연구총서 20-A-06

반인권적 국가범죄의 법적 쟁점과 입법론적 대안

Legal issues and legislative solution in relation to state crimes against human rights

박경규·김성규·김재윤

KiC

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

한국형사정책연구원

머리말

국가범죄라는 용어는 과거 권위주의적 군사정권 시기에 행해진 중대한 인권침해행위 관련 과거사 청산/정리/극복활동과 관련하여 등장하기 시작했지만 소급효금지원칙, 공소시효제도와 같은 형사법적 장애물로 인해 지금까지의 과거사 창산/정리 활동은 주로 민사·행정적인 피해회복조치 위주로 이루어져 왔습니다. 2007년 12월 21일 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」이 제정·시행됨으로써 가장 중한 형태의 국가범죄라고 할 수 있는 인도에 반한 죄는 성문법적 근거를 가지게 되었고, 우리 형법의 한 구성부분이 되었지만, 동 법률은 2007년 12월 21일 이전에 발생한 인도에 반한 죄 등에 동 법률이 적용될 수 있는지, 동 법률상의 공소시효배제 규정이 그러한 범죄에도 적용될 수 있는지 등의 문제에 대해서는 침묵하고 있습니다. 그렇기에 인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄의 성격을 가지는 범죄를 '반인권적 국가범죄'로 보아 공소시효의 배제·정지를 인정하자는 법률안이 발의되어 있습니다.

전통적인 형사법이론은 개인에 의해 범해질 수 있는 개인범죄를 대상으로 발전해 왔습니다. ICC 로마규정이 발효된 이후 많은 국가에서 가장 중한 형태의 국가범죄라고 할 수 있는 인도에 반한 죄가 성문화되고 있지만, 인도에 반한 죄의 성문화가 근래에서야 이루어졌다 보니 인도에 반한 죄의 성립요건, 인정범위 및 법적 효과와 관련하여 아직 불명확한 부분이 적지 않고, 이로 인해 반인권적 국가범죄의 인정범위 및 법적 효과도 불명확하게 되는 경향이 있습니다.

인도에 반한 죄 그리고 반인권적 국가범죄는 양자 모두 국가범죄의 성격을 가지지만 국가범죄는 근래에서야 성문법적 규율대상이 되고 있기에 그에 대한 이론적 체계화는 아직 발전 중에 있습니다. 그러나 양 범죄군은 우리 사회에서 계속 문제되고 있는 과거사 청산/정리활동과 관련되기에 양 범죄군에서 무엇이 법원칙인지를 규명하여 법원칙에 따라 과거에 발생한 인도에 반한 죄 및 반인권적 국가범죄를 형사법적으로 처리할 필요성은 매우 높습니다. 이러한 생각에 기초하여 본 연구보고서는 인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄가 어떻게 구분되어야 하는지 그리고 양 범죄에서 소급

효금지원칙의 문제, 공소시효의 문제 등 주요한 형사법적 쟁점이 어떻게 이해되어야 하는지의 문제를 상세히 다룹니다. 모쪼록 본 보고서의 연구결과가 과거에 발생한 국가범죄를 이론적 바탕 위에 형사사법적으로 해결하는데 기여할 수 있기를 바랍니다. 본 연구보고서는 두 분 외부공동연구자와의 협동연구 덕분에 출간될 수 있었습니다. 외부 공동연구자로서 관련 이론에 대한 검토뿐만 아니라 비교법적 고찰까지 세심하게 해 주신 한국외국어대학교 법학전문대학원 김성규 교수님, 건국대학교 법학전문대학원 김재윤 교수님께 진심어린 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 전체 연구과정이 원만하게 진행될 수 있도록 노고를 아끼지 않으신 최혜선 조사연구원에게 깊이 감사드립니다.

2020년 12월
연구진을 대표하여
부연구위원 박경규

목 차

제1장 박경규

서 론 ····· 9

제1절 연구의 필요성 ····· 11
1. '개인범죄'에 대립되는 개념으로서의 '국가범죄' ····· 11
2. '국가범죄의 가장 중한 형태'인 '인도에 반한 죄' ····· 13
3. 국가범죄의 개념정의 및 범위에 대한 논란 ····· 17
4. 인도에 반한 죄 규정의 성격과 적용범위에 대한 의문 ····· 19
5. 국가범죄의 책임구조 및 법률효과에 대한 연구를 통해 실질적 법치주의를 실현할 필요성 ····· 21

제2절 연구범위 및 연구방법 ····· 22

제2장 박경규

'인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'의 구별 ····· 25

제1절 구체적 예시사례 ····· 27
1. 케냐 사태 ····· 27
2. 5·18민주화운동 진압행위 ····· 28
3. 인혁당재건위 사건 ····· 31
4. 국가보안법위반 고문·조작 사건 ····· 32
가. 아람회 사건 ····· 32
나. 전민학련, 전민노련 사건 ····· 33
다. 오송회 사건 ····· 33
라. 이근안 사건 ····· 34
5. 블랙리스트 사건 ····· 35
6. 수지 김 피살 조작사건 ····· 35
7. 박영두 폭행치사 사건 ····· 37

제2절 인도에 반한 죄의 성립여부 ····· 38
1. 인도에 반한 죄의 성립요건 ····· 38
가. 주관적 구성요건 ····· 38
나. 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 행위 ····· 40
다. 상황적 요건(contextual element) ····· 45
2. ICC의 관할권행사 허용요건으로서의 '보충성 원칙'과 '범죄의 중대성' ····· 48
가. 허용성 요건(admissibility) ····· 48
나. 보충성 원칙(complementarity) ····· 49
다. 범죄의 중대성/심각성 ····· 49
라. 허용성 요건이 가지는 함의 ····· 50
3. 예시사례의 검토 ····· 51
가. 인도에 반한 죄에 해당하는 경우 ····· 51
나. 경계선상에 위치하는 사례 ····· 52
다. 명백히 인도에 반한 죄에 해당하지 않는 경우 ····· 54
제3절 반인권적 국가범죄의 인정 필요성 ····· 55
1. 인도에 반한 죄에서의 책임구조 ····· 55
가. 인도에 반한 죄의 특징 ····· 55
나. 인도에 반한 죄에서 개인의 형사책임 ····· 56
다. 인도에 반한 죄에서 국가의 책임 ····· 58
라. '인도에 반한 죄' 규정의 법적 성격 ····· 59
2. '반인권적 국가범죄'의 개념 및 인정범위 ····· 60
가. 반인권적 국가범죄의 인정 필요성 ····· 60
나. 반인권적 국가범죄의 개념 및 인정범위 ····· 61

제3장 김성규·김재윤
인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄에서의 (형사)법적 쟁점 및 개선방안 ····· 63

제1절 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 적용범위와 소급효금지원칙의 문제 (김성규) ····· 65
1. 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 의의와 시간적 적용범위 ····· 65

2. 국제형사사법 및 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에 있어서의 소급효금지의 개념적 이해 ····· 66
가. 국제형사사법에 있어서의 소급효금지의 개념적 이해 ····· 66
나. 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에 있어서의 소급효금지의 개념적 이해 ····· 68
3. 국제법상 시제법(時際法)의 법리에 관한 논의 ····· 71
가. 서설 ····· 71
나. 시제법(時際法)의 확장에 대한 신중론 ····· 73
다. 시제법(時際法)의 확장을 원칙적으로 긍정하는 입장 ····· 74
라. 시제법(時際法)의 확장을 적극적으로 주장하는 견해 ····· 75
마. 시제법(時際法)의 확장에 관한 논의의 시사점 ····· 77
4. 인도(人道)에 반한 죄의 처벌에 관한 외국 입법례에 있어서의 소급효 내지 그 금지의 존재방식 ····· 78
가. 서설 ····· 78
나. 독일 - 「형법전(Strafgesetzbuch)」 제220조의a ····· 79
다. 영국 - 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」 ····· 80
라. 캐나다 - 「형법전(Criminal Code)」 제7조 ····· 80
마. 재판에서 제기된 문제점으로서의 소급효의 금지 - 소급적용(retroactive application)과 추행(追行)적용(retrospective)의 구별 ····· 81
5. 형법상 소급효금지의 의의 및 이에 관한 해석론 ····· 84
가. 형법상 소급효금지의 의의 ····· 84
나. 소급효금지의 원칙에 대한 제한적 해석론 ····· 88
6. 판례의 변경과 소급효 ····· 93
7. 국제법규범의 국내적 수용 및 적용 ····· 94
가. 국제법규범의 국내적 수용 - 이른바 체제범죄의 처벌에 관한 헌법개정론 ····· 94
나. 국제법규범의 국내적 적용 - 「대한민국헌법」 제6조 제1항의 해석론 ····· 95

제2절 공소시효의 문제 (김재윤) ····· 98
1. 문제의 소재 ····· 98
2. 공소시효제도의 의의와 취지 ····· 100
3. 공소시효의 법적 성질(본질) ····· 101

가. 실체법설 ····· 101
나. 소송법설 ····· 102
다. 결합설(경합설· 병합설) ····· 103
라. 검토 ····· 104
4. 공소시효의 배제와 소급효금지원칙 ····· 104
가. 문제의 소재 ····· 104
나. 학설의 대립 ····· 106
다. 판례의 태도 ····· 108
라. 검토 ····· 109
5. 공소시효의 배제에 관한 외국의 입법례 ····· 110
가. 독일 ····· 110
나. 프랑스 ····· 112
다. 미국 ····· 112
라. 동유럽 공산권 국가 ····· 113
6. '인도에 반한 죄'의 공소시효배제와 소급효금지원칙 ····· 114
가. '인도에 반한 죄'의 객관적 성립요건과 공소시효배제 ····· 114
나. 5·18민주화운동시 계엄군의 광주시민학살 행위가 '인도에 반한 죄'에 해당하는지 여부 ····· 115
다. 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법의 소급효금지원칙 위반 여부 ····· 117
7. '반인권적 국가범죄'의 공소시효배제와 소급효금지원칙 ····· 120
가. '반인권적 국가범죄'의 개념 ····· 120
나. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'의 차이점 ····· 121
다. '반인권적 국가범죄'에 대한 공소시효배제 사후입법이 소급효금지원칙에 반하는지 여부 ····· 122
라. 소결 ····· 125
8. 반인권적 국가범죄의 공소시효배제 등에 관한 특례법안의 타당성 127
가. 반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안의 주요 내용 ····· 127
나. 특례법안의 검토 및 소결 ····· 129
제3절 사면의 허용여부 및 조사·수사에 협조한 하급자의 면책·감경 여부 (김재윤) ····· 138
1. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의

허용 여부 ····· 138
가. 사면제도의 의의 ····· 138
나. 정치적 특별사면의 주요 국내외 사례 ····· 141
다. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의 불허용의 주요 논거 ····· 145
라. '인도에 반한 죄'를 저지른 전두환·노태우 특별사면에 대한 특별사면의 부당성 ····· 149
2. 국가범죄(인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄)에서 지휘관 책임과 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 형사책임 ····· 152
가. 서론 ····· 152
나. 지휘관 책임의 내용과 성립요건 ····· 154
다. 지휘관 책임이 문제된 구체적 사건 및 사안의 해결 ····· 159
라. 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 책임 ····· 163
3. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경 여부 ····· 171
가. 서론 ····· 171
나. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경의 필요성 여부 ····· 173
다. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 허용한 외국의 적용 사례 ····· 176
라. 국내법상 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경의 입법례와 개선방안 ····· 184
제4절 반인권적 국가범죄 피해구제 수단으로서 특별재심 인정 방안 (김재윤) ····· 191
1. 문제의 소재 ····· 191
2. (특별)재심과 관련된 현행법의 태도 ····· 193
가. 일반적 재심제도의 의의와 한계 ····· 193
나. 현행법상 특별재심의 내용과 구체적 적용 사례 ····· 198
3. 반인권적 국가범죄 피해구제 수단으로서 (특별)재심의 개선방안 ·· 201
가. 형사소송법 제420조 제5호 해석 기준의 완화 ····· 201
나. 형사소송법 제420조 제7호 및 제422조 사유의 확대 적용 ··· 205
다. 특별법상 특별재심의 확대 적용 ····· 207
제5절 일사부재리의 원칙과 그 적용에 있어서의 예외 (김성규) ····· 208
1. 서설 ····· 208

가. 일사부재리의 의의 ····· 208
나. 국제적 차원에서의 일사부재리효의 확인 ····· 209
2. 통상(通常)의 형사사법에 있어서의 일사부재리효의 범위 ····· 211
가. 동일성 판단의 기준 – '행위' 또는 '범죄' ····· 211
나. 동일성 판단의 기준에 영향을 미치는 요소 ····· 213
다. 동일성 판단의 기준에 관한 사고방식으로서의
〈기본적사실관계동일설〉 ····· 21
3. 국제형사사법에 있어서의 일사부재리의 원칙 ····· 218
가. 주요 국제형사사법기구에 있어서의 일사부재리의 규정 ····· 218
나. ICTY 및 ICC에 있어서의 일사부재리의 규정의 해석 ····· 222
다. 일사부재리효의 범위에 관해 국제범죄에 대한 소추의
실효성을 고려하는 해석론의 의의 ····· 224
4. 국제형사사법에 있어서의 일사부재리 적용의 예외 ····· 226
가. ICTY형(型) 예외 ····· 227
나. ICC형(型) 예외 ····· 229
다. 일사부재리 적용의 예외에 관한 원리의 의의 ····· 234
5. 일사부재리 적용의 예외에 관한 판례에 있어서의 그 원리의
구체화 ····· 235
가. ECCC에 있어서의 '사리(Sary)-사건'에 대한 재판부의 결정 · 235
나. '11월 3일의 결정'의 근거 – 미주(美洲)인권재판소
(Inter-American Court of Human Rights)의 판례 ····· 240
6. 일사부재리 적용의 예외에 관한 원리로서의 '재판 내지 처벌
철저화'의 요청 ····· 243
가. 국제형사기구 및 국재형사재판에 있어서의 일사부재리 적용의
예외에 관한 원리 ····· 243
나. 재판 내지 처벌의 철저화 요청의 타당성 ····· 244

제4장 박경규

입법적 제언 및 결론 ····· 247

제1절 사후입법을 통한 국가범죄의 처벌에 대한 입법적 제언 ····· 249
1. 소급효금지원칙 관련 보론 ····· 249
가. 제2장, 제3장 제1절 및 제2절의 검토내용 ····· 249

나. 형가중적 규정인 인도에 반한 죄 규정의 소급적용 가능성 … 251
2. 캐나다와 에스토니아의 입법적 해결 … 253
가. 캐나다 … 253
나. 에스토니아 … 255
3. 국가범죄 규정의 소급적용에 관한 입법방안 … 258
가. 국제형사범죄법의 개정 … 258
나. 국제형사범죄법 시행일 이전에 발생한 인도에 반한 죄 … 259
다. 반인권적 국가범죄 … 260
제2절 기타의 쟁점 요약 및 제언 … 261
1. 사면의 허용여부 … 261
2. 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 책임 … 262
3. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경 여부 … 262
4. 반인권적 국가범죄 관련 특별재심의 개선방안 … 263
5. 일사부재리원칙 … 263

참고문헌 … 267

Abstract … 281

표 차례

[표 1] 특정범죄에 대한 공소시효 정지·배제 법률 제·개정 현황 ····· 130
[표 2] 공소시효가 정지되는 죄명과 현행법상 공소시효 기간 ····· 134
[표 3] 로마규정 제33조와 국제형사범죄법 제4조의 비교 ····· 167

그림 차례

[그림 1] 역대 정부의 특별사면 현황 ····· 140

국문요약

이 연구과제는 인도에 반한 죄, 인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄의 성격을 가지는 반인권적 국가범죄 그리고 개인범죄를 구별하는 기준을 마련하고, 가장 중한 형태의 국가범죄인 인도에 반한 죄 그리고 그보다 약한 형태의 국가범죄라고 할 수 있는 반인권적 국가범죄에서의 법적 효과에 대해 상세히 검토하는 것을 목적으로 한다. 제2장에서는 우리나라에서 발생한 구체적 사건을 선별하여 인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄의 구분 필요성, 인도에 반한 죄에서의 책임구조에 대해 살펴보고, 반인권적 국가범죄의 개념 및 인정범위를 제안한다. 제3장에서는 국가범죄 즉, 인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄에서의 주요한 형사법적 쟁점으로 국가범죄 규정의 소급적용 가능 여부, 공소시효제도의 배제 여부, 사면의 허용여부, 조사·수사에 협조한 자의 면책·감경 여부, 피해구제수단으로서의 재심제도 개선방안, 일사부재리의 문제를 선별하여 각 쟁점별로 상세히 검토한다. 제4장에서는 국가범죄 규정의 소급적용에 대한 입법적 제언을 하고, 제3장에서 검토한 내용을 요약·정리한다.

인도에 반한 죄가 가장 중한 형태의 국가범죄라는 것은 인도에 반한 죄의 상황적 요건으로 표출되고 있다. 인도에 반한 죄가 성립되기 위해서는 국제형사범죄법 제9조에 나열된 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 개개 살해, 불법 감금·자유박탈, 고문 등의 행위가 “민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로” 행해졌어야 한다. 정책이 있었는지 여부는 여러 정황적 사실에 의해 추론될 수도 있지만, “민간인 주민”에 대한 공격으로 인정되기 위해서는 상당한 수의 피해자가 있어야 하고, 일정 규모를 갖춘 공격인 경우에만 ‘공격의 광범위성 또는 체계성’ 요건이 충족될 수 있다. 권위주의 정권 시기에 발생한 국가보안법위반 고문·조작 사건들(아람회 사건, 전민학련/전민노련 사건, 오송회 사건, 이근안 고문 사건)은 각 사건을 따로 고찰하면 ‘민간인 “주민”에 대한 공격’이 있었다고 할 수 있을 정도로 피해자가 많다고 하기에는 어려운 측면이 있고, 각 사건에서의 행위주체도 지역 경찰서, 치안본부 대공분실 수사관들 등이기에

"국가의 공격 정책"이 존재하였다고 인정하는 것은 쉽지 않다. 각 사건들을 함께 검토하더라도 각 사건들 간에 시간적 간격이 있다는 점에서 "일련의 행위로 인정될 수 있는" 민간인 주민에 대한 공격이 있었다고 할 수 있는지에 대해서는 판단자에 따라 달리 판단될 수 있다.

인도에 반한 죄에서 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 개개 행위는 상황적 구성요건에 의해 그 행위 전체가 '인도에 반한 죄'로 되고, 자연인 가담자는 각자 자신의 기여 정도에 따라 전체범죄행위에 대해 형사책임을 부담한다. 국가는 형벌권을 행사하는 주체이기에 국가가 '형벌 또는 보안처분'이라는 형사제재를 부과받을 수 없지만, 인도에 반한 죄와 같이 권력을 가진 자들에 의해서만 범해질 수 있는 범죄에서 권력을 가진 자들이기에 그들이 소추되지 않고, 공소시효가 지난 경우에 공소시효가 지났다는 이유로 그들을 소추하지 않는 것은 국가의 존재이유, 사회계약이론, 국가의 기본권 보호의무 등에 합치한다고 볼 수 없다. 따라서 개인범죄와 달리 국가범죄의 경우 소급효금지원칙, 공소시효 등 국가의 개인에 대한 형벌권 행사와 관련하여 국가에 일정한 책임(의무)을 부담시킬 수 있다고 보아야 한다.

권위주의 정권 시기에 발생한 국가보안법위반 고문·조작 사건들(아람회 사건, 전민학련/전민노련 사건, 오송회 사건, 이근안 고문 사건)이 발생한 이유는 권위주의 정권 시기에 권력자들에 의해 수사기관의 불법수사가 용인되었기 때문이라고 할 수 있다. 즉, 실제로는 불법수사 등에 대한 '국가의 정책'이 존재하였다고 할 수 있지만, '국가의 정책'이 존재하였다는 것에 대한 입증은 어려울 수 있고, '국가의 정책'이 입증된다고 하더라도, '민간인 주민에 대한 공격'이라는 요건이 충족되지 않으면 인도에 반한 죄에 해당하지 않는다. 따라서 '국가의 정책'이라는 요건과 '민간인 주민에 대한 공격'이라는 요건을 완화하여 약한 형태의 국가범죄 카테고리로 '반인권적 국가범죄'라는 약한 형태의 국가범죄를 인정할 필요가 있다. 반인권적 국가범죄를 인정하더라도 반인권적 국가범죄가 인도에 반한 죄 그리고 개인범죄와 개념상 구별되도록 하기 위해서는 반인권적 국가범죄를 "국가기관, 지방자치단체 또는 그 하위기관이 조직적으로 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 행위("민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격"이라는 요건이 충족되지 않는 행위를 말한다)를 한 경우"로 정의하는 것이 적절하다.

시제법(時際法)에 관한 국제법 영역에서의 논의를 살펴보면 인도에 반한 죄 등 중대

한 인권침해행위에 대해서는 정의의 요청을 우선하여 시제법의 확장을 긍정하는 견해가 있다. 인도에 반한 죄의 처벌에 관한 외국 입법례 및 관련 판례를 살펴보면, 영국은 1939.9.1. ~ 1945.6.5. 사이에 독일 및 독일점령지에서 행해진 전쟁범죄에 대해 자국의 관할권을 인정한 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」을 제정하였는데, 영국은 그러한 행위는 행위당시에 전쟁법규관례위반에 해당하는 행위였기에 그 법률이 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 하였다. 캐나다도 1987년에 과거에 외국에서 전쟁범죄 내지 인도에 반한 죄를 범한 자를 처벌할 수 있도록 「캐나다 형법전」 제7조를 개정하였고, 캐나다 법원은 동 규정은 행위당시의 국제관습법에 기해 가벌성이 인정되던 행위에 캐나다의 형사관할권을 인정하는 것이기에 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 하였다. 영국과 캐나다의 이러한 태도는 행위당시에 국제관습법상 형사가벌성이 인정되는 행위의 경우 사후적으로 성문규범을 제정하여 처벌하는 것을 허용하고 있는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제15조 제2항 그리고 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항의 취지에 따른 것이라고 할 수 있다. 한편 이른바 '국가권력을 배경으로 한 범죄(국가에 의해 강화된 범죄)' 또는 체제불법에서도 소급효금지의 원칙은 제한적으로 적용될 수 있다는 견해가 제시되고 있는데, 여러 근거가 제시되고 있지만, 지배자의 권력행사로부터 피(被)지배자를 보호하기 위해 마련된 법적 장치를 지배자 자신이 이용하는 것은 허용되지 않는다는 것을 주요 논거로 한다.

우리 판례에 의하면 "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 특단의 사정"이 있는 경우에는 예외적으로 진정소급효도 허용된다. 헌법상 기본권 중의 기본권인 인간의 존엄을 철저히 부정하는 집단학살이나 고문과 같은 반인도적 범죄 또는 전쟁범죄는 범죄자 개인의 신뢰보호 요청보다 실질적 정의회복 내지 인권이익의 실현 등 공익상의 요청이 현저히 중대한 경우로 헌법재판소가 제시한 기준을 충족시킬 수 있다. 그리고 반인권적 국가범죄는 인도에 반한 죄에 상응할 정도로 반인륜적이고 반인권적이며 그 불법의 성질도 형법상 불법(결과불법)과 아울러 헌법상 불법(행위불법)이라는 중층적 특수불법성을 가지고 있기 때문에 공소시효가 진행 중이거나 만료한 이후에도

사후입법을 통해 공소시효를 정지·배제시키더라도 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 봄이 타당하다. 공소시효제도의 취지에 비추어 보더라도 국가범죄에서는 공소시효제도 자체가 적용되지 않는다고 보는 것이 적절하다. 반인권적 국가범죄에서의 공소시효 배제·정지를 목적으로 발의된 법률안은 공소시효 배제·정지의 소급효에 대해서는 침묵하거나 부진정소급효만 인정하는 방식을 취하고 있는데, 특별법에서 반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·배제 규정의 진정소급효를 분명히 할 필요가 있다.

'인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 '특정인'에 대한 특별사면은 국민적 동의를 전혀 얻지 못할 뿐만 아니라 형법에 의한 형사처벌의 요청(Pönalisierungsgebot)에 정면으로 반하는 것으로, 형법이 요구하는 것과 금지하는 것의 중요성에 대한 의미를 상실시키고 형사소추를 사후에 마비시킴으로써 사법부의 판단을 무력화 및 형해화하여 사법권과 사법작용을 본질적으로 침해할 수 있다. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'는 인간의 존엄과 가치를 전면 부정하는 중대한 인권침해행위로서 이러한 범죄를 저지른 '특정인'은 특별사면이 허용될 수 있는 헌법적 정당성, '오판 교정기능'과 '법치주의의 자기교정기능' 및 특별예방 효과를 전혀 거둘 수 없으므로 특별사면의 대상으로 허용될 수 없다고 보아야 한다. 프랑스에서 테러범죄, 전쟁옹호죄, 반인륜죄 등 특정범죄에 대한 (특별)사면을 배제하는 규정을 두고 아예 사면대상에서 제외하고 있는 것은 바로 이러한 이유이다.

로마규정 제31조(1)(라)에 따르면 강요된 행위로 형사책임이 조각되기 위해서는 ① 자신 또는 다른 사람에 대한 급박한 사망 또는 계속적이거나 급박한 중대한 신체적 위해의 위협으로부터 비롯된 강박에 의해 야기된 경우, ② 그 위협을 피하기 위해 합리적으로 행동한 경우, ③ 피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않는 경우라는 세 가지 요건을 충족해야 한다. 그러나 로마규정과 달리 국제형사범죄법은 강요된 행위에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않아 형법 제12조가 국제형사범죄법상의 범죄에도 그대로 적용된다. 따라서 현행 국제형사범죄법에서는 로마규정과 달리 ③의 '이익형량' 요건인 "피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않는 경우"가 아니더라도 강요된 행위로 인정되어 책임이 조각될 수 있는데, 로마규정 제31조(1)(라) 규정의 입법취지를 고려하여 "제8조, 제9조 및 제10조의 죄를 범한 사람은 자기가 피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않은

경우에만 형법 제12조에 따라 벌하지 아니한다."라는 내용으로 국제형사범죄법 제4조 제3항을 신설할 필요가 있다고 본다.

국제형사범죄법의 적용대상 범죄인 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에 대해서는 그 불법의 중대성을 고려할 때 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정하는 예외 규정을 두기보다는 현행 형사법체계에서 이미 인정하고 있는 중지미수 규정과 자복·자수규정을 활용해도 충분하다고 본다. 그러나 '반인권적 국가범죄'는 그 불법성이 인도에 반한 죄보다 낮기 때문에 그 진실규명을 위해 필요한 경우 제한된 범위 내에서 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정할 수 있고, 현행 과거사청산 관련 일부 법률은 이미 그러한 규정을 두고 있다. 그러나 이러한 규정을 적용함에 있어서 상급 핵심 책임자와 하급 가담자를 구별하여 적어도 중대한 인권침해 범죄에 대해 공동정범, 간접정범, 교사범의 형태로 악의적이고 적극적으로 가담한 (최)상급 핵심 책임자를 그 적용대상에서 제외할 필요가 있는데, 이러한 내용으로 현행 과거사청산 관련 법률상의 해당 규정을 개정하는 것은 하나의 입법적 방안이 될 수 있다.

재심제도가 반인권적 국가범죄의 피해자에 대한 피해구제 수단으로서 실질적 의미를 갖기 위해서는 형사소송법상 재심 관련 규정, 특히 형사소송법 제420조 제5호에서 규정한 증거의 신규성과 명백성에 대해 완화된 해석을 하고, 특별법상 특별재심의 확대를 통해 이들 피해자에 대한 재심청구사유가 보다 적극적으로 받아들여질 필요가 있다. 먼저, 재심제도가 유죄의 확정판결, 특히 반인권적 국가범죄의 사후적 피해구제 수단으로서 기능하기 위해서는 형사소송법 제420조 제5호에서 규정한 증거의 신규성과 명백성과 관련하여 신규성은 법원에 대한 신규성만을 요구하고, 명백성은 '진지한 의문'이 제기될 정도면 충분하다고 해석함으로써 재심개시절차의 문호를 확대할 필요가 있다. 그리고 5·18특별법 제4조와 부마항쟁보상법 제11조의 경우 5·18민주화운동과 부마민주항쟁과 관련하여 억울하게 유죄의 확정판결을 받은 피해자들에게 예외적으로 특별재심을 통해 그들에게 실질적으로 명예를 회복시켜주는 것이 그 입법목적이라면 "재심을 청구할 수 있다"는 규정을 보다 적극적으로 "재심하여야 한다"로 개정할 필요가 있다.

확정판결이 심판의 대상이 된 행위의 불법내용을 모두 판단하지 않은 경우에 그

부분에 대해 새로운 공소제기를 하는 것을 일컬어 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송이라고 한다. 〈기본적사실관계동일설〉을 취하면서도 '규범적 요소까지도 함께 고려해야 한다는 입장'을 취하고 있는 판례의 태도에 따르면, 보충소송 또는 수정소송의 허용 여부범위도 공소사실의 동일성 인정 여부에 따라, 판례의 입장에 따르면, 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소도 함께 고려하는 종합적인 판단에 따라 정해지게 되는 것이고, 그 한에서는 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송이 허용될 여지도 생각될 수 있다.

「ICTY 규정」 및 「ICC 규정」의 기초(起草) 과정에 비추어보면, 일사부재리원칙과 관련하여 ICTY형(型) 예외 및 ICC형(型) 예외는 공히, 소추 내지 재판을 철저히 함으로써 그 실질을 도모하는 데에 그 취지를 두고 있는 것이다. 양자(兩者)는 공히 이른바 엉터리 재판(sham trial)과 보복 등을 목적으로 한 부당한 재판을 대상으로 하고 있는데, 그와 같이 재판 자체의 태양에 착안하고 있는 것으로서, 유죄의 판결이 내려진 후에 행해진 사면(赦免) 등의 조치를 일사부재리원칙 예외의 대상으로서 고려하지는 않고 있다.

한편, ECCC의 '사리(Sary)-사건'에 대한 2011년 11월 3일의 결정은, 전소(前訴)에 의한 절차에 따라 내려진 유죄의 판결이 실제로 피고인의 처벌에까지 이르지 않은 경우도 일사부재리 적용의 예외를 인정하는 사정이 되는 점을 제시했다. ECCC는 그 결정에 관해 미주(美洲)인권재판소의 판례에 의거했는데, 일사부재리 적용의 예외에 관한 미주(美洲)인권재판소의 판례는 '처벌의 철저화'에 기초한 것이었다.

인도에 반한 죄 규정은 형을 가중하고 있는 규정인데, 기존에도 범죄로 처벌되던 행위를 '다른 범죄'로 범죄화하면서 형을 상향하고 있는 규정의 경우 그러한 행위에 새로운 규정을 소급적용하여 '다른 범죄'라고 평가하되, 기존의 법규정에 의할 때 인정되는 형량의 범위 내에서 처벌하는 것은 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 보아야 한다. 다만 이러한 소급적용은 국가범죄에서만 가능하다고 보는 것이 타당하다.

현행 국제형사범죄법은 가장 중한 형태의 국가범죄에 관한 특별법이다. 캐나다와 에스토니아 입법례를 참조하면, 반인권적 국가범죄의 공소시효배제에 관한 독립된 특별법을 마련하기보다는 현행 국제형사범죄법의 명칭을 「국제형사재판소 관할 범죄 및 반인권적 국가범죄의 처벌 등에 관한 법률」로 변경하고, 다음과 같이 제3조의2와

제6조의2를 신설하여 국가범죄 규정의 소급적용 문제와 공소시효 문제를 입법적으로 해결하는 것이 적절해 보인다.

> 제3조의2(동 법률 시행일 이전의 집단살해죄등의 처벌) 이 법률의 시행일 이전에 대한민국에서 또는 대한민국 국민에 대하여 범해진 집단살해죄등은 범행시점에 상관없이 처벌된다. 다만 행위 당시의 법률에 의할 때 인정되는 형보다 중한 형으로 처벌할 수 없다.
>
> 제6조의2(반인권적 국가범죄와 시효의 적용배제) 국가기관, 지방자치단체 또는 그 하위기관이 조직적으로 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 행위('민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격'이라는 요건이 충족되지 않는 행위를 말한다)를 한 경우 그 행위시점에 상관없이 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지의 규정에 따른 공소시효와 「형법」 제77조부터 제80조까지의 규정에 따른 형의 시효에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

한편, 우리 판례가 개인범죄에서 규범적 요소를 고려해야 한다는 것을 강조하면서 공소사실의 동일성이 인정되지 않는다고 판단하여 전소의 기판력을 부정한 사건들은 대부분, 전소에서 내려진 유죄판결로는 행위자가 행한 범죄행위에 비해 충분한 처벌이 이루어졌다고 볼 수 없는 경우이다. 국가범죄에서 개인범죄로 처벌되었다는 것만으로는 불충분한 처벌이 이루어졌다고 볼 수 없지만, 개인범죄 공소사실과 국가범죄 공소사실 간에 공소사실의 동일성이 인정되는지를 판단함에 있어서 양 범죄의 규범적 요소를 어느 정도로 고려해야 하는지 등의 문제에 대해서는 앞으로 좀 더 많은 논의가 이루어져야 한다.

서 론

박 경 규

제1장

서 론

제1절 | 연구의 필요성

1. '개인범죄'에 대립되는 개념으로서의 '국가범죄'

전통적으로 형법이론은 자연인 개인에 의해 범해질 수 있는 범죄 즉, '개인범죄'를 대상으로 하여 발전되어 왔고, 각 국가에서 '형법규범의 성문화'도 주로 개인범죄를 대상으로 하여 이루어져 왔다. 물론, 전통적인 형법상의[1] 범죄 중에는 내란죄, 소요죄와 같이 집합범죄 또는 집단범죄로 이해되어 그 범죄의 개념정의상 필요적으로 다수인의 협력·가담에 의해서 범해질 것을 요건으로 하는 범죄도 있다.[2] 그리고 '범죄단체'라는 체계화된 조직과 관련된 범죄행위들을 지칭하는 '조직범죄'라는 용어도 있다. 그러나 내란죄, 소요죄와 같이 전통적인 형법이 규율대상으로 삼은 집합범죄/집단범죄는 다수 개인의 협력·가담 또는 집합을 범죄성립요건으로 하지만, 우리는 그러한 다수 개인의 행위를 법적으로 '국가의 행위'로 평가하지는 않는다. 오히려 내란죄의 경우 '폭동'이라는 집합된 다수 개인의 행위는 국가의 존립·안전이라는 국가적 법익에 대한 범죄로 평가된다.[3] 소요죄의 경우에도 다수 개인의 집합에 의한 소요행위가 '국가의 행위'로 평가되지는 않는다. 조직범죄에서도 범죄단체라는 체계화된 조직은 사적 단

1) 여기서 "형법"이란 실질적 의미의 형법을 의미한다.
2) 집합범죄는 필요적 공범(죄)의 한 유형이다. 집합범죄로 지칭하는 견해도 있고(예컨대 신동운, 형법총론 제10판, 2017, 720면 참조), 집단범죄로 지칭하는 견해도 있다(김성돈, 형법총론 제4판, 2015, 580면).
3) 1995년 12월 21일에 제정된 「헌정질서파괴범죄의 공소시효에 관한 특례법」은 내란의 죄, 외환의 죄, 반란의 죄 그리고 이적의 죄를 "헌정질서파괴범죄"라고 하면서 장래에 한해 공소시효의 적용을 배제하였다.

체·조직일 뿐이고, 조직범죄에 관련된 다수 개인의 행위가 '국가의 행위'로 평가되지는 않는다. 즉, 전통적인 형법에서도 다수 개인의 협력·가담이나 집합적 행위를 필수적인 성립요건으로 하는 범죄가 인정되고 있지만, 그러한 다수 개인의 협력·가담이나 집합적 행위가 '국가의 행위'로 평가되지는 않는다는 점에서 그러한 범죄도 관련된 개인에 대해서만 형사법적 책임 또는 형사법적 효과가 문제되는 개인범죄이다.[4]

한편, '국가범죄'를 구체적으로 어떻게 정의하고, 어떠한 범죄행위를 국가범죄로 볼 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 이러한 논란 또는 혼란이 생기는 것은 '국가범죄'라는 개념/용어 자체가 용어 사용자에 따라 광협의 의미로 정의될 수 있기 때문이기도 하지만,[5] 종래 형법의 주된 규율대상은 개인범죄였고, 국가범죄에 해당하는 범죄는 근래에 들어서야 성문화되고 있기 때문이다. 이에 대해서는 아래에서 살펴보고, 여기서는 본 보고서에서 '국가범죄'라는 개념은 개인범죄에 대립되는 개념 또는 개인범죄와 짝을 이루는 개념으로 사용된다는 것을 밝히고자 한다.

'국가범죄'라는 용어는 용어 자체를 통해서 알 수 있듯이[6] '국가의 범죄' 또는 '국가에 의한 범죄'를 뜻한다.[7] 국가범죄를 구체적으로 어떻게 정의하든, 국가범죄에 해당하는 행위는 자연인(들)에 의해 행해지고, 그 행위에 가담한 자연인(들)의 형사책임이 배제될 수는 없다. 자연인(들)에 의해 행해진 행위가 '국가의 범죄'로 되기 위해서는 그 행위가 '국가의 행위'로 평가될 수 있어야 한다. 국가기관의 구성원인 공무원(들)이 직무수행 과정에서(또는 공권력 행사과정에서) 범죄행위를 하였다는 것만으로는 그 범죄행위가 형사법상 '국가의 행위'로도 귀속된다고 보기에는 어려울 것이다. 왜냐하면 그렇게 보는 경우 국가범죄는 개념상 개인범죄와 구분되지 않는다.[8] 어떠한 경우

---

4) 이 보고서에서 '형사책임' 또는 '형사법적 책임'이라는 용어는 형벌 또는 보안처분이라는 형사제재를 뜻하는 용어로 사용되고, '형사법적 효과'는 그러한 형사제재 이외의 법률효과를 뜻하는 용어로 사용된다.

5) '국가범죄' 또는 '국가폭력'이라는 용어의 광협에 대해서는 유진·강석구·박경규·김아람, 과거사 청산을 위한 국가폭력 연구: 노역동원을 중심으로(I) - 1960년대 초법적 보안처분과 국토건설사업, 형사정책연구원 연구총서, 2019, 28면 이하 참조.

6) 독일에서는 내란죄, 외환죄 등 국가의 존립·안전 자체를 보호법익으로 하는 일정 국가적 법익에 대한 범죄를 지칭하는 강학상의 용어로 '국가보호범죄(Staatsschutzdelikte)'라는 용어가 사용되고 있다. 우리나라에서 '국가보호범죄'라는 용어의 사용이 일반화되어 있지는 않은 듯 하고, '국가범죄'라는 용어를 사용하더라도 이 용어가 국가적 법익에 대한 범죄를 지칭하는 것으로 오해될 염려는 없어 보이기에 개인범죄와 대립되는 개념으로서 '국가범죄'라는 용어를 사용한다.

7) 김성돈, "국가폭력과 형법, 그리고 헌법", 법조 통권 제731호, 2018, 11-12면 참조(다만, 국가범죄라는 용어보다는 '국가폭력'이라는 용어를 사용할 것을 제안하고 있음).

에 자연인인 공무원들의 공권력 행사행위가 국가의 행위로 귀속될 수 있다고 보아야 하는가?

한편, 국가범죄의 구체적인 개념정의에 따라 국가공권력을 행사하는 공무원들의 행위를 '국가의 행위'로도 평가할 수 있는 경우라면 자연인(들)이 부담하는 형사책임과는 별개로 국가 또한 어떠한 책임을 부담한다고 보아야 한다. 국가는 형벌권을 행사하는 주체이다. 형벌권을 행사하는 국가에 '형벌 또는 보안처분'이라는 형사제재 즉, 형사책임을 부담시킬 수 있는 집단/단체가 있을 수 있는가? 형벌권을 행사하는 주체가 스스로에게 형사제재를 가할 수 있다고 할 수 있는가? 아니라면 과연 국가범죄에서 국가가 부담하는 책임은 어떠한 책임이어야 하고, 국가가 부담하는 그러한 책임으로 인해 국가범죄에서는 개인범죄에서와 달리 어떠한 법률적 효과가 인정될 수 있는가?

위와 같이 '국가범죄'에서는 ① 어떠한 경우에 자연인들(특히 공권력을 행사하는 국가기관 구성원들)의 행위를 국가의 행위로도 볼 수 있는가, 그리고 ② 자연인들의 행위를 국가의 행위로도 볼 수 있는 경우라면 (즉, 국가범죄라면) 국가에 어떠한 책임이 인정된다고 할 수 있는지가 문제된다는 점에서 국가범죄는 자연인 개인의 형사책임만이 문제되는 개인범죄와 구분된다. 그리고 이러한 문제들은 국가범죄를 구체적으로 어떻게 개념정의 해야 하는가의 문제이기도 하다.

2. '국가범죄의 가장 중한 형태'인 '인도에 반한 죄'

현행 법률상 국가범죄를 정의하고 있는 법규정은 없다. 그러나 우리 현행법에서도 가장 중한 형태의 국가범죄라고 할 수 있는 일부 국가범죄는 성문화되어 있는데, 바로 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 '국제형사범죄법')에 의해 규율되고 있는 집단살해죄/제노사이드(genocide),[9] 인도에 반한 죄(crimes against humanity)[10] 그리고 전쟁범죄(war crimes)이다.

---

8) 이호중, "반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효", 민주법학 통권 30호, 2006, 125면 참조.

9) 우리 법률과 법률관련 문헌에서는 "Genocide"를 "집단살해죄"로 번역하고 있는데, 제노사이드라는 원어가 동 범죄를 좀 더 쉽게 파악할 수 있도록 하기에 본 보고서에서는 "집단살해죄"와 "제노사이드"를 혼용한다.

10) "Crime against humanity"는 '반인도적 범죄' 또는 '반인륜적 범죄'로 번역되기도 한다. 2007년 국제형사범죄법이 제정되기 전에 '반인도적 범죄'로 번역하고 있는 글로는 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17호, 2002, 2면; 변

2차대전 전범재판 이후 UN 및 국제사회는 이른바 '핵심 국제범죄(core international crimes)'로 지칭되는 집단살해죄/제노사이드, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄, 그리고 침략범죄(crime of aggression)에 대해 관할권을 가지는 상설국제형사재판소(International Criminal Court, ICC)를 설치하기 위해 꾸준히 노력해왔다. 이러한 노력의 결과 1998.7.17.에 「ICC에 관한 로마규정(Rome Statute of the ICC」(이하 'ICC규정' 또는 '로마규정'이라 함)이 국제조약으로 채택되고, 동 국제조약이 2002년 7월 1일부로 발효됨으로써[11] ICC가 활동하기 시작하였고, 핵심 국제범죄는 성문 조약에서 그 근거를 갖게 되었다.[12] 로마규정에 따르면 로마규정 당사국이 자국 내에서 발생한 국제범죄 또는 자국 국민이 범죄혐의자인 국제범죄에 대해 우선적으로 소추·처벌할 의무를 부담하고, ICC는 우선적으로 관할권을 가지는 관련 당사국이 범죄혐의자를 소추·처벌할 의사가 없거나 능력이 없는 경우에만 즉, 보충적으로 관할권을 행사한다. 게다가 로마규정 당사국은 국제범죄와 관련하여 ICC와 협력할 의무를 부담한다. 따라서 로마규정이 당사국에 로마규정을 자국법으로 이행할 의무를 명시적으로 부과하고 있지는 않지만, 많은 당사국이 로마규정에 관한 이행입법을 하였다. 우리나라는 2002년 11월 13일에 로마규정을 비준하였고, 2007년 12월 21에 국제형사범죄법을 제정하여 로마규정의 내용을 우리 법에 맞게 일부 수정하여 성문 국내법률로 이행하였다(동 법률은 2007. 12. 21.부터 시행됨).[13] 침략범죄는 2010년의 로마규정 개정에 의해서야 비로소 로마규정에서 개념정의되었고, 우리 국제형사범죄법은 아직 침략범죄에 관한 규정을 두지 않고 있다.

종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 644면 이하); 이호중, "반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효", 민주법학 통권 30호, 2006, 125면; '반인륜적 범죄행위'로 번역하고 있는 글로는 한스릴리에(하태영 역), "반인륜적 범죄행위에 대한 공소시효", 동아법학 제21호, 1996, 284면 이하; 우리 국제형사범죄법이 'crime against humanity'를 '인도에 반한 죄'로 번역하고 있기에 용어상의 혼란을 피하기 위해 이하에서는 '인도에 반한 죄'라고 한다.

11) 로마규정 제126조 제1항은 "이 규정은 60번째의 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서가 국제연합 사무총장에게 기탁된 날로부터 60일이 경과한 다음 달의 첫째 날에 발효한다."라고 하고 있고, 2002년 7월 1일이 그 날에 해당한다.

12) 로마규정의 제정 및 ICC의 설치 과정에 대한 개관은 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 사법발전재단, 2020, 46-64면; 조상제·천진호·류전철·이진국, 국제형법, 2011, 82-84면.

13) 국제형사범죄법은 2011년 4월 12일에 개정되었는데(시행일도 동일함), 개정이유는 "법 문장을 원칙적으로 한글로 적고, 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸며, 길고 복잡한 문장은 체계 등을 정비하여 간결하게 하는 등 국민이 법 문장을 이해하기 쉽게 정비하려는 것"이었다.

로마규정 및 국제형사범죄법에 의하면 '제노사이드/집단살해죄'란 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고 그러한 집단 구성원을 살해하는 등의 일정행위를 의미한다.[14] '인도에 반한 죄'란 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 사람을 살해하는 행위, 식량과 의약품에 대한 주민의 접근을 박탈하는 등 일부 주민의 말살을 불러올 생활조건을 고의적으로 부과하는 행위, 사람을 노예화하는 행위 등의 일정행위를 뜻한다.[15] 그리고 '전쟁범죄'란 국제적 또는 비국제적 무력충돌에서 1949년 8월 12일자 제네바협약을 중대하게 위반하는 행위 또는 국제적 무장충돌 또는 비국제적 무장충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 기타 중대한 위반행위가 계획이나 정책의 일부로서 또는 대규모의 전쟁범죄 실행 중의 일부로서 행해진 경우를 의미한다.[16] '침략범죄'란 국가의 정치적 또는 군사적 활동을 효과적으로 결정·통제할 지위에 있는 자가 그 성격·중대성·규모에 의할 때 유엔헌장을 명백히 위반하는 침략행위를 계획하거나 준비하거나 개시하거나 또는 실행하는 것을 의미한다.[17] 이러한 국제범죄는 국가조직 또는 국가유사 조직 즉, 권력을 가진 집단의 구성원들에 의해 체계적·조직적으로 범해지는 체계적 불법이라는 속성을 가지고, 개념정의상 국가 또는 국가유사의 집단에 의해 범해질 수밖에 없는 집단범죄이다.[18] 이러한 이유로 국제범죄는 '정치적 거시범죄(politische Makrokriminaltät)'로 지칭되기도 한다.[19]

로마규정이 국가 아닌 조직·단체로 제노사이드, 인도에 반한 죄 그리고 전쟁범죄의 행위주체를 확장하고 있는 것은 인권보장의 범위를 넓히기 위한 것이고, 국가에 의해 제노사이드, 인도에 반한 죄 그리고 전쟁범죄가 범해진 경우로 한정하여 얘기하면, 국가에 의해 범해진 국제범죄는 가장 중한 형태의 국가범죄에 해당한다. 이러한 점에서 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄에 관한 규범 즉, 국제형사법은

14) 국제형사범죄법 제8조; 로마규정 제6조 참조.
15) 국제형사범죄법 제9조; 로마규정 제7조 참조.
16) 국제형사범죄법 제10조 내지 제14조; 로마규정 제8조 참조.
17) 로마규정 제8bis조 참조.
18) 많은 문헌이 있지만 Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 50 ff.; Cassese, International Criminal Law, 2nd ed., 2008, p. 53-55; Fletcher, Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism, 2002, p. 17 이하 참조.
19) Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 50 ff.

'가장 중한 형태의 국가범죄에 대한 규범'이라고 할 수 있다.[20] 가장 적용범위가 넓은(전쟁상황이 아닌 평상시에도 성립할 수 있는)[21] 인도에 반한 죄를 가지고 얘기하면, "민간인 주민을 공격하려는 국가의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 행해진 살해 등의 행위"는 즉, '국가라는 집단에 의해 행해진 인도에 반하는 죄'는 가장 중한 형태의 국가범죄라고 할 수 있다. "민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로" 행해졌을 것이라는 요건을 인도에 반한 죄의 '상황적 요건(contextual element)'이라고 하는데, '국가라는 집단에 의해 행해진 인도에 반한 죄'가 가장 중한 형태의 국가범죄라는 점은 '민간인 주민을 공격하려는 국가의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 행해졌을 것'이라는 요건에 의해 표현되고 있다.

심각한 국제범죄 또는 국가범죄를 범한 자가 처벌되지 않는 현상(impunity)을 없애기 위하여[22] 로마규정이 채택되었고, ICC가 설립되었기에 로마규정 제29조[23] 및 국제형사범죄법 제6조는 국제범죄의 경우 공소시효와 형의 시효가 적용되지 않는다고 선언하고 있다. 그러나 ICC는 2002년 7월 1일 이후에 발생한 국제범죄에 대해서만 관할권을 가진다. 그리고 2007년에 로마규정의 이행입법으로 제정된 우리 국제형사범죄법은 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에서 공소시효의 배제를 선언하고 있지만, 동 법률 발효 이후에 발생한 범죄에 한해서만 즉, 장래에 한해서만 공소시효의 적용을 배제하고 있다.

---

20) 물론, 국가유사 조직·집단에 의한 행위도 국제범죄로 인정될 수 있기에 '국제범죄'와 '국가범죄'가 동의어는 아니다.

21) 제노사이드는 그 행위가 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단에게로 행해진 경우에만 성립하고, 전쟁범죄는 전쟁상황이 아니면 성립할 여지가 없는데 반해, '인도에 반하는 죄'의 경우 무력충돌을 요건으로 하지 않기에 "민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 행해질 것"이라는 요건이 충족되면 인도에 반하는 죄가 성립한다.

22) 로마규정 서문 4번째 내지 9번째 단락 참조.

23) 로마규정 제29조 (시효의 부적용) 재판소의 관할범죄에 대하여는 어떠한 시효도 적용되지 아니한다.

3. 국가범죄의 개념정의 및 범위에 대한 논란

로마규정 및 국제형사범죄법에서 정하고 있는 인도에 반한 죄가 가장 중한 형태의 국가범죄라는 점에서는 큰 이론이 없지만, 구체적으로 '국가범죄'를 어떻게 정의해야 하고, '국가에 의한 인도에 반한 죄' 이외에도 국가범죄를 인정할 수 있는지, 인정할 수 있다면 어떠한 행위까지 국가범죄로 인정할 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 이러한 논란은 우리나라의 과거 군사정권 또는 권위주의 정권 시기에 민주화운동을 탄압하는 과정에서 수사기관 또는 국가기관 구성원에 의해 행해진 고문행위, 가혹·폭행행위, 고문치사행위(예컨대 박종철 고문치사 사건, 이근안 경감 고문사건), 간첩조작행위, 그러한 사건의 은폐행위, 수지 김 피살 은폐·조작 행위 등을 인도에 반한 죄로 볼 수 있는지, 인도에 반한 죄로 볼 수 없다면, '인도에 반한 죄에 해당하지 않지만, 국가범죄의 성격을 가지는 반인권적 국가범죄'로 보아 공소시효 배제의 진정소급효를 인정할 수 있는가라는 문제로 논의되고 있다.

일부 견해는 위와 같은 행위들은 인도에 반한 죄의 상황적 요건이 충족되지 않기에 '인도에 반한 죄에 해당하지 않지만, 국가범죄의 성격을 가지는 반인권적 국가범죄'로 볼 수 있다고 하면서, '반인권적 국가범죄'를 '인도에 반한 죄'를 대신하는 개념으로 제안하고, 반인권적 국가범죄의 경우 공소시효배제의 진정소급효를 인정할 필요가 있다고 한다.[24] 이러한 견해에서는 국가기관 또는 국가기관 구성원(공무원)이 그 직무를 행함에 있어 정당화사유 없이 시민을 살해 또는 고문하는 등 헌법과 법률을 위반하여 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나 이 침해행위를 조직적으로 은폐·조작한 행위"를 (인도에 반한 죄에 해당하지 않는) 반인권적 국가범죄로 정의한다.[25] 구체적으로는 다음의 범죄행위들을 반인권적 국가범죄로 볼 수 있다고 한다: ①

---

24) 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002, 4면 이하(조국 교수는 '반인권적 국가범죄'를 인도에 반한 죄를 대신하는 개념으로 제안하고 있다); 박상기, "공소시효 배제입법 토론문", 국가인권위원회(편), 공소시효 배제입법 토론회 자료집, 2002, 9면 이하; 김동률, "반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-", 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013, 136면; 문봉규, "반인권적 범죄의 법적 성질에 관한 연구", 외법논집 제38권 제1호, 2014, 284면.

25) 조국, 위의 글, 4면 이하("국가기관"이라고 하고 있음); 문봉규, 위의 글, 284면("국가기관 또는 그 구성원"이라고 하고 있음); 2005. 7. 11. 발의되었던 '반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안'(의안번호 제17222호)은 "공무원이 직무수행과 관련하여 살인의 죄, 폭행·가혹행위의 죄 또는 폭행·가혹행위죄를 통해 살상한 경우"를 반인권적 국가범죄라고 하였다.

국가기관이 직무수행과정에서 정당화사유 없이 제24장의 살인의 죄를 범한 경우, 형법 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우. ② 국가기관이 형법 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), '특정범죄가중처벌등에관한법률' 제15조(특수직무유기)의 죄, 형법 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸)의 각 죄 등을 범한 경우.[26]

반인권적 국가범죄를 인정하는 견해에 따라 반인권적 국가범죄에 대해서는 공소시효를 배제하고, 그러한 범죄를 은폐·조작하기 위한 범죄행위에는 공소시효의 정지를 인정하는 것을 내용으로 하는 다음과 같은 법률안이 제17대 ~ 제21대 국회에서 발의되었다: ① 의안번호 제17222호, 반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안, 2005. 7. 11. 발의, ② 의안번호 제177478호, 반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안, 2007. 9. 21. 발의, ③ 의안번호 제1800291호, 반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안, 2008. 7. 16. 발의, ④ 의안번호 제2012244호, 형사소송법 일부개정 법률안, 2018. 2. 28. 발의, ⑤ 의안번호 제2011989호, 반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안, 2018. 2. 19. 발의, ⑥ 의안번호 2101129, 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 2020. 6. 29. 발의, ⑦ 의안번호 2101583, 반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안, 2020. 7. 7. 발의.[27]

이러한 견해에 대해서는 국가권력자의 반인권적 범죄와 개인에 의한 반인권적 범죄는 구별되어야 한다고 하면서 공소시효배제의 진정소급효가 적용되는 대상은 반인도범죄 및 국가권력자의 지위를 이용하여 헌법의 기본가치로서 인간의 존엄과 인권을 유린하는 행위를 저지른 경우로 한정되어야 한다는 견해가 있는가 하면,[28] 반인권적 국가범죄라는 카테고리는 인정하면서도 공소시효배제의 진정소급효 인정여부에 대해서는 부정적인 입장을 피력하면서 반인권적 국가범죄로 제시되고 있는 일부 범죄 중에는 국가범죄의 성격을 가진다고 보기 어려운 범죄도 있다는 비판이 있다.[29] 그리

26) 조국, 위의 글, 5-6면.
27) ① - ⑤ 발의안은 의회 임기만료로 폐기되었고, ⑥과 ⑦ 발의안은 현재 발의되어 있는데, ⑦ 법률안은 ⑤ 법률안과 같은 내용이다.
28) 이호중, "반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효", 민주법학 통권 30호, 2006, 126면.
29) 예컨대 변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 654

고 반인권적 국가범죄라는 카테고리를 인정하는 입장에 있으면서도, 반인권적 국가범죄의 예로 제시된 사안 중 이근안 경감 고문사건의 경우 국가권력의 조직적 지원하에 반정부인사인 민간인들을 대상으로 한 범죄였기에 전형적인 인도에 반한 죄에 해당하고, 수지 김 피살 조작 사건은 반인권적 국가범죄로 볼 수 있다는 견해도 있다.[30]

이근안 경감 사건이 인도에 반한 죄에 해당할 수 있는가에 대해서 견해가 나뉘는 것을 통해 알 수 있듯이 아직, '가장 중한 형태의 국가범죄인 인도에 반한 죄'와 '인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄의 성격을 가지는 반인권적 국가범죄'의 구별은 명확하지 않은 상황이다. 게다가 발의된 일부 법률에서는(예컨대 '공무원이 직무수행과 관련하여 살인의 죄, 폭행·가혹행위의 죄 또는 폭행·가혹행위죄를 통해 살상한 경우'를 반인권적 국가범죄라고 하고 있는 법률안) 공무원의 개인범죄와 국가범죄가 개념상 구분되지 않는 경우도 있다.

4. 인도에 반한 죄 규정의 성격과 적용범위에 대한 의문

심각한 국제범죄 또는 국가범죄를 범한 자가 처벌되지 않는 현상을 없애기 위해서 로마규정이 채택되고, 국제범죄에 대해 보충적인 관할권을 가지는 ICC가 설치되었지만, 최대한 많은 국가가 로마규정을 가입·비준하여 동 조약이 전 세계적 효력을 가질 수 있도록 하기 위해서 그리고 ICC가 상설 국제형사재판소라는 점을 고려하여 로마규정 자체가 ICC의 관할권을 동 규정 발효일 이후에 당사국에서 발생한 범죄로 제한하고 있다.[31] 로마규정 제24조(소급효금지) 제1항은 "누구도 이 규정이 발효하기 전의 행위에 대하여 이 규정에 따른 형사책임을 지지 아니한다."고 하고 있는데,[32] 제11조 및 제24조의 입법과정과 국제형사법 관련 문헌에 따르면 로마규정 제24조 제1항은 로마규정 제11조와 같은 취지로 ICC의 관할권을 제한한 규정이지,[33] 다른 재판소

면 이하 참조.

30) 박찬운, "'반인도적 범죄': 국제법적 개념과 국내적 수용방안, 인권과 정의 통권 제313호, 2002, 11-12면.

31) 로마규정 제11조(시간적 관할권)에 의하면 ICC는 로마규정의 발효 후에 범하여진 범죄에 대하여만 관할권을 가진다.

32) 밑줄은 보고서 저자에 의한 강조.

33) Bassiouni/Schabas(ed.), The Legislative Histroy of the International Criminal Court. Vol. I, 2016, p. 136; Pangalangan, Article 24, in: Triffterer/Ambos(eds), The Rome Statute of the ICC, 3rd ed. 2016, mn 3-8; Schabas, The International Criminal Court: A Commentary

규정 또는 개별국가 형법에 따른 국제범죄의 가벌성을 제한하고 있는 것이 아니다.

ICC가 설립되기 이전에 국제범죄(자)를 소추·처벌하는 방법에는 ① 해당 국가의 사법기관이 소추·처벌하는 방법, ② 유엔 산하 임시 국제형사재판소(UN ad hoc tribunal)의 설립을 통해서 소추·처벌하는 방법, ③ 혼합재판소(hybrid tribunal/court)의 설치를 통해서 소추·처벌하는 방법이 있었다. ICC 설립 이전에 설치되었던 국제형사재판소는, 예컨대 IMT, IMTFE, ICTY 그리고 ICTR, 모두 국제범죄가 범해진 후에 해당 재판소 「헌장(Charter)」 또는 「규정(Statute)」을 제정하여 즉, 사후입법으로 국제범죄자를 처벌하면서, 이는 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 하였는데, ICTY는 '인도에 반한 죄의 가벌성은 국제관습법으로 되었다'는 것을 그 근거로 들었다.[34]

2007년 12월 21일부터 국제형사범죄법률이 제정·시행됨으로써 '가장 중한 형태의 국가범죄인 인도에 반한 죄'는 성문 법규정에 의해 우리 "형법"의 한 구성부분이 되었고, 2007년 12월 21일 이후에 발생한 인도에 반한 죄의 경우 명문 규정에 의해 우리나라가 우리 "형법"에 의해 처벌해야 할 범죄로 되었다.[35] 그러나 국제형사범죄법은 2007년 12월 21일 이전에 발생한 인도에 반한 죄에 동 법률이 적용될 수 있는지에 대해서는 침묵하고 있다. 이는 형사법의 대원칙인 소급효금지원칙이 당연히 동 법률에도 적용되어 2007년 7월 1일 이전에 우리나라에서 발생한 국제범죄에는 동 법률이 적용될 수 없다는 사고에 따른 것이라고 할 수도 있지만, 이러한 사고는 우리 국제형사범죄법을 오로지 로마규정의 이행법률로만 이해하는 경우에만 타당하다고 볼 수 있는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다. 게다가 과연 인도에 반한 죄 규정이 기존에는 범죄로 처벌되지 않던 행위를 새로이 범죄로 처벌하는 규정이라고 할 수 있는지에 대해서도 검토해 볼 필요가 있다.

---

on the Rome Statute, 2nd ed. 2016, p. 556.

34) ICTY, Prosecutor vs Dusco Tadic, Trial Judgment, 7 May 1997, para. 620-621("뉘른베르크 국제군사재판을 통해서 이미 인도에 반하는 죄의 가벌성은 국제관습법으로 인정되었다. … 인도에 반하는 죄의 가벌성은 전범재판 이후의 '뉘른베르크 원칙들'에 의해 확인되었다.").

35) 여기서 "형법"이란 '실질적 의미의 형법'을 의미한다.

5. 국가범죄의 책임구조 및 법률효과에 대한 연구를 통해 실질적 법치주의를 실현할 필요성

인도에 반한 죄의 성문화는 ICC 로마규정의 채택 이후에서야 세계 여러 국가에서 본격적으로 이루어지고 있다. 우리나라에서도 2007년에 국제형사범죄법이 제정됨으로써 비로소 가장 중한 형태의 국가범죄라고 할 수 있는 인도에 반한 죄의 성문화가 이루어졌다.

인도에 반한 죄 그리고 '인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄의 성격을 가지는 범죄'는 우리 사회에서 계속 문제되고 있는 과거사 정리/청산 활동과 긴밀한 관계를 맺고 있다. 우리나라에서 발생한 인도에 반한 죄 또는 인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄에 해당하는 범죄를 형사사법적 절차를 통해서 청산해야 하는가라는 문제에 대해서는 견해의 대립이 심하고, 이 문제를 정치의 영역 또는 정책적 판단에 맡겨야 한다거나 민사상 또는 행정상의 피해회복조치에 중점을 두어야 한다는 견해도 있다. 지금까지 과거사 청산/정리 활동 또는 이행기정의 활동이 민사·행정상의 피해회복 조치 위주로 이루어진 것은 소급효의 문제, 공소시효의 문제 등 형사법적 장애물로 인한 측면이 더 크다. 국가범죄는 개인범죄에 비해 상대적으로 중한 범죄에 해당하기에 오히려 형사법적 이론을 바탕으로 무엇이 법원칙인지를 밝힘으로써 올바른 형사정책을 모색하는 방향으로 나아가야 하지, 정치적으로 민감한 사안 또는 명문 규정이 없는 영역이라고 하여 법원칙에 대한 해명 없이 단순히 정치의 문제 또는 정책의 문제로 돌린다면 이것은 "법"의 규범력을 약화시켜 종국적으로 실질적 법치주의가 실현되는데 장애를 초래할 수 있다.

2007년 국제형사범죄법이 제정됨으로써 인도에 반한 죄가 성문화된 것은 큰 진전이라고 할 수 있지만, 최근에서야 인도에 반한 죄의 성문화가 이루어졌다 보니, 인도에 반한 죄, 인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄의 성격을 가지는 범죄 그리고 개인범죄 3자의 구별이 명확하지 않고, 개인범죄와 비교할 때 국가범죄의 책임구조 및 법률효과에 대한 연구는 상대적으로 부족하다.

이에 이 연구과제는 인도에 반한 죄와 인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄의 성격을 가지는 범죄의 구분기준 및 양자의 구체적 범위를 밝히고, 인도에 반한

죄와 반인권적 국가범죄에서 문제되는 근본적인 형사법적 쟁점을 선별하여 그에 대해 상세히 검토하고자 한다. 그리고 각 쟁점을 검토하여 입법적 해결이 필요한 사항의 경우 입법적 개선안을 제시하고자 한다. 이러한 연구를 통해 법원칙에 따라 국가범죄 관련 과거사를 사법적으로 청산/정리할 수 있도록 하는데 기여하고자 한다.

제2절 | 연구범위 및 연구방법

이 연구과제는 인도에 반한 죄, 인도에 반한 죄에 해당하지 않지만 국가범죄의 성격을 가지는 반인권적 국가범죄 그리고 개인범죄를 구별하는 기준을 마련하고, 가장 중한 형태의 국가범죄인 인도에 반한 죄 그리고 그보다 약한 형태의 국가범죄라고 할 수 있는 반인권적 국가범죄에서의 법적 효과에 대해 상세히 검토하는 것을 목적으로 한다.

먼저, 제2장에서는 인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄의 구분기준에 대해서 검토한다. 일반적으로 반인권적 국가범죄는 '인도에 반한 죄에 해당하지 않는 국가범죄'로 정의되기에 인도에 반한 죄의 성립요건과 성립범위를 명확히 할 필요가 있다. 양 범죄의 인정범위를 보다 명확히 이해하기 위해서는 우리나라에서 발생한 구체적인 사례를 가지고 검토할 필요가 있기에 먼저, 제1절에서 ICC에서 다루어진 사례와 우리나라에서 발생한 사례를 선별하여 예시사례로 제시한다. 다음으로 제2절에서는 인도에 반한 죄의 성립요건을 검토하고 난 뒤 예시사례를 대상으로 인도에 반한 죄가 성립하는지 여부를 검토한다. 제3절에서는 인도에 반한 죄의 책임구조를 살펴본 뒤, 반인권적 국가범죄의 개념 및 인정범위를 제안한다.

제3장에서는 국가범죄 즉, 인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄에서의 주요한 형사법적 쟁점들을 선별하여 각 쟁점별로 상세히 검토한다. 먼저, 제1절에서는 관련 규정의 소급적용이 가능한지에 대해 검토하는데, 이 문제는 특히 인도에 반한 죄와 관련하여 중요한 쟁점이다.

제2절에서는 공소시효의 문제를 다루는데, 공소시효배제의 진정소급효 인정이 가

능한지에 대해 검토한다. 제3절에서는 사면의 허용여부 및 조사·수사에 협조한 하급자의 면책·감경여부에 대해 살펴보고, 제4절에서는 반인권적 국가범죄에서 피해구제 수단으로서의 재심제도 개선방안에 대해 검토한다. 제5절에서는 국가범죄에서의 (특히, 인도에 반한 죄와 관련하여) 일사부재리원칙 문제에 대해서 살펴본다.

제4장에서는 외국의 입법례를 참조하여 국가범죄 규정의 소급적용에 대한 입법적 제언을 한다. 그리고 기타 쟁점과 관련하여 제3장에서 검토한 내용을 요약·정리하여 결론으로 제시한다.

제 2 장

‘인도에 반한 죄’와 ‘반인권적 국가범죄’의 구별

박 경 규

제2장

‘인도에 반한 죄’와 ‘반인권적 국가범죄’의 구별

제1절 | 구체적 예시사례

1. 케냐 사태

케냐에서는 2007년 12월 27일로 예정된 대통령 선거를 앞두고 집권 여당인 PNU정당과 ODM 정당 간에 긴장이 고조되어 있었다. ICC 검찰국의 공소사실에 의하면 공적서비스부 장관인 무타우라(Francis Kirimi Muthaura)와 제2 국무총리 케냐타(Uhuru Muigai Kenyatta)는 뭉기키(Mungiki)라는 폭력조직을 당시 대통령인 키비키(Kibiki)의 재선을 위한 선거활동에 활용하는 방안을 계획하였다. 무타우라와 케냐타는 뭉기키 조직의 보스와 뭉기키 조직이 선거활동을 돕는 대신에 뭉기키 조직에 대한 정부의 규제를 풀기로 합의하였다. 이러한 비밀협약에 따라 뭉기키 조직원들은 키비키 캠프의 선거활동을 도왔다.[36] 2007년 12월 27일의 대선에서 키비키가 재선되었지만, 선거조작을 의심한 ODM 정당 지지자들에 의해 PNU 정당 지지자들이 공격을 당하여 사상에 이르는 사건이 발생하였다. 이에 무타우라와 케냐타는 뭉기키 조직원들을 이용하여 ODM 정당 지지자들에게 보복을 하기로 결의하였고, 이에 따라 뭉기키 조직의 간부들이 ODM 정당 지지자들에 대한 보복공격을 구체적으로 계획하였다. 무타우라와 케냐타는 리프트밸리 지역의 ODM 지지자들에 대한 공격을 위해 뭉기키 조직원들에게 무기와 경찰 유니폼을 제공하고, 뭉기키 조직원들이 리프트 밸리 지역

36) ICC, Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, No. ICC-01/09-02/11, para. 311 이하 참조.

으로 진입하기 전에 경찰청장에게 연락하여 뭉기키 조직원들을 제지하지 않도록 하였다.[37] 총과 칼로 무장하고, 일부는 경찰 유니폼을 입은 채 뭉기키 조직원들은 리프트 밸리 지역으로 진입하여 2008년 1월 24일부터 27일까지 ODM 정당 지지자들을 살해하고, 강간하고, 그들의 주거를 불태웠다.

2. 5·18민주화운동 진압행위[38]

12.12 사건 이후 전두환 등 신군부는 군 권력을 장악하였을 뿐만 아니라 정치권력의 실세로 등장하게 되었다. 1980. 4. 14. 전두환은 보안사령관뿐만 아니라 중앙정보부장 서리를 겸임하게 되었는데, 전두환은 보안사 참모들에게 군이 전면에 나서 정국을 장악할 수 있는 방안에 대해 검토하도록 지시하였다. 전두환 등 신군부 세력은 비상계엄해제와 전두환 퇴진을 요구하는 대학가의 시위를 강력히 제압하고, 비상계엄을 전국적으로 확대하고, 국회를 해산시키고 비상대책기구를 설치하는 것을 시국수습방안으로 정리하였다. 그리고 시위진압에 군이 동원되는 사태가 올 것에 대비하여 군부대를 이동배치 하는 등 소요사태 진압을 준비하도록 하였다.[39] 1980. 5. 17. 전두환 등 신군부 세력은 전군주요지휘관회의를 열어 비상계엄 전국확대를 건의할 것을 결의한 후, 국무회의장에 병력을 배치하는 방법으로 국무위원들과 최규하 대통령을 강압하여 24:00를 기해 비상계엄을 전국적으로 확대하도록 하였고, 계엄군이 소요사태 지역에 투입되어 시위를 진압하게 되었다.

1980. 5. 18.부터 5.21.까지의 사실관계는 다음과 같다: ① 1980.5.18. 01:10경 특전사 7공수여단 소속 장교 94명, 사병 680명이 엠(M)16 소총 등을 휴대하고 전남대학교와 조선대학교를 점거한 상황에서, 같은 날 10:00경에는 2백여 명에 이른 학생들이 공수부대원들의 학내 잔류 학생에 대한 구타행위를 비난하면서 '비상계엄 해제하라, 공수부대 물러가라'는 구호를 외치고 돌을 던지는 등 시위를 하자, 공수부대원들이 학생들의 강제 해산을 시도하는 과정에서 이들을 쫓아가 진압봉으로 어깨와 머리 등을 무차별 가격하고, 체포한 학생들을 난폭하게 연행하여 충돌이 발생하고, 학생들

37) Ibid, para. 301 이하 참조.
38) '서울고법 1996. 12. 16. 선고 96노1892판결'에서 인정된 사실관계를 정리한 것이다.
39) 서울고법 1996. 12. 16. 선고 96노1892판결 26면(국가법령정보센터에서 다운로드 받은 판결문).

이 같은 날 10:30경 다른 학생 6백여 명과 함께 광주시내 중심지로 이동 집결하여 계엄 해제, 전두환 퇴진, 김대중 석방 등을 요구하면서 경찰병력과 격렬한 공방을 벌이는 등 시위가 확산되었다. ② 위 부대원들이 금남로 일대로 출동, 5.18. 16:00경부터 시위대를 해산시키면서 인근 점포나 골목, 건물 안까지 시위대를 추적하여 체포하고, 그 과정에서 시위대와 시민들을 구분 없이 진압봉으로 가격하고, 심지어 머리를 가격하거나 체포된 시위대의 상의 등을 벗기고 기합을 주기도 하는 등의 과잉진압을 실시하여 광주시민 405명을 연행함과 동시에 80여 명에게 부상을 입혔다. ③ 11공수여단 병력 장교 162명, 사병 1,038명은 같은 달 19. 00:50경 M16 소총 등을 휴대하고 광주에 증파되어 차량에 탑승하고 배속받은 장갑차의 선도로 위력시위를 하였다. ④ 5.19. 10:00경부터 시민들이 대규모로 시위 학생들에 가세하여 공수부대의 과잉진압에 항의하며 돌과 화염병을 던지는 등 격렬한 시위를 전개하자, 공수부대원들은 이들을 소총 개머리판과 진압봉으로 무차별 가격하고, 심지어는 일부 부대원들이 대검을 사용하는 등 강경한 진압작전을 감행하여 그 과정에서 많은 광주 시민들이 부상을 입고, 그 중 김안부(남, 34세)가 전두부열상 등으로 사망하였다. ⑤ 5.20. 오후에는 공수부대의 과잉 진압에 격분한 택시기사들이 중심이 되어 차량 시위를 전개하면서 트럭, 버스 등이 계엄군에게 돌진하자, 3, 7, 11공수여단 병력들이 최루탄과 진압봉을 사용하여 진압을 계속하고, 같은 날 24:00경 광주역 앞에서 3공수여단 12, 15대대장교들이 시위대의 차량 공격에 대응 발포하여 많은 광주 시민들이 부상을 입었다. ⑥ 5.21. 12:00경 전남대학교 앞에서 3공수여단 병력이 차량 공격 등을 시도한 시위대에게 발포하여 성명불상 운전사 등이 총상으로 사망하고, 같은 날 13:00경 전남도청 앞에서 11공수여단 병력이 장갑차와 버스를 이용하여 돌진해 오는 시위대에게 발포를 시작하고, 이어 인근 건물 옥상에 배치된 병력들이 시위대를 향하여 집단적으로 발포하여 박민환(남, 26세) 등이 총상으로 사망하는 등 상당수의 희생자가 발생하였다. ⑦ 이에 따라 시위대들이 광주를 비롯한 인근 지역의 경찰서, 지·파출소 등에서 총기와 실탄을 확보하여 무장 저항을 시작하자, 공수부대원들이 전남도청 일대에서 이들과 총격전을 벌였다.

1980. 5. 21.부터 광주재진입작전 전까지의 사실관계는 다음과 같다: ① 1980.5.21. 22:10 효천역 부근에서 20사단 61연대 2대대가 버스와 트럭 등 차량 6, 7대에 탑승하

고 목포 쪽에서 광주쪽으로 이동하던 시위대에 총격을 가하여 시위대 버스 2대를 전복시키고, 5.22. 01:00경 61연대 1대대와 수색중대 병력이 광주 쪽에서 버스에 탑승하고 시외곽으로 이동하려는 시위대에 총격을 가하여 강복원 등을 사망하게 하였다. ② 5.22. 08:30경 효천역 부근에서 바리케이드를 치고 매복 중이던 20사단 61연대 2대대 병력이 그 곳을 빠져나가려던 승용차에 총격을 가하여 왕태경 등을 사망하게 하였다. ③ 5.22. 16:00경 20사단 62연대 2대대는 같은 날 17:00까지 국군광주통합병원 부근 민가 지역에서 시위대에게 총격을 가함으로써 김영선 등 6명을 사망하게 하였다. ④ 해남에 주둔하고 있던 31사단 93연대 2대대는 부근 우슬재와 복평리에 매복 중 5.23. 05:30경과 같은 날 10:00경 두 차례에 걸쳐 시위대에 총격을 가하여 박영철 등 2명을 사망하게 하였다. ⑤ 5.23. 09:00경 11공수여단 62대대부대원들이 광주 동구 주남마을 부근 광주-화순간 국도에서 광주방면에서 화순방향으로 진행하던 미니버스에 집중사격을 가하여 버스에 타고 있던 박현숙 등 7명을 사망하게 하였다. ⑥ 5.24. 13:30경 11공수여단 병력이 주남마을을 출발하여 송정리로 이동 중, 광주 서구 진월동 소재 효덕초등학교 삼거리 부근에서 무장시위대 수명을 발견하고 총격을 가하고 이어 뒤따르던 병력들도 주변을 향해 일제히 총격을 가하여 효덕초등학교 뒤 놀이터에서 놀던 전재수(남, 11세)와 부근 원제마을 저수지에서 놀던 방광범(남, 12세) 등을 사망하게 하였다. ⑦ 5.24. 13:55경 11공수여단 63대대가 효천역 부근에 이르렀을 무렵 전교사 보병학교 교도대 병력이 위 63대대 병력을 무장시위대로 오인, 집중사격을 하여 공수부대원 9명이 사망하자, 63대대 병력은 부근 일대를 수색하여 무장시위대를 체포하면서 시위대가 아닌 마을 주민들에게 총격을 가하여 권근립 등을 사망하게 하였다.

1980. 5. 26.부터 5.27.까지(계엄군의 광주재진입작전 단계)의 사실관계는 다음과 같다: 전두환, 이희성, 주영복 등이 전남도청을 근거지로 저항하고 있는 시민과 학생들을 무력으로 조속히 진압할 의도하에 육본작전지침으로 광주 재진입작전 계획(이른바 상무충정작전)을 수립하여 소준열 전교사령관으로 하여금 이를 실시하도록 하였다. 이에 따라 1980.5.26. 23:00경부터 공수여단 특공조의 침투작전을 필두로 3공수여단 특공조 11대대 1지역대 장교 13명, 사병 66명은 5.27. 04:00경 전남도청 후문을 넘어 최후 항쟁을 결의하고 남아 있는 무장 시위대에 총격을 가하면서 전라남도 도청건물

에 진입하여 같은 날 05:21 이를 점령하고, 7공수여단 특공조 33대대 8, 9지역대 6개 중대 장교 20명, 사병 181명은 5. 27. 05:06 광주공원을 점령하고, 11공수여단 특공조 61대대 4중대 장교 4명, 사병 33명은 같은 날 04:46 제1목표인 전일빌딩과 관광호텔을 저항 없이 점령하고, 이어 같은 날 06:20 여자기독교청년회(YWCA) 건물을 치열한 총격전 끝에 점령하여 모두 295명의 시위대를 체포하고 그 교전과정에서 이정연 등 18명을 사망하게 하였다.

3. 인혁당재건위 사건

대학생들이 유신헌법철폐·중앙정보부 폐지, 구속인사 석방 등을 주장하며 시위를 하자 1974년 4월 3일 박정희 대통령은 "민청학련 단체, 불순세력 배후조종으로 인민혁명을 수행하려 하고 있다"고 하면서 긴급조치 4호를 선포한다는 특별담화를 발표하였다.[40] 중앙정보부 및 경찰은 '민청학련' 관련자들을 영장 없이 구속하여 조사하였고, 1974. 4. 25. 중앙정보부는 "민청학련은 공산계 불법단체인 '인혁당 재건위' 조직과 재일 조총련계 국내· 좌파혁신계 인사가 복합적으로 작용, 1974.4.3.을 기해 현 정부를 전복하려 한 불순 반정부세력으로, 북괴의 통일전선 형성공작과 동일한 4단계 혁명을 통해 폭력으로 정부를 전복하고, '민족지도부'등 과도단계를 거쳐 공산정권을 수립하려 했던 국가변란 기도 사건"이라고 발표하였다.[41] 1974.5.27. 비상보통군법회의 감찰부는 관련자 32명에 대해 긴급조치위반, 국가보안법·반공법위반, 내란예비·음모·선동 혐의로 기소하였다.[42] 1974.7.13. 비상보통군법회의는 관련자 32명 중 7명에 대해 사형, 12명에 대해서는 징역 20년, 6명에 대해서는 징역 15년을 선고하였고, 1975.4.8. 대법원은 상고를 기각하여 사건관련자들의 형량을 최종 확정하였다.[43] 사형수들에 대해서는 재판 종료 18시간 후인 4월 9일 사형이 전격 집행되었다.

'민청학련 및 인혁당 재건위' 사건을 조사한 의문사진상규명위원회는 "중앙정보부에서 피고인들을 수사하는 과정에서 고문을 하고 증거가 조작되었다는 등의 이유로

40) 국가정보원, 과거와 대화. 미래의 성찰 – 주요 의혹사건편 상권(II), 2007.10, 105-106, 154면 참조.
41) 국가정보원, 위의 보고서, 155면 참조.
42) 국가정보원, 위의 보고서, 156면.
43) 국가정보원, 위의 보고서, 156면.

인혁당재건위 사건의 수사·재판·사형집행은 위법한 것이어서, 결국 인혁당재건위 사건은 고문에 의하여 사건이 조작되었다는 것에 대하여는 진상을 규명하였으나, 전격적인 사형집행이 이루어진 이유, 수사단계에서 사체 처리까지 지시가 내려지고 집행이 이루어진 구조 등에 대하여는 정확하게 진상을 규명하지 못하였다는 이유로 인혁당재건위 사건에 관하여 재조사할 것을 정부에 권고한다."는 등의 내용의 결정을 하였다.[44] 그 후 2002년 12월 10일 1975년에 사형당한 8명의 유가족은 서울지방법원에 재심을 신청하였고, 사형집행 후 32년 만인 2007년 1월 23일 16번에 걸친 재심공판 끝에 피고인 8명의 대통령 긴급조치 위반, 국가보안법 위반, 내란예비음모, 반공법 위반 혐의 등 모든 사안에 대한 무죄판결이 내려졌다.[45] '국정원 과거사진실규명을통한발전위원회'는 '민청학련 및 인혁당재건위' 사건을 조사하여 "이들 사건은 학생데모로 인한 정권의 위기상황 속에서 제대로 수사도 하지 않은 상태에서 대통령 또는 중앙정보부장에 의해 사건의 실체가 매우 과장된 채 발표되었고, 일단 대통령이나 부장의 발표에서 규정된 인혁당이나 민청학련의 성격은 그대로 수사지침이 되어 짜맞추기가 진행되어 이들 단체를 무리하게 반국가단체로 만들어간 것이며, 이 과정에서 불리한 진술을 강요하는 과정이나 핵심인물들의 소재를 찾기 위해 종종 고문이나 가혹행위가 자행되었던 것"을 인정하고, 사죄하였다.[46]

4. 국가보안법위반 고문·조작 사건

가. 아람회 사건[47]

1981년 7월 경 대전경찰서는 박○전(당시 26세), 정○숙(당시 47세) 등 총 12명에 대하여 (이들은 교사, 학생, 직장인, 군인, 주부 등으로서 동창생 등으로 서로 잘 아는 사이였다) 1980년 5월에서 1981년 7월 사이에 금산, 대전 등지에서 모임을 갖거나 대화를 하면서 전두환 당시 대통령에 대해 비난하거나 미국에 대해 비판적인 발언을

44) 서울중앙지법 2005. 12. 27. 자 2002재고합6,2003재고합5 결정 참조.
45) 서울중앙지방법원 제23형사부 2007. 1. 23. 선고 2002재고합6, 2003재고합5.
46) 국가정보원, 과거와 대화. 미래의 성찰 – 주요 의혹사건편 상권(II), 2007.10, 288면. 국정원은 의문사진상규명위원회와 달리 고문이 "종종" 자행되었다고 하고 있다.
47) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 종합보고서 IV(인권침해사건), 2010.12, 272-274면의 내용을 요약·정리한 것이다.

한 것을 빌미로 구속영장을 발부받지 않고 불법연행하였다. 그 뒤 구속영장이 발부될 때까지 약 10일 내지 35일 동안 가족 및 변호인의 접견을 차단한 채 피해자들을 충남도경 대공분실과 여관 등에 불법감금 한 상태에서 고문 등 가혹행위를 가하여 허위자백을 받았고, 이 자백을 근거로 이들을 대전지검에 송치하였다. 사건을 송치받은 대전지검은 충남도경 대공분실에서 장기간 구금되어 조사를 받았다는 피해자들의 주장에 대하여 사실관계를 철저히 수사하지 않았고, 일부 수사관들이 입회한 상태에서 피의자신문조서를 작성한 뒤, 반국가단체 구성, 이적표현물 소지·배포, 반국가단체 찬양·고무 등의 혐의사실로 기소하였다. 이들은 재판을 통해 각각 벌금형부터 최고 징역 10년에 이른 형을 선고 받았다.

나. 전민학련, 전민노련 사건[48]

치안본부 남영동 대공분실 수사관들은 1981년 6월 광민사 대표 이태복 등 총 26명을 영장없이 연행하여 각각 29일 내지 78일 동안 불법구금한 상태에서 구타·전기고문·물고문 등의 가혹행위를 하여 허위자백을 받아 낸 뒤, '이○복 등 공산주의 내지 사회주의로 의식화된 좌경의식 분자들이 노동자들로 구성된 노동운동을 주도하고, 이선근 등이 주도하는 학생운동은 노동운동 보조집단 내지 문제제기 집단으로 사회혼란을 조성한 뒤, 노동자들이 민중운동의 주체집단으로서 혁명주체가 되어 폭력혁명으로 현 정권을 전복시키고 공산주의 사회를 건설하려 하였다'고 발표하였다. 이들은 국가보안법위반으로 기소되었고, 25명은 각각 무기징역에서 징역 1년의 형을 선고받았다.

다. 오송회 사건[49]

1982년 12월 전북도경은 군산경찰서에서 입수한 시집 『병든 서울』을 계기로 군산제일고등학교 교사 이광웅 등이 산책 중에 시국 관련 대화를 하였다는 이유로 피해자들을 불법연행한 뒤 구속영장이 발부될 때까지 각자 23일 내지 10일 동안 가족 및

48) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 위의 보고서, 274-276면의 내용을 요약·정리한 것이다.
49) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 위의 보고서, 277-279면의 내용을 요약·정리한 것이다.

변호인의 접견을 차단한 채 대공분실과 여인숙 등에 불법 감금하였다. 또한, 불법구금한 상태에서 피해자들에게 고문 등 가혹행위를 가하여 대화내용을 자백받았고, 이를 근거로 하여 피해자들이 이적단체를 구성하고 반국가단체 등을 찬양고무 하였다는 이유로 전주지검에 송치하였다. 사건을 송치받은 전주지검은 피해자들이 전북도경 대공분실에서 심각한 고문을 이기지 못하여 자백하였고 그 자백이 고문에 의한 것이라고 주장하였으나, 그 불법행위나 혐의사실에 대해 수사하지 않고, 오히려 피해자들을 장기간 구금, 고문한 수사관들이 입회한 상태에서 피의자신문조서를 작성한 뒤 전주지법에 기소하였다. 공판에서 피해자들은 장기간의 불법감금과 가혹행위로 인해 자백한 것이며, 결코 이적단체를 구성하거나 반국가단체를 찬양, 고무한 사실이 없다고 주장하였지만 법원은 자백을 근거로 피해자들에게 징역 4년, 징역 7년 등의 형을 선고하였다.

라. 이근안 사건

고문기술자로 잘 알려진 이근안은 1972년 8월 경찰청 치안국 대공분실 형사로 발령되어 강력계 형사 등을 거쳐 1973년 2월에는 경장으로 특진하였으며, 1974년 7월 경기도경찰청 대공분실로 발령받아 대공전문 수사관 등으로 활동하였다.[50] 그는 1979년 경위로 승진하였고, 치안본부 서울 남영동 대공분실로 발령받았다.[51] 5공정부가 6공정부로 교체된 이후 과거 고문혐의사건이 수사대상으로 되었고, 1979년 남민전 사건, 1981년 전노련 사건, 1987년 피납어부 김성학 고문사건, 1986년 반제동맹 사건, 1988년 민청련 의장 김근태 사건 등에서 고문을 하였다는 혐의를 받은 이근안은 장기간 도피하였다가 혐의사실에 대한 공소시효가 지난 후인 1999년 10월 28일에서야 자수하였다.[52] 조사를 통하여 이씨가 김근태 사건, 반제동맹 사건 등에서 고문을 하여 수사하였다는 사실이 밝혀졌지만, 김성학씨 고문사건을 제외하고는[53] 공소시효가 지났었다. 따라서 김성학씨 고문사건 이외의 사건에 대해 검찰은 '공소권 없음' 결정을

50) https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%9D%B4%EA%B7%BC%EC%95%88, 2020.10.1. 방문.
51) https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%9D%B4%EA%B7%BC%EC%95%88, 2020.10.1. 방문.
52) 정인섭, "국제법상 인도에 반하는 죄와 이근안·수지 김 사건", 법학 제43권 제1호, 2002, 161면.
53) 김성학씨 고문사건의 경우 법원이 도피기간중 인 1998년 10월 이근안에 대한 재정신청을 받아들인 바 있어 공소시효가 완성되지 않았었다.

하였고, 이씨는 김성학씨 사건에서의 고문행위에 대해서만 기소되어 징역 7년에 자격정지 7년을 선고받았다.[54] 민주사회를 위한 변호사모임 소속 변호사 13명이 이근안이 행한 고문행위는 반인도적 범죄로서 국제관습법상 공소시효제도의 적용이 배제된다고 하면서 다른 고문사건에 대해서도 처벌해 줄 것을 요청하면서 서울지검에 고발하였고, 고문을 받은 피해자들도 반인도범죄이기에 공소시효가 배제된다고 하면서 고소장을 제출하였으나 효과가 없었다.[55]

5. 블랙리스트 사건[56]

갑은 대통령비서실장으로서 '문화예술계가 좌편향 되어 있어 이에 대한 시정이 필요하다'는 대통령의 뜻에 따라 대통령비서실 정무수석비서관실과 교문수석실 등 수석비서관실과 문체부에 문화예술진흥기금 등 정부의 지원을 신청한 개인·단체의 이념적 성향이나 정치적 견해 등을 이유로 한국문화예술위원회·영화진흥위원회·한국출판문화산업진흥원이 수행한 각종 사업에서 좌파 등에 대한 지원을 배제하고, 예술위 책임심의위원 선정과정에 개입하도록 지시하였다. 또한 정부를 비판하거나 정부의 견해에 의문을 제기하는 영화를 상영한 영화제나 영화관에 대한 지원배제를 지시하였다. 이러한 지원배제 지시는 문체부 공무원을 통하여 예술위·영진위·출판진흥원에 하달되어 구체적인 지원배제 조치로 실행되었다. 또한 갑은 청와대의 지시에 따른 문화예술계 지원배제명단의 집행에 소극적인 문체부 1급 공무원 등에 대해서는 사직서를 제출하도록 하였다.

6. 수지 김 피살 조작사건[57]

한국 기업체의 홍콩주재원으로 근무하던 윤태식은 1986년 가을에 한국인 수지 김(본명 김옥분)과 결혼하였다. 그는 1987년 1월 3일 홍콩의 아파트에서 말다툼 끝에

54) 정인섭, "국제법상 인도에 반하는 죄와 이근안·수지 김 사건", 법학 제43권 제1호, 2002, 161면.
55) 정인섭, 위의 글, 161면.
56) 상세한 사실관계는 서울고등법원 2018. 1. 23. 선고 2017노2425, 2017노2424(병합) 판결 참조.
57) 사실관계는 정인섭, "국제법상 인도에 반하는 죄와 이근안·수지 김 사건", 법학 제43권 제1호, 2002, 162-163면; https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%88%98%EC%A7%80_%EA%B9%80_%EC%82%AC%EA%B1%B4(2020.6.1. 방문) 참조하여 정리한 것이다.

부인 수지 김을 살해하고 시체를 침대 밑에 숨기고, 이틀 뒤 싱가포르 주재 북한 대사관을 찾아가 자진 월북을 신청하였으나 북한 대사관이 적극적인 반응을 보이지 않자, 미국 대사관에 망명 신청을 하였다가 한국 대사관으로 인계되었다. 한국 대사관에서 그는 '북한의 공작원에게 납치되었다가 탈출했으며, 아내는 북한의 간첩이었다'고 주장하였다. 당시 그를 조사한 국가안전기획부 조사관과 싱가포르 주재 대사는 그의 주장이 신빙성이 없다고 판단하였고, 장세동 당시 안기부장은 최초에는 현지의 견을 받아들여 기자회견 보류를 지시했으나 이후 마음을 바꿔 윤태식의 주장을 공표하는 기자 회견의 강행을 지시하였다. 윤태식은 1월 8일 태국 방콕에서, 1월 9일 서울에서 납북미수라는 허위사실로 기자회견을 하였고, 당시 안기부는 윤씨의 부인 김씨가 조총련 공작원으로 윤씨를 월북시키기 위하여 위장 결혼하였다고 발표하였다. 당시 언론은 이 사건을 '북한 여간첩이 미인계로 순진한 남편을 꼬드겨 홍콩에서 월북시키려다가 남편이 가까스로 탈출한 사건'으로 보도하였고, 그 후 김씨의 국내 가족들은 간첩의 가족이라는 고통 속에서 살아야 했지만, 윤태식은 아무런 처벌도 받지 않은 채 사업가로 활동을 하였다.

오랫동안 잊혀진 이 사건에 대해 2000년 경 언론에서 의혹을 제기하였고, 이에 경찰청도 수사에 착수하였지만, 국가정보원은 사건을 국가정보원에 이첩하도록 함으로써 수사를 중단시켰다.[58] 2000년 3월 김씨의 가족은 윤태식이 처벌을 받지 않았다는 것을 알고는 서울지검에 고소하였고, 검찰은 재수사를 통해 1987년 당시 안기부에 의하여 사건이 각색되었다고 결론을 내리고, 2001년 10월 24일 윤태식을 살인혐의로 기소하였다.[59] 그러나 장세동 등 안기부 간부들에 대해서는 직무유기, 직권남용 등의 혐의에 대해 이미 공소시효가 경과하여 아무런 조치도 취하지 않았다.[60] 윤태식은 2003년 징역 15년 6월의 확정판결을 받았다.

58) 정인섭, "국제법상 인도에 반하는 죄와 이근안·수지 김 사건", 법학 제43권 제1호, 2002, 163면.
59) 정인섭, 위의 글, 163면.
60) 정인섭, 위의 글, 163면.

7. 박영두 폭행치사 사건[61]

박영두는 1980년 8월 해수욕장에서 불량배 혐의자로 계엄군에 의해 충무경찰서로 연행된 후 삼청교육대 교육을 거쳐, 보호감호 2년의 결정을 받고 보호감호처분을 받던 중 1983년 3월 청송 제1보호감호소로 이송되었다. 박영두는 청송교도소 8동에 수감되어 지내다가 같이 수감된 재소자들과 '폭력교도관을 처벌하라, 재소자의 의무과 치료 및 외래 진료를 보장하라, 감호법을 철폐 내지 개정하라'는 등의 요구사항을 내걸고 집단투쟁을 하기로 하여 단식농성을 하였고, 이로 인해 특별사동에 수용되었다. 1984년 10월 12일 교도관들은 박영두를 의무과로 연출해준다며 8동 지하실로 끌고 가 관구주임, 관구교사 2인, 교도 2인 외 3~4명의 교도관은 박영두를 뒤로 시승시갑한 후, 소위 비녀꽂기, 통닭구이 상태로 약 2시간 동안 집단 폭행하였다. 박영두는 폭행을 당하는 과정에서 3~4차례 의식을 잃었으나 그 때마다 교도관들이 물을 끼얹어 가며 구타 및 가혹행위를 계속하였다. 교도관들은 집단폭행 후 박영두를 다른 방으로 옮겨 시승시갑 상태로 그대로 방치하였고, 다음날 박영두가 고통을 호소함에도 불구하고 시승시갑을 느슨하게 풀어 주는 것 외에는 아무런 조치를 취하지 않았다. 10월 13일 새벽 5시 30분 경 박영두는 사망하였다. 박영두의 사망 후 검사의 지휘로 부검이 실시되었지만, 청송교도소 보안과장 및 의무과장은 박영두의 사인을 '불상(심장마비 추정)'으로 기재한 검시조서를 작성하여 교도소장에게 보고하였고, 교도소측은 박영두의 유족이 입회하지 않은 상태에서 박영두의 사체를 청송교도소 내 공동묘지에 가매장 처리하였다.

61) 대통령소속 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차. 4권, 2003, 849-853면의 사실관계를 정리한 것이다.

제2절 | 인도에 반한 죄의 성립여부[62]

1. 인도에 반한 죄의 성립요건

가. 주관적 구성요건

로마규정 제30조는 다음과 같이, 각 관할국제범죄에서 특별하게 주관적 구성요건이 규정되어 있지 않은 경우에 즉, 일반적으로 적용되는 주관적 구성요건에 대해 정하고 있다.[63]

Article 30 Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.
2. For the purposes of this article, a person has intent where:
   (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
   (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.
3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

제30조 제1항에 의하면 행위자가 범죄의 객관적 구성요소(material elements)에 대해 "intent와 knowledge를 가지고(with intent and knowledge)" 행위한 경우에만

62) 일반적으로 법규정이 해당 사안에 적용될 수 있는 경우에 범죄성립여부를 논하지만, 여기서는 법규정의 적용 가능성 여부와 상관없이 논의의 편의를 위해 '성립여부'라는 용어를 사용한다.

63) ICC 관할범죄에 적용되는 일반적인 주관적 구성요건을 정하고 있는 로마규정 제30조는 매우 중요한 규정인데, 제30조를 부정확하게 번역하면 제30조의 의미가 잘못 전달될 수 있다. 따라서 로마규정 영어본 원문의 제30조를 그대로 인용한다.

ICC 관할범죄에 대하여 형사책임을 지며 처벌을 받는다. 로마규정은 범죄의 객관적 구성요건요소를 '행위', '결과' 그리고 '정황'으로 대별하여 범죄의 주관적 구성요건요소(mens rea)를 그러한 구성요건요소별로 정하고 있다. 제30조 제2항에 의하면 행위자가 "행위와 관련하여, 그 행위에 관여하려고 의도한 경우 또는 결과와 관련하여서는 그 결과를 야기하려고 의도하였거나 사건의 통상적인 경과에 따르면 그러한 결과가 발생할 것임을 안 경우"에 "intent를 가지고 행동한 것"이다. 그리고 제3항에 의하면 '인식'이란 "어떠한 정황이 존재한다는 것 또는 어떠한 결과가 사건의 통상적인 경과에 따르면 발생할 것임을 안 경우"를 의미한다.

다수설과[64] ICC 판례는[65] 제30조 제2항의 "intent"는 영미법상의 '의도적 고의(intent)' 및 독일법상의 '제1도의 직접고의(dolus directus 1. Grades)' 또는 '의도적 고의(Absicht)'에 상응하는 것이고, 제3항의 "knowledge"란 영미법상의 '인식(knowledge)' 및 독일법상의 '제2도의 직접고의(dolus directus 2. Grades)'에 상응하는 것이라고 하면서, 독일법상의 미필적 고의(dolus eventualis) 또는 영미법상의 recklessness는 로마규정 제30조에서 인정하고 있는 주관적 구성요건에 해당하지 않는다고 한다. 판례는 제30조 제2항 및 제3항에서 사용되고 있는 "will occur"라는 문구는 '사건의 통상적인 경과에 따를 때 그러한 결과가 발생하는 것이 사실상 확실한 경우(virtual certainty)'를 의미한다는 것을 논거로 한다.[66] 따라서 제30조의 내용을 종합하면, 제30조 제1항의 "with intent and knowledge"라는 자구는 '의도적 고의(intent)와 인식(knowledge)을 가지고'로 번역되거나[67] '의욕(intent)과 인식

64) Ohlin/Van Sliedregt/Weigend, Assesing the Control-Theory, 26 Leiden Journal of International Law 725 (2013), p. 738 이하; Ambos, Treatise on International Criminal Law. Vol. I, 2013, p. 276 이하; Cryer/Robinson/Vasiliev, An Interduction to International Criminal Law and Procedure, 4th ed., 2019, p. 366-367; Schabas, The International Criminal Court, 2016, p. 629-632; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 4. Aufl, 2016, Rn. 500-504; 이진국, "국제형법상 범죄의 주관적 요소", 형사정책연구 제18권 제3호, 2007, 37-39면; 조상제·천진호·류전철·이진국, 국제형법, 2011, 122-123면.

65) ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, ICC-01/04-01/06 A 5, para. 446-450; ICC, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 15 June 2009, ICC-01/05-01-08, para. 352-369.

66) ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, ICC-01/04-01/06 A 5, para. 446-450; ICC, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 15 June 2009, ICC-01/05-01-08, para. 352-369.

(knowledge)을 가지고'로[68] 번역되어야 하지 '고의와 인식을 가지고'로 번역하면 모순이 생긴다.[69]

한편, 우리 국제형사범죄법은 고의의 형태에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 우리 형법상 인정되고 있는 고의의 형태가 국제형사범죄법상의 인도에 반한 죄에도 그대로 적용된다.[70]

나. 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 행위

(1) 개관

국제형사범죄법 제9조상의 각 '인도에 반한 죄'가[71] 성립하기 위해서는 그 죄를 구성하는 행위인 살해행위(제9조제1항), 주민의 말살을 불러올 생활조건을 고의적으로 부과하는 행위(제9조제2항제1호), 노예화(제9조제2항제3호), 국제법규를 위반한 강제추방 또는 강제이주(제9조제2항제4호), 국제법규를 위반한 감금 또는 자유박탈(제9조제2항제4호), 고문행위(제9조제2항제5호), 성적 폭력 행위(제9조제2항제6호), 박해행위(제9조제2항제7호), 강제실종행위(제9조제2항제8호), 제1호부터 제8호까지의 행위 외의 방법으로 사람의 신체와 정신에 중대한 고통이나 손상을 주는 행위들이

67) 이렇게 이해하는 Ambos, Article 30, in: Triffterer/Ambos(eds), The Rome Statute of the ICC, 3rd ed. 2016, mn 10. Ambos 교수는 제30조가 행위, 결과 그리고 정황과 관련하여 각각 주관적 구성요건을 별도로 규정하고 있기에 의도적 고의와 인식이 동시에 충족되어야 한다는 입장을 취하고 있다.

68) 이렇게 이해하는 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 4. Aufl, 2016, Rn. 495(제30조 제1항은 고의가 인정되기 위해서는 의욕적 요소와 인식적 요소가 모두 충족되어야 한다는 것을 표현하고 있는 것이기에 제30조 제1항의 "intent"는 의욕적 요소를 의미하는 것으로 이해되어야 하지, 제30조 제1항의 intent를 '고의'로 번역하면 모순이 생긴다고 하고 있음).

69) 그러나 국가법령정보센터에서 검색되는, 법제처의 '국제형사재판소에 관한 로마규정' 번역본은 '제30조 제1항의 intent'를 "고의"로 번역하고 있다.

70) 우리 형법의 해석에 의하더라도 정범으로 인정되기 위해서는 행위자가 범행지배의 객관적 측면(즉, 행위자가 행한 기여행위가 본질적 기여행위라는 점)과 관련하여 미필적 고의로 충분하지 않고, 미필적 고의에 비해 의욕적 요소가 강화된 형태의 고의로 행동했어야 한다는 견해는 박경규, "간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소(ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -", 형사법연구 제29권 제4호, 2017.12, 60-63면.

71) 인도에 반한 죄로서의 살해죄(제9조제1항제1호), 인도에 반한 죄로서의 노예화(제9조제2항제3호), 인도에 반한 죄로서의 고문(제9조제2항제5호) 등과 같이 제9조 제1항 및 제2항에서 나열되고 있는 인도에 반한 죄는 각각 별개의 독립된 인도에 반한 죄이다. 이러한 이유로 일부 ICC 전심재판부는 각 인도에 반한 죄와 관련된 요건을 'specific elements'라고 칭하기도 한다(ICC, Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, 12 June 2014, ICC-02/11-01/11, p. 90)

행해졌어야 한다. 이러한 행위가 과실로도 가능하다는 규정이 없기에 이러한 행위는 모두 고의로 이루어져야 한다. 그리고 "민간인 주민에 대한 공격이 있을 것"이라는 상황적 요건에 의해서 각 인도에 반한 죄의 구성행위(underlying act)인[72] 살해, 노예화. 고문 등의 행위는 복수로 이루어져야 한다. 제9조 제1항 및 제2항에 열거된 행위 이외의 행위에 의해서는 인도에 반한 죄가 성립하지 않는다.

아래에서는 제1절에서 언급한 예시사례에서 성립여부가 문제될 수 있는 개별 인도에 반한 죄 위주로 구성행위에 대해 살펴본다.

(2) 살해

ICC「범죄구성요소」제7(1)(a)조는 각주에서 "살해하였다는 단어는 '사망을 초래하였다'는 표현과 호환될 수 있다"고 하고 있는데, 이는 과실에 기한 사망초래 행위도 살해행위에 포함된다는 의미가 아니라,[73] 행위자의 행위와 사망이라는 결과 간에 인과관계가 인정되어야 한다는 것을 뜻하는 것으로 보아야 한다. 미필적 고의를 고의의 형태로 인정하지 않고 있는 로마규정에서는 인도에 반한 죄로서의 살해가 성립하기 위해서는 행위자가 사망이라는 결과와 관련하여 직접고의로 행동했어야 하지만, 우리 국제형사범죄법상으로는 행위자가 사망이라는 결과와 관련하여서는 미필적 고의로 행동하였으면 충분하다.

(3) 불법 감금 및 자유박탈

국제형사범죄법 제9조제2항제4호에 의하면 "국제법규를 위반하여 사람을 감금하거나 그 밖의 방법으로 신체적 자유를 박탈하는 행위"가 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 이루어지면 인도에 반하는 죄에 해당한다. '불법한 감금 또는 신체적 자유의 박탈'이란 적법한 절차에 의하지 아니하고 감금하거나 신체적 자유를 박탈한 경우를 의미하는 것이고, 어떠한 경우가 그러한 경우에 해당하는지는 국내법

72) 각 인도에 반하는 죄를 '구성하는 행위(underlying act)를 "기본행위"라고 하기도 한다(예컨대 권오곤, "국제형사재판소와 인도에 반한 죄의 처벌", 인권과 정의 제404권, 2010, 33면; 김상걸, "인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건", 국제법학회논총 제61권 제1호, 2016, 73면; 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차(개정판), 사법발전재단, 2020, 124면.

73) Schabas, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2. ed., Oxford University, 2016, p. 172.

규정의 해석에 의해 충분히 알 수 있다.

(4) 고문

제9조제2항제5호에 의하면 "자기의 구금 또는 통제하에 있는 사람에게 정당한 이유 없이 중대한 신체적 또는 정신적 고통을 주어 고문하는 행위"가 상황적 요건의 충족 하에 이루어지면 '인도에 반한 죄로서의 고문'에 해당한다. 로마규정 채택을 위한 로마회의 과정에서 고문의 성립요건으로 '가해자가 정보나 자백을 얻기 위한 목적으로 고통을 가할 것', 즉 이른바 '목적요건(purpose element)'을 포함시킬지 여부가 문제되었지만,[74] 종국적으로 목적요건을 포함시키지 않는 것으로 합의되었고. ICC 「범죄구성요소」 제7(1)(f)조는 이를 명확히 하고 있다.

(5) 박해

'인도에 반한 죄로서의 박해'란 정치적 · 인종적 · 국민적 · 민족적 · 문화적 · 종교적 사유, 성별 또는 그 밖의 국제법규에 따라 인정되지 아니하는 사유로 집단 또는 집합체 구성원의 기본적 인권을 박탈하거나 제한하는 행위를 뜻한다(제9조제2항제7호 참조). 박해가 성립하기 위해서는 ① 피해자 집단 또는 집합체는 정치적 · 인종적 · 국민적 · 민족적 · 문화적 · 종교적 사유, 성별 또는 그 밖의 국제법규에 따라 인정되지 아니하는 사유에 기해서 다른 집단 또는 집합체로 구분될 것, ② 그러한 인정되지 아니하는 사유에 기해서 그 집단 또는 집합체 구성원에게로 공격행위가 이루어졌을 것, ③ 그 공격은 기본적 인권을 박탈하거나 제한하는 행위였을 것이라는 요건이 충족되어야 한다.

ICC 판례에 의하면 적극적인 방법뿐만 아니라 소극적인 방법으로 그 집단 또는 집합체를 구분하는 것도 가능하다. 즉, 적극적인 방법에 의해 구분되는 어느 특정 집단에 대해서만 공격한 경우뿐만 아니라 어느 특정 집단에 속하는 무리를 제외하고 모든 다른 집단에 대해서 공격한 경우에도 구분되는 집단에게로 행해진 박해행위에 해당한다.[75] 그리고 구분되는 다른 집단인지 아닌지를 판단할 때에는 외부적으로 드러나는 객관적인 요소뿐만 아니라, 범죄자들과 피해자들의 인식(가해자들이 피해자

74) 김영석, 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서, 법무부, 2008, 63면.
75) ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, para. 1009.

들을 다른 집단이라고 생각하였고, 피해자들이 자신들을 다른 집단이라고 생각하였는지)과 같은 주관적 요소도 고려해야 한다.[76] ICC 판례는 케냐사태에서 '다른 정당(PNU) 지지자'는 정치적 사유에 기해 구분되는 집단이라고 하였고,[77] 리비아사태에서는 '반체제 인사 및 반정부시위를 하는 자들'도 정치적 사유에 기해 구분되는 집단이라고 하였으며, 코트디부아르사태에서도 '다른 대통령 후보자에 대한 지지자들'은 정치적 사유에 기해 구분되는 집단이라고 하였다.[78]

허용되지 아니한 사유로 구분된 그 집단 또는 집합체 구성원에게로 공격행위가 이루어졌으면 충분하고, 공격당한 모든 피해자가 그 집단의 구성원이거나 적어도 동조자 또는 관련인이어야 하는 것은 아니다.[79] 그리고 구분되는 그러한 인적 집단에 대한 공격에 정당한 이유가 없어야 한다.[80]

ICC 판례에 의하면 "기본적 인권"이란 생명권, 신체적 자유권, 잔혹하거나 비인간적이거나 인간으로서의 존엄을 해치는 취급·처벌을 받지 않을 권리, 자의적인 체포·구금 또는 추방을 당하지 않을 권리와 같이 인간이기 때문에 가지는 기본적 권리를 의미한다.[81] ICC 판례에 의하면 '기본적 인권의 심각한 박탈인지' 여부는 개개 사건의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 해당 사건에서 문제되는 행위만의 효과를 기준으로 판단해서는 아니 되고, 그 행위가 다른 행위들과 결합하여 가질 수 있는 효과를 기준으로 할 때 기본적인 권리의 '심각한 또는 노골적인 거부(gross or blatant denial)'로 볼 수 있다면 심각한 박탈에 해당된다고 한다.[82] 그리고 로마규정 제7조 제1항에 열거된 행위(살인, 노예화, 고문, 강제실종 등)에 해당하는 행위는 그 자체가 기본적 인권의 심각한 침해에 해당하는 것이고,[83] 최근 판례에 의하면

---

76) Ibid., para. 1010.
77) ICC, Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges, 23 January 201, ICC-01/09-01/11, para. 270-274; ICC, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, Decision on the "Prosecution's Application Pursuant to Article 58 as to the Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", 27 June 2011, ICC-01/11, para. 42-65.
78) ICC, Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of Charges, 12 June 2014, ICC-02/11-01/11, para. 204-206.
79) Ibid., para. 1011.
80) Ibid., para. 993.
81) ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, para. 991.
82) Ibid., para. 922.
83) Ibid., para. 994.

재산의 파괴나 약탈도 기본적 인권의 심각한 박탈에 해당할 수 있다.[84]

로마규정 제7조제2항제(g)호는 허용되지 않는 차별사유로 “심각하게 기본적 인권을 박탈하는 행위”를 박해로 규정하고 있는데 반해, 우리 국제형사범죄법 제9조제2항제7호는 ‘인도에 반한 죄로서의 박해’를 “인정되지 아니하는 사유로 … 기본적 인권을 박탈하거나 제한”하는 행위라고 하여 문언만을 기준으로 하면, 우리 국제형사범죄법은 “심각한” 기본적 인권의 박탈행위일 것을 요하지 않고 있다. 그러나 국제형사범죄법 제18조는 “제8조부터 제14조까지의 적용과 관련하여 필요할 때에는 국제형사재판소규정 제9조에 따라 2002년 9월 9일 국제형사재판소규정 당사국총회에서 채택된 범죄구성요건을 고려할 수 있다”고 하여 국제형사범죄법상의 인도에 반한 죄 규정을 해석함에 있어서 ICC「범죄구성요건」을 고려할 수 있도록 하고 있다. 따라서 우리 법에 의하더라도 기본적 인권을 박탈하거나 제한하는 모든 행위가 박해죄에 해당하는 것이 아니라, 어느 정도의 심각한 박탈 또는 제한인 경우에 한해 박해죄가 성립하는 것으로 보아야 할 것이다.[85]

(6) 기타 비인도적 행위(제9조 제2항 제9호)

국제형사범죄법 제9조제2항제9호에 의하면 “제9조제2항제1호부터 제8호까지의 행위 외의 방법으로 사람의 신체와 정신에 중대한 고통이나 손상을 주는 행위”는 ‘인도에 반한 죄로서의 기타 비인간적 행위’를 구성하는 행위에 해당한다. 로마규정 제7조제1항제(k)호에 의하면 “기타 … 유사한 성격의 다른 비인도적 행위”여야 한다. ICC「범죄구성요건」 및 판례에 의하면 동 조항에서의 “성격”이란 행위의 성격과 심각성/중대성(nature and gravity of the act)을 뜻하는 것이다.[86] 그리고 제7조제1항제(a)호 내지 제(j)호에 나열된 중대한 인권침해 행위에 유사한 성격의 다른 비인도적 행위여야만 인도에 반한 죄로서의 ‘기타 비인간적 행위’가 성립하고, 모든 비인간적 행위가 제7조제1항제(k)호에 해당하는 것은 아니며, "다른 행위"여야 하기에 제7조제1항제(a)호 내지 제(j)호의 범죄에 해당하는 행위는 동시에 제(k)호의 범죄에 해당할 수 없다.[87]

---

84) Ibid., para. 999.

85) 같은 견해 유진· 강석구· 박경규· 김아람, 과거사 청산을 위한 국가폭력 연구: 노역동원을 중심으로(I) - 1960년대 초법적 보안처분과 국토건설사업, 형사정책연구원, 2019, 344면.

86) ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 451.

우리 국제형사범죄법 제9조제2항제9호는 '기타 … 유사한 성격의 다른 비인도적 행위'일 것이라는 자구를 포함하고 있지 않지만, "중대한"이라는 단어를 통해 간접적으로, 제9조제2항제1호 내지 제8호에 비견될 수 있는 유사한 성격의 중대한 인권침해행위일 것을 요구하고 있다고 보는 것이 타당하다.[88]

다. 상황적 요건(contextual element)

각 인도에 반한 죄(예컨대 인도에 반한 죄로서의 살해죄)를 구성하는 개개행위(예컨대 개개 살해행위)는 "민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로" 행해졌어야 한다. 즉, 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 개개행위가 (ⅰ) 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책에 따라서[89] 이루어진 (ⅱ) 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로[90] 행해졌어야 한다.

(1) 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책

"공격"이란 민간인 주민들에게로 행해진 "캠페인, 작전 또는 일련의 행위(a campaign, an operation or a series of actions)"를 의미한다.[91] 공격은 군사적 공격일 필요 없다.[92] 공격이 반드시 물리적 폭력의 형태로 이루어질 필요는 없고, 모든 형태의 폭력(any form of violence)이면 되고,[93] 경우에 따라서는 비폭력적 공격도

87) ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 450-453 참조.

88) 같은 견해 유진·강석구·박경규·김아람, 과거사 청산을 위한 국가폭력 연구: 노역동원을 중심으로(I) - 1960년대 초법적 보안처분과 국토건설사업, 형사정책연구원, 2019, 344-345면.

89) 국제형사범죄법 제9조는 "국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여"라고 하고 있는데, 이는 로마규정 제7조제2항제(a)호의 "국가 또는 단체·기관의 정책에 따르거나 정책을 조장·촉진하기 위해(pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy)"라는 자구에 상응하는 것이다.

90) 국제형사범죄법 제9조의 "광범위하거나 체계적인 공격으로"라는 부분은 로마규정 제7조의 "광범위하거나 체계적인 공격의 일부로"라는 부분에 상응하는 것이다.

91) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1101; ICC, Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, 12 June 2014, ICC-02/11-01/11, para. 208.

92) ICC「범죄구성요건(Elements of Crime)」제7조 제3항은 이를 명시적으로 규정하고 있다.

93) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7

가능하다.[94] ICC 판례는 "공격"의 개념정의와 '공격이 광범위하거나 체계적일 것'이라는 요건을 서로 구분해야 한다고 하면서,[95] "공격"의 개념정의와 관련하여서는 '공격의 광범위성 또는 체계성' 판단에서 적용되는 것보다는 약한 정도의 질적·양적 관점에서의 고찰이 필요하다고 한다.[96] "민간인 주민"이 공격의 주된 대상이었으면 되고, 피해자들에 군인들이 포함되었더라도 주된 공격의 대상이 민간이었다면 '민간인 주민에 대한 공격'에 해당한다.[97] 검사는 어느 지역의 전체 주민이 공격대상이 되었다는 것을 입증할 필요는 없고, 공격이 실질적으로(effectively) 민간인 주민들에게로 행해졌다고 볼 수 있는 정황 및 그렇게 볼 수 있을 정도로 충분한 민간인 피해자들의 수를 입증하면 된다.[98]

민간인 주민을 공격하려는 "정책"은 사전의 기획·계획으로 존재할 수도 있지만, 행위자들에 의해 행동·조치가 취해지면서 정책이 확립되거나 명확해질(crystallise and develop) 수도 있다.[99] ICC 판례에 의하면 정책이 존재하였다는 것은 다음과 같은 여러 정황적 요소들로부터 추론될 수 있다: (i) 공격이 계획되거나 지시되었다는 사실; (ii) 폭력행위가 패턴의 형태로 반복된 사실, 예컨대 유사한 결과를 가지는 행위가 반복된 경우; (iii) 정책을 진척시키기 위해 공적 또는 사적 자원이 이용된 사실; (iv) 국가 또는 단체·기관의 군·경찰력(forces)이 범행에 관련된 사실; (v) 국제범죄의 범행을 용인하거나 고무하는 진술, 지시 또는 문서가 있고, 그러한 진술, 지시 또는 문서를 국가 또는 단체·기관의 진술, 지시 또는 문서로 볼 수 있는 경우; (vi) 근본적인 동기부여가 있었던 경우; (vii) 국가 또는 단체·기관의 조직·협력 하에 준비행위가 있었거나 집단동원이 있었던 경우.[100]

March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1101.

94) Schabas, The International Criminal Court, 2. ed., 2016, p. 155; Hall/Ambos, Article 7, in: Triffterer/Ambos(eds), The Rome Statute of the ICC, 3rd ed. 2016, mn 5.

95) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1101.

96) ICC, Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, 12 June 2014, ICC-02/11-01/11, para. 208.

97) ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, para. 668.

98) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1105.

99) ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, para. 674; ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Judgment, March 2014, para. 1115-1116.

100) ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, para. 674.

(2) 정책에 따라 이루어진 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로

'국가 또는 단체·기관의 정책에 따라서 공격이 이루어졌어야 한다'는 요건은 국가 또는 단체·기관이 민간인 주민에 대한 공격을 적극적으로 고취하거나 조장하였을 것(actively promote or encourage)을 의미한다.[101] ICC「범죄구성요건」에 의하면 대개의 경우 민간인 주민을 공격대상으로 하는 정책은 국가 또는 단체·기관의 적극적인 행위에 의해 시행될 것이지만, 예외적인 경우, 그러한 정책은 그러한 공격을 고취하고자(encourage) 의식적으로 조치를 취하지 않음으로써 시행될 수도 있다.[102]

"광범위하거나 체계적인 공격(widespread or systematic attack)"에서 '공격의 광범위성'이라는 요건은 공격이 대규모로 이루어졌어야 한다는 것과 피해자가 많아야 한다는 것을 의미한다.[103] '공격의 체계성'이라는 요건은 공격을 구성하는 일련의 행위들이 무작위적으로 일어난 것이 아니라 조직적으로 이루어졌어야 한다는 것을 의미하는데, ICC 판례는 비슷한 범죄행위가 규칙적이고 비우연적으로 반복된 경우에 즉, '범죄행위의 패턴'이 인정되는지를 심사하고 있다.[104]

개별 인도에 반하는 범죄를 구성하는 개개 행위는 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로 행해졌어야 한다. ICC 판례에 의하면 문제되는 행위의 성격, 목적, 특성 또는 결과를 객관적으로 평가하여 공격과의 상관성이 인정되는지를 판단해야 한다.[105] 공격과의 시간적·공간적 근접성이 중요한 기준이지만, 공격 이전 또는 이후에 이루어진 행위일지라도 공격과의 충분한 관련성이 인정되면 공격의 일부로

---

101) ICC「범죄구성요건(Elements of Crime)」제7조 제3항은 "민간인 주민을 공격하려는 정책이 인정되기 위해서는 국가 또는 단체·기관이 적극적으로 그러한 공격을 고취시키고 조장할 것이 요구되는 것으로 이해된다(It is understood that 'policy to commit such attack' requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population.)"고 하고 있다.

102) ICC「범죄구성요건(Elements of Crime)」제7조 제3항에 대한 각주: "A policy which has a civilian population as the object of the attack would be implemented by State or organizational action. Such a policy may, in exceptional circumstances, be implemented by a deliberate failure to take action, which is consciously aimed at encouraging such attack. […]."

103) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1123.

104) Ibid., para. 1123.

105) ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, para. 696: ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 11234.

행해진 것이라고 한다.[106] 행위자는 자신의 행위가 공격의 일부를 구성한다는 것을 알고서 행동했어야 한다.[107] 이러한 인식에 기해 행위자는 전체 범죄사태에 해당하는 공격에 대한 자신의 기여분에 대한 책임을 부담한다.[108] 실행계층 행위자는 자기가 공격에 참여한다는 것을 알면서 행동하였으면 족하지 행위자의 참여동기는 중요하지 않다. 그리고 (하위)실행계층 행위자가 공격의 전체 사항에 대해 알았을 필요까지는 없고, 국가 또는 단체·기관의 계획 또는 정책의 세부적인 사항에 대해서 정확히 알았어야만 하는 것도 아니다.[109]

2. ICC의 관할권행사 허용요건으로서의 '보충성 원칙'과 '범죄의 중대성'

가. 허용성 요건(admissibility)

ICC 검찰국(Office of the Prosecutor)에[110] 국제범죄사태가 회부되었다고 하여 ICC 검찰국이 관할권을 행사하여 언제나 수사를 개시하는 것은 아니다. 로마규정은 '사건에 대한 ICC의 관할권 행사가 허용되기 위한 요건(admissibility)'을 규정하고 있다. 허용성 요건은 사태(situation)를 대상으로 하는 것이 아니라 '사건(case)을 대상으로 한다. '사건(case)'이란 ICC 검찰국이 어떤 사태에 대해 수사를 개시한 후 구체적으로 혐의자와 피의사실을 특정하여 재판부에 범죄 성립여부에 대한 판단을 구하고자 하는 개개 사안을 뜻한다. 허용성 요건으로 중요한 것은 ① 보충성 원칙에 관한 요건과 ② 범죄의 중대성/심각성(sufficient gravity of the crime)에 관한 요건이다. 허용성 요건은 사태로부터 구체화된 개개 사건에서 문제된다는 점에서 허용성 요건에 관한 조항인 로마규정 제17조의 주된 수범자는 재판부, 특히 재판전 공소사실 확인 결정을 행하는 전심재판부이지만, 제53조(수사개시) 제1항제(b)호는 검찰국이 수사개시 여부를 결정함에 있어서 허용성에 관한 요건을 고려하여 수사개시 여부를 결정하도록 하고 있다.

---

106) ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, para. 696.
107) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1125.
108) Ibid., para. 1125.
109) Ibid, para. 1125.
110) OTP는 '소추부'로 번역되기도 한다.

나. 보충성 원칙(complementarity)

보충성 원칙이란 해당 사태에 대해 관할권을 가지는 개별 국가가 (예컨대 범죄지 국가 또는 범죄자 국가) 우선적으로 사건에 대해 관할권을 행사하고, 관할권을 가지는 국가가 형사소추를 행할 의사가 없거나 능력이 없는 경우 또는 관할권을 가지는 국가가 이미 형사절차를 진행 중이거나 진행하였을지라도 진정으로 혐의자를 소추할 의사·능력에 기한 것이 아니라 오히려 혐의자를 처벌로부터 보호하기 위한 것인 경우(이른바 가장소추의 경우)에만 ICC가 관할권을 행사한다는 원칙이다. 제17조 제1항 제(a)호 내지 제(c)호가 보충성 원칙에 대해 규정하고 있고, 제2항 및 제3항은 소추의사와 소추능력의 부재를 판단하는 기준에 대해 상세히 규율하고 있다.

다. 범죄의 중대성/심각성

제17조 제1항 제(d)호에 의하면 "사건이 ICC에 의한 형사소추를 정당화하기에 충분한 중대성이 없는 경우" ICC는 '사건의 재판적격성이 없다(inadmissible)'고 결정한다. ICC 판례에 의하면 사건의 중대성은 i) 수사대상이 될 범죄혐의자들이 혐의범죄에 대해 가장 큰 책임을 부담하는 자들인지를 평가하고, ii) 혐의범죄의 특성, 규모, 방법 그리고 혐의범죄가 피해자들에게 미친 영향을 고려하여 혐의범죄를 질적·양적 측면에서 평가함으로써 판단한다.[111]

ICC 규정이 임시 국제형사재판소 규정들과 다른 점은 정식 수사개시 이전에 행해지는 예비조사(preliminary examination)를 명문으로 인정하고 있다는 것이다. 원칙적으로 모든 유형의 사태회부/절차개시의 경우에 예비조사 단계를 거치지만 예비조사는 국가회부 또는 유엔안보리 회부의 경우에 비해 검찰국의 직권에 의한 절차개시의 경우에 보다 더 큰 의미를 가진다.[112] 「검찰국 예규(Regulation of the OTP)」 제27조 제(a)호에 의하면 검찰국의 '관할·보충성·협력부(JCCD)'가 예비조사를 담당한다. JCCD는 예비조사를 마치면 "수사를 개시할 합리적 근거가 존재하는지"에 관한 권고적

111) ICC, Situation in Georgia, Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, 27 January 2016, para. 51.

112) 이러한 이유로 ICC 규정 및 검찰국 예규는 직권에 의한 절차개시의 경우를 위주로 예비조사를 규율하고 있다.

결론을 포함하는 내부보고서를 작성하여 검찰국장에게 제출한다(검찰국 예규 제7조 제(a)호 및 제29조 제1항). 검찰국장은 이 내부보고서를 기초로 "정식으로 수사를 개시할 합리적 근거가 존재하는지(reasonable basis to initiate an investigation)"를 판단하는데(규정 제53조 제1항, 검찰국 예규 제29조 제3항), 규정 제53조 제1항에 의하면 검찰국장은 (a) 검찰국이 입수한 정보에 의할 때 ICC 관할범죄가 범해졌거나 범해지고 있다고 믿을만한 합리적 근거가 존재하는지, (b) 사태로부터 장래에 구체화될 개개 사건이 제17조에 따른 허용성 요건을 충족하는지 또는 충족할 것인지, (c) 범죄의 중대성/심각성 및 피해자의 이익을 고려하더라도 수사가 정의에 도움이 되지 않을 것이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 고려하여 수사개시 여부를 결정한다. 판례에 의하면 (a)와 (b)의 요건은 수사개시가 인정되기 위해서 적극적으로 충족되어야 하는 요건인데 반해, (c)의 요건은 소극적 요건으로 그러한 사유가 인정되는 경우에만 수사개시가 허용되지 않는다.[113] 검찰국장은 새로운 사실이나 정보를 근거로 수사개시 여부에 대한 결정을 언제든지 재고할 수 있다(제53조 제3항).

라. 허용성 요건이 가지는 함의

위에서 본 바와 같이 ICC 검찰국은 보충성 원칙이 충족되고, 범죄의 중대성이 인정되는 경우에만 수사를 개시한다. ICC에서 다루어졌거나 다루어지고 있는 사태는 대부분 내란 중인 국가에서 발생한 국제범죄사태 또는 내란(무장충돌)은 아닐지라도 케냐 사태와 같이 유혈충돌에 준하는 정도의 국제범죄사태인 것은 ICC가 수사권을 행사하는데 어려움을 가지는[114] (상설)국제재판소이기에 범죄의 중대성이 인정되는 경우에 한해 ICC가 수사개시를 하기 때문에 그렇기도 하다.

국제범죄자 불처벌 현상을 방지하기 위해 상설국제형사재판소로 ICC가 설립되어 활동하고 있지만, 상설국제형사재판소라는 점 등을 고려하여[115] 로마규정은 ICC의

113) ICC, Situation in Georgia, Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, 27 January 2016, para. 58. 이러한 구분은 검찰의 입증책임과 관련하여 의미를 가진다.

114) ICC가 직면한 가장 큰 어려움은 범죄지 국가의 협조를 얻어야 ICC가 제대로 수사를 할 수 있다는 점이다.

115) ICC가 직면한 수사의 어려움 문제는 'ICC와 같은 현재의 국제사법기구'에 본질적으로 내재하는 문제이다. '좁은 의미의 국제형사재판소'의 수사활동은 비록 관련 국가에 협력의무가 부과

관할권을 로마규정 발효일 이후에 범해진 국제범죄로 한정하고 있다. 로마규정이 ICC의 관할권을 로마규정 발효일 이후의 국제범죄로 한정한 것은 로마규정 발효일 이전의 국제범죄(국가에 의한 인도에 반한 죄 포함)에 대한 가벌성이 인정되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 그리고 ICC의 관할권행사 허용성요건은 ICC가 관할권을 가지는 국제범죄, 즉 로마규정 발효일 이후에 범해진 국제범죄일지라도 해당 국가가 국제범죄자를 소추·처벌하는 것이 원칙적인 형태 또는 이상적인 형태라는 것을 선언하고 있는 것이다. ICC가 관할권을 행사하는 사건의 태양을 기준으로 국제범죄 특히, 인도에 반한 죄의 성립범위를 판단하는 것은 로마규정이 채택하고 있는, 당사국에 의한 국제범죄의 소추·처벌과 ICC에 의한 소추·처벌의 2원적·병렬적 소추·처벌 구조를 오해하고 있는 것이라고 할 수 있다. 우리 국제형사범죄법은 수사개시의 요건 또는 관할권행사의 요건으로 중대성 요건을 규정하지 않고 있다. 즉, 우리 국제형사범죄법상의 인도에 반한 죄 규정의 적용범위 또는 동 범죄의 성립범위를 판단함에 있어서 ICC에서 다루어진 사태를 기준으로 평면적으로 단순비교를 하는 것은 경계해야 한다.

3. 예시사례의 검토

가. 인도에 반한 죄에 해당하는 경우

위에서 살펴본 인도에 반한 죄의 성립요건에 따라 우리나라에서 발생한 예시사례들에서 인도에 반한 죄가 성립하는지 여부를 검토하면, 5·18민주화운동 진압행위와

되더라도 기본적으로 전통적 의미에서의 국제사법공조 틀 안에서 이루어지고(해당 국가에 기속적인 협력의무가 부과된다는 점에서 국가형사재판소와 해당 국가 간의 사법공조는 상호호혜의 원칙에 따라 이루어지는 전통적 의미에서의 국가 간 국제사법공조와는 그 성격을 달리하지만, 양자는 기본적으로 국제사법공조의 구조를 띄고 있다), 관련 국가의 협력이 없으면 수사조치가 집행될 수 없다. 이것은 비단 강제수사의 경우에만 그러한 것이 아니라 임의수사의 경우에도 마찬가지이다. 임의수사의 경우에도 해당 국가가 국제형사재판소 수사기관이 현지에서 (즉, 해당국가에서) 임의수사 활동을 하는 것을 적극적으로 거부하면, 예컨대 국제형사재판소의 수사관이 해당 국가에 입국하는 것을 거부해버리면 현지에서 임의수사를 하는 것이 불가능하고, 국제형사재판소 수사기관이 해당 국가에 여러 관련 문서 또는 정보의 제공을 요청하더라도 해당 국가가 문서·정보제공을 거부해 버리면 수사활동이 제대로 이루어질 수 없다. 해당 국가가 적극적으로 협력을 거부하는 경우뿐만 아니라 협력제공에 소극적인 경우에도 마찬가지이다.

인혁당재건위 사건은 인도에 반한 죄에 해당한다. 2심법원에서 인정된 사실관계에 따르면, 5·18민주화운동 진압행위의 경우 신군부 세력에 의해 허용되는 정도를 넘어서서 강경하게 군대를 이용하여 시위를 진압한다는 국가의 정책이 존재하였고, 그러한 정책에 따라 광범위하고 체계적으로 민간인 주민들에 대한 공격이 이루어졌다. 그리고 그러한 공격의 일부로 살해행위들이 이루어졌기에 강경진압행위는 인도에 반한 죄로서의 살해죄에 해당한다고 보아야 한다.

인혁당재건위사건의 경우, 대통령의 특별담화에 이어 중앙정보부의 개입하에 수사가 이루어졌기에 국가 차원에서 정권에 비판적인 학생들 등에 대해 고문을 해서라도 수사를 한다는 정책이 존재하였다고 볼 수 있다. 명시적으로 계획된 경우에만 정책의 존재가 인정되는 것이 아니라, 폭력행위가 패턴의 형태로 반복된 사실 등에 의해 정책의 존재가 추론될 수 있는데, 불법 체포·감금 및 고문이 패턴의 형태로 반복된 점 등에 의해 그러한 정책의 존재가 인정될 수 있다. 기소된 인원 수(32명)를 기준으로 할 때 (ICC에서 인도에 반한 죄로 다루어지는 일반적인 사건과 비교할 때) 공격된 자가 많다고 할 수 없지만, 체포·구금된 자를 기준으로 한다면 '민간인 "주민"에 대한 공격'을 인정할 여지가 있어 보인다.[116] 공격의 광범위성을 인정하기에는 어려워 보이지만, 공격의 체계성이 인정되어 인도에 반한 죄의 상황적 요건이 충족된다고 할 수 있다. 구분될 수 있는 집단인 정치적으로 다른 의견을 가진 자들에 대해 기본적 인권을 박탈한 경우에도 해당한다고 할 수 있기에 성립할 수 있는 인도에 반한 죄는 '인도에 반한 죄로서의 불법감금', '인도에 반한 죄로서의 고문' 그리고 '인도에 반한 죄로서의 살해'라고 할 수 있다.

나. 경계선상에 위치하는 사례

(1) 문제의 소재

국가보안법위반 고문·조작 사건들(아람회 사건, 전민학련/전민노련 사건, 오송회 사건, 이근안 사건)은 모두 피의자들을 불법 감금하였고, 피의자들을 고문하여 허위자

116) 어느 정도의 규모를 갖춘 '민간인 주민에 대한 공격'인 경우에만 인도에 반한 죄에 해당할 수 있지만, 어느 정도의 피해자가 인정되는 경우에 '민간인 "주민"에 대한 공격'이라는 요건이 충족된다고 할 수 있는지에 대해서는 아직 명확한 기준이 있는 것은 아니다.

백을 받았다는 점이 공통적이다. 이 사건들이 '인도에 반한 죄로서의 불법감금', '인도에 반한 죄로서의 고문' 및 '인도에 반한 죄로서의 박해' 등에 해당할 수 있는지 여부는 이 사건들을 함께 검토하는지, 아니면 각 사건들을 별개로 검토하는지에 따라 다를 수 있을 뿐만 아니라, 함께 고찰하는 경우에도 우리 국제형사범죄법상 인도에 반한 죄의 각 성립요건을 어떻게 해석하고, 판단자가 구체적 사건을 대상으로 어떻게 판단하는지(이른바 '포섭의 문제')에 따라 달리 판단될 수 있는 문제이다.

(2) 각 사건을 따로 고찰하는 경우

국가보안법위반 고문·조작 사건들(아람회 사건, 전민학련/전민노련 사건, 오송회 사건, 이근안 고문혐의 사건[117])은 한 사건만을 가지고 인도에 반한 죄에 해당하는지 여부를 판단하면, 각 사건이 인도에 반한 죄에 해당한다고 보기 어려울 수 있다. 전민학련/전민노련 사건의 경우 피해자가 25명, 아람회 사건의 경우 피해자가 12명에 이르기는 하지만, 각 사건별로 고찰하였을 때에 '민간인 "주민"에 대한 공격'이 있었다고 할 수 있을 정도로 피해자가 많다고 할 수 있는지는 의문이다. 그러한 숫자의 민간인들에 대한 공격일지라도 '민간인 "주민"에 대한 공격'이라는 요건이 충족된다고 하더라도 아람회 사건은 대전경찰서, 전민학련/전민노련 사건은 치안본부 대공분실 수사관들, 오송회 사건은 전북도경이 행위주체라고 할 수 있는데, 각 사건을 따로 따로 고찰할 때 "국가의 공격 정책"이 존재하였다고 인정하는 것은 쉽지 않아 보인다.

(3) 함께 고찰하는 경우

ICC 콩고사태에서 검찰국은 2009년 1월의 사안, 2009년 3월 3일의 사안, 2009.4.28. 경의 사안, 2009.5.9.-10.경의 사안 등 총 25개 사안과 관련하여 Callixte Mbarushimana를 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄를 공소사실로 하여 공소사실확인결정(decision of confirmation of charges)에 회부하였다.[118] 전심재판부I은 총 25개 사안(occasions) 중 5개 사안(행위)과[119] 관련하여 전쟁범죄를 구성하는 행위가 이루어졌

117) 이근안 사건은 1981년경의 고문사건으로 한정하고, 이근안이 고문한 피의자들이 불법감금되었다는 것을 전제로 논한다.

118) ICC, Prosecutor v. Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10, para. 6-8 참조.

119) 5개 사안은 다음과 같다: Busurungi in March 2009, Mianga on or about 12 April 2009,

다고 믿을 충분한 근거가 있다고 하였다.[120] 그러나 전심재판부I은 인도에 반한 죄와 관련하여서는 FDLR이 민간인 주민을 공격하려는 정책을 추구하였다고 믿을 충분한 근거가 없고, 5개 사안·행위(occasions)는 6개월이라는 기간에 걸쳐 산발적으로(scattered) 이루어졌기에 그 행위들이 "민간인 주민에 대한 공격"이라고 할 수 있을 정도의 "일련의 행위(a course of conduct)"의 일부로 행해졌다고 믿을 충분한 근거가 있다고 할 수 없다고 판단하였다.[121]

국가보안법위반 고문·조작 사건들(아람회 사건, 전민학련/전민노련 사건, 오송회 사건, 이근안 고문혐의 사건)을 함께 고찰한다면[122] 이 전체사건이 인도에 반한 죄에 해당할 여지가 없는 것은 아니지만, 이는 인도에 반한 죄의 성립요건을 어떻게 해석하고, 구체적인 사안에 어떻게 적용하는지에 따라 달리 판단될 수 있다. 위 사건들을 전체사건으로 검토하면, 민간인 주민에 대한 공격을 하려는 국가의 정책은 인정될 수 있다. 그러나 각 사건들을 함께 검토하더라도 각 사건들 간에 시간적 간격이 있다는 점에서 - 아람회 사건과 전민학련/전민노련 사건은 거의 같은 때에 발생하긴 했지만 - 위 ICC 판례를 고려하면, "일련의 행위로 인정될 수 있는" 민간인 주민에 대한 공격이 있었다고 할 수 있는지에 대해서는 판단자에 따라 달리 판단될 수 있다.

다. 명백히 인도에 반한 죄에 해당하지 않는 경우

블랙리스트 사건은 대통령의 뜻에 따라 비서실장이 지원배제 등을 지시하였기에 인도에 반한 죄의 상황적 요건은 충분히 인정된다. 그러나 지원배제 조치는 사회적 기본권과 관련되기에 기본적 인권의 심각한 침해로 보기에는 어려우므로 그러한 행위가 '인도에 반한 죄로서의 박해죄' 또는 '인도에 반한 죄로서의 기타 비인도적 행위'에 해당하기에는 어렵다.

수지 김 피살 조작 사건은 국가안전기획부가 살인죄 피해자를 간첩으로 조작하고,

Busurungi on or about 9-10 May 2009, Manje on or about 20 July 2009 and Malembe on or about 11 to 16 August 2009.

120) Ibid, para. 130 et seq, 264 참조.

121) Ibid, para. 130 et seq, 264-265.

122) 박찬운, "'반인도적 범죄': 국제법적 개념과 국내적 수용방안, 인권과 정의 통권 제313호, 2002, 12면에서 이근안 경감 사건이 인도에 반한 죄에 해당할 수 있다고 하는 것은 여러 사건들을 함께 고찰하고 있기 때문이다.

개인범죄를 저지른 자를 은닉하거나 도피케 한 경우이다. 개인범죄를 저지른 자를 은닉하거나 도피케 하는 행위는 국제형사범죄법 제9조에 열거된 어느 행위에도 해당하지 않는다. 개인범죄를 저지른 자를 조직적으로 은닉하거나 도피케 한 행위가 범죄피해자 가족들에게 심각한 정신적 고통을 초래하는 행위라고 하더라도 민간인 "주민"에 대한 공격으로 인정되지 않기에 '인도에 반한 죄로서의 기타 비인도적 행위'에 해당할 수 없다.[123]

제3절 | 반인권적 국가범죄의 인정 필요성

1. 인도에 반한 죄에서의 책임구조

가. 인도에 반한 죄의 특징

제1장에서 언급하였듯이, 국가에 의한 인도에 반한 죄는 가장 중한 형태의 국가범죄이다. '민간인 주민을 공격하려는 "국가의 정책"에 따라 공격이 이루어졌을 것, 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격이 있을 것, 그러한 공격의 일부로 각 인도에 반한 죄를 구성하는 개개행위가 이루어졌을 것'이라는 인도에 반한 죄의 상황적 구성요건은 동 범죄의 국가범죄성을 잘 보여준다. 상황적 요건에 의해 각 인도에 반한 죄를 구성하는 개개 행위(예컨대 개개 살해행위 또는 고문행위)는 전체공격으로 일체가 되어, 단순히 개인의 범죄로 되지 않고 국가의 범죄로 된다. ICC 판례는 '정책'이라는 요건은 '공격의 체계성' 요건과 혼동되어서는 아니 된다고 하면서 인도에 반한 죄의 성격을 가장 잘 나타내 주는 요소는 '공격의 광범위성 또는 체계성' 요건이라고 하고 있는데,[124] 공격이 광범위하거나 체계적으로 이루어질 수 있는 것은 "국가의

123) 박찬운, "'반인도적 범죄': 국제법적 개념과 국내적 수용방안, 인권과 정의 통권 제313호, 2002, 12면.

124) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1111("Any attack directed against a civilian population that may be considered "systematic" will in principle presuppose the existence of a State or organisational policy. However, that does not mean that the terms "policy" and "systematic" are to be considered synonymous. Indeed it should be recalled

정책" 때문이다. 즉, '국가의 정책'이라는 요건은 '가장 중한 형태의 국가범죄'와 그러한 요건이 충족되지 않는 개인범죄를 구별해 주는 핵심표지라고 할 수 있다. '가장 중한 형태의 국가범죄'에서 책임귀속은 아래와 같이 이루어진다.

나. 인도에 반한 죄에서 개인의 형사책임

개별 인도에 반한 죄를 구성하는 개개 행위는 상황적 구성요건에 의해 그 행위 전체가 '인도에 반한 죄'로 된다. 예컨대 '민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격'의 일부로 행해진 개개 고문행위는 상황적 요건에 의해 전체 고문행위가 '인도에 반한 죄로서의 고문(죄)'가 되는 것이고, '인도에 반한 죄로서의 고문죄'가 개인의 형사책임의 대상이 된다. 즉, 공격에 의해 발생한 전체 '인도에 반한 죄로서의 고문(죄)'에 기여 또는 가담한 자는 각자 자신의 기여 정도에 따라 형사책임을 부담한다.

ICC는 로마규정 제25조에 규정된 범죄가담형태와 제28조에 규정된 상급자책임을 통칭하여 '책임형태'라고 지칭하고 있다. ICC는 인도에 반한 죄의 성립여부를 검토한 뒤, 개인의 형사책임을 검토하는데, 인도에 반한 죄의 성립여부를 검토할 때에는 상황적 요건의 충족여부를 먼저 검토하고 난 뒤, 공격에서 발생한 개개 구성행위를 검토하는 경우가 있는가 하면,[125][126] 반대의 순서로 검토하는 경우도 있다.[127] 여하튼, 인도에 반한 죄의 성립여부를 검토한 뒤에는 '인도에 반한 죄' 즉, 전체범죄(예컨대 '인도에 반한 죄로서의 고문죄')에[128] 대한 피의자의 책임형태(범죄가담형태 또는 상급

---

that it is not so much the policy as it is the widespread or systematic nature of the attack — viz. a consideration of the scale and regular nature of the pattern followed — which first and foremost distinguishes a crime against humanity and constitutes its "hallmark".").

125) 이러한 순서로 검토한 예로는 ICC, Prosecutor v. Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10; ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, ICC-01/04-02/06.

126) ICC는 공격에서 발생한 개개 구성행위를 검토할 때 살해행위, 고문행위 등이 이루어졌는가에 대해서만 검토하고 있지, 개개 행위자에게서 '인도에 반한 죄'의 구성요건이 충족되는가를 검토하지 않는다.

127) 예컨대 ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07; ICC, Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, 12 June 2014, ICC-02/11-01/11; ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08.

128) 독일에서는 '민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격'을 "전체범죄(Gesamttat)"라고

자책임)를 검토하지, '인도에 반한 죄로서의 고문죄'를 구성하는 개개 고문행위에 대한 피의자의 책임을 검토하지 않는다.[129] 전체범죄로서의 인도에 반한 죄에 대한 개인의 형사책임을 추궁하고자 하는 것이 바로 로마규정이 채택된 이유이고, 인도에 반한 죄 규정이 인정된 이유이다. 그렇기에 주지하듯이, 국제형사재판소인 ICC는 '민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격'에 대해 주된 책임을 져야 할 자들 즉, '민간인 주민을 공격하려는 국가의 정책'을 설정한 자들에 대해 형사책임을 추궁하는데 주안점을 두고 있고, 실행층 계층 행위자들(직접정범)의 소추는 관련 당사국에 맡기고 있다.[130]

로마규정 제7조 제1항은 "… 인도에 반한 죄란 … 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로 행해진 다음 각 호의 행위를 의미한다"고 하고 있고, 우리 국제형사범죄법 제9조도 "민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체 · 기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다."고 하여 법문언에 따르면 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 개개 행위가 인도에 반한 죄인 것처럼 규정되어 있다. 로마규정 제7조 그리고 우리 국제형사범죄법 제9조가 상황적 요건이 충족되는 개개 행위를 인도에 반한 죄로 표현하고 있는 것은 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 개개행위를 한 자 즉, 하위 실행층 행위자도 범죄성립요건이 충족되는 한 인도에 반한 죄에 대한 형사책임을 부담한다는 것을 나타내기 위한 것이지, 그러한 개개행위가 각각 인도에 반한 죄에 해당한다는 것을 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다.[131]

지칭하고 있다(MK-StGB/Werle, VStGB § 7 Rn. 14 참조)

129) ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01-04-01/07, para. 1366 이하; ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, para. 693 이하; ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Judgment, 8 July 2019, ICC-01/04-02/06, para. 771 이하.

130) 이에 대해서는 ICC-OTP, Report on the actives performed during the first three years(June 2003-June 2006), 12 September 2006, para. 3(a), 59; ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1 February 2010, para. 18-21; ICC-OTP, Strategic Plan June 2012 - 2015, 11 October 2013, para. 22-23; ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, 16 November 2015, para. 35-36 참조.

131) 예컨대 공격에서 발생한 개개 살해행위는 '인도에 반한 죄로서의 살해죄'를 구성하는 행위일 뿐이지, '인도에 반한 죄로서의 살해죄'가 아니다.

다. 인도에 반한 죄에서 국가의 책임

국가의 정책에 따라 발생한 인도에 반한 죄는 국가의 정책에 따라 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격이 발생한 경우이기에 그러한 공격을 국가에 귀속시키고, 국가를 범죄의 주체로 볼 수 있다.[132] 범죄행위가 국가의 행위로 귀속되어 국가가 행위주체 또는 범죄주체로 된 경우에 국가는 어떠한 책임을 부담한다고 보아야 하는가? '국가범죄'에서 국가가 부담하는 책임이 자연인이 부담하는 형사책임과 같은 성격의 형사책임이라고 보아야 하는가?

우리 법원은 지방자치단체가 양벌규정에 의한 처벌의 대상이 되는가의 문제를 다룬 판결에서 간접적으로 국가는 형사처벌의 대상이 될 수 없다는 것을 밝히고 있다.[133] 이러한 판례의 태도는 '국가는 형벌권을 행사하는 주체이기에 국가는 형사책임의 주체 또는 형사처벌의 대상이 될 수 없다'는 사고를 바탕으로 한다고 할 수 있다. 국가는 형벌권을 행사하는 주체이다. 형벌권을 행사하는 국가에 '형벌 또는 보안처분'이라는 형사제재를 부과하고 집행할 수 있는 집단/단체는 있을 수 없다. 그러나 근대 이후 형벌권 행사는 국가가 독점한다. 인도에 반한 죄와 같이 권력을 가진 자들에 의해서만 범해질 수 있는 범죄에서 권력을 가진 자들이기에 그들이 소추되지 않고, 공소시효가 지난 경우에 공소시효가 지났다는 이유로 그들을 소추하지 않는 것은 국가의 존재이유, 사회계약이론, 국가의 기본권 보호의무 등에 합치한다고 볼 수 없다.[134] 소급효금

---

132) 국가책임과 법인책임의 구조적 유사성을 지적하는 글로는 김혜경, "국가폭력범죄의 개념과 국가 책임구조 – 국가의 범죄행위 주체성을 중심으로 -", 형사법의 신동향 통권 제58호, 2018, 185면 이하.

133) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도2657 판결("헌법 제117조, 지방자치법 제3조 제1항, 제9조, 제93조, 도로법 제54조, 제83조, 제86조의 각 규정을 종합하여 보면, 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, 지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는 도로법 제86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다고 할 것이다."); 같은 취지 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도6530 판결.

134) 이에 대해 자세히는 김동률, "반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-", 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013, 137면 이하; 김성돈, "형법의 과제, 형법의 한계 그리고 리바이어던형법 - 국가폭력의 경우. 형법과 국가 및 개인의 관계에 관한 패러다임의 전환", 형사법연구 제28권 제4호, 2016, 7면 이하; 김성돈, "국가폭력과 형법, 그리고 헌법", 법조 통권 제731호, 2018, 22면 이하.

지원칙, 공소시효는 국가의 자연인 개인에 대한 형벌권 행사와 관련된 원칙이다. 개인범죄와 달리 국가범죄의 경우 소급효금지원칙, 공소시효 등 국가의 개인에 대한 형벌권 행사와 관련하여 국가에 일정한 책임을 부담시킬 수 있다고 보아야 한다. 국가범죄에서 국가가 부담하는 이러한 책임은 국가 자체에 형벌 또는 보안처분이라는 형사책임을 부담시키는 것이 아니라,[135] 형벌권을 독점적으로 행사하는 국가에게 개인의 형사제재와 관련하여 일정한 책임(또는 의무)을 부담시키는 것이다.

라. '인도에 반한 죄' 규정의 법적 성격

우리 국제형사범죄법은 2007년 12월 21일에서야 제정되었다. 2007년 12월 21일에 성문화된 인도에 반한 죄 규정은 기존에는 형사범죄로 처벌되지 않던 행위를 범죄화하고 있는 규정인가? 우리 국제형사법 제9조제1항은 "민간인 주민에 대하여 공격을 행하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다."고 하고 있는데, 이 규정은 기존에는 범죄로 처벌되지 않던 행위를 '인도에 반하는 죄로서의 살해죄'로 처벌할 수 있도록 하는 규정인가?

개별 인도에 반한 죄를 구성하는 개개 행위가 인도에 반한 죄로 포착되는 것이 아니라 그러한 행위의 총합인 전체행위가 인도에 반한 죄로 되고, 공격에 가담 또는 기여한 각 행위자는 자신의 기여분에 따라 형사책임을 부담한다. 예컨대 5·18민주화운동 진압행위를 예로 들자면, 그 당시 군대를 총괄적으로 지휘하던 甲이 발포명령을 내렸고, 그에 기해 공수대원 등 하위층 군인들이 시위하는 시민들 등을 살해한 경우 A라는 공수대원의 살해행위는 '인도에 반한 죄로서의 살해죄'의 구성행위가 되는 것이고, 공수대원들 등에 의한 전체 살해행위가 '인도에 반한 죄로서의 살해죄'로 된다. 갑을 '인도에 반한 죄로서의 살해죄'로 처벌하는 것은 기존에는 범죄로 처벌되지 않던 행위를 새로이 제정된 법규정을 적용하여 범죄행위로 처벌하는 것인가? 그러한 발포명령은 2007년 이전의 법률에 의할지라도 살인죄로 처벌될 수 있는 행위였다.[136]

---

135) 이러한 점에서 국가범죄에서 국가가 부담하는 책임은 법인의 범죄에서 법인이 부담하는 형사책임과는 그 성격이 다르다고 보아야 한다.

136) 광주민주화운동 진압행위에 관한 1997년 대법원판결(대법원 1997. 4. 17 선고 96도3376 판결)이 전두환 등에게 광주재진입작전 이전의 시위대원 살해행위에 대해서는 별도로 내란목적

기존 법률에 의할지라도 발포명령행위는 수인의 사람에 대한 각 살인죄의 상상적 경합에 해당한다.

국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 개별 '인도에 반한 죄'를 구성하는 행위는 기존의 법률에 의하더라도 처벌되는 범죄행위이다. 인도에 반한 죄는 그러한 범죄행위가 국가 또는 단체·기관의 정책에 따라 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 즉, 집단적으로 범해진 경우에 전체행위를 '인도에 반한 죄'로 보아 처벌하는 것일 뿐이지, 기존에 범죄로 처벌되지 않던 행위를 범죄화 하고 있는 규정이 아니다.

2. '반인권적 국가범죄'의 개념 및 인정범위

가. 반인권적 국가범죄의 인정 필요성

예시사례에서 국가보안법위반 고문·조작 사건들(아람회 사건, 전민학련/전민노련 사건, 오송회 사건, 이근안 고문혐의 사건)은 전체적으로 고찰하더라도 '국가의 정책' 그리고 '민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격'이라는 요건이 충족되는지에 대해 단정적으로 말하기 어려운 사안들이다. 그러나 그러한 사건들이 발생한 이유는 권위주의 정권 시기에 권력자들에 의해 수사기관의 불법수사가 용인되었기 때문이라고 할 수 있다. 즉, 실제로는 불법수사 등에 대한 '국가의 정책'이 존재하였다고 할 수 있지만, '국가의 정책'이 존재하였다는 것에 대한 입증은 어려울 수 있다. 그리고 '국가의 정책'이 입증된다고 하더라도, '민간이 주민에 대한 공격'이라는 요건이 충족되지 않으면 인도에 반한 죄에 해당하지 않는다. 따라서 '국가의 정책'이라는 요건과 '민간인 주민에 대한 공격'이라는 요건을 완화하여 약한 형태의 국가범죄라는 범죄군을 인정할 필요가 있고, 그러한 범죄군을 '반인권적 국가범죄'라고 지칭할 수 있을 것이다.

공소시효배제의 소급효 인정여부와 같은 문제에서 형사법 이론에 합치하는 체계적 해결을 도모하기 위해서도 반인권적 국가범죄를 국가범죄의 한 유형으로 인정할 필요가 있다. 그리고 '반인권적 국가범죄'는 '인도에 반한 죄'를 대신하는 개념으로 이해되

살인죄가 성립하지 않는다고 판단하고, 광주재진입작전 수행과정에서 발생한 시위대원 살해에 대해서만 별도로 내란목적살인죄가 성립한다고 판시한 이유는 광주재진입(전남도청 진압) 지시만이 명시적으로 살해지시를 포함한다고 보았기 때문이다.

어서는 아니 되고, 약한 형태의 국가범죄로서 국가범죄의 한 유형이라고 보아야 한다.[137] 그렇지 않으면 ICC의 보충적 관할권이 인정되는 국가범죄와 그렇지 않은 국가범죄의 구분이 사라져 버린다. 즉, 2007년 12월 21일 이후에 우리나라에서 범해진 국가범죄일지라도 우리나라가 그러한 범죄를 진정으로 소추할 의사·능력이 없는 경우에 해당하여 ICC의 보충적 관할권이 인정될 수 있는 인도에 반한 죄와 2007년 12월 21일 이후에 범해진 국가범죄이지만 '인도에 반한 죄가 아니라 반인권적 국가범죄'에 해당하여 오로지 우리나라 법원에 의해서만 처벌될 수 있는 국가범죄의 구분이 불명확해져 버린다. 그리고 2007년 12월 21일 이전에 발생한 국가범죄에서도 인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄를 구별해야 하는 이유는 양 범죄에서 모두, 그러한 범죄에 해당하는 행위가 기존의 법률에 의할지라도 형사범죄로 처벌되는 행위이지만, 국제형사범죄법상의 인도에 반한 죄 규정은 형의 변경을 포함하는 규정인데 반해, 후자에 관한 규정은 (발의된 법률안 및 현재 논의되고 있는 사항에 의하면) 형의 변경 없이 공소시효배제의 진정소급효 인정여부에만 관련되는 규정이기 때문이다.

나. 반인권적 국가범죄의 개념 및 인정범위

약한 형태의 국가범죄로서 '반인권적 국가범죄'를 인정하더라도 그 개념을 정의함에 있어서는 국가범죄로 볼 수 있는 개념요소가 포함되어야 한다. 그렇지 않으면 반인권적 국가범죄는 개인범죄와 구별될 수 없기 때문이다.

'국가의 정책' 그리고 '민간인 주민에 대한 공격'이라는 요건을 요구하지 않으면서도 위의 요청을 충족시킬 수 있는 방법은 행위주체에서 국가기관과 관련될 것을 명확히 하고, 범행방법에서 체계적으로(또는 조직적으로) 이루어질 것을 요구하는 것이라고 할 수 있다. 그리고 국가기관에 의해 조직적으로 이루어지는 행위일지라도 행위유형에서는 국제형사범죄법 제9조에서 나열되고 있는 행위유형으로 한정하는 것이 적절하다. 국가기관에 의해 조직적으로 이루어진 행위일지라도 공소시효배제의 진정소급효와 같은 법적 효과가 인정되는 국가범죄라고 하기 위해서는 중대한 인권침해행위로 한정되는 것이 바람직하기 때문이다.[138] 따라서 수지 김 피살 조작 사건과 같이

137) 박찬운, "'반인도적 범죄': 국제법적 개념과 국내적 수용방안, 인권과 정의 통권 제313호, 2002, 9면 이하; 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2004, 110면.

국가기관에 의해 조직적으로 이루어진 범인은닉·도피에 불과한 행위는 국가기관에 의한 조작행위일지라도 반인권적 국가범죄에는 해당하지 않는다고 보아야 한다. 이를 종합하면 '반인권적 국가범죄'는 다음과 같이 정의되는 것이 적절하다: "국가기관, 지방자치단체 또는 그 하위기관이 조직적으로 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 행위("민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격"이라는 요건이 충족되지 않는 행위를 말한다)를 한 경우".

138) 장래에 향해서만 공소시효를 배제하는 것은 입법정책의 문제이고, 국가범죄가 아닌 범죄에서도 얼마든지 가능하다.

제 3 장 반인권적 국가범죄의 법적 쟁점과 입법론적 대안

인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄에서의 (형사)법적 쟁점 및 개선방안

김 성 규 · 김 재 윤

제3장

인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄에서의 (형사)법적 쟁점 및 개선방안

제1절 | 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 적용범위와 소급효금지원칙의 문제

1. 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 의의와 시간적 적용범위

「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 「국제형사범죄법」)은 "인간의 존엄과 가치를 존중하고 국제사회의 정의를 실현하기 위하여 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에 따른 국제형사재판소의 관할 범죄를 처벌하고 대한민국과 국제형사재판소 간의 협력에 관한 절차를 정함을 목적으로" 해서(「국제형사범죄법」 제1조) 2007년에 제정되었다[139]. 국제형사재판소(ICC)의 관할 범죄, 따라서 「국제형사범죄법」의 적용대상이 되는 범죄 가운데에 '인도(人道)에 반한 죄'(「국제형사범죄법」 제9조)는 그 구성요건에 비추어보면 반(反)인권적 국가범죄와 개념적 내포에 있어서 접점을 가지는 것일 뿐만 아니라 개념적 외연에 있어서도 중첩되는 부분이 많다고 생각된다.

「국제형사범죄법」은 그 장소적 적용범위에 관해서는 제3조에 속지주의(·기국주의)(제1항·제3항), 속인주의(제2항), (국가·국민)보호주의(제4항) 및 세계주의(제5항)를 채용하는 규정을 두고 있다. 한편, 그 시간적 적용범위에 관해서는 부칙에 "이 법은

139) 2011년에 일부개정되어 법률10577호로서 시행되고 있다.

공포한 날부터 시행한다"는 일반적인 규정을 두고 있을 뿐이고 그 시행 전에 행해진 범죄에 대한 적용 여하에 관해서는 별도의 경과규정을 두고 있지는 않다. 따라서 「국제형사범죄법」의 소급효에 관한 문제는 그 법률 자체로부터는 해결되지 않는다. 「국제형사범죄법」의 소급효에 관해서는 그 법률이 기초하고 있는 「국제형사재판소에 관한 로마규정」 내지 이를 포함하는 국제법의 일반원칙이 고찰될 필요가 있다.

2. 국제형사사법 및 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에 있어서의 소급효 금지의 개념적 이해

가. 국제형사사법에 있어서의 소급효금지의 개념적 이해

소급효의 금지는 죄형법정주의의 파생원칙으로서 이해되는 것이 일반적이다. 죄형법정주의는, 행위 당시의 법에 따르면 범죄로 규정되어 있지 않았던 행위를 사후적(事後的)으로 범죄화하는 것을 금지하는 것인 점에서, 내용적으로는 소급효의 금지를 규범화하는 것이다.

죄형법정주의 내지 소급효의 금지는 각국의 형사사법뿐만 아니라 국제인권법에서도 널리 채용되고 있는 원칙이다. 예컨대, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」, 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」 및 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 등은 소급입법의 적용을 받지 않을 권리를 보장하고 있을 뿐만 아니라, 그러한 권리를 제한될 수 없는 권리로서 규정하고 있다[140]. 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제1항, 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」 제9조 및 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제1항은 공히, 행위 당시의 법에 따라 범죄를 구성하지 않는 작위 또는 부작위로 인해 유죄의 판결을 받지 않을 권리를 보장하고 있으며, 행위 당시의 법에 따라 부과되는 형벌보다 무거운 형벌이 부과되는 것도 금지하고 있다. 이는, 형벌 내지 형사제재의 정당성이 그것에 대한 예견가능성을 전제로 하는 점을 구현하고 있는 것으로서, 그와 같은 의미에서의

140) 국제인권법연구회, 국제인권법과 사법, 2014, 1030면 이하.

예견가능성의 원칙(principle of foreseeability)에 반하는 법적 불안정은 그 어떤 상황에서도 허용될 수 없는 것으로 이해된다. 그런데 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제2항 및 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항에 따르면, 각 제1항의 규정에도 불구하고, 국제사회(community of nations) 또는 문명국가(civilized nations)에 의해 인정되는 법의 일반원칙에 따라 행위 당시에 범죄를 구성하는 작위 또는 부작위를 이유로 그 행위자를 재판하고 처벌하는 것은 허용된다.

죄형법정주의에 의해 금지되는 소급효는 '소급적인 실질적 범죄화(retroactive substantive criminalization)'를 가리키는 것으로서, 이는 행위 당시에 이미 범죄로 규정되어 있었던 것에 대한 '절차법적인, 관할권의 소급적 승인(procedural legislative retrospective assumption of jurisdiction)'과는 구별되는 개념으로 이해된다[141]. 예컨대, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제1항이 "어느 누구도 행위 당시의 국내법 또는 국제법에 의해 범죄를 구성하지 않는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄의 판결을 받지 않는다"고 규정하고 있는 것은 '소급적 범죄화(retroactive criminalization)' 내지 '사후적(事後的) 범죄화(ex post facto criminalization)'를 금지하는 것으로서, 그와 같은 의미에서의 소급효는 죄형법정주의에 위배되는 것이다. 한편, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제2항은 "본 조(條)는 국제사회에 의해 인정되는 법의 일반원칙에 따라 행위 당시에 범죄를 구성하는 작위 또는 부작위를 이유로 그 행위자를 재판하고 처벌하는 것을 방해하지 않는다"고 규정하고 있는데, 이는 '관할권의 소급적 승인(retrospective assumption of Jurisdiction)'에 관한 것이다. 즉, 국제관습법 또는 국제조약법에 따라 (이미) 범죄로 인정되고 있는 행위에 관해 그 행위자를 사후(事後)에 창설된 재판소에서 재판하는 것은, 죄형법정주의가 금지하는 '소급적 범죄화(retroactive criminalization)'에 해당되는 것이 아니라, 그것과는 개념적으로 구별되는 '관할권의 소급적 승인(retrospective assumption of Jurisdiction)'에 해당되는 것으로서 허용된다는 것이다[142].

---

141) Kenneth J. Harris, in: Otto Triffterer (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 1999, p. 324.

142) Ibid., p. 327.

나. 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에 있어서의 소급효금지의 개념적 이해

국제형사재판소(ICC)는 제2차 세계대전 후의 국제군사재판소(International Military Tribunal: IMT)(이른바 '뉘른베르크 재판') 및 극동국제군사재판소(International Military Tribunal for the Far East: IMTFE)(이른바 '도쿄 (전범(戰犯)) 재판'[143]), 구(舊)유고슬라비아 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: ICTY) 및 르완다 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR)에 비해 죄형법정주의를 엄격히 요구하고 있다. 즉, 「국제형사재판소에 관한 로마규정」(이하 「ICC 규정」)은 죄형법정주의 내지 소급효금지의 원칙을 명시적으로 규정하고 있다.

(1) 범죄법정주의(Nullum crimen sine lege)

「ICC 규정」 제22조(범죄법정주의)

〈제1항〉 어느 누구도, 행위 당시에 그 행위가 ICC 관할 범죄를 구성하지 않는 경우에는, 이 규정에 따른 형사책임을 지지 아니한다.

(…)

〈제3항〉 본 조는 이 규정과는 별도로 어떠한 행위를 국제법상 범죄로 성격지우는 데 영향을 미치지 아니한다.

「ICC 규정」 제22조 제1항에 따라, 어느 누구도 행위 당시에 그 행위가 ICC의 관할권 범위 내에 있는 범죄를 구성하지 않는 한 ICC에서의 형사책임을 지지 않는다. 「ICC 규정」이 발효하기 전에 행해진 범죄에 관해 ICC가 관할권을 가지지 않는 점은 이미 그 시간적 관할권의 문제로서 규정되어 있다. 즉, 「ICC 규정」 제11조 제1항에 따르면, ICC는 「ICC 규정」의 발효 후에 행해진 범죄에 대해서만 관할권을 가진다. 「ICC 규정」은 제126조에 근거해서 2002년 7월 1일에 발효되었다. 「ICC 규정」 제11조 제1항에

143) 극동국제군사재판소(IMTFE)는 흔히 '도쿄 (전범(戰犯)) 재판'으로 일컬어지지만 실제로 도쿄에서만 개정된 것은 아니다. 네덜란드 지배 지역에 12개, 영국 지배 지역에 11개, 중국에 10개, 오스트레일리아에 9개, 미국 점령 지역에 5개, 그리고 프랑스 지배 지역과 필리핀에 각 1개씩, 총 50개의 법정이 설치·운영되었다.

따라 「ICC 규정」은 그 발효일 이후에 행해진 관할 범죄에 대해서만 적용된다고 볼 수 있다.

「ICC 규정」 제22조 제1항에서 말하는 "행위 당시(at the time it takes place)"의 의미와 관련해서는 다음과 같은 해석론이 유력하다.

> "「ICC 규정」 제22조 제1항은 행위와 그 금지의 동시존재를 본 재판소가 확인할 것을 요구하고 있다. 그런데 행위의 시간적 계속을 표지(標識)로 하는 범죄의 경우에는 이에 대한 금지규범이 사실상 적용되는 시간의 경과 중에 그 전체 구성요건이 충족되는 것으로 족하고 그 금지규범이 행위의 개시시점부터 적용되고 있어야 할 것을 요하지는 않는다."[144]

그와 같은 해석론에 따르면, 계속범(délit continu)의 경우에는, 「ICC 규정」의 발효 전에 행해진(개시된) 범죄라고 해도, 그 발효 후에도 여전히 그 범죄를 구성하는 사실이 계속하고 있는 때에는, 이에 대해 ICC가 관할권을 가지게 되고, 그 한에서는 「ICC 규정」이 적용된다. 그와 같이 보면, 불법한 인신구금과 같은 범죄의 경우에는, 그 범죄를 구성하는 사실이 「ICC 규정」의 발효 후에도 계속되고 있다고 볼 수 있는 한에서는, 그 피해자의 생존 여부와는 상관없이, 「ICC 규정」을 적용해서 그 행위자를 처벌할 수 있는 것이다. 그런데 이는 엄밀히 말해서 소급적용은 아니라고 보아야 할 것이다. 따라서 그와 같은 경우를 제외하면 「ICC 규정」의 소급적용은 제11조 제1항에 따라 – 그 문언 자체로부터는 - 배제되어 있는 것이다.

「ICC 규정」 제22조 제1항의 규정은 어디까지나 ICC에서의 재판에 한정되는 것이다. 즉, 「ICC 규정」 제22조 제3항에 따르면, 「ICC 규정」과 독립해서 그 어떤 행위를 국제법상의 범죄로 취급하는 것은 제22조 제1항에 의해 방해받지 않는다. 이는, 국제관습법 또는 국제조약법에 따라 (이미) 범죄로 인정되고 있는 행위에 관해서는 그 행위자를 사후(事後)에 창설된 법정에서 재판하는 것이 허용되는 점을 밝힌 것으로서, 그와 같은 의미에서의 이른바 '관할권의 소급적 승인(retrospective assumption of Jurisdiction)'을 시인하는 것이다[145].

---

144) Bruce Broomhall, in: Otto Triffterer (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 1999, p.455 이하.

145) Kenneth J. Harris, in: Otto Triffterer (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the

(2) 형벌법정주의(Nulla poena sine lege)

「ICC 규정」 제23조(형벌법정주의)

ICC에 의해 유죄의 판결을 받은 자는 이 규정에 따라서만 처벌된다.

「ICC 규정」 제23조에 따라, ICC에 의해 유죄의 판결을 받은 자는 「ICC 규정」에 따라서만 처벌을 받을 수 있다. 「ICC 규정」 제77조는 적용되는 형벌의 종류 및 그 상한을 규정하고 있으며, 제78조는 「절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)」 등에 따른 양형의 방법을 규정하고 있다. 다만, 각 범죄유형 내지 개별범죄에 대해 각각 그 형벌의 종류와 범위를 정하고 있는 것은 아니다.

(3) 소급효의 금지(Non-retroactivity ratione personae)

「ICC 규정」 제24조(소급효의 금지)

〈제1항〉 어느 누구도 이 규정이 발효하기 전의 행위에 관해 이 규정에 따른 형사책임을 지지 아니한다.

〈제2항〉 확정판결 전에 당해 사건에 적용되는 법에 변경이 있는 경우, 수사 중이거나 소추 중인 자 또는 유죄의 판결을 받은 자에게 보다 유리한 법이 적용된다.

죄형법정주의의 내용을 이루는 소급효의 금지는, 앞서 살펴본 것처럼 「ICC 규정」 제11조에 ICC의 시간적 관할권의 한계로서 규정되어 있는 동시에, 형사법의 일반원칙으로서도 규정되어 있다. 즉 「ICC 규정」 제24조는 제1항은, 어느 누구도 「ICC 규정」이 효력을 발하기 전에 이루어진 행위에 관해 「ICC 규정」에 기초하는 형사책임을 지지 않는 점을 규정하고 있는 것이다. 한편, 「ICC 규정」 제24조는 제2항에 따르면, 법이 확정판결 전에 변경된 경우에는, 구법(舊法)과 신법(新法) 가운데, 수사를 받거나 소추되거나 유죄의 판결을 받은 자에게 유리한 법이 적용된다. 여기에서 말하는 '법의 변경'에 있어서의 법은 그 범위에 관해 특히 제한되어 있지 않은 점에서 ICC에서

International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 1999, p.327.

적용되는 법규(「ICC 규정」 제21조) 모두를 포함하는 것이라고 볼 수 있다. 「절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)」의 불리한 변경이 소급적용되지 않는 점은 「ICC 규정」 제51조 제4항이 별도로 규정하고 있다.

「ICC 규정」 제24조 제1항도, 제22조에서 살펴본 것과 마찬가지로, 「ICC 규정」과 독립해서 그 어떤 행위를 국제법상의 범죄로 취급하는 것을 방해하지는 않는다.

3. 국제법상 시제법(時際法)의 법리에 관한 논의

가. 서설

법규범의 생성 내지 변경 이전에 이루어진 행위 내지 발생한 사실에 대해서는 그 이전에 존재한 법으로서의 구법(舊法)과 사후적(事後的)으로 생성되거나 변경된 법으로서의 신법(新法) 가운데 어느 것을 적용할 것인지가 문제된다. 구법(舊法)의 측면에서 보면 그 추급효가 문제되고, 신법(新法)의 측면에서 보면 그 소급효가 문제되는 것이다. 그와 같은 문제를 해결하는 규칙을 일컬어 시제법(時際法, intertemporal law)이라고 한다. 시제법(時際法)에 있어서는, 법적 사실은 그 사실에 관한 분쟁이 발생하거나 그 해결을 위한 절차가 진행될 시점의 법이 아니라 그 사실이 발생할 당시에 성립하고 존재한 법에 따라 판단되어야 한다는 원칙이 유력하다. 「대한민국헌법」 제13조 제1항은 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니(…)한다"고 규정함으로써, 범죄행위 내지 범죄사실의 처리에 관해 소급효금지의 원칙을 선언하고 있다. 또한, 「형법」 제1조 제1항도 "범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다"고 규정함으로써 그 원칙을 분명히 하고 있다.

시제법(時際法)은 국내법뿐만 아니라 국제법의 차원에서도 중요한 논제가 된다. 국제법상 시제법(時際法)에 있어서의 제1원칙은 이른바 '동시대성(同時代性)의 원칙(principle of contemporaneity)'에 따라 법적 안정성을 구현하는 것으로서, 이는 학계에서 우위를 차지하고 있는 견해인 동시에 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ) 등 국제사법기관의 판례에 의해서도 재차 확인되고 있는 입장이다[146].

146) 정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 19면.

이른바 '동시대성(同時代性)의 원칙'이란 "조약의 용어는 조약이 체결될 당시에 당해 용어가 지닌 의미에 따라, 또는 당해 용어에 부여되고 있던 의미에 따라, 그리고 당시의 언어 관행에 따라 해석되어야 한다"는 것을 말한다[147]. 그런데 시제법(時際法)에 있어서의 제2원칙, 즉 시제법(時際法)의 해석과 적용에 있어서는 국제법의 발전을 고려해야 한다는 점은, 법과 현실 사이의 역동적 상호관계를 배려하는 것으로서, 이른바 '시제법(時際法)의 확장(extention of intertemporal law)'을 의미하게 된다[148]. 시제법(時際法)에 있어서의 제1원칙과 제2원칙의 관계에 관해서는, 양자(兩者)가 한편으로는 상호보완적인 관계에 있지만, 다른 한편으로는, 제2원칙이 제1원칙을 제한하는 요소로서 작용하는 것인 점에서, 상호 견제적인(limitative) 관계를 맺고 있다는 점이 지적된다[149].

국제법상 시제법(時際法)의 성질에 관해서는 사고방식의 차이가 존재한다. 시제법(時際法)을 국제법의 일반원칙에 속하는 소급효금지의 원칙으로 이해하는 입장도 있지만, 조약 체결 이전의 사건 내지 분쟁을 처리하고 해결함에 있어서 이에 대한 적용법의 선택에 관한 규칙으로 보는 입장도 있고, 나아가 조약의 해석에 있어서 그 동적(動的) 측면을 강조함으로써 그 효력의 시간적 확장을 긍정하는 이론도 있다[150]. 국내에서도 시제법(時際法)에 있어서의 제1원칙과 제2원칙의 관계에 관해서는, 이른바 '시제법(時際法)의 확장(extention of intertemporal law)'에 대한 신중론에서부터 이를 적극적으로 주장하는 입장에 이르기까지 다양한 견해의 스펙트럼이 인식된다[151].

「국제형사범죄법」은 어디까지나 국내법의 형식으로서 존재하는 것인데, 그 내용에

147) Fitzmaurice, 'Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points', in: British Year Book of International Law, Vol.33 (1957), p. 210 이하(정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장 적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 19면에서 재인용).

148) 정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장 적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 19면.

149) Elias, 'The Doctrine of Intertemporal Law', in: American Journal of International Law, Vol.74, No.2 (1980), p.291(정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장 적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 19면에서 재인용).

150) 정동은, "국제법상 시제법이론과 국제법사 연구의 필요성에 관한 소고", 국제법 동향과 실무 Vol.18, No.3, 2019, 22면 이하.

151) 오병선, "국제법상 시제법 문제에 대한 이론적 고찰", 국제법학회논총 제57권 제1호, 2012, 64면 이하.

있어서는 형사국제법으로서의 「ICC 규정」의 이행법률로서의 성격을 가지고 있으며, 이는 다름 아니라 ICC의 설립에 관한 조약이다. 그 점에서, 「국제형사범죄법」의 소급효를 논함에 있어서는 국제법상의 조약의 시간적 효력에 관한 해석 및 시제법(時際法)의 법리에 관한 논의를 살펴보는 것이 중요한 의미를 가진다.

나. 시제법(時際法)의 확장에 대한 신중론

시제법(時際法)의 확장에 대한 신중론은, 특히 국가 간 영토 분쟁의 문제와 관련해서, 과거에 영토를 취득한 국가와 이를 상실한 국가 간의 영토 분쟁이 시제법(時際法)에 따라 합리적으로 해결될 것을 기대하기는 사실상 어려운 점을 지적하는 것이다[152]. 그런데 시제법(時際法)의 확장에는 현실적인 제약이 있는 점을 인정하는 입장 가운데에는 그 의미를 긍정적으로 평가하는 것도 있다. 예컨대, 시제법(時際法)은 소급효금지의 원칙을 주된 내용으로 하는 것으로서, 이는 무엇보다도 법적 안정에 기여하는 것인데, 국제적 차원에 있어서의 시제법(時際法)의 적용에 있어서는 안정과 더불어 발전의 측면도 고려되어야 한다는 것이다. 즉, 국제법 체계의 발전을 촉진하는 것이 법적 안정의 원칙을 유지하는 것만큼 중요한 점에서, 시제법(時際法)이 지니는 정적(靜的) 요소와 더불어 동적(動的) 요소의 중요성을 강조하면서 양자(兩者)의 조화를 도모할 필요성이 있다고 보는 것이다[153].

조약의 '발전적' 해석의 예로서는 '남서아프리카(South West Africa)-사건'[154]에 대한 재판[155]에서 제시된 타나카(Tanaka) 재판관의 반대의견을 들 수 있다. 이는, 인종차별 및 인종분리를 금지하는 국제관습법의 소급적 적용은 의무의 문제에만 관계되고 권리의 문제와는 무관한 것으로서, 기득권 보호의 원칙에 저촉되지 않고 그 한에서는 소급효의 금지에도 모순되지 않는다는 것이다. 그와 같은 사고방식은 1971

152) 김대순, 국제법론(제20판), 삼영사, 986면 이하.
153) 정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 20면 참조.
154) 제1차 세계대전 후에 과거 독일의 식민지였던 남서아프리카 지역(현재의 나미비아)의 위임통치를 위탁받았던 남아공(당시는 남아프리카 연방)이 위임통치국의 의무를 준수하지 않았다고 에티오피아와 라이베리아가 제소함으로써 ICJ의 관할권의 존부 및 에티오피아와 라이베리아의 당사자 적격 여부가 쟁점이 되었던 사건이다.
155) Ethiopia, Liberia v. South Africa, 1966. 7. 18.

년에 ICJ가 제시한 '나미비아(Namibia)-사건'에 대한 권고적 의견[156]에도 수용된 것으로 평가된다. 즉, 국제규약의 해석에 있어서는 그 성립 후의 국제법의 발전이 영향을 미치는 것이고, 국제법 문서의 해석 및 적용은 해석 및 적용 당시에 지배적인 전체적 법체계의 구조 속에서 이루어져야 한다고 본 것이다. 또한, 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)가 '타이러(Tyrer)-사건' 등에 대한 재판[157]에서, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」은 이른바 '살아있는 문서(living instrument)'로서, 그 해석은 현재의 상황에 비추어 이루어져야 한다고 본 것도 조약의 '발전적' 해석에 기초한 것이라고 평가된다.

시제법(時際法)의 확장에는 현실적인 제약이 있는 점을 인정하는 입장에서는, 조약의 '발전적' 해석의 중요성을 인정하면서도 그러한 해석을 수용한 사례들이 현재로서는 여전히 시제법(時際法)의 예외에 속한다고 설명한다. 즉, 국제법에 있어서 시제법(時際法)의 문제는 오랜 시간 지속되어온 영토분쟁 등을 비롯해서 최근에 상당한 변화를 경험하고 있는 인권 분야에서 많이 발생하고 있는데, 여기에서는 여전히 시제법(時際法)에 있어서의 제1원칙이 주로 적용되는 것으로 보이고, 법적 안정성을 추구하는 제1원칙을 정면에서 부인하고 그 예외를 적극적으로 주장하는 논리는 아직 보이지 않는다고 논평하는 것이다[158].

다. 시제법(時際法)의 확장을 원칙적으로 긍정하는 입장

시제법(時際法)의 확장을 원칙적으로 긍정하는 입장 가운데에는, 국제조약법상 강박(强迫)의 이론에 따른 제2차 한일협약의 위법성에 기초해서 식민주의적 과거의 평가 및 극복에 관해 이른바 초(超)시간적(transtemporal) 접근방식을 취하거나[159], 세계무역기구(World Trade Organization)의 분쟁해결절차에 있어서 시제법(時際法)의 확장

156) Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.16.
157) ECtHR Judgment in case Tyrer v. the United Kingdom (application No. 5856/72), 25 April 1978.
158) 박배근, "국제법상 시제법의 이론과 실제", 국제법학회논총 제53권 제1호, 2008, 34면. 또한, 정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장 적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 21면 참조.
159) 이근관, "국제조약법상 강박이론의 재검토", 이태진 외, 한국병합의 불법성 연구, 서울대학교 출판부, 2004, 263면 이하.

이 가지는 의미를 강조하는 견해[160]도 있는데, 특히 주목되는 견해는, 법적 안정성의 보장을 위한 행위시법 적용의 원칙이 수행하는 역할을 긍정적으로 평가하면서도 시제법(時際法)의 확장이 국제법의 원칙에 부합하는 방향으로 국제사회의 변화를 견인할 수 있다고 보는 것이다[161]. 이에 따르면, 권리의 창설 여부는 행위시법을 기준으로 판단되어야 한다는 것은 소급효금지의 원칙에 따른 것으로서, 법의 적용에 있어서 기본원리로서 승인되어 왔고, 그와 같은 의미에서의 행위시법 적용의 원칙은 시제법(時際法)의 핵심적 내용을 이루는 것으로서, 법적 안정성을 보장하는 역할을 수행하는 것인데, 일단 창설된 권리도 그 후의 법의 변화에 따른 요건을 만족시켜야 존속할 수 있다는 주장과 관련해서, 국제법도 여타의 법과 마찬가지로 국제사회의 변화를 무시할 수 없으며, 변화에 적응하는 유연한 운용이야말로 법적 안정성을 확보하는 데에 기여하는 것이라는 점이 강조된다. 그와 같은 사고방식은, 권리의 창설과 존속은 구별될 필요가 있으며, 행위시법의 기계적인 적용이 언제나 가능한 것은 아니고 무엇보다도 항상 바람직한 것도 아니라고 한다.

라. 시제법(時際法)의 확장을 적극적으로 주장하는 견해

시제법(時際法)의 확장을 적극적으로 주장하는 입장 가운데에는 무엇보다도, 중대한 인권침해행위에 대해 소급효금지의 적용을 배제하는 사고방식[162]이 주목된다. 그와 같은 사고방식은, 우선, UN이 이미 1968년에 「전쟁범죄 및 인도(人道)에 반한 죄에 대한 시효의 적용배제에 관한 UN협약(UN Convention on the Non-Applicability of Statutary Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity)」을 채택함으로써 국제법상 전쟁범죄 및 인도(人道)에 반한 죄에 대해서는 시효가 존재하지 않는 점을 확인하고, 그와 같은 범죄의 처리에 있어서는 시효배제의 원칙을 보편적으로 적용할 필요가 있는 점을 지적한 것과 관련해서, 이른바 일본군 위안부 문제의 처리에 있어서 '행위 또는 법적 상태의 정당성은 당시의 시점(時點)에서

160) 이재민, "최근 WTO분쟁해결절차에서 확인된 국제법 기본원칙 및 법리", 국제법학회논총 제55권 제4호, 2010, 203면 이하.
161) 정인섭, 신국제법강의: 이론과 실제(제10판), 박영사, 2020, 563면 이하.
162) 도시환, "일본군 '위안부' 문제의 현황과 국제인권법적 재조명", 국제법학회논총 제53권 제3호, 2008, 55면 이하.

의 유효한 법에 따라 판단되어야 한다'는 시제법(時際法)의 원칙을 비판한다. 즉, 이른바 일본군 위안부와 같은 중대한 인권침해행위에 관해 피고 측이 시효를 원용하는 것은, 시간의 경과가 원고 측의 사실 입증을 곤란하게 하는 것인 점에서 권리남용이 될 수 있다는 것이다. 또한, 시효의 적용이, 중대한 인권침해에 대해 당연히 이루어져야 할 배상을 면하게 하는 것이 되는 경우가 적지 않은 점에서, 중대한 인권침해에 관한 피해배상의 청구는 시효에 따르지 않아도 된다는 원칙이 승인될 필요가 있다는 것이다. 그와 같은 사고방식은 나아가, 이른바 일본군 위안부 문제에 대해서는 소급효 금지의 원칙도 배제되어야 하는 점을 지적한다. 그 논거로서, 뉘른베르크 재판에서, 인도(人道)에 반한 죄에 대한 소추에 대해 피고인 측과 일부 학자들이 죄형법정주의 위반의 점을 항변한 것에 대해 재판부가, 인도(人道)에 반한 죄를 처벌하는 것은 시제법(時際法)의 위반이 아니라고 판시한 것이 제시된다. 관할 범죄를 구체적으로 규정하지 않은 「(뉘른베르크) 국제군사재판소 헌장(Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg))」을 근거로 해서 인도(人道)에 반한 죄 등을 처벌하는 것이 사후법(事後法)의 적용이라는 비판에 대해 재판부는, 「(뉘른베르크) 국제군사재판소 헌장(Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg))」은 그 제정 당시에 존재한 국제법 규범의 표현이며, 무엇보다도 죄형법정주의는 정의(正義)의 일반원칙으로 이해되어야 한다고 판시한 것이다[163]. 그와 같이 중대한 인권침해행위에 대해 소급효금지의 적용을 배제하는 사고방식은 국제인권법적 관점에서 시제법(時際法)의 확장을 적극적으로 주장하는 입장으로 평가된다[164].

시제법(時際法)의 확장을 적극적으로 주장하는 입장 가운데에는, 형평의 원리를 근거로 해서 이른바 '사법적(司法的) 입법(judicial law-making)'의 중요성을 강조하는 견해[165]도 주목된다. 이른바 '사법적(司法的) 입법(judicial law-making)'이란 국제법상 분쟁의 처리에 있어서 기존의 법의 범위 내에서 '형평적 법해석 및 논증과정(equitable judicial interpretation and reasoning)'을 통해 국제사회의 새로운 환경에

163) 박종원, 과거청산을 위한 특별법에 대한 헌법적 연구, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 2016, 128면 이하 참조.
164) 정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장 적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 28면.
165) 오병선, "국제법상 시제법 문제에 대한 이론적 고찰", 국제법학회논총 제57권 제1호, 2012, 78면 이하.

상응해서 국제법을 적응시키고 발전시키는 것을 말한다[166]. 국제사법기구가 국제사회의 객관적 변화에 따라 그와 같이 법을 적응시키고 발전시키는 역할을 수행하는 데에 있어서 의미를 가지는 법리로서는 사정변경의 법리, 권리남용금지의 법리와 더불어 시제법(時際法)의 법리가 거론된다. 형평의 원리를 근거로 해서 시제법(時際法)의 확장을 적극적으로 주장하는 입장은, 이미 창설된 권원에 기초한 이익의 보호와 현재 발전된 법규범에 의해 보호되는 이익이 충돌하는 경우에는 그와 같은 법리가 형평의 관점에서 적용되어야 할 필요가 있다고 보는 것이다[167].

마. 시제법(時際法)의 확장에 관한 논의의 시사점

국제법상 시제법(時際法)의 법리 및 그 확장의 문제에 관한 견해의 차이는 대체로 시제법(時際法)에 있어서의 제1원칙과 제2원칙의 관계를 어떻게 볼 것인지에 따른 것이라고 할 수 있다. 시제법(時際法)에 있어서의 제1원칙이 대체로 말해서 법률의 소급효를 금지하는 것을 주된 내용으로 하는 것이라면, 제2원칙은 대체로 말해서 그 소급효를 허용하는 것인 점에서, 시제법(時際法)의 구체적인 적용에 있어서 제1원칙과 제2원칙의 양립을 기대하기는 사실상 어려워 보인다. 시제법(時際法)의 구체적인 적용에 있어서 그 양립이 곤란한 한에서는 결국 양자(兩者) 가운데 어느 것을 우위에 둘 것인지가 문제된다. 즉, 법적 안정성을 시제법(時際法)의 최우선 과제로 볼 것인지, 그보다는 객관적인 변화에 따라 법을 현실의 요청에 적응시키는 것을 시제법(時際法)의 중요한 과제로 볼 것인지가 문제되는 것이다[168].

국제법상 시제법(時際法)의 법리에 관한 논의는 주로 영토분쟁이나 조약의 해석과 관련하고 있다[169]. 그런데 이와 관련해서 제시되고 있는 바로서, '과거는 현재와 분리될 수 없고, 현재의 인식은 그것이 과거의 특정 시점(時點)에서는 분명하게 드러나지 않았더라도 어떠한 방식으로든 과거에 체결된 조약의 해석과 적용에 영향을 미친다'[170]는 사고방식에 비추어보면, 시제법(時際法)의 법리를 고찰함에 있어서 법적 안

166) 정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장 적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 35면 참조.
167) 정동은, 위의 글, 35면.
168) 정동은, 위의 글, 37면.
169) 정동은, 위의 글, 37면.

정성만이 유일한 가치로 생각되어야 할 것은 아니라고 볼 수 있다. 즉, 시제법(時際法)의 구체적인 적용에 있어서는 법적 안정성과 더불어 현실의 요청에 상응하는 법규범의 동적(動的) 측면이 고려될 필요가 있으며, 그 한에서 시제법(時際法)에 있어서의 제2원칙은 제1원칙의 기계적인 적용을 견제하는 요소로 생각될 수 있는 것이다[171]. 다만, 시제법(時際法)에 있어서의 제2원칙이 배려하고 있는 법규범의 동적(動的) 측면이 그 역동성(逆動性)을 전적으로 허용하고 있는 것은 아니다.

4. 인도(人道)에 반한 죄의 처벌에 관한 외국 입법례에 있어서의 소급효 내지 그 금지의 존재방식

가. 서설

인도(人道)에 반한 죄 등을 국제법위반 내지 그와 같은 의미에서의 국제범죄로 확인하고 이에 관한 법리를 국제법 규범으로서 정착시키기 위한 노력은 이미 뉘른베르크 재판 및 도쿄 (전범(戰犯)) 재판 이래 계속되어 왔다. 특히 UN총회의 결의 및 국제법위원회(International Law Commission of the United Nations: ILC)의 관련 작업은 인도(人道)에 반한 죄 등의 개념을 정의하고 이에 관련하는 국제법 원칙을 공식화하는 노력의 주축이 되었고[172], 1948년의 「집단살해범죄의 방지 및 처벌에 관한 조약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)(이른바 '제노사이드 조약')」을 비롯한 일련의 조약이 결실을 맺은 것도 그와 같은 노력의 일환이라고 할 수 있다. 한편, 인도(人道)에 반한 죄 등의 처벌에 관한 국내입법도 진행되어온바 이는 말하자면 '뉘른베르크 원칙의 국내(법)화(domestication of the Nuremberg Prindples)'로 생각될 수 있는 것이다[173]. 특히 1980년대에 이르러 나치전범에 대한 소추의 요청이 고조된 가운데 여러 국가가 인도(人道)에 반한 죄 등의 처벌

170) D. W. Greig, Intertemporaltiy and the Law of Treaties, 2001, p.143 이하.
171) 정동은, "국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장적용 문제를 중심으로 –", 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020, 37면 이하.
172) United Nations, Report of the International Law Commission, 1950, Part Ⅲ, General Assembly Official Records, 5th Session, Supplement No.12 (A/1316), p.11 이하 등 참조.
173) Cotler (Ed.), Nuremberg Forty Years Later – The Struggle against Injustice in Our Time, 1995, p.33 이하.

에 관한 국내법 규정을 두게 되었고, 실제로 그러한 규정에 근거해서 (국내)재판이 행해지기도 했다.

나. 독일 - 「형법전(Strafgesetzbuch)」 제220조의a

독일에서는 「제노사이드 조약」에의 가입에 관한 1954년 8월 9일의 법률에 의해 「형법전(Strafgesetzbuch)」에 제220조의a가 추가되었다. 이 규정이 처벌의 대상으로 삼는 범죄로서의 집단살해(Völkermord)의 구성요건은「제노사이드 조약」 제2조에 따른 집단살해범죄(genocide)의 정의와 동일하다. 형법의 시간적 적용범위와 관련해서 보면, 죄형법정주의(행위시법주의)를 선언하고 있는 독일의 「기본법(Grundgesetz)」 제103조 제2항에 따라 「형법전(Strafgesetzbuch)」 제220조의a의 소급적용은 인정되지 않는다. 독일은 1954년에 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」에 가입할 당시에도 「기본법(Grundgesetz)」 제103조 제2항에 기해 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항에 대한 유보를 두었다. 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항은, 앞서 살펴본 것처럼, 국제법에 따른 범죄로서의 (광의의) 전범(戰犯)에 대한 재판이 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」에 위배되지 않는 점, 소급효에 관한 일반적 보장에 저촉되지 않는 점을 규정하고 있는 것인데[174], 당시 독일은 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항이 「기본법(Grundgesetz)」 제103조 제2항의 범위 내에서만 적용된다는 제한을 두었던 것이다. 즉, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항의 규정은 「기본법(Grundgesetz)」 제103조 제2항에 저촉되는 점에서 독일에서는 적용되지 않는다고 한 것이다[175]. 따라서 「형법전(Strafgesetzbuch)」 제220조의a는 1954년 이전의 시기, 특히 나치시대의 행위에 소급해서 적용되지 않는다. 다만, 당시 나치에 의해 자행된 살인 및 대량학살에 대해서는 「형법전(Strafgesetzbuch)」 제211조(모살(謀殺)의 규정이 적용될 수 있는데, 이는 1979년의 법률에 의해 「형법전(Strafgesetzbuch)」 제211조(모살(謀殺))에 관해 시효가 폐지된 데에 따른 것이다.

---

174) Robertson & Merrills, Human Rights in Europe – A Study of the European Convention on Human Rights, 3rd ed., 1993, p.125 참조.

175) Guradze, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, p.115 이하.

다. 영국 - 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」

영국에서는 1969년에 이른바 '뉘른베르크 원칙의 국내(법)화(domestication of the Nuremberg Prindples)'의 일환으로서 「제노사이드에 대한 법률(Genocide Act 1969)」이 제정된 한편, 1991년에는, 제2차 세계대전 중에 독일군 지배 지역에서 행해진 중대한 전쟁법규관례위반에 대한 관할권을 영국 법원에 부여한 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」이 공포되었다. 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」 제1조 제1항은, "모살(謀殺), 고살(故殺) 또는 과실치사의 죄가 (a) 1939년 9월 1일부터 1945년 6월 5일까지의 사이에 독일 국내 또는 독일 점령 지역에 있었던 장소에서 행해진 것이고, (b) 그 죄가 전쟁법규관례위반에 해당하는 경우에는, 영국 내에 있는 자에 대해 기소 당시 피고인의 국적과 상관없이 재판절차를 개시할 수 있다"고 규정하고 있다. 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」은 1980년대 후반에 이르러 나치전범이 영국 내에 주재하고 있는 사실이 지적된 것에 대한 대응으로서 취해진 조치로서, 과거의 전쟁범죄에 대한 소급적용의 성격을 가지는 것이다. 이에 대해 당시 영국 의회에서는 소급처벌에 대한 비판이 가해졌다. 그런데 정확히 말하면 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」은 새로운 범죄를 창설해서 그 처벌을 위해 과거의 행위에 그 소급적용을 인정한 것이라기보다는 행위 당시에 이미 전쟁범죄로서 확립된 전쟁법규관례위반에 대한 관할권을 사후적(事後的)으로 영국의 국내법원에 부여한 것이라고 풀이된다[176].

라. 캐나다 - 「형법전(Criminal Code)」 제7조

1980년대에 이르러 캐나다에서는, 캐나다에 귀화한 전(前) 독일인 전범(戰犯)이 캐나다 국내에 체재하고 있는 것이 알려지면서, 1985년에 그 처리에 관한 문제를 해결하기 위한 조사위원회(Commission of Inquiry on War Criminals; Deschênes Commission)가 설치되었다. 그 조사위원회의 1986년의 보고서[177]에 기초해서, 캐나다에서는 그와 같은 전범(戰犯)을 국내에서 소추할 수 있도록 하는 형법개정이 이루어

176) Cotler (Ed.), Nuremberg Forty Years Later – The Struggle against Injustice in Our Time, 1995, p.203.

177) Commission of Inquiry on War Criminals, Report – Part I: Public (1986).

졌다. 그 결과로서 1987년에 성립된 것이 「형법전(Criminal Code)」 제7조(당시 제6조)다. 그 규정의 요지는, 전쟁범죄 내지 인도(人道)에 반한 범죄를 캐나다 국외에서 행한 자를 소정의 요건 하에 캐나다에서 처벌할 수 있게 하는 것이다. 즉, 같은 조 제3.71항은 본 조항이 발효하기 전 또는 후에 행해진 전쟁범죄 내지 인도(人道)에 반한 범죄에 「형법전(Criminal Code)」 제7조가 적용되는 것을 규정하고 있다. 이는 「형법전(Criminal Code)」 제7조의 소급적용을 명시적으로 인정하는 것이다. 다만, 그 소급적용에 관해 제3.71항은 그 대상이 되는 범죄를, "전쟁범죄 내지 인도(人道)에 반한 죄에 해당되는 작위 또는 부작위"로서 "그 작위 또는 부작위가 캐나다 국내에서 행해졌다면 당시에 유효했던 캐나다 법상 범죄에 해당되는 것"으로 한정하고 있다. 그와 같이 캐나다의 「형법전(Criminal Code)」 제7조는, 앞서 살펴본 영국의 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」과 마찬가지로, 국외범에 대해 캐나다 법의 적용을 확장하는 것인데, 그와 같은 확장적용은 형벌법규의 소급적용을 근거지우는 것이라고 할 수 있다.

마. 재판에서 제기된 문제점으로서의 소급효의 금지 – 소급적용(retroactive application)과 추행(追行)적용(retrospective)의 구별

캐나다의 「형법전(Criminal Code)」 제7조는 국내법의 차원에서 형벌법규의 소급적용을 인정하는 것이다. 그와 같은 규정이 소급효금지의 원칙에 반하는 것은 아닌지가, 「형법전(Criminal Code)」 제7조가 발효된 직후에 이루어진 '핀타(Finta)-사건'에 대한 재판에서 문제되었다. '핀타(Finta)-사건'의 피고인이었던 Imre Finta는 원래는 헝가리인이었는데, 전후(戰後)에 캐나다로 도망해서 캐나다에 귀화한 자였다. 그 재판에서 문제된 피의사실은, 1944년 헝가리에서 8,617명의 유태인을 억류하고 강제수용소에 이송한 행위 등이었다. 그와 같은 행위가 캐나다의 「형법전(Criminal Code)」 제7조 제3.71항에서 말하는 인도(人道)에 반한 죄 및 전쟁범죄에 해당하는 것이라고 해서 기소된 것이었다. 피고인은, 캐나다의 「형법전(Criminal Code)」 제7조가 소급처벌규정이며 이를 적용하는 것은 캐나다 헌법의 일부를 이루는 1982년의 「권리 및 자유에 관한 캐나다 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)」 제7조가 정하고 있는 '기본적 정의(正義)의 원칙(principles of fundamental justice)'에 반하는 것이라고

주장했다. 즉, 피의사실에 해당되는 행위는 1945년에 비로소 범죄로서 확립된 것이기 때문에 피고인이 행한 바가 1944년의 시점(時點)에서는 아직 범죄가 아니므로 그것에 대해 「형법전(Criminal Code)」 제7조를 적용하는 것은 사후적(事後的)으로 범죄를 창설하는 것이 된다고 주장한 것이다.

캐나다 고등법원(High Court of Justice)은 1989년 7월 10일에 '핀타(Finta)-사건'에 대한 재판에서 「형법전(Criminal Code)」 제7조의 위헌무효확인을 구하는 피고인의 신청을 기각했다[178]. 법원은 형법의 소급적용(retroactive application)과 추행(追行)적용(retrospective)이 구별된다고 보았다. 즉, 소급적용(retroactive application)이란 법을 제정할 당시까지는 범죄로 되어 있지 않았던 행위를 두고서 법을 제정한 후의 시점(時點)에서 그것이 범죄였다고 소급적으로 간주하는 것을 말하는 반면에, 추행(追行)적용(retrospective)은 새로운 범죄를 창설하는 것이 아니라 기존 범죄의 법적 효과에 변경을 가하는 것에 불과하다는 것이다. 이를 전제로 해서 법원은, '핀타(Finta)-사건'의 경우, 「형법전(Criminal Code)」 제7조는 국외범에 대해 캐나다 법원의 관할권을 추행적(追行的)으로(retrospectively) 부여하는 작용을 하는 것일 뿐이라고 보았다. 아울러, 의회는 명시적 또는 묵시적 의사표시로써 추행적(追行的) 입법을 행할 권한을 가지고 있으며, '핀타(Finta)-사건'의 경우, 추행적(追行的) 입법이라고 하는 의회의 명시적 의사표시가 존재한다고 보았다. 법원은, 그와 같은 명시적 의사표시로서 「권리 및 자유에 관한 캐나다 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)」 제11조의 (g)를 제시했다. 「권리 및 자유에 관한 캐나다 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)」 제11조는 형사피고인의 권리를 보장하고 있는데, 같은 조의 (g)는, "작위 또는 부작위가 행해진 때에 그것이 캐나다 국내법 혹은 국제법 하에서 범죄에 해당되거나 또는 국제사회가 인정하는 법의 일반원칙에 따라 범죄로 인정되는 경우가 아니면 그것을 유죄로 할 수 없다"고 규정하고 있다. 그와 같은 규정은 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 및 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조로부터 도출되는 것인데, 인도(人道)에 반한 죄 등은 제2차 세계대전이 시작된 1939년까지도 이미 국제법 하에서 또는 국제사회가 인정하는 법의 일반원칙에 따라 범죄로 인식된 것이었던

178) Regina v. Finta, 82 I. L. R. 425 (1990).

점에 비추어[179], 법원은 '핀타(Finta)-사건'에서 「형법전(Criminal Code)」 제7조의 적용이 「권리 및 자유에 관한 캐나다 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)」에 위배되는 것은 아니라고 본 것이다.

'핀타(Finta)-사건'에 대한 재판은 국내법 규정의 소급적용의 문제와 관련해서, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제1항과 제2항의 관계 및 그것과 마찬가지로 볼 수 있는 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제1항과 제2항의 관계를 논하고 있는 것으로서도 의미가 있다. 그 각각의 제2항이 국제사회 및 문명국가에 의해 인정되는 법의 일반원칙에 따른 처벌의 가능성을 규정하고 있는 것은 IMT 등이 행사한 관할권의 합법성에 대한 문제제기에 대응하기 위한 것이었다. 즉, 국제법상의 범죄인 (광의의) 전쟁범죄에 대한 재판이 소급처벌에 해당되지 않는 점을 분명히 하기 위해, 그 점에서 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제1항 및 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제1항이 보장하고 있는 소급효의 금지에 저촉되지 않는 점을 분명히 하기 위해, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제2항 및 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항이 채용된 것이다[180]. 그런데 논리적으로 보면, 이미 각각의 제1항에 언급되어 있는 국제법상의 범죄를 구성하는 행위에 관해서는 그 실행 당시에 그 행위가 이미 범죄였던 것이 증명되면 그 처벌의 합법성이 인정될 수 있는 것이고, 그 한에서는 이미 그 각각의 제1항의 규정에 의하더라도 소급처벌의 문제는 생기지 않는다고도 볼 수 있다. 예컨대, '핀타(Finta)-사건'에 대한 판결이 말하고 있는 것처럼, 1944년 당시에도 인도(人道)에 반한 죄가 국제법상 범죄인 점이 인정되는 것이라면, 이에 대한 관할권을 국내 법원에 부여하는 국내입법을 사후적(事後的)으로 행한 것이 소급효금지의 원칙에 반하지는 않는다고 볼 수 있는 것이다.

---

179) Ibid., p.432 이하.

180) Robertson & Merrills, Human Rights in Europe – A Study of the European Convention on Human Rights, 3rd ed., 1993, p.125.

5. 형법상 소급효금지의 의의 및 이에 관한 해석론

가. 형법상 소급효금지의 의의

(1) 소급효금지의 개념적 이해 – 법치주의 및 권력분립의 관점

소급효금지의 원칙은 형법상 죄형법정주의의 내용을 이루는 것으로서, 앞서 언급한 것처럼 「대한민국헌법」 제13조 제1항 및 「형법」 제1조 제1항이 천명하고 있는 것이다. 즉, 형벌법규는 그 시행 이후의 행위에 대해서만 적용되고 그 이전에 이루어진 행위에까지 소급해서 적용되지는 않는다는 것이다. 이는 대체로 말해서 법적 안정성과 법에 대한 예측가능성을 담보하는 기능을 수행하는 것이다[181]. 행위 당시에 범죄가 되지 않는다고 신뢰한 행위자를 처벌하거나 혹은 행위자가 예측한 것보다 불리한 처벌을 한다면, 법에 대한 시민의 신뢰와 그 행동의 자유는 보장될 수 없기 때문이다. 그 점에서 소급효금지의 원칙은 법치주의의 원리를 바탕으로 하는 것이라고 볼 수 있다[182].

소급효금지의 원칙은 이른바 형법적 과거청산과 관련해서도 중요한 의미를 가진다고 한다. 즉, "사회의 이목이 집중된 구체제의 불법의 경우 여론의 불만을 잠재우기 위한 정치적 고려에서 소급적으로 형벌을 가하거나 행위시보다 높은 형량을 가하려고 하는 경향"이 있는바, 이는 "시민에게 불리한 방향으로의 부당한 사후입법"으로서, 법치주의의 원리에 반한다는 것이다[183]. 그런데 소급효금지의 원칙이 터 잡고 있는 법치주의의 원리를 법에 대한 시민 개개인의 주관적인 신뢰 보호의 관점에서 이해하는 입장에서는, 이른바 형법적 과거청산을 목적으로 하는 사후(事後)입법에 있어서 소급효의 금지가 '법치국가의 정상성(正常性)(rechtsstaatliche Normalität)'에 대한 시민 개개인의 주관적인 신뢰와의 관계에서는 제한적인 것이라고 한다[184].

소급효금지의 원칙이 바탕으로 삼고 있는 법치주의의 원리는 권력분립의 원칙과도 맞닿아 있는 것으로 설명된다. 권력분립의 원칙이 터 잡고 있는 사회계약설에 따르면,

---

181) 김성돈, "공소시효제도와 소급효금지원칙", 경북대학교 법학논고 제11집, 1995, 184면 이하.
182) 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 04-33, 2004, 71면 이하.
183) 김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 刑事政策 제25권 제2호, 2013, 155면.
184) Schlink, 'Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit', in: Neue Justiz, 1994, p.433 이하.

사회의 구성원들은 그 공존을 위해 사회계약을 통해 그 자연적 권리에 대한 규제를 사회에 이양한바 그 규제의 필요성은 오로지 그들의 대표기관인 입법자에 의해서만 결정될 수 있다. 이는, 개인의 권리와 자유의 제한이 오로지 법에 의해서만 가능하다는 것으로서, 권력자의 자의(恣意)로부터 시민의 권리와 자유를 보호하고자 하는 것이며, 특히 권력자의 정치적 도구로서 기능하는 법원의 자의(恣意)로부터 시민의 권리와 자유를 보호하고자 하는 것이다[185]. 이를 소급효금지의 원칙과 관련해서 설명하는 입장 가운데에는, "추상적이고 일반적인 법률의 규정은 입법자에게, 구체적이고 개별적인 사안에 대한 판단은 법관에게 위임되어" 있는바 "소급적 입법은 입법의 형태를 띄지만 사실은 구체적 사안을 겨냥하고 있기 때문에 사법부의 영역에 대한 입법자의 침해를 결과하게 된다"고 보는 것이 있다[186]. 그런데 권력분립의 원칙이 어디까지나 국민의 자유와 권리를 국가권력의 남용으로부터 보호하려는 것이고, 근대입헌주의 헌법의 본질적 요소 내지 기본원리로서 기능하는 것인 점에서, 이를 일반적으로 소급효금지의 원칙과 연결시키는 것은 논리적 비약으로 보일 여지가 있다. 즉, 죄형법정주의의 내용을 이루는 소급효금지의 원칙은 법치주의의 내용을 이루는 소급입법금지의 문제와는 구별될 필요가 있는 것이다.

(2) 소급효와 구별되는 개념으로서의 소급입법

소급효금지의 원칙에 비추어보면, 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대해 소급해서 그 시효를 정지하거나 배제하는 내용의 법률은 위헌이라고 판단될 여지가 있다. 이는 법률불소급의 원칙이 단지 형벌법규뿐만 아니라 범죄의 성립과 처벌에 관한 일체의 법률에 적용된다고 보는 것이다. 그와는 달리, 죄형법정주의는 범죄의 구성 여부에 관한 실체법적 규제원리이지 소송법적 사항을 그 적용의 대상으로 하는 것이 아닌 점에서, 공소시효를 정지·연장·배제하는 것이 죄형법정주의의 내용을 이루는 소급효금지의 원칙에 반하는 것은 아니라고 보는 입장도 있다. 이는 공소시효의 법적 성격에 관해 이를 순수한 소송요건으로 파악하는 〈소송법설〉[187]을 전제로 하는 것이다. 그와

185) Krey, Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege", 1983, p.55.

186) 김동률, '체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리', 刑事政策, 제25권 제2호 (2013), p.156 이하.

187) 공소시효의 존재이유는, 시간의 경과에 따른 사실관계를 존중해서 사회와 개인생활의 안정을

같은 입장에서는 공소시효를 사후적으로 정지·연장·배제하는 내용의 법률은 법치국가의 일반원칙인 소급입법금지의 원칙에 의해 규제되는 것이라고 한다. 그런데 소급입법금지의 원칙은 법적 안정성의 이념을 추구하는 것으로서, 절대적인 것은 아니라고 한다. 즉, 구체적인 사안에 따라 입법의 목적과 이에 의해 침해되는 신뢰보호이익을 비교형량해서 소급입법이 허용되기도 한다는 것이다[188].

헌법재판소는 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조[189]의 위헌 여부와 관련해

도모하고, 형벌부과의 적정을 기하는 데에 있다고 설명된다. 그런데 공소시효의 본질에 관해서는 기본적으로 〈실체법설〉과 〈소송법설〉이 대립하고 있는바, 양자(兩者)는 사실상의 공소시효 정지사유의 인정 여부 등과 더불어 공소시효의 정지에 관한 규정의 유추적용 인정 여부에 관해 차이를 나타낸다. 〈실체법설〉은, 시간의 경과에 따라 사회의 응보감정 또는 범인의 악성이 소멸되는 점에서 형벌권을 소멸시키는 것이 공소시효제도라고 보는 것이다. 그와 같은 관점에서, 형벌권의 소멸이 소송에 반영되어 실체재판을 저지하는 소송법적 효과를 가진다고 보는 것이다. 이에 따르면, 법률상 인정된 공소시효 정지사유가 아닌 사실상의 공소시효 정지사유는 인정되지 않으며, 공소시효의 정지에 관한 규정의 유추적용은 금지된다. 그와는 달리, 〈소송법설〉은 공소시효제도가 형벌권과는 관계없이 시간의 경과에 따라 증거가 산일되는 점을 고려해서 국가의 소추권을 억제하는 소송법적 성격을 가지는 것이라고 보는 입장이다. 그와 같은 관점에서, 공소시효의 완성은 소송조건이 된다고 보는 것이다. 이에 따르면, 법률상 인정된 공소시효 정지사유가 아닌 사실상의 공소시효 정지사유도 인정되고, 공소시효의 정지에 관한 규정의 유추적용도 인정된다. 헌법재판소는 "공소시효제도의 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 갖고 있는 것이어서, 그 예외로서 시효가 정지되는 경우는 특별히 법률로서 명문으로 규정되어 있지 아니한 경우 다른 제도인 형사소송법상의 재정신청에 관한 규정을 유추적용하여 공소시효의 정지를 인정하는 것은 피의자의 법적 지위의 안정을 법률상 근거없이 침해하는 것이 되므로 헌법소원사건이 심판에 회부된 경우라고 하더라도 심판대상인 피의사실에 대한 공소시효는 정지되지 아니한다" 고 판시한 점에서(헌재 1993. 9. 27. 92헌마284), 공소시효의 본질에 관해 〈실체법설〉을 취하고 있는 것으로 이해된다(이창현, 형사소송법(제6판), 정독, 2020, 595면). 그런데 이에 대해서는, 〈실체법설〉은 공소시효가 완성된 경우에 면소판결을 하도록 규정하고 있는 「형사소송법」에 상응하지 않는 점에서 타당하지 않다고 보는 입장(예컨대, 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법(제2판), 홍문사, 2016, 261면.)도 유력하다.

188) 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 04-33, 2004, 74면 이하; 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002, 6, 8면 이하. 또한, 이창섭, "공소시효 정지·연장·배제조항과 부진정소급효", 제65권 제9호 통권 제720호, 2016. 12, 608면 이하; 이호중, "반인권적 국가범죄의 공소시효 배제와 소급효", 민주법학 통권 30호, 2006, 116면 이하 참조.

189) 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조는 '공소시효의 정지'에 관해, "1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」 제2조의 헌정질서 파괴범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다."고 규정하고 있다. 그 법률 제정 당시의 제2조는 "① 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특례법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다. ② 제1항에서 "국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간"이라 함은 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간을 말한다."고 규정하고 있었다.

서, "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"는 결정을 내렸다[190]. 즉, 「대한민국헌법」 제12조 제1항 후단과 제13조 제1항 전단은 죄형법정주의 내지 그 파생원칙으로서의 형벌불소급의 원칙을 규정하고 있는바, 이는 '가벌성'에 관한 것으로서, 소추가능성에만 연관될 뿐이고 가벌성에는 영향을 미치지 않는 공소시효에 관한 사항은 원칙적으로 그 적용범위에 포함되지 않는다는 것이다.

헌법재판소는 소급입법에 관해 이를 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분해서 취급하고 있다. 진정소급입법이란 이미 과거에 법적 효과가 종료된 사실을 법적 규제의 대상으로 삼아 그것에 사후법(事後法)의 효력을 미치게 하는 입법방식을 말하는 한편, 부진정소급입법이란 과거에 발생한 사실이지만 그 법적 효과가 아직 종료되지 않은 것을 법적 규제의 대상으로 삼아 그것에 사후법(事後法)의 효력을 미치게 하는 입법형식을 말한다. 헌법재판소에 따르면, 진정소급입법은 원칙적으로는 금지되지만, 공익적 필요가 개인의 신뢰보호에 우월하는 특단의 사정이 있는 때에 한해서 예외적으로 허용된다[191]. 즉, "기존의 법에 의하여 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것을 내용으로 하는 진정소급입법은 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 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다"[192]는 것이다. 이는 독일의 판례를 참고한 것으로서, 독일의 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)도 진정소급입법이 예외적으로 허용되는 상황이 있는 점을 밝히고 있다[193]. 한편, 헌법재판소는, 부진정소급입법에 있어서는 특별한 사정이 없는

190) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2 등.
191) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 1996. 2. 16. 96헌가2; 1998. 9. 30. 97헌바38.
192) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2.
193) BVerfG, 19.12.1961 - 2 BvL 6/59. 이에 관해서는, 이부하, "헌법상 소급효금지의 원칙과 예외: 독일 연방헌법재판소 판례를 분석하며", 세계헌법연구 제17권 제1호, 2011, 6면 이하 및

한 구법(舊法) 상의 기대이익을 존중해야 할 의무가 발생하지는 않는 점에서 그것이 헌법상 금지되는 것이 아니지만, 그 경우에도 법치국가의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 반하는 것인지의 여부가 검토될 필요가 있다고 한다[194].

헌법재판소에 따르면, 앞서 살펴본 것처럼, 소급입법이 일반적으로 허용되는 것은 아니지만 그렇다고 해서 절대적으로 금지되는 것도 아니다. 특히 상당기간 계속되는 행위에 있어서는, 그것이 개시된 시점(時點)의 법령(구법(舊法)과 행위의 계속 중에 성립된 법령(신법(新法)이 상이한 경우에, 구법(舊法) 하에서의 법적 상태에 대한 신뢰의 보호보다도 신법(新法)을 통해 달성하고자 하는 공익이 가치적으로 우월한 경우에는 신법(新法)의 적용을 받게 되는 것이다. 그와 같이, 소급입법금지의 원칙이 터 잡고 있는 법치주의의 원리에는 법적 안정성의 이념 내지 신뢰보호의 필요성뿐만 아니라 '실체적 정의(正義)의 요청'도 포함되어 있는 점에서, 소급입법이 예외 없이 항상 금지되는 것은 아니며, 당사자의 신뢰도 헌법상의 아무런 예외 없이 보호되어야만 하는 것은 아니라는 것이다. 요컨대, 어떤 경우에 소급입법이 허용되는 것인지의 문제는 법치주의의 원리에 비추어 구체적이고 개별적인 비교형량을 통해서 해결될 수밖에 없는 것이다[195].

나. 소급효금지의 원칙에 대한 제한적 해석론

(1) 구(舊) 동독 국경수비대의 총격행위에 대한 독일 법원의 판단

독일에서는 이른바 '과거사의 극복'에 관한 법률적 논의[196]와 관련해서, '국가권력을 배경으로 한 범죄(국가에 의해 강화된 범죄)'가 특권을 누리고 있는 점, 즉 많은 경우 처벌에 이르지 않거나, 처벌에 이르더라도 그것이 제한적인 점이 지적되었다[197]. 그와 같은 상황을 타파하기 위해서는, 형법의 기본원칙 내지 처벌에 관해, 국가권력을

이부하, "소급입법의 구분과 새로운 소급효 개념", 공법연구 제40권 제2호, 2011, 319면 이하.

194) 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12 참조.

195) 양미향, "遡及立法禁止原則과 그 許容限界", 법제 제523호, 2001. 7, 52면.

196) Klein, 'Probleme verfassungsrechtlicher Aufarbeitung der SED-Diktatur und ihrer Folgen', in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Materialien der Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit" (13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages), Band Ⅱ/2, 1999, p.930 이하.

197) Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, p.82 이하.

배경으로 하는 범죄에는 기타의 범죄와는 다른 원리가 적용되어야 할 것이라는 점이 제시되었다[198]. 그와 같은 관점의 예로서, 국가권력을 배경으로 하는 범죄에 관해서는 소급효금지의 원칙을 완화해서라도 이를 처벌하고자 한 것을 들 수 있다.

라드브루흐(Radbruch)는, 그가 경험한 국가사회주의 체제 하에서 자행된 이른바 체제범죄(정권 내지 국가 차원의 인권침해행위)에 대한 소급처벌의 가능성과 관련해서, 법적 안정성과 정의(正義)의 관계를 다음과 같이 공식화했다.

> "규정과 권력에 의해 보장된 실정법은 비록 그 내용이 부정의하고 합목적적이지 못하다 하더라도 일단 우선권을 갖는다. 그러나 실정법의 정의에 대한 위반이 참을 수 없는(unerträglich) 정도에 이르면 부정당한 법인 이 법률은 정의에 자리를 내주어야 한다."[199]

라드브루흐(Radbruch)의 그와 같은 공식에서 말하는 정의(正義)는, 그에 따르면, "übegesetzliches Recht"로 표현되는데, 이는 대체로 말해서 '초(超)실정법' 내지 '자연법'의 의미로 이해될 수 있다[200]. 라드브루흐(Radbruch)의 그와 같은 공식은 구(舊) 동독 체제 하에서 자행된 불법에 대한 재판, 특히 국경수비대의 총격행위에 대한 판결[201]에서 원용되었다. 즉, 구(舊) 동독 국경수비대의 총격행위에 관해서는 당시 동독 법상의 정당화사유가 존재했는데도 통일 후에 서독법의 연장적용을 통해 그 총격행위를 처벌하는 것이 결과적으로는 사후법(事後法)을 소급적용하는 것이 되는 점과 관련해서, 베를린 지방법원(Landgericht)은, 그 총격행위에 대한 구(舊) 동독의 「국경법(Grenzgesetz)」이 규정한 정당화사유는 법(정의(正義))의 핵심영역을 침해하는 것으로서 존중될 수 없고, 그러한 규정에 대한 복종은 거부되어야 한다고 판시한 것이다[202]. 그와 같이 베를린 지방법원(Landgericht)이 라드브루흐(Radbruch)의 공식 내지 자연법

198) Ibid., p.79 이하.
199) Radbruch, 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', in: Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, p.107(김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 刑事政策 제25권 제2호, 2013, 159면. 이하에서 재인용).
200) 김동률, '체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리', 刑事政策, 제25권 제2호, 2013, 160면.
201) LG Berlin, 20.01.1992 - 2 Js 48/90.
202) 김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 刑事政策 제25권 제2호, 2013, 161면.

적 사고(思考)에 기초해서 행위 당시의 실정법을 배제하고, 피고인의 입장에서 보면 사후법(事後法)이 소급적으로 적용되는 것을 인정함으로써 피고인에게 유죄의 판결을 선고한 것에 대해서는 상당한 비판이 있었다[203]. 그와 같은 상황에서 독일의 연방대법원(Bundesgerichtshof)과 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는 구(舊) 동독 법률의 인권친화적 해석을 통해 그것이 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다고 판시한 한편, 국제법의 원리를 통해 소급효금지의 원칙을 제한적으로 해석했다[204].

구(舊) 동독의 「국경법(Grenzgesetz)」이 규정한 정당화사유와 관련해서, 독일의 연방대법원(Bundesgerichtshof) 및 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는, 구(舊) 동독 국경수비대의 총격행위 당시에 존재한 동독법상의 정당화사유에 관한 규정은 어디까지나 생명의 보호를 우위에 두는 비례성원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip)에 기초한 것이라고 해석했다. 즉, 연속적 사격은 살인의 미필적 고의를 표현하는 행위로서, 이는 그와 같은 해석론 하에서는 그 규정에 의해 면책되지 않는 것이라고 본 것이다. 그와 같이 보면, 구(舊) 동독 국경수비대의 총격행위는 당시의 법률에 의하더라도 처벌의 대상이 되므로 이를 처벌하는 것이 소급효금지의 원칙에 반하지는 않는다는 것이다.

독일의 연방대법원(Bundesgerichtshof) 및 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는, 라드브루흐(Radbruch)의 공식이 말하는, '정의(正義)에 대한 실정법의 위반이 참을 수 없는(unerträglich) 정도에 이른 경우'를 판단함에 있어서 1948년의 「세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)」과 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 및 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」이 그 척도가 된다고 보았다. 즉, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항 및 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제2항에 따르면, 소급효금지의 원칙은 일반적으로 승인된 국제법에 따라 처벌할 수 있는 행위에 대해서는 배제될 수 있다는 것이다[205].

---

203) 예컨대, Hruschka, 'Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht – Zu dem unten abgedruckten Urteil des LG Berlin vom 20. 1. 1992, in: JuristenZeitung, 1992, p.665 이하 등.

204) BGH, 03.11.1992 - 5 StR 370/92; BGH, 25.03.1993 - 5 StR 418/92; BGH, 26.07.1994 - 5 StR 167/94; BVerfG, 24.10.1996 - 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1852/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1853/94.

(2) 법치주의의 원리 및 권력분립의 원칙에 비추어본 제한적 해석론

소급효금지의 원칙은 그 이념적 바탕이 되는 법치주의의 원리에 비추어 제한적으로 해석될 여지가 있다. 즉, 소급효금지의 원칙은 국가의 자의적(恣意的)인 형벌권 행사로부터 시민을 보호하는 것인데, 그 기초가 되는 법치주의의 원리에 비추어보면, 공권력이 그 주체가 되거나 국가적 차원에서 자행된 범죄는 애초에 그 적용대상이 아니라는 것이다[206]. 나우케(Naucke)에 따르면, 이른바 체제범죄자와 같이, 행위 당시에 처벌규정이 존재했음에도 그에 따른 처벌을 면하는 현실적 여건을 조성함으로써 자신이나 그 조력자를 처벌규정으로부터 보호할 수 있는 권력을 가진 자는 소급효금지의 적용대상이 될 수 없다[207]. 그와 같은 사고방식이 독일에서는 유력한 지위를 점하고 있다고 한다. 예컨대, 소급효금지의 원칙은 국가의 자의(恣意)로부터 시민을 보호하기 위한 법원칙이지 결코 불법체제[208]와 그 지배자를 보호하기 위한 것은 아니라고 하거나, 그 원칙은 어디까지나 억압적인 법에 대항하는 시민의 보루라고 하는 것이다[209]. 이에 대해서는, 불법체제의 지배자도 체제가 전복된 후에는 시민의 일원이 되는 점에서 소급효금지의 보호대상이 된다고 보는 입장[210]이 있지만, 이는 불법행위 당시에 그 행위자가 권력자로서 법의 수범자인 일반시민의 반대편에 서서 법 위에 군림한 자인 점을 간과한 것이라는 비판[211]을 받는다[212].

---

205) 김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 刑事政策 제25권 제2호, 2013, 161면 이하.

206) Grünwald, 'Zur verfassungsrechtlichen. Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften', in: Monatsschrift für Deutsches Recht, 1965, p.521 이하; Naucke, 'Rechtspolitische Vorentscheidungen bei der Diskussion einer Verlängerung von Verjährungsfristen für NS-Verbrechen', in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 1969, p.10.

207) Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, p.57.

208) 불법체제 내지 불법국가의 개념에 관해서는, 김동률·최성진, "체제불법의 형법적 과거청산의 당위성에 대한 연구 – 통일 후 구동독 체제에 대한 청산과정에서의 논의를 중심으로 –", 東亞法學 第66號, 2015, 460면 이하. 또한, 체제불법의 연속성에 관해서는, 김성천, "형법에 의한 체제불법 청산", 형사법연구 제14권 제4호 2000, 279면 이하.

209) 김동률, '체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리', 刑事政策, 제25권 제2호, 2013, 170면 이하 참조.

210) Lüderssen, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992, p.67.

211) Schünemann, 'Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik Deutschland nach der Wiedervereinigung', in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung; Deutsche Wiedervereinigung Bd.Ⅱ, 1993, p.181.

212) 김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 刑事政策 제25권 제2호, 2013, 171면.

소급효금지의 원칙에 관한 제한적 해석론은 그 사상적 기초와 관련이 있는 권력분립의 원칙에 비추어보더라도 일리를 가지는 것이다. 권력분립의 원칙은 국가의 권력을 입법·사법(司法)·행정에 분담시켜 상호간의 견제와 균형을 유지함으로써 국민의 자유와 권리를 국가권력의 남용으로부터 보호하려는 것이다. 그와 같이 보면, 소수가 국가의 모든 권력을 독점하고 있는 불법체제 하에서 이를 이용해서 행해진 범죄의 경우에는, 소급효금지의 원칙이 터 잡고 있는 권력분립의 원칙이 애초에 전제되어 있지 않았던 점에서 소급효금지의 보호를 받을 수 없다는 것이다[213]. 소급효금지의 원칙을 내용으로 하는 죄형법정주의가 통치권의 정상적 존재를 전제로 해서 정립된 원칙인 점에서, 개인의 자유와 인권을 보장하기 위해 존재하는 국가가 오히려 그것을 박탈하거나 강압적으로 통치권을 행사하는 체제 하에서 자행된 반인륜적 행위에 대해서는 소급효를 인정할 수 있다고 보는 입장[214]도 마찬가지의 맥락에서 이해될 수 있다.

법치주의의 원리 및 권력분립의 원칙에 기초해서 소급효금지의 원칙을 제한적으로 해석하는 입장에서는 국가권력자가 소급효금지의 원칙을 원용하는 것을 부정적으로 평가한다. 소급효금지의 원칙이 국가권력으로부터 시민을 보호할 목적으로 주장되는 경우에는 절대적으로 존중되어야 하지만, 국가권력자가 소급효금지의 원칙을 원용해서 형사법상의 특권을 향유하는 것은 부당하다는 것이다. 즉, 지배자의 권력행사로부터 피(被)지배자를 보호하기 위해 마련된 법적 장치를 지배자 자신이 이용하는 것은 허용되지 않는다고 보는 것이다[215].

(3) 일반예방주의에 비추어본 제한적 해석론

일반예방주의는 형벌이 일반적으로, 즉 사회구성원 전체를 대상으로 범죄를 예방하는 기능을 발휘한다고 보는 것이다. 형벌의 예고 및 부과는 범죄를 저지르지 말라는 경고로서 작용한다. 일반예방주의는 그와 같은 위하가 사회구성원 전체에 대해 범죄의 억제를 심리적으로 강제하는 기능을 발휘한다고 보는 것이다. 주지하는 것처럼,

213) 김동률, 위의 글, 171면 참조.
214) 허일태, "권위주의시대의 반인륜적 범죄행위와 소급효금지원칙", 東亞法學 第31號, 2002, 108면 이하.
215) Welke, 'Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität', in: Kritische Justiz, 1995, p.377 이하.

독일의 형법학자 포이에르바흐(Feuerbach)는, 인간은 쾌락과 고통을 비교해서 취사선택할 수 있는 이성적 존재인 점에서, 범죄를 통해 얻게 될 이익보다 그 대가(代價)로서의 불이익이 더 큰 것이라는 점을 예고하는 방식으로 그 심리를 강제함으로써 범죄를 방지할 수 있다고 보았다. 그와 같은 심리강제설에 따르면, 범죄의 예방을 위해서는 그것에 대한 대가(代價)로서의 형벌을 사회구성원들이 미리 알 수 있도록 하는 것이 바람직하며, 그 점에서 일반예방주의는 죄형법정주의 내지 소급효금지의 원칙과 맞닿아 있는 것이라고 볼 수 있다. 그런데 형벌의 일반예방적 기능이 유효하기 위해서는, 불법체제 하에서 그 권력을 남용해서 죄를 범한 자가 소급효금지의 보호 아래 면죄부를 얻는 것은 오히려 바람직하지 않다고 할 것이다. 오히려 그 체제가 전복된 후에는 반드시 직면하게 될 처벌의 위하가 그러한 범죄를 억지할 수 있는 경우에 비로소 형벌의 일반예방적 기능이 발휘되는 것이다. 그와 같이 보면, 불법체제 하에서 그 권력을 남용해서 죄를 범한 자에게는 소급효금지의 보호를 부여하지 않는 것이 일반예방주의에 부합한다고 볼 수 있다[216].

6. 판례의 변경과 소급효

독일에서는 이른바 체제범죄의 처벌과 관련해서, 소급효금지의 원칙과는 별개로 생각되는 판례의 변경을 통해 해결책을 모색하는 시도가 있었다. 즉, 체제붕괴 후에 새로운 체제 하에서 행해지는 재판은 소급효를 인정하는 것이 아니라 판례의 변경에 해당된다고 보는 것이다. 그와 같은 사고방식이 이른바 형법적 과거청산의 과정에서 중요한 의미를 가지게 되는 것은, "불법체제 내의 불법행위들이란 많은 경우 부당한 법률 자체에서 비롯되기 보다는 이미 존재하는 실정법을 부당하게 해석하고 조작하는 과정에서 발생하기 때문"이라고 한다[217]. 즉, 불법체제 하에서도 정당한 법이 존재하기는 하지만 그것이 권력자에 의해 무시되는 현실 속에서 불법행위가 이루어진 경우에는, 체제가 붕괴된 후에 당시의 법에 따른 정당한 판결은 말하자면 판례의 변경에 해당되는 것이고 소급효금지의 원칙에 저촉되는 것이 아니라는 것이다[218].

---

216) 김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 刑事政策 제25권 제2호, 2013, 171면 이하 참조.
217) 김동률, 위의 글, 172면.
218) 김동률, 위의 글, 172면 이하 참조.

소급적용의 가능성을 판례의 변경이라는 형식을 통해 제시하는 입장이 나름대로의 의미를 가지는 것이기는 하지만, 그와 같은 방법론에 대해서는 의문이 제기될 여지도 있다[219]. 예컨대, 미국에서는 이른바 판례의 '불소급적 변경(prospective overruling)'의 요청이 확립되어 있다[220]. 이는, 판례의 변경에 관해서도 그 변경이 피고인에게 불이익을 미치는 경우에는 그 판례변경의 효력은 장래의 사건에 대해서만 미치고 당해 사건의 피고인에게는 미치지 않는다는 것이다. 즉, 선례를 변경하는 형태로 제시된 새로운 준칙은 당해 사건에 관해서는 적용되지 않고, 법원이 장래 동종의 사건을 재판함에 있어서, 그 판결 가운데에 방론(傍論)으로서 제시한 새로운 입장에 따라 판단하는 취지를 밝히는 것이다. 다만, 판례의 '불소급적 변경(prospective overruling)'의 원칙이 우리나라에서도 채용되어 있다고 보기는 어렵다. 즉, 대법원은 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 아니었던 행위를 판례의 변경에 따라 처벌하는 것이 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반하는지의 여부에 관해, "형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다"고 판시한 바 있다[221].

7. 국제법규범의 국내적 수용 및 적용

가. 국제법규범의 국내적 수용 – 이른바 체제범죄의 처벌에 관한 헌법개정론

독일에서는 1990년 통일조약(Einigungsvertrag)을 체결할 당시 독일의 「기본법(Grudngesetz)」에 이른바 체제범죄의 처벌을 위해 소급효금지의 원칙에 대한 예외를

219) 이에 관해서는, 조기영, "판례변경과 소급효금지의 원칙", 동북아법연구 Vol.11 No.1, 2017, 129면 이하.

220) Treanor & Sperling, 'Prospective Overruling and the Revival of 'Unconstitutional' Statutes', in: Columbia Law Review, Vol.93 (1993), p.1908 이하.

221) 대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결.

두는 것에 관한 논의가 있었다[222]. 그와 같이 헌법적 차원에서 소급효금지의 원칙에 대한 예외를 인정하는 방안과 관련해서는 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항 및 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 제2항의 규정이 착안점으로서 제시된다. 앞서 살펴본 것처럼, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조와 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조는 형식과 내용에 있어서 대체로 동일한 규정이라고 볼 수 있다. 즉, 양자(兩者)는 공히, 행위 당시에 문명국가 내지 국제사회에 의해 승인된 법의 일반원칙에 따라 범죄를 구성하는 행위에 대해서는 사후(事後)에 제정된 (국내)법을 적용해서 그 행위자를 처벌할 수 있다고 보는 것이다. 이른바 체제범죄의 처벌과 관련해서 제기되는 소급효금지의 문제를 헌법적 차원에서 – 그 개정을 통해 – 해결하는 것이 방법론적으로 의미를 가지는 이유로서는, 앞서 살펴본 것과 같이 판례의 변경이라는 명칭 하에 우회적으로 소급효를 인정하는 것에 비해 법적 명확성을 기할 수 있는 점, 그 점에서 또한 권력분립의 원칙을 유지할 수 있는 점과 더불어, 무엇보다도 헌법을 개정하는 과정에서 이른바 체제범죄의 처벌에 대한 사회적 합의를 이끌어낼 수 있는 점 등이 제시된다[223].

우리나라에서도, 이른바 체제범죄의 형법적 청산에 있어서 소급효금지의 원칙을 극복하는 방안으로서 헌법개정의 가능성 내지 유용성을 제시하는 입장[224]이 있다. 즉, 「대한민국헌법」 제13조 1항에 소급효금지의 원칙에 대한 예외상황과 이에 관한 법률유보조항을 두는 것이다[225].

나. 국제법규범의 국내적 적용 – 「대한민국헌법」 제6조 제1항의 해석론

「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항 및 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political

222) Schünemann, 'Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten', in: Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, p.683 참조.
223) Dreier, 'Gustav Radbruch und die Mauerschützen', in: JuristenZeitung, 1997, p.421 이하.
224) 김동률, "체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리", 刑事政策 제25권 제2호, 2013, 166면 이하.
225) 김동률, 위의 글, 169면.

Rights)」 제15조 제2항의 해석론과 더불어 국제조약의 헌법적 지위에 관한 해석론에 비추어보면, 현재로서도 우리 헌법이, 행위 당시에 문명국가 내지 국제사회에 의해 승인된 법의 일반원칙에 따라 범죄를 구성하는 행위에 대해 사후(事後)에 제정된 국내법에 근거해서 그 행위자를 처벌하는 것을 불허하는 것은 아니라고 볼 수 있다. 여러 외국의 헌법과 마찬가지로 우리의 헌법도 「세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)」, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 및 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 등이 정하고 있는 인권규범에 상응하는 다수의 규정을 이미 포함하고 있으며, 그와 같은 국제법규범의 공유는 국내의 사법기관으로 하여금 헌법 및 법률의 규정을 해석함에 있어 국제법의 법리 및 국제사법기구에 의해 확인된 원칙을 적용할 수 있게 하는 실체적 기반을 제공하는 것이다[226]. 그리고 조약 및 국제법규의 국내법적 지위에 관한 헌법조항은 국제법규범이 국내 법원에서 적용될 수 있도록 하는 절차적 장치로서의 기능을 수행하는 것이다. 즉, 「대한민국헌법」 제6조 제1항은, "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다"고 규정함으로써 국제법의 국내적 적용가능성을 밝히고 있다. 이는, 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 자동적으로 국내에 수용되는 점을 인정하고 있는 동시에, 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가지고 있는 점을 인정하고 있는 것이다[227].

「대한민국헌법」 제6조 제1항에서 말하는 "일반적으로 승인된 국제법규"의 의미에 관해서는 견해의 차이가 있다. 독일에서는 대체로 그것이 국제관습법을 의미하는 것으로 이해하고 있다[228]. 즉, '국제법의 일반원칙'이란 대다수의 국가들에 의해 구속력 있는 것으로 승인된 규범을 말하고, 여기에는 관습법 및 문명국가에 의해 일반적으로 승인된 원칙이 포함된다는 것이다[229]. 우리나라의 경우 다수의 헌법학자들은 "일반적

226) 국제인권법연구회, 국제인권법과 사법, 2014, 27면 참조.
227) 성재호, "조약과 일반적으로 승인된 국제법규 – 헌법 제6조 1항 해석에 대한 국제법적 검토 –", 美國憲法硏究 第28卷 第1號, 2017, 138면.
228) 성재호, "조약과 일반적으로 승인된 국제법규 – 헌법 제6조 1항 해석에 대한 국제법적 검토 –", 美國憲法硏究 第28卷 第1號, 2017, 117면.
229) Breitenmoser & Wildhaber, 'The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries', in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 48 (1988), p.

으로 승인된 국제법규"에 '국제관습법'과 더불어 '우리나라가 체약당사국이 아닌 조약이라도 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 것'도 포함된다는 입장을 취하고 있는데[230], 국제법의 관점에서는, "일반적으로 승인된 국제법규"가 국제법의 일반원칙과 국제관습법을 가리키는 것이고, 그와 같은 의미에서의 "일반적으로 승인된 국제법규"는 국내에서의 입법행위 없이 자동적으로 국내법에 수용된다는 견해가 피력된다[231]. 특히 국제인권조약의 국내적 적용에 관해서도, 그것이 국회의 동의를 받는 경우 법률과 동일한 효력을 가지게 되고, 조약을 체결하면 당사국은 이를 준수해야 할 국제법적 의무를 지게 되는 점에서, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」에 가입한 우리나라로서는 그 조약의 내용을 국내에서 실현해야 하고 그와 같은 의무는 국가기관 모두에게 주어져 있다고 한다. 즉, 인권조약은 법률과 동일한 효력을 가지는 것으로서, 인권조약에의 가입은 인권법의 제정과 같은 효과를 발생케 하는 것이고, 이에 따라 그것은 국내법원에서 재판규범으로 작용하게 된다는 것이다[232]. 나아가, 「대한민국헌법」 제6조 제1항은 그와 같은 국제법상의 의무이행을 규범화하고 있는 것이므로, 국제인권규범의 위반은 국제법상의 의무를 위반하는 것일 뿐만 아니라 「대한민국헌법」 제6조의 위반이 된다고 한다[233]. 그와 같이 국제법의 국내적 적용은 대체로 편입(incorporation)의 형태로 이해되는데[234], 국제법의 국내적 적용에 있어서는 가급적 국제법과 국내법의 충돌을 피하면서도 국제법이 부여하고 있는 의무와 권리를 국내법 질서에 충분히 구현하는 것이 바람직한 것은 물론이다[235].

---

230) 성재호, "조약과 일반적으로 승인된 국제법규 – 헌법 제6조 1항 해석에 대한 국제법적 검토 –", 美國憲法硏究 第28卷 第1號, 2017, 117면

231) 성재호, 위의 글, 121면 이하.

232) 전종익, "헌법재판소의 국제인권조약 적용", 저스티스 통권 제170-2호, 2019, 513면.

233) 전종익, 위의 글, 534면.

234) 조약 및 국제관습법의 국내적 적용에 있어서 그 절차를 변형(transformation)의 방식으로 이해하는 입장도 있지만 편입(incorporation)의 방식으로 이해하는 입장이 우세하다고 한다. 이는, 국제관습법이 의회나 법원의 개입 없이 자동적으로(automatically) 국내법의 일부를 형성하고 국민에게 권리와 의무를 부과하는 근거가 된다는 것이다. 즉, 국제관습법은 헌법 또는 국내법 질서에 의한 일반적 수권(授權)에 근거해서 자동적이고 포괄적으로 (en bloc) 국내법의 일부가 되고 집행가능한 것으로 간주된다는 것이다(최태현·이재민, 국제법(조약, 관습법)의 국내적 적용체계에 관한 연구, 법제처 연구용역, 2007, 13면 이하).

235) 최태현·이재민, 국제법(조약, 관습법)의 국내적 적용체계에 관한 연구, 법제처 연구용역, 2007, 13면.

제2절 | 공소시효의 문제

1. 문제의 소재

국제사회는 국가 차원에서 자행된 인권에 대한 중대하고 심각한 침해행위 중 일부 유형을 '인도에 반한 죄(Crimes against Humanity)'로 규정하고 이에 대한 공소시효의 적용을 배제하는 「전쟁범죄 및 인도에 반한 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)」과 로마규정을 마련하였고, 우리나라는 이 중 「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court, 이하 '로마규정')」에 대하여 2000년 3월 8일 서명하고 2002년 11월 8일 국회비준동의를 거쳤으며, 이에 따라 로마규정은 2003년 2월 1일부터 조약 제1619호로 발효하게 되었다. 그리고 로마규정의 국내적 이행을 위한 입법으로 국제형사재판소에서 관할하는 제노사이드(집단살해죄), 인도에 반한 죄 그리고 전쟁범죄 등의 처벌규정을 마련함과 아울러 외국인이 국외에서 행한 범죄도 처벌하는 등 형사법상의 특칙을 규정하는 한편, 국제형사재판소(ICC)와의 범죄인 인도를 포함한 여러 형사사법공조와 관련된 업무협력의 근거를 마련하기 위해 2007년 12월 21일 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률(이하 '국제형사범죄법')」을 제정하였다.

특히 로마규정 제29조[236]와 국제형사범죄법 제6조[237]는 공소시효의 적용배제를 통해 제노사이드(집단살해죄), 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄는 공소시효가 적용되지 않음을 분명히 하고 있다. 그런데 이미 국제형사범죄법을 제정하기 이전인 1995년 12월 21일 「헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(이하 '헌정범죄시효법')」과 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법(이하 '5·18특별법')」을 제정하여 내란, 외환, 반란, 이적 등 '헌정질서파괴범죄' 및 형법 제250조의 죄로서 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 규정된 '집단살해'에 해당하는 범죄에 대해서는 공소시효

236) 로마규정 제29조 재판소의 관할범죄에 대하여는 어떠한 시효도 적용되지 아니한다.

237) 제6조(시효의 적용 배제) 집단살해죄등에 대하여는 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지의 규정에 따른 공소시효와 「형법」 제77조부터 제80조까지의 규정에 따른 형의 시효에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

를 배제하였고, 5·18특별법 제2조에서는 "1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다"고 규정하여 공소시효 정지 또는 배제의 특례를 각각 인정하였다. 그러나 이러한 '인도에 반한 죄'라도 행위자에게 불리한 공소시효의 사후적 정지·연장·배제는 소급효금지원칙과 충돌을 야기할 수밖에 없다.

그런데 최근 우리나라에서는 과거 국가권력 내지 국가기관에 의해 저질러진 중대한 인권침해범죄와 조작·은폐범죄를 포괄하는 '반인권적 국가범죄'[238]와 관련하여 로마규정상의 '인도에 반한 죄'의 구성요건은 광범위하거나 체계적인(widespread or systematic) 공격의 일부로 행하여질 것을 요구하는데, 반인권적 국가범죄는 인도에 반한 죄에 포섭될 수 없어 공소시효가 배제되지 않아 처벌할 수 없다는 문제가 제기되고 있다. 이에 정치권, 일부 시민단체와 (형)법학자[239]를 중심으로 '반인권적 국가범죄'에 대해 국제법상의 '인도에 반한 죄'와 마찬가지로 사후적으로 공소시효를 배제하는 법률을 만들어 이에 기해 처벌하자는 논의가 대두되고 있다.

이에 본 절에서는 공소시효제도의 의의와 취지, 그 법적 성질(본질), 공소시효를 사후에 정지·연장·배제한 법률을 제정한 외국의 입법례를 간략히 살펴보고 사후입법을 통해 공소시효를 배제하는 것이 소급효금지원칙에 반하는 것인지 여부를 검토하고자 한다. 이러한 검토를 바탕으로, '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'로 구분하여 공소시효배제와 소급효금지원칙을 분석하고, 현재까지 발의된 반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안의 타당성을 검토하고자 한다.

---

238) 변종필 교수는 그 대표적인 예로 최종길 교수 고문살해 및 은폐·조작사건, 수지 김 살인사건 및 은폐·조작사건를 언급하고 있다(변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 643면).

239) 김동률, "반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-", 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013, 121면 이하; 문봉규, "공무원의 반인권적 범죄에 대한 공소시효 연장·배제에 관한 연구", 전북대학교 법학연구 통권 제32집, 2011, 431면 이하; 변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 643면 이하; 이호중, "반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효", 민주법학 통권 30호, 2006, 105면 이하; 장영수, "공소시효의 인권법적 문제점에 관한 헌법적 검토", 고려법학 제53권, 2009.6, 111면 이하; 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002. 6, 1면 이하 참조.

2. 공소시효제도의 의의와 취지

공소시효(Strafverfolgungsverjährung)라 함은 범죄행위가 종료한 후 검사가 일정한 기간 동안 공소제기를 하지 않고 그대로 둔 경우 국가의 형사소추권 또는 형벌권을 소멸시키는 제도를 말한다. 형사소송법은 제249조부터 제253조의2까지 공소시효 관련 규정을 두고 있는데, 공소시효가 완성될 경우 실체법상 형벌권이 소멸되기 때문에 검사는 공소제기를 할 수 없게 된다. 그리고 공소제기 후 이러한 사실이 발견된 경우 법원은 실체적 소송조건의 흠결을 이유로 '면소판결'을 하여야 한다(형사소송법 제326조 제3호). 형선고재판의 확정 후 그 집행을 받음이 없이 일정한 기간을 경과하면 형벌권이 소멸되고 형집행 면제의 효과를 갖는 형의 시효(형법 제77조 이하)와 구별된다.[240]

이러한 공소시효제도를 둔 취지로 ① 범죄행위를 자행한 후 시간이 오래 흐를수록 증거가 멸실 또는 산일(散逸)되어 실체적 진실발견이 어렵게 된다는 점, ② 범죄행위에 의해 초래된 법질서의 파괴가 오랜 세월이 흘러감에 따라 상당부분 회복되어 형사처벌할 필요성이 감소한다는 점, ③ 범죄가 발생한 이후 국가로부터 형사소추권이 행사되지 않고 일정한 시간이 지나게 될 경우 범죄인에 대한 국민의 형사처벌 욕구가 감소된다는 점, ④ 범죄인 입장에서 볼 때도 형사처벌을 모면하려고 도피하는 과정에서 형사처벌에 준할 정도로 커다란 심리적 고통을 받아 형벌이 기대하는 범인의 인격변화가 예상될 수 있다는 점 등이 언급된다.[241] 이처럼 공소시효제도는 일정한 시간의 경과로 사실 발생한 상태를 존중하여 개인생활과 사회질서의 안정을 도모하고 시간의 경과에 따른 증거수집과 판단의 곤란을 방지하며, 범죄에 대한 사회의 관심이 약화된다는 점을 들어 형벌부과의 적정을 기하려 하는 데에 근본 취지가 있다고 한다.[242]

이처럼 공소시효제도는 범인필벌의 '실체적 정의'의 이념이 '법적 안정성'의 이념에 양보하여 생겨난 제도로서, 특별한 예외가 없다면 모든 범죄인에게 차별 없이 적용된다.[243] 문제는 바로 공소시효가 모든 범죄인에게 차별 없이 적용되어야 한다는 데서

240) 손동권·신이철, 새로운 형사소송법(제2판), 세창출판사, 2014, 397면.
241) 문봉규, "공무원의 반인권적 범죄에 대한 공소시효 연장·배제에 관한 연구", 전북대학교 법학연구 통권 제32집, 2011, 435-436면; 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002. 6 6면.
242) 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2014, 22면.
243) 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17호, 2002.6, 6면.

발생한다. 예컨대 우리나라에서 헌정범죄시효법은 헌정질서파괴범죄와 집단살해죄에 대해 '인도에 반한 죄'와 마찬가지로 공소시효를 배제하고 있는데, 12·12 군사반란과 5·18 내란 사건을 통해 헌정질서파괴범죄를 자행한 전두환·노태우와 관련자들에 대해서도 당시 내란죄의 공소시효 15년을 적용하여 헌정질서파괴범죄의 증거가 산적해 있음에도, 그들이 저지른 법질서의 파괴가 중대하여 상당한 시간의 경과로 회복되지 않아 여전히 형사처벌의 필요성과 국민의 처벌욕구가 남아 있음에도, 형사처벌에 준하는 고통은 고사하고 대통령으로서의 지위를 향유하였고 현재까지도 진지한 사죄도 없고 회고록을 통해 5·18민주화운동의 진실마저 왜곡·폄훼[244]하여 인격변화를 예상할 수 없음에도, 그들의 집권기간 내내 법률상 또는 사실상 공소제기가 불가능하였음에도 불구하고 '법적 안정성', 소급효금지원칙을 내용으로 하는 죄형법정주의 위반 등을 이유로 '정의'가 자리를 양보하는 것이 과연 타당한 것인지, 군사쿠데타를 통해 법치국가의 원칙을 파괴하고 불법국가를 만들어 장기 집권한 권력자에게 법치국가의 기본원칙인 소급효금지의 원칙을 위반하지 않으면서도 정의를 실현할 방법은 없는 것인지 의문이 제기된다.[245]

3. 공소시효의 법적 성질(본질)

공소시효제도의 법적 성질에 대해서는 실체법설, 소송법설, 결합설(경합설·병합설)의 견해가 대립하고 있다. 이러한 견해의 차이는 소급효금지원칙의 인정 여부, 공소시효 완성의 효력 여부, 공소시효 정지사유의 유추적용 인정 여부 등에 대하여 서로 다른 결론을 도출하게 된다.

가. 실체법설

실체법설은 공소시효를 시간의 경과에 의하여 사회의 응보감정(처벌욕구)이나 범인의 악성이 소멸되거나 또는 범죄인이 사실상 심리적으로 형사처벌을 받은 것과 동일

244) 2017년 8월 4일 광주지법 민사21부(부장판사 박길성)는 "5·18민주화운동 등 역사를 왜곡했다"며 5월 단체와 유가족이 제기한 '전두환 회고록 출판 및 배포금지 가처분 신청'에 대해 인용 결정을 내린 바 있다(2017년 8월 4일자 중앙일보 기사 참조).

245) 김재윤, "헌정질서파괴범죄 공소시효 배제를 통한 정의(正義) 회복", 인권법평론 제21호, 2018.8, 10-11면.

한 정도의 고통을 받기 때문에 실체법상의 형벌권이 소멸된다는 견해이다.[246] 이 견해에 의하면 공소시효는 소급효금지원칙의 적용을 받게 되어 범죄 후 사후적으로 공소시효를 연장·배제하는 법률을 제정하거나 이를 소급적용하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 공소시효 정지에 관한 규정의 유추적용은 금지될 뿐만 아니라 법률에서 규정된 사유가 아닌 사실상 소추장애사유에 의한 공소시효 정지는 허용될 수 없다고 한다. 따라서 공소시효가 완성되면 국가 형벌권이 소멸되기 때문에 무죄판결을 선고해야 하며, 공소시효의 효력범위는 실체법상의 죄수를 기준으로 정하게 된다.[247] 그러나 이 견해는 공소시효가 완성된 사건에 대해 무죄판결이 아니라 면소판결을 하여야 하는 이유를 설명하기 곤란하고, 시간이 경과하였다고 하여 형벌권이 소멸할 수는 없다는 비판을 받는다.

나. 소송법설

소송법설에 의하면 공소시효는 형벌권과는 관계없이 장기간의 경과로 인하여 증거가 멸실 또는 산일되어 실체적 진실을 발견함이 곤란하므로 국가의 소추권만을 소멸시키는 소송법적 성격의 제도로 공소시효를 이해하는 견해이다.[248] 공소시효가 형사소송법에 규정되어 있으며 공소시효 완성의 효과에 대해서도 무죄판결이 아닌 면소판결을 하도록 되어 있는 현행 형사소송법의 규정과 그 법적 효과에 비추어 볼 때 공소시효의 법적 성격은 소송법설로 봄이 타당하다고 한다. 이 견해에 의하면 공소시효는 소급효금지원칙과 무관하여 범죄 후 사후적으로 공소시효를 연장·배제하는 법률을 새롭게 제정하거나 이를 소급적용하는 것도 가능하다. 그리고 공소시효 정지에 관한 규정은 실체법이 아닌 형사소송법상의 규범이므로 유추적용이 가능하며, 법률상의

246) 송광섭, 형사소송법(신정판), 유스티니아누스, 2003, 411면; 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 234면.

247) 헌법재판소는 재정신청 시 재정결정이 있는 때까지 공소시효의 진행을 정지하도록 규정한 형사소송법 제262조의4를 불기소처분에 대한 헌법소원이 있는 경우에 유추적용할 수 있는가의 문제를 다루면서 "공소시효제도의 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 갖고 있는 것이어서, 그 예외로서 시효가 정지되는 경우는 특별히 법률로서 명문의 규정을 둔 경우에 한하여야 하고 법률에 명문으로 규정되어 있지 아니한 경우 다른 제도인 형사소송법상의 재정신청에 관한 규정을 유추적용하여 공소시효의 정지를 인정하는 것은 피의자의 법적 지위의 안정을 법률상 근거 없이 침해하는 것"이라고 하면서 유추적용의 가능성을 배제하였다(헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌마284 전원재판부 결정).

248) 이재상·조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2019, 418면.

사유는 국가기관이 소추권을 행사할 수 없었던 사실상 장애사유가 있다고 하더라도 공소시효 정지가 인정된다고 한다. 따라서 공소시효가 완성되면 수소법원은 소송장애를 이유로 면소판결을 해야 하며, 공소시효의 효력범위도 과형상 일죄를 기준으로 정하게 된다. 현재 다수설의 입장이다.[249] 그러나 이 견해는 시효기간이 법정형에 따라 달리 규정된 이유를 설명하기 곤란하다는 비판이 제기된다.

다. 결합설(경합설·병합설)

결합설(경합설·병합설)은 장기간의 경과에 따라서 실체법상 가벌성이 감소될 뿐만 아니라 증거의 멸실 또는 산일로 인해 소추권의 행사를 불가능 내지 곤란하게 하는 소송법적 성격도 결합되어 있다는 견해이다.[250] 이 견해에 의하면 공소시효의 완성은 형벌필요성과 소추권이 모두 소멸됨을 의미하므로 실체법상 처벌조각사유 및 소송법상 소송장애사유가 되고, 공소시효가 완성된 범죄에 소급적용하는 것은 소급효금지원칙에 반한다. 따라서 이미 공소시효가 완성된 경우 공소시효를 연장·배제하는 법률을 제정하거나 개정을 하여 신법을 적용(진정소급)하는 것은 소급효금지원칙에 반하는 것으로 피의자의 법적 안정성을 침해하기 때문에 국가형벌권의 남용에 해당할 수 있다. 하지만 아직까지 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효기간을 사후에 정지·연장·배제하는 것은 국가형벌권의 남용에 해당하지 않는다. 왜냐하면 아직 완성되지 않은 공소시효는 단지 소송조건에 불과하기 때문이다.

---

249) 헌법재판소는 5·18 내란사건에서 전원 일치된 의견으로 "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"고 하였다(헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2,96헌바7,96헌바13 전원재판부 결정). 헌법재판소의 이러한 입장은 공소시효를 실체법적 제도로 이해했던 결정과는 달리 소송법설을 채택한 것으로 볼 수 있다(김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997.8, 10면; 이호중, "반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효", 민주법학 통권 30호, 2006, 109면).

250) 변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 661면; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2008, 230면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 400면; 신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004, 314면; 임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008, 305면; 하태영, 형사철학과 형사정책, 법문사, 2007, 218면.

라. 검토

생각건대 공소시효제도는 실체법적 이유와 소송법적 이유를 모두 고려하기 때문에 결합설이 가장 타당한 것으로 판단된다. 즉 실체법적 요소로 형사소송법 제249조 제1항에 공소시효의 기간을 1년에서 25년으로 구성요건으로 명시하여 법정형의 기준을 나누고 있으며, 소송법적 요소로 형사소송법 제326조 제3호에 공소시효가 완성된 경우 면소판결을 하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 공소시효가 아직 완성되지 않으면서(부진정소급효) 공소시효제도에 근거한 개인의 신뢰보호이익과 공시시효의 정지·연장·배제를 함으로써 이루려는 공익을 비교형량하여 개인의 신뢰보호이익보다 공익이 우선하는 경우 공소시효를 사후에 소급하여 정지·연장·배제하는 것은 소급효금지원칙에 반하지 않는다. 왜냐하면 헌법 제13조와 형법 제1조는 소급효금지원칙을 명시하고 있지만, 공소시효가 아직 완성되지 않는 경우 여전히 가벌성이 남아 있기 때문이다. 그러나 공소시효가 이미 완성된 범죄에 소급적용하여 공소시효를 정지·연장·배제하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙과 소급효금지의 원칙에 반한다. 다만 이러한 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 경우(예컨대 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우, 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우)에는 예외적으로 허용"될 수 있다.[251]

4. 공소시효의 배제와 소급효금지원칙

가. 문제의 소재

소급효금지원칙은 형벌법규는 효력발생 이후의 행위에 대해서만 적용하고 시행 이전의 행위에까지 소급하여 적용할 수 없다는 헌법의 대원칙으로, 헌법 제13조와

251) 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2,96헌바7,96헌바13 전원재판부 결정에서 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식의 의견.

형법 제1조에 명문으로 규정되어 있다. 특히 형법상 소급효금지원칙이란 법관이 범죄구성요건과 그에 대한 법적 효과로 형벌 또는 보안처분[252]을 적용할 때 행위시의 법률에 의하지 않고 행위자에게 불리한 재판시의 법률을 사후적으로 소급적용할 수 없음을 의미한다. 이러한 소급효금지원칙은 실체법인 형법에 대하여만 적용되고 절차법인 형사소송법에 대하여는 적용되지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 형사소송법은 범죄의 성립과 처벌에 관한 법률이 아니기 때문에, 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조 제1항이 말하는 소급효금지원칙과 관계가 없다는 것이다.[253]

그러나 헌정범죄시효법과 5·18특별법과 같이 일정한 범죄행위가 있었으나 사후에 그 범죄에 해당하는 공소시효가 완성되기 이전 또는 완성된 이후 그 범죄에 대해 형벌을 부과하기 위해 비록 소송법적 규정이지만 범죄의 가벌성과 관련된 공소시효기간을 정지·연장·배제하는 입법이 이루어질 경우, 전자를 '부진정소급효'(unechte Rückwirkung), 후자를 '진정소급효'(echte Rückwirkung)라고 한다. 이러한 소급입법은 공소제기가 이루어짐이 없이 법률에 정해진 일정한 기간이 경과하면 국가의 소추권이 없어지게 되는 공소시효제도의 근본 취지에 반하는 것인지, 더 나아가 죄형법정주의의 한 내용인 소급효금지원칙에 정면으로 위배되는 것인지 여부가 문제된다. 이는 공소시효에 관한 규정과 소급효금지원칙과의 관계에 관한 문제로, 앞서 언급한 공소시효의 법적 성질(본질)을 어떻게 보는가에 따라 문제를 손쉽게 해결할 수도 있다. 하지만 공소시효의 정지·연장·배제와 소급효금지원칙 상호간의 관계는 공소시효의 법적 성질에 따라 단순히 도식적으로 공소시효제도가 실체법적 제도인가 소송법적 제도인가를 중심으로 소급효 인정 여부를 결정하기 보다는 소급효금지원칙의 적용범위 문제로 파악할 필요가 있다.[254] 이러한 관점에서 학설의 구체적인 논의 내용과 판례의 태도를 살펴보면 다음과 같다.[255]

---

252) 보안처분에 대하여도 소급효금지원칙이 적용되는가에 대하여는 논란이 많고 견해가 대립하고 있다. 이에 대한 자세한 설명으로는 이재홍, "보호관찰과 형벌불소급의 원칙", 형사판례연구 제7권, 박영사, 1999, 21면 이하; 허일태, "피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙", 형사판례연구 제9권, 박영사, 2001, 131면 참조.

253) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019, 22면.

254) 같은 취지로 김성돈, "공소시효제도와 소급효금지원칙", 경북대학교 법학논고 제11집, 1995, 13면; 문봉규, "공무원의 반인권적 범죄에 대한 공소시효 연장·배제에 관한 연구", 전북대학교 법학연구 통권 제32집, 2011, 443면.

255) 이하의 논의는 강동범, "공소시효의 정지·연장·배제와 소급효", 형사법의 신동향, 통권 제58호, 2018.3, 619-624면; 이창섭, "공소시효 정지·연장·배제조항과 부진정소급효", 제65권 제9

나. 학설의 대립

(1) 전면적 소급효긍정설

헌법 제13조 제1항은 "행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위"라고 규정하고 있지, '행위시의 법률에 의하여 처벌되지 아니하는 행위'라고 규정하고 있지는 않다. 즉 헌법은 행위시의 법률에 의하여 '범죄' 구성 여부를 형벌불소급원칙의 적용대상으로 규정하고 있는 만큼, 형벌불소급원칙은 형사실체법의 영역에서 논의될 파생원칙이라고 보는 것이 타당하다는 견해이다. 그러므로 범죄행위가 종료된 이후에 친고죄가 비친고죄로 변경되거나 공소시효가 연장 또는 폐지되어 범죄자에게 불리한 새로운 형사소송법 규정이 재판시에 적용될지라도 형벌불소급원칙에 위배되는 것은 아니라고 한다.[256] 이 견해에 따르면, 일정한 기간이 지나면 소추되지 않는다는 범죄인의 신뢰는 마치 범행이 발각되지 않을 것이라는 신뢰와 마찬가지로 보호할 필요가 없기 때문에 공소시효 완성 전후를 불문하고 사후입법에 의하여 공소시효를 정지·연장·배제하는 것은 원칙적으로 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 한다.[257]

(2) 부진정소급효 긍정·진정소급효 부정설

소급효금지원칙은 법에 대한 국민의 신뢰와 예측가능성을 담보로 행동의 자유를 보장하는데 그 근거가 있으므로, 기본적으로 범죄와 형벌을 직접 규정하는 형사실체법에 적용되고, 형벌권 실현의 절차를 규정하는 형사절차법에는 적용되지 않는다는 견해이다. 즉 공소시효는 소추조건에 불과하고 범죄와 형벌은 행위시에 확정되어 있기 때문에 아직 완성되기 전에 공소시효를 행위자에게 불리하게 변경하더라도 소급효금지원칙에 반하지 않는다. 하지만 공소시효가 완성된 후에 공소시효를 정지·연장·배

호 통권 제720호, 2016. 12, 316-320면 참조.

256) 임웅, 형법총론, 법문사, 2016, 25면. 그러나 임웅 교수의 견해는 공소시효 정지·연장·폐지의 소급입법 시기가 공소시효 완성 이전인지 이후인지를 불문하고 전면적으로 소급효를 긍정한다는 것인지 불분명하다. 다만 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(시행 2013.6.19., 법률 제11556호)」 (일명 '도가니법') 부칙 제3조(공소시효 진행에 관한 적용례)는 "이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제21조의 개정규정을 적용한다."고 하여, 공소시효 적용배제 규정의 '소급효'를 명시하고 있는데, 이 부칙 제3조는 위헌이 아니라고 본다고 하여 부진정소급효에 대해서만큼은 소급효금지원칙에 반하지 않음을 분명히 하고 있을 뿐이다.

257) 임웅, 형법총론, 법문사, 2016, 24-25면.

제하는 조항을 신설하여 이를 소급적용하는 것은 새로운 범죄구성요건을 제정하는 것과 실질적으로 다르지 않기 때문에 허용되지 않는다고 한다.[258]

독일에서도 공소시효 규정과 관련하여 부진정소급효는 허용되지만 진정소급효 만큼은 허용되지 않는다는 견해가 통설이다.[259]

(3) 원칙적 소급효부정설(예외적 소급효긍정설)

실체법뿐만 아니라 형사절차법에서도 피고인에게 불리한 소급효는 원칙적으로 인정되지 않는다고 한다. 그러나 소급효를 인정하지 않을 경우 정의가 너무나 심대하게 훼손되어 이를 회복하지 않으면 안 될 정도로 중대한 공익상 사유가 있는 경우에 국한하여 진정소급효와 부진정소급효 모두 허용된다고 한다.[260]

(4) 전면적 소급효부정설

피의자의 불가벌성에 대한 기대는 공소시효가 완성되기 전후를 불문하고 거의 차이가 없기 때문에 진정소급효는 물론 부진정소급효까지도 허용되지 않는다는 견해이다.[261] 또한 소급효금지원칙은 범죄의 가벌성에 관련된 규정에 국한되어서는 안 되며, 공소시효 이외에도 형벌권의 존부나 유무죄의 판단에 중요한 영향을 미치는 형사소송법 규정에 적용되어야 한다는 견해도 같은 입장이다. 이 견해는 소급입법으로 처벌받지 않는다는 점에 대한 일반시민의 신뢰나 형사처벌의 예측가능성은 실체법과 절차법의 구별과 무관하게 보호되어야 하며, 죄형법정주의는 형법적 사회통제의 명확성을 실현하는 제도이고, 형사소송법은 형법적 사회통제를 구성하는 세 요소(규범-절차-제재) 가운데 하나라는 점을 이유로 한다.[262]

---

258) 김성돈, 형법총론(제2판), 성균관대학교출판부, 2011, 72면; 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014, 42면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2013, 93-94면; 신동운, 형법총론, 법문사, 2015, 43-44면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019, 19-20면; 정성근·정준섭, 형법강의 총론, 박영사, 2016, 10면.

259) Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, §86 Ⅰ1; Krey·Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2011, Rn. 64-65; MünchKommStGB·Mitsch, §78/11; Rudolphi·Horn·Günther, SK-StGB, §1/10, Vor §78/5; Stratenwerth·Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, §3/10.

260) 오영근, 형법총론, 박영사, 2014, 34면.

261) 김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997.8, 25-26면; 박찬걸, "공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의", 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.3, 93면, 121면.

262) 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015, 25-26면.

다. 판례의 태도

헌법재판소와 대법원은 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만, 진정소급입법은 원칙적으로 허용되지 않는다는 입장이다. 공소시효 정지조항의 소급효 인정 문제에 대하여도 헌법재판소와 대법원은 입장을 같이 하고 있다.

즉 헌법재판소는 헌정질서파괴범죄행위에 대한 공소시효 정지를 규정한 5·18특별법 제2조의 위헌제청과 관련하여, "① 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. ② 공소시효가 아직 완성되지 않은 경우 단지 진행 중인 공소시효를 연장하는 법률은 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. ③ 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. 예외적으로 진정소급입법이 허용되는 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 공익상 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다"[263]고 판시하여, 공소시효에 관한 부진정소급입법은 원칙적으로 정당화되고, 진정소급입법도 예외적으로 허용될 수 있다는 입장이다.

대법원도 "5·18특별법 제2조는 그 제1항에서 그 적용대상을 '1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄특례법 제2조의 헌정질서파괴

263) 헌법재판소 1996.2.16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 전원재판부 결정.

범죄행위'라고 특정하고 있으므로, 그에 해당하는 범죄는 위 법률 조항의 시행 당시 이미 형사소송법 제249조에 의한 공소시효가 완성되었는지의 여부에 관계없이 모두 그 적용대상이 됨이 명백하다고 할 것인데, 위 법률 조항에 대하여는 헌법재판소가 1996.2.16. 선고 96헌가2, 96헌바7,13 사건에서 위 법률 조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 합헌결정을 하였으므로, 위 법률 조항의 적용범위에 속하는 범죄에 대하여는 이를 그대로 적용할 수밖에 없다."[264]라고 판시함으로써 헌법재판소와 같은 태도를 보였다.

라. 검토

생각건대 공소시효를 정지·연장·배제하는 규정의 소급효 인정 여부와 관련하여 부진정소급효는 원칙적으로 인정하고, 진정소급효도 예외적으로 특별한 경우에는 인정할 수 있다는 헌법재판소와 대법원의 태도가 타당하다고 본다. 법적 안정성과 법률에 대한 국민의 신뢰 및 예측가능성을 담보함으로써 국민의 행동의 자유를 보장하기 위한 소급효금지원칙은 실체법의 내용에 해당하는 국가형벌권의 존부와 범위에 대해서만 적용될 뿐, 국가형벌권의 실현절차나 방법 그리고 형벌청구권의 존속기간에 대하여는 적용되지 않는다. 따라서 공소시효가 완성되기 전에 사후적으로 그에 대한 정지·연장·배제는 소급효금지원칙의 적용대상이 아니므로 부진정소급효는 원칙적으로 인정된다. 다만 이미 공소시효가 완성됨으로써 형벌청구권, 즉 소추권이 종국적으로 소멸한 이후에는 이를 사후입법을 통해 부활시키는 것은 행위자가 가지는 불처벌에 대한 신뢰와 법적 안정성을 저버리는 것으로 원칙적으로 허용될 수 없다. 왜냐하면 형벌청구권의 소멸로 인하여 국가형벌권도 소멸하기 때문이다. 즉 공소시효 완성 이후에 공소시효를 정지·연장·배제하는 규정의 진정소급입법은 원칙적으로 소급효금지원칙에 위반된다. 그러나 진정소급효라고 할지라도 '특단의 사정이 있는 경우'에는 예외적으로 허용될 수 있다. 법치국가원칙에는 법적 안정성(신뢰보호)과 더불어 실질적 정의도 포함되어 있는데, 만일 양자가 충돌할 때에는 법적 안정성이 아닌 실질적 정의보호에 우선적인 결정을 내릴 수도 있기 때문이다. 그렇다면 진정소급효라도 예

264) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

외적으로 허용되는 '특단의 사정'이 사후입법자나 새로이 권력을 잡은 권력자에 의해 자의적으로 판단되지 않을 정도로 객관적이고 구체적으로 확정할 수 있는지의 문제가 남는다. 이와 관련하여 헌법재판소는 진정소급입법이 예외적으로 허용되는 경우로 "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 경우"[265]라는 기준을 제시하였다.

자유민주주의 국가의 존립기반인 민주주의나 법치주의를 그 근저에서부터 위협하고 파괴하는 헌정질서파괴범죄(내란의 죄, 외환의 죄, 반란의 죄, 이적의 죄), 헌법상 기본권 중의 기본권인 인간의 존엄을 철저히 부정하는 집단학살이나 고문과 같은 반인도적 범죄 또는 전쟁범죄는 범죄자 개인의 신뢰보호 요청보다 실질적 정의회복 내지 인권이익의 실현 등 공익상의 요청이 현저히 중대한 경우로 헌법재판소가 제시한 기준을 충족시킬 수 있다고 본다.[266] 나아가 이들 범죄의 경우 범행 후 장시간이 경과하더라도 다수의 증거가 엄연히 현존하고 있고, 범죄에 대한 사회적 처벌욕구가 강하고, 범죄인들은 고통을 받고 있기보다는 오히려 권력을 향유하였으며, 쿠데타를 통해 권력을 찬탈한 기간 동안에는 형사사법기관에 의한 수사와 공소가 원천적으로 불가능하다는 점 등을 고려한다면 이들 범죄에 대하여 공소시효제도의 취지를 인정해 줄 여지조차 없다고 본다.

5. 공소시효의 배제에 관한 외국의 입법례

가. 독일

독일은 나치체제 하에서 행하여진 국가범죄의 처벌을 위하여 제2차 세계대전이 종결된 후 헤센(Hessen)주에서 1946. 5. 29. 제정한 「나치범죄처벌에 관한 특별법(Gesetz zur Ahndung nationalsozialischer Straftaten)」은 나치체제 하에서 정치적·반

265) 헌법재판소 1996.2.16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 전원재판부 결정.

266) 같은 입장으로는 문봉규, "공무원의 반인권적 범죄에 대한 공소시효 연장·배제에 관한 연구", 전북대학교 법학연구 통권 제32집, 2011, 443-444면; 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2004, 87-88면; 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002. 6, 13면.

종교적·인종차별적인 이유로 인해 형사처벌되지 아니한 범죄에 대해 1933. 1. 30.부터 1945. 6. 15.까지의 기간 동안 공소시효 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하였다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 나치체제 하에서 히틀러가 국가권력을 장악함으로써 형사소추가 불가능하였던 기간 동안에는 위 법률규정에 따라 공소시효가 더 이상 진행되지 않음을 확인한 것으로서 헌법의 제반 규정에 위반하지 아니하여 합헌이라고 판시[267]하였다.

그리고 이러한 입법적 조치를 통해 연장된 시효기간마저도 임박하게 되자, 종신형이 규정된 범죄 가운데 아직 시효가 완성되지 않은 것의 시효를 소급적으로 정지시키기 위하여 1964. 4. 13.「공소시효계산법(Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfrist)」을 새롭게 제정하여 1945. 5. 8.부터 1949. 12. 31.까지의 기간을 공소시효 계산에서 제외하도록 하였다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 1969. 2. 26. 결정에서 죄형법정주의, 평등권, 신뢰보호원칙에 위배되지 아니한다는 이유로 합헌이라고 판시[268]하였다.[269]

그 후 독일은 1969. 8. 4. 제9차 형법개정을 통해 종신형에 해당하는 모살죄(Mord)[270]의 공소시효를 기존 20년에서 30년으로 연장하였고, 집단학살(Völkermord)에 대해서는 아예 공소시효를 배제하였다. 또한 1979. 7. 22. 제16차 형법개정을 통해 모살죄에 대해서도 공소시효를 배제하여 나치체제 하에서의 학살범죄에 대한 형사처벌이 언제든지 가능하도록 하였다.[271]

한편, 동독이 무너진 이후 동독공산당의 불법정권 하에서 저지른 범죄에 대해 소추

---

267) BVerfGE 1, 418. 독일 연방헌법재판소는 공소시효에 관한 규정은 이미 '성립된 범죄'에 대해 '언제까지 소추가 가능한가'하는 내용을 담고 있으므로 '언제 범죄가 성립하는가'하는 문제를 규율하는 죄형법정주의 및 소급처벌금지 원칙의 적용대상이 아니라고 보았다.

268) BVerfGE 25, 269.

269) 노기호, "5·18 특별법의 위헌여부 -5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-", 한양법학 제7집, 1996, 13면; 박찬걸, "공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의", 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.3, 95면.

270) 독일형법 제211조(모살) ① 모살자는 무기 자유형에 처한다. ② 모살자란 살해욕, 성욕의 만족, 탐욕 또는 기타 비열한 동기에 의하여 간악하거나 잔인하게 또는 공공 위해의 수단에 의하여 다른 범죄를 가능하게 하거나 또는 은폐할 목적으로 사람을 살해한 자를 말한다.

271) 노기호, "5·18 특별법의 위헌여부 -5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-", 한양법학 제7집, 1996, 13면; 박찬걸, "공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의", 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.3, 113-114면; 이재승, "독일의 과거청산 -시효와 재심을 중심으로-", 전남대학교 법학논총 제27집 제1호, 2007, 329면.

를 가능케 하기 위해 이들 범죄에 대해 서독과 동독 형법상 모두 공소시효가 완성된 경우임에도 불구하고 1993.3.26.「동독공산당의 불법행위에 있어서의 시효정지에 관한 법률(Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten)」을 제정하였다. 동 법률 제1조에 따르면, "(구)동독의 공산당정권하에서 범하여지고 (구)동독의 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 한다.[272]

나. 프랑스

프랑스의 경우 독일과 같은 공소시효 정지에 관한 일반원칙을 명문으로 선언하지는 않았다. 그럼에도 판례에 의하여 "시효는 유효하게 소추될 수 없는 사람에 대하여는 진행하지 않는다(contra non valentem agere non pareasriptio)"라는 법언을 적용함으로써 사실적 장애와 법률적 장애를 불문하고 형사소추가 불가능한 기간 동안에는 공소시효의 진행이 정지된다고 판시하고 있다.

그리고 프랑스는 나치협력자를 처단하기 위하여 1964년 '반인륜적 범죄'라는 새로운 범죄개념을 도입하여 이러한 범죄에는 공소시효가 적용되지 않는 것으로 하였다. 여기서 '반인륜적 범죄'라 함은 국가의 이름으로 특정 인종이나 종교를 가진 사람, 또는 정치적 반대자에게 조직적으로 가한 비인간적 행위와 박해를 한 행위를 말한다.[273]

다. 미국

보통법(Common Law)을 따르는 미국은 우리나라와 달리 공소시효제도가 없다.

---

272) 김동률, "반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-", 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013, 130-131면; 김성돈, "공소시효제도와 소급효금지원칙", 경북대학교 법학논고 제11집, 1995, 25면; 박찬걸, 위의 글, 95-96면; 변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 652면; 이재승, 위의 글, 328-330면.

273) 노기호, "5·18 특별법의 위헌여부 -5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-", 한양법학 제7집, 1996, 14면; 박찬걸, "공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의", 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.3, 97면.

이에 따라 모든 범죄는 원칙적으로 언제든지 처벌할 수 있다. 제정법에 의하여 공소시효제도를 두는 경우에도 법정형에 사형이 규정된 경우(capital crime)와 그렇지 않은 경우(non-capital crime)로 구분하여 전자에 대해서는 공소시효를 배제하고 있다. 또한 사망이나 중상해의 위험을 포함하거나 실제로 사망을 초래한 테러리즘에 관한 공격범죄, 아동유괴범죄와 일정한 성범죄[274] 등에 대해서도 공소시효를 배제하고 있는데, 이와 같이 공소시효 배제되는 범죄를 규정한 조항이 159개[275]에 달한다고 한다. 이러한 중범죄들에 대해서는 끝까지 수사하여 소추함으로써 실질적 정의를 실현하겠다는 것이다.[276]

라. 동유럽 공산권 국가

1989년부터 5년간 소련과 동유럽 공산정권이 도미노처럼 붕괴하였다. 그 후 동유럽 공산권 국가들은 공산정권 하에서 이루어졌던 권력남용과 인권침해에 관한 진상규명과 처벌의 요구가 높았으나, 상징적인 몇몇 사건에 대한 조사가 진행되거나 기소되는 선에서 마무리 되어 국민의 높은 기대를 충족시킬 만큼 충분하고 적절하게 이루어지지는 않았다.

우선 헝가리에서는 1991년에 1944. 12. 21.일부터 1990. 5. 2.일까지 공산당통치기간에 발생한 중대한 범죄로서 그 동안 정치적 상황으로 처벌하지 못했던 범죄를 처벌할 수 있는 법률을 제정하였다. 그러나 이 법률은 헌법재판소에 의해 위헌판결을 받아 효력을 상실하였다. 다만 1956년의 헝가리사태 진압과 그 후속 탄압조치가 전쟁범죄행위로 선언됨에 따라 이에 대한 소급적 처벌은 가능하게 되었다. 이 위헌판결 후 대통령은 개인에 대한 처벌을 포기하는 대신 '과거의 탐색을 계속하려는 의지'를 표명하고, 그 구체적인 제안으로 진실을 추적, 규명하여 개인의 책임을 확고히 해둘 역사위원회의 설치를 제안하였으나 실현되지는 않았다.

---

274) 18 U.S.C. 2241 내지 2252B 및 18 U.S.C. 2260.

275) 159개 조항에 대한 세부적인 내용은 구상진, "한미 공소시효제도 비교연구", 경희법학 제42권 제2호, 2007.9, 108-114면 참조.

276) 노기호, "5·18 특별법의 위헌여부 -5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-", 한양법학 제7집, 1996, 14면; 박찬걸, "공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의", 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.3, 114면.

다음으로 체코슬로바키아에서는 1991년 10월에 옛 공산당 간부와 인민군장교 그리고 비밀경찰요원 및 협력자가 행정부 또는 국영언론기관, 대학, 국영사업체 등에 앞으로 5년간 취업할 수 없도록 하는 「정화법」을 제정하였다. 한편 이른바 '프라하의 봄'에 자행된 인권침해사건은 공소시효가 만료되어 처벌이 불가능하게 되었다가, 1992년 2월에 시행된 재조사에 의해 반역죄에 해당된 것으로 밝혀져, 이러한 범죄에 대해서는 공소시효를 적용하고 있지 아니 한 1950년의 「평화보호에 관한 법률」에 따라 처벌이 가능했다고 한다.[277]

6. '인도에 반한 죄'의 공소시효배제와 소급효금지원칙

가. '인도에 반한 죄'의 객관적 성립요건과 공소시효배제

로마규정 제7조에 따르면 '인도에 반한 죄'란 "민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 살해, 절멸, 노예화, 주민의 추방 또는 강제이주, 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 신체적 자유의 다른 심각한 박탈, 고문, 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력, 이 항에 규정된 어떠한 행위나 재판소 관할범죄와 관련하여, 정치적·인종적·국민적·민족적·문화적 및 종교적 사유, 제3항에 정의된 성별 또는 국제법상 허용되지 않는 것으로 보편적으로 인정되는 다른 사유에 근거하여 어떠한 동일시될 수 있는 집단이나 집합체에 대한 박해, 사람들의 강제실종, 인종차별범죄, 신체 또는 정신적·육체적 건강에 대하여 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위"를 말한다.

이러한 '인도에 반한 죄'가 성립되기 위해서는 ① 어떠한 조직[278]이나 집단에 의해 민간인 주민에 대한 체계적이거나 광범위한 공격의 일환으로써 살해 등의 범죄행위가

277) 노기호, "5·18 특별법의 위헌여부 -5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-", 한양법학 제7집, 1996, 15면; 변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 651면.

278) 국제형사재판소(ICC) 판례에 의하면 로마규정 제7조 제2항 제(호a) 에서 의미하는 '조직(organization)'이란 국가의 일정 지역을 지배하는 정도의 힘을 가진 국가 유사의 조직에 한한다고 한다. 이에 대해 자세히는 ICC, Situation Kenya Decision, 31. 3. 2010, para. 93 이하 참조.

이루어졌을 것, ② 민간인 주민에 대한 공격이 국가나 조직의 정책으로 있었을 것, ③ 그러한 정책에 따르거나 그러한 정책을 조장하기 위하여 민간인 주민에 대한 체계적이거나 광범위한 공격이 있었을 것, ②의 요건과 관련하여 그러한 정책이 적극적으로 존재했어야 하는 것은 아니고(즉 외부적으로 그리고 명시적으로 나타나 있었어야 하는 것은 아님), 체계적이거나 광범위한 민간인 주민에 대한 공격을 용인하거나 묵시적으로 승인하는 정책이 존재한 것으로 충분하다.

한편 '인도에 반한 죄'의 공소시효와 관련하여 로마규정 제24조 제1호는 "누구도 이 규정이 발효하기 전의 행위에 대하여 이 규정에 따른 형사책임을 지지 아니한다."고 하여 소급효금지원칙을 천명하고 있으면서도 제29조에서는 "재판소의 관할범죄에 대하여는 어떠한 시효도 적용되지 아니한다."고 하여 공소시효배제를 규정하고 있다. 나아가 「전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약」 제1조 (b)에서도 '인도에 반한 죄'에 대하여 범행 시기와 상관없이 공소시효의 제한이 적용되지 아니한다고 하여 공소시효를 배제하고 있다. 또한 로마규정의 이행법률인 국제형사범죄법 제6조에 따르면 공소시효의 적용배제를 통해 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄는 공소시효가 적용되지 않음을 명확히 하고 있다.

이처럼 '인도에 반한 죄'에 대해서는 국제법상 또는 국내법상 공소시효가 배제되는 것이 일반 원칙으로 이해되고 있다. 그런데 '인도에 반한 죄'의 공소시효배제와 관련하여 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 자행된 광주시민학살 행위가 '인도에 반한 죄'에 해당되어 공소시효가 배제되는가에 있다.

나. 5·18민주화운동시 계엄군의 광주시민학살 행위가 '인도에 반한 죄'에 해당하는지 여부

5·18민주화운동의 사실관계에 대한 규명은 아직 완전히 이루어지 않았고, 이에 "1980년 광주 5·18민주화운동 당시 국가권력에 의한 반민주적 또는 반인권적 행위에 따른 인권유린과 폭력·학살·암매장 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 규명함으로써 국민통합에 기여함을 목적"으로 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법(이하 '5·18진상규명법'이라 함)」이 2018. 3. 13. 제정되었고 여러 우여곡절 끝에 5·18진상규명 조사위원회가 2020. 1. 3. 공식 출범하였다.[279] 조사위원회의 조사결과

보고서가 최종 채택되기 이전이지만 5·18 관련자 처벌에 대한 항소심판결[280]에서 법원에 의해 어느 정도 사실관계 확정이 이루어졌는데, 이는 5·18민주화운동과 관련하여 규명된 최소한의 사실관계로 이해될 수 있다. 5·18 관련자 처벌에 대한 항소심판결에서 밝혀진 사실관계를 바탕으로 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 자행된 광주시민학살 행위가 '인도에 반하는 죄'에 해당하여 공소시효가 배제되는지를 살펴볼 필요가 있다.

5·18 내란 사건 항소심판결은 5·18민주화운동을 초기단계(1980.5.18.부터 5.21.까지), 중간단계(1980.5.21.저녁부터 광주재진입작전 전까지) 및 광주재진입작전단계(1980.5.26.부터 5.27.까지) 3단계[281]로 나누어 살펴보면서 계엄군의 발포에 의해 최소한 수십명이 사망하였다는 것을 명시적으로 확정하였다. 5·18민주화운동에서 시위강경진압행위는 시위대원이든, 시위대원 아니든 상관없이, 즉 민간인 주민들을 대상으로 계엄군이라는 군대에 의해 1980. 5. 18.부터 5. 27.에 걸쳐 발포를 통해 이루어졌고, 광주지역이라는 광범위한 지역에서 최소 수십명의 사망자를 초래하면서 이루어졌기에 민간인 주민에 대한 체계적이거나 광범위한 공격에 해당한다. 그리고 항소심판결에서 인정된 사실관계에 의할 때 계엄군에 의해 자행된 광주시민학살 행위는 '인도에 반하는 죄'의 구체적 유형인 로마규정 제7조 제1항 제(a)호의 '살해'에 해당한다.

그리고 항소심판결에 의하면 12·12 군사반란 이후 전두환 등 신군부 세력은 비상계

279) 5·18진상규명법 제3조에 따르면 5·18민주화운동 진상규명조사위원회는 다음 각 호의 사항에 대한 진상을 규명한다.
1. 1980년 5월 당시 군에 의해 반인권적으로 이루어진 민간인 학살, 헌정질서 파괴행위 등 위법하거나 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종·암매장 사건 및 그 밖의 중대한 인권침해사건 및 조작의혹사건
2. 5·18민주화운동 당시 군의 시민들에 대한 최초 발포와 집단발포 책임자 및 경위, 계엄군의 헬기사격에 대한 경위와 사격명령자 및 시민 피해자 현황
3. 1988년 국회 청문회를 대비하여 군 보안사와 국방부 등 관계기관들이 구성한 '5·11연구위원회'의 조직 경위와 활동사항 및 진실왜곡·조작의혹사건
4. 집단학살지, 암매장지의 소재 및 유해의 발굴과 수습에 대한 사항
5. 행방불명자의 규모 및 소재
6. 5·18민주화운동 당시 북한군 개입 여부 및 북한군 침투조작사건
7. 제4조에 따른 5·18민주화운동 진상규명조사위원회가 이 법의 목적 달성을 위하여 진상규명이 필요하다고 인정한 사건

280) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결 25-26면.

281) 이에 대해 자세한 설명으로는 박경규, "국제범죄로서의 '광주사태' 진압행위에 대한 소추 가능성", 5·18민주화운동 진상규명을 위한 과제와 쟁점, 5·18기념재단, 231-232면 참조.

엄해제와 전두환 퇴진을 요구하는 대학가의 시위를 강력히 제압하고, 비상계엄을 전국적으로 확대하고, 국회를 해산시키고 비상대책기구를 설치하는 것을 시국수습방안으로 정리하였다.[282] 그리고 시위진압에 군이 동원되는 사태가 올 것에 대비하여 공수여단의 배치를 조정하는 등 미리 준비조치를 취하였다.[283] 군대조직은 국가조직의 일부에 해당하고, 국가조직의 일부를 책임지고 있는 자들이 사전에 시위대를 강경진압하기로 결의하였으므로 민간인 주민에 대한 공격이 '정책(policy)'으로 존재하여야 한다는 요건도 충족한다. 나아가 계엄군이 발포를 통해 민간인 주민인 시위대원과 시위대원 아닌 사람들을 체계적으로 또는 광범위하게 살해한 것은 민간인 주민인 시위대에 대한 강경진압이라는 정책의 일환으로 행해진 것으로, 그러한 정책의 일부로 실현된 것이라는 요건도 충족한다.

마지막으로 군대에 의한 강경진압 정책에는 이미 시위대원에 대한 발포도 묵시적으로 포함되어 있었다고 볼 수 있고, 적어도 자위권보유천명 시에 시위대에 대한 발포명령이 있었으며, 시위대에 대한 발포명령은 민간인 주민에 대한 공격 정책의 일환으로 이루어진 것이므로 광주사태에서 계엄군에 의해 사망한 모든 사람들과 관련하여 '인도에 반하는 죄'로서의 '살해'가 성립한다.[284]

다. 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법의 소급효금지원칙 위반 여부

(1) 문제의 소재

앞서 살펴본 것처럼 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 자행된 광주시민학살 행위는 의심할 여지없이 '인도에 반한 죄'로서의 '살해'에 해당한다. 그러나 12·12 군사반란과 5·18 내란 사건의 핵심 관련자들에 대해 '인도에 반하는 죄'로서의 '살해죄'를 적용하여 형사처벌하기 위해서는 로마규정의 이행법률이 제정되어 있어야 했는데 국제형사범죄법은 2007. 12. 21.에서야 제정되었다. 이에 입법자는 1995. 12. 21. 헌정범죄시효법과 5·18특별법을 제정하여 헌정질서파괴범죄와 집단살해에 해당하는

282) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결 25면.
283) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결 26면.
284) 박경규, "국제범죄로서의 '광주사태' 진압행위에 대한 소추 가능성", 5·18민주화운동 진상규명을 위한 과제와 쟁점, 5·18기념재단, 241-242면.

범죄에 대해서는 공소시효를 배제하였고, 5·18특별법 제2조를 통해 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행을 정지시켰다. 그러나 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 자행된 광주시민학살 행위가 '인도에 반한 죄'로서의 '살인죄'에 해당할지라도 행위자에게 불리한 공소시효의 사후적 정지·배제는 소급효금지원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 문제가 발생한다.

그런데 전두환·노태우 등 12·12 군사반란과 5·18 내란 사건의 핵심 관련자들에 대해 형사책임을 묻기 위해서는 그 전제로 헌정범죄시효법과 5·18특별법이 진정소급입법인지 여부가 판단되어야 한다. 왜냐하면 헌정질서파괴범죄에 해당하는 내란죄와 내란목적살인죄는 사형에 해당하는 범죄이므로 범행 당시의 형사소송법 제249조에 따라 그 공소시효는 15년인데, 헌정범죄시효법과 5·18특별법은 1980년 5·18 내란 사건이 있은 후 15년이 경과한 1995년 12월 21일 제정되었기 때문이다. 따라서 이 두 법률은 5·18 내란 사건의 공소시효 기산점을 언제로 보느냐에 따라 진정소급효가 될 수도 있고 부진정소급효가 될 수도 있다.

(2) 5·18민주화운동의 공소시효 기산점

5·18 내란 사건의 공소시효 기산점을 언제로 볼 것인가의 문제는 이미 1996년 1월 23일 전두환·노태우를 포함하여 5·18 내란 사건 관련자 16명을 공소제기하면서부터 제기되었다. 공소시효의 기산점을 언제로 볼 것인가에 따라 공소시효의 완성시기가 달라지기 때문이다.

형사소송법 제252조 제1항은 공소시효의 기산점이 범죄행위의 종료시부터 진행한다고 규정하고 있다. 이때 범죄행위 종료시의 의미에는 행위시설과 결과발생시설이 있으나, 후설에 의견이 일치되어 있다. 그리고 공소시효의 진행은 공소제기로 정지되고(형사소송법 제253조 제1항), 재정신청이 있으면 고등법원의 재정결정이 있을 때까지 공소시효의 진행이 정지된다(형사소송법 제262조의4 제1항). 따라서 5·18 내란 사건과 관련된 범죄행위, 특히 상태범인 내란죄[285]에 해당하는 범죄행위의 종료시점

285) 대법원은 "내란죄는 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위로서, 다수인이 결합하여 위와 같은 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 그 목적의 달성 여부는 이와 무관한 것으로 해석되므로, 다수인이 한 지방의 평온을 해

을 언제로 볼 것인지가 문제된다.

이와 관련하여 1996년 1월 23일 내란수괴 전두환·노태우에 대한 공소제기를 계기로 여러 견해가 제시되었다. 즉 ① 최규하 대통령의 하야일인 1980년 8월 16일이라는 견해, ② 전두환 대통령 취임일(제11대)인 1980년 9월 1일이라는 견해, ③ 제8차 개정 헌법의 발효시인 1980년 10월 27일이라는 견해, ④ 비상계엄 해제일인 1981년 1월 24일 24:00이라는 견해,[286] ⑤ 전두환 대통령 제12대 취임일인 1981년 3월 3일이라는 견해,[287] ⑥ 유신정권 붕괴 후 등장한 신군부가 통치권을 확립하기 위하여 설치한 국가보위비상대책위원회('국보위') 해체일인 1981년 4월 12일이라는 견해[288] 등이 있다. 그런데 "대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상 소추를 받지 않는다."는 헌법 제84조에 따라 내란죄의 피의자가 대통령으로 재임하는 기간에도 소추할 수 있기 때문에 공소시효는 중단되지 않고 진행하고 당시 형사소송법상 내란죄의 공소시효 기간인 15년임을 고려하면, 5·18 내란 사건 관련 피의자에 대한 공소시효의 완료일은 ① 1995년 8월 15일, ② 1995년 8월 31일, ③ 1995년 10월 26일, ④ 1996년 1월 23일, ⑤ 1996년 3월 2일, ⑥ 1996년 4월 11일 등이 된다. 그러나 이와 달리 내란죄 피의자가 대통령으로 재임하고 있는 기간에는 현실적으로 기소가 불가능하다고 본다면 그 재임기간(1980.09~1988.02)만큼 공소시효 기간이 늘어나게 될 것이다. 종래 검찰은 불기소처분 당시 최규하 대통령의 하야 일을 기준으로 삼아 1995년 8월 15일에 공소시효가 완성된 것으로 보았다.

대법원은 5·18 내란 사건의 공소시효 기산일과 관련하여 "비상계엄의 전국 확대로 인한 폭동행위와 함께 단일한 내란행위를 이룬다고 봄이 상당하므로, 위 비상계엄의 전국 확대를 포함한 일련의 내란행위는 위 비상계엄이 해제된 1981. 1. 24.에 비로소 종료되었다고 보아야 한다"[289]고 판시함으로써 비상계엄 해제일로 파악하였다.

할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하다."고 판시하였다(대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결).

286) 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995, 312면.

287) 허영, "5·18불기소처분의 헌법이론적 문제점", 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995, 88면.

288) 한인섭, "정치군부의 내란행위와 성공한 쿠데타론의 반법치성 -형사법적 검토를 중심으로-", 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995, 126면.

289) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

(3) 소결

생각건대 5·18 내란 사건의 공소시효 기산일을 비상계엄 해제일로 본 판례의 태도가 타당하다고 본다. 5·18 내란의 요체가 정권탈취 목적의 군대동원에 있다고 볼 때, 내란죄의 범죄행위는 국헌을 문란케 할 목적으로 군대를 동원하고 있는 동안 계속되고 있는 것으로 보아야 한다. 이 때문에 비상계엄을 지속하는 한 국민의 저항을 억압하기 위한 행위가 계속되고 있는 것이므로, 내란행위는 끝나지 않은 것이다. 따라서 5·18 내란 사건의 범죄행위 종료시점은 바로 비상계엄의 해제시점인 1981년 1월 24일로 보는 것이 타당하다고 본다.[290] 이 경우 공소시효의 완료일은 1996년 1월 23일이 되므로, 1995년 12월 21일 제정된 헌정범죄시효법과 5·18특별법은 공소시효가 아직 완성되지 않은 상태에서 제정된 것이 되고 두 법률은 부진정소급효를 갖는 법률이 된다. 이에 따라 5·18 내란 사건의 공소시효가 완성되기 전에 사후적으로 헌정질서파괴범죄와 집단살해의 공소시효를 배제하고 내란 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지 공소시효의 진행을 정지시킨 헌정범죄시효법과 5·18특별법은 소급효금지원칙에 위배되지 않는다.

7. '반인권적 국가범죄'의 공소시효배제와 소급효금지원칙

가. '반인권적 국가범죄'의 개념

일반적으로 '반인권적 국가범죄(state crimes against human rights)'란 "국가기관 내지 국가기관의 종사자가 그 직무를 행함에 있어 정당한 사유 없이 헌법과 법률에 반하여 시민을 살해·고문하는 등 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나, 이를 조직적으로 은폐·조작한 행위"라고 정의한다.[291] 반인권적 국가범죄의 구체적인 대상범죄로, "① 국가기관이 직무수행과정에서 정당화사유 없이 형법 제24장의 살인의 죄를 범한 경우, 형법 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄를

290) 같은 견해로 김성돈, "공소시효제도와 소급효금지원칙", 경북대학교 법학논고 제11집, 1995, 33면; 노기호, "5·18 특별법의 위헌여부 -5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-", 한양법학 제7집, 1996, 238면.

291) 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2014, 110면; 변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 646면; 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002. 6, 5면.

범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우, ② 국가기관이 형법 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), 특정범죄가중처벌등에관한법률 제15조(특수직무유기)의 죄, 형법 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸)의 죄 등을 범한 경우"가 언급되고 있다.[292]

특히 우리나라에서 인도에 반한 죄와 구별하여 반인권적 국가범죄라는 개념이 등장하게 된 배경은 과거 군사정권이나 권위주의 체제 하에서 국가기관에 의해 행해진 반인권적 범죄행위 내지 인권유린행위, 예컨대 중앙정보부에 의한 최종길 교수 고문살해 및 은폐사건(1973년), 청송감호소 교도관의 박영두씨 폭행치사 및 은폐사건(1984년), 국가안전기획부에 의한 수지 김 피살의 간첩조작사건(1987년), 고문경관 이근안의 다수 민주화인사들에 대한 고문사건 등에 대해 국제법상 인도에 반한 죄의 객관적 성립요건을 충족하지 못하여 이에 포섭시킬 수 없는 문제가 대두된 데 있다. 보다 구체적으로 고문기술자로 알려진 이근안은 1999년 이미 자신에 대한 공소시효가 지났음을 알고 경찰서에 자수를 했고, 검찰 역시 이근안의 범죄행위 상당부분에 대해 공소제기를 포기하였다. 그러나 인권단체는 "인도에 반한 죄에는 공소시효를 적용하지 않는다"는 원칙을 내세우며 반발하였다.[293] 하지만 인도에 반한 죄가 성립되기 위해서는 무엇보다 어떠한 조직이나 집단에 의해 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일환으로써 살해 등의 범죄행위가 이루어졌을 것이 요구되는데 이근안의 고문사건은 이러한 객관적 성립요건을 충족시키지 못한다. 이에 이러한 국가권력에 의한 반인권적 범죄행위에 대해 형사처벌의 당위성은 충분히 인정되지만, 이를 국제법상 인도에 반한 죄에 포섭시킬 수 없으므로 이와 구분되는 독자적인 개념으로 반인권적 국가범죄라는 개념이 만들어지게 되었다.[294]

나. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'의 차이점

반인권적 국가범죄는 국제법상 인도에 반한 죄와 다음과 같이 두 가지 점에서 구분된다. 하나는, 인도에 반한 죄가 문제된 상황은 1991년 이후 구유고연방공화국(특히

292) 변종필, 위의 글, 646면; 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002. 6 5-6면.
293) 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2014, 106면.
294) 박미숙, 위의 연구보고서, 110면.

보스니아 및 헤르체고비나)에서 발생한 대량학살·감금·강간 등 이른바 인종청소(ethnic cleansing)행위[295]나 르완다 내전에서 자행된 전쟁범죄 및 인권침해 행위[296]와 같이 민족 또는 인종분규 속에서 발생하는 무장충돌을 배경으로 하고 있으나, 우리나라에서 문제되는 반인권적 국가범죄는 국가권력에 의한 인권유린으로 그 배경에 있어 상당한 차이가 있다. 다른 하나는, 인도에 반한 죄는 민간인 주민에 대해 광범위하거나 체계적으로 그리고 국가정책 내지 조직적 정책에 수반하여 또는 그 연장선상에서 범해질 것, 일반적인 범죄보다 비인도성의 정도가 더 강해야 할 것을 요구하고 있으나, 반인권적 국가범죄는 국가권력에 의해 범해진 살인·고문 등 중대한 인권침해 행위로 인도에 반한 죄와 그 객관적 성립요건을 전혀 달리 한다. 따라서 인도에 반한 죄와 국가권력에 의한 반인권적 국가범죄는 동일시 되지 않는다. 이에 인도에 반한 죄의 개념에 포섭되지는 않지만 반인륜적, 반인도적 범죄의 성질이 강하게 나타나기 때문에 일반범죄와 동일하게 처리되어서는 안 되는 국가범죄유형으로 반인권적 국가범죄라는 개념이 새롭게 대두된 것이다.[297]

다. '반인권적 국가범죄'에 대한 공소시효배제 사후입법이 소급효금지원칙에 반하는지 여부

반인권적 국가범죄는 '인간의 존엄과 가치를 전면부정한 중대한 범죄행위'로서 인도에 반한 죄와 그 불법성이 유사하므로 인도에 반한 죄에 대해 공소시효가 배제되는 것과 마찬가지로 공소시효가 진행 중이거나 완성된 후에도 사후입법을 통해 공소시효를 정지·배제시키는 입법이 소급효금지원칙에 반하는지 여부가 문제된다.

이와 관련하여 국내 형법학계의 일부 견해는 국가범죄가 반윤리적 행위임을 인정하면서도 공소시효배제의 소급('진정소급효'이건 '부진정 소급효'이건 불문)을 통한 과거청산은 법치국가원리를 희생하는 '승자의 사법(Siegejustiz)'이라고 단언하면서 소급효금지원칙에 반한다고 본다.[298] 이 견해에 따르면 법치주의를 거역한 국가범죄의

295) 이러한 행위를 처벌하기 위해 1993년 구유고슬라비아 국제형사재판소가 창설되었다. 이에 대해 상세한 설명으로는 한희원, 국제인권법원론, 삼영사, 2012, 609-611면 참조.
296) 이러한 행위를 처벌하기 위해 1994년 르완다 국제형사재판소가 창설되었다. 이에 대해 상세한 설명으로는 한희원, 위의 책, 611-613면 참조.
297) 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2014, 110면.
298) 대표적으로 김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997.8, 16면.

처벌을 형법이나 특별법을 통해서 하는 것은 이론적 지반이 약하기 때문에 자유주의적 법치국가이념을 희생시켜서가 아니라 헌법정책적 차원에서 해결해야 한다고 주장한다.[299] 마찬가지로 독일의 형법학계에서도 공소시효의 사후적 변경이 행위자에게 불리한 이상 예외 없이 소급효금지원칙에 위배된다거나,[300] 진정 혹은 부진정 소급입법 여부를 떠나 국가는 공소시효의 변경을 통해 자신의 형벌권을 확대시켰다면 소급효금지원칙과 충돌한다거나,[301] 이미 완성된 공소시효나 완성되지 아니한 공소시효나 행위 당시 존재하지 않았고 사후에 창설된 행위자에게 불이익한 변동이라는 점에서 모두 소급효금지원칙의 적용범위에서 벗어날 수밖에 없다는 견해[302]가 제시되고 있다.

그러나 이러한 견해에 대해 "헌법부정적 행위가 형법상 불법의 가장 중요한 근거가 되며, 반인권적 국가범죄의 소급적 형사처벌을 '승자의 사법'이라고 평가하는 것은 지나치게 단순화된 정치공학적 평가"라는 점을 지적하면서 "형사소송법 개정이나 특별법 제정을 통해 반인권적 국가범죄에 대한 공소시효를 정지·배제하는 것은 소급효금지원칙에 반하지 않는다"는 견해가 제시되고 있다.[303] 나아가 이러한 견해를 지지하는 또 다른 논거로 소급효금지원칙은 당초 사후입법을 통한 국가권력의 자의적인 형벌권 행사로부터 시민의 자유권을 보장하기 위한 오랜 역사적 투쟁의 산물인데 거꾸로 반인륜적, 반인도적 범죄행위를 저지른 범죄인들에 대해 정당한 국가형벌권의 작동에 의해 형사처벌해야 함에도 불구하고 이들을 형사처벌로부터 보호하는 제도의 역류현상을 초래할 수 있다는 점이 제시되고 있다.[304] 다만 이러한 반인권적 국가범죄에 대한 공소시효배제를 원칙적으로 지지하면서도 진정소급효는 국가형벌권의 객관적 한계를 규정한 소급효금지원칙에 위배되기 때문에 인정하지 않는 것이 타당하다는 견해가 제시되고 있다. 왜냐하면 부진정소급효와 달리 진정소급효는 공소시효의 완성으로 이미 형벌권행사의 시간적 한계를 넘어선 상태에서 기존 법률에 의해 확보된

299) 김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997.8, 14-16면.
300) Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965, 522.
301) Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 4. 1991, Abschn. Rn 9.
302) Schmidt, JuS 1973, 535.
303) 조국, "'반인권적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17권 제1호, 2002. 6, 15-17면.
304) 서보학, "형법상 소급효금지원칙의 기능과 한계", 인권과 정의 통권 제251호, 1997.7, 96면.

시민의 신뢰보호 이익과 그로 인한 법적 안정성을 또 다시 새로운 법률로 부정하는 것으로, 이는 결국 법을 법으로써 부정함으로써 법치국가원칙을 스스로 무너뜨리고 부정하는 것과 같기 때문이라고 한다.[305]

더 나아가 최근 국가폭력의 중층적 특수불법성과 (준)리바이어던 형법이라는 개념을 통해 국가폭력의 공소시효배제가 소급효금지원칙에 반하지 않는다는 견해가 제시되고 있다.[306] 즉 국가폭력은 단순히 형법상 금지규범을 위반한 형법상 불법(결과불법)뿐만 아니라 헌법이 공권력의 행사주체에게 부과하고 있는 헌법상 의무위반까지 인정되어 헌법상 불법(행위불법)이라는 중층적 특수불법을 가지기 때문에 그 대응에 있어 단순한 형법적 불법에의 대응과 다른 규범적 기준이 적용되어야 한다고 본다.[307] 그리고 국가 내지 그 국가를 대표(대리)하여 직접적으로 공권력을 행사하는 공무원이 기본권 주체의 기본권을 침해하거나 그 법치국가 원칙들을 준수하지 않을 경우 국민으로부터 위임받은 공권력을 오남용한 괴수(리바이어던)가 되고, 이러한 괴수국가의 헌법위반적 불법에 대응함에 있어서는 법치국가 원칙들의 적용이 배제되거나 상대화되어야하는 것이 그 불법에 상응한 대응이라고 한다.[308] 이에 따라 국가가 괴수로 변하여 행한 국가폭력에 대해서만 적용되는 이른바 '리바이어던 형법'[309] 또는 국가(기관)가 아닌 국가공무원을 국가폭력의 주체로 상정한 형법모델인 '준리바이어던 형법'에서는 국가폭력의 주체인 국가(기관)에 대해서 기본권 주체에게만 타당한 법치국가 원칙들의 적용을 배제하거나 상대화할 수 있다고 한다. 그리하여 예컨대 영장주의원칙, 비례성원칙, '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로'라는 원칙, 책임주의원칙, 공소시효나 친고죄의 고소기간 등과 같이 절차법상 소추조건들과 연계된 소급효

---

305) 변종필, "반인도적·국가적 범죄와 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 666-667면.

306) 이때 국가폭력은 공권력의 주체가 정상적인 법치국가 내에서 공권력의 작용의 일환으로서 일정한 행위를 하고, 그 행위가 형법상 범죄구성요건에 해당하며, 범죄구성요건에 해당하는 공권력의 행사가 동시에 개인 피해자의 헌법사의 자유권적 기본권을 제한하거나 침해한 행위를 말한다고 한다(김성돈, "국가폭력과 형법, 그리고 헌법", 법조 통권 제731호, 2018.10, 15-17면). 이러한 국가폭력의 개념에 반인권적 국가범죄가 포함됨은 자명하다.

307) 김성돈, 위의 글, 23-24면.

308) 김성돈, 위의 글, 26면.

309) 이러한 리바이어던 형법은 국가폭력의 주체인 국가(기관)에 대해서 기본권 주체에게만 타당한 법치국가 원칙들의 적용을 배제하거나 상대화시키면서 형법적으로 대응하는 모델인 반면, 기본권주체인 개인에게 적용되는 형법을 '시민형법'은 범죄의 종류나 재범의 위험성 정도에 따라 수범자를 차별화하지 않고 모두에게 동일하게 법치국가 원칙들이 절대적으로 적용되어야 할 대응모델이라고 한다(김성돈, 위의 글, 32면).

금지원칙 등은 배제되거나 상대화될 수 있는데, 특히 국가폭력의 경우 공소시효의 적용을 배제하는 진정 소급입법을 헌법적으로 정당화하려면 이러한 (준)리바이어던 형법모델에 의해서 가능할 수 있다고 한다.[310]

라. 소결

생각건대 반인권적 국가범죄는 인도에 반한 죄에 상응할 정도로 반인륜적이고 반인권적이고 그 불법의 성질도 형법상 불법(결과불법)과 아울러 헌법상 불법(행위불법)이라는 중층적 특수불법성을 가지고 있기 때문에 사후입법을 통해 공소시효를 정지·배제하더라도 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 본다. 우선 반인권적 국가범죄의 소급적 형사처벌이 소급효금지원칙에 반하여 허용될 수 없다는 견해는 중대하고 명백한 반인권적 국가범죄를 저지른 범죄자에 대해 소급효금지원칙을 절대적 원칙으로 해석한 나머지 시민의 자유권을 보호해야할 국가(기관) 내지 그를 대표(대리)하는 공무원이 형법적 불법 이외에 헌법적 불법을 저질러 시민의 자유권적 기본권을 중대하게 침해함으로써 자유주의적 법치국가이념을 훼손시키는 행위에 대해 불가벌이라는 처벌의 공백을 초래한다. 이들을 처벌하는 것이 "자유주의적 법치국가이념의 희생"이 아니라 오히려 이들을 공소시효 만료를 이유로 처벌할 수 없음으로 인해 "자유주의적 법치국가이념이 붕괴"될 수 있는 위험을 야기하는 것은 아닌가 한다. 왜냐하면 반인권적 국가범죄에 의해 시민의 자유권이 유린되었음에도 불구하고 이를 단죄하지 못한다면 자유주의적 법치국가이념의 근간이 흔들릴 수 있기 때문이다. "하늘이 무너져도 정의는 세워라(Fiat justitia, ruat caelum)"라는 법언(法諺)은 바로 여기서 작동되어야 한다.

나아가 법치주의를 거역한 반인권적 국가범죄의 처벌을 형법이나 형사특별법을 개정 내지 제정에 의해 해결하려는 시도는 이론적 지반이 약하다고 지적하나,[311] 그 이론적 지반은 소급효금지원칙의 근본사상과 공소시효제도의 취지에 비추어 볼 때 탄탄하다고 본다. 즉 우선 소급효금지원칙이 담보고하자 하는 법치국가이념은 국가권력의 자의적인 소급적 형벌적용으로부터 시민의 자유와 인권을 보호하고자 한 것이지 시민의 자유권을 보호해야할 국가(기관) 내지 그를 대표(대리)하는 공무원이

310) 김성돈, "국가폭력과 형법, 그리고 헌법", 법조 통권 제731호, 2018.10, 41-42면.
311) 김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997.8, 14-16면.

시민의 자유권을 중대히 침해하고도 행위당시 존재하는 처벌규정에 의해 처벌받지 아니하는 정치적·법률적 상황을 조성함으로써 스스로를 형사처벌의 대상에서 의도적으로 제외한 이들을 보호하기 위한 원칙이 아니다.[312] 즉 반인권적 국가범죄의 행위자는 행위시에 죄가 되지 아니하는 범죄행위를 사후입법을 통해 처벌하는 것이 아니라 이미 행위시에 처벌규정이 명백히 존재하고 있었고 아직 진행 중이거나 이미 완료된 공소시효를 사후입법을 통해 정지·배제함으로써 처벌하고자 하는 것으로 소급효금지원칙의 보호대상이 되지 아니하는 것으로 봄이 타당하다고 본다.[313] 둘째, 소급효금지원칙이 갖는 일반예방적 효과를 고려해보더라도 반인권적 국가범죄의 행위자가 소급효금지원칙을 방패삼아 면책되는 것을 요구하는 것이 아닌 시민의 자유와 권리를 보호해야 할 헌법상의 명령과 의무를 저버리고 시민의 자유권을 중대하게 침해한 경우에 공소시효와 무관하게 언제나 처벌될 수 있다는 형사처벌에 대한 두려움으로 인해 그러한 중층적 특수불법 행위를 하지 않을 것을 요구하고, 이로써 앞으로도 언제든 자행될 수 있는 반인권적 국가범죄의 재출현을 사전에 예방할 수 있는 기능을 담당할 수 있다.[314] 마지막으로, 반인권적 국가범죄의 공소시효배제의 근거는 공소시효제도의 취지에서도 도출될 수 있다. 즉 ① 증거멸실 또는 산일과 관련하여 반인권적 국가범죄를 증명할 살아 있는 증거는 차고 넘치며, ② 반인권적 국가범죄를 통해 초래된 시민의 자유권의 침해와 이에 의한 법질서의 파괴는 시간의 경과로 회복되지 않으며 처벌의 필요성과 일반인의 처벌욕구가 역시 계속해서 강화될 뿐 감소되지 않으며, ③ 반인권적 국가범죄의 핵심 책임자들은 양심의 가책 없이 반인권적 범죄행위를 지시하고 법 위에 서서 자신의 행동을 정당화므로 이들의 인격변화를 예상할 수 없을뿐더러 공소시효의 완성으로 처벌면제의 혜택만을 누릴 뿐이다. 따라서 반인권적 국가범죄의 행위자에게는 공소시효제도의 취지에 부합하는 사유가 하나도 존재

312) Welke 교수 역시 "형벌불소급 원칙은 국가권력의 자의로부터 시민의 자유와 인권을 보호하기 위한 목적에서 성립된 원리이기 때문에 국가권력의 지배자로서 법치주의의 기본원리를 부정하거나 시민의 인간의 존엄성을 부정하는 불법을 저질렀다면 소급효금지의 원칙과 같은 죄형법정주의 원칙의 적용을 요구할 수 없"음을 적절히 지적하였다(Welke·한상훈 옮김, "소급효금지원칙의 의의와 한계", 민주법학 제10호, 1996, 130-132면 참조).

313) Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965, 521 ff.; Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, 57; Werle, Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz, NJW 1992, 2535.

314) Alexy, Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, 35면.

하지 않는다.[315]

요컨대, 시민에 의한 일반 형사범죄와 달리 중대하고 명백한 반인권적 국가범죄는 인간의 존엄과 가치를 전면부정한 중대한 범죄행위로서 공소시효가 진행 중이거나 완성된 후에도 사후입법을 통해 공소시효를 정지·연장·배제시키는 입법이 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 봄이 타당하다.

8. 반인권적 국가범죄의 공소시효배제 등에 관한 특례법안의 타당성

우리나라는 국제법상 인도에 반하는 죄에 포섭되지 않는 국가공권력에 의한 중대한 인권침해범죄와 이에 대한 조작·은폐범죄, 즉 반인권적 국가범죄에 대하여 공소시효의 적용을 정지·배제할 수 있는 특례법의 필요성을 인정하여 정치권을 중심으로 몇 차례 관련 특례법안이 제출된 바 있다.

따라서 이하에서는 특례법안에 나타난 반인권적 국가범죄의 구체적 대상범죄와 사후입법에 의한 공소시효배제에 따른 소급효금지원칙 위반 여부를 살펴보고자 한다.

가. 반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안의 주요 내용

(1) 이원영의원안

2005년 7월 이원영의원은 "국가공권력에 의해 범해진 살인죄 등 반인권범죄 및 그 조작·은폐행위 관련 범죄에 대하여 공소시효와 소멸시효를 정지 또는 배제함으로써 사회정의와 법적 평화를 회복하는 것을 목적"으로 하는 「반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안(이하 '이원영의원안'이라 함)」을 대표발의하였다.

이원영의원안은 ① 공무원이 직무수행과 관련하여 「형법」 제24장(살인의 죄)에 규정된 각 조의 죄를 범한 경우, 「형법」 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 「군형법」 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우에는 공소시효의 적용을 배제하고(안 제2조), ② 공무원이 직무수행과 관련하여 제2조에 규정된 범죄의 실체를 조작 또는 은폐하기 위하여 「형법」 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조

315) 같은 취지로 김동률, "반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-", 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013, 137-139면.

(불법체포·감금), 「형법」 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸), 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제15조(특수직무유기)의 죄를 범한 경우 그 조작 또는 은폐행위시부터 그 조작 또는 은폐행위가 공연히 밝혀질 때까지 공소시효의 적용을 정지하며(안 제3조), ③ 공소시효에 대하여는 이 법의 시행 이전에 공소시효가 완성하지 아니한 범죄행위에 대해서도 이 법을 적용하고, 국가를 상대로 하는 손해배상청구권에 대하여는 이 법 시행 이전에 이미 소멸시효가 완성한 경우에도 국가는 소멸시효완성을 주장할 수 없도록 하는 경과규정을 두었다(안 부칙 제2조).

그러나 이원영의원안은 제17대 국회에서 입법화되지 못하고 임기만료로 자동 폐기되었다.

(2) 정춘숙의원안

2018년 2월 제20대 국회에서 정춘숙의원은 "국가공권력을 이용하여 범한 살인죄 등의 중범죄를 포함하여 반인권범죄 및 그 조작·은폐행위 관련 범죄에 대하여 공소시효를 배제 또는 정지하고 재심사유 관련 특례를 규정함으로써 국가공권력의 도덕성과 정당성을 확보하고 사회정의를 구현함을 목적"으로 「반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안(이하 '정춘숙의원안'이라 함)」을 대표발의하였다.

정춘숙의원안은 ① 국가의 소추권 행사에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 공무원이 그 지위를 연장 또는 강화하거나 법률상 허용될 수 없는 정책·방침 또는 기관의 이익을 실현할 목적으로 공권력을 이용하여 조직적으로 「형법」 제250조제1항(살인), 제259조제1항(상해치사), 제262조(폭행치사), 제275조제1항(유기치사), 제301조의2(강간등 살인·치사), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·불법감금), 제125조(폭행·가혹행위) 또는 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제4조의2제2항(체포·감금·가혹행위치사)의 죄를 범한 경우에는 공소시효의 적용을 배제하고(안 제2조), ② 공무원이 제2조제1항에 따른 범죄를 조작 또는 은폐할 목적으로 공권력을 이용하여 조직적으로 「형법」 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), 제151조(범인은닉), 제152조(위증·모해위증), 제155조(증거인멸) 또는 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제15조(특수직무유기)의 죄를 범한 경우에는 그 소추권 행사에 장애가 존재하는 기간 동안 공소시효의 진행이 정지되며, 이때 제1항에 따른 소추권 행사

에 장애가 존재하는 기간이라 함은 제1항의 범죄행위가 종료한 때부터 제2조제1항의 공무원이 공직에서 퇴임한 때까지를 말한다(안 제3조).

그러나 정춘숙의원안 역시 제20대 국회에서 입법화되지 못하고 임기만료로 자동 폐기되었다.

(3) 이형석의원안

1998년 「국제형사재판소에 관한 로마규정」이 제정된 이후, 각국은 반인륜범죄 및 반인도범죄행위 등에 대하여 공소시효를 배제하는 방향으로 법령을 개정 중에 있다. 우리나라도 인간의 존엄과 가치를 존중하고 국제사회의 정의를 실현하기 위하여 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에 따른 이행법률인 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」을 2007년 12월 21일 제정(법률 제8719호)하여 시행하고 있다. 이에 2020년 6월 제21대 국회에서 이형석의원은 현행 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(이하 "헌정범죄시효법"이라 함)」의 제명 및 법령에 "반인도적 범죄행위"를 추가하여 해당행위에 대한 공소시효를 배제하도록 함으로써, 국제사회 기준에 맞춰 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호하기 위해 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법 일부개정법률안(이하 '이형석의원안'이라 함)」을 대표발의 하였다.

이형석의원안은 ① 현행 헌정범죄시효법상 "헌정질서 파괴범죄"(내란죄, 외환죄, 반란죄 및 이적죄 등) 및 "집단살해" 이외에 국가공권력의 민간인에 대한 살해, 상해, 감금, 고문 등을 "반인도적 범죄행위"로 규정하고(안 제2조), 공소시효의 적용이 배제되는 대상행위에 "반인도적 범죄행위"를 추가하며(안 제3조), 이에 따라 법률의 제명과 목적규정에 "반인도적 범죄행위"를 추가하고 있다(안 제명 및 제1조).

나. 특례법안의 검토 및 소결

(1) 입법방식: 특별법 vs.형사소송법

반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·연장·배제를 위한 입법방식은 특별법을 따로 제정 내지 개정하는 방식과 형사소송법을 개정하는 방식이 있을 수 있다. 앞서

언급한 세 법안은 모두 특별법의 방식을 선택하고 있다. 그러나 이와 달리 국가공권력 행사과정에서 범한 살인의 죄, 폭행·가혹행위의 죄에 대해서 공소시효를 배제하고, 해당 범죄를 조작·은폐하는 직무유기·직권남용 등의 죄에 대해서는 공소시효를 정지하는 내용의 「형사소송법 일부개정법률안(권미혁의원 대표발의, 의안번호 제12244호)」이 2018년 2월 발의된 바 있다.

세 법률안과 같이 특별법에 규정하는 방식은 ① 법률의 적용대상을 일반인 가운데 한정된 일부의 사람에게만 적용시키기 용이하고, ② 법의 상징적 의미나 적용대상과 범위를 명확히 할 수 있다는 등의 장점이 있는 반면, 형사소송법 개정 방식은 ① 법령의 통일적인 정비를 용이하게 할 수 있으며, ② 공소시효에 대한 기본체계를 규정하고 있는 형사소송법 개정을 통해 법체계상 일관성을 제고할 수 있다는 등의 장점이 있다.

생각건대 형사소송법상에서 규정하고 있는 공소시효 정지·배제는 형법전의 범죄를 기본대상으로 하고 있으나 헌정질서파괴범죄, 집단살해 등 죄, 13세 미만, 장애인 강간 등 죄, 13세 미만, 장애인 강제추행 등 강간등살인죄, 미성년자 대상 성폭력범죄, 아동·청소년 대상 성범죄, 아동학대범죄는 이미 특별법을 통해 공소시효를 정지·배제시키고 있는 점(아래 〈표 1〉 참조), 특별법 방식이 국민의 법감정과 사회정의에 부합할 뿐만 아니라, 여론의 확산 측면에서도 효과적일 것임을 고려할 때 반인권 국가범죄와 같이 중대하고 명백하게 인권을 침해한 국가범죄의 공소시효 정지·배제는 특별법의 제정 또는 개정의 방식이 보다 타당하다고 본다.

[표 1] 특정범죄에 대한 공소시효 정지·배제 법률 제·개정 현황

법률 (개정일)	대상범죄	정지	배제
5 · 18민주화운동 등에 관한 특별법 제2조 (95.12.21.)	12.12./5.18. 전후 발생한 헌정질서파괴범죄	1993.2.까지	
헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법 제3조 (95.12.29.)	헌정질서 파괴범죄 등		배제
국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제6조 (07.12.21.)	집단살해죄 등		배제
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제20조제1항 (10.4.15.)	미성년자 대상 성폭력범죄	성년까지	
아동 · 청소년의 성보호에 관한 법률 제7조의3 (10.4.15.)	아동 · 청소년 대상 성범죄	성년까지	
성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제20조제3항 (11.11.17.)	13세 미만, 장애인 강간 등		배제
아동 · 청소년의 성보호에 관한 법률 제7조의3제3항 (12.2.1.)	13세 미만, 장애인 강간 등		배제
성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제21조제4항 (12.12.18.)	13세 미만, 장애인 강제추행 등 강간등살인		배제
아동 · 청소년의 성보호에 관한 법률 제20조제4항 (12.12.18.)	13세 미만, 장애인 강제추행 등 강간등살인		배제
아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제34조제1항 (14.1.28.)	아동학대범죄	성년까지	
형사소송법 제253조의2 (15.7.31.)	살인죄		배제

출처: 서효원, "공소시효 관련 법률 개정의 현황과 문제점," 형사소송 이론과 실무 제8권 제2호, 2016, 12-14면 재구성.

(2) 공소시효 정지·배제 대상범죄

반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·배제를 제안하고 있는 세 법률안은 그 대상범죄가 모두 상이하다. 이와 관련하여 우선 이형석의원안은 "국가 또는 단체·기관이 광범위하고 체계적인 공격으로 민간인을 살해, 상해, 감금, 고문, 강간 및 강제추행하는 행위"를 "반인도적 범죄행위"로 규정하고 그 공소시효를 배제하고 있다. 그러나 이형석의원안의 반인도적 범죄행위는 국제형사범죄법 제9조[316]에서 규정하고 있

316) 국제형사범죄법 제9조(인도에 반한 죄) ① 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 사람을 살해한 사람은 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
② 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한

는 '인도에 반한 죄'와 일정 부분 그 내용이 중복되어 그 실익이 적다는 점, 국가공권력에 의하여 자행된 각종 고문(치사)사건, 폭행치사사건이나 조작된 간첩사건 등 권위주의 체제하에서 국가권력을 유지할 목적으로 국민에게 행사된 반인권적 국가범죄와도 그 성질을 다소 달리 한다는 점, 공소시효 정지·배제의 대상범죄를 구분하지 않고 있다는 점에서 지지하기 어렵다고 본다.

다음으로, 이원영의원안과 정춘숙의원안은 반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 대상범죄를 다소 상이하게 규정하고 있다. 즉 이원영의원안은 "공무원이 직무수행과 관련하여 「형법」 제24장(살인의 죄)에 규정된 각 조의 죄를 범한 경우, 「형법」 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 「군형법」 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우"를, 정춘숙의원안은 "국가의 소추권 행사에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 공무원이 그 지위를 연장 또는 강화하거나 법률상 허용될 수 없는 정책·방침 또는 기관의 이익을 실현할 목적으로 공권력을 이용하여 조직적으로 「형법」 제250조 제1항(살인), 제259조제1항(상해치사), 제262조(폭행치사), 제275조제1항(유기치사), 제301조의2(강간등 살인·치사), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·불법감금), 제

광범위하거나 체계적인 공격으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

1. 식량과 의약품에 대한 주민의 접근을 박탈하는 등 일부 주민의 말살을 불러올 생활조건을 고의적으로 부과하는 행위
2. 사람을 노예화하는 행위
3. 국제법규를 위반하여 강제로 주민을 그 적법한 주거지에서 추방하거나 이주하도록 하는 행위
4. 국제법규를 위반하여 사람을 감금하거나 그 밖의 방법으로 신체적 자유를 박탈하는 행위
5. 자기의 구금 또는 통제하에 있는 사람에게 정당한 이유 없이 중대한 신체적 또는 정신적 고통을 주어 고문하는 행위
6. 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임 또는 이와 유사한 중대한 성적 폭력 행위
7. 정치적·인종적·국민적·민족적·문화적·종교적 사유, 성별 또는 그 밖의 국제법규에 따라 인정되지 아니하는 사유로 집단 또는 집합체 구성원의 기본적 인권을 박탈하거나 제한하는 행위
8. 사람을 장기간 법의 보호로부터 배제시킬 목적으로 국가 또는 정치단체의 허가·지원 또는 묵인하에 이루어지는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위
   가. 사람을 체포·감금·약취 또는 유인(이하 "체포등"이라 한다)한 후 그 사람에 대한 체포등의 사실, 인적 사항, 생존 여부 및 소재지 등에 대한 정보 제공을 거부하거나 거짓 정보를 제공하는 행위
   나. 가목에 규정된 정보를 제공할 의무가 있는 사람이 정보 제공을 거부하거나 거짓 정보를 제공하는 행위
9. 제1호부터 제8호까지의 행위 외의 방법으로 사람의 신체와 정신에 중대한 고통이나 손상을 주는 행위

125조(폭행·가혹행위) 또는 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제4조의2제2항(체포·감금·가혹행위치사)의 죄를 범한 경우"에 공소시효를 배제하고 있다. 이원영의원안의 대상범죄와 관련하여 우선 형법 제24장 살인의 죄는 살인죄, 존속살해죄, 영아살해죄, 촉탁·승낙에 의한 살인죄, 자살교사·반죄죄, 위계·위력에 의한 살인죄를 포함하고 있는데, 이 가운데 살인죄와 위계·위력에 의한 살인죄를 제외한 나머지 살인의 죄는 반인권적 국가범죄의 대상에 포함되기 어렵다고 본다. 나아가 단순한 형법 제125조의 폭행·가혹행위의 죄, 군형법상 가혹행위의 죄를 범한 경우 최고 법정형이 5년 징역으로 공소시효기간이 5년에 불과하므로 현행법상 공소시효가 배제되는 살인죄, 헌정질서파괴죄(내란죄, 외환죄, 반란죄, 이적죄)와 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄는 그 최고 법정형이 사형임과 비교할 때 공소시효배제 대상범죄에 포함시키기 어렵다고 본다. 이러한 관점에서 볼 때 정춘숙의원안의 공소시효배제 대상범죄 가운데 「형법」 제250조제1항(살인), 제259조제1항(상해치사), 제262조(폭행치사), 제275조제1항(유기치사), 제301조의2(강간등 살인·치사), 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제4조의2제2항(체포·감금·가혹행위치사)의 죄를 범한 경우로 한정함이 타당하다고 본다. 왜냐하면 반인권권 국가범죄에서 공소시효가 배제되는 대상범죄는 적어도 국가공권력의 불법적·자의적 행사로 말미암아 국민을 살해하거나 사망에 이르게 한 경우로 엄격히 한정함이 타당하기 때문이다.

마지막으로, 이원영의원안과 정춘숙의원안은 반인권적 국가범죄의 공소시효 정지 대상범죄에 대해 "제2조에 규정된 범죄의 실체를 조작 또는 은폐하기 위하여 「형법」 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), 「형법」 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸), 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제15조(특수직무유기)의 죄를 범한 경우"로 동일하게 규정하고 있다. 국가공권력이 불법적·자의적으로 행한 살인죄 등 반인권적 국가범죄를 조작 또는 은폐하기 위하여 행한 이러한 범죄에 대해 그 행위를 하거나 조장·방임·묵인한 정치세력이 집권한 동안에는 국가 소추권행사에 사실상 장애가 있으므로, 해당 범죄에 대해 일정기간 동안 공소시효를 정지하는 것은 입법목적과 공소시효의 정지제도를 두는 취지에 부합한다고 본다. 다만 범인은닉, 위증, 증거인멸 등의 죄는 일반인도 범죄주체가 될 수 있는데 공무원이 범한 경우에만 공소시효를 정지시키는 것은 범죄자 간의 형평

성에 어긋난다는 비판이 제기될 수 있으나,[317] 이들 범죄를 단순히 공무원 신분에서 범한 것이 아니라 공무원의 신분을 이용하여 반인권적 국가범죄를 조작 또는 은폐하기 위한 범한 것으로 앞서 언급한 바와 같이 중층적 특수불법이라는 성질을 고려할 때 형평성에 어긋난다고 보기 어렵다고 본다.

[표 2] 공소시효가 정지되는 죄명과 현행법상 공소시효 기간

죄 명	법 정 형	공소시효 기간
「형법」 제122조(직무유기)	1년 이하 징역이나 금고 또는 3년 이하 자격정지	5년
「형법」 제123조(직권남용)	5년 이하 징역, 10년 이하 자격정지 또는 1천만원 이하 벌금	7년
「형법」 제124조(불법체포·감금)	7년 이하 징역과 10년 이하 자격정지	7년
「형법」 제151조(범인은닉)	3년 이하 징역 또는 500만원 이하 벌금	5년
「형법」 제152조(위증·모해위증)	5년 이하 징역 또는 1천만원 이하 벌금 10년 이하 징역	7년 10년
「형법」 제155조(증거인멸 등)	5년 이하 징역 또는 700만원 이하 벌금 10년 이하 징역	7년 10년
「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제15조 (특수직무유기)	1년 이상 유기징역	10년

(3) 공소시효 정지 기간

반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지 기간에 대해 이원영의원안과 정춘숙의원안은 차이를 보이고 있다. 즉 이원영의원안은 “조작 또는 은폐행위가 개시된 때부터 그러한 조작 또는 은폐 사실이 공연히 밝혀진 때까지”를, 정춘숙의원안은 “제1항의 범죄행위가 종료한 때부터 제2조제1항의 공무원이 공직에서 퇴임한 때까지”를 공소시효 정지 기간으로 규정하고 있다. 이와 관련하여 공소시효 정지 기간은 정지 기간이 만료된 때부터 잔여 공소시효 기간이 진행된다는 점에서 그에 따라 공소시효에 의하여 형사소추권이 소멸되는 시점이 결정되고, 공소시효제도에 근거한 법적 이익이 연관되어 있으므로 명확하게 규정되는 것이 바람직하다. 예컨대 현행법상 공소시효 정

317) 김종두, 반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안(이원영의원 발의) 검토보고, 2005.9, 15면 각주 19).

지사유를 살펴보면 공소의 제기, 형사처벌을 면할 목적의 범인 국외도피, 재정신청, 소년보호사건의 심리개시결정 등이 있으며,[318] 공소시효 정지시기와 정지된 공소시효의 나머지 기간이 다시 진행되는 시기가 명확하다. 그런데 이원영의원안의 "공연히" 밝혀진 때라는 표현은 '상태'가 아닌 특정한 '시점'이라는 기준으로 사용하기에 지나치게 불명확하며, 정춘숙의원안의 "공무원이 공직에서 퇴임한 때"는 비교적 그 시점이 명확해 보이나 해당 공무원이 조기에 퇴직한 때에는 그만큼 공소시효 정기기간이 지나치게 짧게 되어 특별법을 통해 공소시효 정지 기간을 규정한 실익이 적어진다고 본다.

따라서 반인권 국가범죄에 대한 공소시효 정지 기간은 반인권적 국가범죄를 규정한 "제○조에 규정된 범죄를 조작 또는 은폐하기 위한 「형법」 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·불법감금), 제151조(범인은닉), 제152조(위증, 모해위증), 제155조(증거인멸) 및 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제15조(특수직무유기)의 죄에 대하여는 해당 범죄행위의 종료일부터 조작 또는 은폐사실이 법원의 판결이나 권한 있는 국가기관에 의하여 인정된 때까지"로 규정함이 타당하다고 본다. "조작 또는 은폐사실이 법원의 판결이나 권한 있는 국가기관에 의하여 인정된 때"로 함으로써 그 만료시점을 명확하게 할 수 있으며, 공소시효 정지 기간이 지나치게 짧아지는 문제점을 해소할 수 있기 때문이다.

(4) 소급적용 여부

반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·배제를 도입하는 특별법을 제정 또는 개정할 때 가장 큰 걸림돌이 공소시효에 관한 특례의 소급효를 인정할지 여부이다. 이와 관련하여 이원영의원안만이 부칙 제2조 제1항에 "이 법 시행 이전에 공소시효가 완성하지 아니한 범죄행위에 대해서도 이 법을 적용한다."고 규정하여 이미 공소시효가 완성된 범죄행위에 대한 진정소급효를 인정하지 아니하고 이른바 '부진정소급효'

318) 형사소송법 제253조(시효의 정지와 효력) ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.
③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다.
제262조의4(공소시효의 정지 등) ① 제260조에 따른 재정신청이 있으면 제262조에 따른 재정결정이 확정될 때까지 공소시효의 진행이 정지된다.
소년법 제54조(공소시효의 정지) 제20조의 규정에 의한 심리개시의 결정이 있는 때로부터 그 사건에 대한 보호처분의 결정이 확정될 때까지 공소의 시효는 그 진행이 정지된다.

만을 인정하는데 그치고 있다.

이러한 입장은 최근 특정 범죄에 대해 공소시효배제를 규정하면서 부진정소급효만을 인정하는 법률개정과 관련된 판례의 태도를 따른 것으로 이해된다. 우선 「형사소송법」은 2015년 7월 31일 개정(법률 제13454호)을 통해 "사람을 살해한 범죄(종범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄에 대하여는 제249조부터 제253조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다."(제253조의2)고 규정하여 살인죄에 대해 공소시효의 적용을 배제하였다. 그리고 그 소급적용 여부와 관련하여 「형사소송법」 부칙(법률 제13454호) 제2조(공소시효의 적용 배제에 관한 경과조치)에서 "제253조의2의 개정규정은 이 법 시행 전에 범한 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여도 적용한다."고 규정하여 부진정소급효를 분명히 하였다. 나아가 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」은 2012년 12월 18일 개정(법률 제11556호)을 통해 "13세 미만의 사람 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대한 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 강간등 상해·치상, 강간등 살인·치사"를 범한 경우(동법 제21조 제3항)뿐만 아니라 형법 제301조의2의 강간등 살인, 성폭력특별법 제9조 제1항의 강간등 살인·치사, 아동·청소년성보호법 제10조 제1항의 강간등 살인·치사, 군형법 제92조의8의 강간등 살인의 경우(동법 제21조 제4항)에도 공소시효를 배제하였다. 그리고 그 소급적용 여부와 관련하여 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 부칙(법률 제11556호) 제3조(공소시효 진행에 관한 적용례)에서 "이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제21조의 개정규정을 적용한다."고 규정하여 부진정소급효만을 인정하였다. 대법원 역시 "2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 2011. 11. 17. 시행된 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '이 사건 법률'이라 한다)을 통하여 피고인에게 불리한 내용의 공소시효 배제조항을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 두지 아니한 경우 그 공소시효 배제조항의 시적 적용 범위에 관하여는 보편타당한 일반원칙이 존재하지 아니하므로 각국의 현실과 사정에 따라 그 적용 범위를 달리 규율할 수 있는데, 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 형사소송법이 종전의 공소시효 기간을 연장하면서도 그 부칙 제3조에서 "이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다."고 규정함으로써 소급효를 인정하지 아니한다는 원칙을 밝힌 점, 특별법에 소급적용에 관한 명시적인 경과

규정이 없는 경우에는 일반법에 규정된 경과규정이 적용되어야 하는 점 등에 비추어 공소시효가 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용하여야 하고, 이 사건 법률에는 소급적용에 관한 명시적인 경과규정이 없어 이 사건 장애인 준강간의 점에 대하여는 이 사건 법률 제20조 제3항을 소급하여 적용할 수 없으므로 그 범행에 대한 공소가 범죄행위 종료일부터 7년이 경과한 후에 제기되어 공소시효가 완성되었다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 면소를 선고한 원심의 판단은 정당하다."[319]고 판시하여 진정소급효를 인정하지 않고 있다.

생각건대 앞서 언급한 바와 같이 살인죄나 13세 미만의 사람 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대한 강간 등 시민에 의한 일반 형사범죄와 달리 중대하고 명백한 반인권적 국가범죄는 인간의 존엄과 가치를 전면부정한 중대한 범죄행위로서 공소시효가 진행 중이거나 만료한 이후에도 사후입법을 통해 공소시효를 정지·배제시키더라도 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 봄이 타당하다고 본다. 반인권적 국가범죄의 경우 헌법의 기본이념과 시민의 기본권이 국가권력에 의해 중대하게 침해되었기 때문에 국가의 부당한 형벌권 행사로부터 시민을 보호하기 위한 근대 법치주의국가 형법의 대원칙인 소급효금지원칙이 원용될 수 없으며, 일정한 공소시효 기간이 경과할 경우 당연히 형벌을 면제받을 것이라는 신뢰는 어떠한 경우에도 반드시 보호되어야 하는 절대적 가치도 아니기 때문이다. 헌법재판소 역시 진정소급효라고 할지라도 '특단의 사정이 있는 경우'에는 예외적으로 허용될 수 있으며, 이때 예외적 허용의 기준으로 "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 경우"[320]를 제시한 바 있다. 즉 반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·배제를 통해 달성하고자 하는 공익은 개인과 달리 강력한 권력을 소유하고 형사소추권을 독점한 국가가 이러한 공권력을 시민의 자유권적 기본권을 보호하기 위해 사용하지 않고 이를 남용하여 중대하고 명백한 인권침해범죄를 저지르거나 중대하고 명백한 인권침해범죄를 조작 또는 은폐한 경우에는 비록 구체적으로 범죄행위를 저지는 주체가 공무원 개인이라고 하더라도

319) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도1362, 2015전도19 판결.
320) 헌법재판소 1996.2.16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 전원재판부 결정.

이를 단순히 개인의 범죄로만 볼 수 없다. 따라서 이러한 반인권적 국가범죄에 대하여 비록 사후입법이지만 공소시효를 정지·배제하는 특례를 인정하여 처벌할 수 있는 가능성을 열어 둠으로써 중대하고 명백한 반인권적 국가범죄로 인하여 피해를 받은 피해자의 인권을 보호하고 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 국가의 헌법상 의무를 확인하며, 적어도 '인도에 반하는 죄'를 포함하여 이러한 반인권적 국가범죄는 이를 응징하여 실질적 정의를 회복함이 중대한 반면 반인권적 국가범죄의 범죄자가 일정한 공소시효 기간이 경과할 경우 당연히 형벌을 면제받을 것이라는 신뢰보호의 이익은 상대적으로 미약하다고 본다. 더욱이 반인권적 국가범죄에 대한 형사처벌의 공익적 필요성은 단지 '법질서의 회복' 차원에서가 아니라 '헌법적 차원의 인권법질서의 회복'에 관계되는 것임을 고려해야 한다.[321] 다만 반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·배제의 진정소급효를 분명히 하기 위해 특별법안의 부칙에 "이 법 시행 이전에 공소시효가 완성된 범죄행위에 대해서도 이 법을 적용한다."라는 취지의 경과조치를 둠이 바람직하다고 본다.

제3절 | 사면의 허용여부 및 조사·수사에 협조한 하급자의 면책·감경 여부

1. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의 허용 여부

가. 사면제도의 의의

사면권은 대통령의 헌법상 사법부에 관한 권한으로서 형사소송법 또는 그 밖의 형사법규상 절차에 의하지 아니하고 형의 선고의 효과 또는 공소권을 소멸시키거나 형 집행을 면제시키는 대통령의 고유한 권한을 의미한다.[322] 대통령의 사면권은 역사적으로 볼 때 군주의 은사권(恩赦權) 내지 은전권(恩典權)의 유물로, 오늘날에도 여전

321) 이재승, "반인권 국가범죄의 공소시효배제와 소급효", 민주법학 제30호, 2006, 114면.
322) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1019면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 587면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 1021면.

히 '은사'라는 개념으로 부르는 국가도 있으며(일본), 영어권에서 사용하는 clemency 도 그 어원은 '자비, 친절'을 뜻하는 라틴어에서 온 것이다.[323]

사면법은 사면의 종류와 관련하여 일반사면과 특별사면을 구분하여 정하고 있다(제2조). 이때 일반사면은 원칙적으로 범죄의 종류를 지정하여 여기에 해당하는 모든 범죄인에 대하여 형의 선고의 효과를 전부 또는 일부를 소멸시키거나, 형의 선고를 받지 아니한 자에 대해서는 공소권을 소멸시키는 행위를 말한다. 이러한 일반사면은 특별히 지정된 범죄의 모든 범죄자에 대하여 그 효과가 나타난다는 점에서 '일반예방적 효과'를 지향한다. 그리고 일반사면의 경우 일률적인 형벌효과의 면제는 법의 일반적 타당성을 해치고 입법부에 대한 행정부의 지나친 월권으로 작용하기 때문에 대다수의 국가는 국회의 동의를 받거나 국회에서 법률의 형식에 의하도록 함으로써 제한을 가하고 있다.[324] 반면에 특별사면은 이미 형의 선고를 받은 특정인에 대해 형 집행을 면제하여 주는 행위를 말하는데, '특정인'에 대하여 선고된 형을 면제시켜 준다는 점에서 '특별예방적 효과'를 지향한다. 다만 특별한 사정이 있을 때에는 이후 형 선고의 효력을 상실하게 할 수 있다(사면법 제5조 제1항 제2호). 하지만 일반사면과 마찬가지로 형의 선고에 의한 기성(旣成)의 효과는 사면, 감형 및 복권으로 인하여 변경되지 아니한다(사면법 제5조 제2항). 그러므로 벌금·과료·몰수·추징 등을 선고받은 자가 이미 벌금 등의 전부 또는 일부를 납입한 후에 사면을 받더라도 납부한 금액은 환급되지 아니한다.

1948년 제헌 이후 국회의 동의를 요하는 일반사면이 총 7차례에 걸쳐 행해졌다. 반면에 국회의 동의를 요하지 않는 특별사면은 '사회통합', '국민화합', '경제살리기' 등의 명분 아래 이승만 정부 8회(9,344명), 허정 내각 2회(3,221명), 박정희 정부 21회(22,369명), 전두환 정부 13회(8,250명), 노태우 정부 6회(6,746명), 김영삼 정부 9회(38,750명), 김대중 정부 6회(70,321명), 노무현 정부 8회(37,188명), 이명박 정부 7회(12,966명), 박근혜 정부 3회(17,328명), 문재인 정부 3회(15,996명) 등 총 86회 시행되었고 특별사면된 인원만 해도 총 242,479명에 달한다[그림 1] 참조).[325]

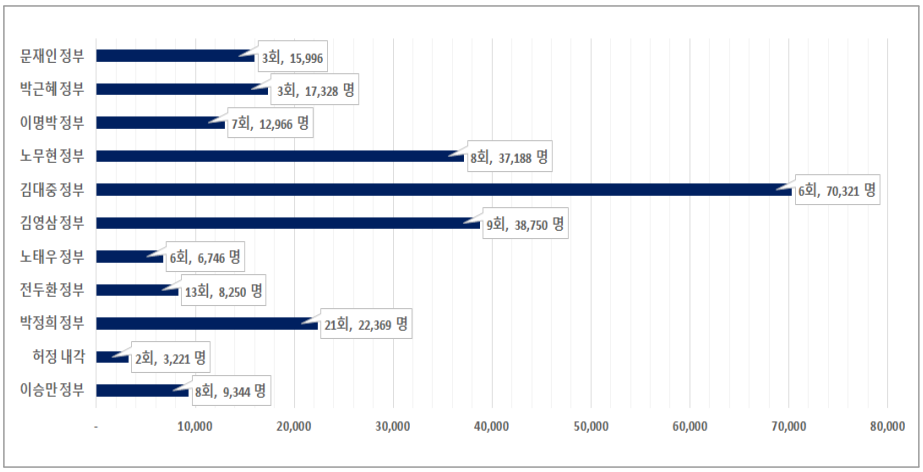
---

323) 사면의 연혁에 대한 상세한 설명으로 이석민, 사면권의 한계에 대한 헌법적 검토, 헌법재판연구원, 2019, 10-12면; 전찬희, "대통령 사면권행사의 한계와 개선방향에 관한 연구", 법과정책 제21권 제2호, 2015, 357-362면 참조.

324) 정현미, "사면의 법치국가적 한계", 형사법연구 제20호, 2003, 325면.

325) 역대 정부의 특별사면 현황에 대한 자세한 분석으로는 고문현, "제19대 국회 사면법 개정안에 대한 평가", 공법학연구 제14권 제2호, 2013, 264-267면; 이승호, "사면제도의 개혁을 위한

[그림 1] 역대 정부의 특별사면 현황



출처: 김재윤, "정치적 특별사면과 사법정의 -특별사면 폐지론을 중심으로-" 형사정연구 제29권 제2호, 2017 8, 119면.책

[그림 1]을 볼 때 우리나라에서 특별사면이 대통령에 의해 얼마나 손쉽게 오·남용되었는지 알 수 있다. 이와 같이 빈번하고 대량화된 특별사면으로 인해 헌법과 사면법에서 규정하고 있는 일반사면과 특별사면의 구별의 실질적인 의미가 거의 사라져 "일반사면과 같은 특별사면"이 반복되고 있다. 더욱이 이러한 특별사면의 대상자는 일반형사범보다 부정부패에 연루되었던 전직 거물정치인 또는 고위공직자, 비리 경제인, 선거사범이 주를 이루고 있다는데 문제의 심각성이 있다. 이러한 역대 정부의 특별사면의 현황을 보면 특별사면은 제왕적 대통령에 의해 자의적·무분별적·무제한적으로 행사됨으로써 헌법과 법률에 근거한 전체 형사사법체계와 그 실현 과정, 내용, 결과 등을 무력화 및 형해화 한다는 비판에서 자유로울 수 없다.[326] 한마디로 우리나라 사면법에서 규정하는 특별사면의 역사는 정치적 편의에 따른 오·남용의 역사라고 말할 수 있다. 그렇다면 현행 사면법에 따르면 제왕적 대통령제 하에서 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 피고인에 대해서도 국회의 동의를 요하지 않으므

소고(小考)", 형사정책 제25권 제1호, 2013.4, 126-127면; 이영주·승재현·김성배·서보건, 사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향 -사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련-, 한국형사정책연구원, 2013, 35-45면; 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 12-19면 참조.

326) 같은 지적으로는 이세주, "대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰", 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.12, 10면.

로 특별사면이 허용될 수밖에 없는 한계를 가지고 있는바, 그 타당성 여부가 문제되지 않을 수 없다.

따라서 이하에서는 정치적 특별사면의 주요 국내외 사례를 간략히 살펴보고 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의 허용 여부를 검토하고자 한다.[327]

나. 정치적 특별사면의 주요 국내외 사례

(1) 주요 국내 사례

김영삼 정부 이후 시행된 특별사면 가운데 "형사사법의 빗장을 언제라도 열어젖히는 무소불위의 파옥(破獄)의 도구"[328]로 전락한 정치적 특별사면의 대표적 사례를 간략히 언급하면 다음과 같다. 우선 김영삼 정부는 1997. 12. 22. 특별사면의 전격 단행을 통해 1997. 4. 17. 대법원[329]에서 '12·12 군사반란' 및 '5·18 내란과 광주 학살' 그리고 '비자금 조성' 등의 비리 혐의로 무기징역과 추징금 2천2백5억 원이 확정된 전두환과 징역 17년과 추징금 2천6백28억 원이 확정된 노태우를 복역 2년 만에 풀어주었다. 또한 정호용 전국방부장관, 장세동 전안기부장, 안현태·이현우 전청와대 경호실장 등도 석방되거나 남은 형량을 면제받았다.

김대중·노무현 정부에서도 특별사면은 남용됐다. 김대중 정부에서는 한보그룹 정태수 전 회장으로부터 국정조사와 관련하여 금품을 수수한 범죄사실로 1997년 12월 26일 대법원[330]에서 징역 5년, 추징금 2억5천만 원의 형이 확정 된지 채 8개월이 지나지 않는 권노갑 전 의원에 대해 1998년 8월 광복절 특별사면을 단행하였다. 다음해 광복절 특별사면에서는 '한보 게이트'의 장본인이었던 정태수 전 회장과 여기에 연루된 김영삼 전 대통령의 차남 김현철 등도 특별사면 되었다.

노무현 정부도 예외는 아니어서 각종 비리 혐의로 구속되거나 유죄를 선고받은 김대중 전대통령의 아들과 최측근 인사들에 대해 특별사면을 했다. 김대중 전 대통령의 차남 김홍업은 2002년 '이용호 게이트'에 연루돼 대법원에서 실형을 선고 받았으

327) 이하의 논의는 김재윤, "정치적 특별사면과 사법정의 -특별사면 폐지론을 중심으로-", 형사정책 연구 제29권 제2호, 2017.8, 117면 이하 참조.
328) 이승호, "사면제도의 개혁을 위한 소고(小考)", 형사정책 제25권 제1호, 2013.4, 127면.
329) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.
330) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결.

나, 2005년 8월 광복절 특별사면으로 사면 복권됐다. 이때 김대중 전 대통령의 측근인 박지원 전 대통령 비서실장, 임동원·신건 전 국정원장, 한화갑 민주당 전 대표, 신승남 전 검찰총장 등도 특별사면의 혜택을 받았다.

이명박 정부도 특별사면을 정치적으로 오·남용했다. 무엇보다 2008년 8월 광복절 특별사면의 대상자 중 재벌 총수의 면면을 살펴보면 화려하다. 최태원 SK그룹 회장, 정몽구 현대·기아차그룹 회장 등이 형이 확정된 지 두 달도 안 돼 특별사면 됐고, 김승연 한화그룹 회장도 특별사면 됐다. 김승연 회장은 기업활동과 전혀 무관한 사적으로 행사한 보복폭행으로 처벌을 받았지만 경제인으로 분류돼 특별사면 대상에 포함됐다. 2009. 12. 31. 특별사면에는 경제 5단체의 특별사면 건의로 기업인 78명이 무더기로 사면됐다. 이때 이건희 삼성전자 회장, 김우중 대우그룹 전 회장이 포함되었는데, 배임과 조세포탈로 유죄 확정판결을 받은 이건희 회장의 경우 4개월도 지나지 않은 시점에서 특별사면이 단행돼 논란을 빚었다. 임기 마지막 해인 2013년 1월 31일 특별사면에서는 비리 혐의로 구속된 자신의 최측근들로 '박연차 게이트'에 연루된 천신일 세중나모여행 전 회장, 파이시티 비리로 구속됐던 최시중 전 방송통신위원장 등을 특별사면에 포함시켰다.

박근혜 정부도 예외는 아니다. 3차례의 특별사면 가운데 마지막인 2016년 8월 광복절 특별사면에서 이재현 CJ그룹 회장이 특별사면의 대상자에 포함되었다.[331] 이재현 회장은 2013년 7월 18일 조세포탈, 특정경제범죄가중처벌법상 횡령·배임 등의 혐의로 검찰에 의해 구속기소 되었으나, 지병을 이유로 수차례 구속집행정지를 신청하였고 법원은 이를 받아 들여 서울구치소에 수감된 기간보다 서울대병원에 입원해 있는 기간이 더 긴 혜택을 누렸다. 2015년 12월 15일 대법원은 이재현 회장에 징역 2년 6개월과 벌금 252억 원 선고하였고, 2016년 7월 19일 이재현 회장이 재상고를 포기함으로써 형이 확정되었다. 그런데 형이 확정되고 채 한 달도 되지 않는 8월 15일 김승연 한화 회장, 최재원 SK수석부회장, 구본상 LIG 넥스원 부회장은 빠진 채 유독 이재현 회장만이 특별사면 되었다. 재빠른 재상고 포기와 특별사면이 우연의 일치인지 의문이 들지 않을 수 없다.

---

331) 이재현 CJ그룹 회장에 대한 수사에서부터 특별사면까지의 과정에 대한 자세한 소개로는 아이뉴스24 2016년 8월 12일자 기사 참조.

이러한 역대 정부의 비리 혐의에 연루된 거물급 정치인과 경제인에 대한 특별사면의 남용 가운데 김영삼 정부에서 실시된 전두환·노태우에 대한 특별사면을 빼놓을 수 없다. 이들 헌정질서파괴범죄자에 대한 특별사면이 과연 대통령의 특권으로 법률에 따라 행해지기만 하면 아무런 문제가 없는 것인지, 문제가 있다면 이를 단순히 사면법의 요건과 절차적 개선을 통해 해결될 수 있는 것인지를 살펴보기 위해 이에 대해 보다 상세한 소개·분석이 요구된다.

(2) 미국 사례

미국은 연방헌법 제2조 제2항(대통령의 권한)에서 "대통령은 합중국에 대한 범죄에 관하여 탄핵의 경우를 제외하고, 형의 집행유예 및 사면을 명할 수 있는 권한을 가진다"[332]고 사면에 관한 규정을 두고 있으나, 이를 제외하고는 별도로 사면의 종류,[333] 절차 등을 정하고 있는 연방 법률은 없다.[334] 미국의 사면제도가 우리나라의 사면제도와 다른 큰 차이점은 미국 대통령은 사면권 행사 여부에 대한 결정과 대상자 선정에 있어 매우 신중한 태도를 보이고 있다는 점이다.[335] 대표적으로 오바마 전 대통령은 8년의 재임기간 동안 총 6번에 걸쳐 사면권을 행사하였는데, 1천866건 중 단 64건(3.4%)만을 허가해 역대 대통령 중 사면권 행사를 가장 신중하게 행사했다고 평가받고 있다. 그리고 사면 대상자 선정에도 매우 신중한데 형기를 마치지 않은 자에 대한

---

332) The United States Constitution, Article Ⅱ, Section 2, Clause1
"The President …shall have power to grant reprieves and pardons for offences against the United States, except in cases of impeachment."

333) 미국의 판례는 사면의 종류와 양태를 일반사면(Amnesty), 특별사면(Pardon), 집행연기(Reprieve) 및 감형(Commutation)으로 구분하고 있는데, 일반사면의 경우 우리나라와 같이 의회의 동의를 요하는 등의 절차를 요하지 않기 때문에 일반사면과 특별사면의 구별에 큰 의미가 없고, 오늘날의 사면은 대개 특별사면을 의미한다고 한다(이영주·승재현·김성배·서보건, 사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향 -사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련-, 한국형사정책연구원, 2013, 56면).

334) 미국의 사면제도에 대한 상세한 설명으로는 문채규, "특별사면의 정상화를 위한 법제적 정비", 형사정책 제27권 제3호, 2015.12, 90-94면; 이영주·승재현·김성배·서보건, 사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향 -사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련-, 한국형사정책연구원, 2013, 53-100면; 이종근, "미국의 사면제도에 관한 소고(小考)", 법학논총 제34집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.7, 341면 이하; 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 26-34면 참조.

335) 정치학자 P.S. 럭먼 주니어의 조사결과 조지 H.W. 부시 전 대통령은 10.1%(731건 중 74건), 빌 클린턴 전 대통령은 19.8%(2천1건 중 396건), 조지 W. 부시 전 대통령은 7.6%(2천498건 중 189건)의 사면율을 각각 기록했다고 한다(연합뉴스 2017년 3월 19일자 기사).

사면은 제한하고, 유명인사, 사회지도층 등이 아닌 일반인을 대상으로 하며, 테러범죄, 국가안보범죄, 폭력 및 어린이 대상 범죄, 총기범죄, 공공부패범죄와 중대한 경제범죄를 범한 자에 대해서는 사면권을 행사하지 않는 것을 원칙으로 한다고 한다.[336]

그러나 미국에서도 대통령의 사면권이 연방헌법이 보장한 권리지만 몇몇 사례에서는 대통령의 사면권 행사의 남용이 문제되었다. 그 대표적인 사례로 1974년 당시 제랄드 포드 대통령이 전임 대통령인 리처드 닉슨을 사면한 일을 언급할 수 있다. 당시 닉슨 대통령은 선거와 관련하여 민주당 사무실을 불법 도청한 '워터 게이트' 사건으로 대통령 탄핵절차가 시작되자 사임하였는데 포드 대통령이 사면권을 행사하면서 큰 논란이 됐다. 법정에 세워야 할 사람의 죄를 '사면'해줬다는 이유에서이다. 그리고 클린턴 대통령과 조지 W. 부시 대통령 때에도 '대통령 사면령'이 문제된 적이 있다. 클린턴 대통령의 경우 대통령직을 수행하는 마지막 날이던 2001년 1월 20일 퇴임하기 2시간 전에 마약 혐의로 교도소에 있던 이복동생과 사기와 조세포탈, 적성국과의 불법 석유 거래 등 각종 비리로 외국에 도피해있던 미국의 '석유왕' 마크 리치(Marc Rich)[337]를 포함하여 140명의 사면·복권과 36명의 감형·사면을 단행하였다. 이 사면을 부정적으로 평가하는 입장에서는 "역사상 유례없는", "최초의" 혹은 "듣지도 보지도 못한", "미국 역사상 최악의" 대통령 사면 등의 표현을 사용하면서 비판을 가하였다.[338] 또한 조지 W. 부시 대통령은 정보요원의 신상정보를 유출한 딕 체니(Dick Cheney) 부통령의 비서실장이었던 스쿠터 리비(I. Lewis "Scooter" Libby)의 30개월 징역형을 사면해 주면서 비난을 받았다. 리비는 정권 최고위층이 모이는 백악관 모임에 참석할 정도로 신뢰를 받고 있던 정권 핵심인물 중 하나였는데, Valerie Plame이 비밀CIA요원이라는 사실을 누설한 자를 찾기 위해 임명된 특별검사 Patrick Fitzgerald의 조사를 받는 과정에서 위증(perjury)과 사법정의방해(obstruction of justice) 등 4가지 중범죄 혐의로 기소되었다. 리비는 2007년 6월 5일 1심에서 유죄로

336) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 34면.

337) 그런데 마크 리치의 전 부인이 클린턴도서관 및 힐러리 클린턴의 2000년 상원의원 선거 캠프에 후원금을 냈던 게 드러나면서 클린턴의 임기 마지막 날 사면은 '후원금 사면', '정실 사면'이라는 거센 역풍을 불러 일으켰다. 당시 법무부는 빌 클린턴 전 대통령을 기소하지 않는 것으로 수사를 끝냈다(중앙일보 2016년 11월 3일자 기사 참조).

338) 클린턴의 사면 이후 학문적 연구와 견해에 대한 상세한 설명으로는 이영주·승재현·김성배·서보건, 사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향 -사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련-, 한국형사정책연구원, 2013, 89-98면 참조.

판단되어 30개월의 징역형, 2년의 보호관찰형 및 2십5만 달러의 벌금형을 선고받았고, 같은 해 7월 2일 항소가 실패로 끝나자 부시 대통령은 같은 날 보호관찰과 벌금형은 그대로 두고 징역형에 대해서만 그 형량이 너무 가혹하다는 이유에서 사면을 전격적으로 단행하였다.[339] 이런 사면은 2차 세계대전 이후 미국 대통령이 행사한 사면권에서도 유래를 찾기 힘든 사례로, CNN이 실시한 여론조사에서 응답자의 72%가 부시 대통령의 사면 결정을 반대하였고 19%만이 찬성하였다고 한다.[340]

다. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의 불허용의 주요 논거

(1) '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의 헌법적 정당성에 대한 의문

대통령의 특별사면권의 행사는 권력분립의 원칙을 침해할 가능성이 매우 높다. 이 때문에 그 행사에 있어 법치국가적 한계를 벗어나지 않을 때 헌법적 정당성이 인정될 수 있다. 이때 권력분립의 원칙과 관련하여 현행 헌법과 사면법은 특별사면권을 대통령에게 부여함으로써 그 행사와 효과는 권력분립의 원칙의 예외로서 사법권의 효과를 행정권이 변경시키는 것을 허용하고 있다. 이처럼 국가수반으로서 대통령의 특별사면권의 행사는 이미 사법부의 재판절차를 통해 종국적으로 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지르고 형의 선고를 받은 '특정인'에 대하여 형의 집행을 면제시켜 줌으로써 사법권에 대한 중대한 제약, 사법부의 판단을 변경시키는 것으로 사법권과 사법작용을 직접 침해할 가능성이 높다. 더욱이 특별사면은 일반사면과 달리 국회의 동의를 요하지 아니하므로 대통령이 일방적이거나 자의적으로 행사할 경우 사법부의 권한과 기능을 무의미하게 할 수 있다.[341] 그러나 대통령의 특별사면권의 행사가 권력분립의 원칙의 예외라 할지라도 자의적이고 무분별한 행사로 인하여 사법

339) 그러나 사법정의방해 혐의에 대한 연방판결을 조사한 연구결과 이 죄로 기소된 피고인들은 13개월에서 31개월 사이의 징역형을 받은 것으로 조사되어 리비의 형량(30개월의 징역형)은 전형적인 형량에 해당하는 것이라고 한다(이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 85-86면).

340) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 84-86면

341) 이세주, "대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰", 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.12, 23-24면.

부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용의 본질을 직접적으로 침해할 경우에 헌법적 정당성을 인정할 수 없다. 특히 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 '특정인'에 대한 특별사면은 국민적 동의를 전혀 얻지 못할 뿐만 아니라 형법에 의한 형사처벌의 요청(Pönalisierungsgebot)에 정면으로 반하는 것으로, 형법이 요구하는 것과 금지하는 것의 중요성에 대한 의미를 상실시키고 형사소추를 사후에 마비시킴으로써 사법부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용을 본질적으로 침해할 수 있다고 본다.[342] 이러한 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 '특정인'에 대한 특별사면에 대해서는 헌법적 정당성이 결코 인정될 수 없다고 본다.

(2) '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의 긍정적 기능에 대한 의문

특별사면은 주로 각종 경축일이나 국경일 등에 행사되는데, 이는 법의 적용·판단과형 선고 등 법원의 전체 재판작용에서 나타날 수 있는 오류, 흠결, 과오 등을 교정하는 '오판 교정기능'과 아울러 법과 법치주의원리 실현과정에서 나타나는 경직성을 완화하는 '법치주의의 자기교정기능'이라는 순기능을 담당할 수 있다고 한다.[343]

우선 특별사면의 오판 교정기능과 관련하여 대통령이 특별사면권을 행사함으로써 법 또는 법의 적용과정에 내재해 있는 오류나 오류 가능성에 대한 교정을 통해 보다 더 완전한 사법정의를 실현할 수 있고,[344] 실질적으로 변호가 이루어지지 못하는 경제적 약자들에 대한 사법정의를 실현할 뿐만 아니라 지나치게 가혹한 형의 선고를 교정하는 중요한 기능을 수행함을 전적으로 부인할 수는 없다. 실제로 특별사면의 오판 교정기능과 관련하여 김대중 전 대통령은 1980년 9월 계엄사령부 군법회의에서 이른바 '김대중내란음모사건'을 주동한 혐의로 사형선고를 받고 1981년 1월 대법원에서 사형 확정판결을 받았으나,[345] 세계 각국의 양심적 지식인·문화인·정치인들이

342) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts, 2. Aufl., 1992, S. 213.
343) 이세주, "대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰", 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.12, 15-16면; 이승호, "사면제도의 개혁을 위한 소고(小考)", 형사정책 제25권 제1호, 2013.4, 135-136면 참조
344) 김영수·남광호, "사면권행사의 한계와 사면법의 개정방향", 성균관법학 제15권 제1호, 2003, 41면.
345) 대법원 1981. 1. 23. 선고 80도2756 판결.

대거 그의 구명운동을 벌이자 군사정권은 그의 형량을 무기징역으로 특별감형한 데 이어 다시 20년형으로 특별감형되고 형집행정지 처분을 받아 구속된 지 2년 7개월 만인 1982년 12월 미국 망명을 허용한 사례가 있다. 이처럼 지난날 군사독재정권 시대에 정치 예속적인 그릇된 사법권 행사로 인해 인권침해가 빈번했던 시대에는 대통령의 특별사면 내지 특별감형으로 억울한 수형자들을 풀어주거나 그 형량을 감경해 줌으로써 오히려 인권보호의 순기능을 담당하였다.[346]

그러나 현재의 사법부가 과거 군사독재정권 시대처럼 정치에 예속되어 그릇된 오판을 할 가능성은 현저히 낮다. 더욱이 사법부의 오판을 교정하기 위해서는 대통령이 특별사면권을 행사할 경우 대통령은 법적 문제를 정확히 판단하고, 법감정의 변화와 형법에 의한 형사처벌 요청의 소멸 등을 정확하게 파악하여 사법부의 판단보다 언제나 더 올바르고 적절한 최종판단을 한다는 전제가 성립되어야 하나,[347] 그러한 전제에서 대통령이 특별사면권을 행사해 왔는지 의문이다. 나아가 지금까지 총 86회 시행된 특별사면 가운데 이러한 오판을 바로잡는 안전판으로써 특별사면이 작동된 것은 극히 일부에 지나지 않고, 앞서 정치적 특별사면의 주요 국내 사례에서 살펴본 바와 같이 대다수의 사례에서 대통령은 특별사면권을 정치적으로 남용하여 행사했음을 고려할 때 특별사면의 오판 교정기능을 논거로 특별사면, 특히 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 '특정인'에 대한 특별사면의 정당성을 인정하기에는 설득력이 떨어진다고 본다.

다음으로, 특별사면의 법치주의의 자기교정기능과 관련하여 이 기능은 사회 변화가 급속히 진행되면 이미 행해진 입법과 사법이 변화된 시대에 적합하지 않는 경우가 생기며, 이때 법의 내용이나 법치주의원리의 내용에만 집착한다면 법치주의의 경직이 발생하는데, 대통령의 정치적 결단인 특별사면권의 행사를 통해 이러한 법치주의의 경직성을 완화함으로써 사법정의의 실현과 국민통합에 기여할 수 있다고 한다.[348] 그러나 이미 행해진 입법과 사법이 변화된 시대에 적합하지 않는 경우에는 특정인만

346) 김재윤, "사형 구제제도의 현황과 완비", 비교형사법연구 제9권 제2호, 2007.12, 746면.
347) 이세주, "대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰", 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.12, 31면.
348) 이세주, "대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰", 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.12, 16면; 이승호, "사면제도의 개혁을 위한 소고(小考)", 형사정책 제25권 제1호, 2013.4, 135-136면.

을 대상으로 하는 특별사면이 아닌 사회변화에 따라 형의 집행이 시대에 적합하지 않다고 평가된 범죄의 종류를 정하여 해당 범죄를 범한 모든 범죄인의 죄를 사면하는 일반사면을 통해 해결할 문제이다. 한발 양보하여 그러한 경우 이미 형의 집행 중인 수형자에 대해 기존의 가석방제도나 특별감형을 통해 해결하면 될 것이지 형 집행의 전부를 면제하는 특별사면권을 행사할 정당한 사유로 보기 어렵다. 또한 실제로 지금까지 시행된 특별사면에서 과연 법치주의의 자기교정기능을 위해 시행된 사례가 얼마만큼 있는지도 의문이다. 이러한 이유에서 법치주의의 자기교정기능은 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 '특정인'에 대한 특별사면의 논거로 제시될 수 없다고 본다.

(3) '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'에 대한 특별사면의 형벌목적(특별예방효과) 달성에 대한 의문

일반사면은 특별히 '지정된 범죄의 모든 범죄자'에 대해 그 효과가 나타난다는 점에서 '일반예방효과'를 지향한다. 반면에 특별사면은 '특정인'에 대해 선고된 형의 집행을 면제시켜 준다는 점에서 '재사회화(Resozialisierung)' 또는 '개선(Besserung)'으로 대표되는 '특별예방효과'를 지향한다. 이에 따라 특별사면은 특별예방효과라는 형벌목적을 실현하는 하나의 수단으로 기능할 때, 즉 형의 선고 당시에 나타나지 않았던 특별예방적 필요성이 형의 집행 도중에 나타나서 수형자의 인신의 자유를 더 이상 박탈 또는 제한할 필요성이 없어 수형자를 석방해야 할 때 정당화될 수 있다.[349] 사면법 제14조도 특별사면의 상신을 신청하는 신청서에는 범죄의 정상(情狀), 사건 본인의 성행(性行), 수형 중의 태도, 장래의 생계, 그 밖에 참고가 될 사항에 관한 조사서류를 첨부하도록 하여 범죄자의 특별예방효과를 고려하도록 하고 있다. 그러한 자료에 의하여 특별사면 대상자의 재사회화의 정도, 형의 계속적인 집행이 대상자에게 향후 미치게 될 효과 등을 고려하여 특별사면을 결정해야 한다는 취지를 분명히 한 것이다. 이처럼 특별사면이 특별예방효과를 충분히 거둘 수 있다고 평가됨으로써 정당화되기 위해서는 특별사면 시점에서 그 대상자의 사회적 위험성이 경미하거나 소

349) 박달현, "사면의 정당성과 사면의 현대적 의의 -개정 사면법에 대한 검토를 포함하여-", 교정연구 제40호, 2008, 134면.

멸된 것으로 간주될 수 있어 '당벌성(Strafwürdigkeit)'과 '필벌성((Strafbedürftigkeit)'을 배제시킬 수 있어야 한다.[350]

이와 관련하여 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 '특정인'은 헌법상 기본권 중의 기본권인 인간의 존엄과 가치를 정면으로 부정하는 행위를 하고 이를 은폐·조작한 행위는 그 법익침해가 너무나 중대하여 특별사면 시점에서 과연 사회적 위험성이 경미하거나 소멸된 것으로 간주될 수 있어 당벌성과 필벌성이 배제될 수 있는지 의문이다. 또한 이러한 범죄에 대해 공소시효를 원천적으로 부정하고 있는 것은 그 당벌성과 필벌성이 매우 크며, 이는 형이 선고되고 일정 시점이 경과하였다 하여 특별사면권자인 대통령이 특별예방 효과를 언급하며 특별사면의 대상으로 삼을 수 없음을 반증하는 것이기도 하다.

요컨대, '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'는 인간의 존엄과 가치를 전면 부정하는 중대한 인권침해행위로서 이러한 범죄를 저지른 '특정인'은 특별사면이 허용될 수 있는 헌법적 정당성, '오판 교정기능'과 '법치주의의 자기교정기능' 및 특별예방 효과를 전혀 거둘 수 없으므로 특별사면의 대상으로 허용될 수 없다고 보아야 한다. 프랑스에서 테러범죄, 전쟁옹호죄, 반인륜죄 등 특정범죄에 대한 (특별)사면을 배제하는 규정을 두고 아예 사면대상에서 제외하고 있는 것은 바로 이러한 이유라고 본다.[351]

라. '인도에 반한 죄'를 저지른 전두환·노태우 특별사면에 대한 특별사면의 부당성

앞서 살펴본 바와 같이 5·18민주화운동시 계엄군의 광주시민학살 행위는 '인도에 반한 죄'에 해당한다고 본다. 왜냐하면 그 성립요건으로 ① 민간인 주민에 대한 체계적이거나 광범위한 공격에 해당하고 로마규정 제7조 제1항 제(a)호의 '살해'에 해당하며, ② 계엄군이라는 군대조직은 국가조직의 일부에 해당하고, 국가조직의 일부를 책임지고 있는 자들이 사전에 시위대를 강경진압하기로 결의하였으므로 민간인 주민에 대한 공격이 '정책(policy)'으로 존재하여야 한다는 요건도 충족하며, 계엄군이 발포를 통해

350) 문채규, "사면의 형법체계적 위치와 그 한계 -총체적 형법학의 양형체계의 맥락에서-", 형사법연구 제24호, 2005, 297-298면.
351) 대한변호사협회, 인권보고서 1997년 제12집, 1997, 399면.

민간인 주민인 시위대원과 시위대원이 아닌 사람들을 체계적으로 또는 광범위하게 살해한 것은 민간인 주민인 시위대에 대한 강경진압이라는 정책의 일환으로 행해진 것으로, 그러한 정책의 일부로 실현된 것이라는 요건도 충족하고, ③ 시위대에 대한 발포명령은 민간인 주민에 대한 공격 정책의 일환으로 이루어진 것이므로 광주민주화운동에서 계엄군에 의해 사망한 모든 사람들과 관련하여 '인도에 반하는 죄'로서의 '살해'가 성립하기 때문이다.

그런데 '인도에 반한 죄'를 저지른 전두환·노태우에 대해 김영삼 전 대통령은 1997년 12월 22일 "국민 대통합을 이루어 당면한 경제 난국 극복에 국가 역량을 총집결하기 위한 것"이라는 명분 아래 특별사면을 단행하였다.[352] 대법원에서 확정판결이 나온 지 불과 8개월 만의 일로, 김영삼 정부에서 '역사 바로 세우기' 차원에서 진행된 12·12 군사반란과 5·18 내란에 대한 과거청산작업이 국민에 대하여 얼마나 기만적이었는가를 극명하게 보여주었다.

그러나 '인도에 반한 죄'를 저지른 전두환·노태우에 대한 특별사면은 국민들이 어렵게 세운 사법정의와 역사적 심판을 일순간 무너뜨린 대표적인 특별사면의 남용 사례로 그 부당성을 다음과 같이 언급할 수 있다. 우선 김영삼 전 대통령의 전두환·노태우에 대한 특별사면이 헌법상 권한의 행사라고 할지라도 국민의 의사에 기초한 권한 행사인가 묻지 않을 수 없다. 특별사면권이 대통령에게 부여된 고유한 권한일지라도 그 권한 행사가 정당성을 가지려면 그 권한을 부여한 수권자로서 국민의 의사에 기초하여야 한다. 대통령이 가지는 모든 권한은 특정인이 부여한 것이 아닌 국민이 부여한 것으로, 그 권한 행사에 있어 특정 개개인을 위해 자의적으로 행사되어서는 안 된다. 국민의 의사에 기반을 두지 않은 대통령의 자의적인 권한 행사란 있을 수 없으므로 그러한 권한 행사는 정당성을 상실한 것이다. 이에 대다수 국민이 전두환·노태우에 대한 특별사면을 반대[353]하였음에도 불구하고 유죄가 확정되어 형기를 채

352) 이들에 대한 특별사면과 함께 12.12 군사반란, 5.18 내란, 그리고 전직 대통령 부정축재 사건과 관련된 인사 23명도 특별사면 대상자에 포함되었다. 즉 12.12와 5.18 관련자는 황영시 前 감사원장, 장세동 前 안기부장 등 12명, 그리고 전직 대통령 부정축재 관련자는 안현태 前 경호실장, 금진호 前 국회의원 등 9명, 이밖에 뇌물 수뢰 등의 혐의로 사법 처리된 이양호 前 국방부장관과 박은태 前의원도 특별사면 대상자에 포함되었다.

353) 5·18기념재단이 1심선고 직후 광주사회조사연구소에 의뢰하여 조사한 여론조사 보고서에 의하면 광주지역 88%, 대구·경북을 제외한 기타 지역에서도 63.9%로 특별사면 반대의견이 지배적으로 나타났다고 한다(이철호, "憲法上 赦免權과 전·노赦免 논의에 대한 管見", 아·태공법연

1년도 살지 않은 시점에서 시행한 전두환·노태우에 대한 특별사면은 정당성을 상실한 권한행사이다.[354]

둘째, 특별사면은 특정인을 대상으로 하는 것이므로 일반사면보다 엄중한 판단이 요구된다. 그런데 전두환·노태우가 행한 범죄는 '인도에 반한 죄'로 헌법을 수호할 의무가 있는 대통령으로서 '인도에 반한 죄'에 대해 특별사면권을 행사한다는 것은 대통령의 헌법수호 의무를 저버리는 일이다.[355] 또한 1995년 12월 21일 '헌정질서파괴범죄특례법'을 제정하여 전두환·노태우가 저지른 내란 등 헌정질서파괴범죄에 대해 공소시효의 적용을 배제한 입법자의 권한과 의지를 본질적으로 침해한 것이다. 나아가 성공한 쿠데타에 대해 엄중한 처벌을 천명한 사법부의 의지를 꺾고 사법부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용의 본질을 직접 침해한 것이다.[356]

셋째, 특별사면은 특별예방효과라는 형벌목적의 달성이라는 측면에서 수형자가 형벌의 효과를 지속시킬 필요가 없을 정도로 개전의 정이 현저하여 당벌성과 필벌성이 소멸될 경우 수용시설의 사회적 비용, 인권침해 등을 고려하여 시행될 때 정당성을 얻을 수 있다.[357] 그러나 전두환·노태우는 자신들이 행한 12·12 군사반란과 5·18 내란에 대하여 진심으로 반성하고, 회개·참회하고 있는지는 의문이다. 헌정범죄시효법과 5·18특별법 제정에서부터 재판과정과 대법원 상고심 판결 후 특별사면을 받기 전까지, 그리고 현재까지 그들이 보여준 모습은 진정한 반성과 참회와는 거리가 멀다. 그렇다면 이들에 대한 특별사면은 특별예방효과라는 형벌목적의 달성이라는 관점에서도 개전의 정이 현저하여 사회적 위험성이 경미하거나 소멸되어 그 당벌성과 필벌성이 소멸된 경우가 아니어서 정당성이 인정될 수 없다고 본다.

구 제4집, 1997, 125면).

354) 대한변호사협회, 인권보고서 1997년 제12집, 1997, 1998, 402면.

355) 특별사면 당시 법체계상으로는 '헌정질서파괴범죄'에 해당한다.

356) 대한변호사협회, 인권보고서 1997년 제12집, 1997, 1998, 402-403면.

357) 박달현, "사면의 정당성과 사면의 현대적 의의 -개정 사면법에 대한 검토를 포함하여-", 교정연구 제40호, 2008, 134면.

2. 국가범죄(인도에 반한 죄와 반인권적 국가범죄)에서 지휘관 책임과 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 형사책임

가. 서론

[사례]

계엄이 선포된 상황에서 계엄군은 계엄을 반대하는 시민군과 격렬하게 대치중이었다. 그런데 계엄군의 일부는 시민군과 일반 시민이 함께 타고 있는 버스를 향해 총격을 가하여 10여 명의 시민을 사망케 하는 등 계엄이 해제되기 전까지 계엄군이 무고한 일반시민에 대한 총격을 가하여 사망자 166명, 행방불명자 54명, 상이 후유증 사망자 376명, 부상자 3,139명 등에 달하는 인명피해를 발생시켰다. 그러나 계엄군에게 실효적인 지휘와 통제권을 행사하였던 계엄사령부 합동수사본부 본부장 甲은 일선 지휘관들로부터 일일보고를 통해 이러한 인명피해를 보고받았음에도 불구하고 계엄군의 이러한 민간인 학살 행위를 방지하거나 억제하기 위해 필요하고도 합리적인 어떠한 조치도 취하지 아니하였다.

한편, 계엄군 ○○대대 지휘관 A 중령은 계엄군 엄호와 J빌딩 옥상에 설치된 시민군의 기관총을 제압하기 위해 같은 해 ○○대 소속의 UH-1H 기동 헬기 조종사 乙로 하여금 J빌딩에서 저항하던 시민군을 향해 사격을 명하였다. A는 乙에게 사격명령을 하달하면서 이 사격명령이 상부로부터 합법적인 공격이라는 판단을 받았다고 말하였다. 그러나 乙은 출격 전에 J빌딩에는 시민군뿐만 아니라 다수의 일반시민이 있어 국제인도법에 위반되는 것이므로 복종할 수 없다고 말하였으나, A는 계엄 상황에서 항명은 현장에서 사살할 수 있다는 말과 함께 권총으로 협박을 하였다. 이에 乙은 생명에 대한 위협을 느껴 그 명령에 따라 헬기를 타고 출격하여 헬기에 부착된 M60 기관총으로 무차별 사격을 함으로써 다수의 일반시민을 사상케 하였다.

제1차 및 제2차 세계대전을 겪으면서 대규모의 군사충돌이 발생하고 그 과정에서 다수의 민간인을 학살하는 대량학살 뿐 아니라 반인도적인 범죄행위 등이 자행됨에 따라 이러한 반인도적 범죄행위를 지시하거나 유발한 패전국의 지휘관들을 형사처벌해야 한다는 공론이 형성되었다.[358] 이러한 지휘관책임은 지휘관이 국제법 영역에서

부하가 범한 범죄에 대해 상급자가 지게 되는 형사책임을 의미하고 광의와 협의의 지휘관책임으로 구분할 수 있다. 보다 구체적으로 '광의의 지휘관책임'은 통제권 하에 있는 부하가 저지른 범죄에 관여한 상급자가 지는 책임을 의미하는 것으로, 부하가 해당 지휘관의 (불법적)명령을 수행 하거나 지휘관에 의해 조직화되거나 통제되는 범죄계획을 부하가 직접적으로 실행한 경우가 대표적인 형태이다.[359] 그런데 이처럼 지휘관이 부하의 범죄에 적극 참여하거나 기여한 경우 일반적인 공범이론(직접정범, 공동정범, 간접정범, 교사범, 방조범)에 따라 책임을 지우면 되므로 엄밀한 의미에서 지휘관책임으로 보기는 어렵다. 이에 실질적 의미에서 지휘관책임은 '협의의 지휘관책임'을 의미한다. 즉 협의의 지휘관책임은 지휘관이 범죄실행을 명령하거나 계획하였기 때문이 아니라 부하에 대한 통제권을 적절하게 행사하지 못하여 그의 부하의 범죄실행을 방지하거나 범죄를 처벌하기 위해 필요한 조치를 취하지 못한 부작위에 대해 책임을 지게 되는 것을 말한다. 이러한 지휘관책임은 제2차 세계대전 이후 야마시타(Yamashita) 사건[360]에서 본격적으로 논의되기 시작하여 「국제형사재판소에 관한 로마규정(이하 '로마규정')」 제28조(지휘관 및 기타 상급자의 책임)에 규정되었다. 로마규정에 대한 우리나라의 이행법률로서의 성격을 갖는 「국제형사범죄법」 제5조는 로마규정 제28조를 반영하여 지휘관과 그 밖의 상급자의 형사책임의 근거를 명시하였다. 그렇다면 위 사례에서 계엄사령부 합동수사본부 본부장 甲은 계엄군에 의한 민간인 대량학살에 대해 로마규정 제28조와 국제형사범죄법 제5조에 따라 지휘관으로 형사책임을 물을 수 있을지 문제된다.

한편, 위 사례에서 乙은 상관인 A 중령의 헬기사격 명령을 거부하면 그는 상관의 적법한 명령에 불복종하였다는 혐의, 즉 군형법 제44조 제2호에 따른 항명죄로 기소되어 군사법원의 재판을 받게 될 것이다.[361] 그런데 군사재판 과정에서 乙은 A 중령의

---

358) 지휘관책임의 역사적 발전과정에 대한 상세한 설명으로는 박중섭, "부하의 전쟁범죄에 대한 지휘관의 형사책임", 인도법논총 제27권 2007.9, 76-79면; 이진국, "국제형사재판소에 관한 로마규정 제28조의 상급자책임", 아주법학 제1권 제3호, 2007, 108-110면 참조.

359) 이 유형의 지휘관책임은 Nuremberg 이후의 국제재판에서 많이 적용되었고, 로마규정 제25조 (3)의 (a)와 (b)에 성문화되었다.

360) Application of Yamashita, 327 U.S. 1 (1946). 이 사건에 대해서는 아래 3. 다. 1) 부분 참조.

361) 군형법 제44조 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.
1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역
2. 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우: 1년 이상 7년 이하의 징역

명령이 위법함을 알고 불복종하려 했으나 A 중령의 협박에 생명의 위협을 느껴 어쩔 수 없이 헬기사격을 할 수밖에 없었다고 항변할 것이다. 이러한 상관의 명령에 따른 행위라는 항변과 관련하여 로마규정 제33조에서는 '상급자의 명령과 법률의 규정'을, 국제형사범죄법 제4조에서는 '상급자의 명령에 따른 행위'라는 규정을 마련하여 상급자의 명령에 따른 행위라고 할지라도 집단살해죄, 인도에 반한 죄를 범하도록 하는 명령은 명백히 불법한 것으로 보아 이러한 범죄를 범한 사람은 형사책임을 면할 수 없다는 원칙을 표명하고 있다. 하지만 로마규정 제32조는 '강요된 행위'라는 항변을 인정하여 책임조각 사유를 인정하고 있다.

따라서 이하에서는 한편으로, 지휘관 책임의 내용과 성립요건을 규정한 로마규정 제28조와 국제형사범죄법 제5조를 살펴보고 지휘관 책임이 문제된 구체적 사례를 소개하고 이를 바탕으로 지휘관 甲의 형사책임의 문제를 검토하고자 한다. 다른 한편으로, 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 형사책임과 관련된 로마규정 제31조(1)(라) 및 제33조와 국제형사범죄법 제4조의 내용과 성립요건을 살펴보고, 우리 국제형사범죄법에서 로마규정 제31조와 같은 '강요된 행위'를 별도로 규정하지 않음으로써 형법 제12조를 적용할 때 발생하는 문제점과 그 개선방안은 무엇인지에 대해 간략히 언급하고자 한다.

나. 지휘관 책임의 내용과 성립요건

(1) 로마규정 제28조에 따른 지휘관 책임

가) 의의

로마규정 제28조는 군 지휘관 및 기타 상급자의 책임은 전쟁범죄를 범한 것이 비록 사병일지라도 일정한 객관적 요건이 충족될 경우 그 사병의 군 지휘관 및 기타 상급자도 함께 그 전쟁범죄에 대한 형사책임을 부담함을 의미하는 것으로, 군 지휘관과 기타 상급자의 지휘책임을 구분하여 다음과 같이 규정하고 있다.

---

3. 그 밖의 경우: 3년 이하의 징역

제28조 지휘관 및 기타 상급자의 책임

재판소의 관할범죄에 대하여 이 규정에 따른 형사책임의 다른 근거에 추가하여,

가. 다음과 같은 경우, 군 지휘관 또는 사실상 군 지휘관으로서 행동하는 자는 자신의 실효적인 지휘와 통제하에 있거나 또는 경우에 따라서는 실효적인 권위와 통제하에 있는 군대가 범한 재판소 관할범죄에 대하여 그 군대를 적절하게 통제하지 못한 결과로서의 형사책임을 진다.

(1) 군 지휘관 또는 사실상 군 지휘관으로서 행동하는 자가 군대가 그러한 범죄를 범하고 있거나 또는 범하려 한다는 사실을 알았거나 또는 당시 정황상 알았어야 하고,

(2) 군 지휘관 또는 사실상 군 지휘관으로서 역할을 하는 자가 그들의 범행을 방지하거나 억제하기 위하여 또는 그 사항을 수사 및 기소의 목적으로 권한 있는 당국에 회부하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우

나. 가호에 기술되지 않은 상급자와 하급자의 관계와 관련하여 다음의 경우 상급자는 자신의 실효적인 권위와 통제 하에 있는 하급자가 범한 재판소 관할범죄에 대하여 하급자를 적절하게 통제하지 못한 결과로서의 형사책임을 진다.

(1) 하급자가 그러한 범죄를 범하고 있거나 또는 범하려 한다는 사실을 상급자가 알았거나 또는 이를 명백히 보여주는 정보를 의식적으로 무시하였고,

(2) 범죄가 상급자의 실효적인 책임과 통제 범위 내의 활동과 관련된 것이었으며,

(3) 상급자가 하급자의 범행을 방지하거나 억제하기 위하여 또는 그 문제를 수사 및 기소의 목적으로 권한있는 당국에 회부하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요 하고 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우

나) 군 지휘관 또는 사실상 군 지휘관 책임의 성립요건[362]

지휘관 책임이 인정되기 위한 객관적 요건으로 ① 지휘관(군 지휘관 또는 사실상 군 지휘관)과 하급자의 지휘복종관계의 존재, ② 지휘관의 의무 불이행, ③ 지휘관의 의무 불이행 부대(하급자)의 범행, ④ 지휘관의 의무 불이행과 부대(하급자)의 범행 사이의 인과관계가 요구된다. 우선 ①의 요건과 관련하여 지휘관과 하급자의 관계에서 핵심적인 것은 하급자의 범행을 방지하거나 억제할 지휘관의 '실효적 지휘와 통제(effective command and control)' 가능성이 있어야 한다. 즉 하급자에 대한 지휘관의 지휘책임을 묻기 위해서는 지휘관이 하급자에 대해 영향력을 가진 것으로는 부족하고 범행 발생 당시 하급자의 범행을 예방하고 범죄자를 처벌할 수 있는 능력을 보유하고 있어야 한다. 이와 관련하여 유의하여야 할 것은 지휘관의 실효적인 통제는 모든 가능한 통제를 의미하는 것이 아니라 반드시 '지휘구조(hierarchical strusture)' 내에서 보유하는 것이며 이러한 지휘구조는 특정사건에 한정되지 않고 어느 정도의 안정성과 조직(certain degree of stability and organisation)을 갖추어야 한다는 것이다. 다만 반드시 군사적인 지휘구조일 필요는 없다고 한다.[363] 둘째, 지휘관 책임은 지휘관의 의무, 즉 지휘관이 부하의 범행을 방지·억제하기 위하여 또는 그 사항을 수사 및 기소의 목적으로 권한 있는 당국에 회부하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취해야 하는 의무를 이행하지 않은 경우에 성립하는 부작위 범죄이다. 이때 지휘관은 모든 합리적이고 필요한 수단을 사용하여 범행을 방지, 억제 또는 보고할 의무를 지닌다. 따라서 예컨대 사실 확정을 위한 조사를 하지 않는다든가, 불충분한 조사로 그친다든가, 조사는 해도 방지조치 또는 범인처벌을 위해서 당국에 알리지 않았을 때에는 지휘관의 의무 불이행이 인정될 수 있다. 셋째, 지휘관 책임은 그 개념상 실제 범죄의 발생을 전제로 하기 때문에 지휘관의 의무 불이행이 있는

362) 로마규정 제28조는 군 지휘관 또는 사실상 군 지휘관 이외에 나호에서 민간인 상급자의 지휘책임에 관해서도 규정하고 있으나 여기에서는 논의하지 않기로 한다. 다만 민간인 상급자의 경우 군 지휘관과 사실상의 군 지휘관에 비해 매우 엄중한 주관적 구성요건을 요구하고 있다. 즉, 후자의 경우 "알았거나 또는 당시 정황상 알았어야 하고"라는 기준을 적용함에 비하여, 전자에게는 "알았거나 또는 이를 명백히 보여주는 정보를 의식적으로 무시하였고"라는 기준을 적용하고 있다.

363) 김현주·김회동, "야마시타와 전쟁법상 지휘책임", 한일군사문화연구 제25집, 2018, 282-284면; 다야치카고·이민효·김유성(역), 전쟁범죄와 법, 연경문화사, 2010, 144면; 이진국, "국제형사재판소에 관한 로마규정 제28조의 상급자책임", 아주법학 제1권 제3호, 2007, 115면.

부대(하급자)가 집단살해, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 등을 저질러야 한다. 마지막으로, 지휘관의 의무 불이행과 부대(하급자)의 범행 사이의 인과관계가 필요한지에 대해서는 논란이 있다. 구유고 국제형사재판소(ICTY)와 르완다 국제형사재판소(ICTR)의 실무에서는 인과관계가 요구되지 않는다고 판시하였으나,[364] 국제형사재판소(ICC)는 Bemba 사건에서 로마규정 제28조(가)는 Bemba가 자신의 군대에 대해 적절한 통제를 하지 않음으로 인해 Bemba의 부대가 범행을 저질렀을 것을 요한다고 판시하여 인과관계가 필요하다고 판시하였기 때문이다.[365] 하지만 지휘관의 의무 불이행과 하급자의 범행에 따른 결과 사이에 인과관계를 요구하지 않는 경우 책임형법의 관점에서 볼 때 지휘관에 대한 책임인정의 범위가 무제한으로 확대되어 불합리한 결과가 발생하는 문제가 발생한다. 이에 Ambos 교수는 책임형법의 관점에서 지휘관의 책임을 제한하고 윤곽을 제시할 필요성을 언급하면서, 지휘관의 의무 불이행과 하급자의 범행 사이에 단순한 인과관련성을 뛰어넘는 특별한 보호목적관련성 내지 위험실현관련성이 요구된다[366]고 주장한다.[367]

지휘관 책임이 인정되기 위한 주관적 요건(mens rea)으로 군 지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 행동하는 자가 군대가 그러한 범죄를 범하고 있거나 또는 범하려 한다는 사실을 '알았거나(knew)' 또는 '당시 정황상 알았어야(owing to the circumstaces at the time, should have known)' 함이 인정되어야 한다. 이때 '알았거나(knew)'라는 것은 제2급의 지정고의에서 의미하는 사실상의 인식(knowledge)을 말하며, 이 경우 지휘관이 명령할 수 있는 지위에 있었다는 사실은 하급자의 범죄에 대한 인식을 추론함에 있어 중요한 징표기능을 한다고 한다.[368] 그리고 '알았어야 했던 때(should have known)'란 지휘관이 통상의 주의의무를 기울였다면 하급자의 범죄실행을 알 수 있었던 경우를 말한다. 이는 결국 지휘관의 과실(negligence)책임을 인정하는 것이다. 한편

364) Prosecutor v. Delalic et al., Judgement 16.11.1998, para. 398 ff.; Prosecutor v. Kordic/Cerkez, Judgement 26.2.2001, para. 447 ; Prosecutor v. Blaskic, App. Judgement 29.7.2004, para. 77; Prosecutor v. Brdanin, Judgement 1.9.2004, para. 280.

365) ICC, Bemba Decision, para 436.

366) Ambos, Internationales Strafrecht, 2006, S. 153.

367) 김현주·김회동, "야마시타와 전쟁법상 지휘책임", 한일군사문화연구 제25집, 2018, 281-285면; 이진국, "국제형사재판소에 관한 로마규정 제28조의 상급자책임", 아주법학 제1권 제3호, 2007, 115-118면.

368) Prosecutor v. Blaskic, App. Judgement 29.7.2004, para. 64.

어떠한 요건이 존재해야 지휘관이 하급자의 범죄실행을 '알았어야 했던 때'인지 여부는 개별적인 사안별로 판단되어야 하겠지만, 적어도 로마규정 제28조 가항 (1)목에 의하면 지휘관이 하급자가 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 등을 범하려 한다는 사실을 "당시 정황상 알았어야" 함에도 불구하고 과실로 알지 못한 경우에도 지휘관으로서 책임을 물을 수 있다. 따라서 지휘관의 경우 지휘관 책임을 귀속시킴에 있어 결정적 요인으로 작용하는 것은 지휘관이 하급자에 대해 자신의 일상적인 통제의무 내지 감독의무를 수행함에 있어 하급자의 범죄실행에 관하여 인식할 수 있었는지의 여부이다.[369]

(2) 국제형사범죄법 제5조에 따른 지휘관 책임

국제형사범죄법 제5조는 로마규정 제28조의 지휘관 및 기타 상급자의 책임 조항을 반영하여 지휘관과 그 밖의 상급자의 책임을 다음과 같이 규정하고 있다.

> **제5조(지휘관과 그 밖의 상급자의 책임)** 군대의 지휘관(지휘관의 권한을 사실상 행사하는 사람을 포함한다. 이하 같다) 또는 단체·기관의 상급자(상급자의 권한을 사실상 행사하는 사람을 포함한다. 이하 같다)가 실효적인 지휘와 통제하에 있는 부하 또는 하급자가 집단살해죄등을 범하고 있거나 범하려는 것을 알고도 이를 방지하기 위하여 필요한 상당한 조치를 하지 아니하였을 때에는 그 집단살해죄등을 범한 사람을 처벌하는 외에 그 지휘관 또는 상급자도 각 해당 조문에서 정한 형으로 처벌한다.

로마규정 제28조는 군 지휘관과 기타 상급자의 책임을 규정하면서 군 지휘관의 형사책임 성립에 필요한 정신적 요건으로서 앞서 살펴본 바와 같이 인식(knew, knowledge) 또는 과실(should have known, negligence)의 기준을 채택하고 있다. 그런데 국제형사범죄법 제5조는 "군대의 지휘관 또는 단체·기관의 상급자가 실효적인 지휘와 통제 하에 있는 부하 또는 하급자가 집단살해죄 등을 범하고 있거나 범하려는

369) 김현주·김회동,"야마시타와 전쟁법상 지휘책임", 한일군사문화연구 제25집, 2018, 285-287면; 이진국, "국제형사재판소에 관한 로마규정 제28조의 상급자책임", 아주법학 제1권 제3호, 2007, 118-119면; 김영석, 국제형사재판소 관한 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서, 법무부, 2008.10, 39-40면.

것을 알고도 이를 방지하기 위하여 필요한 상당한 조치를 취하지 않은 경우 군대의 지휘관 또는 기타 상급자를 처벌한다"고 하여 군 지휘관과 기타 상급자의 형사책임 성립을 위한 정신적 요건으로서 인식(knowledge)을 동일하게 요구하고 있다.[370]

다. 지휘관 책임이 문제된 구체적 사건 및 사안의 해결

(1) 야마시타(Yamashita) 사건

1944년 10월 9일부터 1945년 9월 3일까지 일본군의 14집단군사령관이었던 토모유기 야마시타 대장(General Tomoyuki Yamashita: 山下奉文)은 말레이시아의 호랑이라고 불리며 두려움의 대상이었는데, 필리핀 지역의 일본군 총사령관과 필리핀 군정총독을 겸하였다. 야마시타가 사령관으로 재직 중일 때 일본군은 필리핀의 루존 지역과 마닐라 등지에서 일본군이 조직적으로 필리핀의 일반시민에게 살인·고문·약탈·파괴 등을 행하였고, 특히 베이뷰 호텔(bay view hotel)에서 부녀자를 강간하는 등의 잔학행위를 자행한 사건에서 부하의 잔학행위를 방지하지 않았다고 하여 지휘관 책임이 제기되었다.

1945년 10월 8일 미군장교로 구성된 아시아·태평양 미군 군사위원회(the United States Military Commission in the Asia-Pacific)는 야마시타 사건의 재판을 시작하였고, 이후 야마시타는 미군 군사위원회에서 유죄와 사형을 선고받고 미국 연방대법원에 상고하였으나 상고가 기각되어 유죄가 확정되고 1946년 2월 23일 로스·바뇨스 형장에서 교수형에 처해졌다.

야마시타는 변론에서 퇴각하는 부하들과 통신이 두절되었을 뿐만 아니라 부하들 중 일부는 해군에서 파병된 군인으로 그들에 대해서는 통제권이 제한되어 있었고, 범죄행위에 대하여 그 행위를 직접 명령 내리지도 않았으며 권한을 위임받지도 않았고 그 범죄행위가 있었다는 것을 알지도 못했다고 주장하였다. 하지만 검찰 측은 어떤 지역에서는 25,000여명이 살해되는 등 범죄행위가 광범위하고 잔인하게 반복적으로 일어났기 때문에 부하들의 반인도적 범죄 사실을 알았음이 틀림없으며 그럼에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않았다고 주장하였다.

---

370) 김영석, 국제형사재판소 관한 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서, 법무부, 2008.10, 32-33면.

1945년 12월 7일 군사위원회는 "부하가 살인이나 강간을 하였다고 해서 지휘관에게 책임을 지울 수는 없지만, 만일 살인이나 강간 혹은 악의적인 보복행위가 광범위하게 행하여짐에도 불구하고 지휘관이 이를 발견하거나 통제하고자 하는 효과적인 시도를 하지 않는 경우에는 범죄의 성격이나 상황에 따라 부하의 불법행위에 대해 지휘관은 형사적 책임을 질 수 있다"[371]고 결정하였다. 야마시타의 지휘하에 있는 일본 군인에 의해 필리핀 열도 전역에서 미국과 동맹국 및 일본의 속국 주민들에 대해 일련의 잔혹행위와 중대한 범죄행위가 발생하였으며, 그 범죄들은 간헐적으로 발생한 것도 아니며 많은 경우에서 일본 장교와 부사관에 의해 감독되어 졌으며, 그 기간 동안 야마시타는 그러한 상황에서 요구되는 자신의 부대에 대한 효과적인 통제를 하는데 실패했다는 것이다.

상고심인 미국 연방대법원 역시 위 판결을 지지하면서 "헤이그 제4협정 부속서 제43조가 야마시타와 같은 점령군의 지휘관에게 절대적인 지장이 없는 한 점령지의 현행법을 존중하며, 가능한 한 공공의 질서 및 안녕을 회복하고, 확보하기 위하여 권한 내에 있는 모든 조치를 취할 것을 요구"하고 있기 때문에 "이 규정들이 일본군 총사령관이자 필리핀의 군정총독이었던 야마시타에게 권한 내에서 그리고 당시 상황에서 전쟁 포로와 민간인을 보호하기에 적합한 수단을 취할 의무를 부과하는 것은 명확하다"[372]라고 판시하여 상고를 기각하였다.[373]

이러한 미국 연방대법원의 판결에 대해 소수의견으로 머피 판사는 부하의 행위에 지휘관이 책임을 지는 것은 전례가 없는 일이며, 야마시타가 직접 범죄에 가담한 증거가 없으므로 이는 개인책임 원칙에 위배된다고 하였고, 이와 같은 책임의 부과는 부하의 사소한 행위로 대통령이 처벌 받는 결과를 가져올 수도 있으며, 일본에 대한 적대적 행위의 발로에 지나지 않고, 향후 일본과의 관계 나아가 세계평화를 저해할 것이라고 주장하였다고 한다.[374]

---

371) M.P.W. Brouwers(ed.) (2012), The Law of Command Responsibility, Wolf Legal Publishers, p.88(김현주·김회동, "야마시타와 전쟁법상 지휘책임", 한일군사문화연구 제25집, 2018, 276면 각주 18)에서 재인용)

372) In re Yamashita, 327 U.S. 1, 16 18(1945).

373) 김현주·김회동, "야마시타와 전쟁법상 지휘책임", 한일군사문화연구 제25집, 2018, 274-277면; 다야치카고·이민효·김유성(역), 앞의 책, 152면; 이태엽, "국제형사법상 전시 지휘관 책임의 법적 성격", 법조 통권 제614호, 2007, 137-140면.

374) 이태엽, "국제형사법상 전시 지휘관 책임의 법적 성격", 법조 통권 제614호, 2007, 140면.

야마시타 사건은 전쟁법상 지휘관에게 자신의 통제하에 있는 부대 내지 부하들이 전쟁법 위반행위를 하지 않도록 적절한 조치를 취해야 할 작위의무가 있는지 그리고 그 의무의 부작위가 있을 때 지휘관에게 형사책임을 부과할 수 있는지에 대한 최초의 재판이라는 점에 커다란 의의를 가진다. 하지만 군사위원회와 미국 연방대법원의 유죄 판결은 그 이유가 야마시타가 부하의 위법행위를 틀림없이 알고 있었음에도 불구하고 위 작위의무를 이행하지 않아서 책임이 있다고 판단한 것인지, 아니면 광범위한 불법행위가 있었음에도 상급자가 작위의무를 이행하지 않은 경우 상급자는 그러한 불법행위를 알 수 있었는지 여부와 무관하게 부하의 불법행위에 대해 책임을 진다는 의미인지가 불명확하여 이를 둘러싸고 다양한 해석을 초래하게 하는 한계를 보였다.[375]

(2) ICTY의 첼리비취(Čelebići) 사건

ICTY의 첼리비취 수용소(Čelebićiprisoncamp 또는 Čelebićicamp) 사건은 지휘관책임에 관한 ICTY 최초의 사건으로, 1992년 4월부터 12월까지 첼리비취 수용소에서 살인, 상해, 구타, 성폭행, 잔혹하고 비인간적인 행위 등이 수용자들에게 행해졌다. Zdravko Mucić(즈드라브코 무치취)는 수용소의 소장으로서 그가 재직하는 동안에 간수들의 구타에 의해 8명의 수용자가 사망하였으며, 한 명의 수용자가 구타를 피하려고 도망가다가 총살되었다. 또 다른 한 수용자는 소총 개머리판 등으로 몇 시간 동안 지속적으로 구타를 당하였고, 수용소 도착당시 상처가 심했던 다른 수용자 역시 계속된 구타로 인하여 사망하였다. 검사는 무치취를 포함하여 다른 3명의 피고인에 대하여 1949년 제네바 협약들의 고의적이고 중대한 위반(ICTY 규정 제2조), 전쟁법과 국제관습법 위반(ICTY 규정 제3조)으로 형사소추하였다. 특히 검사는 간수인 에사드 란조(Esad Landžo)[376]를 제외한 다른 피고인 3명에 대해 지휘관 책임의 적용을 청구하였다.[377]

1심 재판에서 무치취는 자신을 첼리비취 수용소의 지휘관이나 소장(warden)으로 임명한 어떠한 공식적인 정부문서도 없다고 주장하였으나, 재판부는 피고인이 부소장

375) 김현주·김회동, "야마시타와 전쟁법상 지휘책임", 한일군사문화연구 제25집, 2018,, 277면.
376) 에사드 란조는 살인, 고문, 잔인한 처우를 실행한 직접 책임에 대하여 유죄판결을 받고 15년의 구금형을 선고받았다.
377) 보다 상세한 사실관계는 이윤제, 국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2016, 96-97면 참조.

인 하짐 델리취(Hazim Delić)와 간수들을 부하로 두고서 수용소에서 그의 명령을 집행하게 하였다는 점, 간수들을 지휘하고 그들에 대한 인사・징계권을 가지고 있었던 점, 피고인이 수용자들의 이송, 석방, 그들에 대한 방문, 식량 지급에 대한 실질적 권한을 가지고 이를 행사했었다는 점 등을 근거로 그가 범죄기간 동안 수용소의 사실상의 지휘관(de facto commander)이었다고 판단하였다.[378] 수용소에서 살인, 상해, 구타, 성폭행 등의 범죄들이 너무나 자주 발생하였고 악명이 높았던 점을 근거로 피고인이 수용소에서 범죄가 발생하는 것을 알고 있었다고 인정하고,[379] 소장인 피고인이 첼리비취 수용소 내에서 빈번히 발생하는 살인, 상해, 구타, 성폭행 등의 범죄를 방지・억지하거나 그에 직접적으로 가담한 자들을 징계하거나 처벌하기 위한 합리적이고 적절한 조치를 취한 적이 없다고 판시하였다. 결국 무치취는 1심 재판부에 의해 지휘관 책임에 기초하여 7년을 선고받았다.[380]

첼리비치 수용소 사건에 대한 1심 재판부는 ICTY 규정 제7조(3)에 따라 지휘관책임이 성립하기 위해서 ①지휘관과 하급자 관계(superior-subordinate relationship)가 있을 것, ②하급자가 범죄행위를 저질렀거나 범행을 저지르려고 하고 있는 것을 알았거나 알 만한 사유가 있을 것, ③지휘관이 범죄행위를 방지하거나 범인을 처벌하기 위한 필요하고도 합리적이고 적절한 조치를 취하지 않았을 것이라는 점이 입증되어야 한다는 세 가지 요건을 제시하였다. 1심 재판부가 제시한 지휘관 책임의 세 가지 요건은 항소심 재판부에 의해 승인되고, ICTR에 받아들여져 현재 관습국제법의 가장 대표적인 기준으로 확립되었다는데 커다란 의의가 있다.[381]

(3) 사안의 해결

서론의 사례에서 적용 법조는 로마규정 제28조가 아닌 그 이행법률인 국제형사범죄법 제5조가 적용되어야 한다. 국제형사범죄법 제5조의 객관적 성립요건으로 ① 지휘관(군 지휘관 또는 사실상 군 지휘관)과 하급자의 지휘복종관계의 존재, ② 지휘관의

---

378) Prosecutor v. Delalić et al.,(Case No.IT-96-21) Trial Chamber Judgement, 16 November 1998, paras. 731-739, 763-767.
379) *Ibid.*, paras. 769-770.
380) *Ibid.*, paras. 806.
381) 이윤제, 국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2016, 99-100면.

의무 불이행 부대(하급자)의 범행, ③ 지휘관의 부대(하급자)의 범행을 방지하기 위하여 필요한 상당한 조치를 위하지 않은 의무 불이행, ④ 지휘관의 의무 불이행과 부대(하급자)의 범행 사이의 인과관계가 요구된다. 우선 계엄사령부 합동수사본부 본부장 甲은 계엄군 총사령관은 아니지만 계엄군 총사령관의 권한을 사실상 행사하는 자에 해당하며, 지휘구조 내에서 계엄군에 대해 실효적인 지휘권과 통제권을 가지고 있다. 둘째, 甲의 실효적인 지휘와 통제 하에 있는 계엄군에 의해 다수의 민간인 학살행위라는 인도에 반한 범죄가 행해졌다. 셋째, 甲은 이러한 계엄군에 의한 인도에 반한 범죄를 방지하기 위하여 필요한 상당한 조치를 취할 수 있었음에도 불구하고 이러한 의무를 이행하지 않았다. 넷째, 계엄군에 의한 인도에 반한 범죄행위와 甲의 의무 불이행이라는 부작위 사이에 인과관계도 충분히 인정될 수 있다. 따라서 甲에게 국제형사범죄법 제5조의 객관적 요건은 충족된다.

나아가 국제형사범죄법 제5조는 주관적 요건으로 지휘관이 실효적인 지휘와 통제하에 있는 부하 또는 하급자가 집단살해등을 범하고 있거나 범하려 함을 인식, 즉 알고 있어야 한다. 이러한 인식은 '확정적 고의'는 물론이고 '미필적 고의'로도 충분하다. 사례에서 甲은 계엄군의 민간인 학살 행위에 대해 일선 지휘관들로부터 일일보고를 통해 그 인명피해 현황을 보고받아 이를 충분히 인식하고 있었으므로, 주관적 요건도 충족된다.

결국 甲에게는 국제형사범죄법 제5조가 성립하여 계엄군이 범한 인도에 반한 죄의 법정형인 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처할 수 있다(국제형사범죄법 제9조 제1항[382]).

라. 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 책임

(1) '상관의 명령에 따른 행위'라는 항변에 대한 세 가지 원칙

국제형사법의 이론과 실무에서 '상관의 명령에 따른 행위'라는 항변의 문제는 전통적으로 전쟁범죄에 대한 전범재판에서 등장하였는데, 적지 않은 전범들이 자신은 상

382) 국제형사범죄법 제9조(인도에 반한 죄) ① 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 사람을 살해한 사람은 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

관의 명령에 따라 행위를 하였을 뿐이고 명령을 이행하는 것 이외에는 달리 행할 가능성이 없었음을 주장하였기 때문이다. 이러한 '상관의 명령에 따른 행위'라는 항변을 하는 하급자의 형사책임과 관련하여 지금까지 국제형사법의 이론에서는 세 가지 원칙이 전개되어 왔다.

첫째, 상관의 위법한 명령에 따른 행위를 절대적 항변으로 인정하는 '절대적 항변(absolute defence)'의 원칙이다. 즉 이는 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 형사책임을 항상 그리고 완전하게 배제시키고, 상급자만 처벌하는 원칙을 말한다. 대표적으로 1914년 미국 육군은 상관의 위법한 명령에 따른 행위를 완전한 항변으로 인정하는 조항을 포함하는 The Rules of Land Warfare(1914년 미국육전규칙)를 제정하였다. 동 규칙 제10장 제366항은 "정부나 상급자의 명령이나 제재에 의해 범한 범죄에 대해 병사 개개인은 처벌 받지 아니한다. 그런 행위를 명령한 지휘관 또는 자신의 군대가 저지른 범죄행위에 대한 지휘관은 적군에 포획될 경우 형사책임을 질 수도 있다."고 규정하여 상관의 명령에 따른 행위를 절대적 항변으로 인정하였다. 이에 따라 실제 제1차 세계대전 중이나 이후에 미군 병사들 중에 포로를 처형하거나 학대하라는 등의 상관의 불법한 명령에 복종한 죄로 기소된 사람은 없었다고 한다.[383] 프랑스 역시 1818년 제정되어 1966년까지 시행되던 군대기율에 관한 부속규정은 상관의 불법한 명령에 대해서 까지도 '명령대로의 복종'을 요구하고 있었다고 한다.[384] 1940년 수용소에 억류된 외국인 10여명을 살해한 혐의로 기소된 외국인 수용소장 포꽁포레 대위 사건에서 프랑스 법원은 비무장한 외국인 억류자를 사살하라는 상관의 명령은 명백하게 불법인 것으로 볼 수 있음에도 불구하고 "억류자 중 누구도 적의 수중에 들어가게 해서는 안 된다"는 명령에 따랐다는 포꽁포레 대위에 대해 절대적 항변의 원칙을 수용하여 무죄를 선고하였다고 한다.[385]

둘째, 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 불처벌을 인정하지 않는 '절대적 책임(absolute liability)'의 원칙이다. 하급자가 상관의 위법한 명령에 따른 사실 그 자체만으로는 범죄를 행한 하급자의 행위가 정당화되거나 면책되기에는 충분하지 않다는 것이 그 이유이다.[386]

---

383) 김현주, "상관의 명령에 따른 행위라는 항변: 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률을 중심으로", 인도법논총 제39권, 2019.12, 46-47면.
384) 조승옥·민경길 편역, 군대명령과 복종, 법문사, 1994, 292면.
385) 조승옥·민경길 편역, 위의 책, 298면.

셋째, 절충적인 입장으로 상관의 위법한 명령에 따른 행위는 원칙적으로 형사처벌의 대상이 되지 않지만 상관의 위법한 명령을 이행한 하급자가 그 명령의 위법성을 알고 있었거나 그 명령이 명백하게 위법했던 경우에는 하급자의 형사책임을 긍정하는 '조건부 책임(conditional liability)'의 원칙 또는 '명백한 불법(manifest illegality)'의 원칙이다. 미국 연방대법원은 1813년 United States v. Jones 사건에서 이 원칙을 분명히 하였다. 즉 이 사건에서 미국 연방대법원은 민간 무장선에 근무하던 중 해적혐의로 기소된 Jones 중위가 "선장의 명령에 따라 행위를 했다"는 항변을 하자 이를 기각하면서, "군대의 간부이건 정부의 관리이건 자신의 하급자에게 국법을 위반하라고 명령할 수는 없으며 그런 명령이 불법을 정당화하지도 책임을 면제하지도 못하며, 부하는 상급자의 명령이 위법함을 알았거나 또는 알았어야만 하는 경우에 상급자의 위법한 명령에 따른 부하의 책임이 면제될 수 없다"고 판시하였다. 이를 통해 재판부는 행위자와 행위 당시의 상황을 고려하여 상급자의 명령이 적법하다고 합리적으로 믿고 행동한 부하의 행위는 범죄의 주관적 구성요건을 결하여 범죄가 성립하지 않음을 명확히 하였다.[387] 독일 연방법원도 조건부 책임의 원칙을 따르고 있다. 그 대표적인 예로 구명정 생존자에 대해 발포하여 사살하라는 U보트 함장인 Helmut Patzig 중위의 명령을 이행한 혐의로 기소된 Luawig Dithmar 소위와 John Boldt에 대해 독일 연방법원은 "부하는 상관의 명령에 대해 의문을 제기할 의무가 없으며 상관의 명령이 적법하다고 신뢰할 수 있다. 하지만 상관의 명령이 피고인을 포함한 모두에게 의심의 여지없이 법에 위반된다고 알려진 매우 예외적이고 제한적인 상황에서는 그런 신뢰는 존재할 수 없다"고 하면서 "방어할 방법이 없는 사람을 죽이라는 명령이 위법하다는 것은 피고인에게 너무나 명백한 것이었다"고 판시하고 피고인들에게 징역 4년형을 선고하였다고 한다.[388]

386) Werle, Völkerstrafrecht, 2003, Rn. 361.

387) Aubrey M. Daniel III, "The Defense of Superior Orders", University of Richmond Law Review, V.7, p.477(김현주, "상관의 명령에 따른 행위라는 항변: 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률을 중심으로", 인도법논총 제39권, 2019.12, 45면에서 재인용).

388) "German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt" The American Journal of International Law, vol. 16, No. 4, 1922, p.722. JSTOR, www.jstor.org/stable/2187594 (김현주, "상관의 명령에 따른 행위라는 항변: 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률을 중심으로", 인도법논총 제39권, 2019.12, 47-48면에서 재인용).

(2) 로마규정 제33조에 따른 하급자의 책임

로마규정 제33조는 "상사의 명령과 법률의 규정"이라는 표제하에 '조건부 책임'의 원칙을 수용하여 원칙적으로 상관의 위법한 명령에 따른 행위에 대해 하급자의 형사책임 면제를 인정하지 않는다고 규정하고 있다. 즉 로마규정 제33조 제1항에 따르면, "어떠한 자가 정부의 명령이나 군대 또는 민간인 상급자의 명령에 따라 국제형사재판소 관할범죄를 범하였다는 사실은 그 자의 형사책임을 면제시켜 주지 아니한다." 그러나 로마규정 제33조 제1항은 예외적으로 하급자의 형사책임이 면제될 수 있는 사유를 열거하고 있다. 이에 의하면 "하급자가 정부 또는 관련 상급자의 명령에 따라야 할 법적 의무하에 있었고, 그 하급자가 명령이 불법임을 알지 못하였으며, 명령이 명백하게 불법적이지는 않았던 경우"에는 하급자의 형사책임이 면제된다. 다만 로마규정 제33조 제2항은 "집단살해죄 또는 인도에 반한 죄를 범하도록 하는 명령은 명백하게 불법이다."고 명시함으로써 집단살해죄와 인도에 반한 죄가 아닌 전쟁범죄에 한하여 하급자가 상관의 명령이 불법함을 알았거나 상관의 명령이 명백하게 불법이 아닌 한 하급자는 형사책임을 지지 아니하는 것으로 규정하고 있다. 이는 전쟁범죄의 경우 그 발현형식이 다양하며 그 불법성의 정도 역시 각각의 사안마다 달리 나타날 수 있어 명백하게 위법이 아닌 상관의 명령에 따른 군인은 벌하지 않겠다는 여러 국가의 의지가 반영된 결과물로 보인다.[389]

(3) 국제형사범죄법 제4조에 따른 하급자의 책임

상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 책임과 관련하여 국제형사범죄법 제4조 제1항은 "정부 또는 상급자의 명령에 복종할 법적 의무가 있는 자가 그 명령에 따른 자기의 행위의 불법함을 알지 못하고 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 범한 경우에는 명령이 명백히 불법하지 아니하고 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 처벌하지 아니한다."고 규정하고 있다. 이는 상급자의 명령에 따른 행위라고 하더라도 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 범한 하급자는 형사책임을 면할 수 없다는 원칙을 표명하고 있다. 다만 상급자의 명령이 명백히 불법하지 않고 그 오인에 정당한 이유가

389) 김현주, 위의 글, 61면; 이진국, "상관의 위법한 명령에 따른 행위", 형사법연구 제26권 제2호, 2014, 391면.

있는 경우에는 관련 행위를 한 하급자의 형사책임이 면제될 수 있다.

그럼에도 불구하고 제4조 제2항은 "집단살해죄와 인도에 반한 죄를 범하도록 하는 명령은 명백히 불법한 것으로 본다."고 하여 집단살해죄와 인도에 반한 죄를 범한 하급자는 상급자의 명령에 따른 것이라는 이유로 형사책임을 면제받을 여지가 없다. 이러한 범죄에 대해서만큼은 '절대적 책임'의 원칙을 수용한 것으로 보인다. 하지만 전쟁범죄를 범한 하급자(군인)의 경우에는 상급자의 명령이 명백히 불법이지 않기 때문에 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 처벌을 받지 않을 가능성도 있다. 이렇게 전쟁범죄를 범하도록 하는 명령이 명백히 불법이지 않게 된 것은 로마규정 제33조 제2항을 수용한 결과이다.

[표 3] 로마규정 제33조와 국제형사범죄법 제4조의 비교

	로마규정 제33조	국제형사범죄법 제4조	비교
주체	정부 또는 관련 상급자의 명령에 따라야 할 법적 의무가 있는 사람	정부 또는 상급자의 명령에 복종할 법적 의무가 있는 사람	동일
객관적 요건	정부의 명령 또는 군대 또는 민간인 상급자의 명령에 따라 재판소 관할범죄를 범한 사실	정부 또는 상급자의 명령에 따라 집단살해죄 등을 범한 경우	동일
주관적 요건	명령이 불법임을 알지 못하였고	명령에 따른 자기의 행위가 불법임을 알지 못하고	다소 상이
	명령이 명백하게 불법적이지 않았던 경우	명령이 명백하게 불법이 아니고	동일
		그 오인에 정당한 이유가 있을 때에만	새로 추가

출처 : 김현주, "상관의 명령에 따른 행위라는 항변: 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률을 중심으로", 인도법논총 제39권, 2019.12, 62-63면.

그러나 전쟁범죄를 범한 군인이 상급자의 명령에 따른 행위였다고 항변하여 책임을 면제받을 가능성은 매우 희박할 것이다. 왜냐하면 상급자의 구속력 있는 명령이 있음을 이유로 법원이 전쟁범죄를 범한 군인에 대해 면책시켜 주기 위해서는 상급자의 명령이 불법이 아니라고 오인하는 것에 정당한 이유가 있어야 하는데, 군대의 구성원은 오직 합법적인 명령에만 따를 의무가 있기 때문에 그 오인에 정당한 이유가 있음을 입증하기가 매우 어려울 것이라고 예상되기 때문이다.[390] 또한 "그 오인에 정당한 이유가 있을 때"는 우리 형법상 법률의 착오 문제로 다루어진다. 그런데 판례는 법률의

390) 김영석, 국제형사재판소 관한 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서, 법무부, 2008.10, 30-31면.

착오의 정당한 이유에 대한 판단과 관련하여 일반인이 자신의 행위의 적법성에 대해 의심이 있으면 변호사 등의 법률 전문가에 대한 문의와 자문, 관할 관청 혹은 담당공무원에의 조회의무를 이행한 경우로 그 성립범위를 매우 제한적으로 인정할 뿐이다.[391] 따라서 전쟁범죄 관련하여 하급자인 군인이 전시라는 급박하고 절제절명의 순간에 법률전문가의 상담과 자문을 받을 기회가 없을 것이고, 관할 관청 혹은 담당공무원에의 조회도 제한될 것임을 고려하면 사실상 그 적용에 있어 극히 이례적인 경우를 제외하고 집단살해죄와 인도에 반한 죄와 마찬가지로 '절대적 책임'의 원칙에 따라 형사책임이 면제되지 아니할 것이다.[392]

(4) 로마규정 제31조(1)(라)의 '강요된 행위'라는 항변

로마규정 제31조(1)(라)에서 강요된 행위에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

> **제31조 형사책임 조각사유**
>
> 1. 이 규정에서 정한 여타의 형사책임 조각사유에 더하여, 행위시 다음의 경우에 해당되면 형사책임을 지지 아니한다.
>
> 라. 재판소의 관할범죄를 구성하는 것으로 주장된 행위가 자신 또는 다른 사람에 대한 급박한 사망 또는 계속적이거나 급박한 중대한 신체적 위해의 위협으로부터 비롯된 강박에 의하여 야기되었고, 그러한 위협을 피하기 위하여 합리적으로 행동한 경우. 다만, 그 자가 피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않아야 한다. 그러한 위협은,
>
> (1) 다른 사람에 의한 것이거나, 또는
>
> (2) 그 사람의 통제범위를 넘어서는 기타 상황에 의하여 형성된 것일 수도 있다.

391) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결: "정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다."

392) 김현주, "상관의 명령에 따른 행위라는 항변: 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률을 중심으로", 인도법논총 제39권, 2019.12, 64-65면.

로마규정 제31조(1)(라)에 따르면 강요된 행위로 형사책임이 조각되기 위해서는 ① 자신 또는 다른 사람에 대한 급박한 사망 또는 계속적이거나 급박한 중대한 신체적 위해의 위협으로부터 비롯된 강박에 의해 야기된 경우, ② 그 위협을 피하기 위해 합리적으로 행동한 경우, ③ 피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않는 경우라는 세 가지 요건을 충족해야 한다.

그러나 로마규정과 달리 국제형사범죄법은 강요된 행위에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않아 "저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다."라고 규정된 형법 제12조의 강요된 행위가 적용될 수 있을 뿐이다. 이에 따라 국제형사범죄법에서는 로마규정과 달리 ③의 '이익형량' 요건인 "피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않는 경우"가 아니더라도 강요된 행위로 인정되어 책임이 조각될 수 있다.

이러한 강요된 행위와 관련된 로마규정과 국제형사범죄법상의 차이는 다음과 같은 구체적 사례에서 커다란 문제를 야기한다. 즉 전시에 상관 甲이 부하 乙의 머리에 총을 대고 수십여 명의 포로를 사살하라는 명령을 내렸고 乙은 자신의 생명에 대한 위협을 느껴 상관의 위법한 명령을 이행했을 경우, 乙에게 로마규정이 적용될 경우에는 로마규정 제31조의 강요된 행위의 성립요건인 '이익형량'의 기준을 충족하지 못하여 책임이 조각되지 않을 것이다. 그러나 우리나라 국제형사범죄법을 적용할 경우에는 정반대로 강요된 행위에 대한 명문의 규정이 없어 '이익형량'의 기준을 요구하지 않는 형법 제12조가 적용되어 책임이 조각될 것이다. 이러한 결론은 우리 형법상 책임원칙에는 부합할 수 있을지 몰라도 상관의 위법한 명령을 수행하여 전시에 포로를 사살하거나 선량한 다수의 민간인을 학살하는 등의 잔혹한 범죄를 저지른 자가 상관의 명령이 위법한 것은 알았으나 자신의 생명에 대한 협박에 의해 강요된 행위라는 항변 뒤로 숨으려 하여도 이를 인정하지 않고 그 형사책임을 분명히 묻겠다는 국제사회의 결단과는 동떨어진 결과를 초래하는 문제를 야기한다.[393]

393) 김현주, 위의 글, 65-66면.

(5) 사안의 해결 및 국제형사범죄범 제4조의 개선방안

위 사안에서 계엄 상황에서 지휘관 A 중령의 시민군과 다수의 일반시민이 있는 J빌딩에 대한 사격명령을 이행한 乙은 A 중령의 합법적인 공격이라는 판단에 대해 자신은 국제인도법에 위반되는 것으로 판단되어 복종할 수 없다고 하였지만 자신의 생명에 대한 협박으로 말미암아 J빌딩에 대해 무차별 사격을 가하여 다수의 일반시민을 사상케 하였으므로, 국제형사범죄법 제9조 제1항, 제4조 및 형법 제12조의 성립여부가 문제된다.

우선 계엄 상황에서 乙이 상관 A 중령의 명령에 따라 J빌딩에 대한 사격행위를 통해 일반시민에 대한 사상의 결과를 발생시킨 것은 국제형사범죄법 제9조 제1항의 인도에 반한 죄에 해당한다. 민간인 주민을 공격하려는 국가의 정책과 관련하여 계엄군이 민간인 주민에 대한 체계적인 공격으로 일반시민을 살해하였기 때문이다.

하지만 乙은 자신의 행위는 상관의 명령에 따른 행위라고 항변할 수 있다. 이러한 乙의 항변과 관련하여 국제형사범죄법 제4조에 따라 면책되기 위해서는 당해 명령이 명백히 불법하지 않아야 할 뿐만 아니라 설혹 상급자의 명령이 불법이 아니라고 오인하였더라도 형법 제16조에서 규정된 정당한 이유가 있어야 한다. 그러나 국제형사범죄법 제4조 제2항은 집단살해죄와 인도에 반한 죄에 대해 불법의 명백성을 추정하고 있고, 비록 乙은 명령의 위법성에 대해 심사숙고하여 국제인도법에 위반된다고 판단하였다고 할지라도 법률전문가의 상담과 자문을 받는다든지 상급부대 혹은 A 중령보다 더 지위가 높은 상급자에게 조회의무를 이행한 바가 없어 정당한 이유도 인정되지 않을 것이다. 따라서 乙의 항변은 수용되지 아니한다.

그렇지만 乙은 A 중령이 권총으로 협박을 하여 자신의 생명에 대한 위협을 느껴 그 명령에 따른 것으로 형법 제12조의 강요된 행위에 해당한다고 항변할 수 있다. 형법 제12조는 “저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있는바, 乙에게는 A 중령에 의해 자신의 생명에 대한 위해가 가해졌다. 또한 A 중령으로부터 권총으로 협박을 당하였으므로, 이는 방어할 방법이 없는 협박에 의해 강요된 범죄를 행한 것이다. 결국 乙은 자신의 생명에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의해 의사결정의 자유가 침해된 상태에서 강요받은 대로 무차별 사격을 가한 것이기

때문에 형법 제12조의 요건을 충족하여 면책된다.

그러나 乙에 대해 형법 제12조의 강요된 행위의 항변을 인정하여 형사책임을 묻지 않는 것은 앞서 언급한 바와 같이 민간인을 학살하는 등 명백히 인도에 반한 죄를 범하였음에도 불구하고 강요된 행위라는 항변 뒤로 숨는 길을 열어둠으로써 이러한 자에 대해 절대적 책임을 묻는 로마규정 제4조, 제31조(1)(라)에 정면으로 배치되는 것이다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 로마규정 제31조(1)(라) 규정의 입법취지를 고려하여 "제8조, 제9조 및 제10조의 죄를 범한 사람은 자기가 피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않은 경우에만 형법 제12조에 따라 벌하지 아니한다."라는 내용으로 국제형사범죄법 제4조 제3항을 신설할 필요가 있다고 본다.[394]

3. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경 여부

가. 서론

전쟁이나 독재체제의 종료 등 여러 원인으로 사회에 커다란 정치적·구조적 변화가 이루어지는 시기에 전쟁이나 독재체제에서 자행된 대규모 인권침해행위나 체제불법을 어떻게 다룰 것인가에 관한 개념으로 '전환기 정의(Transitional Justice)'라는 개념이 사용되고 있다.[395] 이 개념은 이미 국제사회에서 널리 알려지고 연구되고 있는데, 특히 「Transitional Justice」라는 저술서를 통해 그 개념을 정립한 루티 테이텔(Ruti G. Teitel)에 따르면, 전환기 정의가 이전 독재정권의 중대한 인권침해 사건들에 대한 법적 처리를 주로 다루며, 독재정권에서 민주주의정권으로의 정치적 전환기라는 구조 속에서 법과 정의의 개념을 의미하며, 그 과정에서 사법적 대응이 매우 필수적이고 중요한 역할을 한다고 한다.[396] 이러한 전환기 정의는 방대한 과거 권력남용의 잔재를

394) 같은 취지로 김현주, 위의 글, 67-68면.

395) 'Transitional Justice'의 한국어 번역은 통상 전환기 정의, 이행기 정의, 과도기 정의, 과거청산 등의 용어가 혼용되고 있는데, 특히 '이행기 정의'로의 번역은 권위주의 혹은 전체주의로부터 민주주로의 이행 및 그 반대의 경우 등 다양한 형태의 '체제 이행'을 의미하는 '이행'과 '정의'라는 별도의 개념이 결합된 것으로 설명한다고 한다. 이에 대한 자세한 설명으로는 김진, "전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-", 저스티스 통권 제180호, 2020.10, 396-397면 참조.

396) Ruti G. Teitel, Transitional Justice, Oxford University Press, 2000, p.4.

다루기 위한 사회의 시도와 관련된 모든 일련의 절차와 메커니즘으로서 정당한 책임을 묻고 정의와 화해를 이룩하는 것을 목적으로,[397] 중대한 인권침해를 발생시킨 억압적인 구체제를 인권과 민주주주의 관점에서 혁신하려는 헌정주의적 개념이라고 할 수 있다.[398]

이러한 전환기 정의의 핵심적 과제는 평화·사회통합의 달성과 정의 추구라고 할 수 있다. 이러한 핵심 과제를 달성하기 위해 가해자에게 엄격하게 법적 책임을 물어 정의 실현에 무게를 둘 것인가 아니면 사면 내지 면책·감경 등을 통해 화해와 평화를 이끌어 통합을 이룰 것인가라는 두 가지 모델, 즉 정의 모델과 진실화해 모델을 선택할 수 있다. 전자의 '정의 모델(Justice Model)'은 가해자의 형사책임에 집중하는 모델로, 형사법정이 중심 기구가 되어 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 반인권적 국가범죄 등과 같은 중대한 인권침해행위를 심판한다. 반면에 '진실화해 모델(Truth-Reconciliation Model)'은 국가의 공식적인 조사를 통해 중대한 인권침해의 진실을 발견하고 화해를 추구하는 데 역점을 두는 모델로, 진실화해위원회가 중심 기구가 된다.[399] 이때 진실화해위원회는 가해자에 대한 엄정한 형사처벌이 아니라 이른바 3C라고 하는 '개인들의 정화(cleansing of individuals)',[400] '공동체 형성(community-building)' 그리고 '정치적 변화의 공고화(consolidation of political change)'를 추구하면서, 진실 확보, 제도 개혁의 권고, 피해자에게 피해의 전과정에 대한 충분한 발언 기회의 보장, 피해자의 사회적 명예 회복 그리고 합당한 배상의 제공 등을 목표로 한다.[401]

그렇다면 전쟁이나 독재체제에서 행해진 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 반인권적 국가범죄 등과 같은 중대한 인권침해행위의 가해자에 대해 그 진실의 조사·수사과정에서 적극적으로 협조한 자에 대해서 정의모델을 뒤로 하고 진실화해 모델에 따라

397) 김진, "전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-", 저스티스 통권 제180호, 2020.10, 395면.
398) 이재승, 국가범죄, 앨피, 2010, 29면.
399) 진실화해 모델을 따른 남아프리카공화국의 진실화해위원회가 그 대표적인 예이다.
400) 정화(淨化)는 형사처벌 외에 과거 불법에 가담한 사람들에 대한 공직취임 금지 또는 제한, 재산권 행사의 제한과 같은 행정적 제재를 의미하는데, 제2차 세계대전을 겪은 후의 벨기에, 프랑스, 네덜란드와 구소련 붕괴 후 민주화 과정을 겪은 동유럽 국가들(대표적으로 폴란드)은 나치나 구소련 체제에서 인권탄압에 가담한 가해자들에게 책임을 묻는 방식으로 정치적 권리, 민사적 권리 등에 제약을 가하는 '정화'의 방식이 채택되었다(김진, "전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-", 저스티스 통권 제180호, 2020.10, 403면).
401) 이재승, 국가범죄, 앨피, 2010, 31-33면.

사면 내지 면책·감경을 할 필요성이 있는지,[402] 실제로 사면 내지 면책·감경을 실행한 혹은 실행하지 않은 외국의 사례는 있는지 그리고 국내법상 이를 도입한 구체적인 입법례와 향후 우리나라에서 반인권적 국가범죄를 형사처벌하는 법률이 도입될 경우 어떠한 형태로 그 내용을 담아내야 할 것인지 검토할 필요가 있다고 본다.

나. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경의 필요성 여부

(1) 기소 또는 형사처벌이 필요하다는 견해

가해자에 대한 사면 내지 면책·감경의 필요성에 대하여 반대하는 입장에서는 다음과 같은 설득력 있는 논거를 제시하고 있다. 우선, 과거의 중대한 인권침해행위에 대해 그 가해자를 엄격하게 처벌하는 것은 무너진 정의를 회복하는 것뿐만 아니라 장차 홀로코스트와 같은 유사한 인권침해가 또 다시 발생하는 것을 예방하기 위해서도 필요하다고 한다.[403] 가해자에 대한 기소와 엄정한 처벌이 과거청산의 초기 단계에는 저항을 불러 올 수 있지만 중대한 인권침해에 실질적 책임이 있는 핵심 가해자들을 처벌하지 않는 것은 법에 대한 경시와 미래에 또 다른 중대한 인권침해의 발생을 조장할 우려가 있기 때문이다.

둘째, 가해자에 대한 사면 내지 면책·감경은 피해자의 권리를 침해한다는 것이다. 법치국가는 중대한 인권침해의 피해자 또는 그 가족에게 가해자를 형사소추하여 처벌해야 할 법적 의무를 부담하고 있으며, 가해자의 처벌을 통해 피해자의 고통을 경감시켜주어야 한다. 중대한 인권침해행위 가해자에 대해 어떠한 처벌도 없이 통합과 화해라는 이름으로 이들을 사면하거나 그 형벌을 면책·감경하는 것은 피해자의 권리를 침해하는 것일 수밖에 없다.

마지막으로, 중대한 인권침해 가해자를 처벌하지 않고 그 조사·수사 과정에서 협조했다는 이유만으로 이들을 사면 내지 면책·감경하는 것은 법치주의와 민주주의를

402) 이러한 논의는 이미 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 반인권적 국가범죄 등과 같은 중대한 인권침해행위를 가해자에 대해 국내법정에서 유죄가 선고된 이후 사면법에 따라 특별사면을 허용할지 여부가 아니라 그 조사·수사 과정에서 적극적으로 협조한 자에 대해 실체적 진실의 발견을 용이하게 하기 위해 사면(더 정확히는 기소면제) 내지 면책·감경을 할 수 있는가로 양자의 구별이 필요하다.

403) Charles P. Trumbull Ⅳ, "Giving Amnesties a Second Chance", Berkely Journal of International Law 25, 283 (2007), p.305.

중대하게 위협할 수 있다. 오랜 내전이나 독재체제의 고통스런 시기에서 벗어나 민주주의 체제로 이행하는 단계의 국가에서 필요한 것은 통합과 화해일 수도 있지만 무엇보다 정통성(legitimacy)을 확립하는 것이며, 이를 위해 과거의 중대한 인권침해사실의 규명과 그 핵심 책임자에 대해 공정하고 투명한 형사절차를 통한 단죄가 필요하다.[404] 즉 가해자에 대한 형사재판을 통하여 인권침해가 어떠한 방법으로 계획되고 실행되었으며, 그 피해자들은 어떠한 피해를 입었는지, 누가 명령을 내리고 이를 실행한 사람은 누구인지 등에 관하여 자세한 기록을 남기는 작업이 필요하다. 중대한 인권침해 가해자들을 처벌하기 위한 이러한 형사재판을 생략한 채 조사·수사 과정에서 협조했다는 이유만으로 사면하는 것은 법치주의에 대한 냉소주의를 초래할 수 있다고 한다.[405]

요컨대, 이 견해는 '정의 없이는 평화도 없다(No Peace without Justice)'는 기조를 바탕으로 정의는 협상이 가능한 것이 아니며, 유사한 중대한 인권침해행위에 대한 예방효과와 사면 내지 면책·감경의 혜택을 부여했을 때 피해자의 권리침해 등의 역효과를 고려하여 중대한 인권침해 가해자에 대해 엄중한 형사책임을 물을 것을 강조한다.

(2) 사면 내지 면책·감경이 필요하다는 견해

반면에 진실화해 모델을 바탕으로 전쟁이나 독재체제에서 자행된 대규모 인권침해행위나 체제불법을 저지른 가해자에 대해 그에 대한 조사·수사 과정에서 적극적으로 협조했을 경우 한 사회 내지 국가내부의 통합과 화해를 촉진하기 위해 사면 내지 면책·감경이 필요하다는 견해이다. 그 논거로 네 가지를 제시할 수 있다. 우선, 대규모 인권침해가 아직 종식되지 않았을 경우 정의를 추구하는 것도 중요하고 필요하지만 불필요한 내전 내지 더 이상의 인권침해가 발생하는 것을 방지하는 것이 더 중요하기 때문에 사면 내지 면책·감경이 필요하다는 것이다.[406] 내전이나 독재체제의 핵심

404) Michael P. Scharf, "The Amnesty Exception to the International Criminal Court", Cornell International Law Journal 32, 507 (1999), p.513.
405) 오승진, "대규모 인권침해에 대한 국내법적 사면의 국제법적 효과에 대한 연구", 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 198-199면.
406) Charles P. Trumbull Ⅳ, "Giving Amnesties a Second Chance", Berkely Journal of International Law 25, 283 (2007), p.312.

당사자는 자신들이 처벌을 받을 것이 예상되면 평화협정이나 민주적 정권이양을 받아들일 것을 거부할 것이므로, 중대한 인권침해행위를 중지시키기 위해하여 사면 내지 면책·감경을 적절히 제시하는 것이 필요하다고 한다.[407]

둘째, 가해자에 대한 사면 내지 면책·감경은 한 사회 내지 국가내부의 통합과 화해를 도모하는 데 필요하다고 한다. 내전이나 독재체제에서 그 구성원에게 집단학살, 고문 등 중대한 인권침해를 가한 가해자들을 사면하거나 면책·감경하는 것이 통합과 화해를 위해 반드시 필요하고 실제로 그러한 효과를 달성할 수 있는지는 불분명하지만 국가적 통합을 위하여 또는 새로운 출발을 위해 과거를 잊고 용서를 하는 것이 필요하다는 것이다.

셋째, 집단학살, 인도에 반한 죄, 납치, 중대한 학대 및 고문 등 대규모의 중대한 인권침해에 가담한 자들의 수가 많고, 그 과정에서 사법부가 제 기능을 하지 못하는 경우에는 모든 가해자를 기소하여 형사처벌하는 것은 사실상 불가능에 가까워 핵심 관련자나 매우 중대한 인권침해행위에 대해서만 형사처벌을 하고 하급 관련자나 방조 등 그 불법의 정도가 낮은 범죄에 대해서는 사면 내지 면책·감경이 필요하다고 한다.[408]

마지막으로, 오랜 내전 내지 독재 체제 하에서 중대한 인권침해행위가 발생하면 공소시효의 완성, 증거의 멸실 등으로 인하여 그 가해자를 단죄하는 것이 사실상 어려울 수 있는데, 처벌이 아닌 철저한 진상규명을 위해 사면 내지 면책·감경이 그 해결책이 될 수 있다고 한다.[409]

요컨대, 이 견해는 중대한 인권침해 가해자에 대한 엄중한 처벌을 통한 응보적 정의의 실현보다는 급변하는 격동기에 평화로운 사회를 실현하고 사회의 통합과 화해를 촉진하기 위해 중대한 인권침해 가해자로 하여금 분쟁과 폭력을 조기에 종식시키고 평화 협상의 장으로 나오도록 하는 유효한 수단으로 사면 내지 면책·감경을 활용할 필요가 있다는 것이다.

---

407) Louise Mallinder, Amnesty, Human Right and Political Transitions, Hart Publishing, 2008, p.44.

408) Ronald C. Slye, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", Virginia Journal of International Law 43, 173 (2002), p.185.

409) Ibid, pp.184-185.

다. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 허용한 외국의 적용 사례

앞서 살펴본 바와 같이 중대한 인권침해 가해자에 대해 정의 모델을 바탕으로 엄중한 처벌을 통해 정의 실현에 무게를 둘 것인지, 진실화해 모델을 바탕으로 사면 내지 면책·감경을 통해 화해와 평화를 이끌어 통합을 이룰 것인가는 전환기 정의를 추구하는 대표적인 두 방향이다. 그런데 실제로 나치나 구소련 체제의 붕괴 후 독일과 동유럽 국가들, 남아메리카나 아프리카의 권위주의 정권이 무너지고 민주주의 정권이 수립되는 과정에서 종전 구체제 하에서 자행된 중대한 인권침해를 다룬 방식은 어느 하나의 방식만에 의해 진행되지 아니하였고, 각 사회의 역사·문화적 특성과 사안의 성격 등을 고려하여 두 가지 방식의 어느 하나의 모델을 선택하거나 혼합된 모델로 진행되었다.

(1) 사면 내지 면책·감경을 부정한 외국의 사례

대규모의 중대한 인권침해범죄에 대해 다음의 국제재판소와 국가들은 정의 모델에 입각하여 그 가해자에 대해 기소 및 엄중한 처벌을 통해 정의 실현에 더 무게를 두었다.[410]

우선, 1993년 설립된 구유고슬라비아 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 이하 'ICTY')는 Furundzija 사건에서 고문의 금지는 강행규범이므로 사면은 국제법을 위반하는 것이라고 판시하였다.[411] ICTY는 사면이 일반적으로 고문행위를 조사할 국가의 의무에 어긋나며, 사면이 있는 경우에도 외국의 법원, 국제재판소 또는 그 이후 그 국가의 법원에 의하여 처벌받을 수 있음을 밝히고 있다.[412]

둘째, 시에라리온 특별재판소(SCSL)[413]은 로마협정에 의하여 시에라리온 내전 기간

410) 이하의 논의는 김진, "전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-", 저스티스 통권 제180호, 2020.10, 418-420면; 오승진, "대규모 인권침해에 대한 국내법적 사면의 국제법적 효과에 대한 연구", 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 211-213면.

411) Prosecutor v. Anto Frundzija, No. IT-95-17/I-7, Judgment(Dec. 10. 1998), paras. 153-156.

412) Ibid, paras. 155.

413) 시에라리온 정부는 1991년부터 2001년까지 지속된 내전 중 주민과 유엔 평화유지군에 대해 발생한 약탈과 살인(내전 과정에서 약 50,000여 명이 사망), 강간 등 광범위한 인권침해 범죄가 발생했고, 이러한 범죄를 다루기 위한 특별재판소를 설립해 줄 것을 유엔에 요청하였다. 이에

중의 범죄자들에게 부여된 사면은 재판소규정상의 범죄가 보편적 관할권의 대상이 되는 범죄인 점에 비추어 특별재판소의 관할권을 박탈할 수 없다고 하였다.[414] 또한 특별재판소는 "국제법을 심각하게 위반한 범죄에 대하여는 사면을 할 수 없다는 국제규범이 형성중"이라고 판시하였다.[415]

셋째, 독일은 구동독 체제 하에서 이루어진 중대한 인권침해의 처리 문제가 발생하자 형사소추를 통한 처벌을 전환기 정의의 주된 메커니즘으로 선택하였다. 즉 독일은 동독의 사회주의 정권 당시 발생한 중대한 인권침해 가해자들에 대한 형사소추와 처벌은 '동독 내 인권침해에 관한 증거수집을 위한 기구(Zentrale Beweismittel-und Dokumentationsstelle der Landesjustizverwaltungen)'을 통해 수집을 한 증거를 바탕으로 15년간 진행되었는데, 1,700만 명 인구 중 약 10만여 명에 대한 예비조사와 1,000여 건의 공소제기가 이루어졌다. 특히 국경수비대 군인들의 발포행위에 대한 심사를 중심으로, 당정치위원회(Politbüro)와 간부들의 부패, 국가안전부 직원의 납치, 구금시설 내 학대 등이 처벌 대상에 포함되었다.[416]

마지막으로, 아르헨티나에서도 1970년대 및 1980년대의 강제실종 등 인권침해행위에 책임이 있는 가해자들에 대해 사면법[417]을 통한 사면이 이루어진 바 있다. 하지만 이후 아르헨티나 법원들은 이들 사면법이 헌법과 국제법을 위반하는 것이라고 선언했을 뿐만 아니라 아르헨티나 대법원은 1974년 칠레의 장군이 부에노스아이레스에서 살해된 사건과 관련하여 기소된 자들에 대한 종신형을 확정하였다. 이때 대법원은 피고인들의 공소시효의 완성 주장에 대하여 이 협약의 원칙이 최근에 헌법에 포함되었다고 하더라도 '전쟁범죄와 비인도적범죄의 공소시효 비적용에 관한 협약(Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity, 1968)'의 원칙은 국제관습법을 표현한 것이므로, 공소시효

유엔과 시에라리온 정부가 특별재판소 설치에 대한 협상을 진행한 결과 2002년 유엔과 시에라리온의 양자협정에 기초해 시에라리온 사법제도 내의 특별재판소로 '시에라리온 특별법정(Special Court for Sierra Leone, SCSL)'이 설치되었다. 이 특별재판소는 1996년 11월 30일 이후 시에라리온 지역에서 범해진 국제범죄에 대해 관할권을 가지고 있다.

414) Prosecutor v. Kallon & Kamara, Case Nos. SCSL-2004-15-AR72(E), pp.20, 30.

415) Ibid.

416) 김진, "전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-", 저스티스 통권 제180호, 2020.10, 418면.

417) 1996년의 Full Stop Law와 1987년의 Due Obedience Law가 그것이다.

와 상관없이 피고인들을 처벌할 수 있다고 판시하였다.[418]

이처럼 과거에 중대한 인권침해의 가해자들에게 사면을 부여하였던 일부 국가들이 민주주의 정권이 들어선 이후 사면을 취소하거나 사면의 효력을 인정하지 않은 경우가 있음을 알 수 있다. 이는 중대한 인권침해 가해자에게 사면을 부여한 적이 있다고 하여 이를 관련 국가들의 최종적인 실행이라고 단정해서는 안 됨에 유의할 필요가 있다.[419]

(2) 사면 내지 면책·감경을 인정한 외국의 사례

중대한 인권침해의 가해자들에 대해서도 사면 내지 면책·감경을 인정한 대표적인 국가들로 폴란드, 칠레, 콜롬비아, 남아프리카공화국 등[420]을 언급할 수 있다.[421]

우선, 폴란드는 구소련 붕괴 후 공산주의 정당인 폴란드 노동자연합당(Polish United Workers' Party, Polska Zjednoczona Partia Robotnicza, PZPR)의 50여 년 집권 기간 중에 자행된 인권침해 범죄에 대해 그 가해자들을 형사처벌하는 방식을 통한 정의 실현이 아니라 무너진 공직사회의 신뢰 회복을 위하여 구체제 하에서 비밀경찰의 활동에 연루된 공직자를 밝히고 책임을 묻는 정화(淨化) 정책이라는 진실화해 모델을 선택하였다.[422] 즉 폴란드는 1998년 총선 이후 비밀경찰 협조 여부를 선언하게 하는 법을 제정하여 2만여 명의 공직자들로 하여금 비밀경찰에 협조한 혐의사실로 기소 및 형사처벌하는 메커니즘이 아닌 재사회화 관점에서 협조 사실을 시인하면

418) Decision on the Extradition of Ricardo Muguel Cavallo, 2 I.L.M at 908-09.

419) 오승진, "대규모 인권침해에 대한 국내법적 사면의 국제법적 효과에 대한 연구", 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 213면.

420) 그밖에도 우루과이, 엘살바도르, 과테말라, 페루, 짐바브웨, 아이티 등에서 중대한 인권침해 가해자들을 사면하는 예를 발견할 수 있다. 이들 개별 국가들의 사면의 실행에 대해서는 Naomi Roht-Arriaza, Impunity and Human Rights in International Law and Practice, Oxford University Press, 1995, pp.73-280 참조.

421) 이하의 논의는 김진, "전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-", 저스티스 통권 제180호, 2020.10, 410-424면; 오승진, "대규모 인권침해에 대한 국내법적 사면의 국제법적 효과에 대한 연구", 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 210-211면.

422) 다만 이러한 정화 정책은 민주화가 진행된 후 약 17년이 경과한 시점에서 진행되었다는 점에서 그 실효성에 대한 비판이 제기되고 있다고 한다. 이에 대한 자세히는 Monika Nalepa, "Lustration as a trust-building mechanism? Transitional Justice in Poland", After Oppression: Transitional Justice in Latin America and Eastern Europe, United Nations University Press (2012), p.349.

공직에서 바로 배제시키지 아니하고 그 사실을 대중에 공개함으로써 유권자 스스로 해당 공직자의 과거가 현재 직무수행에 악영향을 미치는지를 판단하고 지지 여부를 결정하도록 하는 통합과 화해의 회복적 정의 메커니즘을 따랐다. 반면에 협조 사실을 부인한 진술이 허위로 밝혀지면 해당 공직자는 '정화 관련 허위사실 진술(lustration lie)' 혐의로 정화 법원에 기소될 수 있고, 재판 결과에 따라 10년 간 공직 취임이 금지될 수 있는 보완책을 마련하였다.

둘째, 칠레는 1980년대 피노체트 군부 독재체제를 청산하고 민주주의로 이행하는 과정에서 독재정권에 반대하는 세력에 대한 암살, 군·경찰에 의한 조직적 불법체포·고문 등 중대한 인권침해 범죄의 처리 문제에 직면하게 되었다. 그런데 피노체트 독재정권은 집권 당시인 1978년 '사면법(La Ley de Amnistía)'을 제정하여 독재정권 하에서 자행된 인권침해 사건을 민간법원에서 군사법원으로 이첩하였고, 군사법원은 1978년 사면법을 적용하여 가해자들에 대한 형사책임을 묻지 않았다. 1990년 3월 17년의 군부 독재체제가 막을 내리고 문민정부가 수립되었으며, 같은 해 4월 '진실과 화해를 위한 국가위원회(National Commission of Truth and Reconciliation, Retiig Commission)'가 설립되어 인권침해의 진상규명과 보상을 약속하였다. 하지만 조사 대상은 불법처형 등 중대한 인권침해 범죄로 한정되었다. 그 결과 수 천여 건의 인권침해 중 1998년 10월까지 처벌된 사건이 단 1건에 그치는 한계를 보였다. 그러나 피노체트가 사망한 2006년 이후 비로소 과거청산 작업이 본격적으로 진행되어 2007년 7월 기준 관련자 458명이 기소되고 167명이 유죄판결을 받았으며, 35명에 대해서는 실형이 집행되었고 그 이후로도 가해자 처벌 기조가 유지되었다고 한다.[423]

셋째, 콜롬비아는 1964년 조직된 다수의 공산주의 게릴라 조직과 1980년대 조직된 '콜롬비아 연합자위대(Autodefensas Unidas de Colombia, 이하 'AUC')' 등 우파 준군사단체들 간에 2007년까지 50여 년에 걸친 분쟁 과정에서 94,000명이 사망하고 51,500명이 납치되었으며 최소 11,000명이 고문을 당하는 대규모 인권침해 범죄가 발생하였다.[424] 2002년 12월 AUC의 정전 선언과 평화협정 체결 이후 콜롬비아 문민정부는 무장단체의 해산과 재사회화를 통한 통합과 평화 구축에 중점을 두고 특별법

423) Human Rights Watch, Wport_download/wr2k8_web.pdf 〈최종 검색: 2020.11.06.〉
424) 이에 대해 자세한 내용은 International Center for Transitional Justice 홈페이지(https://www.ictj.org/our-work/regionsand-countries/colombia) 참조. 〈최종 검색: 2020.11.06.〉

을 마련하여 피해회복과 평화유지 기여를 조건으로 가해자들에게 사면과 감형의 보장을 약속하였다. 그러나 2009년 '기회 제공'을 이유로 가해자들에 대한 수사 및 기소면제를 천명한 법(Law 1312)에 대하여 2010년 콜롬비아 헌법재판소가 위헌결정을 함으로써 이러한 사면 정책도 커다란 난관에 부딪혔다. 헌법재판소는 기회 제공의 원칙은 일반 형사범죄를 예정한 것일 뿐 평화 구축을 위한 정치적 절차를 위한 것이 아니고, 이에 검사의 수사와 기소권은 기회 제공 원칙을 근거로 박탈될 수 없다고 결정하였다. 이러한 결정으로 31,000명의 전직 무장단체 구성원들은 불법단체 구성 혐의로 체포명령을 받았고, 다른 법(Law 975)에 의해 주어졌던 조건부 사면이 불투명해지면서 통합에 부정적 영향을 미칠 우려가 생겼다. 그 결과 해산한 전직 무장단체 구성원 중 2016년 6월 기준 형사입건 등 '정의와 평화를 위한 절차(Justice and Peace)'에 회부된 '포스툴라도(Postulados)'는 2,716명(8.76%)에 불과했고, 그 중 49건만 판결을 받았다. 포스툴라도는 형사절차의 진행을 위해 소속 무장단체의 범죄 관련 정보를 제공하였고, 피해자들은 'Versiones Libres(Free Accounts)'라 불린 절차에 참여하여 정보를 제공받았다. 위 절차가 종료되면 검사는 구형을 하고, 법원은 정보 제공자에게 '정의와 평화를 위한 절차'의 일환으로 감형된 형을 선고한 후 특별 심문을 열어 피해자에 대한 배상을 명령하였다. 그러나 절차의 지연으로 그 실효성에 상당한 의문이 제기되었다고 한다.[425]

마지막으로, 남아프리카공화국에서는 1948년 인종분리를 국정 원칙으로 표방하는 국민당(the National Party)의 집권으로 체계적 인종차별 정책인 '아파르트헤이트(apartheid)'가 추진되었으며, 1960년대에는 법원의 통제를 받지 않고 행정부가 자유권을 박탈할 수 있는 전권을 부여받아 경찰에 의한 구금과 상해, 고문, 살해 등의 인권침해가 자행되었다.[426] 1994년 첫 자유선거를 통한 평화적 체제전환과 함께 제정된 과도헌법을 기초로 과거청산이 진행되었는데, 과도헌법의 "통합과 화해 조항"을 통해 아파르트헤이트 체제불법과 구질서의 대표자들에 대한 총괄적인 책임을 묻는

425) Femmia Garcia-Godos, "Colombia: Accountability and DDR in the pursuit of peace?", Chandra Sriram/Garcia-Godos Jemima/Johanna Herman/Olga Martin-Ortega ed., Transitional Justice and Peacebuilding on the Ground: Victims and ex-combatants, Routledge (2013), p.224.

426) 김한균 외 10명, 통일시대의 형사정책과 형사사법통합 연구(II): 통일시대의 과거·불법청산 및 사회통합 방안의 연구, 한국형사정책연구원, 2016, 198면.

방안은 배제되었다. 즉 통합과 화해 조항 제4항은 ① 정치적 목표들과 연관되어 있고(associated with political objectives), ② 과거의 분쟁과 연관되어 범해졌던 모든 범죄에 대해 사면이 보장되어야 할 것을 규정함으로써 복수 대신 이해, 응보 대신 원상회복, 처벌 대신 '인간성(Ubuntu)'을 기치로 내세워 모든 정치적 범죄에 대한 폭넓은 사면을 보장하고 책임자들의 공직도 유지되도록 하였다.[427]

그리고 1995년 제정된 '국가적 통합과 화해 촉진을 위한 법률(Promotion of National Unity and Reconciliation Act)'을 근거로 진실화해위원회(Truth and Reconciliation Commission, 이하 'TRC')가 설립되었는데, 진실화해위원회에는 인권침해조사위원회, 사면위위회, 원상회복 및 복권위원회의 세 개의 소위원회로 구성되었다. 특히 독립기관으로서 사면위원회는 첫 번째이자 마지막 심급기관으로 사면 여부를 결정하였고, 사면의 효력은 형사소추만을 배제하는 것이 아니라 민사책임까지 미치는 등 강력한 권한을 가졌다.[428]

사면위원회에 의해 사면을 받기 위해서는 ①범죄행위의 정치적 목표와 관련성, ②과거의 분쟁과 연관성, ③관련된 사실에 대한 사면 신청자의 완전한 진술이라는 세 가지 요건이 충족되어야 한다. 특히 마지막 세 번째 요건의 충족을 위해서는 신청자는 자신의 범행 전반에 대하여 포괄적으로 자백하고, 절차에 참여하고 그 불법을 인정하며, 이를 통해 자신에게 가능한 범위에서 화해절차에 기여하여야 하고, 그의 협력을 토대로 해당 범죄행위가 확정 공표되어야만 했다('완전한 공개' 요건). 실무에서 사면 신청이 기각된 대부분의 사례는 이러한 완전한 공개 요건을 충족하지 않았기 때문인데, 즉 모든 범행 사실의 완전한 공개, 다시 말해 포괄적인 자백이 형을 면제받는데 결정적 전제조건으로 작용했다. 이는 무엇보다 구체제 하에서 발생한 인권침해 범죄의 경우 그 실체적 진실을 포함한 역사적 진실의 확정이 피해자에 대한 화해에 있어서 결정적인 역할을 하기 때문에, 가해자 스스로 범행을 자백하여 공개함으로써

427) 김한균 외 10명, 위의 연구보고서, 199-200면.

428) 김한균 외 10명, 위의 연구보고서, 206면. 이러한 규정에 대해 남아프리카 헌법재판소는 아자니아민중조직(Azanian People's Organisation) 결정에서 이 규정이 전부 헌법에 합치한다고 확인하였고, 사면을 허용하는 결정이 아파르트헤이트 과거의 극복이라는 역사적 과제에 비추어 올바른 것이라고 보았다(Constitutional Court of South Africa, Azanian Peoples Organisation et al v President of the Republic of South Africa et al, Judgment of 25 July 1996, 단락번호 33 이하 참조).

형사처벌의 필요성은 줄어들게 되고 이러한 점이 사면이라는 입법적 결정을 정당화하는 요건으로 인식되었기 때문이다.[429]

반면에 사면을 신청하지 않은 사람은 형사소추의 위험을 감수해야 했으나, 실제로는 1998년 이후 단지 8건이라는 극히 소수의 사건만이 공소가 제기되었다는 점에서,[430] 남아프리카식의 완전한 공개를 조건으로 하는 사면은 형사사법 시스템과 조화롭게 운용되어야만 효과적일 수 있다는 비판이 제기된다고 한다.[431]

(3) 처벌과 사면을 동시에 인정한 외국의 사례

르완다는 유엔 특별재판소와 국내 사법시스템를 통한 형사적 정의 실현, 그리고 전통적 분쟁해결방식인 가챠챠(Gacaca) 법원[432]을 현대적으로 재활용한 사회통합과 화해의 실현을 추구한 혼합 모델로 평가받고 있다.[433] 1994년 르완다에서 인구의 85%에 달하는 다수 민족인 후투(Hutu) 족의 소수민족(인구의 약 14%)인 투치(Tutsi)족에 대한 대량 학살(genocide)이 발생했는데,[434] 이 문제를 해결하기 위해 유엔 안전보장이사회 결의에 의해 1994년 11월 유엔 산하 르완다 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda, 이하 'ICTR')를 설립하여 그 가해자들에게 국제형사법적 책임을 물어 정의를 실현하고자 하였으며, 동시에 르완다의 전통적인 분쟁해결 절차인 가챠챠 법원의 절차를 통해 사회통합과 화해를 도모하였기 때문이다.

---

429) 김한균 외 10명, 위의 연구보고서, 209-211면.

430) 2003년 약 400건 이상이 형사소추 심사대상이 되었으나 단지 16건만이 형사소추할 만한 것으로 확인되었으며, 실제로 1998년 이후 단 8건만 공소가 제기되고 그 중 일부는 사면으로 중단되었으며 결국 4명의 피고인에 대해 유죄판결이 선고되었다(김한균 외 10명, 위의 연구보고서, 211면).

431) 김진, "전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-", 저스티스 통권 제180호, 2020.10, 414-415면.

432) 16세기에 시작된 가챠챠는 분쟁의 당사자들이 제3의 가장들 앞에서 토론을 벌이는 청문회를 열어 갈등을 해결하는 방식으로, 처벌 대신 화해를 지향하고 피해자에 대한 구제는 사과와 손해배상의 형태로 이루어졌다고 한다(정채연, "다원주의 사법을 통한 이행기 정의와 국가 인권의 실현- 르완다의 제노사이드와 가챠챠(Gacaca) 법원에 대한 논의를 중심으로", 고려법학 제65호, 2012.6, 153면).

433) 정채연, "다원주의 사법을 통한 이행기 정의와 국가 인권의 실현- 르완다의 제노사이드와 가챠챠(Gacaca) 법원에 대한 논의를 중심으로", 고려법학 제65호, 2012.6, 148면.

434) 1994년 4월 6일부터 7월 4일의 3개월여의 기간 동안 80만에서 100만 명으로 추정되는 제노사이드가 발생했다.

ICTR은 2015년 12월까지 활동하였는데, 1997년 시작된 첫 재판에서 제노사이드 당시 르완다 총리였던 장 캄반다(Jean Kambanda)는 종신형을 선고 받았고, 2011년 재판소는 르완다의 전 가족여성부장관 폴린 니라마수후코(Pauline Nyiramasuhuko)에 대한 재판을 벌이고 그녀의 혐의를 인정해 역시 종신형을 선고했다. 그러나 ICTR의 재판이 주로 후투 족 측에 대해 진행된 것을 두고 '승자의 정의(victor's justice)' 내지 '선택적 정의(selective justice)'라는 비판이 제기되었다.[435]

르완다 정부는 고위직의 소수 피고인만을 재판할 수 있는 ICTR에 의한 형사사법 시스템의 한계를 인식하여 2001년 기본법(Organic Law)에 근거한 가챠챠 특별재판소를 설립하였다. 가챠챠는 12,000개 관할이 있었고, 약 1,500개가 1심 재판, 약 1,500개가 항소심 재판, 약 9,000개가 수사를 담당하였고, 종신구금형까지 선고할 수 있었다. 2005년 시작하여 2012년 6월에 끝났는데 약 190만명의 피고인을 재판하였다.[436] 무엇보다 가챠챠 법원은 가해자에 대한 형사처벌이 아닌 가해자와 피해자가 직접 대면할 기회를 마련하여 사회적 일체감을 회복하는 것을 목적으로 하였으며, 살인 등 가장 중한 범죄는 ICTR 혹은 국내 형사법원에서 재판을 받고, 최소 행정단위인 셀 (Cell)에서는 가장 가벼운 재산범죄를 다루며, 죄질이 무거울수록 큰 행정단위의 가챠챠에서 재판을 받도록 구성하였다.[437] 이러한 절차는 지역사회의 참여를 적극적으로 보장하고 피해자에게 진술 기회를 충분히 부여하고 그 고통을 사회가 인정하는 기회로 활용함으로써 응보적 정의가 아닌 회복적 정의를 추구한 것으로 평가되며, 조사·수사 과정에서 자백하는 피고인에게는 감형을 허용하는 등 처벌의 내용에도 회복적 요소를 도입함으로서 국민들이 사회통합과 화해에 동참하는 유인으로 작용하였다고 한다.[438]

---

435) 정채연, "다원주의 사법을 통한 이행기 정의와 국가 인권의 실현- 르완다의 제노사이드와 가챠챠(Gacaca) 법원에 대한 논의를 중심으로", 고려법학 제65호, 2012.6, 149면.

436) 김한균 외 10명, 통일시대의 형사정책과 형사사법통합 연구(II): 통일시대의 과거·불법청산 및 사회통합 방안의 연구, 한국형사정책연구원, 2016, 394면.

437) 정민지, 과도기적 정의(Transitional Justice) 구현 과정에서의 형법적 정의와 회복적 정의간의 조화 -르완다와 남아공 사례를 중심으로, 연세대학교 석사논문, 2013, 54면.

438) 정민지, 위의 논문, 50면.

라. 국내법상 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경의 입법례와 개선 방안

(1) 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정한 국내 법률

과거 권위적이고 독재정권 하에서 체계적이고 폭력적인 국가권력에 의한 중대한 인권침해 범죄를 정치적·법적 차원에서 청산하고 정의를 회복하는 과제는 앞서 언급한 '전환기 정의' 차원에서 시도되고 있는데, 특히 헌정적 관점에서 볼 때 '과거청산사법'의 형식을 통해 이루지고 있다.

한국사회는 식민제국주의, 6·25전쟁, 분단, 박정희·전두환·노태우로 이어지는 독재정권으로 인한 4중의 과거·불법이 수직적으로 겹겹이 쌓이고 수평적으로 서로 강화·고착되어 여전히 '청산되지 못한 과거의 만물상'[439]이라는 현대사를 가지고 있다. 이러한 상황에서 한국에서의 과거·불법청산은 장기간에 걸쳐 집요한 저항과 정치적 갈등 속에 진행되어 왔는데, 과거청산법의 법적 기반의 마련은 1987년 민주화 이후로 1990년 「광주민주화운동관련자보상등에 관한 법률」, 1996년 「거창사건등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법」, 2000년 「제주4·3사건진상규명 및 희생자명예회복에 관한 특별법」, 2005년 「군의문사진상규명 등에 관한 특별법(이하 '군의문사진상규명법')」, 2005년 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(이하 '과거사정리법')」 그리고 2018년 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법(이하 '5·18진상규명법')」으로 이루어지고 있다.[440]

그런데 과거청산법과 관련하여 한 가지 주목할 사항은 우리나라 과거청산법 가운데 일부는 진실규명을 진행하는 중에 완전한 진실을 고백하고 진실규명에 적극적으로 협조한 가해자에 대하여 수사가 진행 중이거나 재판절차 중인 경우 형사처벌하지 않거나 감형을 건의하고, 유죄로 판결된 경우는 대통령에게 법령에 따라 특별사면과 복권을 건의하는 규정을 두어 회복적 정의를 바탕으로 한 화해조치를 마련하고 있다는 점이다. 즉 군의문사진상규명법 제33조, 과거사정리법 제38조, 5·18진상규명법

439) 한홍구, "청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가- 노무현 대통령 서거 이후 시민사회는 과거청산을 위해", 제노사이드연구 6, 2009, 19면.

440) 우리나라 과거사정리법에 대한 전반적인 고찰로는 김한균, "국가범죄와 과거사 청산 완결의 과제 :진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 개정 방향", 형사정책연구 제28권 제1호, 2017, 171면 이하 참조.

제48조는 “진실규명의 과정에서 가해자가 가해사실을 스스로 인정함으로써 진실규명에 적극 협조하고, 그 인정한 내용이 진실에 부합하는 경우에는 위원회는 가해자에 대하여 수사 및 재판절차에서 처벌하지 않거나 감형할 것을 관계 기관에게 건의할 수 있고, 형사소송절차에 의하여 유죄로 인정된 경우 대통령에게 법령이 정한 바에 따라 특별사면과 복권을 건의할 수 있다. 관계 국가기관은 위원회의 결정 및 건의를 존중하여야 한다.”라고 거의 동일한 내용의 가해자를 위한 사면 내지 완전한 진실을 고백한 가해자에 대한 화해조치 규정을 두고 있다.

(2) 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정한 국내 법률의 문제점

군의문사진상규명법 제33조, 과거사정리법 제38조, 5·18진상규명법 제48조에서 규정하고 있는 가해자에 대한 화해조치 규정과 관련하여 다음과 같은 문제를 지적할 수 있다.

우선, 우리나라 과거청산법은 “군에서 발생한 사망사고 중 의문이 제기된 사건에 대한 진상을 명확히 규명하는데 필요한 사항을 규정함으로써 그 관련자의 피해와 명예를 회복하고 군에 대한 국민의 신뢰회복과 인권증진에 이바지함을 목적”으로 하거나(군의문사진상규명법 제1조), “항일독립운동, 반민주적 또는 반인권적 행위에 의한 인권유린과 폭력·학살·의문사 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀냄으로써 민족의 정통성을 확립하고 과거와의 화해를 통해 미래로 나아가기 위한 국민통합에 기여함을 목적”으로 하거나(과거사정리법 제1조), 1980년 광주 5 · 18민주화운동 당시 국가권력에 의한 반민주적 또는 반인권적 행위에 따른 인권유린과 폭력·학살·암매장 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 규명함으로써 국민통합에 기여함을 목적으로(‘5·18진상규명법’) 하고 있지 그 가해자를 처벌하기 위한 특별법이 아니기 때문에 가해자들이 이러한 가해자 사면 등의 규정을 통해 얼마만큼 가해사실을 스스로 인정하고 진실규명에 적극적으로 협조하였는지 의문이다. 이는 과거 우리 사회의 국가권력 내지 국가기관에 의해 저질러진 중대한 인권침해 범죄와 조작·은폐범죄를 포괄하는 ‘반인권적 국가범죄’의 가해자에 대한 엄중한 처벌을 통한 정의실현은 포기 혹은 미루어 둔 채 진실규명의 협조라는 이름 아래 실효성도 입증되지 않은 가해자 사면 등의 규정을 둔 것이라는 비판이 제기될 수 있다.

둘째, 가해자에 대한 화해조치 규정은 관계 국가기관, 즉 경찰, 검찰, 법원 등에 대한 권고적 효력을 가지는 규정일지라도 대규모의 중대한 인권침해에 책임 있는 자에 대하여 이들을 기소하여 처벌할 의무를 부과하고 있는 일부 국제조약에 위배될 소지가 있다. 예컨대 '집단학살방지협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)'은 집단학살이 국제법상의 범죄임을 확인하면서 체약국에 대하여 집단학살에 책임이 있는 자를 절대적으로 기소할 의무를 부과하고 있다.[441] 그런데 집단학살에 책임이 있는 자는 그 범행이 발생한 국가의 국내법원 또는 국제형사재판소의 관할권을 수락하는 체약국에 관하여 관할권을 가지는 국제재판소에 의하여 심리된다고 하여 범죄행위를 관할할 수 있는 권한을 부여하고 있으나,[442] 범인이 거주하는 나라에 범인을 인도해야 할 의무를 부과하지 않아 집단학살범에 대한 효과적 처벌을 불가능하게 만들고 있다. 그리고 '고문방지협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)'은 체약국에 대하여 모든 고문행위를 국내법에 따라 범죄로서 규정하여 처벌하고,[443] 특히 범죄자가 자국 영토 안에 있는 경우에는 관할권을 주장하기 위하여 필요한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다.[444] 체약국은 범죄자를 범죄가 행해진 국가로 송환하거나 국내법에 따라 기소해야 한다.[445]

셋째, 가해자에 대한 화해조치 규정은 그 적용을 받기 위한 요건으로 가해사실의 자백, 진상규명에 적극 협조, 자백 내용의 진실부합을 제시하고 있으나, 그 적용대상 범죄의 불법의 정도와 인적 범위와 관련하여 상급 핵심 책임자와 하급 가담자를 구별하지 않은 문제점을 보이고 있다. 이로써 예컨대 제주4·3사건, 거창양민학살사건, 노근리 양민학살사건, 삼청교육대사건, 군의문사사건, 5·18내란사건 등의 진실규명 과정 중 해당 사건의 핵심 책임자들 가운데 어느 한 명이 자백, 적극적 협조, 자백의 진실부합의 요건만 충족되면 공동정범 형태로 중대한 인권침해 범죄에 악의적이고 적극적으로 가담했음에도 불구하고 화해조치의 혜택을 누릴 수 있는 가능성을 열어두고 있다.

441) 집단학살방지조약 제4조.
442) 위 조약 제6조. 우리나라는 1950년에 이 조약에 가입했다.
443) 고문방지협약 제4조 참조.
444) 위 협약 제5조 제2항 참조.
445) 위 협약 제6조, 제7조 참조. 우리나라는 1995년 1월 위 협약에 정식 가입하였고, 같은 해 2월 8일부터 발효되었다.

넷째, 가해자에 대한 화해조치 규정은 사면 내지 면책·감경 관련 규정을 두고 있는 기존 형사법체계와 조화되기 어렵다는 문제가 제기될 수 있다. 즉 이미 현행 형법은 중지미수규정과 자복·자수규정을 두고 있어 이들 규정을 과거·불법청산과 관련된 진실규명 과정에 적극적으로 협조한 자에 대한 배려정책으로 충분히 활용할 수 있다.[446] 더 나아가 ① '특정범죄신고자 등 보호법'의 특정범죄(제16조), ② '부패방지 및 국민권익위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'의 부패행위(제66조), ③ '공익신고자보호법'의 공익침해행위(제14조) 등에 대한 신고와 관련하여 신고자나 이와 관련한 정보제공자의 범죄행위가 발견된 경우 형벌의 임의적 감면이 가능하다.[447] 이때 신고자나 정보제공자에 대해 형벌의 임의적 감면의 혜택만이 부여되는데, 이러한 특정범죄, 부패행위, 공익침해행위보다 그 불법의 정도가 훨씬 중한 대규모의 중대한 인권침해의 상급 핵심 책임자가 진실에 부합하는 자백과 진실규명에 적극적 협조를 했다는 이유로 임의적 감면 이외에 수사절차에서 기소면제를 건의한다거나 유죄가 선고된 경우 대통령에게 특별사면과 복권을 건의한다는 것은 형평에 부합하지 않는다고 본다.

마지막으로, 가해자에 대한 화해조치 규정은 소극적 일반예방효과의 감소, 진실주의의 희생과 왜곡, 책임원칙 및 평등원칙에 위반될 소지가 있다. 즉 이러한 규정은 오히려 '위하'로 대표되는 소극적 일반예방 효과를 감소시킨다.[448] 범죄를 저질러도 형사소추가 면제되거나 형벌감면을 받을 수 있다는 기대를 갖게 될 경우 그 범죄에 대한 두려움은 대폭 감소할 수 있기 때문이다. 또한 형사사법 절차는 정의를 실체적 진실에 기초하여 처벌하는 것을 원칙으로 하고 있다고 볼 경우, 즉 실체적 진실발견이 형사소송의 또 다른 목적이라면, 조사·수사 협조자에 대해 기소면제의 가능성을 인정하는 것은 진실주의가 희생되고, 결국 이는 형사정의에 반할 위험성을 내포한다. 왜냐하면 조사·수사 협조자에 대한 기소면제 가능성의 인정은 진실이 진실규명 단계

446) 현행법에서 중지미수자의 형벌은 필요적 감면사유이고, 자복·자수자에 대한 형벌은 임의적 감면사유이다(형법 제52조).

447) 여기서 특정범죄는 특정강력범죄, 마약류범죄, 조직범죄, 테러범죄, 보복범죄이고, 부패행위는 부패범죄이며, 공익침해행위는 국민의 건강과 안전·환경 보호·소비자의 이익 보호·공정한 경쟁 확보를 보호법익으로 하는 범죄들이다.

448) 최성진, "사법협조자 형벌감면제도에 관한 소고", 부산대학교 법학연구 제51권 제2호, 통권 64호, 2010, 293면 이하.

를 지나 수사와 공소단계에서 합법적으로 밝혀지지 않을 수 있음을 공식적으로 인정해주기 때문이다. 그리고 더욱이 이러한 실체적 진실발견이라는 진실주의의 희생은 범죄인이 자신이 범한 것보다 더 적게 형사처벌됨을 의미하기 때문에 책임원칙에 정면으로 배치되고 저지른 범죄행위가 동일할지라도 중대한 인권침해 범죄에 가담한 자로서 이런 협상에 응한 협조자와 그렇지 않은 비협조자를 달리 처벌하는 것이므로 평등원칙에 반할 수 있다. 조사·수사 협조자가 최상급 핵심 책임자라면 이러한 책임원칙과 평등원칙 위반의 문제는 더욱 심각해진다.

(3) 인도에 반한 죄 내지 반인권적 국가범죄의 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경 인정을 위한 개선방안

앞서 살펴본 바와 같이 현행 일부 과거사정리법에 규정된 가해자에 대한 화해조치 규정의 문제와 관련하여 이러한 취지의 규정을 인도에 반하는 죄와 반인권 국가범죄에서 도입할 필요가 있는지가 선결문제로 해결되어야 한다.

이와 관련하여 인도에 반하는 죄는 2002.7.1. 발효된 '국제형사재판소에 관한 로마규정(이하 '로마규정')' 제7조와 그에 대한 우리나라 이행법률인 '국제형사재판소 관한 범죄의 처벌 등에 관한 법률(이하 '국제형사범죄법')' 제9조에서 규정하고 있는데, 국제형사범죄법에는 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하다. 이는 기본적으로 국제형사범죄법에서 규정하고 있는 범죄는 인도에 반한 죄를 포함하여 집단살해죄, 전쟁범죄로 이들 범죄는 인간의 존엄과 가치를 중대하게 침해는 범죄로서 국가가 이들 범죄자들에 대해 기소하여 처벌할 의무를 부여하고 있기 때문이라고 여겨진다. 국제형사범죄법의 적용대상 범죄인 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에 대해서는 그 불법의 중대성을 고려할 때 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정하는 예외 규정을 두기 보다는 현행 형사법체계에서 이미 인정하고 있는 중지미수규정과 자복·자수규정을 활용해도 충분하다고 본다.

그러나 인도에 반한 죄와 달리 "국가기관 내지 국가기관의 종사자가 그 직무를 행함에 있어 정당한 사유 없이 헌법과 법률에 반하여 시민을 살해·고문하는 등 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나, 이를 조직적으로 은폐·조작한 행위"라고 정의

되는 '반인권적 국가범죄'는 그 불법성이 인도에 반한 죄보다 낮기 때문에 그 진실규명을 위해 필요한 경우 제한된 범위 내에서 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정하는 예외 규정을 둘 수 있다고 본다. 그렇다면 문제는 이미 일부 과거사청산법에서 인정하고 있는 가해자에 대한 화해조치 규정의 문제점을 극복하는 한편, 개별 특별법에서 규정할지 아니면 형법전에 그 내용을 규정할지에 있다.

이와 관련하여 첫 번째 방안은 군의문사진상규명법 제33조, 과거사정리법 제38조, 5·18진상규명법 제48조에서 거의 동일한 내용으로 규정하고 있는 가해자에 대한 화해조치 규정의 문제점을 개선하는 방안이다. 이러한 규정의 문제점에 대해 앞서 언급한 바와 같이 그 적용대상 범죄의 불법의 정도와 인적 범위와 관련하여 상급 핵심 책임자와 하급 가담자를 구별하여 적어도 중대한 인권침해 범죄에 대해 공동정범, 간접정범, 교사범의 형태로 악의적이고 적극적으로 가담한 (최)상급 핵심 책임자를 그 적용대상에서 제외할 필요가 있다고 본다. 이들에게까지도 사면 내지 면책·감경의 혜택을 주는 것은 진실주의의 희생과 왜곡을 초래하고 책임원칙과 평등원칙에 정면으로 반하는 문제를 야기할 수 있기 때문이다.

두 번째 방안은 현재 여러 과거사정리법에 흩어져 있는 가해자에 대한 화해조치 규정을 개선하여 반인권적 국가범죄의 처벌에 관한 특별법을 제정할 때 이 특별법에 함께 규정하는 방안이다. 앞서 언급한 바와 같이 현재 국회에 국제법상 인도에 반하는 죄에 포섭되지 않는 국가공권력에 의한 중대한 인권침해범죄와 이에 대한 조작·은폐범죄, 즉 반인권적 국가범죄를 처벌하기 위하여 반인권적 국가범죄에 대하여 공소시효의 적용을 정지·배제할 수 있는 특례법안이 다수 계류 중에 있다.[449] 이들 특례법안은 공통적으로 반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·배제를 제안하고 있을 뿐 가해자에 대한 화해조치 규정을 두고 있지 않다. 이는 특별법안이 반인권적 국가범죄의 공소시효를 정지·배제함으로써 가해자의 처벌에 초점을 두고 있을 뿐 그에 대한 진실규명을 개별 특별법, 즉 군의문사진상규명법, 과거사정리법, 5·18진상규명법 등에 맡기고 있기 때문인 것으로 보인다.

세 번째 방안은 일부 과거사진상조사법과 반인권적 국가범죄 처벌 특례법안에 개선된 가해자에 대한 화해조치 규정을 두어도 앞서 언급한 기존 형사법체계와 조화되기

449) 개별 특별법안의 주요 내용에 대해서는 본 보고서 제3장 제2절 8. 가. 부분 참조.

어렵다는 문제를 극복할 수 없으므로, 이를 해결하기 위해 특별법이 아닌 일반법인 형법전에 조사·수사 협조자에 대한 형벌감면 규정을 신설하는 방안을 고려할 수 있다. 이와 관련하여 이미 법무부는 2010년 12월 20일 사법협조자 형벌감면제를 내용으로 하는 형법 일부개정법률(안)(법무부 공고 제2010-251호)을 입법예고한 바 있다.[450] 법무부가 형법 제52조의2에 신설하려는 것은 ①형사소송법 제11조가 말하는 다수인이 관련된 범죄사건의 피고인이 이 관련사건의 수사절차나 재판절차에서 관련사건의 다른 사람의 범죄에 대하여 진술함으로써 ②범죄 규명, 결과발생의 방지, 범인의 체포에 기여한 때에는 ③그 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 한 제도이다. 그러나 이러한 사법협조자 형벌감면제도는 형사사소송법 제11조에서 규정하고 있는 관련사건[451]의 범위가 지나치게 광범위할 뿐만 아니라, 현재와 같이 "검찰이 수사·기소권을 독점하고 있는 상황에서 수사상 편의를 위해 검찰이 수사과정에서 임의성 없는 특정 진술, 특히 자백을 강요하거나, 법무부의 도입 취지와 달리 오히려 조직범죄 등에서 피의자들이 더 큰 범죄를 감추기 위해서나 일부 조직원 보호 등을 목적으로 전략적 진술 또는 자백을 할 경우 사실상 이를 가려낼 방안이 없다는 커다란 한계가 있다"[452]는 비판에 직면하여 입법화되지 아니하였다.[453] 그러나 이러한 우려에도 불구하고 그 적용대상 범죄를 형사소송법 제11조의 관련사건이 아니라 반인도적 국가범죄, 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 제17조의 테러단체구성죄, 마약류 관리에 관한 법률 제58조부터 제61조까지의 죄, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조의 단체등의

---

450) 형법 제52조의2(내부증언자에 대한 형벌감면) 「형사소송법」 제11조제2호부터 제4호까지의 규정에 따른 관련사건의 피고인이 그 수사절차나 재판절차에서 관련사건에 관한 다른 사람의 죄에 대하여 진술함으로써 범죄의 규명, 결과발생의 방지 또는 범인의 체포에 기여한 경우에는 그 피고인에 대한 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

451) 형사소송법 제11조(관련사건의 정의) 관련사건은 다음과 같다.
1. 1인이 범한 수죄
2. 수인이 공동으로 범한 죄
3. 수인이 동시에 동일장소에서 범한 죄
4. 범인은닉죄, 증거인멸죄, 위증죄, 허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄

452) 참여연대, "형법 및 형사소송법 일부개정법률(안)에 대한 참여연대의 의견", 참여연대 사법감시센터. 2011.01.08., 2면. http://www.peoplepower21.org/Judiciary/524151 〈최종 검색: 2020.11.07.〉

453) 법무부가 입법예고한 사법협조자 면책제도에 상세한 분석으로는 윤동호, 현행 수사구조 하에서 사법협조자 면책제도의 도입 적정성 연구, 경찰청, 2011, 1면 이하 참조.

구성·활동죄 등 중대 범죄에 한정하여 조사·수사 협조자에 대한 형벌감면제도의 도입을 신중하게 고려해 볼 수 있다.

제4절 | 반인권적 국가범죄 피해구제 수단으로서 특별재심 인정 방안

1. 문제의 소재

[사례 1 : 인혁당 재건위사건]

1972년 유신체제를 선포한 뒤 사회 지식인들을 중심으로 한 반대운동에 부딪혀 위기감을 느낀 박정희 대통령은 1974년 4월 3일 "민청학련 단체, 불순세력 배후조종으로 인민혁명을 수행하려 하고 있다"는 내용의 특별담화를 발표했다. 다음날인 4월 4일 유신정권은 '긴급조치 4호'를 선포하고 민청학련을 범죄단체로 규정했다. 중앙정보부는 이에 때맞춰 민청학련의 배후로 제2차 인혁당, 즉 인혁당 재건위를 지목 후 관련자 26명을 구속했다. 1974년 4월 7일 비상보통군법회의는 도예종씨 등 8명의 사형과 15명의 징역을 선고했고, 1년 뒤인 1975년 4월 8일 대법원은 상고를 기각 형을 확정했으며, 재판 종료 18시간 후인 4월 9일 사형이 전격 집행되었다.

그 후 2002년 12월 10일 1975년에 사형당한 8명의 유가족은 서울지방법원에 재심을 신청하였고, 사형집행 후 32년 만인 2007년 1월 23일 16번에 걸친 재심공판 끝에 피고인 8명의 대통령 긴급조치 위반, 국가보안법 위반, 내란예비음모, 반공법 위반 혐의 등 모든 사안에 대한 무죄판결이 내려졌다.[454]

454) 서울중앙지방법원 제23형사부 2007. 1. 23. 선고 2002재고합6, 2003재고합5.

[사례 2 : 신귀영 일가 간첩조작사건]

외항선원이던 신귀영, 사촌 여동생의 남편 서성칠, 당숙 신춘석은 1965년에서 1979년 사이에 일본을 왕래하며 재일(在日) 조총련 간부로 지목된 신수영(신귀영의 형)으로부터 지령을 받고 군사기밀을 탐지하여 국가보안법과 반공법 위반 혐의로, 신복영(신귀영의 형)은 불고지 혐의로, 부산시경에서 조사를 받는 과정에서 물고문, 전기고문, 무차별 구타를 당한 끝에 간첩 혐의를 인정하였고, 부산지검에 송치되어 1980년 5월 기소되었다. 부산지법에서 1980. 10. 15. 신귀영, 서성칠은 각 징역 15년과 자격정지 15년, 신춘석은 징역 10년과 자격정지 10년, 신복영은 징역 3년에 집행유예 5년과 자격정지 3년을 선고받고, 다음해인 1981년 6월 대법원에서 확정되어 복역한 후 신귀영은 1995. 6. 27. 만기출소, 서성칠은 복역 중 1989. 5. 9. 사망, 신춘석은 1990. 6. 10. 만기 출소하였다. 신복영은 고문 후유증으로 시달리다 2000년에 사망하였다.

1995년 만기를 채우고 출소한 신귀영은 세 번의 재심청구 끝에 2009년 8월 21일 부산지방법원 형사6부로부터 29년 만에 무죄판결을 받았다.

[사례 1, 2]는 합법을 가장하여 강제력을 독점한 국가권력에 의해 자행된 대표적인 반인권적 국가범죄에 해당한다. 이러한 반인권적 국가범죄는 국가권력의 정당성에 대한 개인의 신뢰를 무너뜨림으로써 정작 정당한 국가권력의 행사에 대한 실효성에 의문을 갖게 하고 자유민주주의 헌정질서를 침식시키기 때문에 최대한 신속하고 철저하게 시정될 필요가 있다. 이러한 반인권적 국가범죄 피해자들에 대한 구제는 한편으로 철저한 진상규명과 그에 따른 국가권력 및 관련 가해자들의 반성이 일차적으로 행해져야 하고, 다른 한편으로 이들에 대해 관련 법에 따른 명예회복 및 배·보상이 이루어져야 한다. 그런데 반인권적 국가범죄의 피해자들에게 가장 중요한 피해구제는 진실규명과 가해자의 반성, 명예회복과 배·보상이 아니라 과거 독재체제와 권위주의 정권 하에서 자행된 국가폭력에 저항한 결과물로 이들에게 법이라는 이름으로 내려진 유죄판결을 형사소송법상 혹은 특별법상 재심과 특별재심에 의해 무죄판결을 선고해 줌으로써 여전히 법률적으로 전과자라는 낙인을 제거해 주는 일이라고 본다.

그러나 반인권적 국가범죄의 피해자에 대한 피해구제 수단으로서 현행 형사소송법상 재심제도가 얼마만큼 실효적 수단인가에 대해서는 커다란 의문이 제기될 수 있다. 왜냐하면 현행 형사소송법상 재심 관련 규정과 그 간의 재심과 관련된 판결을 비추어 볼 때 법원은 재심청구를 받아들이는 데 매우 엄격하고 인색한 경향을 보여 왔기 때문이다. '사법살인'으로까지 일컬어지고 있는 [사례 1]의 인혁당 재건위사건은 1975년 4월 8일 대법원 상고 기각으로 형이 확정되고 다음 날 9일 사형이 집행된 이후 무려 32년 만에 재심을 통해 무죄판결이 내려졌으며, [사례 2]의 신귀영 일가 간첩조작사건도 두 번의 재심기각 결정이 있은 후 세 번째 재심청구를 통해 29년 만에 무죄판결을 받았기 때문이다.

따라서 이하에서는 적법한 절차에 따라 수집된 증거에 의해, 그리고 피고인에게 보장된 모든 권리가 보장된 상황에서 공정하고 정의로운 재판절차의 결과물로서의 유죄판결이 아니라, 과거 독재체제와 권위주의 정권에서 불법체포, 고문, 가혹행위, 협박, 강요 등 국가공권력의 남용과 이에 결부된 사법부의 불법적인 유죄판결에 대해서만큼은 현행 형사소송법상 재심 관련 규정의 완화된 해석과 특별법상의 특별재심을 확대 적용함으로써 반인권적 국가범죄의 피해자에 대한 적절한 구제수단으로서의 역할을 할 수 있는 방안에 대해 검토하고자 한다.

2. (특별)재심과 관련된 현행법의 태도

가. 일반적 재심제도의 의의와 한계

(1) 일반적 재심제도의 의의

'재심(Wiederaufnahme)'이란 유죄의 확정판결에 대하여 중대하고 명백한 사실인정의 오류가 있는 경우 판결을 받은 피고인의 이익을 위하여 이를 시정하는 비상구제절차를 말한다. 이러한 재심제도는 형사사법체계의 구조적 오류로 인해 유죄판결과 형집행을 받게 된 피고인의 인권보호를 위한 최후의 피해구제 수단으로서 뿐만 아니라 유죄판결이 실체적 진실에 비추어 용납될 수 없을 정도로 허위임이 인정되는 경우 소송경제의 이념에 함몰되어 실질적 정의 이념을 훼손하기보다 법적 안정성을 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 정의 실현을 가능케 하는 수단으로서 단순한 형사소송법상

의 형식적 절차가 아닌 실천적 의미를 함축하고 있는 제도이다.[455]

재심은 유죄확정 판결의 사실오인을 바로잡기 위하여 이를 공판절차에서 다시 심판하는 것을 본질로 하기 때문에 재심사유가 있는지 여부를 심사하는 재심개시절차와 재심개시결정이 있는 경우에 사건을 다시 심판하는 재심심판절차라는 2단계의 구조를 갖는다. 또한 재심 대상은 유죄판결에 국한되나(형사소송법 제420조),[456] 항소 또는 상고의 기각결정에 대해서도 형사소송법 제420조 제1호·제2호·제7호의 사유가 있는 경우에 재심청구를 할 수 있다(형사소송법 제421조 제1항).[457] 특히 형사소송법은 유죄의 확정판결에 대한 재심사유로 제420조에서 7가지를 규정하고 있다. 이 가운데 원판결의 사실인정 자료가 허위인 경우 인정되는 '오류형(propter falsa)'의 재심사유는 제1·2·3·4·6·7호이다. 확정판결 후 사실인정을 변경할 만한 새로운 증거가 발견된 경우 인정되는 '신규형(propter nova)'의 재심사유는 제5호이다. 다만 제4호와 제6호를 신규형으로 보는 견해도 있으나,[458] 사실인정자료에 오류원인이 내재하고 있다는 점에서 오류형으로 보는 것이 타당하다고 본다.[459]

이러한 형사소송법 제420조의 7가지 재심사유 중에서 반인권적 국가범죄의 피해자에 대한 유죄판결과 관련하여 실천적으로 가장 중요한 의미를 지니는 것은 제5호와 제7호이다. 우선 제5호의 재심사유는 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 포괄적으로 무죄 등을 인정할 "명백한" 증거가 "새로 발견"된 때에 인정된다. 이때 여기서 어떤

455) 김재윤, "사형 구제제도의 현황과 완비", 비교형사법연구 제9권 제2호, 2007, 750면.

456) 형사소송법 제420조(재심이유) 재심은 다음 각 호의 1에 해당하는 이유가 있는 경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.
1. 원판결의 증거된 서류 또는 증거물의 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때
2. 원판결의 증거된 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때
3. 무고로 인하여 유죄의 선고를 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때
4. 원판결의 증거된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때
5. 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때
6. 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 관하여 그 권리에 대한 무효의 심결 또는 무효의 판결이 확정된 때
7. 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기 초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때 단, 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때에 한한다.

457) 형사소송법 제421조(동전) ①항소 또는 상고의 기각판결에 대하여는 전조 제1호, 제2호, 제7호의 사유있는 경우에 한하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다.

458) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 595면.

459) 이재상·조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2019, 819면.

증거가 "새로운" 증거이며(증거의 신규성), 어떤 증거가 무죄 등을 인정할 "명백한" 증거(증거의 명백성)인가 하는 점이 문제되기 때문이다. 특히 이 문제는 재심을 축소운영할 것인가 아니면 반대로 확대 운영할 것인가 정책적 결단과 깊은 관계가 있으며, 실제로도 대다수의 사건이 제5호와 관련되어 다투어지고 있다.[460] 다음으로 제7호는 "원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관하여 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때"를 그 재심사유로 인정하고 있다. 반인권적 국가범죄 관련 사건의 대부분은 피고인의 자백이 결정적인 유죄의 증거로 인정되었는데, 이때 수사기관은 [사례 2]에서처럼 피고인의 자백을 얻기 위해 불법적인 구금과 고문, 가혹행위를 가하여 자백을 얻어내는 경우가 많아 제7호를 근거로 하여 재심을 청구할 수 있다. 다만 "공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관하여 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명"을 얻어 내야 하는데, 20~30년 전의 반인권적 국가범죄 사건에 대하여 고문, 가혹행위 등의 사실을 증명하여 관련 가해자에 대하여 확정판결을 얻어 내기는 쉽지 않다. 이에 형사소송법 제422조는 "전 2조의 규정에 의하여 확정판결로써 범죄가 증명됨을 재심청구의 이유로 할 경우에 그 확정판결을 얻을 수 없는 때에는 그 사실을 증명하여 재심을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다. 이때 확정판결을 얻을 수 없는 경우로는 예컨대 ① 범인이 사망하였거나 소재불명이 된 경우, ② 범인이 현재 심신상실상태에 있는 경우, ③ 사면이 있었던 경우, ④ 공소시효가 완성된 경우,[461] ⑤ 범인이 기소유예 처분을 받은

460) 증거의 신규성과 명백성의 문제는 위 [사례 2] 사건에 대한 대법원 결정(대법원 1995. 11. 8. 자 95모67 결정)을 계기로 이전보다 한층 심화된 형태로 논의되고 있다. 이 사건에 대한 평석으로는 백원기, "재심의 이유로서 증거의 신규성과 명백성에 관하여", 형사판례연구 제12호, 박영사, 2004.07, 461면 이하; 이재상, "1995년 형사판례회고", 형사판례연구 제4호, 박영사, 1996, 426-428면; 조용구, "형사 재심사유로서 증거의 명백성의 의의와 판단 방법", 대법원판례해설 제24호(95년 하반기), 1996.05, 561면 이하 참조.

461) 대법원 2010.10.29. 자 2008재도11 전원합의체 결정 : "피고인이 북한 괴뢰집단의 주장과 같은 평화통일을 정강정책으로 하는 진보당을 결성하여 그 중앙위원장에 취임하고, 진보당이 목적하는 실행사항을 협의하였으며, 공동피고인 甲을 통하여 북한의 지령을 받아 이에 호응하여 금품을 수수하고, 제반 남한정세 및 진보당 중앙당위원 명단 등 문건을 북한에 제보 내지 제공하였다는 등의 내용으로 공소가 제기되었고, 이에 대해 재심대상판결인 대법원 1959. 2. 27. 선고 4291형상559 판결에서 그 중 구 국가보안법(1958. 12. 26. 법률 제500호로 폐지제정되기 전의 것) 위반, 군정 법령 제5호 위반, 간첩행위의 공소사실이 각 유죄로 인정되어 사형이 집행되었는데, 피고인의 자녀들이 위 판결에 대하여 재심을 청구한 사안에서, 일반인에 대한 수사권한이 없는 육군특무부대 소속 수사관들이 피고인 및 공동피고인 甲을 피의자로 신문한

경우[462] 등이 있다. 대법원은 여순사건에서 "피고인들은 여순사건 당시 진압군이 순천 지역을 회복한 후 군경에 의하여 반란군에 가담하거나 협조하였다는 혐의로 체포되어 감금되었다가 내란죄와 국헌문란죄로 군법회의에 회부되어 유죄판결을 받았고, 피고인들을 체포·감금한 군경이 법원으로부터 구속영장을 발부받았어야 하는데도 이러한 구속영장 발부 없이 불법 체포·감금하였다고 인정하여 재심대상판결에 형사소송법 제422조, 제420조 제7호의 재심사유가 있다."[463]고 판시한 바 있다.

(2) 반인권적 국가범죄 피해구제 수단으로서 재심제도의 한계

형사소송 당사자인 피고인은 물론이고 제3자인 일반국민은 실체적 진실발견을 통한 실질적 정의 실현이라는 형사소송의 이념이 가급적 완벽할 정도로 달성되기를 기대한다. 그러나 이러한 피고인과 일반국민의 기대는 실제 현실에서 손쉽게 실망으로 변하곤 한다. 왜냐하면 수사단계에서부터 최종 확정판결에 이르는 동안 수사기관의 불법체포, 고문, 가혹행위, 협박, 강요 등에 의한 자백, 정치적 사건에서 표적·기획수사, 주요 참고인 및 증인의 허위진술 등에 의해 피고인이 억울하게 유죄판결을 받는 경우가 과거 빈번히 발생했기 때문이다. 재심제도는 이러한 형사사법체계의 구조적 오류로 인해 발생한 사법부의 오판을 최종적으로 바로잡는 제도로서 커다란 의미를 가진다. 특히 재심제도는 그 오판이 [사례 1]의 인혁당 재건위사건에서와 같이 정치적 탄압의 도구로 악용된 사형선고라는 의심이 드는 경우뿐만 아니라, 전형적인

행위는 구 헌병과 국군정보기관의 수사한계에 관한 법률(1962. 1. 20. 법률 제1004호 군법회의법 부칙 제6조로 폐지) 제3조 위반죄 및 구 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되기 전의 것) 제123조의 타인의 권리행사방해죄를 구성하고, 이들 범죄는 모두 형사소송법 제420조 제7호에 정한 사법경찰관의 직무에 관한 죄에 해당하며, 한편 위 각 죄에 대한 공소시효가 완성되어 같은 법 제422조의 '확정판결을 얻을 수 없는 때'에 해당하므로, 결국 위 대상판결은 그 공소의 기초된 수사에 관여한 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범하였고 그러한 사실이 증명되었다고 할 것이어서, 같은 법 제420조 제7호에 정한 재심사유가 있다."

462) 대법원 1997. 2. 26. 자 96모123 결정 : "공소의 기초가 된 수사에 관여한 사법경찰관이 불법감금죄 등으로 고소되었으나 검사에 의하여 무혐의 불기소결정이 되어 그 당부에 관한 재정신청이 있자, 재정신청을 받은 고등법원이 29시간 동안의 불법감금 사실은 인정하면서 여러 사정을 참작하여 검사로서는 기소유예의 불기소처분을 할 수 있었다는 이유로 재정신청기각결정을 하여 그대로 확정된 경우, 이는 형사소송법 제422조에서 정한 "확정판결로써 범죄가 증명됨을 재심청구의 이유로 할 경우에 그 확정판결을 얻을 수 없는 때로서 그 사실을 증명한 경우"에 해당하므로, 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유인 "공소의 기초된 수사에 관여한 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 대신하는 증명으로써 증명된 때"에 해당한다."

463) 대법원 2019. 3. 21. 자 2015모2229 전원합의체 결정.

반인권적 국가범죄인 [사례 2]의 신귀영 일가 간첩조작사건에서 선고된 유죄판결을 사후적으로나마 재심제도에 의해 그 오류를 시정할 수 있다는 점에서 반인권적 국가범죄의 피해구제 수단으로서 커다란 역할을 할 수 있다.

그러나 재심제도가 반인권적 국가범죄의 피해구제 수단으로서 아주 제한된 역할을 할 수밖에 없다. 무엇보다도 [사례 1]의 사건처럼 오판에 의해 사형이 선고되고 짧은 시간 내에 사형이 집행된 이후 재심청구가 받아들여져 무죄판결을 받아내더라도 피고인과 그 유족의 명예를 회복할 뿐 사법살인에 의한 무고한 생명의 희생을 막을 수 없다. 재심제도의 한계는 [사례 2] 사건에서도 극명하게 드러난다. 이 사건에서 신귀영은 1995년 변호인을 통해 "신수영이 조총련 간부가 아니어서 신귀영에게 지령을 내릴 만한 지위가 아니었다"는 내용의 신수영의 진술서를 확보했고, 경찰이 구속영장 없이 40~67일간 불법체포·감금하고 고문으로 사건을 조작했다는 이유로 재심을 청구했다. 1, 2심은 모두 재심청구를 받아들였으나 대법원은 신수영씨의 진술서만으로 무죄를 인정할 만한 증거가 되지 않고 경찰관의 고문 및 감금 행위도 별도의 확정판결이 없다며 사건을 고등법원으로 되돌려 보냈다.[464]

그 후 또 다시 신귀영의 변호인은 목격자 박모씨는 "귀영씨가 버스를 타고 다니며 사진을 찍었다"고 증언했지만 관련 장소엔 도로가 없었고, 박씨는 증언이 고문에 못 이긴 위증이었다고 실토한 것을 근거로 1999년 7월 다시 재심을 청구했으나, 이번에는 부산고법에서 재정신청을 기각하였다. 박씨의 위증 혐의는 형사소송법 제420조 제3호에 따라 위증죄의 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명되어야 하는데, 이미 위증죄의 공소시효가 끝나 다시 재판을 열어 확정판결을 얻을 수 없음을 근거로 하였다. 그 후 또 다시 세 번의 재심청구 끝에 2009년 8월 21일 부산지방법원 형사6부는 신귀영 등 재심청구인 4명에 대해 무죄 확정판결을 받아냈다.[465] 특히 재판부는 "경찰의 신문조서와 자술서, 일부 증인의 진술은 피고인들이 동의하지 않았기 때문에 증거로써 능력을 갖추지 못한다"면서 "특히 피고인들이 불법 구금과 고문, 협박을 받아

464) 대법원 1995. 11. 8. 자 95모67 결정 : "참고인의 진술서는 그것이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 작성되었다고 볼 만한 객관적인 자료의 뒷받침이 없는 한 법관의 자유심증에 의하여 그 내용의 진정 여부가 판단될 성질의 것에 불과하여 그 진술서 자체의 증거가치가 다른 증거들의 그것에 비하여 객관적인 우위성이 인정된다고 볼 수 없다."

465) 서울신문, "여상규 계기로 '신귀영 간첩사건' 무죄 밝힌 문재인 재조명", 2018.01.29.일자 기사 참조 https://www.seoul.co.kr/news/seoulPrintNew.php?id=20180129500142 〈최종검색 : 2020.11.09.〉

사실과 다른 진술을 한 점이 인정된다"고 판시했다. 나아가 재판부는 판결 선고 후 "국가기관이 자행한 불법 구금과 고문에 이은 유죄 인정으로 피고인들이 필설로 표현하기 어려울 정도의 고통을 받은 데 대해 만시지탄이지만 진심으로 사과한다"며 별도의 사과문을 발표하기도 했다.[466]

이처럼 [사례 1, 2]에서 보듯이 재심대상 사건에 대한 유죄판결 후 32년, 29년 만에 형사소송법상 재심제도를 통해 무죄 확정판결을 얻을 수 있었다는 것은 너무나 지체된 정의 실현이라고 하지 않을 수 없다. 그렇다면 재심제도가 일반 형사사건이 아닌 적어도 [사례 1, 2]와 같은 반인권적 국가범죄의 피해자에 대한 피해구제 수단으로서 실질적 의미를 갖기 위해서는 형사소송법상 재심 관련 규정, 특히 형사소송법 제420조 제5호에서 규정한 증거의 신규성과 명백성에 대한 완화된 해석과 특별법상 특별재심의 확대를 통해 이들 피해자에 대한 재심청구사유가 보다 적극적으로 받아들여질 필요가 있다고 본다.[467]

나. 현행법상 특별재심의 내용과 구체적 적용 사례

(1) 현행법상 특별재심의 내용

사법부는 과거 독재체제와 권위주의 정권의 폭압에 맞서 인권과 자유민주주의 헌법가치를 수호하기 위하여 저항한 민주화운동 관련자에 대하여 유죄판결을 선고함으로써 이들을 자유민주주의 헌법가치를 수호한 헌법수호자가 아니라 범죄인으로 낙인을 찍었다. 이들 피해자는 지난 수년 동안 범죄인으로 낙인 찍혀 고통 받아왔는데, (유)가족을 포함한 본인에게 최선의 명예회복은 물질적 배·보상이 아니라 무엇보다 형사소송법상 재심 절차를 통해 사법부로부터 다시 무죄 확정판결을 받는데 있다. 그러나 현행 재심제도는 앞서 살펴보았듯이 형사소송법 제420조 제5호에서 규정하고 있는 재심사유로서 증거의 신규성과 증거의 명백성을 매우 엄격하게 해석하고 있다. 뿐만 아니라 제7호에서 규정하고 있는 재심사유는 "공소의 제기 또는 그 공소의 기초가 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것으로 확정판결에

466) 연합뉴스, "부산지법, 간첩혐의 신귀영일가 재심서 무죄", 2009.08.21.일자 기사 참조 https://www.yna.co.kr/view/AKR20090821094800051?section=popup 〈최종검색 : 2020.11.09.〉

467) 이에 대해 자세히는 아래 3. 부분 참조.

의하여 증명"됨을 요구하고 있으나, 반인권적 국가범죄의 대부분은 이미 20~40여 년 전에 발생한 사건으로 그에 대한 진실규명이 제대로 밝혀지기 어렵고 설혹 진실규명이 이루어졌다고 하더라도 그 가해자들의 고문, 가혹행위, 협박, 강요 등의 범죄사실을 유죄 확정판결에 의하여 증명하기란 결코 쉬운 일이 아니다. 이 때문에 반인권적 국가범죄의 가해자가 이미 사망하였거나 소재불명이 된 경우, 심신상실 상태에 있는 경우, 사면이 있었던 경우, 공소시효가 완성된 경우, 범인이 기소유예 처분을 받은 경우로 인해 형사소송법 제422조가 적용되지 않는 한 사법부로부터 재심청구가 쉽게 받아들여지지 않고 있다.

이러한 재심제도의 한계를 극복하기 위해 '5·18민주화운동 등에 관한 특별법(이하 '5·18특별법')' 제4조와 '부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(이하 '부마항쟁보상법')' 제11조에서 특별재심을 규정하고 있다. 즉 5·18특별법 제4조는 "5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 제2조의 범행을 저지하거나 반대한 행위로 유죄의 확정판결을 선고받은 자는 「형사소송법」 제420조 및 「군사법원법」 제469조에도 불구하고 재심(再審)을 청구할 수 있다"라고, 부마항쟁보상법 제11조는 "관련자 중 부마민주항쟁과 관련한 행위로 유죄의 확정판결, 면소판결을 선고받은 자는 「형사소송법」 제420조, 제424조 및 「군사법원법」 제469조, 제473조에도 불구하고 재심을 청구할 수 있다"라고 규정함으로써 재심 관련 규정인 형사소송법 제420조, 제424조 및 군사법원법 제469조, 제473조의 예외를 인정하고 있다.

이와 같은 특별재심 규정에 의해 특히 1980년 당시 5·18민주화운동과 관련하여 '폭도' 내지 '내란사범'으로 처벌하였던 판결들은 5·18특별법 제4조의 특별재심을 통하여 파기되었다. 또한 1979년 10월의 부마민주항쟁은 국민주권 회복을 위해 유신체제에 항거한 민주화운동임에도 3·15의거나 4·19혁명, 5·18민주화운동에 비해 과소평가되어 왔는바, 부마민주항쟁에 대한 진상규명과 관련자의 명예회복 및 보상 등을 통하여 자랑스러운 한국 민주화운동의 정신을 계승하고 인권신장 및 국민화합에 이바지함을 목적으로 부마항쟁보상법을 2013년에 제정하면서 5·18특별법 제4조와 유사한 특별재심 규정을 두었다. 부마민주항쟁의 진신규명과 관련하여 진실·화해를 위한과거사정리위원회(이하 '진실화해위원회')의 조사결과 부마민주항쟁의 진압과정에서 학생과 일반시민들이 계엄군 혹은 경찰에 의해 폭행을 당하여 상해를 입거나

인권침해를 받은 점이 인정되고, 수사과정에서 연행된 학생과 일반시민들이 불법체포·구금, 구타, 성폭력 등 가혹행위로 인한 인권침해를 받은 사실이 인정되었다. 그리고 1979. 10. 20. 12시 마산지역에 발동된 위수령은 법정 요건을 구비하지 않은 위법한 공권력 행사이다. 위수령이 발동되기 이전 군부대가 투입되어 진압작전에 참여하였으며 시위대를 연행하여 부당한 공권력을 사용하였음이 확인되었다.[468]

(2) 특별재심을 인정한 사례로서 '부마민주항쟁' 재심

부마민주항쟁은 "1979년 10월 16일부터 10월 20일까지 부산광역시 및 마산지역을 중심으로 벌어진 유신체제에 저항한 시위에 대해 민주화운동기념사업회법에서는 권위주의 정권에 항거한 민주화 운동(부마항쟁)으로, 유신체제의 종말로 이어진 사건으로 평가"[469]하고 있다. 당시 여당(공화당)의 '김영삼 의원 제명 변칙처리' 등이 원인이 되어 1979년 10월 16일 부산대학교 학생들의 "유신철폐"의 구호와 함께 시작된 시위는 17일부터 시민계층으로 확산되어 18일과 19일에는 마산지역으로 확산되었다. 이에 정부는 18일 0시 부산 지역에 계엄령을 선포하고 시위 참여자 1,058명을 연행하였고, 마산지역은 18일에서 19일 사이 시위참여자 505명을 연행한 뒤, 20일 12시 마산 및 창원 일원에 위수령(衛戍令)을 발동하고 연행자들을 군사재판에 회부하였다.

부마민주항쟁시 박찬긍 부산지역 계엄사령관은 "유언비어 날조·유포와 국론분열 언동을 엄금한다"는 포고령을 발표했다. 당시 국제앰네스티 한국지부 부산경남지방 간사였던 김영일은 인권침해 상황을 조사하러 부산에 온 손학규 한국기독교교회협의회 인권운동 간사 등에게 "데모 군중이 반항하면 발포하라는 명령이 내려졌다", "이번 데모에서 총소리가 났다"는 유언비어를 유포한 혐의(계엄법위반)로 재판에 넘겨졌고, 1981년 대법원은 그에게 징역 2년을 확정했다.

김영일은 2013년 제정된 '부마항쟁보상법' 제11조의 특별재심 규정을 근거로 2016년 5월 재심을 청구했다. 부산고등법원 형사1부는 넉달 만에 그에게 무죄를 선고했다. 재판부는 "김씨가 유언비어를 유포하려 한 게 아니고 '그런 이야기가 있지만 신빙성이 없거나 사실과 다르다'는 의견을 전달한 것에 불과하다"고 무죄 이유를

468) 진실·화해를위한과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 Ⅳ - 인권침해 사건, 2010, 135-136면.
469) 진실·화해를위한과거사정리위원회, 위의 보고서, 135면.

밝혔다. 재판부는 한발 더 나아가 김씨의 유죄 근거가 된 포고령 자체가 죄형법정주의 등 헌법에 위반돼 무효라고 지적했다. 그러나 검찰은 곧바로 재심 결과의 부당함을 주장하며 대법원에 상고했고, 2016년 10월 대법원 3부에 배당이 되었음에도 심리가 계속해서 지체되어 2018년 5월 4일 김영일은 '최종 무죄' 판단을 받아 보지 못한 채 사망하였다.[470]

대법원은 위 부마민주항쟁 피해자에 대한 재심 판결을 피해자가 사망한지 6개월이 지난 2018년 11월 29일 "계엄포고 제1호는 헌법과 법률에서 정한 요건을 갖추지 못한 채 발령되었고, 그 내용도 영장주의와 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되며, 표현의 자유·학문의 자유·대학의 자율성 등 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 것이므로, 계엄포고 제1호가 해제 또는 실효되기 이전부터 이미 유신헌법, 구 계엄법에 위배된다. 따라서 계엄포고 제1호는 위헌이고 위법한 것으로 무효이다."[471]라고 판시하여 검사의 상고를 기각하여 재심청구인인 김영일의 '무죄'를 최종 확정지었다. 살아생전에 무죄판결을 받아 보지 못하고 사망한 재심청구인의 입장에서 볼 때 반인권적 국가범죄의 피해자에 대한 피해구제 수단으로서 부마항쟁보상법상 특별재심이라는 완화된 재심절차를 입법을 통해 마련해 주었음에도 불구하고 검찰을 포함한 사법부는 검찰의 상고와 심리 지연을 통해 국가기관의 첫 번째 중대한 과오를 빠르게 시정하지 아니하는 두 번째 과오를 범하고 말았다.

3. 반인권적 국가범죄 피해구제 수단으로서 (특별)재심의 개선방안

가. 형사소송법 제420조 제5호 해석 기준의 완화

재심제도가 반인권적 국가범죄 피해구제 수단으로서 제한적이나마 올바르게 기능하기 위해서는 반인권적 국가범죄로 인하여 유죄판결을 받은 피해자에 대한 재심청구사유를 완화하여 재심을 폭넓게 허용할 필요가 있다고 본다. 이를 통하여 반인권적 국가범죄의 피해자에게 실질적인 피해구제를 가능하게 할 수 있을 뿐만 아니라 형사

---

470) 한겨레, "대법원, 부마항쟁 재심 2년이나 끌어…끝내 숨진 피해자", 2018.05.14.일자 기사 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/844436.html#csidx0fb6a96dbdc49ab92ac1b06ca320d16〈최종검색 : 2020.11.09.〉

471) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781 판결.

사법에 대한 국민의 신뢰감을 높이고 민주주의적 사법절차에 대한 확신을 갖게 할 수 있기 때문이다.[472]

무엇보다 재심제도가 확대운영 되기 위해서는 형사소송법 제420조 제5호의 증거의 신규성과 명백성을 해석할 때 법적 안정성의 고려보다 피고인의 인권보장을 더 중요할 필요가 있으므로 다음과 같이 완화된 방향으로 해석이 이루어져야 할 필요가 있다고 본다.

첫째, 증거의 신규성과 관련하여 증거가 법원 이외에 당사자에 대하여도 신규임을 요하는가에 대하여 필요설, 불필요설, 절충설의 견해대립이 있다. 이는 실제 피고인을 대신하여 죄를 뒤집어쓰고 당해 범죄에 대해 유죄판결이 확정된 다음, 자신이 대신범인(소위 '몸받이')이었다는 점을 이유로 재심을 청구할 수 있는가의 문제이다. 이에 대해서는 재심제도의 본래 취지를 고려할 때 허위 진술을 하여 유죄판결을 받은 피고인에게 재심을 인정함은 형평과 금반언의 원칙에 반한다는 점을 근거로 당사자에게도 신규성을 요한다는 필요설,[473] 재심은 제재의 성격을 갖는 제도가 아니라 무고한 사람을 구제하여 정의를 회복하기 위한 제도이고 사실오인으로 인해 무고하게 처벌받은 피고인을 구제하는 데 그 본질적 취지가 있기 때문에 법원에 대해 신규성이 있으면 충분하다는 불필요설,[474] 그리고 당사자에 대해 신규임을 요하지는 않지만 당사자가 고의나 과실로 제출하지 않은 증거는 신규성을 인정할 수 없다는 절충설(귀책사유설)[475]이 있다. 불필요설이 다수설이고, 판례[476]는 절충설을 취하고 있다.

생각건대 ①국가기관이 무고한 피고인임을 알면서도 유죄로 형사처벌하는 것은 소극적 실체진실주의에 반하며, ②재심의 이념이 오판으로 인하여 무고하게 유죄로

---

472) 박상기, "한국에서의 사형제도, 이상과 현실", 형사법연구 제16호 특별호, 2001, 75면.

473) 김기두, 형사소송법(전정신판), 박영사, 1987, 333면; 송광섭, 형사소송법(개정2판), 형설출판사, 2019, 862면; 정영석·이형국, 형사소송법(전정판), 법문사, 1996, 51면.

474) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법(제2판), 홍문사, 2016, 886면; 백형구, 형사소송법, 법원사, 2012, 356면; 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 1684면; 이재상·조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2019, 816면.

475) 노명선·이완규, 형사소송법(제4판), 성균관대학교출판부, 2015, 875면; 임동규, 형사소송법(제14판), 법문사, 2019, 811면.

476) 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정: "증거의 신규성을 누구를 기준으로 판단할 것인지에 대하여 형사소송법 제420조 제5호가 그 범위를 제한하고 있지 않으므로 그 대상을 법원으로 한정할 것은 아니지만, 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데 과실이 있는 경우에는 그 증거는 위 조항에서의 '증거가 새로 발견된 때'에서 제외된다고 해석함이 상당하다."

된 피해자의 구제를 위한 인권보장에 있다는 점, ③법률적 판단이나 증명방법에 있어서 열악한 지위에 놓여 있는 피고인에 대해 원심에 있어 과실이나 태만을 문제 삼는다면 여죄의 발각이 두려워 알리바이 주장을 하지 않았던 경우에도 신규성을 부정해야 하는데, 이는 피고인에게 지나치게 가혹한 것이라는 점, ④반인권적 국가범죄와 관련된 대다수의 사건들은 고문·폭행·협박·강요 등의 가혹행위 등에 의한 인권침해와 조작 의혹 사건이 많은 경우를 차지하고 있는 것으로 평가되고 있는데, 판례의 태도와 같이 이러한 사건과 관련하여 재심 청구인의 귀책사유를 따져서 고의나 과실이 존재하는 경우에는 새로운 증거로 볼 수 없다고 한다면 무고하게 처벌받은 피고인을 구제한다는 정의의 원칙은 실종할 위기에 처하게 될 것[477] 등을 고려할 때 법원에 대한 신규성만을 요구하는 불필요설이 타당하다고 본다. 앞서 언급한 소위 '몸받이' 피고인의 경우에도 법원에 대한 신규성은 긍정되므로 증거의 신규성을 인정할 수 있다.

다음으로 증거의 명백성과 관련해서도 명백성의 정도에 관하여 견해가 대립되고 있다. 이 문제는 특히 증거의 명백성 판단에서 '의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)' 원칙이 적용되는지 여부에 그 논의가 집중되고 있다. 이에 대해 명백한 증거라 함은 새로운 증거가 확정판결을 파기할 고도의 가능성 내지 개연성이 인정되는 것으로, 새로운 증거의 증거가치가 확정판결이 그 사실인정의 기초로 한 것보다 '경험칙이나 논리칙상 객관적으로 우위'에 있을 것을 필연적으로 요구하는 적용부정설(엄격설)이 있다.[478] 다수 학자가 지지하는 이 견해에 따르면 진술서나 증언확인서를 제출하거나 증인신문을 구하는 것은 명백한 증거에 해당하지 않고 'in dubio pro reo' 원칙은 재심에 관하여는 적용되지 않는 것이 된다. 판례[479] 역시 같은 입장을 취하고 있다.

반대로 적용긍정설(완화설)은 형사소송법 제420조 제5호에서 규정하고 있는 "무죄를 인정할"을 해석함에 있어 형사소송에서 증명의 대상으로서 무죄사실이라는 것은 존재하지 아니하고 유죄의 심증을 동요시키면 무죄의 입증을 다하는 것이기 때문에 증거의 명백성 판단에도 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)'

477) 김희수, "과거청산과 재심 문제", 과거청산 포럼자료집, 포럼진실과정의, 2007.5, 17면.
478) 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 1689면; 이재상·조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2019, 817면; 임동규, 형사소송법(제14판), 법문사, 2019, 823면.
479) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009도4894 판결; 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정.

원칙을 적용해야 한다고 한다.[480] 이 견해에 따르면 예컨대 진술서만으로 '합리적 의심'을 품을 수 있을 때에는 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 원칙이 적용되므로 범죄사실의 부존재에 관한 고도의 개연성이 존재하는 것으로 '추정'할 수 있어 증거의 명백성을 인정할 수 있다고 한다.

그리고 절충설은 확정판결의 사실인정에 대해 '진지한 의문(ernstliche Zweifeln)'이 제기될 수 있는 경우에만 비로소 증거의 명백성을 인정할 수 있다고 한다.[481] 이 견해에 따르면 예컨대 진술서에 의하여 원판결법원의 심증형성에 대해 품을 수 있는 의심이 진지한 것인지 여부에 따라 명백성 판단이 상이하게 된다. 즉 새롭게 법정에 제출된 진술서가 "진범이 별도로 존재한다"거나 "현장부재증명" 등과 같이 객관적으로 볼 때 그 내용에 '진지한 의문'을 품을 수 있는 경우 증거의 명백성이 충분히 인정될 수 있다.

생각건대 우리나라에서 재심제도의 운영실태를 살펴볼 때 현재와 같이 매우 제한적으로 운용될 수밖에 없는 가장 커다란 원인은 바로 형사소송법 제420조 제5호의 증거의 명백성에 관해 학계와 법원이 지나치게 엄격하게 해석하는 데 있다고 본다. 즉 다수설과 판례는 재심이 개시되기 위한 사유로 명백한 증거를 인정하기 위하여 새로운 증거가 유죄 확정판결을 파기할 정도로 고도의 개연성을 요구하지만 수사기관도 아닌 일반국민이 유죄 확정판결을 파기할 정도로 고도의 개연성을 갖는 새로운 증거를 수집하기란 거의 불가능에 가깝다. 더욱이 재심사유 인정여부를 결정하는 재심개시절차 단계에서부터 지나치게 높은 진입장벽을 쌓아 놓고 재심을 불허하는 태도는 재심심리절차라는 본 경기를 하기도 전에 경기장에의 출입을 사실상 막는 부정적 결과를 발생케 하여 피고인의 피해구제 및 인권보호를 구현하고자 하는 재심제도의 본래 취지를 유명무실하게 할 위험이 있다. 그렇다고 하여 완화설과 같이 증거의

480) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법(제2판), 홍문사, 2016, 887면; 신양균, 형사소송법(신판), 화산미디어, 2010, 1093면; Schünemann, ZStW 84, 1972면. 재심사유를 완화하여 그 길을 획기적으로 넓혔다고 평가받고 있는 일본 최고재판소의 白鳥決定(日最決 1975.5.20, 刑集 29-5, 177)에서 같은 입장을 취하고 있다. 즉 일본 최고재판소는 白鳥決定에서 "무죄를 선고할 명백한 증거라 함은 확정판결에서의 사실인정에 관하여 합리적인 의심을 품게하고 그 인정을 번복하기에 족한 개연성이 있는 증거임을 말한다. 명백한 증거인가를 판단함에 있어서 재심개시를 위하여는 확정판결의 사실인정에 합리적인 의심을 생기게 할 정도면 족하다는 의미에서 '의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게'라는 형사재판의 철칙이 적용된다."고 판시한 바 있다.

481) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2016, 821면.

명백성에 관한 판단을 함에 있어 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 원칙을 무제한적으로 적용하여 재심을 비상구제절차가 아닌 제4심으로 변질되게 하는 방향도 타당하지 않다. 따라서 유죄 확정판결의 사실인정에 대해 고도의 개연성과 합리적 의심의 중간단계에 있는 '진지한 의문'이 제기될 정도면 증거의 명백성을 인정하는 절충설이 보다 설득력이 있다고 본다. 이러한 절충설에 의할 때 법적 안정성과 실질적 정의 실현이라는 서로 상충된 이념을 조화롭게 실현할 수 있고, 형사소송 절차에서 검사와 대등 당사자인 피고인의 지위가 여전히 낮은 현실을 고려할 때 재심제도의 확대운영을 통한 피고인의 피해구제 및 무고하게 처벌 받은 피고인의 인권보호를 위해 정의로운 사법으로의 회귀 절차로서 인정된 재심제도의 근본 목적을 달성할 수 있다고 본다.

요컨대, 재심제도가 유죄의 확정판결, 특히 반인권적 국가범죄의 사후적 피해구제 수단으로서 기능하기 위해서는 형사소송법 제420조 제5호에서 규정한 증거의 신규성과 명백성과 관련하여 신규성은 법원에 대한 신규성만을 요구하고, 명백성은 '진지한 의문'이 제기될 정도면 충분하다고 해석함으로써 재심개시절차의 문호를 확대할 필요가 있다고 본다. 법규에 명확한 기준이 없는 경우에 그 해석은 법규의 가능한 문언의미 내에서 피고인에게 유리한 방향으로 확대해석해야 할 것이다.[482]

나. 형사소송법 제420조 제7호 및 제422조 사유의 확대 적용

형사소송법 제420조 제7호 및 제422조를 적용하여 재심을 허용한 대표적인 사례가 강희철 간첩조작 사건이다. 강희철씨는 1975년 일본 오사카에서 살고 있던 부모와 가족을 만나기 위해 일본으로 밀항해 8년 동안 가족과 함께 살다가 1981년 일본 경찰에 불법 입국 사실이 적발돼 한국으로 강제 추방되었는데, 1986년 4월 제주도 경찰에 연행돼 85일 동안 불법 구금된 상태에서 협박과 고문을 당한 뒤 간첩 혐의로 기소됐다. 1987년 9월 대법원은 강희철씨의 무기징역형을 확정했고, 13년 동안 복역한 뒤 1998년 8·15특별사면으로 가석방됐지만 8년간 보안관찰을 받았다.[483] 그 후

482) 김재윤, "사형 구제제도의 현황과 완비", 비교형사법연구 제9권 제2호, 2007, 753-756면.
483) 한겨레, "'조작간첩 옥살이' 강희철씨 22년만에 무죄", 2008.06.23.일자 기사 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/294961.html#csidx314a7c8a2ff36019ad28ba6c31d1c36〈최종검색 : 2020.11.09.〉

강희철씨는 2005년 9월 5일 국가보안법위반 및 반공법위반 등의 확정판결에 대한 재심을 제주지방법원에 청구했다. 재심개시결정이 내려지기 전까지 7번의 심리가 열렸으며 2006년 6월 14일 제주지방법원은 당시 경찰관들의 불법체포감금사실을 인정하여 제420조 제7호 및 제422조 사유를 근거로 재심개시를 결정했다. 즉 강희철씨와 변호인은 1986년 당시의 수사경찰관들을 공소시효가 약 한달 정도 남은 시점에 검찰에 불법체포감금죄로 고소하였지만, 검찰에서는 수사를 적극적으로 하지 않은 채 공소시효완성을 이유로 불기소처분을 하였다. 그러나 재심청구 이후 검찰은 수사경찰관에 대한 참고인조사를 통해 불법체포감금사실을 인정한 진술조서를 재심법원에 제출하였으며, 법원은 법원대로 경찰관의 불법구금사실에 대하여 심리를 진행하였다. 그 결과 법원은 당시 수사에 관여했던 사법경찰관들이 그 직무에 관하여 불법체포감금죄를 범한 사실이 인정되고 확정판결을 받을 수 없는 사정이 있다고 하여 제420조 제7호 및 제422조를 인용하여 재심개시결정을 하였다.[484] 그리고 재심이 결정된 이후에는 17번의 공판을 진행하여 2008년 6월 23일 제주지방법원 제2형사부는 최종 재심선고공판에서 '무죄'를 선고했다.[485] 이로써 강희철씨는 22년 동안 억울한 간첩의 누명에서 벗어나 명예회복을 하게 됐다. 재판부는 판결문을 통해 "당시 강씨가 수사관들의 심한 고문으로 인해 자포자기 심정으로 그들의 요구에 따라 허위자백을 했을 가능성이 높고 강씨의 진술외에 간첩활동으로 의심될만한 확실한 증거가 없다"며 이 같이 판시했다.

강희철 간첩조작 사건은 재심청구 이후 검찰의 사법경찰관에 대한 적극적인 참고인조사와 법원이 형사소송법 제422조의 "사실의 증명"에 관하여 적극적인 조사를 하였기에 가능하였다. 하지만 이 사건에서 재심청구 이후에 검찰과 법원이 공무원의 직무범죄사실에 대하여 적극적으로 조사할 의무가 있는지, 제422조에서 규정하고 있는 "확정판결을 얻을 수 없을 때에 그 사실을 증명하여"와 관련하여 그 증명 책임을 전적으로 재심청구인의 몫으로 돌리는 것이 타당한 것인지 의문이다. 따라서 공무원의 직무범죄사실에 관하여 적어도 진실화해위원회, 5·18민주화운동진상규명조사위

484) 이호중, "인혁당재건위 사건 재심무죄판결의 의미와 사법과거청산의 과제", 기억과 전망 제16호, 2007, 131면.

485) 이 사건의 경과에 대해 자세히는 미디어제주, "강희철 간첩조작 사건이란". 2008.06.23.일자 기사 참조.https://www.mediajeju.com/news/articleView.html?idxno=45747 〈최종검색 : 2020.11.09.〉

원회, 부마민주항쟁진상규명위원회 등의 공식조사에 의하여 공무원의 직무범죄사실이 인정될 경우에는 법원이 그 조사결과를 존중하여 "사실의 증명"이 있는 것으로 간주하여 재심개실결정을 허용하는 것이 필요하다고 본다.

다. 특별법상 특별재심의 확대 적용

5·18특별법 제4조와 부마항쟁보상법 제11조에서 인정하고 있는 특별재심과 관련하여 5·18민주화운동과 부마민주항쟁과 관련하여 억울하게 유죄의 확정판결을 받은 피해자들에게 예외적으로 특별재심을 통해 그들에게 실질적으로 명예를 회복시켜주는 것이 그 입법목적이라면 "재심을 청구할 수 있다"는 규정을 보다 적극적으로 "재심하여야 한다"로 개정하여 법률로써 법원이 행하는 재심개시결정에 준하는 강제성을 확보함이 보다 타당하다고 본다. 재심청구와 재심개시결정 및 이후의 재심절차를 분리하는 취지가 재심청구의 남용우려에 있다고 한다면 적어도 5·18특별법과 부마항쟁보상법이라는 특별법에 국한하여 예외적인 특별재심을 인정하였는데 이러한 특별재심에서조차 재심청구의 남용위험성을 거론하는 것은 민주화운동 관련 피해자들에게 불필요한 우회적인 절차를 강요하는 것으로 타당하지 않기 때문이다.[486]

더 나아가 현재 5·18특별법과 부마항쟁보상법 이외에 반인권적 국가범죄에 대해서도 특별재심을 확대하여 적용할 필요가 있다. 이와 관련하여 우선적으로 '민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(이하 '민주화보상법')'에서도 특별재심 규정을 신설할 필요가 있다고 본다. 민주화보상법 제2조 제2호 가목에서 "민주화운동을 이유로 유죄판결을 받은 사람"을 민주화운동 관련자로 규정하면서도 5·18특별법과 부마항쟁보상법에서 규정하고 있는 특별재심을 별도로 인정하지 않고 있다. 다만 민주화보상법은 해당 유죄판결의 구제 방법으로 민주화운동보상위원회의 결정으로 특별사면·복권을 건의하고 전과기록의 삭제·폐기를 신청할 수 있도록 하는 데 그치고 있다(동법 제5조의3). 그러나 사면복권은 대통령의 고유권한이기 때문에 대통령의 선의에 의존할 수밖에 없으며 사면에 의한 형선고의 효력 상실은 유죄판결에 의하여 발생한 기존의 효과까지 상실하는 하는 것은 아니라 점에서 그 의미가 재심보다 약하

486) 이종수, "재심제도와 사법권 -과거청산의 과제를 중심으로-" 헌법학연구 제14권 제4호, 2008.12, 87면.

다.[487] 그렇다면 이러한 문제점을 극복하기 위해서는 민주화보상법에서도 "민주화운동과 관련된 행위로 유죄의 확정판결을 선고받은 사람은 「형사소송법」 제420조 및 「군사법원법」 제469조에도 불구하고 재심(再審)을 청구할 수 있다"는 특별재심 규정을 마련할 필요가 있다. 민주화운동과 관련하여 유죄판결을 받은 사람에 대해 특별재심을 통해 유죄판결을 파기하고 무죄판결을 통해 그 사건이 과거 독재체제 내지 권위주의 정권에 저항하여 인권과 민주헌정질서를 수호하고자 한 '정당한' 행위라는 법적 평가를 분명히 하는 것이 진정한 명예회복이기 때문이다.

그리고 장기적 관점에서 볼 때 현재 다수의 반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안이 국회를 통과하지 못하고 있으므로, 앞서 언급한 반인권적 국가범죄의 조사·수사에 협조한 가해자에 대한 면책·감경 규정인 가해자에 대한 화해조치 규정과 함께 특별재심 규정을 함께 포함시키는 방안을 고려할 필요가 있다고 본다.

제5절 | 일사부재리의 원칙과 그 적용에 있어서의 예외

1. 서설

가. 일사부재리의 의의

일사부재리란 '동일한 사항에 대해 재차 심리하지 않는다'(ne bis in idem)는 것을 말한다. 형사소송법에 있어서 일사부재리는 판결의 실질적 확정력을 가리키는 것으로서, 이는 기판력의 외부적 효력이다. 즉, 유죄 또는 무죄의 실체판결이나 면소의 판결이 내려진 사건에 대해 재차 공소를 제기해서 심판을 구할 수 없다는 것이다. 「대한민국헌법」 제13조 제1항은 "모든 국민은 (…) 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다"고 규정함으로써, 일사부재리의 취지를 밝히고 있다. 또한, 「형사소송법」 제326조에 따라, 확정판결이 내려진 사건에 대해 재차 공소가 제기된 때에는 – 실체적 소송조건의 흠결을 이유로 – 면소의 판결을 선고해야 한다. 그 취지는, 확정판결의

487) 이호중, "인혁당재건위 사건 재심무죄판결의 의미와 사법과거청산의 과제", 기억과 전망 제16호, 2007, 133-134면.

일사부재리효에 기해 동일성이 인정되는 범죄사실에 대한 재소(再訴)를 금지하는 데에 있는 것이라고 설명된다[488].

헌법재판소는 「대한민국헌법」 제13조 제1항이 이중처벌금지의 원칙을 규정하고 있다고 보면서, "이는 한 번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 '일사부재리원칙'이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권, 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것"이라고 보았다[489].

일사부재리의 의미에 관해서는 영미법의 사고방식과 대륙법의 그것이 근본적인 차이를 나타내는데, 특히 다툼이 있는 것은 '동일한 사건(idem)'의 의미에 관해서다[490]. 한편, 영미법에서 일사부재리는 '무죄의 확정판결을 근거로 하는 일사부재리의 신청(autrefois acquit)'과 '유죄의 확정판결을 근거로 하는 일사부재리의 신청(autrefois convict)'으로 표현된다. 이에 따르면, 동일인에 대해 동일한 행위를 이유로 하는 복수(複數)의 소송은 재판절차의 남용이 된다('재판절차 남용의 이론(abuse of process doctrine)'). 그와 같은 관점에서, 영미법계에 속하는 국가 가운데에는, 무죄판결에 대한 검사의 상소는 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 보는 경우가 있다[491].

나. 국제적 차원에서의 일사부재리효의 확인[492]

일사부재리효의 국제적 승인, 즉 형사판결의 국제적 일사부재리효는 국제협력 및 피고인 보호의 관점에서 오래전부터 그 필요성이 주장되어 왔다. 그런데 형벌권의 행사는 국가고권에 속하는 것으로 인식되는 경향이 여전히 강하고, 소추 내지 처벌에

488) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2536 판결.

489) 헌재 2014. 5. 29. 2013헌바171. 이에 따르면, "헌법 제13조 제1항에서 말하는 '처벌'은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 '처벌'에 포함시킬 수는 없다".

490) 이중처벌금지의 원칙에 관한 각국의 헌법적 해석에 관해서는, 김승대, "이중처벌 금지원칙에 대한 헌법해석의 재검토", 공법연구 제35권 제4호, 2007, 381면 이하.

491) Van Den Wyngaert & Ongena, 'Ne bis in Idem Principle, Including the Issue of Amnesty', in: Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R. W. D. Jones (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, p.710 이하. 또한, 이재방, "재판의 확정력과 이중위험금지에 따른 일사부재리의 객관적 효력 범위에 관한 연구", 홍익법학 제15권 제1호, 2014, 178면 이하 참조.

492) 이하 越智萌, '国際刑事司法における二重裁判禁止の範囲: 一般国際法としての一事不再理原則の規範内容に関する一考察', ノモス, 第39号 (2016), p.117 이하.

관해서는 국가마다 이해관계를 달리하고 있는데다가, 무엇보다도 외국의 법원에서 내려진 선행(先行) 판결에 대한 불신이 존재하는 점에서, 국가간 내지 국제적 차원에서의 일사부재리효를 부정적으로 평가하는 입장도 있다. 그럼에도 불구하고 집단살해범죄, 인도(人道)에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄와 같은 중대한 국제범죄의 소추를 위한 국제형사사법에 있어서는, 국제사회 전체가 소추의 관심을 공유하는 점에서, 일사부재리에 관해서도 국제적 차원에서의 규칙이 확인될 필요가 있다[493]. 그런데 국제법의 일반원칙으로서의 일사부재리를 상정해서 그 규범내용을 확정하는 것이 반드시 용이하지는 않다. 무엇보다도, 규범내용의 지침이 되는 일련의 국제형사사법기구의 규정에 나타나고 있는 일사부재리의 규칙이 과연 일반적인 규범을 창설하는 것과 같은 성격을 가지는 것인지가 문제된다. 각각의 국제형사사법기구는 국제형사사법의 다양하고 특수한 사정을 반영해서 일사부재리에 관한 규정을 두고 있으며, 일반화되기는 곤란한 개별적 요소도 지니고 있는 것이다. 그런데 그러한 개별적 요소도 어디까지나 국제형사사법의 틀 자체가 지니는 특징이라고 본다면, 일련의 국제형사사법기구가 규정하는 일사부재리의 원칙 내지 그 예외를 국제형사사법에 관해 일반화하는 것이 부적절해 보이지는 않는다.

국제적 차원에서의 일사부재리효를 논함에 있어서도 국내적 차원에서 그것을 논함에 있어서와 마찬가지로, 형사절차가 선행(先行) 형사절차와 중첩되는 것인지, 즉 선행(先行) 형사절차가 이미 심판한 것과 동일한(idem) 사항에 대한 절차인지를 심사하는 기준은 일사부재리의 원칙을 적용함에 있어서 근간이 되는 것이다[494]. 그와 같은 의미에서의 동일성 판단의 기준은 선행(先行) 재판이 미치는 일사부재리효의 범위를 확정하는 것이기도 하다. 그와 같은 관점에서, 국제형사사법에 있어서의 일사부재리효를 확인함에 있어서는, 우선, 국제형사사법에 있어서의 일사부재리효의 특징을 가급적 명확히 하기 위해, 그것과 비교되는, 국제범죄에 한정되지 않는 통상(通常)의 형사사법에 있어서의 일사부재리효를 살펴볼 필요가 있다. 즉, 보통의 범죄(ordinary crimes)에 관한 각국의 국내법 및 국제법의 규칙과 그 적용방식을 이해함으로써, 일사

493) Cassese & Gaeta, Cassese's International Criminal Law, 3rd ed., 2013, p. 316.

494) Reichling, 'Europäische Dimensionen des ‚ne bis in idem' - Grundsatzes – Auslegungsprobleme des Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens', in: Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, 2006, p.447 이하 참조.

부재리효의 범위를 확정하는 동일성 판단의 기준에 영향을 미치는 일반적인 요소 내지 상황이 무엇인지를 확인할 필요가 있는 것이다. 다음으로, 국제범죄의 소추를 위한 국제형사사법기구의 규정에 있어서의 일사부재리의 규칙 및 이에 관한 해석론으로서의 학설 및 판례 등을 살펴봄으로써 그 규칙의 의미를 분명히 하는 동시에, 국제형사사법에 있어서의 일사부재리효의 범위에 관한 동일성 판단의 기준에 영향을 미치는 국제형사사법 특유의 요소 내지 상황이 무엇인지를 파악할 필요가 있다.

2. 통상(通常)의 형사사법에 있어서의 일사부재리효의 범위

각국의 법제 및 여러 조약의 규정을 보면, 일사부재리에 관한 규범은 다양한 규칙으로서, 다양한 형식으로 편재하고 있다. 헌법이나 형사소송법 또는 인권조약에서 한 국가 내에서의 이중절차를 규율하는 것이 있는가 하면, 국제형사협력과 관련하는 국내법이나 조약에서 외국과의 관계에서의 이중절차를 규율하는 것도 있다. 일사부재리에 관한 여러 규정은 전소(前訴)와 후소(後訴)가 동일한 사항에 대한 것인지를 판단함에 있어서 기준이 되는 문언을 포함하고 있는 것이 보통이다. 즉, '행위', '사실' 또는 '범죄' 등이 동일성 판단의 기준으로서 규정되어 있는 것이다.

가. 동일성 판단의 기준 - '행위' 또는 '범죄'

일사부재리효의 범위를 확정하는 기준, 즉 동일성 판단의 기준에 관해서는 대륙법과 영미법이 차이를 나타낸다. 대륙법계 국가에서는, 일사부재리에 관한 규정이 '행위' 또는 '사실'이라고 하는 문언을 사용함으로써, 동일한 행위 내지 사실에 대한 재차의 재판을 금지하는 경우가 많다. 독일의 「기본법(Grundgesetz)」 제103조 제3항에 따르면, 어느 누구도 동일한 '행위(Tat)'에 관해 재차 처벌받지 않는다. 특히 프랑스의 「형사소송법전(Code de procédure pénale)」 제368조는, "상이한 법적 평가 하에서도", 즉 별개의 죄명에 해당되는 경우에도, 이미 무죄로 된 '사실(fait)'에 대해 재차 재판받지 않는다고 규정하고 있다. 유럽의 대륙법계 국가뿐만 아니라 아프리카, 중동 및 아시아의 대륙법계 국가, 라틴아메리카 각국의 국내법에서도 '행위'에 상당하는 문언이 사용되고 있다. 한편, 영미법계 국가에서는 일반적으로 '범죄'라는 문언이 사용

되고 있다. 영국에서는 전소(前訴)와 후소(後訴)의 대상에 관해 동일성을 판단하는 기준이 되는 것은 '범죄(offence)'인데, 이는 범죄를 구성하는 '사실'과 더불어 이에 대한 '법적 평가'도 포함하는 것으로서, 금지의 대상이 되는 이중의 위험이 인정되기 위해서는 사실에 있어서나 법적 평가에 있어서나 동일한 것이야 하는 것으로 이해되고 있다. 미국의 연방헌법 수정조항(Amendment) 제5조도 동일한 '범죄(offense)'에 관해 재차 위험에 처해지지 않는다고 규정하고 있다.

형사절차에 있어서의 개인의 권리를 보장하고 있는 여러 인권조약도 일사부재리에 관해 동일성 판단의 기준을 가리키는 문언에 관해 차이를 나타낸다. 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7의정서(Protocol No.7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제4조는 일사부재리의 권리(Right not to be tried or punished twice)에 관해 '범죄(offence)'라는 문언을 채용하고 있는 한편, 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」 제8조는 공정한 재판을 받을 권리(Right to a Fair Trial)에 관한 조항으로서 제4항에 일사부재리에 관한 규정을 두고 있는데, 여기에서는 동일한 '소인(訴因)(cause)'에 대한 재소(再訴)가 금지되고 있다. 한편, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제14조 제7항은 동일한 '범죄(offense)'에 대한 재소(再訴)의 금지를 규정하고 있다.

일사부재리효의 범위를 확정하는 동일성 판단의 기준은 각 법체계에 있어서의 일사부재리의 원칙의 의의 및 형사소송에 관한 여타의 법제와 관련하면서 재판실무를 통해 다양한 형태로 발전되어 왔다고 할 수 있다. 독일의 「기본법(Grundgesetz)」 제103조 제3항은 행위(Tat)라는 용어를 사용하고 있는데, 판례에 따르면, 동일성 판단의 기준이 되는 것은 법원이 공판개시결정에 따라 종국판결을 내려야 할, 법률적으로 구성되어 있는 역사적 사실이며, 전소(前訴)가 어떤 행위를 심판의 대상으로 한 것인지를 판단함에 있어서는 검사의 특정가능한 의도가 결정적이다[495]. 미국의 연방헌법 수정조항(Amendment) 제5조는 동일한 범죄(offense)에 관해 재차 위험에 처해지지 않는다고 규정하고 있는데, 재판에서는 이른바 '동일 (범죄구성)요소 기준(same elements test)'이 채용되어 있다[496]. 이는, 각각의 범죄를 규정하는 조문(條文)이 동일

495) Schomburg, 'Concurrent National and International Jurisdiction and the Principle 'Ne Bis in Idem'', in: Revue Internationale de Droit Pénal, Vol.73 (2002), p.942.

한 (범죄구성)요소의 입증을 요구하고 있는지를 고려해서 동일성을 판단하는 것이다. 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」은 동일한 '범죄(offence)'에 관해 이중의 재판을 규제하고 있는데, 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 2009년의 판결[497]에서, 종래의 판례를 검토하면서, 그 규정을 문언 그대로 해석하는 경우에는 일사부재리의 보호범위가 협소해지게 되는 점을 들어, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」이 실질적으로는 동일한 '사실'에 관해 재차의 재판을 받지 않을 권리를 보장하고 있는 것이라고 판시했다. 그와 같이 각국의 국내법 및 조약의 규정이 동일성 판단의 기준으로서 사용하고 있는 문언이 재판실무에 있어서 반드시 문리적으로만 해석되고 있는 것은 아니라고 할 수 있다.

나. 동일성 판단의 기준에 영향을 미치는 요소

각국의 국내법 및 조약의 규정이 동일성 판단의 대상의 기준으로서 사용하고 있는 문언이 재판실무에 있어서 반드시 문리적으로만 해석되지는 않고 있는 점, 따라서 규정이 명시하고 있는 동일성 판단의 기준과 재판실무에서 채용되고 있는 그것이 반드시 일치하지는 않는 사정은, 제도적인 측면과 실질적인 측면에서 설명된다[498].

(1) 형사소송의 구조와의 관계

동일성 판단의 기준에 영향을 미치는 제도적 요소는 각국이 취하고 있는 형사소송의 구조다. 직권(탐지)주의적 형사소송제도에 있어서는, 대체로 말해서 일사부재리의 대상이 되는 것은 재판에서 심판의 대상이 된 사실 전체, 즉 피고인의 전체로서의 행위이며, 동일성 판단의 기준에 관해서도 그와 같은 의미에서의 '행위'가 고려된다. 한편, 당사자(처분)주의적 형사소송제도에 있어서는, 대체로 말해서 심판의 대상은 검사가 제시한 공소사실에 한정되며, 공소사실, 특히 소인(訴因)은 피고인의 행위에 대한 법적 평가를 포함하는 것으로서, 그와 같은 의미에서의 '범죄'행위가 일사부재리의 대상이 되고, 소인(訴因)에 포함되지 않은 사실 내지 행위는 새로운 소추의 대상의

496) 예컨대, 284 U.S. 299 (1932).
497) Zolotukhin v. Russia, Application No.14939/03 (10 February 2009).
498) 越智萌, '国際刑事司法における二重裁判禁止の範囲: 一般国際法としての一事不再理原則の規範内容に関する一考察', ノモス, 第39号 (2016), p.121 이하.

대상이 될 수 있는 것이다. 그와 같이, 직권(탐지)주의적 소송구조를 취하는 국가에서는 동일성 판단의 기준으로서 사실로서의 '행위'가 고려될 것이 예상되는 한편, 당사자(처분)주의적 소송구조를 취하고 있는 국가에서는 행위에 대한 법적 평가를 포함하고 있는 '범죄'가 고려될 것이 예상된다.

(2) 피고인의 권리 보장 vs. 효과적인 소추

동일성 판단의 기준에 영향을 미치는 실질적 요소란 일사부재리효의 범위에 관해 지향되어 있는 가치를 말한다. 즉, 피고인의 권리를 최대한 보호하는 것을 지향한다면 사실로서의 행위를 동일성 판단의 기준으로 삼는 것이 요구된다. 앞서 언급한, 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)의 2009년의 판결은, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」이 규정하고 있는 일사부재리효는 조약의 취지 및 목적에 비추어 해석되어야 하고, 특히 조약의 실효성을 보장하는 방식으로 해석되어야 한다고 보았으며, 그와 같은 관점에서, 개인의 권리를 보호하는 데에 가장 잘 기여할 수 있는 '동일한 구체적 사실의 기준(same concrete facts test)'을 채용한 것이다[499]. 한편, 일사부재효의 범위에 관해, 전소(前訴)와 후소(後訴)의 대상이 된 범죄, 즉 법률적으로 구성된 공소사실범죄를 동일성 판단의 기준으로 삼는 것은, 효과적인 소추에 주안을 두는 것으로서, 그것과의 관계에서 피고인의 보호는 상대적인 것이 된다. 그와 같이 보면, 일사부재리의 원칙에 관해 인권의 보호와 더불어 법적 안정성의 요청을 강조하는 경우에는, 동일성 판단의 기준으로서 사실로서의 행위를 택하게 될 여지가 큰 반면, 인권보호의 요청을 절대적인 것으로 파악하기보다는 그것과 효과적인 소추의 균형을 도모하는 경우에는, 동일성 판단의 기준으로서 범죄, 즉 법률적으로 구성된 공소사실범죄를 기준으로 택하게 될 여지가 크다고 하겠다.

다. 동일성 판단의 기준에 관한 사고방식으로서의 〈기본적사실관계동일설〉

(1) 공소사실의 동일성이 인정되는 범위의 의의

「형사소송법」 제298조는 공소장의 변경에 관해 제1항에서, "검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 할 수 있다.

499) Zolotukhin v. Russia, Application No.14939/03 (10 February 2009), p.78 이하.

이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다"고 규정하고 있다. 이에 따라 형사소송에서 공소장의 변경은 '공소사실의 동일성'을 해하지 않는 범위 내에서만 허용된다. 그와 같이 공소사실의 동일성은 공소장 변경의 허용범위를 결정하는 기준이 되는데, 나아가 공소제기의 효력 및 심판의 대상범위와 더불어 기판력이 미치는 범위를 결정하는 기준이 된다. 따라서 공소사실의 동일성이 인정되는 범위를 넓게 파악하는 경우에는 당해 소송에서 공소장의 변경을 통해 소추의 철저성을 기하는 것이 용이해지지만 사후적(事後的)으로 기판력에 의한 면소의 범위는 그만큼 넓어지게 될 것이고, 그 범위를 좁게 파악하는 경우에는 그 반대의 효과가 나타나게 된다. 그와 같이 보면, 공소사실의 동일성이 인정되는 범위를 넓히는 것이 당해 소송에 있어서의 피고인의 방어권에는 불리한 것이 되지만 동시에 기판력에 의한 피고인 보호의 범위를 그만큼 넓히는 것이 되는 점에서, 동일성이 인정되는 범위를 넓히는 것이 피고인에게 유리한 것인지 혹은 불리한 것인지를 일률적으로 판단하는 것이 반드시 용이하지는 않다[500].

(2) 〈기본적사실관계동일설〉 및 판례의 태도

공소사실의 동일성을 판단하는 기준을 설정함에 있어서는 국가형벌권의 엄정한 행사의 요청과 이중처벌 금지의 요청이 조화되어야 하는 점이 지적된다[501]. 종래 공소사실의 동일성을 판단하는 기준에 관해서는, 〈죄질동일설〉, 〈구성요건공통설〉, 〈소인공통설〉 및 〈기본적사실관계동일설〉 등이 제시되어 왔는데, 유력한 견해는 〈기본적사실관계동일설〉이다[502]. 이는 공소사실의 동일성을 판단함에 있어서 자연적·전(前)법률적 관점에서의 사실에 착안함으로써 그와 같은 의미에서의 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 공소사실의 동일성을 인정하는 것이다. 여기에서 말하는 '자연적·전(前)법률적 관점에서의 사실'이란 "법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실"[503], 즉 "경험칙에 따라 자연적으로 볼 때 다른 사실과 구별되고 역사적으로 하나의 사건이라고 할 수 있는 역사적·구체적 사실"[504]을 말한다. 〈기본적사실관계동일설〉은

500) 김정한, 실무형사소송법, 준커뮤니케이션즈, 2016, 420면; 이은모, 형사소송법(제6판), 박영사, 2015, 461면.
501) 김정한, 실무형사소송법, 준커뮤니케이션즈, 2016, 423면.
502) 이재상·조균석, 형사소송법(제10판), 박영사, 2016, 635면 이하 참조.
503) 예컨대, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두48235 판결.
504) 이재상·조균석, 형사소송법(제10판), 박영사, 2016, 442면.

공소사실의 동일성을 판단하는 데에 있어서 일체의 법률적 관점을 배제하고 순수하게 자연적·전(前)법률적 관점을 문제로 삼는 것으로서, 범행의 일시와 장소, 수단과 방법 및 범행의 대상과 피해자 등을 고려할 때 두 개의 사실이 밀접한 관계에 있거나 혹은 양립될 수 없는 관계에 있는 때에는 기본적 사실관계가 동일하다고 보는 것이다. 그와 같이 보면, 〈기본적사실관계동일설〉은 동일성이 인정되는 범위를 비교적 넓게 인정하는 것으로서, 그 점에서 소송경제와 신속한 재판의 이념에 합치되는 것이라고도 생각되는데[505], 〈기본적사실관계동일설〉에서 말하는 '기본적 사실관계'라고 하는 개념이 모호한 것일 뿐만 아니라, 이를 동일성 판단의 기준으로 삼게 되면 동일성이 인정되는 범위가 지나치게 넓어져서 피고인의 방어권 보장에 지장이 초래되는 점도 지적된다[506].

〈기본적사실관계동일설〉은 판례에 의해서도 채용되고 있는 것이다. 즉, "공소사실의 동일성은 범죄의 일시, 장소, 범행의 태양 또는 피해액등에 다소의 차이가 있다 하더라도 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지된다"[507]고 보거나, 그와 같은 관점에서, "사기죄의 공소사실은 이미 확정판결로 배척된 횡령죄의 공소사실과 범행일시가 근접해 있고, 피해자도 동일하며, 범행의 목적물도 동일하여 서로 양립할 수 없는 관계에 있고, 단지 피고인이 한 영득행위에 대한 법적인 평가만이 다를 뿐이므로, 위 두 개의 공소사실은 그 기본적 사실관계가 동일하다"[508]고 본 것이다. 그런데 대법원은 1994년의 전원합의체 판결을 통해, 공소사실의 동일성에 관해서 〈기본적사실관계동일설〉을 취하면서도 그 판단에 있어서 규범적 요소도 아울러 고려되어야 한다고 판시했다. 즉, "공소사실이나 범죄사실의 동일성은 형사소송법상의 개념이므로 이것이 형사소송절차에서 가지는 의의나 소송법적 기능을 고려하여야 할 것이고, 따라서 두 죄의 기본적 사실관계가 동일한가의 여부는 그 규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적인 관점에서만 파악할 수는 없고, 그 자연적, 사회적 사실관계나 피고인의 행위가 동일한 것인가 외에 그 규범적 요소도 기본적 사실관계 동일성의 실질적 내용의 일부를 이루는 것이

505) 이재상·조균석, 위의 책, 447면.
506) 강구진, 형사소송법원론, 1982, 318면.
507) 대법원 1986. 7. 8. 선고 85도554 판결.
508) 대법원 1998. 7. 28. 선고 98도1226.

라고 보는 것이 상당하다"는 것이다[509]. 요컨대, 즉, 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려해서 판단해야 한다는 것이다[510].

판례의 입장에 대해서는, 사실을 확정하는 데에 있어서 규범적 요소를 고려하는 것이 논리적 모순인 점, 규범적 요소의 기준이 모호하고, 그 점에서 규범적 요소를 고려함에 있어서 법관의 자의(恣意)가 개입될 위험이 있는 점이 지적되는 외에, 규범적 요소를 고려함으로써 동일성이 인정되는 범위를 좁히게 되면 기판력에 의한 면소의 범위는 그만큼 넓어지게 되어 이중처벌의 금지에 관한 피고인의 권리가 심각하게 훼손되는 점 등이 지적된다[511]. 그런데 판례의 입장을 지지하는 견해는, 동일성을 판단함에 있어서 규범적 요소를 아울러 고려하는 것이 그 판단의 기준을 보다 분명히 하고 그 범위를 적절하게 조정함으로써 국가형벌권의 실현과 피고인의 방어권 보장에 기여하는 것이라고 한다[512]. 공소사실의 동일성을 판단함에 있어서 그 기초가 되는 사회적 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 고려해야 한다는 판례의 입장에 대한 찬반논의는 결국 국가형벌권의 엄정한 행사의 요청과 이중처벌 금지의 요청이 균형을 이루는 지점이 어디인지에 관한 견해의 차이라고 생각된다. 다만, 〈기본적사실관계동일설〉이 (공소)사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 것인지의 여부를 구체적 사실에 관해 개별적으로 판단해서 결정하는 것으로서, 기본적 사실관계의 동일성 여부를 판단함에 있어서 일체의 법률적 관점을 배제하고 순수하게 자연적·전(前)법률적 관점에서 범죄사실의 동일성을 판단하는 것을 내용으로 하는 것으로서, 규범적 요소를 원칙적으로는 동일성의 판단에 고려하지 않는 것이라고 본다면[513], 판례의 입장이 엄밀한 의미에서의 〈기본적사실관계동일설〉은 아니라고 할 것이다.

509) 예컨대, 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결.
510) 예컨대, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도12249 판결.
511) 김인회, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2015, 267면 이하; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법(제2판), 홍문사, 2016, 431면 이하; 이은모, 형사소송법(제6판), 박영사, 2015, 464.면.
512) 이창현, 형사소송법(제6판), 정독, 2020, .637면.
513) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결에서의 [반대의견].

(3) 이른바 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송의 허용성

확정판결이 심판의 대상이 된 행위의 불법내용을 모두 판단하지 않은 경우에 그 부분에 대해 새로운 공소제기를 하는 것을 일컬어 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송이라고 한다[514]. 이에 관해서는, 확정판결이 심판의 대상이 된 행위의 불법내용을 모두 판단하지 않은 경우라도 동일성이 인정되는 사실이라면 확정판결 후에 사정의 변경이 있는 부분에 대해서도 기판력이 미치므로 그 부분에 대해 재차 공소를 제기하는 것은 허용되지 않는다는 견해가 유력하다[515]. 판례 가운데에도 대체로 그와 같은 관점을 취한 것이 있는데[516], 이는 어디까지나 대법원이 공소사실의 동일성에 관해 〈기본적 사실관계동일설〉을 취하면서도 '규범적 요소까지도 함께 고려해야 한다는 입장'을 취하기 전의 판단인 점에서 보면, 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송의 허용 여부 내지 범위도 공소사실의 동일성 인정 여부에 따라, 판례의 입장에 따르면, 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소도 함께 고려하는 종합적인 판단에 따라 정해지게 되는 것이고, 그에 한에서는 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송이 허용될 여지도 생각될 수 있다고 본다.

3. 국제형사사법에 있어서의 일사부재리의 원칙

가. 주요 국제형사사법기구에 있어서의 일사부재리의 규정

일사부재리는 원래적으로 보면 동일한 사법권 내에서의 재차의 소추 내지 재판을 규율하는 개념인데[517], 그와 같은 의미에서의 일사부재리가 국제형사사법기구의 규정에 채용된 주된 이유는, 각국의 사법기관과 국제형사사법기구 사이에서의 이중재판을 규율하기 위한 것이라고 설명된다[518].

---

514) 신동운, 신형사소송법, 2015, 1511면; 이은모, 형사소송법(제6판), 박영사, 2015, 817면.
515) 신동운, 위의 책, 1511면; 이은모, 위의 책, 817면.
516) 대법원 1990. 3. 9. 선고 89도1046 판결.
517) 예컨대, 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2366 판결은, 동일한 범죄에 대한 확정된 외국판결의 존재와 일사부재리에 관해, "피고인이 동일한 행위에 관하여 외국에서 형사처벌을 과하는 확정판결을 받았다 하더라도 이런 외국판결은 우리나라에서는 기판력이 없으므로 여기에 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다"고 보았다.
518) Bernard, '*Ne bis in idem* - Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman?', in: Journal of International Criminal Justice, Vol.9 (2011), p.863 이하.

일사부재리효의 범위에 관해 사용되고 있는 문언에 주목하면, 국제형사사법기구에 있어서의 일사부재리의 규정에는 대체로 4가지의 유형이 존재한다. 첫째로, ICTY 및 ICTR에 있어서의 일사부재리의 규정, 둘째로, ICC 및 아프리카 특별재판부(Extraordinary African Chambers: EAC) 등에 있어서의 일사부재리의 규정, 셋째로, 시에라리온 특별재판소(Special Court for Sierra Leone: SCSL)에 있어서의 일사부재리의 규정, 넷째로, 캄보디아 특별재판부(Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: ECCC)[519] 있어서의 일사부재리의 규정을 들 수 있다.

(1) ICTY 및 ICTR에 있어서의 일사부재리의 규정

ICTY 및 ICTR은 각각 1993년과 1994년에 UN안전보장이사회 결의에 의해 창설된 기구로서, 국가의 관할권에 대한 우월성을 가지는 것이었다(「구(舊) 유고슬라비아 국제형사재판소 규정(Statute of the ICTY)」(이하 「ICTY 규정」) 제9조 및 「르완다 국제형사재판소 규정(Statute of the ICTR」(이하 「ICTR 규정」) 제10조). 「ICTY 규정」 제10조 및 「ICTR 규정」 제9조는 일사부재리에 관해 국내에서의 재판이 전소(前訴)에 해당되는 경우와 후소(後訴)에 해당되는 경우를 나누어 규정하고 있다.

「ICTY 규정」 제10조(일사부재리)

〈제1항〉 어느 누구도 본 규정에 기해 국제인도법(國際人道法)에 대한 중대한 위반을 구성하는 행위(act)에 관해 ICTY에서 이미 재판을 받은 경우에는 국내 법원에서 재판을 받지 않는다.

〈제2항〉 국제인도법(國際人道法)에 대한 중대한 위반을 구성하는 행위(act)[520]에 관해 국내 법원에서 재판을 받은 자는 그 후 다음의 경우에 한해서 ICTY에 의한 재판을 받는다.

(a) 그 자가 재판을 받은 원인이 된 행위가 통상의 범죄로 평가된 경우

(…)

519) 크메르 루주(Khmer Rouge) 특별재판부 또는 전범(戰犯)재판부로 일컬어지기도 한다.

520) ICTY의 「절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)」 제13조는 「ICTY 규정」 제10조 제2항의 적용에 있어서 동일성 판단의 기준에 관해 '범죄(crime)라는 문언을 사용하고 있다.

(2) ICC 및 EAC 등에 있어서의 일사부재리의 규정

「ICC 규정」 제20조(일사부재리)

〈제1항〉 어느 누구도, 본 규정이 정하고 있는 경우를 제외하고는, 자신이 ICC에 의해 이미 유죄 또는 무죄의 판결을 받은 범죄의 기초를 구성하는 행위(conduct)에 관해 ICC에 의해 재판을 받지 않는다.

〈제2항〉 어느 누구도, 자신이 ICC에 의해 이미 유죄 또는 무죄의 판결을 받은 제5조[521] 소정의 범죄에 관해 다른 법원에 의해 재판을 받지 않는다.

〈제3항〉 제6조 내지 제8조의 규정[522]에 의해서도 금지되고 있는 행위에 관해 다른 법원에 의해 재판을 받은 자는 그 누구라도, 그 다른 법원에서의 절차가 다음과 같은 것이었던 경우가 아닌 한, 동일한 행위에 관해 ICC에 의해 재판을 받지 않는다.

(a) 그 다른 법원에서의 절차가 그 자로 하여금 ICC의 관할권의 범위 내에 있는 범죄에 관한 형사책임을 면하게 하기 위한 것이었던 경우

(…)

(3) SCSL에 있어서의 일사부재리의 규정

SCSL은 시에라리온과 UN 간의 합의에 기초해서 2000년에 설치된 국제형사사법기구로서, 시에라리온의 법관과 국제재판관에 의해 혼합적으로 운영된, 말하자면 반(半)국제적 성격을 가진 것이다. UN안전보장이사회에 의해 설치된 ICTY나 ICTR보다도 지역적으로 특화된 성격이 강했던 점에서, 「시에라리온 특별재판소 규정(Statute of the SCSL)」(이하 「SCSL 규정」) 제9조의 일사부재리 규정은 ICTY 및 ICTR에 있어서의 일사부재리의 규정에 기초하면서도 이를 부분적으로 수정한 것이었다.

521) ICC의 관할범죄를 열거하고 있는 규정이다.
522) 제6조는 집단살해범죄의 구성요건을 정하고 있는 규정이고, 제7조는 인도(人道)에 반한 범죄의 구성요건을 정하고 있는 규정이며, 제8조는 전쟁범죄의 구성요건을 정하고 있는 규정이다.

「SCSL 규정」 제9조(일사부재리)

〈제1항〉 어느 누구도, SCSL에서 이미 재판을 받은 행위에 관해 시에라리온의 국내 법원에서 재판을 받지 않는다.

〈제2항〉 본 규정의 제2조 내지 제4조 소정의 행위에 관해 국내 법원에서 재판을 받은 자는 그 후에 다음의 경우에 한해서 SCSL에 의한 재판을 받는다.

(a) 그 자가 재판을 받은 원인이 된 행위가 통상의 범죄로 평가된 경우

(…)

「SCSL 규정」 제9조 제1항은, SCSL이 내린 판결의 국내 법원에 대한 일사부재리효의 범위에 관해 'SCSL에서 이미 재판을 받은 행위'라고만 규정하고 있으며, ICTY 및 ICTR에 있어서의 일사부재리의 규정에 있는 '국제인도법(國際人道法)에 대한 중대한 위반을 구성하는'이라고 하는 문언은 사용하지 않고 있다. 또한, SCSL의 관할 범죄는 「SCSL 규정」 제2조 내지 제4조 소정의 국제범죄와 제5조가 정하는 시에라리온 국내법상의 범죄인데, 제9조 제2항에 따르면, 제5조 소정의 범죄에 대한 국내 법원에서의 재판, 즉, 통상(通常)의 범죄에 대한 국내 법원에서의 재판은 SCSL의 절차를 방해하지 않는다.

(4) ECCC에 있어서의 일사부재리의 규정

ECCC는 UN의 지원을 받아 캄보디아법에 기초해서 2003년에 설치되었는데, 「캄보디아 특별재판부의 설치에 관한 법(Law on the Establishment of the ECCC)」(이하 「ECCC법」)은 일사부재리에 관한 별도의 규정을 두고 있지는 않다. 그런데 「ECCC법」 제33조는, ECCC의 관할권이 공정한 재판 및 적법한 절차에 관한 국제기준에 따라, 그리고 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제14조 및 제15조가 규정하는 바와 같이, 행사되어야 하는 점을 규정하고 있다. 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제14조 제7항은, 누구라도 그 국가의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄의 판결을 받은 범죄에 관해 재차 재판을 받거나 처벌받지 않는다고 규정하고 있는 것이다.

나. ICTY 및 ICC에 있어서의 일사부재리의 규정의 해석

ICTY 및 ICC에 있어서의 일사부재리의 규정의 해석에 있어서는, 동일성 판단의 기준이 되는 문언, 즉 '범죄' 또는 '행위'의 개념에 착안해서, 그 규정에 따른 일사부재리효의 범위를 설명하는 방식이 있는가 하면, 그와 같은 문언만을 문제로 삼지 않고 '국제인도법(國際人道法)의 중대한 위반을 구성하는 행위'와 같은 기타의 문언도 함께 고려해서, 규정 전체로부터 일사부재리효의 범위를 살피는 방식도 있다. 나아가, 일사부재리의 규정과 기타 조문(條文)의 논리적·체계적 관계 등도 고려해서, 「ICTY 규정」 및 「ICC 규정」 전체의 취지와 더불어 목적에 비추어 일사부재리의 의미를 파악하는 목적론적 해석도 존재한다.

동일성 판단의 기준이 되는 문언, 즉 '범죄' 또는 '행위'의 개념에 주목해서 일사부재리효의 범위를 설명하는 방식 가운데에는, 우선, ICTY에 있어서의 일사부재리의 규정에 있어서, 국내 법원에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 재판을 받은 '행위'라고 보는 입장이 있는데[523], ICTY에서의 후소(後訴)가 금지되는 것이 무엇인지에 관해 논하는 입장은 발견되지 않는다. 다음으로, ICC에 있어서의 일사부재리의 규정에 있어서는, 국내 법원에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 유죄 또는 무죄의 판결을 받은 '범죄'라고 보는 입장[524]이 있는 한편, ICC에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 유죄 또는 무죄의 판결을 받은 '행위'라고 보는 입장[525]이 있다.

일사부재리의 규정 전체로부터 그 효력의 범위를 살피는 방식 가운데에는, 우선, ICTY에 있어서의 일사부재리의 규정에 있어서, 국내 법원에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 재판을 받은 '범죄'라고 보는 입장[526]이 있는가 하면, 이미 재판을 받은 '국제인도법(國際人道法)의 중대한 위반에 해당되는 직접정범의 행위'라고 보는 입

523) Bernard, Juger et juger encore les Crimes Internationaux: Etude du principe ne bis in idem, 2014, p.174.

524) Finlay, 'Does the International Criminal Court Protect Against Double Jeopardy: An Analysis of Article 20 of the Rome Statute', in: U. C. Davis Journal of International Law and Policy, Vol.15 (2009), p..229.

525) Van Den Wyngaert & Ongena, 'Ne bis in Idem Principle, Including the Issue of Amnesty', in: Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R. W. D. Jones (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, p.723.

526) Spinellis, 'The Ne bis in Idem Principle in "Global" Instruments (Global Report)', in: Revue Internationale de Droit Pénal, Vol.73 (2005), p.1155.

장[527]도 있는 한편, ICTY에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 재판을 받은 '행위'인데, 여기에서 국제범죄는 예외가 되는 것으로 보는 입장이 있다[528]. 다음으로, ICC에 있어서의 일사부재리의 규정에 있어서는, 국내 법원에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 재판을 받은 '행위'인 동시에 'ICC의 관할 범죄'로서의 소추라고 보는 입장[529]이 있는 한편, ICC에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 재판을 받은 '행위''라고 보는 입장[530]이 있다.

일사부재리효의 범위를 목적론적으로 해석하는 방식 가운데에는, ICTY에 있어서의 일사부재리의 규정에 관해 논하는 입장은 보이지 않는데, ICC에 있어서의 일사부재리의 규정에 관해서는, ICC의 설립목적이 국가주권을 보완하는 데에 있다고 보면서, 국내 법원에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은 이미 재판을 받은 '행위'인 동시에 'ICC의 관할 범죄'라고 보는 입장[531]이 있는 한편, ICC에서의 후소(後訴)가 금지되는 것은, ICC의 설립목적으로서 국제범죄의 실효적 소추를 중시하는 입장에서, 이미 재판을 받은 '행위'로서 'ICC의 관할 범죄'에 해당되는 것이라고 보는 입장[532]이 있는가 하면, ICC의 설립목적으로서 국가주권에 대한 보충성을 강조하는 입장에서, 이미 재판을 받은 '행위'로서 'ICC의 관할 범죄로 소추할 의도가 있는 경우'라고 보는 입장[533]도 있다.

이상과 같이, ICTY 및 ICC에 있어서의 일사부재리의 규정에 있어서의 동일성 판단의 기준에 관해서는 다양한 해석론이 존재한다. 판례 가운데에는, 국제형사사법기구의 판결 후에 국내 법원에 의해 재차 심리가 행해진 것과 관련해서 일사부재리효의

527) Heller, 'What Happens to the Acquitted?', in: Leiden Journal of International Law, Vol.21 (2008), p.666.
528) Van Den Wyngaert & Ongena, 'Ne bis in Idem Principle, Including the Issue of Amnesty', in: Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R. W. D. Jones (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, p.719.
529) Ibid., p.723.
530) Spinellis, 'The Ne bis in Idem Principle in "Global" Instruments (Global Report)', in: Revue Internationale de Droit Pénal, Vol.73 (2005), p.1158.
531) Surlan, 'Ne bis in Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute', in: Florence Agora Papers, 2004, p.3.
532) El Zeidy, 'The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law', in: Michigan Journal of International Law, Vol.24 (2002), p.932 이하.
533) Surlan, 'Ne bis in Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute', in: Florence Agora Papers, 2004, p.4.

범위가 문제된 것으로서 'Orić-사건'에 대한 것이 있다[534]. 이는, ICTY에서 무죄의 판결을 받은 피고인이 보스니아의 국내 법원에 재차 기소된 것에 관해 ICTY에 심판을 청구한 것이었다. 재판부는 2015년 12월 10일에 그 합법성에 관해, 일사부재리의 규정이, 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄의 판결을 받은 자를 동일한 '범죄(offence)'에 관해 재차 재판을 받는 것으로부터 보호하는 것을 목적으로 하는 점과 더불어, 그것은 범죄의사(mens rea)의 동일성이 아니라 범죄행위(actus reus)의 동일성을 문제로 삼는 것이라는 점을 전제로 해서[535], 보스니아의 국내 법원에 의한 소추의 대상이 된 범죄행위는 그 피해자, 시간 내지 장소 등에 비추어 ICTY에서 소추의 대상이 된 것과는 근본적으로 다른 것이라고 해서 일사부재리에 반하는 것이 아니라고 판단했다[536]. 한편, ICC는 'Katanga-사건'에서[537], ICC에서 유죄의 판결을 받은 피고인이 재차 콩고민주공화국의 국내 법원에 기소된 것이 일사부재리의 원칙에 반하는 것인지에 관해, 「ICC 규정」 제20조 제2항이 재차의 재판을 금지하고 있는 것은 '범죄'에 관해서이고, 단지 ICC에서의 수사의 대상이 된 '행위'에 관해 국내 법원이 재판하는 것이 그 조항에 의해 금지되는 것은 아니라고 보았다[538].

다. 일사부재리효의 범위에 관해 국제범죄에 대한 소추의 실효성을 고려하는 해석론의 의의

국제형사사법기구에 있어서의 일사부재리의 규정에 관해 목적론적 해석을 취하는 입장은, 그 규정에 따른 일사부재리효의 범위 내지 동일성 판단의 기준에 관해, 대체로 말해서 당해 국제형사사법기구의 설립목적을 고려하는 것이다. 예컨대, 「ICC 규정」 제20조 제2항은 궁극적으로는 국가주권을 존중하는 취지의 규정인데, 집단살해범죄, 인도(人道)에 반한 죄, 전쟁범죄 또는 침략범죄에 대해서만은 ICC가 이미 심판한 행위에 대해 국내 법원이 재차 재판을 할 수 없도록 하고 있는 것이라고 풀이하는 견해[539]

534) Prosecutor v. Orić, Decision on Second Motion Regarding a Breach of Non Bis In Idem (MICT-14-79) Before a Single Judge (10 December 2015).
535) Ibid., para.9.
536) Ibid., para.11.
537) Prosecutor v. Katanga, Decision Pursuant to Article 108 (1) of the Rome Statute (ICC-01/04-01/07-3679) Presidency (7 April 2016).
538) Ibid., para.23.

는, 일사부재리효의 범위에 관해 ICC의 설립목적을 고려하고 있는 것이라고 볼 수 있다. ICC에 대한 관계에서 국내 법원에 의한 판결의 일사부재리효를 규율하고 있는 「ICC 규정」 제20조 제3항의 해석과 관련해서도 그 설립목적, 특히 국제범죄에 대한 소추의 실효성 확보를 고려하는 입장이 유력하다. 우선, 「ICC 규정」 제20조 제3항은 '제6조 내지 제8조의 규정에 의해서도 금지되고 있는 행위'에 관해 원칙적으로 일사부재리효를 인정하고 있는바, 이는 제6조 내지 제8조에 언급되어 있는 모든 행위태양을 가리키는 것이라고 볼 여지가 있지만 – 따라서 예컨대, 제7조 제1항의 (a)가 '살인'에 관해서도 규정하고 있는 점에서, 살인에 대해 국내 법원에 의한 심판이 있었던 경우에는 이에 대해 ICC가 재차 심판하는 것은 금지된다고 볼 여지가 있지만 –, '제6조 내지 제8조의 규정에 의해서도 금지되고 있는 행위'란 그 규정이 유형화하고 있는 범죄의 구성요건을 충족하는 행위만을 말한다고 보는 것이다. 즉, 제7조 제1항의 (a)는, "민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범해진" 살인을 구성요건화하고 있는 점에서, 통상의 범죄로서의 살인은 「ICC 규정」 제6조 내지 제8조의 규정에 의해 금지되고 있는 행위에 해당되지 않고, 따라서 제7조에 따른 인도(人道)에 반한 죄로서 ICC에 의해 재판을 받는 것은 일사부재리에 반하지 않는다고 보는 것이다[540]. 그와 같은 해석론은, ICC가 그 관할 범죄에 대한 국가의 소추가 실효적이지 못한 경우에 이를 보완하는 것을 주된 목적으로 하고 있는 점을 기초로 한 것이라고 볼 수 있다. 다음으로, 「ICC 규정」 제20조 제3항에 따르면, 예컨대 국내 법원에 의해 통상(通常)의 살인죄로 유죄의 판결을 받은 자를 그 후에 ICC가 동일한 살인행위에 관해 인도(人道)에 반한 죄로 재판하는 것도 허용되지 않는다고 볼 여지가 있는데, 제20조 제3항의 (a) 내지 (b)의 규정과의 관계에서 보면, 동일성이라는 것이 행위에 관련되는 것이기는 하지만, 국내에서의 소추가 진정한 소추의 목적으로 행해지지 않은 것이 명백한 때에는 동일성의 의미는 행위 자체가 아니라 범죄와 관련해서 파악된다고 보는 것이다. 따라서 통상(通常)의 살인범죄와 인도(人道)

539) Surlan, 'Ne bis in Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute', in: Florence Agora Papers, 2004, p.3.

540) El Zeidy, 'The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law', in: Michigan Journal of International Law, Vol.23 (2002), p.992 이하.

에 반한 죄는 동일한 것이 아니라고 보는 것이다[541]. 그와 같은 해석론은, 「ICC 규정」 제20조 제3항을 해석함에 있어서 제17조가 내용으로 하고 있는 보충성의 원칙을 고려한 것이라고 볼 수 있다.

4. 국제형사사법에 있어서의 일사부재리 적용의 예외[542]

제2차 세계대전 후의 뉘른베르크 재판 및 도쿄 (전범(戰犯)) 재판에서는 일사부재리에 관한 명시적인 규정이 존재하지 않았고 그 적용의 예외에 관한 규칙도 찾아볼 수 없었다. 일사부재리에 관한 규정이 처음으로 등장한 ILC의 1988년의 「인류의 평화와 안전에 대한 죄에 관한 법전(Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind)」 수정초안 제7조[543], 1991년의 초안 제9조[544]에도 일사부재리 적용의 예외에 관한 규칙은 포함되어 있지 않았다. 일사부재리 적용의 예외가 처음 고안된 것은 「ICTY 규정」의 기초과정에서였다. 그 후의 국제형사사법기구의 규정은, 「ECCC 법」을 제외하고는, 거의 모두 일사부재리에 관한 규칙과 더불어 그 적용의 예외에 관한 규칙을 두고 있다.

기존의 국제형사사법기구의 규정에 있어서의 일사부재리 적용의 예외에는 두 가지의 형태가 있다. 하나는, 「ICTY 규정」, 「ICTR 규정」 및 「SCSL 규정」에 공통되는 것이다(이하 'ICTY형(型) 예외'). 다른 하나는, 「ICC 규정」, 「아프리카 특별재판부 규정(Statute of the EAC)」(이하 「EAC 규정」) 및 「동(東)티모르 중대범죄특별재판부 규정(Statute of the Special Panels for Serious Crimes in East Timor)」(이하 「SPSC 규정」에 공통되는 것이다(이하 'ICC형(型) 예외').

---

541) Surlan, 'Ne bis in Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute', in: Florence Agora Papers, 2004, p.4.

542) 越智萌, '国際刑事司法における恩赦と一事不再理の適用例外-「不処罰との闘い」構想の具体化の反映として-', 国際公共政策研究, . 第23巻 第1号 (2018), p.78 이하.

543) Report of the Commission to the General Assembly on the work of its 40th session, UN Doc. A/43/10 (9 May to 29 July 1988), p.179.

544) Report of the International Law Commission on the work of its 43rd session, UN Doc. A/46/10 (29 April to 19 July 1991), p.95.

가. ICTY형(型) 예외

(1) 입법의 배경 및 취지

일사부재리의 규정이 「ICTY 규정」에 도입된 이유는 피고인의 보호라기보다는 주로 관련 국가와의 관할권 배분의 정리를 위한 것이었다고 설명된다[545]. ICTY의 설립과정에서 1993년 4월에 제출된, 이집트, 이란, 말레이시아, 파키스탄, 사우디아라비아, 세네갈, 터키의 공동제안에는, 일사부재리가 ICTY에 있어서 적용되어야 할 것이지만, 국내에서 행해진 절차가 ICTY의 판결을 회피하기 위한 것이었던 경우 또는 그 절차가 피고인의 형사책임을 면하게 하기 위해 계획된 것이었던 경우에는 ICTY가 그와 같은 관할권 행사에 구속되어야 할 것은 아니라는 입장이 표명되었다[546]. 또한, 캐나다는, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」이 규정하는 바와 같이, 이미 종국적으로 유죄 또는 무죄가 된 사안에 관해 재차 재판을 받거나 처벌을 받지 않는다는 입장을 취하면서도, 그와 같은 원칙은 당해 사안이 국내 법원에서 진지하게(diligently) 소추되지 않은 경우 또는 인권보호에 관한 국제적 요청을 충족하지 못한 경우에는 배제된다는 의견을 제시했다[547]. 나아가, 미국과 이탈리아는, 일사부재리가 보장되는 것을 전제로 하면서, 특히 사법(司法)의 이익(interest of justice)에 부합하는 경우에는 재소(再訴)를 허용하는 취지의 규정을 제안했다[548].

이상과 같은 제안을 최종적으로 정리한 UN사무총장보고는, 국내 법원의 관할권과 국제재판소의 관할권의 병존에 관해 후자(後者)의 우위성을 명시하면서[549], 일사부재

545) Bernard, 'Ne bis in idem-Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman?', in: Journal of International Criminal Justice, Vol.9 (2011), p.8680.

546) Letter dated 31 March 1993 from the representatives of Egypt, the Islamic Republic of Iran, Malaysia, Pakistan, Saudi Arabia, Senegal and Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/25512 (5 April 1993), p.4.

547) Letter dated 13 April 1993 from the permanent representative of Canada to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/25594 (14 April 1993), p.2.

548) Letter dated 5 April 1993 from the permanent representative of the United States of America to the United nations addressed to the SecretaryGeneral, UN Doc. S/25575 (12 April 1993), p.7; Letter dated 16 February 1993 from the permanent representative of Italy to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/25300 (17 February 1993), p.2.

549) Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808, UN Doc. S/25704 (3 May 1993), para.64 이하.

리의 원칙에 따라 어느 누구도 동일한 범죄에 관해 재차 재판을 받지 않지만, 국내에서의 절차가 행해진 후에도 ICTY에서의 재판은 두 가지의 예외적인 상황에서는 방해받지 않는다고 했다[550]. 그 두 가지의 상황이란 '당해 행위에 대한 국내 법원의 법적 평가가 「ICTY 규정」상의 평가와 상응하지 않는 경우' 및 '국내에서 행해진 절차에 있어서 재판의 공평성, 독립성 및 실효성이 보장되지 않은 경우'를 말한다[551].

ICTY가 창설된 이듬해에 채택된 「ICTR 규정」은 기본적으로 「ICTY 규정」을 답습한 것이었다. 또한, SCSL은 시에라리온과 UN 사이의 합의에 기해 2000년에 설치된 이른바 반(半)국제적인 성질을 가지는 국제형사사법기관으로서, 「SCSL 규정」 제9조의 일사부재리에 관한 규정은 「ICTY 규정」상의 그것을 기반으로 하면서 부분적인 수정을 가한 것이다.

(2) 규정의 내용 및 특징

ICTY형(型) 예외는, 통상(通常)의 범죄로서 재판을 받은 것에 대한 일사부재리 적용의 예외를 규정하고 있는 한편, 이른바 '엉터리 재판(sham trial)'이나 보복 등을 목적으로 하는 불공정하고 부당한 재판[552]에 대한 일사부재리 적용의 예외를 규정하고 있다.

「ICTY 규정」 제10조(일사부재리)

〈제2항〉 국제인도법(國際人道法)에 대한 중대한 위반을 구성하는 행위에 관해 국내 법원에서 재판을 받은 자는 그 후 다음의 경우에 한해서 ICTY에 의한 재판을 받는다.

(a) 그 자가 재판을 받은 원인이 된 행위가 통상의 범죄로 평가된 경우

(b) 국내 법원의 절차가 공평하고 독립적인 것이 아니었던 경우, 국제형사법상의 책임으로부터 피고인을 보호하는 것을 의도한 것이었던 경우 또는 사건이 성실하게 소추되지 않았던 경우

---

550) Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808, UN Doc. S/25704 (3 May 1993), para.66.

551) Ibid., para.66.

552) 그와 같은 재판의 국내적 예에 관해서는, 이재승, "사법개혁과 민주주의 ; 정치사법과 과거청산", 민주법학 제29권, 2005, 23면 이하; 허일태, "법왜곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책", 형사정책연구 제18권 제2호, 2007, 11면 이하 참조.

ICTY형(型) 예외는, 국내에서의 선행(先行) 판결이 있었던 사건에 관해 일사부재리를 인정하면서도, 소정의 요건을 충족하는 경우에는 그 예외를 인정하는 것이다.

(a)호에 따르면, 국내 법원에서의 재판이, ICTY의 소추 대상이 되는 행위를 통상(通常)의 범죄로 평가한 경우에는, 다른 하자가 없더라도 재차 소추하는 것이 허용된다. 이는, 전소(前訴)와 후소(後訴)의 동일성 판단에 관해 통상(通常)의 범죄와 인도(人道)에 반한 죄를 범죄유형에 있어서 차별화하는 것이다.

(b)호는 일사부재리의 적용이 배제되는 세 가지의 경우를 열거하고 있다. 그 가운데, '국내 법원의 절차가 국제형사법상의 책임으로부터 피고인을 보호하는 것을 의도한 것이었던 경우'는 주관적인 측면에서 일사부재리 적용의 예외를 인정한 것이라고 할 수 있는 한편, '국내 법원의 절차가 공평하고 독립적인 것이 아니었던 경우' 또는 '사건이 성실하게 소추되지 않았던 경우'는 객관적인 측면에서 일사부재리 적용의 예외를 인정한 것이라고 할 수 있다. 국내에서 행해진 절차에 그와 같은 하자가 있었다고 인정되는 경우에는, 그것이 당해 사건을 국제법상의 중대범죄로 소추한 것이더라도, 또한 그 결과가 무죄이든 유죄이든 상관없이, 또한 형이 집행된 경우라도, 그것에 대해 일사부재리가 적용되지 않고 국제형사재판이 허용되는 것이다.

「ICTY 규정」 제10조 제2항은, 선행(先行) 절차, 즉 국내 법원에서의 재판이 이른바 엉터리 재판(sham trial)이었던 경우와 같이 절차상의 하자를 지니고 있는 경우에 일사부재리의 적용을 배제하는 것이다. 그런데 가령 국내에서 성실하게 소추되고 공평하고 독립적으로 재판이 행해진 결과로서 유죄판결이 내려진 후에 행정부의 사면(赦免) 등에 의해 그 효과를 잃게 되는 것과 같은 경우에도 일사부재리의 적용이 배제되는 것인지는 그 조항 자체만으로서는 분명하지 않다.

나. ICC형(型) 예외

(1) 입법의 배경 및 취지

UN총회는 1992년에 ILC에 「ICC 규정」 초안의 작성을 요청했다[553]. 이에 따라 1993년에 제출된 ILC의 초안은 제45조에 ICTY형(型) 예외와 매우 유사한 규정을

553) Resolution adopted by the General Assembly, UN Doc. A/RES/47/33 (9 February 1992).

두었다. 그 제45조의 표제는 '이중의 위험(일사부재리)'이었으며. 제2항의 (b)에 따른 일사부재리 적용의 예외는, 다른 법원에서의 이른바 엉터리 재판(sham trial) 또는 ICC의 소추를 면하기 위해 계획된 재판의 대상이었던 행위에 관해서는 ICC가 그 후에 재판할 수 있도록 해야 할 것이라는 견해를 반영한 것이었다[554]. 그 후 1994년의 ILC의 초안은, 피고인의 권리에 관한 여러 규정의 가까이에 위치한 제42조에 일사부재리의 정의(定義)에 관한 규정을 두었다. 그 규정의 문언 자체는 1993년의 초안 제45조의 그것과 다르지 않았는데, 그 규정에서 말하는 '사건이 성실하게 소추되지 않았던 경우'란 선행(先行) 소추가 단지 소홀했거나(laps) 오류를 범한 경우를 말하는 것은 아니라는 점이 제시되었다. 즉, 제2항의 (b)는, 피고인을 범죄의 책임으로부터 면하게 하려는 것이었다고 간주될 정도로 소추의 성실성이 결여된 경우에 비로소 적용된다는 것이었다[555].

ICC의 설립에 관한 1995년의 임시위원회 보고서는, ILC의 초안 제42조의 일사부재리 규칙이 각국의 국내 법원과 ICC 사이의 위계적 관계를 창설하려는 것이 아니고, ICC가 국내 법원의 운영에 관해 일반적인 판결을 내리는 것을 허용하는 것도 아니라는 점을 강조했다[556]. 그런데 그 규칙이 사실상으로는 국내 법원에 대한 감시의 역할을 ICC에 부여하게 될 우려가 있다는 점이 지적되었고, 통상(通常)의 범죄와 국제범죄의 구별이 모든 법체계에 공통되는 것이 아닌 점에서 그 규칙을 삭제할 것이 제안되기도 했다[557]. 그렇지만 규정 초안의 준비 작업이 ICC설립준비위원회(Preparatory Committee)에 인계된 후인 1998년 2월 4일에 제출된 이른바 쥐트펀(Zutphen) 보고서에서는 임시위원회에서의 논의에도 불구하고 통상(通常)의 범죄와 국제범죄가 여전히 구별되고 있었다[558].

ICC설립준비위원회(Preparatory Committee)가 1998년 4월 14일에 제출한 초안에서는 일사부재리에 관한 규정이 대폭적으로 변경되었다. 각국의 폭넓은 지지를 얻을

554) Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session, UN Doc. A/48/10 (3 May-23 July 1993), annex, p.120.
555) Ibid., p.57.
556) Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/50/22 (6 September 1995), para.43.
557) Ibid., para.43.
558) Report of the inter-sessional meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, the Netherlands, UN Doc. A/AC.249/1998/L.13 (4 February 1998), p.46.

수 있다고 생각되는 내용만을 추려 일사부재리에 관한 규정의 내용을 수정한 것이었다[559]. 당시의 초안에서 일사부재리 적용의 예외에 관한 규정이 ICTY의 그것과는 크게 달라진 것이다.

「ICC설립준비위원회 초안(1988)」 제18조(일사부재리)[560]

〈제3항〉 누구라도 제5조에 의해서도 금지되고 있는 행위에 관해 다른 법원에서 재판을 받은 자는 그 다른 법원에서의 절차가 다음과 같은 것이었던 경우를 제외하고는 ICC에 의해 재판을 받지 않는다.

(a) 그 다른 법원에서의 절차가 그 자로 하여금 ICC의 관할 하에 있는 범죄에 관한 형사책임을 면하게 할 목적이었던 경우 또는

(b) 그 다른 법원에서의 절차가 독립적으로 또는 공평하게 행해지지 않았고, 그러한 상황에서, 당해 사건을 재판에 부치는 의도와 모순되는 형태로 진행된 경우

「ICC설립준비위원회 초안」(1988)에서는 통상(通常)의 범죄에 대한 일사부재리 적용의 예외에 관한 문언은 삭제되었고, 일사부재리 적용의 예외에 관한 사유는 두 가지로 정리되었다. 초안이 제출될 당시, ICC에 이른바 엉터리 재판(sham trial)의 사안에 개입할 재량을 부여하는 것을 바람직한 것으로 보는 입장과 국내의 재판에 ICC가 간섭하는 것을 제한하고자 하는 입장이 대립한바, 후자의 입장에 무게를 두어 ILC의 초안이 수정된 것이라고 설명된다[561]. 또한, 당시 논란을 불러일으킨 문제가, 국내에서 유죄판결을 받은 자가 그 후에 사면(赦免)을 받은 경우를 어떻게 취급할 것인지에 관해서였는데[562], 「ICC설립준비위원회 초안」(1988)은, 그 문제에 관한 규정이 없으면 법의 흠결이 생길 수는 있지만 특정 사안에 대해 국내에서의 결정이 행해진

559) Holmes, 'The Principle of Complementarity', in: Roy S. Lee (Ed.), The International Criminal Court: The Making of The Rome Statute, Issues, Negotiations, Results, 1999, p.56.

560) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1 (14 April 1998), p.45.

561) Holmes, 'The Principle of Complementarity', in: Roy S. Lee (Ed.), The International Criminal Court: The Making of The Rome Statute, Issues, Negotiations, Results, 1999, p.68.

562) Ibid., p.58 이하.

경우에 ICC가 개입할 권한을 가져야 할 것은 아니라는 입장을 취했다[563]. 그래서 「ICC설립준비위원회 초안」(1988)에는, 당해 사건이 그것에 대해 관할권을 가지는 국가에 의해 수사 또는 소추 중에 있거나 이미 소추된 경우에 ICC는 관할권을 가지지 않는다는 규정을 삽입하는 대안이 추가되었다[564].

ICC의 설립에 관한 최종적인 외교교섭의 장이었던 1998년의 이른바 로마 회의에서는, 「ICC설립준비위원회 초안」(1988)에서의 일사부재리 규정은 최종적으로 제20조에 위치하게 되었다. 일사부재리 적용의 예외에 관해 변경된 것은, 제20조 제3항의 (b)에 '국제법이 승인하는 적정절차의 규범에 따라'라고 하는 문언이 추가된 것뿐이었다. 사면(赦免)의 문제에 관해서는, 국가의 행정적인 결정에 대해 ICC가 간섭해야 할 것인지, 수리가능성 등에 관한 기타의 규정을 통해 그것을 해결할 수 있는 것인지가 논의되었는데, 최종적으로는, 논의의 장기화가 기타의 사항에 관한 합의에 영향을 미칠 우려가 있는 점에서, 사면(赦免) 등에 관한 국내의 결정과 일사부재리의 관계에 관한 규정은 제외되고 말았다[565].

「ICC 규정」이 채택된 후에 국제형사사법기구의 규정에는 「ICC 규정」 제20조의 문언을 사용한 일사부재리 규칙이 채용되었다. 그 예로서, 「EAC 규정」 제19조 및 「SPSC 규정」 제11조를 들 수 있다.

(2) 규정의 내용 및 특징

「ICC 규정」에 있어서의 일사부재리 적용의 예외에 관한 규칙은 통상의 범죄에 대한 그 적용의 예외를 인정하지 않는 한편, 그 예외가 인정되는 경우를 한편으로는 주관적 측면에서, 다른 한편으로는 객관적 측면에서 각각 규정하고 있다.

---

563) Ibid., p.58 이하.

564) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1 (14 April 1998), p.46.

565) Holmes, 'The Principle of Complementarity', in: Roy S. Lee (Ed.), The International Criminal Court: The Making of The Rome Statute, Issues, Negotiations, Results, 1999, p.60.

「ICC 규정」 제20조(일사부재리)

〈제3항〉 제6조 내지 제8조의 규정에 의해서도 금지되고 있는 행위에 관해 다른 법원에 의해 재판을 받은 자는 그 누구라도, 그 다른 법원에서의 절차가 다음과 같은 것이었던 경우가 아닌 한, 동일한 행위에 관해 ICC에 의해 재판을 받지 않는다.

⒜ 그 다른 법원에서의 절차가 그 자로 하여금 ICC의 관할권의 범위 내에 있는 범죄에 관한 형사책임을 면하게 하기 위한 것이었던 경우

⒝ 그 다른 법원에서의 절차가 국제법이 승인하는 적정절차의 규범에 따라 독립적으로 또는 공평하게 행해지지 않았고, 그러한 상황에서, 그 자를 재판에 부칠 의도에 반하는 것과 같은 형태로 행해진 경우

「ICC 규정」 제20조 제3항은 국내 법원에서의 선행(先行) 판결 또는 ICC 이외의 법원에서의 선행(先行) 판결이 소정의 요건을 충족하는 경우에는 일사부재리가 적용되지 않는 것을 규정하고 있다. 그와 같은 예외는, 선행(先行) 재판이 피고인을 ICC 관할 범죄에 대한 형사책임으로부터 벗어나게 하는 것을 목적으로 한 경우이거나(주관적 요건), 절차의 적정성과 독립성 내지 공평성이 결여된 동시에 재판에 부칠 의도가 결여되어 있었던 점을 보여주는 상황이 존재하는 경우에(객관적 요건) 인정된다.

선행(先行) 재판이 피고인을 ICC 관할 범죄에 대한 형사책임으로부터 벗어나게 하기 위한 것이었던 경우에 일사부재리 적용의 예외를 인정하는 것은 이른바 엉터리 재판(sham trial)의 경우를 염두에 둔 것이다. 예컨대, 집단살해범죄의 혐의를 받는 피고인을 보다 경한 죄로 소추한바 그것이 피고인을 집단살해범죄에 대한 책임으로부터 벗어나게 하기 위한 것이었던 경우를 들 수 있다. 또한, 국내의 절차가 그 정상성(正常性)을 일탈한 경우나 피고인과 특별한 관계에 있는 자가 수사에 투입된 경우, 특별히 비밀재판이 진행된 경우 등이 이른바 엉터리 재판(sham trial)의 표지(標識)로서 거론된다[566].

일사부재리 적용의 예외에 관한 요건으로서, "절차가 국제법이 승인하는 적정절차

566) Immi Tallgren & Astrid Reisinger Coracini, 'Article 20 Ne bis in Idem', in: Otto Triffterer & Kai Ambos (Eds.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 3rd edition, 2016, p.694.

의 규범에 따라 독립적으로 또는 공평하게 행해지지 않았고, 그러한 상황에서, 그 자를 재판에 부칠 의도에 반하는 것과 같은 형태로 행해진 경우"에 관해서는, '재판에 부칠 의도에 반하는' 것인지의 여부를 판단하는 기준이 애매한 점, 가령 외부적 요인 등에 의해 실질적으로 재판의 내용이 적정절차에 따라 행해지지 않은 경우 등은 배제되고 있는 점이 문제로서 지적된다[567]. 또한, 특히 심각한 문제로서, 국내 법원에서 유죄로 인정된 자가 그 후에 사면(赦免)된 경우에 관해서는 명시적인 규칙이 결여되어 있는 점이 지적된다. 즉, 제20조 제3항은, 일사부재리 적용의 예외에 관해, 형사절차가 허용될 수 없는 방식으로 행해진 경우만을 규율하고 있을 뿐이며, 형사절차가 통상적으로 종료한 후에 행해진 조치가 받아들이기 힘든 것인 경우에 관해서는 이를 어떻게 취급할 것인지를 규율하지는 않고 있다[568]. ICC에 의한 소추를 받는 자가 이미 국내에서 유죄의 판결을 받았지만 그 직후에 사면(赦免)을 받은 자인 경우에는 ICC가 사건을 수리할 수 있도록 하는 것에 관한 규칙이 필요하다는 것이다[569]. 이와 관련해서는, 제20조 제3항에서 말하는 '절차(proceeding)'의 의미를 넓게 해석해서, 그와 같은 사면(赦免)도 이른바 엉터리 재판(sham trial)의 일종에 해당된다고 보는 견해[570]도 있는데, 문리적으로 타당한 것인지에 관해서는 의문의 여지가 있다.

다. 일사부재리 적용의 예외에 관한 원리의 의의

「ICTY 규정」 및 「ICC 규정」의 기초(起草) 과정에 비추어보면, ICTY형(型) 예외 및 ICC형(型) 예외는 공히, 소추 내지 재판을 철저히 함으로써 그 실질을 도모하는 데에 그 취지를 두고 있는 것이다. 양자(兩者)는 공히 이른바 엉터리 재판(sham trial)과 보복 등을 목적으로 한 부당한 재판을 대상으로 하고 있는데, 그와 같이 재판 자체의 태양에 착안하고 있는 것으로서, 유죄의 판결이 내려진 후에 행해진 사면(赦免) 등의

567) Ibid., p.694.
568) Van Den Wyngaert & Ongena, 'Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty', in: Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R. W. D. Jones (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, p.727.
569) Van Den Wyngaert & Ongena, ibid., p.727; Holmes, 'Complementarity: National Courts versus the ICC', in: Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R. W. D. Jones (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, p.679; Kleffner, Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, 2008, p.266.
570) Van Den Wyngaert & Ongena, ibid., p.726.

조치를 예외의 대상으로서 고려하지는 않고 있다. 그 점에서 보면, 국제형사사법기구에 있어서의 일사부재리 적용의 예외에 관한 규칙은 재판을 철저히 하는 것을 그 원리로 삼고 있는 것이며, 나아가 처벌을 철저히 하는 것까지도 그 원리로 삼고 있는 것은 아니라고 볼 수 있다.

ICTY형(型) 예외 및 ICC형(型) 예외의 원리와 관련해서는 다음과 같은 점이 지적된다. 우선, 국제법에 있어서는 일반적으로 국가행위의 합법성 및 성실성이 추정되는데도 「ICTY 규정」이 국내 법원의 독립성 및 공평성에 대한 의심을 허용하는 취지의 명문의 규정을 둔 것은, 국제사회가 국가주권의 존중보다도 국제법상 중대범죄의 처벌을 철저히 하고자 하는 요청에 중점을 두었기 때문이라는 점이다[571]. 다음으로, 「ICTY 규정」의 기초(起草) 과정에서 볼 수 있듯이 일사부재리 적용의 예외에 관한 규정에 있어서 국내 절차의 태양에 대한 고려는 주로 그 남용을 방지하는 데에 맞추어져 있는 것인데, 당시 그 점과 더불어 인권보장의 기준을 확보하는 것도 제안되었다고 하는 점이다[572]. 즉, 처벌을 철저히 하는 것보다도 부당한 구금이나 불공평한 재판 등으로부터 주민을 보호해서 불신감을 불식시킴으로써 국제법의 적절한 집행을 확보한다는 국제사회 공통의 이익이 존재한다는 것이다[573].

5. 일사부재리 적용의 예외에 관한 판례에 있어서의 그 원리의 구체화

가. ECCC에 있어서의 '사리(Sary)-사건'에 대한 재판부의 결정

일사부재리 적용의 예외를 내용으로 하는 일사부재리가 일반원칙으로서 적용된 사례로서 ECCC에 있어서의 '사리(Sary)-사건'에 대한 결정을 들 수 있다. 「ECCC법」은 일사부재리에 관한 규정을 두지는 않았는데, 일사부재리의 보호가 피고인에게 미치는지가 문제된 2011년의 '사리(Sary)-사건'에서 ECCC는 일사부재리 원칙의 적용을 인정하면서도 당해 사건에 있어서는 일사부재리 적용의 예외가 되는 사유가 있다고 해서 피고인에게 일사부재리의 보호를 부여하지 않은 것이다.

---

571) 稲角光恵, '国際刑事裁判所の一事不再理の原則に見られる管轄権調整ルールの検証', 国際法外交雑誌, 第104巻 第1号 (2005), p.85.
572) Ibid., p.82.
573) Ibid., p.91 이하.

ECCC는 이른바 크메르 루주(Khmer Rouge) 정권기의 국제법상 중대범죄에 대한 재판을 위해 UN의 협력을 얻어 2003년에 캄보디아에 설치된, 국제재판관과 국내재판관으로 구성된 말하자면 반(半)국제적 법정이다. 여타의 국제형사사법기구와는 달리, UN과의 합의문서(ECCC Agreement)[574]에 의해 규율되면서도 직접적으로는 국내법으로서의 「ECCC법」에 근거해서 운영된 것이었다[575]. 일사부재리 적용의 예외가 일반원칙으로서 인정된 것은 '사리(Sary)-사건'에서의 일사부재리의 항변에 대한 결정이다. 이른바 크메르 루주(Khmer Rouge) 정권의 부수상(副首相) 겸 외무장관이었으며 그 정권 붕괴 후에 태국으로 망명한 이엥 사리(Ieng Sary)는 1979년에 임시로 설치된 인민혁명재판소에서 유죄가 인정되어 사형 및 재산몰수를 선고 받았다. 그런데 그 형은 1996년의 국왕령에 의해 사면(赦免)되었다. 이를 어떻게 처리할 것인지에 관해 「ECCC법」은 제40조는, 「ECCC법」의 시행 전에 부여된 사면(赦免)의 인정범위는 ECCC에 의해 결정될 사항이라고 규정하고 있다.

「ECCC법」은 일사부재리에 관해 명시적인 규정을 두지 않았다. 적용법으로서의 캄보디아 국내법, 즉 캄보디아의 「형사소송법전」 제12조는 일사부재리를 규정하고 있었지만, 이는 전소(前訴)가 종국적으로 무죄판결에 이른 경우만을 규율하는 것이었다. 따라서 전소(前訴)가 유죄판결에 이른 경우에 일사부재리를 ECCC에서 적용함에는 일반원칙에 의거할 필요가 있었다. 일반원칙의 원용에 관해 「ECCC법」 제33조는 다음과 같이 규정하고 있다.

574) Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea.

575) Vianney-Liaud, 'Determining the Relationship Between International and Domestic Laws within an Internationalized Court: An Example from the Cambodian Extraordinary Chambers' Jurisdiction Over International and Domestic Crimes', in: Goettingen Journal of International Law, Vol.6, No.2 (2014), p.303 이하 참조.

「ECCC법」 제33조

〈제1항〉 ECCC 공판부는 공판의 공정성과 신속성을 확보해야 하고, 피고인의 권리와 피해자 및 증인의 보호를 충분한 배려해야 하며, 공판이 현행 절차에 따라 행해지도록 해야 한다. 기존의 절차에서 특정 사항이 다루어지지 않은 경우, 해석 내지 적용에 관해 불명확성이 있는 경우, 혹은 국제적 기준과의 일치에 관해 문제가 있는 경우에는 국제적 차원에서 확립된 절차규칙에서 지침(guidance)을 구할 수 있다.

〈제2항〉 ECCC는 그 관할권을, 1966년의 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제14조 및 제15조가 규정하고 있는 공정한 재판 및 적법한 절차의 국제기준에 따라 행사해야 한다.

「ECCC법」은 적용법인 절차법에 흠결이 있는 때에 '국제적 차원에서 확립된 절차규칙'에 따르도록 하고 있다. 즉, 전소(前訴)에 기한 국내 재판의 일사부재리효가 ECCC에서 문제된 경우에 일사부재리 적용의 예외를 인정하기 위해서는 '국제적 차원에서 확립된 절차규칙', 즉 일반원칙으로서 일사부재리 적용의 예외가 확인되고 이를 지침으로 사용할 수 있어야 하는 것이다. 사리(Sary)에 대한 ECCC의 관할권 행사가 다투어진 일련의 절차에서 ECCC는 '국제적 차원에 확립된 절차규칙'을 확인하기 위해 「ICC 규정」 및 「ICTY 규정」과 더불어 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights) 및 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)의 판례를 참조했다.

2011년 4월 11일의 '폐정(閉廷)명령(Closing Order)에 대한 상소에 관한 결정'(이하 '4월 11일의 결정')에서[576] (공동)수사판사는 국내법에는 전소(前訴)가 유죄에 이른

576) '4월 11일의 결정'에 이르기까지의 일련의 결정을 개략적으로 살펴보면 다음과 같다. 사리(Sary)에 대한 구속명령에서는, 일사부재리의 원칙이 국제형사법에 있어서는 절대적인 원칙은 아니라는 점을 확인한 다음, 1979년의 인민혁명재판소 판결은 집단살해죄에 대한 것으로서, 인도(人道)에 대한 죄와 전쟁범죄에 대한 절차인 본건과는 중복되는 것이 아닌 점에서, 일사부재리 적용의 예외를 인정하면서도 그 예외의 기준에 관해서는 언급하지 않았다(Prosecutor v. Nuon Chea et al.(C22) Co-Investigating Judges (14 November 2007)). 상소에서는, 캄보디아 국내법과 국제법(「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」)의 범위가 상이한 점에 관해 언급하면서, 현시점에서는 동일 범죄가 아니지만 동일한 행위인지의 여부가 폐정(閉廷)명령(Closing Order)에 이르기까지는 명확하지 않다고 해서, 일사부재리의 범위에 관해 문언에 의한 구별을 인식하면서도 구체적 심리를 유보했다(Prosecutor v. Nuon Chea et al.(C22/I/74) Pre-Trial Chamber (17 October

경우에 있어서의 일사부재리에 관한 규정이 없는 점을 확인한 다음, 「ECCC법」 제33조를 근거로 해서, '국제적 차원에서 확립된 절차규칙'의 지침을 구해야 하는 점과 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」에 규정된 재판의 국제적 기준과 공정성 및 적법절차에 따라 관할권을 행사해야 하는 점을 확인했다[577]. 그런데 일사부재리의 보장에 관한 규정인 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제14조 제7항은 국내법질서에 있어서만 적용되는 것으로서, ECCC는 캄보디아의 사법구조와는 별개로 분리되어 기능하는 국제화된 재판소인 점에서 그 조항이 ECCC에서는 적용될 수 없다고 보았다[578]. 한편, 국제범죄의 소추를 위한 국내 절차와 국제 절차 사이의 상호작용의 특수성을 고려한 국제적인 일사부재리의 보호가 도입되어 있는 점에 착안해서[579], 본 재판부의 임무는 일사부재리 원칙의 예외가 국제법에 있어서 확고히 되었는지를 판단하는 것이 아니라 국제적 차원에서 확립된 절차규칙이 본 법정에서 지침이 될 수 있을 정도로 충분한 것인지를 판단하는 것이라고 보았다[580]. 이를 전제로 한 다음 재판부는, 그에 관한 판례가 결여되어 있는 점을 고려해서, ICTY형(型) 예외 및 ICC형(型) 예외의 기초(起草) 과정과 각각에 관한 논의 등에 비추어 일사부재리에 관련하는 규정의 배후에 있는 이론적 근거를 검토한바[581], 그 결과로서, '국제재판소 또는 국제화된 재판소는 국내 당국에 의해 동일한 행위에 관해 이미 재판을 받은 개인에 대해 관할권을 행사할 수 없는데, 그것은 국내 절차가 적법절차에 비추어 독립적이고 공평하게 행해지지 않은 점이 입증되지 않은 한에서인 점'을 '국제적 차원에서 확립된 절차규칙'으로서 확인한 것이다[582]. 이에 덧붙여 재판부는, ECCC가 국제재판소 또는 국제화된 재판소와 마찬가지의 지위에 있으며, 일사부재리 원칙의 배후에 있는 원리는 ECCC의 절차에 있어서도 관련되는 것인 점에서, 당해 사건을 판단하기 위해 마찬가지의 기준이 적용된다고 보았는데[583], UN사무총장보고 및

2008)). 폐정(閉廷)명령(Closing Order)에서는, 자료의 광범위한 누락으로 인해 1979년의 재판에서 행해진 심리의 내용이 명확하지 않기 때문에 증복 여부의 판단이 불가능한 점에서 공판에서의 공개구두변론이 필요하다고 해서 심리를 유보했다(Prosecutor v. Nuon Chea et al., (D427) Co-Investigating Judges (15 September 2010)).

577) Prosecutor v. Nuon Chea et al. (D427/1/30) Co-Investigating Judges (11 April 2011).
578) Ibid., para.128 이하.
579) Ibid., para.130.
580) Ibid., para.140.
581) Ibid., para.141.
582) Ibid., para.132 이하.

ICTY의 결정을 참조해서, 국내 절차에 근본적인 하자가 있는 경우에만 ECCC의 관할권 행사가 정당화된다고 보았다[584]. 재판부는, 인민혁명재판소가 법률이 아니라 행정명령으로 설치된 것이고 재판관이 행정관이었던 점에서 그 독립성을 결한 점, 재판소장 등이 회견 등에서 피고인의 유죄의 확신을 표명하고 있었던 점, 재판이 피고인의 출석 없이 행해진 점, 피고인 측의 증거가 전혀 제출되지 않았던 점, 재판 기간이 5일로서 짧았던 점 등을 이유로 해서, 그 재판이 공평성을 결여한 것이라고 판단했다[585]. 따라서 인민혁명재판소에서의 재판은 공평하고 독립적으로 행해졌다고는 할 수 없기 때문에 ECCC의 관할권을 방해하는 것이 아니라고 결정한 것이다[586].

2011년 11월 3일에 공판부는 '이엥 사리(Ieng Sary)의 선결적 항변에 대한 결정'(이하 '11월 3일의 결정')에서, '4월 11일의 결정'과 그 결론에 있어서는 동일한 점을 명시하면서, '사리(Sary)-사건'에 관해 일사부재리 적용의 예외를 인정하는 방식에 관해서는 다른 견해를 취했다. 즉, 공판부는, 재판절차 자체에는 하자가 없었지만 유죄판결에 따른 처벌이 현실화되지 않은 경우에 관한 일반적 지침으로서의, 일사부재리 적용의 예외를 인정한 것이다[587]. 그 결정은 또한, 명백한 흠결이 있는 국내절차에 의해 이미 재판을 받은 범죄에 관해 국제재판소가 관할권을 가지는 경우에, 일사부재리의 원칙은 국제법상의 중대범죄에 책임이 있는 자가 적정하게 소추되는 것을 확보하는 것에 관한 국제사회 및 피해자의 이익과의 균형을 도모해왔다고 보았으며[588], 그와 같은 관점에서 '사리(Sary)-사건'에서 재판부의 관할권은 일사부재리의 원칙에 의해 방해받지 않는다고 판시했다[589].

나. '11월 3일의 결정'의 근거 - 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 판례

ECCC의 '11월 3일의 결정'에서의 판단은, 전소(前訴)에 의한 재판절차에서의 하자는 없지만 그에 따라 선고된 형벌이 실제로 집행되지 않은 것을 일사부재리 적용

583) Ibid., para.132 이하.
584) Ibid., para.158.
585) Ibid., para.163 이하.
586) Ibid., para.175.
587) Ibid., para.23.
588) Prosecutor v. Nuon Chea et al. (002/19-09-2007/ECCC/TC E51/15) Trial Chamber (3 November 2011), para.33.
589) Ibid., para.32 이하.

예외의 요건으로 한 것으로서, 그 점에서 처벌의 철저성을 일사부재리 적용의 예외에 관한 원리로 삼은 것이라고 할 수 있다. 그런데 그와 같은 원리에 기초하는 예외의 규칙은 구체적으로 어떠한 규범을 근거로 한 것인지가 문제된다.

국제법상의 중대범죄에 관한 형사재판이 무죄로 종결된 경우에 있어서 일사부재리를 부정하는 규범을 도출함에 있어서 ECCC의 '11월 3일의 결정'이 참조한 것은 주로 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 판례들이었다. 그 판례들에서의 판단은, ICTY 및 ICC에 있어서의 일사부재리 적용의 예외에 관한 규칙을 참조해서 이끌어낸 것이었다.

2004년의 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 '카르피오·니콜(Carpio-Nicolle)-사건'에 대한 판결에서는, 피해자를 살해한 군인에 대한 무죄판결이 증인에 대한 압력 및 증거의 훼손 등에 기인하는 것이라고 여겨졌다[590]. 재판소는 배상 및 재발방지의 보장과 관련해서 국가의 수사의무 내지 소추의무가 관철되어야 함을 지적했고, 국가는 범인을 수사하고 처벌할 의무를 회피하기 위해 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」의 기준에 따르지 않은 절차에 의해 내려진 판결을 원용할 수 없다고 판시했다[591]. 그와 같은 판단을 행함에 있어서 재판소는, 국제법 및 판례법의 발전은, 적정절차의 규칙이 준수되지 않았거나 재판관이 독립적이고 공평하게 행동하지 않은 재판에 의한 이른바 '부당한 기판력(raudulent res judicata)'을 심사하는 것을 허용하고 있다고 보았으며[592], 여기에서 말하는 국제법 및 판례법으로서 「ICC 규정」 제20조, 「ICTR 규정」 제9조 및 「ICTY 규정」 제10조가 제시되었다[593].

경찰관에 의한 고문행위에 관한 2005년의 '구티에레즈·솔레르(Gutiérrez-Soler)-사건'에 대한 판결에서는, 고문의 실행자에 대한 수사, 소추 및 처벌에 관한 국가의 의무를 배상을 통한 구제와 재발방지의 보장에 비추어 검토한 것이다. 그 사건에서 고문의 실행자에 대해 국내 법원은 불소추결정을 내렸는데, 재판소는 적정절차의 위반이 있는 전소(前訴)로부터 생긴 효력을 일컬어 '엉터리 이중의 위험(sham double

590) Carpio-Nicolle et al. v. Guatemala, Judgement (Merits, Reparations and Costs), Series C No.117 (22 November 2004), para.131 이하.
591) Ibid., para.132.
592) Ibid., para.132.
593) Ibid., para.132, note 137.

jeopardy)'이라고 하면서[594], 국제적으로 위법한 상황에서 유래하는 사법적(司法的) 판단은 이중의 위험에 있어서의 위험이 될 수는 없는 점에서, 국가는 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」의 기준에 상응하지 않는 절차에 따른 판결에 기해 수사 및 처벌 의무의 예외를 주장할 자격을 가지지 않는다고 판시했다[595].

미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 '알모나시드·아레자노(Almonacid Arellano)-사건'에 대한 2006년의 판결은 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」상의 일사부재리의 보호보다 우월한 일반원칙으로서의 일사부재리 적용 예외의 기준을 확인한 것이다. 그 사건에서는, 군사정권 하의 칠레에서 행해진 경찰에 의한 법외처벌에 대해, 군사법원에 사건이 이송된 후에 사면법(赦免法)을 근거로 해서 공소가 기각된 것에 관해 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」 제8조 및 제25조 위반이 쟁점이 되었다. 이에 관해 재판소는 뉘른베르크 재판 이래의 법의 발전을 개관한 다음, 독재정권에 대한 위협으로 여겨지는, 시민에 대해 조직적이고 일반적으로 행해진 법외처벌에 의한 살인은 국제법상 인도(人道)에 반한 죄인 점을 확인했으며[596], 인도(人道)에 반한 죄를 포함하는 국제법상의 중대범죄의 실행자를 재판하고 유죄가 인정되는 경우에는 처벌하는 국제법상의 의무는 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」 제1조 제1항에 구체화된 보호의 책무로부터 도출된다고 판시했다[597]. 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」은 「ICC 규정」 등의 구체적인 규칙을 참조해서 일사부재리 적용의 예외를 보다 구체화하고 있다. 재판소는, 일사부재리가 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」 제8조 제4항에 기본적 인권으로서 규정되어 있는데, 이는 절대적인 권리가 아니라고 한다[598]. 그리고 「ICC 규정」, 「ICTY 규정」 및 「ICTR 규정」을 참조해서 다음과 같은 기준을 인정했다[599]. 형사사건을 기각하거나 인권침해 내지 국제법 위반에 책임이 있는 자를

594) Gutiérrez-Soler v. Colombia, Series C No. 132 (12 September 2005), para. 98.
595) Ibid., para. 98.
596) Almonacid Arellano et al. v. Chile, Series C No.154 (26 September 2006), para.93 이하.
597) Ibid., para.110.
598) Ibid., para.154.
599) Ibid., para.162.

무죄로 판단한 법원의 개입이 ㉠ 피고인으로 하여금 형사책임을 회피하게 하고자 한 경우, ㉡ 당해 절차가 적정절차의 보장에 상응하는 형태로 독립적이고 공평하게 행해지지 않은 경우, 또는 ㉢ 책임이 있는 자를 재판에 부칠 진정한 의도가 없었던 경우에는 일사부재리가 적용되지 않는다고 한 것이다[600]. 그리고 그와 같은 방식으로 내려진 판결은 단지 외관상의(apparent) 또는 부당한 기판력을 만들어내는 것이라고 보았다[601]. 따라서 인권침해 또는 인도(人道)에 반한 죄에 대한 책임이 있는 자를 특정할 수 있는 새로운 사실이나 증거가 분명해진 경우에는 당해 사건이 확정판결의 권위를 수반하는 무죄로 종결되었다고 하더라도 수사를 재개할 수 있다고 하며, 이는 '정의의 명령(dictate of justice), 피해자의 권리 및 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」의 정신이 일사부재리의 보호에 우선하기 때문이라고 본 것이다[602].

이상과 같이, 국가에 의한 인권침해의 불소추가 문제된 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 사례에서는, 내용적으로 불충분한 선행(先行) 무죄판결의 효과를 부정할 필요성이 제시되어 왔다. 독재정권 하에서 행해진 비(非)인도적 행위에 관한 재판이 충분한 수사에 기해 이루어지지 않았기 때문에 형식적 또는 실질적으로 무죄로 종결되었다는 피해자의 주장이 제기되어 왔기 때문이다. 이에 대해 국제적인 성격을 가지는 재판기관 내지 인권재판소 등이 이른바 엉터리 재판(sham trial)의 부당한 기판력, 이른바 엉터리 이중의 위험과 같은 일사부재리효를 배제하고 재차 재판을 행하는 것을 인용하거나 요청하는 판례가 나타나게 된 것이다[603]. 인권감독기구에 있어서의 규범의 발전을 배경으로 한 ECCC의 '11월 3일의 결정'은 무죄판결의 사례가 아니라 유죄판결이 사면(赦免)에 의해 배제되어 실질적으로 처벌이 이루어지지 않은 사건에 관해 '국제법상의 중대범죄에 대한 소추가 처벌로 이어지지 않은 경우에 있어서의 일반적 지침'으로서의 일사부재리 적용 예외를 일반원칙으로서 확인하기에 이른 것이라고 할 수 있다.

---

600) Ibid., para.154.
601) Ibid., para.154.
602) Ibid., para.154.
603) 越智萌, '国際刑事司法における恩赦と一事不再理の適用例外-「不処罰との闘い」構想の具体化の反映として-', 国際公共政策研究, 第23巻 第1号 (2018), p.88.

6. 일사부재리 적용의 예외에 관한 원리로서의 '재판 내지 처벌 철저화'의 요청

가. 국제형사기구 및 국재형사재판에 있어서의 일사부재리 적용의 예외에 관한 원리

「ICTY 규정」 및 「ICC 규정」 등에 있어서의 일사부재리 적용의 예외는, 전소(前訴)에 의한 절차가 이른바 엉터리 재판(sham trial)이었거나 보복 등을 목적으로 한 재판이었던 것을 뒷받침하는 객관적 또는 주관적 사정으로서의 요건을 충족하는 경우에 인정되는 것이다. 그와 같이 「ICTY 규정」 및 「ICC 규정」 등은 전소(前訴)에 의한 재판절차의 하자를 재소(再訴) 내지 재리(再理)의 요건으로 하고 있는 점에서, 일사부재리 적용의 예외에 관해, 말하자면 '재판의 철저화'를 그 원리로 삼은 것이라고 할 수 있다. ECCC의 '사리(Sary)-사건'에 대한 4월 11일의 결정도, 전소(前訴)에 의한 절차가 그 태양(態樣)에 비추어 공정성과 독립성에 있어서 중대한 결함을 지닌 경우를, 일사부재리 적용의 예외가 인정되기 위한 요건으로 확인한 것으로서, 여기에서도 '재판의 철저화'가 일사부재리 적용의 예외에 관한 원리로서 채용된 것이다. 한편, ECCC의 '사리(Sary)-사건'에 대한 11월 3일의 결정은, 전소(前訴)에 의한 절차에 따라 내려진 유죄의 판결이 실제로 피고인의 처벌에까지 이르지 않은 경우도 또한 일사부재리 적용의 예외를 인정하는 사정이 되는 점을 제시했다. ECCC는 그 결정에 관해 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 판례에 의거했는데, 일사부재리 적용의 예외에 관한 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 판례는 '처벌의 철저화'에 기초한 것이었다. 요컨대, ECCC의 '사리(Sary)-사건'에 대한 11월 3일의 결정은 일사부재리 적용의 예외에 관해 처벌의 철저화를 그 원리로서 인식한 것이었다. 특히, ECCC의 '사리(Sary)-사건'에 대한 11월 3일의 결정은, 전소(前訴)에 의한 절차에 따라 내려진 유죄의 판결이 실제로 피고인의 처벌에까지 이르지 않은 경우가 일사부재리 적용의 예외를 인정하는 사정이 되는 점을 「ECCC법」의 규정 자체에 의해서가 아니라 국제형사사법의 일반원칙으로서 인정한 것이다.

나. 재판 내지 처벌의 철저화 요청의 타당성

일사부재리의 원칙은 피고인을 이중재판의 위험으로부터 보호함으로써 법적 안정성을 도모하는 것이다[604]. 그와 같이 이중재판을 금지하는 규범은 상이한 사법권 사이에서도 인정되고 있는 것으로서, 「ICTY 규정」 이래 국제형사사법에 있어서도 확립되어 있다. 한편, 국제형사사법에 있어서는 국제법의 기반을 이루는 개념으로서의 국가주권이 여전히 중요한 원리로서 인식된다. 각국은 국제형사사법기구가 자국의 사법기관에 의한 소추절차를 본질적으로 훼손하거나 실질적으로 변형시키는 것을 허용하지 않고 있으며, 국제형사사법에 있어서의 일사부재리의 원칙도 국가주권에 기초하는 국내법의 존중을 전제로 하는 것이다. 그런데 그와 같은 일사부재리의 원칙의 유효성이 그 적용의 예외를 인정하는 규범에 의해 지장을 받는 것은 아니라고 한다. 미주(美洲)인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 재판관이었던 가르시아-라미레즈(García-Ramírez)는 페루에서의 이른바 강제실종에 관한 '라칸투타(La Cantuta)-사건'에 대한 판결에서 일사부재리에 관해 다음과 같은 별개의견을 제시했다. 일사부재리의 원칙은 법적 안정성을 확보하고 모든 시민, 특히 피고인의 보호에 있어서 근본적인 중요성을 가지는 것이지만[605], 일사부재리의 대상이 되는 확정판결이란 적정절차의 결과로서 확정된 판결을 말하는 것으로서, 적정절차가 전제되지 않는 판결은 진정한 의미에서의 판결이라고 할 수 없고, 그 한에서는 그것에 대한 일사부재리의 원칙은 유지될 수 없다는 것이다[606]. 그와 같은 관점은 법적 안정성에 대한 일반적인 위험을 생기게 하는, 일사부재리 원칙의 후퇴를 의미하는 것이 아니라 일사부재리가 어디까지나 정당한 이익과 권리의 보장을 위한 것이라는 점을 강조하는 것이며, 결코 일사부재리의 원칙 그 자체의 유효성을 의문시하는 것은 아니라는 것이다[607]. 이는 일사부재리 적용의 예외가 일사부재리 원칙의 중요성 자체를

604) Van Den Wyngaert & Ongena, 'Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty', in: Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R. W. D. Jones (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, p.705 이하.

605) Separate Opinion of Judge Sergio García-Ramírez in the Judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the Case of La Cantuta, of November 29, 2006 Due Process, Res Judicata and Ne Bis In Idem, para.9.

606) Ibid., para.11.

607) Ibid., para.13.

후퇴시키는 것이 아니라 그것에 못지않은 중요성을 가지는 것이라는 점을 지적하는 것으로서, 적정절차가 전제되지 않는 판결에 관해서는 일사부재리 적용의 예외가 피고인의 이익 내지 국가의 형벌고권에 우선하는 것이라는 점을 강조하는 것이다.

중대한 인권침해인 동시에 범죄를 구성하는 행위에 관해 그 피해의 구제를 받을 권리를 보장하기 위해 국가가 확실한 수사 및 소추를 행할 의무를 지는 점을 확인한 예로서 1994년의 '로드리게스(Rodoriguez)-사건'에 대한 UN인권위원회(United Nations Human Rights Committee)의 견해를 들 수 있다. 그 사건에서는, 고문을 받은 사실 자체가 아니라, 고문의 피해자가 그 사실을 통보한 것에 관해 당국이 제대로 대응하지 않고 수사에 관해 아무런 정보도 제출하지 않은 점 등이 문제로 되었다. 이에 대해, 특히 고문과 같은 심각한 범죄의 경우에는, 그 주장에 대해 국가는 효과적인 구제의 의무로서 충분한 수사를 행해야 하는 점이 제시되었다[608].

여러 인권 관련 조약은 인권을 침해당한 피해자의 실효적인 구제를 당해 피해자의 권리로서 규정하고 있다. 「세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)」 제8조를 비롯해서, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제2조 제3항, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제13조 및 제41조, 「미주(美洲)인권협약(American Convention on Human Rights)」 제1조 및 제25조 등은 특히 생명권 및 고문 등 학대를 받지 않을 권리의 침해에 관해 그 구제를 받을 권리를 선언하고 있을 뿐만 아니라 그러한 권리의 보장 내지 이를 위한 제도의 확보를 체약국의 일반적 의무로서 규정하고 있는 바, 권리의 침해에 관한 주장에 대해 국가는 효과적인 수사 및 가해자의 소추 내지 처벌을 행할 의무를 지는 점이 그들 조약의 규정으로부터 도출될 수 있다[609].

인권침해의 피해자가 효과적인 구제를 받을 권리의 내용 가운데에 국가가 당해 범죄를 소추하고 그 범죄자를 처벌하는 것을 철저히 하는 것을 포함시키는 사고방식은 인권감독기구의 입장표명을 통해서도 확인되어 왔다. 특히 고문에 대한 철저한 수사 및 소추의 의무화는 여러 인권감독기구의 입장표명에 포함되어 있다. 예컨대, UN인권위원회(United Nations Human Rights Committee)는 1992년의 총평(General

608) Hugo Rodoriguez v. Uruguay, No. 322/1988 (19 July 1994), para.12.3.
609) 申惠丰, 国際人道法-国際基準のダイナミズムと国内法との協調, 2014, p.268 이하.

Comment) 제20호에서, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제2조 제3항과 관련해서, 고문과 관련해서 피해구제의 신청이 있는 경우에는 실효적인 피해구제가 이루어질 수 있도록 권한 있는 기관이 신속하고 공평한 수사를 행해야 하는 점을 제시했다[610]. 또한, 2004년의 총평(General Comment) 제31호는, 인권침해의 주장에 대해 국가가 수사를 태만히 하는 것은 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」의 위반이 되는 점, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」은 체약국으로 하여금 인권침해를 범한 자를 소추하도록 하는 것을 포함하고 있는 점을 확인하고 있다[611].

610) General Comment No.20, UN Doc. A/44/40 (10 March 1992), para.14.
611) General Comment No.31, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004), paras.16 이하.

입법적 제언 및 결론

박 경 규

제4장

입법적 제언 및 결론

제1절 | 사후입법을 통한 국가범죄의 처벌에 대한 입법적 제언

1. 소급효금지원칙 관련 보론

가. 제2장, 제3장 제1절 및 제2절의 검토내용

제2장의 검토내용은 다음과 같다: "국가의 정책"에 따라 이루어진 "민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격"으로 행해진 인도에 반한 죄는 가장 중한 형태의 국가범죄이다. 범죄행위가 국가에게도 귀속되는 국가범죄의 경우 개인범죄와 달리, 국가는 형사책임을 부담하는 자연인에 대한 형벌권행사와 관련하여 일정한 의무를 부담한다고 보아야 한다. '국가의 정책'이라는 요건과 '민간인 주민에 대한 공격'이라는 요건을 완화하여 약한 형태의 국가범죄라는 범죄군을 인정할 필요가 있고, 그러한 범죄군을 '반인권적 국가범죄'라고 지칭할 수 있는데, 반인권적 국가범죄가 인도에 반한 죄 그리고 개인범죄와 개념상 구별되도록 하기 위해서는 반인권적 국가범죄를 "국가기관, 지방자치단체 또는 그 하위기관이 조직적으로 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 행위("민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격"이라는 요건이 충족되지 않는 행위를 말한다)를 한 경우"로 정의하는 것이 적절하다. 인도에 반한 죄에 해당하는 행위와 반인권적 국가범죄에 해당하는 행위는 모두 국가범죄의 성격을 가지고 그러한 행위는 행위 당시의 법률에 의해서도 범죄로 처벌되는 행위이다.

제3장 제1절에서는 사후에 제정된 국가범죄에 관한 규정을 소급적으로 적용할 수 있는가라는 문제를 살펴보았다: 시제법(時際法)에 관한 국제법 영역에서의 논의를 살

펴보면 인도에 반한 죄 등 중대한 인권침해행위에 대해서는 정의의 요청을 우선하여 시제법의 확장을 긍정하는 견해가 있다. 인도에 반한 죄의 처벌에 관한 외국 입법례 및 관련 판례를 살펴보면, 영국은 1939.9.1. ~ 1945.6.5. 사이에 독일 및 독일점령지에서 행해진 전쟁범죄에 대해 자국의 관할권을 인정한 「전쟁범죄에 대한 법률(War Crimes Act 1991)」을 제정하였는데, 영국은 그러한 행위는 행위당시에 전쟁법규관례 위반에 해당하는 행위였기에 그 법률이 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 하였다. 캐나다도 1987년에 과거에 외국에서 전쟁범죄 내지 인도에 반한 죄를 범한 자를 처벌할 수 있도록 「캐나다 형법전」 제7조를 개정하였고, 캐나다 법원은 동 규정은 행위당시에 국제관습법에 기해 가벌성이 인정되던 행위에 캐나다의 형사관할권을 인정하는 것이기에 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 하였다. 영국과 캐나다의 이러한 태도는 행위당시에 국제관습법상 형사가벌성이 인정되는 행위의 경우 사후적으로 성문규범을 제정하여 처벌하는 것을 허용하고 있는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제15조 제2항 그리고 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제7조 제2항의 취지에 따른 것이라고 할 수 있다. 한편 이른바 '국가권력을 배경으로 한 범죄(국가에 의해 강화된 범죄)' 또는 체제불법에서도 소급효금지의 원칙은 제한적으로 적용될 수 있다는 견해가 제시되고 있는데, 여러 근거가 제시되고 있지만, 지배자의 권력행사로부터 피(被)지배자를 보호하기 위해 마련된 법적 장치를 지배자 자신이 이용하는 것은 허용되지 않는다는 것을 주요 논거로 한다.

제3장 제2절의 검토내용을 요약하면 다음과 같다: 우리 판례에 의하면 "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 특단의 사정"이 있는 경우에는 예외적으로 진정소급효도 허용된다. 헌법상 기본권 중의 기본권인 인간의 존엄을 철저히 부정하는 집단학살이나 고문과 같은 반인도적 범죄 또는 전쟁범죄는 범죄자 개인의 신뢰보호 요청보다 실질적 정의회복 내지 인권이익의 실현 등 공익상의 요청이 현저히 중대한 경우로 헌법재판소가 제시한 기준을 충족시킬 수 있다. 그리고 반인권적 국가범죄는 인도에 반한 죄에 상응할 정도로 반인륜적이고 반인권적이며 그 불법의 성질도 형법상 불법(결과불법)과 아울러 헌법상 불법(행위불법)이라는 중층적 특수불법성을 가지고 있기

때문에 공소시효가 진행 중이거나 만료한 이후에도 사후입법을 통해 공소시효를 정지·배제시키더라도 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 봄이 타당하다. 공소시효제도의 취지에 비추어 보더라도 국가범죄에서는 공소시효제도 자체가 적용되지 않는다고 보는 것이 적절하다. 반인권적 국가범죄에서의 공소시효 배제·정지를 목적으로 발의된 법률안은 공소시효 배제·정지의 소급효에 대해서는 침묵하거나 부진정소급효만 인정하는 방식을 취하고 있는데, 반인권적 국가범죄에 대한 공소시효 정지·배제의 진정소급효를 분명히 하기 위해 특별법안의 부칙에 "이 법 시행 이전에 공소시효가 완성된 범죄행위에 대해서도 이 법을 적용한다."라는 취지의 경과조치를 둠이 바람직하다.

개인범죄와 다른 국가범죄의 특성상 국가범죄에서는 공소시효제도 자체가 적용되지 않는다고 보면, 인도에 반한 죄뿐만 아니라 반인권적 국가범죄에서도 공소시효배제규정의 진정소급효가 인정될 수 있다. 그런데 지금까지 반인권적 국가범죄에서의 공소시효 배제·정지를 목적으로 발의된 법률안들은 모두 반인권적 국가범죄의 경우 형을 가중하지는 않고, 공소시효의 배제·정지만을 목적으로 하고 있는 반면에(즉, 제안되고 있는 반인권적 국가범죄에 관한 규정은 형가중적 구성요건이 아닌 반면에), 국제형사범죄법상의 인도에 반한 죄 규정은 기존의 법규정에 비해 형을 가중하고 있는 법규정이라고 할 수 있다. 제2장 및 제3장 제1절의 검토내용에 의하면, 행위 당시에 문명국가 내지 국제사회에 의해 승인된 법의 일반원칙에 따를 때 범죄에 해당하는 행위에 대해 사후(事後)에 제정된 국내법에 근거해서 그 행위자를 처벌하는 것은 소급효금지원칙에 반한다고 일반화할 수 없다는 것을 알 수 있다. 그런데 소급효금지원칙에 의하면 기존에 범죄로 처벌되지 않던 행위를 범죄로 하는 규정뿐만 아니라 기존보다 형을 가중하는 규정도 소급적용될 수 없다. 따라서 국제형사범죄법상의 인도에 반한 죄 규정이 동 규정의 시행일 이전에 범해진 인도에 반한 죄에 소급적용될 수 있다고 하기 위해서는 보다 보충된 논거가 필요하다.

나. 형가중적 규정인 인도에 반한 죄 규정의 소급적용 가능성

보통살인죄의 법정형은 "사형, 무기 또는 5년 이상의 징역"인데, 국제형사범죄법 제9조 제1항은 '인도에 반한 죄로서의 살해죄'의 경우 "사형 무기 또는 7년 이상의

징역"으로 처벌하고 있다. 그리고 국제형사범죄법 제9조 제2항은 기타의 인도의 반한 죄의 경우 "무기 또는 5년 이상의 징역"으로 처벌함으로써 기존의 법규정에 비해 가중된 형을 정하고 있다.[612] 제2장에서 살펴본 바와 같이 인도에 반한 죄 규정은 살해, 불법감금 등 개별 인도에 반한 죄를 구성하는 행위가 집단적으로 이루어진 경우에 그러한 전체 범죄행위를 인도에 반한 죄로 처벌하는 규정으로 보아야 한다. 제9조 제1항에서 정하고 있는 형은 보통살인죄와 비교할 때 "7년 이상의 징역"에 불과하다는 점에서 동 규정의 경우 수인에 대한 살해죄의 상상적 경합이 성립하는 경우의 처단형 산정에 관한 특례규정으로 이해될 여지도 있어 보이지만, 제9조를 전체적으로 고찰하면 제9조는 기존에도 범죄로 처벌되던 행위를 '인도에 반한 죄'로 구성요건화하여 기존의 법규정보다 가중된 형으로 처벌하는 규정이다.

소급효금지원칙에 의하면 기존에 범죄로 처벌되지 않던 행위를 범죄로 하는 규정뿐만 아니라 기존보다 형을 가중하는 규정도 소급적용될 수 없다. 그런데 후자와 관련하여 가중처벌규정이 소급적용될 수 없다는 것은 보다 정확히 표현하면, 새로운 규정에 따라 중하게 처벌할 수 없다는 의미이지, 기존에 인정되던 법정형 범위 내에서 처벌하는 것도 인정되지 않는다는 것은 아니라고 보아야 한다. 그렇다면 기존에도 범죄로 처벌되던 행위를 '다른 범죄'로 범죄화하면서 형을 상향하고 있는 규정의 경우 그러한 행위에 새로운 규정을 소급적용하여 '다른 범죄'라고 평가하되, 기존의 법규정에 의할 때 인정되는 형량의 범위 내에서 처벌하는 것은 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 할 수 있다. 즉, 기존에도 살해죄 또는 불법 체포·감금죄로 처벌될 수 있던 행위인데 그러한 행위가 집단적으로 이루어진 경우에 국제형사범죄법 제9조를 적용하여 그 집단적 행위 전체를 '인도에 반한 죄로서의 살해죄' 또는 '인도에 반한 죄로서의 감금죄'로 평가하되 형량은 기존의 법규정에 의해 인정되는 형량의 범위 내에서 정해지도록 하는 것은 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 보아야 한다.

이러한 주장에 대해서는 기존에도 형사가벌성이 인정되던 행위를 새로이 다른 범죄로 구성요건화하는 범죄규정은 수 없이 많을 수 있는데, 그러한 모든 범죄규정이 소급적용될 수 있다는 결론이 되어 버린다는 비판이 가해질 수 있을 것이다. 그러나

612) 예컨대 형법 제124조에 의하면 불법체포·감금죄의 경우 "7년이하의 징역과 10년 이하의 자격정지"로 처벌되고, 특수체포·감금죄(제278조)의 형도 국제형사범죄법 제9조 제2항의 형보다 낮다.

위와 같은 방법으로 형가중적 구성요건이 소급적용될 수 있는 것은 국가범죄에 한하고, 개인범죄에서는 법적 안정성이 보다 강하게 요청되기에 위와 같은 방법으로 소급적용될 수 없다고 한다면 앞의 문제는 발생하지 않는다. 그리고 국가범죄에 한해 위와 같은 방법으로 국가범죄에 관한 규정이 소급적용될 수 있다고 보아야 하는 이유는 개인범죄와 달리 국가범죄에서는 법적 안정성의 요청과 실질적 정의의 요청이 적절히 조화될 필요성이 있기 때문이다.

위와 같은 방법으로 국제형사범죄법상의 인도에 반한 죄 규정을 동 법률 시행일 이전에 발생한 인도에 반한 죄에 적용하는 것은 소급효금지원칙에 반하지 않을 뿐만 아니라, 오히려 실질적 정의의 요청에 부합하는 것이라고 할 수 있다. 그리고 제3장 제2절에서 검토한 바와 같이 국가범죄에서는 공소시효제도 자체가 적용되지 않는 것으로 이해하는 것이 타당하기에 국제형사범죄법상의 공소시효배제 규정은 동 법률 시행일 이전에 발생한 범죄에도 소급적으로 적용될 수 있고, 반인권적 국가범죄에서도 공소시효배제 규정의 진정소급효가 인정될 수 있다고 보아야 한다. 이러한 사항들을 구체적으로 어떻게 입법하는 것이 적절한지에 대한 시사점을 도출하기 위해 로마규정이 채택되기 이전부터 인도에 반한 죄 규정의 소급적용을 인정해 온 캐나다와 에스토니아의 입법례에 대해 좀 더 자세히 살펴본다.

2. 캐나다와 에스토니아의 입법적 해결

가. 캐나다

제3장 제1절에서 살펴본 바와 같이 캐나다는 이미 1987년에 전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 소급적 처벌을 인정하였다.[613] 캐나다는 1998년 12월 18일에 로마규정에 가입하였고, 2000년 7월 7일에 로마규정을 비준하였다. 캐나다는 2000년에 기존 「캐나다형법전」상의 규율내용과 로마규정의 규율내용을 통합한 「인도에 반한 죄 및 전쟁범죄에 관한 법률(Crimes Against Humanity and Crimes Act)」을[614] 제정하여 제노사이드(집단살해죄), 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄에 대한 캐나다의 형벌권에 대해 규율하

613) 제3장 제1절 4의 라 및 마 참조.
614) 동 법률은 최근 2019년 9월 19일에 개정되었다. 동 법률은 https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-45.9/에서 다운로드 가능하다(2020.10.1. 최종방문

고 있다. 캐나다는 '캐나다에서 발생한 제노사이드, 인도에 반한 죄 그리고 전쟁범죄'와 '외국에서 발생한 제노사이드, 인도에 반한 죄 그리고 전쟁범죄'를 구분하여 전자에 대해서는 제4조 및 제5조에서 규율하고, 후자에 대해서는 제6조 및 제8조에서 규율하고 있다.[615]

제4조 제(1)항은 캐나다 국내에서 제노사이드, 인도에 반한 죄 또는 전쟁범죄를 범한 자는 기소가능범죄로 처벌받는다고 선언하고 있고, 제(2)항에서는 형을 규정하고 있다. 제4조 제(3)항에서는 제노사이드, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄를 정의하고 있는데, 인도에 반한 죄를 다음과 같이 정의하고 있다.[616]

> **Genocide, etc., committed in Canada**
>
> Definitions
>
> (3) The definitions in this subsection apply in this section.
>
> **crime against humanity means** murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission. (crime contre l'humanité)

제4조제3항 후단에 의하면 "국제관습법이나 조약 국제법에 의해 또는 국제공동체에 의해 인정된 일반적인 법원칙에 의해 행위시에 그리고 행위지에서 인도에 반한 죄에 해당하는 행위는 행위시의 그리고 그 행위지에서의 성문법에 반하는지에 상관없이 인도에 반한 죄에 해당한다." 제4조제(3)항은 제노사이드의 경우에도 행위시의

615) 제3장 제1절 4에서 소개된「캐나다 형법전」구(舊) 제7조의 내용은「인도에 반한 죄 및 전쟁범죄에 관한 법률」제7조 및 제8조에 규정되어 있다.

616) 밑줄은 보고서 저자에 의한 강조.

성문법에서 전쟁범죄로 인정되지 않았을지라도 “행위시의 국제관습법이나 조약 국제법에 의해 또는 국제공동체에 의해 인정된 일반적인 법원칙에 의해” 전쟁범죄에 해당하는 행위를 전쟁범죄로 인정하고 있고, 전쟁범죄에서도 행위시의 성문법에 의해 전쟁범죄로 인정되지 않은 행위일지라도 “행위시의 국제관습법 또는 조약 국제법에 의해” 전쟁범죄에 해당하는 행위를 전쟁범죄로 인정하고 있다.

제6조제(1)항은 외국에서 범해진 제노사이드, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄도 처벌된다고 선언하고 있고, 제(2)항에서는 그러한 범죄의 형에 대해 정하고 있다. 그리고 제6조제(3)항에서는 제4조제(3)항과 마찬가지로 제노사이드, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄에 대해 정의하고 있다.

나. 에스토니아

에스토니아는 1941년부터 1944년까지는 독일에 점령당했고, 독일의 패전 후에는 1991년 독립할 때까지 소비에트연방의 지배를 받았다. 에스토니아 형법은 1992년에 제정되었는데, 에스토니아는 1994년에 형법을 개정하여 형법전 제61-1조 내지 제61-4조에서 제노사이드, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄의 가벌성에 관한 규정을 신설하였다. 제61-1조 제1항에 의하면 제노사이드를 포함하여 인도에 반한 죄는 8년 이상 15년 이하의 자유형 또는 종신형으로 처벌되었다.[617] 그리고 제6조 제4항에서는 “인도에 반한 죄와 전쟁범죄(제61-1 조 및 제61-4조)는 범행시점에 상관없이 처벌된다”고 하여 과거에 범해진 인도에 반한 죄와 전쟁범죄도 처벌될 수 있도록 하였다.

에스토니아는 로마규정을 가입·비준한[618] 후 형법을 개정하여 기존 형법전상의 규율내용과 로마규정의 내용을 통합하여 형법전에서 규율하고 있다. 현행 에스토니아 형법전은[619] 제88조 내지 제109조에서 제노사이드, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄에 대해 규정하고 있다. 그리고 현행 제5조(형법의 시간적 적용범위) 제4항은 “인도에

617) ECHR, DECISION AS TO THE ADMISSIBILITY OF Application no. 14685/04 by Vladimir PENART against Estonia(https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-72685"]}, 2020.11.10. 방문), p. 4 참조.

618) 에스토니아는 1999년 12월 27일 로마규정에 가입하였고, 2002년 1월 30일 로마규정을 비준하였다.

619) 2002년 9월 1일에 발효된 형법전을 의미한다.

반한 죄 및 전쟁범죄는 범행시점에 상관없이 처벌되어야 한다"고 하여 구(舊) 제6조제4항과 같이 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄 규정의 소급적용을 인정하고 있다.

에스토니아는 위와 같이 과거에 행해진 인도에 반한 죄에 해당하는 행위도 인도에 반한 죄 규정을 소급적용하여 인도에 반한 죄로 처벌하는 것을 허용하고 있는데, 이에 대해 유럽인권재판소는 다음과 같이 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.[620]

(1) Kolk and Kislyiy 사건[621]

에스토니아 카운티 법원은 Kolk와 Kislyiy에게 '1949년에 에스토니아 민간인 주민들을 소비에트연방의 외딴 지역으로 (강제)이주시키는데 참여하였다'는 것을 이유로 에스토니아 개정형법에 따라 '인도에 반한 죄'로 유죄판결을 하고, '8년 자유형의 3년간 집행유예' 선고를 하였다. Kolk와 Kislyiy는 '카운티법원은 강제이주행위가 1949년에 국제법 또는 국내법에 의할 때 인도에 반한 죄에 해당하였는지 여부, 자신들이 그 당시에 자신들의 행위가 범죄에 해당한다는 것을 알 수 있었는지 여부에 대해 판단하지 않았다'고 하면서 항소를 제기하였다.

에스토니아 항소심법원은 다음과 같은 이유로 원심판결을 인용하였다.

> "인도에 반한 죄는 범행시점에 상관없이, 에스토니아 형법전 및 형법에 따라 처벌될 수 있는 행위였다. 게다가 유럽인권협약 제7조제2항은 행위시점에 문명화된 국제사회에서 인정된 일반 법원칙에 따를 때 범죄인 행위를 처벌하는 것을 금지하지 않는다. 신청인들에 의해 범해진 강제이주는 1949년에 그 당시의 문명화된 국제사회에서의 일반 법원칙에 따르면 인도에 반한 죄로 여겨졌다. 그러한 행위는 '뉘른베르크 국제재판소 헌장'에서 범죄로 규정되어졌고, 이것은 1946년에 채택된 UN총회의결 제95호에 의해 재확인되었다."

620) 유럽인권재판소의 판단내용은 제3장 제1절 4의 마에서 소개된 캐나다 법원의 판결과 동일한 취지라고 할 수 있는데, 유럽인권재판소의 판결이라는 점에서 자세히 소개한다.

621) 아래 내용은 ECHR, Kolk and Kislyiy v. Estonia (dec.) - 23052/04, Decision 17.1.2006 (https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["002-3508"]}, 2020.11.10. 방문)을 정리한 것이다.

Kolk와 Kislyiy는 상고를 제기하였으나 에스토니아 대법원은 상고를 기각하였다. Kolk와 Kislyiy는 '1949년에는 러시아 소비에트연방공화국의 형법이 에스토니아에서 유효하였는데, 러시아 소비에트 공화국 형법은 인도에 반한 죄를 규정하지 않고 있었다'고 주장하면서 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, ECHR)에 권리구제를 신청하였다.

유럽인권재판소는 다음과 같은 근거로 Kolk와 Kislyiy를 '인도에 반한 죄'로 유죄판결한 것은 적법하다고 판시하였다.

> "민간인 주민의 강제이주는 뉘른베르크 재판소 헌장에서 명시적으로 인도에 반한 죄로 인정되었다. … 유럽인권협약 제7조제2항은 행위당시에 문명화된 국가들에서의 일반적인 법원칙에 따를 때 범죄인 행위를 처벌하는 것을 금지하지 않는다. 신청인들의 행위가 그 당시 소비에트공화국의 [실정]법에[622] 따를 때 적법한 것으로 여겨질 수 있다고 할지라도 에스토니아 법원은 행위당시의 국제법에 따라 인도에 반한 죄로 유죄판결을 하였다. 본 재판소는 에스토니아 법원과 다른 결론을 내릴 어떠한 이유를 찾을 수 없다. 게다가 소비에트공화국은 1945년에 뉘른베르크 헌장에 합의한 국가이고, UN회원국으로서 UN총회의결 제95호를 채택한 국가이다 …"

(2) Penart 사건[623]

Penart는 러시아인이고 1925년생이다. 그는 1953-54년에 에스토니아 사회주의 공화국(SSR)의 Elva 내무부장이었다. 1953년 여름에 그는 러시아의 지배에 항거하는 레지스탕스이고 숲에 숨어 있는 V1을 사살할 것을 계획하고, A를 고용하여 그를 살해하였다. 그는 A에게 마찬가지로 레지스탕스 활동을 하던 V2의 행방을 찾도록 하였고, A가 제공한 정보에 따라 보안요원들이 V2를 사살하였다. Penart는 A에게 마찬가지로 숲에 숨어 있는 V3의 행방을 찾도록 하였고, 1954년 12월 17일 적극적으로 'V3 사살' 작전에 참여하였고, V3을 함께 사살하였다.

2003년 4월 9일, Valga 카운티법원은 A에게 살해죄 유죄판결을 하였다. 카운티법원

622) 원문에서는 "법(law)"이라고 하고 있지만 문맥상 실정법(률)을 의미한다.

623) 아래 내용은 ECHR, DECISION AS TO THE ADMISSIBILITY OF Application no. 14685/04 by Vladimir PENART against Estonia(https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-72685"]}, 2020.11.10. 방문)를 요약·정리한 것이다.

은 Penart와 관련하여서는 에스토니아 형법 제61-1조에 따라 인도에 반한 죄로 유죄 판결을 하였다. 카운티 법원은 'Penart는 당국에 저항하면서 숲에 숨어 있는 사람을 즉, 정치적 사유로, 살해할 것을 기획하였(organised)기에 V1의 살해는 민간인 주민에 대한 살해 즉, 인도에 반한 죄에 해당한다'고 하였다. Penart는 항소하였고, 2003년 9월 2일 Tartu 항소심법원은 1심판결을 파기하면서 'V1뿐만 아니라, V2 및 V3에 대한 살해를 포함하여 인도에 반한 죄에 해당한다'고 판시하였다. 그리고 항소심법원은 A도 인도에 반한 죄를 범하였다고 판시하였다. 2003년 12월 18일 에스토니아 대법원은 항소심판결을 인용하였다.

Penart는 유럽인권재판소에 권리구제를 신청하였는데, 유럽인권재판소는 '소비에트 군대가 1940년에 에스토니아를 점령한 후, 전체주의적 공산정권인 소비에트연방은 예컨대, 1941년 6월 14일경 1만명을 강제 이주시키고, 1949년 3월 25일 2만명 이상을 강제 이주시키는 등 에스토니아 주민들에 대해 대규모이고 체계적인 행동들을 행하였다. 2차대전 후 1944-1953 기간에 사람들은 숲으로 피해 레지스탕스활동을 하였고, 레지스탕스 활동으로 1,500명 이상이 살해되고, 거의 1만명이 체포되었다. 본 재판소는 민간인 주민 살해는 뉘른베르크 헌장에서 명시적으로 인도에 반한 죄로 규정되었다는 것을 강조한다'고 하였다. 그리고 Kolk와 Kislyiy 사건에서와 같은 논거로 신청인의 주장을 받아들이지 않았다.

3. 국가범죄 규정의 소급적용에 관한 입법방안

가. 국제형사범죄법의 개정

국제형사범죄법상의 집단살해죄(제노사이드), 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄는 가장 중한 형태의 국가범죄라고 할 수 있다. 따라서 우리 국제형사범죄법은 국가범죄에 관한 특별법이라고 할 수 있다. 그리고 약한 형태의 국가범죄인 반인권적 국가범죄를 본 보고서는 "국가기관, 지방자치단체 또는 그 하위기관이 조직적으로 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 행위("민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격"이라는 요건이 충족되지 않는 행위를 말한다)를 한 경우"로 정의하였다. 반인권적 국가범죄도 국가범죄의 한 유형이고, 반인권적 국가범죄는 인도에 반한 죄의 상황적 요건

이 충족되지 않지만, 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 구성행위(살해, 불법감금 등)가 국가기관에 의해 조직적으로 이루어질 것을 요건으로 한다는 점에서 반인권적 국가범죄의 공소시효배제에 관한 규정을 굳이 독립된 특별법안을 통해 마련하기보다는 국제형사범죄법에 두는 것이 적절하다.[624] 그리고 이 경우 국제형사범죄법의 명칭을 현행 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」에서 예컨대 「국제형사재판소 관할 범죄 및 반인권적 국가범죄의 처벌 등에 관한 법률」로 변경해야 할 것이다.

나. 국제형사범죄법 시행일 이전에 발생한 인도에 반한 죄

캐나다는 "행위당시의 국제관습법 및 국제공동체의 일반적인 법원칙에 의할 때 인도에 반한 죄에 해당하는 행위"도 인도에 반한 죄에 포함시킴으로써 즉, 인도에 반한 죄를 정의함에 있어서 동 죄의 성립근거 법에 국제관습법도 포함시킴으로써 자국 법률에서 성문의 인도에 반한 죄 규정을 두기 이전에 발생한 인도에 반한 죄도 처벌할 수 있도록 하고 있고, 공소시효의 문제도 함께 해결하고 있다. 그리고 에스토니아는 "인도에 반한 죄 및 전쟁범죄는 범행시점에 상관없이 처벌되어야 한다"고 함으로써 과거에 발생한 인도에 반한 죄도 공소시효와 상관없이 처벌될 수 있도록 하고 있다. 양 국가 모두 인도에 반한 죄의 가벌성은 뉘른베르크 전범재판에 의해 국제관습법으로 되었다는 것을 근거로 하고, 단지 입법방식만을 달리 할 뿐이다. 우리나라는 1990.4.10.에 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」에 가입하였고, 동 조약은 1990.7.10.부로 우리나라에 대하여 발효되었기에 캐나다와 같은 입법방식을 취할 수도 있어 보이지만, 에스토니아와 같이 '범행시점에 상관없이 처벌된다'고 하는 것이 공소시효배제의 진정소급효도 함께 표현할 수 있는 가장 간단명료한 방법이라고 할 수 있다. 그리고 인도에 반한 죄뿐만 아니라 제노사이드 및 전쟁범죄의 가벌성도 뉘른베르크 전범재판부터 국제관습법으로 인정되었다는 점에서 '집단살해죄등은 범행시점에 상관없이 처벌된다'고[625] 하는 것이 적절하다.

---

624) 현재 발의된 반인권적 국가범죄의 공소시효 배제·정지에 관한 특례법안 중 정춘숙의원안(의안번호 210583, 2020년 7월 7일 발의)은 반인권적 국가범죄에서 재심사유의 특례를 인정하는 것도 포함하고 있는데, 재심사유의 특례에 관한 규정은 형사소송법 또는 이미 존재하고 있는 여러 과거사 관련 특별법의 개정을 통해서도 인정할 수 있다는 점에서 '반인권적 국가범죄에 관한 특례법'을 별도로 제정할 필요가 있어 보이지 않는다.

한편, 국제형사범죄법은 동법 제정 이후 외국인이 외국에서 범한 집단살해죄등의 경우 그 외국인이 대한민국 영역 안에 있는 경우에 한해 동법을 적용하고 있다. 집단살해죄등에 관한 규정의 소급적용을 인정하는 것이 모든 나라에서 인정되고 있는 것은 아니고, 로마규정은 2002년 7월 1일 이후에 당사국에서 발생한 국제범죄일지라도 당사국에 우선적 관할권을 인정하고 있다는 점에서 우리 국제형사범죄법 제정 이전에 발생한 집단살해죄등에 우리나라의 형벌권을 인정하는 것은 우리나라에서 발생하였거나 우리나라 국민에게로 범해진 집단살해죄등으로 한정된다고 보는 것이 타당하다. 그리고 앞에서 살펴보았듯이, 집단살해죄등에 대한 규정이 소급적용될 수 있다고 하더라도 그러한 죄에 해당하는 행위가 행위당시의 법률에 의할 때 인정되는 형보다 중한 형으로는 처벌될 수 없다는 것을 명시해야 한다.

위의 내용을 종합하면, 현행 국제형사범죄법의 명칭을 「국제형사재판소 관할 범죄 및 반인권적 국가범죄의 처벌 등에 관한 법률」로 변경하고, 제3조 다음에 다음과 같이 제3조의2를 신설하여 동 법률 시행일 이전에 행해진 집단살해죄등에 해당하는 행위에 집단살해죄등에 관한 규정을 소급적용하는 것을 제안한다.

> **제3조의2(동 법률 시행일 이전의 집단살해죄등의 처벌)** 이 법률의 시행일 이전에 대한민국에서 또는 대한민국 국민에 대하여 범해진 집단살해죄등은 범행시점에 상관없이 처벌된다. 다만 행위 당시의 법률에 의할 때 인정되는 형보다 중한 형으로 처벌할 수 없다.

다. 반인권적 국가범죄

본 보고서는 '반인권적 국가범죄'를 "국가기관, 지방자치단체 또는 그 하위기관이 조직적으로 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 행위('민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격'이라는 요건이 충족되지 않는 행위를 말한다)를 한 경우"로 정의하였다. 반인권적 국가범죄의 경우 현행 제6조 다음에 제6조의2로 다음과 같은 규정을 신설하여 그러한 범죄행위가 언제 발생하였는지에 상관없이 공소시효제도의 적용을 배제하는 것을 제안한다.

---

625) 국제형사범죄법 제2조 제1호는 동법 "제8조부터 제14조까지의 죄" 즉, 집단살해죄, 인도에 반한 죄 그리고 전쟁범죄를 "집단살해죄등"으로 약칭하고 있다.

제6조의2(반인권적 국가범죄와 시효의 적용배제) 국가기관, 지방자치단체 또는 그 하위기관이 조직적으로 국제형사범죄법 제9조에 나열되고 있는 행위('민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격'이라는 요건이 충족되지 않는 행위를 말한다)를 한 경우 그 행위시점에 상관없이 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지의 규정에 따른 공소시효와 「형법」 제77조부터 제80조까지의 규정에 따른 형의 시효에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

제2절 | 기타의 쟁점 요약 및 제언

1. 사면의 허용여부

대통령의 특별사면권의 행사가 권력분립의 원칙의 예외라 할지라도 자의적이고 무분별한 행사로 인하여 사법부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용의 본질을 직접적으로 침해할 경우에 헌법적 정당성을 인정할 수 없다. 특히 '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'를 저지른 '특정인'에 대한 특별사면은 국민적 동의를 전혀 얻지 못할 뿐만 아니라 형법에 의한 형사처벌의 요청(Pönalisierungsgebot)에 정면으로 반하는 것으로, 형법이 요구하는 것과 금지하는 것의 중요성에 대한 의미를 상실시키고 형사소추를 사후에 마비시킴으로써 사법부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용을 본질적으로 침해할 수 있다. '인도에 반한 죄'와 '반인권적 국가범죄'는 인간의 존엄과 가치를 전면 부정하는 중대한 인권침해행위로서 이러한 범죄를 저지른 '특정인'은 특별사면이 허용될 수 있는 헌법적 정당성, '오판 교정기능'과 '법치주의의 자기교정기능' 및 특별예방 효과를 전혀 거둘 수 없으므로 특별사면의 대상으로 허용될 수 없다고 보아야 한다. 프랑스에서 테러범죄, 전쟁옹호죄, 반인륜죄 등 특정범죄에 대한 (특별)사면을 배제하는 규정을 두고 아예 사면대상에서 제외하고 있는 것은 바로 이러한 이유이다.

2. 상관의 위법한 명령에 따른 하급자의 책임

로마규정 제31조(1)(라)에 따르면 강요된 행위로 형사책임이 조각되기 위해서는 ① 자신 또는 다른 사람에 대한 급박한 사망 또는 계속적이거나 급박한 중대한 신체적 위해의 위협으로부터 비롯된 강박에 의해 야기된 경우, ② 그 위협을 피하기 위해 합리적으로 행동한 경우, ③ 피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않는 경우라는 세 가지 요건을 충족해야 한다. 그러나 로마규정과 달리 국제형사범죄법은 강요된 행위에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않아 "저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다."라고 규정된 형법 제12조의 강요된 행위가 적용될 수 있을 뿐이다. 이에 따라 국제형사범죄법에서는 로마규정과 달리 ③의 '이익형량' 요건인 "피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않는 경우"가 아니더라도 강요된 행위로 인정되어 책임이 조각될 수 있다. 로마규정 제31조(1)(라) 규정의 입법취지를 고려하여 "제8조, 제9조 및 제10조의 죄를 범한 사람은 자기가 피하고자 하는 것보다 더 큰 위해를 초래하려고 의도하지 않은 경우에만 형법 제12조에 따라 벌하지 아니한다."라는 내용으로 국제형사범죄법 제4조 제3항을 신설할 필요가 있다고 본다.

3. 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경 여부

국제형사범죄법의 적용대상 범죄인 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에 대해서는 그 불법의 중대성을 고려할 때 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정하는 예외 규정을 두기 보다는 현행 형사법체계에서 이미 인정하고 있는 중지미수규정과 자복·자수규정을 활용해도 충분하다고 본다. 그러나 '반인권적 국가범죄'는 그 불법성이 인도에 반한 죄보다 낮기 때문에 그 진실규명을 위해 필요한 경우 제한된 범위 내에서 조사·수사 협조자에 대한 사면 내지 면책·감경을 인정할 수 있고, 현행 과거사청산 관련 일부 법률은 이미 그러한 규정을 두고 있다. 그러나 이러한 규정을 적용함에 있어서 상급 핵심 책임자와 하급 가담자를 구별하여 적어도 중대한 인권침해 범죄에 대해 공동정범, 간접정범, 교사범의 형태로 악의적이고 적극적으로 가담한 (최)상급 핵심 책임자를 그 적용대상에서 제외할 필요가 있다.

한편, 위와 같은 내용을 현행 과거사청산 관련 법률상의 해당 규정을 개정하여 입법할 수도 있고, 아니면 형사소송법에 사법협조자 형벌감면제도를 도입하면서 그 적용대상 범죄를 형사소송법 제11조의 관련사건이 아니라 반인도적 국가범죄, 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 제17조의 테러단체구성죄, 마약류 관리에 관한 법률 제58조부터 제61조까지의 죄, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조의 단체등의 구성·활동죄 등 중대 범죄에 한정하여 조사·수사 협조자에 대한 형벌감면제도를 규정하는 방안을 고려해 볼 수도 있다.

4. 반인권적 국가범죄 관련 특별재심의 개선방안

재심제도가 반인권적 국가범죄의 피해자에 대한 피해구제 수단으로서 실질적 의미를 갖기 위해서는 형사소송법상 재심 관련 규정, 특히 형사소송법 제420조 제5호에서 규정한 증거의 신규성과 명백성에 대해 완화된 해석을 하고, 특별법상 특별재심의 확대를 통해 이들 피해자에 의한 재심청구가 보다 적극적으로 받아들여질 필요가 있다. 먼저, 재심제도가 유죄의 확정판결, 특히 반인권적 국가범죄의 사후적 피해구제 수단으로서 기능하기 위해서는 형사소송법 제420조 제5호에서 규정한 증거의 신규성 및 명백성과 관련하여 신규성은 법원에 대한 신규성만을 요구하고, 명백성은 '진지한 의문'이 제기될 정도면 충분하다고 해석함으로써 재심개시절차의 문호를 확대할 필요가 있다. 그리고 5·18특별법 제4조와 부마항쟁보상법 제11조의 경우 5·18민주화운동과 부마민주항쟁과 관련하여 억울하게 유죄의 확정판결을 받은 피해자들에게 예외적으로 특별재심을 통해 그들에게 실질적으로 명예를 회복시켜주는 것이 그 입법목적이라면 "재심을 청구할 수 있다"는 규정을 보다 적극적으로 "재심하여야 한다"로 개정하여 법률로써 법원이 행하는 재심개시결정에 준하는 강제성을 확보함이 보다 타당하다.

그리고 민주화보상법에서도 특별재심 규정을 신설하여 5·18민주화운동 및 부마민주항쟁 관련 반인권적 국가범죄 이외의 반인권적 국가범죄 피해자로 특별재심을 확대하여 적용할 필요가 있다.

5. 일사부재리원칙

확정판결이 심판의 대상이 된 행위의 불법내용을 모두 판단하지 않은 경우에 그 부분에 대해 새로운 공소제기를 하는 것을 일컬어 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송이라고 한다. 〈기본적사실관계동일설〉을 취하면서도 '규범적 요소까지도 함께 고려해야 한다는 입장'을 취하고 있는 판례의 태도에 따르면, 보충소송 또는 수정소송의 허용 여부범위도 공소사실의 동일성 인정 여부에 따라, 판례의 입장에 따르면, 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소도 함께 고려하는 종합적인 판단에 따라 정해지게 되는 것이고, 그 한에서는 보충소송(補充訴訟) 또는 수정(修正)소송이 허용될 여지도 생각될 수 있다.

「ICTY 규정」 및 「ICC 규정」의 기초(起草) 과정에 비추어보면, 일사부재리원칙과 관련하여 ICTY형(型) 예외 및 ICC형(型) 예외는 공히, 소추 내지 재판을 철저히 함으로써 그 실질을 도모하는 데에 그 취지를 두고 있는 것이다. 양자(兩者)는 공히 이른바 엉터리 재판(sham trial)과 보복 등을 목적으로 한 부당한 재판을 대상으로 하고 있는데, 그와 같이 재판 자체의 태양에 착안하고 있는 것으로서, 유죄의 판결이 내려진 후에 행해진 사면(赦免) 등의 조치를 예외의 대상으로서 고려하지는 않고 있다. 그 점에서 보면, 국제형사사법기구에 있어서의 일사부재리 적용의 예외에 관한 규칙은 재판을 철저히 하는 것을 그 원리로 삼고 있는 것이며, 나아가 처벌을 철저히 하는 것까지도 그 원리로 삼고 있는 것은 아니라고 볼 수 있다.

한편, ECCC의 '사리(Sary)-사건'에 대한 11월 3일의 결정은, 전소(前訴)에 의한 절차에 따라 내려진 유죄의 판결이 실제로 피고인의 처벌에까지 이르지 않은 경우도 또한 일사부재리 적용의 예외를 인정하는 사정이 되는 점을 제시했다. ECCC는 그 결정에 관해 미주(美洲)인권재판소의 판례에 의거했는데, 일사부재리 적용의 예외에 관한 미주(美洲)인권재판소의 판례는 '처벌의 철저화'에 기초한 것이었다.

우리 판례가 개인범죄에서 규범적 요소를 고려해야 한다는 것을 강조하면서 공소사실의 동일성이 인정되지 않는다고 판단하여 전소의 기판력을 부정한 사건들은[626]

626) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결(전소에서의 장물취득죄 공소사실과 후소에서의 강도상해죄의 공소사실 간에 동일성을 부정한 사례); 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도6612 판결(경범죄처벌법위반의 공소사실과 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등협박죄)의 공소사실 간에 동일성을 부정한 사례); 대법원 2005. 1. 13. 선고 2004도6390 판결(소방

대부분, 전소에서 내려진 유죄판결로는 행위자가 행한 범죄행위에 비해 충분한 처벌이 이루어졌다고 볼 수 없는 경우라고 할 수 있다. 개인범죄에서도 불충분한 처벌이 이루어진 경우 공소사실의 동일성이 부정되어 일사부재리 효력이 부정될 수 있는데, 개인범죄와 질적으로 다른 범죄라고 할 수 있는 국가범죄의 경우 일사부재리 효력이 부정되는 경우인지를 판단함에 있어서 '불충분한 처벌이 이루어졌는가'라는 관점이 중요하게 고려될 수밖에 없다. 물론 국가범죄에서 개인범죄로 처벌되었다는 것만으로는 불충분한 처벌이 이루어졌다고 볼 수 없지만, 개인범죄 공소사실과 국가범죄 공소사실 간에 공소사실의 동일성이 인정되는지를 판단함에 있어서 양 범죄의 규범적 요소를 어느 정도로 고려해야 하는지 등의 문제에 대해서는 앞으로 좀 더 많은 논의가 이루어져야 할 것이다.

법위반죄의 공소사실과 업무상과실치상 및 업무상실화의 공소사실 간에 동일성을 부정한 사례) 등

참고문헌

단행본 및 논문

권오곤, “국제형사재판소와 인도에 반한 죄의 처벌”, 인권과 정의 제404권, 2010.

강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.

강동범, “공소시효의 정지·연장·배제와 소급효”, 형사법의 신동향 통권 제58호, 2018.

고문현, “제19대 국회 사면법 개정안에 대한 평가”, 공법학연구 제14권 제2호, 2013.

구상진, “한미 공소시효제도 비교연구”, 경희법학 제42권 제2호, 2007.

국가정보원, 과거와 대화. 미래의 성찰 – 주요 의혹사건편 상권(II), 2007.10.

국제인권법연구회, 국제인권법과 사법, 2014.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.

김기두, 형사소송법(전정신판), 박영사, 1987.

김대순, 국제법론(제20판), 삼영사, 2019.

김동률, “반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-”, 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013.

김동률, “체제범죄의 형법적 청산에 있어 형벌불소급원칙의 극복원리”, 刑事政策 제25권 제2호, 2013.

김동률·최성진, “체제불법의 형법적 과거청산의 당위성에 대한 연구 – 통일 후 구동독 체제에 대한 청산과정에서의 논의를 중심으로 –”, 東亞法學 第66號, 2015.

김상걸, “인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건”, 국제법학회논총 제61권 제1호, 2016.

김성돈, 형법총론 제4판, SKKUP, 2015.

김성돈, 형법총론(제2판), 성균관대학교출판부, 2011.

김성돈, “공소시효제도와 소급효금지원칙”, 경북대학교 법학논고 제11집, 1995.

김성돈, “국가폭력과 형법, 그리고 헌법”, 법조 통권 제731호, 2018.

김성돈, “형법의 과제, 형법의 한계 그리고 리바이어던형법 - 국가폭력의 경우. 형법과 국가 및 개인의 관계에 관한 패러다임의 전환”, 형사법연구 제28권 제4호, 2016.

김성천, “형법에 의한 체제불법 청산”, 형사법연구 제14권 제4호 2000.
김승대, “이중처벌 금지원칙에 대한 헌법해석의 재검토”, 공법연구 제35권 제4호, 2007.
김영석, 국제형사재판소 관한 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서, 법무부, 2008.
김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997.
김인회, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2015.
김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014.
김재윤, “사형 구제제도의 현황과 완비”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 2007.
김재윤, “정치적 특별사면과 사법정의 -특별사면 폐지론을 중심으로-”, 형사정책 연구 제29권 제2호, 2017.
김재윤, “헌정질서파괴범죄 공소시효 배제를 통한 정의(正義) 회복”, 인권법평론 제21호, 2018.
김정한, 실무형사소송법, 준커뮤니케이션즈, 2016.
김 진, “전환기 정의(Transitional Justice)의 제도적 메커니즘 -각국의 사례와 시사점-”, 저스티스 통권 제180호, 2020.
김한균 외 10명, 통일시대의 형사정책과 형사사법통합 연구(II): 통일시대의 과거·불법청산 및 사회통합 방안의 연구, 한국형사정책연구원, 2016.
김한균, “국가범죄와 과거사 청산 완결의 과제 :진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 개정 방향”, 형사정책연구 제28권 제1호, 2017.
김현주·김회동, “야마시타와 전쟁법상 지휘책임”, 한일군사문화연구 제25집, 2018.
김혜경, “국가폭력범죄의 개념과 국가 책임구조 – 국가의 범죄행위 주체성을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 통권 제58호, 2018.
김희수, “과거청산과 재심 문제”, 과거청산 포럼자료집, 포럼진실과정의, 2007.
노기호, “5·18 특별법의 위헌여부 – 5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소 판례평석을 겸하여 -”, 한양법학 제7집, 1996.
노명선·이완규, 형사소송법(제4판), 성균관대학교출판부, 2015.
다야치카고·이민효·김유성(역), 전쟁범죄와 법, 연경문화사, 2010.
대통령소속 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차. 4권, 2003.
대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차(개정판), 사법발전재단, 2020.
대한변호사협회, 인권보고서 1997년 제12집, 1997.

도시환, “일본군 ‘위안부’ 문제의 현황과 국제인권법적 재조명”, 국제법학회논총 제53권 제3호, 2008.
문봉규, “반인권적 범죄의 법적 성질에 관한 연구”, 외법논집 제38권 제1호, 2014.
문봉규, “공무원의 반인권적 범죄에 대한 공소시효 연장·배제에 관한 연구”, 전북대학교 법학연구 통권 제32집, 2011.
문채규, “특별사면의 정상화를 위한 법제적 정비”, 형사정책 제27권 제3호, 2015.
박경규, “간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소(ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017.
박달현, “사면의 정당성과 사면의 현대적 의의 -개정 사면법에 대한 검토를 포함하여-”, 교정연구 제40호, 2008.
박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 04-33, 2004.
박배근, “국제법상 시제법의 이론과 실제”, 국제법학회논총 제53권 제1호, 2008.
박상기, “공소시효 배제입법 토론문”, 국가인권위원회(편), 공소시효 배제입법 토론회 자료집, 2002.
박상기, “한국에서의 사형제도, 이상과 현실”, 형사법연구 제16호 특별호, 2001.
박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995.
박종원, 과거청산을 위한 특별법에 대한 헌법적 연구, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 2016.
박중섭, “부하의 전쟁범죄에 대한 지휘관의 형사책임”, 인도법논총 제27권 2007.
박찬걸, “공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의”, 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.
박찬운, “‘반인도적 범죄’: 국제법적 개념과 국내적 수용방안”, 인권과 정의 통권 제313호, 2002.
배종대, 형법총론, 홍문사, 2013.
배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법(제2판), 홍문사, 2016.
백원기, “재심의 이유로서 증거의 신규성과 명백성에 관하여”, 형사판례연구 제12호, 박영사, 2004.
백형구, 형사소송법, 법원사, 2012.
변종필, “반인도적·국가적 범죄와 공소시효”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006.
서보학, “형법상 소급효금지원칙의 기능과 한계”, 인권과 정의 통권 제251호, 1997.

서효원, “공소시효 관련 법률 개정의 현황과 문제점,” 형사소송 이론과 실무 제8권 제2호, 2016.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
성재호, “조약과 일반적으로 승인된 국제법규 – 헌법 제6조 1항 해석에 대한 국제법적 검토 –” 美國憲法硏究 第28卷 第1號, 2017.
손동권·신이철, 새로운 형사소송법(제2판), 세창출판사, 2014.
송광섭, 형사소송법(개정2판), 형설출판사, 2019.
송광섭, 형사소송법(신정판), 유스티니아누스, 2003.
신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014.
신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
신동운, 신형사소송법, 법문사, 2015.
신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 2017.
신동운, 형법총론, 법문사, 2015.
신양균, 형사소송법(제2판), 법문사, 2004.
양미향, “遡及立法禁止原則과 그 許容限界”, 법제 제523호, 2001.
오병선, “국제법상 시제법 문제에 대한 이론적 고찰”, 국제법학회논총 제57권 제1호, 2012.
오승진, “대규모 인권침해에 대한 국내법적 사면의 국제법적 효과에 대한 연구”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
오영근, 형법총론, 박영사, 2014.
유진·강석구·박경규·김아람, 과거사 청산을 위한 국가폭력 연구: 노역동원을 중심으로(I) - 1960년대 초법적 보안처분과 국토건설사업, 형사정책연구원, 2019
윤동호, 현행 수사구조 하에서 사법협조자 면책제도의 도입 적정성 연구, 경찰청, 2011.
이근관, “국제조약법상 강박이론의 재검토”, 이태진 외, 한국병합의 불법성 연구, 서울대학교출판부, 2004.
이부하, “소급입법의 구분과 새로운 소급효 개념”, 공법연구 제40권 제2호, 2011.
이부하, “헌법상 소급효금지의 원칙과 예외: 독일 연방헌법재판소 판례를 분석하며”, 세계헌법연구 제17권 제1호, 2011.
이상돈, 형법강론, 박영사, 2015.
이석민, 사면권의 한계에 대한 헌법적 검토, 헌법재판연구원, 2019.

이세주, “대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰”, 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.
이승호, “사면제도의 개혁을 위한 소고(小考)”, 형사정책 제25권 제1호, 2013.
이영주·승재현·김성배·서보건, 사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향 -사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련-, 한국형사정책연구원, 2013.
이윤제, 국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2016.
이은경, “반인권 국가범죄에 주관적 소멸시효 기산점 적용에 대한 이해 – 헌법재판소 결정(2014헌바148)을 바탕으로”, 저스티스 통권 제170-1호, 2019.
이은모, 형사소송법(제6판), 박영사, 2015.
이재민, “최근 WTO분쟁해결절차에서 확인된 국제법 기본원칙 및 법리”, 국제법학회논총 제55권 제4호, 2010.
이재방, “재판의 확정력과 이중위험금지에 따른 일사부재리의 객관적 효력 범위에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제1호, 2014.
이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019.
이재상·조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2019.
이재상, “1995년 형사판례회고”, 형사판례연구 제4호, 박영사, 1996.
이재상·조균석, 형사소송법(제10판), 박영사, 2016.
이재승, “독일의 과거청산 -시효와 재심을 중심으로-”, 전남대학교 법학논총 제27집 제1호, 2007.
이재승, “반인권 국가범죄의 공소시효배제와 소급효”, 민주법학 제30호, 2006.
이재승, “사법개혁과 민주주의 ; 정치사법과 과거청산”, 민주법학 제29권, 2005.
이재승, 국가범죄, 앨피, 2010.
이재홍, “보호관찰과 형벌불소급의 원칙”, 형사판례연구 제7권, 박영사, 1999.
이종근, “미국의 사면제도에 관한 소고(小考)”, 법학논총 제34집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.
이종수, “재심제도와 사법권 -과거청산의 과제를 중심으로-” 헌법학연구 제14권 제4호, 2008.
이진국, “국제형법상 범죄의 주관적 요소”, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007.
이진국, “국제형사재판소에 관한 로마규정 제28조의 상급자책임”, 아주법학 제1권 제3호, 2007.

이창섭, “공소시효 정지·연장·배제조항과 부진정소급효”, 제65권 제9호 통권 제720호, 2016.12.
이창현, 형사소송법(제6판), 정독, 2020.
이철호, “憲法上 赦免權과 전·노赦免 논의에 대한 管見”, 아·태공법연구 제4집, 1997.
이태엽, “국제형사법상 전시 지휘관 책임의 법적 성격”, 법조 통권 제614호, 2007.
이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015.
이호중, “반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효”, 민주법학 통권 30호, 2006.
이호중, “인혁당재건위 사건 재심무죄판결의 의미와 사법과거청산의 과제”, 기억과 전망 제16호, 2007.
임동규, 형사소송법(제14판), 법문사, 2019.
임동규, 형사소송법(제5판), 법문사, 2008.
임웅, 형법총론, 법문사, 2016.
장영수, “공소시효의 인권법적 문제점에 관한 헌법적 검토”, 고려법학 제53권, 2009.
전은주, 반인권적 국가범죄의 개념과 소멸시효 적용에 관한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원 연구총서, 2019.
전종익, “헌법재판소의 국제인권조약 적용”, 저스티스 통권 제170-2호, 2019.
전찬희, “대통령 사면권행사의 한계와 개선방향에 관한 연구”, 법과정책 제21권 제2호, 2015.
정동은, “국제법상 시제법의 법리에 대한 국내학계의 최근 논의 동향 분석 – 시제법의 확장 적용 문제를 중심으로 –”, 국제법 동향과 실무 Vol.19, No.2, 2020.
정동은, “국제법상 시제법이론과 국제법사 연구의 필요성에 관한 소고”, 국제법 동향과 실무 Vol.18, No.3, 2019.
정민지, 과도기적 정의(Transitional Justice) 구현 과정에서의 형법적 정의와 회복적 정의간의 조화 -르완다와 남아공 사례를 중심으로, 연세대학교 석사논문, 2013.
정성근·정준섭, 형법강의 총론, 박영사, 2016.
정영석·이형국, 형사소송법(전정판), 법문사, 1996.
정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994.
정인섭, 신국제법강의: 이론과 실제(제10판), 박영사, 2020.
정인섭, “국제법상 인도에 반하는 죄와 이근안·수지 김 사건”, 법학 제43권 제1호, 2002.

정재연, “다원주의 사법을 통한 이행기 정의와 국가 인권의 실현- 르완다의 제노사이드와 가챠챠(Gacaca) 법원에 대한 논의를 중심으로”, 고려법학 제65호, 2012.

정현미, “사면의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제20호, 2003.

조국, “‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙”, 형사법연구 제17권 제1호, 2002.

조기영, “판례변경과 소급효금지의 원칙”, 동북아법연구 Vol.11 No.1, 2017.

조상제·천진호·류전철·이진국, 국제형법, 준커뮤니케이션즈, 2011.

조승옥·민경길 편역, 군대명령과 복종, 법문사, 1994.

조용구, “형사 재심사유로서 증거의 명백성의 의의와 판단 방법”, 대법원판례해설 제24호(95년 하반기), 1996.

최성진, “사법협조자 형벌감면제도에 관한 소고”, 부산대학교 법학연구 제51권 제2호, 통권 64호, 2010.

최태현·이재민, 국제법(조약, 관습법)의 국내적 적용체계에 관한 연구, 법제처 연구용역, 2007.

하태영, 형사철학과 형사정책, 법문사, 2007.

한스릴리에(하태영 역), “반인륜적 범죄행위에 대한 공소시효”, 동아법학 제21호, 1996.

Welke/한상훈 옮김, “소급효금지원칙의 의의와 한계”, 민주법학 제10호, 1996.

한인섭, “정치군부의 내란행위와 성공한 쿠데타론의 반법치성 -형사법적 검토를 중심으로-”, 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교 출판부, 1995.

한홍구, “청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가- 노무현 대통령 서거 이후 시민사회는 과거청산을 위해”, 제노사이드연구 6, 2009.

한희원, 국제인권법원론, 삼영사, 2012.

허영, “5·18불기소처분의 헌법이론적 문제점”, 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2015.

허일태, “권위주의시대의 반인륜적 범죄행위와 소급효금지원칙”, 東亞法學 第31號, 2002.

허일태, “법왜곡행위와 사법살인의 방지를 위한 입법정책”, 형사정책연구 제18권 제2호, 2007.

허일태, “피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙”, 형사판례연구 제9권, 박영사, 2001.

稲角光恵, ‘国際刑事裁判所の一事不再理の原則に見られる管轄権調整ルールの検証’, 国際法外交雑誌, 第104巻 第1号, 2005.

申惠丰, 国際人道法-国際基準のダイナミズムと国内法との協調, 2014.

越智萌, ‘国際刑事司法における恩赦と一事不再理の適用例外-「不処罰との闘い」構想の具体化の反映として-’, 国際公共政策研究, . 第23巻 第1号, 2018.

越智萌, ‘国際刑事司法における二重裁判禁止の範囲: 一般国際法としての一事不再理原則の規範内容に関する一考察’, ノモス, 第39号, 2016.

Kai, Ambos, Treatise on International Criminal Law. Vol. I, OUP, 2013.

Kai, Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Duncker & Humblot, 2002.

Alexy, Robert, Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993.

Bassiouni, M. Cherif/Schabas, William A.(ed.), The Legislative Histroy of the International Criminal Court. Vol. I, Brill·Nijhoff. 2016.

Bernard, Diane, Juger et juger encore les Crimes Internationaux: Etude du principe ne bis in idem, 2014., ‘Ne bis in idem - Protector of Defendants’ Rights or Jurisdictional Pointsman?’, in: Journal of International Criminal Justice, Vol.9 (2011).

Breitenmoser, Stephan & Luzius Wildhaber, ‘The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries’, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 48 (1988).

Cassese, Antonio, International Criminal Law, 2nd ed., OUP, 2008.

Cassese, Antonio & Paola Gaeta, Cassese’s International Criminal Law, 3rd ed., 2013.

Cotler, Irwin (ed.), Nuremberg Forty Years Later – The Struggle against Injustice

in Our Time, 1995.

Cryer, Robert/Robinson, Darryl/Vasiliev, Sergey, An Interduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2010.

Dreier, Horst, 'Gustav Radbruch und die Mauerschützen', in: JuristenZeitung, 1997.

El Zeidy, Mohamed M., 'The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law', in: Michigan Journal of International Law, Vol.23 (2002).

Elias, T. O., 'The Doctrine of Intertemporal Law', in: American Journal of International Law, Vol.74, No.2 (1980).

Finlay, Lorraine, 'Does the International Criminal Court Protect Against Double Jeopardy: An Analysis of Article 20 of the Rome Statute', in: U. C. Davis Journal of International Law and Policy, Vol.15 (2009).

Fitzmaurice, Gerald, 'Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points', in: British Year Book of International Law, Vol.33 (1957).

Fletcher, George P., Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism, Princeton University Press, 2002.

Garcia-Godos, Femmia, "Colombia: Accountability and DDR in the pursuit of peace?", Chandra Sriram/Garcia-Godos Jemima/Johanna Herman/Olga Martin-Ortega ed., Transitional Justice and Peacebuilding on the Ground: Victims and ex-combatants, Routledge (2013).

Greig, D. W., Intertemporaltiy and the Law of Treaties, 2001.

Grünwald, Gerald, 'Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften', in: Monatsschrift für Deutsches Recht, 1965.

Guradze, Heinz, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968.

Heller, Kevin Jon, 'What Happens to the Acquitted?', in: Leiden Journal of International Law, Vol.21 (2008).

Holmes, John T., 'The Principle of Complementarity', in: Roy S. Lee (Ed.), The

International Criminal Court: The Making of The Rome Statute, Issues, Negotiations, Results, 1999.

Hruschka, Joachim, 'Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht – Zu dem unten abgedruckten Urteil des LG Berlin vom 20. 1. 1992, in: Juristen Zeitung, 1992.

Kleffner, Jann K., Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, 2008.

Klein, Eckart, 'Probleme verfassungsrechtlicher Aufarbeitung der SED-Diktatur und ihrer Folgen', in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Materialien der Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit" (13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages), Band Ⅱ/2, 1999.

Krey, Volker, Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege", 1983.

Lüderssen, Klaus, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992.

Mallinder, Louise, Amnesty, Human Right and Political Transitions, Hart Publishing, 2008.

Naucke, Wolfgang, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.

Naucke, 'Rechtspolitische Vorentscheidungen bei der Diskussion einer Verlängerung von Verjährungsfristen für NS-Verbrechen', in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 1969.

Ohlin, Jens David/Van Sliedregt, Elies/Weigend, Thomas, Assesing the Control-Theory, 26 Leiden Journal of International Law 725 (2013).

Radbruch, Gustav, 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', in: Süddeutsche Juristenzeitung, 1946.

Reichling, Tilman, 'Europäische Dimensionen des ‚ne bis in idem' – Grundsatzes – Auslegungsprobleme des Art. 54 des Schengener Durchführungsüberein kommens', in: Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, 2006.

Robertson, A. H. & Merrills, J. G. Human Rights in Europe – A Study of the European Convention on Human Rights, 3rd ed., 1993.

Schabas, William A., The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2. ed., OUP, 2016.

Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the International Criminal Court", Cornell International Law Journal 32, 507 (1999).

Schlink, Bernhard, 'Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit', in: Neue Justiz, 1994.

Schomburg, Wolfgang, 'Concurrent National and International Jurisdiction and the Principle 'Ne Bis in Idem'', in: Revue Internationale de Droit Pénal, Vol.73 (2002).

Schünemann, Bernd, 'Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten', in: Festschrift für Gerald Grünwald, 1999.

'Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik Deutschland nach der Wiedervereinigung', in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung; Deutsche Wiedervereinigung Bd.Ⅱ, 1993.

Spinellis, Dionysios, 'The Ne bis in Idem Principle in "Global" Instruments (Global Report)', in: Revue Internationale de Droit Pénal, Vol.73 (2005).

Slye, Ronald C, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", Virginia Journal of International Law 43, 173 (2002).

Surlan, Tijana, 'Ne bis in Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute', in: Florence Agora Papers, 2004.

Slye, Ronald C, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", Virginia Journal of International Law 43, 173 (2002).

Tallgren, Immi & Coracini, Astrid Reisinger, 'Article 20 Ne bis in Idem', in: Otto Triffterer & Kai Ambos (Eds.), Commentary on the Rome Statute of the

International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 3rd edition, 2016.

Treanor, William Michael & Gene B. Sperling, 'Prospective Overruling and the Revival of 'Unconstitutional' Statutes', in: Columbia Law Review, Vol.93 (1993).

Triffterer, Otto (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 1999.

Triffterer, Otto & Ambos, Kai (Eds.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 3rd edition, 2016.

Trumbull Ⅳ, Charles P., "Giving Amnesties a Second Chance", Berkely Journal of International Law 25, 283 (2007).

United Nations, Report of the International Law Commission, 1950, Part Ⅲ, General Assembly Official Records, 5th Session, Supplement No.12 (A/1316).

Van Den Wyngaert, Christine & Tom Ongena, 'Ne bis in Idem Principle, Including the Issue of Amnesty', in: Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R. W. D. Jones (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002.

Vianney-Liaud, Mélanie, 'Determining the Relationship Between International and Domestic Laws within an Internationalized Court: An Example from the Cambodian Extraordinary Chambers' Jurisdiction Over International and Domestic Crimes', in: Goettingen Journal of International Law, Vol.6, No.2 (2014).

Welke, Wanja Andreas, 'Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität', in: Kritische Justiz, 1995.

Werle, Gerhard/Jeßberger, Florian, Völkerstrafrecht, 4. Aufl, Mohr Siebeck, 2016.

기타

참여연대, “형법 및 형사소송법 일부개정법률(안)에 대한 참여연대의 의견”, 참여연대 사법감시센터. 2011.01.08.

서울신문, “여상규 계기로 ‘신귀영 간첩사건’ 무죄 밝힌 문재인 재조명”, 2018.01.29.일자 기사, https://www.seoul.co.kr/news/seoulPrintNew.php?id=20180129500142, 2020.11.09. 최종검색.

연합뉴스, “부산지법, 간첩혐의 신귀영일가 재심서 무죄”, 2009.08.21.일자 기사, https://www.yna.co.kr/view/AKR20090821094800051?section=popup, 2020.11.09. 최오검색.

한겨레, “대법원, 부마항쟁 재심 2년이나 끌어…끝내 숨진 피해자”, 2018.05.14.일자 기사, http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/844436.html#csidx0fb6a96dbdc49ab92ac1b06ca320d16, 2020.11.09. 최종검색.

한겨레, “‘조작간첩 옥살이’ 강희철씨 22년만에 무죄”, 2008.06.23.일자 기사, http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/294961.html#csidx314a7c8a2ff36019ad28ba6c31d1c36, 2020.11.09. 최종검색.

미디어제주, “강희철 간첩조작 사건이란”. 2008.06.23.일자 기사, https://www.mediajeju.com/news/articleView.html?idxno=45747. 2020.11.09. 최종검색.

ICC-OTP, Report on the actives performed during the first three years(June 2003-June 2006), 12 September 2006.

ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1 February 2010.

ICC-OTP, Strategic Plan June 2012 - 2015, 11 October 2013.

ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, 16 November 2015.

Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/50/22 (6 September 1995).

Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session, UN Doc. A/48/10 (3 May-23 July 1993.

Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, UN Doc. A/49/10 (2 May-22 July 1994).

Report of the inter-sessional meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, the Netherlands, UN Doc. A/AC.249/1998/L.13 (4 February 1998.

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1 (14 April 1998).

Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808, UN Doc. S/25704 (3 May 1993).

Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808, UN Doc. S/25704 (3 May 1993).

Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808, UN Doc. S/25704 (3 May 1993).

Resolution adopted by the General Assembly, UN Doc. A/RES/47/33 (9 February 1992).

Abstract

Legal issues and legislative solution in relation to state crimes against human rights

Park, Kyung-Gyu · Kim, Seong-Gyu · Kim Jae-Yoon

The purpose of this study is to differenciate between crimes against humanity, state crimes against human rights and individual crimes and to contemplate legal consequences of the crimes against humanity as most serious state crimes and the state crimes against human rights as less serious state crimes. Especially the following issues are to be discussed in chapter 3: retroactive application, statutory limitation, amnesty, ne bis in idem principal etc.

Regarding the contextual element of crimes against humanity it must be satisfied that underlying acts such as killing, Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty, torture, etc were committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population. However, in the case of torture and manipulation which committed at the time of the totalitarian regime it is hard to say that the contextual element is fulfilled, although the policy requirement can be considered as fulfilled. Therefore, the so-called 'state crimes against human rights' should be considered as another category of state crimes. In order to differenciate between crimes against humanity, state crimes against human rights and individual crimes, the state crimes against human rights must be defined in the following way: "when the acts which enlisted in article 9 of the 「ACT ON PUNISHMENT, ETC. OF CRIMES UNDER JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT」(hereinafter

"Korean implementation Act") were systemically committed by an institution of the State, a local self-governing body or their suborgans, and the requirement 'attack directed against any civilian population' is not fulfilled."

In the case of state crimes the acts at issue can be attributed to the State itself. Therefore, the State must be accountable for the acts in such way that the State should proper exercise state punishment power regarding perpetrators of state crimes. That is to say, the priciple banning retroactive punishment and the principle of statutory limitation must be considered in the case of state crimes differently in the case of ordinay crimes, ie individual crimes.

In the field of the international criminal law it is recognized that the criminal nature of the crimes of genocide, crime against of humanity and war crimes is established in the customary international law from the time of the war crime trials at Nuremberg. Furthermore, according to article 15 of the 「International Covenant on Civil and Political Rights」 and article 7 「European Convention on Human Rights」 nothing shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations. Therefore, several states such as Canada, the UK and Estonia allowed with written law the retroactive punishment of perpetrators of the crime of genocide, crime against humanity and war crimes since before the adoption of the Rome Statute.

After reviewing the legislative solution of Canada and Estonia this study suggests the following legislative alternatives regarding the issue of retroactive punishment and statutory limitation.

At first, the title of the Korean implementation Act should be changed as follows: 「ACT ON PUNISHMENT, ETC. OF CRIMES UNDER JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND STATE CRIMES AGAINST HUMAN RIGHTS」. That is needed, because also the state crimes against human rights

as less serious state crimes should be regulated in the Act.

Secondly, the following new provision is to be added into the Act.

Article 3-2 (Punishment of perpetrator of genocide etc committed before entry into force of this Act) Genocide etc which committed before entry into force of this Act in the territory of the Republic of Korea or against Korean nationals shall be punished regardless of the time of its commission. However, the sentence can not exceed that of which allowed according to the law at the time of commission.

Article 6-2 (Non-Applicability of Statute of Limitations in the case of state crimes against human rights) state crimes against human rights which means that acts which enlisted in article 9 of the 「ACT ON PUNISHMENT, ETC. OF CRIMES UNDER JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT」(hereinafter "Korean implementation Act") were systemically committed by an institution of the State, a local self-governing body or their suborgans and the requirement 'attack directed against any civilian population' is not fulfilled, shall not be subject to the prescription for public prosecution provided for in Articles 249 through 253 of the Criminal Procedure Act and Articles 291 through 295 of the Military Court Act and the prescription for execution of judgment of the guilty provided for in Articles 77 through 80 of the Criminal Act.

Regarding the principle of ne bis in idem, most of cases in which the Korean courts ruled that the charged conduct was not same with the conduct in the former case while applying normative consideration related such cases that the passed sentence in the former case seemed to be not enough in comparison to the committed crime. In the case of state crimes it can not be decided only from the fact that the perpetrators of state crimes were founded as guilty of

ordinary crimes whether the perpetrators of state crimes were sufficiently punished or not. However, it is further to be discussed how much the different normative elements of both crimes ie state crimes and ordinary crimes(ie invidual crimes) must be considered in deciding whether the charged conduct is identical or not.

연구총서 20-A-06

반인권적 국가범죄의 법적 쟁점과 입법론적 대안

발　　행 | 2020년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 10,000원
인　　쇄 | 호정씨앤피 02-2272-4718
I S B N | 979-11-89908-76-8　93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.