

36-5

1

<논 단>

## ‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙\*

조 국\*\*

### 차 례

I. 들어가는 말

II. 개념정리

III. ‘반인권적 국가범죄’의 공소시효정  
지·배제와 소급효금지의 원칙

IV. 맺 음 말

### I. 들어가는 말

여러 논란을 거쳐 1995년 제정된 ‘헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법’은 내란, 외환, 반란, 이적 등 ‘헌정질서파괴범죄’ 및 ‘집단살해죄의방지외차별에관한협약’에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄에 대해서는 공소시효가 적용되지 않음을 명문화한 바 있다. 그리고 같은 시기 제정된 ‘5.18민주화운동등에관한특별법’(이하 ‘5.18특별법’) 제2조는 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하여 공소시효의 정지의 특례를 인정하였다.<sup>1)</sup> 그러나 이상의 특별법의 적용을 받는 범

\* 이 글은 참여연대 등 주최, 공권력에 의한 반인도적 범죄의 처벌방안과 재발방지대책 토론회(2002.2.5, 대한변호사협회 회의실)에서 발표된 것을 보완한 것이다.

\*\* 서울대학교 법과대학 조교수, 법학박사.

1) 주지하다시피 이 법률의 제정과 적용은 순탄치 만은 않았다. 초반에는 ‘12.12’에 대한 검찰의 기소유예 결정과 이를 지지하는 헌법재판소의 결정(헌재 1995.1.20. 결정, 94헌마246), ‘5.18’에 대한 검찰의 공소권없음 결정과 이에 대한 헌법재판소의 결정(헌재 1995.12.15. 결

죄 외에 권위주의 체제 아래에서 국가권력에 의해 자행된 인권유린범죄에 대한 공소시효 배제문제는 후일로 미루어졌다.<sup>2)</sup>

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

이 글은 먼저 혼동되어 사용되고 있는 국가권력의 인권유린범죄에 대한 개념정리를 한 후, 현시기 이러한 범죄의 처벌을 위해 필수적으로 논해져야 하는 공소시효의 본질, 공소시효와 소급효금지의 원칙과의 관계 등을 분석하면서 ‘반인권적 국가범죄’에 대한 공소시효의 정지·배제를 위한 이론적 초석을 놓는 것은 그 목적으로 한다.

## II. 개념정리

현재 국가권력에 의한 인권유린범죄를 가리키는 개념으로 ‘반인도적 범죄’, ‘반인륜적 범죄’, 또는 ‘반인권범죄’ 등이 혼용하여 사용되고 있으나 아직 정확한 개념정리는 이루어지지 못한 상태이다. 통상 국제법상의 ‘반인도적 범죄’(crimes against humanity)라는 개념이 많이 사용되고 있으므로 일단 그 개념을 먼저 살펴보고, 이를 국내법적으로는 어떻게 수용할 것인가를 검토하기로 한다.

정, 95헌마221, 95헌마233, 95헌마297) 등이 내려졌다가, 이에 대한 강력한 비판여론이 조성되자 ‘5.18특별법’은 전격적으로 제정되었고, 이에 대하여 서울형사지법 판사의 ‘5.18특별법’ 제2조의 위헌법률심판제청이 있자 이를 결정하는 헌법재판소 재판관들 내에서는 5 대 4로 위헌의견이 우세하였으나 법률에 대한 위헌결정의 정족수가 모자라 합헌판정이 나게 되었다[헌재 1996.2.16. 결정, 96헌가2, 96헌마7·13(병합)].

2) 당시 한인섭 교수는 검찰의 “성공한 쿠데타론”을 비판하는 과정에서 권력형 범죄, 인권남용범죄, 살인죄 등의 중죄에 대해서는 공소시효를 폐지하자고 제안한 바 있다[한인섭, “정치 군부의 내란행위와 ‘성공한 쿠데타론’의 반법치성 : 형사법적 검토를 중심으로”, 『5·18, 법적 책임과 역사적 책임』 (1995), 131면].

### 1. 국제법상의 '반인도적 범죄'의 개념과 성립요건<sup>3)</sup>

'반인도적 범죄' 개념이 최초로 정립된 것은 제2차 세계대전 후 나찌스 전범을 처벌하기 위해 설치된 연합국의 1946년 '뉘른버그 헌장'(the Nuremberg Charter)<sup>4)</sup> 제6조 제3항에서이다. 즉, "전쟁 전 또는 전쟁 중에 민간인에 대하여 범해진 살인, 절멸, 노예화, 강제추방 및 비인도적 행위, 그리고 (뉘른버그) 군사 재판소의 관할에 속하는 범죄와 관련있는 정치적·인종적 또는 종교적 이유로 인한 박해"가 '반인도적 범죄'라고 정의된다. 이 정의는 약간의 변화가 첨부되어 이후 '토쿄 헌장'(the Tokyo Charter)<sup>5)</sup>에서도 채택된다.

'반인도적 범죄'에 대한 정의는 유엔 안전보장이사회의 결의로 설립된 국제 전범재판소 규정에서 중대한 진전을 이룬다. 1993년의 '유고슬라비아 국제형사 재판소 규정'<sup>6)</sup> 제5조는 '뉘른버그 헌장'의 정의에 다른 범죄양태를 추가하였는데, ① 살인, ② 절멸, ③ 노예화, ④ 강제추방, ⑤ 강제구금, ⑥ 고문, ⑦ 강간, ⑧ 정치적·인종적 또는 종교적 이유로 인한 박해 및 ⑨ 기타 비인도적 행위 등이 '반인도적 범죄'로 포괄된다. 단, 이 규정에서의 '반인도적 범죄'는 "국제적 또는 국내적 무장충돌 상황에서 범"(committed in armed conflict, whether international or internal in character)해질 것을 조건으로 달고 있다. 그리고 1994년의 '르완다 국제형사재판소 규정'<sup>7)</sup> 제3조도 동일한 행위를 '반인도적 범죄'로

3) 이에 대해서는 M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992); Simon Chesterman, "An Altogether Different Order : Defining the Elements of Crimes Against Humanity", 10 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 307 (2000); Matthew Lippman, "Crimes Against Humanity", 17 *B.C. Third World L.J.* 171, 172- 73 (1997); Beth Van Schaack, "The Definition of Crimes Against Humanity : Resolving the Incoherence", 37 *Colum. J. Transnat'l L.* 787 (1999); 등을 참조하라.

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

5) Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Jan. 19, 1946 (General Orders No. 1), as amended, General Orders No. 20, Apr. 26, 1946, TIAS No. 1589.

6) The Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, adopted by the Security Council acting pursuant to Chapter VII of the UN Charter. SC Res. 827 (May 25, 1993).

7) The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, adopted by the Security Council acting pursuant to Chapter VII of the UN Charter. SC Res. 955, annex (Nov. 8, 1994).

규정하는데, 단 ‘유고슬라비아 국제형사재판소 규정’과 달리 반인도적 범죄가 무장출동시에 범해질 것을 요하지 않는 대신, 그 범죄가 “민간인 집단에 대한 광범위한 또는 조직적 공격의 일환”(committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial, or religious grounds)으로 범해져야 한다는 요건이 부가되어 있다.

이상과 같은 ‘반인도적 범죄’를 정의하려는 노력은 1998년 ‘로마회의’(the UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court)가 ‘국제상설형사재판소를 위한 규정’<sup>8)</sup> 제7조에서 채택한 개념에서 총괄된다. 동 규정은 민간인에 대한 광범한 또는 조직적인 공격으로 범해진, ① 살인, ② 절멸(extermination),<sup>9)</sup> ③ 노예화, ④ 강제이주, ⑤ 국제법의 근본 원칙에 위반되는 구금이나 심각한 신체자유의 박탈, ⑥ 고문, ⑦ 강간, 성노예화, 강제된 매춘과 임신, 단종, 기타 이에 비견되는 비중을 가진 성적 폭력, ⑧ 강제납치, ⑨ 아파르트헤이트, ⑩ 기타 신체에 심대한 고통을 주기 위해 고의로 범해지는 비인도적 행위 등을 ‘반인도적 범죄’로 규정하였다. 그리고 동 규정의 ‘반인도적 범죄’ 정의에는 이상 행위가 “국가 또는 조직적 정책에 수반하여 또는 그 연장선에서”(pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack) 범해졌을 것을 요하고 있다.<sup>10)</sup> 그리고 동 규정 제29조는 이상의 ‘반인도범죄’에 대한 공소시효배제를 명문화하고 있다.<sup>11)</sup>

## 2. ‘반인도적 범죄’의 적용가능성 검토

이상과 같은 ‘반인도적 범죄’는 공소시효가 인정되지 않는 것이 국제인권법의 태도이며, 서구의 경우 이를 국내법으로도 수용한 여러 예가 있다. 사실 1995년 ‘헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특례법’은 ‘집단살해’에 대해서는 공소시효를 배제하고 있는 바, 국제인권법의 경향을 부분적으로나마 국내법으

8) The Rome Statute of the International Criminal Court) U.N. Doc. A/Conf.183/9 (1998). 이에 대해서는 Phyllis Hwang, “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, 22 *Fordham Int’l L.J.* 457 (1998); Darryl Robinson, “Developments in International Criminal Law : Defining “Crimes against Humanity” at the Rome Conference”, 93 *A.J.I.L.* 43 (1999)을 참조하라.

9) ‘절멸’은 “일정 인구의 파멸을 가져오도록 의도된 생존조건의 파괴, 특히 음식과 의약품에 대한 접근금지”를 의미한다[Id. Art. 7(2)(b)].

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

11) Id. Art. 29.

로 수용한 것이다.

그렇지만 현재 우리 사회에서 문제가 되고 있는 국가권력에 의한 인권유린 범죄를 지칭하는 용어로 국제법상의 ‘반인도적 범죄’ 개념을 그대로 차용하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 모두에서 언급한 수사기관의 고문과 가혹행위는 ‘반인도적 범죄’의 객관적 성립요건을 충족하지 못하기 때문이다.

첫째, ‘반인도적 범죄’가 문제가 된 상황은 민족 또는 인종분류 속에서 발생하는 무장충돌을 배경으로 하고 있으므로 -물론 무장충돌과의 관련성이 ‘반인도적 범죄’의 성립에 필수적인 것은 아니지만-, 우리나라에서의 국가권력에 의한 인권유린상황과는 그 배경에 있어 상당한 차이가 있다. 둘째, ‘반인도적 범죄’는 “민간인집단”에 대하여 “광범하게 또는 조직적으로”, 그리고 “국가 또는 조직적 정책에 수반하여 또는 그 연장선에서” 자행될 것을 요구하는 것이기에 우리 사회에서 현재 문제가 되고 있는 국가권력의 인권유린범죄와 비교하기에는 곤란하다. 권위주의 체제하에서 ‘공안사건’ 수사에 있어서 고문과 가혹행위가 사용되었음은 분명히 확인되고 있지만, 이 불법행위가 특정 민간인 집단을 겨냥하여 국가의 정책수행차원에서 공격을 가한 것으로 해석하기에는 무리가 있다. 한국 현대사에서 발생한 사건 중 ‘반인도적 범죄’가 적용될 수 있는 비근한 예로는 해방 정국에서 발생한 제주 ‘4·3사태’에서 발생한 무고한 민간인 살해가 들 수 있다고 본다.<sup>12)</sup> 마지막으로 ‘수지 김 피살의 은폐조작사건’과 같이, 현재 문제가 되고 있는 국가권력에 의한 직무유기, 직권남용, 범인 은닉, 증거인멸 등의 범죄는 ‘반인도적 범죄’의 개념으로는 전혀 포괄되지 않는다는 문제점도 있다.

그리하여 우리는 ‘반인권적 국가범죄’(state crimes against human rights)라는 개념을 새로이 만들어 사용하고자 한다. 즉, 우리는 ‘반인권적 국가범죄’를 국가기관이 그 직무를 행함에 있어 정당화사유 없이 시민을 살해 또는 고문하는 등 헌법과 법률을 위반하여 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나 이 침해행위를 조직적으로 은폐·조작한 행위로 정의하면서, 이를 ‘반인도적 범죄’ 개념 대신 사용하고자 한다. 구체적으로 보자면 ① 국가기관이 직무수행과정

12) 이 사건의 경우는 2000년 1월 12일 “제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법”(법률 제6117호)이 제정되어, 진상조사, 희생자명예회복 및 희생자와 유족에 대한 불이익처우 금지 등을 규정하고 있으며, 사건책임자 처벌을 위한 공소시효 정지·배제는 규정되어 있지 않다.

에서 정당화사유 없이 제24장의 살인의 죄를 범한 경우, 형법 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우 등이 가장 대표적인 ‘반인권적 국가범죄’의 예이며, 또한 이보다는 불법의 정도가 경하지만 ② 국가기관이 형법 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), ‘특정범죄가중처벌등에관한법률’ 제15조(특수직무유기)의 죄, 형법 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸)의 각 죄 등을 범한 경우도 ‘반인권적 국가범죄’의 범주에 포괄될 수 있을 것이다.

### III. ‘반인권적 국가범죄’의 공소시효정지·배제와 소급효금지의 원칙

#### 1. 이론적 현황

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

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

사후적으로 공소시효를 배제하는 특별법이 맞닥뜨려야 가장 중요한 법이론적 문제이다.

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

그런데 공소시효의 경우 형사소송법의 문제이기는 하지만 이는 행위의 가벌성과 연관이 있는 조건이므로 소급효금지의 원칙 적용 여부가 논란이 될 수밖에 없다. 현재 학계의 다수설은 시효가 만료되지 않은 상태에서 공소시효를 연장시키거나 공소시효의 진행을 정지시키는 것 ‘부진정소급효’-은 허용되지만, 이미 시효가 완성된 다음 소급적으로 공소시효를 연장하거나 정지시키는 것 ‘진정소급효’-은 소급효금지의 원칙에 반한다고 보고 있다.<sup>13)</sup> 이에 반하여 ‘진정소급효’와 ‘부진정소급효’를 불문하고 공소시효는 순수한 절차규정이 아니라 범죄의 가벌성과 관련된 조건이므로 모두 소급효금지의 원칙의 적용을 받는다고 보고 유력한 소수설이 있다.<sup>14)</sup>

여기서 알 수 있듯이 ‘반인권범죄’의 공소시효를 배제하는 특별법은 ‘반인권범죄’에 대하여 ‘진정소급효’와 ‘부진정소급효’ 양자를 모두 인정하는 경우이므로, 이러한 법규가 소급효금지의 원칙의 심사를 통과할 수 있는가는 문제는 법이론적으로도 논란이 많을 수밖에 없다. 김선택 교수의 언명을 빌자면, ‘반인권적 국가범죄’자들을 처벌해야 한다는 도덕적·법적 당위성을 말하는데 그쳐서는 안되며 “그들을 ‘법적으로’ 처벌할 수 있음’을 규명”<sup>15)</sup>해야 하기 때문이다.

13) 김성천·김형준, 『형법총론』 (1998), 35면; 김일수, 『형법총론』 (제8판, 2000), 72면; 박상기, 『형법총론』 (전정판, 1999), 28면; 배종대, 『형법총론』 (제6판, 2001), 72면; 손동권, 『형법총칙론』 (2001), 37면; 신동운, 『형법총론』 (2001), 30면; 이재상, 『형법총론』 (제4판, 1999), 18면; 임웅, 『형법총론』 (1999), 19면.

14) 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙”, 형사판례연구회, 『형사판례연구 5』 (1997), 25-26면; 오영근, 『형법총론』 (2002), 60면; 이정원, 『형법총론』 (증보판, 1999), 37면; 정성근·박광민, 『형법총론』 (2001), 17면; 차용석, 『형사소송법』 (1997), 418면.

15) 김선택, “과거 정산과 법치국가”, 고려대학교 법학연구소, 『법학논집』 제31집(1995), 90면 (강조는 인용자).

## 2. '부진정소급효'

먼저 공소시효가 완성되지 않고 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 특별법이 소급효금지의 원칙에 반하는가 하는 문제를 살펴보자. 이 문제는 공소시효의 본질이 무엇인가에 대한 이론적 대립과 깊은 관련이 있다. 상술한 것처럼 소급효금지는 원칙적으로 형사실체법상 가벌성과 형사제재에 적용되는 원리이므로 공소시효의 본질이 실체법인가, 소송법인가 하는 문제가 중요할 수밖에 없다.

먼저 공소시효의 본질에 관한 '실체법설'은 공소시효는 시간의 경과에 따라 사회의 응보감정 또는 범인의 악성이 소멸하므로 공소시효가 완성되면 가벌성과 국가의 형벌권 자체가 소멸된다고 보는 견해이다.<sup>16)</sup> 이 견해에 따르면 공소시효의 완성'은 실체적 소송조건으로 실체판결을 저지하는 효력을 가지기에 공소시효가 완성되면 무죄판결을 선고해야 하며, 공소시효정지규정의 유추적용은 금지되며, 법률상 인정된 사유가 아닌 사실상의 소추장애사유에 의한 공소시효정지도 허용되지 않는다.

둘째 우리 학계의 다수설인 '소송법설'에 따르면 공소시효는 형벌권과는 관계없이 시간의 경과에 따라 증거의 멸실·산일로 인하여 국가의 소추권만을 소멸시키는 소송법적 성격을 가진다고 본다.<sup>17)</sup> 이 입장에 따르면 공소시효정지규정은 소송법상의 규범이므로 유추적용이 가능하며, 법률상의 사유는 물론 국가기관이 형사소추권을 행사할 수 없었던 사실상의 장애사유가 존재하는 경우에도 공소시효정지를 인정한다.

셋째, '병합설' 또는 '경합설'은 공소시효는 범죄에 대한 사회적 처벌욕구 감소나 범죄인의 처벌필요성 완화 등 실체형벌권에 관한 측면과 증거멸실·산일 등을 이유로 한 형사소추의 애로점 등의 소송법적 측면을 함께 고려하여 만든

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

17) 강구진, 『형사소송법원론』 (1982), 232면; 배종대·이상돈, 『형사소송법』 (제4판, 2001), 356면; 백형구, 『형사소송법강의』 (제7정판, 2000), 481면; 이재상, 『형사소송법』 (제5판, 1998) 362면. 그리고 1995.1.20. 94헌마246 (소수의견)과 독일 판례(BGHSt 2. 300; 11, 393; BVerfGE 25, 436)도 이 입장을 취하고 있다.



제도라고 본다.<sup>18)</sup> 통상 이 입장에 따르면 공소시효의 완성은 형벌필요성과 소추권이 모두 소멸되는 것이므로, 현재 진행중인 공소시효 기간을 사후에 소급하여 연장하는 것은 국가형벌권의 남용으로 금지된다.<sup>19)</sup>

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

다음으로 ‘소송법설’을 취하게 되면 공소시효가 만료하지 않은 ‘반인권범죄’의 공소시효의 사후에 소급연장하는 것은 아무런 문제가 없게 된다. 그런데 법이론적으로 공소시효를 순수히 소송법적인 것만으로 보기에는 곤란한 점이 있다. 즉, 공소시효는 범죄의 가벌성과 긴밀한 연관을 갖고 있으며, 공소시효의 완성으로 범죄인이 형사책임을 벗어나는 것은 범죄인에 대한 일반·특별예방적 처벌의 필요성이 감소되기 때문이라는 측면을 가지고 있다.<sup>20)</sup> 이 점에서 공소시효는 “절차법상 소송장애사유이면서 동시에 실체법상 인적 처벌조각사유”<sup>21)</sup>이다. 따라서 공소시효의 소급연장은 ‘소송법설’의 입장처럼 자동적으로 합헌이 되는 것이 아니며, 헌법적 심사를 거쳐야만 하는 사안인 것이다. 이러한 맥락에서 우리는 공소시효의 본질은 ‘병합설’에 따라 파악하는 것이 타당하다고 본다.

그러나 ‘병합설’을 취하여 공소시효에 실체법적 측면이 있음을 인정한다고 하여 공소시효가 만료하지 않은 ‘반인권적 국가범죄’의 공소시효를 사후에 소급연장하는 것이 금지되는 것은 아니라고 할 것이다.<sup>22)</sup> 왜냐하면 헌법 제13조 제1

18) 신동운, 『형사소송법 I』 (1997), 356면; 신양균, 『형사소송법』 (2000), 289면; 임동규, 『형사소송법』 (2000), 282면.

19) 신양균, 290면.

20) 이상의 점 이외에 형사소송법이 공소시효의 기간을 구성요건상 규정된 법정형을 기준으로 등급화하고 있다는 점, 그리고 다른 소송조건결여의 경우 공소기각의 판결 내지 결정이 내려지지만 공소시효가 완성될 경우 일사부재리의 효력을 갖는 ‘면소판결’을 내리게 되어 있다는 점등도 공소시효에 ‘실체법’적 요소가 있음을 보여준다(신동운, 형사소송법 I, 356면).

21) 김성돈, “공소시효제도와 소급금지원칙”, 경북대학교 법학연구소, 『법학논고』 제11집 (1995), 10면.

22) 이 점에서 우리는 ‘병합설’을 취하면 공소시효를 연장하는 법률은 허용할 수 없다는 신양

항과 형법 제1조 제1항은 소급효금지의 원칙이 범죄구성요건, 범죄의 성립과 처벌에 관련된 원칙임을 못박고 있기 때문이다. 김성돈 교수의 말을 빌리면,

“현행 헌법은 분명히 의도적으로 가벌성의 문제에만 타당한 ‘절대적’ 소급금지원칙을 마련해두고 있음을 알아야 한다. 더 나아가 절대적 소급금지원칙과 같은 엄격한 법치국가적 한계설정을 그 문언의 텍스트를 넘어서는 부분에 대해서까지 확대하게 되면, 입법자에게 부여되어 있는 민주적인 법률형성재량권을 지나치게 제한하는 결과를 빚을 수도 있음을 알아야 한다.”<sup>23)</sup>

이에 반하여 오영근 교수는 헌법 제12조 제1항 제1문의 “법률과 적법한 절차”를 ‘행위시의 법률과 적법한 절차’로 이해하여 공소시효의 연장도 행위시의 법률에 의해야만 한다고 해석하지만,<sup>24)</sup> 이는 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조 제1항의 문언의 취지와 충돌하는 해석이라고 본다. 그리고 오 교수는 “일반국민의 중요관심사는 일정한 행위를 하면 처벌되느냐 안되느냐이지 그것이 실제 법적 사유때문이나 아니면 절차법적 사유때문이나가 아니”라고 강조하고 있다.<sup>25)</sup> 그러나 소급효금지를 통한 시민의 보호가 절대명제는 아니며 범죄인 처벌이라는 형벌목적과의 관계 속에서 타협되는 것이며, 그 타협의 정도와 범위는 헌법 제13조 제1항에 의해 확정(劃定)되어 있는 바 공소시효의 소급적용을 통해 시민에게 불이익이 가더라도 그것은 헌법이 예정한 것이라고 보아야 하는 것이다.

그리고 소급효금지의 원칙은 행위 당시 행위자의 모든 판단과 신뢰를 보호하는 것은 아니라 시민의 자유와 안전 및 법적 생활의 안정성을 보장하기 위하여 보호할 필요성이 인정되는 행위자의 판단과 신뢰만을 보호하는 것이다. 일정 기간의 경과로 당연히 형벌을 면제받을 것이라는 신뢰는 어떠한 경우에도 반드시 보호받아야 하는 절대적 가치를 갖고 있는 것은 아니라 상대적 의미를 가질 뿐이라 하겠다.<sup>26)</sup> 그리고 아직 공소시효가 만료하지 않은 상태이기 때문에 피고인이 소추권 소멸에 대해 갖는 기대는 보호할 가치가 없다고 본다.

균 교수와 의견을 달리한다(신양균, 290면).

23) 김성돈, 16면.

24) 오영근, 60면. 이러한 견해를 뒷받침하는 독일의 입장으로는 Krey, Strafverfahrensrecht, Band 1 (1988), S. 2를 참조하라.

25) Id.

26) 김일수, 72-73면; 서보학, “형법상 소급효금지원칙의 기능과 한계”, 대한변호사협회, 『인권과 정의』, 통권 251호 (1997.7), 83-84면.

이상의 관점에서 '병합설'을 취하더라도 '부진정소급입법'은 허용될 수 있다고 본다.

요컨대 '소송법설'을 취할 경우는 물론이고, '병합설'을 취하는 경우에도 공소시효가 완성되지 않고 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 특별법 제정은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다. 비교법적으로 보자면 미국의 경우는 상기 'Falter v. United 판결' 이후 공소시효가 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 법률은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다는 입장이 견지되어 왔다.<sup>27)</sup> 독일의 경우도 1969년 공소시효가 완성되는 전범과 반인도범죄에 대한 공소시효를 연장하는 1965년 4월 13일의 '공소시효에 관한 특별법'(Gesetz ueber die Berechnung strafrechtlicher Verjaehrungsfrist),<sup>28)</sup> 모살죄와 '반인도적 범죄'에 대한 공소시효를 다시 30년 연장하는 1969년 8월 4일의 제9차 형법개정, 모살죄의 공소시효를 완전히 없애는 1979년 7월 16일 제16차 형법개정 등이 있었던 바 이는 우리의 주장을 뒷받침하는 예가 될 것이다.

### 3. '진정소급효'

다음으로 공소시효의 '진정소급효'의 경우는 통상 소급효금지의 원칙에 반하는 것으로 이해되고 있으므로 보다 많은 고민이 필요하다. '진정소급효'는 '부진정소급효'와는 비할 바도 없이 자신의 안전에 대한 시민의 기대가능성을 뒤흔드는 것이기에 '진정소급효'를 가지는 공소시효특별법규는 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 타당하다. 우리는 상기 'Falter v. United 판결'에서 제시된 핸드 판사의 다음과 같은 설시에 원칙적으로 동의한다.

이미 죽어버린 소추권을 살리는 것과 아직 살아 있는 소추권에 보다 긴 생명을 주는 것은 분명히 다른 사안이다. 문제는 정의와 공평한 게임(fair play)에 대한 우리의 본능적 감정이 얼마나 상처를 입는가에 달려 있다. 국가가 시민에게 소추로부터 이제 안전하다고 안심시킨 후 그러한 보증을 철회하는 것은 우리 대부분에게 불공정하고 부정직한 것으로 보인다. 그러나 소추권이 살아있

27) State v. Creekpau, 753 P.2d 1139 (Alaska 1988); State v. Nunn, 768 P.2d 268 (Kan. 1989); Commonwealth v. Barger, 524 N.E.2d 829 (Mass. 1989); State v. Hodgson, 740 P.2d 848 (Wash. 1987) 등 참조하라.

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

는 동안 원래의 공소시효의 기간을 연장하는 것은 우리를 놀라게 하지는 않으며, 또는 설사 충격을 준다 하더라도 국가는 그것을 용인한다.<sup>29)</sup>

그렇지만 이러한 일반론적 원칙도 특단의 사정이 있는 경우에는 예외를 상정한다고 보아야 한다. 핸드 판사의 어법을 빌자면, 공소시효의 ‘진정소급효’를 인정하더라도 “정의와 공평한 게임에 대한 우리의 본능적 감정”이 상처를 입지 않고 오히려 충족감을 느끼는 경우가 있는 것이다.

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

“형사소송법상 명문의 규정이 없다고 하더라도 사물의 본성과 헌법의 정신에 비추어 공소시효의 적용배제나 정지를 인정하는 해석은 얼마든지 가능하다. 보다 구체적으로는 내란, 외환, 반란과 같은 헌법파괴적 범죄나 집단학살이나 고문과 같은 반인륜적 범죄에 대해서는 아예 공소시효의 적용이 헌법상 처음부터 배제되어 있는 것으로 해석해도 무리는 없을 것이다. 자신의 존엄기반인 민주주의나 법치주의를 그 근저에서부터 위협하고 파괴하는 내란, 외환의 범죄나 자신의 존재의의인 인간의 존엄과 가치를 깡그리 부정하는 집단학살이나 고문과 같은 반인륜적 범죄에 대해서까지 헌법이 공소시효의 혜택을 부여할 리가 없기 때문이다.”<sup>30)</sup>

한편 공소시효의 존재이유와 관련하여 보자면, 현재 문제가 되고 있는 ‘반인

29) 23 F.2d at 425-426 (강조는 인용자).

30) 광노현, “5.18헌법소원 및 5.18특별법의 쟁점과 해법”, 민주주의법학연구회, 『민주법학』 제 10호 (1996), 58면. 단, 형사소송법의 규정없이 바로 헌법에서 공소시효의 정지·배제를 끌어낼 수 있다고 보는 것은 무리라고 본다.

권적 국가범죄'의 경우 범행 후 장기간이 경과하였으나 증거가 엄존하고 있고 범죄에 대한 사회적 처벌욕구 역시 강하게 존재하고 있으나, 범죄인의 경우는 형벌에 상응하는 고통을 받기는커녕 권력을 향유하고 있었던 상태이다. 사실 국가는 '반인권적 국가범죄'의 피해자를 보호해주시는커녕 '빨갱이', '간첩', '공안사범' 등의 낙인을 찍으며 이들의 범죄피해주장을 완전히 묵살하였던 반면, 고문기술자 이근안씨에게는 16차례의 표창 외에도 79년 청룡봉사상, 81년 내무부 장관 표창, 82년 9사단장 표창, 86년 육조근조훈장 등을 수여했다. 그리고 '반인권적 국가범죄'의 경우 해당 범죄를 처벌하기 위한 형사사법기관의 진지한 노력이 조직적으로 방기되었다는 점도 중요하다. 형사사법기관 자체가 범죄를 저지르고 그 사실을 조직적으로 은폐·조작함은 물론, 이후 계속적으로 범죄피해자는 억압하고 범죄인은 고무하는 상황 아래에서 형사사법기관에 의한 반인권범죄인의 수사과 공소는 원천적으로 불가능하였음을 명심할 필요가 있다.

이상과 같은 맥락에서 우리는 공소시효의 '진정소급효'의 경우 원칙적으로 '부진정소급효'에 비하여 훨씬 엄격하게 금지되지만, "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"<sup>31)</sup>는 헌법재판소의 의견에 동의한다.<sup>32)</sup> 예컨대 집단학살이나 전쟁범죄 또는 반인도적 범죄에 대한 공소시효의 소급입법처럼 범죄자 개인의 신뢰보호요청 보다 일반인의 정의감정 만족 내지 인권이익 실현 등 공익상의 요청이 현저히 중대한 경우 등이다.<sup>33)</sup>

31) 헌재 1996.2.16, 96헌가2, 96헌바7 (재판관 김진우, 이재화, 조승형, 정경식의 합헌의견).

32) 이 점은 소급입법 일반에 대한 헌법재판소의 판결에서 재확인된다. 즉, "부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는데 반하여, 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가 원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이고, 다만 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다"(헌재 1999.7.22, 97헌바76).

33) 김일수, 71면.

비교법적인 예를 보자면, 먼저 미국의 경우 공소시효의 '진정소급효' 인정은 소급효금지의 원칙에 반한다는 것이 근래까지의 다수입장이었으나,<sup>34)</sup> 최근 캘리포니아 주대법원은 1999년 'People v. Frazer 판결'<sup>35)</sup>에서 아동대상 성범죄의 경우 공소시효의 '진정소급효'를 인정하는 법률은 합헌이라고 판시하여 중대한 변화를 예고한 바 있다. 그리고 독일의 경우로는 1946년 5월 29일 독일 헤센 주가 제정한 '나치범죄처벌에 관한 특별법'(Gesetz zur Ahndung nationalsozialistischer Straftaten),<sup>36)</sup> 1993년 3월 26일 제정된 '독일통일사회당의 불법행위에 대한 시효정지법'(Gesetz ueber das Ruhen der Verjaehrung bei SED-Unrechtstaten)이 있다. 그리고 국제법적으로 1968년 유엔총회는 '전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약' (Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)을 채택하였고,<sup>37)</sup> 유럽의회(Council of Europe)도 1974년 동일한 내용을 갖는 협약을 채택한 바 있다(European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes). 또한 상술한 1998년 '로마회의' 규정 제29조도 공소시효배제를 명문화하고 있다. 특히 1993년 비엔나에서 열린 세계인권대회에서 채택된 선언문 제60조는 다음과 같이 규정하고 있다:

“국가는 고문과 같은 중대한 인권침해의 책임자를 불처벌로 이끄는 법률을 폐기하고 그러한 침해를 기소해야 하며, 이를 통하여 법치주의는 확고한 기초를 갖게 된다.”<sup>38)</sup>

34) 주 27에 인용된 판결 이외 Commonwealth v. Guimento, 491 A.2d 166 (Pa. Super. Ct. 1985); People v. Shedd, 702 P.2d 267 (Colo. 1985); Commonwealth v. Rocheleau, 533 N.E.2d 1333 (Mass. 1989); People v. Chesebro, 463 N.W.2d 134 (Mich. Ct. App. 1990); State v. Cookman, 920 P.2d. 1086 (Or. 1996) 등을 참조하라.

35) 982 P.2d 180 (Cal. 1999), cert. denied, 120 S.Ct. 1960 (2000). 캘리포니아 주의회는 미성년자에 대한 성범죄의 경우 피해자가 공소시효 종료 이전에 고소하지 못하는 경우가 있다는 점에 주목하면서 공소시효 종료 이후에도 공소가 가능하도록 형법을 개정하였다[Cal. Penal Code 803 (g) (2000)]. 이 판결에 대해서는 Thomas G. Burroughs, Note, "Retroactive Application of Legislatively Enlarged Statutes of Limitations for Child Abuse: Time's No Bar to Revival", 22 Ind. L. Rev. 989 (1989)를 참조하라.

36) 이 법률은 독일 연방헌법재판소에서 합헌으로 인정된다(BVerfGE 1, 418).

37) G.A. res. 2391 (XXIII, annex, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) at 40, U.N. Doc. A/7218 (1968). 헌법학계에서는 이 협약을 우리 헌법상 "일반적으로 승인된 국제법규"로 인정된 국제관습법으로 파악하고, 이 협약을 국내법으로의 변형이나 특별한 국내법적 조치 없이도 일반 형사법에 앞서는 형사특별법으로 국내법적인 효력을 가질 수 있다는 주장도 제기되고 있다(김선택, 전제논문, 131-132면).

38) Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights,

## 4. 소 결

김영환 교수는 이상과 같은 우리의 입장이 “법의 정치적 기능화”를 초래할 것이라며 강하게 비판할 것으로 예상된다.<sup>39)</sup> 그는 ‘국가범죄’가 반윤리적 행위 (Untat)임을 인정하면서도 이를 형법상의 불법(Unrecht)으로 파악하는데 회의적인 입장을 표시하고, 정의라는 추상적 기준에 의하여 국가권력의 제한이라는 자유주의적 법치국가이념이 희생되는 것을 경계하면서, 법치주의를 거역한 ‘국가범죄’의 처벌을 형법이나 특별법을 통해서 하는 것은 이론적 기반이 약하므로 이는 헌법정책차원에서 해결해야 한다고 주장한다.<sup>40)</sup> 그리고 정의의 관점에서 공익과 법적 안정성에 근거한 개인의 이익을 비교형량하면 그 결과는 전자로 기울 수밖에 없으므로 양자간의 형량을 통한 소급효를 인정하는 것에도 반대하고 있다.<sup>41)</sup> 따라서 그는 공소시효의 소급을 통한 과거청산은 법치국가 원리를 희생하는 “승자의 사법” (Siegerjustiz)이라고 단언한다.<sup>42)</sup>

국가권력의 범죄처벌에 대하여 헌법 자체가 분명한 방침을 규정하여야 한다는 것을 강조하는 점에 대해서는 우리는 전적으로 동의한다. 그러나 그 외의 점에 대해서는 동의할 수 없다. 먼저 헌법부정적 행위가 형법상의 불법의 가장 중요한 근거가 되며, 헌법적 해결 이전이라도 형법이나 특별법이 헌법부정행위에 대한 처벌의 과제를 맡을 수밖에 없는 주권자의 요구가 있다. 그리고 공소시효의 소급효 인정이 야기하는 형법원리와의 긴장은 새로운 해석론을 통하여 해결할 수밖에 없다. 또한 ‘반인권적 국가범죄’의 소급적 처벌을 단지 “승자”에 의한 “패자”의 단죄라고 평가하는 것은 너무 단순화된 정치공학적 평가라고 본다. 이는 1987년 헌법 제정 이후 ‘5.18 특별법’ 제정, ‘의문사진상위원회’의 설치 등 주권자의 결단에 의한 일련의 법치주의적 ‘과거청산’ 작업의 일환으로 보아야 한다.

그리고 법치주의를 거역한 ‘국가범죄’에 대한 청산은 법치주의방식으로 이루

Vienna, 14-25 June 1993, U.N. Doc. A/CONF.157/24 (Part I) at 20 (1993).

39) 김영환, 27면. 김 교수는 공소시효의 소급효는 ‘진정소급효’이건 ‘부진정소급효’건 허용될 수 없다는 입장을 취하면서 ‘5.18특별법’에 대한 비판적 입장을 정치하게 개진하고 있는 바, ‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지 또는 배제를 허용하는 특별법에 대해서도 역시 반대할 것으로 본다.

40) 김영환, 14-16면.

41) Id. 26면.

42) Id. 16면.

어저야 한다는 김 교수의 주장은 원리적으로 타당하다.<sup>43)</sup> 그러나 먼저 시민의 범죄가 아닌 국가권력 자체의 범죄에 대해서도 국가권력의 제한이라는 자유주의이념에 의존하여 문제를 해결하는 것이 타당한지, 또한 헌법의 근본이념을 부정한 국가범죄를 범한 자의 불처벌에 대한 신뢰가 법적으로 보호가치가 있는 것이지도 의문스럽다. 서보학 교수의 날카로운 지적처럼, “당초 시민들의 인권보호를 위해 출발한 이 원칙[소급효금지의 원칙]이 거꾸로 반인륜적 범죄인들을 정당한 형사처벌로부터 보호하는 제도의 역류현상”<sup>44)</sup>이 계속될 경우 법질서 자체에 대한 시민의 불신은 심화될 수밖에 없다. 그리고 우리의 해석에 따르더라도 ‘진정소급효’의 인정은 매우 예외적 조건하에서만 정당화되는 것이므로 법치주의 원리가 위태로워진다고 보는 것은 과도하다 할 것이다.

요컨대, 중대하고 명백한 ‘반인권적 국가범죄’의 경우 ① 그 공소시효가 진행중이거나 만료한 이후에도 사후적 입법을 통하여 공소시효를 배제하거나 또는 ② 범죄종료일 이후 국가권력의 사건은폐·조작으로 공소제기가 현실적으로 불가능하였던 기간 동안에는 공소시효를 정지시키는 입법은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다.

#### IV. 맺 음 말

‘민주화’ 이후 ‘반인권적 국가범죄’의 실상이 밝혀졌음에도 공소시효가 만료되어 이 범죄인들이 처벌되지 않는 현상 앞에서 법에 대한 국민의 불신은 깊어갈 수밖에 없다. 모든 법이론적 논의를 떠나서 공소시효제도가 ‘반인권적 국가범죄’를 범한 자들을 보호하는 기능을 하는 현실 하에서는 진정한 ‘과거청산’은 불가능하며 법에 대한 시민의 신뢰는 무너질 수밖에 없다. 형법상 소급효금지의 원칙은 국가의 부당한 형벌권 행사로부터 시민을 보호하기 위한 근대 민주주의 형법의 대원칙이지만, 이 원칙은 헌법의 기본이념과 시민의 기본권이 다른 아닌 국가권력에 의해 침해되고 조직적으로 은폐·조작되는 특단의 사정이 있는 경우는 자신의 예외를 승인할 수밖에 없다.<sup>45)</sup> 이러한 맥락에서 형사소

43) Id. 26면.

44) 서보학, 96면.

45) 이 점에서 이하의 주장이 주목을 끈다. “소급효금지원칙은 그 기원에서 볼 때 국가의 자의적 행사로부터 (시민을) 보호하기 위한 것이므로 국가권력의 담지자는 이 원칙의 적용을



송법 개정이나 특별법 제정을 통하여 ‘반인권적 국가범죄’에 대한 공소시효를 배제·정지하는 것은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다고 본다.

\* 주제어 : 공소시효, 반인권적 국가범죄, 소급효금지의 원칙

---

요구할 수 없다. ... 소급효금지원칙은 국가로부터 시민을 보호하기 위한 것이지 유책한 권력자를 후행국가(Nachfolgenstaat)의 형사법적 청산으로부터 보호하기 하려는 것은 아니기 때문이다”[반야 아드레아스 벨케 (한상훈 옮김), “소급효금지원칙의 의의와 한계”, 민주주의법학연구회, 『민주법학』 제10호 (1996), 131-138면].

## The Ex Post Facto Principle and Retrospective Application of Statutory Limitation to the State Crimes against Human Rights

Cho, Kuk

Recently it was shockingly revealed that the state authorities under the authoritarian regime had tortured and even killed citizens during interrogation or hid and supported a pro-regime criminal who killed his wife to maintain anti-communist ideology. The governmental officials or agents who committed the crimes are free of prosecution because a given period in the statute of limitation had expired. Dominant theory in the Korean criminal procedure also maintains that extending a limitation period before a given prosecution is barred does not violate the Ex Post Facto principle, while retrospective application of an amended limitation period to time-barred prosecution violates the principle. Under such circumstances, major civic organizations and human rights groups have strongly argued for establishing a legislation to extend statute of limitation for prosecuting them.

This Article aims to check out several theoretical issues for punishing the state crimes against human rights retrospectively. First, it reviews the nature of the statute of limitation whether it is merely procedural, or includes substantive elements. Second, it questions whether retrospective application of an extended statute of limitation violates the Ex Post Facto principle. Finally, it argues that the Ex Post Facto principle is not supposed to protect criminals who had seriously infringed human dignity and democracy itself and that although retrospective application of an amended limitation period to time-barred prosecution should not be allowed in principle, it may be allowed under limited circumstances.