

공소시효를 적용시키지 않겠다고 하더라도 공소시효부작용 자체가 국제관습법상의 원칙이라고 해석하는 한, 죄형법정주의의 위반문제는 생기지 않을 것이다.

6. 한국에서의 반인도적 범죄의 처벌의 한계와 수용방안

가. 한국 형사법에서의 반인도적 범죄와 국제조약상의 범죄

우리 형사법은 국제법상 용어로서의 '반인도적 범죄'나 국제조약상의 범죄(예컨대, 위에서 본 고문방지조약상의 고문범죄)를 제대로 규정하지 못하고 있다. 물론 유사한 범죄로 처벌을 할 수 있는 방법은 있겠지만 그것은 국제법에서 이야기하는 이들 범죄의 정확한 개념과는 거리가 멀다. 반인도적 범죄의 요소라고 이야기되는 '대민간인성', '조직성' 혹은 '광범위성' 그리고 '우월적 비인도성' 등의 개념이 들어가는 범죄구성요건은 없을 뿐만 아니라 고문과 같은 범죄에서도 조약상의 개념과 우리의 개념³¹⁾은 상당한 차이가 있다. 따라서 반인도적 범죄 혹은 국제조약상의 범죄를 한국 법제에서도 처벌하기 위해서는 국내 형사법에 국제법상 개념화된 이들 범죄를 구성요건화 할 필요가 있다.³²⁾

나. 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 취급한다고 할 수 있으므로 특별히 국내입법이 필요하지 않고 관할의 문제는 죄형법정주의의 문제와도 관계없다는 입론은 가능하나³³⁾가능하나 논란의 여지를 없애기 위해서는 국내법에 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다. 그런 이유로 세계의 많은 나라들이 형사법에 보편적 관할을 명문으로 선언하고 있

31) 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 비하여 대단히 협소하다.

32) 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, 376.

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

는 것이다.³⁴⁾

다. 공소시효의 문제

반인도적 범죄나 조약상의 범죄에 대해 국내법적 규정이 없는 관계로 이들 범죄에 관한 공소시효는 여전히 일반 시효원칙이 적용되고 있다. 한국에서 대량학살(genocide)을 일으킨 장본인이라 할지라도 공소시효는 15년을 넘을 수는 없다. 고문의 경우는 형법과 특정범죄가중처벌에 관한 특별법상 법정형을 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지(형법 125조), 징역 1년 이상(피해자가 치상에 이른 경우로 징역 1년 이상), 징역 3년 이상(피해자가 사망에 이른 경우)으로 각각 정하고 있으므로 어떠한 경우라도 공소시효는 10년을 넘을 수가 없다.³⁵⁾ 따라서 한국에서 발생한 고문사건은 아무리 극악한 경우라도 7년에서 10년 정도만 피해다니면 법은 가해자에게 면죄부를 준다. 이것은 정의의 반하며 국제적인 조류와도 도저히 맞지 않는다.

반인도적 범죄(반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 고문을 포함)에서는 시효를 부적용시키는 것이 이제 국제관습법적 지위를 얻은 만큼 우리의 국내법도 이들 범죄의 구성요건화와 더불어 시효부적용의 원칙을 선언하여야 할 것이다. 또한 국내외에 반인도적 범죄에 대해 그 처벌의 의지를 명확히 밝힌다는 의미로 68년 시효부적용 조약을 가입해야만 할 것이다.

문제는 반인도적 범죄에 범주에 들지 않는 고문의 경우인데, 이 때는 앞서 본 대로 원칙적으로 공소시효를 구별하는 접근방법이 타당하다. 그러나 우리의 공소시효기간이 국제적으로 대단히 짧은 편에 속하므로 현재의 공소시효의 끝간을 그대로 유지한다면 고문피해자가 사망에 이른 경우에는 반인도적 범죄에 준하는 것으로 보아 시효부적용원칙을 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 법정 최장공소시효기간인 15년을 적용시키는 것이 타당하지 않을까 한다.³⁶⁾

라. 불처벌의 문제

우리의 형사법은 아무리 반인도적 범죄(반인도적 범죄의 범주에 포함되지 않는 고문 포함)를 저질렀다 할지라도 형법상 가석방제도, 사면상의 대통령의 사면행위등에 의해 사법부의 형의 선고가 무력화될 수 있다. 이것은 반인도적 범죄는 반드시 처벌되어야 한다는 불처벌불가의 원칙과는 도저히 맞지 않는다. 따라서 반인도적 범죄에 대해서는 '가석방 없는 형의 선고'와 같은 제도를 만들 필요가 있고, 검사의 기소편의주의의 예외를 인정해야한다. 나아가 사면법에 사면의 예외규정을 두어 대통령의 정치적 판단에 따라 반인도적 범죄

34) 이에 대해서는, 박찬운, 국제인권법, 229쪽 이하 참고.

35) 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.

36) 사실 우리의 공소시효제도는 근본적으로 재검토할 시점에 와 있다. 극형에 해당하는 범죄에서 마저 공소시효를 15년으로 정하고 있는 것은 정의실현에 큰 걸림돌이 된다는 비판이 일고 있다. 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.

인을 조기 사면하는 일이 없도록 하여야 한다.

다. 피해자에 대한 적절한 구제

고문방지조약에서 보았듯이 피해자는 고문으로 인한 피해를 해당국가로부터 적절히 구제받을 수 있어야 한다. 그러나 우리의 법률은 실사 반인도적 범죄(혹은 고문과 같은 국제조약상의 범죄)라 할지라도 가해자에 대해 민사상 손해배상을 청구한다면 소멸시효(3년 혹은 10년)³⁷⁾의 제한을 받을 수밖에 없다. 따라서 반인도적 범죄를 입법화한다면 당연히 이들 시효제한도 개정하는 것이 필요하다. 단, 민사손해배상의 시효를 형사처벌의 공소시효와 똑 같이 하는 반드시 필요한지는 논의를 할 필요가 있을 것이다. 일반적으로 불법행위에 의한 시효는 외국의 경우에도 10년을 넘는 것은 흔치 않은 일이다.³⁸⁾ 따라서 필자는 공소시효가 적용되지 않는 반인도적 범죄(사망에 이른 일반 고문 포함)에서는 손해배상의 시효로 50년³⁹⁾(사건이 일어난 날로부터) 정도를 정하고 반인도적 범죄의 범주에 들지 않는 고문의 경우는 20년의 시효를 적용하는 것이 어떨까한다. 이러한 시효는 만일 손해배상의 피고를 국가나 지방자치단체를 하는 경우에도 그대로 적용되어야 할 것이다.

바. 국제상설형사재판소법의 비준

98년 7월 로마회의를 통하여 국제사회는 국제상설형사재판소의 설치할 수 있는 기회를 갖게 되었다. 이 재판소의 설치의 의의는 반인도적 범죄에 대해 국제사회가 공동으로 대응하여 응징하자는 것이다. 로마회의는 조약형태의 설치근거법(Rome Statute) 만들어 현재 각국의 비준을 기다리고 있는데, 2000년 12월까지 60개국 이상이 위 근거법을 비준하면 자동적으로 재판소는 설치되게 된다. 그런데 한국정부는 이제껏 서명조차 하지 않았으며 이 근거법의 국내적 비준절차를 위한 어떠한 움직임도 보이지 않고 있다. 한국이 국제사회에 반인도적 범죄에 대한 강한 척결의지를 보이려면 이의 서명과 비준절차를 서둘러야 한다.

7. 반인도적 범죄를 국내법으로 수용하는 방법

가. 특별법 제정의 방법

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

38) 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.

39) 50년의 의미는 기독교적으로 보면 희년의 개념이다. 구약에는 아무리 속박받는 사람이라도 50년이 되는 나팔이 불면 자유를 찾게되는 희년제도를 정하고 있다. 해방되는 권리 중에는 재산권도 포함되는 바, 50년이 되면 원래의 권리자에게로 돌아간다. 성경, 레위기 25장 8절 이하.

반인도적 범죄라는 개념을 도입하기 위해 새로운 법률을 만들지는 것이다. 이러한 방향으로 접근한다면 필자는 두 개의 법률이 논리적으로 제정되어야 한다고 본다. 그것은 위에서 설명한 대로 반인도적 범죄와 그 범주에 들지 않는 고문범죄를 개념상 분리하는 것이 타당하기 때문이다.

(1) '반인도적 범죄에 관한 특별법'의 제정

특별법의 형식으로 반인도적 범죄에 관한 특별법을 만들어 이 범죄의 개념을 정의하고 위에서 언급한 제 원칙을 규정하는 것이다. 이런 경우 범죄의 개념은 국제법적 개념에 맞추어 정의하는 것이 좋다. 사실이 범죄를 국내법에서 규정하는 의의는 국제법(조약과 국제관습법)에서 형성된 이들 국제범죄에 대한 처벌의무를 확인하는 것에 있다. 이런 경우 그 개념은 최근에 수년간의 다양한 토론을 거쳐 만들어진 국제상설형사재판소 근거규정(Rome Statute)의 'crimes against humanity'을 참고하여 규정하는 것이 좋을 것이다. 단, 이 경우에는 전쟁범죄와 대량학살(genocide)도 반인도적 범죄에서 함께 규정되는 것이 바람직 할 것이다. 이 법에 규정되어야 할 원칙으로는 위에서 본 보편적 관할, 공소시효의 부적용, 불처벌불가, 범죄인인도 및 피해자에 대한 적절한 배상에 관한 특칙(시효포함) 등이 열거될 수 있다.

(2) '고문방지특별법'의 제정

위에서 본대로 고문 중에는 위의 반인도적 범죄의 개념에는 들어가지 않는 고문이 있을 수 있다. 예컨대, 특정 수사관 개인의 책임으로 돌릴 수 있는 고문은 고문방지조약상의 고문은 필지언정 반인도적 범죄에는 포함되기 어려운 경우이다. 이런 경우의 고문은 반인도적 범죄에 관한 특별법으로 처벌할 수는 없을 것이므로 이에 대한 국제적 의무를 실현하기 위해서는 위의 고문방지조약을 국내에서 실시하는 국내 특별법이 필요하다. 이 경우 고문의 개념은 조약과 일치하도록 하여야 하며 위에서 열거한 조약상의 의무들과 공소시효 및 손해배상의 시효에 관한 특칙이 규정되어야 한다. 이와 함께 이 특별법에는 고문을 실질적으로 방지할 수 있는 적극적 입법적 조치가 취해져야 한다. 예컨대, 수사시 변호인의 입회권의 보장, 야간철야수사의 금지, 피의자 조사시 시간의 제한(일 12시간 이내), 수면권의 보장, 수사방법을 제한하였을 경우의 증거능력의 배제등과 같은 고문을 방지하기 위한 적극적 조치가 고려되어야 할 것이다.

나. 기존의 법률을 개정하는 방법

이 방법은 기존의 법률의 개정을 통하여 위의 반인도적 범죄에 대한 개념과 제원칙을 선언하는 것이다. 만일 이 방법을 선택한다면 형법, 형사소송법, 사면법, 범죄인인도법, 민법, 국가배상법등의 개정이 필요할 것이다. 기존 법률 곳곳을 손을 보아야 하기 때문에 절차적으로 복잡하고 어려운 작업이 될 것이므로 권고할 만한 방법은 아니라고 생각된다.

헌법재판소 전원재판부 1996. 2. 16. 96헌가2,96헌바7,96헌바13(병합) [합헌]

【5·18민주화운동(민주화운동)등에관한특별법(특별법) 제2조 위헌제청(위헌제청) 등】 ... [판례집 8-1, 51~97]

판례집 8-1, 51면

【판시 사항】

가. 5·18민주화운동(民主化運動)등에관한특별법(特別法)(이하 “특별법”이라 한다) 제2조가 개별사건법률로서 위헌인지 여부(소극)

나. 특별법 제2조가 소급입법(溯及立法)에 해당하는지 여부

다. 위 법률조항이 형벌불소급(刑罰不溯及)의 원칙(原則)에 위반되는지 여부(소극)

라. 위 법률조항이 부진정소급효(不真正溯及效)를 갖는 경우 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙을 포함하는 법치주의 정신에 위반되는지 여부(소극)

마. 위 법률조항이 진정소급효(真正溯及效)를 갖는 경우 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙을 포함하는 법치주의 정신에 위반되거나 평등의 원칙에 위반되는지 여부

【결정 요지】

가. 개별사건법률은 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적 규정이라는 강한 의심을 불러 일으키는 것이지만, 개별법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에 특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니며, 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다.

이른바 12·12 및 5·18 사건의 경우 그 이전에 있었던 다른 헌정질서파괴범죄와 비교해 보면, 공소시효의 완성 여부에 관한 논의가 아직 진행중이고, 집권과정에서의 불법적 요소나 올바른 헌정사의 정립을 위한 과거청산의 요청에 미루어 볼 때 비록 특별법이 개별사건법률이라판례집 8-1, 52면 고 하더라도 입법을 정당화할 수 있는 공익이 인정될 수 있으므로 위 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

나. 재판관 김용준, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언의 의견

공소시효제도는 헌법이 마련하고 있는 제도가 아니라 법률이 규정하고 있는 제도이므로, 그 제도의 구체적인 적용은 사실의 인정과 법률의 해석에 관련된 문제로서 기본적으로 법원의 전속적인 권한에 속하는 사항이며, 헌법재판소가 관여할 사항이 아니다. 따라서 헌법재판소로서는 위 법률조항이 확인적 법률인지의 여부에 관하여는 법원의 판단에 맡기고, 만일 법원이 이 점에 관하여 소극적 견해를 취할 경우 제기될 수 있는 헌법적 문제에 대하여 판단하면 된다.

재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 의견

(1) 특별법 제2조는 법 및 법집행의 왜곡에 따르는 소추의 장애사유가 존재하여 헌정질서파괴 행위자들에 대한 검찰의 소추권행사가 불가능하였으므로 당연히 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보아야 한다는 법리를 확인하여 입법한 데 불과하므로 소급입법에 해당하지 않는다.

(2) 공소시효는 소추기관이 유효하게 공소권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 채 그 기간이 경과되었을 것을 요건으로 하여 완성하며, 소추기관이 유효하게 공소권을 행사하는 데 법적·제도적 장애가 없을 때에만 진행할 수 있다.

(3) 형사법의 집행을 담당하는 국가의 소추기관이 법제도상 군사반란 내지 내란행위자들에 의해 장악되거나 억압당함으로써 이들판례집 8-1, 53면의 의사나 이익에 반하는 소추권행사가 더 이상 가능하지 않게 되는 등 반란행위나 내란행위를 처벌하여야 할 법률의 기능이 마비되어, 적어도 위 행위자들에 관한 한 법치국가적 원칙이 완전히 무시되고 법률의 집행이 왜곡되는 법질서상의 중대한 장애사유가 있는 경우에는, 비록 헌법이나 법률에 명문의 규정은 없다 하여도 단순한 사실상의 장애를 넘어 법규범 내지 법치국가적 제도 자체에 장애가 있다고 보아야 하고, 이러한 장애로 군사반란행위자와 내란행위자가 불처벌로 남아있을 수 밖에 없는 상태로 있는 기간 동안에는 공소시효가 정지된다고 보아야 하며, 또 이것이 공소시효제도의 본질에도 부합하는 해석으로 성공한 내란도 처벌되어야 한다는 당위성에 합치되고 정의의 관념과 형평의 원칙에도 합치한다.

재판관 김문희, 재판관 황도연의 의견

공소시효는 법률로서 명문규정을 둔 경우에 한하여 정지되는 것이고, 헌법 제84조의 규정도 공소시효의 정지에 관한 명문규정으로 볼 수 없으므로, 위 법률조항에서 공소시효가 정지되는 것으로 규정한 전기간, 모든 피의자에 대하여 이 법률조항으로 말미암아 비로소 공소시효의 진행이 정지되는 것으로 보아야 한다. 따라서 이 법률조항은 소급적 효력을 가진 형성적 법률이다.

다. 형벌불소급의 원칙은 “행위의 가벌성” 즉 형사소추가 “언제부터 어떠한 조건하에서” 가능한가의 문제에 관한 것이고, “얼마동안” 가능한가의 문제에 관한 것은 아니므로, 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다.

라. 공소시효가 아직 완성되지 않은 경우 위 법률조항은 단지 진행중판례집 8-1, 54면 인 공소시효를 연장하는 법률로서 이른바 부진정소급효를 갖게 되나, 공소시효제도에 근거한 개인의 신뢰와 공소시효의 연장을 통하여 달성하려는 공익을 비교형량하여 공익이 개인의 신뢰보호이익에 우선하는 경우에는 소급효를 갖는 법률도 헌법상 정당화될 수 있다.

위 법률조항의 경우에는 왜곡된 한국 반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과정에서의 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여야 한다는 중대한 공익이 있는 반면, 공소시효는 행위자의 의사와 관계없이 정지될 수도 있는 것이어서 아직 공소시효가 완성되지 않은 이상 예상된 시기

에 이르러 반드시 시효가 완성되리라는 것에 대한 보장이 없는 불확실한 기대일 뿐이므로 공소시효에 대하여 보호될 수 있는 신뢰보호이익은 상대적으로 미약하여 위 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

마. 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식의 합헌의견

(1) 진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다.

(2) 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다.

(3) 이 사건 반란행위 및 내란행위자들은 우리 헌법질서의 근간판례집 8-1, 55면 을 이루고 있는 자유민주적 기본질서를 파괴하였고, 그로 인하여 우리의 민주주의가 장기간 후퇴한 것은 말할 것도 없고, 많은 국민의 그 생명과 신체가 침해되었으며, 전국민의 자유가 장기간 억압되는 등 국민에게 끼친 고통과 해악이 너무도 심대하여 공소시효의 완성으로 인한 이익은 단순한 법률적 차원의 이익이고, 헌법상 보장된 기본권적 법익에 속하지 않는 반면, 집권과정에서 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여 왜곡된 우리 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 할 뿐만 아니라, 앞으로는 우리 헌정사에 다시는 그와 같은 불행한 사태가 반복되지 않도록 자유민주적 기본질서의 확립을 위한 헌정사적 이정표를 마련하여야 할 공익적 필요는 매우 중대한 반면, 이 사건 반란행위자들 및 내란행위자들의 군사반란죄나 내란죄의 공소시효완성으로 인한 법적 지위에 대한 신뢰이익이 보호받을 가치가 별로 크지 않다는 점에서, 이 법률조항은 위 행위자들의 신뢰이익이나 법적 안정성을 물리치고도 남을 만큼 월등히 중대한 공익을 추구하고 있다고 평가할 수 있어, 이 법률조항이 위 행위자들의 공소시효완성에 따르는 법적 지위를 소급적으로 박탈하고, 그들에 대한 형사소추를 가능하게 하는 결과를 초래하여 그 합헌성 인정에 있어서 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 하더라도, 이 법률조항은 헌법적으로 정당화된다고 할 것이다.

(4) 위 법률조항은 헌정질서파괴범죄자들에 대하여 국가가 실효적으로 소추권을 행사할 수 있는 기간을 다른 일반국민들에 대한 시효기간과 동일하게 맞추므로써, 그 범죄행위로 인하여 초래되었던 불평등을 제거하겠다는 것에 불과하여, 위 범죄행위자들을 자의판례집 8-1, 56면 적으로 차별하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 오히려 실질적 정의와 공평의 이념에 부합시키는 조치라고 할 수 있다.

재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 고중석, 재판관 신창언의 한정위헌의견

형사실체법의 영역에서 형벌은 바로 신체의 자유와 직결되기 때문에 적어도 범죄구성요건과 형벌에 관한 한, 어떠한 공익상의 이유도, 국가적인 이익도 개인의 신뢰보호의 요청과 법적 안정성에 우선할 수 없고, 공소시효가 이미 완성되어 소추할 수 없는 상태에 이른 뒤에 뒤늦게 소추가 가능하도록 하는 새로운 법률을 제정하는 것은 결과적으로 형벌에 미치는 사실적 영향에서는 형벌을 사후적으로 가능하게 하는 새로운 범죄구성요건의 제정과 실질에 있어서는 마찬가지이므로, 공소시효가 이미 완성된 경우에 그 뒤 다시 소추할 수 있도록 법률로써 규정하는 것은 헌법 제12조 제1항 후단의 적법절차의 원칙과 제13조 제1항의 형벌불소급의 원칙 정신에 비추어 헌법적으로 받아들일 수 없는 위헌적인 것이다.

【당 사 자】

1. (96헌가2 사건)
제청신청인 장세동 외 1인
2. (96헌바7·13 사건)
청구인 유학성 외 5인
청구인들 대리인 변호사 전상석 외 3인

【재청법원】

1. (96헌가2 사건)
서울지방법원(1996.1.18.자 96초178 위헌법률심판제청)

【관련사건】

서울지방법원 제청신청인 및 96헌바7 사건의 청구인들에 대한 1996.1.17.자 구속영장청구사건(영장번호 496, 498; 96헌가2, 영장번호 495, 497, 499; 96헌바7)과 96헌바13 사건의 청구인들에 대한 1996.1.30.자 구속영장청구사건(영장번호 981, 982, 983)
판례집 8-1, 57면

【참조 조문】

- 가. ~ 마. 5·18민주화운동(民主化運動)등에관한특별법(特別法) 제2조
 가. 헌법(憲法) 제11조 제1항
 나. 형사소송법(刑事訴訟法) 제253조
 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조
 헌법(憲法) 제84조
 다. 헌법(憲法) 제12조 제1항 후단, 제13조 제1항 전단
 형법(刑法) 제1조
 마. 헌법(憲法) 제11조 제1항

【참조 판례】

- 나. 1995.12.15. 선고, 95헌마221·233·297 결정
 1995.1.20. 선고, 94헌마246 결정
 마. 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정
 1989.12.18. 선고, 89헌마32·33 결정

1995.1.20. 선고, 94헌마246 결정
판례집 8-1, 58면

【주 문】

5·18민주화운동등에관한특별법(1995년 12월 21일 법률 제5029호) 제2조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 서울지방검찰청 검사는 1994.10.29. 이른바 12·12 군사반란사건(이하 “12·12사건”이라 한다)과 관련된 피의자 38명에 대하여 기소시효의 불기소처분을 하고, 1995.7.18. 이른바 5·18 내란사건(이하 “5·18사건”이라 한다)과 관련된 피의자 35명에 대하여 공소권없음의 불기소처분을 하였다.

(2) 그런데 5·18민주화운동등에관한특별법(이하 “특별법”이라 한다)이 1995.12.21.자로 제정·공포되자, 서울지방검찰청 검사는 1995.12.29. 위 두 사건과 관련된 피의자들 전원에게 대하여 사건을 재기한 다음, 1996.1.17. 96헌가2 사건의 제청신청인들에 대하여는 12·12사건과 관련된 반란중요임무종사 등 혐의로, 96헌바7 사건의 청구인들에 대하여는 같은 반란 및 5·18사건과 관련된 내란중요임무종사 등 혐의로 서울지방법원에 각각 구속영장을 청구하는 한편, 1996.1.30. 96헌바13 사건의 청구인들에 대하여 같은 반란 및 내란중요임무종사 등의 혐의로 서울지방법원에 구속영장을 청구하였다.

(3) 96헌가2 사건의 제청신청인들 및 96헌바7,13 사건의 청구인판례집 8-1, 59면 들은 위 각 영장청구일에 각 그 영장청구사건에 관한 재판의 전제가 되는 특별법 제2조(이하 “이 법률조항”이라 한다)는 공소시효가 이미 완성된 그들의 범죄혐의사실에 대하여 소급하여 그 공소시효 진행의 정지사유를 정한 것으로서 형벌불소급의 원칙을 천명하고 있는 헌법 제13조 제1항에 위반되는 규정이라고 주장하면서 서울지방법원에 이 법률조항에 대한 위헌심판의 제청신청을 하였다(제청신청인 및 96헌바7 사건 청구인들의 제청신청사건번호: 96초178, 96헌바13 사건 청구인들의 제청신청 사건번호: 96초362).

(4) 그런데 위 법원은 1996.1.18. 96헌바2 사건 제청신청인들의 위헌제청신청은 이를 받아들여 헌법재판소에 위 법률조항의 위헌여부에 대한 심판을 제청하였으나(96헌가2), 96헌바7 사건의 청구인들의 신청과 96헌바13 사건의 청구인들의 신청은 그들의 5·18사건과 관련한 내란중요임무종사 등의 피의사실이 이 법률조항과 관계 없이 아직 공소시효가 완성되지 아니하여 그 혐의사실만으로 구속영장을 발부하는 이상 이 법률조항의 위헌 여부는 재판의 전제가 되지 않는다는 이유로 1996.1.18.과 1996.1.31.에 이를 각 기각하였다. 이에 96헌바7 사건의 청구인들은 1996.1.26.에, 96헌바13 사건의 청구인들은 1996.2.10.에 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 각각 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 특별법(법률 제5029호) 제2조가 헌법에 위반되는지의 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제2조(공소시효의 정지) ① 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의 공소시효등에관한특별법판례집 8-1, 60면 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

② 제1항에서 “국가에의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간”이라 함은 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간을 말한다.

2. 제청법원의 위헌제청이유, 청구인들의 주장요지와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유 요지(96헌가2)

(1) 헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하고, 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 규정하여 있는바, 이러한 적법절차원리와 법률불소급의 원칙에 비추어 이미 공소시효가 완성된 사람에 대하여 소급해서 그 시효를 정지 내지 배제하는 내용의 법률은 위헌이라 판단된다.

(2) 제청신청인들에 대한 반란중요임무종사의 피의사실은 군형법 제5조 제2호에 의하여 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역이나 금고에 처할 범죄로서 형사소송법 제250조, 형법 제50조, 형사소송법 제249조 제1항 제1호에 의하여 그 공소시효가 15년인바, 영장이 청구된 1996.1.17.은 범죄행위가 종료한 때로부터 15년이 이미 경과된 날임이 기록상 명백하다.

판례집 8-1, 61면

(3) 내란 등이 일단 성공하여 그 주도세력이 정치권력을 장악한 경우에는 그 공소시효가 정당한 국가기관이 그 기능을 회복한 이후부터 비로소 진행된다는 규정은 특별법 제정 이전에는 형사소송법 기타 어떤 법률에도 없었다.

그렇다면 과연 일반적인 공소시효 규정의 해석을 통하여 군사반란죄의 경우 그 주도세력 등이 집권한 때에는 공소시효가 정지된다고 볼 수 있는지 문제가 될 것인바, 형법상 내란죄는 헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키거나 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 할 목적으로 폭동한 경우에 성립되는 범죄로서 제청신청인들의 피의사실에 적용될 군형법상의 반란죄와는 여러가지 면에서 성격을 달리한다. 즉 내란죄의 보호법익이 국가의 존립과 안전이라고 할 때, 군사반란죄의 보호법익은 군대의 조직과 기율유지, 전투력 유지 등이라고 보여지고, 그 외에도 위 두 가지 죄는 그 목적과 요건들을 달리한다.

따라서 자유민주적 기본질서를 정면으로 유린하는 내란죄에 있어서는 “국가권력의 장악에 성공한 내란행위자에 대하여는 국민으로부터 정당하게 국가권력을 위탁받은 국가기관이 그 기능을 회복하기까지 사실상 처벌되지 않는 상태가 지속되는 경우에 그 공소시효는 그 기간 동안 정지되는 것으로 보는 견해”가 자유민주적 기본질

서의 회복이라는 또 다른 헌법상의 요청에 의하여 가능하다고 보더라도 그 성격을 달리하는 군사반란죄에 대하여서까지 기존의 적법절차원리나 법률불소급원칙과의 부조화를 감수하면서 그 공소시효가 정지된다고 해석하기는 어렵다고 판단된다. 그러므로 이 법률판례집 8-1, 61면 조항은 헌법에 위배될 소지가 있다.

나. 청구인들의 주장요지(96헌바7,13)

(1) 헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니한 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”라고 규정하여 법률불소급의 원칙과 일사부재리의 원칙을 천명하고 있으며, 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다”고 규정하여 법률불소급의 원칙을 다시 명확히 하고 있다.

이러한 법률불소급의 원칙은 비단 형벌법규뿐만 아니라 위 형법규정에서 명백히 한 바와 같이 범죄의 성립 등에 관한 일체의 법률을 함께 포함하는 것이며, 따라서 이러한 적법절차의 원리와 법률불소급의 원칙상 공소시효 기산점의 임의선정, 그 연장 및 그 정지사유 설정 등을 규정한 이 법률조항은 위헌임이 명백하다.

(2) 공소시효제도는 범죄 후 일정기간이 경과하면 공소권을 소멸시키는 제도이다. 그 제도의 목적과 취지는 범죄 후 상당한 기간이 경과하면 이에 대한 응보감정이나 범인의 악성이 소멸하여 가벌성 나아가 형벌권도 소멸하며, 한편 시간의 경과에 따라 증거가 산일하여 재판의 우려가 커진다는 점을 감안하여 그 이후의 소추권행사를 금지하는 데 있고, 이들 사유는 그 모두가 행위자의 이익을 고려하는 것임이 명백하다. 따라서 이와 같은 공소시효제도와 형사법판례집 8-1, 63면 규의 해석의 기본원칙에 비추어 공소시효의 기산과 그 정지는 법률에 정하여진 바에 엄격히 따라야 할 것이다.

현행법상 공소시효는 공소의 제기로 정지되고(형사소송법 제253조) 정지된 시효는 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 다시 진행하며(형사소송법 제252조), 그 밖의 공소시효 정지사유로는 불기소처분에 대한 재정신청(형사소송법 제262조의 2)이 있을 뿐이다.

그러므로 국가권력의 장악에 성공한 내란행위자에 대하여는 국민으로부터 정당하게 국가권력을 위탁받은 국가기관이 그 기능을 회복하기까지 사실상 처벌되지 않는 상태가 지속되는 기간동안 공소시효의 진행이 정지되는 것으로 보는 견해는 공소시효제도의 본질과 의미를 정확히 파악하지 못한 것으로 아무런 근거가 없는 것이다.

(3) 공소시효의 완성으로 그 소추나 처벌이 불가능하게 된 사안에 대하여 새로이 공소시효의 정지사유를 설정하고, 임의의 기간동안 그 정지사유가 있었던 것으로 보도록 하여 사후입법으로 형사소추와 처벌이 가능하게 한 특별법은 형벌법규의 이념에 반할 뿐만 아니라 실정법에도 반하는 초법적 억지에 지나지 아니하므로, 이 법률조항은 헌법 제13조 제1항에 위반하는 것임이 명백하다.

(4) 이 법률조항 소정의 “1979.12.12.과 1980.5.18.을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위”란 청구인 등이 범하였다는 12·12 군사반란행위와 5·18 내란행위를 지칭하고 있는 것이 명백하므로, 이 법률조항은 결국 청구인 등 특정인의 특정사건에 대하여 국가형벌권이 특정기간동안 연장되어 존속하는 것을 규정하고 있는 것이다. 판례집 8-1, 64면

그러므로 이 법률조항은 특정인에 대한 공소시효의 정지를 규정하고 있다는 점에서 “개인대상법률”이며 그 적용대상이 12·12사건과 5·18사건이라는 특정사건이고, 공소시효 정지기간을 노태우 전대통령의 퇴임일인 1993.2.24.로 규정하여 특정인의 신분변동과 관련지음으로써 특정개별사건에 대해서만 적용한다는 취지를 명백히 하고 있는 점에서 “개별사건법률”이므로, 이는 전형적인 처분적 법률로서 헌법상 평등의 원칙에 반하는 위헌의 법률조항이다.

(5) 나아가 이 법률조항은 12·12사건과 5·18사건 자체를 헌정질서파괴범죄로 규정함으로써 청구인 등이 헌정질서파괴범죄행위를 범하였다는 전제하에 공소시효의 정지를 규정하고 있다. 그러나 위 두 사건에 관련된 청구인 등의 행위가 헌정질서파괴범죄행위가 되는지의 여부는 법원의 재판을 거쳐야 비로소 확정되는 것이지만 입법부가 법률으로써 이를 규정할 수는 없는 것이다.

따라서 이 사건 조항은 헌법 제101조 제1항에 의한 법원의 재판권을 침해하고 헌법상 권력분립의 원칙에 위배되며 또한 헌법 제27조 제4항에 의한 무죄추정의 원칙에도 반한다.

다. 서울지방검찰청 검사장 및 법무부장관의 의견요지

(1) 서울지방검찰청 검사장의 의견요지

(가) 공소시효의 법적성격에 관하여는 이를 순수한 소송요건으로 파악하여 죄형법정주의와 무관하다고 보는 학설(소송법설)과 국가형벌권의 소멸이라는 실체법적 성격으로 파악하여 죄형법정주의의 적용을 받는다는 학설(실체법설)이 대립되고 있으나, 어느 학설을 취하느냐에 대하여 절대적인 기준은 없으며 각 나라의 실정에 맞게 채택할 수 있다고 할 것이다.

판례집 8-1, 65면

그런데 이 법률조항은 위 견해 중 소송법설을 채택하여 그에 따라 사후입법에 의하여 공소시효를 정지한 것이므로 죄형법정주의에 반하는 것이 아니다.

(나) 죄형법정주의는 행위시 법률에 의한 범죄의 구성 여부에 대한 규제원칙에 불과하며 공소시효의 정지·연장이나 배제를 금지하는 내용을 포함한다고 볼 수는 없으므로, 공소시효의 정지·연장이나 배제는 법치국가의 일반원칙인 소급입법금지의 원칙에 의하여만 규제될 수 있다.

소급입법금지의 원칙은 법적 안정성, 즉 신뢰보호의 요청에 따른 것으로서 절대불변의 원칙이 아니라 구체적인 경우에 따라 해당법률의 입법목적과 침해되는 신뢰보호이익의 비교형량에 따라 소급입법을 허용하기도 하는 것이다.

12·12사건의 경우 그 사안의 중대성, 국민 및 국가에 미친 영향 등을 고려할 때, 관련자들을 처벌함으로써 얻는 공익이 관련자들의 신뢰에 대한 보호보다 우선된다고 할 것이므로 이 법률조항은 소급입법금지의 원칙에도 어긋나지 아니한다.

(2) 법무부장관의 의견요지

(가) 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 인하여 소추되지 아니하며……”라고 규정하고 있으며, 제12조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 처벌과 보안

처분을 받지 아니한다”고 규정하고 있는바, 이는 어느 행위의 가벌성 유무에 대한 판단의 근거인 범죄구성요건을 새로이 창설하거나 가벌성 정도에 대한 판단의 근거인 형벌을 새로이 창설, 상향 또는 강화하여 소급적용할 수 없다는 취지라고 판례집 8-1, 66면 할 것이다.

그런데 공소시효제도는 일정한 시간의 경과로 인하여 발생한 사실상태를 존중하여 사회와 개인생활의 안정을 도모하고 형벌부과의 적정을 기하려는 데에 그 존재근거를 두고 있는 제도로서 범죄구성요건 및 형벌에 속하는 것이 아니므로 죄형법정주의와는 직접 관련이 없고, 단지 소송요건에 관한 것에 불과하므로, 사후에 법률로써 공소시효를 연장 또는 정지하더라도 우리 헌법상의 죄형법정주의 및 형벌법규불소급의 원칙에 반하지 아니한다.

(나) 군사반란 또는 내란행위자들이 그 목적을 달성하여 국가권력을 장악하였을 경우 사실상 그들에 대하여 국가형벌권을 발동하여 처벌할 방법은 없으므로 국가의 소추권 행사에 중대한 장애가 존재하게 되고, 그 기간동안에는 공소시효 진행은 정지되는 것으로 보아야 할 것이다.

12·12군사반란 및 5·18내란행위자들에 대하여도 위와 같은 법리에 따라 집권기간중 이미 공소시효가 정지되었으므로, 특별법은 소급입법이 아니라 단지 위와 같은 법리를 입법으로 확인하여 선언한 것일 뿐이다.

(다) 12·12사건과 관련하여 전두환·노태우 두 전직대통령에 대하여 집권기간 동안 반란죄에 대한 공소시효가 정지되었음은 헌법재판소에 의하여 이미 확인된 바 있다(헌법재판소 1995.1.20. 선고, 94헌마246 결정 참조). 그런데 형사소송법 제253조 제2항은 공범자 중 그 1인에 대한 공소의 제기로 인한 시효정지의 효력이 다른 공범자들에게 미친다고 규정하고 있는바, 이는 재정신청 등 공소제기 이외의 사유로 인한 공소시효정지의 경우에도 나머지 공범에 대한 판례집 8-1, 67면 여 시효정지의 효력이 미친다는 일반적, 총칙적 원칙을 규정하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.

따라서 12·12사건의 공범들에 대하여도 두 전직대통령 재직기간중에는 두 전직대통령에 대한 공소시효의 정지로 인하여 다함께 공소시효가 정지되어 있었고, 특별법은 이를 확인·선언하는 입법에 불과하다.

만일 나머지 공범들에 대해서는 두 전직대통령과는 달리 공소시효가 정지되지 않는다고 한다면 수괴의 비호 아래 반란행위로 국가권력을 장악하였던 공범들에 대하여 국가기관이 정당한 기능을 회복한 후에도 처벌할 수 없는 것으로 되어 공범자간에 처벌의 불균형이 초래되며 국민들의 법감정에도 배치된다.

(라) 12·12사건의 공소시효가 특별법 제정 이전에 이미 완성되었다고 본다면, 특별법은 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계에 대하여 사후 입법으로 이전과 다른 법적 효과를 부여하는 진정소급효의 입법이 될 것이나, 진정소급효의 법률이라고 하여 모두 무효로 되는 것은 아니며, 특단의 사정 즉 문제가 된 법적지위에 대한 신뢰가 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있는 것이다.

12·12사건에 있어서 헌정질서를 부인·파괴하는 쿠데타 행위에 의하여 정권을 장악한 행위자들이 다시 자신들이 부정한 헌정질서에 의한 보호를 요청한다는 것은 모순이라고 하지 않을 수 없으며, 그러한 행위자들의 신뢰보호이익은 객관적으로 정당화될 수 없다고 할 것이므로 12·12사건은 특단의 사정이 있는 경우에 해당한다고 보아야 한다.

판례집 8-1, 68면

만약, 12·12사건 관련자들의 신뢰보호를 인정한다면 쿠데타로 정권을 장악한 행위자들은 신뢰보호를 근거로 하는 시효의 완성을 목적으로 집권을 연장하여 자신들의 처벌을 면하려고 할 것이고, 이는 헌정질서 파괴상태를 오히려 조장하고 연장시키는 결과를 초래하게 되어 향후 쿠데타를 용인하지 않겠다는 국민적 합의에도 반하고 헌법상 자유민주적 기본질서 수호라는 우리의 지상목표를 훼손할 우려도 크다.

3. 판단

가. 특별법 제2조가 개별사건법률이기 때문에 위헌인가

(1) 청구인들은 이 법률조항이 “1979.12.12.과 1980.5.18.을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위”라고 특정함으로써 청구인 등이 범하였다는 이른바 12·12 군사반란행위와 5·18 내란행위를 지칭하는 것이 명백하여 특별법은 결국 청구인 등 특정인의 특정사건에 대하여 국가형벌권이 특정기간동안 연장하는 것을 규정하고 있어 ‘개인대상법률’이며 ‘개별사건법률’이므로 헌법상 평등의 원칙에 반할 뿐만 아니라 나아가 권력분립의 원칙과 무죄추정의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 주장한다. 그러므로 먼저 이 법률조항이 개별사건법률이기 때문에 헌법에 위반되는 것인지의 여부에 관하여 판단한다.

특별법 제2조는 제1항에서 “1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한…… 헌정질서파괴행위에 대하여…… 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.”라고 규정함으로써, 특별법이 이른바 12·12 사건과 5·18 사건에만 적용됨을 명백히 밝히고 있으므로 다른 유사한 상황의 불특정다수의 사건에 적용될 가능성을 배제하 판례집 8-1, 69면 고 오로지 위 두 사건에 관련된 헌정질서파괴범만을 그 대상으로 하고 있어 특별법 제정당시 이미 적용의 인적범위가 확정되거나 확정될 수 있는 내용의 것이므로 개별사건법률임을 부인할 수는 없다.

(2) 그러나 우리 헌법은 개별사건법률에 대한 정의를 하고 있지 않음은 물론 개별사건법률의 입법을 금하는 명문의 규정도 없다.

개별사건법률금지의 원칙은 “법률은 일반적으로 적용되어야지 어떤 개별사건에만 적용되어서는 아니된다”는 법원칙으로서 헌법상의 평등원칙에 근거하고 있는 것으로 풀이되고, 그 기본정신은 입법자에 대하여 기본권을 침해하는 법률은 일반적 성격을 가져야 한다는 형식을 요구함으로써 평등원칙위반의 위헌성을 입법과정에서 미리 제거하려는데 있다 할 것이다.

개별사건법률의 개별사건에만 적용되는 것이므로 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적인 규정이라는 강한 의심을 불러일으킨다. 그러나 개별사건법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에, 특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니다. 비록 특정법률 또는 법률조항이 단지 하나의 사건만을 규율하려고 한다 하더라도 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다. 따라서 개별사건법률의 위헌 여부는, 그 형식만으로 가려지는 것이 아니라, 나아가 평등의 원칙이 추구하는 실질적 내용이 정당한지 아닌지를 따져야 비로소 가려진다.

(3) 이른바 12·12 및 5·18 사건의 경우 그 이전에 있었던 다른 헌판례집 8-1, 70면 정질서파괴범과 비교해보면, 공소시효의 완성 여부에 관한 논의가 아직 진행중이고, 집권과정에서의 불법적 요소나 올바른 헌정사의 정립을 위한 과거청산의 요청에 미루어볼 때 비록 특별법이 개별사건법률이라고 하더라도 입법을 정당화할 수 있는 공익이 인정될 수 있다고 판단된다. 따라서 이 법률조항은 개별사건법률에 내재된 불평등요소를 정당화할 수 있

는 합리적인 이유가 있으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 특별법은 소급효를 가진 법률인가

(1) 이 법률조항은 1979.12.12.과 1980.5.18.을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위(이 뒤에는 “이 사건 범죄행위”라고만 한다)에 대하여 당해 범죄행위의 종료일 부터 1993.2.24.까지 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재하였다고 하여 그 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보도록 규정하고 있다.

그런데 특별법이 제정된 경위 및 그 입법과정에서의 논의내용(제177회 국회법제사법위원회 회의록 제18호)과 이 법률조항의 내용 및 그 표현형식 등에 비추어 보면, 국회가 이 법률조항을 제정한 취지는, 공소시효제도의 본질에 비추어 국가가 소추권을 행사할 수 없는 법률상 또는 중대한 사실상의 장애사유가 있는 때에는 법률에 명문으로 규정된 바가 없다고 하더라도 공소시효의 진행이 정지된다고 해석하여야 할 것이므로, 이 사건 범죄행위의 경우에는 그 범죄행위자들이 바로 그 범죄행위를 통하여 국가권력을 장악함으로써 국가가 소추권을 행사할 수 없었던 1993.2.24.까지는 공소시효의 진행이 정지되었다고 볼 수밖에 없음에도 불구하고, 국가의 소추권행사판례집 8-1. 71면 에 이러한 장애사유가 있는 때에 공소시효의 진행이 정지되는 것으로 보는 법원의 의견이 명백히 판시된 바 없으므로, 입법을 통하여 이를 규범으로 확인하고자 하는 데 있는 것으로 판단된다.

따라서 이 법률조항이 헌법에 위반되는 여부를 판단함에 있어서는, 먼저 이 법률조항이, 공소시효제도의 본질이나 그 제도에 관한 실정법의 해석에 의하여 당연히 도출되는 사유를 확인하여 공소시효정지 사유의 하나로 규정한 것에 지나지 않는 것(확인적 법률)인지, 그런 것이 아니라 사후에 새로운 공소시효의 정지사유를 규정한 이른바 소급입법에 해당하는 것(형성적 법률)인지를 가려야 할 필요가 있다. 왜냐하면 만일 이 법률조항이 그 입법 취지대로 기존의 실정법 규정에 따른 공소시효의 정지사유를 규범적으로 확인한 것에 지나지 않는 것이라면, 그로 인하여 기존의 법률관계에 아무런 영향을 미치는 것이 아님은 물론 법원의 재판권을 제한하는 것도 아니어서 처음부터 소급입법이나 사법권의 침해 등 헌법적인 문제가 생길 여지가 없기 때문이다.

(2) 재판관 김용준, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언의 의견

원래 공소시효제도는 헌법이 마련하고 있는 제도가 아니라 법률이 규정하고 있는 제도이므로, 그 제도의 구체적인 적용은 사실의 인정과 법률의 해석에 관련된 문제로서 기본적으로 법원의 전속적인 권한에 속하는 사항이며, 헌법재판소가 관여할 사항이 아니다. 물론 이 사건 범죄행위를 실행한 자들이 국가권력을 장악하고 있음으로 말미암아 그 기간 동안 국가의 소추권행사에 중대한 장애가 있었음은 의문의 여지가 없다. 그러나 실정법에 명문으로 규정된판례집 8-1, 72면 바 없음에도, 공소시효제도의 본질에 비추어 이러한 사정을 공소시효가 당연히 정지되는 사유로 보아야 할 것인지의 여부는, 결국 법원의 법률해석을 통하여 가려질 문제인바, 이 점에 관하여 법원의 의견이 명백히 판시된 바 없으므로, 헌법재판소로서는 이 법률조항이 실정법의 해석을 규범적으로 확인한 규정에 지나지 않는다고 단정할 수 있는 처지에 있지 않다.

따라서 헌법재판소로서는 위 법률조항이 “확인적 법률”인지의 여부에 관하여는 법률을 해석적용하는 법원의 판단에 맡기고, 만일 법원이 이 점에 관하여 소극적인 견해를 취하여 이 법률조항이 사후에 공소시효의 정지사유를 새롭게 규정한 형성적 법률이라고 해석하는 경우에는, 이 법률조항이 소급입법에 해당하여 헌법에 위반되는 여부가 문제로 제기될 수 있으므로, 헌법재판소로서는 이와 같은 헌법적인 문제에 대하여 판단하지 아니할 수 없다.

(3) 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 의견

우리는 특별법의 이 법률조항이 법 및 법집행의 왜곡에 따르는 소추의 장애사유가 존재하여 일정 범위의 헌정질서파괴행위자들에 대한 검찰의 소추권행사가 불가능하였으므로 당연히 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보아야 한다는 법리를 확인하여 입법한데 불과하므로 이는 소급입법에 해당하지 않는다고 본다. 그 이유는 다음과 같다.

(가) 공소시효제도의 본질

범죄에 대하여는 그에 상응한 처벌을 반드시 하는 것이, 즉 범인필벌이 형사사법적 정의에 부합한다. 그러나 공정한 재판에 의한 공정한 처벌이 형사사법적 정의의 실현이라고 할 것인데, 국가가판례집 8-1, 73면 공소제기를 할 수 있었음에도 불구하고 오랜 동안 공소를 제기하지 않음으로써 증거의 산일 등으로 공정한 재판을 못하게 되는 것은 국가에게도 책임이 있으므로 죄질에 상응한 일정 기간 동안 공소제기를 하지 아니한채 경과하면 소추를 하지 못하게 함으로써 형사처벌을 할 수 없도록 하는 것이 공소시효의 제도이다.

이와 같은 공소시효제도의 본질에 비추어 볼 때 공소시효에 대한 이익은 단순한 반사이익이라고는 할 수 없고, 법률상 보호할 가치가 있는 법적인 이익이라고는 할 것이다. 그렇다고 해서 이를 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 양심의 자유 등과 같은 기본권과 동일시할 수 없다. 왜냐하면 공소시효에 대한 피고인의 이익은 형사소추에 대한 국가의 이익, 즉 범인필벌의 실제적 정의의 요청과 필연적으로 충돌되는 것이므로 상반되는 두가지 이익을 상호조정함으로써 그 보호범위와 정도가 결정될 수밖에 없기 때문이다.

역사적으로 공소시효가 서구에서 정착된 것은 19세기 이후부터이고 오늘날 우리나라의 형사소송법과 세계각국의 법제는 공소시효제도를 두고 있으나 예를 들면 독일에서는 모살죄에 대하여는 시효를 인정하지 아니하며, 볼란서에 있어서도 적전도망죄 등에 대한 시효를 인정하지 않고 있고, 영미에 있어서도 보통법상 공소시효가 없는 등 각국의 역사적 경험과 사회적 현실에 따라서 공소시효를 인정하는 범위와 내용 그리고 정지사유에 있어서 차이가 있다.

(나) 소추권행사의 장애와 공소시효의 정지에 관한 입법례와 판례

공소시효의 진행이 정지되는 경우는 특별히 법률로써 명문의 규정을 둔 경우에 한하는 것인지, 아니면 명문의 규정이 없다고 하더라도판례집 8-1, 74면 라도 국가의 소추권의 행사와 관련하여 예를 들면 법질서에 내재하는 장애사유 등 중대한 장애사유가 있는 경우에는 공소시효가 진행되지 않는 것이 원칙이라고 해석할 것인지가 문제된다.

먼저 우리나라와 같이 집권자에 의하여 법의 집행이 왜곡된 불행한 역사를 경험한 국가들의 공소시효정지사유에 관한 특별한 입법례와 판례를 살펴본다.

독일의 경우에는 “시효는 법률상 소추가 개시될 수 없거나 속행될 수 없는 경우에는 정지한다”고 규정함으로써(독일 구 형법 69조, 현행 독일형법 제78조의 b) 소추권의 행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우 공소시효의

진행이 정지된다는 일반원칙을 명문화함과 아울러 소추권행사에 있어서 법률상 장애사유의 범위를 다음과 같이 넓히고 있다.

나치범죄의 처벌을 위하여 제2차대전이 끝난 후 헷센주(Hessen)에서 제정된 「나치범죄처벌법」은 나치배기간 동안에 정치적·인종차별적·반종교적인 이유 때문에 처벌되지 아니한 범죄에 대하여는 1933.1.30.부터 1945.6.15.까지의 기간 동안 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하였다. 이에 대하여 독일연방헌법재판소는 나치정권이 국가권력을 장악함으로써 소추가 불가능하였던 기간 동안에는 위 법률규정에 따라 공소시효가 진행되지 않는다는 것을 확인한 것으로서 헌법의 제규정에 반하지 아니하여 합헌이라고 판시하였다. 총통인 히틀러(Hitler)의 의사를 위 구 독일형법 제69조의 법률로 보아 법률적 장애로 인한 시효의 정지를 인정한 것이다.

또한 위와 같이하여 연장된 시효기간마저도 임박하게 되자, 독일판례집 8-1, 75면은 1964.4.13. 「공소시효 계산법(Gesetz ber die Berechnung strafrechtlicher Verj hrungsfrist)」을 제정하여 1945.5.8.부터 1949.12.31.까지의 기간을 시효계산에서 제외하도록 규정하였다. 이에 대하여 독일연방헌법재판소는 1969.2.26. 결정(BVerfGE 25,269)에서 죄형법정주의, 신뢰보호의 원칙, 평등권에 위배되지 아니한다는 이유로 합헌이라고 판시하였다.

그 후 독일은 형법을 개정하여 모살죄(謀殺罪)의 시효기간을 30년으로 연장하였으며, 1979.7.22. 다시 형법을 개정하여 모살죄에 대한 공소시효를 없애 언제든지 나치의 학살범죄에 대한 처벌이 가능하도록 하였다.

또한 동독이 무너진 이후인 1993.3.26. 제정된 「동독공산당의 불법행위에 있어서의 시효정지에 관한 법률(Gesetz ber das Ruhen der Verj hrung bei SED-Un-rechtstaten vom 26. M rz 1993)」도, “구동독의 공산당 정권하에서 범하여지고 구동독의 국가 또는 당지도부의 명시적 또는 묵시적 의사에 따라 정치적 이유 또는 자유주의적 법치국가질서에 합치하지 아니하는 이유로 처벌되지 아니한 행위의 소추에 있어서는 1949.10.11.부터 1990.10.3.까지의 기간은 고려하지 아니한다. 이 기간 동안에는 공소시효가 정지된다”고 규정하고 있다(제1조). 이 경우 구동독의 국가 또는 당의 의사를 공소시효진행의 장애를 규정하고 있는 법률과 동시한 것으로 해석되고 있다.

독일에서는 위에서 살펴본 것과 같이 나치체제나 통일전 동독의 공산정권하에서 자행된 인간의 존엄성을 유린하는 불법적 범죄행위를 체형한 후 그와 같은 중대한 불법적 사례들을 법치국가적으로 청산하기 위한 여러 입법이 행하여졌으나, 정권장악을 위한 쿠데판례집 8-1, 76면 타 등 헌정질서파괴행위 및 그 과정에서 자행된 집단적 살상행위 등의 법치국가적 처리라는 역사적 과제 앞에 서있는 우리에게 많은 시사를 준다고 할 것이다.

한편 프랑스의 경우에는 독일과 같은 시효정지에 관한 일반원칙을 명문으로 선언하지 않았음에도 불구하고, 판례에 의하여 “시효는 유효하게 소추될 수 없는 사람에 대하여는 진행하지 않는다(contra non valentem agere non praescriptio)”라는 법언을 적용하여, 법률적 장애이건 사실적 장애이건 소추가 불가능한 기간 동안에는 시효의 진행이 정지된다고 판시하고 있다. 프랑스에서 시효가 정지되는 장애사유로 판시한 예를 보면, 선결문제의 검토가 필요한 기간, 공소권행사의 전제가 되는 허가절차를 밟는 기간(프랑스의 경우 현행범이 아닌 중죄를 범하거나 경죄를 범한 국회의원에 대하여 소추하려면 의회의 허가를 받도록 하고 있다), 외국에서 범한 개인에 대한 경죄의 경우 피해자의 고소가 있거나 그 외국의 공적인 고발이 있어야 하는데 그러한 고소나 고발이 없어 소추할 수 없었던 기간, 범인이 외국에 도피한 경우 범죄인인도가 거부되어 소추할 수 없었던 기간은 물론, 나아가 흡수, 적에 의한 영토의 침범, 군사점령기간에 대해서도 시효의 정지를 인정하고 있으며, 피의자의 심신상실도 피의자 자신을 방어할 수 없다는 의미에서 시효정지사유로 보고 있다.

한편 국제연합은 전쟁범죄와 반인도적 범죄를 예방하기 위하여 1968.11.26. 총회에서 결의 제2391(XⅩⅢ)호로 「전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 국제법상의 시효의 부적용에 관한 협약(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and판례집 8-1, 77면 Crimes against Humanity)」을 채택하여 국제법상 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여는 시효기간이 없다는 것을 확인하였다. 이 협약규정은 국가를 대표하는 자에 대해서든 사인에 대해서든, 정범이든 교사범이든, 범행이 완수된 정도와 상관없이 적용되며 그러한 범행을 관용한 국가의 대표자에게도 적용되고, 동협약체약국은 이러한 범죄에 대한 시효가 규정된 법률을 폐지할 것을 약속하였다.

(다) 헌정질서파괴법에 의한 국가권력의 장악과 소추장애사유

위에서 살펴본 바와 같이, 공소시효란 본래 소추가능기간을 의미하므로 그 기간 동안 정상적인 소추권의 행사가 가능할 것을 전제로 하는 것이며, 공소시효제도의 근본적인 존재이유가 오랜 동안 소추권행사를 게을리 한 것은 국가측의 잘못이라고 할 것인데 그로 인한 불이익을 오로지 범인에게만 감수하라고 하는 것은 부당하다는 데 있으므로, 공소시효는 소추기관이 유효하게 공소권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 채 시효기간을 경과하였을 것을 요건으로 한다고 볼 것이다. 따라서 공소시효는 소추기관이 유효하게 공소권을 행사하는데 법적·제도적 장애가 없을 때에만 진행할 수 있다고 해석하여야 한다.

나아가 우리 법제에 있어서 국가의 소추권행사에 장애사유가 있는 경우를 구체적으로 살펴본다. 우선 단순히 수사기관이 증거를 수집하고 범인을 체포하는 데에 사실상의 어려움이 있다는 것만으로는 소추권의 행사에 장애사유가 있다고 볼 수 없을 것이다. 이에 비하여 형사소송법 제253조나 동법 제262조의2와 같이 법률에 명시적 규정으로 시효정지사유를 규정한 경우는 물론이요, 공소시효의 정지사유로 법률에 명시되지는 아니하였다 하여도 “형사상의 소추판례집 8-1, 78면 를 받지 아니한다”고 헌법 제84조에 규정한 경우와 같이 헌법 또는 법률규정에 의하여 명문으로 소추가 금지되어 있는 경우는 대표적인 소추장애사유에 해당하며, 헌법재판소도 1995.1.20. 선고, 94헌마246 결정에서 이를 확인한 바 있다. 또한 헌법재판소는 5·18사건에 관하여 성공한 내란도 내란행위자가 집권하고 있는 동안 그 내란행위를 불처벌의 상태로 남아있을 뿐이고 내란행위자의 집권이 종료된 경우에는 그러한 행위도 처벌될 수 있다고 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호 소정의 위헌결정정족수를 넘는 재판관의 찬성으로 결정한 바 있다[1995.12.15. 선고, 95헌마221-233-297(보합)].

그리고 위 결정에 있어서도 형사법의 집행을 담당하는 국가의 소추기관이 법제도상 군사반란 내지 내란행위자들에 의해 장악되거나 억압당함으로써 이들의 의사나 이익에 반하는 추권행사가 더 이상 가능하지 않게 되는 등 반란행위나 내란행위를 처벌하여야 할 법률의 기능이 마비되어, 적어도 위 행위자들에 관한 한 법치국가적 원칙이 완전히 무시되고 법률의 집행이 왜곡되는 법질서상의 중대한 장애사유가 있는 경우에도 공소시효가 정지되지 않는다는 의미까지 판시한 것이 아니다. 오히려 이러한 경우에는 비록 헌법이나 법률에 명문의 규정은 없다 하

여도 법제도와 법률 자체의 기능 및 법집행이 왜곡되는 등의 사유로 위와 같은 반란행위자나 내란행위자에 대한 형사소추가 불가능한 경우는 단순한 사실상의 장애를 넘어 법규범 내지 법치국가적 제도 자체에 장애가 있다고 보아야 하며, 이러한 장애로 군사반란행위자와 내란행위자가 불처벌로 남아있을 수밖에 없는 상태로 있는 기간 동안에는 공소시효가 정지된다고 보아야 할 것이고, 또 이것이 공소시효제도의 본질에도 부합판례집 8-1, 79면 하는 해석이라고 할 것이다.

공소시효제도가 본래 범인필벌의 요청과 법적 안정성의 요청 사이에 상반되는 이익에 대한 조정의 문제라고 하는 점에 비추어 보더라도, 헌정질서파괴범죄행위자들이 정권을, 따라서 소추기관을 실효적으로 장악하고 있는 상황하에서는 역시 이들에 대한 군사반란죄와 내란죄에 대한 공소시효도 정지되는 것이라고 해석하는 것이 성공한 내란도 처벌되어야 한다는 당위성에 합치되고 정의의 관념과 형평의 원칙에도 합치한다. 만약 이와 같이 해석하지 않는다면, 헌정질서파괴범죄행위자들이 시효의 이익을 누리기 위하여 불법적인 방법으로 집권기간을 연장하는 등 오히려 헌법질서의 파괴를 조장하게 되는 모순이 있고 성공한 내란은 처벌할 수 없는 결과가 될 것이기 때문이다.

이 사건의 경우를 보면, 1979.12.12. 당시 보안사령관이었던 피의자 전두환이 노태우 등 군내의 추종세력을 규합하여 일으킨 군사반란은 내란행위와 결합되어 1980.5.18.사태와 같은 불행한 사태를 야기하고 마침내는 이른바 제5공화국의 성립으로 이어지고 이른바 제6공화국이 종료한 1993.2.24.까지 위 사건들에 가담한 자들에 의하여 국가권력이 실효적으로 장악되었다.

1979.12.12. 당시는 박정희 전직 대통령이 살해되어 정치·사회적으로 불안정한 상태였을 뿐만 아니라, 비상계엄이 선포되어 계엄지역 안의 모든 행정기관(정보 및 보안업무를 관장하는 기관을 포함한다) 및 사법기관이 계엄사령관의 지휘·감독을 받게 되어 있었으므로(계엄법 제8조 참조), 위와 같이 피의자 전두환과 노태우 등이 12·12 군사반란을 통하여 대통령의 재가없이 계엄사령관 겸 육군참모총장판례집 8-1, 80면 인 청구외 정승화를 체포하고, 대통령의 관저인 총리공관의 경비자의 무장을 병력을 동원하여 협박하여 해제하고, 대통령 최규하를 협박하여 국가의 모든 군권을 장악하고 보안사, 중앙정보부, 경찰 등 모든 수사·정보기관을 장악하였음에 비추어 당시 이 사건 군사반란행위와 내란행위에 대한 수사·소추는 제도적으로도 불가능하고 도리어 위 군사반란을 방지 하려던 청구외 장태완 등을 처벌하는 등 반란죄에 대한 법률기능이 왜곡된 상태를 야기한 국가적인 중대한 장애사유가 있었다고 할 것이고, 그 후 전두환이 제11대 대통령에 취임하고 헌법을 개정한 다음, 1981.2.25. 개정헌법에 따라 실시한 선거인단에 의한 대통령선거에서 다시 대통령으로 당선되어 동년 3.3. 제12대 대통령에 취임한 후 1988.2.24. 그 임기가 만료할 때까지 7년 5월 24일을 집권하고, 그 후 노태우가 제13대 대통령으로 당선되어 1988.2.25. 취임한 이래 1993.2.24. 그 임기가 만료하기까지 5년간 국가권력을 장악함으로써 전두환·노태우의 위 1979년 12월 12일과 1980.5.18.의 군사반란죄 및 내란죄는 위 각 범죄행위에 가담한 공범들에 대하여도 위에서 본 소추와 처벌이 전혀 불가능한 상태가 지속되었던 사실은 당재판소가 처리한 12·12사건과 5.18사건에 관한 사건기록을 통하여 현저하다.

그리고 1979.12.12. 사태는 군사반란의 방법에 의하여 전국의 군권과 수사권을 장악하고 대통령의 관저의 무장까지 불법적으로 해제하고 대통령에게 협박하는 등 헌정질서파괴행위였고, 1980.5.18.의 사태는 전두환 내란행위자가 헌정질서를 파괴한 행위임도 명백하다.

그러므로 국가소추기관이 이 사건 군사반란과 내란행위자들인판례집 8-1, 81면 위 전두환 및 노태우가 이 사건 군사반란행위가 성공한 이후 이들의 대통령 재직기간 동안 이들에 의해 장악되거나 억압당함으로써 위 행위자들의 의사에 반하여 이 사건 범죄들에 대하여 소추를 할 수 없게 되어 적어도 위 행위자들에 관한 한 자유민주적 법치국가질서의 내용에 부합하는 법집행이 불가능하여 군사반란죄와 내란죄에 대한 법률기능 자체가 왜곡되는 법규범 내지 법제도 자체에 관련된 장애로 위 전두환, 노태우와 그 공범자들에 대한 위 군사반란죄와 내란죄에 대한 소추가 불가능하였다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 각 범죄행위의 종료일로부터 1993.2.24.까지 사이에는 이 사건 각 범죄행위에 대하여는 당연히 공소시효의 진행이 정지된다고 해석함이 타당하다.

(라) 결론

그렇다면 이 사건 범죄행위의 종료일로부터 전두환·노태우의 대통령 재직기간이 만료된 1993.2.24.까지의 기간 동안에 그러한 이 사건 군사반란죄와 내란죄 등에 대한 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정한 이 법률조항은 확인입법에 지나지 아니하고 이 점에서 헌법위반의 법률조항이 아니라고 할 것이다.

(4) 재판관 김문희, 재판관 황도연의 의견

우리 헌법재판소는 이른바 12·12 사건에 관한 1995.1.20. 선고, 94헌마246사건의 결정에서 헌법 제84조의 해석과 관련하여 공소시효의 정지사유에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다. 즉 “위 헌법규정의 근본취지를 대통령의 재직중 형사상의 소추를 할 수 없는 범죄에 대한 공소시효의 진행은 정지되는 것으로 해석하는 것이 원칙일 것이다. 즉 위 헌법규정은 바로 공소시효진행의 소극적 사유판례집 8-1, 82면 가 되는 국가의 소추권행사의 법률상의 장애사유에 해당하므로, 대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는 것으로 보아야 한다”든가 “검사가 법률상의 장애사유로 인하여 소추권을 행사할 수 없는 경우에는 공소시효가 진행하지 않는 것이 원칙이다” “따라서 헌법 제84조에 따라 소추가 불가능할 경우에는 공소시효의 진행이 정지되어야 한다는 것은 위와 같은 당연하고도 정당한 법리가 적용된 결과일 뿐”이라고 판시하였고, 한편 우리는 그 결정의 반대의견에서 공소시효는 법률로써 명문규정을 둔 경우에 한하여 정지되는 것이고, 헌법 제84조의 규정도 공소시효의 정지에 관한 명문규정으로 볼 수 없다는 의견을 분명히 밝힌 바 있고, 지금도 그 의견에는 변항이 없다.

따라서 우리의 의견에 의하면 이 법률조항에서 공소시효가 정지되는 것으로 규정한 전 기간, 모든 피의자에 대하여 이 법률조항으로 말미암아 비소 공소시효의 진행이 정지되는 것으로 본다. 그렇다면 이 법률조항은 소급적 효력을 가진 형성적 법률이어서 당연히 위헌 여부의 문제가 제기될 수밖에 없는 것이다.

다. 공소시효와 형벌불소급의 원칙

이 법률조항에 의한 공소시효의 정지 곧 결과적으로 그 기간을 연장하는 것이 헌법 제12조 제1항 후단과 제13조 제1항 전단의 죄형법정주의에 위반되는지를 살펴보기로 한다.

(1) 헌법 제12조 제1항 후단은 “……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고, 제13조 제1항 전단은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 행위로 소추되지 아니하며……”라고판례집 8-1, 83면 하여 죄형법정주의와 형벌불소급의 원칙을 규정하고

있다. 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 근본 뜻은 형벌법규는 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여 어떠한 행위가 금지되어 있고, 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 정해져 있는가를 미리 개인에 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 하자는 데 있다. 이로써 위 헌법조항은 실체적 형사법 영역에서의 어떠한 소급효력도 금지하고 있고, “범죄를 구성하지 않는 행위”라고 표현함으로써 절대적 소급효금지의 대상은 “범죄구성요건”과 관련되는 것임을 밝히고 있다.

헌법이 위 조항에서 비록 범죄구성요건만을 언급하고 있으나, 책임없는 형벌을 금하고 행위의 불법과 행위자의 책임은 형벌과 적정한 비례관계를 유지하여야 한다는 적법절차의 원칙과 법치주의원칙에서 파생되는 책임원칙에 따라 범죄구성요건과 형벌은 불가분의 내적인 연관관계에 있기 때문에, 결국 죄형법정주의는 이 두가지 요소로 구성되는 “가벌성”을 그 내용으로 하고 있는 것이다. 즉 가벌성의 조건을 사후적으로 변경할 것을 요구하는 공익의 요청도 개인의 신뢰보호와 법적안정성에 우선할 수 없다는 것을 명백히 규정함으로써, 위 헌법조항은 소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중을 엄격히 금하고 있다.

(2) 그러므로 우리 헌법이 규정한 형벌불소급의 원칙은 형사소추가 “언제부터 어떠한 조건하에서” 가능한가의 문제에 관한 것이고, “얼마동안” 가능한가의 문제에 관한 것은 아니다. 다시 말하면 헌법의 규정은 “행위의 가벌성”에 관한 것이기 때문에 소추가가능성에만 연관될 뿐, 가벌성에는 영향을 미치지 않는 공소시효에 관한 규판례집 8-1, 84면 정은 원칙적으로 그 효력범위에 포함되지 않는다. 행위의 가벌성은 행위에 대한 소추가가능성의 전제조건이지만 소추가가능성은 가벌성의 조건이 아니므로 공소시효의 정지규정을 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 적용하도록 하는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다.

라. 특별법과 법치주의의 원칙

공소시효제도가 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 보호범위에 바로 속하지 않는다면, 소급입법의 헌법적 한계는 법적 안정성과 신뢰보호원칙을 포함하는 법치주의의 원칙에 따른 기준으로 판단하여야 한다. 법적 안정성은 객관적 요소로서 법질서의 신뢰성·합구성·법적 투명성과 법적 평화를 의미하고, 이와 내적인 상호연관관계에 있는 법적 안정성의 주관적 측면은 한번 제정된 법규범은 원칙적으로 존속력을 갖고 자신의 행위기준으로 작용하리라는 개인의 신뢰보호원칙이다. 법적 안정성과 신뢰보호원칙에 있어서 특히 중요한 것은 시간적 요소이다. 특정한 법률에 의하여 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고, 개인은 과거의 사실관계가 그 뒤에 생긴 새로운 법률의 기준에 따라 판단되지 않는다는 것을 믿을 수 있어야 한다. 그러므로 법치국가적 요청으로서의 법적안정성과 신뢰보호원칙은 무엇보다도 바로 소급효력을 갖는 법률에 대하여 민감하게 대립할 수밖에 없고, 구체적으로는 어떤 법률이 이미 종료된 사실관계에 예상치 못했던 불리한 결과를 가져오게 하는 경우인가 아니면 현재 진행중이나 아직 종료되지 않은 사실관계에 작용하는 경우인가에 따른 판례집 8-1, 85면 라 헌법적 의미를 달리하게 된다.

그렇다면 이 법률조항에 대한 위헌 여부를 판단하기 위하여는 먼저 이 법률조항이 이미 종료된 사실관계(이른바 진정소급효)에 관련된 것인지, 아니면 현재 진행중인 사실관계(이른바 부진정소급효)에 관련된 것인지를 밝혀야 할 것이고, 이는 결국 특별법 시행당시 특별법 소정 피의자들에 대한 공소시효가 이미 완성되었는지의 여부에 따라 판가름될 성질의 것이다.

공소시효는 범죄행위가 종료한 때(범죄의 기수시기와 다를 수 있다)로부터 진행하고, 그 정지사유없이 공소시효기간이 경과함으로써 완성된다(형사소송법 제252조 제1항, 형사소송법 제249조 제1항). 따라서 공소시효의 완성시점을 확정하려면 범죄행위가 언제 종료한 것인지, 종료 후에 공소시효의 정지사유가 있었는지, 있었다면 정지기간은 어느 정도인지를 확정하는 것이 그 선결문제이므로 구체적 범죄행위에 관한 공소시효의 완성 여부 및 그 완성시점 등은 당해 사건을 재판하는 법원이 이를 판단할 성질의 것이지만 헌법재판소가 판단할 수 있는 사항이 아니다. 따라서 법원의 판단에 따라 특별법 시행당시 공소시효가 이미 완성되었다면, 특별법은 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하여 사후에 그 전과 다른 법적 효과를 생기게 하는(진정소급효) 법률이라 할 것이고, 한편 공소시효가 아직 완성되지 않았다면, 특별법은 과거에 이미 개시되었지만 아직 완결되지 않고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계와 그 법적 효과에 장래적으로 개입하여 법적 지위를 사후에 침해하는(부진정소급효) 법률이라 할 것이다.

그러므로 헌법재판소로서는 당해 사건을 재판하는 법원에 의하판례집 8-1, 86면 여 특별법 시행당시 공소시효가 완성된 것인지의 여부가 아직 확정되지 아니한 터이므로 위 두 가지 경우를 가정하여 판단할 수밖에 없다.

(1) 공소시효가 완성되지 않았다고 보는 경우

만일 법원이 특별법이 처벌하려는 대상범죄의 공소시효가 아직 완성되지 않았다고 판단한다면, 특별법은 단지 진행중인 공소시효를 연장하는 법률로서 이른바 부진정소급효를 갖게 된다.

헌법 제13조 제1항에서의 가벌성을 결정하는 범죄구성요건과 형벌의 영역(이에 관한 한 절대적 소급효의 금지)을 제외한다면 소급효력을 갖는 법률이 헌법상 절대적으로 허용되지 않는 것은 아니다. 다만 소급입법은 법치주의원칙의 중요한 요소인 법적안정성의 요청에 따른 제한을 받을 뿐이다. 헌법재판소의 판례도 형벌규정에 관한 법률 이외의 법률은 부진정소급효를 갖는 경우에는 원칙적으로 허용되고, 단지 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가할 뿐이라는 것이다.

즉 공소시효제도에 근거한 개인의 신뢰와 공소시효의 연장을 통하여 달성하려는 공익을 비교형량하여 개인의 신뢰보호이익이 공익에 우선하는 경우에는 소급효를 갖는 법률은 헌법상 정당화될 수 없다. 그러나 특별법의 경우에는 왜곡된 한국 반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과정에서의 헌정질서 파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여야 한다는 중대한 공익이 있다. 또한 특별법은 모든 범죄의 공소시효를 일정시간 동안 포괄적으로 정지시키는 일반적인 법률이 아니고, 그판례집 8-1, 87면 대상범위를 헌정질서파괴범죄에만 한정함으로써 예외적인 성격을 강조하고 있다. 이에 비하면 공소시효는 일정기간이 경과되면 어떠한 경우이거나 시효가 완성되는 것은 아니며, 행위자의 의사와 관계없이 정지될 수도 있는 것이므로 아직 공소시효가 완성되지 않은 이상 예상된 시기에 이르러 반드시 시효가 완성되리라는 것에 대한 보장이 없는 불확실한 기대일 뿐이므로 공소시효에 의하여 보호될 수 있는 신뢰보호이익은 상대적으로 미약하다 할 것이다. 따라서 공소시효가 완성되지 아니하고 아직 진행중이라고 보는 경우에는 헌법적으로 허용될 수 있다 할 것이므로 위에서 본 여러 사정에 미루어 이 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

(2) 공소시효가 완성되었다고 보는 경우

법원이 특별법 소정 헌정질서파괴범죄의 공소시효가 이미 완성되었다고 판단한다면, 특별법은 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 사후에 이전과 다른 법적효과를 생기게 하는 이른바 진정소급효를 갖게 되고, 이 부분에 대한 재판관들의 의견은 다음과 같다.

(가) 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식의 합헌의견

우리는 특별법이 처벌하려는 범죄의 공소시효가 이미 완성되었다고 법원이 판단하여, 동법이 진정소급효를 갖게 된다고 하더라도 다음과 같은 이유로 합헌이라고 본다.

1) 진정소급효금지의 예외와 법치국가원리

기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법판례집 8-1, 88면은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이지만, 특단의 사정이 있는 경우, 즉 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정; 1989.12.18. 선고, 89헌마32·33 결정 등 참조). 그러한 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다. 이를 대별하면 진정소급입법이 허용되는 경우는 구법에 의하여 보장된 국민의 법적 지위에 대한 신뢰가 보호할 만한 가치가 없거나 지극히 적은 경우와 소급입법을 통하여 달성하려는 공익이 매우 중대하여 예외적으로 구법에 의한 법적 상태의 존속을 요구하는 국민의 신뢰보호이익에 비하여 현저히 우선하는 경우로 크게 나누어 볼 수 있다.

물론 그러한 "공익"적 필요가 존재하는지 여부의 문제를 심사함에 있어서는, 부진정소급입법의 경우에 있어서의 신뢰보호의 요청과 서로 비교형량되는 단순한 공익상의 사유보다도 훨씬 엄격한 조건이 적용되지 않으면 아니된다. 즉 매우 중대한 공익이 존재하는 예외적인 경우에만 그러한 진정소급입법은 정당화될 수 있다. 또한 진정소급입법을 헌법적으로 정당화할 수 있는 이러한 예외사유가 판례집 8-1, 89면 존재하는 여부는 특별법과 같이 신체의 자유에 대한 제한과 직결되는 등 중요한 기본권에 대한 침해를 유발하는 입법에 있어서는 더욱 엄격한 기준으로 판단하여야 할 것이다.

이 사건 헌정질서파괴범죄의 공소시효의 완성으로 인한 법적 지위에 대한 신뢰를 보호하여야 할 필요는 다음과 같은 이유로 매우 미약하다. 즉 이 사건 반란행위 및 내란행위자들이 반란행위 및 내란행위를 통하여 우리 헌법질서의 근간을 이루고 있는 자유민주적 기본질서를 파괴하였고, 그로 인하여 우리의 민주주의가 장기간 후퇴한 것은 말할 것도 없고, 많은 국민의 그 생명과 신체가 침해되었으며, 전국민의 자유가 장기간 억압되는 등 국민에게 끼친 고통과 해악이 너무도 심대하였다. 또한 이 사건 군사반란행위자들 및 내란행위자들 중 주도자인 전두환·노태우 양인이 쿠데타를 통하여 정권을 장악한 뒤에 대를 이어 대통령직에 오름으로써 이 사건 군사반란행위자들 및 내란행위자들에 대한 형사소추가 그들이 정권을 장악하고 있는 동안에는 사실상 불가능하였다. 그러한 기간 동안에도 공소시효의 진행이 정지되지 않는다고 볼 때에는 형사소송법에 규정된 이 사건 군사반란죄와 내란죄에 대한 공소시효의 대부분이 그 기간 동안에 이미 진행되었다고 볼 수밖에 없다. 뿐만 아니라 공소시효완성으로 인한 이익은 단순한 법률적 차원의 이익이고, 헌법상 보장된 기본권적 법익에 속하지는 않는다. 이에 비하여 이 사건 법률조항을 정당화하는 공익적 필요는 매우 중대하다. 즉 집권과정에서 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여 왜곡된 우리 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 할 뿐만 아니라, 앞으로는 우리 헌정사에 다시는 그와 같은 불행한 사태가 반복판례집 8-1, 90면 되지 않도록 자유민주적 기본질서의 확립을 위한 헌정사적 이정표를 마련하는 것이 국민의 줄기찬 요구이자 여망이며, 작금의 시대적 과제이다.

그러므로 이 사건 반란행위자들 및 내란행위자들의 군사반란죄나 내란죄의 공소시효완성으로 인한 법적 지위에 대한 신뢰이익이 보호받을 가치가 별로 크지 않음에 비하여 이 법률조항은 위 행위자들의 신뢰이익이나 법적 안정성을 물리치고도 남을 만큼 월등히 중대한 공익을 추구하고 있다고 평가할 수 있다. 그렇다면 이 법률조항이 위 행위자들의 공소시효완성에 따르는 법적 지위를 소급적으로 박탈하고, 그들에 대한 형사소추를 가능하게 하는 결과를 초래하여 그 합헌성 인정에 있어서 위에서 본 바와 같은 심히 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 하더라도, 이 법률조항이 공소시효의 완성이라는 헌법상의 기본권이 아닌 단순한 법률적 이익에 대한 위와 같은 미약한 신뢰보호의 필요성에 현저히 우선하는 중대한 공익을 추구하고 있으므로 헌법적으로 정당화된다고 할 것이다. 우리 헌정사에 공소시효에 관한 진정소급입법을 단 한번 예외적으로 허용한다면 바로 이러한 경우에 허용하여야 한다고 할 것이다. 이러한 경우가 진정소급입법의 원칙적 금지의 예외에 해당하지 않는다면, 그 예외는 대체 어디에 해당되고 무엇을 위한 예외인지 진지한 의문을 제기하지 않을 수 없다.

2) 이 법률조항과 평등원칙

특별법의 이 법률조항은 그 적용범위를 1979.12.12.과 1980.5.18.을 전후하여 발생한 내란죄·외환죄·군사반란죄 및 이적죄에 한정함으로써 이 사건 법률조항이 진정소급입법으로서의 성격을 갖는 판례집 8-1, 90면 다고 할 경우 그 조항이 헌법 제11조에 규정된 평등원칙에 반하는 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

그러나 이 법률조항은 헌법 제11조에 규정된 평등원칙에 반하지 아니한다. 그것은 무엇보다 이 법률조항의 목적이 일반국민과 동 조항에서 확정된 헌정질서파괴범죄행위자들을 차별적으로 취급하는 것이 아니라, 오히려 위 범죄행위자들이 군사반란 및 내란 등의 행위로 헌법질서를 파괴하여 정권을 장악함으로써 일반국민과 위 행위자들 사이에 이미 발생한 형법집행상의 불평등을 제거하고자 하는 데 있기 때문이다. 다시 말해서 법이 일반국민들뿐만 아니라, 통치자에게도 동등하게 적용되고 집행되어야 한다는 법치국가적 요청이 위 범죄행위자들이 국가의 소추기관을 자신의 지배하에 두게 됨으로써 실현될 수 없음으로 인하여 발생한, 위 범죄행위자들의 이 사건 범죄들에 대한 불처벌로 남은 상태라는 불평등을 제거하고 실질적 정의를 실현하는 데 이 법률조항들의 목적이 있기 때문이다.

법치국가원리의 내용인 법적 안정성 즉, 국민의 신뢰보호와 실질적 정의가 충돌하는 경우 그 어느 쪽을 우선시켜 입법할 것인가는 원칙적으로 입법자가 선택할 문제이고, 그 선택이 자의적이 아닌 한 그 입법을 위헌이라고 할 수는 없다. 이 법률조항이 공소시효의 진행이 정지하는 것으로 보고 있는 기간은 이 사건 헌정질서파괴행위자

들이 국가권력을 장악하고 있어 이들에 대한 소추기관의 소추권행사가 원초적으로 불가능하였던 기간이다. 따라서 이 법률조항은 국가의 태만으로 인하여 경과한 시효기간에 대해서까지 시효의 진행을 정지시키는 것은 아니다. 또한 공소시효제도에 관한 외국의판례집 8-1, 92면 입법례를 보더라도 독일, 프랑스 등 대륙법국가는 물론, 영국과 미국 등 영미법국가도 모두 중대한 범죄에 관하여는 공소시효를 배제하고 있음에 비추어 볼 때(헌법재판소 1995.1.20. 선고, 95헌마246 결정 참조) 이 사건 헌정질서파괴범죄와 같이 헌법질서에 근본적인 위협이 되는 중대한 범죄에 한정하여 진정소급효가 있는 입법으로 기본권이 아닌 공소시효의 정지를 규정한다고 하여 그 범위와 기준이 사리에 반하는 자의적인 입법이라고 할 수 없다.

그리고 진정소급효가 있는 공소시효정지를 규정한다 하여도 범행 당시의 구성요건 그대로를 타인과 마찬가지로 적용한다는 것이므로 실질적으로도 새로운 구성요건을 규정하는 것이라고 할 수 없다.

그렇다면 이는 결과적으로 위 범죄행위자들에 대하여 국가가 실효적으로 소추권을 행사할 수 있는 기간을 다른 일반국민들에 대한 시효기간과 동일하게 맞추므로써, 이 사건 범죄행위로 인하여 초래되었던 불평등을 제거하겠다는 것에 불과하여, 위 범죄행위자들을 자의적으로 차별하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 오히려 실질적 정의와 공평의 이념에 부합시키는 조치라고 할 수 있다.

3) 이 법률조항과 적법절차의 원리

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지…… 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정함으로써 적법절차의 원칙을 선언하고 있다. 이와 관련하여 진정소급입법에 의한 시효의 연장이 적법절차의 원칙에 반하는 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

그러나 여기서 적법절차라 함은 인신의 구속이나 처벌 등 형사절판례집 8-1, 93면 차만이 아니라 국가작용으로서의 모든 입법작용과 행정작용에도 광범위하게 적용되는 독자적인 헌법원리의 하나로 절차가 형식적 법률로 정하여지고 그 법률에 합치하여야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것을 의미한다(헌법재판소 1994.4.28. 선고, 93헌바26 결정 등 참조). 그러므로 적법절차의 원리는 자의적인 공권력이 행사되는 것을 방지함으로써 기본적 인권을 보호하는 것을 이념으로 하고 있다고 할 것이다.

위와 같은 의미의 적법절차의 원칙은 본래 영미법상의 개념으로 미국의 수정헌법에서 명문화되기 시작하였으며, 그 발달과정과 연혁은 다르지만 대체로 대륙법계 국가에서 발달한 법치국가의 원리의 내용과 일치하는 것으로 이해할 수 있으므로 앞서 판단한 내용이 그대로 타당하게 된다고 할 것이다.

그리고 특별법의 입법목적은 우리나라와 민족의 장래에 사육에 의한 헌법질서파괴행위로 인한 국민들의 불행한 역사의 경험을 영구히 다시는 없도록 하기 위한 것이므로 이는 영원한 진리와 보편적이고 통상적인 정의를 담고 있는 것이어서 일시적 여론이나 일시적 정치기류에 영합하기 위한 법률이 아님은 물론이다.

그렇다면 특별법의 이 법률조항은 그 자체 헌법상의 기본권을 제한하는 것도 아니고, 단지 법률상의 권리인 공소시효 완성 후에는 형사소추를 당하지 않을 법률적 이익을 앞서 살펴본 바와 같은 중대한 공익상의 사유로 제한하는 것이므로 적법절차의 원리에도 반하지 아니한다.

4) 결론

판례집 8-1, 94면

그러므로 특별법이 공소시효가 완성된 뒤에 시행된 사후적 소급입법이라고 하더라도 위에서 살펴본 바와 같이 죄형법정주의에 반하지 않음은 물론, 법치국가의 원리, 평등원칙, 적법절차의 원리에도 반하지 아니하고, 따라서 헌법에 위반되지 아니한다.

(나) 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 고중석, 재판관 신창언의 한정위헌의견

헌법은 형사실체법의 영역에서는 형벌은 바로 신체의 자유와 직결되기 때문에 적어도 범죄구성요건과 형벌에 관한 한, 어떠한 공익상의 이유도, 국가적인 이익도 개인의 신뢰보호의 요청과 법적 안정성에 우선할 수 없다 하여 절대적인 소급효의 금지를 밝히고 있다. 그러므로 소급효의 문제는 신뢰보호를 요청하는 법익이 무엇이나에 따라 구분하여 다르게 판단되어야 하고, 신체의 자유에 대한 소급적 침해에 대한 신뢰보호의 문제는 다른 권리의 사후적 침해에 대한 신뢰보호의 문제와 같은 잣대로 판단할 수는 없다.

우리는 앞에서 비록 공소시효제도가 헌법 제12조 제1항 후단 및 제13조 제1항 전단에 정한 죄형법정주의의 직접적인 적용을 받는 영역으로 볼 수 없다 하여 절대적 소급효금지의 대상인 것은 아니라고 판단한 바 있다. 그러나 개인의 인권보장을 위한 기본장치로서 피의자의 처지를 대변하는 신뢰보호원칙이나 법적 안정성의 측면에서 보면, 형벌을 사후적으로 가능하게 하는 새로운 범죄구성요건의 제정이나, 공소시효가 이미 완성되어 소추할 수 없는 상태에 이른 뒤에 뒤늦게 소추가 가능하도록 하는 새로운 법률을 제정하는 것은 결과적으로 형벌에 미치는 사실상 영향에서는 차이가 없어 실질에 있어서는 마찬가지이다. 일반적으로 절차법의 존속에 대한 신판례집 8-1, 95면 회가 실체법의 존속에 대한 신뢰보다 헌법적으로 어느 정도 적게 보호된다 하더라도, 절차법적 지위가 경우에 따라서는 그의 의미와 중요성 때문에 실체법적 지위와 동일한 보호를 요청할 수 있고, 공소시효가 완성된 뒤에 새로이 처벌될 수 있도록 하는 경우가 바로 그러한 예라 할 것이다. 따라서 비록 공소시효에 관한 것이라 하더라도 공소시효가 이미 완성된 경우에 그 뒤 다시 소추할 수 있도록 법률로써 규정하는 것은 헌법 제12조 제1항 후단의 적법절차의 원칙과 제13조 제1항의 형벌불소급의 원칙 정신에 비추어 헌법적으로 받아들일 수 없는 위헌적인 것이라 아니할 수 없다.

법치국가원칙은 그 양대요소로서, 법적 안정성의 요청뿐 아니라 실질적 정의의 요청도 함께 포함한다. 이러한 이유에서 집권과정에서의 헌정질서의 파괴와 범죄행위에 대한 처벌을 통하여 왜곡된 헌정질서를 민주적으로 바로잡고 정의를 회복한다는 측면에서 당연히 범법자들에 대한 처벌을 요구할 수 있다 하더라도 공소시효제도 또한 입법자가 형사소추에 있어서의 범인필벌의 요청과 법적 안정성의 요청을 함께 고려하여 상충하는 양 법익을 정책적으로 조화시킨 결과이고, 이러한 공소시효규정은 시간의 경과로 인하여 발생하는 새로운 사실관계를 법적으로 존중하는 인권보장을 위한 장치로서 실질적 정의에 기여하고 있다. 법치국가는 법적 안정성과 실질적 정의와의 조화를 생명으로 하는 것이므로 서로 대립하는 법익에 대한 조화를 이루려는 진지한 노력을 하여야 하며, 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 엄벌하여야 할 당위성이 아무리 크다 하더라도 그것 역시 헌법의 테두리 안에서 적법절차의 원리에 따라 이루어져야 마땅하다. 이러한 노력만이 궁극적으로 이 나라 민주법치국가의판례집 8-1, 96면 기반을 굳건히 다지는 길이기 때문이다.

따라서 이 법률조항이 특별법 시행일 이전에 특별법 소정의 범죄행위에 대한 공소시효가 이미 완성된 경우에도 적용하는 한 헌법에 위반된다.

4. 결론

이러한 이유로 이 법률조항은 특별법 시행당시, 공소시효가 아직 완성되지 않았다고 보는 경우에는 재판관 전원 4명이 헌법에 위반되지 아니한다는 의견이고, 공소시효가 이미 완성된 것으로 보는 경우에는 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식 등 4명이 헌법에 위반되지 아니하는 의견이고, 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 고중석, 재판관 신창언 등 5명이 한정위헌의견이나 이 경우에도 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정(헌법소원의 경우도 같음)의 정족수에 이르지 못하여 합헌으로 선고할 수밖에 없으므로 이에 주문과 같이 결정한다.

재판장	재판관 김용준
주심	재판관 김문희
	재판관 김진우
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형

판례집 8-1, 97면

	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

[1/1]

[이전화면] [검색화면] [요약화면]

이전 ◀ ▶ 다음

<토론회 자료집>

공권력에 의한 반인도적 범죄의 처벌방안과 재발방지대책

- 발제 1. 반인권적 국가범죄와 공소시효의 정지·배제
- 발제 2. 국제인권법적 관점에서 본 공소시효
- 토론 : 가칭 「살인죄등반인륜범죄의공소시효등에관한특별법」(안)
- 토론 : 권력기관 종사자의 인권의식 제고를 위한 대책

일 시 : 2002년 2월 5일 14:00

장 소 : 대한변호사협회 회의실

인권운동사랑방, 민주사회를위한변호사모임, 인권실천시민연대, 유가협,
천주교인권위원회, 민주노동당인권위원회, 참여연대사법감시센터

<발제-1>

'반인권적 국가범죄'와 공소시효의 정지·배제*

(Non-Application of Statutory Limitation to the State Crimes against Human Rights)

曹 國(서울대학교 법과대학 조교수)

I. 들어가는 말

과거 여러 논란을 거쳐 1995년 제정된 '헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법'은 내란, 외환, 반란, 이적 등 '헌정질서파괴범죄' 및 '집단살해죄의방지와처벌에관한협약'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.¹⁾ 이 특별법은 '헌정질서파괴범죄'에 대해서는 공소시효의 적용이 배제되었으나, 권위주의 체제 아래에서 국가권력에 의해 자행된 인권유린범죄에 대한 공소시효 배제문제는 후일로 미루어졌다.

최근 이근안씨의 민주화운동가들에 대한 고문사건, 국가안전기획부에 의한 '수지 김씨에 대한 살해은폐조작사건'의 진상 등이 밝혀지고, 대통령 소속 '의문사진상규명위원회'의 활동으로 중앙정보부에 의한 최종길 교수 고문살해 및 은폐사건 등 각종 의문사건에 국가권력이 개입하였음이 밝혀지게 되었다. 그러나 공소시효 때문에 이러한 국

*완성된 원고가 아니므로 이 글을 인용하실 분은 필자에게 사전연락을 주시길 바랍니다 (kukcho@yahoo.co.kr).

1) 주지하다시피 이 법률의 제정과 적용은 순탄치 만은 않았다. 초반에는 '12.12'에 대한 검찰의 기소유예 결정과 이를 지지하는 헌법재판소의 결정(헌재 1995.1.20. 결정, 94헌마246), '5.18'에 대한 검찰의 공소권없음 결정과 이에 대한 헌법재판소의 결정(헌재 1995.12.15. 결정, 95헌마221, 95헌마233, 95헌마297) 등이 내려졌다가, 이에 대한 강력한 비판여론이 조성되자 '5.18특별법'은 전격적으로 제정되었고, 이에 대하여 서울형사지법 판사의 '5.18특별법' 제2조의 위헌법률심판제청이 있자 이를 결정하면서 헌법재판소 재판관들 내에서는 5 대 4로 위헌의견이 우세하였으나 법률에 대한 위헌결정의 정족수가 모자라 합헌판정이 나게 되었다[헌재 1996.2.16. 결정, 96헌가2, 96헌바7·13(병합)].

가의 범죄행위를 처벌할 수 없는 법률적 부조리가 문제가 되면서 국가에 의한 인권유린범죄에 대한 공소시효의 배제·정지의 문제가 다시 수면으로 떠오르게 되었다.

이하에서는 먼저 국가권력의 인권유린범죄에 대한 개념정리를 하고, 권위주의 체제 아래에서 저질러진 국가권력에 의한 인권유린범죄가 '민주화' 이후 어떻게 처리되었는지를 간략히 살펴본 후, 이러한 범죄의 처벌을 위해 필수적으로 논해져야 하는 공소시효의 본질, 공소시효와 소급효금지의 원칙과의 관계 등을 분석하며 '반인권적 국가범죄'에 대한 공소시효를 배제·정지하는 방안을 논의한다.

II. 개념정리

현재 국가권력에 의한 인권유린범죄를 가리키는 개념으로 '반인도적범죄' 또는 '반인권범죄' 등으로 혼용하여 사용되고 있으나 아직 정확한 개념정리는 이루어지지 못한 상태이다. 국제법적으로는 '반인도적 범죄'(crimes against humanity)라는 개념이 사용되고 있으므로 일단 그 개념을 먼저 살펴보고, 이를 국내법적으로는 어떻게 수용할 것인가를 검토하기로 한다.

1. 국제법상의 '반인도적 범죄'의 개념²⁾

'반인도적 범죄' 개념이 최초로 정립된 것은 제2차 세계대전 후 나찌스 전범을 처벌하기 위해 설치된 연합국의 1946년 '뉘른버그 헌장'(the Nuremberg Charter)³⁾ 제6조 제3항에서이다. 즉, "전쟁 전 또는 전쟁 중에 민간인에 대하여 범해진 살인, 말살, 노예화, 강제추방 및 비인도적 행위, 그리고 (뉘른버그) 군사재판소의 관할에 속하는 범죄와 관련있는 정치적·인종적 또는 종교적 이유로 인한 박해"가 '반인도적 범죄'라고 정의된다. 이 정의는 약간의 변화가 첨부되어 이후 '토쿄 헌장'(the Tokyo Charter)⁴⁾에

2) 이에 대해서는 M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law (1992); Beth Van Schaack, "The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence", 37 Colum. J. Transnat'l L. 787 (1999); Simon Chesterman, "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity", 10 Duke J. Comp. & Int'l L. 307 (2000) 등을 참조하라.

3) Charter of the International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals, appended to Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, UNTS 279, as amended, Protocol to Agreement and Charter, Oct. 6, 1945.

서도 채택된다.

'반인도적 범죄'에 대한 정의는 근래의 국제전범재판소 규정에서 중대한 진전을 이룬다. 1993년의 '유고슬라비아 전범재판소 규정'⁵⁾ 제5조는 '뉘렘버그 헌장'의 정의에 다른 범죄양태를 추가하였는데, (a)살인, (b)말살, (c)노예화, (d)강제추방, (e)강제구금, (f)고문, (g)강간, (h)정치적·인종적 또는 종교적 이유로 인한 박해 및 (i)기타 비인도적 행위 등이 '반인도적 범죄'로 포괄된다. 단, 이 규정에서의 '반인도적 범죄'는 "국제적 또는 국내적 무장충돌 상황에서 범"(committed in armed conflict, whether international or internal in character)해질 것을 조건으로 달고 있다. 그리고 1994년의 '르완다 전범재판소 규정'⁶⁾ 제3조도 동일한 행위를 '반인도적 범죄'로 규정하는데, 단 '유고슬라비아 전범재판소 규정'과 달리 반인도적 범죄가 무장출동시에 범해질 것을 요하지 않는 대신, 그 범죄가 "민간인에 대한 광범위한 또는 체계적 공격의 일환"(committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial, or religious grounds)으로 범해져야 한다는 요건이 부가되어 있다.

이상과 같은 '반인도적 범죄'를 정의하려는 노력은 1998년 '로마회의'(the UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court)가 '국제상설형사재판소를 위한 규정'⁷⁾ 제7조에서 채택한 개념에서 총괄된다. 동 규정은 민간인에 대한 광범한 또는 체계적인 공격으로 범해진, (a)살인, (b)말살, (c)노예화, (d)강제이주, (e)국제법의 근본원칙에 위반되는 구금이나 심각한 신체 자유의 박탈, (f)고문, (g)강간, 성노예화, 강제된 매춘과 임신, 단종, 기타 이에 비견되는 비중을 가진 성적 폭력, (h)강제납치, (i)아파트헤이트, (k) 기타 신체에 심대한 고통을 주기 위해 고의로 범해지는 비인도적 행위 등을 '반인도적 범죄'로 규정하였다.

4) Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Jan. 19, 1946 (General Orders No. 1), as amended, General Orders No. 20, Apr. 26, 1946, TIAS No. 1589.
5) The Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, adopted by the Security Council acting pursuant to Chapter VII of the UN Charter. SC Res. 827 (May 25, 1993).
6) The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, adopted by the Security Council acting pursuant to Chapter VII of the UN Charter. SC Res. 955, annex (Nov. 8, 1994).
7) The Rome Statute of the International Criminal Court) U.N. Doc. A/Conf.183/9 (1998). 이에 대해서는 Darryl Robinson, "Developments in International Criminal Law: Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference", 93 A.J.I.L. 43 (1999)를 참조하라.

그리고 동 규정의 '반인도적 범죄' 정의에는 이상 행위가 "국가 또는 조직적 정책에 수반하여 또는 그 연장선에서"(pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack) 범해졌을 것을 요하고 있다.⁸⁾

2. '반인권적 국가범죄'의 개념의 적실성(適實性)

이상과 같은 '반인도적 범죄' 개념은 우리나라에서 국가권력에 의한 인권유린범죄를 정의하는데 많은 시사를 주는 것은 사실이다. 우리나라에서 현재 문제가 되고 있는 국가권력에 의한 인권유린범죄를 지칭하는 용어로 이상과 같은 국제법상 '반인도적 범죄'를 그대로 차용하여 사용하고, '반인도적 범죄'에 대한 공소시효를 배제하는 특별법을 제정할 수 있겠다.

그렇지만 이 글에서는 '반인권적 국가범죄'(state crimes against human rights)라는 개념을 새로이 만들어 사용하기로 한다. 왜냐하면 '반인도적 범죄'의 개념에 대한 의견이 국제법적으로도 완전히 통일되어 있지는 않고, 상술한 주요 규범마다 '반인도적 범죄'의 정의에 차이를 보이고 있으며, 또한 이 규범들의 탄생배경—예컨대 정치적·종교적·민족적 대립에서 야기된 전쟁과 내전—이 우리나라에서의 국가권력에 의한 인권유린상황과는 일정하게 차이가 있기 때문이다. 또한 우리나라에서 중요한 문제가 되고 있는 국가권력에 의한 직무유기, 직권남용, 범인은닉, 증거인멸 등의 범죄가 '반인도적 범죄'의 개념으로는 포괄되지 않는다는 문제점도 있다.

그리하여 우리는 '반인권적 국가범죄'를 국가권력 종사자가 헌법과 법률에 반하여 시민의 인권을 중대하게 침해하거나 이를 조직적으로 은폐·조작한 행위로 정의하면서, 이를 '반인도적 범죄' 개념 대신 사용하고자 한다. 보다 구체적으로는 국가권력 종사자가 이하의 범죄를 저지른 경우라고 정의할 수 있을 것이다. 즉, 형법 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조(특수직무유기)의 죄, 형법 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸)의 각 죄, 제24장의 살인의 죄, 제25장의 상해와 폭행의 죄, 제29장의 체포와 감금의 죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2(체포·감금 등의 가중처벌) 등.

8) Id. Art. 7(2)(a).

III. '민주화' 이후 '반인권적 국가범죄'의 처벌현황

1. 중앙정보부의 서울법대 최종길 교수 고문살해 및 은폐 사건

대통령소속 의문사진상규명위원회는 지난 73년 중앙정보부에서 간첩 관련 혐의로 조사를 받다 숨진 최종길 당시 서울법대 교수의 사인이 고문치사 또는 고문살해였을 가능성이 높으며, 중앙정보부가 최교수의 조사 및 죽음과 관련하여 작성한 문서 5건 모두가 허위로 작성되었음이 드러났다고 발표한 바 있다. 의문사진상규명위원회는 당시 최 교수가 간첩임을 자백하고 스스로 목숨을 끊었다는 중정의 발표는 허위이며, 중정의 현장검증조서의 경우 현장검증에 참여했다고 기록된 인사들 중 실제로 현장검증에 참여한 사람은 아무도 없었으며, 사망진단서와 사체검안서 역시 허위임을 밝힌 것이다. 그러나 최 교수 사건에 관련된 수사책임자와 고위간부의 경우 형법상 의술가능한 어느 죄도 이미 공소시효가 경료하여 처벌되지 못하는 상태이다.

2. 민주화운동가에 대한 이근안씨의 고문사건

권위주의 체제 아래에서 "얼굴없는 고문기술자"로 출장고문을 다니며 악명을 떨쳤던 이근안씨가 만 11년 동안 자신의 집에 은거하면서도 체포되지 않고 있다가 자수한 후, 납북어부 김성학씨에 대한 불법 감금과 독직 가혹행위 혐의로 2000년 징역 7년에 자격정지 7년의 형을 선고받았다. 그러나 김성학씨 이외에 이씨가 고문을 자행했던 79년 남민전 사건, 80년 기자회견사건과 미스유니버스대회 폭파음모사건, 81년 전노련 사건, 86년 반제동맹사건 관련자 및 88년 민청련 의장 김근태 씨, 조작간첩사건으로 16년간 옥살이를 한 함주명씨 등의 경우는 공소시효가 만료되어 공소가 제기되지 아니하였다. 검찰은 이씨 및 그의 동료들이 김근태씨, 반제동맹사건의 박충렬씨, 함주명씨 등을 고문한 사실을 밝혀냈으나 공소시효가 완성돼 공소권없음 처분을 내린 바 있다.

3. 청송교도소 교도관의 박영두씨 폭행치사 및 은폐 사건

의문사진상규명위원회는 지난 84년 청송교도소에서 복역중 의문의 죽음을 당한 박

영두씨가 교도관들의 폭행으로 인해 숨진 것으로 밝혀졌다고 2001년 발표하면서, 이 사건을 민주화와 관련된 첫 타살로 인정하였다. 박씨는 폭력전과가 있는 '불량배 혐의자'로 5공 치하 계엄군에 연행된 뒤 삼청교육대에 끌려갔다가 군인들의 가혹행위에 항의, 경북청송교도소에 이감돼 복역하던 중 재소자 처우개선을 요구하다가 교도관들에게 폭행과 가혹행위를 당한 다음날인 84년 10월13일 숨졌다. 그러나 박씨를 직접 폭행한 교도관 4명과 당시 사건을 조직적으로 은폐한 교도소장 및 보안과장 등 6명의 경우 10년 공소시효가 지남에 따라 위원회는 고발을 하지 못하고 그 이름만을 공표했다.

4. 국가안전기획부의 '수지 김(김옥분)씨 살해범 은폐사건'

김옥분씨는 1987년 자신의 남편 윤태식씨에 의해 살해되었으나, 윤씨와 안기부의 합작으로 남편을 납북하려 한 '간첩'의 누명을 써야 했다. 그런데 윤씨는 이후 안기부의 비호 아래 '반공투사'로, 이후에는 성공한 벤처 사업가로 행사해왔다. 검찰은 김옥분씨 피살 사건을 경찰이 내사하다 중단한 것과 관련하여, 경찰에 중단을 요청한 김승일 당시 국정원 대공수사국장과 부하 경찰관에게 내사 중단을 지시한 이무영 경찰청장을 직권남용과 범인도피 등 혐의로 구속기소하였다. 그러나 장세동 전 안기부장 등 87년 사건 발생 당시 사건 은폐를 주도했던 안기부 간부들의 경우는 직무유기, 직권남용, 범인도피, 범인은닉의 죄에 대한 공소시효가 경료하여 수사를 진행하지 않고 있다.

IV. '반인권적 국가범죄'의 공소시효정지·배제와 소급효금지의 원칙

1. 문제상황

공소시효(Strafverfolgungsverjaehrung)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 받았고, 범인의 법적·사회적 안정도 존중해야 한다는 점에서 처벌필요성이 감소하였다는 점등이 통상 열거되고 있다.⁹⁾ 공소시효가 완성되면, 실제법상 형벌권이 소

9) 배종대·이상돈, 형사소송법 (제4판, 2001), 355면; 신동운, 형사소송법 I (1997), 354면; 신양균,

멸되므로 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 326조 3호).

이러한 공소시효는 '정의'의 이념이 '법적 안정성'의 이념에 양보를 한 결과 생겨난 제도로서, 특별한 예외가 없다면 모든 범죄인에게 차별 없이 적용된다. 그런데 현재 인권·사회단체는 물론 여야 정당의 일각에서 국가권력의 인권유린범죄에 대해서는 공소시효를 배제하는 특별법 제정을 추진하고 있다. 이러한 특별법 제정은 과거 '5.18 특별법' 제정을 둘러싸고 있었던 위헌논의, 즉 공소시효배제의 특별법 제정은 형법불소급의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 논란을 다시 야기할 것으로 예상된다. 이 점은 '반인권적 국가범죄'에 대하여 사후적으로 공소시효를 배제하는 특별법이 맞닥뜨려야 가장 중요한 법이론적 문제이다.

'소급효금지의 원칙'(nullum crimen sine lege 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 인정되는 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.¹⁰⁾ 이에 반하여 '진정소급효'와 '부진정소급효'를 불문하고 공소시효는 순수한 절차규정이 아니라 범죄의 가벌성과 관련된 조건이므로 소급효금

형사소송법 (2000), 288면; 이재상, 형사소송법 (제5판, 1998), 363면. 또한 현재 1995.1.20. 94헌마246을 보라.

10) 김일수, 형법총론 (제8판, 2000), 72면; 박상기, 형법총론 (전정판, 1999), 28면; 배종대, 형법총론(제6판, 2001), 72면; 손동권, 형법총칙론 (2001), 37면; 이재상, 형법총론 (제4판, 1999), 18면; 임웅, 형법총론 (1999), 19면.

지의 원칙의 적용을 받는다고 보고 유력한 소수설이 있다.¹¹⁾ 여기서 알 수 있듯이 '반인권범죄'의 공소시효를 배제하는 특별법은 '반인권범죄'에 대하여 '진정소급효'와 '부진정소급효' 양자를 모두 인정하는 경우이므로, 이러한 법규가 소급효금지의 원칙의 심사를 통과할 수 있는가는 문제는 법이론적으로도 논란이 많은 난제이다.

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. 상술한 것처럼 소급효금지는 원칙적으로 형사실체법상 가벌성과 형사제재에 적용되는 원리이므로 공소시효의 본질이 실체법인가, 소송법인가 하는 문제가 중요할 수밖에 없다.

먼저 공소시효의 본질에 관한 '실체법설'은 공소시효는 시간의 경과에 따라 사회의 응보감정 또는 범인의 악성이 소멸하므로 공소시효가 완성되면 국가의 소추권을 물론이고 형벌권 자체가 소멸된다고 보는 견해이다.¹²⁾ 이 견해에 따르면 공소시효의 완성은 실제적 소송조건으로 실제판결을 저지하는 효력을 가지며, 공소시효정지규정의 유추규정을 금지하고, 법률상 인정된 사유가 아닌 사실상의 소추장애사유에 의한 공소시효정지를 허용하지 않게 된다.

둘째 '소송법설'에 따르면 공소시효는 형벌권과는 관계없이 시간의 경과에 따라 증거의 멸실·산일로 인하여 국가의 소추권만을 소멸시키는 소송법적 성격을 가진다고 본다.¹³⁾ 이 입장에 따르면 공소시효정지규정은 소송법상의 규범이므로 유추적용이 가능하며, 법률상의 사유는 물론 국가기관이 형사소추권을 행사할 수 없었던 사실상의 장애사유가 존재하는 경우에도 공소시효정지를 인정한다.

11) 정성근·박광민, 형법총론 (2001), 17면; 이정원, 형법총론(증보판, 1999), 37면; 차용석, 형사소송법 (1997), 418면.

12) 김기두, 형사소송법 (전정판, 1985), 232면; 서일교, 형사소송법 (제8개정판, 1979), 294면; 송광섭, 형사소송법원론 (1994), 411면; 정영석·이형국, 형사소송법 (전정판, 1996), 239면. 이 입장이 헌법재판소의 다수의견이다[현재 1993.9.27. 92헌마284; 현재 1995.1.20. 94헌마246 (다수의견)].

13) 배종대·이상돈, 356면; 백형구, 형사소송법강의(제7정판, 2000), 481면; 이재상, 362면. 그리고 1995.1.20. 94헌마246 (소수의견)과 독일 판례(BGHSt 2, 300; 11, 393; BVerfGE 25, 436)도 이 입장을 취하고 있다.

각계 문헌 →

셋째, '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.¹⁴⁾ 이 입장을 취하게 되면 현재 진행중인 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'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 보기에 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. 즉, 공소시효는 절차법상 소송장애사유이면서 동시에 실체법상 인적 처벌조각사유이다.¹⁵⁾ 사실 형사소송법이 공소시효의 기간을 구성요건상 규정된 법정형을 기준으로 등급화하고 있다는 점도 공소시효에 '실체법'적 요소가 있음을 보여준다.

따라서 우리는 공소시효의 본질은 '경합설'에 따라 파악하는 것이 타당하다고 보는데, 이 설을 취한다고 하여 바로 공소시효가 만료하지 않은 '반인권적 국가범죄'의 공소시효를 사후에 소급연장하는 것이 금지되는 것은 아니다. 왜냐하면 일정 기간의 경과로 당연히 형벌을 면제받을 것이라는 신뢰는 어떠한 경우에도 반드시 보호받아야 하는 절대적 가치를 갖고 있는 것은 아니기 때문이다.¹⁶⁾ 그리고 현행 헌법은 의도적으

14) 신동운, 210면.

15) 김성돈, "공소시효제도와 소급금지원칙", 경북대학교 법학연구소, 법학논고 제11집(1995), 10면.

16) 서보학, "형법상 소급효금지원칙의 기능과 한계", 대한변호사협회, 인권과 정의, 통권

로 가벌성의 문제에만 타당한 소급효금지원칙을 명시하고 있으며, 공소시효가 진행 중인 범죄의 공소시효 연장으로 범죄인이 사물의 본질에 반하는 부적합한 형벌에 노출되지도 않기 때문이다.¹⁷⁾

요컨대 '소송법설'을 취하건 '경합설'을 취하건 공소시효가 완성되지 않고 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 특별법 제정은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다. 사실상 공소시효기간을 사후적으로 연장한 1995년의 '5.18특별법'이 가까운 예이며, 비교법적으로는 1946년 5월 29일 독일 헤센 주가 제정한 '나치범죄처벌에 관한 특별법'(Gesetz zur Ahndung nationalsozialischer Straftaten), 1969년 공소시효가 완성되는 전범과 반인도범죄에 대한 공소시효를 연장하는 1965년 4월 13일의 '공소시효에 관한 특별법'(Gesetzueber die Berechnung strafrechtlicher Verjaehrungsfrist),¹⁸⁾ 모살죄와 '반인도적 범죄'에 대한 공소시효를 다시 30년 연장하는 1969년 8월 4일의 제9차 형법개정, 모살죄의 공소시효를 완전히 없애는 1979년 7월 16일 제16차 형법개정 등이 우리의 주장을 뒷받침하는 예가 될 것이다.

형.미법 → 공소시효 X

3. '진정소급효'

다음으로 공소시효의 '진정소급효'의 경우는 통상 소급효금지의 원칙에 반하는 것으로 이해되고 있으므로 보다 많은 고민이 필요하다. '진정소급효'를 가진 공소시효특별규는 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 타당하다. 그렇지만 이러한 원칙도 특단의 사정이 있는 경우에는 예외를 상정한다고 보아야 한다. 헌법상 기본권 중의 기본권은 인간의 존엄과 가치이며, 국가와 헌법은 이를 신장시키기 위해 존재한다. 그런데 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 '헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법'이 '헌정질서파괴범죄' 및 '집단살해죄'의 공소시효를 원천적으로 배제한 것은 이러한 취지에서 이루어졌으며, 이러한 범죄 이외에도 인간의 존엄과 가치를 전면부정

251호(1997/7), 84면.

17) 김성돈, 16, 18면.

18) 이 법률은 독일 연방헌법재판소의 1969년 2월 26일 결정에서 합헌으로 인정되었다(BVerfGE 25, 269).

하는 중대한 '반인권적 국가범죄'의 경우도 공소시효를 배제·정지할 수 있다고 본다.

에릭슨, 인권의사상 45

국제법적으로 1968년 유엔총회는 '전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약 (Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)'을 채택하였고,¹⁹⁾ 유럽의회(Council of Europe)도 1974년 동일한 내용을 갖는 협약을 채택한 바 있다(European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes). 이 협약을 우리 헌법상 "일반적으로 승인된 국제법규"로 파악하면, 이 협약은 국내법으로의 변형이나 특별한 국내법적 조치없이도 일반 형사법에 앞서는 형사특별법으로 국내법적인 효력을 가질 수 있다 하겠다.²⁰⁾ 그리고 1993년 비엔나에서 열린 세계인권대회에서 채택된 선언문 제60조는 "국가는 고문과 같은 중대한 인권침해의 책임자를 불처벌로 이끄는 법률을 폐기하고 그러한 침해를 기소해야 하며, 이를 통하여 법치주의는 확고한 기초를 갖게 된다"라고 규정하고 있다.²¹⁾ 또한 상술한 1998년 '로마회의' 규정 제29조도 공소시효배제를 명문화하고 있다.

독단의 강압,

에릭슨, 인권의사상 45

한편 공소시효는 해당 범죄를 처벌하기 위한 형사사법기관의 정상적 활동을 전제로 한다. 그런데 근래까지 국가는 '반인권적 국가범죄'의 피해자를 보호해주는 커녕 '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 대통령에게 옥조근조훈장 등을 수여했다. 이 씨에 대한 수배에도 불구하고 그가 자수하기 전까지 만 11년 동안 그를 체포하려는 형사사법기관의 진지한 노력은 없었다. 형사사법기관 자체가 범죄를 저지르고 그 사실을 조직적으로 은폐·조작함은 물론, 이후 계속적으로 범죄피해자는 억압하고 범죄인은 고무하는 상황 아래에서 형사사법기관에 의한 반인권범죄인의 수사 와 공소는 원칙적으로 불가능하였음을 명심할 필요가 있다.

이상의 맥락에서 우리는 광노현 교수의 다음과 같은 문제제기에 공감한다.

19) G.A. res. 2391 (XXIII), annex, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) at 40, U.N. Doc. A/7218 (1968). 현재까지 한국, 일본, 미국은 이 협약에 가입하지 않고 있으나, 북한은 1984년에 가입하였다.

20) 김선택, "과거 청산과 법치국가", 고대 법학논집 제31집 (1995), 131-132면.

21) Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights, Vienna, 14-25 June 1993, U.N. Doc. A/CONF.157/24 (Part I) at 20 (1993).

"형사소송법상 명문의 규정이 없다고 하더라도 사물의 본성과 헌법의 정신에 비추어 공소시효의 적용배제나 정지를 인정하는 해석은 얼마든지 가능하다. 보다 구체적으로는 내란, 외환, 반란과 같은 헌법파괴적 범죄나 집단학살이나 고문과 같은 반인륜적 범죄에 대해서는 아예 공소시효의 적용이 헌법상 처음부터 배제되어 있는 것으로 해석해도 무리는 없을 것이다. 자신의 존립기반인 민주주의나 법치주의를 그 근저에서부터 위협하고 파괴하는 내란, 외환의 범죄나 자신의 존재의의인 인간의 존엄과 가치를 깡그리 부정하는 집단학살이나 고문과 같은 반인륜적 범죄에 대해서까지 헌법이 공소시효의 혜택을 부여할 리가 없기 때문이다."²²⁾

이러한 주장에 반대하여 김영환 교수는 '국가범죄'가 반윤리적 행위(Untat)임을 인정하면서도 이를 형법상의 불법(Unrecht)으로 파악하는데 회의적인 입장을 표시하고, 정의라는 추상적 기준에 의하여 국가권력의 제한이라는 자유주의적 법치국가이념이 희생되는 것을 경계하면서, 법치주의를 거역한 '국가범죄'의 처벌은 형법해석론이 아니라 헌법차원에서 해결해야 한다고 주장한다.²³⁾

국가권력의 범죄처벌에 대하여 헌법 자체가 분명한 방침을 규정하여야 한다는 것을 강조하는 점에 대해서는 우리는 동의할 수 있으나, 그 외의 점에 대해서는 동의할 수 없다. 헌법부정적 행위가 형법상의 불법이 아닐 수는 없으며, 헌법적 해결 이전이라도 형법이 헌법부정행위에 대한 처벌의 과제를 맡을 수밖에 없는 주권자의 요구가 있기 때문이다. 그리고 법치주의를 거역한 '국가범죄'에 대한 청산은 법치주의방식으로 이루어져야 한다는 김 교수의 주장은 원리적으로 타당한 언사이나, 국가권력 자체의 범죄에 대해서도 국가권력의 제한이라는 자유주의이념에 의존하여 문제를 해결하는 것이 타당하지 의문스럽고, 또한 후술하듯이 반인권범죄에 대한 공소시효의 정지 또는 배제가 법치주의 형법의 원리에 어긋나는 것도 아니다.

요컨대, '반인권적 국가범죄'의 공소시효가 만료한 이후에도 사후적 입법을 통하여 공소시효를 배제하거나 또는 범죄종료일 이후 국가권력의 사건은폐·조작으로 공소제기가 현실적으로 불가능하였던 기간 동안에는 공소시효를 정지시키는 입법은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다. 비교법적인 예로는 1993년 3월 26일 제정된 '독일통일사회당의 불법행위에 대한 시효정지법'(Gesetz ueber das Ruhen der

22) 광노현, "5.18헌법소원 및 5.18특별법의 쟁점과 해법", 민주주의법학연구회, 민주법학 제 10호 (1996), 58면.

23) 김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙", 형사판례연구회, 형사판례연구 5 (1997), 14-16면.

Verjaehrung bei SED-Unrechtstaten)이 있다.

V. 맺음말

'민주화' 이후 '반인권적 국가범죄'의 실상이 밝혀졌음에도 공소시효가 만료되어 이 범죄인들이 처벌되지 않는 현상 앞에서 법에 대한 국민의 불신은 깊어갈 수밖에 없다. 모든 법이론적 논의를 떠나서 공소시효제도가 '반인권적 국가범죄'를 범한 자들을 보호하는 기능을 하는 현실 앞에서 진정한 '과거청산'은 불가능하다. 형법상 소급효금지의 원칙은 국가의 부당한 형벌권 행사로부터 시민을 보호하기 위한 근대 민주주의 형법의 대원칙이지만, 이 원칙은 헌법의 기본이념과 시민의 기본권이 다름 아닌 국가권력에 의해 침해되고 조직적으로 은폐·조작되는 특단의 사정이 있는 경우는 자신의 예외를 승인할 수밖에 없다.

"소급효금지원칙은 그 기원에서 볼 때 국가의 자의적 행사로부터 (시민을) 보호하기 위한 것이므로 국가권력의 담지자는 이 원칙의 적용을 요구할 수 없다. ... 소급효금지원칙은 국가로부터 시민을 보호하기 위한 것이지 유책한 권력자를 후행국가(Nachfolgenstaat)의 형사법적 청산으로부터 보호하기 하려는 것은 아니기 때문이다."²⁴⁾

이러한 맥락에서 '반인권적 국가범죄'에 대한 고소시효의 배제·정지는 소급효금지의 원칙에 반하지 않는 바, 국회는 특별법 제정 또는 형사소송법 개정을 통하여 '반인권적 국가범죄'의 공소시효를 배제·정지하여야 할 것이며, 정부는 1968년의 '전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약' 가입을 서둘러야 할 것이다.

24) 반야 아드레아스 벨케 (한상훈 옮김), "소급효금지원칙의 의의와 한계", 민주주의법학연구회, 민주법학 제10호 (1996), 131-138면.

<발제-2>

국제인권법적 관점에서 본 공소시효

장원익(변호사)

※ 상세한 내용은 별첨한 자료(고발장)를 참고해 주십시오.

1. 수지 김 사건의 내용

수지 김 사건은 그의 남편인 윤태식이 수지 김을 살해한 것과, 윤태식이 자신의 잘못을 은폐하려고 수지 김이 간첩이라고 거짓 주장한 것을 당시 안전기획부가 알면서도 이를 숨긴 것으로 구성된다.

윤태식은 살인죄로 구속 기소되어 재판중이나 당시 안전기획부장이던 장세동은 공소시효가 경과하였다는 이유로 불기소(공소권 없음)처분을 받았다.

장세동의 행위는 ① 윤태식이 수지 김을 살해한 범인임을 알면서도 이를 은폐하여 처벌되지 않도록 한 것 ② 수지 김이 간첩이 아니라는 사실을 잘 알면서도 그 사실을 공개하지 않고 가족들에게도 알려주지 않은 것으로 나누어 생각할 수 있다.

① 행위는 범인은닉이 될 수 있으나, ② 행위는 현행 형법상의 특정한 죄라고 평가하기는 곤란하다할 것이다.

2. 수지 김 사건의 성격

수지 김 사건 중 윤태식을 처벌하지 않은 것과 수지 김을 간첩으로 조작하고, 조작된 사실을 공개하지 않은 주체는 우리나라 국가 안전을 담당하는 정보 기관인 안전기획부이다.

장세동은 안전기획부의 장으로서 이러한 사건을 명령한 책임이 있는 것이다.

· 국가가 저지른 범죄 행위는 일반 범죄와 비교하여 처벌하기 곤란하다. 처벌하여야 할 주체가 범죄자이므로, 자신이 자신을 처벌하여야 하는 모순이 발생되어 결국 처벌을 못할 뿐 아니라, 피해자나 유족의 진상을 밝히려는 노력도 억누르게 되며 심한 경우에는 이러한 노력 자체가 다시 처벌받게 된다.

그래서 진상 규명은 늦추어지며, 진상이 밝혀지더라도 너무 늦어서 공소시효가 완료되어 처벌할 수 없는 경우가 더 많게 되며, 공소시효가 지난 범죄에 대하여는 수사기관도 조사를 소홀히 할 수밖에 없어서 나중에라도 진상을 규명하기가 쉽지 않게 된다.

그런데 우리 국내법상으로 '헌정질서파괴범죄'와 집단살해의방지외처벌에관한 협약에 규정된 집단살해죄에 해당하는 경우에만 공소시효를 적용하지 않아서 현행국내법 하에서는 이러한 국가범죄를 처벌하기 곤란한 경우가 생기며, 그래서 결국 장세동의 경우에도 국제법상의 인도에 반한 죄로 고발되었다.

3. 고발장 내용

고발인들은 장세동을 다음과 같은 사유로 고발하였다.

- ① 장세동의 행위는 인도에 반한 죄에 해당하며 인도에 반한 죄는 국제관습법이다.
- ② 인도에 반한 죄에는 공소시효가 적용되지 않는다.
- ③ 우리나라가 1968년의 시효부적용조약(Convention on the Non - Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)을 비준하지 않았지만 인도에 반한 죄에 공소시효를 적용하지 않는 것은 국제관습법이다.
- ④ 국제관습법은 헌법 제6조 제1항 "헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다"라고 규정되어 있으며, 일반적으로 승인된 국제법규에는 국제관습법이 포함된다.
- ⑤ 그러므로 장세동의 행위는 국제관습법인 인도에 반한 죄에 해당되고 공소시효도 적용되지 않아 처벌할 수 있다.

4. 인도에 반한 죄

가. 인도에 반한 죄(Crimes Against Humanity)는 광범위하거나 조직적으로 이루어지는 (widespread or systematic attack) (a) 살인(murder) (b) 말살(extermiation) (c) 노예화(enslavement) (d) 추방 혹은 강제이주(deportation or forcible transfer of population) (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 other form of sexual violence of comparable gravity) (h)정치적, 인종적, 국민적, 종교적, 민족적, 문화적, 종교적 혹은 젠더에 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) (j) 인종격리정책(the crime of apartheid) (k) 기타 의도적으로 신체나 정신적 육체적 건강에 심각한 고통이나 상처를 주기 위해 자행되는 비인도적 행위(other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health) 등을 말한다(국제형사법정에 관한 로마 규약(Rome Statute of the International Criminal Court) 제7조).

수지 김 사건은 '조직적'으로 이루어진 '정치적 박해'와 정신적 건강에 심각한 고통을 주는 '비인도적 행위'이므로 인도에 반한 죄에 해당된다할 것이다.

5. 시효부적용조약

1968년 유엔총회에서 채택된 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 관한 시효부적용조약(Convention on the Non - Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)과 유럽평의회가 1974년에 채택한 같은 명칭의 부적용 조약(European Convention on the Non - Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)은 모두 전쟁 범죄와 인도에 반한 죄에 공소시효를 적용하

지 않는다고 규정하고 있다. 시효부적용조약은 현재 46개국이 비준하였으며 우리나라는 가입하고 있지 않다.

6. 국제형사법정

유엔은 1998년 4월 로마에서 국제형사법정 설립을 위한 규정을 완성했다. 그리고 제52차 유엔총회에서 국제형사법정설립을 위한 로마규정을 채택했다. 현재 이 규정을 비준한 국가는 50개국이며 우리나라는 가입하지 않고 있다. 60개국이 비준하여야 위 규약은 발효된다. 국제형사법정란 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략죄(규약 제5조)와 같은 국제인도법의 가장 중대한 범죄를 저지른 개인을 법정에 기소하고 조사하기 위해 세워질 상설재판소이다. 국가를 대상으로 하는 국제사법재판소와 달리 국제형사법정은 개인을 기소할 수 있는 법적인 구속력을 가진다. 또한 국제형사법정은 위 범죄에 대한 공소시효의 부적용을 선언하고 있다(규약 제29조).

7. 국제관습법의 적용 여부

헌법재판소는 '강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다(헌법재판소 전원재판부 1998. 7. 16. 97헌바23)'고 하여 국제관습법의 적용에 부정적이다.

그러나 위 결정은 국제조약의 비준 여부에만 집착하여 위 조약이 국제관습법의 실제적인 요건을 갖추고 있는지 여부에 관한 실질적인 심사를 하지 않은 상태에서 나온 것이다. 인도에 반한 죄에 대한 처벌은 2차 세계대전 이후 뉴렘베르그 재판과 동경 재판을 거치면서 확립된 국제적 원칙이며, 이러한 죄에 대하여 공소시효를 적용하지 않는 것 역시 국제관습화 되었다 할 것이다.

국제적으로 인정된 원칙들을 받아들이는 것은 헌법상의 요구이며 특히 인도에 반한 죄는

우리의 선조들이 피해자인 일제의 침략행위와 관련하여 동경전범재판에서 적용되고 확립된 것이어서(우리나라는 당시 일제의 식민지여서 전쟁범죄가 적용되기 곤란하였다) 이를 수용하지 않는 것은 역사적으로 우리의 존재 근거를 허물어버리는 것이라 할 것이다.

8. 결론

장세동의 안전기획부장으로서의 행위는 인도에 반한 죄로서 공소시효의적용을 받아서는 안된다. 법원과 검찰은 이러한 국제관습법의 적극적인 수용을 통하여 특히 인권과 관련하여 미비된 우리의 법체계를 보완하고, 입법부와 행정부에게 관련 조약의 비준을 촉구하여야 할 것이다.

국가 기관이 공권력을 이용하여 저지른 국가범죄는 반드시 처벌되어야 한다는 것이 국제사회의 원칙이며, 이러한 원칙의 수용 및 법제화가 시급하다. 또한 국가범죄에 대하여 그 행위자에 대한 처벌 이외에 국가가 어떠한 책임을 져야하는지에 관하여도 국민적 합의가 필요한 시점이 되었다고 본다.

수자감 유족이 입은 피해 역시 인도에 반한 죄 구성요건으로 볼 수 있음.

큰인니 死
母 死
모빠 死

40명 여동생 중 32명 이혼.

<토론문>

가칭 「살인죄등반인륜범죄의공소시효등에관한특례법」 (안)

합승희(새천년민주당 국회의원)

의안	
번호	

발의연월일 : 2002. 2.
발 의 자 : 합승희의원

제안이유 및 주요 골자

현행 형사소송법에 의하면 모든 범죄는 공소시효 기간이 경과하면 공소를 제기할 수 없거나 공소제기를 하더라도 법원은 면소의 판결을 하게 되어 있음. 공소시효제도를 둔 이유는 시간의 경과에 따른 사실관계를 존중하여 사회와 개인생활의 안정을 도모하고, 형벌권 행사에의 적정을 기하는 데 있음. 또한 범죄행위가 종료한 후 장기간이 경과됨으로써 증거가 인멸되거나, 증인의 소재 불명 등으로 피고인의 방어권 행사가 어렵게 됨으로, 일정 시간이 경과한 사실상의 상태를 유지·존중하는 측면도 있음.

그러나 국가공권력에 의하여 살인·고문치사·사체유기 등 반인륜적 범죄가 저질러졌거나, 살인 등 반인륜적 범죄가 국가 공권력에 의하여 정치공작적 의도하여 그 진실이 은폐·조작된 경우 법적 안정성이나 사인의 신뢰 보호를 목적으로 하는 공소시효제도의 취지와는 무관함으로, 이러한 범죄행위까지 공소시효제도로 보호하여야 할 이유가 없음.

따라서 국가공권력에 의하여 살인·고문치사 등 반인륜적 범죄가 범해졌거나 정치공작적 차원에서 살인 등 반인륜적 범죄가 국가공권력에 의하여 조직적으로 은폐·조작됨으로써 통상의 수사기판에 의한 그 범죄에 대한 수사가 현실적으로 불가능하거나 곤란한 상태가 지속되다가 그 조작·은폐의 진상이 드러난 경우 사실상 통상적 수사가 불가능하였던 기간동안 그 범죄 및 관련범죄에 대한 공소시효가 정지되도록 함이 사회정의의 관념이나 국민의 법감정, 그리고 전쟁범죄 등 반인도적 범죄에 대한 공소시효 목적 등에 관한 국제 협약 등 국제

적 추세에 합당한 조치라고 판단되므로 이와 같은 범죄에 대하여 공소시효의 특칙을 설정하려는 것임.

가칭 「살인죄등반인륜범죄의공소시효등에관한특례법」 (안)

제1조(목적) 이 법은 국가기관에 의하여 조작·은폐된 살인죄 등 반인륜범죄 및 그 조작·은폐행위 관련 범죄에 대한 공소시효의 정지 등에 관한 사항을 규정함으로써 국가 기강을 바로잡고 사회정의를 실현함을 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의) ① 이 법에서 "반인륜범죄"라 함은 형법제2편 제7장의 공무원의 직무에 관한 죄 중 제124조 내지 제125조의 죄, 제24장의 살인의 죄, 제25장의 상해와 폭행의 죄, 제29장의 체포와 감금의 죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2 및 군형법 제62조의 죄를 말한다.

② 이 법에서 "조작·은폐행위 관련범죄"라 함은 전항의 반인륜범죄를 범한 후 그 사건의 실체 또는 증거관계를 조작·은폐하는데 관련한 제7장의 공무원의 직무에 관한 죄 중 제122조 내지 제123조의 죄, 형법제151조, 155조의 각 죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조의 죄를 말한다.

제3조(공소시효의 정지) 국가기관에 의하여 조작·은폐된 살인죄 등 반인륜범죄에 대하여는 그 조작·은폐한 사실이 드러난 때까지 각 범죄에 대한 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

제4조(재정신청에 관한 특례) ① 제3조의 규정에 의하여 공소시효가 정지된 죄에 대하여 고소 또는 고발을 한 자가 검사 또는 검찰관으로부터 공소를 제기하지 아니 한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 고등검찰청이나 그 검찰관 소속의 고등검찰부에 대응하는 고등법원 또는 고등군사법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. 이 법 시행전에 제2조의 죄에 대하여 공소를 제기하지 아니하는 결정이 된 사건의 경우에도 또한 같다.

② 제1항의 재정신청에 관하여는 형사소송법 또는 군사법원법의 해당규정을 적용한다.

부 칙

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

<토론문>

권력기관 종사자의 인권의식 제고를 위한 대책

조효제 (성공회대학교 사회과학부 교수)

법집행 공직자 (Law enforcement officials) <= 권력기관 종사자

법집행과 관련된 모든 공직자로서 특히 사람을 감시, 체포, 구금할 수 있는 권한을 가진 공직자. 넓은 뜻으로 해석되며 일반적으로 경찰을 지칭하나 특정상황에서는 군인, 정보기관원, 비밀경찰, 교도관, 출입국관리공무원, 마약단속반원 등을 포함한다.

그러나 우리나라의 상황과 권위적인 법문화, 인권의식의 제고라는 측면에서 본다면 위의 범주 외에도 복지·보호 시설 종사자, 탈북자 수용시설 운영자, 그리고 필요한 경우 검사 및 판사도 고려대상에 넣어야 할 것이다.

법집행 공직자의 인권의식 제고를 위한 전제조건

- 법집행 공직자 자신부터 법의 지배하에 있다는 자각이 있어야 한다.
- 법질서 자체가 합리적이고 인도적이어야 한다.
- 인권수호가 법집행 공직자의 제1조건이어야 하며 이것을 공적으로 감시할 수 있어야 한다.
- 인권수호가 단지 구호로 끝나지 않으려면 모든 법집행 공직자의 근무자세와 정신 속에 인권의식이 스며 있어야 한다.
- 국가주의, 일국주의, 응보주의, 반공주의, 보신주의, 냉소주의를 타파할 방법을 마련해야 한다.
- 차별금지, 적법 절차, 윤리적 법집행 등에 대한 철저한 자각이 있어야 한다.

법집행 공직자의 인권수호를 위한 장치들

- 1/ 공직자 양성 때부터 인권교육: 예) 경찰, 국정원, 사관학교
- 2/ 지속적인 직무 연수
- 3/ 내·외적 감시체계와 내부고발자 보호
- 4/ 문제발생시 법규·제도 개혁
- 5/ 법집행 공직자 인권교육 담당자 양성: 예) "인권교육사" 제도

법집행 공직자의 인권교육에 반드시 포함되어야 할 내용

- 인권에 대한 기본적 소양과 감수성 계발
- 법집행 공직자의 의무와 기능
 - 조사, 체포, 구금, 폭력 및 총기 사용, 비상사태시 대처방법
- 특별히 보호되어야 할 대상
 - 청소년, 여성, 범죄피해자, 장애인, 이주노동자, 난민 등
- 법집행 공직자의 관리와 지휘계통
 - 조직, 지휘계통, 교육 및 연수 관리, 법집행 공직자의 인권침해 조사 절차

유엔제정 법집행 공직자 행동강령 (1979)

- 1조/ 법이 정한 바대로 의무를 다한다.
- 2조/ 모든 사람의 인권을 존중하고 보호한다.
- 3조/ 직무수행에 절대적으로 필요한 경우에만 강압력을 사용한다.
- 4조/ 직무상 취득한 비밀을 지킨다.
- 5조/ 비상사태를 포함한 어떤 경우에도 고문 및 가혹하고 비인도적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 가해서는 안 된다.
- 6조/ 구금된 사람의 건강과 질병 상태를 유념한다.
- 7조/ 부정부패를 저지르지 않는다.
- 8조/ 국법과 본 강령을 준수하며 이것의 위반사실을 알 경우 상관 또는 적절한 기관에 보고한다.

앰네스티권고 법집행 공직자 인권기본규정 (1998)

- 1/ 모든 사람은 법의 동일한 보호를 받아야 하며, 약자집단을 특별히 보호하라.
- 2/ 범죄피해자의 안전을 보호하고 이들을 존중하라.
- 3/ 절대적으로 필요한 경우가 아니면 강압력을 쓰지 말라.
- 4/ 법에 위배되지만 비폭력 집회일 경우 강압력의 사용을 피하라.
- 5/ 절대적으로 불가피한 상황이 아닌 한 치명적 강압력 (예: 총기)을 사용하지 말라.
- 6/ 사람을 체포할 경우 적법절차를 거쳐야 한다.
- 7/ 피구금자는 체포 즉시 법률지원, 가족, 진료 등에 대해 접근권을 가져야 한다.
- 8/ 피구금자는 반드시 인도적으로 다루어야 한다. 어떤 상황에서도 고문은 용납되지 않으며 그런 명령을 거부해야 한다.
- 9/ 비사법 처형 또는 "실종"을 자행해서는 안 되며 그런 명령을 거부해야 한다.
- 10/ 위 사항의 위반사실을 알 경우 상관 또는 적절한 기관에 보고하라.

<자료>

고 발 장

고발인

1. 민주노동당

대표 권영길

서울 영등포구 여의도동 24 두레빌딩 903호

2. 참여연대

대표 박상중, 박은정

서울 종로구 안국동 175-3 안국빌딩 신관 3층

3. 민주사회를 위한 변호사 모임

회장 송두환

서울 서초구 서초동 1555-3 신정빌딩 5층

4. 인권운동사랑방

대표 서준식

서울 종로구 명륜2가 8-29 4층

5. 천주교 인권위원회

위원장 김형태

서울 중구 명동 2가 1-19

6. 인권실천시민연대

대표 오창익

서울 용산구 한남1동 107-8 현대빌딩 311호

피고발인 0 0 0

피해자 김옥분

고발인들은 사회의 민주화와 인권신장을 위하여 활동하고 있는 정당 및 인권단체입니다. 귀청은 수지김(김옥분) 사건에 대하여 수사결과를 발표하였고 현재 이른바 윤태식 게이트 사건에 대하여 수사하고 있습니다. 이에 고발인들은 과거 국가안전기획부장으로 수지김 사건의 조작, 은폐를 주도한 것으로 밝혀졌으나 공소시효 만료로 처벌할 수 없다는 피고발인 장세동을 반인도적인 범죄

자로 단죄하기 위하여 고발장을 제출합니다.

1. 피고발인 장세동의 반인도적 간첩사건 조작 및 은폐행위

피해자 김옥분은 1987.1.3. 남편인 윤태식에 의하여 교살되었습니다. 그리고 윤태식은 같은 달 5. 싱가포르 주재 한국대사관에서 북한대사관에서 납치될 뻔 하였다가 탈출하였다고 주장하여 위 대사관 근무 안기부 정보수집관들이 조사한 후 안기부 본부에 보고하였습니다. 그리고 피고발인은 장승옥 해외담당 부국장을 급파하여 조사토록 한 후 '윤태식의 행동이 석연치 않다. 현지에서의 기자회견을 보류하는 것이 좋겠다'는 보고를 받았습니다. 그럼에도 불구하고 피고발인은 같은 달 1.8. 00:50경 "국가정책적 판단이므로 현지에서 기자회견을 강행하라"고 지시하였습니다.

이에 따라 같은 달 1.8. 방콕에서 윤태식이 간첩인 김옥분에 의하여 납치될 뻔 하였다고 기자회견을 하였고 다음 날인 1.9. 김포공항에서 다시 같은 내용으로 기자회견을 하였습니다. 이로 인하여 피해자 김옥분은 간첩으로 낙인찍혔고 윤태식은 일약 반공투사가 되었습니다. 물론 피고발인의 위와 같은 기자회견 강행 지시는 담당 부국장 등의 의견을 무시한 것일 뿐 아니라 현지 싱가포르를 대사의 저항도 무시한 것이었습니다. 이는 형법 제123 조의 전형적인 직권남용죄에 해당되며 반인도적 범죄로서 공소시효적용이 배제되어야 할 것입니다.

2. 반인도적 범죄와 형사소송법, 헌법의 해석

가. 형사소송법상 공소시효규정

피고발인 장세동의 직권남용죄에 대한 형사소송법상 공소시효는 지난 상태입니다. 그러나 우리 형사소송법의 공소시효가 이 사건과 같은 국가기관의 반인도적 범죄에 대하여는 절대로 적용될 수 없다는 것이 헌법과 국제인권법의 대원칙입니다.

나. 헌법, 국제법과의 관계와 시효규정의 부적용

헌법 제6조 제1항은 "일반적으로 승인된 국제법규"는 국내법과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있습니다. 국제사회는 반인도적 범죄(crimes against humanity)에 대해서는 시효와 관계없이 해당 국가에 철저한 처벌을 요구하고 있으며, 이는 일반적으로 승인된 국제법규에 해당합니다. 따라

서 이 사건과 같은 간첩조작범죄에 대하여 공소시효는 마땅히 배제되어야 합니다.

고문, 정치적 이유로 인한 박해 등이 반인도적 범죄, 또는 국제관습법상의 국제범죄라는 사실은 다른 일반범죄와 그 처벌에 있어 특별한 취급을 하여야 한다는 것을 의미합니다.

국제법상(국제관습법을 포함) 반인도적 범죄 혹은 국제관습법상의 범죄는 우선 보편적 관할이 적용됩니다. 즉, 세계 어느 나라에서도 이를 범죄에 대해서는 처벌이 가능하다는 것입니다.

두 번째는 이들 범죄에 대해서는 일반 범죄와는 달리 국제관습법에 의한 처벌도 죄형법정주의의 위반이 아니라는 원칙이 적용됩니다. 유대인 학살의 장본인 아이히만을 이스라엘에서 처벌할 때 그에 대한 처벌이 소급입법을 금지하는 죄형법정주의에 위반된다는 논란이 있었지만 이스라엘 법원은 아이히만의 행위가 국제관습법에 위반되는 반인도적 범죄이었다고 하면서 죄형법정주의에 위반되지 않음을 강조하였습니다.

셋째, 이들 범죄에는 원칙적으로 공소시효제도가 적용되지 않는다는 것입니다. 반인도적 범죄에는 공소시효가 적용되지 않는다는 것은 1968년 "전범 및 반인도적 범죄에 관한 시효부적용조약"이 만들어짐으로써 더욱 보편화되었지만 이 조약은 이들 범죄에 대한 시효부적용이라는 국제관습법의 한 표현에 불과한 것입니다.

따라서 이와 같은 반인도적 범죄에 대한 공소시효부적용의 국제법규는 우리법제 하에서도 반드시 지켜져야 하는 법원칙이고, 만일 그렇지 않다면 국제법존중의 원칙을 선언한 헌법정신을 스스로 어기는 것입니다.

반인도적 범죄의 공소시효와 관련하여 우리정부가 비록 위에서 말한 "시효부적용조약"에 가입하지 않았기 때문에 고문사건에서 국내법의 규정대로 공소시효를 적용하여도 국제적 의무위반 문제는 생기지 않는다는 이견이 있을 수 있습니다. 그러나, 이것은 반인도적 범죄가 국제관습법상 시효부적용범죄라는 사실을 망각한 주장입니다. 비록 우리 나라가 위의 조약에는 가입하지 않았지만 국제사회의 한 일원이고 헌법 제6조에서 일반적으로 승인된 국제법규의 효력을 인정한 이상, 반인도적 범죄에 대한 시효부적용은 우리도 예외가 될 수가 없는 것입니다.

그리고 국내법에 없는 공소시효에 관한 국제관습법을 적용하는 것은 죄형법정주의에 위반된다

고 주장할 수 있습니다. 그러나 위에서 본대로 반인도적 범죄에 대하여는 국제관습법을 적용하더라도 죄형법정주의의 위반이 아니므로 이 또한 정당한 주장이 되지 못할 뿐만 아니라 원래 죄형법정주의는 범죄와 형벌을 행위 이전에 법률로 정해야 한다는 것이지, 공소시효와 같은 절차적 문제는 그 대상에 들어가는 것도 아니라 할 것입니다. 반인도적 범죄에 대한 시효부적용의 원칙을 정한 국제관습법을 따른다고 하여 죄형법정주의에 위반될 수는 없다 할 것입니다.

따라서 피해자에 대한 반인도적범죄행위가 이미 공소시효를 넘은 것이어서 처벌할 수 없다는 주장은 헌법과 국제법규에 어긋난다 할 것입니다. 수사기관이 수사의지만 있다면 언제든지 이 사건과 같은 반인도적 범죄에 대하여 수사하여 처벌할 수 있다 할 것입니다.

3. 국제법상 반인도적 범죄의 개념

국제법상 반인도적 범죄의 개념을 정확히 파악하기 위해서는 조금 더 상세히 살펴볼 필요가 있을 것입니다.

가. 뉴렘버그 재판에서 유고슬라비아 재판에 이르기까지의 반인도적 범죄의 개념

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

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 박해¹⁾

다음으로 1993년 유엔 안보리의 Resolutoin 808로 설치된 유고슬라비아 임시 전범재판소²⁾의 근

1 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.

2 이 재판소의 공식명칭은 다음과 같이 상당히 길다: "International Tribunal for the

거규정(Statute of International Tribunal) 5조는 위의 뉴렘버그와 거의 같은 규정을 두고 있습니다 (위와 같은 규정은 루안다 임시재판소의 근거규정에서도 볼 수 있다).

재판소는 국제적 성격과 국내적 성격을 불문하고 무력충돌 중 민간인을 상대로 저질러진 다음의 행위에 책임 있는 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 오랜 기간 논의되어 왔습니다. 첫째는 전쟁이나 혹은 무력충돌과의 관련성입니다. 국가와 국가 혹은 국가와 반국가단체간의 무력충돌이 있는 상황에서 위와 같은 행위가 벌어져야만 한다는 것입니다. 뉴렘버그의 경우는 전쟁 직전의 상황에서 유대인 박해를 이 범죄의 유형에 넣기 위해 이 요건은 상당히 완화시켰습니다. 둘째는 위와 같은 행위는 민간인을 대상으로 한다는 것입니다. 이것이 바로 전투요원을 상대로 하는 전쟁범죄³⁾와 다른 것입니다. 셋째는 행위의 방법인데 이들 두 재판은 기본적으로 이들 행위가 광범위(widespread)하고 조직적(systematic)으로 일어나야 한다는 원칙을 세웠습니다. 다만 '광범위'의 요건과 '조직적'의 요건이 동반(즉, and조건) 되어야 하는 것인지 아니면 둘 중의 하나만 충족되면(즉, or조건) 되는 것인지에 대해서는 논란이 있으나 유고슬라비아 재판소는 이들 요건중 하나만 충족하면 반인도적 범죄는 성립된다는 결론을 내린 바 있습니다.⁴⁾ 넷째는 행위의 정도인데 반인도적 범죄는 국내법의 일반형사범죄는 분명히 구별되는 차이를 가지고 있다는 것입니다. 즉 일반적인 다른 국내형사범죄보다 좀더 강하게 그 비인도성을 찾을 수 있는 것이 아니면 안 된다는 것입니다. 이러한 문제는 국내법에 반인도적 범죄의 죄명을 두고 있는 나라의 법원의 해석과정에서 논란이 되었습니다. 예컨대, 캐나다의 최고법원은 Finta 사건(1994)에서 "반인도적 범죄는 국내법의 살인이나 강도 보다 그 도덕적 비난의 정도가 강하여만 한다"고 판결한 바 있습니다.⁵⁾

Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991"

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

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

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