설은 일제 강점기 감옥법 시행 이래 “신입수용자가 있는 때에는 영장 또는 판결서 및 집행지휘서 등 적법서류를 조사한 후 입감시켜야 한다.(감옥법 제11조)”라고 수용요건을 명시했고, 건국 후 행형법을 제정할 때에도 이 규정은 일관되게 적용되었으며, 교정시설에서는 이 업무를 가장 중요한 업무 중에 하나로 오늘날까지 견지하고 있어서 교정시설에 신입수용자를 영장 없이 인수하는 경우는 없었습니다.

4·3사건 당시 군사재판에 회부되었던 대부분의 사람들은 현행범으로 체포된 자들로서 사후영장이 발부되었고, 교정시설 입소 시에 호송인은 검사가 발부한 집행지휘서(미결은 수용지휘서)와 법관이 발부한 재판서(미결은 구속

10) 감옥법 1908년 3월 법률 제28호

11) 행형법 (약칭: 형집행법) [시행 1950. 3. 18.] [법률 제105호, 1950. 3. 2., 제정] 제8조
신입자에 대하여는 집행지휘서와 재판서 기타 적법의 서류를 조사한 후 수용한다. 신입의 여자가 소생의 유아휴대를 신청하는 때에는 필요한 경우에 한하여 생후 18월에 이르기까지 허가할 수 있다. 수형 중에 출생한 자녀도 동일하다.

12) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 (약칭: 형집행법)[시행 2020. 8. 5.] [법률 제16925호, 2020. 2. 4., 일부개정]제16조(신입자의 수용 등) ① 소장은 법원·검찰청·경찰관서 등으로부터 처음으로 교정시설에 수용되는 사람(이하 “신입자”라 한다)에 대하여는 집행지휘서, 재판서, 그 밖에 수용에 필요한 서류를 조사한 후 수용한다.

② 소장은 신입자에 대하여는 지체 없이 신체·의류 및 휴대품을 검사하고 건강진단을 하여야 한다. <개정 2017. 12. 19.>

③ 신입자는 제2항에 따라 소장이 실시하는 검사 및 건강진단을 받아야 한다. <신설 2015. 3. 27., 2017. 12. 19.>

영장)를 반드시 제시하였다고 볼 수 있습니다. 그 근거는 당시 감옥법 내지는 행형법상 적법 서류가 없이는 교정시설에서 신입자를 인수할 수 없도록 한 규정에서 찾을 수 있는데, 만일 제주지방법원이 4·3사건 수형인들의 일방적인 주장을 받아들여 교정시설에서 수용자 입소 시 적법 서류 조사라고 하는 엄격한 절차를 준수하지 않았다고 한다면, 법관, 검사, 교정시설 등 모든 국가기관이 심각하게 형사사범의 절차를 위반했다는 것이 됩니다.

3) 이와 같은 제주지방법원의 잘못된 재심개시결정에 대해서는 당연히 공소권 수행의 담당자인 검사는 '즉시항고'를 통해 다룰 수 있었습니다. 그럼에도 불구하고 이 사건 성명불상의 담당 검사는 아무런 조치를 취하지 않음으로써 직무유기를 하였습니다. 당시 법무부장관이었던 박상기 또한 제주 4·3사건 재심개시 결정과 같은 초유의 관심 사안이 되는 내용으로 그에 대하여 응당 보고가 되었을 것임에도 불구하고, 해당 제주지방법원의 재심개시결정의 문제점에 대해 당시 공소권 수행의 성명 불상의 검사에게 다시 한번 제대로 검토할 것 등을 지시하는 조치가 있었는지조차도 불분명할 정도로 직무유기를 하였습니다.

라. 위 법원의 2019. 8. 21. 자 형사보상결정에 대하여 즉시항고를 제기하지 않은 직무유기

1) 형사보상의 요건 및 보상범위

형사보상이란 국가형사사범의 과오에 의하여 죄인의 누명을 쓰고 구속되었거나 형의 집행을 받은 자에 대하여 국가가 그 손해를 보상하여 주는 제도로써, 형사보상법에는 형사보상의 요건과 절차 및 그 내용이 규정되어 있

는데, 군사법원에서 무죄판결을 받은 자에 대하여도 형사보상법이 준용됩니다(형사보상법 제28조 제2항).

우리나라의 경우 1948년의 제헌헌법에서부터 구금된 피고인에 대한 형사보상에 관하여 규정하고 있었으나(제헌헌법 제24조) 형사보상법이 제정된 것은 그로부터 10년 후인 1958년에 이르러서였고, 그 후 1962년에 군법회의 또는 특별법에 의하여 설치된 법원에서 무죄판결을 받은 자에 대하여 보상청구권을 인정하는 개정이 있었으며, 1967년, 1975년, 1981년에 각각 형사보상금액을 현실화하는 개정이 있어 왔습니다.

형사보상은 i)무죄판결을 받거나 기소유예처분 이외의 불기소 처분을 받은 자가, ii)구금 또는 형의 집행을 받았을 것을 요건으로 합니다. 다만, iii) 무죄판결을 받은 경우라 할지라도 보상청구자가 객관적으로 위법한 행위를 하였거나 유죄판결을 자초한 경우 또는 중독적으로 유죄의 재판을 받을 경우에는 형사보상이 인정되지 않는데, 보상청구자가 ①책임능력이 없음을 이유로 무죄판결을 받은 경우, ②본인이 수사 또는 심판을 그르칠 목적으로 허위의 자백을 하거나 또는 다른 유죄의 증거를 만듦으로써 기소·미결구금 또는 유죄재판을 받게 된 것으로 인정되는 경우, ③1개의 재판으로써 경합범의 일부에 대하여 무죄재판을 받고 다른 부분에 대하여 유죄재판을 받았을 경우에는 법원은 재량에 의하여 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있습니다[형사보상 및 명예회복에 관한 법률(이하 ‘형사보상법’) 제2조, 제4조, 제26조¹³⁾].

13) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 (약칭: 형사보상법) 제2조(보상 요건) ① 「형사소송법」에 따른 일반 절차 또는 재심(再審)이나 비상상고(非常上告) 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 미결구금(未決拘禁)을 당하였을 때에는 이 법에 따라 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.

이러한 형사보상 결정이 내려질 경우, 형사보상법 제5조 제1항 및 동법 시행령 제2조는, 미결구금에 대한 1일당 보상금의 하한은 보상청구의 원인이 발생한 연도의 최저임금법에 따른 일급 최저임금액으로 하고, 그 상한은 그 일급 최저임금액의 5배로 한다고 규정하고 있으며, 법원이 보상금을 산정할 때에는 구금의 종류 및 기간의 장단, 기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체상의 손상, 경찰·검찰·법원등 각 기관의 고의 또는 과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하도록 하고 있습니다(형사보상법 제5조 제1항, 제2항 및 동법시행령 제2조14) 참조).

② 상소권회복에 의한 상소, 제심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 원판결(原判決)에 의하여 구금되거나 형 집행을 받았을 때에는 구금 또는 형의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다.

③ 「형사소송법」 제470조제3항에 따른 구치(拘置)와 같은 법 제473조부터 제475조까지의 규정에 따른 구속은 제2항을 적용할 때에는 구금 또는 형의 집행으로 본다.

제4조(보상하지 아니할 수 있는 경우) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법원은 재량(裁量)으로 보상청구의 전부 또는 일부를 기각(棄却)할 수 있다.

1. 「형법」 제9조 및 제10조제1항의 사유로 무죄재판을 받은 경우
2. 본인이 수사 또는 심판을 그르칠 목적으로 거짓 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만들으로써 기소(起訴), 미결구금 또는 유죄재판을 받게 된 것으로 인정된 경우
3. 1개의 재판으로 경합범(競合犯)의 일부에 대하여 무죄재판을 받고 다른 부분에 대하여 유죄재판을 받았을 경우

[시행 2018. 3. 20.] [법률 제15496호, 2018. 3. 20., 일부개정]

제26조(면소 등의 경우) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.

1. 「형사소송법」에 따라 면소(免訴) 또는 공소기각(公訴棄却)의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우

14) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 (약칭: 형사보상법) 제5조(보상의 내용) ① 구금에 대한 보상을 할 때에는 그 구금일수(拘禁日數)에 따라 1일당 보상청구의 원인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급(日給) 최저임금액 이상 대통령령으로 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다.

② 법원은 제1항의 보상금액을 산정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <개정 2018. 3. 20.>

1. 구금의 종류 및 기간의 장단(長短)
2. 구금기간 중에 입은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신적인 고통과 신체 손상
3. 경찰·검찰·법원의 각 기관의 고의 또는 과실 유무
4. 무죄재판의 실질적 이유가 된 사정
5. 그 밖에 보상금액 산정과 관련되는 모든 사정

형사보상 및 명예회복에 관한 법률 시행령 (약칭: 형사보상법 시행령) 제2조(보상의 한도) 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」(이하 “법“이라 한다) 제5조제1항에 따른 구금(拘禁)에 대한 보상금의 한도는 1일당 보상청구의 원인이 발생한 해의 「최저임금법」에 따른 일급(日給) 최저임금액의

특히, 위 법원의 보상결정에 대해서는 법원 합의부 재판에 의해 결정하되, 보상결정이 있는 타당하지 않는 경우에는 1주일 이내에 즉시항고의 방법으로 다룰 수 있도록 하고 있습니다(형사보상법 제14조, 제20조 참조)¹⁵⁾¹⁶⁾.

2) 재심판결의 판단내용

이 사건 형사보상의 전제가 되는 제주지방법원 2019. 1. 17. 선고 2017재고합4 재심판결의 이유를 살펴보면, 위 오○○ 등 18인에 대하여 아래와 같이 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각 판결을 한 것으로 확인됩니다.

“피고인들의 이름과 당시 나이, 직업, 본적지, 항변 및 판정(判定), 언도(言渡)일자, 판결 형량 및 수감교도소가 대상자별로 각 하나의 열(列)로 기재되어 있는 수형인명부를 비롯하여 일부 피고인들에 대한 군집행지휘서나 감형장 등의 수형(受刑) 관련 문서 등에도 해당 피고인들의 죄명과 적용법조만 기재되어 있을 뿐 달리 공소장이나 소송기록 내지 판결문 등 피고인들이 당시 구체적으로 어떠한 공소사실로 군법회의에 이르게 된 것인지 확인할 만한 자료가 없고, 검사에 의하여 복원된 피고인들에 대한 공소사실은 실질적으로 구 형법[1948. 3. 20. 군정법령 제176호로 개정되어 1948. 4. 1. 시행된 조선형사령에 의해 의용된

5배로 한다.

[전문개정 2011. 9. 29.]

- 15) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(약칭 : 형사보상법) 제14조(보상청구에 대한 재판) ① 보상청구는 법원 합의부에서 재판한다.
② 보상청구에 대하여는 법원은 검사와 청구인의 의견을 들은 후 결정을 하여야 한다.
③ 보상청구를 받은 법원은 6개월 이내에 보상결정을 하여야 한다. <신설 2018. 3. 20.>

제20조(불복신청) ① 제17조제1항에 따른 보상결정에 대하여는 1주일 이내에 즉시항고(即時抗告)를 할 수 있다.

② 제17조제2항에 따른 청구기각 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

- 16) 참고로 판례는 과거 구 형사보상법[법률 제10698호, 2011. 5. 23. 전부개정된 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’ 시행전] 제19조 제1항에서 “보상의 결정에 대하여는 불복을 신청할 수 없다”고 규정하고 있을 때에도, 원칙상 보상결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 없으나, 다만 보상결정에 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때에는 즉시항고를 할 수 있다고 판시한 바 있습니다(대법원 1965. 5. 18. 선고 65다532 판결).

일본 형법(1941년 법 제61호)을 말한다] 제77조 제1항 및 구 국방경비법 제32조의 추상적 구성요건들을 그대로 이기한 정도에 불과하거나, 또는 검사가 재심공판 당시를 기준으로 피고인신문 내지 제주4·3사건의 진행 경위나 당시 상황에 관한 각종 자료들을 바탕으로 사후적으로 이를 추단하여 재구성하며, 소송절차에서 피고인신문을 통하여 얻은 당시 피고인들에 대한 군·경의 질문 내용 내지 일부 위 구성요건들에 부합하는 듯한 피고인들의 진술 내용 등을 공소사실의 일부로 삽입한 것에 지나지 아니하여, 여전히 피고인들이 바로 그와 같은 공소사실로 재심대상판결을 받기에 이른 것이라고 단언하기에 부족하므로 피고인들에 대한 공소사실은 특정되지 아니한 것으로 볼 수밖에 없는 점, 나아가 제반 사정에 비추어 당시 피고인들에 대하여 구 국방경비법 제65조에서 정한 ‘예심조사’ 및 같은 법 제66조에서 정한 ‘기소장 등본의 송달’을 통한 기소사실의 통고 절차가 이루어지지 아니하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들에 대한 공소는 각‘공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당한다는 이유로 공소를 모두 기각한”것입니다.

즉, 위 재심판결은, 기록의 복구가 현실적으로 불가능한 상황에서도 공소사실에 대한 특정 및 입증의 책임이 국가로부터 부여된 소추권을 행사하는 검사에게 있기 때문에, i)원래의 공소사실이 복원되지 않은 상태에서 검사가 (멸실된 공소사실 내용을) 재심공판 당시를 기준으로 피고인신문 내지 제주 4·3사건의 진행 경위나 당시의 상황에 관한 각종 자료들을 바탕으로 사후적으로 이를 추단하여 재구성한 공소사실은 피고인들에 대한 공소사실로 특정되지 아니하였다거나, ii)피고인들에 대한 “죄과: (구)형법 제77조 위반, 범죄사실:내란죄”, “죄과:(구)국방경비법 제32조, 제33조 위반, 범죄사실 : 적에 대한 구원통신연락급간첩죄”와 같은 죄목으로 **군법회의의 심판에 회**

부함에 있어 필요한 절차를 거쳤는지 여부가 확인되지 아니한다는 이유로, '공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'로 보아 형사소송법 제327조 제2호에 의해 공소기각 판결을 내렸습니다.

우선, 이 점에 대하여 공소기각 이유 자체가 합당한 것인가를 살펴보면, 재심판결대상의 기록이 존재하지 아니한 상태로 재심재판에서 검사가 사후적으로 재구성한 공소사실은 그 자체가 수사기록 및 재판기록의 부존재로 특징이 불가능함에도 불구하고 특정되지 않는 점을 들어 위법한 공소라는 것이 논리칙에 맞는지, 법리에 부합되는지 심히 의문이고, 군법회의 심판의 회부절차의 위법성을 재판기록이 없는 상황에서 이를 판단할 수 있는지, 더구나 70년도 더 지난 재심사건에서 수형자 등의 진술만으로 그 공소제기절차 등의 위법성을 사후적으로 판단할 수 있는지 그 판단의 적정성에 심히 의문이 들 수밖에 없습니다.

3) 이 사건 공소기각 판결의 형사보상 대상여부(소극)

형사보상법 제2조 제1항 등의 대상이 되는 '무죄판결'의 의미는, "피고사건에 대하여 형벌권의 부존재를 확인하는 판결"을 의미하는 것으로, ①피고사건이 범죄로 되지 않는 때, ②범죄사실의 증거가 없는 때에는 판결로써 무죄의 선고를 하는 경우를 의미¹⁷⁾¹⁸⁾합니다.

17) 형사소송법 제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증거가 없는 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.

18) 판례는 형사보상에 있어서 '무죄재판을 받은' 사안은, 판결주문에서 무죄가 선고된 경우만을 의미하는 것으로 형식논리적으로 해석할 것이 아니라, 판결주문에는 무죄의 선고가 없고 판결 이유에서만 무죄로 판단된 경우에도 무죄로 판단된 부분의 수사와 심리에 필요하였다고 볼 수 있는 구급일수가 있을 때에는 그 미결구급에 대하여는 판결주문에서 무죄가 선고된 경우와 마찬가지로 형사보상을 청구할 수 있다고 해석하는 것이 마땅하다며 일부확대 해석을 하고 있기는 합니다(서울고등법원 2007. 3. 22.자 2006코17 결정 참조)

또한, 우리 형사소송법은 피고인에 대한 재판권이 없는 때, 공소제기절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때, 공소취소에 의해 공소기각된 사건을 다른 중요한 증거를 발견하지 못했는데도 불구하고 다시 공소제기한 때, 친고죄에서 고소가 취소된 때, 반의사 불벌죄에서 처벌의사를 취소하거나 처벌의사가 없다고 명시한 때에 ‘공소기각 판결’의 선고를 하게 되어 있으며(형사소송법 제327조), 동일한 사건에 대하여 이미 확정판결이 있었거나 사면, 공소시효완성 그리고 법령의 개폐로 형이 폐지된 때에는 ‘면소의 판결’을 선고하여야 합니다(형사소송법 제326조)¹⁹⁾. 이와 같이 면소 또는 공소기각의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우에 국가가 그 구금에 대하여 보상하도록 되어 있습니다(형사보상법 제26조).

이 경우 ‘**무죄의 재판을 받을만한 현저한 사유가 있었다**’는 것은, 실무적으로는 형사보상의 심리과정에서 관련된 구체적 사실을 검토하여 판단할 수 밖에 없을 것입니다. 사면이나 공소시효의 완성 또는 법령의 개폐에 의해 형

19) 형사소송법 제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.

1. 확정판결이 있을 때
2. 사면이 있을 때
3. 공소의 시효가 완성되었을 때
4. 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때

제327조(공소기각의 판결) 다음 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

1. 피고인에 대하여 재판권이 없는 때
2. 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때
3. 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때
4. 제329조의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때
5. 고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때
6. 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때

제328조(공소기각의 결정) ① 다음 경우에는 결정으로 공소를 기각하여야 한다.

1. 공소가 취소 되었을 때
2. 피고인이 사망하거나 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때
3. 제12조 또는 제13조의 규정에 의하여 재판할 수 없는 때
4. 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 때

이 폐지되어 면소 조치된 경우는 사안에 따라서 그와 같은 조치가 없어서 재판을 받았더라면 유죄판결을 받았을 경우도 있을 것이고 반대로 무죄의 판결을 받을 경우도 있을 것입니다. 결국 이러한 경우 구체적 사실에 대한 심리과정에서 실체적 진실을 구명해야 한다는 결론에 이르게 됩니다.

그러나 경우에 따라서는 형사보상청구를 한자가 형사보상은 받지 못하고 유죄의 결정만 받게 되는 경우, 즉 면소 또는 공소기각되어 재판을 받지 않아 형을 받지 않은 자가 보상청구를 계기로 사법기관에서 실제로 죄는 있었다는 판단을 받게 되는 경우에는 형사보상청구권을 간접적으로 제한하는 결과에 이르게 되지만, 그렇다고 면소 또는 공소기각의 재판을 받은 자를 모두 형사보상의 대상으로 한다는 것도 형평과 법감정에 맞지 않다고 볼 것²⁰⁾입니다.

그리고 1958년 제정된 우리 형사보상법 시행 전에는 일본의 형법과 형사보상법이 의용되었는데, 그 형사보상법 제1조와 형사보상사무취급규정 제1조에 의하면, 형사보상 청구의 대상 기준으로 무죄판결과 면소판결만이 되고 형기와 형명과 더불어 실제 집행된 구류나 구치일수를 기재하고 청구금액을 청구서에 기재하도록 하고 있었습니다. 1958년 형사보상법 부칙에 법 시행 전에 형사보상 원인이 발생한 경우에는 구법에 의하도록 규정하고 있는바, 그 구법에 의하면 공소기각 판결의 경우에는 명백히 형사보상의 대상이 되지 아니합니다. 즉, 위 오○○ 등 18인이 재판받아 확정된 형이 집행되어 구금된 당시에는 공소기각이 형사보상의 대상이 되지 않았습니다.

구 형사보상법 부칙 <제494호, 1958. 8. 13.>

제3조 본법 시행전에 보상청구의 원인이 발생한 사건에 관하여는 구법을 적용한다.

20) 김용우, 형사보상법의 문제점과 개선방안, 국회사무처 법제실, 2003. 12. 11~12면 참조.

林業ニ關スル技術ニ從事スル産業技手
八 朝鮮總督府看守
九 朝鮮總督府警務長事務補及雇員
十 朝鮮總督府林業試驗場ノ試驗林保護ノ事務ニ從事スル雇員
十一 朝鮮總督府府郡島森林主事補
十二 道ニ勤務シ國有林野ノ保護及經營ノ事務ニ從事スル雇員
十三 府郡島ニ勤務シ公有又ハ私有ノ林野ノ保護ニ從事スル道吏員
十四 府郡島ニ勤務シ林業事務ニ從事スル雇員

第四條 前條ノ規定ニ依リ司法警察官吏ノ職務ヲ行フ者ノ職務ノ範圍ハ左ニ掲グル罪ニ關スルモノニ限ル
一 前條第一號及第八號ニ掲グル者ニ在リテハ監獄又ハ分監ニ於ケル犯罪
二 前條第二號及第九號ニ掲グル者ニ在リテハ警務署長保管ノ國有林野、第四號及第十一號ニ掲グル者ニ在リテハ警務署長保管ノ國有林野以外ノ林野、第十三號及第十四號ニ掲グル者ニ在リテハ國有林野以外ノ林野ニ於ケル森林若ハ其ノ產物又ハ狩獵ニ關スル罪
三 前條第三號及第十號ニ掲グル者ニ在リテハ朝鮮總督府林業試驗場ノ試驗林ニ於ケル森林又ハ其ノ產物ニ關スル罪
四 前條第七號ニ掲グル者ニ在リテハ道ノ所有スル林野ニ於ケル森林若ハ其ノ產物又ハ狩獵ニ關スル罪
第五條 海船(沿海航路以上ノ航路ヲ航路定限トスル總噸數二十噸以上又ハ積石數二百石以上ノモノ)ノ船長ハ其ノ船内ニ於テ朝鮮刑事令第五條ニ規定スル司法警察官ノ職務ヲ行フ

昭和六年四月
法律第六十號
刑事補償法

第一章 刑罰訴訟法ニ依ル通常手續又ハ再審若ハ非常上告ノ手續ニ於テ無罪ノ言渡ヲ受ケタル者又ハ判決第三十三條ノ規定ニ依リ免訴ノ言渡ヲ受ケタル者未決勾留ヲ受ケタル場合ニ於テハ國ハ其ノ者ニ對シ勾留ニ因ル補償ヲ爲ス
再審又ハ非常上告ノ手續ニ於テ無罪ノ言渡ヲ受ケタル者原判決ニ因リ既ニ刑ノ執行ヲ受ケ又ハ刑法第三十一條第二項ノ規定ニ依リ拘留ヲ受ケタル場合ニ於テハ國ハ其ノ者ニ對シ刑ノ執行又ハ拘留ニ因ル補償ヲ爲ス

第二條 前條ノ規定ニ依リ補償ヲ受ケベキ者死亡シタル場合ニ於テハ本人ノ遺族ニ對シハ非常上告ノ手續ニ於テ無罪ノ言渡アリタル場合亦同ジ
補償ヲ受ケベキ遺族死亡シタルトキハ次順位ノ遺族ニ對シ其ノ補償ヲ爲ス

第三條 本法ニ於テ遺族ト稱スルハ本人ノ配偶者、子、孫、父、母、祖父及祖母ニシテ本人死亡ノ當時之トハ籍ヲ同ジシ引續キ其ノ戸籍内ニ在ル者ヲ謂フ
補償ヲ受ケベキ遺族ノ順位ハ前項ニ記載スル順序ニ依リ父母及祖母ニ付テハ養方ヲ先ニシ實方ヲ後ニス
子及孫數人アルトキハ其ノ順位ハ本人ヲ被相續人トシタル家督相續ノ順位ニ準ジ之ヲ定ム

第四條 無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付テハ亦由アルトキハ補償ヲ爲サズ
一 刑法第三十九條乃至第五十一條ノ規定スル事由ニ因リ無罪又ハ免訴ノ言渡アリタルトキ
二 起訴セラレタル行為ガ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反シ著シク非難スベキモノナルトキ
本人ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因ル行為ガ

失フ
第十七條 前條第二項ノ場合ニ於テ既ニ補償ノ拂渡アリタルトキハ有罪ノ判決ヲ爲シタル裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ補償ノ返還ヲ命ズベシ此ノ決定ノ執行ニ付テハ刑事訴訟法第五百五十三條乃至第五百五十五條ノ規定ヲ準用ス
第十八條 本法ノ決定及之ニ對スル即時抗告ニ付テハ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外刑民事訴訟法ヲ準用ス期間ニ付亦同ジ
第十九條 裁判所補償ノ決定ヲ爲シタルトキハ其ノ決定ヲ受ケタル者ノ申立ニ因リ速ニ無罪又ハ免訴ノ裁判ノ注文及要旨並ニ補償ヲ爲シタル旨ヲ官報ニ掲載スベシ

第二十條 本法ハ軍法會議ニ於テ無罪ノ言渡アリタル場合ニ之ヲ準用ス但シ補償ノ請求ヲ棄却スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ズ
軍法會議ニ於テ補償ノ返還ヲ命ズル決定ノ執行ニ付テハ陸軍軍法會議法第五十八條乃至第五百二十條又ハ海軍軍法會議法第五百二十條乃至第五百二十二條ノ規定ヲ準用ス
軍法會議ニ於テ補償ニ關スル決定ヲ爲ス場合ノ判士ノ區別ニ付テハ陸軍軍法會議法第五十九條第一項又ハ海軍軍法會議法第五十九條第一項ノ規定ヲ準用ス

附則
本法施行ノ期日ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム(昭和六年十月四日勅令第三十五號ヲ以テ昭和七年一月一日施行)

昭和八年一月
總訓第三號
朝鮮總督府裁判所
朝鮮總督府檢事局
刑事補償事務取扱規程

第一條 補償請求書ニハ左ニ掲グル事項ヲ記載セシムベシ
一 請求人ノ姓名、住居、職業及年齡
二 無罪又ハ免訴ノ言渡ノ年月日、裁判所名及被告事件ノ表示

三 勾留若ハ拘留ノ日數又ハ執行ヲ受ケタル刑名、刑期及金額
四 補償ヲ請求スル旨ノ表示及請求ノ年月日
前項ノ補償請求書ニハ請求人又ハ代理人記名捺印シ戶籍謄本ノ外補償決定ノ謄本及代理人ニ依リ拂渡ノ請求スル場合ニ於テハ委任狀ヲモ添附セシムベシ

第二條 朝鮮刑事令ニ於テ依ルコトヲ定メタル刑事補償法第六條第三項ノ場合ニ於テハ補償ノ請求ヲ受繼スル旨ノ文書及死亡ヲ證スベキ文書ヲ提出セシムベシ
第三條 補償請求ノ取消アリタルトキハ其ノ旨ヲ表示シタル文書ヲ檢事ニ通知スベシ
第四條 補償拂渡請求書ニハ左ニ掲グル事項ヲ記載セシムベシ
一 第一條第一號ノ事項
二 補償決定ノ年月日及裁判所名
三 裁判ノ金額及種別
四 拂渡ヲ受ケベキ旨ノ表示及請求ノ年月日
前項ノ拂渡請求書ニハ請求人又ハ代理人記名捺印シ戶籍謄本ノ外補償決定ノ謄本及代理人ニ依リ拂渡ノ請求スル場合ニ於テハ委任狀ヲモ添附セシムベシ

第五條 朝鮮刑事令ニ於テ依ルコトヲ定メタル刑事補償法第十二條ノ場合ニ於テハ拂渡ノ請求ヲ受繼スル旨ノ文書及次順位者ト爲リタルコトヲ證スベキ文書ヲ提出セシムベシ
第六條 補償拂渡請求書ヲ提出アリタルトキハ事件主任官ハ之ヲ調査シ過誤ナキトキハ該請求書ヲ添へ拂渡方ヲ所管支出官ニ請求スベシ
第七條 朝鮮刑事令ニ於テ依ルコトヲ定メタル刑事補償法第十五條及第十六條ノ場合ニ於テハ檢事ハ速ニ公訴提起アリタル旨ヲ裁判所ニ通知スベシ
第八條 朝鮮刑事令ニ於テ依ルコトヲ定メタル刑事補償法第十九條ノ申立ヲ爲サントスル者アルトキハ申立書ヲ提出セシムベシ

(조선법령집람 하권, 조선총독부편찬 1941. 397-398면)

그런데 위 재심판결 내용에서도 살펴봤듯이, 현재는 기록 자체가 멸실된 상태이기 때문에, 소추권을 가진 검사가 위 오○○ 등 18인에 대한 구체적인 공소사실을 ‘특정’할 수 없다거나, (멸실된 기록에는 관련내용이 기재되어 있었을 것으로 추정되는) 군법회의의 심판에 회부함에 있어 필요한 절차를 거쳤는지 여부를 현재에는 확인을 할 수 없는 절차상의 문제가 있기 때문에, 형사소송법 제327조 제2호의 ‘공소기각 판결’을 한 것이지, 실제적인 진실에 반하기 때문에 형사소송법 제325조의 ‘무죄’판결이 내려진 것이 아닙니다.

오히려 ① 위 오○○ 등 18인에 대하여, 단기 4281(1948)년 12월부터 단기4282(1949) 7월경까지 제주도 내에 설치된 수용시설 등에 구금되었다가 육지에 있는 교도소로 이송되어 앞에서 살펴본 [표1]에서와 같이 위 피고인들에 대한 수형인명부에 구체적인 죄명 및 적용법조((구)형법 제77조 위반, (구)국방경비법 제32조, 제33조)까지 구체적으로 기재되어 있었다는 사실,

② 위 수형인명부에 따라 위 오○○ 등 18인의 피고인들이 국방경비법위반, 형법의 위와 같은 죄명에 해당하는 범죄로 그 형이 집행된 것은, 증거에 의하여 판결²¹⁾로 뒤엎어지지 않는 한 헌법과 법률에 따라 그대로 유지될 수밖에 없고, 더구나 이는 위 ‘4. 제주 4·3 사건의 법적 의미’에서 본 바와 같이 동 사건에 가담하였다면 대한민국의 정체성과 정통성을 훼손하고 자유민주적 기본질서를 위배되는 엄중한 처벌대상인 행위라는 점,

③ 우리나라에서 1954년 9월 23일 ‘법률 제341호’로 ‘형사소송법’이 제정되었고(시행 1954. 5. 30.), 동법 부칙 제1조 및 제8조²²⁾에 따라 1954. 5. 30.이

21) 확정된 판결을 취소하려면 재심사건에서 위와 같이 공소기각 판결이 선고되었다고 하더라도 검사는 법원의 정당한 법률 집행을 청구할 직무를 수행하여야 하는 공익의 대표자로서 마땅히 항소, 상고를 통하여 대법원의 최종판단을 통하여 이루어져야 마땅함에도 불구하고, 이 사건에서는 담당 검사가 항소를 제기하지 아니한 문제점도 있습니다.

전 경까지 적용되었던 것으로 보이는 ‘구법’인 일본 형사소송법(소화 23(1948)년 법률제131호)에는 아래와 같이 관결이 확정된 사안들에 대해서만 검사의 지휘를 받아 집행을 할 수 있도록 규정하고 있었다는 점²³⁾,

22) 구 (제정)형사소송법[시행 1954. 5. 30.][법률 제341호, 1954. 9. 23. 제정]
부칙<법률 제341호, 1954. 9. 23.>

제1조 본법 시행전에 공소를 제기한 사건에는 구법을 적용한다.

제8조 본법 시행직전까지 시행된 다음 법령은 폐지한다.

1. 조선형사령중 본법에 저촉되는 법조
2. 미군정법령중 본법에 저촉되는 법조

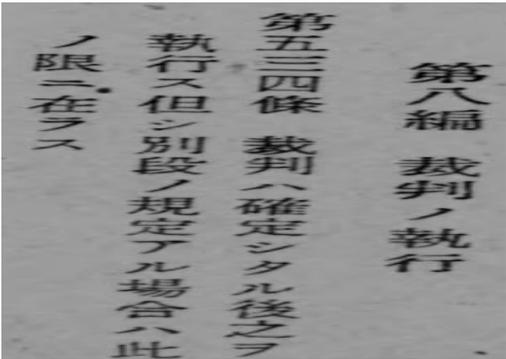
구 조선형사령[시행 1912. 4. 1.][조선총독부령 제11호, 1912. 3. 18. 제정]

제1조 형사에 관한 사항은 이 영 기타 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 다음 각호의 법률에 의한다.

1. 형법
2. 형법시행법
10. 형사소송법

23) 대정2(1912)년에 제정된 일본 구 형사소송법에 대해서는 일본 국립국회도서관 디지털콜렉션 (<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1459294/42>) 자료 참조, 소화23(1948)년에 제정된 신 형사소송법에 대해서는 세계법제정보센터 자료 참조

https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchPageRowCnt=10&CTS_SEQ=3437&AST_SEQ=2601&ETC=10

| | |
|---|---|
| <p>大正二年五月五日法律第七十五号 (旧)刑事訴訟法</p>  | <p>대정2(1912)년5월5일 법률 제75호 (구)형사소송법</p> <p>제8편 재판의 집행 제534조 재판이 확정된 후 집행한다. 단, 특단의 규정이 있는 경우에는 이러한 내용에 의한다.</p> |
| | <p>제535조 재판의 집행은 그 재판을 행한 재판소의 검사의 지휘에 따른다. 단, 그 성질상 재판소 또는 재판장, 수명판사, 예심판사 또는 구(관할) 재판소판사가 행해야하는 것은 이러한 내용에 의한다. 상소의 재판 또는 상소의 취하에 따른 하급심재판소의 재판을 집행하는 경우에는 상소 재판소의 검사가 그 집행을 지휘한다. 단 소송 기록 하급심재판소에 있는 경우에는 그 재판소의 검사를 지휘한다.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>第五三五條 裁判ノ執行ハ其ノ裁判ヲ爲シタル裁判所ノ檢事之ヲ指揮ス但シ其ノ性質上裁判所又ハ裁判長、受命判事、豫審判事又ハ區裁判所判事ノ爲スヘキモノハ此ノ限ニ在ラス上訴ノ裁判又ハ上訴ノ取下ニ因リ下級裁判所ノ裁判ヲ執行スヘキ場合ニ於テハ上訴裁判所ノ檢事其ノ執行ヲ指揮ス但シ訴訟記録下級裁判所ニ在ルトキハ其ノ裁判所ノ檢事之ヲ指揮ス</p> | |
| <p>第五三六條 裁判執行ノ指揮ハ書面ヲ以テ之ヲ爲シ之ニ裁判書又ハ裁判ヲ記載シタル調書ノ謄本又ハ抄本ヲ添付スヘシ但シ刑ノ執行ヲ指揮スル場合ヲ除ク外裁判書ノ原本、謄本若ハ抄本又ハ調書ノ謄本若ハ抄本ニ認印シテ之ヲ爲スコトヲ得</p> | <p>제536조 재판집행의 지휘는 서면으로써 행하되, 재판서 또는 재판을 기록한 조서의 등본 또는 사본을 첨부한다. 단, 형의 집행을 지휘하는 경우를 제외하는 이외 재판서의 원본, 등본 내지 초본 또는 조서의 등본 내지 초본에 인인(확인)이 되어있는 대로 행한 것으로 한다.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>昭和二十三年法律第三百三十一号 刑事訴訟法</p> <p>第七編 裁判の執行</p> <p>第四百七十一条 裁判は、この法律に特別の定のある場合を除いては、確定した後これを執行する。</p> <p>第四百七十二条 裁判の執行は、その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する。但し、第七十条第一項但書の場合、第八条第一項但書の場合その他その性質上裁判所又は裁判官が指揮すべき場合は、この限りでない。</p> <p>○2 上訴の裁判又は上訴の取下により下級の裁判所の裁判を執行する場合には、上訴裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する。但し、訴訟記録が下級の裁判所又はその裁判所に対応する検察庁に在るときは、その裁判所に対応する検察庁の検察官が、これを指揮する。</p> <p>第四百七十三条 裁判の執行の指揮は、書面でこ</p> | <p>소화23(1948)년 법률 제131호 형사소송법</p> <p>제7편 재판의 집행</p> <p>제471조 재판은 이 법률에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 확정된 후 이를 집행한다.</p> <p>제472조 재판의 집행은 그 재판을 한 재판소에 대응하는 검찰청의 검찰관이 이를 지휘한다. 다만, 제70조 제1항 단서의 경우 및 그 밖에 성질상 재판소 또는 재판관이 지휘하여야 하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 상소의 재판 또는 상소의 취하에 의하여 하급 재판소의 재판을 집행하는 경우에는 상소재판소에 대응하는 검찰청의 검찰관이 이를 지휘한다. 단, 소송기록이 하급 재판소 또는 그 재판소에 대응하는 검찰청에 있는 때에는 그 재판소에 대응하는 검찰청의 검찰관이 이를 지휘한다.</p> <p>제473조 재판의 집행의 지휘는 서면으로 하고,</p> |
|---|--|

④ 현행 형사보상법 제2조 제1항 및 제26조에서 ‘무죄재판을 받을 만한 현저한 사유’가 있었음이 확인되지 않는 한 형사보상을 제한하고 있다는 점에서 공소기각판결이 내려졌다고 해서 모두 형사보상의 대상으로 한다는 것도 형평과 법감정에 맞지 않을 뿐 아니라,

⑤ 국민의 세금으로 마련되어야 할 형사보상금의 필요최소한도로 인정될 필요도 고려되었어야 할 것입니다.

그렇다면, 설사 위 재심재판에서는 위 오○○ 등 18인의 피고인들에 대한 형사기록이 소실됨에 따라 공소사실을 특정할 수 없는 현실적인 어려움 등으로 인하여 형사소송법 제327조 제2호에 따른 공소기각 판결이 내려졌다고 하더라도, 우리 헌법과 법률에 따라 재판되고 집행된 것에 대하여 명확한 무죄의 증거가 확인되지 아니한 것에 대하여 형사보상청구를 판단함에 있어 신중을 기했어야 함에도, 이를 간과한 제주지방법원의 2019코8 내지

| | |
|---|---|
| <p>れをし、これに裁判書又は裁判を記載した調書の謄本又は抄本を添えなければならない。但し、刑の執行を指揮する場合を除いては、裁判書の原本、謄本若しくは抄本又は裁判を記載した調書の謄本若しくは抄本に認印して、これをする事ができる。</p> <p>第四百八十七条 収容状には、刑の言渡しを受けた者の氏名、住居、年齢、刑名、刑期その他収容に必要な事項を記載し、検察官又は司法警察員が、これに記名押印しなければならない。</p> <p>第四百八十八条 収容状は、勾引状と同一の効力を有する。</p> <p>第四百八十九条 収容状の執行については、勾引状の執行に関する規定を準用する。</p> <p>附 則 この法律は、昭和二十四年一月一日から、これを施行する。</p> | <p>여기에 재판서 또는 재판을 기재한 조서의 등본 또는 초본을 첨부하여야 한다. 다만, 형의 집행을 지휘하는 경우를 제외하고는 재판서의 원본, 등본 및 초본 또는 재판을 기재한 조서의 등본 또는 초본에 인인(확인)하여 이를 할 수 있다.</p> <p>제487조 수용장에는 형을 선고받은 자의 성명, 주거, 연령, 형명, 형기 및 그 밖에 수용에 필요한 사항을 기재하고, 검찰관 또는 사법경찰원이 이에 기명 날인하여야 한다.</p> <p>제488조 수용장은 구인장과 동일한 효력을 가진다.</p> <p>제489조 수용장의 집행에 대해서는 구인장의 집행에 관한 규정을 준용한다.</p> <p>부칙 이 법률은 소화24(1949)년1월1일부터 이를 시행한다.</p> |
|---|---|

2019코25에 이르는 형사보상청구 인용결정을 해 버린 잘못이 있었다고 보지 않을 수 없습니다.

4) 보상기준 적용의 잘못 (과도한 일급금액을 적용한 점)

형사보상결정은 위에서 본 바와 같이 형사보상의 대상이 되지 않음에도 인용결정한 잘못이 있음은 물론이고, 나아가 보상기준 적용의 점에서도 아래와 같은 잘못이 있습니다.

현행 형사보상법 제5조 제1항에서 “구금에 대한 보상을 할 때에는 그 구금일수(拘禁日數)에 따라 1일당 보상청구의 원인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급(日給)최저금액 이상 대통령령으로 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금”을 지급하도록 되어 있으므로, 그 문언상 대상 판결의 원인이 되는 연도의 일급(日給)을 고려하여 환산한 금액을 산정했어야 함이 옳다고 볼 것입니다. 다시 말하면, 형사보상법에 의한 형사보상은 유죄판결에 의한 ‘구금’의 집행에 대한 보상이므로, 법리상 구금된 당시의 최저임금을 기준으로 보상액을 산정하여야 마땅할 것입니다.

이 사건 위 오○○ 등 18인에 대한 형사보상이 이뤄진다고 한다면, 위 오○○ 등 18인의 수형기록이 있는 ‘단기 4281(1948)년 12월부터 단기 4282(1949) 7월경’에 적용되던 해가 ‘보상청구의 원인이 발생한 연도’에 해당되는 내용이라고 할 것이며, 가능하다면 위 구금이 집행된 당시(위 오○○ 등 18인의 각 구금의 시작점인 1948~1949년도 등)의 최저임금에 해당되는 자료를 기준으로 환산하여 산정되었어야 할 것입니다.

그런데 현행 통계청²⁴⁾ 자료에서는 1991년부터의 평균임금 자료가 축적되

어 있을 뿐, 그 이전의 국내 평균임금 관련 자료는 현행 기준으로 확인해 볼 수 없습니다. 하지만 과거 그 당시 평균임금을 고려하여 형사보상금액을 산정하는 기준을 마련했을 것으로 보이는 구 형사소송 관련 규정을 살펴보면, 1958. 8. 13. 제정된 구 형사보상법(법률 제494호) 부칙 제3조의 규정 및 이에 따라 적용(‘구법’을 조선형사령에 의하여 의용하는 일본 형사보상법)되는 소화(昭和)25(1950). 1. 1. 일본 법률 제1호에 해당하는 ‘일본 형사보상법’ 제4조의 내용에서는 아래와 같이 1950년경 당시 “1일 6백환이상 3백환이하”의 금액을 산정하도록 되어 있고, 한국은행경제통계시스템상 물가상승지수를 고려하여 위 형사보상청구 결정이 내려진 2019년도 현재의 화폐가치를 고려하면, 600환은 12,003원, 1,300환은 26,005원에 해당되는 금액임을 알 수 있습니다.

| 우 리 법 령 | 日 本 法 令 |
|--|---|
| ● 刑事補償法 (1958年8月13日) (法律 第 494 號) | ● 刑事補償法 (昭25. 1. 1.) (法律 第 1 號) |
| 改正 1962. 8. 13. 法1121號, 1967. 1. 15. 法 1868號 | 改正 昭27—法208, 昭28—法68, 昭29—法 58, 昭39—法71, 法86, 昭43—法75 |
| 제 4 조 【보상의 내용】 ①拘禁에 대한 보상에 있어서는 그 日數에 따라 1일 200원 이상 400원 이하의 비율에 의한 보상금을支給한다. | 第 4 條 【補償の内容】 抑留又ハ拘禁ニヨル補償ニオイテハ, 前條及ビ次條 第 2 項ニ規定スル場合ヲ除イテハ, ソノ日數ニ應ジテ 1日 6百圓以上千 3百圓以下ノ割合ニヨル額ノ補償金ヲ交付スル. 懲役, 禁錮若シクハ拘留ノ執行又ハ拘置ニヨル補償ニオイテモ, 同様デアル |

24) 국가통계포털 자료 참조
http://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE&parmTabId=M_01_01#SelectStatsBoxDiv

● 환산기준을 콤보박스에서 선택하고 기준시점과 비교시점을 선택하신 후 실행버튼을 누르시기 바랍니다.

| | | |
|--------|--------------|----------------|
| 환산기준 | 원 /80kg | |
| 기준시점 | 1949년 0월 | 9,554 원/80kg |
| 비교시점 | 2019년 07월 | 191,120 원/80kg |
| 물가상승배수 | 20,004.187 배 | 실행 |

 물가상승 배수를 이용하여 기준시점 화폐금액을 비교시점의 화폐가치로 환산해 보겠습니다.

● 기준시점 금액을 **기준시점 당시의 화폐단위**로 금액을 입력하신 후 실행버튼을 누르시기 바랍니다.

| | | |
|-----------|----------|-----------|
| 기준시점 금액 | 600 원 | 실행 |
| 비교시점 환산금액 | 12,003 원 | |

환산기준

| | | |
|---------|--------------|----------------|
| 원 /80kg | | |
| 기준시점 | 1949년 0월 | 9,554 원/80kg |
| 비교시점 | 2019년 07월 | 191,120 원/80kg |
| 물가상승배수 | 20,004.187 배 | 실행 |

 물가상승 배수를 이용하여 기준시점 화폐금액을 비교시점의 화폐가치로 환산해 보겠습니다.

● 기준시점 금액을 **기준시점 당시의 화폐단위**로 금액을 입력하신 후 실행버튼을 누르시기 바랍니다.

| | | |
|-----------|----------|-----------|
| 기준시점 금액 | 1,300 원 | 실행 |
| 비교시점 환산금액 | 26,005 원 | |

따라서 위와 같은 형사보상법의 문언, 과거 평균 임금 및 물가상승률 등을 고려하여 이 사건 형사보상에 있어서도 ‘일급(日給)’을 최소한 예컨대 ‘12,003원 ~ 26,005원’ 사이에서 아니면 각 그 집행된 구금 당시 최저임금을 확인하여 그 기준으로 산정했어야 할 것임에도, 형사보상청구 인용결정은 그런 고려없이, 마치 신청인들이 모두 2019년 현재에 와서 구금된 것으로 의제하여,

2019년도 최저임금인 66,800원에 5배를 곱한 334,000원을 일급(日給)으로 산정해 버린 중대한 잘못을 저질렀습니다.

5) 결국 국가를 대신한 청구외 박상기 등은, 제주지방법원의 위 오○○ 등 18인에 대한 총액 53억 4천여만원이라는 거액의 형사보상결정에 대하여, ① 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 없는 공소기각의 판결이므로 형사보상의 대상이 아니라는 점, ② 형사보상법 문언상 보상기준에 반하여 과도한 일급을 적용함으로써 거액의 국고에 손실을 줄 수 있는 잘못된 보상금액이라는 점을, ‘즉시항고’와 같은 방법으로 문제제기를 하였어야 함에도 불구하고, 아무런 조치를 취하지 않은 직무유기행위를 저질렀다고 할 것입니다.

마. 피청구인의 수사미진, 자의적인 수사와 법률적용의 잘못으로 인한 청구인들의 기본권 침해

대한민국 건국초기 당시의 국란을 야기하였던 당사자였을 가능성도 배제할 수 없는 위 오○○ 등 18인에 대하여, 6. 25. 전쟁과 같은 민족의 아픈 역사를 거치면서 이들에 대한 범죄사실 기록이 소실되었다는 사유만으로, 제주지방법원에서 실제적 진실에 반할 수도 있는 공소기각 판결의 재심결정을 한 것은 법원 스스로 과거 판결에 대한 사법부정을 야기하는 잘못이라고 할 것입니다.

위에서 본 바와 같이 위 제주지방법원이 위 오○○ 등 18인의 일방적인 주장만을 받아들여 형사소송법 제420조, 제421조에서 한정적으로 열거한 재심사유가 없음에도 제주지방법원이 재심개시결정을 한 것에 대해 공익의 대표자인 청구외 박상기 등은 형사소송법 제437조의 즉시항고를 통해 다투는 등의

조치를 취하지 않은 직무유기 행위를 하였을 뿐 아니라, 형사보상법 법문에 반하여 53억 4천여만원이라는 거액의 보상금액을 지급하도록 편향적인 결정을 내림으로써 국고를 손실하고 국민들에게 금전적인 부담을 내려준 위 제주지방법원의 형사보상결정에 대하여, 국가를 대표할 지위에 있는 위 박상기 등이 법원에 대한 법령의 정당한 적용을 청구할 직무(검찰청법 제4조 제1항 3호)를 저버리고 한 위와 같은 직무유기행위 등은 헌법질서와 법질서에 어긋나는 것이라고 할 것입니다.

그럼에도 불구하고 이 사건 수사를 담당한 피청구인은 그 실제적 진실을 확인하기 위한 수사를 면밀히 하지 아니하고 그 이유조차 명확히 밝히지 아니하고 성급하게 결론을 내리고 법률적용을 잘못하여 각하의 불기소처분을 함으로써 청구인들의 평등권과 재판절차진술권을 침해하였습니다.

5. 결론

피청구인의 이 사건 불기소처분은 편파적이고 자의적인 수사와 법률적용의 잘못으로 청구인들의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소하여 주시기 바랍니다.

입증방법

- | | |
|-----------|------------------------|
| 1. 증 제1호증 | 박상기 법무부장관 재임기간 |
| 1. 증 제2호증 | 제주지방법원 2017재고합4 재심판결 |
| 1. 증 제3호증 | 제주지법2019코8 형사보상결정(오○○) |

- | | |
|------------|--|
| 1. 증 제4호증 | 나의사건검색_제주지법2019코8(오○○) |
| 1. 증 제5호증 | 나의사건검색_제주지법2019코9(오□□) |
| 1. 증 제6호증 | 나의사건검색_제주지법2019코10(양○○) |
| 1. 증 제7호증 | 나의사건검색_제주지법2019코11(김○○) |
| 1. 증 제8호증 | 나의사건검색_제주지법2019코12(박○○) |
| 1. 증 제9호증 | 나의사건검색_제주지법2019코13(현○○) |
| 1. 증 제10호증 | 나의사건검색_제주지법2019코14(박□□) |
| 1. 증 제11호증 | 나의사건검색_제주지법2019코15(김□□) |
| 1. 증 제12호증 | 나의사건검색_제주지법2019코16(조○○) |
| 1. 증 제13호증 | 나의사건검색_제주지법2019코17(양□□) |
| 1. 증 제14호증 | 나의사건검색_제주지법2019코18(임○○) |
| 1. 증 제15호증 | 나의사건검색_제주지법2019코19(부○○) |
| 1. 증 제16호증 | 나의사건검색_제주지법2019코20(정○○) |
| 1. 증 제17호증 | 나의사건검색_제주지법2019코21(오△△) |
| 1. 증 제18호증 | 나의사건검색_제주지법2019코22(박△△) |
| 1. 증 제19호증 | 나의사건검색_제주지법2019코23(현□□) |
| 1. 증 제20호증 | 나의사건검색_제주지법2019코24(김△△) |
| 1. 증 제21호증 | 나의사건검색_제주지법2019코25(한○○) |
| 1. 증 제22호증 | 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238등 결정 |
| 1. 증 제23호증 | 조선법령집람 하권, 조선총독부편찬 제15집 (322, 397-399면) |

- 1. 증 제24호증 일본 구 형사소송법 자료발취
- 1. 증 제25호증 일본 형사소송법 원문본(발취)
- 1. 증 제26호증 한일비교법전, 사법신서회 1970년
형사보상법(1958년)과 일본형사보상법(소화25년) 대조
(1695-1704면)
- 1. 증 제27호증 한국은행경제통계시스템 환산자료
- 1. 증 제28호증 MBC NEWS 2019. 8. 21. 자 보도기사

첨부서류

- 1. 고소·고발사건 결정결과 통지서(수원지방검찰청 안양지청 2021년 형제601호)
- 1. 항고사건 결정통지(수원고등검찰청 2021 고불항 제2204호)
- 1. 재항고 사건처분통지(대검찰청 2022 대불재항 제172호)
- 1. 소송위임장

2022. 5. 25.

청구인들 대리인 변호사 배 보 윤

헌법재판소 귀중