

인권정보자료실  
Cpb1.95

반인도적 국가범죄의 공소시효배제 관련 자료

2002

반인도적  
국가범죄의  
공소시효배제  
관련  
자료  
2002

인권정보자료실  
Cpb1.95

## 반인도적 국가범죄의 공소시효배제 관련 자료(2002년)

- 공소시효란(법률용어사전)
- 반인도적 범죄와 공소시효 문제-국제법의 흐름과 국내법의 정비방향을 중심으로(1999년 11월, 국회인본군위안부문제연구모임)
  - 중대한 인권침해 행위에 대한 시효문제(조시현)
  - 반인도적 범죄의 올바른 처벌을 위한 국내법의 정비방향(박찬운)
- 공소시효에 대한 헌법재판소 판례검색
- 공권력에 의한 반인도적 범죄의 처벌방안과 재발방지대책(2002년 2월, 민변 외 7개 인권단체)
  - 반인권적 국가범죄와 공소시효의 정지·배제(조국)
  - 국제인권법적 관점에서 본 공소시효(장완익)
  - 살인죄 등 반인륜적 범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(초안)(함승희 의원)
  - 권력기관 종사자의 인권의식 제고를 위한 대책(조효제)
- 장세동 씨 고발장(수지김 사건)
  - 소장: 1. 피고발인 장세동의 반인도적 간첩사건 조작 및 은폐행위
  - 2. 반인도적 범죄와 형사소송법, 헌법해석
  - 3. 국제법상 반인도적 범죄의 개념
  - 4. 이 사건 간첩조작범죄가 국제법상의 반인도적 범죄에 해당하는가
  - 5. 반인도적 범죄는 공소시효가 적용되지 않는가
  - 6. 국제관습법을 직접 우리의 형사사법 절차에 적용시킬 수 있는가
  - 7. 결론
- 법률신문 연구논단
  - 신중한 입법론(백형구)/ 재판시효(백형구)/ 반인권적 국가범죄와 공소시효의 정지·배제(조국)/ 중국의 신형법 시행(김종국)

● 논문

- 공소시효제도의 문제점과 개정방향(하태영)
- 반인도적 국가범죄의 공소시효에 대하여(한택근, 2002년 사회포럼)
- 반인도적 범죄의 국내적 수용-그 개념과 국내수용방안을 중심으로(박찬운)
- 공소시효제도에 관한 고찰(원범연)
- 공소시효제도와 소급금지원칙(이성돈)

● 형사소송법중 개정법률안(이주영 의원 대표발의) 2002년 국회법사위 계류중

- 제안이유/ 주요골자
- 개정 법률안
- 관련 조문

2002년

인권운동사랑방 엮음



# 법률용어사전

## INFORMATION

2002. 3. 18. (월요일)

- 기사검색
- 판례속보검색
- 각급판례전문검색
- INFORMATION
- 연구논단
- 판례평석
- 법률상식
- 법률서식
- 법률용어사전
- 등기총람
- 법조인열람
- 법원검찰조직표



한 글	공소시효
한 자	公訴時效
외 국 어	(獨) Strafverfolgungsverj hrung (佛) prescription de l'action publique

### 단 어 풀 이

檢事가 일정한 기간 동안 公訴를 제기하지 않고 방치하는 경우에 국가의 訴追權(및 刑罰權)을 소멸시키는 제도를 말한다. 公訴時效의 본질에 관해서는 세 가지 견해가 대립되고 있다. 즉 實體法說은 公訴時效를 실제법상의 刑罰權을 소멸시키는 제도라고 파악하고, 訴訟法說은 公訴時效는 단지 국가의 訴追權을 억제하는 訴訟法的 성격을 가진 것이며, 따라서 時效의 완성은 訴訟條件이 된다고 하고, 競合說은 公訴時效는 實體法的 성격과 訴訟法的 성격을 함께 가진다고 한다. 公訴時效는 刑의 時效와 구별된다. 刑의 時效가 확정된 刑罰權을 소멸시키는 제도임에 반하여, 公訴時效는 국가의 訴追權(實體法說에 의하면 확정되지 않은 刑罰權도)을 소멸시킨다는 점에 차이가 있다. 公訴時效가 완성된 때에는 免訴의 判決을 해야 함에 대하여, 刑의 時效가 완성된 때에는 刑의 執行이 면제될 따름이다. 刑의 時效는 刑法에서(刑 77 내지 80), 公訴時效에 관하여는 刑事訴訟法에서 규정하고 있다(刑訴 249 이하). 公訴時效制度는 시간의 경과로 인해서 犯罪의 사회적 영향이 미약화되었다는 實體法上的 의미에서, 동시에 시간의 경과로 인하여 有罪 또는 無罪의 證據가 散逸됨으로써 公正한 裁判을 기하기 곤란하다는 점에서 그 존재이유가 있다. 公訴時效의 기간은 犯罪의 輕重에 의하여 長短의 차이가 있다. 현행법상 公訴時效의 최장기간은 15년이며, 최단기간은 1년이다(刑訴 249 ①). 즉 (i) 死刑에 해당하는 犯罪에는 15년, (ii) 無期懲役 또는 無期禁錮에 해당하는 범죄에는 10년, (iii) 長期 10년 이상의 懲役 또는 禁錮에 해당하는 범죄에는 7년, (iv) 長期 10년 미만의 懲役 또는 禁錮에 해당하는 범죄에는 5년, (v) 長期 5년 미만의 懲役 또는 禁錮, 長期 10년 이상의 資格停止 또는 多額 1만원 이상의 罰金에 해당하는 범죄에는 3년, (vi) 長期 5년 이상의 資格停止에 해당하는 범죄에는 2년, (vii) 長期 5년 미만의 資格停止, 多額 1만원 미만의 罰金·拘留·科料 또는 沒收에 해당하는 범죄에는 1년이 公訴時效의 기간이다(刑訴 249 ①). 두 개 이상의 刑을 併科하거나(併科刑), 두 개 이상의 刑에서 한 개를 과할(選擇刑) 犯罪에는 重한 刑이 時效期間의 기준으로 된다(刑訴 250). 刑法에 의하여 刑을 가중 또는 감경하는 경우에는 가중 또는 감경하지 아니한 刑이 時效期間의 기준으로 된다(刑訴 251). 公訴時效는 犯罪行爲가 종료한 때로부터 진행한다(刑訴 252 ①). [犯罪行爲가 종료한 때]의 의미에 관해서는 結果發生時說이 通說이다. 共犯의 경우에는 最終行爲가 종료한 때로부터 全共犯에 대한 時效期間을 起算한다(刑訴 252 ②). 時效는 公訴의 제기(刑訴 253 ①), 裁定申請(刑訴 262의3), 少年法上的 審理開始決定(少年法 54)에 의해 그 진행이 停止되고 公訴棄却 또는 管轄違反의 재판이 확정된 때로부터 다시 진행한다(刑訴 253 ①). 共犯의 1인에 대한 公訴提起로 인한 時效停止는 다른 共犯者에게도 효력이 미치고, 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다(刑訴 253 ②). 舊法에서는 公訴時效의 中斷을 인정하였으나, 현행법은 公訴時效의 停止만을 인정하고 있다. 이는 被告人의 이익

을 고려한 것이다.

Copyright (c) 2001 The Law Times All rights reserved.  
webadmin@lawtimes.co.kr

## 제 5 절 公訴時效

§ 28

## I. 公訴時效의 意義와 本質

## (1) 公訴時效의 意義

公訴時效(Strafverfolgungsverjährung)란 검사가 일정한 기간 동안 공소를 제기하지 않고 방치하는 경우에 국가의 訴追權을 소멸시키는 제도를 말한다. 공소시효도 刑의 時效와 함께 刑事時效의 일종이다. 따라서 공소시효도 일정한 시간이 경과한 사실상의 상태를 유지·존중하기 위한 제도라는 점에서 刑의 時效와 취지를 같이한다. 다만 형의 시효가 확정된 刑罰權을 소멸시키는 제도임에 반하여, 공소시효는 國家의 訴追權을 소멸시킨다는 점에 차이가 있다.<sup>1)</sup> 공소시효가 완성된 때에는 免訴의 判決을 해야 함에 대하여, 형의 시효가 완성된 때에는 형의 집행이 면제될 따름이다. 형의 시효에 관하여는 형법에서 규정하고 있다(형법 제77조, 내치 제80조).

## (2) 公訴時效의 本質

공소시효의 법적 효과 내지 그 본질에 관하여는 견해가 대립되고 있다. 공소시효의 본질에 대한 논쟁은 독일 형법학의 영향이라고 볼 수 있다.

## 1) 實體法說 實體法說(materiellrechtliche Verjährungstheorie)은 공소시

효를 시간의 경과에 따라 社會의 應報感情 또는 犯人の 惡性이 소멸되기 때문에 刑罰權을 소멸시키는 제도라고 파악하고, 형벌권의 소멸이 訴訟에 반영되어 實體裁判을 저지하는 訴訟法的 效果(實體關係的 訴訟條件)를 가진다고 한다. 종래 우리 나라의 다수설이라 할 수 있다.<sup>2)</sup> 그러나 實體法說에 대하여는 ① 형벌권이 소멸하면 無罪判決을 하여야 할 것임에도 불구하고 免訴判決을 하도록 한 이유를 설명하지 못하고, ② 시간이 경과하였다고 하여 형벌권이 소멸할 수는 없다는 비판을 면할 수 없다.<sup>3)</sup> 공소시효를 형법에 규정하고 있는 독일 형법학에 있어서도 실제법설은

1) 公訴時效를 實體的 刑罰權의 소멸이라고 파악하는 견해에 의하면 實體的 刑罰權의 消滅이라는 점에서 양자는 본질을 같이하고 다만 형벌권의 확정 여부에 따라 구별될 수 있을 뿐이다. 김희옥, “公訴時效”(고시연구 1987. 2), 45면 참조.

2) 김기두, 232면; 서일교, 294면; 정영석, 263면; 김희옥, 전개논문, 46면.

3) Schäfer, S. 194.

현재 支持者를 찾아볼 수 없다.<sup>1)</sup>

- 3) 2) 訴訟法說 訴訟法說(prozessuale Verjährungstheorie)에 의하면 공소시효는 형벌권과는 관계 없이 시간의 경과에 의하여 증거가 없어지게 된다는 점을 고려하여 국가의 訴追權을 억제하는 訴訟法的 性格을 가진 것이며, 따라서 時效의 완성은 訴訟條件이 된다고 한다.<sup>2)</sup> 독일의 다수설의 입장<sup>3)</sup>이다. 소송법설에 대하여는 時效期間이 법정형에 따라 달리 규정된 이유를 설명할 수 없다는 비판이 제기되고 있다.
- 4) 3) 競合說 競合說(gemischte Verjährungstheorie)은 공소시효의 본질이 가벌성의 감소와 증거의 散逸에 있다고 하여 실체법적 성격과 소송법적 성격을 함께 인정하는 견해<sup>4)</sup>이다.
- 5) 實體法說은 공소시효가 완성된 경우에 免訴判決을 하도록 규정하고 있는 형사소송법의 태도와 일치할 수 없다고 생각된다. 공소시효의 본질은 공소시효의 존재이유에 관한 문제라기보다는 그 법적 효과와 깊은 관계가 있다. 따라서 訴訟法說과 競合說의 차이는 공소시효를 장기로 한 법률의 개정이 있는 경우에 溯及效를 인정할 수 있는가에 실익이 있을 따름이다.<sup>5)</sup> 그러나 소급효의 금지를 소송법에 대하여도 인정해야 할 필요는 없다. 시간이 경과함에 따라 형벌권이 소멸한다는 전제에서 있는 競合說도 實體法說의 난점이 그대로 유지된다고 하겠다. 따라서 訴訟法說이 타당하다고 하지 않을 수 없다. 공소시효의 본질을 訴追權의 소멸을 의미한다고 파악하면 법정형의 경중에 따라 시효기간의 차이가 있는 것을 충분히 설명할 수 있기 때문이다.
- 6) 공소시효의 본질을 免訴判決의 본질과 관련시켜 면소판결의 성질을 實體關係의 形式裁判이라고 이해하면 공소시효의 본질도 實體法說에 의하여 설명해야 한다는 견해<sup>6)</sup>도 있다. 그러나 면소판결의 본질을 공소시효의 본질을 이해하기 위한 전제로 사용하는 것은 논리적으로 모순이며, 免訴判決의 一事不再理效를 설명하기 위하여 공소시효의 본질을 실체법설 또는 경합설에 의하여 파악해야 할 필요도 없다.

1) Maurach-Gössel-Zipf, *Strafrecht*, AT 2, 5. Aufl. S. 610.

2) 강구진, 264면; 백형구, 512면, 講義, 492면.

3) Blei, *Strafrecht* III, 16. Aufl. S. 273; Maurach-Gössel-Zipf, S. 610; Schönke-Schröder-Stree, *StGB.*, 23. Aufl. Vor § 78, Rn. 3.

4) 신동운 1, 331면; 신양균, 205면.

5) Blei, S. 373; Jescheck, S. 813; Schäfer, S. 195.

6) 김희욱, 전개논문, 46면.

## (3) 公訴時效의 存在理由

공소시효의 근거는 시간의 경과에 따른 사실관계를 존중하여 사회와 개인생활의 안정을 도모하고, 刑罰賦課의 적정을 기하는 데 있다. 여기에는 시간의 경과에 의한 가벌성의 감소, 증거의 산일 이외에 장기간의 도망생활로 인하여 처벌받은 것과 같은 상태가 되며, 국가의 태만으로 인한 責任을 범인에게만 돌리는 것은 부당하다는 복합적 요소가 함께 고려된 것이라고 보아야 한다.

공소시효의 근거는 공소시효의 본질과 구별하지 않으면 안 된다. 따라서 訴訟法說을 취한다고 하여 공소시효의 존재이유도 소송법적 근거에 있다고 하는 것은 타당하지 않다. 實體法說을 취하는 다수설이 공소시효의 존재이유에 관하여 소송법적 고려를 포함시키고 있는 이유도 여기에 있다.<sup>1)</sup>

## II. 公訴時效의 期間

## 1. 時效期間

공소시효의 기간은 法定刑의 경중에 따라 차이가 있다. 즉 ① 死刑에 해당하는 범죄는 15년, ② 無期懲役 또는 無期禁錮에 해당하는 범죄는 10년, ③ 長期 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄는 7년, ④ 長期 10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄는 5년, ⑤ 長期 5년 미만의 징역 또는 금고, 長期 10년 이상의 資格停止 또는 多額 1만원 이상의 벌금에 해당하는 범죄는 3년, ⑥ 長期 5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄는 2년, ⑦ 長期 5년 미만의 자격정지, 다액 1만원 미만의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄는 1년이다(제249조<sub>1항</sub>).

공소제기 후 판결의 확정 없이 15년을 경과하면 공소시효가 완성된 것으로 간주한다(제249조<sub>2항</sub>). 이는 피고인의 소재불명으로 인한 永久未濟事件을 종결처리하기 위한 규정이다. 이를 擬制公訴時效라고도 한다. 판례도 공소제기 후 15년이 경과한 때에는 공소시효가 완성되었을 때에 해당하므로 면소판결을 해야 한다고 하고 있다.<sup>2)</sup>

1) 김기두, 233면; 서일교, 295면; 정영석, 264면; 김희욱, 전계논문, 46면.

2) 대법원 1981. 1. 13. 79 도 1520[總覽 21, 232-17]; 대법원 1986. 11. 25. 86 도 2106[공보 792-128].



## 2. 時效期間의 基準

## (1) 期間決定의 基準이 되는 刑

- 11 공소시효기간의 기준이 되는 형은 처단형이 아니라 法定刑이다. 2개 이상의 형을 병과하거나 2개 이상의 형에서 1개를 과할 범죄에는 중한 刑이 기준이 된다(제250조). 2개 이상의 형을 과할 경우라 함은 2개 이상의 主刑을 병과할 경우를 말하고, 2개 이상의 형에서 1개를 과할 경우라 함은 수개의 형이 선택적으로 규정된 경우를 의미한다.
- 12 형법에 의하여 형을 가중 또는 감경할 경우에는 가중 또는 감경하지 아니한 형이 시효기간의 기준이 된다(제251조). 가중·감경이 필요적임을 요하지 않고 임의적인 경우를 포함한다. 가중 또는 감경되지 않은 형을 기준으로 하는 것은 형법에 의하여 형이 가중·감경된 경우에 한하므로 특별법에 의하여 형이 가중·감경된 경우에는 그 법에 정한 法定刑을 기준으로 시효기간을 결정해야 한다.<sup>1)</sup> 教唆犯 또는 從犯의 경우에는 正犯의 刑을 기준으로 해야 한다. 다만 必要的 共犯에 있어서는 개별적으로 판단하지 않을 수 없다.
- 13 兩罰規定에 의하여 法人이나 事業主를 처벌하는 경우에 법인 또는 사업주의 시효기간은 사업주에게 규정된 法定刑을 기준으로 하여야 한다. 法律의 變更에 의하여 법정형이 변경된 경우에는 적용될 신법의 법정형이 기준이 된다.<sup>2)</sup>
- (2) 法定刑判斷의 基礎인 犯罪事實
- 14 1) 公訴狀記載 公訴事實 공소시효는 공소장에 기재된 공소사실에 대한 法定刑이 기준이 되지 않을 수 없다. 공소장에 수개의 공소사실이 예비적·택일적으로 기재된 경우에 공소시효는 가장 중한 죄에 정한 법정형이 기준이 된다는 견해<sup>3)</sup>도 있으나, 개별적으로 결정해야 한다고 해석하는 것이 타당하다.<sup>4)</sup>
- 15 2) 科刑上의 一罪 과형상의 일죄인 想像的 競合의 경우에는 가장 중한 죄에 정한 法定刑으로 공소시효를 결정해야 한다는 견해<sup>5)</sup>도 있으나, 상상적 결합

1) 대법원 1973. 3. 13, 72 도 2976[總覽 21, 234-1]; 대법원 1979. 4. 24, 77 도 2752[總覽 21, 232-9]; 대법원 1979. 6. 12, 78 도 694[總覽 21, 232-12].

2) 대법원 1987. 12. 22, 87 도 84[總覽 21(B), 249-3].

3) 백형구, 講義, 513면; 김희옥, 전계논문, 49면.

4) 신동운 1, 335면; 배종대/이상돈, 315면.

5) 김기두, 234면.

은 실질적으로 數罪이므로 각 죄에 대하여 개별적으로 공소시효를 결정해야 한다.<sup>1)</sup>

3) 公訴狀變更의 경우 공소제기 후에 공소장이 변경된 경우에 변경된 16  
공소사실에 대한 공소시효를 공소제기시를 기준으로 할 것인가 또는 공소장변경  
시를 기준으로 할 것인가가 문제된다. 공소제기의 효력은 공소장에 기재된 공소  
사실과 동일성이 인정되는 사실에 대하여도 미치므로 공소제기시를 기준으로 판  
단해야 한다고 하지 않을 수 없다.<sup>2)</sup>

### 3. 公訴時效의 起算點

#### (1) 犯罪行爲終了時

時效는 犯罪行爲를 종료한 때로부터 진행한다(제252조). 범죄행위의 종료시가 17  
무엇을 의미하는가에 대하여 行爲時說과 結果發生時說을 생각할 수 있으나, 결과  
발생시가 기준이 되어야 한다는 점에 견해가 일치하고 있다.<sup>3)</sup> 時效는 객관적인  
사실상태를 기초로 하는 것이기 때문이다. 따라서 결과의 발생을 요건으로 하는  
結果犯에 있어서는 결과가 발생한 때부터 공소시효가 진행된다. 다만 舉動犯과  
未遂犯에 있어서는 行爲時부터 시효가 진행된다고 보지 않을 수 없다. 繼續犯에  
있어서는 법익침해가 종료된 때로부터 공소시효가 진행된다. 包括一罪에 있어서  
공소시효의 기산점은 최종의 범죄행위가 종료된 때이다. 이에 반하여 科刑上의  
一罪에 있어서는 공소시효의 진행도 개별적으로 결정해야 한다.

結果的 加重犯에 있어서 중한 결과도 構成要件的 結果에 해당하므로 중한 결과가 발  
생한 때부터 공소시효가 진행된다고 해야 한다.<sup>4)</sup> 申告期間이 정해져 있는 犯罪의 時  
效起算點에 관하여는 신고기간 경과시라는 견해<sup>5)</sup>와 申告義務의 消滅時라는 견해<sup>6)</sup>  
가 대립되고 있다. 대법원은 後說을 취하고 있다.<sup>7)</sup>

1) Dreher-Tröndle, § 78 a, Rn. 10; Rudolphi, StGB(SK), § 78, Rn. 9; Schönke-Schröder-Stree, § 78, Rn. 8.

2) 대법원 1981. 2. 10, 80 도 3245[總覽 21, 232-18]; 대법원 1982. 5. 25, 82 도 535[總覽 21, 237]; 대법원 1992. 4. 24, 91 도 3150[공보 92, 1770].

3) 강구진, 265면; 김기두, 234면; 백형구, 講義, 514면; 서일교, 296면; 신동운 1, 336면; 정영석, 264면.

4) Rudolphi, SK § 78 a, Rn. 4; Schönke-Schröder-Stree, § 78 a, Rn. 3.

5) 백형구, 講義, 514면.

6) 김희욱, 전개논문, 52면.

7) 대법원 1978. 11. 14, 78 도 2318[總覽 21, 232-7].

## (2) 共犯에 관한 特別

- 18 共犯은 최종행위가 종료한 때로부터 全共犯에 대한 시효기간을 기산한다(제252조<sub>2</sub>항). 공범을 일률적으로 처벌하여 처벌의 공평을 기하기 위한 것이다. 여기의 공범에는 共同正犯과 教唆犯·從犯뿐만 아니라 必要的 共犯도 포함한다.

## 4. 公訴時效의 計算

- 19 公소시효의 계산에 있어서는 初日은 時間을 계산함이 없이 1일로 산정하고 기간의 末日이 공휴일에 해당하는 날이라도 기간에 산입한다(제66조).

## Ⅲ. 公訴時效의 停止

## (1) 公訴時效停止의 意義

- 20 公소시효에 관하여는 時效의 停止만을 인정하고 시효의 中斷制度는 없다. 즉 公소시효는 일정한 사유의 발생에 의하여 그 진행이 정지된다. 시효의 정지는 그 사유가 존재하는 동안 시효가 진행하지 않지만 그 효력이 없어지면 나머지 기간이 진행된다는 점에서, 중단사유가 소멸하면 새로 시효가 진행되는 중단과 구별된다.

## (2) 公訴時效停止의 事由

- 21 公소시효가 정지되는 사유에는 다음의 네 가지가 있다.

1) 公訴의 提起 公소시효는 公소의 제기로 진행이 정지되고 公訴棄却 또는 管轄違反의 재판이 확정된 때로부터 다시 진행한다(제253조<sub>1</sub>항). 公소제기가 적법·유효할 것을 요하는 것은 아니다.

2) 犯人의 國外逃避 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 公소시효는 정지된다(제253조<sub>3</sub>항). 처벌을 모면하기 위하여 국외에 도피한 범인을 처벌하여 형벌권을 적정하게 실현하기 위하여 신설된 규정이다.

3) 裁定申請 裁定申請이 있을 때에는 高等法院의 裁定決定이 있을 때까지 公소시효의 진행을 정지한다(제262조<sub>2</sub>항). 검사의 부당한 不起訴處分으로 인한 公소시효완성을 방지하기 위한 것이다. 재정결정이 付審判決定인가 또는 棄却決定인가를 불문한다.

4) 少年保護事件의 審理開始決定 少年보호사건에 대하여 少年부판사가

審理開始의 決定을 한 때에는 그 사건에 대한 보호처분의 결정이 확정될 때까지 공소시효의 진행이 정지된다(술년법).

(3) 時效停止效力이 미치는 範圍

공소시효정지의 효력은 공소제기된 피고인에 대하여만 미친다. 따라서 眞犯 22 아닌 者에 대한 공소제기는 진범에 대한 공소시효의 진행을 정지하지 않는다. 그러나 공범의 1인에 대한 공소시효의 정지는 다른 공범자에 대하여도 효력이 미치고, 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다(제253조). 공범인가의 여부는 심판을 하고 있는 법원이 결정한다. 따라서 검사가 單獨犯이라고 공소제기한 경우에도 공범이 있다고 인정된 때에는 공범에 대하여도 시효정지의 효력이 미친다.

IV. 公訴時效完成의 效果

공소의 제기 없이 공소시효기간이 경과하거나 공소가 제기되었으나 판결이 23 확정되지 않고 15년을 경과한 때에는 공소시효가 완성된다. 공소시효의 완성은 訴訟條件에 해당하므로 공소가 제기되지 않은 때에는 검사는 공소권 없음의 不起 訴處分을 하여야 한다. 공소가 제기된 후에 공소시효가 완성된 것이 판명된 때에는 법원은 免訴의 判決을 해야 한다(제326조). 면소의 판결을 하지 않고 有罪 또는 無罪의 實體判決을 한 경우에는 抗訴 또는 上告理由가 된다.

## ▶ 인권토론회

# “반인도적 범죄와 공소시효 문제”

· 국제법의 흐름과 국내법의 정비방향을 중심으로

■ 일시 : 1999년 11월 24일(수) 오후4시

■ 장소 : 국회 본청 귀빈식당

국회/일본/군/위안/부/문/제/연/구/모/임

# 진행순서

- ▲ 사회 : 이미경의원(국회일본군위안부문제연구모임 대표)
  
- ▲ 주제발표1 조시현교수(성신여대 법대)  
「중대한 인권침해행위에 대한 시효문제」
  
- ▲ 주제발표2. 박찬운변호사(민변 국제연대위원장)  
「반인도적 범죄의 올바른 처벌을 위한 국내법의 정비방향」
  
- ▲ 지정토론
  - 한인섭(서울대 법대 교수)
  - 남규선(민가협 총무)
  - 조효재(국제 앰네스티 아시아조사과 연구위원)
  - 김수창(검사. 법무부 검찰 4과)
  - 유선호(국회의원. 국민회의 인권위원장)
  
- ▲ 질의응답 및 자유토론

# 중대한 인권침해행위에 대한 시효문제<sup>1)</sup>

조시현(성신여대 법학과 조교수)

## I.

한국사회에서 전쟁범죄, 반인도적 범죄와 같은 중대한 인권침해에 대한 처리문제는 사건이 발생한 때로부터 상당히 오랜 세월이 흐른 뒤에서야 비로써 쟁점이 되기 시작하였다. 일본군 '위안부' 문제, 한국전쟁 중 노근리 등지에서의 미군의 양민학살, 광주학살과 삼청교육대, 고문 등과 같은 제5공화국의 인권유린행위를 비롯하여 오늘날 이러한 문제가 제기되고 있다는 것 자체가 '역사바로세우기'의 차원에서 온갖 불법으로 범벅이 된 과거사를 맞닥뜨리려는 노력으로 어느 정도 한국사회의 성숙도를 반영하는 것이지만 그 동안 애써 외면하여온 정의의 문제 또한 정당한 법적 평가와 올바른 해결방안을 요청한다.

지난 10월 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)의 한국정부보고서 심의중에 의장이 제시한 문제목록은 "1980년대말까지 권좌에 있었던 군사통치기간동안 중대한 인권침해행위를 수사하고 책임자를 처벌하기 위해 어떠한 조치가 취해졌는지"라는 질문을 담고 있었다. 이에 대해 정부는 "5.18민주화운동을 탄압하기 위해 폭력을 행사한 사람들은 처벌되었다. 이 운동의 진압에 가담한 자들은 내란죄와 뇌물죄로 기소되었다. 그러나 이들은 형기가운데 단지 2년만을 복역하고 나서 국민화합을 위해 석방되었다"고 답변하였다. 비루스체브스키(Wieruszewski) 위원은 "특히 (고문 등 가혹행위의) 주장이 국가보안법하에 구금된 사람들뿐만 아니라 일반범죄자들에게서도 나온다는 것을 유념하면 불처벌의 분위기(a climate of impunity)가 여전히 법집행공무원들 사이에 존재하는 것 같다"는 의견을 표명하였다. 이러한 인권이사회의 태도는 한국의 과거청산은 여전히 오늘의 인권문제를 극명하게 보여준다.

이러한 과거문제의 법적 청산에 있어서 나타나는 걸림들의 하나는 오랜 시간이 지남에 따라 배상청구의 권리나 범죄행위의 처벌권이 소멸한다는 시효(時效) 문제이다. 이 문제는 민사소멸시효나 공소시효를 규정하고 있는 국내법의 문제이기도 하지만 침해행위의 주체가 다른 나라인 경우는 물론이고 한국정부인 경우에도 국제법의 적용문제를 일으킨다.

1) 시간 제약 등의 이유로 이 글을 쓰면서 참조한 문헌과 인용출처를 다 밝히지 못한 것에 대하여 읽는 사람의 너른 이해를 바란다.

## II

한 나라가 다른 나라의 국제법 위반행위에 대하여 국가 대 국가의 차원에서 책임을 물을 경우 국제법은 시효를 두지 않는다. 그러나 한 나라가 다른 나라 사람에 대하여 저지른 국제법 위반행위에 대하여는 피해를 입은 개인이 가해국을 상대로 배상을 청구할 경우 가해국은 시효가 지났음을 이유로 청구를 기각하는 예가 많다. 이럴 경우 자국민 보호를 위하여 피해자를 대신해서 피해국 정부가 나서서 해결을 위한 외교적 노력을 기울이고 분쟁이 해결되지 않을 경우 마침내는 국제법정에 호소하는 길을 찾을 수 있다(이른바 '외교적 보호'). 정치적, 외교적, 경제적 고려 따위로 법적 해결이 어려운 것은 사실이지만 외국의 경우 국제법정까지 간 사례는 적지 않다. 그러나 한국정부는 그 동안 이러한 해결방법의 모색에 지극히 소극적이었다.

또한 국제법이 범죄로 규정하는 행위를 직접 저지르거나 가담한 사람이 소속한 국가에 그의 처벌을 요구하는 경우에도 그 국가는 공소시효를 이유로 고소장 접수마저 거부하는 일도 있다. 이럴 경우 국제법은 피해자가 소속한 국가는 물론 제3의 국가들이 범죄혐의자를 처벌할 수 있는 권한을 주고 있다(보편적 재판권). 나아가 예를 들어 1949년 전쟁희생자의 보호에 관한 제네바협약들은 협약당사국들이 협약의 '중대한 위반행위'(grave breaches)를 저지른 사람의 국적을 묻지 않고 스스로 처벌하거나 처벌을 원하는 국가에게 넘겨 줄 것을 요구하고 있다. 최근 캐나다, 영국, 호주 등 제2차 세계대전 중 나치의 전쟁범죄를 처벌하기 위한 국내입법을 마련하는 국가들이 늘고 있음은 이러한 맥락에서 주목할 만하다. 한국은 일본군전범의 출입국을 금지하는 법규를 최근 만들었으나 전쟁범죄와 반인도적 범죄와 같은 국제범죄의 명시적인 처벌법률을 아직 제정하고 있지 않다.

한국의 국가기관에 의한 살인, 고문 등 중대한 인권침해행위의 경우 피해자들의 배상과 처벌요구에 대해 그 동안 한국정부가 취한 태도는 가해국의 그것과 다를 바가 없었다. 즉 국내법상 시효를 이유로 온전한 배상은 이루어지지 않은 채 경우에 따라 보상과 명목적인 명예회복조치가 있었을 따름이었다.

그러나 국제법은 개별 국가에게 그 땅에 살고 있는 모든 사람의 인권을 보장하고 촉진하여야 할 일반적인 의무를 부과한다. 국가가 이러한 의무를 위반하여 군인이나 공무원 등 국가기관을 통하여 인권침해행위를 직접 저지르거나 방조 또는 묵인한 경우는 말할 것도 없이 알았거나 알 수 있었음에도 이를 방지하지 않은 경우에도 책임을 진다는 것은 외국인은 물론 자국민에 대해서도 마찬가지이다. 국가가 이러한 인권침해행위의 피해자들에 대하여 배상하지 않거나 책임자를 처벌하지 않으면 인권보장의무를 또다시 위반하는 결과가 된다.

이와 같은 피해자들이 직접 가지는 배상을 받을 권리와 처벌요구권은 어느 정도 진상을 밝히는데 기여하게 된다. 그러나 이러한 권리는 단지 '복수를 가능하게 함에 그치는 것이 아니다. 피해를 직접 받지 않은 다른 사람들과 사회전체가 자신의 국가가 어떠한 불법행위를 하였는지 진실을 알 권리를 가지며 국가 또한 이러한 행위의 재발을 막기 위해서는 철저한 진상규명을 통해 제도를 개혁하고 인적 청산에 나서야만 국제법이 요구하는 인권보장의 의무를 다할 수 있다.

이러한 국가의 인권보장의무, 보다 구체적으로는 피해자에 대한 배상과 처벌의무는 인권침해행위의



실질을 고려하지 않은 채 형식적으로 권리의 사법적 성격 혹은 범죄에 부과되는 법정형에 따라 일률적으로 정해진 시간의 경과에 따라 사인(私人)의 권리나 국가의 형벌권이 없어진다고 하는 시효제도와 충돌하게 된다. 이러한 국제법과 국내시효제도의 충돌은 아직 나치전범의 처리를 다하지 못했음에도 독일법상 이들의 범죄에 대한 시효의 만료가 임박함에 따라 국제적인 대응을 가져왔다. 이에 따라 1968년 유엔총회는 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약을 채택하였다. 그런데 일본과 미국은 물론 한국도 이 협약에 가입하지 않고 있다. 이에 따라 이 국가들의 시효문제에 대한 입장을 파악하여야 할 현실적인 필요가 있고, 나아가 전범과 반인도적 범죄에 대한 시효규정의 배제가 협약 가입여부와 상관없이 모든 국가가 의무적으로 따라야 하는 국제관습법의 확립된 원칙으로 인정되었는지가 쟁점이 된다.

### III.

제2차 세계대전중 국제법 위반행위자들의 처벌을 가능하게 했던 뉘른베르그와 도쿄 헌장은 시효에 관한 명시적인 규정을 두지 않았고 국제군사법정에서는 실제 문제가 되지 않았다. 전쟁범죄, 평화와 인도에 반한 죄를 저지른 사람들의 처벌에 관한 연합군 점령위원회 법률 제10호는 제1조 5항은 "이 법률에 언급된 범죄의 재판이나 소추에 있어서 피고 인들은 1933년 1월 30일부터 1945년 7월 1일까지의 기간에 대하여 시효에 관한 어떠한 법률의 이익도 받을 수 없고 나치체제 아래 부여된 어떠한 면제(immunity), 은사(pardon) 또는 사면(amnesty)도 재판이나 소추의 장애사유로 인정될 수 없다"고 규정한다. 그러나 모든 전쟁범죄자들의 처벌이 아직 이루어지지 않은 가운데 독일법상 이들에 대한 공소 시효가 1969년 12월 31일로 완성되게 되고 나치와 파시스트 활동의 부활이라는 급박한 분위기 속에 1968년 11월 26일 유엔총회 결의 2391(XXIII)호로 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약이 채택되었다.

유엔 시효부적용협약은 먼저 "범행의 시점을 묻지 않고" 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여 공소시효가 적용되지 않는다고 규정한다(제1조). 이 협약의 적용대상이 되는 전쟁범죄는 다시 뉘른베르그 헌장에서 정의되고 유엔 총회의 결의 3(1)호(1946.2.13)와 95(I)호(1946.12.11)에 의해 확인된 것으로 한정되고 특히 전쟁희생자 보호를 위한 1945년 8월 8일의 제네바협약들에 열거된 "중대한 위반행위"(grave breaches)도 협약의 적용을 받는다(제1조 (a)). 이 협약에서 인도에 반한 범죄는 "전시 또는 평시에 저질러졌던 간에 1945년 8월 8일의 뉘른베르그 국제군사법정헌장에서 정의되고 유엔 총회의 결의 3(1)호(1946.2.13)와 95(I)호(1946.12.11)에 의해 확인된 것"으로 정의된다(제1조 (b)). 이 협약은 또한 "무력 공격 또는 점령에 의한 축출(eviction), 인종격리(apartheid) 정책으로 야기된 비인간적 행위와 집단학살범죄"에도 적용된다(같은 조문). 이 협약의 규정은 범죄의 완성 정도를 묻지 않고 정범이나 종범으로서 이러한 범죄행위의 실행에 가담하거나 직접적으로 선동 또는 모의한 국가당국자와 사인과 이러한 범행을 용인한 국가당국자에게 적용된다(제2조).

유엔협약은 무엇보다 이러한 범죄의 "소추와 처벌에 대해 공소시효 또는 다른 제한사유가 적용되지 않고 이러한 사유가 존재하는 경우 이의 폐지를 확보하기 위해 필요한 모든 입법 또는 다른 조치를 각각의 헌법절차에 따라 채택"할 의무를 당사국에 부과한다(제4조).

### IV.

유엔협약의 당사국이 그렇게 많지 않음에 따라 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 않는 것이 국제관습법의 확립된 원칙인지 문제된다. 이 문제는 최근 검찰에 제출된 이근안에 대한 고소장에서 제기된 바 있다.

이 문제는 협약체결당시에도 논란이 되었다. 시효문제에 관한 유엔 인권위원회, 유엔 제3위원회의

토의과정에서 모든 대표들은 인류의 양심은 이들의 소추와 처벌을 요구한다고 강조하였으나 부적용이 현행 국제법원칙인지에 대해서는 의견이 갈렸다. 예컨대 폴란드대표는 나치 전범에 대한 시효부적용은 이미 국제법이 요청하는 것이라고 주장하였다. 또한 일부 대표들은 보편적으로 승인된 법의 기본원칙은 반대되는 명문의 규정이 없는 한 범죄는 끝까지 처벌되어야 하며 시효부적용의 대상범죄에 관한 어떤 국제문서도 시효에 대한 언급이 없음을 주목하고 국제법은 이에 대한 시효적용을 완전히 금지한다고 해석하였다. 이러한 국제법원칙에 따라 국가는 필요한 경우 국내법을 개정 또는 폐지하거나 특별법을 제정해야 하며 이러한 법률들은 새로운 규범을 만들어내는 것이 아니라 단지 기존의 국제법규를 이행한 것에 불과하다고 한다. 이러한 견해에 따르면 시효에 관한 협약의 체결은 이 문제에 대한 의구심만을 키울 것이며 체결된다해도 선언적 성격을 가질 뿐이라고 한다. 더욱이 시효의 이익은 인권으로 간주될 수 없고 시효는 범죄인의 이익이 아니라 오히려 일정한 시간의 경과 후에 정치범이나 일반범죄인의 소추와 처벌로 발생하는 어려움을 피하기 위한 것으로 사회의 이익에 봉사한다고 한다. 이러한 맥락에서 시효제도는 관련범죄의 심각성의 정도와 다양한 다른 고려사항에 따라 적용여부를 정할 수 있는 주로 형사정책의 한 규칙으로 절차적 성격의 것이라는 의견도 개진되었다.

이러한 견해에 대하여 일부 국가들은 뉘른베르크 헌장이 시효규정을 두지 않은 이유는 아마도 20년이 지나서도 처벌되지 않은 사람이 있을 것을 예측하지 못했고 헌장에 의한 나치범죄자의 처벌을 주도한 국가에서는 시효가 일반적으로 적용되지 않기 때문이라고 보고 형사법의 불소급원칙에 비추어 시효정지는 문제가 있을 것이라는 견해를 표명했다. 그러나 대부분의 국가들은 문제가 된 범죄에 대하여 시효적용이 배제되어야 한다는 점에 동의하였다. 서구국가들이 이 협약에 대해 호의적이지 않은 것은 다른 이유 때문이었다. 즉 폴란드, 소련을 비롯한 동구국가들과 아프리카 국가들이 현대적 형태의 반인도적 범죄를 다루기 위해 뉘른베르크의 정의를 확대하려고 시도하여 경제적, 사회적 이유로 인한 박해, 무력추출, 남아프리카에서 자행되던 인종격리를 포함시키려는 태도에 완강히 반대하였다. 또한 서구국가들은 시효부적용원칙이 적용되는 전쟁범죄를 '중대한 성격'을 띠는 경우 등으로 제한하려고 하였다.

이러한 체결과정중의 논의에서 드러나듯이 이들 국가들이 협약에 가입하고 있지 않은 사실만을 가지고 시효부적용이 국제관습법이 아니라고 할 근거는 없다. 유엔협약은 공소시효가 적용될 수 없는 반인도적 범죄<sup>2)</sup>를 직접 정의하지 않고 뉘른베르크 헌장을 인용하는데 뉘른베르크 헌장에 따르면 반인도적 범죄는

“전쟁이 있기 전 또는 전쟁 중에 모든 민간인(any civilian population)에 대해 저질러진 살인, 인종 말살, 노예화, 추방, 그리고 여타의 비인간적 행위, 또는 행해진 나라의 국내법 위반이 되는가를 불문하고 이 재판소의 관할권 아래 있는 범죄(즉 평화에 대한 죄와 전쟁범죄: 필자)의 실행 중에 또는 이에 관련하여 행해진 정치, 인종, 종교를 이유로 한 박해”

로 규정된다(제6조 c항). 앞에서 본 바와 같이 협약이 본질적으로 비인도적인 다른 범죄행위도 적용

2) 'crime against humanity'라는 말은 인도에 대한 죄, 반인륜적 범죄, 또는 인간의 존엄과 가치를 해하는 범죄 등으로 번역되고 있으나 여기에서는 인도에 반한 죄 또는 반인도적 범죄로 쓰기로 한다.

대상으로 하고 있지만 적어도 뉘른베르그 헌장이 정의하고 있는 범죄에 대하여는 시효가 적용될 수 없다는 데 대부분의 국가들이 동의하고 있음은 명백하다. 이러한 결론은 유엔협약이 채택된 다음 유럽이사회가 유엔협약 보다 대상범죄를 좁힌 시효부적용협약을 채택한 것에 의해서도 뒷받침된다.

그러나 유엔협약이 엄격하게 제2차대전 중에 반인도적 범죄를 구성하는 행위로 확인된 것만을 대상으로 하고 있다고 해석할 수는 없다. 헌장의 '비인간적 행위' 또는 '박해'라는 개념은 충분히 넓어서 예컨대 패전후 독일에 설치된 연합군 점령이사회의 법률 제10호가 명시적으로 비인간적 행위의 예로서 들고 있는 '투옥', '고문'과 '강간'에도 유엔협약이 적용된다고 볼 수 있다. 이와 같이 유엔협약이 적용되는 반인도적 범죄는 반인도적 범죄에 관한 국제관습법의 발달을 배제하지 않는다. 따라서 기본적으로 뉘른베르그의 틀을 유지하면서 이를 더욱 발전시킨 구 유고슬라비아와 르완다의 무력충돌과 관련하여 설치된 국제형사재판소 규정들과 1998년 로마에서 채택된 국제형사재판소 규정에서 볼 수 있는 반인도적 범죄에 대해서도 공소시효의 적용이 배제된다(또한 후술하는 미주협약 참조).

전쟁범죄 등에 시효적용이 배제되어야 한다는 국제법원칙은 유엔협약이외에 다른 곳에서도 확인된다. 반인도적 범죄로 평가되는 강제실종(enforced disappearance)에 관한 미주협약도 시효의 배제 또는 정지에 관한 규정을 두고 있다. 또한 유엔 국제법위원회(International Law Commission)가 마련하고 있는 인류의 평화와 안전에 대한 형법초안도 시효배제규정을 두고 있다.

1993년 비엔나 세계인권선언은 "국가는 고문과 같은 중대한 인권침해행위의 책임자에 대한 불처벌로 이끄는 법률을 폐기하고 그러한 침해행위를 처벌해야한다"고 선포하고 있다. 더욱이 유엔 인권소위원회의 특별보고관 루이 주아네가 작성한 '불처벌과의 투쟁을 통한 인권 보호와 신장을 위한 일련의 원칙'은 "국제법상 중대범죄에는 공소시효가 적용되지 않는다. 인간의 존엄성을 엄중하게 손상한 범죄에 대해서도 본질적으로 공소시효가 없다"고 한다. 또한 인권소위원회의 반 보벤 교수가 작성한 '인권법과 인도법의 중대한 침해행위의 피해자를 위한 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 지침'은 "인권법과 인도법 위반행위에 대해 아무런 효율적 구제수단이 존재하지 않는 기간에 대해서 시효규정이 적용될 수 없다"고 규정한다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약으로 설치된 인권이사회는 아직까지 시효문제를 구체적으로 다루고 있지 않지만 피해자에게 배상을 포함한 효율적 구제가 주어질 것(일반논평 7, 16차 회기, 1982)을 강조하고 "국가는 개인의 배상과 가능한 한 완전한 재활을 포함한 효율적 구제에 대한 권리를 박탈할 수 없다"고 못박고 있다(일반논평 20, 44차 회기, 1992).

## V.

국제범죄로 취급되는 중대한 인권침해행위에 대해 공소시효를 적용하지 않음에 따른 처벌은 죄형법정주의 또는 소급효 금지원칙의 위반인가? 이 문제에 대하여 긍정적인 견해도 있으나 대부분의 외국판례는 부정적이다.

1969년 2월 26일 독일 연방헌법재판소가 내린 판결에 따르면 “범죄행위의 불법내용에 대한 입법자의 평가와 거기에 과해지는 형량은 공소시효기간의 연장을 통하여 저촉되지 않는다”고 하여 죄형법정주의, 법치국가원칙이나 평등의 원칙에 어긋나지 않는다고 하였다. 공소시효규정은 처벌가능한 행위가 어느 기간 동안 소추될 수 있는지를 규율하는 것으로 행위의 가벌성과는 무관하므로 소급효금지의 원칙이 적용되지 않음을 명백히 했다. 또한 호주와 캐나다의 법원도 나치범죄처벌과 관련된 법률은 행위에 국내법 또는 국제법상 범죄를 구성하지 않거나 국제사회에 의해 승인된 법의 일반원칙에 따라 범죄적이지 않은 행위에 대해 유죄로 인정되지 않을 권리를 침해하지 않는다고 하였다. 민주주의 이행기의 국가나 탈공산주의 과정에 있는 국가들은 통상적으로 집단학살이나 반인도적 범죄에 대한 처벌근거법률이나 시효적용을 배제하는 법률을 제정하고 있으며 이들 법원 역시 이러한 조치를 적법하다고 확인하는 것이 일반적이다. 헝가리 헌법재판소는 국가가 공소를 제기하지 않은 것이 정치적 이유에 기인한 경우 1944년 12월 21일부터 1990년 5월 2일까지 저질러진 범죄에 대한 시효가 다시 진행하도록 한 법률을 위헌이라고 하기도 하였으나 1993년에는 1956년 혁명기간 동안 제네바협약위반행위와 반인도적 범죄를 처벌하는 법률을 합헌이라고 판단하였다.

한국의 경우 광주항쟁에 대한 법적 청산의 요구가 비등하는 가운데 1995년에 제정된 ‘헌정질서파괴 범죄의 공소시효 등에 관한 특별법’은 형법상 내란죄와 외환죄 및 군형법상 반란죄와 이적죄로 구성되는 ‘헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 범죄’와 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약에 규정한 집단살해에 해당하는 범죄에 대한 형사소송법과 군사법원법이 정하는 공소시효의 적용을 배제하고 있다(제3조). 또한 ‘5.18민주화운동 등에 관한 특별법’은 “1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법 제2조의 헌정질서파괴 범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다”(제2조 1항)고 규정하고 이러한 기간을 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간으로 정하고 있다. 5.18특별법제정 범국민비상대책위원회가 1995년 12월 5일 발의한 ‘5.18민주항쟁의 진실규명과 정신계승 등을 위한 특별법안’, 제32조도 같은 취지이다.

5.18특별법의 위헌여부가 문제되었으나 헌법재판소는 1996년 2월 16일 무엇보다 ‘왜곡된 한국 반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과정에서의 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여야 한다는 중대한 공익’이 개인의 ‘공소시효에 의하여 보호될 수 있는 신뢰보호이익’에 우선하여 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 그러나 국보위나 삼청교육대에 관한 손해배상청구에 대한 판결에서 보듯이 대법원은 소추권의 장애에 대한 법리를 민사문제에 있어서는 인정하지 않고 있다.

특정행위를 전쟁범죄 내지 반인도적 범죄로 처벌하는 국내법률이 죄형법정주의와 소급효를 금지하는 원칙에 반하는지의 문제와 어느 행위가 국제법상 위와 같은 범죄를 구성하기 때문에 발생하는 국제법상의 의무에 따라 이러한 행위를 처벌하고 피해를 배상하여야 하는 의무를 충족시키기 위해 국내법상의 시효규정의 적용을 배제할 것인지는 별개의 문제이다. 죄형법정주의와 소급효금지의 원칙은 피의자의 권리를 보호하기 위해 국제인권법의 확고한 원칙이지만 시효의 적용으로 인한 이익은 이러한 인권차원으로 인정되지 않는다. 또한 국제법은 특정한 범죄행위를 굳이 전쟁범죄 또는 반인도적 범죄라는 명칭의 죄목으로 처벌할 것을

요청하는 좁은 의미로 해석할 수도 있지만 이러한 행위의 가벌성을 인정하는 전제에서 당해 행위를 국내형사법상 범죄로 처벌할 수도 있다고 보는 것이 보다 현실에 부합하는 것 같다. 다만 이 경우 특정 행위의 가벌성이 국내법상 인정되지 않는 경우나 법정형이 낮아 범죄의 심각성에 비례하지 않는 경우에는 국제법의 의무를 완전히 충족시키지 못하므로 보완입법이 요구된다. 그러나 이를 위해 전쟁범죄나 인도에 반한 죄를 명시적으로 신설하는 경우에도 소급입법이 아니라는 판례들이 있다. 행위 당시의 국제법에 비추어 반인도적 범죄를 구성하지 않는 행위를 나중에 처벌할 수 없는 것은 당연하다.

‘헌정질서파괴범죄의 공소시효등에 관한 특별법’이 공소시효가 배제되는 국제범죄로서 집단학살죄만을 언급하고 있음은 문제이다. 이 법의 명칭도 문제가 없지 않으나 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 포함하도록 우선적으로 개정되어야 한다. 더욱이 이 범죄들에 관한 규정을 아예 형법에 두거나 특별법을 제정할 필요가 있다(법무부는 나치전범·인종학살·인신매매 따위의 반인륜범죄 등을 포함한 형법개정안을 1996년 가을 정기국회에 상정하기로 했다고 한다. 한겨레신문, 1996.9.6.자 2쪽 참조 그러나 무슨 이유에서인지 예정된 개정안을 상정되지 않았다). 이러한 법률개정은 원래 국제법상 이미 범죄로 규정된 행위에 대한 처벌이 국내적으로 가능하게 한 것에 불과하여 소급형사입법이 될 수 없으며 단지 확인적인 것에 불과하다. 한국현대사에 점철된 국가에 의한 인권유린행위를 인도에 반한 죄로 파악하는 것은 국내형사법규만을 적용하는데 따르는 공소시효와 같은 난점들을 극복할 수 있는 실제적인 이점만이 아니라 실제적 진실에 더욱 부합한다. 또한 같은 것은 같게 취급하여야 하는 정의의 요청과 개인의 생명과 인권을 지고의 가치로 확인하는 정당성을 갖는다.

## VI.

국가에 의한 중대한 인권침해행위에 대해 공소시효를 원용하는 것은 국가가 자신의 범죄를 은폐하고 사실상 면책하는 것이나 다를 바가 없다. 이 결과 범죄를 저지른 국가당국자들이 처벌되지 않음(불처벌 impunity)으로써 국가는 추가적인 침해행위를 저지르게 된다. 피해자와 그 가족의 구제받을 권리와 진실을 알 권리를 침해하는 것은 물론 인권유린행위가 근절되지 않고 계속 재발할 가능성이 늘 있게 된다. 인권침해의 유산을 청산하지는 것은 인권보장체제를 다져나가고 굳히자는 뜻이기도 하다.

다른 나라의 과거청산에서도 문제가 된 시효와 같은 법적 장애는 각종 특별법제정과 판례에서 볼 수 있듯이 극복할 수 없는 것은 아니다. 한국정부는 헌법도 인정하고 있는 국제관습법(일반적으로 승인된 국제법규)을 시효에 관한 민·형사법의 특별법으로서 적용하여 시효규정을 배제하여야 한다. 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용이 국제관습법으로 인정되지 않는 경우에도 효율적인 법적 보호를 기대할 수 없었던 기간 동안 시효의 진행이 정지됨을 인정하여야 할 것이다. 더욱이 중대한 인권침해행위의 해악은 고문이나 강간과 같이 행위가 종료되었음에도 그로 인한 고통이 사라지지 않는 경우가 대부분이다. 따라서 이러한 유형의 범죄를 계속범으로 취급할 필요가 있다. 1992년 강제실종에 관한 유엔선언은 실종자의 행방이 밝혀질 때까지

지 계속범으로 취급하고, 강제실종범죄의 처벌과 배상에 대한 시효적용을 배제 또는 정지할 것을 요청한다(제 17조). 1994년 미주기구(OAS)가 채택한 '사람들의 강제실종에 관한 미주협약' 역시 비슷하게 규정한다. 이러한 계속범에 대한 공소시효와 민사소멸시효는 정부의 진지한 진상규명과 수사노력이 명백하게 기울여지고 있다고 누구나 인정할 수 있을 때까지 진행되지 않는다고 해야한다.

한국의 과거청산은 현재진행형이다. 시효에 관한 국제법의 발달은 이러한 과정에서 작은 걸림돌 하나를 제거하는 것에 불과하고 재판에 의한 청산방식이 갖는 한계에 대해서도 차분히 생각해볼 여지가 있다. 이러한 점에서 인권적 측면을 포함한 과거청산의 여러 측면들이 하나씩 보다 체계적으로 접근될 것을 기대해 본다.

# '반인도적 범죄'의 국내적 수용

- 국내법의 문제와 수용방안을 중심으로 -

박찬운 변호사(민변 국제연대위원장)

드디어 올 것이 오고야 말았다. 고문기술자 이근안 경감의 지수와 노근리 학살사건은 국제인권법과 국제형사법이라는 국제법의 특수 분야가 한국의 인권수준에 드디어 영향을 끼칠 수 있는 기회를 맞이한 것이다. 간간이 선각자의 입을 통하여 전해진 국제형사법의 '반인도적 범죄(crimes against humanity)'가 한국의 고문수사에 영원한 쐬기를 박을 수 있는 아이디어로 떠올랐고, 국제인권법상의 여러 권리들이 제대로 국내에서 실현되기 위해서는 무엇인가를 해야한다는 여론이 서서히 일고 있는 것이다. 기쁜 일이다. 이제는 이 문제에 관심을 가지고 있는 전문가들이 나서야 할 때이다. 자의든 타의든 어렵게 형성된 사회적 분위기를 살려 국제사회가 이미 만들어 놓은 반인도적 범죄의 한국화를 시도해야 할 때가 온 것이다.

## 1. 연구의 목적 및 범위

이 글은 다음과 같은 목적을 위해 만들어진 것이다.

첫째, 국제사회에서 확립된 crimes against humanity, 곧 반인도적 범죄의 개념을 어떻게 정의하여 이해할 것인가이다. 이를 위해 반인도적 범죄가 어떻게 형성되어 왔는지를 간단히 살펴면서 동 개념을 이해하고자 한다. 나아가 이 부분에서는 우리의 관심사인 고문이 과연 어떠한 경우 반인도적 범죄로 평가되는가를 알아보며 고문방지조약상의 고문과 반인도적 범죄의 관계가 무엇인지도 살펴보고자 한다.

둘째, 국제사회가 반인도적 범죄(고문방지조약상의 고문을 포함하여)에 대해 어떠한 성격을 부여하여 왔는지를 살펴는 것이다. 이것은 일반적인 국내범죄와 달리 국제범죄<sup>3)</sup>로서의 반인도적 범죄가 어떠한 특별한 원칙을 가지고 있는지를 밝히는 것이다.

셋째, 반인도적 범죄 및 고문방지조약상의 고문범죄에서 요구하는 국가의 의무가 한국에서 제대로 실현되고 있는지를 살펴보고자 한다. 이들 범죄에 대한 국가의 국제적 의무를 실현하는 데 우리 법은 어떠한 한계가 있는지를 알아볼 것이다.

마지막으로 필자는 반인도적 범죄를 국내에 도입하는 방법에 대해서 간단히 언급하고자 한다.

3) 여기에서 국제범죄란 국제조약이나 국제관습법에 의하여 국가나 국제사법기구가 처벌할 수 있는 행위를 말한다.

## 2. 국제법에서의 반인도적 범죄의 개념 정립과 그 형성과정

### 가. 뉴렘버그 재판에서 유고슬라비아 재판에 이르기까지의 반인도적 범죄의 개념

일반적으로 반인도적 범죄는 영문 crimes against humanity의 번역어이다. 이 용어가 일반적으로 정립된 것은 나찌전범을 처벌하기 위해 설치된 연합국의 뉴렘버그재판소 헌장(Nuremberg Charter) 6조 3항에 서이다. 거기에는 다음과 같이 반인도적 범죄를 규정하고 있다.

반인도적 범죄: 전쟁 전후로, 민간인에 대하여 저질러진 살인, 말살, 노예화, 강제추방, 그리고 비인도적 행위 혹은 군사재판소(뉴렘버그재판소)의 관할에 들어가는 범죄와 관련 있는 정치적, 인종적 혹은 종교적 이유로 인한 박해<sup>4)</sup>

다음으로 1993년 유엔 안보리의 Resolution 808로 설치된 유고슬라비아 임시 전범재판소<sup>5)</sup>의 근거규정(Statute of the International Tribunal) 5조는 위의 뉴렘버그와 거의 같은 규정을 두고 있다(위와 같은 규정은 루안다 임시재판소의 근거규정에서도 볼 수 있다).

재판소는 국제적 성격과 국내적 성격을 불문하고, 무력충돌 중 민간인을 상대로 저질러진 다음의 행위에 책임있는 사람을 처벌할 권한을 갖는다.

(a) 살인 (b) 말살; (c) 노예화; (d) 강제추방; (e) 강제수감; (f) 고문; (g) 강간; (h) 정치적, 인종적 및 종교적 이유로 인한 박해; (i) 기타의 비인도적 행위;

위의 두 국제재판에서 확인된 반인도적 범죄는 위의 규정에서도 일부 알 수 있듯이 동 범죄의 구성을 위해서는 다음과 같은 요소가 필요하다고 논의되어 왔다. 첫째는 전쟁이나 혹은 무력충돌과의 관련성이다. 국가와 국가 혹은 국가와 반국가단체간의 무력충돌이 있는 상황에서 위와 같은 행위가 벌어져야만 한다는 것이다. 뉴렘버그의 경우는 전쟁 직전의 상황에서의 유대인 박해를 이 범죄의 유형에 넣기 위해 이 요건은 상당히 완화시켰다. 둘째는 위와 같은 행위는 민간인을 대상으로 한다는 것이다. 이것이 바로 전투요원을 상대로 하는 전쟁범죄<sup>6)</sup>와 다른 것이다. 셋째는 행위의 방법인데 이들 두 재판은 기본적으로 이들 행위가 광범위

4) 원문을 옮기면 다음과 같다. Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhuman acts committed against any civilian population, before and during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

5) 이 재판소의 공식명칭은 다음과 같이 상당히 길다: "International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991"

6) 물론 전쟁범죄 중에는 전투요원이나 민간인이나를 불문하는 경우가 있다. 즉, 독개스를 사용하거나 군사적 필요와 관계 없이 도시를 완전히 파괴하는 행위 혹은 비군사시설, 즉 주거지역의 무차별한 공격등은 사실 반인도적 범죄와 구별하기 힘든 측면이 있다. 따라서 이러한 전쟁범죄 또한 반인도적 범죄로 규정해야 한다는 주장이 있다.



(widespread)하고 조직적(systematic)으로 일어나야 한다는 원칙을 세웠다. 다만 '광범위'의 요건과 '조직적'의 요건이 동반(즉, and 조건)되어야 하는 것인지 아니면 둘 중의 하나만 충족되면(즉, or조건) 되는 것인지에 대해서는 논란이 있으나 유고슬라비아 재판소는 이들 요건 중 하나만 충족하면 반인도적 범죄는 성립된다는 결론을 내린 바 있다.<sup>7)</sup> 넷째는 행위의 정도인데 반인도적 범죄는 국내법의 일반형사범죄는 분명히 구별되는 차이를 가지고 있다는 것이다. 즉, 일반적인 다른 국내형사범죄보다 좀더 강하게 그 비인도성을 찾을 수 있는 것이 아니면 안된다는 것이다. 이러한 문제는 국내법에 반인도적 범죄의 죄명을 두고 있는 나라의 법원의 해석과정에서 논란이 되었다. 예컨대, 캐나다의 최고법원은 Finta 사건(1994)에서 "반인도적 범죄는 국내법의 살인이나 강도 보다 그 도덕적 비난의 정도가 강하여만 한다"고 판결한 바 있다.<sup>8)</sup>

## 나. 국제상설형사재판소 규정에서의 반인도적 범죄

반인도적 범죄는 98년 6·7월의 로마회의에서 만들어진 국제상설형사재판소 근거규정(Rome Statute) 7조에서 상당한 변신을 가져왔다. 동 규정은 재판소의 관장범죄로 대량학살(genocide), 전쟁범죄(war crimes), 침략행위(aggression)와 함께 가장 중요한 관장범죄행위로서 반인도적 범죄(crimes against humanity)를 정하였다. 제7조는 다음과 같이 규정되어 있다.

이 법에서 말하는 반인도적 범죄는 민간인에 대하여 광범위하거나 조직적인 공격으로써 자행된 다음 열거된 행위를 말한다.

(a) 살인(murder); (b) 말살(extermination)<sup>9)</sup>; (c) 노예화(enslavement)<sup>10)</sup>; (d) 강제이주(deportation or forcible transfer of population)<sup>11)</sup>; (e) 국제법의 기본적 원칙에 위반되는 구금이나 심각한 신체의 자유박탈(imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law); (f) 고문(torture); (g) 강간, 성노예화, 강제된 매춘 및 임신, 단종, 혹은 기타 이와 비견되는 성적 폭력(rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any form of sexual violence of comparable gravity); (h) 정치적, 종교적, 민족적, 문화적, 종교적 혹은 성차별에 입각한 어느 특정 그룹에 대한 박해(persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender...); (i) 강제된 납치행위(enforced disappearance of persons)<sup>12)</sup>; (j) 아파르트헤이트<sup>13)</sup>; (k) 기타 의도적으로 신체에 심각한 고통을 주기 위해 자행되는 비인도적 행위(other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering...to body...)

7) Dusko Tadic 사건(IT-94-1-T, 7 May 1997). 이 사건은 유고슬라비아 재판소의 사건 중 최초의 재판(trial)으로 이들 문제에 대하여 상세한 내용의 논쟁을 심고 있다.

8) R. v. Imre Finta, [1994] 28 C.R. (4th) 265 (S.C) (Canada)

9) 이 개념은 "일정 인구의 파멸을 가져오기 위해 의도된 생존조건의 파괴, 특히 음식과 의약품에의 접근의 금지"를 의미한다. Rome Statute, Article 7 (2) (b).

10) 이 개념은 "인간에 대한 소유권리를 행사하는 일체의 행위 또는 인신매매(특히 여자나 어린이)과정에서 그 권리의 행사"를 말한다. Rome Statute, Article 7(2)(c).

11) 이 개념은 "국제법상의 어떤 근거도 없이 적법하게 거주하는 사람을 강제적인 방법으로 다른 장소를 옮기는 행위"를 말한다. Rome Statute, Article 7(2)(d).

12) 이 것은 다음의 각각의 요소가 들어가는 개념이다. 첫째, 권력 혹은 그 비호 속에 국가 혹은 정치적 조직에 의하여 이루어지는 체포, 구금 혹은 납치행위이다. 둘째, 법의 보호로부터 피해자를 차단할 의도를 가지고 있으며 피해자의 운명이나 소재 등에 대한 정보가 부인된다. Rome Statute, Article 7(2)(i).

13) 이 개념은 "어느 인종이 다른 인종을 조직적이고 제도적인 압제를 통해 지배하며 각종의 비인도적인 처우를 하는 것"을 말한다. Rome Statute, Article 7(2)(h).

상설재판소근거규정 상의 반인도적 범죄는 그 동안 뉴렘버그재판소 등에서 확인된 반인도적 범죄와 비교하면 몇가지 점에서 큰 차이를 발견할 수 있다. 그것은 전쟁상태나 혹은 무력충돌과 같은 요건을 배제하였다는 것이다. 이것은 이들 반인도적 범죄가 그런 상태가 아닌 평상시(평화시)에도 발생할 수 있고 이에 대해 재판소가 처벌하겠다는 것을 말한다. 이러한 차이는 국제사회가 독재국가에서 발생하는 국가권력에 의한 인권유린행위에 대해서도 반인도적 범죄로 규정하여 대응하겠다는 의지가 담겨있는 것으로 평가하여야 한다. 또한 근거규정은 그동안 임시재판소에서 해석상 논란이 되어 온 '조직적' 혹은 '광범위'의 요건을 직접 법문에 넣었고 이들의 관계는 둘 중의 어느 하나만 해당하면(or 요건) 반인도적 범죄가 되는 것으로 명문화하였다.

근거규정에서 반인도적 범죄를 정의한 것은 아직껏 반인도적 범죄에 대한 조약적(conventional) 근거가 없이 논의되던 동 범죄의 개념을 조약적 수준으로 끌어 올려 올리는 국제법적 의의가 있다고 평가된다.

#### 다. 반인도적 범죄의 개념의 다양성

위와 같이 반인도적 범죄의 개념을 정의할 수 있다고 하더라도 국제사회에서 이 개념이 사용되는 것을 유심히 살펴보면 상당한 진폭을 느낄 수 있다. 몇 가지 예를 들어보자.

국제사면위원회는 최근 국제상설형사재판소의 설립과 관련한 캠페인에서 반인도적 범죄를 학살, 법률에 의하지 않은 처형(extrajudicial execution), 납치, 고문, 노예, 강제이주, 자의적 구금 및 정치적, 인종적 이유로 인한 박해로 정의하였다.<sup>14)</sup> 한편 미국변호사협회(ABA)는 최근의 보고서<sup>15)</sup>를 통하여 반인도적 범죄를 민간인에 대해 조직적으로 혹은 광범위하게 자행되는 고의적 살인, 고문 및 강간 그리고 정치적, 인종적 및 종교적 이유로 인한 박해로 정의하였다. 그리고 이러한 개념상의 차이는 국제적인 NGO 마다 약간의 차이를 보이는 것도 사실이다. 논자들 중에는 대량학살(genocide)나 전쟁범죄까지도 반인도적 범죄라는 개념에 포함시키는 경우도 있다.

뿐만 아니고 위에서 본대로 반인도적 범죄가 국내법에 규정되어 있는 경우, 그 행위의 주관적(의도, 예를 들면 반인도적 범죄가 어떤 그룹에 대한 인종적, 민족적 증오에서 비롯되었는가 하는 주관적 요소) 및 객관적 요건(행위의 정도, 예를 들면 이 범죄를 구성하기 위해서는 어느 정도의 비인도성이 필요한가)의 평가에 따라 각국의 법원이 보이는 약간의 차이도 있다.

필자는 이러한 다양한 개념에 대해 다음과 같은 방법으로 반인도적 범죄를 정리하고자 한다. 첫째, 광의의 반인도적 범죄는 대량학살이나 전쟁범죄<sup>16)</sup>를 포함하는 개념으로 이해할 수 있다. 둘째, 협의의 반인도

14) Amnesty International, The quest for international justice: Time for a permanent international criminal court(July 1995), AI Index: IOR 40/04/95

15) 이 보고서는 국제상설형사재판소에 관한 ABA의 입장을 밝힌 것인데, <<http://www.igc.apc.org/icc>>에서 볼 수 있다.

16) 여기서 말하는 전쟁범죄란 국제적 혹은 국내적 무력충돌과정에서 민간인에 대해 고의적으로 살상하는 것과 같은 행위로서 국제법규나 관습에 심각하게 위반되는 행위를 말한다. 원래 전형적인 전쟁범죄의 개념은 제네바협약(Geneva Conventions of 12 August 1949)에서 보호되는 사람(전투요원)이나 재산에 대한 전쟁행위 중의 범죄를 말한다.

적 범죄는 대량학살이나 전쟁범죄를 제외한 개념으로 위의 뉴렘버그 재판이나 유고슬라비아 재판소등에서 개념화한 crimes against humanity를 말하는데 이 개념은 대체적으로 각국의 국내법에서도 채용되기도 하나 그 구성행위와 요건은 약간의 차이가 있다. 국제적 NGO들간에도 개념상 약간의 차이를 보이고 있다. 셋째로 협의의 반인도적 범죄를 최근 가장 잘 개념화한 국제적 문서는 국제상설형사재판소 근거규정에서 볼 수 있다는 사실이다. 이 규정에서는 동 개념의 국제조약화를 시도하였고 죄형법정주의의 원칙에 입각하여 그 자세한 정의규정을 도입하였다.<sup>17)</sup> 따라서 향후 동 개념은 이 규정의 정의규정이 국제적 영향력을 행사할 것으로 본다.

## 라. 국제관습법상의 국제범죄로서의 반인도적 범죄

반인도적 범죄(협회의 의미)가 국제법상 국제관습법상의 범죄라고 하는 데는 특별한 이론이 없다. 국제법의 유권적 해석서인 American Law Institute가 발행하는 Restatement(the third, §102)도 국제관습법상의 범죄를 침략행위(aggression), 학살, 전쟁범죄, 해적행위, 노예, 고문 그리고 반인도적 범죄 등을 열거하고 있다.

## 3. 고문방지조약에서의 고문

고문에 관해서는 고문방지조약을 만들어 그 개념의 국제적 표준화와 국제적 처벌의 의무화를 도모하고 있다. 고문방지조약상의 고문범죄는 위에서 본바와 같은 반인도적 범죄로서의 요건인 '민간인에 대한 조직적 혹은 광범위한 그리고 우월적 비인도성' 해당하지 않는다 해도 조약 1조에 의한 요건만 충족되면 국제법상의 고문으로서 가입국은 그에 대해 처벌의 의무가 있다.

### 가. 개념

고문방지조약에서 말하는 고문 개념은 다음과 같이 번역할 수 있다.

“국가권력에 의해(이부분에 대해 조약은 ‘공권력이나 그의 동의하에라는 표현을 쓰고 있음) 자백을 강요하기 위한 의도적 수단으로서 물리적 혹은 정신적 방법으로 육체와 정신에 심각한 고통을 야기하는 일체의 행위”

여기에서 육체와 정신에 심각한 고통을 주는 행위란 구체적으로 무엇을 말하는가. 이 조약의 취지를 반영한 미국형법은 다음과 같은 행위유형을 열거하고 있다.<sup>18)</sup>

- (a) 심각한 육체적 고통을 수반하는 고의적 가해행위
- (b) 인격을 파괴하고 사람의 의사결정을 강제로 바꾸기 위한 행정적 조치

17) 사실 이렇게 개념이 정리된 이면에는 그동안 유엔이 중심이 된 국제형사법의 실체법이라고 할 수 있는 국제범죄의 개념화 운동이 있다는 사실이다.

18) US Code, Title 18, Sec.2340.

- (c) 죽음에 대한 협박
- (d) 다른 사람의 생명이 위험하다는 협박을 통하여 의사를 강제로 바꾸려는 행위

고문방지조약상의 고문범죄는 반인도적 범죄에서 일반적으로 논의되는 요건들이 필요 없다. 그제 위의 개념에만 들어가는 행위라면 고문방지조약상의 국제적 의무가 해당 가입국에 무조건 발생하는 것이다. 이런 면에서 본다면 고문방지조약상의 고문은 반인도적 범죄의 하나로 이야기되는 고문개념보다는 넓은 개념으로 이해하여야 할 것이다. 즉, 반인도적 범죄로서의 고문은 모두가 고문방지조약상의 고문의 개념에 들어갈 수 있지만 그 반대의 경우는 반드시 그렇지 않다. 따라서 고문범죄는 국제법상 반인도적 범죄로서의 고문과 이에는 미치지 못하지만 각국에 특별한 처벌의무가 국제적으로 부가되는 고문이 있다고 분류할 수 있다.

### 나. 조약상의 의무

고문방지조약에 가입국가의 의무로 정한 것 중 우리의 국내법에서 찾아보기 어려운 것을 중심으로 열거하면 다음과 같다.

- (1) 국제조약에 따라 범죄인인도를 하는 경우, 피인도자가 인도되면 고문을 받을 가능성이 있는 경우에는 인도가 금지된다(조약 3조).
- (2) 고문가해자가 어느 국가에 있을지라도 처벌할 수 있다(소위 보편적 관할의 설정, 조약 5조2항).
- (3) 고문가해자에 대해서는 어떠한 경우라도 처벌 희망국에 인도되어야 한다(조약 8조)
- (4) 국가는 고문피해자에 대해 적절한 구제절차와 피해배상이 되도록 해야한다(조약 14조1항)
- (5) 고문에 의해 만들어진 진술은 어떠한 절차에서도 증거로 사용될 수 없다(조약 15조)

## 4. 이른바 경감 사건을 국제법상 반인도적 범죄 라고 할 수 있는가

이상과 같은 논의에 근거할 때 일반적으로 반인도적 범죄의 개념은 전형적인 전쟁범죄나 학살(genocide)과 구별되는 특유의 개념으로 사용되는 경우가 있는가 하면, 이들 범죄 중 대부분을 포함하는 경우(전쟁범죄의 경우도 민간인을 대상으로 하는 범죄)로도 사용되는 것을 알 수 있다. 따라서 범죄의 죄질이 보편적인 가치의 입장에서 그 내용이 심각한 경우로서 온 인류의 관심사가 될 수 있는 범죄행위는 반인도적 범죄라고 불리울 수 있는 자격을 갖추었다고 할 수 있다. 이를 위해 위에서 언급한 몇 가지 조건 즉 범죄의 대상이 민간인이어야 한다는 것과 그 방법이 조직적이거나 광범위해야 한다는 요건(여기에서 조직적인 것이란 예컨대 국가권력을 배경으로 하는 것등을 의미하고 광범위한 것이란 다수의 범죄행위가 넓은 지역을 범위로 일어난다는 것을 의미한다) 그리고 그 범죄의 비인도성이 일반의 국내범죄들에 비하여 그 비탄가능성이 높다는 것등의 요건은 반인도적 범죄 구성의 필요요건들이다. 그러므로 단일한 사건 하나를 반인도적 범죄로 인정하는 사실상 어려운 일이나 그것이 조직적 차원에서 일어난 것을 증명한다면 그것도 가능하다.

그리고 고문과 관련해서는 반인도적 범죄의 범주에 들어가는 고문 이외에 그 범주에는 들어가지 않더라도 고문방지조약상의 고문개념에는 해당하는 고문이 있는 바, 이 경우에도 각 국가는 가해자에 대한 처벌과 피해자 보호를 위해 특별한 의무가 있다.

이와 같이 볼 때, 이근안 경감사건을 고문방지조약상의 고문의 개념에 넣는 것은 아무런 문제가 없으나 과연 국제법적 개념인 반인도적 범죄에 해당한다고 할 수 있을까가 문제이다. 결론적으로 필자는 그의 행위가 반인도적 범죄로서의 고문이라는 성격을 갖는데 특별히 무리가 없을 것으로 본다. 그의 행위는 대공수사기관이라고 하는 국가권력의 조직적 지원(적어도 묵인)하에 일어난 범죄이고(따라서 반인도적 범죄의 요건인 '조직성'에 해당) 그가 사용한 고문의 수법은 전기고문, 물고문 등 인류사회가 도저히 용납할 수 없는 극악한 범죄(따라서 '비인도성'에 있어 다른 범죄보다 우월함)이기 때문이다. 이러한 고문은 강압수사과정에서 특정 수사관에 의해 자행된 단순 고문(물론 이것도 고문방지조약상의 고문에는 해당하지만)이라고는 도저히 평가할 수 없는 전형적 반인도적 범죄의 하나인 것이다.

## 5. 반인도적 범죄에 대한 국제법의 원칙

반인도적 범죄를 비롯한 국제관습법상의 범죄에 대한 국제법상의 성격은 크게 두 가지이다. 첫째는 반인도 범죄는 국제법상 jus cogens 범죄라는 것이다. jus cogens라는 말의 의미는 원천전 규범(fundamental norms)이라는 뜻으로 조약이나 국내법, 그 어느 규범으로도 그 규범이 정하고 있는 권리나 의무의 내용을 변경하거나 철회할 수 없다는 말이다. 따라서 어느 범죄가 jus cogens 범죄라고 불린다면 그것은 '반드시 처벌되어야 하는 범죄' '처벌의 유예나 사면 등으로 그 범죄자를 용서하는 것이 원칙적으로 불가능한 범죄'를 말한다. 둘째, 반인도 범죄는 erga omnes 범죄라는 것이다. 이것은 jus cogens과 동전의 앞뒷면의 관계를 이룬다. 어느 범죄가 반드시 처벌되어야 한다면 그것은 어느 한 나라의 의무가 아닌 모든 나라의 의무라는 것이다. 즉, erga omnes 범죄는 세계의 모든 나라가 그 처벌의 의무를 지니는 범죄를 말한다.

이러한 두 가지 성격에서 반인도적 범죄에 대한 국제법적 처벌 원칙은 크게 다음과 같은 파생원칙들을 탄생시켰다. 이러한 원칙은 국제조약과 국제관습법에 의해 확립되었다.

### 가. 보편적 관할(universal jurisdiction)의 원칙

이 개념은 어떤 범죄는 그 속성이 너무나 잔인한 것이어서 인류전체가 관심을 갖고 그 범죄가 어디에서 일어났는지를 불문하고 처벌을 할 수 있다는 것이다.<sup>19)</sup> 좀 더 자세히 말한다면 어떤 범죄가 보편적 관할

19) 이에 대해서는 Restatement §404에 다음과 같은 설명이 있다. "국가는 국제사회의 보편적 관심의 어떤 특정범죄(전쟁범죄, 해적, 노예...)에 대해 이를 규정하고 형벌을 정할 수 있는 관할이 있다..." "좀 더 보편적 관할에 대해 알고자 한다면 박찬운, 국제인권법, 224쪽 이하를 참고하기 바람.

범죄로 평가된다면 국제법상 어떤 나라라도 그 범죄인에 대해 처벌하거나 처벌하고자 하는 국가에 인도하여야 한다는 원칙이다.<sup>20)</sup> 이 원칙은 국제관습법상의 원칙으로 인정되기 때문에 국제법을 적용함에 있어 별도의 수용절차를 요구하지 않는 법체제 하에서는 관할에 관한 별도의 국내법을 없이도 (반인도적 범죄를 처벌할 형사실체법만으로) 반인도적 범죄인의 처벌이 가능하다.<sup>21)</sup> 그러나 유럽과 미주지역의 많은 나라들은 국내법률로 이 원칙을 명문으로 선언하고 있다.<sup>22)</sup>

## 나. 시효부적용의 원칙

반드시 처벌되어야 하는 반인도적 범죄에 공소시효라는 면죄부를 줄 수는 없다는 것이다. 범죄인이 발견되면 언제라도 처벌이 가능하다는 것이다. 이것은 이미 몇 개의 국제조약에 의해 확인되었다. 68년의 유엔총회에서 채택된 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 관한 시효부적용조약과 유럽평의회가 74년에 채택한 같은 명칭의 부적용 조약을 들 수 있으며 최근에는 국제상설형사재판소 근거규정(29조)에서도 시효부적용의 원칙은 채택되었다. 반인도적 범죄에서 시효를 부적용시키는 것이 이미 국제관습법적 지위를 얻었느냐에 대해서는 논란의 여지가 없는 것이 아니냐<sup>23)</sup> 2차 대전 이후 나찌협력자에 대해 유럽의 국가들이 현재에 이르기까지 처벌하는 것을 보면 적어도 국제관습법에 가까운 원칙이 되었다고 볼 것이다.<sup>24)</sup>

문제는 고문의 경우인데, 시효부적용원칙이 모든 고문범죄에 똑 같이 적용되어야 할 것인가다. 즉, 반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 고문에 대한 공소시효문제를 어떻게 할 것인가이다. 이 경우는 원칙적으로 양범죄를 구별하는 것이 합당하다고 본다. 미국에서는 고문의 법정형은 피해자가 사망에 이른 경우에는 종신형 혹은 사형, 그렇지 않은 경우에는 20년 이하의 징역형에 처하도록 규정하면서<sup>25)</sup> 공소시효에 대해서는 고문범죄에 특칙을 정하지 않고 법정형에 따른 일반공소시효가 적용된다. 이 경우 사망사건에서는 시효적용을 하지 않고, 그 이외의 사건에서는 5년의 공소시효가 적용된다.<sup>26)</sup>

20) 최근의 피노체트 사건이 이 관할원칙을 잘 설명해 준다. 스페인이 보편적 관할 원칙 하에 칠레의 독재자를 처벌하겠다고 하면서 영국에 그의 인도를 요청하였다.

21) 이에 관해서는 미국의 Demjanjuk v. Petrovsky 사건에서 미국의 한 항소법원은 어떠한 나라라도 universal jurisdiction의 대상이 되는 범죄를 저지른 사람에 대하여 그 범죄를 처벌할 수 있는 국내의 적당한 법률이 있다면, 그 법률에 의하여 처벌할 수 있다고 하였다. Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F.2d 571(6th Cir. 1985).

22) 예컨대, 캐나다 형법(제7조)은 반인도적 범죄와 전쟁범죄의 혐의자가 캐나다에서 발견되고 이들 행위가 캐나다에서 일어났다면 범죄행위를 구성하는 경우 캐나다 법원에 이들 외국인 혐의자에 대하여 관할이 있다고 규정하고 있다. 다른 나라의 예를 포함하여 보편적 관할에 관한 각국의 입법례를 알고자 한다면, 박찬운, 국제인권법, 229쪽 이하를 참고하기 바람. 고문에 관해서 미국의 예를 하나 더 들면 미국에서는 고문가해자에 대해서 20년 이하의 징역, 종신형 혹은 사형에 처할 수 있도록 하면서, 그 관할에 대해서는 보편적 관할을 선언하고 있다. 즉, 혐의자가 미국에 소재하고 있는 경우에는 피해자나 혐의자의 국적에 관계없이 처벌할 수 있다. US Code, Title 18, Sec.2340A

23) 국제관습법의 두가지 요건인 국가들의 관습(state practice)과 법적 확신 중 과연 관습법의 지위에 오를 정도로 practice가 있다고 볼 수 있을지가 의문이라는 것이다. 참고로 현재 시효부적용조약은 약 40개국 정도만이 가입해 있다.

24) 많은 나라들이 이와 같은 원칙을 국내법률에 명문으로 선언하고 있다. 예컨대, 미국 연방형법에서는 대량학살(genocide)을 규정하면서 명백히 공소시효부적용을 선언하고 있다. 즉, 이들 범죄는 공소시효와 관계 없이 언제든지 제한 없이(at any time without limitation) 기소가 가능하다. US Code Title 18, sec. 1091.

25) US Code, Title 18, Sec. 2340A.

## 다. 불처벌(impunity) 금지의 원칙

시효부적용에서 보듯이 반인도적 범죄인 시간과 관계 없이(시효부적용) 반드시 처벌이 되어야 한다는 것이다. 이것은 반인도적 범죄를 처벌하는 데 있어 범죄인의 지위에 따라 면책을 주는 행위,<sup>26)</sup> 국민화합을 명분으로 수사나 기소를 하지 않는 행위, 그리고 정치적 편익에 의해 이루어지는 사면 등은 인정되지 않는다. 나아가 반인도적 범죄인을 타국에서 처벌하는 경우 필요적으로 범인을 인도하는 원칙이 확립되었다.

## 라. 죄형법정주의의 완화

반인도적 범죄가 국제관습법상의 범죄인 것은 이론이 없다. 한편, 근대 형사법에서 죄형법정주의는 범죄인 처벌의 최고의 원리이다. 그렇다면 국제관습법상의 범죄는 죄형법정주의를 배제하는 것인가 하는 의문이 생긴다. 한마디로 이 문제에 대한 국제법적 흐름을 이야기한다면 국제관습법상의 범죄에 대한 처벌도 기본적으로는 죄형법정주의가 적용되는 것이지만 국내의 일반범죄에 비하여 그 적용은 완화된 상태에서 적용된다는 것이다. 뉴렘버그 재판에서 확인한 것처럼 국제관습법상의 반인도적 범죄는 성문의 사전조약이 없어도 국제재판에서 처벌이 가능하다.<sup>28)</sup> 그 정당성의 근거는 반인도적 범죄를 사후에 국제재판에서 그 근거법에 정한다고 할지라도 그것은 이미 범죄로 인정되어 온 것을 단지 확인하는 것에 불과하다는 논리였다. 이러한 논리는 유대인 학살의 책임자 중의 한 사람인 아이히만(Eichmann) 사건에서 이스라엘 법원이 보인 태도에서 더욱 명확하게 나타나 있다. 이스라엘 법원은 아이히만이 범법행위를 저지를 때 그가 그 행위를 보편적, 도덕적 원칙에 위반하는 것으로 인식하지 못하였다고 주장할 수 없다고 하면서 그의 행위는 저질러지는 순간 보편적 관할에 속하는 범법행위가 성립되었다고 하였다. 나아가 동법원은 국제법상의 형사처벌은 마치 사후법에 의한 처벌이 가능했던 초기의 common law 시대와 같다고 현상을 진단하고, 국제범죄에 대하여 판단하고 처벌할 수 있는 기구가 없는 상황에서는 국내의 사법기구가 국제법을 바로 적용하든지<sup>29)</sup> 국내의 입법절차로 수용하여 처벌할 수 있다고 하였다.<sup>30)</sup>

따라서 이 논리를 받아들인다면 사실 과거의 반인도적 범죄에 대해서도 특별법등을 만들어 처벌하는 것도 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 할 수 있다. 나아가 특별법을 만들면서 과거의 범죄에 대해서도

26) US Code, Title 18, Sec. 3282.

27) 예컨대 국가수반에 대해서는 통상 면책특권이 주어지지만 반인도적 범죄에 대해서는 그렇지 않다.

28) 유고슬라비아 재판에서도 죄형법정주의(그 중에서도 사후법 논쟁)가 피고인측에서 주요한 반론으로 논의되었지만 법원은 이를 배척하였다.

29) 국제관습법상의 범죄에 대해 국내의 입법수용절차 없이 행위자를 처벌할 수 있겠는가에 대해 미국에서는 불가하다고 하는 것이 통설적 입장이다. Restatement §404가 바로 이에 대해 설명하고 있는데 다음과 같은 내용이 있다: “국제법은 미국의 법이기는 하지만의회가 범죄와 형벌을 정하는 입법을 하지 않는 한 국제범죄를 범한 사람이 연방법원에서 처벌될 수 없다”(Although international law is the law of the United States, a person cannot be tried in the federal courts for an international crime unless Congress adopts a statute to define and punish the offense). 이러한 견해는 아마도 철저한 죄형법정주의를 채택하고 있는 우리나라의 형사법에서도 타당하지 않을까 생각한다.

30) 아이히만의 이스라엘 대법원 판결의 영문요약은 36 Int'l L. Rep. 14-17(1968), 277 쪽 이하를 참고.