

# 한택근 논문, 반인도적범죄의 공소시효 배제 2002년 출처 민변

## 반인도적 국가범죄의 공소시효에 대하여

한택근(민변 국제연대위원회위원장, 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 '불량배협의자'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 재수사로 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. 지수한 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 드

러날 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 국가범죄**라 정의하고,<sup>1)</sup> 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 비인도적 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.

동 협약 제1조는 “다음과 같은 범죄에 대하여는 범행시기와 상관없이 공소시효의 제한이 적용되지 아니한다.”고 규정하고 구체적으로는 전쟁범죄와 뉘른베르크 국제군사재판 헌장에서 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 규

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 정지배제, 법률신문, 2002. 2. 25. 자 참조

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

정에서 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 인권 침해 범죄행위를 하였고, 그럼에도 범죄사실의 조직적인 은폐에 의하여 공소제기가 불가능하였으므로 그 은폐된 사실이 밝혀질 때까지 공소를 제기하는 것이 불가능하였으므로 공소시효를 배제 내지 정지시킬 것이 요구된다는 점에서는 차이가 없다.

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

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 개념 정의 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 국내 법과 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, 차체에 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

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

공소시효를 배제 내지 정지하는 특별법이 제정되는 경우, 이 법이 적용되는 범주는 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.

#### 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.

#### 나. 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 최단 1년부터 최장 15년이요(동법 제249조), 공소시효는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행하되 (동법 제252조), 일정한 경우 공소시효가 정지되도록 하고 있다.<sup>7)</sup> 이와 같이 공소시효를 정지시키는 이유는 공소

7) 형사소송법 제253조가 규정하고 있는데, 동조 3항이 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동

제기가 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 ‘국가에 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 헛센주에서 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 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 않는다고 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 아니하는 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

---

안 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.

하는 불법적 사례들을 청산하기 위한 여러 입법들이 행하여졌으며, 이러한 입법례는 우리에게 좋은 본보기가 되고 있다.

#### 다. 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 합헌이라는 데 견해의 일치점을 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

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



하였고, 14) 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

---

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.”

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 범죄 행위자들이 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

의해 자행되었던 대부분의 반인도적 범죄들은 그 동안 철저하게 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.