

#### 나. 국제상설형사재판소 규정에서의 반인도적 범죄

반인도적 범죄는 98년 6~7월의 로마회의에서 만들어진 국제상설형사재판소 근거규정(Rome Statute) 7조에서 상당한 변신을 가져왔습니다. 동 규정은 재판소의 관장범죄로 대량학살(genocide), 전쟁범죄(war crimes), 침략행위(aggression)와 함께 가장 중요한 관장범죄행위로서 반인도적 범죄(crimes against humanity)를 정하였습니다. 제7조는 다음과 같이 규정되어 있습니다. 이 법에서 말하는 반인도적 범죄는 민간인에 대하여 광범위하거나 조직적인 공격으로써 자행된 다음 열거된 행위를 말한다.

(a) 살인(murder); (b) 말살(extermination)<sup>6</sup>; (c) 노예화(enslavement)<sup>7</sup>; (d) 강제이주(deportation or forcible transfer of population)<sup>8</sup>; (e) 국제법의 기본적 원칙에 위반되는 구금이나 심각한 신체적 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, of any form of sexual violence of comparable gravity); (h)정치적, 종교적, 민족적, 문화적, 종교적 혹은 성차별에 입각한 어느 특정 그룹에 대한 박해(persecution against any identifiable group or cloectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender...); (i) 강제된 납치행위(enforced disappearance of persons)<sup>9</sup>; (j)아파트트헤이드<sup>10</sup>; (k) 기타 의도적으로 신체에 심각한 고통을 주기 위해 자행되는 비인도적 행위(other inhumane acts of a similar character intntionally causing great suffering... to body...)

상설 재판소근거규정 상의 반인도적 범죄는 그 동안 뉴렘버그재판소 등에서 확인된 반인도적 범죄와 비교하면 몇 가지 점에서 큰 차이를 발견할 수 있습니다. 그것은 전쟁상태나 혹은 무력충돌과 같은 요건을 배제하였다는 것입니다. 이것은 이들 반인도적 범죄가 그런 상태가 아닌 평상시

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

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

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

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

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

(평화시)에도 발생할 수 있고 이에 대해 재판소가 처벌하겠다는 것을 말합니다. 이러한 차이는 국제사회가 독재국가에서 발생하는 국가권력에 의한 인권유린행위에 대해서도 반인도적 범죄로 규정하여 대응하겠다는 의지가 담겨 있는 것으로 평가하여야 합니다. 또한 근거규정은 그 동안 임시재판소에서 해석상 논란이 되어 온 '조직적' 혹은 '광범위'의 요건을 직접 법문에 넣었고 이들의 관계는 둘 중의 어느 하나만 해당하면(or요건) 반인도적 범죄가 되는 것으로 명문화 하였습니다.

#### 다. 반인도적 범죄의 개념의 다양성

위와 같이 반인도적 범죄의 개념을 정의할 수 있다고 하더라도 국제사회에서 사용되는 몇 가지 예를 살펴볼 필요가 있습니다.

국제사면위원회는 최근 국제상설형사재판소의 설립과 관련한 캠페인에서 반인도적 범죄를 학살, 법률에 의하지 않는 처형(extrajudicial execution), 납치, 고문, 노예, 강제이주, 자의적 구금 및 정치적, 인종적 이유로 인하여 박해로 정의하였습니다.<sup>11</sup> 한편 미국변호사협회(ABA)는 최근의 보고서<sup>12</sup>를 통하여 반인도적 범죄를 민간인에 대해 조직적으로 혹은 광범위하게 자행되는 고의적 살인, 고문 및 강간 그리고 정치적, 인종적 및 종교적 이유로 인한 박해로 정의하였습니다. 그리고 이러한 개념상의 차이는 국제적인 NGO마다 약간의 차이를 보이는 것도 사실입니다. 논자들 중에는 대량학살(genocide)나 전쟁범죄까지도 반인도적 범죄라는 개념에 포함시키는 경우도 있습니다. 뿐만 아니고 위에서 본대로 반인도적 범죄가 국내법에 규정되어 있는 경우, 그 행위의 주관적(의도, 예를 들면 반인도적 범죄가 어떤 그룹에 대한 인종적, 민족적 중요에서 비롯되었는가 하는 주관적 요소) 및 객관적 요건(행위의 정도, 예를 들면 이 범죄를 구성하기 위해서는 어느 정도의 비인도성이 필요한가)의 평가에 따라 각국의 법원이 보이는 약간의 차이도 있습니다.

반인도적 범죄가 비록 위와 같이 다양한 개념을 가지고 있다고 하더라도 다음과 같은 내용으로 반인도적 범죄를 정리할 수 있을 것입니다. 첫째, 광의의 반인도적 범죄는 대량학살이나 전쟁범죄<sup>13</sup>를 포함하는 개념으로 이해할 수 있습니다. 둘째, 협의의 반인도적 범죄는 대량학살이나 전

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

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

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

쟁범죄를 제외한 개념으로 위의 뉴렘버그 재판이나 유고슬라비아 재판소등에서 개념화한 crimes against humanity를 말하는데 이 개념은 대체적으로 각국의 국내법에서도 채용되기도 하나 그 구성행위와 요건은 약간의 차이가 있습니다. 그리고 이 협의의 반인도적 범죄를 최근 가장 잘 개념화한 국제적 문서는 국제상설형사재판소 근거규정에서 볼 수 있다는 사실입니다. 이 규정에서는 동 개념의 국제조약화를 시도하였고 죄형법정주의의 원칙에 입각하여 그 자세한 정의규정을 도입하였습니다.<sup>14)</sup> 이 정의 규정은 근거규정을 만들 때 비로소 정의 되었다기 보다는 그 동안 국제사회에서 오랜 기간동안 논의되어 온 반인도적 범죄의 개념을 규정함으로써 보는 것이 타당합니다. 따라서 현재 국제사회에서 말하는 반인도적 범죄의 개념은 이 규정으로 정의할 수 있다고 생각합니다.

#### 라. 국제관습법상의 국제범죄로서의 반인도적 범죄

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

#### 4. 이 사건 간첩조작범죄가 국제법상의 반인도적 범죄에 해당하는가

반인도적 범죄에 관한 이상과 같은 주장을 통하여 알 수 있듯이 일반적으로 반인도적 범죄의 개념은 전형적인 전쟁범죄나 학살(genocide)과 구별되는 특유의 개념으로 사용되는 경우가 있는가 하면, 이들 범죄 중 대부분을 포함하는 경우(전쟁범죄의 경우도 민간인을 대상으로 하는 범죄)로도 사용되는 것을 알 수 있습니다.

따라서 범죄의 죄질이 보편적인 가치의 입장에서 그 내용이 심각한 경우로서 온 인류의 관심사가 될 수 있는 범죄 행위는 반인도적 범죄라고 불리울 수 있는 자격을 갖추었다고 할 수 있습니다. 이를 위해 위에서 언급한 몇 가지 조건 즉, 범죄의 대상이 민간인이어야 한다는 것과 그 방법이 조직적이거나 광범위해야 한다는 요건(여기에서 조직적인 것이란 예컨대 국가권력을 배경으로 하는 것 등을 의미하고 광범위한 것이란 다수의 범죄 행위가 넓은 지역을 범위로 일어난다는 것

<sup>14</sup> 사실 이렇게 개념이 정리된 이면에는 그 동안 유엔이 중심이 된 국제형사법의 실제법이라고 할 수 있는 국제범죄의 개념화 운동이 있다는 사실이다.

을 의미한다) 그리고 그 범죄의 비인도성이 일반의 국내범죄들에 비하여 그 비난가능성이 높다는 것 등의 요건의 반인도적 범죄 구성의 필요요건들입니다. 그러므로 어떤 단일 사건을 떼어놓고 볼 때 그것을 반인도적 범죄로 인정할 수 있는냐는 논의할 필요성이 있기는 하나 그것이 예외적으로 위 필요조건을 충족하는 경우라면 논리적으로 반인도적 범죄로 취급되는 데는 아무런 문제가 없습니다. 간첩조작의 경우 논리필연적으로 반인도적 범죄의 범주에 들어가는 것은 아니지만 위의 필요조건을 충족한다면 반인도적 범죄로 평가되는 데는 하등의 문제가 없습니다.

즉 피고발인의 행위는 대공수사기관의 책임자로서 국가권력의 조직적 지원(아니 적극적인 조작과 개입)하에 일어난 민간인에 대한 범죄이고(따라서 반인도적 범죄의 요건인 '민간인성'과 '조직성'의 요건에 해당) 그가 사용한 간첩조작의 수법은 텔레비전, 라디오, 신문, 잡지를 통한 대대적인 언론보도로 인류사회가 도저히 용납할 수 없는 극악한 범죄(따라서 '비인도성에 있어 다른 범죄보다 우월함)이기 때문입니다. 특히 해방 후 강대국에 의한 강제 분단과 한국전쟁, 군사독재를 거치면서 전국민이 맹목적인 반공이데올로기에 세뇌되어온 특수한 상황에서 간첩으로 조작되어 언론에 공표함으로써 사회에서 완전히 소외되고 매장되게 함은 당연한 것으로 전형적인 반인도적 범죄의 하나인 것입니다.

#### 5. 반인도적 범죄는 공소시효가 적용되지 않는가

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

이러한 두 가지 성격에서 반인도적 범죄에 대한 국제법적 처벌 원칙은 크게 다음의 두 가지 파생원칙들을 탄생시켰습니다. 이러한 원칙은 국제조약과 국제관습법에 의해 확립되었습니다.

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

이 개념은 어떤 범죄는 그 속성이 너무나 잔인한 것이어서 인류전체가 관심을 갖고 그 범죄가 어디에서 일어났는지를 불문하고 처벌을 할 수 있다는 것입니다.<sup>15)</sup> 좀 더 자세히 말한다면 어떤 범죄가 보편적 관할범죄로 평가된다면 국제법상 어떤 나라라도 그 범죄인에 대해 처벌하거나 처벌하고자 하는 국가에 인도하여야 한다는 원칙입니다.<sup>16)</sup> 이 원칙은 국제관습법상의 원칙으로 인정되기 때문에 국제법을 적용함에 있어 별도의 수용절차를 요구하지 않는 법체제 하에서는 관할에 관한 별도의 국내법률 없이도 (반인도적 범죄를 처벌할 형사실체법만으로) 반인도적 범죄인이 처벌이 가능합니다.<sup>17)</sup> 그러나 유럽과 미주지역의 많은 나라들은 국내법률로 이 원칙을 명문으로 선언하고 있습니다.<sup>18)</sup>

### 나. 시효부적용의 원칙

반드시 처벌되어야 하는 반인도적 범죄에 공소시효라는 면죄부를 줄 수는 없다는 것입니다. 범죄인이 발견되면 언제라도 처벌이 가능하다는 것입니다. 문제는 이러한 원칙이 국제관습법적 지위를 얻었느냐입니다. 이미 귀청 외사부에서 수사결과를 발표하며 피고발인의 범죄혐의는 인정되나 공소시효가 완성되어 처벌할 수 없다고 하여 이 원칙을 부정하였습니다. 그러나 반인도적 범죄에 시효를 적용시키는 것은 그 자체가 국제관습법의 위반입니다. 일반적으로 어느 규범이 국제관습법

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

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

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

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

인가의 여부는 국가적 관행(state practice)과 이에 대한 법적 확신(opinio juris)의 존재의 유무로 가려집니다. 이들 요건의 해당성 여부는 논자에 따라 다르나 각국의 사법적 관행, 성문의 조약이나 국제기구의 결의 혹은 국제법의 대가들의 주장들을 통하여 인정할 수 있습니다. 반인도적 범죄의 시효부적용 원칙은 이미 몇 개의 국제조약에 의해 확인되었습니다. 68년의 유엔총회에서 채택된 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 관한 시효부적용조약과 유럽평의회가 74년에 채택한 같은 명칭의 부적용 조약을 들 수 있으며 최근에는 국제상설형사재판소 근거규정(29조)에서도 시효부적용의 원칙은 채택되었습니다. 1993년의 비엔나 인권선언은 “국가는 고문과 같은 중대한 인권침해행위의 책임자에 대한 불처벌을 이끄는 법률을 폐기하고 그러한 침해행위를 처벌해야 한다”고 선포하였고 더욱 유엔인권소위의 특별보고관 루이 주아네가 작성한 ‘불처벌과의 투쟁을 통한 인권보호와 신장을 위한 일련의 원칙’은 “국제법상 중대범죄에는 공소시효가 적용되지 않는다. 인간의 존엄성을 엄중하게 손상한 범죄에 대해서도 본질적으로 공소시효가 없다”고 하였습니다. 또한 인권소위의 반 보벤 교수가 작성한 ‘인권법과 인도법에 중대한 침해행위의 피해자를 위한 배상의 권리에 관한 기본원칙과 지침’은 “인권법과 인도법 위반행위에 대해 아무런 효율적 구제수단이 존재하지 않는 기간에 대해서 시효규정이 적용될 수 없다”고 규정한 바 있습니다.<sup>19)</sup> 나아가 2차 대전 이후 나찌협력자에 대해 유럽의 국가들이 현재에 이르기까지 처벌하고 있는 것은 공지의 사실입니다. 이상과 같은 실정을 고려할 때 반인도적 범죄의 시효부적용 원칙은 이미 국제관습법상의 하나의 원칙이 되었다고 충분히 인정할 수 있을 것입니다.

혹자는 시효부적용조약에 가입한 국가가 43개국에 불과하므로 결코 반인도적 범죄에 대하여 국제관습을 인정할 수 없다고 주장할지 모릅니다. 그러나 43개국이 가입한 시효부적용조약은 국제관습법의 하나의 요건인 국가의 관행(state practice)을 확인하는 여러 가지 요소 중의 하나에 불과한 것이기 때문에 그 가입국 수가 결정적으로 국제관습을 정하는 결정적 요소는 아닙니다.

### 6. 국제관습법을 직접 우리의 형사사법 절차에 적용시킬 수 있는가

반인도적 범죄에 대하여 공소시효를 적용시키지 않는 것이 국제관습법이라면 이를 우리의 형사 절차에 바로 적용시키는 것은 (즉, 국내입법절차 없이) 우리 헌법상 가능합니다. 우리 헌법 제6조 1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있는 바, 여기에서 말하는 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에는 국제관습법이

19 이상에 대해서는 조시현 국회 일본군 위안부문제 연구모임 주최(99/11/24)의 반인도적 범죄와 공소시효문제세미나 발제문 참고

포함되고 그것은 국내법과 같은 효력을 가지기 때문입니다. 이 규정은 우리의 법체계가 국제관습법을 포함한 국제법을 국내법의 일부로 본다는 것입니다.

이렇게 볼 때 우리의 형사사법의 공소시효제도는 일반적 제도로써 국내법적으로 형사소송법상의 공소시효제도와 반인도적 범죄에 관한 국제관습법적 공소시효제도가 있다고 할 수 있습니다. 따라서 반인도적 범죄에 있어서는 국내법의 공소시효제도는 배제되고 국제관습법상의 제도만이 적용되는 것으로 해석하여야 할 것입니다.

이런 이유로 이 사건 간첩조작사건이 반인도적 범죄에 해당된다면 국내 공소시효제도는 배제되고 국제관습법을 적용하여 시효와 관계없이 반인도적 범죄를 저지른 범죄인을 단죄할 수 있는 것입니다. 논자들 중에는 형사처벌을 위해 국제관습법을 적용하는 것에 대하여 관습법금지를 내용으로 하는 죄형법정주의의 위반이라고 주장하는 사람들이 있습니다. 그러나 죄형법정주의는 범죄의 구성과 형법에 관하여 성문의 입법이 필요하다는 것이지(즉, '법을 없으면 범죄 없고, 법률 없으면 형벌 없다'는 원칙) 공소시효와 같은 절차적 문제까지를 그 원칙의 내용으로 하지 않는다는 것이 일반적 견해입니다.

## 7. 결론

위에서 상세히 살핀 것을 종합하면 다음과 같은 결론을 내릴 수 있습니다.

- (1) 이 사건 간첩조작행위는 국제사회가 국제관습법적으로 형성해온 반인도적 범죄에 해당한다.
- (2) 반인도적 범죄는 공소시효와 관계없이 처벌이 가능하고 이것은 국제관습법이다.
- (3) 국제관습법을 적용하여 검사는 이 사건 간첩조작사건으로 피고발인을 처벌하여야 한다.

그렇다면 가장 고귀한 가치인 생명권을 잃은 피해자 김옥분을 국가권력을 악용하여 간첩으로 조작한 반인도적 범죄행위를 저지른 피고발인은 반드시 처벌되어야 할 것이므로 이 사건 고발에 이른 것입니다.

2002. 1. 30.(대리인 민주노동당 인권위원장 이덕우 변호사)

## 公訴時效制度의 問題點과 改正方向

### 카락영

#### I. 서론

[사례 1] 1973년 10월 서울대 법대 최중길 교수 타살의혹과 [사례 2] 1987년 1월 수지 김씨 피살사건 및 그 후 이 사건을 둘러싼 국가권력기관의 조직적 은폐조작의 진상이 점차 모습을 드러내고 있다. 언론, 학계, 시민단체는 증거조작과 사실은폐에 관여한 국가공무원들에게 공소시효의 혜택을 부여해서는 안 된다는 주장을 강하게 제기하고 있고, 법조인들도 진실규명과 피해자의 인권을 위해서도 이 같은 법적 한계에 손댈 필요가 있다고 지적하고 있다. 공소시효가 완성된 주요 사건의 책임자 처벌을 가능하게 하려는 각계의 움직임이 최근 관심사로 떠오르고 있다.

그러나 입법의 추진방향은 정치권과 학계에서 논란이 있다. 정치권의 논의과정을 보면, 민주당 함승희 의원은 살인죄등반인류범죄의공소시효등에관한특별법을, 한나라당 이주영 의원은 형사소송법 개정을 추진하고 있다. 공소시효배제조항의 도입과 공소시효정지조항의 신설이 입법의 주요골자이다. 학계에서는 김일수 교수, 조국 교수와 하태훈 교수는 특별법을, 백형구 교수는 형사소송법(이하 형소법) 개정을 주장하고 있다. 특별법의 제정을 찬성하는 학자들은 "국가형벌권을 벗어난 중대한 국가범죄가 의도적으로 증거조작, 은폐되는 사건에 대해 공소시효 적용을 배제시키는 특별법 제정이 국민의 법감정과 사회정의에 부합한다"고 주장한다. 여기에 인권단체 및 일부 시민단체들은 여론의 확산과 운동의 효율성 때문에 특별법의 제정을 선호하고 있다. 이에 대해 반대하는 학자들은 "특별법 제정은 국가형벌권의 남용, 법적 안정성 침해 등과 같은 헌법에 위배되는 문제점을 갖게 된다"며 맞서고 있다.

나는 이 글에서 소위 "반인류적 범죄행위에 대한 공소시효" 논쟁을 조금 체계적으로 정리하고자 한다. 먼저 공소시효제도의 의의와 본질을 살펴보고, 공소시효배제조항의 도입과 공소시효정지조항의 신설의 당위성을 찾아보고자 한다(II). 이어서 특별법의 제정보다는 현행 형소법의 개정이 타당하다는 점을 논증하고, 구체적으로 형소법 제249조 공소시효기간의 개정과 공소시효배제조항의 도입을 검토하고자 한다(III). 다음으로 형소법 제253조 공소시효정지사유 개정 검토하고자 한다(IV). 결론에서 "반인류적 범죄행위에 대한 공소시효"에 대한 사견을 밝히고자 한다(V).

#### II. 공소시효제도의 의의와 본질

##### (1) 공소시효제도의 의의와 법적 한계

공소시효제도는 검사가 일정한 기간 동안 공소를 제기하지 않고 방치하는 경우에 국가의 소추권을 소멸시키는 제도를 말한다. 공소시효제도는 범죄 후 도피한 범인에 대해서도 불처벌의 혜택을 주는 법치국가의 시혜제도라는 점에 특색이 있다. 세계 각국은 공소시효제도를 채택하고 있다.

그러나 [사례 1]과 [사례 2]의 경우 공소시효제도가 범죄자 처벌의 장애물인가 아니면 범죄

자의 인권보장을 위한 보루인가라는 정당성의 문제가 남는다.

이들 사건의 경우 통상적인 범죄와 다르기 때문이다. 여기에는 두 가지 근거가 있다. 첫째 이들 사건의 경우 처음부터 불법과 그 범인이 누구인지 알면서도 수사가 진행되지 않았고, 진실규명의 의지조차도 없는 상태에서 공소시효가 그냥 지나가 버렸다는 점이다. 둘째 권력적 불법을 저지른 범법자는 형사소추가 애초부터 불가능함을 알고 있기 때문에 이를 피하기 위한 고통도 당하지 않는다는 점에서 차이가 있다.

공소시효제도의 존재근거와 관련하여 두 사건을 분석해 보면 ① 국가권력기관의 구성원에 의한 불법이 명확하고, 증거도 있다. ② 진실발견이 아주 어려운 상태에서 국가권력기관의 구성원을 형사소추의 대상으로 삼는 것도 아니다. ③ 사회적인 관심이 고조되어 형벌의 목적이 구현되어야 필요성이 있다. ④ 장기간의 도피로 국가권력기관의 구성원에게 처벌의 효과가 있다고 볼 수 없다. ⑤ 시간이 경과하여 국가권력기관의 구성원에 대한 처벌의 필요성이 사라졌다고 할 수도 없다. ⑥ 국가권력기관의 구성원의 생활안정도 중요하지만, 피해가족이 받았던 엄청난 고통과 명예회복도 고려해야 한다.

그렇다면 국가권력기관의 구성원에 의한 고문살인, 증거조작 그리고 조직적인 은폐행위에 대해서는 공소시효제도의 특혜를 인정해서는 안 된다. 그럼에도 불구하고 이들에게 불법의 대가를 치르게 하지 않는다면, 이는 실질적 정의에 현저히 반하게 된다. 따라서 법치국가의 시혜제도인 공소시효제도는 이제 그 법적 한계 때문에 수정이 불가피하다. 실질적 정의와 법적 안정성의 충돌을 근본적으로 해결하기 위해서 우리나라도 독일 형법 제78조-제78조 c 처럼 공소시효의 배제조항과 정지조항을 도입할 필요가 있다.

## (2) 공소시효의 본질과 소급효금지의 원칙

공소시효의 본질(법적 성질)에 관하여는 실체법설, 소송법설, 병합설 등이 대립하고 있다. 이러한 견해의 차이는 소급효금지의 원칙의 적용여부, 공소시효정지사유의 유추적용 허용 여부, 사실상의 시효정지사유의 인정 여부, 공소시효완성의 효력여부 등에 관하여 서로 다른 결론을 낳는다. [사례 1]과 [사례 2]를 입법을 통해 해결하기 위해서는 먼저 공소시효의 본질을 명확히 규명해야 하는 것이 선결과제가 될 것이다.

① 실체법설: 공소시효를 실체법상의 형벌권을 소멸시키는 제도로 보는 견해이다. 공소시효의 완성은 실체판결을 저지하는 효력을 가진다고 한다.

[사례 1]과 [사례 2]의 경우처럼 이미 공소시효가 완성되었다면, 특별법 제정 또는 형소법 개정으로 공소시효배제조항과 공소시효정지규정을 신설한 후, 범법자를 처벌하는 것은 불가능하다. 소급효금지의 원칙에 반하기 때문이다. 실체법설은 현재 우리나라의 소수설이고, 공소시효제도를 형법에 규정하고 있는 독일 형법학에 있어서도 현재 지지자를 찾아볼 수 없다.

② 소송법설: 공소시효를 공소권의 소멸사유로 보는 견해이다. 공소시효의 완성을 소송조건

의 일종으로 파악하여 소송법에 있어서는 소급효금지의 원칙을 인정할 필요가 없다고 본다.

[사례 1]과 [사례 2] 경우처럼 이미 공소시효가 완성된 경우뿐만 아니라, 공소시효가 아직 완성되지 않은 범죄의 경우에도 새로운 입법을 통해 공소시효기간을 사후에 소급하여 연장하거나 공소시효의 배제조항과 정지규정을 신설하는 것은 아무런 법적 문제가 없다. 특별법의 제정논의는 원칙적으로 소송법설을 근거로 할 때 타당성을 가진다.

③ 병합설: 공소시효는 실체법적 성격과 소송법적 성격을 함께 가진다고 이해한다.

[사례 1]과 [사례 2] 경우처럼 이미 공소시효가 완성된 경우 공소시효를 연장하는 입법개정을 하고, 신법을 적용하는 것은 국가형벌권의 남용에 해당한다. 왜냐하면 형사피의자의 법적 안정성을 위하여 소급효금지의 원칙을 예외적으로 적용해야 하기 때문이다(진정소급입법).

그러나 현재 진행중인 공소시효기간을 사후에 소급하여 연장하는 것은 국가형벌권의 남용에 해당하지 않는다. 아직 공소시효가 완성되지 않은 경우의 공소시효는 단지 소송조건에 불과하기 때문이다(부진정소급입법). 병합설에 따르면 [사례 1]과 [사례 2]는 이미 공소시효가 완성되었기 때문에 범죄자에 대해 더 이상 소추가 불가능하다.

④ 사견: 현행 형소법 제249조는 공소시효의 기간을 구성요건상 규정된 법정형을 기준으로 등급화하고 있다. 이것은 공소시효에 실체법적 요소가 내포되어 있음을 의미한다. 또한 현행 형소법 제326조 제3호는 공소시효가 완성된 경우 무죄판결이 아니라 면소판결을 하도록 규정하고 있다. 이것은 공소시효에 소송법적 요소가 내포되어 있음을 의미한다. 현행 형소법은 실체법적 요소와 소송법적 요소를 모두 가지고 있다고 볼 수 있다. 따라서 병합설에 따라 파악하는 것이 합리적이라고 생각한다.

병합설에 따르면 아직 공소시효가 완성되지 않은 반인권적 국가범죄의 경우 공소시효를 사후에 소급하여 연장하는 것은 금지되지 않는다. 현행 헌법은 소급효금지원칙을 명시하고 있지만, 이것은 어디까지나 가벌성과 직접적 관련이 있으며, 아직 공소시효가 완성되지 않은 경우에는 여전히 가벌성이 남아 있기 때문이다. 이 경우를 법철학적 관점에서 보더라도 “사물의 본질에 반하는 부적합한 형벌에 범죄인을 무방비로 노출시키는 것이 아니기 때문이다”. 따라서 공소시효가 현재 진행 중인 범죄에 대해서 공소시효의 기간을 연장하여 범죄인을 소추하는 것은 가능하다고 생각한다.

[사례 1]과 [사례 2]의 경우는 이미 공소시효가 완성된 사건들이다. 공소시효제도가 실체법적 측면과 소송법적 측면을 포함하고 있다는 병합설에 따르면 특별법의 제정은 특별한 의미를 가지지 못한다. 공소시효가 완성된 경우는 헌법상의 적법절차의 원칙과 소급효금지의 원칙의 적용을 받게되기 때문이다.

따라서 나는 살인죄등반인류범죄의공소시효등에관한특별법의 제정으로 또 다시 헌법은쟁을 불러일으키는 것보다는 현행 공소시효제도가 안고 있는 근본적인 문제점을 재검토함으로써 특별법의 취지가 현행 형소법에 반영되는 것이 오히려 합리적인 해결방안이라고 생각한다.

현행 형소법의 공소시효 관련조항을 대폭 개정함으로써 의문사진상조사위원회의 활동을 뒷받침하고, 언젠가 다가올 통일 이후의 과거사청산 등 장기적인 형사정책이 타당하다고 보인다. 이는 현행 형소법 제249조에 규정된 공소시효기간을 연장하는 입법개정이 될 것이며, 다음으로 형소법 제249조에 공소시효의 배제조항을 신설하는 것이며, 마지막으로 형소법 제253조에 공소시효의 정지사유를 확대하는 입법개정이 될 것이다.

### III. 공소시효기간의 연장과 공소시효배제조항의 신설

#### 1. 공소시효기간의 연장

형소법 제249조 제1항은 공소시효의 기간을 규정해 두고 있는데, 범죄의 경중에 의하여 장단의 차이가 있다. 현행법상 공소시효의 최장기간은 15년이며, 최단기간은 1년이다. 그 내용을 보면 ① 사형에 해당하는 범죄에는 15년, ② 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 10년, ③ 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년, ④ 장기 10년미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 5년, ⑤ 장기 5년미만의 징역 또는 금고, 장기 10년 이상의 자격정지 또는 다액 1만원 이상의 벌금에 해당하는 범죄에는 3년, ⑥ 장기 5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 2년, ⑦ 장기 5년미만의 자격정지, 다액 1만원미만의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년 등이다.

문제는 형소법 제249조 공소시효의 기간이 너무 짧다는 점이다. 확정판결 후의 형벌권을 소멸시키는 형의 시효(형법 제77조 이하)와도 균형을 이루지 못하고 있다. 예를 들면 형법 제250조 살인죄의 경우 20대 초반에 살인을 하고 15년 도피 후 30대 중반부터 정상인으로 생활하거나, 심지어 자기의 부친이나 모친을 살해한 후 도피하여 검거되지 아니한 채 15년이 경과한 범인에 대해서도 공소시효의 혜택이 주어진다면, 정의와 법질서 그리고 법평화의 관점에서 볼 때 매우 부당하다. 또한 국보급 문화재를 도굴하고 3년-7년을 도피하면 형사소추가 불가능하다는 것도 법감정에 부합하지 않는다. 그리고 형법 제347조 사기죄의 경우 공소시효기간이 7년이면 너무 짧다고 보인다. 이러한 현행 공소시효기간은 형사소송법적 측면에서 실제적 진실발견, 피해자학의 측면에서 피해자 보호, 형사정책적 관점에서 범죄예방 그리고 형법적 측면에서 법질서방위에 효과적으로 대처하지 못하는 문제점을 안고 있다.

독일 형법 제78조 제3항의 공소시효기간은 한국의 공소시효기간보다 두 배나 길다. 구체적으로 ① 법정형이 무기 자유형인 범죄는 30년이고, ② 법정형이 10년 이상의 자유형인 범죄는 20년이며, ③ 법정형이 5년 이상 10년 미만의 자유형인 범죄는 10년이며, ④ 법정형이 1년 이상 5년 미만의 자유형인 범죄는 5년, ⑤ 기타의 범죄는 3년이다. 독일은 1969년 8월 4일 제9차 형법 개정으로 살인죄의 공소시효를 20년에서 30년으로 연장하였다.

현행 형소법 제249조 제1항 공소시효기간은 1973년 1월 25일 제3차 개정 이후 현재까지 유지되고 있다. 공소시효기간은 전면적으로 재조정이 필요하다고 보인다.

#### 2. 공소시효배제조항의 신설

반인륜적·반사회적 범죄행위를 분석해 보면 하나는 공소시효배제조항으로, 다른 하나는 공소시효정지조항으로 양분할 수 있다. 여기서는 공소시효배제조항을 중심으로 설명하고자 한다.

#### (1) 헌정질서파괴범죄

형법상의 내란죄·외환죄와 균형법상의 반란죄·이적죄 등 소위 헌정질서파괴범죄에 대해서는 공소시효규정의 적용을 배제해야 한다. 이는 1995년 12월 21일 제정된 헌정질서파괴범죄의 공소시효등에 관한 특별법 제3조를 현행 형소법 제249조에 반영한 것이다. 특별법에 규정된 내용은 가능한 한 형소법에서 체계적으로 정리될 필요가 있다.

#### (2) 국가권력기관의 구성원에 의한 고문·상해·살인범죄

국가권력기관의 구성원(공무원이나 공적인 업무를 수행하는 자)에 의해 자행된 반인륜적·반인도적 범죄에 대해서는 공소시효의 적용을 배제해야 한다. 이는 1984년 12월 10일 유엔이 채택한 「고문및잔인하고비인간적인도는인격손상적처우에반대하는협약」(Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment) 제2조를 현행 형소법 제249조에 반영한 것이다. 독일 형법은 제78조 제2항에 형법 제211조(모살)의 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제한다는 규정을 두고 있다. 독일 형법 제211조 제2항의 모살 자란 살해죄, 성욕의 만족, 탐욕, 기타 비열한 동기에 의하여, 간악하거나 잔인하게 또는 공공 위해(危害)의 수단에 의하여 다른 범죄를 실행하거나 이를 은폐할 목적으로 사람을 살해한 자를 말한다. 우리나라도 정권범죄에 대한 강력한 법적 대응을 위해서 국가권력기관의 구성원에 의한 고문·상해·살인범죄는 공소시효를 배제해야 한다고 생각한다. 특히 의문사 진상위원회와 국가인권위원회가 장래 의문사사건을 타살사건으로 밝힌다면, 이 법 시행 이전에 아직 공소시효가 완성되지 않은 범죄에 대해서는 애초부터 공소시효가 배제되기 때문에 공소시효의 논쟁은 더 이상 불필요할 것으로 보인다.

#### (3) 전쟁과 테러에 의한 민간인 학살범죄

형법 제250조 살인죄로서 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약에 규정된 집단살해범죄와 전쟁과 테러에 의한 민간인 학살범죄에 대해서는 공소시효규정의 적용을 배제해야 한다. 이는 1948년 1월 9일 유엔이 채택한 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」(The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) 제4조와 1968년 11월 26일 유엔이 채택한 「전쟁범죄와 반인도적범죄에 관한 공소시효적용배제조약」(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)을 현행 형소법 제249조에 반영한 것이다. 이는 인간의 존엄성을 유린하는 불법적 사례를 청산하고, 장래에도 방지하려는 취지에서 나온 입법이 될 것이다. 이러한 입법 선행례는 1979년 9월 22일 개정 독일 형법에서 찾을 수 있다. 독일 형법은 제78조 제2항에 독일 형법 제220조의 a(인종학살)의 범죄에 대해서는 공소시효의 적용을 배제한다는 규정을 두고 있다.

#### (4) 직계존속살해와 미성년자 유괴살인범죄

패륜적·반인륜적 범죄에 대한 강력한 법적 대응을 위해서는 공소시효의 적용을 배제해야 한다. 이는 사인(私人)에 의한 반인륜적·반인도적 범죄에 대한 규정이다. 형법 제250조 제2



항 존속살해죄와 특가법 제5조의 2 제2항 제2호 살해목적미성년자약취유인죄가 여기에 해당한다. 형법 제250조 제2항 존속살해죄에 대한 공소시효의 적용배제조항은 형법 제250조 제2항의 위헌성 논쟁과는 전혀 별개의 문제이다. 소추조건인 문제이기 때문이다. 독일 형법도 제78조 제2항에 형법 제211조(모살)의 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제한다는 규정을 두고 있다.

#### (5) 약취·유인 및 감금에 의한 노예범죄

약취·유인 및 감금에 의한 노동착취범죄에 대한 강력한 법적 대응을 위해서는 공소시효의 적용을 배제해야 한다. 이는 사인(私人)에 의한 반인륜적·반인도적 범죄에 대한 규정이다. 형법 제288조 제1항 영리목적등약취유인죄, 제2항 부녀매매죄(특가법 제5조의 2 제4항)와 형법 제274조 아동혹사죄가 여기에 해당한다. 독일 형법도 제78조 제2항에 형법 제220조의 a(인종학살)의 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제한다는 규정을 두고 있다.

### 3. 형사소송법 제249조(공소시효기간)의 개정안

#### 제249조 (공소시효의 기간)

① 다음의 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제한다.

1. 헌정질서파괴범죄
2. 국가권력기관의 구성원에 의한 고문행위·상해·살인범죄
3. 전쟁과 테러에 의한 민간인을 학살범죄
4. 직계존속살해와 미성년자 유괴살인범죄
5. 약취·유인 및 감금에 의한 노예범죄

② 다음 기간의 경과로 공소시효는 완성된다.

1. 사형에 해당하는 범죄에는 30년
2. 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 30년
3. 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 20년
4. 장기 10년미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년
5. 장기 5년미만의 징역 또는 금고, 장기 10년 이상의 자격정지 또는 다액 1만원 이상의 벌금에 해당하는 범죄에는 7년
6. 장기 5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 5년
7. 장기 5년미만의 자격정지, 다액 1만원미만의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 3년

③ 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정 없이 공소를 제기한 때로부터 15년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다.

### IV. 공소시효의 정지조항의 개정

반인륜적·반사회적 범죄행위를 분석해 보면 하나는 공소시효배제조항으로, 다른 하나는 공소시효정지조항으로 양분할 수 있다. 여기서는 공소시효정지조항을 중심으로 설명하고자 한다.

## 1. 공소시효정지사유 문제점

구 형소법은 공소시효의 중단을 인정하였으나, 현행 형소법은 공소시효의 정지만을 인정하고 있다. 이는 피고인의 이익을 고려한 것이다. 현행법에 규정된 공소시효의 정지사유는 다음과 같다. ① 형소법 제253조 제1항 공소의 제기, ② 형소법 제262의 2 재정신청, ③ 소년법 제54조 소년보호사건의 심리개시, ④ 형소법 제253조 제3항 범인이 형사처분을 면할 목적으로 해외에 있는 경우 등이 있다. 그리고 ⑤ 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄에 관한 특칙(5·18민주화운동등에 관한 특별법 제2조)이 있다.

문제는 현행법에 규정된 공소시효정지사유의 범위가 너무 제한되어 있다는 점이다. 예를 들면, 미성년자 관련 성범죄행위와 국가권력기관에 의한 증거인멸·조작 및 사실발견의 은폐행위에 대해서는 어떠한 규정이 없다. 따라서 실제적 진실발견, 피해자의 인권보호, 범죄예방 그리고 범질서방위의 관점에서 볼 때 개정이 시급하다.

입법의 선례로 독일의 경우를 보면, 독일 형법 제78조의 b의 공소시효의 정지규정은 한국의 공소시효의 정지규정보다 그 범위가 넓다. 독일은 ① 형법 제176조 아동 간음·추행, 형법 제177조 강간, 형법 제178조 강제추행, 형법 제179조 항거불능자 간음행위의 경우, 피해자가 만 18세에 달할 때까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된다고 규정하고 있으며, ② 행위자가 연방의회 또는 주입법기관의 구성원이라는 이유로 형사소추가 불가능한 경우에는 검찰, 경찰관서 또는 사법경찰관이 범죄사실 또는 행위자를 확인한 날, 행위자에 대하여 고발 또는 고소가 제기된 날(독일 형소법 제158조)로부터 공소시효의 진행은 정지된다고 명문화하고 있다.

한국은 1995년 12월 29일 제7차 형소법 개정을 통해 형소법 제253조 제3항 공소시효의 정지사유에 국외도피사범을 신설하였다. 그러나 이제 시대의 흐름에 맞추어 현행 형소법 제253조 공소시효의 정지규정은 전면적으로 재조정이 필요하다고 보인다.

## 2. 공소시효정지사유 신설내용

### (1) 미성년자에 대한 성범죄

미성년자 성범죄에 대한 강력한 법적 대응을 위해서는 성인이 될 때까지 공소시효의 진행을 정지시켜야 한다. 이는 사인(私人)에 의한 반인륜적·반인도적 범죄에 대한 규정이다. 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률 제8조의 2의 13세 미만 강간죄, 준강간죄, 강제추행죄, 업무상위력등에 의한 간음죄가 여기에 해당한다. 입법 선례로 독일 형법은 제78조의 b에 미성년자 성범죄에 대해서는 공소시효의 정지규정을 두고 있다. 우리나라도 미성년자 관련 성범죄행위의 경우, 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효는 정지된다는 규정을 신설해야 할 것이다. 우리나라의 경우 형소법 제225조 법정대리인의 고소기간과 관련하여 실효성여부 논란이 될 수 있지만, 소추권에 대한 상징적 의미도 있다고 보인다. 이제 우리나라 형소법도 전향적으로 미성년자의 인권을 고려할 시점이 되었다고 생각한다.

### (2) 국가권력기관의 구성원에 의한 증거조작 및 사실발견의 은폐행위

국가권력기관의 구성원에 의한 증거조작 및 사실발견의 은폐행위에 대해서는 공소시효의 진행을 정지시켜야 한다. 이러한 행위에 관여한 국가공무원들에게 공소시효의 혜택을 부여할 정당성이 없다. 따라서 국가권력기관의 구성원에 의한 증거조작 및 사실발견의 은폐행위로 공소제기가 불가능하였던 범죄에 대해서는 그 증거조작 및 사실발견의 은폐행위가 발생한 때부터 그 조작·은폐한 사실이 드러난 때까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지된다는 규정이 필요하다. 다만, 범죄행위가 고소, 권한위임 또는 처벌요구의 흠결을 이유로 처벌할 수 없는 때에는 그러하지 아니한다는 규정을 두어야 할 것이다.

독일 형법 제78조의 b의 공소시효의 정지규정은 “행위자가 연방의회 또는 주입법기관의 구성원이라는 이유로 형사소추가 불가능한 경우에는 검찰, 경찰관서 또는 사법경찰관이 범죄사실 또는 행위자를 확인한 날, 행위자에 대하여 고발 또는 고소가 제기된 날(독일 형소법 제158조로부터 공소시효의 진행은 정지된다)”고 명문화하고 있다.

### 3. 형사소송법 제253조(시효의 정지와 효력)의 개정안

#### 제253조 (시효의 정지와 효력)

- ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.
- ② 공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미치고 당해사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.
- ③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다.
- ④ 미성년자에 대한 범죄행위의 경우, 피해자가 성년에 달할 때까지 공소시효는 정지된다.
- ⑤ 국가권력기관의 구성원에 의한 증거조작 및 사실발견의 은폐행위로 공소제기가 불가능하였던 범죄에 대해서는 그 증거조작 및 사실발견의 은폐행위가 발생한 때부터 그 조작·은폐한 사실이 드러난 때까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지된다. 다만, 범죄행위가 고소, 권한위임 또는 처벌요구의 흠결을 이유로 처벌할 수 없는 때에는 그러하지 아니하다.

## V. 결론

1. 공소시효제도는 범인필벌의 요구와 법적 안정성의 타협의 산물이다. 현행 형사소송법은 독일 형법에 비해 법적 안정성의 측면에 비중을 두고 있다.

2. [사례 1] 최종길 교수 사건과 [사례 2] 수지 김씨 사건처럼 국가권력기관을 이용한 고문 행위, 상해, 살인행위와 국가권력기관의 구성원(공무원이나 공적인 업무를 수행하는 자)에 의한 의도적인 증거조작과 사실은폐행위에 대해서는 공소시효의 특혜를 부여할 정당성이 없다.

3. 법치국가의 원리는 법적 안정성과 실질적 정의를 포함한다. 그러나 법적 안정성과 실질적 정의는 항상 동등하게 다룰 수 없다. 반인륜적·반사회적 범죄행위의 경우 공소시효제도에 내재되어 있는 신뢰보호는 실질적 정의를 통해 제한을 받아야 한다. 법적 안정성과 신뢰보호는 예외 없이 유효한 것이 아니다. 일정 기간의 경과로 당연히 형벌을 면제받을 것이라는

신뢰는 어떠한 경우에도 반드시 보호받아야 하는 절대적 가치를 갖고 있는 것은 아니기 때문이다.

4. 우리나라도 독일 형법 제78조-제78조 c처럼 공소시효의 배제조항과 정지조항을 도입할 필요가 있다. 국가권력기관의 구성원에 의한 의도적인 고문살인행위에 대해서는 공소시효의 적용을 배제시키고, 국가권력기관의 구성원에 의한 증거인멸·조작과 사실발견의 은폐행위에 대해서는 공소시효의 진행을 정지시켜 사건의 조작은페 사실을 알게 된 날로부터 공소시효를 재진행시켜야 한다. 이것이 사회정의에 부합한다.

5. 그러나 살인죄등반인륜범죄의 공소시효등에 관한 특별법의 제정은 다시 한번 헌법논쟁을 불러일으킬 수 있다. 따라서 현행 공소시효제도가 안고 있는 근본적인 문제점을 재검토하고, 특별법의 취지를 현행 형소법에 반영되는 것이 오히려 합리적인 해결방안이 될 것이다. 이를 통해 의문사진상조사위원회의 활동을 뒷받침하고, 언젠가 다가올 통일 이후의 과거사청산 등을 준비하는 것이 타당하다.

6. 공소시효가 이미 완성된 경우 공소시효를 사후에 연장하는 형사소송법 개정은 소급효금지 원칙에 반한다(진정소급입법). 형사소송법 개정으로 [사례 1] 최종길 교수 사건과 [사례 2] 수지 김씨 사건의 관련자를 처벌하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙과 죄형법정주의 원칙에 반하며 이는 법치국가의 이념에 중대한 훼손이 된다.

7. 그러나 현재 진행중인 공소시효에 대해 그 기간을 연장, 배제 그리고 정지하는 것은 소급효금지의 원칙에 위반되지 않는다(부진정소급입법). 공소시효제도는 실체적-소송법적 성격을 포함하고 있기 때문이다. 이 경우의 공소시효는 단지 순수한 소송장애(Verfahrenshindnis)가 될 뿐이다. 아직 공소시효가 완성되지 않은 경우는 실질적 정의의 요청에 따라 판단해야 한다. 공익(실질적 정의)이 개인의 이익(신뢰보호)보다 더 중요하기 때문이다. 이는 법치국가의 이념에 부합하고 국가형벌권의 남용에 해당하지 않는다.

8. 공소시효의 문제는 남북통일 이후의 불법과거사의 청산문제와도 직접적인 관련성이 있다. 최근 조성되고 있는 소중한 입법기회를 이용하지 않고 그냥 놓쳐서는 안 된다. 격변기 또는 통일 이후 공소시효제도를 새로이 토론하고, 급하게 준비하는 것은 혼란만 가중시킬 뿐이다.

9. 현행 형사소송법의 개정을 서둘러야 한다. 아직도 공소시효가 진행 중인 국가권력기관의 불법행위는 반드시 밝혀져야 한다. 실체적 진실을 발견하고, 그에 상응하는 형벌을 가함으로써 유린된 인권을 회복시켜야 한다. 그렇지 않으면 법치국가는 그 존재가치가 없다.

10. 권위주의 시대의 어두운 과거사를 청산하고, 파괴된 법질서를 바로 세우며, 21세기 통일 시대를 준비해야 하는 중요한 시점에 우리들은 서 있다.



2002.3.18. (월요일)

# 연구논단 INFORMATION

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

-제 1818 호-

## 신중한 입법론

法律新聞  
1818호  
법률신문사  
愼重한 立法論  
白亨球

< 백형구 >



===== 3면 =====

살인, 강도, 강간, 절도 등의 罪를 지은후에는 도망가는 것이 常例이다. 붙잡히면 징역살이 하는 것이 뻔하기 때문이다. 철창신세를 희망해서 죄를 지은 사람은 거의 없을 것이다.

그런데 죄를 짓고도 도망갈 필요가 없는 경우가 있다. 權力型 犯罪를 지은 경우가 바로 그러한 경우이다. 권력형범죄를 지으면 붙잡아 가는 사람이 없으므로 도망갈 필요가 없다. 大統領의 총애를 받는 安企部長의 손목에 수갑을 채운다는 것이 理論적으로는 가능하나 現實적으로 불가능하다는 것은 상식에 속한다. 權力型 犯罪라 하면 大統領, 國務總理, 長官, 安企部長, 保安司令官, 檢察總長, 治安本部長, 大統領警護室長등이 그 직위를 이용해서 저지른 범죄를 말한다. 대통령의 친척·인척이 저지른 범죄도 權力型 犯罪에準한다.

殺人罪를 짓고도 15년 동안 붙잡히지 아니하면 刑事處罰이 불가능하다. 公訴時效의 기간이 경과하였기 때문이다. 특수강도죄의 공소시효기간은 10년이고 절도죄의 그것은 5년이다. 죄를 지은후 公訴提起됨이 없이 일정기간이 경과하면 公訴權이 소멸하는 제도가 公訴時效制度이며 도망자의 고통이 징역살이의 고통과 맞먹는다는 것이 공소시효를 인정하는 이유의 하나이다. 살인죄, 가정파괴범 등 흉악범이 도망다니다가 검거된 후의 第一聲이 「붙잡히니까 차라리 시원하다」는 사실에서 도망자의 고통이 얼마나 큰것인가를 헤아릴수 있다. 그런데 權力型 犯罪의 主犯은 도망자의 고통을 맛보지 아니한다. 그들은 도망갈 필요가 없기 때문이다. 광주시민학살사건, 신문사·방송국강탈사건, 삼청교육대사건의 주범들은 도망가기는커녕 제5공화국시절에 부귀영화를 마음껏 누리었다.

권력형 범죄의 주범들에게 공소시효제도의 혜택을 준다는 사실에 대해서 거부감을 느끼는 이유는 여기에 있다. 5共非理의 핵심인물에 대한 刑事處罰이 공소시효제도 때문에 불가능하다는 사실을 탐탁치 않게 생각하는 국민이 한 둘이 아니다.

권력형 범죄의 주범들에 대해서는 刑事訴追·刑事處罰이 사실상 불가능하다는 사실을 중시하여야 한다. 제5공화국정부의 高官들이 제6공화국에 들어와서야 제5공화국시대에 저지른 범죄를 刑事訴追를 당하고 있다는 사실에 주목하여야 한다. 제5공화국 대통령의 형제와 처남에 대한 刑事訴追가 제5공화국시대에 불

구형법의 각칙은 1백3개 조문에 그 내용도 아주 간단하여 각종 다양한 범죄행위에 적절히 대처할 수가 없었다. 그리하여 구형법은 제79조 본문에 「이 법의 각칙에 명문으로 규정되지 아니한 범죄는 이 법의 각칙 중에서 가장 유사한 조문에 비추어 범죄로 확정하고 형벌에 처할 수 있다.」고 규정하여 명문으로 類推解釋을 허용하였었는데, 신형법은 이를 삭제하면서 제3조에 「법률이 명문으로 범죄행위를 규정할 때, 법률에 의해 죄를 정하고 형에 처한다. 범죄행위에 대한 법률의 명문규정이 없을 때에는 죄를 정하거나 형에 처할 수 없다.」고 규정하고, 각칙 규정도 3백50개 조로 확장 하면서 각종 범죄행위에 대한 규정을 신설하고 각 범죄행위에 대한 양형규정도 명확·구체적으로 규정하였다.

(2) 法앞에서의 萬人平等 原則

신형법은 제4조에 「어떠한 사람의 범죄에 대하여도 법률상 일을 평등적으로 적용한다. 어떠한 사람에 대한 超越法律的特權은 허용하지 아니한다.」고 규정하여 형사사건에서 사사로운 정이나 상황에 맞추어 임의로 처벌하던 관행에서 탈피하고, 국민의 정치생활과 사회생활중에서의 특권사상을 반대하면서 평등한 권리향유를 추구하고자 하였다.

(3) 刑罰均衡의 原則

신형법은 제5조에 「형벌의 경중은 범죄자의 범죄행위와 부담할 형사책임에 상응해야 한다.」고 규정하고, 나아가 각칙에서도 범죄행위의 성질, 정상의 경중, 사회적 위험성의 大小에 따라 처단할 형벌을 세부적으로 규정하고 각 조항간에 처벌형의 규정에 통일·평형을 이루도록 하였다.

나. 總則 規定중 重要 改正內容

(1) 正當防衛 免責範圍의 擴大

과잉정당방위 행위에 대한 「정당방위가 필요한 한도를 초과하여 부당한 위해를 발생한 때」(구형법 제17조 제2항)를 「정당방위가 분명히 필요한 정도를 초과하여 중대한 손해를 발생시킨 경우」로 한정하고(신형법 제20조제2항), 나아가 동조 제3항에 「현재 진행중인 흉포한 행위, 살인, 강도, 강간, 유괴와 기타 엄중히 위험한 인신안전에 대한 폭력범죄에 대하여 사용한 방위행위가 불법 침해자에게 死傷을 발생시켜도 과잉정당방위에 속하지 않으며 형사책임을 지지 아니한다.」는 규정을 신설하여 정당방위 면책범위를 확대하고, 犯罪의 凶暴化에 대비하였다.

(2) 單位(법인 또는 비법인 조직) 犯罪에 대한 규정 신설

구형법에서는 自然人만을 범죄주체로 하였으나, 改革·開放이후 사회·경제의 발달에 따라 法人등의 범죄가 늘어나고 그 폐해도 심각해지자 1987년 제정된 稅關法에 밀수죄의 경우 單位도 범죄주체로 규정한 이래 그 이후 제정된 형법 보충규정에서도 單位도 범죄주체로 규정하다가 이번 개정시 명문으로 형법에 單位도 범죄의 주체로 규정하고, 單位에 대해서는 罰金刑을, 직접책임있는 自然人에 대해서는 형벌에 처하도록 규정하였다.(신형법 제30조, 제31조)

(3) 刑罰에 관한 規定

(가) 管制刑에 관한 규정 확대, 정비

拘役, 유기징역, 무기징역, 사형 등과 함께 중국의 5개 主刑중 인신의 자유를 박탈하지 않는 開放刑 형태인 管制刑의 관리를 受刑者가 소속된 기층조직에 맡기던 것을 사회의 유동성이 확대됨에 따라 이에 적절히 대처할 수 있도록 신형법에서는 제39조에서 집행기관의 감독을 받도록 하고, 각칙에서도 管制刑에 처할 수 있는 범위를 확대하였다.

(나) 死刑에 관한 규정 정비

16세 이상 18세 미만의 자라도 범죄행위가 특히 중대한 때는 死刑 執行猶豫 2년에 처할 수 있던 것을(구형법 제44조) 범죄시에 만18세 미만인 자에 대하여는 사형을 적용하지 아니하도록 개정(신형법 제49조)하였고, 銃殺의 방법으로 사형을 집행하도록 한 규정(구형법 제45조)을 형법에서 삭제하고 대신 형사소송법에 총살외에 注射 등의 방법으로도 집행할 수 있도록(신 형사소송법 제212조 제2항) 규정하였다.

또한 집행유예부 사형 판결을 받은 자에 대한 감형의 조건에 대하여 「명백히 개선한 경우」를 「고의 범죄가 없는 경우」로, 집행의 조건에 대하여 「改換을 거부하고 그 정상이 악질임이 명백해진 경우」를 「고의범죄가 있고 조사결과 사실로 밝혀진 경우」로 규정하여 사형에 대한 감형 및 집행의 한계를 명확히 규정하였다(신형법 제50조).

(다) 罰金刑의 擴大

구형법에도 벌금형이 부가형으로 규정되었으나 경제 범죄의 증가에 맞추어 신형법에서는 특히 경제범죄에 대하여 벌금형의 적용을 대폭 확대하였을 뿐만 아니라 범죄의 구체적인 규모에 따라 벌금의 액수도 달리 규정하였다.

(4) 量刑에 관한 규정 강화

法定刑 以下로 判決할 경우 각급 법원 재판위원회의 결정을 거치도록 한 것(구형법 제59조 제2항)을 최고인민법원의 승인을 거치도록 개정(신형법 제63조 제2항)하여 각 지역에 따라 천차만별로 남용의 폐해가 심각하던 법정형 이하 감형의 한계와 기준의 통일을 기하고, 累犯적용 기간을 「집행종료 또는 사면된 후 3년이내 재범」에서 「5년」으로 확대하였을(신형법 제65조) 뿐만 아니라 제81조에서는 「누범 등으로 10년 이상 유기징역, 무기징역의 판결을 받은 범죄자에 대하여는 가석방하지 아니한다.」고 규정하여 누범에 대한 처벌을 더욱 엄하게 하였다. 그외에도 자수의 인정범위를 확대하고 自首 및 貢獻시의 처벌 감면 사유를 구체화하고(신형법 제67, 68조), 임의적 감형 사유 외에 필요적 감형사유를 신설(신형법 제78조)하는 등 형사정책적인 배려를 하고, 나아가 감형·가석방의 법정절차를 신설(신형법 제79조, 82조)하고 가석방된 자의 준수사항을 신설(신형법 제84조)하여 감형·가석방의 무분별한 남용을 제한함과 아울러 엄격한 관리를 기도 하였다.

(5) 公訴時效 例外 기간의 연장

공소시효의 제한을 받지 않는 기간을 강제조치를 취한 이후(구형법 제77조)에서 立件搜查시 및 告訴시로(신법 제88조)로 확대하여 複雜多端 해지는 범죄와 수사의 어려움에 대처하도록 하였다.

(6) 國家 公務員의 범위 확정

「이 법에서 국가 공무원(國家 工作人員)이라 함은 국가기관에서 공무에 종사하는 요원을 말한다. 국유공사, 기업, 사업單位, 인민단체등에서 공무에 종사하는 사람과 국가기관, 국유공사, 기업, 사업單位 위원회에서 파견한 비국유의 공사, 기업, 사업單位, 사회단체에서 공무에 종사하는 요원, 그 밖의 법률에 의하여 공무에 종사하는 요원은 국가공직인원으로 본다.」고 명확히 규정(신형법 제93조)하여 국유기업등 관리자의 횡령, 뇌물범죄에 대처하도록 하였다.

다. 各則 規定중 改正內容 概觀

각칙은 8개 章 1백3개 조문에 불과하였으나, 신형법에서는 10개 章, 즉 국가안전 위해죄, 공공안전 위해죄, 사회주의 시장경제질서 파괴죄, 공민의 인신권리·민주권리 침해죄, 재산침해죄, 사회관리질서 방해죄, 국방이익 위해죄, 탐오·뇌물죄, 독직죄, 군인의 직책위반죄 등 총3백50개 條로 모든 분야에 걸쳐서 대폭 확대 개정되었다. 그 중 특히 제3장 사회주의 시장경제질서 파괴죄 부분에 대하여는 과거 개별적인 내용의 15개 조문에 불과하던 것을 8개 節, 즉 가짜·저질상품 생산·판매죄, 밀수죄, 회사·기업의 관리질서 방해죄, 금융관리질서 파괴죄, 금융사기죄, 세금징수관리 위해죄, 지적재산권 침해죄, 시장질서 교란죄 등 총 92개 조문(제140조 내지 제231조)으로 확대하면서 기존 규정을 대폭 수정, 보완하였을 뿐만 아니라 증권사기죄, 불법거래죄, 증권거래가격 조작죄, 증권거래질서 방해죄, 상업비밀 침해죄 등을 신설하고, 제6장 사회관리질서 방해죄에 대하여도 과거 22개 조문에 불과하던 것을 총 9개 節, 즉 공공질서 교란죄, 司法 방해죄, 국(번)경 관리 방해죄, 운물관리 방해죄, 공공위생 방해죄, 환경자원 보호 파괴죄, 마약의 밀수·판매·운수죄, 매음의 조직·강박·유인·수용·소개죄, 음란물품의 제작·판매·전파죄 등 총91개 조문(제277조 내지 367조)으로 확대하면서 기존 규정을 대폭 수정, 보완한 이외에도 컴퓨터 범죄, 환경범죄 등의 규정을 신설하여 중국의 개혁·개방 이후 사회주의 시장경제를 시행해 오면서 나타난 각종 사회적 피해에 대하여 효과적으로 대처하고, 나아가 사회주의 시장경제의 정상적인 운영을 확보하도록 하였다.

4. 맺음말

우리는 흔히들 중국에 대해 모든 분야에서 낙후된 제도와 규범을 통해 국민을 통제하는 폐쇄적인 후진국가로 잘못 評價하는 愚를 범하고 있다. 刑事處罰분야에서는 더욱 그러하다. 그러나 현재 중국이 눈부신 경제발전으로 세계의 政治·經濟大國으로 성장하는 과정의 급격한 變革중에서도 법치실현에 노력하며 극히 양호한 치안상태를 유지하여오는 것을 看過하여서는 안될 것이다. 儒敎的 東洋思想의 같은 뿌리를 갖고 있는 우리가 중국의 현행 법제도를 계속 도외시만 할 것인가, 他山之石으로라도 배울 점은 없겠는가. 중국은 이제 개혁·개방직 후에 제정 시행되었던 법령들을 改正하고 부속법령들을 制定하는 준비기에 접어들었다. 중국의 刑事法制와 그 節次에 대해서 더욱 더 관심을 가져야 할 때이다.

5. 개정 의의

구형법의 문제점으로는 1)독직죄, 유랑죄, 투기죄등과 같은 범죄행위를 구체적으로 적시하지 않아 임의로 법을 적용할 가능성이 크고, 2)사회적 피해가 한층 높아진 뇌물죄, 밀수죄, 마약범죄 등과 같이 엄중하게 처벌해야 할 범죄에 대해

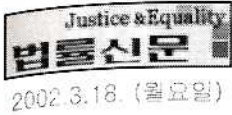


제대로 대처하지 못하고, 3)금융범죄, 증권범죄, 컴퓨터범죄 등과 같이 현대적인 범죄에 대해 규정하지 못하고 있다고 비판 받아 왔었는데 이러한 결점을 일소하고 개정형법을 선보임으로써 이번 형법 개정에 대해 17년 동안 구형법을 시행한 경험의 총결산이고, 중국을 법치국가로 향하게 하는 거보이고, 사회주의 법제국가를 건설하는 객관적 요구를 충족시킨 것이고, 사회주의 개혁개방과 현대화 건설사업을 순리적으로 진행시키는 것을 유지보호하는 것이라고 중국에서는 평가되고 있다.

신문게재일 : 1997-10-02



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



# 연구논단 INFORMATION

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

--제 2430 호--

## 5·18불기소처분의 법리적 문제점

< 허영 >

法律新聞  
2430호  
법률신문사  
5·18불기소처분의 법리적 문제점  
許 營  
연세대법대교수

===== 14면 =====

### 1. 검찰의 「공소권 없음」 결정

1년동안이나 끌려온 5·18 고소·고발사건에 대해서 검찰은 7월 18일 「공소권 없음」이라는 불기소 결정을 했다. 검찰은 2백16쪽에 달하는 방대한 「5·18관련사건 수사결과」 보고서에서 5·18관련사건에서 문제가 되고 있는 일련의 조치는 10·26사태 이후 권력 공백기에 군의 주도권을 장악한 전두환 보안사령관이 제5공화국이라는 새 정권을 창출해 나간 정치적 변혁 과정에 해당된다고 성격화하면서 이러한 일련의 행위들은 성공한 쿠데타에 해당되어 사법 심사의 대상이 될 수 없기 때문에 「공소권 없음」의 불기소 결정을 한다고 밝히고 있다. 또 검찰은 이 사건에서 문제가 되고 있는 국보위입법회의의 입법활동은 과도입법기구의 입법행위로서 전형적인 통치행위 영역에 속하는 것이므로 역시 사법 심사가 배제된다고 평가했다.

### 2. 검찰결정의 법적 근거

검찰이 「공소권 없음」의 불기소 결정을 한 법적 근거는 검찰청법 제11조의 위임에 의해 제정된 법무부령 「검찰 사건사무규칙」 제52조 제3항 제4호라고 보여진다. 이 조항은 10가지 공소권 없는 경우를 개괄적으로 열거하고 있는데, 그 중에는 「피의자에 관하여 재판권이 없는 경우」가 들어 있다. 즉 검찰은 이 사건에 대해서 이 규정을 적용하여 공소권 없음의 불기소 결정을 한 것이라고 판단된다. 그러나 이 규정의 적용은 두 가지 점에서 문제가 있다고 생각한다. 첫째는 「피의자에 관하여 재판권이 없는 경우」는 주한외교사절등 국제법상 치외법권을 누리는 사람들의 경우를 말하는 것이지, 이 사건 피의자들처럼 국내법의 적용대상인 사람들에게 면죄부를 주기 위한 규정은 아니기 때문이다. 성공한 쿠데타를 상정하고 그 주도세력에게 면죄부를 주기 위한 법적 근거를 미리 마련한다는 것은 법적 정의를 실현해야 하는 법질서의 기본 정신과 조화되기 어렵다. 따라서 「피의자에 관하여 재판권이 없는 경우」는 매우 한정적인 경우에 국한되기 때문에 이를 결코 확대 해석해서는 아니된다. 더우기 같은 조항에서 「공소권 없음」의 불기소 결정을 해야 되는 사유로 열거된 다른 9가지 사항들이 모두 구체적이고 명확한 경우만을 적시하고 있다는 점을 감안한다면 「재판권이 없는 경우」도 치외법권의 경우로 한정해서 이해하는 것이 입법정



신상 합당하다고 할 것이다.

우리 현행헌법상 대통령 재직중의 내란죄도 소추의 대상이 되는데 하물며 내란 행위에 의한 정권 찬탈은 재판권이 없는 경우에 해당한다는 법 해석은 난센스다.

둘째 검찰의 불기소 결정은 언제나 형사피해자의 재판절차진술권을 존중하는 방향으로 행사되어야 한다. 우리 헌법재판소도 이 점을 일관되게 강조하고 있다. 그런데 이 사건과 같은 고소사건에서는 형사 피해자의 재판절차진술권이 특히 중요한 헌법적 보호범위에 속하기 때문에 검찰이 「공소권 없음」의 불기소 결정을 하기 위한 법적 근거로 삼은 검찰사건사무규칙 제52조 제3항 제4호의 해석에 있어서도 형사 피해자의 재판절차진술권이 침해되는 일이 없도록 합리적인 해석을 해야 한다. 즉 「공소권 없음」 결정의 사유로서 「피의자에 관하여 재판권이 없는 경우」를 되도록 좁게 해석하는 것만이 형사피해자의 재판절차진술권을 존중하는 합리적인 법 해석이다. 그럼에도 불구하고 검찰은 오히려 「피의자에 관하여 재판권이 없는 경우」를 확대 해석함으로써 5·18관련 피의자들을 이 규정에 포함시켰기 때문에 기본권의 기속력을 무시하는 법 해석을 했다고 할 것이다. 검찰이 무리한 법 해석을 근거로 이 사건에서 「공소권 없음」의 불기소 결정을 함으로써 이 사건 피해자들은 헌법에서 보장하는 재판절차진술권을 박탈당한 결과가 되었다. 기소독점주의와 기소편의주의가 적용되는 형사소송 절차도 당연히 기본권적인 제약을 받기 때문에 형사 피해자의 재판절차진술권이 침해되지 않는 범위내에서만 불기소 결정이 정당화된다고 하는 것이 오늘날 학설·판례의 일치된 견해이다.

### 3. 과연 성공한 쿠데타인가

검찰은 이 사건 「공소권 없음」 결정의 기초를 「성공한 쿠데타」에 두고 있다. 그런데 검찰은 점진적으로 집권 기반을 다져나간 일련의 조치들을 성공한 쿠데타라고 보면서 전두환 당시 보안사령관이 비록 간접선거에 의한 것이기는 하지만 제12대 대통령에 취임한 1981년 3월 3일을 새 정권 창출과 새 헌법 질서의 형성에 성공한 시점으로 보는 듯 하다. 만일 검찰이 1981년 3월 3일을 쿠데타 성공의 시점으로 본다면 이 사건의 공소시효는 실정법상으로도 그 때부터 진행되어 1996년 3월 2일에야 완성되는 것이 옳다고 할 것이다.

아무튼 이 사건을 성공한 쿠데타로 보는 검찰의 시각은 수긍하기 어렵다. 전두환 정권의 탄생과정에서부터 불붙기 시작한 군사통치반대의 국민 저항운동이 전두환 대통령의 퇴임시까지 끊임없이 계속되었을 뿐 아니라, 사실상의 정권연장을 위한 집요한 개헌봉쇄시도가 국민의 6월 민주항쟁에 의해서 좌절되고 6·29항복 선언으로 국민의 승리로 끝나게 되었다는 엄연한 역사적 사실을 간과해서는 아니된다. 그에 더하여 전두환 전 대통령은 결코 민주적 정당성을 확보한 대통령은 아니었다. 단계적 쿠데타의 성공여부의 판단에서 중요한 것은 얼마나 오랫동안 집권했는가 아니고, 집권기간동안 민주적 정당성을 얼마나 확보했는가 하는 것이다. 전두환 전 대통령이 정권유지의 수단으로 동원한 힘의 통치는 민주적 정당성의 취약성과 불가분의 연관성이 있다. 그 뿐만 아니다. 성공한 쿠데타의 평가와 조화될 수 없는 것은 6월 민주항쟁에 의한 직선제 개헌의 쟁취와 노정권 출범후의 여소야대 국회의 탄생이다. 비록 직선에 의해 당선되었지만 총유효투표 37%의 지지를 얻는데 그친 노 전대통령은 헌법상의 체계 정당성과 조화될 수 없는 잘못된 대통령 선거제도 때문에 대통령에 당선된 것이었을 뿐 노대통령도 성공한 쿠데타로 볼 수 있는 정도의 확고한 민주적 정당성을 확보한 것은 아니었다.

지금의 문민정부가 처음부터 12·12를 쿠데타적 사건으로 성격화하면서 과거 정권과의 차별성을 강조하고 있는 점으로 미루어 보아도 12·12에서 5·18과 그 이후로 이어지는 사태를 성공한 쿠데타라고 정당화시키고 있다고 속단하기가 어렵다. 역사의 심판에 맡기자는 것이 반드시 성공한 쿠데타라는 평가를 바탕으로 하고 있는 것이라고는 생각되지 않는다. 성공한 쿠데타라면 구태여 역사

의 심판에 맡길 필요도 없이 이미 국민에 의한 심판은 끝난 것이기 때문이다.

4. 성공한 쿠데타는 사법적 심사가 배제되는가

검찰은 5·18관련사건은 쿠데타가 성공해서 새로운 헌정 질서가 형성되었기 때문에 사법심사의 대상이 될 수 없을 뿐 아니라, 그것이 아직도 사법 심사의 대상이 된다면 정치·사회·법률적으로 중대한 혼란을 야기할 수도 있어서 옳지 않다는 논리를 펴고 있다.

검찰은 그러한 논리의 이론적인 근거로서 G.엘리네크, H.켈젠, G.라드부르흐 등의 법실증주의 법 이론을 인용하고 있다. 그러나 검찰의 논리는 법실증주의 법이론의 본질을 오해하고 있을 뿐 아니라 이미 그 이론적인 모순 때문에 제2차 세계대전이후에는 적어도 법치주의의 선진국에서 더 이상 타당성이 없는 구 시대의 이론으로 배척되고 있는 진부한 이론을 끌어 들였다는 비난을 면할 길이 없다.

5. 검찰의 기능과 통치행위 이론

검찰은 국보위입법회의의 입법활동에 대해서 그것은 전형적인 통치행위이기 때문에 사법적 심사가 배제된다고 주장하고 있다. 그러나 검찰이 주장하는 통치행위 이론은 군주시대의 이론적인 유물로서 입헌주의 초기에 군주대권 내지 국왕 면책론 등을 근거로 일부 학자들에 의해서 주장되었었지만, 오늘날에 와서는 거의 도태된 이론이다. 지금은 오히려 사법적 심사가 배제되는 「통치행위」를 인정할 수 없다는 전제위에서, 3권분립이론에 바탕을 둔 사법적 자제이론이 부분적으로 주장되고 있다. 즉 대통령의 거부권 행사, 사면조치, 외국과의 국교수립 등 고도의 정치 결단적 국정행위가 있는 경우, 그것이 국민의 기본권을 직접적으로 침해하는 행위가 아니고, 그 국정 행위에 대해서 대의기관에 의한 통제 등 정치적 통제수단이 따로 마련되어 있는 예외적인 경우에는 사법부 스스로가 사법적 심사를 자제할 수 있다는 것이다(반드시 자제해야 되는 것이 아니다). 따라서 사법적 자제의 대상이 되는 국정행위이기 위해서는 우선 합법적이고 정당성 있는 통치기관의 적법한 국정행위가 있어야 한다. 또 사법적 자제의 대상이 되는 국정행위가 있는 경우 사법적 자제의 주체는 3권분립이론에 따른 사법부에 한정된다.

그런데 검찰은 사법부가 아니면서도 통치행위임을 구실로 사법적 심사를 배제하는 결정을 함으로써 사법부의 심판권을 박탈한 꼴이 되고 말았다. 사법적 자제를 하고 안하고는 사법부 스스로가 결정할 일이지 결코 검찰의 몫이 아니다. 유감스럽게도 우리 헌법재판소는 이 점에 대해서 다른 견해의 판시를 하고 있지만, 국보위입법활동 자체를 사법적 자제의 대상이라고 보지는 않는다는 점은 눈 여겨 볼 대목이다.

6. 바람직한 검찰의 역할

결론적으로 검찰은 5·18관련사건의 처리에서 무리한 법 이론으로 지나치게 정치적인 결정을 했다는 비난을 면할 길이 없다. 검찰은 정치적인 결정에 앞서 법적인 판단을 하고 정치적인 결정은 정치권에 맡기는 것이 옳았다고 생각한다. 법이 부여한 검찰의 사명은 신속하고 철저한 수사를 하고 수사 결과에 따른 공정한 법적 판단을 함으로써 사회정의실현에 기여하는 것이다. 그런데도 불구하고 검찰은 신속한 수사보다는 거북이 수사를, 그리고 철저한 수사보다는 수사 미진의 하자를 드러낸 채 법적인 판단보다 정치적인 결정을 하고 만 것이다. 검찰이 밝혀 낸 고의적인 양민살해부분만 해도 그렇다. 이 부분이야말로 빠른 수사를 하고 올바른 법적용을 했더라면 그에 대한 법적인 제재가 가능했었는데도 경찰의 능력수사 때문에 피해자의 권리구제가 어렵게 되었다. 또 최 전대통령의 증언은 이 사건의 진상파악을 위해서 결정적인 단서가 된다는 것쯤은 충분히 인식하고 있을 검찰이 최 전대통령의 법적 근거도 없는 증언거부를 그대로 용인함으로써 결과적으로 핵심 증인의 진술없이 수사를 종결한 꼴이 되고 말았다. 이것은 앞으로의 사법적 정의실현을 위해서도 매우 나쁜 선례를 남긴 큰 실책이라고 생각한다.

경찰은 이 사건에 대해서 수사결과에 나타난 사실만으로도 국헌문란의 내란죄 성립을 인정하고 기소결정을 함으로써 스스로 정치화의 늪에서 벗어나고, 나머지 일은 사법부의 심판과 대통령의 정치적인 결단에 맡기는 것이 옳았다고 생각한다. 12·12사건에 대한 경찰의 기소유예결정이 같은 성질의 5·18사건에서는 「공소권 없음」으로 바뀐 이유를 상식적으로도 납득할 수 있는 국민은 별로 많지 않다고 본다. 각종 여론조사 기관에서 실시한 여론조사 결과가 그것을 잘 말해주고 있다. 경찰은 법적 안정성을 이유로 불기소 결정을 했다지만, 이 결정으로 인해서 우리 사회의 사법적 정의가 무너지고 가치관의 혼란이 야기되고, 이 사건 피해자들의 계속적인 투쟁으로 인해서 법적 안정성도 실현될 수 없게 된다면 그 책임은 전적으로 경찰이 져야 한다. 경찰이 하루 속히 제 모습을 찾아 달라는 것은 경찰을 아끼는 모든 사람들의 한결같은 바램이다.

신문게재일 : 1995-08-17



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

## < 발제문 > 반인도적 국가범죄의 공소시효에 대하여

한 택 근 (민변 국제연대위원장, 변호사)

### 1. 문제의 제기

#### 서울법대 최종길 교수 고문살해 및 은폐사건 (1973)

1973. 중앙정보부는 “간첩 관련 혐의로 조사를 받던 최종길 서울법대 교수가 양심의 가책을 느껴 투신자살을 했다.”고 발표했다. 그러나 28년이 지난 지난해 12월 대통령 소속 의문사진상규명위원회는 “최교수의 사인이 고문치사였을 가능성이 높으며, 정신을 잃은 최교수를 건물에서 밀어 뜨렸다는 당시 요원의 진술을 확보했다.”고 발표했다. 당시 사망진단서와 사체검안서 등이 모두 허위로 작성된 사실이 드러났지만, 공소시효가 만료돼 당시 고위 책임자 이하 수사관들에 대한 처벌이 불가능한 상황이다.

#### 삼청교육대 사건(1980)

1980. 계엄하의 신군부가 4만여명의 시민들을 불법 체포, 구금하여 강도 높은 순화교육을 실시했다. 이 과정에서 사망자만 400여명에 달하는 등 교육기간 동안 강제노역과 구타, 고문 등으로 인한 대대적인 인권침해가 발생했다. 피해자들이 작년 12월 최규하, 전두환 전 대통령 이하 사건 지휘 책임자와 폭행살인 가담자들을 고소했으나 검찰은 아직 기소여부에 대한 결정조차 통지하지 않고 있다.

#### 이윤성 사망사건 (1983)

1983. 5. 국군보안사는 “군복무중인 성군관대 이윤성씨가 월북기도 혐의로 조사를 받다 자책감을 못이겨 4월 30일 자살했다.”고 발표했다. 그러나 의문사진상규명위는 “이씨가 보안사의 운동권 출신 군인들에 대한 특별정훈교육(일명 녹화사업)과정에서 사망했으며 가혹행위도 당했다.”고 군 발표를 뒤집는 조사 결과를 내놓았다. 군부 고위층에서 이씨의 죽음을 조직적으로 은폐, 조작했을 가능성이 제기되고 있으나 이 사건 역시 공소시효가 이미 지난 상태이다.

#### 박영두 폭행치사 및 은폐사건 (1984)

폭력전과의 ‘불량배혐의자’로 1980. 계엄군에 연행된 뒤 삼청교육대에 끌려갔던 박영두씨는 군인들의 폭행에 항의하다가 청송교도소로 이감됐다. 청송교도소 복역 중에도 박씨는 재소자 처우 개선을 계속 요구했고, 이 과정에서 교도관들의 폭행과 가혹행위로 인해 1984. 10. 13. 숨진 사실이 작년 의문사 진상규명위에 의해 밝혀졌다. 박씨의 죽음은 의문사 진상규명위를 통해 민주화와 관련된 것으로 밝혀진 타살 1호로 인정받았지만 공소시효가 10년이 지남에 따라 위원회가 고발을 못하고, 당시 폭행 가담 교도관 4명과 보안과장, 교도소장의 이름만이 공표됐다. 이들 중 일부는 아직도 법무부 산하 교정기관에서 공무원 생활을 계속 하고 있다.

#### 수지김 간첩조작, 은폐사건 (1987)

수지김(본명:김옥분)씨는 1987. 홍콩에서 당시 남편 윤태식씨에 의해 살해됐다. 그러나 윤씨와 안기부는 수지김의 죽음을 간첩사건으로 조작, 당시 공안정국에 이용했다. 고인과 유족들이 간첩과 간첩가족의 오명을 뒤집어쓰고 인고의 나날을 보내는 동안 윤씨는 안기부의 비호를 받아 벤처사업가로 성공했다. 작년 검찰의 제수사로 경찰에 내사중단을 요청한 국정원 간부와 경찰청장이 직권남용과 범인도치 등 혐의로 기소됐지만 정작 당시 사건의 직접적인 책임을 져야할 장세동 당시 안기부장 이하 안기부 간부들은 직무유기, 직권남용, 범인도피, 범인은닉의 죄에 대한 공소시효가 만료되어 수사가 진행되지 못하고 있다.

## 이근안 고문사건

얼굴 없는 고문기술자로 악명을 떨쳤던 이근안씨가 2000. 자수한 후, 일부 혐의가 인정되어 징역7년 자격정지 7년의 형을 선고받았다. 그러나 이씨가 고문을 자행한 79년 남민전 사건과 80년 미스 유니버스대회 폭파음모사건, 86년 민청련 김근태 의장에 대한 고문 등은 시효 만료로 공소가 제기되지 못했다.

이상은 2002. 3. 8. 반인도적 국가범죄 처벌을 위한 특별법제정을 촉구하는 인권사회단체들이 서울 명동성당에서 기자회견을 하면서 열거한 사례들로서, 형사소송법 규정만을 놓고 보면 위 범죄행위들은 이미 공소시효가 종료되었다고 볼 여지도 있다.

그러나 위 사례들을 살펴보면 과거 군사독재정권(박정희 유신정권부터 전두환, 노태우의 군사독재정권)하의 국가기관에 종사하는 자들이 조직적으로 무고한 시민의 생명, 신체에 대하여 해악을 가하였거나, 이후 이 같은 가해행위 내지 기타 범죄행위를 조직적으로 조작 또는 은폐한 범죄행위로서 적어도 과거 군사독재정권이 막을 내릴 당시까지는 물론이고, 그 이후에도 그 은폐, 조작된 진상이 드러날 때까지는 위 범죄행위를 기소하는 것이 사실상 불가능하였던 범죄들이다.

이하에서는 위와 같이 국가기관에 종사하는 자들이 조직적으로 무고한 시민의 생명, 신체에 대하여 해악을 가하였거나, 이후 이 같은 가해행위 내지 기타 범죄행위를 조직적으로 조작 또는 은폐한 범죄행위를 반인도적 국가범죄라 정의하고, 1) 이들 범죄의 전모가 밝혀진 오늘날에 와서 이러한 범죄를 처벌하는 것이 가능한가, 그렇다면 그 근거는 무엇이고, 구체적인 방법은 무엇인가에 대해 살펴보기로 한다.

## 2. 국제법상 반인도적 범죄의 공소시효배제

제2차 세계대전 후 나치 전범을 처벌하기 위해 연합군은 1946년 뉘른베르크 헌장을 제정했는데 동헌장 제6조 제3항은 “전쟁 전 또는 전쟁 중에 민간인에 대하여 범해진 살인, 말살, 노예화, 강제추방 및 반인도적 행위, 그리고 재판소의 관할에 속하는 범죄와 관련 있는 정치적 인종적 또는 종교적 이유로 인한 박해”를 반인도적 범죄라고 정의하였다.

이후 나치전범에 대한 처리가 끝나지 못했음에도 독일법상 이들 범죄에 대한 시효의 만료가 임박함에 따라 국제적인 대응을 가져 왔는데, 1968. 유엔총회는 “전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약”을 채택하였다.

1) ‘반인도적 국가범죄’는 후술하는 것처럼 국제법상 반인도 범죄와는 일치하지 않는 개념이고, 이에 조국교수는 이러한 범죄를 ‘반인권적국가범죄’라 하고 있으나, 이미 반인도적 국가범죄라는 용어가 일반화되어 있으므로 여기서는 ‘반인도적 국가범죄’라는 용어를 사용하기로 한다. 조국, 반인권적국가범죄와 공소시효의 정치.배제, 법률신문, 2002. 2. 25.자 참조

동 협약 제1조는 “다음과 같은 범죄에 대하여는 범행시기와 상관없이 공소시효의 제한이 적용되지 아니한다.”고 규정하고 구체적으로는 전쟁범죄와 뉘른베르그 국제군사재판 현장에서 규정되고 두 차례의 유엔결의에서 확인된 전시 또는 평시를 불문하고 저질러진 반인도적 범죄, 1948년 집단 살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약에 규정된 집단살해죄<sup>2)</sup> 등을 들고 있다. 나아가 동 협약 제2조는 “제1조에 언급된 범죄가 행하여진 경우, 이 협약 규정은 범행의 완성단계와 관계없이 정범 또는 공범으로 가담하였거나, 그러한 범죄행위를 하도록 타인을 직접 교사하였거나, 그러한 범행을 공모한 국가기관의 대표와 사인 그리고 이들의 행위를 묵인한 국가기관의 대표에게 적용된다.” 규정하고 있다.

이후 반인도적 범죄에 관해서는 1993. 유고슬라비아 전범재판소 규정 및 1994. 르완다 전범재판소 규정에서 그 개념정의가 있었고, 가장 최근에는 1998. 로마회의가 채택한 “국제형사재판소를 위한 로마규정”에서 집대성되었다.

우선 동규정 제5조는 관할 범죄로 ‘집단학살, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄, 침략범죄’로 규정하고, 제7조는 “이 법에서 말하는 반인도적 범죄는 민간인에 대하여 광범위하거나 조직적인 공격으로써 자행된 다음 열거된 행위를 말한다. (a) 살인(murder); (b) 말살(extermiation); (c) 노예화(enslavement); (d) 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, of any form of sexual violence of comparable gravity); (h)정치적, 종교적, 민족적, 문화적, 종교적 혹은 성차별에 입각한 어느 특정 그룹에 대한 박해(persecution against any identifiable group or clooectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender...); (i) 강제된 납치행위(enforced disappearance of persons); (j)아파트헤이드; (k) 기타 의도적으로 신체에 심각한 고통을 주기 위해 자행되는 비인도적 행위(other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering.... to body...) 라 정의하고 있다. 나아가 동규정 제29조는 위 범죄들에 대하여 공소시효를 완전 배제하고 있다.

이러한 규정들을 살펴 볼 때 우리는 위에서 사례로 든 범죄들 중 살인, 폭행치사, 고문 등의 범죄가 국제법상의 ‘반인도적 범죄’에 해당함은 쉽게 알 수 있다. 왜냐하면 위 범죄행위들은 군사독재 정권이 권력 유지를 위해 수사기관 내지 교정기관을 통해 조직적으로 살인, 폭행, 고문 등의 반인도적 행위를 자행하였던 것이기 때문이다.<sup>3)</sup> 한편 국가기관에 의한 살인, 폭행, 고문 등의 범죄행위 내지 기타 중대한 범죄행위를 국가기관이 조직적으로 조작, 은폐한 행위까지 국제법상의 ‘반인도적 범죄’에 해당하느냐에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있으나, 적어도 국가기관이 조직적으로 중대한 인권침해 범죄행위를 하였고, 그럼에도 범죄사실의 조직적인 은폐에 의하여 공소제기가 불가능하였으므로 그 은폐된 사실이 밝혀질 때까지 공소를 제기하는 것이 불가능하였으므로 공소시효를 배제 내지 정지시킬 것이 요구된다. 는 점에서는 차이가 없다.

다만 우리나라는 아직까지 “전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약” 과

2) 이 협약은 1948. 12. 9. 채택되어 1951. 1. 12. 발효하였고, 우리나라는 이 협약에 1951. 12. 12. 가입하였다.

3) 고문범죄가 반인도적 범죄에 해당함에 대하여 자세히 논한 바 있다. 박찬운, 반인도적 범죄의 국내적 수용, 14,15쪽, 국회 일본군 위안부문제 연구모임주최의 세미나 자료(1999. 11. 24.)



“국제형사재판소를 위한 로마규정”에 가입하지 않고 있으며, 따라서 위 국제법상의 규정들을 우리나라 형사절차에 그대로 적용할 수 있는가에 관해 논란이 있다. 그러나 위 반인도적 범죄에 대한 개념정의 및 이들 범죄에는 공소시효가 적용되지 않는다는 규정들은 일반적으로 승인된 국제관습법을 확인한 규정이다.<sup>4)</sup>

우리 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있고, 국제관습법이 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당함은 의문의 여지가 없는 바, 따라서 이와 같은 국제관습법상의 공소시효제도는 국내 형사소송법상의 공소시효제도에 불구하고 우리나라 형사절차에 직접 적용된다고 할 것이다.<sup>5)</sup> 특히 이처럼 반인도적 범죄에 대하여 공소시효를 배제하는 국제관습법을 우리 형사절차에 적용하는 것은 후술하는 것과 같은 소급입법의 논란을 막을 수 있다.

### 3. 국제조약 가입

위에서 살펴 본 바와 같이 반인도적범죄에 대하여는 공소시효를 배제하는 것이 국제관습법으로서 우리 형사절차에 직접 적용될 수 있기는 하나, 이에 관해서는 약간의 이론이 있을 수도 있으므로, 차제에 우리 정부가 지체 없이 “전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약”과 “국제형사재판소를 위한 로마규정”<sup>6)</sup>에 가입하여야 할 것이고, 이를 위한 범국민적 운동을 전개하여야 할 것이다.

### 4. 특별법의 제정

전술한 것처럼 국제법상 반인도범죄에 해당하면 공소시효를 배제하는 국제관습법이 그대로 우리 형사절차에 적용될 수 있느냐 하는 논란 및 서두에서 열거한 사례들이 모두 국제법상 반인도범죄에 해당하느냐의 논란이 있는 바, 공소시효문제를 근원적으로 해결하는 가장 효과적인 방법은 역시 입법이라 하겠다.

#### 가. 적용범죄

공소시효를 배제 내지 정지하는 특별법이 제정되는 경우, 이 법이 적용되는 범죄는 과거 군사독재정권(박정희 유신정권부터 전두환, 노태우의 군사독재정권)하의 국가수사기관에 종사하는 자들이 조직적으로 무고한 시민의 생명, 신체에 대하여 해악을 가하였고, 이후 이 같은 가해행위를 조직적으로 조작 또는 은폐한 반인도적 국가범죄행위이다. 나아가 국가기관에 의하지 않은 사인에 의해 저지러진 범죄라 하더라도 국가기관이 이를 조직적으로 조작, 은폐한 경우까지 포함시키는 방법을 강구하여야 할 것이다. 여기서 조작, 은폐한 범행까지 포함시키는 이유는 국가기관 스스로 범행을 저질렀음에도 이를 은폐함에 따라 사실상 범죄자에 대한 기소가 불가능한 상태에 있었기 때문이다.

4) 국제관습법에 대한 자세한 논의는 조시현, 중대한 인권침해행위에 대한 시효문제 및 박찬운, 반인도적 범죄의 국내적 수용, 각 국회 일본군 위안부문제 연구모임주최의 세미나 자료(1999. 11. 24.)

5) 이근안에 대한 항고장, 민주사회를 위한 변호, 통권 제34호 (2000. 1/2) 113쪽

6) 참고로 국제형사재판소를 위한 로마규약은 60개국이 가입하면 발효하는데 현재 55개국이 가입하였음

## 나. 공소시효의 배제

반인도적 국가범죄에 대하여 공소시효 문제를 해결하는 입법 방법 중 한 가지는 공소시효의 적용을 완전히 배제하는 것이다. 전술한 “전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약”과 “국제형사재판소를 위한 로마규정”의 규정의 방식이 그것이다.

우리나라는 이미 1995. 12. 21. 제정된 “헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법”에서 헌정질서파괴범죄(형법상의 내란, 외환 균형법상의 반란 이적의 죄) 및 형법제250조의 죄로서 집단살해방지와 처벌에 관한협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 완전 배제하도록 규정하고 있다.

생각컨대 적어도 국가기관이 조직적으로 살인, 고문 등을 자행한 반인도적 국가범죄에 대해서는 국제관습법 및 국제조약의 예에 따라 공소시효의 적용을 완전히 배제하는 입법을 함이 마땅할 것이다.

## 다. 공소시효의 정지

반인도적 국가범죄의 공소시효문제를 해결하는 다른 한가지의 입법 방법은 공소제기가 불가능한 기간 동안의 공소시효가 진행되는 것을 정지시키는 방법이다.

우리나라는 형사소송법에 공소시효에 관한 규정을 하고 있는데, 시효기간은 범죄행위에 따라 최대 1년부터 최장 15년이고(동법 제249조), 공소시효는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행하되(동법 제252조), 일정한 경우 공소시효가 정지되도록 하고 있다.<sup>7)</sup> 이와 같이 공소시효를 정지시키는 이유는 공소제기가 불가능한 기간 동안에는 공소시효가 진행되는 것이 불합리하기 때문이다.

“5. 18. 민주화운동등에 관한 특별법<sup>8)</sup> 제2조 1항은 ‘1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.’고 규정하고, 동조 2항은 ‘국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간이라 함은 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 23일까지의 기간을 말한다.’고 규정함으로써, 공소시효 정지의 특례를 인정하였다.

참고로 독일의 경우, 공소시효에 관하여 형법에서 규정하고 있는데 “시효는 법률상 소추가 개시될 수 없거나 속행될 수 없는 경우에는 정지한다.”고 규정을 두고 있다(독일 구형법 69조, 현행형법 78조의 b) 이는 소추권의 행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우에 공소시효의 진행이 정지된다는 일반원칙을 명문화 한 것이다. 한편 2차 대전이 끝난 후 나치범죄의 처벌을 위하여 햇센주에서 제정한 나치범죄처벌법은 나치지배기간 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 규정하였으며, 이에 대해 독일연방헌법재판소는 나치정권이 국가권력을 장악함으로써 소추가 불가능하였던 기간 동안에는 위 법률규정에 따라 공소시효가 진행되지 않는다는 것을 확인한 것으로서 헌법의 제 규정에

7) 형사소송법 제253조가 규정하고 있는데, 동조 3항이 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다.’고 규정한 것은 사실상 공소제기가 불가능한 경우 공소시효가 정지된다는 공소시효의 본질을 명문화한 좋은 예라 하겠다.

8) 1993. 2. 문민정부가 들어선 후 전두환, 노태우 군사쿠데타 관련자들에 처벌을 해야 한다는 국민적 요구가 분출하여 각계로부터 이들에 대한 고소 고발이 있었다. 그러나 검찰은 국민의 여망에도 불구하고 1979. 12. 12. 발생한 군사반란사건에 대하여 1994. 10. 29. 기소유예처분을 하였고, 이후 헌법재판소마저 1995. 1. 20. 위 기소유예처분이 정당하다고 하였다.(1995. 1.20. 94헌마 246) 한편 검찰은 1980. 5. 18. 내란사건에 대해서도 1995. 7. 18. 성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다는 논거로서 공소권없음 처분을 하였고, 이에 전노에 대한 처벌이 불가능하는 것이 아니냐 하는 우려가 높아졌다. 이런 가운데 전, 노처벌을 위한 특별법 제정을 요구하는 전국민적 운동이 일게 되었고, 이에 정부는 5.18.특별법제정을 하기에 이르렀다.

반하지 아니하여 합헌이라고 하였다. 이후 독일에서는 1964. 4. 13. 공소시효계산법을 제정하여 1945. 5.8.부터 1949. 12.31.까지의 기간을 시효계산에서 제외하도록 규정하였고 헌법재판소는 1969. 2. 26. 위 규정이 죄형법정주의 신뢰보호의 원칙, 평등권에 위배되지 않는다며 합헌이라고 판시하였다.

나아가 동독이 무너진 후 1944. 3. 구동독공산당 정권 하에서 범하여지고 구동독의 국가 또는 당 지도부의 명시적 또는 묵시적 의사에 따라 정치적 이유 또는 자유주의적 법치국가질서에 합치하지 아니 하는 이유로 처벌되지 아니한 행위의 소추에 있어서는 1949. 10. 11.부터 1990. 10. 3.까지의 기간은 고려하지 아니한다. 이 기간 동안에는 공소시효가 정지된다.” 규정하였다.

이상과 같이 독일에서는 나치체제나 통일 전 동독의 공산정권 하에서 일어난 인간의 존엄성을 유린 하는 불법적 사례들을 청산하기 위한 여러 입법들이 행하여졌으며, 이러한 입법례는 우리에게 좋은 본보기가 되고 있다.

### 라. 소급입법의 문제

반인도적국가범죄에 대한 공소시효의 배제 내지 정지에 관한 법률을 제정함에 있어(나아가 제정 이후에도) 이것이 소급입법이 아니냐는 논란이 예상된다. 이러한 논란은 이미 “5.18. 민주화운동등에 관한 특별법”의 공소시효 정지규정을 둘러싸고 일어난 바 있다. 즉, 5.18 특별법이 제정된 후 12. 12., 5. 18 가담자들은 위 특별법 제2조가 위헌이라는 주장을 하면서, 동 조항에 대한 위헌제청과 헌법소원을 제기하였고, 이에 헌법재판소는 동조항의 위헌성 여부를 심리하게 되었다.

헌법재판소에서는 “1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.”는 규정이 공소시효제도의 본질이나 그 제도에 관한 실정법의 해석에 의하여 당연히 도출되는 사유를 확인하여 공소시효 정지사유의 하나로 규정한 것에 지나지 않는 것(확인적 법률)인지, 그런 것이 아니라 사후에 새로운 공소시효의 정지사유를 규정한 이른바 소급입법에 해당하는 것(형성적 법률)인지가 문제로 되었는데, 4인의 재판관<sup>9)</sup>은 소급효를 가진 법률인가에 대해서 4인의 재판관은 이에 대한 해석은 법원의 권한이라 하였고, 3인의 재판관<sup>10)</sup>은 법 및 법집행의 왜곡에 따르는 소추의 장애사유가 존재하여 일정 범위의 헌정질서파괴행위자들에 대한 검찰의 소추권 행사가 불가능하였으므로 당연히 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보아야 한다는 법리를 확인한 입법으로 소급입법이 아니라 하였고, 다른 2인의 재판관<sup>11)</sup>은 공소시효는 법률로써 명문규정을 둔 경우에 한하여 정지되는 것이므로 이는 소급적 효력을 가진 형성적 법률이라 하였다.

나아가 헌법재판소는 법원이 특별법이 처벌하려는 대상범죄의 공소시효가 아직 완성되지 않았다고 판단한다면 특별법은 진행 중인 공소시효를 연장하는 법률로서 (부진정 소급입법)이라면 합헌이라는데 견해의 일치를 보았으나, 법원이 특별법 소정 헌정질서파괴범죄의 공소시효가 이미 완성되었다고 판단한다면(진정소급입법) 이 조항이 위헌이나 하는 문제<sup>12)</sup>에 대하여 4인의 재판관<sup>13)</sup>은 합헌이라고 하였

9) 재판관 김용준, 정경식, 고중석, 신창언

10) 재판관 김진우, 이재화, 조승형

11) 재판관 김문희, 황도연

12) 이러한 논의가 있었던 이유는 1995. 12. 18.에서야 5.18.특별법이 제정되었는데, 1979/ 12/ 12/에 개시된 군사반란사건과 1980. 5. 18. 에 개시된 내란사건의 종료시점을 법원이 언제라고 판단하는가에 따라 15년이라는 공소시효가 완성된 후 제정된 진정소급효를 지닌 입법일 수도 있고, 공소시효가 완성되기 전에 제정된 부진정 소급효를 지닌 입법일 수도 있기 때문이다. 한편 특별법이 제정된 후 12.12.군사반란사건의 기소는 1996. 2. 2. 28.에 , 5.18.내란사건의 기소는 1996. 1. 23.과 1996. 2. 7.에 이루어졌는데, 이 사건을 심리한 대법원은 위 헌법재판소의 결정에 따라 “위 법률 조항을 그 시행 당시 이미 형사소송법 제249조에 의한 공소시효가 완성되었는지 여부에 관계없이 적용할 수밖에 없다 하였다.”

고,<sup>14)</sup> 5인의 재판관<sup>15)</sup>은 위헌이라 하였으나, 위헌결정을 하기 위한 정족수 6인 이상을 채우지 못함에 따라 합헌결정을 하기에 이르렀다.(헌법재판소 1996.2.16. 결정 96헌가2, 96헌바7.13(병합))

결국, 헌법재판소의 결정은 “공소시효란 본래 소추가능기간을 의미하므로 정상적인 소추권의 행사가 가능할 것을 전제로 하는 것이며, 따라서 공소시효는 소추기관이 유효하게 공소권을 행사할 수 없었던 기간은 공소시효를 정지시키는 입법이 가능하며 그것은 소급입법이 아니라는 점과, 공소시효가 완성되기 이전에 공소시효의 진행을 정지시키는 입법은 물론 예외적으로 공소시효가 완성된 범죄에 대하여도 공소시효를 정지시키는 입법도 가능하다”는 것이다.

위에서 열거한 범죄들은 과거 군사독재정권 하에서 조직적으로 국민의 생명 신체를 침해한 범죄 내지는 이를 조직적으로 조작 은폐한 범죄로서 우리 헌법질서를 파괴하고, 국민의 기본권을 심대하게 침해한 반인도적 범죄이며, 군사독재 정권이 존속하는 기간 동안은 물론 이들 범죄에 대한 진상이 규명되기까지는 공소제기가 전혀 불가능하였으므로, 이들 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 정지시키는 입법(진정소급입법 포함)이 가능하다 하겠다.

## 5. 맺음말

이 땅에 30년 넘게 계속되던 군사독재정권이 무너지고 나서 이미 10년이 넘는 세월이 흘렀다. 비록 전두환, 노태우 등을 군사반란 및 내란죄로 처벌하기는 하였지만, 군사독재정권 하에서 국가기관에 의해 자행되었던 대부분의 반인도적 범죄들은 그 동안 철저히 조작, 은폐되어 왔던 관계로 공소시효의 벽에 부딪혀 이를 단죄하지 못하고 있다. 이제 이러한 조작, 은폐되어 왔던 사실들이 백일하에 드러나고 있는 이 시점에, 우리 모두 힘을 모아 반인도적 국가범죄의 공소시효 배제 내지 정지에 관한 특별법 제정 및 공소시효 배제를 규정하고 있는 국제조약에의 가입을 성사시킴으로서 반인도적 범죄를 자행한 자들을 마지막 한 명까지 추적하여 처벌하여 진정한 과거청산 및 역사바로세우기를 이뤄내야 할 것이다. \*\*

13) 재판관 김진우, 이재화, 조승형, 정경식

14) 합헌의 논거는 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 정당화 될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. ② 이 사건 반란행위 및 내란행위자들은 우리 헌법질서의 근간을 이루고 있는 자유민주적 질서를 파괴하였고, 그로 인하여 우리의 민주주의가 장기간 후퇴한 것은 말할 것도 없고, 많은 국민의 생명과 신체가 침해되었으며, 전국민의 자유가 장기간 억압되는 등 국민에게 끼친 고통과 해악이 너무도 심대하여 공소시효의 완성으로 인한 이익은 단순한 법률적 차원의 이익이고, 헌법상 보장된 법익에 속하지 않는다. ③ 위 범죄행위자들이 국가의 소추기관을 자신의 지배하에 두게 됨으로써 실현될 수 없음으로 인하여 발생한 위 범죄행위자들의 이 사건 범죄들에 대한 불처벌로 남는 상태라는 불평등을 제거하고 실질적 정의를 실현하는데 이 법률조항들의 목적이 있다. 등이다.

15) 재판관 김용준, 김문희, 황도연, 고중석, 신창언

# '반인도적 범죄'의 국내적 수용--그 개념과 국내수용방안을 중심으로--

박 찬 운<sup>1)</sup>

## 1. 들어가는 말-- 연구의 계기

지난 세월, 우리는 민주화 과정을 거치는 동안 많은 희생을 경험하지 않으면 안되었다. 그 희생 중에서도 독재정권의 하수인인 보안수사기관에 의한 생명신체의 위협은 가장 생생하게 기억된다. 정권을 지킨다는 일념으로 생각을 달리하는 사람들을 지하조사실로 끌고가 폭행하고 협박하고 잠을 재우지 않았다. 심지어는 물고문과 전기고문으로 인간의 존엄성을 완전히 파괴하였다. 세월이 흘러 사회가 민주화 되었다고 하건만 그들 피해자와 그 가족들은 지난 날의 악몽을 꾸며 오늘도 지난(至難)한 삶을 살아가지 않으면 안된다. 그러나 그들 가해자들은 오늘도 거리를 활보하며 건재함을 과시한다. 정의가 세워지지 않으면 언젠가 우리는 과거의 그 절곡으로 돌아갈 수 있다. 단지 생각이 다르다는 이유로 언제든지 물고문과 전기고문의 피해자가 될 수 있는 것이다. 다시는 그런 경험을 원치 않는다면 과거의 반인권적 사건에 대해 철저히 조사하고 이들 가해자에 대해 적절한 정의의 심판이 내려져야 할 것이다. 이를 위해서는 반드시 하나의 원칙이 세워져야 한다. 정권의 비호 아래 조직적으로 감행된 반인권적 범죄행위는 아무리 시간이 흐르다해도 정의의 심판을 받게된다는 것, 바로 그것이다.

작년, 21세기를 목전에 두고 십수년간 잠적해 있던 이근안이 몸을 들어냈다. 고문기술자 이근안이 자수를 했던 것이다. 그러나 이 자수의 진의가 죄과에 대한 회개의 결과는 아닌 듯 하였다. 공소시효라는 은전이 그를 기다리고 있었기 때문이었다. 그의 계산은 정확했다. 그에 대한 조사로 그의 화려(?)했던 고문기술과 피해의 상당부분이 밝혀졌지만 검찰은 그에 대해 기소를 포기하였다. 피해자들과 여론은 고문가해자들에 대해 처벌을 요구하였지만 공소시효와 죄형법정주의는 그에겐 어

는 것과도 바꿀 수 없는 강력한 무기이었다.

이러는 과정에서 자연스레 '반인도적 범죄'라는 개념이 등장하였다. 외국의 예를 들면서 반인도적 범죄는 아무리 시간이 지나도 처벌이 가능하다는지, 어느 곳에서도 처벌이 가능하다는지 하는 소리가 들려왔다. 이근안의 고문은 반인도적 범죄이므로 그렇게 처벌이 되어야 한다고 하였다. 그러던 중, 이근안의 처벌을 요구하며 고발을 하였던 민주사회를 위한 변호사 모임(민변) 소속의 13명의 변호사들은 올 연초 그에 대한 불기소처분이 반인도적 범죄에 대해 공소시효를 적용하지 않는 국제관습법에 위반된다며 검찰항고를 하기에 이르렀다.<sup>2)</sup> 이근안 사건에서 민변의 변호사들은 이근안의 고문범죄를 국제사회에서 일반적으로 알려진 '반인도적 범죄'로 규정하였고 이에 대한 국제적 흐름을 국내에 도입하고자 노력하였다. 그동안 일반적이고 시사적인 의미 이상으로 쓰이지 못한 반인도적 범죄의 개념이 본격적으로 법률적 개념으로 재정리되기 시작한 것이다. 그럼에도 불구하고 아직 반인도적 개념에 대한 이해는 낮은 듯 싶다. 법률가들 사이에서도 이 개념을 정확히 이해하는 사람들은 아주 적은 것이 현실이다. 이에 그 개념을 분명히 하고 그에 대한 국제적 흐름과 원칙을 정확히 소개하는 것이 필요해졌다. 그리고 이러한 국제적 개념을 우리의 법제로 받아들인다면 어떠한 고려가 있어야 할지도 연구되어야 할 필요성을 느끼게 되었다. 이런 과정은 반인도적 범죄가 우리의 역사 속에서 다시는 재발되지 않도록 하는 초석이 될 것이라고 믿는다. 이 글은 바로 그런 목적에서 작성된 것이다.

## 2. 연구의 주제 및 범위

위와 같은 계기와 필요에 의해 이 글을 쓰게 됨에 따라, 이 글에서 필자가 연구하고자 하는 주제와 범위는 다음과 같이 설정되었다.

첫째, 국제사회에서 확립된 crimes against humanity, 곧, 반인도적 범죄의 개념을 어떻게 정의하여 이해할 것인가이다. 이를 위해 반인도적 범죄가 어떻게 형성되어

1) 필자소개: 필자는 변호사이며 현재 민주사회를 위한 변호사모임의 국제연대위원장으로 일하고 있다. 필자는 지난 96년 미국으로 유학을 떠나 노틀담로스쿨에서 국제인권법을 공부하였으며(LL.M) 이후 네덜란드 헤이그 소재 유엔임시전법재판소에서 리서처로 일하며 국제형사법의 실무를 익힌 바 있다.

2) 민변의 변호사들은 작년 11월 이근안에 대해 그가 1980년대 초에 저지른 함주명씨에 대한 고문사건을 서울지방검찰청에 고발하였다. 그러나 검찰은 작년 12월 말 이근안의 고문사실을 인정하면서도 공소시효가 도과되었음을 이유로 불기소처분 하였다. 고발인 변호사들은 이에 대해 올 1월 서울고등검찰청에 항고하였고, 이것도 기각되자 지난 3월 대검찰청에 재항고를 하였다.

왔는지를 간단히 살피면서 동 개념을 이해하고자 한다. 나아가 이 부분에서는 지난 시절 시행하였던 고문이 과연 어떠한 경우 반인도적 범죄로 평가되는가를 알아보고 고문방지조약상의 고문과 반인도적 범죄의 관계는 무엇인지 살펴보고자 한다.

둘째, 국제사회가 반인도적 범죄에 대해 어떠한 성격을 부여하여 왔는지를 살피는 것이다. 이것은 일반적인 국내범죄와 달리 국제범죄<sup>3)</sup>로서의 반인도적 범죄가 어떠한 특별한 원칙을 가지고 있는지를 밝히는 것이다.

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

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

### 3. 국제법에서의 반인도적 범죄의 개념 정립과 그 형성과정

가. 뉴렘버그 재판에서 유고슬라비아 재판에 이르기까지의 반인도적 범죄의 개념

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

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

다음으로 1993년 유엔 안보리의 Resolution 808로 설치

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

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

된 유고슬라비아 임시 전범재판소<sup>5)</sup>의 근거규정(Statute of the International Tribunal) 5조는 위의 뉴렘버그와 거의 같은 규정을 두고 있다( 위와 같은 규정은 루안다 임시재판소의 근거규정에서도 볼 수 있다).

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

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

위의 두 국제재판에서 확인된 반인도적 범죄는 위의 규정에서도 일부 알 수 있듯이 동 범죄의 구성을 위해서는 다음과 같은 요소가 필요하다고 논의되어 왔다. 첫째는 전쟁이나 혹은 무력충돌과의 관련성이다. 국가와 국가 혹은 국가와 반국가단체간의 무력충돌이 있는 상황에서 위와 같은 행위가 벌어져야만 한다는 것이다. 뉴렘버그의 경우는 전쟁 직전의 상황에서의 유대인 박해를 이 범죄의 유형에 넣기 위해 이 요건은 상당히 완화시켰다. 둘째는 위와 같은 행위는 민간인을 대상으로 한다는 것이다. 이것이 바로 전투요원을 상대로 하는 전쟁범죄<sup>6)</sup>와 다르다. 셋째는 행위의 방법인데 위의 두 재판소는 기본적으로 이들 행위가 광범위(widespread)하고 조직적(systematic)으로 일어나야 한다는 원칙을 세웠다. 다만 '광범위'의 요건과 '조직적'의 요건이 동반(즉, and 조건)되어야 하는 것인지 아니면 둘 중의 하나만 충족되면(즉, or 조건) 되는 것인지에 대해서는 논란이 있으나 유고슬라비아 재판소는 이들 요건 중 하나만 충족하면 반인도적 범죄는 성립된다는 결론을 내린 바 있다.<sup>7)</sup> 넷째는 행위의 정도인데 반인도적 범죄는 국내법의 일반형사범죄와는 분명히 구별되는 차이를 가지고

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

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

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

있다는 것이다. 즉, 일반적인 다른 국내형사범죄보다 좀 더 강하게 그 비인도성을 찾을 수 있는 것이 아니면 안된다는 것이다. 이러한 문제는 국내법에 반인도적 범죄의 죄명을 두고 있는 나라의 법원의 해석과정에서 논란이 되었다. 예컨대, 캐나다의 최고법원은 Finta 사건(1994)에서 “반인도적 범죄는 국내법의 살인이나 강도보다 그 도덕적 비난의 정도가 강하여만 한다”고 판결한 바 있다.<sup>8)</sup>

#### 나. 국제상설형사재판소 규정에서의 반인도적 범죄

반인도적 범죄는 98년 6-7월의 로마회의에서 만들어진 국제상설형사재판소 근거규정(Rome Statute)<sup>9)</sup> 7조에서 상당한 변신을 가져왔다. 동 규정은 재판소의 관장범죄로 대량학살(genocide), 전쟁범죄(war crimes), 침략행위(aggression)와 함께 가장 중요한 관장범죄행위(subject-matters jurisdiction)로서 반인도적 범죄(crimes against humanity)를 정하였다. 제7조는 다음과 같이 규정되어 있다.

이 법에서 말하는 반인도적 범죄는 민간인에 대하여 광범위하거나 조직적인 공격으로써 자행된 다음 열거된 행위를 말한다. (a) 살인(murder); (b) 말살(extermiation)<sup>10)</sup>; (c) 노예화(enslavement)<sup>11)</sup>; (d) 강제이주(deportation or forcible transfer of population)<sup>12)</sup>; (e) 국제법의 기본적 원칙에 위반되는 구금이나 심각한 신체의 자유박탈(imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law); (f) 고문(torture); (g) 강간, 성노예화, 강제된 매춘 및 임신, 단종, 혹은 기타 이와 비견되는 성적 폭력(rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any form of sexual violence of comparable gravity); (h) 정치적, 종교적, 민족적,

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

9) 국제상설형사재판소는 60개국 이상이 Rome Statute에 서명하고 국내 동의절차를 끝내면 설립된다. 서명기간은 2000년 말까지로 되어 있다.

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

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

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

문화적, 종교적 혹은 성차별에 입각한 어느 특정 그룹에 대한 박해(persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender....); (i) 강제된 납치행위(enforced disappearance of persons)<sup>13)</sup>; (j) 아파르트헤이트<sup>14)</sup>; (k) 기타 의도적으로 신체에 심각한 고통을 주기 위해 자행되는 비인도적 행위(other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering...to body....)

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

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

#### 다. 반인도적 범죄의 개념의 다양성

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

국제사면위원회는 최근 국제상설형사재판소의 설립과 관련한 캠페인에서 반인도적 범죄를 학살, 법률에 의하

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

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