

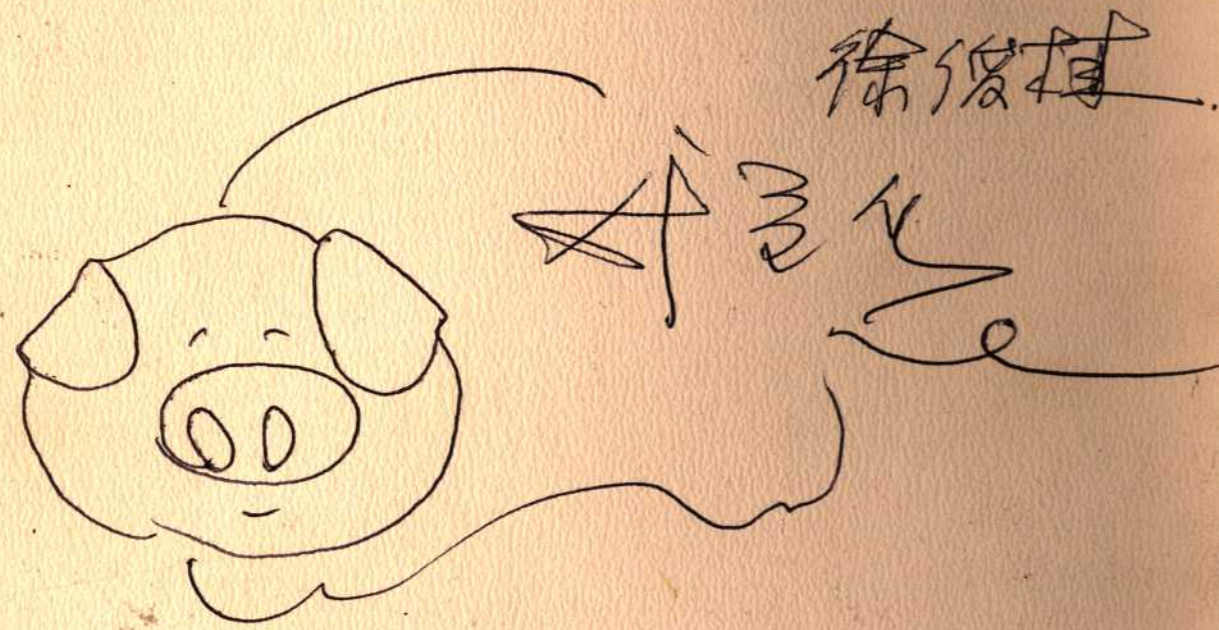
인권정보자료실
CPb1.92

Conference on
the Non-Applicability of
Statutory Limitations

공소시효 배제입법 토론회

Conference on the Non-Applicability of Statutory Limitations

<http://www.humanrights.go.kr>



국가인권위원회

공소시효배제입법 토론회

2002. 8

CPb1.92

국가인권위원회

| 일시 | 2002. 8. 26(월) 15:00~17:30
 | 장소 | 국가인권위원회 11층 배움터1
 | 주최 | 국가인권위원회

Conference on
the Non-Applicability of
Statutory Limitations

공소시효 배제입법 토론회

<http://www.humanrights.go.kr>

15:00 ~ 15:30 | **개회** | 인사당 회의실 (국립중앙도서관 11층)

15:30 ~ 17:00 | **토론** | 주제: 공소시효 배제입법 필요성 및 효과
- 15:30 ~ 16:00 | **주최** | 국가인권위원회
- 16:00 ~ 16:30 | **주최** | 국가인권위원회
- 16:30 ~ 17:00 | **주최** | 국가인권위원회

17:00 ~ 17:30 | **국립인권**

17:30 | **폐회**

| 일시 | 2002. 8. 26(월) 15:00~17:30
| 장소 | 국가인권위원회 11층 배움터1
| 주최 | 국가인권위원회

Conference on
the Non-Applicability of
Statutory Provisions

공소시효배제입법 토론회

http://www.humanrights.go.kr

시달 | 2005. 8. 28 (월) 12:00~13:30
소장 | 서울우정진흥원인사과 | 서울우정진흥원인사과
추주 | 서울우정진흥원인사과

공소시효배제입법 토론회

목차

SCHEDULE

- 14:30~15:00 **등록**
- 15:00~15:10 **개회** 인사말 김 창 국 / 국가인권위원회 위원장
- 15:10~17:00 **토론** 사회자 정 인 섭 / 서울대학교 법과대학 교수
토론자 (가나다순)
박 상 기 / 연세대학교 법과대학 교수
박 찬 운 / 법무법인 신화 변호사
이 주 영 / 국회의원
조 국 / 서울대학교 법과대학 교수
조 정 찬 / 법제처 법제관
하 태 훈 / 고려대학교 법과대학 교수
- 17:00~17:30 **종합토론**
- 17:30 **폐회**

목 차

사회

공소시효 배제 입법관련 토론회 1
정 인 섭 (서울대학교 법과대학 교수)

토론 1

공소시효 배제입법 토론문 7
박 相 基 (연세대학교 법과대학 교수)

토론 2

반인도적 범죄의 한국에서의 수용: 그 내용과 방법 15
박 찬 운 (변호사)

토론 3

반인륜적 범죄 공소시효배제입법 제안배경과 주요내용 31
이 주 영 (국회의원, 한나라당)

토론 4

‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙 39
曹 國 (서울대학교 법과대학 조교수)

토론 5

공소시효 배제 입법에 관한 소견 51
조 정 찬 (법제처 법제관)

토론 6

공소시효 배제입법 토론문 61
하 태 훈 (고려대학교 법과대학 교수)

부 록 69

토론회

SCHEDULE

토론 1 00:21 - 00:31

토론 2 00:31 - 00:41

토론 3 00:41 - 00:51

(중략)

토론 4 00:51 - 01:01

토론 5 01:01 - 01:11

토론 6 01:11 - 01:21

토론 7 01:21 - 01:31

토론 8 01:31 - 01:41

토론 9 01:41 - 01:51

토론 10 01:51 - 02:01

토론 11 02:01 - 02:11

공소시효 배제 입법관련 토론회

정인섭

(서울대학교 법과대학 교수)

1987년에 발생하였던 이른바 수지 김 사건이 당시 장세동 안기부장 등의 주도로 조작된 사건임이 작년말 밝혀져서 우리 사회에 큰 충격을 준바 있다. 특히 사건의 발단이라고 의심되는 장세동씨의 혐의사실에 대하여는 형사소송법상의 公訴時效가 만료되어 처벌이 불가능한데 반하여, 2000년도에 이 사건에 대한 내사를 중지시킨 이무영 전 경찰청장이나 국가정보원 관계자는 죄질에 있어서는 훨씬 가벼움에도 불구하고 처벌을 받게 되자 처리의 형평성에 관하여 논란이 일어 났고, 이러한 사태의 배경이 된 公訴時效制度의 적절성에 의문이 제기되기도 하였다.

우리 사회에서 국가기관에 의한 범죄행위가 公訴時效의 벽에 부딪친 예는 비단 이번이 처음은 아니다. 과거 얼굴없는 고문 기술자로 알려졌던 이근안씨의 혐의의 대부분에 대하여 형사소송법상의 公訴時效 경과로 처벌이 가하여지지 않았다. 또한 1984년 청송교도소에서 복역중이던 박영두씨가 교도관들에 집단폭행을 통하여 사망하였다는 사실과 1984년 군복부중 자살로 발표되었던 허원근씨도 타살이었다는 사실이 의문사진상규명위원회에 의하여 밝혀졌으나, 당시 가해자들에 대하여는 모두 公訴時效가 경과하였다는 문제점이 제기되었고, 근래 타살혐의에 관한 관계자의 새로운 전문증거가 제시되어 다시금 세인의 관심을 모은 전 서울 법대 최종길 교수 사건 역시 비록 의심이 사실로 확인될지라도 관계자에 대한 公訴時效는 이미 완료된지 오래되어 형사처벌은 어렵다.

한편 우리 나라에서도 특별법을 통하여 公訴時效의 적용을 배제 또는 정지시킨

법률이 이미 제정되어 있기도 하다. 즉 1995년 제정된 헌정질서 파괴범죄의 公訴時效 등에 관한 特例法 제3조는 같은 법 제2조에 규정된 헌정질서 파괴범죄와 집단살해의 방지와 처벌에 관한 협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄에 대하여는 刑事訴訟法 등에 규정된 公訴時效가 적용되지 아니한다고 규정하고 있다. 또한 같은 시기에 제정된 5.18 민주화운동 등에 관한 特別法 제2조는 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴범죄에 관하여는 국가의 소추권 행사에 장애가 존재하였던 1993년 2월 24일까지 公訴時效의 적용이 정지된 것으로 본다고 규정하고 있다. 그러나 이러한 특별법의 적용대상을 제외하면 우리의 형사소송법과 군사법원법은 각 범죄에 따라 1년 내지 15년을 公訴時效로 규정하고 있다.

이에 사회 일각에서는 과거 권위주의 정부시절에 벌어졌던 국가기관에 의한 반인권적 내지 반인륜적 범죄에 대하여는 公訴時效의 적용을 배제하여야 한다는 여론이 일어나고 있고, 이를 위한 特別法의 제정이나 형사소송법 개정운동이 제기되고 있다. 오늘의 토론회가 개최된 배경도 바로 그것이다.

오늘의 토론의 대상쟁점은 다음과 같이 정리될 수 있을 것 같다.

첫째, 가장 근본적인 질문으로 공소시효에 대한 현행법은 개정될 필요가 있겠는가? 아니면 문제가 있더라도 현행 공소시효제도를 그대로 유지시키는 것이 타당하다고 보는가? 또는 과거 이근안이나 장세동의 처벌을 요구하였던 고발인들의 주장과 같이 현행법의 개정 등이 없어도, 이른바 국제범죄에 대하여는 국제관습법을 통한 공소시효 배제가 현행 헌법상으로도 가능한 것인가?

둘째, 개정이 필요하다면, 개정의 방법으로는 기존 형사소송법의 관계조항을 개정하는 방식을 취함이 좋겠는가? 별도의 특별법을 제정하는 편이 바람직한가?

셋째, 개정이 필요한 경우라도, 일정한 범죄에 대한 공소시효 배제를 도입하는 것이 바람직한가? 단지 일정한 범죄에 대한 현행 공소시효 기간을 연장하는 것으로 대처함이 바람직할 것인가?

넷째, 공소시효 배제를 위한 조치를 취하는 경우, 그 대상범죄의 범위는 어떻게 하는 것이 좋겠는가?

다섯째, 공소시효 배제 이외에 공소시효 정지의 경우, 이를 어느 범위까지 인정함이 바람직하겠는가?

여섯째, 공소시효배제나 정지를 확대하는 법개정이나 특별법 제정이 이루어지는 경우, 그 시적 적용범위를 어디까지로 할 수 있고, 또 하여야 하겠는가? 즉 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대하여도 신법을 통한 새로운 기소가 가능하게 할 수 있는가? 과거의 사건이라도 현행법상 공소시효가 아직 완성되지 않은 범죄에 대하여만 신법을 적용할 수 있겠는가? 아니면 신법 발효 이후 발생한 범죄에 대하여만 공소시효배제 등을 적용시키는 것이 타당하겠는가?

일곱째, 형사상의 공소시효문제와는 별도로 피해자의 민사상 손해배상청구권을 보장하기 위한 소멸시효 배제 방안도 같이 도입하는 것이 바람직하겠는가?

기타 논의의 필요가 있는 추가적 쟁점은 무엇인가?

공소시효 배제입법 토론편

토론 1 공소시효 배제입법 토론편

朴 相 基
(연세대학교 법과대학 교수)

1. 범행 공소시효제도의 분석점

공소시효제도의 제의 권은 인정해 대한 문제점이 그 동안 지적되어 왔다. 특히
근거가 부족한 지하여 조국하고 관계가 밝혀진 것도 불구하고 범행이
수 없는 제도의 현실 앞에서 국외출국 법제 따라 살인자를 넘어서는 관행이 관행
을 거쳐 될 수있었다 된다. 예를 들 수있을 사실상정범과관계에 의해서 1년 안에 범
죄를 저지른 일생에 대한 군 구제내 발인사건에 경우를 보면 공소시효의 무효로
관하여 관련 법자들을 처벌할 수 없게 되어 있다. 독일형법상으로는 제110조에 해당
되어 공소시효가 배제되는 경우이다. 우리 법 제121조를 보자면 소위 관행사
범에 대한 처벌이 불가능하였던 것도 마찬가지이다. 이러한 상황을 공소시효제도를
형평하는 관제조건에 전혀 무관하지 않은 경우라고 볼 수 있다. 즉 기간의 경과로
관하여 범행인, 자선이 형법에 상응하는 고통을 받았거나, 형사행위 원인이
대한 심의정적의 문제가 피로되었다고 볼 수 있는가. 예외적인 경우 증거의 불충족
이한 진실정적의 곤란도 있는 경우에 심신이 증명될 경우이다.

(1) 사실상 예외 없는 공소시효 제도

현행 형사소송법 제121조의 공소시효제도를 규정하면서 사실상 예외를 인정하지
않고 있다. 소위 관행에 있어서의 관행 예외적으로만 공소시효의 배제나 증거불
충족

공소시효제도의 제의 권은 인정해 대한 문제점이 그 동안 지적되어 왔다. 특히
근거가 부족한 지하여 조국하고 관계가 밝혀진 것도 불구하고 범행이
수 없는 제도의 현실 앞에서 국외출국 법제 따라 살인자를 넘어서는 관행이 관행
을 거쳐 될 수있었다 된다. 예를 들 수있을 사실상정범과관계에 의해서 1년 안에 범
죄를 저지른 일생에 대한 군 구제내 발인사건에 경우를 보면 공소시효의 무효로
관하여 관련 법자들을 처벌할 수 없게 되어 있다. 독일형법상으로는 제110조에 해당
되어 공소시효가 배제되는 경우이다. 우리 법 제121조를 보자면 소위 관행사
범에 대한 처벌이 불가능하였던 것도 마찬가지이다. 이러한 상황을 공소시효제도를
형평하는 관제조건에 전혀 무관하지 않은 경우라고 볼 수 있다. 즉 기간의 경과로
관하여 범행인, 자선이 형법에 상응하는 고통을 받았거나, 형사행위 원인이
대한 심의정적의 문제가 피로되었다고 볼 수 있는가. 예외적인 경우 증거의 불충족
이한 진실정적의 곤란도 있는 경우에 심신이 증명될 경우이다.

공소시효 배제입법 토론문

朴相基

(연세대학교 법과대학 교수)

1. 현행 공소시효제도의 문제점

공소시효제도의 예외 없는 인정에 대한 문제점이 그 동안 지적되어 왔다. 특히 국가기관에 의하여 조작되고 은폐된 범죄가 밝혀졌는데도 불구하고 범인을 처벌할 수 없는 제도적 현실 앞에서 국민들은 법에 대한 실망감을 넘어서 法敵對的意識을 갖게 될 위험성도 있다. 며칠 전 의문사진상규명위원회에 의하여 18년 만에 밝혀진 허원근 일병에 대한 군 부대내 살인사건의 경우를 보면 공소시효의 완성으로 인하여 관련 범인들을 처벌할 수 없게 되어 있다(독일형법상으로는 제211조에 해당되어 공소시효가 배제되는 경우이다). “수지 김” 살해사건을 조작한 안기부 관련자들에 대한 처벌이 불가능하였던 것도 마찬가지이다. 이러한 상황은 공소시효제도를 인정하는 전제조건에 전혀 부합하지 않는 경우라고 볼 수 있다. 즉 기간의 경과로 인하여 범죄인 자신이 형벌에 상응하는 고통을 받았다거나, 범죄행위로 인하여 초래된 사회질서의 파괴가 회복되었다고 볼 수 있는지 의문이며, 관련 증거의 멸실에 의한 진실발견의 곤란도 없는 명백히 진실이 규명된 경우이다.

(1) 사실상 예외 없는 공소시효 제도

현행 형사소송법(제249조)은 공소시효제도를 규정하면서 사실상 예외를 인정하지 않고 있다. 오직 최근에 들어서서 극히 예외적으로만 공소시효의 배제나 정지를 규

정하고 있을 뿐이다. 예를 들면 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효등에 관한 특별법」 제3조(公訴時效의 적용배제)에서 형사소송법 제249조 내지 제253조 및 군사법원법 제291조 내지 제295조에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정하고 있다. 즉 憲政秩序破壞犯罪(형법상의 내란죄와 외환죄, 군형법상의 반란죄와 지적죄)와 형법 제250조의 죄로서 「집단살해죄의방지및처벌에관한협약」에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄이다. 그밖에 「5·18민주화 운동 등에 관한 특별법」(제2조), 「가정폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법」(제17조)에서 부분적으로 공소시효의 停止를 규정하고 있다.

(2) 短期의 공소시효

우리의 경우 공소시효제도의 전면적으로 인정하는 문제점 이외에 공소시효기간이 너무 짧은 것도 문제라고 아니할 수 없다. 형사소송법 제249조는 다음과 같이 공소시효기간을 규정하고 있다. 이를 독일의 경우(독일형법 제78조-Verjährung-가 규정하고 있음)와 비교하면 3분의 1 혹은 2분의 1 정도에 불과하다. 즉 死刑에 해당하는 범죄에는 15년(독일의 경우에는 사형이 폐지되었음. 독일형법 제211조의 살인죄에 대해서는 공소시효를 인정하고 있지 않음), 無期懲役 또는 無期禁錮에 해당하는 범죄에는 10년(독일형법 제78조의 경우 30년), 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년(독일의 경우 20년), 장기 10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 5년(독일의 경우 10년), 장기 5년 미만의 징역 또는 금고, 장기 10년 이상의 자격정지 또는 다액 1만원이상의 벌금에 해당하는 범죄에는 3년(독일의 경우 1년 이상 5년 이하의 자유형의 경우에는 5년, 나머지는 3년), 장기 5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 2년, 장기 5년 미만의 자격정지, 다액 1만원 미만의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년으로 규정하고 있다. 미국의 경우에도 공소시효제도(statute of limitation)를 인정하고 있지만 공금횡령이나 사형 혹은 무기형 해당범죄의 경우에는 많은 주에서 공소시효 자체를 인정하지 않고 있다.

이처럼 현행법상의 공소시효기간이 외국의 예와 비교하면 너무 짧은 나머지 특

히 국가기관에 의하여 범죄피해를 당했지만 수사기관이 공소제기를 하지 않거나(기소편의주의 아래에서 특히 문제되는 점이기도 하다), 의문사의 경우처럼 자살 등으로 사건처리를 하는 경우에 범죄자 처벌이 원천적이고 합법적으로 봉쇄되어 그 폐해가 심각하다.

2. "반인도적 범죄등의 시효등에 관한 특별법"(안)에 대하여

이 법안에서 공소시효배제 대상범죄로 정하고 있는 것 가운데 특히 직무수행중 정당한 사유 없이 살인, 폭행, 가혹의 죄를 범하거나 이를 통하여 사람을 살상한 경우를 규정한 것은 타당하다고 본다. 그리고 공소시효가 정지되는 범죄로 규정한 내용도 적절하다고 본다. 그러나 국가기관에 의한 범죄의 경우 조작이나 사실은폐 자체가 역시 국가기관에 의하여 조직적으로 이루어지기 때문에 이러한 조작과 은폐행위 자체도 공소시효 정지대상이 아니라 배제대상범죄에 포함시키는 것이 타당하다.

3. "刑事訴訟法 改正案"에 대하여

개정안 가운데 국가기관이 사실발견을 은폐하기 위하여 행한 증거인멸, 범인도피, 직권남용, 직무유기, 위증, 공무집행방해행위에 대하여 공소시효를 배제한 것은 타당하다고 본다. 그러나 "반인도적 범죄등의 시효등에 관한 특별법"(안)이 규정하고 있는 것처럼 국가기관에 의한 무고한 민간인 살해행위도 대상에 포함시키는 것이 타당하다. 형법 제125조를 규정하고 있지만 동 구성요건은 살인을 한 경우를 포함하지 않고 있으므로 범위가 협소하다.

다음으로 개정안 제253조 제3항의 경우 국가기관의 증거조작이나 사실발견의 은폐 등을 고의에 의한 경우로 제한하고 있는 것은 이 규정의 적용을 어렵게 할 가능성이 있다. 사실은폐가 드러났음에도 불구하고 고의가 아니라 실수였다고 강변하는 경우 고의입증이 어렵다는 이유로 처벌하지 않는 경우를 너무 많이 보았기 때문이다. 또한 동 규정에서 고의에 의한 증거조작이나 사실발견의 은폐행위로 인하여 공

소제기가 불가능하였던 범죄의 경우 그 증거조작이나 사실발견의 은폐가 확정판결에 의하여 밝혀질 때까지 공소시효의 정지를 규정하고 있는데 공소제기 자체가 불가능한 사건에서 어떻게 확정판결을 받게 될 수 있을지 의문이다.

4. 公訴時效 期間의 延長

공소시효의 연장은 사후적인 연장과 일반적 연장이 가능하다. 공소시효의 사후적 연장을 통한 처벌에 대해서는 공소시효기간이 경과한 경우와 아직 경과하지 않은 경우로 나누어 구별하고 있다. 그리고 이에 대해서는 견해가 나뉘어 있다. 독일의 경우 최소한 공소시효기간이 경과하지 않은 경우의 연장은 소급효 금지원칙에 반하지 않는 것으로 보는 것이 지배적 견해이며, 독일통일 후인 1993년 3월과 9월 두 차례에 걸쳐 법개정을 통하여 공소시효기간을 연장한 바가 있다. 이를 토대로 하여 동독 치하에서 발생한 범죄 일부에 대한 처벌이 가능하게 되었다.

공소시효의 완성은 소송조건으로서 소송의 장애요인에 해당한다. 이는 법적 안전성의 유지나 혹은 시간경과로 인하여 실체적 진실을 밝혀 줄 증거의 멸실 등을 염두에 두고 제정된 데에 그 의미가 있다고 볼 수 있다. 그러나 공소시효는 어디까지나 형식적 조건에 불과할 뿐 실체법적 원칙에 해당하는 소급효 금지원칙의 대상은 아니라고 보아야 한다. 또한 공소시효의 연장이 인정되고, 처벌 가능할 정도의 증거가 아직 존재할 경우 공소시효를 인정할 중요한 근거가 무너진다고 보아야 할 것이다.

그리고 현행의 공소시효기간은 각 범죄의 특성에 따른 것이 아니라 법정형을 기준으로 하고 있다. 물론 법정형의 차이가 범죄의 악성과 일반적으로 비례한다고 볼 수 있다. 그러나 동일한 법정형에 속하더라도 범죄의 주체나 성격에 따라 달리 취급하여야 할 경우는 분명히 존재한다. 예를 들면 형법상 수사기관의 고문행위에 해당하는 폭행·가혹행위죄의 법정형은 5년 이하이고, 상해죄의 법정형은 7년 이하인데 공소시효기간은 동일하게 5년이다. 그러나 국가기관에 의하여 조직적으로 이루어진 범죄와 일반인에 의한 범죄행위가 동일할 수 없는 것이다. 이러한 문제점을 해소하기 위해서는 일정한 범죄에 대해서는 공소시효기간을 일률적으로 연장하여야 할 뿐만 아니라 공소시효 배제 대상범죄를 규정하여 범죄의 성격에 따른 공소시

효제도의 차별화를 할 필요가 있다.

5. 公訴時效의 排除

공소시효제도가 제도적 취지보다 그 폐해가 심하다고 판단되는 경우에는 현행의 공소시효 배제범죄 이외에 추가적으로 공소시효제도를 폐지하여야 한다. 국가기관에 의하여 범죄가 이루어지고, 역시 국가기관에 의하여 범죄사실이 조작되거나 사실은폐가 행하여진 경우에는 이미 공소시효제도 자체의 전제가 무너진 경우이기 때문이다. 그러므로 예를 들면 국가기관에 의한 인권침해범죄(國家人權委員會法 제 30조 제1항 제1호 참조) 및 그 조작·은폐범죄, 공직자 관련 부정·부패범죄, 살인과 같은 흉악범죄, 최근 문제되고 있는 병역법 위반범죄의 경우에는 공소시효 대상범죄에서 제외시켜야 한다.

반인도적 범죄의 한국에서의 수용: 그 내용과 방법

박 찬 운*
(변호사)

I. 주제와 관련된 토론자의 입장 정리

1. 반인도적 범죄의 개념을 둘러싼 혼란

가. 반인도적 범죄의 개념의 다양성

반인도적 범죄의 개념은 원래 국제법적 차원에서 논의된 것이다. 즉, 반인도적 범죄의 개념은 2차세계대전 이후 뉴렘버그와 동경재판 그리고 최근의 유고슬라비아 및 루안다 전범재판을 중심으로 그 근거규정의 해석을 둘러싸고 개념이 정립되었다. 그러나 국제사회에서 이 개념이 지난 반세기 동안 논의되어 온 실제의 상황을 살펴보면 위 국제형사재판을 넘어 다양한 논쟁이 전개되어 왔음을 볼 수 있다. 그것은 2차 대전 이후 세계 도처에서 벌어지고 있는 반인륜적 행위에 대해서 국제사회가 적극적으로 대처하여야 한다는 NGO의 요구에 의해서 더욱 그렇게 되었다.

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.¹⁾ 한편 미국변호사협회(ABA)는 최근의 보고서²⁾를 통하여 반인도적 범죄를 민간인에

* 서울지방변호사회 섭외이사, 민주사회를위한변호사모임 난민법률지원위원장.

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

대해 조직적으로 혹은 광범위하게 자행되는 고의적 살인, 고문 및 강간 그리고 정치적, 인종적 및 종교적 이유로 인한 박해로 정의하였다. 이들 NGO의 입장은 얼핏 보면 종래의 반인도적 범죄의 개념과 크게 다르지 않다고 보이나 그 내용을 보면 확실히 다른 측면이 있다.

NGO들의 주된 입장은 독재국가나 정정(政情)이 불안한 국가에서 벌어지는 각종의 인권유린행위를 반인도적범죄로 보고 이를 국제적 차원에서 단죄하기를 원한다. 그렇다보니 그 개념은 종래 논의되어 온 반인도적 범죄의 개념보다 훨씬 넓은 것이 사실이다. 필자는 이들 개념의 역사성에 주목하여야 한다고 생각한다. 원래 반인도적 범죄의 개념은 2차대전 이후 전범처리에 주안을 두었다. 이것은 사실 뉴렘버그 재판이나 그 이후의 ICTY 혹은 ICTR 모두에서 마찬가지였다. 전쟁 혹은 그것에 비견되는 무력충돌 속에서 발생한 반인륜적 범죄행위가 반인도적 범죄의 중심이었다는 것이다. 그러나 남미 등지의 독재정권에 비롯된 반인륜적 범죄는 반드시 전쟁이나 내란이 전제되지 않고도 발생하였다. 칠레의 피노체트를 상기하거나 아르헨티나의 더러운 전쟁을 상기하면 그것은 더욱 분명해진다. 인권운동가들은 이들 국가에서 발생한 반인륜적 범죄행위와 불처벌의 현실을 비판하며 위의 전범재판에서 탄생한 반인도적 범죄를 인용하여 그 처벌을 주장하였던 것이다. 이런 이유로 이들 소위 남미형 반인도적 범죄는 종래의 전범형 반인도적 범죄와 비교하여 그 폭이 훨씬 넓어졌던 것이다.

최근 마련된 ICC(국제상설형사재판소)의 로마규정에서 반인도적 범죄를 비교적 포괄적으로 개념화할 수 있었던 것은 위와 같은 논쟁의 결과라고 할 수 있다. 동 규정이 반인도적 범죄 개념의 국제조약화를 시도하였고 죄형법정주의의 원칙에 입각하여 그 자세한 정의규정을 도입하였기 때문에 향후 반인도적 범죄를 둘러싼 국제적 논쟁에서 가장 중요한 텍스트로서의 사용될 것으로 전망된다.

나. 반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 국가권력에 의한 반인권적 범죄행위

반인도적 범죄의 구성요소와 관련하여 많은 논쟁이 있지만³⁾ 명백한 것은 국가권

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

력에 의해 자행된 반인권적 범죄행위 일반에 대하여 그것을 모두 반인도적 범죄라고 할 수는 없다는 사실이다. 국제사회에서 일반적으로 논의되는 반인도적 범죄로 인정되기 위해서는 여러 가지 구성요소를 만족시켜야 한다. 그런데 국가권력에 의한 반인권적 행위가 비록 그 처벌의 당위성이 충분하다고 하다고 하더라도 반드시 그 구성요소를 일반적으로 충족한다고 볼 수는 없기 때문에 '국가권력에 의한 반인권적 범죄행위'='반인도적 범죄행위'라는 등식은 성립할 수 없는 것이다.

고문 하나만 보더라도 그것이 반드시 응징되어야 하는 반인권적 범죄행위인 것은 분명하지만 국가기관에 의해 자행되는 고문 모두를 반인도적 범죄라고 볼 수는 없다. 다만, 고문은 국제사회가 척결해야 하는 범죄의 한 유형이기 때문에 반인도적 범죄의 여부를 떠나 인권조약인 고문방지조약⁴⁾을 만들어 그 개념의 국제적 표준화와 국제적 처벌의 의무화를 도모하고 있다. 그렇기 때문에 고문방지조약상의 고문 범죄는 반인도적 범죄로서 일반적으로 요구되 '민간인에 대한 조직적 혹은 광범위한 그리고 우월적 비인도성'은 요구되지 않고 단지 조약 1조에 의한 요건⁵⁾만 충족되면 국제법상의 고문으로서 가입국은 그에 대해 처벌 등의 의무가 있다.⁶⁾ 이런 면에서 본다면 고문방지조약상의 고문은 반인도적 범죄의 하나로 이야기되는 고문 개념보다는 넓은 개념으로 이해하여야 할 것이다. 즉, 반인도적 범죄로서의 고문은 모

3) 반인도적 범죄의 구성요소와 관련하여 논쟁되는 요소는 범죄행위의 무력충돌과의 관련성, 광범위성 및 조직성, 행위의 동기, 국가적 행위성, 행위의 비인도성 등인데 주로 이들 요소를 어느 정도까지 인정할 것인가의 문제이다.

4) Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of December 10, 1984. 이 조약은 1987. 6. 26부터 효력이 발생하였으며 2001. 1월 현재 122개국이 가입하였다. 한국은 1995. 1. 9.에 가입하였다.

5) "국가권력에 의해(이부분에 대해 조약은 '공권력이나 그의 동의하에'라는 표현을 쓰고 있음) 자백을 강요하거나 정보를 얻기 위해, 범죄에 대한 형벌을 가하기 위해 혹은 차별에 근거하여 위협할 목적으로 사람의 육체와 정신에 의도적으로 심각한 고통을 야기하는 일체의 행위"

6) 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 5조 2항).
- (3) 고문가해자에 대해서는 어떠한 경우라도 처벌 희망국에 인도되어야 한다(조약 8조)
- (4) 고문방지를 위해 구금시설과 피구금자의 처우에 대해 개선하고 수사사의 조사방법에 관한 각종 규정을 점검해야 한다(조약 11조)
- (5) 국가는 고문피해자에 대해 적절한 구제절차와 피해배상이 되도록 해야한다(조약 14조1항)
- (6) 고문에 의해 만들어진 진술은 어떠한 절차에서도 증거로 사용될 수 없다(조약 15조)

두가 고문방지조약상의 고문의 개념에 들어갈 수 있지만 그 반대의 경우는 반드시 반인도적 범죄가 되는 것은 아니라는 것이다.

고문 이외에도 국가권력에 의한 반인권적 범죄행위는 얼마든지 있을 수 있으며 이것이 국제법상의 반인도적 범죄행위로 바로 규정될 수는 없다. 그런 면에서 볼 때 최근 몇 년간 우리의 인권운동에서는 국가권력에 의해 자행된 반인권적 범죄행위를 너무도 쉽게 반인도적 범죄라고 단정한 느낌이 든다. 사실 이들 범죄에 대해서는 일반범죄에 비하여 그 비난의 강도가 높으므로 반인도적 범죄에 준하는 형사처벌의 특칙을 부과해야 한다는 주장은 일응 정당하다고 생각한다. 그렇다고 해도 범죄의 여러 성격과 그 내용이 반인도적 범죄의 개념과는 거리가 멀음에도 그 처벌의 당위성을 강조한 나머지 국제법상의 개념인 반인도적 범죄를 너무 쉽게 원용해 온 것은 적어도 국제법적 관점에서는 문제라고 할 수 있다. 그런 이유로 최근에 사용되기 시작한 반인도적 범죄 대신에 '반인권적 국가범죄(state crimes against human rights)'라는 개념은 국제법상의 '반인도적 범죄'와 구별되는 개념으로 일응의 타당성을 지닌다 할 것이다. 이 견해를 주장한 조국 교수는 반인권적 국가범죄를 "국가기관이 그 직무를 행함에 있어 시민을 살해 또는 고문하는 등 헌법과 법률을 위반하여 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나 이 침해행위를 조직적으로 은폐·조작한 행위"로 정의하고 있다.⁷⁾ 이러한 움직임이 일어나고 있는 것은 그 동안 국가기관에 의해 자행된 인권침해사건 일반에 대하여 국제사회에서 통용되고 있는 반인도적 범죄행위로 간단히 규정하기에는 법리상 무리라고 판단하였기 때문으로 보인다.

2. 한국 형사법에서의 반인도적 범죄와 국제조약상의 범죄의 구성요건화

우리 형사법은 앞서 살펴본 국제법상 논의되어 오고 많은 나라에서 이미 국내법화한 '반인도적 범죄'나 국제조약상의 범죄(예컨대, 위에서 본 고문방지조약상의 고문범죄)를 제대로 규정하지 못하고 있다.⁸⁾ 따라서 반인도적 범죄 혹은 국제조약상

7) 조국, 반인권적 국가범죄와 공소시효의 정지·배제, 법률신문(2002. 2. 25), 14쪽.

8) 형법의 규정상 우리의 고문개념은 "인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어 피의자등을 폭행 또는 가혹한 행위를 하는 것"을 말한다. 형법 125조 참고. 이것은 주로 육체적 고통에만 초점을 맞춘 것으로 위에서 본 고문방지조약상의 고문개념에

의 범죄를 한국 법제에서도 처벌하기 위해서는 국내 형사법에 국제법상 개념화된 이들 범죄를 구성요건화 할 필요가 있다.⁹⁾ 우리도 현재 많은 나라에서 하나의 국제적 의무로서 각국의 국내법에 규정하고 있는 반인도적 범죄를 처벌할 근거규정을 정해야 할 것이다.¹⁰⁾ 그럴 경우 필자는 반인도적 범죄의 구성요소를 다음과 같은 내용으로 정리하여 구성요건화하는 것을 제안하고자 한다.

첫째, 무력충돌과의 관련성은 이미 국제적 조류가 그 관련성을 요구하지 않는 방향으로 나아가고 있으므로 반인도적 범죄는 무력충돌 여부와 관계없이 성립할 수 있도록 하여야 한다.

둘째, 광범위성 및 조직성의 요건은 둘 중 어느 하나에만 해당하면 충족되는 것으로 하는 것이 좋을 것이다. 여기서 광범위성이란 반드시 일시적으로 다수의 민간인에 대한 공격만을 의미하는 것이 아니고 여러 번에 걸쳐 일정한 정체성을 갖고 있는 사람이나 그 집단에 대한 공격을 의미하는 것으로 보는 것이 좋을 것이다.¹¹⁾

셋째, 행위의 동기(주관적 요소)와 관련하여서는 행위의 객관적 외형으로 판단하면 되고 특별히 행위의 목적이나 의도를 고려할 필요가 없다고 본다.

넷째, 행위의 주체와 관련하여서는 반드시 국가적 행위에 국한할 필요가 없이 일정한 단체나 조직으로서 그 실체를 가지고 있다면 그 행위에도 적용되는 것이라 할 것이다.¹²⁾

비하여 대단히 협소하다.

9) 참고로 국내형법에 반인도적 범죄를 규정하고 있는 캐나다의 경우를 소개한다.

"반인도적 범죄란 민간인이나 특정 그룹의 사람들에 대하여 자행된 살인, 말살, 노예화, 추방, 박해 기타 비인도적 행위로서, 범행 당시 그 지역의 법률에 위반하는지를 불문하고 국제조약, 국제관습법 혹은 국제사회에서 인정되는 법의 일반원칙에 위반되는 행위이다."

("crime against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations). Canada Criminal Code, 3.76.

10) 다만 이 경우 국제법상 개념이 확립된 전쟁범죄와 집단살해도 함께 규정하는 것이 마땅하다. 왜냐하면 이들 범죄는 반인도적 범죄와 그 성격이 유사하고 동 범죄에 적용되는 각종의 원칙이 동일하게 적용될 수 있기 때문이다.

11) 이럴 경우 우리나라에서 과거 군사독재정권하에서 자행되었던 민주인사들에 대한 고문 등의 범죄행위는 이 광범위성을 충족한다고 볼 수 있다.

12) 이런 경우 우리나라에서 조직적 차원에서 자행되고 있는 부녀의 인신매매를 국제사회의 노예강요행위(enslavement)로 보아 반인도적 범죄로 처벌하여야 할 것이다.

다섯째, 행위의 정도와 관련해서는 반인도적 범죄가 일반적인 범죄와 구별되기 위해 비인도성의 정도를 구성요건화하는 것이 필요할 것이다.

3. 보편적 관할의 문제

우리 형사법은 반인도적 범죄나 국제조약상의 범죄에 대한 관할원칙인 보편적 관할(universal jurisdiction)을 규정하지 않고 있다. 물론 이 관할원칙이 국제관습법의 하나이고 우리 헌법이 국제관습법을 국내법과 동일하게 취급하고 있으므로 특별히 국내입법이 필요하지 않고, 관할의 문제는 죄형법정주의의 문제와도 관계없다는 입론은 가능하나¹³⁾ 논란의 여지를 없애기 위해서는 반인도적 범죄에 대하여 보편적 관할(이름하여 세계주의)이 적용됨을 국내법에 명문화하는 것이 바람직하다. 그런 이유로 세계의 많은 나라들이 형사법에 보편적 관할을 명문으로 선언하고 있는 것이다.¹⁴⁾

4. 공소시효의 문제

반인도적 범죄나 조약상의 범죄에 대해 국내법상 특별 규정이 없는 관계로 한국에서는 이러한 범죄가 일어났다고 하여도 그 공소시효는 여전히 일반 범죄의 시효 원칙이 적용될 수밖에 없다. 이런 이유로 한국에서는 국제사회에서 반인도적 범죄라고 지칭하는 범죄를 일으킨 장본인을 처벌하는 경우라 할지라도 공소시효는 15년을 넘을 수는 없다.¹⁵⁾ 고문의 경우는 형법(제125조)과 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(제4조의2)에서 그 법정형을 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지, 1년 이상의 징역(피해자가 치상에 이른 경우) 및 무기 또는 3년 이상의 징역(피해자가 사망에 이른 경우)으로 각각 정하고 있으므로 어떠한 경우라도 공소시효는 10년을 넘을 수가 없다.¹⁶⁾ 따라서 한국에서 발생한 고문사건은 아무리 극악한 경우라도 7년

13 Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F. 2d 571(6th Cir. 1985) 참고.

14) 이에 대해서는, 박찬운, 국제인권법, 229쪽 이하 참고.

15) 단, 1995년에 제정된 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법에 의하면 집단살해죄의방지과 처벌에관한협약에 규정된 집단살해에 대해서는 공소시효를 배제하고 있다(동법 제3조).

16) 형사소송법 249조가 이를 규정하고 있는데, 이에 의하면 사형에 해당하는 범죄의 공소시효는 15년, 무기형에 해당하는 범죄는 10년, 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄의 공소시효는 7년이다.

에서 10년 정도만 피해 다니면 법은 가해자에게 면죄부를 줄 수밖에 없다. 이것은 정의의 반하며 앞에서 본 국제적인 원칙과도 맞지 않는다.

반인도적 범죄는 시효를 부적용 시키는 것이 국제적 관행인 만큼(국제관습법적 지위를 얻었는가는 논쟁이 있지만) 우리의 국내법도 이들 범죄의 구성요건화와 더불어 시효부적용의 원칙을 선언하여야 할 것이다. 또한 국내외에 반인도적 범죄에 대해 그 처벌의 의지를 명확히 밝힌다는 의미로 68년 시효부적용 조약에도 가입하여야 할 것이다.¹⁷⁾

문제는 반인도적 범죄의 범주에 들지 않는 국가권력에 의한 반인권적 범죄행위의 경우인데, 이 때는 앞서 본 대로 원칙적으로 그 범죄유형은 반인도적 범죄와는 구별되는 것이므로 공소시효에 있어서도 양자를 동일시 할 수 없을 것이다. 그러나 국가기관에 의한 반인권적 범죄행위는 왕왕 그 사실의 존부가 은폐되기 쉬우므로 적어도 이러한 사실이 밝혀질 때까지는 공소시효는 정지된다고 선언하는 것이 필요하다. 뿐만 아니라 우리의 공소시효제도는 비교법적으로 보아 그 시효가 너무 짧다. 그러므로 공소시효의 정지문제를 떠나 그 기간을 연장하는 것도 고려되어야 한다.¹⁸⁾

5. 불처벌의 문제

우리의 형사법은 아무리 반인도적 범죄를 저질렀다 할지라도 형법상 가석방제도,

17) 시효부적용조약에 가입하면 국내에서 반인도적 범죄에 대한 특별법을 만들거나 그와 관련된 특별한 원칙을 정립하는데 도움이 될 것이다. 이것은 동조약이 직접적으로 그러한 절차와 원칙을 제약국에 요구하기 때문이다. 즉, 동조약 제4조는 반인도적 범죄 등에 대하여 각국의 헌법적 절차 내에서 시효를 적용시키지 말거나 시효제도를 폐지할 것을 요구하고 있다. 동조문 원문을 소개하면 다음과 같다.

Article 4

The States Parties to the present Convention undertake to adopt, in accordance with their respective constitutional processes, any legislative or other measures necessary to ensure that statutory or other limitations shall not apply to the prosecution and punishment of the crimes referred to in articles 1 and 2 of this Convention and that, where they exist, such limitations shall be abolished.

18) 미국의 경우 사형선고가 가능한 범죄는 공소시효를 적용하지 않고 있다. 즉, US Code, Title 18, Sec. 3281에 의하면 "어떠한 범죄라도 사형이 가능하면 제한 없이 언제라도 기소가 가능하다"라고 규정되어 있다. 그러나 우리나라에서 다른 범죄와의 형평을 유지하고 현재의 공소시효의 골간을 그대로 유지한다면 고문사건의 경우 피해자가 사망에 이른 경우에는 반인도적 범죄에 준하는 것으로 보아 시효부적용원칙을 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 법정 최장공소시효기간인 15년을 적용시키는 것이 타당하지 않을까 생각한다.

사면상의 대통령의 사면행위 등에 의해 사법부의 형의 선고가 무력화될 수 있다. 이것은 반인도적 범죄는 반드시 처벌되어야 한다는 불처벌 불가의 원칙과 어울리지 않는다.¹⁹⁾ 따라서 반인도적 범죄에 대해서는 '가석방 없는 형의 선고'와 같은 제도를 만들 필요가 있고, 검사의 기소편의주의의 예외를 인정해야 한다. 나아가 사면법 등에 사면의 예외규정을 두어 대통령의 정치적 판단에 따라 반인도적 범죄인을 조기 사면하는 일이 없도록 하여야 한다.

6. 피해자에 대한 적절한 구제

우리의 법률은 설사 반인도적 범죄(혹은 고문과 같은 국제조약상의 범죄)라 할지라도 가해자에 대해 민사상 손해배상을 청구한다면 제척기간(3년 혹은 10년)²⁰⁾의 제한을 받을 수밖에 없다. 따라서 반인도적 범죄를 입법화한다면 당연히 이들 기간 제한 규정도 개정하는 것이 필요하다. 일반적으로 불법행위에 의한 민사손해배상의 시효(제척기간)는 외국의 경우에도 10년을 넘는 것은 흔치 않은 일이나²¹⁾ 반인도적 범죄에 대해서는 피해자가 살아있는 한 시간과 관계없이 구제를 받는 것이 당연하므로 피해자 본인의 손해배상청구는 시효의 대상이 될 수 없을 것이다. 그리고 반인도적 범죄에 의하여 사망한 희생자 유족의 손해배상청구권의 경우에는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 적어도 10년간은 시효로 소멸하지 않는다고 하여야 유족에 대한 최소한의 권리구제가 될 것이다.

한편, 반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 국가권력에 의한 범죄의 피해자나 그 유족의 민사상 손해배상청구권은 특별히 반인도적 범죄와 달리 취급할 필요는 없다고 생각한다. 이것은 고문방지조약상의 피해구제에 관한 규정의 취지에 비추어

19) 이러한 불처벌 금지의 원칙은 로마규정 제20조 제3항의 일사부재리의 원칙의 예외에서도 잘 나타나 있다. 이 규정에 의하면 국제형사재판소는 원칙적으로 국내에서 처벌한 범죄를 다시 처벌할 수 없지만 국내재판이 오로지 범죄인의 형사처벌을 모면케 할 가장재판이거나 재판절차가 국제적 기준과 정의의 기준과 거리가 멀어 도저히 정상적인 사법절차라고 볼 수 없는 경우에는 예외적으로 국제형사재판소가 다시 재판할 수 있음을 정하고 있다. 이는 로마규정의 관장범죄에 대한 불처벌을 방지하기 위한 조치라고 할 수 있다.

20) 민법 766조는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효를 규정하고 있는데, 이에 의하면 청구권은 손해 및 가해자를 안날로부터 3년 혹은 불법행위가 있는 날로부터 10년간 행사하지 않으면 소멸한다.

21) 미국의 고문피해자보호법(Torture Victim Protection Act of 1991)는 고문피해자가 고문가해자에 대하여 소송을 제기할 수 있는 최장기간으로 10년을 정하고 있다. Sec. 2. (c) Statute of Limitation.

보아도 그렇다.²²⁾

7. 입법론

그렇다면 위와 같은 내용을 어떤 방법으로 우리 법체계에 옮길 수 있을까. 필자는 두 개의 특별법(예컨대, '반인도적 범죄에 관한 특별법'과 '고문범죄 등에 관한 특별법'이 바로 그것이다)이 논리적으로 제정되어야 하고 그것들은 실체법과 소송법적 내용을 함께 담아야 한다고 본다. 그것은 위에서 설명한 대로 반인도적 범죄와 그 범주에 들지 않는 범죄를 개념상 분리하는 것이 타당하고 그에 따라 처벌의 강도와 내용이 달라져야 하기 때문이다. 그러나 입법 현실에 비추어 두 개의 법률을 한 번에 만드는 것을 쉽지 않을 듯 싶다. 그러므로 차선책으로 두 개의 특별법을 단행법률(반인도적 범죄 등에 관한 특별법)로 통합하여 그 제정을 추진하는 방법이 오히려 현실적인 방법이 될 것이다.

한편, 기존의 법률의 개정을 통하여 위의 반인도적 범죄에 대한 개념과 제원칙을 선언하는 방법도 생각할 수 있을 것이다. 만일 이 방법을 선택한다면 형법, 형사소송법, 사면법, 범죄인인도법, 민법, 국가배상법등의 개정이 필요하게 된다. 그러나 이 방법은 기존 법률 곳곳을 손보아야 하기 때문에 절차적으로 복잡하고 어려운 작업이 될 것이어 권장할 만 것은 아니다.

8. 국제상설형사재판소 근거규정의 비준

1998년 7월 로마회의를 통하여 국제사회는 국제상설형사재판소의 설치할 수 있

22) 이와 관련하여 고문방지조약 제14조1항은 매우 구체적인 내용을 담고 있다. 그 원문을 보면 다음과 같다.

"Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependents shall be entitled to compensation."

위 조문에서 보듯 고문방지조약에서 요구하는 고문피해자에 대한 피해구제의 내용은 첫째, 공정하고 적절한 배상금을 받을 수 있는 실효적인 권리가 주어져야 한다는 것, 둘째, 고문피해자에 대한 완전한 사회복귀가 보장되어야 한다는 것, 셋째, 고문으로 인한 사망의 경우는 그 피부양자들에 대해서까지 손해배상권이 주어져야 한다는 것 등이다.

는 기회를 갖게 되었다. 이 재판소의 설치의 의의는 반인도적 범죄에 대해 국제사회가 공동으로 대응하여 응징하자는 것이다. 로마회의는 조약형태의 설치규정(Rome Statute) 만들어 지난 4년간 각국의 서명 및 비준을 받아왔으며 드디어 2002. 4월 현재 근거법의 발효요건인 60개국 이상의 비준요건이 충족되어 지난 7. 1. 드디어 로마규정은 발효되었다. 그런데 한국정부는 위 근거규정이 만들어진지 1년이 넘도록 아무 반응도 보이지 않다가 2000년도에 비로소 서명절차를 마쳤다.²³⁾ 그러나 그후 2년이 지나도록 아직 이 근거법의 국내적 비준절차를 위한 움직임은 거의 보이지 않고 있다. 한국이 국제사회에 반인도적 범죄에 대한 강한 척결의지를 보이려면 이의 비준절차를 서둘러야 한다. 나아가 한국이 이 조약에 가입하게 되면 이 조약의 관장범죄를 국내에서도 처벌할 수 있도록 국내법령의 정비가 요구된다.²⁴⁾ 이러한 과정에서 자연스럽게 반인도적 범죄의 국내적 수용이 적극적으로 논의될 것으로 보이는 바, 반인도적 범죄의 특별법은 바로 이런 가능성을 염두에 두고 그 제정이 추진되어야 할 것이다.²⁵⁾

II. 두 개의 법률안²⁶⁾에 대한 토론자의 입장

1. 일반론

특별법은 필자가 지적하는 반인도적 범죄와 기타 국가권력에 의한 반인권적 범죄의 개념상의 차이를 반영한 것으로 일용 발전적이다. 그러나 이들 특별 범죄에 대한 실체법적 접근이 결여되어 있고, 특칙으로 오로지 공소시효와 손해배상청구권의 소멸시효만을 정하고 있어 필자가 위에서 말한 여러 가지 내용이 반영되어 있지

23) 우리 정부는 2000. 3. 8. 자로 로마규정에 서명하였다.

24) 그것은 ICC 로마규정이 관장범죄의 처벌에 관하여 소위 '보충성의 원칙'을 취하고 있기 때문이다. 즉, 로마규정에서 처벌하는 범죄에 대해서는 가입국의 국내사법제도에 의해 원칙적으로 처벌될 것이 요구된다.

25) 물론 우리가 ICC 로마규정에 가입을 하면 그 이행법을 제정하는 것이 바람직 할 것이다. 그 이행법을 제정하는 경우 내용은 크게 두 가지가 될 것이다. 하나는 로마규정의 관장범죄에 대한 국내에서의 처벌문제이고, 다른 하나는 ICC에의 협력의무이다. 따라서 반인도적 범죄에 관한 특별법이 로마규정의 내용을 모두 포함하여 제정될 수 있다면 위 이행법의 내용은 주로 ICC에의 협력의무를 규정하는 이행법이 될 것이다.

26) 반인도적범죄등에관한특별법을 '특별법안'으로, 형사소송법개정법률안을 '형소법개정안'으로 지칭함.

못하다.

한편, 형소법개정안은 형소법상의 공소시효 규정만을 개정하는 것으로 반인도적 범죄에 관한 국제적 조류를 반영하지 못하였을 뿐만 아니라 그 해당범죄의 선정에 있어서도 반인도적 범죄의 일반 이론에 비추어 대단히 모호하다. 두 개의 법률안이 안고 있는 가장 기본적인 문제는 두 법안이 모두 소송법적 접근방법만을 채택하였다는 데 있다. 그러나 이러한 한계에도 불구하고 일용 특별법안이 그 형식과 내용에 있어 형소법개정안에 비하여 좀더 세련되고 이론적인 결함이 덜한 것은 분명하다.

2. 공소시효 배제 및 정지의 대상범죄에 대하여

가. 특별법안

1968년 유엔시효부적용조약상의 반인도적 범죄에 대하여 공소시효배제를 적용하고 있는데, 여기에서 문제는 위 조약의 반인도적 범죄를 원용하는 것만으로 우리 법체계상 공소시효배제의 특칙이 현실적으로 적용될 수 있느냐이다. 현재 우리의 형사법은 위 유엔조약의 대상범죄에 대하여 실체법적으로 처벌하는 규정이 마련되어 있지 않다. 물론 위의 조약상의 범죄 대부분은 일반형법 등으로 처벌이 가능하다고 할 수 있으나 처벌의 강도나 처벌의 목적은 같다고 볼 수 없다. 더욱 특별법안이 규정하는 국제법상의 반인도적 범죄는 오로지 뉴렘버그재판의 헌장과 그 이후 이를 확인한 유엔결의에서 말하는 반인도적 범죄행위에 국한된 것으로 최근의 ICC 로마규정의 내용과도 상당히 차이를 보이고 있다. 즉, 최근 국제사회에서 정립된 반인도적 범죄를 그대로 살리지 못했다는 것이다. 따라서 특별법안의 공소시효의 배제대상 범죄는 보다 구체적인 범죄의 유형이 열거되어야 하고 그 범위에 있어서도 최근의 국제법상 정립된 반인도적 범죄의 개념이 포함될 필요가 있다고 생각한다.

나. 형소법개정안

이 법률안의 기본적인 문제는 반인도적 범죄에 대한 특칙을 오로지 공소시효배제라는 것에 국한하여 접근한 것으로서 기본적인 한계가 있고, 조속한 입법화를 위해 그러한 접근방법을 인정한다고 해도 특칙 대상범죄의 선정에는 여러 가지 문제

가 있다. 우선, 공소시효배제의 대상범죄로 형법87조 내지 103조의 내란 및 외환의 죄 전부를 포함시키고 있는데 이것이 과연 타당한지 의문이다.²⁷⁾ 원래 국제법상 논 의되어 온 반인도적 범죄는 개인에 대한 용서할 수 없는 범죄유형에서 발전한 것으로 개정안과 같은 국가적 법익 위반 범죄에 대하여 적용한 예는 찾기 어렵다.²⁸⁾ 한 마디로 국가주의적 발상이라는 비판을 면하기 힘들다. 둘째로 형법 제125조와 287 조의 범죄행위로 사람을 살상한 행위를 공소시효의 배제대상으로 삼고 있는데 이는 국가기관에 의한 살상행위와 미성년자에 대한 약취유인살상 행위를 정한 것으로 보이는 바, 과연 위의 두 구성요건에 해당하는 행위에 대해서만 특별한 특칙을 정하여야 할지는 의문이다. 필자의 생각으로는 국가기관에 의한 살상행위는 위의 특례법안의 제2조2항이 보다 정확히 범위를 설정하였다고 보며, 국가기관 이외의 살상행위 중 공소시효의 배제가 적용되어야 하는 범죄는 미성년자약취유인살상의 범주를 넘어 훨씬 넓은 영역에서 존재한다고 생각한다.²⁹⁾ 셋째, 개정안에서는 전쟁 범죄와 테러범죄를 공소시효의 적용배제 대상범죄로 규정하고 있는데, 우리와 같이 죄형법정주의가 형사법의 최고의 원칙으로 자리잡고 있는 법제에서 단순히 '전쟁범죄' '테러범죄'라고 하는 용어를 형사소송법에 규정할 때 과연 이 조문을 둘러싼 해석상 혼란을 어떻게 할 것인가 의문이다. 국제법상으로도 전쟁범죄와 테러범죄라는 것이 명확한 개념으로 정리되지 않은 상황인데 이를 국내 형사법에서 그대로 사용하는 것은 너무 모호하며 막연하다는 비판을 받지 않을 수 없다.

3. 보편적 관할의 선언

두 개의 법률안에서 보편적 관할의 문제는 전혀 언급되지 않고 있다. 그러나 반 인도적 범죄에 대한 처벌은 국제법상의 의무로 파악하여야 하므로 반인도적 범죄

27) 아마도 이 안의 배경이 된 것은 1995년에 제정된 '헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특례법'으로 보인다. 이 법은 제2조에서 헌정질서파괴범죄를 형법 제2편제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 균형법 제2편제장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄라고 정의하고 이에 대해서는 동법 제3조에서 공소시효를 배제하고 있다.

28) 이러한 국가적 법익 위반 범죄에 대하여도 공소시효 배제의 특칙을 인정해야 한다면 나아가 우리의 국가보안법 위반 사건에서도 공소시효를 배제하지 않을 이유가 없을 것이다. 그것이 과연 타당한가.

29) ICC의 로마규정에서는 반인도적 범죄의 유형을 살인, 말살, 노예화 등 11개의 유형을 열거하고 있다.

의 입법화를 하는 마당에 이를 제외시킬 이유가 없다. 법안의 체제상 특례법안은 무난히 이러한 원칙을 선언하기가 용이한 것으로 보인다. 즉, 특례법 제2조의 범죄에 대해서는 그 범죄의 행위자, 피해자 혹은 발생지가 어느 곳이든 처벌을 할 수 있다는 규정을 넣는 것이 필요하다고 본다.

4. 피해자의 민사상 구제

특례법안은 제4조에서 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 특칙을 정하고 있는 바, 이러한 특칙에는 원칙적으로 찬성하나 내용에 대해서는 약간의 검토가 필요하다고 본다. 특례법안은 공소시효배제 대상범죄에 대해서는 무조건 손해배상청구권의 소멸시효적용을 배제하고 있는데(제4조1항), 이것은 피해자 본인과 그 유족으로 나누어 살펴보아야 할 것이다. 본인에 대해서는 시효의 배제를 정하는 것은 무리가 없으나 유족이나 기타 상속권자에 대해서까지 무기한의 손해배상청구권을 인정하는 것은 적절치 않다고 보인다. 후자의 경우는 손해배상청구권을 행사할 수 있을 때부터 10년 정도의 기간으로 제한하는 것이 타당하다.

5. 불처벌 금지의 원칙 선언

두 개의 법안은 반인도적 범죄에 대해 국제사회가 요구하는 불처벌 금지의 원칙을 반영하지 못하고 있다.³⁰⁾ 그러나 우리의 사법사에서 왕왕 있어 온 무분별한 사면권 및 가석방 등으로부터 사법정의를 확립하기 위해서는 반인도적 범죄에 관한 특별법 등에 이를 제한하는 규정을 법제화하여야 한다.

6. 법률의 소급효에 대하여

특례법안은 부칙에서 "이 법은 공포한 날로부터 시행한다"라고만 되어 있어 법률 시행 이전 발생한 범죄행위에 대하여 이 특례법의 공소시효에 관한 특칙을 적용시킬 것인가가 분명치 않다. 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대하여는 적용시키기 어

30) 이 요구는 ICC 로마규정을 보아도 분명하다. 로마규정에서는 체약국이 ICC의 관장범죄의 처벌을 피하기 위하여 위장된 재판을 하는 경우 ICC가 다시 재판할 수 있음을 천명하고 있다(Art. 20). 이것은 불처벌의 가능성을 피하기 위한 것이다.

렵다 하더라도 아직 공소시효가 완성되지 않은 범죄에 대해서는 이 법에 의해 공소시효가 배제되거나 정지될 가능성은 있다. 그러나 이런 해석의 여지를 주지 않기 위해서는 소급효의 문제를 정식으로 부칙에 다루어 정할 필요가 있다고 생각한다. 소급효와 관련하여 해석의 논란을 제거하였다는 면에서는 형소법개정안의 부칙 조항의 형식이 보다 적절하다고 생각한다. 이와 관련하여 ICC의 로마규정은 많은 논란 끝에 로마규정 발효일 이전의 범죄행위에 대해서는 규정의 적용을 배제하는 방향으로 정리하였다.

7. 제안

필자는 오늘의 주제를 반인도적 범죄 등에 관한 특별법을 어떻게 제정할 것인가로 받아 들이고 싶다. 그렇다면 이를 위해 현실적으로 어떻게 하여야 할까. 필자는 이 특별법의 제정을 위해 하루 빨리 법무부 내에 관련 전문가들로 구성된 가칭 '반인도적범죄등에관한특별법 제정위원회'를 설치할 것을 제안하고자 한다. 이 위원회는 필자가 위에서 언급한 로마규정의 관장범죄를 비롯한 국제법상의 반인도적 범죄와 반인도적 범죄에 해당하지 않는 반인권적 국가범죄를 함께 구성요건화 하는 작업을 하고 이에 관한 특칙을 정하는 법안을 만들어야 할 것이다. 그런 연후 우리 정부가 로마규정을 비준할 것을 전제로 '로마규정이행법'도 이 위원회가 담당하여 법안을 만든다면 필자의 구상은 실현될 수 있으리라 본다. 시기적으로는 국제형사재판소의 창설이 코 앞에 다가 왔으므로 올 내로 위 '반인도적범죄등에관한특별법'을 성안하여 국회를 통과시키고, 올 내 또는 내년 초경에 '로마규정이행법'을 제정한 다음 바로 로마규정을 비준하여야 할 것이다.

반인륜적 범죄 공소시효배제입법 제안배경과 주요내용

토론 3 반인륜적 범죄 공소시효배제입법 제안배경과 주요내용

이 주 영
(국회의원, 한나라당)

1. 제안어음

최근에는 이른바 '제이프공화국'이라 부르는 곳 있을 만큼 많은 권력형 범죄자들이 정치적 국민권을 누리고 있다. 그 가운데 특히 대개 권력을 가졌던 자들이 하나 있었다. 이른바 '제이프'라 하나로 알려진 '공화국'이다. 정치 권력형 범죄는 사실과 과거 공판에서 사실과 다른 증거를 남기고 있다. 이 사건에 대한 정죄가 위해 고위직으로 인해 이루어졌다는 것이다. 이를 같은 방법으로 고위직에 의해 고위직으로 범죄행위가 순차·조직되었다. 사실과 다르다. 한편 그 권력자를 처벌할 수 없다는 사실에 기인해 왔다. 입법행위를 한 결과로 많은 자들의 권력을 폐·조직한 당사자도 기망의 자질을 갖게 되면 권력은 정치·경제·문화의 발전에 기여할 수 있다.

국가권력 기관을 위해 범죄행위가 순차·조직된 권력형 범죄는 비단 증거를 가진 자에게 그치지 않는 것으로 알려져 있다. 최근 검찰청장·법원장 등이 조직되어 활동한 자 얼마 되지 않았지만 권력형 범죄의 경우에도 양자 중앙정보부에 의한 고문살해사건이 여러·조직된 것으로 밝혀졌고, 최근에는 군복무중이던 형사의 죽음이 10수년전이나 존재되었던 것으로 확인되었다.

이들 사건을 계기로 우리 국민들 사이에는 증거조각과 사실은 왜곡된 경우

반인륜적 범죄 공소시효배제입법 제안배경과 주요내용

이 주 영
(국회의원, 한나라당)

I. 제안이유

지난해는 이른바 '게이트공화국'이라 부를 수 있을 만큼 많은 권력형 비리사실들이 불거져 국민들을 놀라게 했다. 그 와중에 우리에게 충격을 주었던 사건이 하나 있었다. 이른바 벤처비리의 하나로 알려진 '윤태식게이트'에서 윤태식이라는 사람이 과거 홍콩에서 자신의 처인 수지 김씨를 살해하였고, 이 사건이 국가 정보기관에 의해 조직적으로 은폐·조작되었다는 것이다. 이때 많은 국민은 국가기관에 의해 조직적으로 범죄행위가 은폐·조작되었다는 사실에 놀라는 한편 그 관계자를 처벌할 수 없다는 사실에 의아해 했다. 살인행위를 한 행위자 뿐만 아니라 사건을 은폐·조작한 당사자도 마땅히 처벌을 받아야만 한다는 것이 일반적인 국민의 법감정이라 할 수 있다.

국가권력 기관에 의해 범죄행위가 은폐되거나 조작된 현상은 비단 수지김 사건 하나에 그치지 않은 것으로 알려져 있다. 의문사진상규명위원회가 설치되어 활동한 지 얼마 되지 않았지만 전 서울대 법대 최종길교수의 경우에도 당시 중앙정보부에 의한 고문살해사건이 은폐·조작된 것으로 밝혀졌고, 최근에는 군복무중이던 병사의 죽음이 10수년간이나 은폐되었던 것으로 확인되었다.

이들 사건을 계기로 우리 국민들 사이에는 증거조작과 사실은폐에 관여한 공무

원들에게까지 공소시효의 혜택을 부여해서는 안 된다는 주장이 강하게 제기되었고, 나아가 진실규명과 피해자의 인권을 위해서도 이 같은 법적 한계에 손댈 필요가 있다는 지적이 끊임없이 이어졌다. 반사회적·반인륜적 범죄에 대해서 기존의 공소시효 적용을 배제하여 언제든지 처벌을 가능케 할 수 있어야 된다는 것이다. 이러한 국민적 여론을 반영하여 인권국가로서의 이미지 고양을 위해서 관련 법률의 손질이 필요한 것이다.

II. 법률안 형태와 관련하여

반인륜적 공소시효의 입법에 관련해서는 두 가지 형태를 생각할 수 있다. 하나는 독자적인 특별법의 제정이고, 다른 하나는 현행 형사소송법을 개정하여 해결하려는 것이다. 특별법 제정을 통해 해결하려는 견해는 “국가형벌권을 벗어난 중대한 국가범죄가 의도적으로 증거조작, 은폐되는 사건에 대해 공소시효 적용을 배제시키는 특별법 제정이 국민의 법감정과 사회정의에 부합한다”거나 “여론의 확산과 운동의 효율성 때문” 등을 그 이유로 거론하고 있다. 그러나 본 의원은 형사소송법 개정론에 입각하여 기존의 형사소송법을 개정하는 형태로 법안을 제출하였다.

그 이유는 첫째, 특별법 제정은 국가형벌권의 남용, 법적 안정성 침해 등과 같은 헌법적 문제를 야기시킬 수 있고, 둘째, 입법의 낭비를 막고 법령의 통일 정비를 용이하게 하기 위해서는 기본 법률을 손질하는 것이 유리하며, 셋째, 현행 공소시효제도가 안고 있는 근본적인 문제점을 재검토함으로써 특별법의 취지가 형사소송법에 반영되는 것이 오히려 합리적인 해결방안이라고 생각하며, 넷째, 현행 형사소송법의 공소시효 관련조항의 개정이 통일 이후의 과거사청산 등 장기적인 형사정책을 준비하는데 합리적이라고 보기 때문이다.

III. 주요 내용

1. 공소시효배제대상

현행 형사소송법 제249조제2항을 제3항으로 하고, 동조에 제2항을 신설하여 공소시효배제조항을 둔 바, 그 대상에 관한 세부적 내용은 다음과 같다.

(1) 헌정질서파괴범죄(내란 및 외환의 죄)

이 조항은 1995년 12월 21일 제정된 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제3조를 형사소송법 제249조에 반영한 것이다.³¹⁾ 특별법에 규정된 내용은 가능한 형사소송법에서 체계적으로 정리될 필요가 있다.³²⁾

(2) 국가권력기관에 의한 고문·상해·살인범죄

형법 제125조는 “재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년이하의 징역과 10년이하의 자격정지에 처한다.”고 규정하고 있는바, 이들 기관의 폭행 가혹 행위로 사람을 살상에 이르게 한 경우는 강력한 법적 대응이 뒤따라야 한다. 국가권력기관에 의한 고문·상해·살인범죄는 불법정권이 지속되는 한 형사처벌은 사실상 불가능하기 때문에 이들에 의

31) 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 1995.12.21 법률 제5028호 제1조 (목적) 이 법은 헌법의 존립을 해하거나 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 헌정질서파괴범죄에 대한 공소시효의 배제등에 관한 사항을 규정함으로써 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호함을 목적으로 한다. 제2조 (용어의 정의) 이 법에서 “헌정질서파괴범죄”라 함은 형법 제2편제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 군형법 제2편제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄를 말한다. 제3조 (공소시효의 적용 배제) 다음 각호의 범죄에 대하여는 형사소송법 제249조 내지 제253조 및 군사법원법 제291조 내지 제295조에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다. 1. 제2조의 헌정질서파괴범죄 2. 형법 제250조의 죄로서 집단살해죄의방지와처벌에관한협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄 제4조 (재정신청에 관한 특례) ① 제2조의 죄에 대하여 고소 또는 고발을 한 자가 검사 또는 검찰관으로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사소속의 고등검찰청이나 그 검찰관소속의 고등검찰부에 대응하는 고등법원 또는 고등군사법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. ② 제1항의 재정신청에 관하여는 형사소송법 또는 군사법원법의 해당 규정을 적용한다. 부칙 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

32) 독일의 경우 1995년 8월 21일에 개정된 형법 제218조 a, 제218조 b, 제219조 등 낙태관련 조항들은 임무 및 가족원조에 관한 법률(Schwangeren- und Familienhilfe-änderungsgesetz)을 반영하고 있다.

해 자행된 반인륜적·반인도적 범죄에 대해서는 공소시효의 적용을 배제해야 한다.

(3) 미성년자 약취·유괴 살인범죄

미성년자를 약취 또는 유인하여 살상케 한 경우에도 공소시효는 배제되어야 한다. 미성년자를 약취 유인하여 살상케 한 행위는 사인(私人)에 의한 대표적 반인륜적·반인도적 범죄이다. 이러한 패륜적·반인륜적 범죄에 대한 강력한 법적 대응을 위해서 공소시효의 적용을 배제할 필요가 있다.

(4) 전쟁과 테러에 의한 민간인 학살범죄

인간의 존엄성을 유린하는 불법적 사례를 청산하고 또 장래에도 방지하려는 취지에서 '집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약' 제4조의 집단살해에 해당하는 범죄를 반영한 것이다. 이러한 입법 선례는 1979년 9월 22일 개정 독일형법에서 발견할 수 있다. 독일 형법도 제78조 제2항에 독일 형법 제220조의 a(인종학살)³³⁾의 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제한다는 규정을 두고 있다.

(5) 국가기관의 사실발견 은폐를 위한 증거인멸 범인도피 등의 범죄

국가기관이 사실발견을 은폐하기 위하여 행한 증거인멸, 범인도피, 직권남용, 직무유기, 위증, 공무집행방해행위에 대해서도 공소시효적용을 배제할 필요가 있다. 국가권력기관에 의한 고문·상해·살인범죄와 마찬가지로 이들 행위도 불법정권이 집권을 계속하는 동안에는 사실상 그 행위에 대한 형사처벌이 사실상 불가능하다. 따라서 공소시효의 적용을 배제하여 그 정권이 물러난 후 처벌이 가능하도록 길을 열어놓아야 한다.

33) 독일 형법 제220조의 a [민족모살] ① 국민적 종교적 종교적 그룹 또는 그 민족성에 의하여 특정된 그룹 자체를 전부 또는 부분적으로 파괴할 의도에서
1. 그 그룹의 구성원을 살해하거나
2. 그 그룹의 구성원에 대하여 중대한 신체적 또는 정신적 손상 특히 제224조에 제기된 종류의 손상을 가하거나
3. 전부 또는 부분적으로 신체의 파괴를 초래하는데 적합한 생활 조건하에 그 그룹을 두거나
4. 그 그룹 내에서 출생을 저지하는 조치를 과하거나
5. 그 그룹의 아동을 폭력에 의하여 다른 그룹으로 옮기는 자는 무기자유형에 처한다.

2. 시효정지의 확대

현행 형사소송법 제253조 제3항은 “범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다.”고 하여 공소시효정지가 되는 경우를 국외도피로 한정하고 있으나, 이를 개정하여 “범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우의 그 체류기간과 국가기관의 고의에 의한 증거조작이나 사실발견의 은폐행위로 인하여 공소제기가 불가능하였던 범죄의 경우 그 증거조작, 사실발견 은폐행위가 있을 때부터 확정판결에 의하여 밝혀진 때까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지된다”고 하여, 국가기관의 조작이나 은폐에 의하여 공소제기가 불가능하였던 범죄의 경우에도 증거조작이나 사실발견의 은폐행위가 밝혀진 때까지 공소시효를 정지토록 하였다.

3. 시효가 현재 진행중인 범죄행위에 대한 조치

공소시효배제입법의 경우 국민의 법감정에만 치중한다면 이미 시효가 만료된 사건의 경우에도 소급해서 적용할 수도 있겠으나, 이는 소급효금지라는 헌법적 원칙에 어긋난다고 보아야 할 것이다. 그래서 이 경우는 적용하지 않는 것으로 해서 논란을 배제시키고자 하였다. 그런데 원인행위는 과거에 행해졌으나 아직 시효가 진행중인 사건은 어떻게 할 것이냐 하는 문제가 있다. 이것은 공소시효의 본질을 어떻게 보느냐에 따라 결론을 달리할 수 있겠으나, 개정안에서는 “이 법 시행전에 공소시효가 완성되지 아니한 범죄행위에 대해서도 적용한다”고 하여 공소시효배제 조항의 실효범위에 관하여 적절한 조정을 꾀하였다.

IV. 기타문제

1. 공소시효적용배제범죄의 범위 확대문제

본 의원이 발의한 법안에는 공소시효적용을 배제하는 범죄로서 헌정문란행위, 국가권력기관에 의한 고문·상해·살인범죄, 미성년자를 약취 또는 유인하여 상해를

‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙*

曹 國

(서울대학교 법과대학 조교수)

I. 들어가는 말

여러 논란을 거쳐 1995년 제정된 ‘헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법’은 내란, 외환, 반란, 이적 등 ‘헌정질서파괴범죄’ 및 ‘집단살해죄의방지과처벌에관한협약’에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄에 대해서는 공소시효가 적용되지 않음을 명문화한 바 있다. 그리고 같은 시기 제정된 ‘5.18민주화운동등에관한특별법’(이하 ‘5.18특별법’) 제2조는 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하여 공소시효의 정지의 특례를 인정하였다. 그러나 이상의 특별법의 적용을 받는 범죄 외에 권위주의 체제 아래에서 국가 권력에 의해 자행된 인권유린범죄에 대한 공소시효 배제문제는 후일로 미루어졌다.

그런데 근래 들어 이근안씨의 민주화운동가들에 대한 고문사건, 국가안전기획부에 의한 김옥분씨(수지 김) 피살의 은폐조작사건의 진상 등이 밝혀지고, 대통령 소속 ‘의문사진상규명위원회’의 활동으로 중앙정보부에 의한 최종길 교수 고문살해 및 은폐사건, 청송교도소 교도관의 박영두씨 폭행치사 및 은폐 사건 등 각종 의문사사건에 국가권력이 개입하였음이 밝혀지게 되었다. 그러나 공소시효 때문에 이러한 국가의 범죄행위를 처벌할 수 없는 법률적 부조리가 문제가 되면서 국가 권력에 의한 인권유린범죄에 대한 공소시효의 배제·정지의 문제가 다시 수면으

로 떠오르게 되었다.

II. 개념정리

현재 국가권력에 의한 인권유린범죄를 가리키는 개념으로 '반인도적 범죄', '반인륜적 범죄', 또는 '반인권범죄' 등이 혼용하여 사용되고 있으나 아직 정확한 개념정리는 이루어지지 못한 상태이다. 통상 국제법상의 '반인도적 범죄'(crimes against humanity)라는 개념이 많이 사용되고 있으나, 현재 우리 사회에서 문제가 되고 있는 국가권력에 의한 인권유린범죄를 지칭하는 용어로 '반인도적 범죄' 개념을 그대로 차용하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 모두에서 언급한 수사기관의 고문과 가혹행위는 '반인도적 범죄'의 객관적 성립요건을 충족하지 못하기 때문이다.

첫째, '반인도적 범죄'가 문제가 된 상황은 민족 또는 인종분규 속에서 발생하는 무장충돌을 배경으로 하고 있으므로—물론 무장충돌과의 관련성이 '반인도적 범죄'의 성립에 필수적인 것은 아니지만—, 우리나라에서의 국가권력에 의한 인권유린상황과는 그 배경에 있어 상당한 차이가 있다. 둘째, '반인도적 범죄'는 “민간인집단”에 대하여 “광범하게 또는 조직적으로”, 그리고 “국가 또는 조직적 정책에 수반하여 또는 그 연장선에서” 자행될 것을 요구하는 것이기에 우리 사회에서 현재 문제가 되고 있는 국가권력의 인권유린범죄와 비교하기에는 곤란하다. 권위주의 체제하에서 '공안사건' 수사에 있어서 고문과 가혹행위가 사용되었음은 분명히 확인되고 있지만, 이 불법행위가 특정 민간인집단을 겨냥하여 국가의 정책수행차원에서 공격을 가한 것으로 해석하기에는 무리가 있다. 마지막으로 '수지 김 피살의 은폐조작사건'과 같이, 현재 문제가 되고 있는 국가권력에 의한 직무유기, 직권남용, 범인은닉, 증거인멸 등의 범죄는 '반인도적 범죄'의 개념으로는 전혀 포괄되지 않는다는 문제점도 있다.

그리하여 우리는 '반인권적 국가범죄'(state crimes against human rights)라는 개념을 새로이 만들어 사용하고자 한다. 즉, 우리는 '반인권적 국가범죄'를 국가기관이 그 직무를 행함에 있어 정당화사유 없이 시민을 살해 또는 고문하는 등 헌법과 법률을 위반하여 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나 이 침해

행위를 조직적으로 은폐·조작한 행위로 정의하면서, 이를 '반인도적 범죄' 개념 대신 사용하고자 한다. 구체적으로 보자면 (1) 국가기관이 직무수행과정에서 정당화사유 없이 제24장의 살인의 죄를 범한 경우, 형법 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우 등이 가장 대표적인 '반인권적 국가범죄'의 예이며, 또한 이보다는 불법의 정도가 경하지만 (2) 국가기관이 형법 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), '특정범죄가중처벌등에관한법률' 제15조(특수직무유기)의 죄, 형법 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸)의 각 죄 등을 범한 경우도 '반인권적 국가범죄'의 범주에 포괄될 수 있을 것이다.

III. '반인권적 국가범죄'의 공소시효정지·배제와 소급효금지의 원칙

1. 이론적 현황

공소시효(Strafverfolgungsverjährung 또는 statute of limitation)는 범죄행위가 종료된 후에 공소제기 없이 일정한 기간이 경과하면 공소권이 소멸되는 제도이다. 이 제도의 존재이유로는 범행 후 장기간이 경과하여 증거가 멸실·산일(散逸)되어 진실발견이 어렵게 되고, 또한 범죄행위로 초래된 사회질서의 파괴가 상당히 회복되었고 범죄인 자신도 형벌에 상응하는 고통을 받았으며, 범인의 법적·사회적 안정도 존중해야 한다는 점 등이 통상 열거되고 있다. 공소시효가 완성되면, 실제법상 형벌권이 소멸되므로 검사는 공소를 제기할 수 없게 되고, 만약 공소제기 후에 이러한 사실이 발견된 때에는 실제적 소송조건인 흠결(欠缺)을 이유로 '면소판결'을 하게 된다(형사소송법 제326조 3호).

'소급효금지의 원칙'(lex praevia)은 형벌법규는 효력발생 이후의 행위에 대해서만 적용하고 시행 이전의 행위에까지 소급하여 적용할 수 없다는 민주주의 형법의 대원칙으로, 헌법 제13조와 형법 제1조에 명시적으로 규정되어 있다. 헌법과 형법의 문언에서도 드러나듯이 소급효금지는 원칙적으로 형사실체법상 가벌성과 형사제재에 적용되는 원리로, 통상 절차법인 형사소송법에는 사후법의 소급효가 인정되

는 것으로 해석된다.

그런데 공소시효의 경우 형사소송법의 문제이기는 하지만 이는 행위의 가벌성과 연관이 있는 조건이므로 소급효금지의 원칙 적용 여부가 논란이 될 수밖에 없다. 현재 학계의 다수설은 시효가 만료되지 않은 상태에서 공소시효를 연장시키거나 공소시효의 진행을 정지시키는 것—'부진정소급효'—은 허용되지만, 이미 시효가 완성된 다음 소급적으로 공소시효를 연장하거나 정지시키는 것—'진정소급효'—은 소급효금지의 원칙에 반한다고 보고 있다. 이에 반하여 '진정소급효'와 '부진정소급효'를 불문하고 공소시효는 순수한 절차규정이 아니라 범죄의 가벌성과 관련된 조건이므로 모두 소급효금지의 원칙의 적용을 받는다고 보고 유력한 소수설이 있다.

2. '부진정소급효'

먼저 공소시효가 완성되지 않고 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 특별법이 소급효금지의 원칙에 반하는가 하는 문제를 살펴보자. 이 문제는 공소시효의 본질이 무엇인가에 대한 이론적 대립과 깊은 관련이 있다.

먼저 공소시효의 본질에 관한 '실체법설'은 공소시효는 시간의 경과에 따라 사회의 옹보감정 또는 범인의 악성이 소멸하므로 공소시효가 완성되면 가벌성과 국가의 형벌권 자체가 소멸된다고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 공소시효의 완성은 실체적 소송조건으로 실체판결을 저지하는 효력을 가지기에 공소시효가 완성되면 무죄판결을 선고해야 하며, 공소시효정지규정의 유추적용은 금지되며, 법률상 인정된 사유가 아닌 사실상의 소추장애사유에 의한 공소시효정지도 허용되지 않는다.

둘째 우리 학계의 다수설인 '소송법설'에 따르면 공소시효는 형벌권과는 관계없이 시간의 경과에 따라 증거의 멸실·산일로 인하여 국가의 소추권만을 소멸시키는 소송법적 성격을 가진다고 본다. 이 입장에 따르면 공소시효정지규정은 소송법상의 규범이므로 유추적용이 가능하며, 법률상의 사유는 물론 국가기관이 형사소추권을 행사할 수 없었던 사실상의 장애사유가 존재하는 경우에도 공소시효정지를 인정한다.

셋째, '병합설' 또는 '경합설'은 공소시효는 범죄에 대한 사회적 처벌욕구 감소나

범죄인의 처벌필요성 완화 등 실체형벌권에 관한 측면과 증거멸실·산일 등을 이유로 한 형사소추의 애로점 등의 소송법적 측면을 함께 고려하여 만든 제도라고 본다. 통상 이 입장에 따르면 공소시효의 완성은 형벌필요성과 소추권이 모두 소멸되는 것이므로, 현재 진행 중인 공소시효 기간을 사후에 소급하여 연장하는 것은 국가형벌권의 남용으로 금지된다.

이상의 학설대립은 원래 독일의 경우 공소시효가 형법전에 규정되어 있음으로 발생한 것이다. 그러나 우리나라의 경우 공소시효는 애초에 형사소송법전에 규정되어 있기에 실체법설의 주장은 근거가 약해진다. 그리고 우리 형사소송법은 공소시효가 완성된 경우 '무죄판결'이 아니라 '면소판결'(법 제325조)을 하도록 규정하고 있기에 '실체법설'로만 공소시효의 본질을 파악하는 것은 곤란하다고 본다.

다음으로 '소송법설'을 취하게 되면 공소시효가 만료하지 않은 '반인권범죄'의 공소시효의 사후에 소급연장하는 것은 아무런 문제가 없게 된다. 그런데 법이론적으로 공소시효를 순수히 소송법적인 것만으로 보기에에는 곤란한 점이 있다. 즉, 공소시효는 범죄의 가벌성과 긴밀한 연관을 갖고 있으며, 공소시효의 완성으로 범죄인이 형사책임을 벗어나는 것은 범죄인에 대한 일반·특별예방적 처벌의 필요성이 감소되기 때문이라는 측면을 가지고 있다. 이 점에서 공소시효는 "절차법상 소송장애사유이면서 동시에 실체법상 인적 처벌조각사유"이다. 따라서 공소시효의 소급연장은 '소송법설'의 입장처럼 자동적으로 합헌이 되는 것이 아니며, 헌법적 심사를 거쳐야만 하는 사안인 것이다. 이러한 맥락에서 우리는 공소시효의 본질은 '병합설'에 따라 파악하는 것이 타당하다고 본다.

그러나 '병합설'을 취하여 공소시효에 실체법적 측면이 있음을 인정한다고 하여 공소시효가 만료하지 않은 '반인권적 국가범죄'의 공소시효를 사후에 소급연장하는 것이 금지되는 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조 제1항은 소급효금지의 원칙이 범죄구성요건, 범죄의 성립과 처벌에 관련된 원칙임을 못박고 있기 때문이다. 이에 반하여 오영근 교수는 헌법 제12조 제1항 제1문의 "법률과 적법한 절차"를 "행위시의 법률과 적법한 절차"로 이해하여 공소시효의 연장도 행위시의 법률에 의해야만 한다고 해석하지만, 이는 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조 제1항의 문언의 취지와 충돌하는 해석이라고 본다. 그리고 오 교수는

“일반국민의 중요관심사는 일정한 행위를 하면 처벌되느냐 안되느냐이지 그것이 실제법적 사유때문이나 아니면 절차법적 사유때문이나가 아니”라고 강조하고 있다. 그러나 소급효금지를 통한 시민의 보호가 절대명제는 아니며 범죄인 처벌이라는 형벌목적과의 관계 속에서 타협되는 것이며, 그 타협의 정도와 범위는 헌법 제13조 제1항에 의해 확정(劃定)되어 있는 바 공소시효의 소급적용을 통해 시민에게 불이익이 가더라도 그것은 헌법이 예정한 것이라고 보아야 하는 것이다.

그리고 소급효금지의 원칙은 행위 당시 행위자의 모든 판단과 신뢰를 보호하는 것은 아니라 시민의 자유와 안전 및 법적 생활의 안정성을 보장하기 위하여 보호할 필요성이 인정되는 행위자의 판단과 신뢰만을 보호하는 것이다. 일정 기간의 경과로 당연히 형벌을 면제받을 것이라는 신뢰는 어떠한 경우에도 반드시 보호받아야 하는 절대적 가치를 갖고 있는 것은 아니라 상대적 의미를 가질 뿐이라 하겠다. 그리고 아직 공소시효가 만료하지 않은 상태이기 때문에 피고인이 소추권 소멸에 대해 갖는 기대는 보호할 가치가 없다고 본다. 이상의 관점에서 ‘병합설’을 취하더라도 ‘부진정소급입법’은 허용될 수 있다고 본다.

요컨대 ‘소송법설’을 취할 경우는 물론이고, ‘병합설’을 취하는 경우에도 공소시효가 완성되지 않고 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 특별법 제정은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다. 비교법적으로 보자면 미국의 경우는 1928년 ‘Falter v. United States 판결’ 이후 공소시효가 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 법률은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다는 입장이 견지되어 왔다. 독일의 경우도 1969년 공소시효가 완성되는 전범과 반인도범죄에 대한 공소시효를 연장하는 1965년 4월 13일의 ‘공소시효에 관한 특별법’(Gesetz ueber die Berechnung strafrechtlicher Verjaehrungsfrist), 모살죄와 ‘반인도적 범죄’에 대한 공소시효를 다시 30년 연장하는 1969년 8월 4일의 제9차 형법개정, 모살죄의 공소시효를 완전히 없애는 1979년 7월 16일 제16차 형법개정 등이 있었던 바 이는 우리의 주장을 뒷받침하는 예가 될 것이다.

3. ‘진정소급효’

다음으로 공소시효의 ‘진정소급효’의 경우는 통상 소급효금지의 원칙에 반하는 것으로 이해되고 있으므로 보다 많은 고민이 필요하다. ‘진정소급효’는 ‘부진정소급효’와는 비할 바 없이 자신의 안전에 대한 시민의 기대가능성을 뒤흔드는 것이기에 ‘진정소급효’를 가지는 공소시효특례법규는 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 타당하다.

그렇지만 이러한 일반론적 원칙도 특단의 사정이 있는 경우에는 예외를 상정한다고 보아야 한다. 상론하자면, 헌법상 기본권 중의 기본권은 인간의 존엄과 가치이며, 국가와 헌법은 이를 신장시키기 위해 존재하는데, 만약 국가기관이 살해와 고문 등 인간의 존엄과 가치를 원천적으로 부정하는 행위를 자행하고 이를 은폐하였다면 이는 헌법정신에 대한 정면부정으로 이는 우리 헌법이 결코 용납할 수 없는 행위이다. 이러한 행위의 처벌의 경우도 ‘정의’가 ‘법적 안정성’에 대하여 양보할 것을 헌법은 상정하고 있지 않다. 1995년 ‘헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특례법’이 ‘헌정질서파괴범죄’ 및 ‘집단살해죄’의 공소시효를 원천적으로 배제한 것은 이러한 취지에서 이루어졌으며, 이러한 범죄 이외에도 인간의 존엄과 가치를 전면 부정하는 중대한 ‘반인권적 국가범죄’의 경우도 형사소송법 개정 또는 특별법 제정을 통하여 공소시효를 배제·정지할 수 있다고 본다.

한편 공소시효의 존재이유와 관련하여 보자면, 현재 문제가 되고 있는 ‘반인권적 국가범죄’의 경우 범행 후 장기간이 경과하였으나 증거가 엄존하고 있고 범죄에 대한 사회적 처벌욕구 역시 강하게 존재하고 있으나, 범죄인의 경우는 형벌에 상응하는 고통을 받기는커녕 권력을 향유하고 있었던 상태이다. 사실 국가는 ‘반인권적 국가범죄’의 피해자를 보호해주기는커녕 ‘빨갱이’, ‘간첩’, ‘공안사범’ 등의 낙인을 찍으며 이들의 범죄피해주장을 완전히 묵살하였던 반면, 고문기술자 이근안씨에게는 16차례의 표창 외에도 79년 청룡봉사상, 81년 내무부 장관 표창, 82년 9사단장 표창, 86년 옥조근조훈장 등을 수여했다. 그리고 ‘반인권적 국가범죄’의 경우 해당 범죄를 처벌하기 위한 형사사법기관의 진지한 노력이 조직적으로 방기되었다는 점도 중요하다. 형사사법기관 자체가 범죄를 저지르고 그 사실을 조직적으로 은폐·조작함은