

# 항 고 이 유 서

사건번호 2021고불항2204(2021형제601호 직무유기 항고)

항 고 인 1. 제주 4·3사건 역사바로세우기 대책위원회 (대표 이선교)  
(고발인) 2. 프리덤칼리지 장학회 (대표 전민정)

피항고인 1. 박 상 기 (000000-0\*\*\*\*\*)  
(피의자) 2. 성명불상 (000000-0\*\*\*\*\*)

위 피의자들에 대하여 항고인(고발인)들은 아래와 같이 항고이유를 개진합니다.

## 1. 피의자들에 대한 원처분 검사의 불기소결정에 대한 항고 요지

피의자 박상기<sup>1)</sup>는 2018. ~ 2019. 8.경 당시 법무부장관으로서 ‘검찰청법’ 제8조<sup>2)</sup>에 따른 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하는 지위에 있는 자이고, 피의자 성명불상자는 2018. 9. 3. ~ 2019. 8. 21.경 당시 ‘제주지방법원 2017재고합4 재심개시’ 및 ‘2019코8 등 형사보상 결정’ 사건을 담당한 검사이기에 검찰청법 제4조<sup>3)</sup>에 따른 공익의 대표자자로서, 이들은 (일반국민을 대신하여) 법원에

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

2) 검찰청법 제8조(법무부장관의 지휘·감독) 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다.

3) 검찰청법 제4조(검사의 직무) ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. <개정 2020. 2. 4.>

대한 법령의 정당한 적용청구 등을 구할 지위에 있는 자들입니다.

피의자들은 오00 등 18인의 제주 4·3사건과 관련하여, 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 있었음에도 아무런 조치를 취하지 않았습니다. ② 피의자들은 또한 후속적으로 2019. 8. 21.경 위 오00 등 18인에 대해 같은 법원의 형사보상결정(제주지방법원 2019코8 내지 25)이 내려진 것에 대해서는, ‘무죄재판을 받을 만한 현저한 사유’가 없는 공소기각의 판결이기에 형사보상법에서 정하는 형사보상의 대상이 아님에도 형사보상결정이 내려졌다는 점, 그 보상금액 또한 형사보상법 제5조에서 정하는 기준보다 과도한 일급(日給)을 적용하여 거액으로 결정됨으로써 국고에 손실을 주게 되었다는 점 등에 대해서는 법리적으로도 다룰수 있는 내용이기에, ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’ (형사보상법) 제20조 제1항에 따른 즉시항고를 할 수 있었음에도 아무런 조치를 취하지 않았습니다.

이러한 관련법률 등에 의하더라도 객관의무에 따라 즉시항고 제기

---

1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다.

가. 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄

나. 경찰공무원이 범한 범죄

다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인정한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄

2. 범죄수사에 관한 특별사법경찰관리 지휘·감독

3. 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구

4. 재판 집행 지휘·감독

5. 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독

6. 다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항

② 검사는 그 직무를 수행할 때 국민 전체에 대한 봉사자로서 헌법과 법률에 따라 국민의 인권을 보호하고 적법절차를 준수하며, 정치적 중립을 지켜야 하고 주어진 권한을 남용하여서는 아니 된다. <개정 2020. 12. 8.>

[전문개정 2009. 11. 2.]

권한을 보유한 피의자들이 아무런 조치를 취하지 않은 직무유기의 범죄 혐의에 대해, 수원지방검찰청 안양지청 2021년 형제601호의 원처분 검찰청 검사는, 2021. 11. 23.자로, “이 사건은 제주지방검찰청이 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 해당하지 않음이 명백하다. 각하한다.” 라는 이유로 불기소 결정을 하였습니다.

하지만 원처분 검사의 불기소 결정은 그 근거가 되는 불기소 이유를 명확하게 밝히지도 않았으며, 실제적 진실을 확인하기 위한 수사도 면밀히 하지 않은 채 성급하게 결론을 내린 것입니다. 이러한 일방적인 수사결과는 너무나 부당한 바, 엄격한 재수사를 명하여 주실 것을 요청드립니다.

## 2. 원처분 검사의 불기소 결정의 문제점

### 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 95

도748 판결; 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1391 판결 등 참조).

원처분 검사 또한 동일한 취지에서, “직무유기죄는 공무원이 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 대만히 하는 일체의 경우에 성립하는 것이 아니라, 직장의 무단이탈이나 직무의 의식적인 포기 등과 같이 국가의 기능을 저해하고 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 범의침행의 경우에 한하여 성립한다”(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 등 참조)는 것을 전제로 서술하고 있습니다.

#### **나. 검사의 객관의무 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 객관의무에 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 오00 등 18인과 같은 특정인들에게 국민의 세금으로 마련한 거액의 예산을 받아 형사보상금액이 지급될 수밖에 없는데, ‘국가재정법’ 상으로는 국가의 예산을 집행하더라도 국민부담을 최소화 시키고 낭비되지 않도록 엄중한 심사를 거쳐 집행하도록 명문화 하고 있습니다.<sup>4)5)</sup>

그런데 이 사건의 경우, ① 2018. 9. 3.경 제주지방법원의 재심개시 결정(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 오00 등 18인에 대해 같은 법원의 형사보상결정(제주지방법원 2019코8 내지 25)이 내려진 사안에서는 ‘무죄재판을 받을 만한 현저한 사유’가 없는 공소기각의 판결로써 형사보상의 대상이 아님에도 형사보상결

4) 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 토요인의 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.

5) 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>)

정이 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.

하지만 위 ①, ② 두 사안에 대해 법률상으로는 ‘즉시항고’ 제기 권한은 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. ‘2018. 9. 3.자 재심개시결정’ 에 대하여 즉시항고를 제기하지 않은 직무유기

‘재심’ 이란 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, ① 원판결의 증거가 된 증거서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조되었음이 증명된 때, ② 원판결의 증거가 된 증언, 감정, 통역, 번역이 확정판결에 의하여 허위임이 증명된 때, ③ 무고로 인하여 유죄판결을 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때, ④ 원판결의 증거로 되었던 재판이 확정

판결에 의하여 변경된 때, ⑤ 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때, ⑥ 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 대하여 그 권리에 관한 무효의 심결 또는 판결이 확정된 때, ⑦ 원판결에 관여한 법관, 기소 또는 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 범죄를 범하였음이 확정판결에 의하여 증명된 때의 열거된 사유 및 ⑧ 형사법률에 관하여 헌법재판소의 위헌 결정이 있는 경우에 한정하여 재심사유가 될 수 있음을 규정하고 있습니다. 이러한 법원의 재심개시결정이 잘못되었을 경우에는, 형사소송법 제437조에서 즉시항고로 불복할 수 있는 것으로 되어 있는데, 공익의 대표자인 검사는 국가를 대신하여 공소수행의 담당자의 지위에 있기 때문에, 법원의 재심개시결정에 실체적·절차적 문제가 있을 경우에는 당연히 즉시항고를 제기하여 불복하여야 할 의무가 전제되어 있다고 볼 수 있습니다.

그런데 이 사건 당사자인 오00 등 18인이 주장한 재심청구 사건은 형사소송법 제420조 및 제421조에서 한정적으로 열거한 제5호를 비롯한 어떠한 재심사유에도 해당되지 않습니다.

특히 위 오00 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 영장없이 불법적으로 체포·구금되어 군법회의에 이르게 된 것으로 판단

된다”는 이유를 밝혔지만, 이는 논리모순적인 판단이라 할 것입니다. 즉 위 위 오00 등 18인을 포함한 당시 교정시설 입소대상자들에게 적용되던 1948년 4·3 당시 교정시설 수용절차의 근거법인 (구) 감옥법<sup>6)</sup> 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 제8조<sup>7)</sup>(현행 형의집행및수용자처우에 관한법률 제16조<sup>8)</sup>)로 개정되어 오면서도 이러한 철칙은 일관되게 유지되고 있었다는 점에 비춰보면, 1948년 4·3 당시에 위 (구) 교정시설 신입자의 수용절차에서 적법서류 요건은 영장이 발부되었음을 추정하는 명백한 증거라고 할 수 있습니다.

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

4·3 당시 군사재판에 회부되었던 대부분의 사람들은 현행범으로 체포된 자들로서 사후영장이 발부되었고 교정시설 입소시에 호송인은 검사가 발부한 집행지휘서(미결은 수용지휘서)와 법관이 발부한 재판서(미결은 구속영장)

6) 감옥법 1908년 3월 법률 제28호

7) 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.

수형중에 출생한 자녀도 동일하다.

8) 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.>



를 반드시 제시하였다고 볼 수 있습니다. 그 근거는 당시 감옥법 내지는 형법상 적법서류가 없이는 교정시설에서 신입자를 인수할 수 없도록 한 규정에서 찾을 수 있는데, 만일 제주지방법원이 4·3수형인들의 일방적인 주장을 받아들여 교정시설에서 수용자 입소시 적법서류 조사라고 하는 엄격한 절차를 준수하지 않았다고 한다면 법관, 검사, 교정시설 등 모든 국가기관이 심각하게 형사사법절차를 위반했다는 것이 됩니다.

이와 같은 제주지방법원의 잘못된 재심개시결정에 대해서는 당연히 공소수행의 담당자인 검사가 ‘즉시항고’를 통해 다룰 수 있었음에도, 이 사건 피의자 성명불상자는 아무런 조치를 취하지 않음으로써 직무유기를 하였습니다. 당시 법무부장관이었던 피고발인 박상기 또한 제주 4·3사건 재심개시 결정과 같은 초유의 관심 사안이 되는 내용은 응당 법무부장관에 보고가 되었을 것임에도 불구하고, 해당 제주지방법원의 재심개시결정의 문제점에 대해 당시 공소수행의 담당검사인 피의자 성명불상자에게 다시한번 제대로 검토할 것 등을 지시하는 조치가 있었는지조차도 불분명할 정도로 직무유기 하였습니다.

## 라. ‘2019. 8. 21. 형사보상결정’에 대하여 즉시항고를 제기하지 않은 직무유기

### 1) 형사보상요건 일반

‘형사보상’이란 국가형사사법의 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 있는데, 군사법원에서 무죄판결을 받은 자에 대하여

도 형사보상법이 준용됩니다(형사보상법 제28조 제2항).

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 종국적으로 유죄의 재판을 받을 경우에는 형사보상이 인정되지 않는데, 보상청구자가 ① 책임능력이 없음을 이유로 무죄판결을 받은 경우, ② 본인이 수사 또는 심판을 그르칠 목적으로 허위의 자백을 하거나 또는 다른 유죄의 증거를 만듦으로써 기소·미결구금 또는 유죄재판을 받게 된 것으로 인정되는 경우, ③ 1개의 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, 제26조9)].

- 9) 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.  
② 상소권회복에 의한 상소, 재심 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 만듦으로써 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

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·법원 등 각 기관의 고의 또는 과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하도록 하고 있으며(형사보상법 제5조 제1항, 제2항 및 동법시행령 제2조<sup>10)</sup> 참조), 위 법원의 보상결정이 타당하지 않을 경우에는 1주일 이내에 즉시항고의 방법으로 다룰 수 있도록 규정되어 있습니다(형사보상법 제14조, 제20조 참조)<sup>11)12)</sup>.

10) 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 관련된 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 5배로 한다.

[전문개정 2011. 9. 29.]

11) 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.

12) 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).

2) 오00 등 18인에 대한 재심재판에 의한 공소기각 판결은 형사보상의 요건에 해당되지 않음

한편 이 사건 형사보상의 전제가 되는 제주지방법원 2019. 1. 17. 선고 2017재고합4 재심판결에서, 위 오00 등18인에 대하여 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각 판결이 내려진 이유는 아래와 같습니다.

“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 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 재심대 상판결을 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 통

한 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 기각한다.”

위 재심판결을 내린 재판부의 논리는, 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) 재심 공판 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 회부함에 있어 필요한 절차를 거쳤는지 여부가 확인되지 아니한다는 이유로, ‘공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’**로 보아 형사소송법 제327조 제2호에 의해 공소기각 판결 사유에 해당되는 것입니다.

하지만 이와 같은 재판부의 결정은, ① 재심판결대상의 기록이 존재하지 아니한 상태라면 공소사실은 그 자체가 수사기록 및 재판기록의 부존재로 특징이 불가능함에도 불구하고, 공소사실이 특정되지 않았다는 점을 들어 위법한 공소제기라고 보는 것은 논리칙에 반한다는 점, ② 소실되어 부존재하는 수사기록 등에 대하여 공소제기의 절차가

법률의 규정에 위반되는지 여부를 현재의 시점에서 존재하지 않는 내용에 대해 물리적으로 판단할 수 없음에도 ‘형사소송법 제327조 제2호’에 해당한다고 법리상 판단하는 것은 논리모순으로 법리오해가 있다는 점, ③ 70년도 더 지난 재심사건에서 수형자 등의 진술이 상당부분 왜곡되고 허위가능성도 배제할 수 없음에도 위 수형자 등의 진술만으로 그 공소제기절차 등의 위법성을 사후적으로 판단할 수 있는지 의문인 점 등, 형사소송법 제327조 제2호에 의해 공소기각 판결에 해당하는지 조차도 의문인 사안이었습니다.

특히 형사보상법 제2조 제1항 등의 대상이 되는 것은 ‘무죄판결’입니다. 이러한 무죄판결은, “피고사건에 대하여 형벌권의 부존재를 확인하는 판결”을 의미하는 것으로, ① 피고사건이 범죄로 되지 않는 때, ② 범죄사실의 증거가 없는 때에는 판결로써 무죄의 선고를 하는 경우를 의미<sup>13)14)</sup>하며, ③ 형사보상법 제26조 제1항 제1호에서 ‘무죄’판결이 아닌 ‘면소’ 또는 ‘공소기각’의 결과가 나오더라도 ‘면소 또는 공소시각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우’에 한정하여 형사보상의 대상이 되는 것으로 규정하고 있습니다. 여기서 ‘**무죄의 재판을 받을만한 현저한 사유가 있었다**’는 것은, 실무적으로는 형사보상의 심리과정에서 관련된 구체적 사실을 검토하여 판단할 수밖에 없을 것이나, 면소 또는 공소기각의 재판을 받은 자를 모두 형사보상의 대상으로 한

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

14) 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 구금일수가 있을 때에는 그 미결구금에 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)

다고 보는 의미도 아니기에<sup>15)</sup> 그 실제 관계를 검토해 볼 때 위 ①, ②에 준하여 무죄의 판결이 내려질 만한 사유가 확인될 경우로 보아야 합니다.

그런데 이 사건 제주지방법원 2017재고합4 재심판결에서 내려진 ‘형사소송법 제327조 제2호에 의해 공소기각 판결’의 경우에는, 무죄판결이 아닐뿐더러, ‘형사소송법’이라든지 ‘형사보상법’ 어디에도 ‘형사소송법 제327조 제2호(공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때)의 공소기각 판결’이 ‘무죄판결’로 보고 있지 않습니다. 또한 위 제주지방법원에서 “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... 피고인들에 대한 공소사실은 특정되지 아니한 것으로 볼 수밖에 없다”는 이유로 공소시각 판결을 내려졌던 것은, 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 구금되었

15) 김용우, 형사보상법의 문제점과 개선방안, 국회사무처 법제실, 2003. 12. 11-12면 참조.

다가 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 오00 등 18인의 피고인들이 국방경비법위반, 형법의 위와 같은 죄명에 해당하는 범죄로 그 형이 집행된 것은, 증거에 의하여 판결<sup>16)</sup>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 처벌 대상인 행위라는 점,

③ 우리나라에서 1954년 9월 23일 ‘법률 제341호’로 ‘형사소송법’이 제정되었고(시행 1954. 5. 30.), 동법 부칙 제1조 및 제8조<sup>17)</sup>에 따라 1954. 5. 30.이전 경까지 적용되었던 것으로 보이는 ‘구법’인 일본 형사소송법(소화23(1948)년 법률제131호)에는 아래와 같이 판결이 확정된 사안들에 대해서만 검사의 지휘를 받아 집행을 할 수 있도록 규정하고 있었다는 점<sup>18)</sup> 등에 비춰보면, 과연 위 피고인들에 대해 ‘무

16) 확정된 판결을 취소하려면 재심사건에서 위와 같이 공소기가 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.

17) 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]

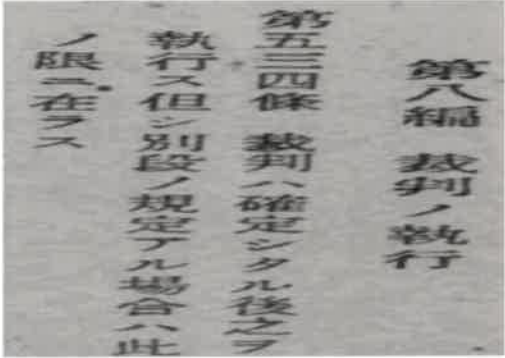
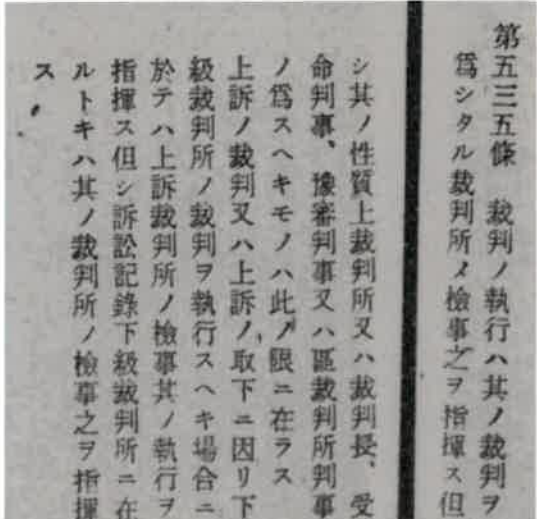
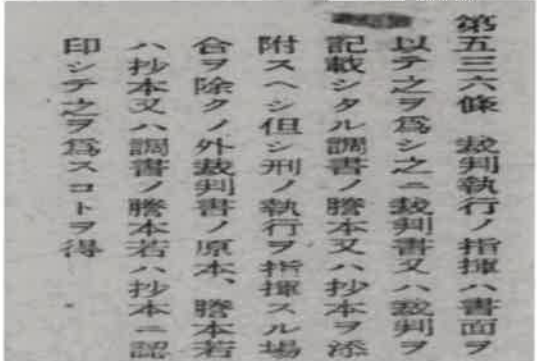
제1조 형사에 관한 사항은 이 영 기타 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 다음 각호의 법률에 의한다.

1. 형법  
2. 형법시행법  
10. 형사소송법

18) 대정2(1912)년에 제정된 일본 구 형사소송법에 대해서는 일본 국립국회도서관 디지털컬렉션



(<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/wii/lgsInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchPageRowCnt=10&CTS\\_SEQ=3437&AST\\_SEQ=2601&ETC=10](https://world.moleg.go.kr/web/wii/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>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三百一十一号 刑事訴訟法</p>	<p>소화23(1948)년 법률 제131호 형사소송법</p>

죄의 재판을 받을만한 현저한 사유'가 존재하였는지 조차도 불분명한 사안이었습니다.

그렇다면, 위 오00 등 18인의 재심재판이 있었다 하더라도, 형사보

<p><b>第七編 裁判の執行</b></p> <p><b>第四百七十一条</b> 裁判は、この法律に特別の定めのある場合を除いては、確定した後これを執行する。</p> <p><b>第四百七十二条</b> 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、第八十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><b>第四百七十三条</b> 裁判の執行の指揮は、書面でこれをし、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、これを行うことができる。</p> <p><b>第四百八十七条</b> 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><b>第四百八十八条</b> 収容状は、勾引状と同一の効力を有する。</p> <p><b>第四百八十九条</b> 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><b>附 則</b> 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><b>제7편 재판의 집행</b></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, 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><b>부칙</b> 이 법률은 소화24(1949)년1월1일부터 이를 시행한다.</p>
---	---

상법상 형사보상의 대상이 아님에도 제주지방법원에서는 2019코8 내지 2019코25에 이르는 형사보상청구 인용결정을 해 버린 잘못이 있었습니다.

### 3) 오00 등 18인에게 내려진 과도한 형사보상 결정금액

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 있습니다. 그 문언상 대상 판결의 원인이 되는 연도의 일급(日給)을 고려하여 환산한 금액을 산정했어야 함이 옳다고 볼 것이며, 형사보상은 유죄판결에 의한 ‘구금’의 집행에 대한 보상이므로, 법리상 구금된 당시의 최저임금을 기준으로 보상액을 산정하였어야 합니다.

따라서 설사 이 사건 위 오00 등 18인에 대한 형사보상이 이뤄진다고 한다면, 위 오00 등 18인의 수형기록이 있는 ‘단기 4281(1948)년 12월부터 단기4282(1949) 7월경’이 ‘보상청구의 원인이 발생한 연도’에 해당되는 내용으로 보는 것이 타당하며, 가능하다면 위 구금이 집행된 당시(위 오00 등 18인의 각 구금의 시작점인 1948~1949년도 등)의 최저임금에 해당되는 자료를 기준으로 환산하여 산정되었어야 합니다.<sup>19)</sup>

19) 이와 같은 기준에 의한다면, 1958. 8. 13. 제정된 구 형사소송법(법률 제494호) 부칙 제3조 규정에 따라, 이들 오00 등 18인이 구금되었던 시기에 적용되던 조선형사령에 의하여 의용되던 일본형사소송법 1950. 1. 1. 일본 형사소송법 제4조에서 명시하고 있던 “1일 6백환이상 3백환이하”의 금액을 일급(日給)으로 보고, 위 화폐가치를 이 사건 형사보상 결정이 내려진 2019년도의 화폐가치로 환산하면 600환은 12,003원, 1,300환은 26,005원에 해당됩니다.

위와 같은 형사보상법의 문언, 과거 평균 임금 및 물가상승률 등을 고려하여 보면, 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, 이 사건 제주지방법원에서는 위 오00 등 18인에 대해 모두 2019년 현재에 와서 구금된 것으로 의제하여, 2019년도 최저임금인 66,800원에 5배를 곱한 334,000원을 일급(日給)으로 산정해 버린 중대한 잘못이 있었습니다.

#### 4) 소결 - 피의자들의 직무유기

오00 등 18인에 대한 제주지방법원의 형사보상 결정은, 형사보상의 요건에 해당되지도 않고, 설사 형사보상을 하더라도 과도한 형사보상 금액이 결정된 것이었습니다.

이러한 문제를 지적했어야 할 당시 공소 수행의 담당 검사였던 피의자 성명불상자는 형사보상법 제20조 제1항에 따라 즉시항고를 제기했어야 하나 아무런 조치를 취하지 않았고, 당시 법무부장관이었던 피고 발인 박상기 또한 위와 같은 거액의 형사보상 결정이 내려질 경우에는 기재부에 거액의 형사보상관련 예산을 요청할 수밖에 없고 형사보상 관련 예산이 부당하게 지출되는 것을 방지하기 위해서라도 해당 사안을 담당하고 있는 검사에게 즉시항고를 제기할 것을 지휘·감독할 지위에 있었음에도 해당 조치를 취하지 않았습니다. 결국 피의자들은 자신들에게 주어진 법률상 책무를 위반한 직무유기를 한 것입니다.

### 3. 결론

이와 같이 잘못된 재심개시결정 및 형사보상 결정이 내려지는 것을 사실상 방치한 피의자들에 대해서는, 충실한 수사를 통해 헌법과 법률에 따라 다시 엄격하게 책임을 물어야 할 사안입니다. 하지만 이 사건 원처분 검사는 피의자들에 대한 실체적 진실을 확인하기 위한 수사를 면밀히 하지 않았을 뿐더러, 그 불기소처분에 따른 이유조차도 명확하게 밝히지 않는 부실하고 성급한 수사 결론을 내렸습니다.

향후 재심개시결정 및 형사보상 결정에 있어서 잘못된 선례가 될 수도 있는 이번 사안을 고치려면, 국민들이 보는 앞에서 엄정한 재기 수사를 통해 피의자들의 중차대한 비위행위여부를 밝혀야만 할 것입니다. 이와 같은 제반사정을 고려하시어 엄격한 재수사를 명하여 주실 것을 요청드립니다.

첨부서류

1. 2020. 8. 27. 법률신문 기사

1부

2022. 1.

항고인(고발인)들의 고발대리인

1. 법무법인(유한)해송

담당변호사 권오현



2. 변호사 배보운



수원고등검찰청 귀중

# 법률신문

국회,법제처,감사원

## 형사보상금 예산도 매년 부족... 다른 사업비 전용

법사위 '2019년도 결산 예비심사 보고서' 지적 내용

이승윤 기자 desk@lawtimes.co.kr 입력 : 2020-08-27 오전 9:03:07

법무부는 국가배상소송 '패소 비용' 예산 뿐만 아니라 법원의 무죄 판결이나 검사의 불기소 처분을 받은 구속 피고인·피의자 등에게 지급하는 형사보상금 예산도 매년 너무 적게 편성해 부족한 예산을 다른 사업에서 끌어쓰다 국회로부터 지적을 받았다.

대법원은 국민참여재판을 활성화하기 위한 노력이 부족하다는 지적을 받았다. 국민참여재판 대상사건이 지방법원 합의부 관할 사건으로 확대된 이후 국민참여재판 실시 건수가 지난해 최저치를 기록했기 때문이다.

국회 법제사법위원회(위원장 윤호중)는 25일 법무부와 대법원 등 법사위 소관 기관·부처에 대한 2019회계연도 결산 예비심사검토보고서를 통해 이 같은 지적을 내놨다.



첨부서류 /

◇ '도로법 위헌' '과거사 재심무죄'로 형사보상 청구 늘어 = 법사위는 지난해 범죄피해자보호기금 1025억원을 포함해 3조7796억원의 예산을 지출한 법무부에 대해 '매년 연례적으로 부족한 형사보

상 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.

법무부는 "2009년 옛 도로법의 과적차량에 대한 양벌규정 위헌 판결 이후 재심을 통한 무죄판결에 따른 보상이 확대됐을 뿐만 아니라 과거사 정리위원회 활동에 따른 재심 무죄판결로 형사보상 청구가 늘었기 때문"이라는 입장이다.

그러나 법사위는 "매년 연례적으로 형사보상금 예산 부족분을 다른 사업 예산을 통해 확보하는 것은 예산편성 단계에서 실제 집행금액을 고려한 적정규모의 예산을 반영하기 위한 노력이 충분하게 이뤄지지 않은 것"이라며 "국회의 예산안 심의권을 침해할 여지가 있다"고 지적했다. 이어 법무부에 "실제 예산 집행가능성을 충분하게 고려해 예산 집행과정에서 과도한 이·전용이 이뤄지지 않도록 유의하고, 수사·공판업무 역량을 강화해 검사가 기소한 사건이 무죄로 최종 결정되는 경우를 최소화하려는 노력이 병행돼야 한다"고 주문했다.

법사위는 특별감찰관 공석에 따른 예산 집행 비효율 문제를 개선해야 한다는 지적도 내놨다.

#### 전국 검찰청 영상녹화실 활용률 지난해 10.7%서 올해는 6%에 불과

대통령의 친인척과 측근의 비위를 감찰하는 특별감찰관 자리는 박근혜정부 시절인 2016년 9월 이석수(57·사법연수원 18기) 초대 특별감찰관이 물러난 이후 4년 가까이 공석이다. 현재 서울 종로구 청진동에 위치한 특별감찰관 사무실에는 공무원 3명만 파견돼 사무실 유지와 자료보존 등의 업무만 하고 있지만, 지난해 7억2700만원 등 매년 6~7억원의 사무실 임차료·관리비가 쓰이고 있다. 그나마 2018년 7월까지의 처음 사무실을 임차할 때 맺은 장기계약에 따라 임대료 할인 특약(1년에 4개월분 할인)이 적용됐지만, 지금은 할인특약도 적용되지 않는다.

법사위는 "특별감찰관이 임명될 경우 곧바로 활동을 시작할 수 있도록 사무실 등 조직유지를 위한 최소한의 예산을 편성·집행하는 것은 불가피한 측면이 있다"면서도 "불필요한 예산 절감을 위해 노력할 필요가 있다"고 밝혔다. 그러면서 특별감찰관 사무실을 정부서울청사나 과천청사 등 무상으로 사용할 수 있거나 지금 쓰고 있는 사무실보다 저렴하게 사용할 수 있는 대체시설로 이전하는 방안 등을 제안했다.

이와 함께 법사위는 수사과정의 공정성·투명성 확보와 인권침해를 방지하기 위해 전국 검찰청에 설치된 영상녹화조사실 활용실적을 높여야 한다고 법무부에 주문했다.

지난해까지 전국 검찰청에는 모두 1108개의 영상녹화조사실이 설치됐다. 보고서에 따르면, 지난 2010년 8.4%였던 영상녹화조사실 활용률은 2015년 16.6%로 정점을 찍은 뒤 2018년 11.4%, 지난해 10.7%로 내리막을 타고 있다. 올해에도 활용률은 지난달까지 6%에 불과한 실정이다.

이에 대해 법무부는 "현재 형사소송법상 영상녹화물은 증거능력이 인정되지 않아 법원에서 증거로 사용되지 못하는 한계가 있다"며 "피조사자들이 개인정보 누설 등에 대한 우려로 조사과정에 대한



녹음·녹화를 꺼리는 경향도 있다"고 해명했다.

하지만 법사위는 "제도 도입 이후 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 피의자 등의 영상녹화 기피 현상이 발생하는 것은 오히려 수사기관의 안내가 부족하거나 영상물 관리 등 미흡한 제도 운영에서 비롯된 것으로 보인다"고 지적했다. 특히 "형사재판에서 수사과정을 녹화한 영상물의 증거능력을 인정받기 위해 도입된 제도가 아닌데도 불구하고, '형사재판에서 증거능력이 인정되지 않는다'는 이유로 수사기관이 영상녹화에 소극적인 것은 피의자의 인권 보호보다는 수사 편의적인 업무처리에서 비롯된 측면이 있다"고 꼬집었다.

아울러 법사위는 대한법률구조공단이 공단 본부 소속 변호사 4~5명에게 분기별로 1인당 2500만원 안팎의 소송성과급을 지급한 것도 문제삼았다. 공단 내부 규정상 소송성과급은 '소송수행을 담당하는 변호사'에게 지급돼야 하는데, 실제로 소송을 담당하지 않는 본부 소속 변호사들에게 성과급을 지급한 것은 문제가 있다는 이유에서다.

국민참여재판,  
2016년 305건서 매년 급감  
지난해 175건으로 '최저'

◇ "소송구조 사업 수요 예측 정확히" = 법사위는 지난해 사법서비스진흥기금 945억원을 포함해 1조9203억원의 예산을 사용한 대법원에 대해서는 '국민참여재판을 활성화하기 위한 노력이 필요하다'는 주문을 내놨다.

대법원은 지난해 국민참여재판지원 사업 예산으로 28억원 가량을 투입했다. 그러나 참여재판 실시 건수는 지난 2016년 305건, 2017년 295건에서 2018년 180건으로 급감했다. 지난해의 경우 175건으로 2012년 7월 국민참여재판 대상사건이 지법 합의부 관할 사건으로 확대된 이후 역대 최저치를 기록했다.

대법원은 "지금처럼 피고인 신청주의 아래에서는 피고인의 의사에 따라서만 국민참여재판을 실시할 수밖에 없는 한계가 있다"는 해명을 내놨다.

그러나 법사위는 지난해 국민참여재판 배제결정 비율이 29.9%로 크게 증가한 것에 원인이 있다고 봤다. 법사위는 "법원이 배제결정을 하는 경우 불가피하게 피고인의 국민참여재판을 받을 권리가 제한되므로, 사안별로 타당한 배제사유가 있었는지 분석하고 향후 운영에 참고할 필요가 있다"고 설명했다. 특히 "피고인 신청주의에 따르더라도 재판 관계자들이 어떤 인식을 갖느냐에 따라 국민참여재판 활용도가 크게 달라질 수 있을 것"이라며 "국민참여재판을 위해 많은 비용과 노력을 투자한 만큼 재판부가 이를 적극적으로 활용하려는 의지와 노력이 필요하다"고 당부했다.

법사위는 법원의 소송구조 지원 사업과 관련해 '면밀한 수요 예측을 통해 예산 집행률을 높여야 한다'는 지적도 내놨다.

판사 정원 3214명으로 늘었지만  
매년 결원을 4~5%  
대책마련 해야

소송구조 지원 사업은 국민의 재판받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해 자금능력이 부족한 당사자의 소송비용을 국가 예산으로 지원하는 것이다. 법원은 민사소송법과 채무자회생법 등에 따라 △무자력자로서 △패소할 것이 분명하지 않은 사람에 대해 당사자의 신청이나 직권으로 변호사 보수

와 송달료, 감정료 등을 지원할 수 있다. 현재 소송구조 지원은 △민사·가사·특허·행정사건 등 일반 소송구조지원과 △개인도산 관련 구조를 지원하는 개인파산회생 소송구조지원으로 나뉘져 있다. 그러나 지난해 소송구조 지원 예산은 당초 편성된 62억원 가운데 68%인 42억원가량만 쓰였다.

대법원은 "예산 부족 가능성에 따라 각 법원에서 소송구조결정이 신중하게 이뤄졌을 뿐만 아니라, 차상위계층에 대한 소송구조 수요 확대가 기대에 미치지 못해 수요 예측에 실패했다"고 설명했다.

이에 대해 법사위는 "지난해 소송구조 인용건수와 지급건수, 집행액은 최근 3년 평균과 비슷하거나 더 높은 수준"이라며 "법원에서의 소송구조결정이 저조하다고 보기는 어렵다"고 지적했다. 이어 "수요에 대한 예측이 적절하게 이뤄지지 않아 예산이 과다 산정돼 집행이 저조한 것으로 보인다"며 "적정한 범위 내에서 예산을 줄일 필요가 있었다"고 했다.

아울러 법사위는 판사 인력 총원도 시급히 해결해야 할 문제로 봤다.

법사위는 "법 개정으로 판사 정원이 지난해 3214명으로 늘어났지만, 정원 증가에 맞춘 판사 총원은 이뤄지지 않아 매년 4~5%의 결원이 발생하고 있는 실정"이라며 "특히 지난해의 경우 판사 정원이 늘어났는데도 오히려 현원이 감소해 결원율이 10.59%에 달했다"고 비판했다. 그러면서 "법조일원 화제도 도입 이후 우수한 법조인력이 법원으로 충분히 유입되지 않을 우려가 있어 판사 임용방법에 대한 중장기적 개선 방안 마련이 필요함에도 불구하고, 현재까지 우수 판사인력 유치를 위한 방안이 충분하게 마련되지 못한 측면이 있다"고 덧붙였다.

한편 법사위는 지난해 436억원의 예산을 지출한 헌법재판소에 대해 "임차료를 절감하기 위해 헌법 재판연구원 청사를 이전했는데도 불구하고 이전 임차료와 큰 차이가 없다"며 임차공간 축소 등 임차료 절감을 위한 방안을 마련해야 한다고 주문했다. 헌법재판연구원은 지난 2018년 12월 서울 중구 예금보험공사 사옥에서 역삼동 나라키움 빌딩으로 청사를 이전했는데, 지난해 청사 임차료는 13억 8000만원으로 2017년(15억4200만원)에 비해 1억6200만원(10.5%) 줄어든 반면 청사 전용면적은 기존 2306㎡(698평)에서 2415㎡(731평)로 5%가량 늘었다.

지난해 347억원의 예산을 지출한 법제처에 대해서는 지난해 행정기본법 제정 추진 과정에서 관련 예산이 반영돼 있지 않은데도 예산조정을 통해 일반수용비 등 1억원가량을 확보해 집행한 점을 지적했다. 당초 예산에 없던 사업을 예산조정을 통해 추진한 것은 '예산의 목적 외 사용'을 금지하는 국가재정법과 맞지 않는다는 이유에서다.