CHOSUN UNIVERSITY 1946

creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

CHOSUN UNIVERSITY 1946

[UCI]I804:24011-200000237474

2009年 2月

博士學位論文

國際法上 刑事執行管轄權 行使의 補完制度에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 世 溶

CHOSUN
UNIVERSITY
1946

國際法上 刑事執行管轄權 行使의 補完制度에 관한 研究

A study on the supplementary system of exercising of the criminal execution jurisdiction in the international law

2008 年 10 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 世 溶

CHOSUN
UNIVERSITY
1946

國際法上 刑事執行管轄權 行使의 補完制度에 관한 研究

指導敎授 朴 容 炫

이 論文을 法學博士學位 申請論文으로 提出함.

2008 年 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 世 溶

CHOSUN UNIVERSITY 1946

目 次

ABSTRACT

제1장 序 論 ····· 1
제1절 硏究의 目的 ····· 1
제2절 硏究의 範圍 및 方法 ····· 2

제2장 刑事執行管轄權에 관한 一般理論 ····· 4
제1절 刑事執行管轄權의 槪念 ····· 4
제2절 刑事執行管轄權의 根據 ····· 6
Ⅰ. 領土管轄權 ····· 6
Ⅱ. 人的管轄權 ····· 8
Ⅲ. 保護的 管轄權 ····· 11
Ⅳ. 普遍的 管轄權 ····· 13
Ⅴ. 海洋法上의 追跡權 ····· 14
제3절 刑事執行管轄權의 國際法的 限界 ····· 16
Ⅰ. 刑事執行管轄權의 領土內的 限界 ····· 16
Ⅱ. 刑事執行管轄權의 領土外的 限界 ····· 24
Ⅲ. 領土外的 限界를 메우기 위한 國際的 努力 ····· 30

제3장 刑事執行管轄權의 域外適用制度 ····· 37
제1절 追跡權의 意義 ····· 37
제2절 追跡權의 要件 ····· 39
Ⅰ. 追跡船 ····· 40
Ⅱ. 被追跡權의 位置 ····· 41
Ⅲ. 合理的인 疑心 ····· 44
Ⅳ. 停船命令 ····· 45

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅴ. 繼續的 追跡 ····· 46
Ⅵ. 實力의 行使 ····· 48
제3절 追跡權의 終了 ····· 49
제4절 追跡權에 관한 事例의 檢討 ····· 50
Ⅰ. 유조선 Saiga호 事件 ····· 50
Ⅱ. 大韓民國 南海 반잠수정 浸透事例 ····· 54

제4장 犯罪人引渡制度 ····· 57
제1절 犯罪人引渡制度의 槪念 ····· 57
Ⅰ. 犯罪人引渡의 意義 ····· 57
Ⅱ. 犯罪人引渡制度의 沿革 ····· 58
Ⅲ. 犯罪人引渡制度의 基本原則 ····· 63
Ⅴ. 引渡義務 ····· 77
제2절 國際法上 犯罪人引渡制度의 形態 ····· 78
Ⅰ. 條 約 ····· 78
Ⅱ. 變則的 犯罪人引渡 ····· 86
제3절 犯罪人引渡의 要件 ····· 91
Ⅰ. 主體에 관한 要件 ····· 92
Ⅱ. 客體에 관한 要件 ····· 93
Ⅲ. 引渡의 制限 ····· 96
제4절 犯罪人引渡節次 ····· 99
Ⅰ. 請求國의 犯罪人引渡의 要請 ····· 100
Ⅱ. 被請求國의 引渡節次 ····· 101
Ⅱ. 身柄引渡의 引繼, 引受 ····· 103
Ⅲ. 物件의 引渡 ····· 104
Ⅳ. 引渡후 請求國에서의 節次 ····· 105
제5절 우리나라의 犯罪人引渡體制 ····· 105
Ⅰ. 우리나라의 犯罪人引渡制度 ····· 105

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅱ. 우리나라의 犯罪人引渡條約 條約締結現況 ····· 107
Ⅲ. 犯罪人引渡法의 內容 ····· 108

제5장 受刑者移送制度 ····· 119
제1절 受刑者移送制度의 槪念 ····· 119
Ⅰ. 受刑者移送制度의 意義 ····· 119
Ⅱ. 受刑者移送制度의 發展 背景 ····· 121
Ⅲ. 受刑者移送制度의 基本原則 ····· 125
제2절 外國의 受刑者移送制度의 運營 現況 ····· 128
Ⅰ. 美國 ····· 129
Ⅱ. 英國 ····· 132
Ⅲ. 獨逸 ····· 134
Ⅳ. 프랑스 ····· 135
Ⅴ. 日本 ····· 136
제3절 Europe 受刑者移送協約 ····· 139
Ⅰ. 受刑者移送協約의 締結過程 및 背景 ····· 139
Ⅱ. 受刑者移送協約의 內容 ····· 141
제4절 우리나라의 國際受刑者移送法 ····· 147
Ⅰ. 制定經過 ····· 147
Ⅱ. 立法目的 ····· 148
Ⅲ. 條約前置主義 ····· 148
Ⅳ. 國內移送 ····· 149
Ⅴ. 國外移送 ····· 152

제6장 結 論 ····· 157
參考文獻 ····· 160

CHOSUN UNIVERSITY 1946

ABSTRACT

A study on the supplementary system of exercising of the criminal execution jurisdiction in the international law

Park, Sae - Yong
Advisor : Prof.Ph.D. Park, Yong-Hyun
Department of Law
Graduate School of Chosun University

The legislation jurisdiction and execution jurisdiction of the nation encounter to a territory limit in compliance with the principle of sovereignty right respect in terms of the international law. Namely, although the nation justly could have the legislation jurisdiction which can establish a norm to rule a definite case- occurrence · modification · extinction within domestic territory, offshore legislation jurisdiction in order to rule a fixed case outside of a territory is not recognized in principle.

Meanwhile, the sovereign state could have the territorial right that can enforce its own legislated law within domestic territory, but it is impossible to exercise a criminal execution jurisdiction in foreign nation in order to apply the domestic legislated law without consent of the foreign nation. This is called the territorial limit of criminal execution jurisdiction. Like this the territorial limit of criminal execution jurisdiction could divide in territorial inner limit and territorial outer limit. The territorial inner limit is the privilege and exemption of a diplomatic ambassador in the native country or a consul and the exemption of criminal execution jurisdiction foreign troops stationed in its own country. As for the territorial outer limit, in fact, it is impossible to

CHOSUN UNIVERSITY 1946

investigate, collect evidence, arrest and punish the fugitive criminal who commits a crime and escapes overseas, the native people who commits a crime from the foreign nation and the foreigner who commits a crime toward(against) the native people. The territorial limit of criminal execution jurisdiction will be against(oppose) not only 'Crimes must be suppressed in common profit of civilized nation but also in principle of justice.

Namely, the nation commits a crime from the territorial waters and * the connection waters the exclusive economic zone(EEZ) the continental shelf as a matter of the home country about the vessel of the foreign nation which escapes in the high seas as a matter of 'high seas as a matter of the low of anti line about the vessel jurisdiction is to soup and the second lieutenant soup attention inland based on circle which gives will be able to punish the territory jurisdiction the logic is as expected being legitimate, is to become problem. And in case the nation is not able to punish the fugitive criminal who commits a crime and escapes overseas because of the limit of territorial sovereignty, it will have a problem with how to relieve the infringed legal interest of the victim and the damaged nation. Also criminal execution jurisdiction problem of criminal execution jurisdiction and completely the issue which agrees is not but, in compliance with the territory main hoisting which predominates in adult main hoisting with edification of offenders direction of a ceremony return preparation isn't the problem must investigate from the criminal policy dimension which is thinks a tree architecture execution about the offender who is a in tree architecture from the foreign nation.

This paper is the purpose of setup the institutional frame to make up for the territorial outer limit of criminal execution jurisdiction for analyzes and take a triangular position a theory with crimes must be suppressed, comes true the common profit of civilizational empire and the human community, edification of the offender and the low of one morning is takes a triangular position a theory to favorable direction of a ceremony return.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

which sees takes a triangular position, filling up the territory foreign enemy limit of criminal execution jurisdiction, the contents and a setup of eastern system principle of law the institutional frame for analyzes and take a triangular position a theory with crimes must be suppressed, comes true the common profit of civilizational empire and the human community, edification of the offender and the low of one morning is takes a triangular position a theory to favorable direction of a ceremony return.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제1장 序 論

제1절 硏究의 目的

국가는 의회입법·행정입법·판례 등을 통해 어떤 행위를 범죄로 규정하고, 범인의 체포·증거의 수집·증인의 소환·재판 등을 통해 법규범을 집행한다. 그러나 이와 같은 국가의 입법관할권과 집행관할권은 국제법상의 '주권존중의 원칙에 의해 영토적 한계에 봉착하게 된다. 즉, 국가는 자국의 영토 내에서 발생·변경·소멸하는 일정한 사안을 규율하기 위하여 규범을 제정할 수 있는 입법관할권은 당연히 갖지만, 자국의 영토 밖에서 발생·변경·소멸하는 일정한 사안을 규율하기 위한 역외입법관할권은 원칙적으로 갖지 못한다. 물론 국가가 자국의 법규를 역외에 적용하기 위한 입법이 가능하다 할지라도 역외 집행관할권이 행사될 수 없다면 그것은 아무런 의미가 없게 된다. 한편, 주권국가는 자신이 제정한 법규를 자국 영토 내에서 집행할 수 있는 영토고권을 갖지만, 외국의 동의에 기초하지 않는 한 자국이 제정한 법규를 적용하기 위하여 외국에서 형사집행관할권을 행사하는 것은 불가능하다. 이것을 형사집행관할권의 영토적 한계라 한다.

이와 같은 형사집행관할권의 영토적 한계는 영토내적 한계와 영토외적 한계로 구분할 수 있다. 즉, 영토내적 한계로서는 자국에 주재하는 외교사절 내지는 영사의 특권과 면제, 자국에 주둔하고 있는 외국의 군대 등에 대한 형사집행관할권의 면제 등이 그것이다. 그리고 영토외적 한계로서는 범죄를 범하고 외국으로 도주한 도망범죄인, 외국에서 범죄를 범한 자국민, 외국에서 자국민 또는 자국민을 상대로 하여 범죄를 저지른 외국인에 대하여 수사·증거수집을 하거나 체포하여 처벌하는 것이 사실상 불가능하게 된다. 여기에서 형사집행관할권의 영토 내적 한계 문제는 조약에 의한 국가의 자기제한이므로 논의의 대상에서 제외하여도 무방하며, 영토외적 한계가 문제되는 것이다.

생각건대 형사집행관할권의 영토외적 한계는 '범죄는 진압되어야 한다'는 文明諸國의 공통이익에 반할 뿐만 아니라 正義의 原則에도 반한다. 즉, 국가가 자국의 영해·접속수역·배타적 경제수역·대륙붕상에서 범죄를 범하고 공해상으로 도주

CHOSUN UNIVERSITY 1946

한 외국의 선박에 대하여 '공해상을 항행하는 선박에 대한 관할권은 旗國에 있다'는 소위 旗國主義 내지는 準領土管轄權을 근거로 처벌할 수 없다는 논리가 과연 정당한 것인지가 문제되는 것이다. 그리고 국가가 자국 영토 내에서 범죄를 범하고 외국으로 도주한 도망범죄인에 대하여 영토주권의 한계 때문에 처벌할 수 없다면, 피해자와 피해국의 침해된 법익은 어떻게 구제하여야 할지도 문제되는 것이다. 또한 형사집행관할권의 영토외적 한계 문제와 완전히 일치하는 쟁점은 아니지만, '대인주권에 우월한 영토주권에 의하여 외국에서 受刑中인 범죄인'에 대한 受刑執行을 '범죄인의 교화와 사회복귀 준비'라는 형사정책적 차원에서 검토해야 할 문제가 아닌가 생각한다.

따라서 본 연구의 목적은 위와 같은 문제의 인식과 시각에 입각하여 형사집행관할권의 영토외적 한계를 메우기 위한 제도적 틀을 정립하고, 동 제도의 내용과 체제를 법리적으로 분석하여 이론을 정립함으로써 '범죄는 진압되어야 한다'는 文明諸國과 인류공동체의 공통이익을 실현하며, 범죄인의 교화와 순조로운 사회복귀에 일조하는 이론을 정립하는데 있다.

제2절 硏究의 範圍 및 方法

위와 같은 목적을 달성하기 위하여 본 연구는 그 범위를 형사집행관할권에 대한 일반이론을 검토하고, 형사집행관할권의 역외적용제도로서의 해양법상 추적권, 범조인인도제도, 수형자이송제도로 제한하여 다음과 같이 구성하였다.

제1장은 연구의 목적과 그 범위 및 방법에 대해 기술을 하였다.

제2장에서 형사집행관할권에 관한 일반이론으로서 형사집행관할권의 개념과 그 성립의 이론적 기초로써 형사집행관할권의 개념을 파악한 후, 그 근거로써 영토관할권, 인적관할권, 보호적 관할권, 보편적 관할권, 해양법상의 추적권 등을 살펴보았다. 그리고 형사집행관할권의 국제법적 한계로써 영토내적·영토외적 한계를 살펴본 후, 본 논문의 주제인 영토외적 한계를 메우기 위한 국제적 노력에 대한 개관을 살펴보았다.

제3장에서는 형사집행관할권의 역외적용제도로써 공해상에서의 추적권에 대하

CHOSUN UNIVERSITY 1946

여 살펴보았다. 추적권은 보편적 관할권의 예외로써 국제관습법상 인정되고 UN 해양법협약에서 자세하게 규정되어 있다. 여기에서는 추적권의 의의를 살펴본 후, 추적권 행사의 요건을 중심으로 고찰하고 이와 관련된 사례를 중심으로 추적권행사시 실력행사의 한계에 관하여 고찰하였다.

제4장에서는 범죄인인도제도로써 자국으로 도망 온 외국의 범죄인을 인도하는 제도로써 최근 그 중요성이 커지고 있는 제도이다. 제1절에서는 범죄인인도제도의 개념, 범죄인인도제도의 연혁 및 그 기본원칙과 국제법상 범죄인인도제도의 형태를 살펴보았다. 제2절에서는 범죄인인도의 요건으로써 인도주체와 인도객체에 관한 범죄지, 범죄인의 국적, 인도범죄의 대상을 살펴본 후 그 제한을 검토하였다. 제3절에서는 일반적인 범죄인인도절차로써 청구국의 범죄인인도의 요청과 그에 따른 피청구국의 인도절차, 신병인도의 인계·인수, 물건의 인도, 인도후 청구국에서의 절차 등을 살펴보았다. 제4절에서는 우리나라의 범죄인인도체제로써 우리나라에서의 범죄인도법의 주요내용과 현재 우리나라와 제외국간의 범죄인인도조약 조약체결현황 등을 살펴보았다.

제5장에서는 수형자이송제도로써 국제사법공조제도의 한 형태이며, 범죄인인도법 이론의 발전과정에서의 연장선상에 있고 이미 유럽의 대다수 국가에서는 상당한 진전을 보이고 있는 제도이다. 여기에서는 수형자이송제도의 발전 배경 등을 기초로 우리나라의 국제수형자이송법에 대하여 개괄하여 살펴보았다.

제6장은 결론으로써 이상에서 살펴본 국제법상 영토외적 한계를 메우기 위한 제도들의 내용을 종합적으로 요약·검토하면서 그 발전방안을 제시하고자 한다.

이 논문의 연구방법으로서는 ① 자료와 관련하여서는 주제와 관련된 국내외의 단행본·학술지·논문 등을 통한 문헌적 접근방법을 지향하고, ② 방법론적 시각에서는 '있는 법'을 중심으로 전개함과 동시에 '있어야 할 법'도 고려하여 접근한다. 구체적 방법으로는 문헌접근지향의 귀납적 방법으로 실정법의 합리적인 해석기준을 제시하면서 형사집행관할권의 한계를 메우기 위한 각 제도들의 문제를 분석하면서 분쟁해결방안을 모색하고자 한다.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제2장 刑事執行管轄權에 관한 一般理論

종래의 형법적용은 국가와 국가간의 관계는 고려하지 않고 영토고권의 핵심적 부분이라는 인식하에 '자국형법의 적용범위'에 관한 문제로만 다루어져 왔지만, 최근 교통·운송 등의 과학기술의 발달로 국가간 인적·물적 교류가 활발하게 이루지면서 국경을 초월하는 범죄가 급증함으로써 국가의 형사관할권을 국가와 국가간의 문제로서 다루지 않을 수 없게 되었다. 형사관할권에는 현실적으로 국가의 형벌권을 행사하여 형벌을 부과함으로써 형법의 실효성을 관철하기 위한 절차적 권한도 포함되는데, 이것이 형사집행관할권과 관련된 논의이다. 내국형법을 적용할 수 있는지의 문제는 내국의 수사권 내지는 재판권에 관한 문제와 구별되지만, 내국 형법의 타당한 적용은 수사권 내지는 온전한 재판권의 행사를 통하여 현실화되고 구체화될 수 있다. 따라서 형법의 적용은 집행관할권의 행사와도 불가분의 관계를 가지는 것이다.

제1절 刑事執行管轄權의 槪念

국가관할권(state jurisdiction)이란 한 국가가 사람·물건·사건 혹은 자원 등에 대해 행사할 수 있는 권한의 총체로써, 국가주권의 한 표현 내지 그것의 구체적 발현형태이다.[1] 이러한 국가관할권의 성질과 내용의 효과적인 분석을 위하여 일반적으로 입법관할권(power to prescribe rules)과 집행관할권(power to enforce rules)으로 구분하고 있다.[2]

---

1) 김대순, 「국제법론」, 삼영사, 2007, 342면; 이병조·이중범, 「국제법신강」, 일조각, 2007, 181면; 오윤경 외 20인, 「현대국제법-외교실무가들이 본 이론과 실제-」, 박영사, 2001, 61면; Antonio Cassese, International Law, 2nd, ed, Oxford University Press, 2005, p.49.

2) 김대순, "국가관할권 개념에 관한 소고", 「법학연구」제5권, 연세대학교 법학연구소, 1995, 206면. 그러나 하버드초안은 관할권을 범죄를 제소하고 처벌하는 국제법상 국가의 권한이라고 정의하면서 국가관할권을 형사관할권의 일체라고 보고 있으므로 국가관할권을 전혀 분류하지 않는 입장이다(이의정, "국제법상 국가관할권에 관한 연구", 박사학위논문청주대학교 박사학위논문, 2001, 17면 참조).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

입법관할권이란 국가가 입법부의 행위, 행정부의 명령과 규칙, 재판소의 선례 등을 통하여 어떤 행위를 범죄로 규정하는 등의 법규범을 선언하는 힘을 말한다. 집행을 동반하지 않는 입법은 무의미하기 때문에 입법관할권은 궁극적으로는 집행관할권에 의존한다. 즉, 입법권능의 범위가 매우 포괄적이지만, 적용과 집행을 전제로 하지 않는 입법은 고려될 수 없기 때문에 국제법은 예외적으로 입법관할권은 있어도 집행관할권, 특히 재판권의 행사를 제한하는 경우가 있다.[3)]

이와 같은 입법관할권에 의하여 제정된 법규를 행정적 또는 사법적 행동을 통하여 실제 사건에 적용 내지 집행하는 힘을 집행관할권이라 한다. 집행관할권은 원칙적으로 입법관할권의 존재를 전제로 하며, 공법 특히 형법분야에서는 특히 그러하다. 즉, 재판소가 자국의 형법에 의하여 죄가 되지 않는 행위에 대하여 외국 형법을 적용하여 재판하는 일은 없기 때문이다. 그러나 집행관할권은 모든 경우에 입법관할권의 존재를 전재로 하는 것은 아니다.[4)] 즉, 입법관할권 없이도 집행관할권을 행사할 수 있는 경우들이 있다. 예컨대 민사관계를 규율하는 각 국가의 국제사법에서는 형법의 경우와는 달리 입법관할권과 집행관할권을 별개의 것으로 다루고 있다. 즉 외국적 요소(foreign elements)가 있는 사건에서 국제재판관할권을 갖고 재판권을 행사하거나 외국의 사법규정을 준거법(law applicable)으로 하여 재판한다거나 외국의 민사재판소가 내린 판결 또는 외국의 중재판정에 대해 승인과 집행을 허락할 수도 있다. 이러한 문제를 해결하기 위한 방법으로는 세계 각국에 직접적으로 적용되는 단행법을 제정하는 것이지만, 현실적으로 매우 어렵기 때문에 관련 국가간에 많은 조약을 체결함으로 통일된 규정을 마련하고자 하고 있다. 이외에도 타국 또는 국제기구의 요청에 따른 집행을 생각할 수 있다. 실제로 EU법의 경우에는 그 입법과 집행이 EU와 각 회원국 정부간에 분화되어 있다. 즉 EU 관련 입법은 EU차원에서 제정되지만, 그 집행은 현재로서는 거의 대부분 회원국 당국(행정부와 재판소)에 의하여 이루어지고 있다.[5)]

집행관할권은 다시 행정관할권(executive jurisdiction)과 사법관할권(judicial jurisdiction)으로 나누어 볼 수 있다.[6)] 예컨대 공해상의 외국선에 대해 군함의 임

---

3) 김대순, FN(1), 347면; 오윤경 외 20인, FN(1), 63면; 유병화・박노성・박기갑, 「국제법 Ⅰ」, 법문사, 2003, 329-330면.
4) 김대순, FN(1), 347면; 오윤경 외 20인, FN(1), 63면.
5) 김대순, FN(1), 347면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

검권 행사가 허용되는 경우들 중에서 노예무역선의 경우 군함은 범인들을 체포할 수 있을 뿐이며, 재판을 받게 하기 위해서는 그들을 기국으로 인도하여야 한다(UN해양법협약 제99조 참조).

이상의 내용을 종합하여 볼 때 형사집행관할권이라 함은 형사법규를 적용하기 위하여 범인을 체포하고 증거서류와 증인을 수집·소환하고, 재판을 통하여 판결을 집행하는 행정적 또는 사법적인 힘을 의미한다고 정의할 수 있다.

제2절 刑事執行管轄權의 根據

형사집행관할권은 일반적으로 영토관할권, 인적관할권, 보호적 관할권, 보편적 관할권 등에 근거하고 있다. 이하에서 상론한다.

Ⅰ. 領土管轄權

영토관할권(Territorial jurisdiction)이란 국가가 자국의 영역 내에서 행사하는 권력의 총체로써 영토주권에 의해 당연히 발생하지만, 신탁통치나 조차지와 같이 조약에 의해서도 발생한다.[7] 영토관할권의 이론적 기초로서는 속지주의 원칙과 확장된 속지주의 원칙이 있다.

속지주의원칙(Territorial Principle)이란 '한 국가의 영토내에서' 발생한 범죄 기타의 위법행위에 대해서는 행위자의 국적을 불문하고 당해 국가가 관할권을 행사할 수 있다는 원칙이다. 이는 국제관습과 조약에 의하여 확립된 것으로 관할권 규율기준 중에 가장 기본적이면서 중요한 것으로 국가의 영토고권으로부터 당연히 도출되는 것이다. 속지주의는 '영토'라는 장소적 공간의 범위 내를 기초로 한 원칙이지만, 특정의 국외행위도 그 대상에 포함할 수 있다.[8] 예컨대 국외에 있는

6) 김대순, FN(2), 207면; J.M.Sweeny, C.T.Oliver and N.E.Leeh. Cases and Materials on the International Legal System, 2nd ed. (Mineola, New York: The Foundation Press), 1981, p.89.

7) 이병조·이중범, FN(1), 182면.

8) 이의정, FN(2), 26면; 川岸緊雄, "域外管轄權の基礎と限界", 「國際法の新展開」, 東信堂,

CHOSUN UNIVERSITY 1946

자국 국적의 선박 및 항공기 등의 내부에서 이루어진 행위를 자국 영역내의 국내범으로 다루는 경우와 한 범죄가 두 국가 이상에서 발생하는 경우 등이다.[9] 상설국제사법재판소(PCIJ; Permanent Court of International Justice)는 1927년 The Lotus호 사건[10]에서 "범죄의 두 요소인 원인과 효과는 법적인 면에서 완전히 불가분의 것이므로 이 둘을 분리하면 범죄는 존재하지 않는 것으로 된다"고 하면서 양자의 구분을 명확히 하였다.[11] 이러한 구분논리에 의하면 국가는 범죄의 일부 요소만이 자국 영토내에서 실현되었는데도 당해 범죄 전체에 대하여 형사관할권을 행사할 수 있음을 정당화시킬 수 있는 것이다. 그리고 PCIJ는 Lotus호 사건에서 그 영토 내에서 범죄의 '효과(effects)'가 발생한 국가도 범죄발생국으로 간주된다고 언급함으로써 영토관할권의 확대・발전을 예고하고 있었다.[12]

확장된 속지주의 즉, 효과주의(effects doctrine: Wirkungsprinzip)란 범죄 자체는 완전히 한 국가의 영토 외에서만 발생한 것이더라도 그 영토 내에서 범죄의 효과 내지 영향이 있다는 사실만으로 그 역외적 행동에 대하여 규율하는 것이 정당화된다는 이론이다.[13] 이 이론은 반독점규제법에 자주 인용되었고, 특히 미국의

1989, 8面; 廣瀨善南, "國家法の域外適用と國際法", 「國際關係法の課題」, 横田先生鳩壽視賀, 有斐閣, 1988, 238面.

9) 이러한 상황을 설명하기 위하여 범죄가 그 영토내에서 개시된 국가가 형사관할권을 갖는다는 주관적 속지주의(subjective territorial principle)와 범죄가 그 영토내에서 완성된 국가가 형사관할권을 갖는다는 객관적 속지주의(objective territorial principle)로 구분하고 있다(김대순, FN(2), 210면; 山本草二, 「國際法」, 有斐閣, 1994, 234-235面).

10) Lotus 사건은 터키 인근의 공해상에서 프랑스 우편선 Lotus호와 터키석탄선 BOZ-Kourt호가 충돌하여 터키 선박이 침몰하고 선원 8명이 사망한 사건에서 PCIJ는 "관할권은 명백히 속지적인 것이며, 국제법상 특히 허용된 경우를 제외하고 국가는 자국의 영역 외에서 발생한 사건에 대하여 관할권을 행사할 수 없다. 그러나 동시에 국제법은 외국에서 발생한 사건에 대하여 관할권 행사가 허용되지 않는다고 하여 국가가 자국의 영역 내에서 관할권을 행사하는 것까지 금지하는 것은 아니다"라고 판시하였다. 이 판시내용에 의하면 관할권의 기초에 관해 보호주의, 국적주의, 효과주의와 실제적으로 구분하기 어렵다는 점이 있다(이병조・이중범, FN(1), 485면; 박용현, 「판례중심 국제법」, 조선대학교출판부, 2007, 180-183면 참조).

11) Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 5. ed., Oxford: Clarendon, 1998, pp.303-306.

12) 김대순, FN(2), 211면.

13) 장준혁, "국가 입법관할권의 장소적 범위-미국 대외관계법 제3차 리스테이트먼트 제402조와 제403조, 「중앙법학」제7집 제1호, 중앙법학회, 2005. 2, 284면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

국제관계법 리스테이트먼트에서도[14] "어떤 행위가 어떤 국가의 영토 외에서 외국인에 의하여 행하여지더라도 그 효과가 영토국에 미치게 될 때, 그 영토국은 관할권을 가진다"고 하여 관할권행사의 근거로 인정하고 있다. 이는 영토의 범위를 넘어서 외국인의 행위라도 자국법을 적용할 수 있다는 것이다.

그러나 그 내용이 막연하여 남용의 소지가 크기 때문에 논란이 많고, 외교적으로도 상당한 분쟁소지를 일으키고 있다.[15]

이와 같은 영토관할권에 근거하여 우리 형법은 제2조에서「국내범」이라는 제목으로 "본 법은 대한민국 영역내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다"고 규정하여 영토관할권을 기본원칙으로 채택하고 있다. 또한 제4조에서는 "대한민국 영역 외에 있는 대한민국의 항공기 또는 선박 내에서 죄를 범한 외국인에게 형법을 적용한다"고 규정하여 준영토관할권[16] 내지는 기국주의(Flaggenstaats prinzip)를 채택하고 있다.

Ⅱ. 人的管轄權

인적관할권(personal jurisdiction)이란 국가가 자연인, 법인, 기타 물건에 대하여 장소에 관계없이 국적에 근거하여 행사하는 관할권으로써 국적·등기와 같은 국내법상 요건과 국제법상의 진정 관련성에 근거하여 발생한다.[17] 인적관할권의 근거가 되는 국가와 그 대상간의 법적 인연이 국적이며, 국적의 부여는 국가의 전속적인 권능으로 국제법상 확립된 원칙은 없으나 타국과의 관계에서 국적에 기초한 관할권을 주장하기 위해서는 국가와 개인 사이에 진정한 관련이 있어야 한다는 것이다. 이러한 인적관할권의 행사는 자국이 아닌 외국 또는 국제공간에서 실

14) Restatement(제3판) 제402조 ① (c): "…a stste has jurisdiction to prescribe law with respect to ① (a)…; (b)…; (c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect".

15) 이병조·이중범FN(1), 186-187면; 오윤경 외 20인, FN(1), 66면.

16) 준영토관할권이란 자신의 영토가 아닌 공간 위에서 영토관할권에 준하는 일정한 관할권을 행사할 수 있다는 그 행사방법은 배타적인 것, 집단적인 것, 통제를 받는 것 3가지 유형으로 구분할 수 있다(유병화·박노성·박기갑, (FN3), 361-367면 참조).

17) 이병조·이중범, FN(1), 182면; 오윤경 외 20인, FN(1), 65면; 유병화·박노성·박기갑, (FN3), 367면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

현된다.

속인주의원칙(nationality or active personality principle)이란 개인이 영토외에서 범죄에 이르는 행위를 하였더라도 그의 국적 또는 內國民性을 기준으로 국적국가가 형사관할권을 행사할 수 있다는 원칙을 말한다. 즉, “국가와 그 국적의 연결로서 국민은 국가에 충성의무를 지고, 국가는 이것을 기초로 영역외 자국민에 대하여 국적국으로서의 관할권을 행사할 수 있다”는 것이다. 국가의 인적관할권은 국가의 대인주권에서 도출된다. 더 나아가 자국민의 보호를 위하여 외국인의 외국에서의 범죄라 하더라도 실행지에 관계없이 그 범죄로 피해를 당한 피해자의 국적을 기준으로 당해 국적국이 형사관할권을 행사할 수도 있다는 소위 수동적 속인주의(passive personality principle)의 원칙이 주장되고 있다. 이 주장은 외국인의 외국에서의 행위가 그 국가에서는 합법인데도 피해자의 소속 국내법이 그것을 범죄로 규정할 가능성도 있다는 점에서 비판이 제기되고 있다.[18]

수동적 속인주의 당해 행위가 특정정부·특정국적을 이유로 자국민에 대하여 행해지는 경우, 테러행위 기타 조직적인 습격·협박·위협·보복임이 객관적으로 증명되면 적용된다.[19] 이와 같이 보통 범죄가 아닌 특별히 중요한 성격을 가진 범죄에 한하여 적용되기 때문에 보편적 관할권과 중복되는 경우가 있다.[20] 그리고 이 수동적 속인주의는 근래 항공기상의 범죄에 관한 동경협약과 고문 등 금지조약에서 채용되었다.[21]

우리나라를 비롯한 영미법계 국가에서는 영토관할권을 원칙으로 하면서, 인적관할권을 보충적으로 가미하고 있다. 예컨대 영국의 경우에는 반역죄(treason), 모살(murder), 고살(manslaughter), 중혼죄(bigamy) 및 일부 조세범죄 등의 중대한 범죄에 대해서만, 미국에서는 반역죄, 마약거래(drug trafficking) 및 군대가 저지르거나 군대를 대상으로 한 범죄(crimes by or against the armed force)에 대해서

---

18) 김대순, FN(2), 212-213면; 이의정, FN(2), 28-29면 참조.

19) 이병조·이중범, FN(1), 184면; 山本草二, FN(9), 237面. 커팅사건에서 멕시코법원은 어느 미국인이 텍사스의 한 신문을 통해 발표한 명예훼손 출판물에 대해 관할권을 행사한 사건에서 수동적 속인주의를 적용하였고, 이 판결은 미국측의 외교적 항의를 일으켰다(정영진·황준식 역, 이안 브라운리 저, 「국제법」, 현암사, 2004, 315면).

20) 오윤경 외 20인, FN(1), 66면.

21) ‘고문 및 기타의 잔학한 비인도적인 혹은 품위를 손상시키는 취급 또는 형벌을 금지하는 조약’(1984년) 제5조 (재판권의 설정) 1(c).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

만 인적관할권을 적용하고 있다.[22] 대법원도 "형법 제3조는 '본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다'고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있는바, 필리핀국에서 카지노의 외국인 출입이 허용되어 있다 하여도, 형법 제3조에 따라 필리핀국에서 도박을 한 피고인에게 우리 나라 형법이 당연히 적용된다"[23]고 판시하였고, 또한 대한민국내의 미국문화원에서 범죄행위를 한 자에 대한 대한민국의 재판권유무에 대하여 "국제협정이나 관행에 의하여 대한민국내에 있는 미국문화원이 치외법권지역이고 그 곳을 미국영토의 연장으로 본다 하더라도 그 곳에서 죄를 범한 대한민국 국민에 대하여 우리 법원에 먼저 공소가 제기되고 미국이 자국의 재판권을 주장하지 않고 있는 이상 속인주의를 함께 채택하고 있는 우리나라의 재판권은 동인들에게도 당연히 미친다 할 것이며 미국문화원측이 동인들에 대한 처벌을 바라지 않았다고 하여 그 재판권이 배제되는 것도 아니다"고 판시하였다.[24]

형사관할권을 비롯하여 한 국가의 관할권의 범위는 자국의 영역내로 한정되는 것이 원칙이지만, 최근에는 자국민의 보호 또는 국가이익의 극대화라는 관점에서 자국 관할권의 범위를 넓혀서 인적관할권을 전제로 자국의 국내법을 영역 외에 적용하고자 하는 역외적용문제를 논의하는 예가 늘어나고 있다.[25] 국가관할권의 역외적용(extraterritoriality, extraterritorial jurisdiction or extraterritorial application of laws)이란 국가가 직접적으로 또는 재판절차를 통하여 외국에 있는 사람·재산·외국에서 발생한 사항에 대하여 자국법을 적용하거나 적용하려는 것을 말한다. 구체적으로 적용대상인 사람 등의 재류국 관할권과의 관계에서 정당하게 성립한 복수 국가관할권의 우열관계를 결정하는 것이 그 핵심이다. 형법의 역외적용의 문제는 주로 영토와 관련하여 논의되고 있지만, 개별 해역에 있어서 형사 관할권 또는 형법의 적용범위에 대하여도 검토할 필요가 있다. 개별 해역에서 발생하는

22) 김대순, FN(2), 211-212면; Rebecca M.M.Wallace, International Law (London: Sweet and Maxwell), 1986, p.103; E.C.S. Wade and A.W.Bradley, Constitutional and Administrative Law, 10th ed. (London/New York: Longman), 1985, p.69.

23) 대판 2001. 9. 25, 99도3337.

24) 대판 1986. 6. 24, 86도403.

25) 김종구, "형법의 역외적용과 소극적 속인주의-일본의 법제와 비교법적 관점에서-", 「법조」통권 591, 법조협회, 2005. 12, 145면; 박병도, "국제범죄에 대한 보편관할권", 「국제법학회논총」제49권 제2호, 2004, 175면 이하.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

범죄의 양상은 육상에서 발생하는 범죄의 양상과 다른 특성이 있고, 해상에서는 여러 국가가 관련을 갖는 국제적 성격의 사건이 자주 발생하기 때문이다.[26]

Ⅲ. 保護的 管轄權

보호적 관할권(protective or security jurisdiction)이란 자국의 안전과 존립 기타 국가적 신용과 관계있는 중요한 국가의 이익을 침해하는 범죄에 대하여 외국인의 외국에서의 범죄라 하더라도 '국가'의 이익(governmental interests), 즉 국가안보(national security) 또는 사활적 경제이익(vital economic interests)을 침해당한 국가에게 행위자의 국적에 관계없이 국내법과 형사관할권의 적용이 인정된다는 원칙이다.[27] 보편적 관할권이 인정되는 것은 안전·영토보전·독립 등에 대하여 영역내에서 이루어진 범죄를 처벌하는 법률이 불충분하다는 점이 관할권의 기초로서 정당화된 것이다. 즉, 국가관할권의 행사에 의해 국가의 안전을 보호하는 권리는 국가에 있다는 것이다.[28]

보호적 관할권이 적용되는 경우로는 외국인의 국외범으로서 내란·외환·이적·파괴활동 등 내국의 안전, 영토보전 또는 정치적 독립을 해치는 '정치적 기본질서를 해하는 죄'와 통화·인장·유가증권·인지·여권 등의 위조와 그 행사 등 '경제적 기본질서를 해하는 죄' 등이다.[29] 또한 연안국이 접속수역에 형사집행관할권을 행사할 수 있는 경우를 들 수 있다. 접속수역은 관세 재정·출입국 위생 등을 규제하기 위하여 영해기선으로부터 최대 24해리까지 연안국이 제한적인 관할권을 행사할 수 있는 수역이다. 접속수역은 영해에 접속해 있지만 영해가 아니라 공해의 일부분이다. 이러한 접속수역에서의 규제는 보호주의의 일종으로 구체적인 국가법익의 보호를 목적으로 하는 한 적용이 인정된다(UN해양법협약 제33

---

26) 김종구, "접속수역, 배타적 경제수역 및 공해에서의 형법의 역외적용", 「법학연구」 제26집, 한국법학회, 2007. 5, 265면.

27) 김대순, FN(1), 358면; 이의정, FN(2), 30면.

28) Robert Jennings & Arthur Watts(edited by), Oppenheim's International Law, 9th. ed., Vol, I, London: Longman, 1992, p.471.

29) Ian Brownlie, FN(11), p.307; Robert Jennings & Arthur Watts(edited by), FN(28), pp.470-471.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

조).[30]

영국과 미국은 보호주의에 대한 명시적 원용없이 공해상에서 불법 이민 교사에 대해 외국인을 처벌하는 등의 속지주의의 중요한 예외를 인정하고 있다. 조이스 사건에서 영국 최고법원은 영국 여권을 소지한 채 출국한 외국인은 충성의무를 지며, 출국 후 전시에 적에 유리한 선전방송을 한 것 사건에 대해 국가안보를 고려하여 반역죄에 해당한다고 판결하였다.[31]

우리 형법은 제5조에서 「외국인의 국외범」이란 제목으로 "대한민국 영역외에서 내란의 죄, 외환의 죄, 국기에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄, 문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제230조 (공문서에 관한 죄), 인장에 관한 죄 중 제238조(공인에 관한 죄)를 범한 외국인에게 적용한다"고 규정하고, 제6조에서는 "대한민국 영역외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 제5조에 규정된 죄 이외의 죄를 범한 외국인에게 형법을 적용한다"고 규정하여 보호주의의 원칙을 채택하고 있다. 다만, 제6조 단서에서는 제6조 본문에 해당되는 경우에도 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 외국인의 국외범에 대하여 한국형법이 적용되지 아니한다는 예외를 규정하고 있다.

대법원은 미국시민권을 가진 자가 한국인인 한국외환은행 로스앤젤레스지점장에게 금품을 공여하여 한국의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반죄를 범한 사례에 대한 것으로서, 그 미국인을 대한민국 또는 한국국민에 대한 범죄로 형법 제6조를 적용하여 처벌할 수 있으나 제6조 단서에 해당하지 않는다는 점에 대한 입증이 필요하다는 취지에서, "당해 행위가 행위지법인 외국법에 의하여도 범죄를 구성한다는 사실을 검사가 엄격한 증명에 의하여 입증하여야 한다고 판시하면서 행위지법인 캘리포니아 주법에 의하여 당해 행위가 범죄를 구성한다는 점에 대한 증거가 없다"는 이유로 원심판결을 파기하였다.[32]

---

30) 이병조・이중범, FN(1), 497면; 廣部和也, "國家管轄權の競合と配分", 「國家管轄權」, 山本草二先生古稀記念, 勁草書房, 1998, 173面 參照.

31) 정영진・황준식 역, FN(19), 315면.

32) 대판 1973. 5. 1, 73도289.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅳ. 普遍的 管轄權

보편적 관할권(universial jurisdiction)이란 한 국가의 형사관할권과 관련한 일정한 내용의 규율은 어느 법역에서든 할 수 있다는 입장으로써, 세계주의라고도 한다. 영토관할권, 인적관할권, 보호적 관할권 등은 당해 범죄와 관할권을 주장하는 국가 사이에 일정한 관련성을 요구하지만, 보편적 관할권은 그러한 관련성을 요하지 않는다. 즉, 외국인의 외국에서의 범죄로 인하여 직접 어떠한 침해도 받지 않았다고 하더라도 형사관할권을 행사할 수 있다는 것이 보편관할권의 의미이다. 그러나 보편관할권은 국가주권과 국내문제불간섭을 기초로 하는 현대 국제법하에서는 일반화될 수 없는 예외적인 상황하에서만 원용될 수 있는 개념이다.[33] 살인과 같은 일반적 범죄에서 그 행위 발생국이 범죄인인도를 거부하면서 스스로 재판을 하려고 하지 않는 경우와 어느 국가의 관할권에도 속하지 않는 무주지나 공공물에서 무국적자가 행한 범죄 등에 적용된다는 것이다.[34]

보편적 관할권은 국제관습법상 해적행위에 대해서 인정되어 왔던 것으로 타국의 관할권 밖에서 또는 공해상에서 이루어진 행위에 대해서만 보편관할권이 인정되기 때문에 타국의 영토적 통일성을 침해하지 않으므로 영토적 관할권의 침해문제는 야기하지 않는다.

보편적 관할권은 항공기납치, 폭파 등 테러, 외교관살해 등에 관한 예컨대 1984년 고문방지협약 제7조의 고문, 1970년 항공기불법납치 억제에 관한 헤이그협약 제7조의 항공기불법납치, 1971년 민간항공기에 대한 불법행위 억제에 관한 몬트리올협약 제7조의 항공기테러 행위, 1988년 해상항행안전에 대한 불법행위 억제에 관한 로마협약 제7조의 해상테러 등에서 인정되고 있다.

국제사법재판소(ICJ; International court of Justice)는 The Barcelona Traction 사건(제2단계)에서 국가가 부담하는 의무를 ① 특정국가에 대한 부담의무와 ② 국제사회 전체에 대한 부담의무로 나누어 보았다.[35] 그리고 후자는 그 성질로부

---

33) 김대순, FN(2), 213면.

34) 영미법계는 이러한 원칙에 대해 적대적이다. 특히 하버드 리서치는 해적행위를 제외하고는 보조적 관할권의 근거로만 인정한다(정영진・황준식 역, FN(19), 315-316면).

35) 국제사회 전체에 대한 부담의무는 이른바 국제법상 강행규범 논의의 출발점이 된다. 국제법상 강행규범은 1969년 조약법협약 제53조의 규정으로 처음 성문화되었고, 1970년

CHOSUN UNIVERSITY 1946

터 볼 때 전적으로 국가관심사이므로 모든 국가가 법적 이해관계를 가지는 대세적(erga omnes)인 의무라고 하였다. 또 ICJ는 보편관할권의 문제가 아닌 외교적 보호권의 행사와 관련하여 ① 침략, ② 집단살해, ③ 노예나 인종차별로부터의 보호를 포함한 기본적 인권을 대세적 의무로 예시하였다.[36]

보편주의의 적용은 국제공동체 전체에 대해 위협이 되는 중대한 범죄 내지 국제법에 의하여 범죄로 규정된 개인의 행위인 '국제법하의 범죄'(crimes under international law)에 대해서는 광범위하게 인정되고 있다. 보편주의의 적용에 대하여 전혀 이론이 없는 것은 해적행위(piracy jure gentium)이고 노예매매나 마약거래, 해저전선(submarine cables)·관선(pipelines)의 파괴 등은 반드시 보편주의가 완전히 적용되는 것은 아니다.[37] 또한 전쟁범죄에 대하여 이를 보편주의에 포함시키는 견해도 있지만 의문도 제기되고 있다.[38]

Ⅴ. 海洋法上의 追跡權

추적권(right of hot pursuit)이란 연안국이 내수, 군도수역, 영해, 접속수역, 배타적 경제수역 내지 대륙붕상에서 외국선박이 자국의 관련법령을 위반했거나 일반 국제법상의 금지된 행위를 하였다고 믿을 만한 충분한 이유가 있을 때에 외국선박을 당해 관할수역으로부터 공해까지 계속 추적해서 나포·인치·처벌할 수 있는 권리를 말한다(UN해양법협약 제111조).

추적권은 19세기 후반부터 국제관습법상 인정되고, UN해양법협약에서 그 요건이 상세히 규정되었다.[39] 공해상을 항행하는 선박에 대해서는 기국이 배타적인 관할권을 행사하지만, 추적권은 UN해양법협약에 의하여 연안국에 국내 법령을

위 사건에서 재차 확인되었다.

36) 이의정, FN(2), 31-32면; Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (2nd Phase), ICJ Reports 1970, p.3.

37) 김대순, FN(2), 214면; Ian Brownlie, FN(11), p.305; D. J. Harris, Cases and Materials on International Law(fourth edition), London: Sweet & Maxwell, 1991, pp.275-276.

38) 이의정, FN(2), 32면; 山本草二, FN(9), 238-239面.

39) 김종구, FN(26), 278면; 김영구, 「한국과 바다의 국제법」, 효성출판사, 2002, 639면; F. Wooldridge, *Hot Pursuit*, in ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, Vol. 11, North Holland Publishing Co., 1987, p.145.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

위반했다고 믿을 만한 충분한 이유(good reason to believe)가 있는 외국선박을 공해까지 계속하여 추적하는 권능을 인정하는 예외적인 경우이다.[40]

연안국의 공권력 행사를 영해 내로 엄격하게 한정하게 되면 한다면 연안국이 영해 주권을 행사하는 것은 현실적으로 매우 어렵게 된다. 이러한 이유로 국제법은 연안국이 영해 및 자국 관할수역에 침투한 선박을 공해상까지 추적할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 종래 추적권의 개시에 접속수역이 해당하는가에 대해 격렬한 논쟁이 있었으나,[41] 오늘날은 연안국의 관할권에 종속되는 모든 해역으로 확대되어 배타적 경제수역이나 대륙붕 및 해양구조물 주변에서 외국선의 연안국 관련법령의 위반행위가 있는 경우에도 추적은 개시될 수 있다(UN해양법협약 제111조 제2항). 또한 추적은 피추적선이 문제의 수역 내에 있을 때 시작되어야 한다. 종래 외국선박이 영해 밖에 있는 상태에서 그 선박의 舟艇, 보트 등의 자선을 이용하여 연안국의 국제관습법상 금지행위를 하거나 연안국의 관련법령을 위반한 경우에 연안국의 국내법에 의해 공해에 있는 본선도 나포되어 몰수 기타의 형벌에 처해지는 경우가 있었다. 본선 자체는 관계수역 밖에 있었지만 그 본선의 자선 또는 보트가 관계수역 내에서 위법행위를 하여 나포되었음으로 본선도 여기에 연결되어 있다고 하여 추적권 행사의 대상이 되기도 하였다. 본선을 모선으로 하여 이와 일단을 이루어 작업하는 소형 배가 관계수역 내에 있는 경우, 관계수역 밖의 모선과 관계수역 내의 보트 사이에 관리·지배의 일체성이 인정되므로 모선에 대한 추적권의 행사가 가능하다고 보는 것이다.[42] 이 이론을 모선과 자선이 동일한 수역에 있다는 소위 추정적 존재이론이라고 한다.[43]

UN해양법협약상 추적은 시각적 또는 청각적인 정선신호를 당해 외국선박이 보

---

40) 김종구, FN(26), 282면; Craig H. Allen, *Doctrine of Hot Pursuit : A Functional Interpretation Adaptable to Emerging Maritime Law Enforcement Technologies and Practices*, OCEAN DEVELOPMENT AND INTERNATIONAL LAW, Vol. 20, 1989, p.309.

41) 김영구, FN(39), 640면. 이에 대해 긍정설은 접속수역을 연안국의 법질서가 유효하게 미치는 범위의 확대로 보며(김정균·성재호, 「국제법」, 박영사, 2004, 435면), 부정설은 접속수역을 접속수역 내에서 실행된 법위반행위에 대해서만 집행조치를 취할 수 있는 성격의 것으로 본다(山本草二 저, 최홍배 역, 「해양법」, 지산, 2002, 310면).

42) 山本草二 저, 최홍배 역, FN(41), 311면.

43) 이병조·이중범, FN(1), 481면; William C. Gilmore, *Hot Pursuit and Constructive Presence in Canadian Law Enforcement*, Marine Policy, Vol. 12, 1998, p.105.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

거나 들릴 수 있는 거리에서 발신한 후에만 개시할 수 있고(동협약 제111조 제4항), 추적권은 군함, 군용항공기 또는 정부업무에 종사함이 명백히 표시되어 식별이 가능하고 권한이 부여된 선박이나 항공기에 의해서만 행사될 수 있다(동조 제5항). 추적권이 정당화되기 위해서는 그 추적이 계속되어야 하고 중단되어서는 안된다(동조 제1항). 정당한 이유 없이 추적권을 행사하여 외국선박을 정선시키거나 또는 나포한 경우에는 외국선박이 받은 모든 손실 또는 손해에 대하여 보상해야 한다(동조 제8항).

연안국은 추적권을 행사함에 있어 피추적선에 대해 승선하여 임검하고 나포하는 등의 강제조치를 할 수 있으며, 추적의 목표 달성을 위해 필요한 합리적인 범위 내의 실력행사(necessary and reasonable force)가 가능하다.[44] 그러나 용의선박에 총격을 가하거나 격침시키는 것은, 우발적인 경우가 아니라 피추적선이 정선을 거부했다는 것만으로 의도적으로 이루어진 것이라면, 추적권의 과잉행사이며 위법하다고 해야 한다.

제3절 刑事執行管轄權의 國際法的 限界

Ⅰ. 刑事執行管轄權의 領土內的 限界

국가는 주권평등의 원칙에 따라 타국의 주권과 관련된 행위 및 재산에 관하여는 관할권을 행사하지 않는다. 국내법원이 법정지국 법률상 범죄행위에 대해 관할권은 형사집행관할권의 근거에 관한 일반원칙에 따라 행사되지만, 외교적 특권을 가지고 있거나 외교적 보호를 받고 있는 자의 경우에도 적용되는가는 국제법상 제기되는 중대한 논제이다.

1. 外交特權・免除

(1) 意義 및 法的 地位

44) 김대순, FN(1), 739면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

외교사절은 외교교섭 및 직무를 수행하기 위해 상주 또는 임시로 외국에 파견되는 국가기관을 말하며, 외교특권은 외교관이나 외국을 공식방문한 국가원수·정부각료 기타 일정한 정부대표와 단체로서의 외교사절 그 자체, 즉 그 종류와 계급[45]여하를 불문하고 국제법상 특혜로써 접수국 내에서 부여되는 접수국의 국민이나 외국인보다 특별한 보호 내지를 대우를 받는 특권적 지위 또는 일정한 경우에는 접수국의 재판권 및 강제집행권에서의 면제의 특권을 가지는 것을 말한다.[46]

외교사절단에 관한 특권·면제는 16세기 이래 유럽제국간에 상주대사를 교환하면서 국제관습법에 의하여 광범위하게 인정되어 오다가 1961년 3월 "외교관계에 관한 비엔나협약"을 정식채택함으로써 법전화되었다.[47]

외교사절에 대한 특권 및 면제는 이를 엄격히 구별하는 입장으로부터 동일시하는 입장까지 견해가 다양하다. 접수국의 입장에서 보면 면제는 국제법에 직접 근거하고 있지만 특권은 접수국의 국내법에 근거하고 있는 것이므로 이의 인정여부는 접수국의 재량이라면서 양자를 구별하고 있기도 한다. 그러나 면제와 특권은 밀접하게 결부되어 있으며 양자 모두 국제법에 근거하고 있는 제도라는 점을 고려하면 구별실익은 없다. 비엔나 협약에서 특권과 면제를 결부하여 혼용하고 있으며, 우리나라 실무상으로도 구별없이 취급하고 있다.[48]

외교사절단에 관한 특권·면제는 사절단 또는 공관원 자신은 국제법의 주체가 될 수 없기 때문에 그들의 권리가 될 수 없고, 사절단 본국이 향유하는 권리이다. 즉, 국제법은 파견하는 사절단에 대해 일정한 특권·면제를 부여하도록 접수국에 요청할 권리를 파견국에 인정하고 있으며, 그 내용은 국제법에 의해 결정된다.[49]

(2) 免除·特權의 認定理由

외교사절에게 외교특권을 인정하는 이유로는 권위설, 치외법권설, 기능설 등이

45) 외교사절의 계급은 ① 대사 또는 교황청대사 이와 동등한 기타 공관장, ② 공사 또는 교황청공사, ③ 대리대사 등의 3계급으로 구분하고 있다(외교협약 제14조 제1항).
46) 이병조·이중범, FN(1), 242면; 유병화·박노성·박기갑, FN(3), 330면은 외교관계 면제권이라고 한다.
47) 오윤경 외 20인(FN1), 84-85면; 이병조·이중범, FN(1), 242면.
48) 오윤경 외 20인, FN(1), 84면; 이의정, FN(2), 63면 참조.
49) 이병조·이중범, FN(1), 242면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

논의되고 있다. ① 권위설(대표설)은 파견국을 인격화하여 외교사절은 파견국 국가를 대표하므로 국가의 권위를 대표·유지하기 위하여 접수국은 사절에 대하여 국가에 대한 것과 동일한 특권·면제를 인정하여야 한다는 견해이다. ② 치외법권설(영토외설)은 파견국의 영토가 확장된 것으로 보아 외교사절이 접수국의 영토내에서도 법률적으로 접수국의 법령을 적용받지 않고 마치 영토밖에 있는 것처럼 간주된다는 견해이다. ③ 기능설은 외교사절단은 외국에서 직무를 수행하는 기관이므로 외국권력의 지배를 받지 않는 직무의 능률적 수행을 위하여 외교특권이 인정되어야 한다는 견해이다.

외교관계에 관한 비엔나협약 제31조 제1항 전문은 특권·면제의 목적을 국가를 대표하는 외교사절단 업무의 효율적 수행을 보장하기 위한 것이다라는 뜻을 명시하고 있다. 국제법위원회는 기능설에 근거하여 외교관계조약의 전문을 기초하였지만 1961년 외교관계회의에서의 전문심의에서 외교사절이 국가를 대표하고 있는 점도 특권·면제가 인정되는 하나의 이유가 된다고 보았다.[50]

특권과 면제는 외교관이 국가의 대표로서 접수국의 영향을 받지 않고 공관의 임무를 원활하게 수행할 수 있도록 보장하는 것이다. 따라서 외교사절에 대한 특권면제는 외교사절의 직무수행의 효율성보장과 외교사절의 국가대표적 성격 때문에 부여된다고 보는 기능설이 타당하다고 본다. 기능설이 다수설적 견해이다.[51]

(3) 免除·特權의 範圍

외교사절의 면제·특권은 ① 외교사절단 그 자체에 대하여 인정되는 면제·특권, ② 외교관에게 인정되는 면제·특권, ③ 재외공관의 면제·특권 등으로 구분할 수 있지만,[52] 관할권과 관련하여 살펴보면 다음과 같다.

외교관의 재판관할권의 면제는 외교관의 특권·면제 중에 신체의 불가침과 더

50) 김찬규·이영준, 「국제법개설」, 법문사, 1994, 300면.
51) 이병조·이중범, FN(1), 242면; 이한기, 「국제법강의」, 박영사, 1999, 539면; 정용태, 「국제법개설」, 형설출판사, 1985, 368면; 정용태·유재형, 「국제법학」, 대왕사, 1997, 452면; 오윤경 외 20인, FN(1), 86면; 이의정, FN(2), 64면.
52) 특권·면제의 내용에 대해서는 이병조·이중범, FN(1), 242-251면; 김대순, FN(1), 450면 이하; 오윤경 외 20인, FN(1), 95면 이하 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

불어 핵심적인 내용이다. 면제는 실체법으로부터의 면제가 아니라 재판권면제를 의미하는 것이다. 면제는 포기될 수 있고, 포기를 하면 접수국의 실체법이 적용된다. 일반적으로 외교관에게 재판관할권의 면제가 인정된다는 것은 외교관은 접수국의 실체법적 책임으로부터 면제되는 것이 아니라, 재판절차로부터 면제된다는 의미로 이해되어진다.[53] 즉, 외교관이 향유하는 면제는 접수국의 관할권행사로부터의 면제이고 관할권자체의 면제는 아니다. 따라서 외교관이라 하더라도 접수국의 교통법규 등 법령을 준수할 의무를 지며, 그 적용이 배제되지 않는다. 또한 접수국의 재판관할권으로부터 외교관을 면제하는 것은 파견국의 재판관할권으로부터 외교관을 면제하는 것은 아니다(외교관계에 관한 비엔나협약 제31조 제4항 참조).[54] 즉, 외교면제는 파견국이 외교관에 대해 민형사재판권을 가지고 있으므로 접수국에서의 범죄행위는 파견국의 재판소에서 소추될 것이라는 가정을 전제로 하는 것이다.

외교관은 원칙적으로 접수국의 민사 및 행정재판권으로부터 면제를 향유하지만, 외교관이 소송을 제기하거나 응소하는 경우, 사인자격으로 행해지는 개인부동산·상속·직무 이외의 직업 및 상업활동 등에 관한 소송 등의 일정한 경우에는 접수국의 민사재판관할권에 따라야 한다(비엔나협약 제31조 제1항 후문). 그러나 위와 같은 민사와 관련된 강제집행조치라도 외교관의 신체나 주거의 불가침을 침해하지 않는 범위 내에서만 가능하다(비엔나협약 제31조 제3항). 주186) 이 같은 특권면제는 외교관 개인에게 인정된 것이 아니므로 그 포기에는 파견국의 동의가 있어야 한다(비엔나협약 제32조).

형사재판관할권에 대하여는 절대적 면제로써 접수국의 형법에 위반되는 행위를 할 경우에도 소추하거나 처벌할 수가 없다(동조 제1항 전문).[55] 그러나 범법 행위를 한 외교관에 대하여는 기피인물로서 접수국은 본국에 소환을 요구할 수 있고 직접 퇴거를 명할 수는 있다.

---

53) 김대순, FN(1), 463면; 이의정, FN(2), 64면.

54) 김찬규·이영준, FN(50), 302면. 1978년 오스트리아재판소는 사냥에서 돌아오는 프랑스 대사를 과실로 죽게 한 유고주재 자국대사에게 비엔나협약 제31조 제4항을 원용하면서 벌금형을 선고한 사건이 있다(김대순, FN(1), 463면 참조).

55) 이병조·이중범, FN(1), 246면; 오윤경 외 20인, FN(1), 92면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 外國軍隊

(1) 意義 및 法的 地位

군대는 국가의 독립, 권위 및 안전을 유지하기 위하여 설치하는 실력적 국가기관이며, 외국에 주류하는 경우에는 대외적 국가기관의 성격을 갖는 것이다.[56] 군대의 법적 지위는 통상 '외국에 주둔하는 군대(외국군대)'를 중심으로 설명하며, 외국군대는 전시점령과는 달리 관계국들간의 공동방위조약과 기타 군사기지협정에 따라 우호적 합의에 의하여 평시에 다른 나라의 영토상에 장기간 주둔하는 것을 말한다.[57]

외국군대는 우방국의 요청에 따라 공동방위 목적으로 접수국의 영토 내에 주둔하므로 파견국은 자국군대가 공동방위라는 특수한 임무를 수행하는데 필요한 여러 가지 특권과 면제를 요청하게 되며, 한편 접수국은 이러한 외국군대에 대하여 양국간의 우호관계나 주둔군의 특수성을 고려하여 특권과 면제를 부여하는 것이 오늘날의 국제관례이다. 즉, 1국의 군대가 타국에 주류하는 경우에는 국제법상 일정한 특권·면제를 향유한다.[58]

이와 같은 주둔외국 군대 및 그 구성원의 법적 지위에 관한 사항을 당사국간에 규정하는 조약을 체결하는 것이 일반적이며, 이러한 내용과 관련된 조약을 '주둔외국군지위협정(SOFA; status of forces agreement)'이라고 한다. 대표적인 협정으로는 1951. 6. 19. NATO의 당사국간의 '북대서양조약기구 당사국간의 외국군대지위협정(런던협정)', 1961년의 '주일미군지위협정', 1966. 7. 9. '대한민국과 미합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 미합중국 군대지위에 관한 협정(Agreement Under Article Ⅳ of the Mutual Defense Treaty Between the Republic of Korea and the United States of America Regarding Facilities and Areas and the Status of the United States Armed

---

56) 이병조·이중범, FN(1), 267면; 이의정, FN(2), 66면; Robert Jennings & Arthur Watts(edited by), FN(28), p.1154.

57) 유병화·박노성·박기갑, FN(3), 377면; 최승환, "외국군 주둔과 한-미 주둔군지위협정", 「아사연법언론 연구총서」 제9권, 아시아사회과학연구원, 2000. 7, 12면.

58) 이병조·이중범, FN(1), 377면; 유병화·박노성·박기갑, FN(3), 377면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Fortes in the Republic of Korea)(주한미군지위협정)'[59] 등이 있다.

(2) 特權과 免除의 認定理由

외국군대의 주둔문제는 제2차대전 이후 국제연합헌장 제8장에 규정된 지역협력체제의 발전과 군사기지제도의 등장에 따라 발생한 문제로써, 외교관에 대한 면제·특권과 같은 국제관습적 해결로는 부적합하므로 파견국과 접수국간의 양자협정으로 지위협정을 체결하고 있다.

파견국 군대에 대해 특권과 면제를 인정하는 이유로 ① 외국군대는 접수국 영토내에서 그 임무를 수행하며 있지만, 법률적으로는 파견국의 영토 내 즉, 접수국의 영토밖에 있는 것으로 간주한다는 치외법권설, ② 외국군대는 국가를 대표하고 국가의 권위를 상징하는 파견국의 국가기관으로 그 독립성을 존중해주는 것이 바람직하다는 대표설, ③ 접수국이 군대의 주둔에 동의를 한 이상 특권과 면제는 부여된다는 접수국 동의설, ④ 외국군대는 군대라는 특수성 때문에 획일적인 지휘·명령관계에 있어야 하므로, 접수국에서 자신의 법규와 기능을 자율적으로 유지하기 위하여 필요한 범위 내에서 그 목적을 달성할 수 있도록 면제와 특권을 부여하는 것이라는 기능설이 대립하고 있다.[60]

(3) 特權·免除의 內容

외국군대 및 그 구성원은 원칙적으로 접수국 법령을 준수할 의무가 있지만(NATO협정 제2조, 한미협정 제7조), 외국군대 및 그 구성원, 군속 및 그 가족들의 신분과 법적 지위와 접수국 법률의 적용범위에 관해서는 주둔군지위협정에 따라 면제·특권을 부여받는다. 면제·특권의 내용은 여러 가지가 있지만, 특히 형

59) 이에 대해서는 김대순, FN(1), 497-510면; 유병화·박노성·박기갑, (FN3), 378-390면; 김성한, 「한미주둔군 지위협정 개정방향 : 정세와 정책」, 세종연구소, 2000; 성재호, "한미행정협정의 국제법적 고찰", 「성균법학」, 성균관대학교, 1989. 11; 이장희·장주영·최승환, 「한미 주둔군 지위협정 연구」, 아사연법언론 연구총서 제9권, 2000. 7; 이장희, "개정 한미주둔군지위협정(2001)의 형사관할권 및 시설·구역 등의 문제점과 개정방향", 「외법논집」 제11집, 한국외국어대학교, 2001. 12, 1-28면 등 참조.

60) 오윤경 외 20인, FN(1), 108면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

사 및 민사재판관할권의 면제를 그 주요내용으로 한다. 민사재판관할권은 군대구성원의 민사법적 활동에 관하여는 일반적으로 접수국의 재판권에 복종하는 것이 인정되기 때문에 별다른 문제가 없다. 형사재판관할권은 당사국간의 지위협정에 따라 그 규율방식의 정도가 다르다. 특히 주둔군의 순수한 내부규율과 부대 내의 명령위반사건 이외의 일반 형사사건에 관한 재판관할권에 대하여 의견이 나뉜다.

제2차대전 이후에는 주로 접수국에 재판관할권이 있다고 주장되었고, 공무상의 행위 또는 병영내에서의 행위만을 파견국의 관할권으로 인정하였다. 그러나 이것은 국제법상 확립된 것은 아니고 구체적으로 당사국간의 개별적인 합의로 결정된다.[61]

(4) 刑事裁判管轄權의 問題

형사재판관할권은 외국군대의 법적 지위에 있어서 가장 핵심적인 내용이지만, 그 귀속유형에 대해서는 이의 인정이유에 따른 학설과 같이 견해의 대립이 있다.

① 접수국 관할권설은 파견국 군대의 구성원은 접수국이 원칙적으로 주둔군에 대하여 전반적인 재판권을 갖고, 이 원칙을 제한하기 위해서는 조약 또는 기타 방법에 의한 접수국의 특별한 동의가 필요하다는 것이다. 이 견해는 속지주의에 의한 견해로 국제법상 국가의 기본적 권리의 하나인 영토주권사상에 입각한 것이다. 즉 국가간 주권평등과 국내문제불간섭의 원칙은 국제법상 확립된 원칙이고, 자국영토내에 있는 모든 사람과 물건에 대한 관할권은 자국의 질서와 그 시민의 생명과 재산을 보호하기 위해 전속적이면서 절대적이라는 것이다. 그러나 파견국이 그 군대에 대한 형사재판관할권을 주장하는 것은 접수국의 주권에 대한 침해이며, 이의 주장은 치외법권과 같은 부당한 권리의 주장인 동시에 과거의 영사재판권과 같은 부당한 권리를 주장하는 것이며, 범죄지의 사법정의를 해하는 결과를 가져온다는 비판이 있다.[62] 이 견해는 제2차대전 이후 영토주권사상을 배경으로 그 지지의 폭을 넓혀갔다.

② 파견국 관할권설은 파견국이 외국에 주둔하는 자국군대 및 그 구성원에 대

61) 이의정, FN(2), 67면; 김명기, 「국제법원론(상)」, 박영사, 1996, 829면.
62) 이병조・이중범, FN(1), 276면; 오윤경 외 20인, FN(1), 109면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

한 형사재판관할권을 배타적으로 파견국이 모두 가진다는 견해이다. 속인주의 또는 국적주의라고도 한다.[63] 이는 군기 및 질서유지의 필요성과 군대의 권위 및 사기의 손상, 접수국에서 파견국보다 형사피고인에 대한 인권이 보장되지 않을 경우 파견국 군대가 접수국의 일반국민보다 불리한 대우를 받게 될 우려가 있다는 점을 그 이유로 제시하고 있다.[64] 그러나 파견국관할설은 제국주의적 색채를 내포하고 있는 강대국의 이론이라는 비판이 있다.[65]

③ 절충적 견해는 원칙적으로 파견국이 재판관할권을 가지지만, 병영 밖에서 공무와 관련없는 범죄에 대해서는 접수국이 재판관할권을 가진다는 것이다. 즉, 일정한 범위내에서는 주둔군의 면제·특권을 인정하는 것으로 '군시설내' 또는 '공무집행중' 등의 개념을 통하여 그러한 범위내에서 파견국이 재판권을 가지고, 그 이외에는 접수국이 재판권을 가진다고 보는 견해이다. 공무가 아닌 휴가 중에 발생한 범죄에 대해서는 접수국이 소추할 수 있다는 원칙에 의한 것이므로 용무구분설이라고도 한다.[66] 이 견해는 외국군대의 주둔을 인정한다면 그 주둔군 작전의 효율적 기능에 필요한 한도 내에서 접수국이 묵시적으로 재판권을 포기한 것으로 보아야 한다는 것을 근거로 하며, 파견국 군당국의 지휘개념과 접수국의 영토주권개념의 조화를 도모하고 있다.

이상에서 살펴본 학설들은 오늘날 대부분의 국가들간 주둔군지위협정이 재판관할권 문제에 관한 명문규정을 두어 입법론적으로 해결하고 있기 때문에 그 이론적 의미는 크지 않다. 형사재판관할권의 귀속에 대한 오늘날의 다수설은 접수국의 재판관할권을 원칙적으로 인정하면서 주둔군의 기능에 필요한 한도내에서 파견국의 재판권을 예외적으로 인정하는 태도를 취하고 있다.[67] 즉 일반적으로 공무수행중의 범죄에 대한 재판관할권의 행사는 파견국이 제1차적으로 권리를 향유

---

63) 속인주의를 반영한 조약례로는 1950년 발효되고, 1967년 폐기된 '한미간 대전협정', 1947년의 '미·필리핀 군사기지협정'의 경우로써, 주둔군의 구성원에 대하여는 배타적 재판권을 행사할 수 있도록 규정하고 있었다(오윤경 외 20인, FN(1), 108-109면 각주 8번 참조).

64) 이병조·이중범, FN(1), 275면; 오윤경 외 20인, FN(1), 108-109면 참조.

65) 오윤경 외 20인, FN(1), 109면; 김용우, "한미주둔군지위협정에 있어서 형사재판권", 「입법자료분석」, 국회도서관, 1991, 144면 참조.

66) 이석우, 「한·미행정협정 연구」, 도서출판 민, 1991, 155면.

67) 오윤경 외 20인, FN(1), 109면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

하지만, 이는 본래부터 파견국이 향유하는 것이 아니라 합의에 의해 만들어진 협정의 규정에 의하여 인정된 것이라는 점, 동시에 접수국도 그러한 범죄에 대하여 재판관할권을 향유하지만, 그 재판관할권을 제1차적으로 행사하지 않을 뿐이라는 점을 고려하면 다수설의 견해가 타당하다고 본다.

Ⅱ. 刑事執行管轄權의 領土外的 限界

1. 意義

국제법상 국제관계의 대원칙은 주권존중이고, 그 파생원칙은 국내문제 불간섭 원칙으로 나타난다. 따라서 범죄를 범하고 외국으로 도주한 도망범죄인, 외국에서 범죄를 범한 자국민, 외국에서 자국민 또는 자국민을 상대로 하여 범죄를 저지른 외국인에 대하여 수사·증거수집을 하거나 체포하여 처벌하는 것이 사실상 불가능하게 된다. 이것이 형사집행관할권의 영토외적 한계이다.

2. 理論的 根據

(1) 主權論

국가가 성립하기 위해서는 국민·영토·정부 이외에 주권 내지 독립이 있어야 한다. 주권(souveraineté Souveränität; sovereignty)이란 국가간의 관계에 있어서는 최고 독립의 국가권력을 의미하는 것이다.[68] 즉, 대내주권이라는 측면뿐만 아니라 대외적인 국가 상호간의 관계에서도 타 권력 주체의 구속을 받지 않고 독립한다는 의미로서 국가주권의 절대성이라는 관념을 가지고 있다.[69] 국제법은 주권국가 상호간의 관계를 규율하는 법이므로 국제법상 기본적 개념 중의 하나가 국

68) 이병조·이중범, FN(1), 160면.

69) 이의정, FN(2), 13-14면; 정영진·황준식 역, FN(19), 310면; 高野雄一, "主權と現代國際法", 「國際社會と法」(高野雄一論文集 1), 東信堂, 1999, 8面; Herbert W. Briggs, The Law of Nations, Cases, Documents, and Notes, 2nd.ed, 1952, pp.239-240; Marjorlie M. Whiteman, Digest of International Law, Vol.1, 1963, p.238.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

가주권이다. 그러나 국가주권으로부터 연원하지만 국가관할권의 개념과 범위가 주권의 일치하거나 주권의 논리필연적인 귀결은 아니다.

세계질서제도는 전적으로 주권국가들의 정부에 의해 구성되는 것이다. 이들 정부는 자기의 영역을 지배할 완전한 자유를 가지며, 대외관계 및 각종의 상호연결을 규율할 자발적 협정을 체결할 수도 있다.[70] 그러나 이들 정부는 세계질서제도는 국가간의 보다 높은 권위가 존재하는 것이 아니라 전부 주권적이며 평등하다. 어떠한 정부도 국역 또는 크기를 이유로 해서 다른 정부보다 더 높은 공식적 지위를 가질 권리는 없다. 이러한 상황에서 「법과 질서」는 제정부의 의지 및 공동이익에 대한 그들의 인지에 의존하는 것이다.[71]

이러한 주권론의 원형은 아리스토텔레스의 「정치학」과 Rome법에서 찾아 볼 수 있다. 아리스토텔레스는 최고의 권력이 국가에 존재하고 있고, 이 권력은 1인의 군주, 소수자인 귀족, 다수자인 인민에 각각 있을 수 있다고 주장하였다. Rome법은 국가의 궁극적 권위는 시민전체에 있지만, 인민은 이 권력을 황제에게 위임하였으므로 황제의 의사가 법률의 힘을 가졌다고 보았다. 12-3세기에 있어서의 Rome법과 Aristotle연구의 부활은 교회와 국가와의 상호 대립·투쟁 속에서 성장한 주권이론의 기초를 마련해 주었다. 그리고 16세기 말에 이르러 국가와 인민과의 관계인 주권의 대내적 면은 Jean Bodin에 의해,[72] 그리고 국가와 다른 국가와의 관계인 주권의 대외적 면은 Hugo Grotius에 의해 완성되었다.[73]

주권개념은 보댕에 의하여 가장 완전하게 표현되었다. 그는 「국가론」에서 주권을 신민과 시민을 초월하는 최고권이며, 그것은 법에 의해서도 제한되지 않는 절대적·항구적인 것으로 군주에 귀속되는 것이라 한 이후로, 일반적으로 주권은

---

70) 김찬규, "국제법상 불간섭의 원칙", 「국제법과 현대법의 신전개」, 이남이중교수회갑기념논문, 신양사, 1993, 5면.

71) Richard. A.Falk, A Study of Future Worlds, 1975, p.59.

72) J. Bodin의 군주주권론은 신성로마제국황제와 교황에 대항하기 위한 이론이지만, 주권이란 용어가 '법 위에 군림하는 무제한의 권한'이라는 과장된 의미가 그대로 옮겨져 온 관계로 국제관계의 인식이 잘못되고 말았다고 한다(이의정, FN(2), 14면 각주 21; Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law(seventh revised edition), London & New York: Routledge, 1997, pp.18).

73) 김영추, "국민주권론의 현대적 전개", 「경성법학」제4호, 경성대학교, 1995, 11면; Gettel & Wanlass, 김경수역, 「정치학설사」, 일신사, 1959, 186면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

포괄적인 국가권력으로서 대외적으로 독립의, 대내적으로 최고의 권력으로 이해되고 있다.[74] 그로티우스는 「전쟁과 평화의 법」에서 '계약(합의)은 지켜져야 한다(Pacta sunt servanda)'는 자연법의 원리를 강조하면서 국제법의 이론을 전개하였다.[75] 즉, 계약에 의해 국제법이 성립할 때 국가는 그 대외적인 행동에 관하여 국제법의 규제를 받지만, 계약이 없는 경우에 국가는 주권적인 행동의 자유를 향유하게 된다. 그러나 이러한 논리는 순환론적 자기모순에 봉착하게 된다.[76] 19세기 헤겔의 영향으로 주권개념은 전성기를 이루고 최상의 무제한의 권력이 되었다. 헤겔은 "국가는 신의와 민족의 실체적 의지와 윤리관념이 구현된 민족국가의 형태로 구성되어 대외적으로 막강한 힘을 발휘하는 권력국가가 되어야 한다"고 주장하였다. 헤겔의 국가론은 프러시아 절대왕정을 최상의 정치체제로 찬양하고 국가를 지상의 최고선으로까지 승화시킨 국가절대주의라는 인식이 퍼져있으며, 군주의 인격 속에 국가이성이 내재되어 있다고 하면서 군주론의 절대화를 옹호하였다.[77] 이러한 헤겔의 사상은 사후 그의 제자 게르버와 라반트에 의해서 절대적 국가주권개념으로 정치화되었다.[78]

이와 같은 절대적 주권개념은 20세기 초 대외적 측면에서 국가의 무한권력을 인정하는 것은 부당하다고 지적되면서 주권을 대외적 측면에서 독립권으로 이해하는 국가주권이론이 등장하게 되었다. 그러나 주권개념이 명확하게 선 것은 아니다. 국가주권론은 알브레히트(W.E.Albrecht)에 의하여 창설된 후 게르버(Gerber)를 거쳐 옐리네크(G.Jellinek)에 이르러 그에 의하여 체계화되고 완성되었다.[79] 국가주권을 어떠한 다른 국가의 명령도 받지 않고 자기통치형태의 선택을 포함한 모든 법적 권력을 자유로이 행사할 수 있는 권리로 보지만, 다른 국가는

74) 최종고, 「법사상사」, 박영사, 2008, 94면; 이병조·이중범, FN(1), 161면; 박경철, "국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구", 박사학위논문 연세대학교, 2001, 16-17면.
75) 이한기, FN(51), 47면; 최종고, FN(74), 104면; 이한기, "그로티우스의 법사상", 「근대법사상의 전개」, 장경학박사회갑기념, 1977 참조.
76) 이의정, FN(2), 14면.
77) 조원홍, "헤겔의 민족적권력국가사상", 「3사논문집」제49호, 육군제3사관학교, 1999, 157, 172면.
78) 조원홍, FN(77), 176면; 박상섭, "근대국가형성과정연구", 「국제문제연구소논문집」제11호, 서울대부설국제문제연구소, 1987. 12, 15-20면.
79) 박경철, FN(74), 37면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

간섭하지 말아야 한다는 일정한 의무를 준수해야 한다는 결과가 나온다.[80] 그리고 전제군주제에 대항하는 항의적·투쟁적 이데올로기로서 등장했던 국민주권은 시민혁명과 산업혁명을 거치면서 봉건적 신분제도와 전제군주제가 타파되고 만민평등사회가 건설됨에 따라 오늘날에는 보편적 이데올로기로서 자리잡았고 그리하여 통치질서의 근본규범인 헌법에 규정되어 있다. 특히 이데올로기를 달리하였던 상반된 정치체제인 자유민주주의국가와 사회주의국가에서 모두 강조되고 있는 국민주권은 그것이 국민의 통치를 뜻하기 때문에 그 개념의 폭이 넓은 것은 사실이지만 그렇다고 해서 모든 정치체제를 포섭할 수 있는 가치중립적인 통치질서를 뜻하는 것은 아니다.[81]

이와 같이 주권에 해당하는 개념은 과거에도 오늘날에도 없을 뿐만 아니라 그 개념의 정확한 발생시기를 알 수 없다.[82] 이러한 주권개념의 불명확성 내지는 주권의 절대무제한의 권력성을 이유로 주권개념을 부정하거나 주권의 개념정의를 포기하려는 주장도 있다.[83] 즉, 과학기술의 발달로 국가영토개념의 감퇴, 주권국가의 급증, 국제문제에서 개인의 중요성, 국제사회의 조직화 등으로 주권의 절대무제한의 권력성을 이유로 주권개념을 부정하거나 다른 개념으로 대체하더라도 주권과 결부된 전통적 문제는 사라지지 않을 것이다.[84] 주권론은 근대국가의 생성, 존속 그리고 국가간의 관계와 밀접히 관련되어 있는데, 대내적으로는 사적 권력을 배제하여 국가내의 평화와 안정을 확보하고 대외적으로는 조직화된 단일체로서 국제법의 주체가 되어 국제평화를 확보하기 위해서 등장한 개념이다. 따라서 대내적인 평화와 안정의 확보가 국가의 과제로 간주되고 국가간의 관계가 유지되는 한, 대내적으로 국민과 국가의 관계와 대외적으로 국가와 국가간의 관계와 국가와 국제조직간의 관계는 여전히 문제가 되므로 주권과 결부된 문제는 남

---

80) 유병화·박노성·박기갑, (FN3), 308면.

81) 허 영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2007, 192면.

82) 박경철, FN(74), 16면.

83) Léon Duguit; Leçons de Droit public général(Paris: E. de BOOCARD, Editeuer, 1926) 이광윤 역,「일반 공법학 강의」, 민음사, 1995, 108면 이하; Martin Kriele, 국순옥 역,「민주적 헌정국가의 역사적 전개」, 종로서적, 1983, 279, 325면 이하.

84) A.Randelzhofer, “Staatsgewalt und Souveränität”, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof(Hrsg.), HdbStR, Bd. I, Rn.8; G.Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl, 김효전(역), 「일반국가학」, 태화출판사, 1980, 461면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

게 된다. 주권을 헌법이 명문으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 국민주권이 일반적으로 받아들여진 오늘날 국민과 국가권력의 관계를 올바로 정립하기 위해서라도 주권개념을 명확하게 해야 할 필요성이 있다.

(2) 國內問題 不干涉의 原則

국가는 국제법상 독립이 인정되며 모든 국가는 서로 평등하다는 것이 기본원칙이다. 따라서 모든 국가는 자기 영토상에서 배타적 관할권을 가지며, 국가의 대내적 문제에 대한 개입을 부인하고 있기에 대내적 문제에 대한 주권국가의 완전한 자주권을 강조할 뿐 아니라 주권국가의 독립도 강조한다. 따라서 국가 또는 국제조직이 국제법에 위반하여 타국의 국내문제에 간섭하게 국제위법행위가 된다.[85] 어떠한 국가도 직·간접적이든 어떤 이유에 의하던 타국의 대내·외적 문제에 간섭할 권리를 갖지 못한다. 이러한 불간섭원칙은 주권개념속에 논리필연적으로 포함되어, 다른 국가에 의한 대내적인 주권행사에 대한 개입을 금지한 것이다. 이러한 관념은 주권개념안에서 국내문제불간섭원칙의 절대화를 옹호하여, 일국의 국내통치에 대한 다른 국가의 개입을 절대적으로 거부하는 정당화근거로서 제공된다.[86] 그 결과 무역간섭과 다른 모든 형태의 개입 또는 국가의 인격이나 그 정치적·경제적·문화적 요소에 대한 위협시도는 규탄된다.[87]

근대국제사회는 주권국가들의 병존을 전제로 하지만, 국가간의 질서유지는 상호작용의 방법에 의존할 수 밖에 없었기 때문에 그 질서유지를 위한 방편으로서 특별한 형태의 행동을 금지하는 규범적인 요구의 필요성이 대두되었다. 즉, 독립국가들 사이에는 상호 불간섭원칙이 이론적으로 형성되기 시작하였다. 불간섭원칙에 대하여 1965년 12월 21일 UN총회에서 「국가의 국내문제에 대한 간섭불용 및 그 독립과 주권의 보호에 관한 선언」이 채택된 바 있다.[88]

'간섭'이란 일반적으로 1국 또는 복수의 국가가 정당한 권리없이 타국의 국내문

85) 이병조·이중범, FN(1), 174면.
86) 이의정, FN(2), 15면.
87) GA Res.2131 XX, 1965. Text in 60 American Journal of International Law, 1966, pp.662-664.
88) 김찬규, FN(70), 6면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제에 대해 개입하려는 행위를 표시하는 것으로 빈번히 사용되는 말이다. 그러나 광의로는 타국의 모든 문제에 대하여 대내적·대외적으로 명령적 개입을 함으로써 그 국가의 독립을 훼손하려는 것을 의미하며,[89] 협의로는 1국이 타국의 국내문제에 강제적으로 개입하는 것을 말한다.[90] '국내문제'란 불간섭의무의 대상이 되는 것으로 국내관할권에 속하는 사항으로 국제법이 국가에 의한 규율에 일임하고 있는 사항이다.[91]

그러나 오늘날 국제조직화의 가속과 더불어 국가의 대외적인 거래나 활동은 상호의존(interdependence)의 정도를 넘어서 상호침투(interpenetration)라는 표현을 쓸 정도로 매우 긴밀하게 전개되고 있다. 이러한 국제관계는 아직 국내사회에서처럼 동질적 연대관계에 이르지는 접근하지 못하였지만, 때로는 이질적인 연대관계라는 용어로 표현될 정도로 밀접하게 되었다. 그러나 독립국들로 구성되는 동위적 국제질서하에서는 국내문제가 완전히 소멸될 수는 없다. 특히 국제거래의 분야에서는 다른 어떤 활동분야에서 보다도 상호연대가 강화되어 국제사회는 하나의 세계적인 경제체계를 형성하기에 이르렀다. 이와 같이 국제사회의 긴밀화가 촉진됨에 따라 국내문제는 축소되어 가면서 국제법은 외국과 사인간의 분쟁에 대하여 국내법원이 외국에 대하여 관할권을 행사하는 것을 제한적으로 허용하게 되었다. 특히 최근인류의 평화와 안전에 심각한 폐해를 끼치는 국제범죄에 대하여도 불간섭원칙의 예외영역으로 인정하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있다.[92]

---

89) Brierly-Waldock, The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace, 6th ed, 1963, p.402.

90) 이병조·이중범, FN(1), 175면.

91) 국내문제의 범위에 대해서는 대내사항제한설과 대외사항확장설로 대립되어 있지만, 오늘날 1국의 대내적 문제와 대외적 문제는 대부분 밀접한 관련성을 가지는 것이므로 대외적 사항을 불간섭의무로부터 제외시키는 타당하지 않다. 다수설인 대외사항확장설이 합리적이다(이병조·이중범, FN(1), 174면).

92) 관습국제법상 범죄로 인정되는 것은 종래 해적행위, 노예판매, 노예수송, 마약판매 해저전선의 파괴 또는 손상 등이었는데, 최근에는 평화에 대한 죄, 인도에 대한 죄, 통상적 전쟁범죄, 각종 국제조직범죄행위 등을 포함하고 있다(김찬규, "국제사건에 대한 국내재판소의 관할권", 「국제법협회논총」 제3권, 1987. 12, 27면).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅲ. 領土外的 限界를 메우기 위한 國際的 努力

1. 國際刑事司法共助

세계 각국은 '형법적용에 관한 규정'을 재량입법하여 내국형법을 영역외에 적용하는 것이 가능하기 때문에, 국가간 형사관할권의 경합문제가 발생하게 되고 그 조정이 필요해진다. 그러나 집행관할권의 행사는 기본적으로 속지적인 것이므로 타국영역 내에서의 행사에 관한 조약과 기타 동의가 없는 경우에 있어서 그 집행의 실행은 영토주권의 침해를 의미하기 때문에, 타국정부의 동의여부는 중요한 문제가 된다. 따라서 국가의 형사관할권 중 주요하게 논의되는 것은 형사집행관할권 사이의 간격을 메우기 위한 제도인 광의의 국제형사사법공조문제와 범죄진압 및 예방에 있어서 국제적인 협력을 증진하고, 국제적 성격의 범죄에 대한 형벌권행사를 실효화하기 위해서는 범죄인인도제도와 형사사법공조체제의 기능화·체계화이다.

(1) 國際刑事司法共助의 意義

국제형사사법공조는 국가가 형사관할권을 행사하는 표현형식으로 일국이 본국의 관련 법률규정에 의하여 형사절차의 수사 또는 재판과 관련하여 외국의 요청이 있을 때에 이에 필요한 협조를 제공하거나 제공받는 일정한 형사소송행위를 말한다.[93] 국제형사사법공조는 광의로는 범죄진압이라는 국제적인 공통 관심사를 실현하기 위한 모든 형태의 협력행위라고 할 수 있다. 넓은 의미의 형사사법공조에는 협의의 형사사법공조, 범죄인인도, 외국형사판결의 집행, 형사절차의 이관 등을 포함하며, 여기에서 범죄인인도 및 협의의 형사사법공조를 제2차적 또는 고전적 사법공조라고 한다. 이와는 달리 외국형사판결의 집행 및 형사소추의 이송과 같은 형사사법공조를 제1차적 또는 새로운 유형의 국제형사사법공조라고 한

93) 박수철, "형사사법공조에서 본 국제법상 범죄인인도제도와 문제점", 「입법조사월보」 제5호, 국회사무처, 1991, 50면; 陳忠林, "충돌과 해결-국제형사사법공조의 국제와 국내법의 근거", 「비교형사법연구」 제7권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005. 12, 40면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

다.[94]

외국에 대한 범죄인인도청구 등 사법공조청구는 외교경로를 통하는 것이 국제적인 통례이다. 즉 외국에 대하여 사법공조를 청구하는 경우에는 그 국가의 법원 또는 법무당국으로부터 자국의 외교기관을 통하여, 상대국의 외교기관에 전달하면 다시 상대국 법원 또는 법무당국에 전달된다. 또한 반대의 경우에는 역순의 경로를 거치게 된다.

(2) 國際刑事司法共助의 必要性

국제사회의 개방과 현대 과학기술의 발달의 역효과로서 나타난 것이 조직범죄, 부패범죄와 테러주의 범죄 등 각종 다양한 다국적 범죄활동이다. 이러한 다국적 범죄활동은 세계평화와 발전 및 국내문제를 야기시키므로 이의 효율적 대응을 위하여 그 예방과 단속을 위한 국제적 네트워크를 구축할 필요가 있다. 즉, 국제형사사법공조는 다음과 같은 이유로 그 필요성이 제기된다.

첫째, 범죄의 국제화에 대처하기 위한 것이다. 오늘날 범죄는 국제적인 범죄망을 조직하여 지능범화, 광역화되고 있다. 둘째, 교통수단이 발달한 시대에 있어서는 범죄인의 국외도주가 용이하여 도피한 범죄인에 대한 그 소재나 증거물의 확보가 일국의 노력으로는 한계에 부딪치며 이에 관계국의 협조가 필요불가결해 지는 것이다.[95] 셋째, 형사사법적 정의실현을 위해서도 필요하다. 범죄는 특정 사회의 질서를 위반하는 것일 뿐 아니라 인류의 보편적 가치에 대한 침해이기 때문에 국제사회는 범죄진압에 있어서 공통이익을 가진다. 자국의 영역을 이탈한 도주범죄인을 영토주권의 장벽에 부딪쳐 처벌할 수 없게 된다면 이는 형사사법의 정의에 반하고 아울러 범행을 조장하거나 방치하는 결과를 초래하게 될 것이다.[96] 넷째, 보다 발달된 수사기술의 확보를 위해서는 각국간 수사분야에 있어서의 교류와 협력이 필요하며 적정한 형벌은 충분한 증거수집을 기초로 하여 가능하다는 면에서 국제형사사법 공조체제의 확립이 필요하다. 다섯째, 현재 국제사회는 통일

94) 조상제, 한국 국제형사사법의 주요 문제", 「비교형사법연구」 제6권 제1호, 2004, 355면.
95) 박수철, FN(92), 50면 참조.
96) 이영란, "한국의 국제범죄의 실태와 대책", 「형사정책」 제12권 제2호, 2000, 276면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

성과 체계성이 불완전한 구조를 형성하고 있으며, 이에 대한 보완은 법질서의 견고화를 통해서 가능하다. 이런 측면에서 국제화된 형사사법체계의 형성은 국제사회 발전을 위해서도 매우 필요하다.[97] 마지막으로 형사문제에 있어서 국가간의 긴밀한 협력은 피의자 또는 피고인의 인권을 보호하기 위해서도 필요하다. 피의자 또는 피고인에게 유리한 증거나 증인이 외국에 있을 때 영토주권 등을 이유로 사법공조의 제공을 거부한다면 이는 사법정의의 이념에 반하기 때문이다. 이러한 요구들을 충족시켜 범죄진압 및 인권보호의 효과를 거두기 위해서는 각국이 형사사법에 있어 영토주권의 엄격성을 완화시키고 적극적인 국제협력을 달성하는 것이 필요하다.[98]

(3) 刑事判決執行의 國際共助

형사판결 집행의 국제적 공조의 문제는 국제형법에서 가장 논의가 많은 문제중의 하나로 어느 한 국가에서 형의 선고를 받은 자를 다른 국가에서 집행하는 것을 말한다. 이는 외국에서 확정된 형사판결을 국내에서 집행할 수 있도록 협조하는 것을 말하는 것이며, 판결은 확정된 판결을 의미하는 것으로 종국판결을 말한다. 이에 대하여는 민사판결과 형사판결을 동일하게 보아야 한다는 견해도 있으나 민사판결과 형사판결 사이에는 본질적인 차이가 있다는 반대론도 있다. 반대론의 근거는 민사판결은 당사자간의 분쟁해결을 꾀하는데 대하여 형사판결은 국가의 형벌권의 행사에 기초한 것이라는 데 있다. 형법은 민법과는 달리 국가의 질서를 유지하기 위한 것으로 국가의 사정에 따라 여러 가지 형태로 나타나고 있는데 이 형법의 국가성의 원칙은 국제적으로 인정받아 전통적으로 형벌권은 국가주권의 한 속성으로 해석되고 있다.[99]

97) 박수철, FN(92), 50면 참조.
98) 조상제, FN(94), 354면 참조.
99) 윤수정, “국가간 형사관할권에 관한 연구-국제적 성격의 범죄를 중심으로-”, 석사학위논문 한양대학교, 2005, 80면 이하; 森下忠, 「國際刑法の新動向」, 成文堂, 1979, 199面.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 狹義의 國際刑事司法共助制度

협의의 국제사법공조는 사법공조전반에서 범죄인의 신병인수에 주안점을 둔 범죄인인도를 제외하고, 주로 재판단계에서의 유·무죄의 입증을 위하여 행해지는 인증·물증의 취득이나, 그 준비단계로서 행해지는 수사단계에서의 자료수집과 정보의 교환 및 소송관계서류의 송달 등을 위한 국가간의 제반협력을 그 내용으로 하고 있다고 말할 수 있다. 이런 공조는 공조조약에 의하거나 또는 동조약이 미체결된 경우 상호주의에 의하여 이루어진다. 또한 국가에 따라 차이가 있지만 이에 관한 국내법을 가지고 있는 국가들이 있다.

국제형사사법공조는 조약에 특별히 정한 것을 제외하고 수사와 재판에 걸쳐 행해진다. 즉, ① 사람 또는 물건의 소재수사, ② 서류 등의 송달, ③ 서류·기록의 제공, ④ 증거수집·압수·검증, ⑤ 증거물 등 물건의 인도, ⑥ 진술청취 기타 청구국에서 증언하게 하거나 수사하게 하는 조치 등이 그것이다.

3. 犯罪人引渡制度

범죄인인도제도(Treaty on Extradition)는 범죄인이 당해 범죄와 관련하여 재판관할권이 없는 국가 또는 그에 대한 재판관할권이 있다고 하더라도 필요한 모든 증거와 증인들이 외국에 있어 사실상 재판이 불가능하거나 재판하기를 기피하는 국가로 도피하였을 경우, 범죄인에 대한 심리 및 재판을 가장 적정하게 행할 수 있는 곳이 범죄지국이라는 점에서 국가간의 범죄인인도를 통해 범죄를 진압하고자 하는 제도이다.[100] 즉, 범죄인인도제도는 다른 나라에서 범죄를 저지른 후 자국으로 도피하였거나, 자국 내에서 타국의 법익을 침해하였거나, 유죄판결을 받고 자국에 체재하는 범죄인의 소추 또는 처벌을 위해 당해국에 인도하는 것으로, 강제적 출국의 한 형태이다. 개인이 범죄를 범한 후 또는 형집행을 완료하기 전에 외국으로 도피한 경우 외국정부의 동의가 없는 경우 당해 국가의 영토에 들어간 범인을 체포하고 그 곳에서 재판할 수 없다는 형사집행관할권의 영토적 한계를 극복하기 위한 제도이다. 즉 도망범죄인에 대한 심판을 가장 유효적절하게 행사

100) 이병조·이중범, FN(1), 576-577면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

할 수 있는 곳은 범죄인의 소재지가 아니라 범죄지의 관할국이라는 점을 고려하면 범죄인인도제도가 범죄의 진압이라는 목적을 가장 잘 달성할 수 있는 것으로 가장 고전적이며, 중요한 형태의 국제형사사법공조에 해당한다.[101]

오늘날 범죄인의 인도가 보편적인 제도로 인정되고 있기는 하지만, 아직은 조약에 의한 의무일 뿐 국제관습법상 확립되어 있는 제도라고 할 수는 없다. 영미법계에서는 범죄인인도조약이 체결되어 있는 국가에 대해서만 범죄인을 인도하고 있으며, 대륙법계 국가인 우리나라나 독일의 경우에는 조약이 없는 경우에도 상호주의에 의하여 범죄인을 인도하는 등 실제의 집행에 있어서 차이가 있다.

우리나라가 범죄인인도에 관심을 가진 것은 일본에 있었던 공범들의 인도청구가 검토되었던 1975년 문세광사건이 발생했을 때이다. 정치적 변혁기였던 1980년대 초 재산의 해외반출과 함께 국외도피사범의 증가로 범죄인인도청구문제가 제도적으로 연구되기 시작한 것이다. 국제대회유치와 해외여행자율화조치로 출입국인구가 증가하면서, 외국과의 범죄인인도조약 체결 및 범죄인인도법 제정의 필요성을 절감하였다. 한국은 1990년 호주와 범죄인인도조약을 체결한 이래 지금까지 16개국과 범죄인인도조약을 체결하였고, 그 중 15개국과의 조약이 발효 중이다.

4. 受刑者移送制度

수형자이송제도(Transfer of Sentenced Persons)란 외국 교도소에서 복역 중인 자국민을 생활의 본거지인 국내로 데리고 와 국내 교도소에서 나머지 형기를 복역하게 하게 함으로써, 언어·문화·음식 등의 이질성과 가족과의 격리 등 형벌 이외의 추가적 고통을 해소하여 주고 수형 후 원활한 갱생과 조속한 사회복귀 촉진을 그 목적으로 하는 인도주의적인 고려에서 나온 제도로 현재 유럽과 미주를 중심으로 활발하게 운영되고 있다. 여기에는 외국에서 자유형 집행 중인 자국민을 송환받는 국내이송과 반대로 자국에서 형 집행 중인 외국인을 돌려보내는 국외이송의 두 가지가 있다. 이러한 수형자이송제도는 국가간 형사문제에서 상호협력을 통해 수형자의 사회복귀와 재통합(social rehabilitation and reintegration)이

101) 이병조·이중범, FN(1), 577면; 천진호, “한국의 범죄인인도제도와 국제수형자이송제도 개관”, 「비교형사법연구」 제7권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005. 12, 133면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

라는 행형제도의 궁극적인 목적을 달성하는 동시에 수형자 개인의 인권과 권익보호도 아울러 도모하는 제도이다. 수형자이송제도는 범죄인인도제도와 같이 범죄인의 인도를 필요로 하는 국가의 형사적·공익적 목적의 달성을 우선시하는 국제형사사법공조제도와는 달리 수형자 본인의 개인적인 혜택이 공공적 혜택의 요소를 훨씬 능가하는 특이한 인도주의적 제도라고 할 것이다.[102] 또한 수형자이송제도는 본인의 동의와 무관하게 자국에 있는 외국인을 본국이나 제3국으로 강제로 출국 또는 이송시키는 추방과도 구별이 된다.

수형자이송제도는 비교적 최근에 발달한 제도로써 양자조약이나 지역적 협력조약 등에 의해 외국인 수형자를 유죄판결을 받은 재판국으로부터 집행국인 본국으로 이송해서 자유형의 집행을 종료하는 제도로 범죄인인도제도와 같이 국제사법공조제도의 한 형태이며, 발전과정에서의 연장선상에 있는 제도이다. 「유럽수형자이송협약」은 유럽국가는 물론이고, 세계 59개국이 가입하고 있는 국제수형자이송에 관한 다자간협약이다.[103] 우리나라는 2005. 7. 20. 유럽평의회(Council of Europe) 사무국에 「수형자의 이송에 관한 협약 (Convention on the Transfer of Sentenced Persons, ETS No.112)」60번째로 가입서를 기탁하고, 가입이 발효되는 2005. 11. 1.부터 개별조약을 체결함이 없이 미국, 캐나다, 일본, 호주 및 유럽국가 등 협약가입국과 수형자이송을 실시할 수 있게 됨으로서 수형자이송을 위한 국제적 기반을 구축하게 되었다.

우리나라는 2003. 12. 31. 「국제수형자이송법」을 제정·공포하여 수형자이송 System 가동을 위한 국내적 준비를 마친 상태이지만, 국제적 추세와 동법 제3조에 따라 조약전치주의를 채택함으로 인하여 상대국과의 조약체결이 있어야만 수형자이송이 가능하다.[104] 이 법에 따라 외국에서 형이 확정된 한국민을 국내로 이

---

102) 유복근, “국제수형자이송제도; 유럽평의회 수형자이송협약을 중심으로”, 「국제법동향과 실무」제4권 제2호, 2005, 2-3면; 천진호, FN(101), 135면.

103) 한국은 2004.9. 가입 의향서를 제출하고 현지 설명회를 개최한 바 있으며, 2005.6.29. 협약 가입 동의안을 국회에서 정부원안대로 가결하였다

104) 2007년 6월 기준으로 외국에서 수형 중인 한국민은 총 1,400여명으로 일본이 900여명, 미국이 200여명, 중국에 160여명 정도이며, 반대로 한국에 수형 중인 외국인 수형자는 모두 660여명으로 중국인 340여명, 대만 60여명, 몽골 35명 순으로 나타났고, 6월 12일 제2차 국제수형자이송심사위원회를 개최하여 국내이송 신청자 10명, 국외이송 신청자 1명의 이송을 승인하였다(http://cafe.naver.com/vietcafe/2486)(검색일자 : 2008. 10. 20).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

송받게 되면 외국에서 집행하지 못한 나머지 형기를 한국에서 집행하게 되며, 그 경우 사면이나 감형 및 가석방등의 권한을 한국 정부가 행사하게 된다. 이로써 경제활동이나 유학 등의 사유로 외국에 체류하다 범법행위로 인하여 그 국가에서 자유형의 유죄판결이 확정된 한국민들의 인권을 더욱 두텁게 보호할 수 있게 될 것으로 예상된다.

이와 같이 한국이 이번에 「Europe수형자이송협약」에 가입하고, 「국제수형자이송법」을 제정함으로써 그 동안 한국의 사법·교정제도에 대한 국제적 신뢰의 공감대가 형성되었다는 것을 의미하며, 앞으로 한국이 인권선진국으로서의 국제적 위상을 더욱 높여갈 것으로 기대된다. 이에 대해서는 장을 바꾸어 상세하게 설명하기로 한다.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제3장 刑事執行管轄權의 域外適用制度

-公海上에서의 追跡權-

국가는 원칙적으로 타국의 영토에서 자국법 집행을 위한 조치를 취하기 위해서는 동의를 얻어야 한다. 공해상을 항행하는 선박에 대한 기국주의의 예외로 국가의 형사집행관할권의 역외적용제도로써 임검권제도, 추적권제도가 있다. 즉, 모든 국가의 군함 또는 단속권이 부여된 선박은 공해상에서 타국 국기를 게양하고 항행하는 선박, 노예수송선, 해적행위를 한 선박, 마약을 불법으로 수송하는 선박, 불법방송을 하는 선박에 대하여 나포·체포할 수 있다. 이는 임검권의 행사에 의하여 집행된다. 그리고 연안국은 자국의 내수, 영해, 접속수역, 배타적 경제수역, 대륙붕상에서 자국의 법령을 위반한 외국선반에 대해 당해 관할수역으로부터 계속 공해에까지 추적하여 나포하거나 재판을 위해 인치할 수 있다. 그러나 임검권은 형사집행관할권의 영토외적 한계를 보완하기 위한 제도이기 보다는 국제법상의 보편관할권에 의한 것으로 보는 것이 타당하다고 보아, 이하에서는 추적권제도만을 상술하는 것으로 제한한다.

제1절 追跡權의 意義

공해란 국가의 내수, 군도수역, 영해 및 배타적 경제수역에 포함되지 않는 수역으로서 국가의 주권이 배타적으로 행사되지 않는 해양의 모든 부분을 말한다(UN해양법협약 제86조). 따라서 공해는 어느 국가도 전속적으로 영유할 수 없으며(귀속으로부터의 자유), 각국의 자유로운 사용을 위해 개방되어야 하고(사용의 자유), 항해의 자유(freedom of navigation)가 인정된다(UN해양법협약 제89조 참조). 이러한 귀속으로부터의 자유와 사용의 자유를 가리켜 공해자유의 원칙이라 한다.[105]

공해는 국제공동체의 공유물이기는 하지만,[106] 공해상의 질서유지를 위하여 항

105) 박용현, FN(10), 269-270면; 김대순, FN(1), 854-859면.
106) 공해의 법적 성질에 대해서는 이병조·이중범, FN(1), 473면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

행하는 선박에 대해서는 일차적으로 기국이 관할권을 가지는 기국주의(the Exclusivity Rule of Flag-State Jurisdiction)에 따른다.[107] 기국주의란 공해상의 선박은 기국이 배타적 집행관할권을 가지다는 원칙을 말하지만(UN해양법협약 제92조 제1항), 이 기국주의에는 해적행위, 임검권(right of visit), 추적권(right of hot pursuit) 등의 예외가 있다.[108] 즉, 해적선, 노예매매선, 무국적선은 어느 국가든 관할권을 행사하여 단속할 수 있다.

추적권은 국가의 관할권을 예외적으로 공해까지 연장하는 것을 허용하는 것으로 과거 국제관습법상 인정된 권리이며, 그 요건에 대하여는 1982년의 UN해양법협약(United Nations Convention on the Law of the Sea) 제7부 제1장 총칙 제111조에서 상세히 규정하고 있다.[109] UN해양법에서 연안국은 그 국내 법령을 위반했다고 믿는데 충분한 이유가 있는 외국선박을 공해에까지 계속해서 추적하여 나포할 수 있다(UN해양법협약 제111조 제1항).

UN해양법협약상 추적권이란 무해통항권을 향유하고 있던 외국선박이 연안국의 내수(internal waters), 군도수역(archipelagic waters), 영해, 접속수역(Contiguous Zone), 배타적 경제수역 또는 대륙붕상에서 연안국의 관련 법령를 위반하고 도주한다고 믿을 만한 충분한 이유가 있을 때 연안국의 군함이나 정부용 선박 등이 외국선을 당해 관할수역에서 공해에까지 계속 추적하여 나포하거나 재판을 위해 연안국에 인도할 수 있는 권리를 말한다.[110] 즉, 관습국제법상 연안국의 군함 또는 권한있는 공선은 영수내에서 연안국의 법령을 위반한 외국선박을 공해에까지 계속적으로 추적하여 나포할 수 있다.

이러한 추적권은 연안국의 영토 관할권(territorial jurisdiction)에 대한 주권적

---

107) 김대순, FN(1), 863면; 김종구, “UN해양법협약상 추적권 행사의 요건에 관한 고찰 - 상선 사이가호 및 불심선 사건과 관련하여”, 「해양환경안전학회」제14권 제2호, 2008. 6, 149면.

108) 김대순, FN(1), 863면; 김영구, FN(39), 639면.

109) UN해양법협약은 제3차 유엔해양법회의의 결과, 1982년 12월 10일 자메이카의 몬테고베이에서 채택된 해양법에 관한 조약으로써 전문 320조 외에 9조의 부칙으로 되어 있는 평시에 바다의 이용에 관한 국제법의 집대성이라고 할 수 있다. 157개국이 서명을 하고 60개국 이상이 비준을 함으로써 1994년 11월 16일에 발효되었고, 우리나라는 1996년 1월 29일에 가입하여 1996년 2월 28일부터 발효되었다.

110) 박용현, FN(10), 272면; 김대순, FN(1), 870면; 이석용, 「국제법」, 세창출판사, 2003, 374면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

권한의 행사를 실질적으로 보장하기 위하여 인정되는 연안국 관할권 행사의 연장이다.[111] 추적권과 비슷한 현상은 해전에서 나타나는 교전국 군함의 추적을 받은 적함선이 제3국의 영해 내로 입항하였을 때 제3국 영해 내로 교전국 군함이 추적하여 그 적함선을 나포하는 경우와 같다. 그러나 해전에서 적선의 추적은 그 발생사적 고찰을 별도로 하더라도 평시의 추적권과는 직접적 관련은 없다고 보며, 평시의 추적권은 1880년대에 이르러서 학설과 관행상 확립되었다.[112] 그 근거에 대해서는 종래 영미법상 즉시 추적권이론에 의하여 설명하는 견해와 내수·영해 또는 접속수역에서의 연안국의 법령위반시 불완전한 관할권이 발생한 경우 그로부터 추적권이 발생한다는 견해 등이 있었지만, 현재는 UN해양법협약 제111조가 추적권이라는 표제로 실정법화되어 있기 때문에 그 근거로 본다.[113]

이와 같은 추적권은 타국의 선박을 공해상까지 추적하여 나포하는 것을 인정하는 그 행사는 극단적인 행위이기 때문에 당해 선박의 기국은 추적의 필요성이 명백하다고 하더라도 자국의 이익을 위해서 그 요건을 엄격하게 해석하는 등의 거부감을 나타낼 수밖에 없을 것이다. 따라서 추적권의 행사는 UN해양법과 관습법이 인정하는 전제요건을 갖추어야 할 것이며, 공해상에서 외국선박을 추적하고 나포하는 과정에서의 실력행사는 엄격한 해석이 필요할 것이다.[114]

제2절 追跡權의 要件

영토의 경계는 국경이라는 이름하에 엄격히 관리되는데 반하여 영해의 경계는 국제법상 인정되는 12해리 밖으로 선박이 나아가는 데에는 아무런 자연적 장애물이 없다. 따라서 공해상의 외국선박에 대한 불간섭원칙과 영해주권의 원칙을 엄격히 인정할 경우 내수, 영해 또는 접속수역에서 연안국 법령을 위반한 외국선이

111) 김종구, FN(107), 150면; 김영구, “공해상 기국 이외의 관할권에 관한 약간의 고찰”, 「국제법학회논총」 제32권 제2호, 현민유진우박사 추모특집, 대한국제법학회, 1987. 12, 90면.

112) 이의정, FN(2), 81면. 추적권의 연혁과 이와 관련된 아리우나호사건, 그레이스·루비호 사건 등에 관해서는 이병조·이중범, FN(1), 481면 각주 3번 4번 참조.

113) 이병조·이중범, FN(1), 480면.

114) 김종구, FN(107), 150면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

내수, 영해 또는 접속수역 외로 도주하면 나포할 수 없게 되어 공해는 범법외국선의 비호처가 될 우려가 있고, 이러한 문제점을 해결하기 위하여 영토주권에 종속되는 내수나 영해로부터 시작된 관할권 행사의 계속성을 인정하는 것이다.[115]

그러나 이러한 연안국의 추적권은 그 선박의 기국이나 제3국의 입장에서 보면 공해상의 권리에 대한 심각한 제약이다. 따라서 1958년 공해협약 제23조와 1982년 UN해양법협약은 연안국의 추적권에 엄격한 요건을 규정하고 있다.

Ⅰ. 追跡船

UN해양법협약은 "추적권은 군함·군용항공기 또는 정부업무에 사용중인 것으로 명백히 표시되어 식별이 가능하며 그러한 권한이 부여된 그 밖의 선박이나 항공기에 의하여서만 행사될 수 있다"고 규정하고 있다(UN해양법협약 제111조 제5항). 즉, 연안국이 적법하게 추적권을 행사하기 위하여 사용할 수 있는 추적선은 군함, 군용항공기 뿐만 아니라 특별한 권한이 부여된(specially authorized) 선박이나 항공기라도 정부업무에 사용 중인 것으로 명백히 표시되어 식별이 가능한(clearly marked and identifiable) 경우에 한한다.

추적은 항공기에 의하여도 행하여질 수 있다. 즉, 정선명령을 한 항공기는 선박을 직접 나포할 수 있는 경우를 제외하고는 그 항공기가 요청한 연안국의 선박이나 다른 항공기가 도착하여 추적을 인수할 때까지 그 선박을 스스로 적극적으로 추적한다. 선박의 범법사실 또는 범법혐의가 항공기에 의하여 발견되었더라도, 그 항공기에 의하여 또는 중단없이 계속하여 그 추적을 행한 다른 항공기나 선박에 의하여 정선명령을 받고 추적당하지 아니하는 한, 영해 밖에서의 나포를 정당화시킬 수 없다(UN해양법협약, 제111조 제6항).

여기에서 특별한 권한 부여라는 요건은 개개의 특정한 사례마다 권한이 부여되어야 한다는 의미가 아니라, 특정한 부류의 선박들에 대하여 일반적으로 부여되는 권한(general authorization)을 말한다.[116] 우리의 경우 해군함정(warships), 해

115) 이병조·이중범, FN(1), 480면.

116) 김종구, FN(107), 151면; Nicholas M. Postulanza, The Right of Hot Pursuit in International Law, 2nd., Martinus Mijhoff Publishers, 2002, p.192.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

양경찰함정(cost guard ship)이나 어업지도선(fishery patrol ship) 등이 이에 해당되는 것으로 추적권 행사의 주체가 될 수 있다.[117]

Ⅱ. 被追跡權의 位置

1. 追跡權의 開始 海域

추적권의 취지는 영토주권에 종속되는 내수나 영해로부터 시작된 관할권 행사의 계속성을 인정하는 것이다. 종래에는 외국선박이 영해 이외의 수역인 접속수역이나 배타적 경제수역에 있는 경우에도 추적권의 행사 개시가 가능한지가 문제되었으나,[118] UN해양법협약은 이를 명문화하였다. 즉, 추적은 외국선박이나 그 선박의 보조선이 추적국의 내수·군도수역·영해 또는 접속수역에 있을 때 시작되고 또한 추적이 중단되지 아니한 경우에 한하여 영해나 접속수역 밖으로 계속될 수 있다. 그리고 외국선박이 영해기선으로부터 24해리 내의 연안국 영해에 접속해 있는 수역으로서 접속수역이라고 불리는 수역에서 그 수역을 설정함으로써 보호하려는 권리가 침해되는 경우에 한하여 추적을 행사할 수 있다(UN해양법협약 제111조 제1항 2문, 3문). 또한 배타적 경제수역이나 대륙붕(대륙붕시설 주변의 안전수역 포함)에서 이 협약에 따라 배타적 경제수역이나 대륙붕(이러한 안전수역 포함)에 적용될 수 있는 연안국의 법령을 위반한 경우에도 준용하고 있다(UN해양법협약 제111조 제2항).

따라서 연안국의 관련법령을 위반한 피추적선인 외국선박이나 그 선박의 보조선의 위치는 내수·군도수역·영해 또는 접속수역, 배타적 경제수역 또는 대륙붕 상부수역 내에 있어야 한다. 연안국의 관할권행사의 보장이라는 제도적 취지를

117) 김종구, FN(107), 151면.

118) 종래에는 연안국의 법질서가 유효하게 미치는 범위가 접속수역에까지 확대되어 있는 것으로 보아 긍정하는 견해와 접속수역 내에서 실행된 법위반행위에 대해서만 집행조치를 취할 수 있다고 보아 부정하는 견해가 대립되어 있었다(김종구, FN(107), 152면; 山本草二 著, 최홍배 역, FN(41), 310면; Dan Ciobanu, Hot Pursuit from a Fisheries Zone: A Further Comment on United States v. Fishing Vessel Taiyo Maru No. 28; United States v. Kawaguchi, The American Journal of International Law, Vol. 70, No. 3, 1976. 7, p.549).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

고려하면 지극히 당연한 내용이라고 할 것이다. 오늘날 추적권이 개시될 수 있는 해역의 범위는 종래에 논란이 되었던 배타적 경제수역이나 대륙붕 및 해양구조물 주변에서도 연안국의 법령을 위반하여 당해 보호법익을 침해한 선박에 대해서도 인정하고 있으므로 그 범위는 확대되었다.

국제법상 접속수역에서의 추적권 개시와 관련하여 문제된 대표적인 사례가 어선 타이요 마루 28호(F/V Taiyo Maru No.28) 사건이다.[119] 일본의 참치잡이 어선인 타이요마루 28호가 미국 연안 9마일 지점인 메인(Maine)주 몬헤간(Monhegan)섬 남쪽의 미국 수역에서 불법어로를 하다가 미국 해안경비대의 추적을 받아 나포된 사건에서 타이요 마루호의 선주와 선장은 공해에 관한 1958년의 제네바해양법협약 제23조는 추적권이 연안국의 관세, 재정, 이민, 그리고 위생에 관한 침해가 있을 경우에만 행사될 수 있다고 규정하고 있다고 항변하였다. 그러나 미국법원은 "비록 해양법협약 제24조가 확실히 네 가지의 열거된 목적을 위해 연안국이 접속수역을 설정할 권리를 인정하고 있지만, 그 조항 어디에도 자국의 어업법의 집행을 포함하는 어떠한 다른 목적으로 접속수역을 설정하는 것을 금지하는 내용은 없다"고 판시하여 제네바해양법협약이 연안국으로 하여금 어업수역을 설정하고 그 수역을 보호하는 것을 금지하는 것은 아니라고 보았다. 즉 미국법원은 해양법협약 제24조가 들고 있는 네 가지 보호이익은 한정적인 것이 아니라 예시적인 것으로써 협약에 명시되지 않은 국가이익인 어업도 접속수역에서 보호되어야 한다고 하여, 접속수역의 관할권의 내용을 확장하는 해석을 한 것이다.[120]

또한 I'm Alone호 사건에서 영미합동위원회는 외국선박이 접속수역 내부에 있을 때는 접속수역의 설정에 의해 보호하려는 권리의 침해가 있을 경우 연안국의 추적권이 행사될 수 있다고 하였다. 이 사건에서 I'm Alone호의 기국인 캐나다는 추적권이론은 아직 국제법상 일반적으로 승인되지 않았으며, 그 추적이 영해로부터 시작된 것이 아니며, 나포가 최초의 추적선이 아닌 도움을 요청받은 다른 선박에 의하여 이루어졌기 때문에 추적권의 법리가 적용되어서는 안된다고 주장한 바 있다.[121]

---

119) 타이요 마루 28호 사건에 대해서는 Dan Ciobanu, FN(118), p.549.
120) 김정균・성재호, FN(41), 435면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 母船과 子船의 位置

피추적선이 자선을 가지고 위법행위를 할 때 모선이 관할구역 밖인 공해상에 있는 경우 모선에 대한 추적권이 인정될 수 있는가. 이 경우 유엔해양법협약은 모선은 영해 밖인 공해상에 있더라도 그 선박과 일단이 되는 보트나 기타 소형선박인 子船들이 연안국가의 관할수역 내에서 연안국 법령에 위반하는 불법행위를 하고 있다는 합리적인 의심이 있는 경우에는 母船에 대해서도 계속추적의 대상이 된다고 본다. 즉, 영해 밖인 공해상에 있는 모선도 자선과 마찬가지로 연안국의 영해 내에서 활동한 것으로 간주하는 것으로 보는 이 이론을 모선의 추정된 존재 이론[122] 내지 해석학적 현장성 법리[123]라고 한다. 예컨대 외국 선박이 영해 밖을 배회하면서 그 선박의 소형보트를 이용하여 우리나라 연안으로 밀수입을 기도한 경우에는 그 모선인 영해 밖의 선박도 우리나라 연안에 접촉한 것으로 간주하여 그 선박을 공해상에서 나포하여 국내범으로 처벌할 수 있다는 것이다. 이 이론은 과거 미국에서 영해 외측을 배회하는 선박을 단속하기 위하여 속지주의에 따른 국내법을 적용한 것으로 볼 수 있다는 이론을 전개하면서 등장한 이론이다.[124]

이 이론이 적용된 고전적인 사례로는 러시아가 브리티시 컬럼비아(British Columbia)의 스쿠너(schooner)인 아라우나호를 러시아 영해에서 불법적으로 바다표범을 잡은 혐의로 공해상에서 나포한 아라우나(Araunah)호 사건이다.[125] 당시 캐나다에 대해 주권을 행사하고 있던 영국 정부는 모선인 아라우나호가 나포될 당시 러시아의 영해밖에 있었더라도 자선인 아라우나호의 소형보트들이 러시아의 영해 내에서 허가없이 어업을 하였기 때문에 러시아의 국내법에 따른 아라우나호의 나포와 몰수는 정당한 것이라고 하여 러시아의 조치가 타당했음을 인정하였다.

---

121) 박용현, FN(10), 273-274면; 김종구, FN(107), 151면 참조.
122) 이병조・이종범, FN(1), 481면.
123) 김종구, FN(107), 151면.
124) 김종구, FN(107), 151면 참조.
125) Robert C. Reuland, The Customary Right of Hot Pursuit Onto the High Seas : Annotation to Article 111 of the Law of the Sea, Virginia Journal of International Law, Vol. 33., p.588; Nicholas M. Postulanza, FN(116), p.71.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

UN해양법협약도 “추적당하는 선박이나 그 선박의 보조선이 또는 추적당하는 선박을 모선으로 사용하면서 한 선단을 형성하여 활동하는 그 밖의 보조선이 영해의 한계 내에 있거나, 경우에 따라서는 접속수역·배타적 경제수역 한계 내에 또는 대륙붕 상부에 있다는 사실을 추적선박이 이용가능한 실제적인 방법으로 확인하지 아니하는 한, 추적은 시작된 것으로 인정되지 아니한다(UN해양법협약 제111조 제4항)”고 규정하여 이 원리를 명문화하여 인정하고 있다. 그리고 피추적선인 모선과 그 자선이 연안국 관할수역 이내에 위치하고 있음을 확인하는 수단에 관하여는 1956년 ILC초안 제47조 3항에서는 “방위각, 육분의, 기타 수단”에 의할 것을 규정하고 있었지만, 선박의 위치확정수단은 고전적인 것에서 훨씬 발전하여 Rader, Loran 등 각종 현대적 전자항법장비가 발전되어 왔기 때문에 모든 현대적 항법장비를 위치확인에 사용할 수 있다.[126]

Ⅲ. 合理的인 疑心

외국선박에 대한 추적은 연안국의 권한있는 당국이 그 선박이 자국의 법령을 위반한 것으로 믿을 만한 충분한 이유(good reason to believe)가 있을 때 행사할 수 있다(UN해양법협약 제111조 제1항 1문). 즉, 연안국의 추적권은 그 외국선박이 연안국 관련법령의 위반에 대한 합리적인 의심이 있어야 행사될 수 있는 것이며, 어떤 선박이 연안국 법령을 위반했으리라는 단순한 추측만으로는 그 선박에 대해 추적권을 행사할 수 없을 것이다.

그렇다면 여기에서 ‘합리적인 의심’의 기준은 무엇인가. UN해양법협약은 이에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않기 때문에 문제가 제기될 수 있지만, 연안국의 피의선박이 연안국의 법령을 위반했다는 점에 대해 사실상 인식이 있는 경우에만 추적권을 행사할 수 있는 것은 아니라 단순한 의심(mere suspicion)과 사실상의 인식(actual knowledge)의 중간정도로 판단하여야 할 것이다.[127] 예컨대 어떤 선박이 공해상으로 도주하고 있다는 사실 그 자체로부터 연안국의 관련법령에 대한 위법행위를 충분히 저질렀다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 것으로 보아 그 선

126) 김영구, FN(111), 92면.
127) 김종구, FN(107), 152면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

박에 대한 추적권을 정당화할 수 있는가 문제이다. 이러한 피추적선으로 볼 수 있는 선박의 도주행위는 그 선박이 연안국의 법령을 위반했다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 것으로 판단할 수 있을 것이다. 따라서 연안국의 군함은 애초에 그 선박이 위법행위를 저질렀다고 믿을 만한 상당한 이유가 없었더라도 도주한 선박에 대하여 '도주행위'를 이유로 공해상까지 추적할 수 있는 추적권 행사의 정당화의 상당한 근거가 될 수 있다.[128]

그리고 "충분한 이유"를 제한적으로 해석해야 할 근거가 없으므로 법령위반의 현행범이나 법령위반으로 인한 결과의 진행 등을 반드시 요구하는 것으로 볼 필요없이 단순한 법령위반의 혐의만으로 성립될 수 있다.[129] 그러나 추적, 나포 후 조사 결과 혐의가 없음이 판명되면 피추적선은 그 손해를 보상받을 수 있다(제111조 8항). 법령위반의 정도가 어느 정도이어야 하는가에 있어서도 협약규정상 아무런 제한이 없지만 공해상으로 추적과 나포를 인정하는 심각한 행위이므로 밀수, 출입국 및 이민법의 위반과 같이 연안국의 주권적 권한행사에 직접 영향을 미치는 행위에 한정되며, 단순한 항해규칙의 위반이나 선박서류 및 절차적 흠결 등의 경우에는 추적의 대상이 되지 않는다고 할 것이다.[130]

Ⅳ. 停船命令

정선명령은 선박의 진항을 정지시켜 선박의 업무를 할 수 없도록 금지하는 조치이다. 평상시에는 국가 주권이 미치는 자국의 영토 안에 있는 모든 선박에 대하여 해상 경찰권의 집행·세관 단속·소독·검역을 하기 위하여 행사되지만, 전시에는 교전국의 군함을 임검하기 위하여 행사되기도 한다. 이러한 정선명령을 영해나 접속수역에 있는 외국선박이 받았을 때 정선명령을 한 선박은 반드시 영해나 접속수역에 있어야 할 필요는 없다(UN해양법협약 제111조 제1항 3문).

추적은 정선명령이 내려진 후가 아니면 개시될 수 없기 때문에 추적권이 개시되기 전에 피의선박에 정지하여 연안국의 추적선의 접근을 기다려야 한다는 신호

128) 김종구, FN(107), 152면; Robert C. Reuland, FN(125), pp.569-570.
129) 김영구, FN(111), 91면.
130) 김영구, FN(111), 91면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

를 보내야 한다. 정선명령은 시각이나 음향 정선신호가 외국선박이 보거나 들을 수 있는 거리에서 발신되어야 한다(UN해양법협약 제111조 제4항). 즉, 추적권은 공해상에서 기국주의의 예외로써 인정되는 것이므로 그 남용을 방지하기 위하여 무전통신에 의한 통고는 정선신호의 수단으로 사용되기에는 충분하지 않다.[131] 반드시 상당한 근거리에서 시각신호로써 발광·수기·기류 등의 방법에 의하거나 청각신호로써 기적·확성기 등의 방법들을 추적개시의 정선신호로 보아야 한다.[132]

이와 같은 정선신호는 추적선과 피추적선이 어느 정도 가까운 거리에 있어야 가능함에도 요건으로 인정하고 있는 이유는 피의선박에 정지하여 정부함정의 조사를 기다릴 기회를 부여하려는 것이다. 그러나 피의선박이 정선신호를 무시하고 도주하는 등의 조사를 기다릴 의도가 전혀 없음이 명백한 경우에도 이러한 요건을 부과하는 것은 불필요한 형식적 절차가 될 것이다.

Ⅴ. 繼續的 追跡

추적권은 종료되기 전까지 계속되어야 하는 것이므로 UN해양법협약에서도 "중단되지 아니한 경우에 한하여 계속될 수 있다(UN해양법협약 제111조 제1항 2문)"고 하고 있다.[133] 따라서 추적선의 피추적선에 대한 추적이 언제라도 중단된다면, 추적권은 상실되며 추적은 재개될 수 없다. 예컨대 피추적선이 제3국의 영해에 들어간다면 그 군함은 피의선박의 추적을 포기하여야 하며, 그 피의선박이 다시 공해로 들어가지 않는다면 추적은 재개될 수 없다. 또한 기상관계나 고장 및 연료부족 등을 이유로 인하여 추적이 불가능한 경우에는 추적권은 소멸하게 된다. 그러나 그 중단은 중요한 것이어야 하므로 추적선이 피추적선을 안개 속에서 잠시 놓친 경우에는 해당되지 않는다고 하여야 할 것이다.

그러나 추적선이 피추적선을 나포할 때까지 계속 추적해야 하는 것은 아니며,

131) 이병조·이중범, FN(1), 481면; 김종구, FN(107), 152면.
132) 김영구, FN(111), 92면.
133) 추적의 계속성 때문에 '뜨거운' 혹은 '바싹 뒤따른'(hot) 추적이란 표현이 사용되고 있다(김대순, FN(1), 871면).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

다른 군함이 추적을 이어받을 수 있다. 즉, 최종적으로 피의선박을 나포한 군함이 추적을 개시한 선박과 동일할 필요는 없다. 추적선 또는 항공기의 형태가 기술적으로 발전되어 가고 있기 때문에 당초의 추적선이나 추적항공기로부터 다른 군용항공기나 군함 등으로 인계되어 계속적으로 추적하는 것은 인정된다고 할 것이다.[134]

이와 관련된 대표적인 사건으로 'I'm Alone호 사건'이 있다.[135] 1929년 3월 22일 캐나다 회사의 명의로 캐나다에 등록된 I'm Alone호는 미국의 금주법에도 불구하고 밀수를 위해 미국으로 밀수입될 2800상자의 주류를 싣고 루이지애나 근해 6.5해리 밖에서 정박 중, 세관선 Wolcott호의 정선명령을 무시하고 공해로 도주하였다. Wolcott호가 계속 추적하던 도중 세관선 Dexter호가 합세하였고, 결국 I'm Alone호는 Dexter호의 공격을 받고 공해상에서 침몰하였다. 이 사건으로 미국과 영국간에 분쟁이 발생하였고, 영국은 선박과 선원의 피해배상을 요구하였다. 캐나다의 주장은 추적권 이론은 아직 국제법상 일반적으로 승인되지 않았으며, 설령 추적권이 인정된다고 하더라도 추적은 영해로부터 개시되어야 하며, 다른 경비선이 처음에 추적을 개시한 경비선과 교대한 경우 계속된 추적으로 간주할 수 없고, 추적권이 피의선박의 격침까지 허용하는 것은 아니라고 하였다. 반면에 미국은 선박의 한시간 항행거리 내에서 개시된 때에도 추적권이론을 적용할 수 있다고 주장하면서, 이 사건과 같이 처음 추적을 개시한 경비선이 계속해서 추적하고 다른 경비선과 협력하면서 처음 추적선이 현장에 있었기 때문에 추적권행사에 필요한 요건을 갖추었다고 주장하였다.[136] 즉, 미국은 I'm Alone호가 1922년의 관세법에 따라 수색과 체포가 가능한 해역(접속수역)에 있었고, I'm Alone호는 정선신호를 무시하고 도주행위를 하여 추적되었기 때문에, 그 추적은 계속된(hot and continuous) 것으로 정당한 추적이었다고 주장하였다. 이 사건은 추적선인 Wolcott호가 다른 세관선 Dexter호에 추적임무를 인계하였음에도 불구하고 Wolcott호가 시종일관 현장에 있었기 때문에 계속성이 유지되었다는 미국의 주장

134) 김대순, FN(1), 871면; 김종구, FN(107), 152면; 김영구, FN(111), 93면; Burdic H.Brittin, International Law for Sea-going Officers, 3rd. ed. (Annapolis: Naval Inc. press), 1977, p.102.

135) Canada v. U.S. 1935.

136) 이에 대해서는 박용현, FN(10), 273-275면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

이 인정되었다.

Ⅵ. 實力의 行使

연안국의 추적권이 개시된 후 어느 정도의 실력행사를 할 수 있는가에 대하여 제네바협약이나 UN해양법협약에 명문의 규정이 없기 때문에 실력행사에 관한 문제가 발생한다. 피추적선에 승선하여 임검·나포 등의 강제조치를 할 수 있으며, 이러한 목적을 달성하기 위하여 합리적이고 필요한 범위 내에서 실력행사(necessary and reasonable force)도 가능하다고 보아야 한다. 그러나 추적선이 피추적선에 총격을 가하거나 격침시키는 것이 우발적으로 이루어진 경우에는 비난의 여지가 없겠지만, 피추적선의 정선거부를 이유로 고의적으로 이루어졌다면 추적권의 과잉행사이며, 위법한 것으로 정당화되지 않는다.[137]

앞서 살펴본 I'm Alone호 사건에서 연안국이 추적권을 행사하는 과정에서 피추적선을 침몰시키는 것까지 허용될 수 있는지가 문제되었다. 중재재판소는 I'm Alone호 사건에 대한 판결에서 피추적선을 고의로 격침시킬 권리는 추적권의 내용에 포함되지 않지만, 나포의 과정에서 우발적으로 침몰시킨 경우에는 실력행사가 용인될 수 있는 것이라 하였다. 그러나 동사건에서는 미국의 격침행위가 위법한 행위이므로 미국은 캐나다정부에 위법사실을 시인하고 사죄하고, 25,000달러를 배상하라고 결정하였다. 이에 미국은 침몰 당시 동 선박이 위법한 활동에 종사하고 있었음에도 위원회의 결정에 따라 격침행위는 위법하다고 인정하면서 캐나다정부에 1935년 1월 사죄하였다. 또한 1999년의 사이가호 사건에서 국제해양법재판소는 추적권 행사시 가능한 한 무력의 사용이 회피되어야 하며, 무력의 사용을 회피할 수 없다면 그 상황에서 합리적이고 필요한(reasonable and necessary) 정도를 초과해서는 안된다고 하였다.[138]

이와 같이 특정한 상황에서 무력의 사용이 정당화되는가는 피의선박의 연안국의 관련법령 위반혐의 사실과 이를 입증할 증거의 정도 그리고 피의선박의 나포

137) 김대순, FN(1), 871면; 이민효, 「해양에서의 군사활동과 국제해양법」, 연경문화사, 2007, 153면; 이석용, FN(110), 375면; 김종구, FN(107), 152-153면 참조.
138) 박용현, FN(10), 284-286면; 김종구, FN(107), 152면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

과정에서의 저항정도 등을 종합하여 판단해야 할 것이다. 예컨대 피의선박의 뱃머리에 일제 사격을 가한다든가 또는 물리적으로 피의선박의 도주를 불가능하게 만드는 경우가 특정한 상황에서 적절한 무력의 방법이라 할 수 있을 것이다.

제3절 追跡權의 終了

추적권은 추적당하는 선박이 그 국적국 또는 제3국의 영해(territorial sea)에 들어감과 동시에 소멸한다(UN해양법협약 제111조 제3항). 따라서 다른 나라의 영해 내까지 피추적선을 추적하는 것은 국제법 위반에 해당된다. UN해양법협약은 타국의 영해 내에서 추적권이 종료한다는 원칙에 대하여 다른 해역은 언급하지 않고 단지 영해 내에서만 추적이 종료된다고 규정하고 있기 때문에 영해 이외의 수역에는 적용되지 않는다.[139] 이는 영토관할권의 관점에서 당연한 것이지만, 한편으로 추적이 영해는 물론이고 접속수역, 배타적 경제수역 및 대륙붕의 안전구역에서 시작되었을 때에 피추적선이 그 기국 또는 제3국의 접속수역, 대륙붕 안전구역 또는 배타적 경제수역에 들어간 것만으로는 추적권이 종료되지 않다는 것을 의미한다.[140] 따라서 무국적선을 다른 나라의 배타적 경제수역이나 접속수역에까지 추적하는 것은 허용될 것이다.[141]

그리고 어느 국가의 관할권 내에서 나포되어 권한있는 당국의 심리를 받기 위하여 그 국가의 항구에 호송된 선박은 부득이한 사정에 의하여 그 항행도중에 배타적경제수역의 어느 한 부분이나 공해의 어느 한 부분을 통하여 호송되었다는 이유만으로 그 석방을 주장할 수 없다(UN해양법협약 제111조 제7항 참조). 즉, 이러한 경우는 추적권의 연장에 해당하는 것이므로 타국은 피추적선의 석방을 주장할 수 없도록 규정한 것이다.

그리고 추적권이 종료된 후, 추적권의 행사가 정당화되지 아니하는 상황에서 선박이 영해 밖에서 정지되거나 나포된 경우, 그 선박은 이로 인하여 받은 모든 손실이나 피해를 보상받는다(UN해양법협약 제111조 제8항). 여기에서의 배상은 추

139) 김종구, FN(107), 152면.
140) 김대순, FN(1), 871면; 김영구, FN(111), 93면.
141) 김종구, FN(107), 153면.

적권의 행사가 정당화될 수 없는 상황에서만 인정되기 때문에 그 의심이 나중에 정당하지 않은 것으로 판명되더라도 그 상황에 추적권을 정당화할 만큼 충분히 의심스러운 것이었다면 배상을 하지 않아도 된다는 것이 된다. 즉, 피의선박이 연안국의 관련법령을 위반했다고 믿을 만한 충분한 이유가 있다면 추적권은 정당화될 수 있으며, 나중에 피의선박의 혐의가 없다는 것이 밝혀진 경우라면 배상할 필요가 없다. 따라서 처음부터 추적이 정당화 될 수 없는 경우에만 배상이 이루지게 된다.[142]

제4절 追跡權에 관한 事例의 檢討

UN해양법협약은 연안국의 영해 주권 확보 필요와 기국 및 제3국의 권리를 조화시켜 타협을 본 것으로 보편적 지지를 받으면서 발효되었지만, 주요한 해양문제에 대한 명확한 규정을 결여와 특정 유형의 분쟁을 강제관할의 대상으로부터 제외시키고 있는 점 등을 고려하면 여전히 갈등의 소지를 안고 있다. 추적권 행사와 관련된 규정들도 실제 추적권의 행사가 필요한 경우도 매우 긴박한 상황으로 훨씬 복잡하고 급박하게 진행될 것이므로 협약의 규정처럼 간단히 해결되지는 않을 것이다. 이하에서는 추적권이 행사되어 연안국의 공권력이 공해에서 행사된 사례를 살펴보기로 하자.

Ⅰ. 유조선 Saiga호 事件[143]

1. 事案의 內容

1997년 10월 27일 서아프리카 해안 밖에서 급유선의 역할을 하고 있던 오일탱

142) 김종구, FN(107), 153면.

143) 이 사건에 대해서는 박용현, FN(10), 284-286면; 김종구, FN(107), 154면; 강병근, “국제 해양법 재판소 판례 소개 : ‘Saiga’호 사건 Case and Comment : The M/V Saiga(Nose. 1 and 2)”, 「계간 국제법률경영」1998년 가을호, 국제법률경영연구원, 1998 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

커인 세인트 빈센트 앤 그레나딘(St. Vincent and the Grenadines)을 기국으로 하는 유조선 사이가(M/V Saiga)호는 기니(Guinea) 근해의 200해리 배타적 경제수역 내에서 선박연료를 급유하는 보급선의 역할을 하고 있었다.[144] 다음날인 10월 28일 04:00시에서 14:00시 사이에 Saiga 호는 기니로부터 어업허가를 받은 세척의 어선에 알카트라즈(Alcatraz)섬으로부터 22해리 떨어진 기니의 배타적 경제수역 내에서 어선 세척에 연료를 공급하고 있던 도중에 이를 발견한 기니의 세관순시선이 사격을 가하고 승선하여 사이가호를 나포하였다. 나포한 곳은 기니의 배타적 경제수역의 남쪽 경계선을 넘어선 시에라리온(Sierra Leone)의 해안 밖이었다. 나포과정 중에 최소한 두 명의 승무원이 부상을 입었으며, Saiga 호는 Guinea의 수도인 코나크리(Conakry) 항에 정박하였다. 그곳에서 선박과 승무원이 억류되었고, 이후 부상당한 두 명의 승무원은 석방되었으나 선적하물은 관련 기관의 명에 따라 압수되고, 선장은 관세법위반혐의로 기소되어 유죄판결을 받았다.

2. 當事者의 主張 및 判決

이 사건에서 Saint Vincent and the Grenadines는 11월 13일 기니를 상대로 UN해양법협약 제292조 선박·선원의 신속한 석방에 관한 조항을 기초로 동선박과 승무원의 신속한 석방을 요구하면서 국제해양법재판소에 제소하였다.

원고인 Saint Vincent and the Grenadines의 주장은 Saiga호 선주의 주소는 스코틀랜드, 글래스고우, Seascot 선박 관리 회사 앞 Tabona 선박회사로써 1997년 10월 28일 기니의 세관순시선 두척이 습격하였을 때 Sierra Leone의 배타적 경제수역 내북방 9도와 서방 14도 59분 지점에서 표류하고 있었을 뿐 Guinea 영해에 진입하지 않았기 때문에 기니 기관이 선박을 나포하는 조치를 취할 수 있는 관할

144) 국제해양법재판소는 배타적 경제수역 내에서의 급유가 항해의 자유에 해당하는가 아니면 연안국의 관할권에 종속해야 하는 문제인가에 대하여 판단하지 않았다. 이에 대해서 배타적 경제수역에서의 급유는 모든 국가에 개방되어 있는 항해의 자유와 관련된다는 견해와 연안국 관련법령인 관세법상의 의무를 회피하기 위한 수단으로 보는 부정적인 견해도 있다(Bernard H. Oxman/Vincent Bantz, The M/V "Saiga"(No.2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgement (ITLOS Case No.2), The American Journal of International Law, Vol. 70, No.3., p.146).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

권을 갖지 않으며, Guinea가 “합당한 보석금 또는 기타 담보의 제공을 조건으로 나포 선박과 그 승무원을 즉시로 석방해야 한다”는 협약 제73조 2항을 위반하였다고 주장하였다.

그리고 UN해양법협약 제56조의 규정에 따라 연안국은 배타적 경제 수역 내에서 제한적이고 특별한 주권적 권리를 행사할 수 있지만, 기니는 나포된 Saiga 호와 승무원들을 합리적인 보석금 또는 기타 담보의 제공을 조건으로 신속히 석방시키지 못하였고 협약의 허용범위를 넘어서서 자신의 배타적 경제 수역내에서 주권적 관할권을 행사함으로써 자국기를 게양한 Saiga호의 권리를 불법으로 침해하였다고 주장하면서 재판소가 당해 선박, 화물, 선원을 어떠한 보증금의 제공없이 즉시 석방을 요구하는 취지의 판결을 구하였다.

반대로 피고인 기니는 Saiga호가 관세법에 따른 밀수범죄와 관련되어서, 기니기관이 1977년 10월 28일약 04:00 시경 Saiga호에 정선 명령을 하였고, 순시선이 북방 9도 22분과 서방 13도 56분 3초 지점에서 추적을 개시하여서, 북방 8도 58분과 서방 14도 50분 지점에서 Saiga호를 나포하였다면서 이는 협약 제111조에 따른 계속추적권을 행사한 후에 이루어진 것이므로 어떠한 위법행위나 절차위반도 하지 않았고, 자국의 권리보호를 위한 억류조치였다고 하면서 원고의 청구를 기각해달라고 요청하였다. 또한 Saint Vincent and the Grenadines를 대리하고 있는 법률회사 Stephenson Harwood가 재판소규칙 제110조 2항에 따라서 권한을 위임받지 않았고, Tabona 선박회사가 Saiga호의 진정한 선주인지 의심스럽다고 하면서,[145] 기니는 Saiga호가 나포된 선박과 승무원의 신속한 석방을 위해서 보석금 혹은 담보를 제공하지도 않았기에 협약 제73조를 위반하지 않았다고 주장하였다.

국제해양법재판소는 1999년 7월 1일 기니가 국제해양법협약상의 Saint Vincent and the Grenadines의 권리를 침해했다고 판결했다. 국제해양법재판소는 기니가 Saiga호의 나포와 억류, 승선원의 억류, 화물의 몰수, 선장에 대한 기소와 유죄판결에 있어서 위법이 있었으며, UN해양법협약상 추적권 규정에 위반하여 사이가호를 나포하였고, 사이가호를 정선시키고 나포하는 과정에서 과도한 실력을 행사

145) 기니는 세인트 빈센트 앤 그레나딘이 Saiga호의 기국이 아니기 때문에 원고적격이 없다고 하였다. 세인트 빈센트 앤 그레나딘의 등록증은 1997년 11월 28일이 되어서야 발행되었는데, 임시등록증은 1997년 9월 12일에 만기가 되어 실효되었으므로 나포 당시 사이가호는 무국적선이었다는 것이다(김종구, FN(107), 154면 각주 48면 참조).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

함으로써 국제법을 위반하였다고 판단했다. Saint Vincent and the Grenadines은 기니가 UN해양법협약에 따른 추적권을 적법하게 행사하지 않았기 때문에 UN해양법협약 제111조 제8항에 의해 그로 인해 야기된 손실과 손해에 대해 책임이 있다고 하였는데, 국제해양법재판소는 원고의 주장에 동의한 것이다.

3. 事案의 檢討

판결의 주된 내용은 첫째, 피고는 사이가호와 그 승무원을 신속히 석방하고 둘째, 석방은 합리적인 보증금 또는 그 외의 보증이 제공된 후에 실시하며 셋째, 보증은 사이가호로부터 압수된 연료가액과 신용장 또는 은행 보증의 방식으로 하거나 당사자의 협의에 의한 미화 40만달러의 지급 등이다.[146]

국제해양법재판소의 판단에 따르면 기니가 추적에 관한 최초 판단 시점이라고 주장하는 10월 27일에, 추적권 행사의 근거가 불충분했다. 기니는 사이가호가 기니의 EEZ에서 위법행위를 했다는데 대한 의심(suspicion) 이외의 근거를 가질 수 없었으며,[147] 사이가호는 정선하라는 시각적 또는 청각적 신호를 받기에는 너무 멀리 떨어져 있었다. 그리고 어쨌든 최초의 추적은 중단되었다. 다음날 비록 순찰보트(patrol boat)가 사이가호의 시각적 청각적 범위 내에 다가와서 사이렌과 회전하는 불빛으로 신호를 보냈다고 주장하나, 이러한 신호들은 UN해양법협약이 요구하고 있는 것처럼 추적의 개시 당시에 보내진 것이 아니다. 결국 첫 단계에서 기니의 추적권 행사에는 법적 근거가 전혀 없었던 것이다. 즉, 사이가호는 순찰선의 접근에 대한 어떠한 암시도 받지 못하였고, 사이가호는 순찰선들이 도착하자마자 완전히 전격적으로 나포되었다는 증거가 있었다.

국제해양법재판소는 또한 기니가 사이가호를 정지시키고 나포하는 과정에서 과도한 무력을 행사했다는 세인트 빈센트 앤 그레나딘의 주장에 동의하였다. 국제해양법재판소는 가능한 한 무력의 사용이 회피되어야 한다는 것과 무력의 사용을 회피할 수 없다면 그 상황에서 합리적이고 필요한 정도를 초과해서는 안 된다는

146) 박용현, FN(10), 286면.

147) 의심(suspicion)은 UN해양법협약 제111조에서 규정하는 “믿기에 상당한 이유(good reason to believe)”보다 낮은 것이다.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

것이 국제법의 요구라 하였다. 그리고 다른 국제법 영역에서와 마찬가지로 해양법의 영역에서도 휴머니티에 대한 고려가 적용되어야 한다고 하였다.[148]

기니의 해상경비대는 순찰보트를 타고 국제법과 국제 관습이 요구하는 어떠한 신호나 경고도 발하지 않고 사이가호에 실탄을 발사하였다. 또한 기니의 해상경비대는 사이가호의 선상에서 과도한 무력을 사용했다. 그들은 저항을 받지 않고 사이가호에 승선하여 갑판에서 무차별적으로 사격을 하였으며, 사이가호의 엔진을 정지시키기 위해서 발포를 하였다. 이러한 총기 사용의 와중에서, 기니의 해상경비대는 선박과 선상의 사람들을 전혀 중요하게 생각지 않는 것처럼 보였다. 이 과정에서 선박과 엔진 및 무전실의 주요 장비에 심각한 손상이 발생하였다. 그리고 더 심각한 것은, 무차별적 사격으로 선상에 있던 두 사람이 중상을 입었다는 사실이었다.

이 사례에서 국제해양법재판소가 말하고 있는 바와 같이 추적권 행사시 무력사용은 가능한 피하여야 한다. 만약 무력사용이 불가피한 경우라도 합리적이고 필요한 범위 내에서만 행사되어야 할 것이다. 따라서 정선신호를 무시하는 피의선박에 대해서 뱃머리에 위협사격을 가하는 것은 가능하겠지만, 승선원에게 중상을 입히거나 피추적선을 격침시키는 것은 국제법상 금지되는 것으로 보아야 할 것이다. 더구나 사이가호 사례에서처럼 최초의 정선신호에 관한 요건을 갖추지 못한 상태에서 추적이 이루어지고 무력이 사용된다면 위법의 정도가 더욱 중대하다고 해야 할 것이다.

Ⅱ. 大韓民國 南海 반잠수정 浸透事例

1998년 12월 17일 밤 남해안에 침투했던 북한 반잠수정이 우리 군의 경계초병에 발각돼 공해상으로 도주하다 7시간여에 걸친 추격전과 교전끝에 격침됐다고 합동참모본부가 밝혔다.[149]

17일 밤 11시15분께 전남 여수시 31사단 임포 해안초소 2㎞ 지점 해상에서 북

148) 판결 내용은 Bernard H. Oxman/Vincent Bantz, FN(144), p.146.

149) 인터넷 한겨레, “반잠수정 남해서 3군 합동작전추격전 끝에 격침”, 1998. 12. 18 (http://www.hani.co.kr/han/data/L981218/06a5ci06.html)(검색일자, 2008. 10. 15).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

한의 반잠수정으로 추정되는 소형선박이 접근하는 것을 여수대대 임포초소 해안초병이 야간감시장비(TOD)로 발견하고, 괴선박은 5톤급 반잠수정으로 도주하는 북한 반잠수정을 나포하기 위해 여러 차례 경고 및 위협사격을 하였으나, 반잠수정은 공해상으로 30노트이상 고속으로 달아나고 있었고 이에 해군과 육군 경비정 및 레이다망이 반잠수정을 추적했다. 18일 오전 4시 30분 800톤급 해군 초계함이 반잠수정과 조우해 경고사격을 가하며 정선명령을 하였으나 반잠수정은 자동화기를 난사하며 공해쪽으로 도주했다. 오전 6시 50분경 우리나라의 수상함과 공군 비행기가 북한 반잠수정을 일본이 관할하는 일본 방공식별구역(JADIZ)에 해당하는 바다인 거제도 남방 100여km 지점 공해상까지 추적해 격침시켰다.[150] 북한 반잠수정은 5t급으로 통상 5~6명을 태운 채 해상에서는 40~50노트 속도로 침투하다 육지 근접해상에서는 바다 속으로 1m가량 잠수해 6~12노트로 저속운행할 수 있는 북한의 대표적인 대남침투 장비로 알려져 있다. 군고위관계자는 "반잠수정은 남해안 침투작전을 맡은 남포연락소 소속으로 추정된다"면서 "남해안 침투는 통상 7~10일 가량 걸리기 때문에 공해상까지는 간첩선모선에 실려 온 것으로 보인다"고 말했지만, 모선의 위치는 확인되지 않았다.[151] 한편 일본 정부는 18일 남해 북한 잠수정 격침과 관련해 한국정부로부터 통보를 받았으며 현장에 자위대 함정과 항공기를 급파했다.

위 사례의 추적은 연안국의 영해 내에서 시작되었고 군함 및 군용항공기에 의해 계속적으로 시행되었고, 추적과정에서 공해상까지 위협, 경고사격 등 무력행사가 존재하였다.

해양법협약의 첫 번째 조건인 법령위반과 관련하여 볼 때 간첩행위의 혐의로서 연안국의 주권에 대한 직접적인 위협을 구성하였고 추적당하는 선박은 연안국의 추적에 대해 계속 도주하였고, 이후 간첩행위를 하였음이 사후적으로 확인되기도 하였다. 그리고 추적은 공해상에서 종료되었지만, 반잠수정이 17일 밤 11시15분쯤 야간감시 장비에 처음 포착된 뒤 계속 관측되다가 18일 오전 0시23분~1시22분까지 59분간 관측되지 않았으며 이는 짙은 바다안개와 섬 등 장애물 때문이라고 하

150) 이정훈, "남해안 반잠수정 사건", 마이다스 동아일보, 「주간동아」제203호, http://www.donga.com/docs/magazine/weekly_donga/news203/wd203bb060.html(검색일자 : 2008. 10. 15).

151) 디지털 조선일보, 1998. 12. 18, "합동참모본부 작전본부장 일문일답".

였다. 공해상에서 반잠수정이 응사하자 격파하였고, 연안국의 군 고위 관계자는 격파한 수역이 공해상에 설정된 한·미연합작전 인가구역임을 지적하였다. 여기서 지적할 것은 해양법협약은 피추적선의 기국이나 제3국 영해로 들어가기 전이면 추적할 수 있다고 규정하고 있으나 이는 국제법상의 연안국의 추적이 합법적임을 규정한 것일 뿐이며 타국 영해 직전까지 추적을 행하는 것이 반드시 타당한 행동은 아니라는 점이다. 타국의 배타적 경제수역이나 접속수역에 이르기까지 추적을 계속하는 것은 국제법상 합법적인 행위이나 그 국가를 상당히 자극하는 행위임은 분명한 것이다.[152]

152) 이외에도 북한무장간첩선과의 사건은 다수 존재하고 있다. 특히 공해상에서의 북한무장간첩선 나포문제와 관련된 내용은 오윤경 외 20인, FN(1), 391-392면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제4장 犯罪人引渡制度

제1절 犯罪人引渡制度의 槪念

Ⅰ. 犯罪人引渡의 意義

국제사회의 인적 교류가 활발해지면서 범죄가 국제화되고, 범죄 후 타국으로 도주하는 범죄인의 도피현상이 증가하면서 국제화되고 있는 각종 범죄의 예방과 진압에 국제사회의 협력이 필요하게 되었다. 범죄인인도는 이러한 국제 형사사법공조활동 중에서 가장 고전적이며, 효과적인 수단이 되고 있다. 범죄인인도제도는 국가의 영역주권, 국제협력 뿐만이 아니라, 오늘날에는 범죄자 개인(외국입)의 인권에 관련된 문제도 포함하고 있다.[153]

범죄인인도(extradition)란 일반적으로 타국의 법익을 침해하였거나 유죄판결을 받고 범죄지국으로부터 도망·이탈하거나 자국에 체재하는 범죄인의 추방 또는 처벌을 위해 당해국의 청구에 따라서 인도하는 것을 의미하며, 이는 강제적 출국의 한 형태이다.[154] 그러나 국가는 그러한 자(일반적으로 외국인 또는 무국적자)의 입국을 거부할 의무도, 또한 이미 영역내에 있는 그러한 범죄인을 외국(그 본국 또는 범죄행위지국)의 청구에 따라서 국외추방시키거나 혹은 인도할 의무도 일반국제법상 부담하지 않는다.

최근에는 범죄억제를 위한 국제협력의 필요성이 증대하면서 전통적인 범죄인인도 뿐만 아니라 새로운 형태의 국제형사사법공조(new forms of international legal assistance in criminal matters)인 협의의 국제형사사법공조(minor legal assistance in criminal matters), 외국형사판결의 집행 및 형사소추의 이관(transfer of criminal proceedings) 등의 중요성이 인식되기에 이르렀다.[155]

---

153) 이병조·이중범, FN(1), 577면; 오윤경 외 20인, FN(1), 270-271면; 藤田久一, 「國際法講義 Ⅱ」(人權·平和), 東京大學出版會, 1994, 56面.

154) 이병조·이중범, FN(1), 576면; 김대순, FN(1), 366면; 오윤경 외 20인, FN(1), 270-271면; M. Cherif Bassiouni, International Criminal Law, Vol.Ⅱ, Procedure, pp.405-406.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

범죄인인도는 기원전부터 행해져 온 오랜 역사를 갖는 제도로서, 20세기 초에는 그에 관한 법이론과 기본원칙이 완성되기에 이르렀고, 그 기본원칙은 다른 형태의 국제형사사법공조에 대해서도 가능한 한 적용 또는 유추적용되고 있다.[156] 즉, 상호주의, 쌍방가벌성의 원칙, 특정성의 원칙, 정치범불인도의 원칙(principle of non-extradition of political offenders) 등이 중요한 기본원칙이 되고 있다. 범죄인도는 국내형법에 저촉될 경우 뿐만 아니라 국제범죄로 간주되는 것에 대해서도 범죄의 진압이라는 각국의 공통이익의 관점에서 국제협력에 의해 오늘날 많은 나라에서 범죄인인도조약에 기초하여 이를 행하고 있으며, 이의 효율적 활용이 국제범죄에 효율적으로 대처하는 방법이라 할 수 있다.[157]

Ⅱ. 犯罪人引渡制度의 沿革

범죄인 내지 도망자의 인도 내지 그와 유사한 행위는 고대국가의 성립과 함께 존재했었다고 할 정도로 오랜 역사를 가지고 있다. 범죄인인도는 기원전 1280년경에 시리아전쟁 종결을 위한 이집트의 람세스(Rameses) 2세와 힛타이트의 하투실리(Hattussilli) 3세간에 체결된 평화조약에서 군주는 정치범에 국한하여 도망자를 서로 인도할 것을 약속한 것에서 시작한다.[158] 그러나 고대에서의 이러한 인도는 예외적이며, 관행화되어 있었던 것은 아니다. 오히려 국가간의 관계는 통상 적대적이었기 때문에 자국의 이익이 되기도 하는 상대국 지배자의 정적을 자국내에서 보호하기도 했다고 한다. 또한 인도요구는 강국으로부터 약국에 대해서 행해지며, 그 거부는 전쟁의 구실이 되기도 하였다.

17세기 이전에는 범죄인인도가 거의 행해지지 않았고, 현대의 범죄인인도와는 정반대로 정치범・이교도 등을 가끔 인도하였을 뿐이다.[159] 17세기 초 그로티우스

155) 이만희, “범죄인인도와 정치범불인도”, 「법조」제43권 제10호(통권 457호), 법조협회, 1994, 5면; 森下忠, 「犯罪人引渡法の理論」, 成文堂, 1993, 65面.
156) 이훈규・신의기, 「범죄인인도제도」, 한국형사정책연구원, 1996, 51면; 백진현・조균석, 「국제형사사법공조에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1993, 17면.
157) 이종주 “국제범죄에 관한 효율적 수사방안”, 「검찰」제08호, 대검찰청, 1997, 197면.
158) 이훈규・신의기, FN(156), 29면; 김용우, “한・미 범죄인 인도조약의 개요 및 의의”, 현안요약, 국회도서관 입법조사분석실, 1998. 6. 17, 3면.
159) 이병조・이중범, FN(1), 577면.

는 인류의 보편적 사회의 존재를 인정하는 입장으로부터 자연법에 반하는 범죄는 전인류에 대한 침해라고 하여, 그 범죄를 제압해야 할 보편적 의무를 이행하기 위해 「인도아니면 처벌」(aut dedere aut punire)이라는 명제를 국제법의 원칙이라고 하였다. 그 후 이러한 견해는 형법적용법에 있어서의 세계주의의 주장이 점차 지지를 얻으면서 범죄인인도의 제도를 서서히 발달시키는 데 공헌하였다.[160]

1. 18세기

오늘날 범죄인인도제도의 시초는 18세기 유럽대륙에서부터이다. 즉, 유럽계 국가들간에 범죄인인도가 조약을 통해서 제도화가 되고, 보통범죄인의 인도도 행해지게 되었다. 영국은 섬나라이기 때문에 유럽대륙으로부터 도망오는 범죄인이 적어 이러한 움직임에서 떨어져 있었으나 프랑스는 많은 범죄인인도조약을 체결하여 오늘날 범죄인인도의 뿌리가 되었다.[161]

18세기 전반에는 절대주의국가의 외국인 용병이 탈주했을 때에 인도할 것을 약속한 규칙(cartel)이 맺어지고, 후반에는 정치범죄인이나 탈주병이외에 강도, 방화범, 모살자 등 보통범죄인의 인도를 규정한 조약이 맺어지게 되었지만, 교통수단 등의 한계로 인하여 범죄인도의 유용성에 그다지 크지 않았다.[162] 즉, 18세기 말까지는 범죄인인도규정은 특별한 경우에 체결된 임시조약의 성격을 가지고 있었으며, 실제적인 관행도 가끔 있었을 뿐이다. 18세기 이후 주권평등사상에 의하여 주권이 강조되었는데 범죄인인도도 주권행사의 한 유형으로 보았다. 또한 인권사상의 발달과 함께 범죄인인도에 있어서도 인권의 존중이 중요한 문제가 되었다.

---

160) 이병조・이중범, FN(1), 577면; 이훈규・신의기, FN(156), 30면; 이만희, FN(155), 8면; 森下忠, FN(155), 67面.

161) 이훈규・신의기, FN(156), 30-31면; 이상철, “국제범죄인도조약 연구-한・미범죄인인도조약을 중심으로”, 「법제」제487호, 법제처, 1998. 7, 30-31면; Geoff Gilbert, Aspects of Extradition Law, Martinus Nijhoft Publishers, 1991, p.10.

162) 이만희, FN(155), 9면; 藤田久一, FN(153), 57面.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 19세기

산업혁명에 의한 교통·통신수단의 발달로 범죄인의 국외도망이 증가하면서 범죄진압을 위한 국제적 협력조치도 쉽게 취할 수 있게 되었다. 그에 따라 보통범죄에 대한 각국의 연대성이나 형사재판의 엄격한 집행이 요청되게 되어, 범죄인인도조약의 체결과 더불어 유럽제국에서 범죄인인도에 관한 국내법이 제정되게 되었다. 또한 19세기에 들어와서 가장 큰 특징으로 정치범에 대하여는 점차로 불인도의 원칙이 확립되었다는 점이다.

정치범죄라는 개념은 1793년 프랑스혁명시대의 헌법 제120조가 "프랑스국민은 자유의 대의를 위해서 조국에서 쫓겨난 외국인에게 비호를 부여한다. 프랑스국민은 전제군주에게는 비호를 거부한다"는 선언에 의해서이다. 즉, 프랑스혁명은 정치적 이유로 조국에서 추방당하거나 또는 도망하지 않으면 안되었던 사람들을 불가침이라고 선언하고, 정치적 비호를 옹호하게 되었다. 이러한 사상적 배경하에 1830년 프랑스헌법에는 「정치범죄(delit politique)」라는 표현이 나타나(제69조), 학설에 있어서도 정치범죄인의 불인도가 주장되었다.[163]

19세기의 유럽제국은 당초 신성동맹체제하에서 스위스 등 소국에 대해서 정치망명자의 인도나 추방 등 엄한 조치를 요구하고 있었지만, 영국은 명예혁명후 자유주의 사상하에서 대륙국가보다 이른 1815년부터 불인도정책을 채용하여 유럽의 피난처로 여겨지고 있었다. 1827년 7월 18일의 프랑스와 스위스간의 범죄인인도조약에서는 인도범죄로서 '국가의 안전에 대한 범죄'도 포함되어 있었는데, 1823년 프랑스정부는 이 범죄를 인도범죄 항목에서 삭제하도록 제안하여 1833년 9월 30일의 양국의 교환공문에 의해 실현하였다.

정치범죄인의 불인도는 1833년 벨기에범죄인인도법에 "어떠한 외국인도 범죄인인도에 우선하여 정치범죄 또는 그 범죄와 관련된 어떠한 행위, 혹은 본법에서 규정되어 있지 않은 어떠한 중죄 또는 경죄에 대해서도 소추되거나 또는 처벌되지 않는다는 것이 범죄인인도 조약중에 명기되지 않으면 아니된다. 그렇지 않으면 어떠한 범죄인인도도 어떠한 가체포도 금지된다"도 명확하게 규정하였다.[164]

---

163) 이만희, FN(155), 10면; 이병조·이중범, FN(1), 577면; 藤田久一, FN(153). 58面.
164) 이만희, FN(155), 10-11면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

이 시기에 체결된 조약은 대체로 양자조약이며, 다자조약은 거의 체결되지 않았다. 그리고 국내법의 제정을 통하여 인도청구국과 피청구국 쌍방에게 유사한 형사법제도가 존재하게 되어 조약에 의한 인도관행도 일반화되고, 19세기 후반에는 유럽제국에서 범죄인인도제도가 확립되었다고 볼 수 있다

3. 제2차 大戰 以後

2차 세계대전 후에는 독자적인 법원칙을 가지는 제도로서 조약과 국내법에 의하여 규율되게 되었다.[165] 고전적 의미에서 정치범죄의 개념은 점차 그 의미가 희석되고, 세계 각지에서 발생한 테러행위에 대해 단호한 국제적 대책의 필요성이 대두되면서 정치범죄 개념의 축소(retrecissenment de la notion d'infraction politique)현상을 가져왔다. 이러한 테러행위에 관한 논의가 2차 대전 이전인 1937년 국제연맹의 국제문서안 '테러의 방지와 처벌을 위한 협약(Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism)'이 작성되었지만, 발효되지 못하였다.[166] 그리고 제2차 대전후 세계 각지에서 인권억압, 인종·신조에 기인하여 행해지는 차별에 대한 항쟁이 일어났다. 1948년의 세계인권선언은 모든 사람의 자유와 평등을 인정하는 입장으로부터, 이와 같은 차별적 취급이나 비인도적 취급을 금지하고 있고, 1979년의 국제인권규약 B규약도 같은 규정을 두고 있다.[167]

지역적인 인권조약으로서 중요한 역할을 다하고 있는 1950년의 유럽인권조약과 1969년의 미주인권조약(American Convention on Human Rights)은 위의 세계인권선언과 국제인권규약 B의 내용을 계수하면서 추가적 내용을 보강하고 있다. 그

---

165) 森下忠, 「刑事司法の國際化」, 成文堂, 1990, 6面.

166) 이 협약이 채택되게 된 계기는 1934년 유고슬라비아의 알렉산더 3세와 프랑스의 외무장관이 암살된 사건이다. 이태리는 프랑스와 범죄인인도조약이 체결되어 있음에도 불구하고 암살범들을 정치범이라는 이유로 인도를 거절하자 프랑스는 테러범죄자의 처벌을 위해 양국 간의 범죄인인도조약보다도 더 보편적인 다자조약의 필요성을 강조하였고, 이 점을 국제연맹에서 받아들이는 계기가 되었다 한다(김영석, "국제법상 테러행위의 규제제도와 우리 나라의 테러 규제방안에 관한 고찰", 「인권과 정의」제350호, 대한변호사협회, 2005. 10, 93-94면; 김영석, 「국제형사재판소법강의」, 법문사, 2003, 29면).

167) 정확한 명칭은 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약"으로 일본은 1979년 9월 21일 가입하였고 1944년 3월 1일 북한을 포함하여 119개국이 가입하고 있다(山本草二, 「國際條約集」, 有裴閣, 1994, 60면 참조).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

결과 기본적 인권을 침해하거나 침해할 우려가 있는 사건에 대한 국제형사사법공조를 금지하는 움직임이 높아져 각종의 조약이나 국내법에 그 뜻이 규정되기에 이르렀다. 이는 상대적 정치범죄의 개념의 확대(elargissenment du concept delit politique relatif)를 초래하였다. 정치범죄의 개념의 축소라고 말할 때의 「정치범죄」는 절대적 정치범죄를 가리키는 것이고, 상대적 정치범죄에 대해서는 개념의 확대가 인정된다는 결과가 될 것이다.

제2차 대전후 세계 각국은 범죄방지를 위한 국제적 연대성의 강화의 필요성을 인식하면서 광의의 국제형사사법공조에 관한 조약의 체결과 국내법을 정비하기 시작하였고, 국제연합에서도 범죄인인도의 중요성을 인식하여 1990년 제8회 범죄방지 및 범죄자의 처우에 관한 국제연합회의에서 「범죄인인도에 관한 모범조약」을 채택하였고, 1995년 5월 제9차 유엔범죄방지회의 제2위원회에서 "범죄인인도와 국제협력 : 각국의 경험교환과 범죄인인도에 관한 원칙의 국내법으로의 이행(extradition and international cooperation : exchange of national experiences and implementation of extradition principles in national legislation)"이라는 제목으로 워크샵을 개최하는 등 범죄인도에 대한 관심을 환기시키면서 조약체결을 유도하는 활동을 하고 있다.[168] 양자조약을 바탕으로 체결된 다자조약중 중요한 조약으로는 1879년 미주 국가 사이에서 체결된 이래 수차에 걸쳐 개정되어 오늘에 이르고 있는 「범죄인인도에 관한 미주협약」과 1957년 체결되어 1960년에 발효한 「범죄인인도에 관한 유럽협약」을 들 수 있다.

한편으로는 국제교류의 증대에 따라서 국제범죄 및 국월범죄가 현저하게 증가하면서 소위 새로운 형태의 국제형사사법공조에 관한 조약의 체결에 적극적인 태도를 취하면서 범죄인인도의 위기(crise de 1'extradition)를 논의하기 시작하였다.[169] 이는 범죄인인도의 역할이 새로운 형태의 국제형사사법공조의 등장에 의해 상대적으로 저하되는 것을 의미하는 것이 아니고 오히려 실무에서는 범죄인인도의 건수가 증가하였고, 범죄인인도의 중요성은 이전보다 훨씬 높아지고 있다는 것을 의미하는 것이었다. 또한 전후에 있어서 세계적인 인권의식의 고양은 범죄

168) 이훈규・신의기, FN(156), 32면.

169) Franck, Extradition et droit penal europeen, dans : Oehler & Potz, Akteulle Problems des internationalen Strafrechts, Grutzner-Festschrift, 1970, p.66.

인인도의 영역에서는 조약 및 국내법에 있어서 소위 인권조약의 명문화와 더불어 범죄자의 개선과 갱생을 목적으로 하는 사회복귀의 사상이 범죄인인도법의 기본 이념의 하나로 등장하게 된다.[170]

Ⅲ. 犯罪人引渡制度의 基本原則

범죄인인도의 기본원칙으로 인정되고 있는 것 가운데에서도 국가주권의 원칙에 입각한 상호주의, 자국민불인도원칙, 범죄특정주의 등 많은 원칙이 확립되어 있다. 그러나 최근에는 범죄에 대한 공동투쟁이라는 국제협력정신의 증진에 따라 과거에는 절대적 원칙으로 인정되었던 여러 원칙들의 엄격성이 완화되는 경향이 있다. 예컨대 조약이 체결되어 있지 않더라도 각국은 국내법에 의한 상호주의에 따라 인도를 허용하기도 한다.[171]

1. 相互主義

상호주의(Principle of Reciprocity)는 주권국가간의 국제법상 평등주의에 바탕을 두고 있는 일반적인 국제관계의 가장 중요한 기본적 원칙으로서 범죄인인도를 포함한 형사사법분야의 협력에서도 적용되는 하나의 원칙이다. 상호주의는 범죄인인도의 청구에 관계되는 범죄와 동일한 범죄 내지 동일한 종류의 범죄인에 대하여 소추 또는 처벌을 한다는 보증을 청구국으로부터 얻은 때에 한하여 범죄인 인도를 허용하는 것을 말한다.[172] 상호주의가 정책적으로 요구되는 근거는 국가평등성의 원칙(principle of the states′ mutual right to equality)을 인식할 수 있는 유일한 방법이라는 것이다.

---

170) 이만희, FN(155), 14면; 森下忠, FN(155), 82面 參照.

171) 오윤경 외 20인, FN(1), 271면. 우리나라의 범죄인인도법 제4조도 이러한 취지의 규정을 하고 있다.

172) 박원백, “영국의 국제형사사법공조제도에 관한 연구”, 해외연수 검찰공무원 연구논문, 서울지방검찰청, 42면(http://u-lib.nanet.go.kr:8080/dl/DetailViewIRDB.php)(검색일자 : 2008. 9, 26); 이상철, FN(161), 32면; 유형석, “범죄인인도와 인권보호”, 「법학연구」제28집, 한국법학회, 2007. 11, 367-368면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

성문법계 국가는 상호주의의 원칙을 엄격하게 규정하고 있으나 보통법계 국가에서는 비교적 이를 유연하게 규정하고 있다.[173] 범죄인인도의 요건으로 상호주의를 명문으로 규정하고 있는 나라는 독일, 스위스, 벨기에, 룩셈부르크, 멕시코 등이다. 그 이유는 유사한 종류의 인도범죄에 대해서는 조약이 체결되어 있지 않은 국가와도 범죄인인도를 한다는 것이다. 즉, 피청구국에 대하여 개별적 인도청구에 상호주의를 요구할 수 있는 가능성을 제시하는 것만이 아니라 이러한 요건을 국제법이나 관련되는 국내법 규정에 있어서 규범적인 조건으로서 유지되도록 하기 위한 것이다.[174] 그러나 프랑스의 경우와 같이 일부 국가에서는 상호주의원칙을 기본적으로 승인하지만 그에 상당한 제한을 가하거나 동원칙을 포기하면서 몇 가지 부수적인 경우에만 필요한 것으로 규정하고 있다.[175]

상호주의는 국제법상 평등주의에 기초하고 있는 국제법적 질서이므로 조약이 체결되어 있지 않은 국가간에 범죄인인도를 행하는 근거로 생각되어 왔으나 경우에 따라서는 조약이 체결된 국가 사이에도 조약상의 명문규정에 의해 해결되지 않는 사건에 관하여도 적용되는 경우도 있다. 즉, 상호주의는 범죄인을 인도하는 대신에 피청구국 스스로 처벌하는 것과 같은 실질적인 동가성만으로는 충분하지 않고 급부의 형식적인 균등성을 요구하게 된다. 그러나 상호주의는 범죄행위의 구성요건과 법률효과의 법적 구성이 완전히 동일하게 보증될 필요도 없다. 주의할 것은 상호주의는 절차규정에는 적용되지 않는다는 점이다.

과거에는 상호주의가 비교적 엄격하게 요구되었으나 최근 범죄인인도에 관한 유럽협약 제2조 제7항, 제26조 제3항의 규정 등에서 완화되는 경향을 나타내고 있다. 즉, 상호주의원칙은 범죄에 대한 국제사회의 공동대처라는 관점에서 많은 비판에 직면하고 있고, 상호주의의 원칙이 점차 완화되는 추세가가 국제적인 경향으로 자리잡고 있다.[176]

---

173) 이훈규・신의기, FN(156), 51면; 정동기, “국제형사사법공조의 기본원칙”, 「저스티스」제29권 제1호, 한국법학원, 1996, 52면 이하; 森下忠, FN(155), 2면; Geoff Gilbert, FN(161), pp.18-19.

174) 이훈규・신의기, FN(156), 52면.

175) 프랑스는 1927년 3월 10일의 범죄인인도법이래 상호주의를 원칙적으로 포기하고 있다(이훈규・신의기, FN(156), 52면; 이상철, FN(161), 33면).

176) 정동기, FN(173), 54면; 이훈규・신의기, FN(156), 53면; 이상철, FN(161), 32면; 이병기・신의기, 「유럽의 형사사법공조제도에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1995, 71면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 雙方加罰主義

쌍방가벌주의(principle of double criminality)는 범죄인인도가 허용되는 범죄는 인도범죄가 청구국의 형벌법규와 피청구국의 형벌법규 쌍방에 의하여 처벌될 수 있는 범죄이어야 한다는 원칙이다.[177] 이 원칙은 상호주의원칙과 범죄인을 보호하기 위한 죄형법정주의에서 유래한다. 그러나 범죄인인도는 범죄자의 처벌이라는 목적을 가지고 있지만 피청구국에서 범죄로 인정하지 행위까지 인도하는 것은 인도되는 사람의 인권을 제약하고 불이익을 준다는 점에서 정당하지 않으므로 양당사국에서 범죄로 처벌할 수 있는 경우에만 인도하여야 한다.

쌍방가벌주의 원칙인 인도청구시 표시되는 죄명이나 유형이 동일할 것을 요구하는 것은 아니며, 청구국과 피청구국의 법률상 행위 전체가 일정한 정도 이상의 중범죄(serious crime)의 구성요건에 해당하면 성립된다는 의미이다.[178] 즉 피청구국은 범죄인이 그 행위를 실제로 행하였는지 여부를 심사하는 것이 아니라 형법상 구성요건을 충족하느냐의 여부를 판단하는 것이다. 책임능력의 결여를 이유로 행위자에게 형벌을 가할 수 없는 경우에는 보안처분이 과하여지는데, 범죄인이 책임능력 없이 위법한 행위를 행한 경우에도 형의 집행에 대한 협력의 경우와는 달리 범죄인인도가 거절되어서는 안된다. 또한 책임조각사유인 긴급피난과 같은 사유는 인도청구에 나타난 사실관계의 기술로부터 명백한 경우에만 심사대상이 될 것이다.

최근의 경향은 인도범죄를 확대하고 있는 추세이며, 쌍방가벌주의 원칙의 적용에 있어서도 융통성있는 해석을 요구하게 되었다. 즉, 피청구국에서 인도범여부를 판단하는 과정은 엄격한 재판절차가 아니며, 청구국의 인도청구가 범죄인인도의 목적에 합당한 것인가를 결정하면 족한 것이므로 쌍방가벌성의 해석은 융통성있게 할 필요가 있다.[179] 즉, 마약관련 범죄, 돈 세탁 등 일부범죄의 경우 오늘날 세계적 규모로 행해지고 있는 범죄의 국제화현상이 심각한 문제로 대두되어 국제적

177) 오윤경 외 20인, (FN1), 272면; 정동기, FN(173), 56면; 유형석, FN(172), 368면; 이상철, FN(161), 33면; 이훈규・신의기, FN(156), 32면.

178) 유형석, FN(172), 368면; 임한택, “범죄인인도”, 「21세기 현대 국제법질서」, 박영사, 2001, 272-273면.

179) 유형석, FN(172), 369면; 이훈규・신의기, FN(156), 54면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

공동노력 없이는 효과적으로 대처할 수 없는 사안이라는 점에서 이를 엄격히 적용하면 협력이 불가능한 경우가 발생하게 될 우려가 있기 때문이다.

쌍방가벌성 원칙의 근거와 관련하여 문제가 되고 있는 것으로는 다음과 같다.[180] 첫째, 쌍발가벌성은 형사법의 기본원칙인 죄형법정주의를 반영하는 측면이 있으므로 이에 대한 유추해석을 인정할 것인가가 문제된다. 즉, 청구국의 형벌법규에 정확하게 대응하는 형벌법규가 피청구국의 국내법에는 존재하지 않으나 유사한 형벌법규가 존재하는 경우 어떻게 취급할 것인가의 문제이다. 죄형법정주의란 법률에 의해서 범죄로 인정된 사항에 대해서만 처벌이 가능하다는 원칙이므로, 자국밖에서의 형사절차라고 하더라도 자국의 법률에 위배되지 않는 행위에 대한 인도요청은 명백한 위험을 내포하고 있으므로 죄형법정주의를 침해하는 것이라고 할 수 있다.[181]

둘째, 피청구국의 법령에 의한 범죄성·가벌성의 평가시 그 존부의 기준 및 요소의 내용여하가 문제가 된다. 인도제도의 목적의 측면에서 각국의 형법상 처벌대상 행위에 관한 규정은 많은 차이를 갖고 있기 때문에 개인의 권리보호의 중요한 수단이 될 수 있지만, 범죄자의 처벌을 방해하는 장애물이 될 가능성이 있다. 종래에는 쌍방가벌주의 원칙에 있어서 인도범죄는 피청구국의 법령에 의한 구체적인 가벌성을 갖출 것을 요구하고 있었다. 최근에는 청구국의 법령에서 비친고죄이며, 피청구국의 법령에서 친고죄로 되어 있는 죄에 대하여 청구국에서 피해자의 고소가 없는 것은 범죄인인도를 방해하지 않으며, 피청구국에서 사면된 경우에도 같다. 또한 청구국 또는 청구를 받은 국가의 법령에 의해 시효가 완성될 때에는 인도가 인정되지 않는다.[182]

---

180) 이훈규·신의기, FN(156), 54-56면 참조.

181) 백진현·조균석, FN(156), 19-20면; 김대순, FN(1), 372-373면. 예컨대 오스트레일리아 국적을 가진 Gerhart Eisler가 미국내에서 의회청문회를 거부한 의회모독죄와 출국서류에 허위사실을 기재한 위증죄로 유죄판결을 받고 1949년 5월 미국을 탈출하였으나 탈출에 이용된 선박이 영국에 도착한 후 영국관리에 의해 체포되었다. 그런데 인도청구된 Eisler의 범죄행위가 미국법상의 위증죄에 해당하며, 이 죄명은 영·미간의 인도조약에 규정된 인도범죄이지만 영국법에서는 위증죄에 해당하지 않는다는 이유를 들어 인도를 허용하지 않았다. 그러나 영국법상 위증죄에 해당하지 않더라도 위증에 관한 유사범죄에 해당하므로 인도 가능한 범죄에 속한다는 비판이 가해지고 있다. 즉, 영국이 미국보다 상대적으로 엄격하게 해석하고 있다(이훈규·신의기, FN(156), 54-55면).

182) 김광택, “국제형법의 새로운 동향에 관한 연구”, 「제주대논문집」, 1983. 8, 15면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

셋째, 청구국의 영역 외에서 범한 죄에 대하여 인도의 청구가 있는 경우의 취급이 문제가 된다. 예컨대 제3국인 C국에서 A국인이 범죄를 범하고 B국으로 도망한 경우에 A국이 B국에 대하여 인도청구를 할 경우에 A국의 국내법 및 B국의 국내법에 의해 당해행위의 가벌성이 인정되어도 인도를 거절할 수 있다. 왜냐하면 제3국으로부터 재판권을 빼앗는 것을 피해야 하기 때문이다.

3. 政治犯不引渡의 原則

인도범죄가 정치적 성격을 지닌 범죄이거나 그와 관련된 범죄인 경우는 범죄인을 인도하여서는 안된다. 정치범죄는 국가존립 또는 그 기능에 관한 법익에 대하여 위험성을 발생시키나, 그 행위를 통하여 보다 고차적이고 이질적인 정치이념을 국민전체의 행복을 위하여 실현하고자 하는 한 국민들의 지지를 받고 도덕적 선행으로 평가받기도 한다. 고대에서 중세에 이르는 국제사회에서는 적대관계국에 대하여는 그 국가의 정적을 보호하는 것이 이익이라는 생각에서 정치범을 불인도하는 지극히 정책편의주의적인 성질을 가지고 있었다.[183]

17세기 이전 범죄인인도가 처음 시작된 시기에는 보통범죄인을 인도하지 않고 오히려 정치범을 빈번하게 인도하였다. 정치범을 인도하는 것이 외교적으로 효과가 크고 상대국의 큰 환심을 살 수 있다는 외교적 효과의 계산에 의한 것이었다. 정치범죄인에 대한 불인도의 원칙이 확립된 것은 프랑스혁명 이후인 19세기에 들어오면서부터이다.[184] 당시에는 정치범죄를 이유로 소추된 자는 주로 자유주의적 정치활동 등을 이유로 도망한 자로서 진보적 정치사상을 가진 사람으로 간주되었으며, 자기가 옹호하는 정치체제를 가진 국가로 도망하는 것이 일반적이었기 때문에 체제의 우월성을 과시하기 위하여 인도를 하지 않게 되었다. 따라서 자연스럽게 정치범의 불인도가 범죄인인도법의 원칙으로 확립되기에 이르렀다.[185]

1793년 프랑스 헌법에서 정치범의 비호가 규정되었으며, 벨기에는 1833년의 범

183) 구충서, “범죄인인도에 있어서의 인도사유와 인도거절사유”, 「사법연구자료」 제20집, 법원도서관, 1993, 29면.

184) 이병조・이중범, FN(1), 577면; 신의기, “정치범불인도원칙의 새로운 변화”, 「형사정책연구」 제7권 제2호, 한국형사정책학원, 1996. 여름호, 97면.

185) 이훈규・신의기, FN(156), 56면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

죄인인도법에서 정치범불인도제도가 확립되었다. 정치범을 인도대상으로부터 제외시킨 최초의 조약은 1834년 11월 22일의 벨기에와 프랑스간의 범죄인인도조약이다. 정치범죄라는 용어에 대한 정의를 하고 있는 최초의 법은 1929년 12월 23일의 독일범죄인인도법으로 정치적 행동이란 국가안보의 본질, 국가원수나 각료, 헌법기관, 시민의 선거권 또는 투표권 및 외국과의 우호관계 등을 직접적 대상으로 하는 처벌가능한 범죄행위라고 규정하고 있다(동법 제3조 제2항).

그러나 최근에 들어와 인권보호와 관련된 문제 및 난민에 대한 처리문제, 국제테러리즘의 성행 등으로 정치범불인도원칙의 새로운 정립이 필요하게 되었다.

(1) 政治犯罪의 意義 및 類型

정치범죄(Politische Delicte)의 개념에 대한 확립된 정의는 없다. 정치범죄의 개념정의에 대해서는 제2차 대전 이전까지는 일국의 국가 내에서 그 범죄가 권력을 획득하기 위한 조직적인 운동의 일부인 경우에만 인정되었으나, 제2차 세계대전 이후부터는 범죄가 정치적 박해를 피하기 위해 행해진 경우에도 정치범죄로 간주되게 되었다. 이러한 정치범죄는 형법상의 용어가 아니며 도망범죄인에게 비호를 허용하거나 범죄인인도절차를 집행하기 위한 목적을 가지고 국제법이 인위적 내지는 편의적으로 창출해 낸 것으로 일반적으로 사리사욕을 위한 범죄인 자연범죄와 구별되며, 확신범죄적인 성격을 가진다.[186] 범죄의 정치적 성격의 결정은 그 수단과 목적의 비례를 고려하고 있지만,[187] 그 구체적인 기준은 확립되어 있지 않으며, 범죄의 정치성 여부를 결정하는 국가에 대하여 관행은 피청구국에 의해서 결정되는 것이 일반적이다.[188]

---

186) 이훈규・신의기, FN(156), 71면.

187) G.V. La Forest , Extradition to Canada (New Drleans : T he Hauser Press), 1961, pp.44- 45; 정치범을 고려해야 할 시기에 존재하는 상황에 따라 일반적으로 정치범의 결정에 관한 학설들은 정치범은 혁명이나 정치적 소요에 부수하여 범해진다는 부수설, 정치적 동기를 가지고 범하는 동기설, 정치적 조직과 질서를 침해하는 결과를 가져오는 목적설과 정치범은 반역죄・간첩죄・정부의 안전에 관한 죄 등 특정범죄설 등이 있지만, Harvard Draft는 순수정치범죄로 반역(treason), 선동(sedition) 및 간첩(espionage)만을 지정하고 있다(Harvard Draft on Extradition, AJIL Vol. 29 Supplement, 1935, pp.112-113).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

정치범죄(Politische Delicte)를 절대적 정치범죄와 상대적 정치범죄로 나눈다.[189] 순수정치범죄는 내란죄·외환죄 등의 절대적 정치범죄(absolut politische Delicte)와 같은 뜻으로 사용되며, 순수정치범죄에 대하여 정치범불인도의 원칙을 적용하는 것은 문제가 없다. 순수정치범죄는 일반범죄를 수반하지 않는 국가권력 또는 국민의 정치적에만 영향을 미치는 범죄를 말한다.[190]

상대적 정치범죄(relativ politische Delicte)는 정치적 동기로 보통범죄도 함께 행해지는 죄를 말하며, 이는 다시 복합범죄·관련범죄·정치적 동기에 의한 범죄 등으로 구분된다.[191] 예컨대 정치적 목적으로 국가의 원수의 생명에 위해를 가하는 행위, 보통범죄로서 정치범죄와의 인과관계를 가지는 정치적 소란시에 무기고를 약탈하는 행위 등이다.

반사회적 범죄를 제외한 순수정치범죄는 인도하지 않는다는 것이 국제법적으로 확립되어 있으나, 문제는 절대적 정치범죄의 경우에 대해서 인정되는 불인도의 근거를 어디까지 상대적 정치범죄의 경우에까지 미치게 할 수 있는가에 대해서는 견해의 일치를 보지 못하고 있다.[192] 대체적으로 인도범죄가 국가원수·정부수반 등 국제적 보호인물과 그 가족의 생명·신체를 침해하거나 위협하는 범죄(외교관 등 국제적 보호인물에 대한 범죄방지·처벌협약 제8조), 다수인의 생명·신체를 침해·위협하거나 이에 대한 위험을 야기하는 범죄(집단살해방지·처벌협약 제91조 제7항, 항공기불법납치협약 제70조), 다자조약에 의해 범죄인의 인도의무를 부담하고 있는 범죄(인질억류방지협약 제10조) 등이다. 반사회적 범죄는 모든 국가의 정치적 질서를 파괴하는 무정부주의자의 행위를 말하며, 이는 정치범죄가 아니라 인도범죄에 해당한다.[193]

---

188) Ghana, Court of Appeal of Accra, 1966; 가나항소재판소에 제기된 The State v. Schuman 사건에서 의사 Horst Schuman은 1939~41년 정신병원에서 환자 약 3만명을 살해하였으며, 1942~44년의 기간 동안에는 Auschwitz에서 다수의 유태인을 살해하는데 가담한 자이다. 재판소는 서독으로의 인도를 명하였다.

189) 이만희, FN(155), 19면; 이훈규·신의기, FN(156), 73면 이하; "森下忠, FN(155), 104면 이하; Lammasch, Auslieferungspflich und Asylrecht. Eine Studie uber Theorie und Praxis des internationalen Strafrechtes. 1887, S.215.

190) 이병조·이중범, FN(1), 582면.

191) 이훈규·신의기, FN(156), 74면.

192) 이훈규·신의기, FN(156), 57면; 이만희, FN(155) 20면.

193) 이병조·이중범, FN(1), 584면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

(2) 政治犯不引渡原則의 法的 性質

정치범죄인불인도 원칙의 법적 성질에 대해서는 ① 정치범불인도의 원칙은 많은 범죄인인도조약에 공통적으로 규정되어 있고, 조약을 근거로 하여 인정되는 것에 지나지 않는다는 견해, ② 정치범불인도원칙은 조약에 의해서만이 아니라 일반(관습) 국제법상으로 확립된 원칙이지만, 피청구국이 정치범죄인의 인도를 거절할 권능을 가지는 것을 의미한다고 보는 견해, ③ 정치범불인도원칙은 일반 국제법상의 원칙이며, 피청구국이 정치범죄인의 불인도의 의무를 지고 있다고 보는 견해 등으로 견해가 나뉘인다.[194]

정치범죄인불인도 원칙은 조약이나 각국의 국내법에 의해 성립되고 발전되어 왔지만, 관습법화에 된 것은 국가의 계속적이고 통일적인 관행은 이미 19세기말에 확립되어 있었고, 범죄인인도조약중의 정치범죄인불인도조항도 법의식의 표명이라고 볼 수 있을 것이므로 관습법이 되었다고 할 수 있다.[195] 국가는 일반 국제법상 그 영역주권으로부터 비호의 권리로서 인도거부의 권리를 가진다. 또한 각국은 이 원칙의 적용에 있어서 벨기에조항·우월이론·아나키스트의 제외 등과 같이 정치범죄의 범위를 한정하면서 정치범죄의 개념을 명확히 하면서 동시에 한정된 범위에 드는 정치범죄인의 인도를 거부하는 의무를 지는 것으로 받아들이는 경향을 띠고 있다. 오늘날 범죄인의 인권존중이라는 관점에서 바라보면 국가는 인도를 거부할 의무를 진다고 할 수 있기 때문에 세번째 견해가 보다 타당하다고 할 수 있다.[196]

(3) 加害條項(벨기에 條項)

정치범죄의 개념은 국내법상·조약상 정의되지 않은 채로 사용되고 있었기 때문에 범죄인인도, 특히 정치범죄와 관련된 행위에 대해서 인도의 대상으로 할 것인지 문제가 되었다.

194) 이만희, FN(155), 23-24면 참조.
195) 藤田久一, FN(153), 65面.
196) 이만희, FN(155), 24-25면; 藤田久一, FN(153), 66면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

1854년 9월 나폴레옹 3세의 궁정열차폭파의 범인(프랑스인)이 벨기에로 도망한 사건(Jules Jacquin 사건)을 계기로 벨기에는 신법을 제정하여 반역자(regicide)를 항상 살인범으로 간주하고, 1856년 범죄인인도법 제6조에 "외국정부의 원수의 신체 또는 그 가족구성원의 신체에 대한 가해는 이 가해가 고살, 모살 또는 독살 행위를 구성할 때에 정치범죄 또는 정치범죄와 관련된 행위로 보지 않는다"를 추가하였다. 이를 가해조항 또는 벨기에 조항이라고 한다.[197] 벨기에조항이라고 불리우는 이유는 벨기에가 1856년 범죄인인도법을 수정하여 국가원수 등에 대한 정치범죄에 대해 최초로 규정하였기 때문이며, 이후 많은 나라에 영향을 미쳤다.

프랑스는 1856년 9월 22일의 벨기에와의 추가조약에 이 조항을 삽입한 것을 비롯하여 이후의 거의 모든 관계조약에 이를 포함하였다. 그리고 무엇이 정치범죄인지에 대한 결정은 인도국 정부의 판단에 맡겨졌다.[198] 이후 1892년 1월 22일 스위스의 범죄인인도법 제10조 제1항은 인도가 인정되지 않는 정치범죄를 정의하고 있지는 않지만, "단, 유죄로 여겨지는 자가 정치적 동기 또는 목적을 주장하는 경우라고 하더라도 범죄인인도가 청구되고 있는 행위가 주로 보통범죄를 구성할 경우에는 범죄인인도가 인정된다"고 하여 이른바 우월이론(systeme de la predominance)을 채용하여 아나키스트를 정치범죄인으로부터 제외하고자 하였다.[199]

이렇듯 정치범죄의 개념을 축소하고자 하는 경향이 보이기는 하지만, 유럽제국에 있어서는 국내법, 조약, 판례를 통하여 19세기 후반에는 일반적으로 정치범죄인불인도의 관행이 형성되었다고 볼 수 있다.

---

197) 1854년에 황제 나폴레옹3세에 대한 가해미수사건은 두번 일어났다, 특히 리르와 카레간의 철도에서 궁정열차를 폭파시키고 암살을 기도한 프랑스인 2명이 벨기에로 도망간 사건에 있어서, 프랑스는 2명의 인도를 벨기에에 대해 요구하였다. 그러나 1명은 기술적인 이유로 석방되고, 1명은 브뤼셀 항소심검찰부에서 정치범죄 또는 연관된 범죄로 여겨져서 석방명령이 내려졌지만, 1855년 3월 15일 벨기에 파기원은 범인(잭 컨)의 행위를 법의 의미에 있어서 오로지 정치적 성격을 지니는 범죄로 간주할 수 없다고 하여 석방명령을 파기하였다. 이후 프랑스가 인도청구를 취소했기 때문에 이 사건은 결말을 보았다. 당시 유럽의 강국이었던 프랑스의 인도요청을 거부한 벨기에는 양국의 우호관계가 손상되는 등의 많은 어려움을 겪게 되자 동일한 사태를 방지하고자 벨기에조항을 만들게 된 것이다(이병조・이중범, FN(1), 583면 참조).

198) 藤田久一, FN(153), 59面.

199) 이만희, FN(155), 12면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

4. 一事不再理原則

일사부재리원칙은 동일한 사건으로 다시 소추되지 않는다는 것으로 이중처벌의 방지를 위하여 인정되는 절차적 이유에서 범죄인인도가 거부되는 경우 중 대표적인 것으로 이 원칙의 국제적 적용을 인정해야 하는가가 문제가 되고 있다.[200] 범죄인인도법은 일반적으로 인도청구에 관계되는 범죄가 이미 청구를 받은 국가에서 형사소추의 대상으로 되건 재판을 받은 사실을 고려하여야 한다는 것을 규정하고 있다. 일사부재리의 원칙에 의하여 피청구국에서 동일한 범죄사실에 대하여 형사소추가 진행중인 때, 이 형사소추에 의한 재판의 결과 판결이 확정된 때 및 동일한 범죄사실에 대하여 제3국에서 재판이 행해져 판결이 확정된 때에는 범죄인인도를 거절할 수 있는 효과가 있다.

1957년의 범죄인인도에 관한 유럽협약에서는 제3국에서 확정판결이 있었던 경우에 대한 규정이 없었으나, 1975년 10월 15일 유럽협약 추가의정서 제2조에 의해 제9조 2항을 추가하였고, 국제연합의 범죄인인도에 관한 모범조약 제3조에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있다. 다만, 인도조약상 일사부재리에 관한 규정이 없더라도 피청구국의 국내법에 필요적 거절사유로 하는 명문의 규정이 있거나 명문규정이 없더라도 실무에서 일사부재리가 유지되고 있다면 인도는 거절된다. 그러나 법제나 문화적 전통이 이질적인 국가 사이에서 한 국가의 확정판결을 다른 나라에서 그대로 인정하여야 하는가에 대하여는 의문이 있다.[201]

5. 自國民不引渡의 原則

범죄인의 국적과 관련하여 인도범죄를 범한 이유로 인도를 청구당하는 개인은 청구국의 국적을 가지는 자에 한정되지 않고 제3국의 국적을 가지는 자, 혹은 무국적자일 수도 있다. 그러나 일반적으로 인도되는 범죄인은 원칙적으로 외국인이며, 자국민인 경우에는 인도하지 않는다. 이를 자국민불인도의 원칙이라고 한다.[202] 이 원칙은 정치범죄인불인도의 원칙처럼 형법상의 원리도 아니며, 일반 국

200) 유형석, FN(172), 369면; 김대순, FN(1), 371면.
201) 이훈규・신의기, FN(156), 58면; 유형석, FN(172), 370면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제법상 확립된 원칙이라고도 할 수 없다. 오히려 국내법이나 조약에 규정을 제외하고는 국가의 재량에 관한 문제라고도 할 수 있다.

절대왕정하에서 국왕은 그 국민에 대한 절대적인 지배자이었기 때문에 다른 군주로부터 청구를 당하면 인도하는 것이 일반적이었으므로 자국민불인도의 원칙은 인정되지 않았다고 할 수 있다. 프랑스는 혁명 이후 자국민불인도 원칙을 채용하였고, 세계 각국은 주권평등의 원칙 및 국내문제불간섭 원칙 등의 주권존중과 관련하여 19세기 이래 자국민불인도의 원칙을 국내법이나 범죄인인도조약중에 규정하였다.[203]

일반적으로 대륙법계 국가는 이를 지지하고 있으나, 영미법계 국가는 자국민도 인도하고 있다.

대륙법계 국가는 그리스와 로마의 관례에 따라 자국민의 인도는 자국의 법적 보호 밖으로 축출하는 것과 같은 결과를 가져오므로 이를 인정하였다. 즉, 유럽국가는 서로 적대적인 관계를 맺고 있던 시대적 상황에 의하여 19세기에는 자국민의 보호는 국가의 의무이며, 자국민의 인도는 국가의 존엄을 침해하는 것이라 하며 자국민의 불인도를 일반적으로 승인하게 되었다. 자국민의 불인도를 명문으로 규정한 최초의 조약은 1834년의 벨기에 - 프랑스 범죄인인도조약이다. 그러나 2차대전 후에는 이를 완화하여 1947년 이탈리아 헌법 제26조 제1항은 조약에서 명문으로 규정하는 경우를 제외하고, 국민의 인도는 인정되지 않는다고 규정하였고, 독일은 1977년 이후 자국민인도 의무에 관해 탄력적 입장을 취하고 있다.[204] 일본의 도망범죄인인도법 제2조 제9호는 “도망범죄인이 일본국민일 때”는 인도해서는 안된다고 규정하고 있다.

영미법계 국가는 속지주의를 원칙으로 하고 속인주의를 예외로 하고 있는데, 이것은 자국영역외에서 행해진 범죄에 대해서 자국법원은 관할권을 가지지 않고, 범죄는 증거수집이나 증인심문, 법정에서의 구두변론의 적정한 수행 등에 편리한 그 행위지의 법원에서 처벌해야 한다고 하는 전통에 따라서 자국민일지라도 인도

202) 이병조・이중범, FN(1), 580면; 김대순, FN(1), 371면.
203) 이만희, FN(155), 15면.
204) 이훈규・신의기, FN(156), 60-61면; 森下忠, FN(155), 167-182면; 최태현, “국내법원의 범죄인인도 결정과 인도적 고려”, 「형사정책연구소식」제24호, 한국형사정책연구원, 1994, 11-12면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

하고 있다. 1878년 영국의 왕립 범죄인인도위원회는 범죄는 범죄지국의 법률의 위반이다라는 기본적 입장에서 자국민인도의 합리성을 제시하였다. 그러나 영미법계 국가도 최근에는 외국의 재판에 대한 불신감에 근거하여 자국민불인도의 원칙을 인정하고 있다.[205] 미국은 1961년 이후 조약체결에 대한 태도를 변경하여 자국민인도의 의무가 없다고 하면서도 행정부의 재량에 의하여 자국민을 인도할 권한을 인정하고 있다.[206] 그리고 19세기말 프랑스는 영미법계 국가와의 인도조약에서 자국민의 인도를 허용하는 영미법계 국가의 법제를 고려하여 인도의 재량권을 체약국에 인정하게 되었고, 이러한 탄력적인 태도는 이후 다른 대륙법계 국가에도 영향을 끼치고 있다.[207]

그러나 자국민이라 하더라도 범죄의 진압이라는 공동의 목표를 달성하고 범죄에 관한 증거의 수집, 형사재판의 적정한 집행의 확보, 범죄로 인해 침해된 법질서의 회복 등을 위해서도 범죄지국에 인도하는 것이 필요하다.[208] 자국민불인도의 원칙은 문명제국의 공통관심사인 범죄의 진압이라는 문제에 대하여 국제적 연대에 반하는 것이고, 범죄가 행하여진 국가의 속지주의적 재판권을 배제하는 결과를 가져오므로 이 원칙에 대하여는 많은 비판이 제기되고 있다. 뿐만 아니라 이 원칙은 외국의 차별적 재판제도으로부터 자국민을 보호하고자 성립한 것인데 현재 그 의미를 상실하였다.

다만 자국민이 다른 국가에서 인도범죄를 저지른 때에는 속인주의에 의한 배타적 관할권을 주장하기보다는 인도에 동의하여야 할 필요가 있다. 그리고 각국의 사법체계의 차이로 인권보장이 충분히 이루어지지 않는 경우에는 재량적 인도를 도입하는 방안을 검토할 필요가 있고, 또한 수형자의 이송제도를 도입함으로써 형사판결이 확정된 수형자를 국적국이나 거주지국으로 이송하여 복역하게 할 수 있을 것이다. 이와 같이 자국민 불인도의 원칙을 포기함으로써 오히려 형사사법공조의 범위가 확대되며, 협력의 확대에 따라 수형자의 이송이 쉽게 이루어짐으로써 유죄판결을 받은 자가 자국에서 복역할 수 있는 가능성은 높아질 수 있을 것이다.[209]

---

205) 이만희, FN(155), 15-16면; 이훈규・신의기, FN(156), 58면; 森下忠, FN(155), 159面.
206) Michael Akehur st, “Jurisdiction in International Law”, 1973, 46 BYIL 145, p.108.
207) 이훈규・신의기, FN(156), 59면.
208) 이훈규・신의기, FN(156), 61면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

6. 特定主義原則

특정주의원칙(Rule of Speciality)이란 청구국에 인도된 범죄인은 청구원인이 된 특정범죄에 대해서만 소추되거나 처벌되며 그 밖의 범죄에 대하여는 처벌되지 않는다는 것을 말한다.[210] 특정주의는 1829년 네덜란드의 클뤼트(Provo Kluit)가 주창한 것으로 19세기에 등장한 정치범불인도의 원칙과 관련하여 발달한 것으로 국제사회에서 일반적인 원칙으로 받아들여지고 있으므로 조약 또는 국내법에 이에 관한 규정이 없더라도 응당 적용되고 있다.[211] 1833년 벨기에 범죄인인도법 제6조에서 처음으로 완화된 특정주의를 채택하였고, 프랑스도 1850년 이후 체결한 조약에서 순수특정주의(Prinzip der reinen Spezialitat)를 채택하였다. 전자를 벨기에주의(systeme belge)라 하며, 후자를 프랑스주의(systeme francais)라 한다. 20세기 이후에 들어와서는 인도된 자는 인도의 이유가 된 범죄 이외의 범죄에 대해서는 심판되지 않는다라는 프랑스주의가 많은 범죄인인도조약에 의해 받아들여졌고, 전통적인 범죄인인도법의 확고한 기본원칙으로 널리 인정되게 되었다.[212]

특정성에 의한 구속력을 인정하고 있기 때문에 청구국에 특정주의에 의한 제한이 인정된다. 독일 및 스위스의 학설에 의하면 범죄인인도의 경우에 있어서 주권의 제한은 세 가지 관점에서 행하여진다고 한다.[213] 첫째, 형벌권(Strafgewalt)의 제한으로써 청구국은 도망범죄인이 인도전에 범한 범죄 중 인도가 허용된 범죄 이외의 범죄에 관하여는 형사소추를 할 수 없다. 여기의 특정성은 피청구국의 권리를 보장하는 것이다. 둘째, 인도권능(Auslieferungsbefugnis)의 제한으로써 청구국으로부터 제3국에 대한 재인도(Weiterliefrung, reextradition)를 할 수 없다. 여기의 금지는 청구국에서 특정주의의 파생적 효과이다. 셋째, 일반적 국가주권(allgemeine Staatshoheit)의 제한으로써 특정주의의 효력은 인도허가의 대상이 되지 않은 범죄에 관하여 인도된 자가 소추되거나 처벌되지 않는다는데 그치지 않고 체포·구금되지 않는다는 것에까지 미친다. 체포·구금 등의 강제처분은 청구

209) 이훈규·신의기, FN(156), 62면; 유형석, FN(172), 371면.
210) 정동기, FN(173), 60면.
211) 이훈규·신의기, FN(156), 62-63면.
212) 이훈규·신의기, FN(156), 63면; 정동기, FN(173), 60-61면; 이상철, FN(161), 35면.
213) 이훈규·신의기, FN(156), 63면; 정동기, FN(173), 61면; 森下忠, FN(155), 210-211면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

국의 형벌권의 발현이기 때문이다.

그러나 특정주의를 엄격하게 일관하는 것은 청구를 받은 국가의 주권존중과 해외로 도피한 범죄인의 인권옹호에 도움이 되지만, 청구국에서의 형사사법의 운용에 불편을 초래할 우려가 있기 때문에 최근 특정주의는 완화되는 경향이며, 여기에는 다음 세 가지 유형이 있다.[214]

첫째, 특정주의범위의 완화이다. 범위의 완화는 새로운 법적 평가에 의해서도 인도가 허용될 수 있는 경우에 그 자체만으로 소추·처벌이 가능하다는 것에 근거를 두고 있다. 예컨대 단순절도를 가중절도로, 절도를 횡령으로, 절도를 강도로 변경하는 것은 인정된다. 범죄인인도는 역사적 사실로서의 범죄사실이 동일한 청구국에서의 법적 평가의 변경은 가능하기 때문이다. 그러나 변경후의 범죄로 처음부터 인도청구하였다면 피청구국은 범죄인의 인도를 수락할 것인가의 문제이다. 예컨대 상해치사죄에 대하여 인도를 받은 청구국이 살인죄로 소추·처벌한다면, 피청구국이 살인죄에 대하여 사형을 이유로 인도를 거절할 것이라고 판단될 때에는 살인죄로의 변경은 허용되지 않는다. 특정주의의 범위의 완화는 다른 행위를 이유로 하는 소추·처벌이 금지되는 것이지, 소추·처벌 그 자체를 금지하는 것은 아니다.

둘째, 인도되는 자의 동의이다. 인도되는 자의 임의에 의한 명시적 동의가 있는 경우에, 피청구국이 인도허락에 관련된 범죄 이외의 범죄에 대해서 청구국에서 소추·처벌할 수 있을 것인가가 문제가 될 수 있다. 현재 피청구국(인도국가)에 전달되는 것을 조건으로 하여 범죄인인도 및 소추·처벌의 확대를 명문으로 긍정하는 조약이나 국내법이 상당히 많다. 본인의 동의는 청구를 받은 국가의 동의와 대비하여 국가의 동의에 대신하는 것으로 보는 것은 타당하지 않다.[215] 우리나라의 범죄인인도법도 대한민국의 동의 이외에 본인의 동의를 특정성 완화로 인정하지 않고 있고, 외국과 체결한 조약에서도 이를 인정한 예는 없다.

셋째, 자유체제보장기간의 경과이다. 인도된 자 본인이 청구국의 형사절차로부터 불기소처분, 무죄판결 또는 사면을 받아 형의 집행을 마치고 확정적으로 석방

214) 정동기, FN(173), 62면 이하; 이훈규·신의기, FN(156), 64면; 森下忠, 「國際刑法入門」, 120- 121面 참조.

215) 정동기, FN(173), 63면; 이훈규·신의기, FN(156), 65면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

된 이후 인도의 이유가 된 범죄 이외의 범죄에 대해서 소추·처벌받지 않고 기타 일신적 사유를 제한받는 일도 없이 청구국에 자유롭게 체재할 수 있다. 또한 그 자가 청구국의 영역을 떠난 후에 다시 돌아 온 경우에도 인정된다. 이는 국제형사사법공조에 의해서 관행으로 인정되는 것으로 자유체제(freies Geleit)라고 하며, 순수특정주의로부터 유래하며 무제한으로 존속된다. 그러나 이와 같은 자유체재의 보장기간을 1개월 내지 3개월로 제한하여 특정주의를 완화하고자 하는 시도가 19세기 후반 이후에 나타났으며, 1930년경에는 세계적으로 확대되기에 이르렀다. 범죄인인도에 관한 유럽협약 제14조와 우리나라의 범죄인인도법 제10조 제3호는 보장기간을 45일로 규정하고, 국제연합 모범조약 제14조 제3항은 30일 내지 45일로 하는 등 보장기간을 정함으로써 순수특정주의의 완화를 꾀하고 있다.[216]

Ⅴ. 引渡義務

교통·통신기관이 발달하면서 범죄인의 도주가 용이해지자 범죄인인도의 필요성 또한 급증하면서 범죄인인도조약도 늘어나게 되었다. 그러나 도망범죄인의 인도의무는 국제법상 확립되어 있지 않으므로 국가는 국제법상 범죄인을 인도할 원칙적 의무는 없기 때문에 특별한 조약상 의무가 없는 한 범죄인의 인도여부는 인도국가가 자유재량에 의하여 결정할 수 있다.[217] 즉, 타국과의 개별적 조약이나 국내법에 의해 범죄인을 인도할 것을 규정하는 것이 보통이다. 따라서 조약에 의한 범죄인인도의 권리·의무가 발생하는 것이므로 조약이 없는 경우에는 피청구국의 인도의무가 발생하지 않는다.

범죄인인도조약이나 범죄인인도에 대한 국내법의 제정시 일반적으로 인도하여야 할 범죄를 규정하는 것이 원칙이다. 인도의 대상이 되는 범죄로는 일반적으로 보통범죄나 보통범죄 중에서도 사형 무기 또는 1년 이상의 징역에 해당하는 상당히 중요한 범죄에 한하며, 보통 양인도당사국의 국내법상 공통적으로 범죄가 되어야 한다. 인도범죄의 종류는 조약의 구체적 내용에 따라 다르며, 조약에서 인도범죄를 특정하고 있는 경우에는 그 이외의 범죄에 대하여는 인도의무가 없다.

---

216) 정동기, FN(173), 64면; 이훈규·신의기, FN(156), 65-66면.
217) 이병조·이중범, FN(1), 579면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

그러나 조약이 없는 경우에는 개개의 안건이 있을 때 그에 대하여 청구국에 상호주의의 보증을 구하는 것이 보통이다. 그러나 문명제국의 공통적 관심사인 범죄진압을 위해 국제협력으로서 상호주의에 의한 장래에의 보장을 조건으로 인도하는 것이 일반적 관행이며, 그것이 국제예양 또는 도의적 의무로 인정되고 있다.[218]

제2절 國際法上 犯罪人引渡制度의 形態

Ⅰ. 條 約

범죄인인도는 형사문제에 관한 국제사법공조 중에서 그 중요성이 인정되어 가장 먼저 발달한 것이지만, 현대사회에서도 국가간 인적 교류가 활발해지면서 그 중요성은 날로 커지고 있다. 범죄인인도조약은 이해관계가 많은 국가 상호간에 양자조약(한미범죄인도협약 등)의 형식과 지역적 협력조약(그 효시인 1879년 리마에서 체결된 「범죄인인도에 관한 미주협약」과 「범죄인인도에 관한 유럽협약」, 「중남미범죄인인도협약」 등)으로 체결되는 경우가 많다.

1. 犯罪人引渡에 관한 유럽協約 및 追加議定書

유럽은 대부분 육지로 이어져 있고 소규모 국가로 구성되어 있기 때문에 범죄인의 이동이 쉬워 범죄인인도문제는 다수국이 이해관계를 가지는 문제가 되는 경우가 많았기 때문에 유럽국가간에 통일적인 범죄인인도조약의 체결로 이러한 어려움을 극복할 필요성에 의하여 일찍부터 범죄인인도제도가 발달하였다.

범죄인인도에 관한 유럽협약은 지금까지 체결된 조약 중 가장 성공적인 범죄인인도조약으로서 전통적인 범죄인인도법의 제원칙을 승계하고 조약화한 것으로 유럽의 거의 모든 국가가 체결하였다.[219] 이 협약은 1951년 12월 유럽이사회의 자문

218) 이병조・이중범, FN(1), 579면.

219) 이 협약의 보충을 위하여 1975년 10월 15일 스트라스부르에서 「범죄인인도에 관한

CHOSUN UNIVERSITY 1946

회의에서 「범죄인인도유럽협약의 체결을 위한 준비조치에 관한 권고」를 채택하면서 시작되어 1957년 9월 「범죄인인도에 관한 유럽협약(European Convention on Extradition, ETS No.24)」을 승인하고 구성국의 서명을 위하여 개방할 것을 결정하여 1957년 12월 13일 파리에서 체결되어 1960년 4월 18일 발효하였다.[220]

이 협약은 체약국 사이에서 기존의 범죄인인도에 관한 2국간 또는 다자조약을 폐지함으로써 유럽지역에서 통일적인 범죄인인도가 이루어질 수 있는 기초를 다진 점이다. 또한 체약국은 장래 이 협약의 규정을 보충하거나 이 협약의 여러 원칙의 적용을 쉽게 하기 위한 것 외에는 새로운 양자 또는 다자조약을 체결할 수 없도록 하고 있어 일반적인 법원칙과는 달리 다자조약이 양자조약보다 우선 적용되도록 하여 국제관계의 안정성의 확보에 기여하고 있다. 그러나 체약국이 유보에 의하여 협약의 일정 조문에 대하여 그 적용을 배제할 권한을 가지게 함으로써 그 실효성을 떨어뜨리고 있다. 유보조항은 국제조약에서 되도록 많은 국가의 가입을 유도하기 위하여 각국의 사정에 따라 일정한 조항에 대한 선택을 유보할 수 있게 하는 전례를 따른 것이다.[221]

범죄인인도에 관한 유럽협약에 의한 인도범죄는 청구국 및 피청구국의 법령에 의해 장기 1년 이상의 자유형 또는 자유박탈을 수반하는 보안처분에 처할 수 있는 범죄에 대하여 행해진다고 하여 쌍가벌성의 원칙을 채택하고 있다.[222] 그러나 상호주의에 대하여는 명확한 방법으로 규정하지 않고 상호주의를 주장할 권한을 관계국에 주는 임의적 적용을 인정하고 있다.[223] 그러나 쌍방가벌성의 원칙과 관

유럽협약의 추가의정서」(Additional Protocol to the European Convention on Extradition, ET S No.86)와 1978년 3월 17일 제2차 추가의정서(Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition, ET S No.98)가 체결되었다(이훈규・신의기, FN(156), 114면 참조).

220) 이 협약의 비준국은 오스트리아, 키프로스, 덴마크, 프랑스, 서독, 그리스, 아이슬란드, 아일란드, 이탈리아, 리히텐슈타인, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 스페인, 스웨덴, 스위스, 터키 등 21개국이다(이훈규・신의기, FN(156), 111면).

221) 이훈규・신의기, FN(156), 112면; 김태윤, “국제법상 범죄인인도 제도에 관한 연구”, 석사학위논문 동의대학교, 2001, 46면.

222) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제2조 제1항.

223) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제7조 내지 제9조. 그러나 동 협약 제1추가의정서 제2조는 이 협약 9조 제2항부터 제4항까지를 추가하는 것에 의하여 일사부재리의 원칙의 적용범위를 확대하였다. 이에 대해서는 이훈규・신의기, FN(156), 119면; Reinhardt Rummel, “West European Cooperation in Foreign and Security Policy”, The Annals

CHOSUN UNIVERSITY 1946

련한 유추해석에 의한 적용은 죄형법정주의에 어긋나며 이 규정으로 인하여 청구를 받은 국가의 법령에 의한 가벌성의 평가를 행할 때의 기준 및 요소가 문제된다.[224]

그리고 전통적 범죄인인도의 원칙과 관련한 피청구국이 정치범죄 또는 그에 관련된 범죄에 있어서 정치범죄불인도의 원칙[225], 보통법상의 범죄를 구성하지 않는 군사범죄,[226] 당사국간에 특약이 없는 재정범죄[227], 자국민의 범죄에 있어서는 인도를 거절할 권한,[228] 동일한 범죄에 대하여 형사소추가 개시된 때 피청구국은 인도를 거절할 수 있으며,[229] 인도청구된 자가 피청구국의 권한있는 당국에 의해 인도청구된 범죄에 대하여 확정판결을 받은 때에는 인도를 허가하지 않는 일사부재리,[230] 인도범죄가 청구국의 법에 의해 사형에 해당하더라도 피청구국의 법에서는 사형에 해당하지 않거나 사형이 통상 집행되지 않는 경우에는 청구국의 충분한 보증이 없는 한 인도를 거절하고 있다.[231]

범죄인인도 청구는 문서에 의해 외교경로를 통하거나 2국 이상의 당사국들의 협정에 의하여 채택할 수 있다.[232] 인도청구에 필요한 서류는 청구국의 법령에 의하여 정하여진 형벌 또는 보안처분의 집행력 있는 판결문, 구속영장 기타 동일한 효력을 가지는 영장의 원본 또는 인증사본 등에 인도의 청구에 관계되는 범죄의 설명서, 범죄일시 및 장소, 죄명 및 적용할 수 있는 법조항 등이 정확히 명시되어야 한다.[233] 이외에도 동 협약은 특정주의, 제3국에 대한 재인도, 임시체포, 청구의 경합, 신병의 인도와 그 연기 또는 조건부 신병인도, 물건인도, 통과, 비용 등을 규정하고 있다.

---

of the American Academy of Political and Social Science, Vol.531, Jan., 1994, p.235 참조.

224) 이훈규・신의기, FN(156), 114면.
225) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제3조 제1항.
226) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제4조.
227) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제5조.
228) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제6조 제1항 a.
229) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제8조.
230) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제9조.
231) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제11조.
232) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제12조 제1항.
233) 범죄인인도에 관한 유럽협약 제12조 제2항.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 犯罪人引渡에 관한 미주협약

범죄인인도에 관한 미주협약은 다자간 범죄인인도조약으로서는 가장 오래된 역사를 가지고 있다. 1879년 3월 27일 리마에서 체결된 범죄인인도에 관한 미주협약이 체결된 이래, 1902년 1월 28일 멕시코에서, 1923년 2월 7일 워싱턴에서, 1928년 2월 20일 아나바에서, 1933년 12월 26일 몬테비데오에서, 1934년 4월 12일 과테말라에서 및 1940년 3월 19일 몬테비데오에서 여러 차례 개정되었으며, 1981년 2월 25일 카라카스에서 개정된 것이 최근의 협약이다. 이 협약의 체결에는 위와 같은 여러 협약 외에도 제10차 미주회의결의(카라카스, 1954), 제3차 미주법률가 평의회 결의Ⅶ(멕시코, 1956), 제4차 동평의회 결의Ⅵ(산티에고, 칠레, 1959) 및 미주기구 총회 AG/ Res . 91(Ⅱ- 0/ 72), 183(Ⅴ- 0/ 75)와 310(Ⅶ- 0/ 77), 또한 1954년, 1957년, 1973년 및 1977년 미주 법률가위원회에서 제안한 협약초안 등을 고려하여 인간의 권리와 의무에 관한 미주선언 및 세계인권선언에 구체화된 인권을 존중하면서, 미주의 긴밀한 결속과 협력을 위하여 범죄가 처벌되도록 하기 위한 것이다. 이를 위하여 발효하고 있는 조약들에 규정된 것 이상으로 광범위한 측면에서 형사법에서의 절차를 간소화하고 상호협력의 증진을 확보하기 위한 범죄인 인도의 확장을 요한다는 사실에 근거하여, 국제적 차원에서 범죄에 대한 응징을 위하여 이 협약을 채택하게 된 것이다.[234]

범죄인인도는 청구국이 피청구국에 대하여 재판상 기소를 요하는 자, 공판중에 있는 자 또는 유죄판결을 받은 자 또는 자유형형벌의 선고를 받은 자를 인도한다.[235] 그러나 범죄인인도가 허용되기 위해서는 청구국의 영토안에서 범해지거나 청구국의 영토 밖에서 행해졌더라도 청구국이 재판관할권을 가지는 경우에는 인도할 수 있도록 하여 속지주의 원칙을 우선적으로 채택하고 있다.[236] 인도되는 범죄는 청구국과 피청구국의 법률상 2년 이상의 자유형에 해당하는 범죄로서 범죄의 종류나 사정을 불문하고 범죄를 구성하는 행위로서 범행시에 처벌가능한 것이어야 한다.[237] 그리고 각각의 연방 또는 주마다 형사법령을 가지는 연방국가에 대

234) 범죄인인도에 관한 미주협약 전문.
235) 범죄인인도에 관한 미주협약 제1조.
236) 범죄인인도에 관한 미주협약 제2조 제1항, 제2항.
237) 범죄인인도에 관한 미주협약 제3조 제1항.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

하여 인도의 허용여부를 판단함에 있어서, 인도청구를 받는 당사국은 범죄의 기본적 요소들만을 고려하여야 하며 주간이송, 또는 주간통상의 우편 기타 편의의 이용과 같은 요소들을 배척하여야 한다. 그러한 요소들의 목적은 단지 청구국의 연방법원의 관할권의 확립을 목적으로 하는 것이기 때문이다.[238]

그러나 일사부재리의 원칙에 의해서 인도를 청구받는 자가 자신의 형기를 마쳤거나 또는 인도의 원인이 되는 범죄에 대하여 사면되거나 동일한 범죄에 대한 사건이 각하된 경우,[239] 소추나 처벌이 인도청구국 또는 인도청구를 받은 당사국의 제정법상의 제한규정에 의하여 금지되는 경우,[240] 인도를 청구받은 자가 청구국의 특별법원 또는 임시법원에서 심리, 선고받았거나 심리될 예정인 경우,[241] 범죄가 정치범에 해당하거나 이와 관련된 범죄 또는 정치적인 이유로 소추된 일반 형사범인 경우,[242] 인종적·종교적 이유 또는 국적상의 이유로 박해를 받을 수 있는 경우,[243] 정당한 이익을 가지는 일방당사자의 고소나 고발 없이는 인도를 청구받은 당사국내에서 기소될 수 없는 범죄인 경우[244] 등에는 인도를 거절할 수 있다고 하여 절차적으로 쌍방가벌성의 원칙을 규정하여 범죄자의 권익을 최대한 보장하고 있다.[245] 그리고 이 협약은 범죄인인도에 관한 유럽협약과 달리 비호권조항을 두어 협약의 어떠한 규정도 비호권의 행사가 적당할 때 이러한 권리를 제한하는 것으로 해석될 수 없다고 규정하고 있다.[246] 그리고 당사국들은 인도청구된 범죄가 청구국의 충분한 보증이 없는 경우에는 청구국에서 사형, 무기형 또는 잔학한 형벌로 처벌될 때 인도를 거절할 수 있다고 하고 있다.[247] 그러나 인도가 청구되는 자의 국적은 인도를 청구받은 당사국의 법률이 달리 정하지 아니하는 한 인도거절의 사유로 이를 원용할 수 없다고 하여,[248] 자국민이라 할지라도 인도청구

238) 범죄인인도에 관한 미주협약 제3조 제4항.
239) 범죄인인도에 관한 미주협약 제4조 제1항.
240) 범죄인인도에 관한 미주협약 제4조 제2항.
241) 범죄인인도에 관한 미주협약 제4조 제3항.
242) 범죄인인도에 관한 미주협약 제4조 제4항.
243) 범죄인인도에 관한 미주협약 제4조 제5항.
244) 범죄인인도에 관한 미주협약 제4조 제6항.
245) 이훈규·신의기, FN(156), 126면.
246) 범죄인인도에 관한 미주협약 제6조.
247) 범죄인인도에 관한 미주협약 제9조.
248) 범죄인인도에 관한 미주협약 제7조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

가 있는 경우 인도하는 것을 원칙으로 하고 있어 유럽협약에 비하여 진일보한 태도를 취하고 있다.[249]

인도청구는 청구국의 외교관에 의하며, 외교관이 없는 경우에는 영사에 의하여 또는 적당한 경우에 인도청구를 받는 국가의 정부의 동의를 얻어 청구국의 이익을 대표하고 이를 보호할 의무를 위임받은 제3국의 외교관에 의하여 이루어져야 한다. 인도청구는 관계 정부들이 합의하는 절차에 따라서 직접 정부 간에 이루어질 수도 있다.[250] 청구시에는 사법당국의 구속영장 사본, 증거의 사본 및 법률규정을 구비하여야 하며, 필요시에는 번역문 및 인도청구되는 자의 신원, 국적 가능하다면 청구받는 국가의 영토내에서의 소재지, 사진, 지문, 기타 신원 확인 수단에 관한 개인정보를 첨부하여야 한다.[251]

이외에도 특정성의 원칙, 임시체포, 청구의 경합, 법적 권리와 원조, 인도결정의 통지, 범죄인의 인계 및 물건의 인도, 인도의 연기, 범죄인의 구인기간 등에 대하여 규정하고 있다.

3. 犯罪人引渡 및 刑事司法共助에 관한 베네룩스조약

베네룩스 3국은 소규모의 국가로 지리적 국경을 접하면서 정치적·경제적·사회적·문화적으로 고도의 긴밀성을 가지고 있어서 국경의 벽은 낮기 때문에 법의 통일과 조화를 이루기 위하여 1948년 4월 17일에 설치된 법의 통일연구 베네룩스 위원회는 민법, 상법 및 형법의 제규정의 조화와 통일을 적극적으로 추진하고 있다. 이러한 긴밀한 관계를 바탕으로 범죄인인도와 형사사법공조 등 형사사법 분야의 조약에서 유럽협약보다도 진보적인 규정을 도입하고 있다. 1962년 「범죄인인도및 형사사법공조에 관한 베네룩스조약」은 다음의 두 가지 점에서 형사사법공조에 관한 유럽협약보다도 큰 진전을 보이고 있다. 그 하나는 청구국의 청구에 기하여 청구를 받은 국가에서 수사가 행하여질 때 청구국의 공무원이 수사에 참가할 권한이 인정되는 것이다. 둘째는 인도범죄에 해당하는 죄의 범인을 수사하

249) 이훈규·신의기, FN(156), 127면.
250) 범죄인인도에 관한 미주협약 제10조.
251) 범죄인인도에 관한 미주협약 제11조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

는 한 나라의 공무원에게 다른 체약국의 영역내에서 그 수사를 계속하여 행할 권한을 부여한 것이다.[252]

범죄인인도와 형사사법공조를 하나의 조약에서 규율하고 있는 이 조약은 제1장 범죄인인도(제1조-제21조), 제2장 형사사법공조(제23조-제43조) 및 제3장 통칙의 3개 장으로 구성되어 있다. 이 조약에서는 「범죄인인도에 관한 유럽협약」과 마찬가지로 쌍방가벌주의를 채택하면서 일정한 중한 범죄만을 인도범죄로 하였다. 유럽협약에서는 일정한 중한 범죄를 장기 1년 이상의 자유형 또는 자유박탈을 수반하는 보안처분에 처하여야할 범죄로 하고, 형 또는 보안처분의 선고가 있는 경우에는 선고된 제재는 4월 이상인 경우에만 인도할 수 있도록 하였다. 이에 대하여 이 조약에서는 1년 이상을 6월 이상으로 하고 제재가 선고된 경우의 4월이상을 3월 이상으로 하여 인도범죄의 범위를 확대하였다.[253] 이 조약은 범죄인인도에 관한 유럽협약과 마찬가지로 정치범죄와 군사범죄를 인도범죄에서 제외하고 있으나, 군대에서 탈영한 군사범죄는 인도범죄에 포함시키고 있다.[254] 이외에 재정범죄, 일사부재리, 사형, 특정주의 등의 원칙은 범죄인인도에 관한 유럽협약의 내용과 거의 동일하다.

인도의 청구는 외교경로에 의할 것을 요구하지 않고 법무장관과 법무장관 사이에 하는 것으로 하여 절차를 간편히 함으로써 협력을 촉진시키고 인도대상이 된 피의자의 미결 구금일수를 줄이기 위한 것으로 보인다.[255] 이와 같이 베네룩스3국 사이에는 긴밀한 관계를 바탕으로 협력을 간편하게 하고 폭을 넓히기 위해 노력하고 있어 국가연합의 단계라고 볼 수 있을 정도로 형사사법공조가 최대한의 범위에까지 확대되고 있다.[256]

4. 센겐協定

1985년 6월 14일 벨기에, 네덜란드, 룩셈부르크, 프랑스 및 독일 사이에 「공통

252) 이훈규・신의기, FN(156), 131-132면.
253) 범죄인인도 및 형사사법공조에 관한 베네룩스조약 제2조 제1항.
254) 범죄인인도 및 형사사법공조에 관한 베네룩스조약 제3조 제1항, 제2항.
255) 범죄인인도 및 형사사법공조에 관한 베네룩스조약 제11조 제1항.
256) 이훈규・신의기, FN(156), 137면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

의 국경에서의 감시의 점진 철폐에 관한 협정」이 체결되었다. 이 협정은 독일 프랑스의 국경 가까이에 있는 룩셈부르크의 센겐에서 서명되었기 때문에 센겐협정이라고 불리우지만, 범죄인인도를 위하여 체결된 조약은 아니다.[257] 이 청구에 응하여 1985년 센겐에서 베네룩스 3국, 독일, 프랑스 사이에서 공통되는 국경에 대한 통제의 점진적 폐지와 이를 보완하는 조치에 관한 합의가 이루어졌다. 이 합의는 1990년 6월 19일 센겐추가협정에 의해 국경을 넘는 긴급추적과 국경을 넘는 감시 등 기존의 유럽이사회 협약의 범위를 넘는 협력을 규정하고 있을 뿐만 아니라 경찰협력 등 실질적인 분야의 협력을 규정, 형사사법 분야의 협력에 있어 간편하고 효율적인 협력을 추구하고 있는 것으로 기존의 국경에 의한 제한, 국가주권에 의한 제한 등이 여전히 존재하고 있지만, 현 수준에서는 가장 유용한 협조방안이라 할 수 있을 것이다.[258]

센겐협정은 크게 단기적 실시조치에 관한 1장과 장기적 실시조치에 관한 2장으로 33개조로 되어 있으며, 추가협정은 장기적으로 실시해야 할 조치들을 중심으로 센겐협정을 구체화한 것이다. 특히 센겐추가협정은 국경을 접하는 나라 사이에 자유로운 인적, 물적 왕래를 허용하면서 그 구체적인 방법과 자유로운 왕래를 허용함으로써 생길 수 있는 부작용을 최소화하기 위하여 여러 장치를 두고 있는데 이에는 효과적인 범죄수사와 범인체포를 위한 긴밀한 경찰협력, 국내 경찰이 얻은 정보에 기초하여 컴퓨터화된 센겐정보시스템(SIS; Schengen Information System)의 창설, 비자 및 비호의 승인을 위한 공통의 센겐기준의 정립 등이 있다.

범죄인인도와 관련하여 특이한 것으로는 약식 범죄인인도에 관한 규정이다.[259] 약식 범죄인인도는 도망범죄인이 법관으로부터 약식 인도에 대하여 고지받은 후 본인이 인도에 동의할 때 정식절차를 거치지 않고 행하는 범죄인인도이다. 정식절차에 따라 범죄인인도를 행하는 경우에는 2- 3개월이 걸리는 경우가 적지 않으며, 이는 인도에 동의하는 범죄인에게는 시간적으로 큰 손실이 될 뿐만 아니라 본인에게 불필요한 고통을 주게 된다. 또한 센겐협정에서 가장 주목할 만한 것은

257) 이훈규・신의기, FN(156), 148면.
258) 이훈규・신의기, FN(156), 149면.
259) 센겐협정 제66조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

임시체포제도의 도입이며, 이를 통하여 범죄인인도에 있어 실질적인 협력의 폭이 커졌다 할 것이다. 이 협정은 형사사법공조에 관하여 현행 유럽협약 및 베네룩스 조약을 보완, 그 적용을 용이하게 하는 것을 목적으로 하는 것이다. 따라서 형사사법공조에 있어서는 어떤 형태든 이 협정보다 광범위한 양자조약이 있으면 그 적용을 방해하지 않는다.[260]

Ⅱ. 變則的 犯罪人引渡

범죄인인도는 해외로 도피한 범죄인을 국내법 및 국제법에 의하여 당해 범죄인에 대하여 재판권이 있는 나라로 복귀시키는 정식절차임에 반하여 비정규적 인도방법은 범죄인인도절차에 의하지 않고 사실상의 범죄인인도효과를 가져오는 것으로서 강제퇴거와 같은 합법적인 방법과 납치 등 불법적인 방법이 있다. 외국으로 범죄인이 도피한 경우, 특히 그 국가가 자국과 범죄인인도조약이 체결되어 있지 않는 등의 이유로 협력이 어려울 경우 사실상의 인도효과를 가지는 강제퇴거를 많이 이용하게 되며, 이러한 협력조차 여의치 않을 경우 국가는 타국에 대한 주권침해의 우려가 있는 불법행위인 납치 등의 수단도 고려하게 될 것이다. 많은 범죄인인도조약이 체결되어 있으나 널리 이용되는 제도가 아니며 실제의 인도는 대부분 강제추방의 형식으로 이루어지고 있다.

1. 拉致

1998년 6월 한미 양국간에 체결되었던 범죄인 인도조약이 지난해 연말 발효한데 이어 금년 2월말에는 몽골과의 범죄인 인도조약이 발효됨으로써 우리 나라는 현재 9개국과 범죄인 인도조약을 체결, 발효 중에 있다. 이로써 우리 나라에서 범죄를 범하고 이들 국가로 도피한 범죄인의 강제송환이 가능하게 되었다.

대부분 국가는 조약이나 국내특별법 없이는 범죄인을 인도할 국제법상의 의무를 부담하지 않는다. 다만 조약 없이 범죄인을 인도하는 경우는 국내특별법 즉

260) 이훈규・신의기, FN(156), 150-152면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

범죄인 인도법에 규정하고 있는 상호주의나 국제예양(Comity)에 입각하고 있는 경우가 일반적이다. 따라서 현재 대부분의 범죄인 인도는 조약이나 국내특별법에 근거하고 있는데 이 경우에 범죄인을 실제로 인도 받기 위해서는 통상적으로 상당히 복잡한 절차를 거쳐야하고 장기간이 소요된다. 따라서 범죄인의 인도를 요청하는 국가의 입장에서는 범죄인을 범죄인의 소재지국가로부터 강제로 납치송환하는 것이 범죄인의 신병확보를 신속하게 할 수 있는 간편한 방법이 될 수 있다. 실제로 이런 방법으로 범죄인을 해외에서 강제로 납치하여 재판하는 경우가 국제사회에서 종종 있어왔다.[261]

현재 미국은 100여 개국과 범죄인 인도조약을 체결하고 있음에도 불구하고 근래에 들어 해외에서 범죄혐의자들을 납치송환하는 경우가 빈번하게 발생하고 있다.[262] 역사적으로 보면, 미연방대법원은 미국정부가 범죄인 인도조약에 의하지 않고 개인을 납치송환하는 행위에 대하여 초기에는 두 가지 상반된 의견을 제시한 바 있다. 즉, United States v. Rauscher 사건[263](이하 Rauscher 사건)에서 연방대법원은 해외에서 납치된 개인의 인권을 보호하는 차원에서, 그리고 같은 해에 판결한 Ker v. Illinois 사건[264](이하 Ker 사건)에서는 Rauscher 사건과는 달리 개인의 인권보호 보다는 국가의 범죄인 필벌의 의지가 구현된 판결을 내리고 있다. 그후 미연방대법원은 100년이 넘게 Frisbie v. Collins 사건(이하 Frisbie 사건)을 비롯한 다수의 사건에서 Ker사건에서 밝힌 원칙들을 거의 일관되게 적용하고 있다. 그러나, 미국이 그 동안 실행해온 범죄혐의자의 해외납치행위는 납치행위지국의 명시적 또는 묵시적 승인없이 이루어진 경우 그 국가의 주권을 침해한 것이 되어 미국의 국가책임문제를 야기시킴과 동시에 불법납치된 개인에 대해서는 인권침해의 결과를 초래하기 때문에 국제사회에서 문제시되고 있다.

---

261) 유선봉, “해외납치행위의 국제법적 고찰-United States v. Alvarez-Machain 사건을 중심으로”, 「광운비교법학」제1권(창간호), 광운대학교 법과대학 비교법연구소, 2000, 58면.

262) United States v. Cordero, 668 F. 2d 32 (1st Cir. 1981); United States v. Najohn, 785 F. 2d 1420 (9th Cir. 1986); United States v. Toro, 840 F. 2d 1221 (5th Cir. 1988); Leighnor v. Turner, 884 F. 2d 385 (8th Cir. 1989) etc.

263) 119 U.S. 407 (1886)

264) 119 U.S. 436 (1886)

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 追放

국가는 국적을 기준으로 개인을 자국민과 외국인으로 구분하고 국가의 존립 또는 체제 유지를 위해 국가안보나 공공질서에 반하는 외국인을 추방해 왔고, 국제화·세계화 시대라는 오늘날에도 많은 사람들이 자신의 의사와는 달리 강제출국을 강요받거나 쫓겨나고 있다. 즉, 국가는 국가영역권에 입각하여 바람직하지 않은 외국인에 대해 추방을 명령할 수 있다. 그러나 추방에 대해서는 그 인정범위와 관련하여 명확한 개념이 없다.[265]

그러나 외국인 추방문제가 원칙적으로 국가의 주권 또는 재량사항에 속하는 문제이기는 하지만 절대적인 것은 아니다.[266] 즉, 추방권은 국가가 그 영역 내에서 상당기간 체류하고 있는 외국인을 추방하는 경우 그 외국인의 본국에 대한 추방이유를 제시하여야 하고, 추방권은 남용되지 못하며, 난민보호조약상 난민을 보호해야 하는 등의 일정한 제한 내지는 한계가 있으며,[267] 국가는 이러한 한계 내에서만 추방권을 행사할 수 있다. 이러한 점은 우리나라 판례에 의해서도 확인할 수 있다.[268] 예컨대 재한화교 손승억이 제기한 강제퇴거명령취소 및 행정처분효력정지가처분신청의 소에서 서울고등법원은 다음과 같이 판시하며 강제퇴거명령취소 판결을 하였다. "…그러나 반공법위반으로 유죄판결을 받아 출입국관리법에 규정된 강제출국사유에 해당된다 할지라도 동법 규정은 강제규정이 아니기 때문에 가벼운 반공법위반을 이유로 생계의 터전이 있는 한국에서 강제로 몰아낸 것은 심히 부당하고 재량권의 범위를 벗어난 위법된 처분…"이라고 판시하였다.[269]

---

265) 이한기, FN(51), 426면; 이규창, "외국인 추방에 관한 연구", 박사학위논문 고려대학교, 2004, 9면; 김명기, "국제법상 외국인의 추방(상)", 「고시계」 통권 220호, 국가고시학회, 1975. 6, 13-14면; 김한택, 「현대국제법」, 강원대학교출판부, 2004, 210면; 법무부, 「국제형사관할권」, 1999, 40면; 김광효, "강제퇴거의 현실태와 문제점", 「법무연구」 제19호, 1992, 367면 등.

266) 이규창, FN(265), 23-24면; Jennings & Watts(eds.), FN(28), p.940; I. Brownlie, FN(11), p.523; J. Money, "Human Rights Norms and Immigration Control", UCLA Journal of International Law an Foreign Affairs, vol.3 Fall 1998/Winter 1999, p.550.

267) 이병조·이중범, FN(1), 566면.

268) 이규창, "외국인 추방과 인신의 보호-우리나라 강제퇴거제도의 문제점을 중심으로-", 「국제법학회논총」 50권 2호, 대한국제법학회, 2005. 10, 158면.

269) 이 사건에서 손승억은 반공법 위반으로 체포, 구속되어 1970년 5월 29일 징역 1년 6

CHOSUN UNIVERSITY 1946

추방과 범죄인인도는 비자발적 또는 강제적 출국의 형태라는 점에서 유사하지만, 첫째, 범죄인인도는 주로 범죄인인도를 요구하는 국가의 이익을 위해 행사되는 반면에 추방은 추방국의 이익을 위해 행사된다. 둘째, 범죄인 인도는 양국간의 상호협력을 필요로 하지만 추방은 추방국의 일방적인 행위이다. 셋째, 범죄인 인도는 범죄만을 사유로 하는 반면에 추방은 범죄를 비롯해서 여러 가지를 사유로 한다는 점에서도 양자를 구별할 수 있다.[270]

3. 强制退去

강제퇴거는 자국내에 있는 외국인을 강제로 자기나라 영역으로부터 퇴거시키는 것을 의미하며 보통 재입국금지 조치를 수반한다. 강제퇴거는 '한국에 체류하는 외국인이 실정법에서 정한 각종 의무와 규정 또는 조건을 위반하게 되어 이들의 체류가 국익에 아무런 도움이 되지 않는다고 판단되는 경우, 행정당국에 의해서 강제적으로 본국 또는 제3국으로 퇴거하도록 처분되는 것으로, 이들에 대하여 일정기간 내에 자발적으로 국외로 퇴거할 것을 요구하고 그에 응하지 않을 경우에는 국외퇴거를 강제하는 국가의 행정명령'[271] 또는 '출입국관리법상의 범법외국인에 대한 출입국관리사무소장의 행정처분으로서 범법 외국인의 국내체류를 불허함은 물론 당해 체류 외국인의 의사에 관계없이 대한민국 영역 밖으로 퇴거(송환) 조치하는 처분'[272]으로 정의되고 있다.[273] 이들 정의에서 알 수 있듯이 강제퇴거의 개념 속에는 출국 명령과 이를 강제하는 권한의 행사 두 가지 개념이 모두 있

월에 집행유예 3년의 형을 선고받고 같은 해 12월 18일 강제퇴거 결정이 내려졌다. 그는 12월 21일과 12월 23일 두 차례에 거쳐 법무부장관에게 강제퇴거명령에 대한 이의신청을 제기하였으나 각각 기각되어 서울고등법원에 소를 제기하였었다(1971.11.9. 서울고법 71구41호 판결). 이 소는 우리나라 출입국관리행정사상 처음으로 제기된 행정소송으로 기록되고 있다(법무부, 「출입국관리 사십년사」, 2003, 106-108면). 이 판결에 불복하여 서울출입국관리사무소장이 제기한 상고심에서도 대법원은 서울고등법원과 같은 취지의 판결을 하였다(대판 1972. 3. 20, 71누202).

270) 이규창, FN(265), 20면.

271) 박상순, "외국인의 강제퇴거제도에 관한 연구", 「법무연구」 제26호, 법무부 법무연수원, 1999. 11, 422면.

272) 김광효, FN(265), 367면.

273) 이규창, FN(265), 15면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

음을 알 수 있다. 또한 행정 당국의 공식적·직접적 행위만을 정의에 포함시키고 있다. 이 점에서 국내법상 강제퇴거는 광의의 추방에 해당된다고 볼 수 있다.[274]

범죄인인도는 범죄인에 대한 재판권이 있는 국가로 범죄인을 인도하는데 주목적이 있는데 대하여 강제퇴거는 국내질서유지를 위하여 이를 위반한 외국인을 국외로 추방하는데 주된 목적이 있으므로 양자는 그 목적에 있어 근본적인 차이가 있다. 범죄인인도는 청구국의 청구에 따라 행하는 국제적 사법공조행위임에 비해 강제퇴거는 국가가 외국인의 출입국에 대하여 갖는 고유한 권한의 행사라는 일방적 행위라는 점에서 중대한 차이가 있다. 강제퇴거는 반드시 목적지를 지정할 필요는 없으며 퇴거를 강제하기 전에 자발적으로 출국의 기회를 부여하는 경우도 있다. 그러나 대부분 국가는 국내법상으로 강제퇴거 되는 자의 최종행선지를 명령으로 정할 수 있다고 규정하고 있고 통상적으로 강제퇴거되는 자의 국적국이거나 그를 심리, 처벌하려는 국가를 최종행선지로 지정함으로써 실질적으로는 강제퇴거의 방법을 사용하여 범죄인인도와 동일한 효과를 거두고 있다.

그러나 범죄인인도와 비교하여 볼 때 강제퇴거는 첫째 범죄인을 심리, 처벌하려는 국가의 입장에서는 범죄인이 자유인의 신분으로 퇴거국을 떠나기 때문에 범죄인을 확실하게 인도받는다는 법적 보장이 없다는 점, 둘째 강제퇴거되는 자의 입장에서는 범죄인인도를 통해 본국에 복귀할 때 누릴 수 있는 법적 지위를 보장받을 수 없다는 점에서 차이가 있으며 강제퇴거는 추방과 입국거부를 포함하고 있다.[275]

---

274) 법무부는 강제퇴거를 '출입국관리법을 위반한 외국인을 본인의 의사에 반하여 강제적으로 대한민국 밖으로 추방하는 것'으로 정의하고 있다. 그러나 추방이외국인을 비자발적으로 체류국을 떠나도록 하는 폭넓은 의미로 사용되는데 반하여 강제퇴거는 법규위반자에 대하여는 대부분 도주의 우려가 있는 것으로 판단하고, 이들을 외국인보호소 또는 외국인보호실 등에 보호조치를 취한 뒤 강제적으로 국외로 퇴거할 수 있도록 그내용과 절차를 세부적으로 규정하고 있다는 점에서 차이가 난다고 한다. 그러나 실질적으로는 양자간에 별다른 의미상 차이를 두지 않고 서로 혼용되며 굳이 차이라 하면 추방이란 용어가 국제법상 정치적 성격이 강한 정치적 의미로 사용되는 반면에 강제퇴거는 실정법상 사용되는 법률상의 용어에 불과하다고 한다(박상순, FN(271), 424면).

275) 윤수정, FN(99), 115면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

4. 入國拒否

입국거부는 외국인이 자국의 영역내에 들어오는 것을 허가하지 않는 조치이며 국내로 들어오는 것을 봉쇄한다는 점에서 이미 입국이 허가된 외국인을 영역 밖으로 퇴거시키는 추방과는 차이가 있다.[276] 입국거부는 당해국과 시간적 접촉이 비교적 적인 외국인에 대하여 행사하는 것으로 추방권의 행사에 비하여 그 제약이 적은 편이다. 외국인이 본국에서 형사소추를 위한 수배대상인 경우에는 입국거부가 그를 송환하는 법적 수단이 된다. 입국거부가 결정되면 외국인은 출발지로 돌아가는 수 밖에 없으며 다른 목적지를 선택할 수 없으므로 사실상의 인도가 이루어지게 된다. 추방의 경우와는 달리 강제퇴거의 정지를 청구할 수도 없으며 정치적·종교적 박해를 이유로 송환에 항변할 권리도 없다는 점에서 어느 정도의 권리를 인정받고 있는 추방과 차이가 있다.

입국거부가 청구되는 사유는 추방의 사유와 같으며 입국거부의 결정은 순수한 행정재량사항일 뿐 아니라 대상자를 선택의 여지없이 출발지로 귀환시키는 엄격한 조치이기 때문에 청구자의 형사소추 또는 처벌목적에 합치하는 경우에는 사실상 인도의 결과를 가져오게 된다.[277]

제3절 犯罪人引渡의 要件

범죄인인도는 조약이나 국내법 이외에도 일반적으로 인정되고 있는 상호주의, 국제예양 등에 의하여 청구국의 관련법령을 위반하여 기소되거나 유죄판결을 받은 자 또는 국제형법을 위반한 자를 인도를 청구하는 국가에 대하여 청구받은 죄에 대한 처벌을 목적으로 인도하는 것이다. 범죄인인도는 대부분의 국가에서 인정하고 있는 제도이지만, 아직 국제법상 확립되어 있는 제도라고 할 수는 없기 때문에 각 국가마다 차이가 있다.

범죄인인도는 국가와 국가 사이에 인도범죄에 해당하는 범죄인을 체포, 인도하

276) 이규창, FN(265), 18면; 박상순, FN(271), 492면.
277) 윤수정, FN(99), 117면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

는 것이므로 주체, 객체, 인도대상범죄 및 인도절차 등이 문제된다.

Ⅰ. 主體에 관한 要件

범죄인인도에서 인도주체는 인도청구국과 인도국이다. 인도국은 범죄인이 소재하는 국가로서 일정하나, 인도청구국은 일정하지 않고 범죄지국, 법익피해국 피해자 국적국 및 가해자 국적국이 있다. 이 경우 범죄지국과 법익피해국은 대부분의 경우 동일하다.[278] 피해국에 범죄인을 인도하는 이유는 피해국이 범죄로 인해 피해를 입고서도 이를 처벌하지 못하면 범죄의 진압과 질서유지상 피해국에 타격이 된다는 점, 타국에도 동일한 사태가 일어날 수 있다는 점, 범죄인의 심리·재판·처벌을 가장 합당하게 할 수 있는 국가는 피해국 내지 범죄지국이라는 이유 등이다.

동일범죄에 대하여 2개국 이상으로부터 인도청구가 있는 즉, 인도청구가 경합되는 경우에는 인도순위가 문제될 수 있다. 국제법상 확립된 원칙은 없지만 일반적으로 첫째, 동일범죄로서 인도가 요구된 경우 범죄지국과 기타 국가와의 사이에는 범죄지국에 인도한다. 왜냐하면 범죄의 재판은 범죄지국에서 행하는 것이 가장 적당하기 때문이다. 둘째, 범죄지국 상호간 또는 비범죄지국 상호간에는 청구순서에 의한다. 셋째, 법익침해의 정도가 다른 경우에는 중한 범죄로 청구한 국가에 인도하며, 범죄의 경중이 불명한 경우에는 청구순서에 의한다.[279]

종래 영미법계 국가들은 범죄인인도에 있어서 엄격한 속인주의를 채택하여 범죄가 청구국의 영역내에서 발생한 경우에 한하여 이를 인정하고, 청구국의 영역외에서 발생한 국외범에 대하여는 인정하지 않았다. 그러나 최근 미국의 경우에는 1961년 10월 14일 스웨덴과의 조약, 1961년 1월 13일 브라질과의 조약, 1962년 12월 10일 이스라엘과의 조약에 등에서는 청구국이 동종의 범죄를 처벌하는 경우에 한하여 국외에서 죄를 범한 범죄인의 인도를 인정하는 방법을 도입하였다. 반

278) 이병조·이중범, FN(1), 580면; 오윤경 외 20인, FN(1), 278면; 이훈규·신의기, FN(156), 35면.

279) 이병조·이중범, FN(1), 580면. 이에 대해 범죄발생지 및 일시, 중요성, 청구순서, 국적 등을 고려하여 인도국의 재량으로 결정하여야 한다는 견해도 있다(오윤경 외 20인, (FN1), 278면).

면에 대륙법계 국가는 속지주의를 원칙으로 하면서 속인주의 등을 병용하고 있기 때문에 조약상에도 국외범에 대한 처벌규정은 당연히 포함된다. 예컨대 1959년 12월 31일 스위스와 이스라엘과의 조약, 1959년 10월 5일 프랑스와 모로코와의 조약, 범죄인인도에 관한 유럽협약 및 범죄인인도 및 형사사법공조에 관한 베네룩스조약 등이 이에 해당한다.[280]

오늘날 교통기관이 급속히 발달하고 국가간의 인적 교류의 증가에 의한 범죄의 복잡화, 다국적화에 대응하기 위하여 인도대상범죄를 국외범에까지 넓히려고 하는 경향을 보여주고 있다. 그러나 이는 영토주권의 존중이라는 원칙과 모순되는 측면이 있다. 다수의 국가에서 국외에서 범죄를 저지른 후 국내에 입국하였을 경우에는 범죄인을 인도하지 않고 속인주의의 원칙에 따라 국내에서 재판을 진행하는 경우가 많다.

Ⅱ. 客體에 관한 要件

1. 犯罪地

인도대상이 되는 범죄는 대부분 외국인이 타국 영역에서 범한 죄에 한하며, 자국 영역에서 행해진 범죄는 범죄인이 외국인이라도 인도대상이 되지 않는다.[281] 공해상의 선박 또는 항공기에서의 범죄는 당해 선박 또는 항공기 소속국의 영역내범죄와 동일하게 취급된다. 그러나 청구국의 영역 밖에서 발생한 때에도 범죄인인도가 거부될 수 있다.[282]

범죄의 일부가 외국에서 행해지고 일부는 국내에서 행해진 경우나 행위지와 결과발생지가 다른 경우에는 문제의 소지가 있다. 대부분 행위의 일부가 국내에서 이루어진 경우에도 자국의 관할권을 인정하고 있기 때문에 인도의 대상이 되지 않는다고 보지만, 행위지와 결과발생지가 다른 경우 범죄지의 결정은 중요한 문

280) 이훈규・신의기, FN(156), 35-36면.
281) 이병조・이중범, FN(1), 580면.
282) 이훈규・신의기, FN(156), 36면; 오윤경 외 20인, FN(1), 272면; Harvard Draft Convention on Extradition 제3조 (a), (b) in American Journal of International Law, Vol.29 Supplement , 1935.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제가 된다. 그러나 이러한 경우에는 외국에서 범한 범죄로 간주하여 인도하여야 할 것이다.[283]

청구국 영토외 발생범죄에 대해서는 영미법계와 대륙법계는 상이한 입장을 취하고 있다. 영미법계 국가에서는 국가의 형사관할권은 자국영토내에서 행해진 범죄에 한하고 있으므로 외국인의 국내범에 대하여는 당연히 관할권을 가지나 내국인의 국외범에 대하여는 관할권을 가지지 않는다. 그러나 대륙법계 국가에서는 속인주의, 속지주의, 보호주의, 보편주의 등을 광범하게 규정하고 있어 외국인의 국외범에 대하여도 관할권을 인정하고 있다.[284] 우리나라의 경우 KAL기 폭파사건시 범인의 인도에 보호주의 원칙이 원용된 적도 있다.[285] 이와 같이 범죄지에 따른 인도제한은 점차 약해지고 있는 것으로 보인다.

2. 犯罪人의 國籍

인도되는 범죄인은 피청구국에 소재하는 외국인으로 청구국 국민과 제3국인을 포함한다.[286] 그러나 자국민불인도의 원칙에 따라 범죄인이 자국민인 경우에는 인도하지 않는다. 이 원칙은 국제법상 확립된 원칙은 아니지만, 다수국가의 관행과 조약에 의해 실행되고 있다.[287] 대륙법계 국가인 프랑스, 독일 등은 외국에서 범죄를 행한 경우 자국으로 도망와도 처벌할 수 있기 때문에 자국민을 인도하지 않

---

283) 이병조・이중범, FN(1), 580면.

284) 오윤경 외 20인, FN(1), 272면.

285) 1987년 11월 29일 05시 27분(한국 시간) 이라크의 수도 바그다드를 출발, 그날 20시 40분 김포공항에 도착예정이던 대한항공 858편 보잉 707여객기 14시 01분 이후 버마 안다만 해역상공에서 폭파되었다. 당국에서는 사건발생 즉시 사고기 탑승 후 KAL기가 이라크 바그다드를 출발했을 때 탑승했다가 도중 아랍에미레이트의 아부다비 공항에서 하기한 승객 중 일본인 이름의 두 남녀, 하찌야 신이찌와 하찌야 마유미를 폭파용의자로 지목, 추적하였다. 그 당시 정부는 이 사건이 북한의 소행임을 확신하고 조사요원과 신병인도 교섭을 위한 특사를 각각 바레인에 파견하여 바레인 당국에 제반 정황증거를 제시하여 본 사건이 북한에 의해 자행되었음을 입증하고 몬트리올협약 및 동경협약에 의거하여 피해 당사국인 우리나라에 신병을 인도해 줄 것을 적극 요청한 사건이다(제성호, “KAL858기 폭파사건의 국제법적 고찰”, 「항공법학회지」제2호, 한국공법학회, 1990, 87-88면 참조).

286) 오윤경 외 20인, FN(1), 274면.

287) 이병조・이중범, FN(1), 580면; 이훈규・신의기, FN(156), 37면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

는데 반하여 영미법계 국가에서는 원칙적으로 처벌할 수 없기 때문에 자국민도 인도하고 있다.[288] 그러나 입법론적으로는 자국민이라도 침해된 법질서의 회복과 증거수집의 용이 등을 고려하면 범죄지국에 인도하는 것이 타당하다.

인도범죄인의 국적결정은 인도청구시가 범죄행위시를 기준으로 정하여야 한다. 만약 이를 인도청구시로 보게 되면, 미국인인 도망범죄인이 독일로 도주한 경우에는 처벌할 수 없는 매우 불합리한 결과가 발생하기 때문이다. 국내법이나 조약에 의하여 자국민을 인도하지 아니하는 대부분의 국가들도 인도요청된 범행을 범한 후에 자국의 국적을 취득한 자에 대하여는 그 인도를 허용하고 있다. 예컨대 1921년의 Ecuador의 범죄인인도법, 1886년의 Argentine와 Italy의 범죄인인도조약, 1938년의 Brazil과 Bolivia간의 범죄인도조약 등이다.

3. 引渡犯罪

범죄인인도의 대상이 되는 범죄와 그 종류는 그 형태인 양자조약이나 지역적 협력조약 및 그에 대한 국내법 제정시에 정해지므로, 조약의 구체적 내용에 따라 다르며 인도조약에서 인도범죄를 특정하고 있는 경우 그 밖의 범죄에 대하여는 인도의무가 없다.[289] 인도의 대상이 되는 범죄는 보통범죄나 최소한 중요성의 원칙에 따라 사형 무기 또는 1년 이상의 징역 등에 해당하는 상당히 중요한 범죄에 한한다. 또한 쌍방가벌성의 원칙에 따라 인도당사국인 청구국과 피청구국의 국내법상 공통적으로 범죄에 해당되어야 한다.

인도범죄에 대한 규정방식은 열거주의(enumerative method)와 제거주의(eliminative method) 및 병용주의가 있다. 열거주의는 인도가능한 범죄에 해당하는 죄명을 구체적으로 열거하는 방식으로, 인도의무의 범위를 명확히할 뿐 아니라 쌍방가벌성의 존부에 관하여 개개의 사건처리시 상대국의 법령을 조사할 필요가 없는 장점이 있다. 그러나 인도범죄를 전체적으로 열거하는 방법의 곤란, 시대의 변화에 따른 신범죄를 추가하기 위한 새로운 협정을 요하는 점, 인도대상범죄

288) 이병조・이중범, FN(1), 580면; 이훈규・신의기, FN(156), 37-38면.

289) 1971년 항공기 불법납치억제협약은 납치범죄가 당사국간의 범죄인인도조약상에 인도범죄로 규정되어 있지 않은 경우에도 당연히 이를 인도범죄로 간주하고 있다(이병조・이중범, FN(1), 581면 각주 8번 참조).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

의 범위조정시 조약의 작성에 시간과 노력이 소모되는 단점이 있다.[290] 제거주의는 인도청구국과 피청구국 쌍방의 국내법이 설정하고 있는 법정형의 최소형량기준에 따라 인도범죄의 범위를 정하는 것으로써 유형주의 또는 포괄주의라고 하기도 한다. 최근 대부분의 국가에서는 범죄인인도를 용이하게 하기 위하여 제거주의 방식을 채택하는 경향을 띠고 있다. 제거주의는 구체적 사건에 있어 상대국의 법령을 조사할 필요가 있는 것 외에는 인도범죄를 망라적으로 규정하고 있어 조약을 보완할 필요가 없이 새로운 범죄에 대하여도 직접 대응할 수 있다는 장점이 있다. 병용주의는 열거주의와 제거주의를 함께 하는 방식이다. 즉, 인도조약에서 인도가능한 죄명을 열거하면서 인도대상이 되는 일정 이상의 법정형을 포함하여 이중으로 규정하고 있는 경우이다. 이러한 방식 외에 인도대상범죄의 범위를 국내법에 위임하는 경우도 있다. 영미법계의 각 국가는 범죄인의 이익을 중시하여 열거주의를 채용하고 있는 것이 많으나, 이에 더하여 제거주의에 상당하는 일반적 규정을 채택하고 있다.[291]

인도조약의 경우에는 인도범죄의 범위에 관하여 적극적인 규정을 피하고 "쌍방 체약당사국의 관계법에 의하여 인도가 인정될 수 있는 모든 범죄"와 같이 전적으로 당사국의 국내입법에 위임하는 위임주의가 있다.[292]

Ⅲ. 引渡의 制限

청구국의 인도요청에 대해 피청구국은 조약상 일반적인 범죄인인도요건을 갖추었다 하더라도 범죄인인도를 거절할 수 있다. 그 제한사유로는 인도국이 해당 범죄인을 인도해서는 안되는 절대적 거절사유와 범죄인을 인도하지 않을 수 있는 임의적 거절사유가 있다.

---

290) 1948년 2월 13일 영국과 프랑스와의 조약, 1843년 11월 9일 미국과 프랑스와의 조약 등으로 초기의 대다수 범죄인인도조약에서 채택된 방식이다. 영미법계의 경우 조약상의 범죄만을 인도하였으며, 프랑스의 경우 조약에 규정되지 않은 범죄에 대하여는 상호주의의 조건하에 인도가 청구될 수 있는 것으로 취급하였다(이훈규・신의기, FN(156), 39면).

291) 이훈규・신의기, FN(156), 38-40면; 구충서, FN(183), 13-14면 참조.

292) 구충서, FN(183), 13면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

절대적 거절사유에 해당하는 경우로는 ① 청구국의 법률에 의해 당해 범죄에 관한 공소시효 또는 형의 시효가 완성된 경우, ② 일사부재리의 원칙에 따라 당해 범죄에 관한 사건으로 재판이 인도국 법원에서 계속 중이거나 확정판결이 있는 경우, ③ 인도청구국에서 당해 범죄에 관한 유죄판결이 있는 경우를 제외하고, 범죄인이 인도대상이 되는 범죄를 행하였다고 판단할 만한 상당한 이유가 없는 경우, ④ 범죄인이 인종·종교·국적 또는 특정 사회단체에 소속함을 이유로 처벌되거나 기타 불이익한 처분을 받을 우려가 있다고 인정되는 경우 등에는 인도국은 청구국에 범죄인을 인도하여서는 안된다(범죄인인도법 제7조 참조). 이외에도 탈영·항명·군복무거부 등과 같이 보통범죄의 요소가 없는 순수 군사범죄인 경우, 고문방지협약 제3조의 청구국에서 고문을 받을 위험이 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 등의 국제협약상 의무가 있는 경우에는 인도를 거절할 수 있다.[293]

임의적 거절사유로는 절대적 거절사유를 제외한 ① 범죄인이 자국민인 경우, ② 당해 범죄의 전부 또는 일부가 인도청구를 받은 국가의 영역에서 행해진 경우, ③ 범죄인이 당해 범죄 이외의 범죄에 관한 사건으로 인도청구를 받은 국가의 법원에서 재판이 계속중인 경우 또는 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 않았거나 면제받지 않은 경우, ④ 범죄인이 당해 범죄에 관하여 제3국에서 재판을 받고 처벌되었거나 처벌받지 않기로 확정된 경우, ⑤ 인도범죄의 성격과 범죄인의 환경에 비추어 범죄인을 인도함이 비인도적이라고 인정되는 경우 등이 해당되며(범죄인인도법 제9조 참조), 이러한 경우에는 범죄인을 인도하지 않을 수 있다.[294]

1789년 프랑스혁명은 정치범불인도원칙을 창설시키는 사상적 배경이 되었고, 특히 사상의 자유와 민주주의 사상을 확립시켰고,[295] 세계 각국의 일반적인 입장은 정치적 성격을 가지는 범죄는 인도하지 않을 뿐만 아니라 사법적 심사의 대상으로 보지 않았다(범죄인인도법 제8조 참조). 따라서 인도청구된 범죄인은 청구국

---

293) 이병조·이중범, FN(1), 581면; 오윤경 외 20인, FN(1), 275-277면; 이훈규·신의기, FN(156), 41면 참조.

294) 이병조·이중범, FN(1), 581면; 오윤경 외 20인, FN(1), 277-278면.

295) 백충현, “국제법상의 범죄인인도제도”, 박사학위논문 서울대학교, 1975, 90면; 西井正弘, “政治犯罪人不引渡原則の形成過程(一)”, 「法學論叢」第94卷 第3號, 1974, 36-37面 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

또는 피청구국이 특별히 인정한 것 외에는 어떤 청구권도 가지지 못한다. 그러나 2차 세계대전 후 국제인도법 내지 인권법의 발달로 외국인이 귀국후 박해를 받게 되거나 중대한 인권침해를 받게 될 우려가 있을 때에는 인도할 수 없다는 주장이 나타나면서 종래의 영미법계에서 취하여 온 사법심사금지의 원칙도 제한되는 방향으로 나아가고 있다.[296] 이와 관련된 사례로서 천안문사태에 가담한 중국인 張振海가 1989년 12월 16일 북경에서 미국행 중국민항기를 납치하여 일본 후꾸오까로 간 사건에서 중국이 그의 인도를 요청하자 장진해는 자신이 정치범임을 주장하였다. 이 사건에 대해서 1990년 4월 20일 동경 고등재판소는 "장진해가 중국으로 인도될 경우 학대받을 위험이 있는지의 여부에 대한 판단은 행정부가 해야 하는 것이고, 법원으로서는 그가 과거에 범한 행위가 정치범죄에 해당하는지에 관한 판단만을 할 수 있다"고 전제한 후, 장진해의 행위는 1970년 "항공기불법납치억제를 위한 헤이그협약"에 의한 인도대상이 되는 범죄라고 판결하여 1990년 4월 28일 중국으로 인도되었다.

1990년 12월 14일 UN총회에서 채택된 범죄인인도에 관한 모범조약은 범죄인의 인도가 범죄의 성질 및 청구국의 이익에 비추어 범죄인의 인도가 그 자의 연령, 건강 기타 개인적 사정으로 볼 때 비인도적인 경우를 임의적 거절사유로 인정하고 있다.[297] 그러나 인도적 고려라는 개념이 다분히 추상적이고 청구를 받는 국가의 자의적 판단이 개재될 소지가 있어 원활하고 신속한 범죄인인도를 저해하는 요소로 작용할 우려가 있기 때문에 가급적 인도적 고려에 의한 인도거절사유를 구체적으로 규정하는 것이 바람직하다.[298]

최근 범죄인이 인도되어 사형·고문 또는 기타 비인도적 대우를 받을 것이 예견되는 경우처럼 범죄인인도와 인권문제와 결부되는 경우 그 인도를 거절할 수 있음을 명시하는 조약들이 채택되고 있다.[299] 예컨대 1984년의 고문반대협약 제3조 제1항, 범죄인인도에 관한 유럽협약 제11조, 영국과 스페인의 범죄인인도조약 제11조, 한국과 오스트레일리아 범죄인인도조약 제4조 제2항 등과 국내법(한국 범

---

296) 이훈규·신의기, FN(156), 42면; 阿部浩己, "犯罪人引渡しと難民認定", 「法學セミナー」, No.433, 1991. 1, 58面.
297) 범죄인인도에 관한 모범조약 제4조 h항.
298) 이훈규·신의기, FN(156), 42면.
299) 김대순, FN(1), 370면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

죄인인도법 제9조 등)에서 이를 규정하고 있다. 즉, 인권문제와 피청구국의 범죄인인도의무가 충돌하는 경우에는 인도를 하지 못하도록 하고 있다. 국제연합헌장 제103조는 국제연합헌장의 인권조항에 관한 의무와 다른 국제협약상의 의무가 충돌하는 경우에는 인권의 가치에 관한 국제연합헌장상의 의무가 우선한다고 규정하고 있다.

제4절 犯罪人引渡節次

범죄인인도에는 수동적 인도와 능동적 인도가 있다. 수동적 인도는 외국의 청구에 따라 범죄인을 인도하는 것으로 국외이송의 경우이다. 이 경우에는 국내로 도망 온 범죄인이 청구국에서 소추·처벌될 가능성이 크기 때문에 인권보호를 위한 국내 형사절차에 준하는 엄격한 절차가 요구된다. 반면에 능동적 인도는 외국에 범죄인의 인도를 청구하여 국내로 범죄인을 인도받는 것으로 국외이송의 경우이다. 이 경우에는 청구국의 인도요청에 따라 피청구국의 국내법률에 따라 인도절차를 거쳐 인도를 받으므로 그에 따르는 법적 효과, 즉 특정주의에 따른 제한 등을 제외하고는 별 문제가 발생하지 않는다.[300]

인도방식은 종래에 정식인도방식이 주로 채택되었으나, 그 절차의 번잡성 때문에 최근에는 약식인도방식이 많이 채택되고 있다.[301] 정식인도의 방식은 인도의 법적 허용성을 법원이 심사·결정하고, 사법적 결정이 있은 후 행정부가 인도의 상당성을 판단, 인도하게 되는 2단계의 절차구조를 택하는 것이 보통이다. 약식인도는 정식인도절차가 번잡한 절차를 거치기 때문에 시간과 비용이 과다하게 소요되므로 인도되는 당사자에게도 고통이 된다는 점을 감안, 당사자의 동의가 있는 경우 간단한 절차에 의하여 신속하게 인도하는 제도이다.

300) 오윤경 외 20인, FN(1), 278면; 이훈규·신의기, FN(156), 43면; 森下忠, FN(155), 100면.
301) 이훈규·신의기, FN(156), 43-44면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅰ. 請求國의 犯罪人引渡의 要請

범죄인인도의 절차에 관한 통일된 관행이나 규정은 존재하지 않으므로 체결된 인도조약상 절차에 관한 규정이 있으면 그 규정에 따른다. 일반적으로 적용되는 인도절차는 먼저 청구국이 타국에 있는 어떤 범인을 자국에 인도해 달라고 요청하면서 공식적으로 개시되며, 외교적인 경로를 통하여 행하여진다.[302]

인도청구를 받은 외무당국은 관계증빙서류를 법무당국에 송부하며, 법무당국은 인도심사청구에 대한 법원의 결정을 얻어 당해 범죄인을 구속하고 범죄인 인수허가증을 제시하고 범죄인을 구금시설에서 인도받아 청구국으로 호송하는 형태를 띠고 있다. 인도청구는 일반적으로 문서에 의하며, 범인의 이름, 범죄행위의 성격, 증거자료, 유죄가 확정된 경우 판결문 등이 포함된다. 예외적으로 서면에 의하지 않고 인도청구가 행해진 경우에는 인도청구가 있었던 것을 분명히 하기 위하여 외무부장관이 외국으로부터 인도청구가 있었음을 증명하는 서면을 작성하여 법무당국에 송부한다.[303]

범죄인인도조약 또는 범죄인인도법의 규정에 의하여 범죄인의 인도가 금지되어 있거나 범죄인을 인도하여 주는 것이 재량사항에 속하는 경우에는 인도하지 않을 수 있으나 명확하게 인도금지나 거절사유에 해당하지 않는 경우에는 그를 체포하도록 노력하는 것이 일반적이다. 청구국으로부터 범죄인에 대한 인도청구가 있고 그 청구가 상당하다고 인정될 경우에는 인도를 확실하게 하기 위하여 원칙적으로 범죄인을 구속하게 된다. 인도대상범죄인은 이미 외국에서 범죄를 행한 사실로 외국법원으로부터 구속영장이 발부되어 인도청구된 것이므로 범죄인을 구속하여 신병을 인도하여 주는 것이 합당할 것이다.[304]

인도심사 청구명령의 취소가 있건 법원의 인도심사 청구각하결정 또는 인도거절결정이 있는 때에는 범죄인을 석방하고, 인도의 결정이 있는 때에는 일정 장소에서 외국의 공무원에게 범죄인을 인도하게 된다.

범죄인인도와 관련하여 소요되는 비용은 청구를 받은 국가에서의 인도심리 및

302) 이병조・이중범, FN(1), 584면; 이훈규・신의기, FN(156), 44면.
303) 이병조・이중범, FN(1), 584면; 이훈규・신의기, FN(156), 44면; 박원백, FN(172), 42면.
304) 이훈규・신의기, FN(156), 44면; 박원백, FN(172), 42면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

신병인도절차에 소요되는 경비 등을 말한다. 범죄인인도에 관한 비용의 부담방법에 관하여는 전적으로 청구국의 부담으로 하는 방법도 있으나 청구를 받은 국가의 영역내에서 발생한 경비에 대하여는 청구를 받은 국가가 부담하도록 하는 방법도 있다. 범죄인을 인도할 때까지 발생하는 경비는 청구를 받은 국가에서, 신병인도 후부터는 청구국에서 부담하는 것으로 규정하는 것이 일반적인 관례이다.

인도되어 청구국으로 돌아온 범죄인에 대하여는 청구신청서에 기재된 범죄에 한하여 재판하여야 한다. 이는 특정성의 원칙과 관련된 것으로 인도받기 용이한 죄목으로 청구하여 다른 죄목으로 재판하는 것을 방지하기 위한 것이다.

범죄인인도요청과 관련하여 수 개의 국가가 한 사람의 동일한 범죄에 대해 또는 다른 범죄로 인하여 인도를 요청하는 경우가 발생하는 경우에 대하여는 아직도 국제법상 확립된 원칙이나 관례가 없이 각국의 국내법이나 조약이 각기 다르게 규정·운영되어 오고 있는 실정이다. 각국의 국내법상으로는 그 우선권을 범인의 국적국가(Ecuador, Mexico), 범행으로 인하여 이해가 침해된 국가(France), 범행이 행하여진 지역에 대하여 관할권을 가진 국가(Finland, Norway, Sweden, Switzerland.) 등에 부여하고 있다. 양자조약의 경우에는 원칙적으로 지역적 관할권이 있는 국가에 우선권을 주면서 그러한 관할권이 있는 수개의 국가가 요청한 경우에는 먼저 요청한 국가에 인도토록 규정하고 있으며(미국과 남아프리카 공화국간의 조약 제9조), 다자조약도 보통 지역적 관할권이 있는 국가에 우선권을 주고 있다. The European Convention 제17조, The Afro-Asian Convention 제18조와 The Benelax Convention 제16조는 인도요청을 받은 국가가 범행의 중대성여부 등을 포함한 제반사정을 참작하여 독자적으로 결정할 수 있도록 재량권을 부여하고 있으며, The Arab Convention 제13조는 프랑스 국내법과 같이 범행에 의하여 가장 심한 영향을 받은 국가, 지역적 관할권이 있는 국가, 범인의 국적국가의 순으로 우선권을 부여하고 있다.[305]

Ⅱ. 被請求國의 引渡節次

범죄인에 대한 인도청구가 있게 되면 청구를 받은 국가는 조약 및 국내법의 규

305) 윤수정, FN(99), 109면 각주 276번.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

정이 있으면 그에 따라 인도여부를 결정하게 된다. 인도여부의 결정은 일반적으로 인도국에서 결정하는 국내문제에 해당하는 것으로 대부분의 국가에서는 사법부에서 인도심사를 하고 행정부에서 최종결정하는 이중으로 결정하는 형태를 취하지만, 실제로는 사법부의 결정에 따르고 있다. 행정부에서 최종 인도여부의 판단을 하는 것은 범죄인인도는 그 본질상 외국에서 재판권을 가지는 범죄인에 대한 소추, 재판, 형의 집행을 위하여 그 신병을 청구국에 인도하는 것으로서 일반 국내 형사절차와는 달리 국제 정치적·외교적으로 국가이익에 중대한 이해관계가 있기 때문이다.[306]

청구를 받은 국가에서 인도 청구된 범죄인의 지위는 자유로운 신분이며, 공식적인 인도절차의 경우에는 상당한 시일과 증거확보가 필요하므로 범죄인의 인도가 어려운 제3국으로 합법적으로 출국할 수 있게 되므로 청구를 받은 국가는 이를 방지하기 위하여 범죄인의 인도여부가 결정될 때까지 범죄인의 신병을 확보하기 위하여 공식청구가 접수될 때까지 잠정적으로 체포, 구금할 필요가 있다. 이러한 목적을 위하여 생겨난 것이 임시체포·구금제도인데 인도청구에 앞서 외교경로, 사법당국 또는 국제형사경찰기구(ICPO, Interpol)를 통하여 공식적인 절차에 따라 인도가 청구되고 심리가 진행되는 동안 범죄인의 도피를 막아 인도제도의 실효성을 확보하고 있다. 임시체포·구금제도는 일정한 기간 동안만 허용되고 이 기간 동안에 공식인도절차가 진행되어야 한다. 따라서 기간 내에 청구가 없으면 범죄인을 석방하여야 한다.

인도여부에 대한 사법심사는 청구된 범죄인의 확인, 범죄행위에 대한 증거의 타당성, 청구범죄가 인도대상범죄에 속하는지의 여부에 관한 판단과 증인심문이 포함되며, 궁극적으로는 인도조약 및 관계법률상 인도범죄에 해당하는지를 심사하게 된다. 법원의 심사에 있어서 영미법계 국가에서는 인도심사를 사법심사로 보아 범죄인의 유죄증명 및 상당한 증거를 요구하는데 반하여 대륙법계 국가에서는 범죄인인도를 국제사법협력 행위의 일환으로 보아 유죄증거의 실질심사는 하지 않고, 범죄인의 동일인여부, 범죄행위에 대한 증거, 형식절차요건을 갖추어 인도청구된 것인가 등의 것만을 요구한다.[307] 인도의 결정은 범죄인이 청구국으로 송

306) 이훈규·신의기, FN(156), 46면.
307) 오윤경 외 20인, FN(1), 279면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

환되어야 할 것인가를 결정할 뿐이며 재판의 절차는 아니므로 증거의 제시목적은 인도청구범죄가 청구국에서 행하여졌을 개연성을 증명하는데 있다. 청구국의 입증책임의 정도에 대하여 영미법계 국가에서는 범죄행위가 청구를 받은 국가에서 행하여졌다고 가정할 때 기소를 정당화할 정도의 엄격한 증거를 요구하고, 대륙법계 국가에서는 범죄인에 대한 유죄사실 또는 피의사실이 진실한 것임을 확인하고 있는 정도의 증거로 만족한다.[308]

이 두 제도는 인도절차상 범죄인에게 지나친 부담을 준다. 대륙법계의 제도에서는 청구국이 제시한 체포영장, 범죄인에 대한 진술서 등의 문서를 오직 형식적 요건만 갖추면 증명력을 인정하고 개인인 범죄인으로서는 항변의 여지가 없다. 반면에 영미법계 制度에서는 피의자에게 불리한 청구국의 증거만을 기초로 범죄성을 판단하고 청구를 받은 국가로서는 외국에 존재하는 제 증거를 충분히 검토할 위치에 있지 않으면서 사건의 본안을 판단하는 결과가 된다.[309]

Ⅱ. 身柄引渡의 引繼, 引受

피청구국의 인도여부 결정 결과는 외교적으로 중요한 사항이므로 외교경로를 통하여 통보된다. 인도는 청구국과 피청구국이 합의한 일시에 피청구국 영토내에서 청구국의 관리에게 인도하는 것이 원칙이다.[310] 인도영장은 인도사건에 관한 모든 절차가 완료될 때까지 발급하지 않는 것이 원칙이며, 여기에는 인도장소와 인도기한이 지정된다.

그리고 범죄인의 인도를 조약 또는 국내법에 규정하거나 청구를 받은 국가가 조약 또는 인도법과는 별도로 인도의 집행단계에서 조건을 부과하는 경우도 있다. 조약상의 조건으로 중요한 것은 인도가 허용된 특정범죄 이외의 범죄에 대한 재판 및 처벌의 금지, 정치범죄 또는 정치적 목적의 재판과 처벌의 금지, 범죄인의 제3국에로의 계속인도금지, 궐석재판에 의하여 형이 확정된 범죄인에 대한 새로운 재판의 보장, 재판후 청구를 받은 국가에로의 제인도를 조건으로 하는 잠정

308) 이훈규・신의기, FN(156), 46-47면 참조.
309) 이훈규・신의기, FN(156), 47-48면; 백충현, FN(295), 141면.
310) 오윤경 외 20인, FN(1), 279면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

인도 등 다양한 형태의 조건이 가능하다.

범죄인의 송환 도중 제3국을 통과하거나 통과가 불가피한 경우가 발생한다. 제3국이 다자조약의 당사국인 경우에는 조약규정에 따라 통과청구만으로 통과를 허용하는 것이 일반적이지만 양자조약 당사국간 또는 조약에 기하지 않고 인도될 때의 제3국 통과는 영토국의 허가가 있을 때에만 가능하다. 통과국은 자국법상 인도범죄에 해당하고 통과범죄인이 자국민이 아닌 경우에 한하여 이를 허용한다.[311]

범죄인인도에 관한 비용은 청구를 받은 국가에서의 인도심리 및 신병인도절차에 소요되는 경비 등을 말하며, 그 부담방법에 관하여는 전적으로 청구국의 부담으로 하는 방법도 있으나 청구를 받은 국가의 영역내에서 발생한 경비에 대하여는 청구를 받은 국가가 부담하도록 하는 방법도 있다. 그러나 범죄인인도와 관련하여 인도시까지 소요되는 비용은 범죄인을 인도할 때까지 발생하는 경비는 청구를 받은 국가에서, 신병인도 후부터는 청구국에서 부담하는 것으로 규정하는 것이 일반적인 관례이다.[312]

Ⅲ. 物件의 引渡

물건의 인도는 국내에 있는 증거물 등을 외국에 인도하는 것으로서 범죄인인도에 수반하는 물건의 인도와 범죄인인도에 수반하지 않는 물건의 인도로 나누어진다. 전자는 범죄인인도에 수반하여 행해지는 것이기 때문에 범죄인인도에 관한 조약과 국내법에 규정되어 있지만,[313] 후자는 좁은 의미의 국제형사사법공조의 범주에 속하는 것이다. 범죄인인도에 관한 유럽협약에서의 물건의 인도대상은 증거물 및 범죄행위로부터 얻은 물건으로 하고, 범죄행위로부터 얻은 물건에 대하여는 체포시 범죄인이 소지한 물건뿐만 아니라 체포후 발견된 물건도 포함하고 있다. 피청구국은 물건을 압수하여 청구국에 인도하는데 그 범위는 자국의 법령내에서 행한다.[314]

---

311) 이훈규・신의기, FN(156), 48면; 박원백, FN(172), 45면.
312) 오윤경 외 20인, FN(1), 279면.
313) 1833년 벨기에의 범죄인인도법에서 처음 규정되었다.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅳ. 引渡후 請求國에서의 節次

청구국은 인도된 범죄인을 소추하여 처벌하거나 석방하게 된다. 범죄인은 조약상 기간 또는 합리적 기간이 경과한 다음 청구국으로부터 인도국으로 귀환되기 전에는 인도사유가 된 특정범죄에 대해서만 처벌되며, 이외의 범죄에 대해서는 처벌되지 않는다(특정성의 원칙). 또한 피청구국의 동의가 없으면 범죄인을 제3국으로 인도하는 것도 금지된다. 그러나 범죄인이 자유를 회복하여 일정한 기간동안 인도청구국에 체류하고 있었을 경우에는 다른 범죄에 대하여도 소추하거나 처벌할 수 있다.[315]

청구국에서 궐석재판에 의해 유죄판결을 받은 자가 인도되었을 때 피청구국은 범죄인을 단순한 피의자상태로 보고 인도에 동의하는 것이 일반적이므로 인도후 새로운 재판에 회부할 수 있지만, 이는 인도청구시의 유죄판결에 대한 집행이 아니라 범죄행위에 대한 재판절차가 가능할 뿐이다. 그러나 오늘날에는 피청구국이 범죄인에 대하여 유죄판결을 선고하고 난 후 인도하는 경향이 증가하고 있는데 이는 유죄결정이나 선고의 재심리에 대한 조치에 관한 결정권은 피청구국이 가지며, 청구국(집행국)은 자국법에 따라 형의 집행에 따른 필요한 모든 결정을 내릴 권한을 갖게 된다.[316]

제5절 우리나라의 犯罪人引渡體制

Ⅰ. 우리나라의 犯罪人引渡制度

우리나라에서 범죄인인도조약은 1890년 구한말 일본과의 관계에서 일본으로 도망하는 범죄인의 처리를 위해서 그 필요성이 제기되었지만, 일본은 당시 우리나라에서 특권적 지위를 향유하고 있었기 때문에 소극적 태도를 보임으로써 성사되

314) 이훈규・신의기, FN(156), 49면.
315) 오윤경 외 20인, FN(1), 280면; 이훈규・신의기, FN(156), 49-50면.
316) 이훈규・신의기, FN(156), 50면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

지 않았다.[317]

우리나라가 범죄인인도조약체결에 적극적으로 나서기 시작한 것은 1980년대 들어서였다. 해외교류의 확대, 특히 1989년 해외여행 자유화 이후 범죄자의 해외도피가 크게 늘어나고 있는 상황에서 필요시 사안마다 일일이 범죄인인도교섭을 하는 것은 번거로운 일일 뿐 아니라 많은 시간과 경비가 들어 범죄인인도를 제도적으로 추진할 필요가 생기게 되었다.[318] 또한 우리나라 국민이 외국에서 범죄를 저지르는 경우와 국내에서의 외국인의 범죄가 크게 늘어나면서 수형자 이송의 필요성도 나타나게 되었다.

국내에서 범죄를 저지른 뒤 해외로 도피해 국제형사경찰기구를 통해 국제수배되어 있는 해외도피사범은 최근 들어 늘어나고 있다. 국제수배된 사람의 숫자는 매년 수십명 수준으로 그다지 많은 수준은 아니나, 중요한 사안에 대하여만 국제수배를 하는 관행에 비추어 적지 않은 것이며, 실제로 국제수배되지 않고 해외로 도피한 범죄자의 수는 이보다 훨씬 많을 것으로 판단된다.[319]

이와 같이 범죄인의 해외도피현상에 급증함에 따라 우리나라도 각국과의 범죄인인도조약 체결의 근거가 되고, 범죄진압의 국제협력을 증진시키기 위하여 범죄인인도법(법률 제 4015호, 1988.8.5)을 제정하였다. 그 주요내용은 인도대상범죄로서 쌍방국가의 법률에 의해 사형 무기 또는 1년 이상의 징역에 해당하는 범죄에 한정하고 있으며(제6조), 정치범죄인은 인도대상에서 제외하였으나 외국원수 등에 대한 가해행위자, 항공기납치 등 테러범은 인도대상이 되도록 하고 있다. 이후 범죄인인도법은 범죄인의 인권보호를 위하여 범죄인이 인도에 동의하는 경우에는 신속한 집행을 할 수 있도록 하고, 범죄인을 인도받은 외국에 대하여 인도가 허용된 범죄 외의 범죄에 대한 처벌 동의요청을 할 수 있도록 하며, 범죄인을 호송

317) 이만희, FN(155), 2-4면; 이훈규・신의기, FN(156), 173면.

318) 범죄인인도제도가 확립되어 있지 않았던 우리나라에서는 필요에 따라 인도를 위한 노력을 하여 왔다. 위장 간첩 이수근 사건 때에는 홍콩과 베트남정부의 간접적인 지원을 받아 국내로 송환하였으며, 박동선사건 때에는 미국의 요구에 따라 당사자를 미국에 보낸 적이 있다. 이러한 사건들은 당시 우리나라와 범죄인인도조약이 체결되어 있지 않은 국가와의 관계에서 정치적 입장에서 타결된 것이다. 대한항공 폭파범의 송환은 바레인과 범죄인인도조약은 체결되어 있지 않았으나 양국이 항공기에 대한 불법행위의 억제에 관한 몬트리울협약의 당사국이었기 때문에 가능하였다.

319) 이훈규・신의기, FN(156), 174면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

하여 올 경우 제3국에 대하여 통과호송에 관하여 승인을 요청할 수 있도록 하는 등 범죄인인도에 관한 축적된 국제관행 및 실무경험을 반영하고, 그 밖에 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완하고자 2005년 12월 개정하였다.[320]

Ⅱ. 우리나라의 犯罪人引渡條約 條約締結現況

최초의 범죄인인도조약은 호주와의 사이에 체결된 조약으로 1985년 10월 호주에서 우리나라에 범죄인인도조약을 체결할 것을 제의하면서 교섭이 시작되어 1988년 3월 21일 가서명에 이르렀고, 양국의 국내절차를 거쳐 1990년 1월 17일 체결, 1995년 2월 15일 발효되었으며 캐나다와의 조약은 1994년 4월 15일 체결, 1995년 1월 29일 발효되었다.

이 밖에 필리핀과의 조약이 1993년 5월 24일, 칠레와의 조약이 1994년 11월 21일, 아르헨티나와의 조약이 1995년 8월 30일, 브라질과의 조약이 1995년 9월 1일 체결되었으나 아직 발효되지는 않고 있다. 조약의 체결에는 이르지 못하였으나 가서명단계에 있는 조약은 파라과이와의 조약이 1992년 6월 5일, 멕시코와의 조약이 1992년 9월 9일, 태국과의 조약이 1992년 9월 24일 가서명되었다. 1998년 조약에 서명한 미국과의 효력이 현재 발생되고 있다. 2006년 12월 31일 현재 범죄인인도조약이 체결·발효된 나라는 미국, 캐나다, 호주, 몽골, 아르헨티나, 브라질, 파라과이, 멕시코, 칠레, 태국, 필리핀, 스페인, 중국, 뉴질랜드, 일본 등 20개국이다. 미발효중인 국가로는 인도네시아, 카자흐스탄, 코스타리카, 프랑스, 홍콩 등이다.[321]

---

320) 주요 개정내용은 범죄인이 청구국으로의 인도에 동의하는 경우, 그 의사를 존중하여 간이한 절차를 통해 최대한 신속하게 인도하도록 함으로써 불필요한 구금기간을 단축하여 범죄인 인권신장에 기여하는 간이인도절차의 신설(제15조의2), 원칙적으로 인도가 허용된 범죄에 한하여 처벌이 가능하며 그 외에 추가처벌이 필요한 경우 인도국(피청구국)의 사전 동의를 요하는 이른바 특정성의 원칙과 관련하여, 인도허용 범죄 이외의 범죄로 기소하려는 경우의 동의요청 절차 및 외국의 요청에 대한 승인절차 등을 규정한 추가기소 절차 및 승인절차 신설(제10조의2, 제42조의4), 외국으로부터 범죄인을 송환해 올 때 부득이 제3국의 영토를 경유해야 할 필요가 있는 경우 통과호송 승인요청 및 근거에 관한 규정(제45조의2)을 신설하였다

CHOSUN UNIVERSITY 1946

이러한 조약들은 범죄억제에 관하여 양국간의 협력을 효과적으로 하기 위하여 체결된 것으로 범죄인인도조약에 관한 새로운 발견들을 반영하고 있다. 범죄인인도에 관한 외국의 입법례를 보면 독일이나 스위스와 같이 범죄인인도 뿐만 아니라 조사·재판 및 형집행단계에서의 형사공조까지 모두 포함하여 단일 종합법을 제정한 나라도 있으나, 미국, 일본, 프랑스, 영국, 호주 등 대다수의 입법례가 범죄인인도에 관한 부분을 떼어 별도의 법을 제정하는 태도를 취하고 있다.[322] 그 이유는 범죄인인도는 19세기말부터 국제법적으로 많은 선례와 경험을 거쳐 현재 그 이론과 입법내용이 확실히 정착되어 있는데 반하여 조사공조나 재판·집행단계에서의 공조문제는 최근에 논의가 시작되어 아직 일반적인 이론정리가 부족한 상태이므로, 각국이 범죄인인도에 관한 국내법과 조약을 일반적인 형사사법공조에 관한 법과 조약으로 별도 분리하여 마련하고 있는 것이라 할 수 있다. 이러한 일반적인 국제경향에 따라 대한민국도 범죄인인도법을 형사사법공조법에 포함시키지 아니하고 별도 입법의 형식을 취하고 있다.[323]

외국과의 범죄인인도와 형사사법공조의 필요성은 증가하고 있으나 아직 우리나라의 범죄인인도사례는 그다지 많지 않다. 전술한 바와 같이 범죄인인도법을 제정하고 범죄인인도조약의 체결에 노력하고 있으나 그 성과는 많지 않으며 실제의 사례 또한 조약보다는 상호주의에 의거하여 협조가 이루어지고 있다.

Ⅲ. 犯罪人引渡法의 內容

우리나라는 1988년 8월 5일 「범죄인인도법」을 제정·시행하고 있으며, 동법의 규정에 의한 법원의 인도심사절차 및 인도구속영장, 긴급인도구속영장의 발부절차 등에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있는 「범죄인인도법에 의한 인도심사등의 절차에 관한 규칙」과 수사 또는 재판을 받고 있거나 유죄판결을 선고받은 범

321) 법무부, 「범죄백서」, 2007, 145면.

322) 일본의 도망범죄인인도법, 중국인민공화국인도법, 미국·독일·영국의 범죄인인도법, 스위스의 형사사법공조법의 내용에 대해서는 이영란, “한국의 범죄인인도법에 관한 연구”, 「비교형사법연구」 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004. 12, 478-485면 참조.

323) 천진호, 「국가간 수형자 이송제도 연구」, 한국형사정책연구원, 2006, 63면; 이종주, FN(157), 197-198면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

죄인이 외국에 소재하는 경우에 외국에 대하여 범죄인의 인도를 청구하는 절차 등을 규정한 「외국에 대한 범죄인 인도청구 업무처리에 관한 지침」을 두고 있다. 이하에서 우리나라의 범죄인인도법의 주요내용을 살펴보고자 한다.

1. 犯罪人引渡 事件의 專屬管轄

범죄인의 인도심사 및 그 청구와 관련된 사건은 서울고등법원과 서울고등검찰청의 전속관할로 규정하고 있다(제3조). 범죄인인도 사건은 일반적인 형사사건이 아니고 외국이 재판권을 가지는 범죄인의 신병을 확보하여 인도하여 주는 절차에 관한 특별한 사건이므로 이를 우리 법과 같이 단심으로 하는 경우 상급심이며 특별법원의 성격을 지닌 고등법원에서 취급하도록 하는 것이 청구국에 대한 관계에서도 좋은 이미지를 주고, 또한 대한민국과 같이 영역이 외국에 비하여 그다지 광범위하지 아니하고 모든 행정기구가 중앙집권적인 상황에서는 국가외교관계에 중대한 영향을 미칠 수 있는 범죄인인도 사건처리에 있어서 통일성과 전문성을 기하고 외교기관과의 연락에도 편리한 서울지역에서 절차를 행하는 것이 가장 적절하고 경제적이라는 관점에서 서울고등법원과 이에 대응하는 서울고등검찰청의 전속관할로 한 것이다.[324]

그러나 제3조 전속관할에 대해서는 헌법상의 적법절차와 재판청구권 침해라는 이유로 제기된 헌법소원에 대하여 "법원의 범죄인인도결정은 신체의 자유에 밀접하게 관련된 문제이므로 범죄인인도심사에 있어서 적법절차가 준수되어야 한다. 그런데 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법발견, 자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제이므로 기본적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 한편 법원에 의한 범죄인인도심사는 국가형벌권의 확정을 목적으로 하는 형사절차와 같은 전형적인 사법절차의 대상에 해당되는 것은 아니며, 법률(범죄인인도법)에 의하여 인정된 특별한 절차라 볼 것이다. 그렇다면 심급제도에 대한 입법재량의 범위와 범죄인인도심사의 법적 성격, 그리고 범죄인인도법에서의 심사절차에 관한 규정 등을 종합할 때, 이 사건 법률조항이 범죄인인도심

324) 천진호, FN(323), 65면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

사를 서울고등법원의 단심제로 하고 있다고 해서 적법절차원칙에서 요구되는 합리성과 정당성을 결여한 것이라 볼 수 없다. 헌법 제27조의 재판을 받을 권리는 모든 사건에 대해 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 단정할 수 없는 것이며, 상소할 수 있는지, 상소이유를 어떻게 규정하는지는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제로 보아야 한다는 것이 헌법재판소의 판례이다. 이 사건에서 설사 범죄인인도를 형사처벌과 유사한 것이라 본다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 적어도 법관과 법률에 의한 한 번의 재판을 보장하고 있고, 그에 대한 상소를 불허한 것이 적법절차원칙이 요구하는 합리성과 정당성을 벗어난 것이 아닌 이상, 그러한 상소 불허 입법이 입법재량의 범위를 벗어난 것으로서 재판청구권을 과잉 제한하는 것이라고 보기는 어렵다"고 판시하였다.[325]

2. 相互主義

범죄인인도법은 제4조는 "인도조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 범죄인의 인도를 청구하는 국가가 동종의 또는 유사한 인도범죄에 대한 대한민국의 범죄인 인도청구에 응한다는 보증이 있는 경우에는 이 법을 적용한다"고 규정하여 상호주의를 인정하고 있다. 국제법상 일반적으로 국가에 범죄인인도의무를 인정하고 있지 아니하며, 현대의 국제법은 당사국간의 조약에 의해서만 범죄인인도의무가 발생하며 조약부재시에는 상호주의에 입각한 국제예양의 문제로 보고 있다. 따라서 조약이 체결되어 있지 아니한 국가와도 범죄인인도를 할 수 있도록 함으로써 범죄진압을 위한 국제협력 증진의 이념에 보다 적극적으로 부응하기 위하여 상호주의를 채택한 것이다.[326]

---

325) 헌재결 2003. 1. 30, 2001헌바95. 사건 내용을 보면 청구인은 한국계 미국 시민권자로써 미국 내에서의 강간 등의 혐의로 미국 California주 법원에서 1999. 2. 배심원평결에서 유죄로 인정되었지만, 판결이 선고되기 전인 1999. 3. 1. 국내로 도피한 관계로 미국에서 1999. 6. 21. 궐석재판으로 징역 271년형을 선고받았다. 미국법무부는 2001. 6. 4. 청구인에 대한 범죄인인도를 청구하였고, 서울고등법원은 2001. 9. 25. 범죄인인도허가결정을 하였다. 청구인은 이 결정에 대하여 대법원에 재항고를 하고, 동사건 계류 중 범죄인인도법 제3조에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 헌법소원심판을 청구하였다.

326) 천진호, FN(323), 66면; 김주덕, "범죄인인도법의 기본원칙과 운영방향", 「사법행정」

CHOSUN UNIVERSITY 1946

3. 引渡對象犯罪

우리나라 범죄인도에 관한 기본원칙에 관하여 범죄인인도법은 “대한민국 영역안에 있는 범죄인은 이 법이 정하는 바에 따라 청구국의 인도청구에 의하여 소추, 재판 또는 형의 집행을 위하여 청구국에 인도할 수 있다”(동법 제5조)고 하여 인도대상을 대한민국의 영역안에 있는 범죄인으로 규정하고 있다. 인도범죄는 대한민국과 청구국의 법률에 의하여 인도범죄가 사형·무기·장기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 경우에 한하여 범죄인을 인도할 수 있도록 하고 있다(동법 제6조).

범죄인인도제도와 관련하여 국제법상 널리 인정되고 있는 쌍방가벌성의 원칙을 명문화한 것으로, 그 범위를 장기 1년 이상의 징역 또는 금고형으로 규정한 이유는 인도대상범위를 가급적 확대하려는 현대의 국제적 상호협력추세에 부응하고, 장차 대한민국이 외국에 대하여 인도청구를 할 경우가 외국으로부터 인도청구를 받을 경우에 비하여 많을 것임을 고려한 것으로 볼 수 있다.

4. 犯罪人引渡의 制限

(1) 政治犯不引渡의 原則

인도범죄가 정치적 성격을 지닌 범죄이거나 그와 관련된 범죄인 경우에는 범죄인의 인도를 거절할 수 있다(제8조). 다만 국제사회에서 중요한 문제로 제기되고 있는 국제 Terrorism에 대처하기 위한 노력의 일환으로 Terror 행위를 정치범죄에서 제외하여 세계범죄, 인도에 반하는 범죄로 간주하고 인도대상으로 삼는 국제적 합의를 수용하는 형식으로서 국가원수·정부수반 또는 그 가족의 생명·신체를 침해하거나 위협하는 범죄, 다자간조약에 의하여 대한민국이 범죄인에 대한 재판권을 가지거나 범죄인의 인도의무를 부담하고 있는 범죄, 다수인의 생명·신체를 침해·위협하거나 이에 대한 위험을 야기하는 범죄는 인도대상으로 규정하고 있다.[327] 그러나 다수인이 아니라 1호에서 규정하고 있는 국가원수나 정부수반

제335호, 한국사법행정학회, 1988. 11, 69면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

이 아닌 1인 또는 2인인 경우, 즉 특정국가의 정책변경 등 정치적 목적을 위해 특정외교관이나 기타 국제적 보호인물에 대한 암살 테러와 또는 도재승 서기관의 납치사건과 같이 1인 또는 2인만의 생명, 신체를 침해하는 테러행위는 그 범죄행위의 정치성으로 인하여 해석상 불인도 대상으로 될 여지가 없지 않다. 여기서 '다수인'이라는 개념을 명확하게 할 필요성과 그러한 제한이 필요한가에 대해서도 재고할 필요가 있다. 그리고 항공기 납치나 선박납치의 경우가 언제나 정치적 테러인 것만은 아니므로 한국이 이를 규율하는 다자조약의 당사국이라는 이유로 불인도의 예외사유라고 속단할 수는 없고, 이들을 국제테러범과 동일하게 취급할 수는 없다. 따라서 정치적 망명수단의 경우 인도거절시 명백히 그 법적 근거가 제시되어야 할 필요가 있다.[328]

정치범 불인도의 원칙의 제한되는 범죄 유형으로 열거되는 것은 폭탄테러행위를 비롯하여 집단살해범죄, 항공기 납치행위, 인신매매범죄, 고문 등이 있다. 1998. 1. 12. 국제연합에서 폭탄테러행위를 방지하고 폭탄테러 행위자를 효율적으로 처벌하기 위하여 제안·체결된 다자간 조약으로 우리나라가 2004. 2. 9. 국회의 비준동의를 거쳐 가입한 「폭탄테러행위의 억제를 위한 국제협약」에 따르면, 폭탄테러범죄는 범죄인 인도 또는 사법공조를 위하여 정치적 범죄, 정치적 범죄와 관련되는 범죄 또는 정치적 동기에 의하여 발생한 범죄로 간주하지 않는다고 규정하고 있다(위 협약 제11조). 그리고 2001. 9. 11. 미국 뉴욕, 워싱턴 D.C, 펜실베니아 등지에서 일어난 항공기 납치 테러행위(9·11테러)를 강력히 비난하고 국제사회의 테러방지를 위하여 공조를 촉구하기 위하여 2001. 9. 28. UN 안보리에서 채택된UN 안보리 1373호 결의(Resolution 1373)는 UN 회원국들에게 테러행위와 관련된 기존의 국제협약에 가입할 것을 요구하고, 향후 양자간, 다자간 조약 체결 및 지역 국가 간의 공조를 통하여 테러행위를 방지하고 테러행위자에 대한 처벌을 강화할 것을 촉구하는 것을 내용으로 하고 있다.

최근 우리나라 최초의 정치범 인도청구사건에 관한 결정에 범죄인의 인도를 허가하지 않는다는 서울고등법원의 결정이 나온 경우가 있다. 이 결정에서 "베트남

327) 천진호, FN(323), 66-67면; 이영란, FN(322), 473-474면; 이훈규·신의기, FN(156), 180면.

328) 이영란, FN(322), 474-475면 참조.

이 공산화된 후 미국에서 자유베트남 혁명정부(자유민주주의 베트남정부)의 주요 직책을 역임하면서 베트남 지역의 공산정권 타도 등을 목적으로 베트남 지역 내에서 테러행위를 감행하기 위하여 폭약이나 뇌관을 구입, 제조, 운반하도록 지시하였다는 등의 범죄사실로 베트남사회주의공화국으로부터 범죄인인도청구를 받은 범죄인에 대한 인도심사청구 사건에서, 위 대상범죄가 정치적 성격을 갖는 범죄이고, 달리 범죄인을 인도하여야 할 예외사유도 존재하지 아니한다고 하여 범죄인인도청구를 허가하지 않는다"고 결정하였다.[329] 서울고등법원은 범죄인인도절차에서의 정치범죄는 해당 국가의 정치질서에 반대하는 행위와 그와 같은 목적을 위하여 저지른 일반범죄, 즉 강학상 절대적 정치범죄와 상대적 정치범죄를 의미하고, 그 해당 여부를 판단함에 있어서는 범죄자의 동기, 목적 등의 주관적 심리요소와 피해법익이 국가적 내지 정치적 조직질서의 파괴에 해당하는지 여부 등 객관적 요소를 고려하여야 한다. 그리고 '대한민국과 베트남사회주의공화국 간의 범죄인인도조약' 제3조 제1항에서 말하는 "정치적 성격을 갖는 범죄"라 함은 범죄인인도법 제8조 제1항에서 정하는 "정치적 성격을 지닌 범죄이거나 그와 관련된 범죄"와 같은 의미로서 순수 정치범죄 뿐 아니라 상대적 정치범죄까지 아우르는 개념으로 해석함이 상당하다. 따라서 베트남사회주의공화국의 범죄인인도청구에 따른 인도심사청구의 대상범죄가 폭발물을 이용한 범죄의 예비·음모라는 일반범죄와 청구국의 정치질서에 반대하는 정치범죄가 결합된 상대적 정치범죄로서, '대한민국과 베트남사회주의공화국 간의 범죄인인도조약' 제3조 제1항에 정한 '정치적 성격을 갖는 범죄'에 해당할 경우, 특별히 위 인도조약상 예외사유에 해당한다는 사정이 없는 한 범죄인을 청구국에 인도하는 것은 위 인도조약에 위배된다. 그리고 폭탄테러행위의 억제를 위한 국제협약과 국제연합 안전보장이사회의 2001. 9. 28.자 1373호 결의는 '대한민국과 베트남사회주의공화국 간의 범죄인인도조약' 제3조 제2항 (나)목에 정한 '양 당사국이 모두 당사자인 다자간 국제협정'에 해당하지 않는다고 하여 검찰의 정치범 불인도 원칙의 예외에 해당한다는 주장을 받아들이지 않았다.

329) 서울고결 2006. 7. 27, 2006토1.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

(2) 絶對的 引渡拒絶事由

범죄인인도법 제7조는 범죄인을 절대적으로 인도하여서는 아니되는 경우로서 다음 네가지의 경우를 열거하고 있다. ① 대한민국 또는 청구국의 법률에 의하여 인도범죄에 관한 공소시효 또는 형의 시효가 완성된 경우, ② 인도범죄에 관하여 대한민국 법원에서 재판계속중이거나 재판이 확정된 경우, ③ 범죄인이 인도범죄를 행하였다고 의심할만한 상당한 이유가 없는 경우. 다만, 인도범죄에 관하여 청구국에서 유죄의 재판이 있는 때에는 그러하지 아니하다. ④ 범죄인이 인종·종교·국적·성별·정치적 신념 또는 특정 사회단체에 속함 등을 이유로 처벌되거나 그 밖의 불이익한 처분을 받을 염려가 있다고 인정되는 경우 등이다. 문제는 동조 제1호의 공소시효의 완성과 국제테러범과의 관계에서 모순이 발생하므로 국제테러범의 경우에는 특칙을 설정하는 등 입법의 보완이 필요하다. 예컨대 ILA 최종조문초안 제4조 C항은 "법률상시효(statutory time limitation)에 관한 규정은 테러범죄의 인도에 관한 장애요인이 되어서는 아니된다"고 규정하고 있다. 이는 테러범죄의 경우 국제법상 시효를 두지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니고, 다만 외국의 인도청구가 있을 때 피청구국의 국내법상 시효에 관한 규정이 인도거절사유로 될 수 없다는 것을 의미한다고 할 것이다.[330]

이와 같이 절대적 인도거절이유로 규정된 사항은 극히 제한된 최소한의 것이며, 구체적인 범죄인인도조약체결 과정에서 체결당사국 간에 보다 넓은 범위의 인도거절사유를 규정할 수 있을 것이다.[331]

(3) 任意的 引渡拒絶事由

범죄인인도법 제9조는 임의적 인도거절사유로 다음의 경우를 규정하고 있다. ① 범죄인이 대한민국 국민인 경우, ② 인도범죄의 전부 또는 일부가 대한민국 영역안에서 행하여진 경우, ③ 범죄인이 인도범죄외의 범죄에 관하여 대한민국 법원에 재판이 계속중인 경우 또는 형의 선고를 받고 그 집행을 종료하지 아니하거나

330) 이영란, FN(322), 476면.
331) 천진호, FN(323), 69면; 이훈규·신의기, FN(156), 181-182면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

면제받지 아니한 경우, ④ 범죄인이 인도범죄에 관하여 제3국(청구국이 아닌 외국을 말한다)에서 재판을 받고 처벌되었거나 처벌받지 아니하기로 확정된 경우, ⑤ 인도범죄의 성격과 범죄인이 처한 환경 등에 비추어 범죄인을 인도함이 비인도적이라고 인정되는 경우 등이다.

우리의 범죄인인도법은 범죄인인도조약과 마찬가지로 인도대상범죄 등에 대해서는 상당한 확대를 하고 있으나, 자국민의 불인도와 관련하여서는 일반원칙보다 자국민의 보호를 강화하고 있는 경향을 보이고 있다.[332] 즉, 자국민이라는 인도제한사유주를 절대적 인도거절사유로 하지 않고 임의적 인도거절사유로 하여 무조건 모든 자국민의 불인도를 명시하고 있지 않다.

5. 特定性의 原則

범죄인인도법 제10조는 인도가 허용된 범죄 외의 처벌금지에 관한 보증으로써

---

332) 그런데 판례를 살펴보면 범행지의 형벌권을 우선적으로 인정해 주는 듯하다. 이는 아직도 실체적 진실발견을 피고인보호에 비해 우선시하는 경향과 관련 있어 보인다. 2003년 4월 15일 서울고등법원 제10형사부는 한국인 범죄인의 일본국으로 인도를 허가하였다. 일본에서 한국인 오모씨의 사체를 유기한 뒤 국내에 도피한 혐의로 일본 측의 범죄인인도요청에 따라 구속된 이모씨에 대해 서울고검이 제기한 범죄인인도심사청구에서 이씨를 인도할 것을 허가한다고 결정했었다. 재판부는 다음과 같은 이유로 허가결정을 내렸다."대한민국과 일본국 사이에 범죄인인도조약이 체결되어 있고, 위 조약에는 인도된 범죄인이 인도가 허용된 범죄외의 범죄로 처벌받지 아니하고 제3국에 인도되지 아니한다는 일본국의 보증이 있고, 범죄인이 인종·종교·국적 또는 특정사회단체에 속함을 이유로 처벌되거나 기타 불이익한 처분을 받을 염려가 있다고는 보이지 아니하며, 그 외의 인도거절사유에 해당하는 사유가 없다. 다만 범죄인은 대한민국 국민으로서 임의적 인도거절사유에 해당할 여지가 있는데, 변호인은 범죄인이 수감 중에 자살을 기도하여 건강상태가 좋지 않고, 일본어를 할 줄 모르고, 일본국에는 범죄인의 가족이 전혀 없어 일본에서 재판을 받게 되면 방어권을 제대로 행사하기 어렵게 되며 유죄판결을 받을 경우에도 수감생활에 따른 고통이 훨씬 가중될 것이라는 점과 이 사건 범행동기에 관한 중요한 참고인인 오영미와 최영도가 현재 대한민국에 거주하고 있는 점 등에 비추어 범죄인을 인도함은 비인도적이라고 인정되는 경우에 해당한다는 취지로 주장했었다. 그러나 사건기록에 나타난 범죄인의 경력과 생활환경, 인도범죄의 성격과 내용 등을 모두 종합하면 범죄인을 일본국으로 인도함이 비인도적이라고 인정되지 아니하고, 오히려 일본국에서 수사 및 재판을 진행하는 것이 실체적 진실발견 및 공정한 양형을 위하여 바람직하다고 인정되므로 범죄인을 일본국에 인도함이 상당하다고 결정하였었다"(서울고판 2003. 4. 15, 2003토1).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

① 인도가 허용된 범죄사실의 범위안에서 유죄로 인정될 수 있는 범죄 또는 범죄인이 인도된 후에 행한 범죄로 범죄인을 처벌하는 경우, ② 범죄인이 인도된 후 청구국의 영역을 떠났다가 자발적으로 청구국에 재입국한 경우, ③ 범죄인이 자유로이 청구국을 떠날 수 있게 된 후 45일 이내에 청구국의 영역을 떠나지 아니한 경우, ④ 대한민국이 동의하는 경우 등의 경우를 제외하고는 인도가 허용된 범죄외의 범죄로 처벌받지 아니하고 제3국에 인도되지 아니한다는 청구국의 보증이 없는 경우에는 범죄인을 인도하여서는 아니된다고 하여 소위 특정성 원칙을 선언하고 있다. 특정성원칙은 오늘날 국제법상 범죄인인도에 관한 일반원칙으로 인정되고 있다.

6. 犯罪人의 引渡審査節次

범죄인인도법 제2장 외국으로의 범죄인인도와 제3장 외국에 대한 인도로 나누어 규정하고 있다.

(1) 外國으로의 犯罪人引渡

먼저 외교통상부장관은 청구국으로부터 범죄인의 인도청구를 받은 때에는 인도청구서와 관련자료를 법무부장관에게 송부하여야 한다(동법 제11조). 법무부장관은 외교통상부장관으로부터 제11조의 규정에 의한 인도청구서 등을 받은 때에는 이를 서울고등검찰청검사장에게 송부하고 소속검사로 하여금 서울고등법원에 범죄인의 인도허가여부에 관한 심사(인도심사)를 청구하도록 명하여야 한다. 다만, 인도조약 또는 이 법의 규정에 의하여 범죄인을 인도할 수 없거나 인도하지 아니하는 것이 상당하다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다(동법 제12조 제1항). 그리고 인도심사청구명령을 하지 아니하는 경우에는 그 사실을 외교통상부장관에게 통지하여야 한다(동조 제2항). 검사는 법무부장관의 인도심사청구명령이 있는 때에는 지체없이 법원에 인도심사를 청구하여야 하고, 그 청구서의 부본을 범죄인에게 송부하여야 한다. 만약 범죄인이 인도구속영장에 의하여 구속된 때에는 구속된 날로부터 3일 이내에 인도심사를 청구하여야 한다. 인도심사의 청구는 서

면으로 하고, 관계자료를 첨부하여야 한다(동법 제13조). 법원은 인도심사의 청구를 받은 때에는 지체없이 인도심사를 개시하여야 하며, 범죄인이 인도구속영장에 의하여 구속중인 때에는 구속된 날로부터 2월이내에 인도심사에 관한 결정을 하여야 한다. 이 경우 범죄인에 대해서는 변호인의 조력을 받을 권리, 의견진술 기회부여, 증인의 신문 등 국내법의 형사소송법에 관한 규정이 준용된다(동법 제14조).

법원은 인도심사의 청구에 따라 ① 인도심사의 청구가 적법하지 아니하거나 취소된 때에는 인도심사청구각하결정, ② 범죄인을 인도할 수 없다고 인정되는 때에는 인도거절결정, ③ 범죄인을 인도할 수 있다고 인정되는 때에는 인도허가결정 등을 하여야 한다(동법 제15조 제1항), 그리고 범죄인이 청구국으로의 인도에 동의하는 경우 서면으로 법원에 제출하여야 하며, 법원은 범죄인의 진의여부를 직접확인하여 신속하게 결정을 하여야 한다(동법 제15조의2 제1항, 제2항). 법무부장관은 2 이상의 국가로부터 동일 또는 상이한 범죄에 관하여 동일한 범죄인에 대한 인도청구가 있는 경우에는 범죄인을 인도할 국가를 결정하여야 하며, 필요한 경우 외교통상부장관과 협의할 수 있고, 그러한 결정을 함에 있어서는 인도범죄의 발생일시·장소·중요성, 인도청구일자, 범죄인의 국적 및 거주지등을 참작하여야 한다(동법 제16조). 물건의 양도에 대해서는 법원은 인도범죄로 인하여 생겼거나 그로 인하여 취득한 물건 또는 인도범죄에 관한 증거로 사용될 수 있는 물건중 대한민국영역안에서 발견된 것은 검사의 청구에 의하여 청구국에 이를 양도할 것을 허가할 수 있다. 범죄인의 사망 또는 도망으로 인하여 범죄인 인도가 불가능한 경우에도 또한 같다(동법 제17조 제1항).

외교통상부장관은 법무부장관에게 인도청구와 관련된 서류를 송부한 후에 청구국으로부터 범죄인의 인도청구를 철회한다는 통지를 받은 때에는 그 사실을 법무부장관에게 통지하여야 하고, 법무부장관은 인도심사청구명령을 취소하여야 한다. 검사는 인도심사청구를 한 후에 인도심사청구명령이 취소된 때에는 지체없이 인도심사청구를 서면에 의하여 취소하고 범죄인에게 그 내용을 통지하여야 한다(동법 제18조).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

(2) 外國에 대한 引渡

법무부장관은 대한민국 법률을 위반한 범죄인이 외국에 소재하는 경우 그 외국에 대하여 범죄인인도 또는 긴급인도구속을 청구할 수 있고, 외국에 대한 범죄인인도청구 또는 긴급인도구속청구 등과 관련하여 필요하다고 판단하는 때에는 상당하다고 인정되는 검사장·지청장 등에게 필요한 조치를 명할 수 있다(범죄인도법 제42조). 법무부장관의 인도청구명령을 받은 검사장·지청장 등은 소속검사에게 관련 자료의 검토·작성·보완 등 필요한 조치를 취하도록 명하여야 하며, 명령을 받은 검사는 이를 신속히 이행하고 관련 자료를 첨부하여 그 결과를 법무부장관에게 보고하여야 한다(동법 제42조의2). 그리고 검사는 외국에 대한 범죄인인도청구 또는 긴급인도구속청구가 상당하다고 판단하는 때에는 인도조약 및 법무부장관이 지정한 사항을 기재한 서면과 관련 자료를 첨부하여 법무부장관에게 외국에 대한 범죄인인도청구 또는 긴급인도구속청구를 건의할 수 있다(동법 제42조의3).

법무부장관은 외국으로부터 인도받은 범죄인을 인도가 허용된 범죄 외의 범죄로도 처벌할 필요가 있다고 판단하는 경우 그 외국에 대하여 처벌에 대한 동의를 요청할 수 있다(동법 제42조의4 제1항). 법무부장관은 범죄인인도청구·긴급인도구속청구·동의요청 등을 결정한 경우에는 인도청구서 등과 관계 자료를 외교통상부장관에게 송부하여야 한다(동법 제43조). 외교통상부장관은 법무부장관으로부터 제43조의 규정에 의한 인도청구서 등을 송부받은 때에는 이를 해당 국가에 송부하여야 한다(동법 제44조).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제5장 受刑者移送制度

수형자이송제도는 오늘날 주권국가들 간의 형사사법공조제도의 한 형태로 실시되고 있는 제도로써 개별 주권국가가 외국의 형사법원에서 내려진 판결의 효력을 국내적으로 승인하고 집행하는 것을 전제로 이루어지는 양자조약 내지 다자조약의 형태로 체결되고, 그 이행을 위하여 국내입법을 제정하여 실시하고 있다.

제1절 受刑者移送制度의 槪念

Ⅰ. 受刑者移送制度의 意義

수형자이송제도(Transfer of Sentenced Persons)는 외국 교도소에서 복역 중인 수형자를 국가간 협력을 통해 본국으로 이송하여 국내 교도소에서 나머지 형기를 복역하도록 함으로써 수형 후 원활한 갱생과 조속한 사회복귀 촉진을 그 목적으로 하는 제도이다.[333] 외국인 수형자는 문화적 차이와 언어소통에 따른 어려움, 그리고 본국의 가족·친지들과도 멀리 떨어져 지내기 때문에 일반 수형자들보다 더한 형벌 외적인 고통을 동시에 겪게 된다. 또한 낯선 외국에서의 수형생활로 인하여 형기를 마치더라도 사회에 복귀할 수 있는 사전교육이나 준비에 어려움을 겪는다. 이러한 재외수형자를 그의 가족, 친지 및 친구들이 살고 있어 그와 진정한 삶의 연계를 가진 본국이나 거주지국으로 이송하여 수형자에게 유리한 환경에서 잔형을 복역하도록 함으로써 언어와 문화가 다른 외국에서 행형생활을 함으로써 부과될 수 있는 형벌외적인 고통을 경감하고, 수형자의 사회적응 및 사회복귀를 촉진하기 위한 인도주의적인 고려에서 나온 제도이다.[334]

---

333) 천진호, FN(323), 105면; 유복근, “국가간수형자이송제도에 관한 연구”, 박사학위논문 고려대학교, 2006, 25면; 안권섭, “일본의 국제수형자이송제도”, 「해외연수검사연구논문집 Ⅱ」제12집, 법무연수원, 2005, 166면; 신용해, “국제수형자 이송제도의 도입과 운영의 실제”, 「교정연구」제28호, 2005. 6, 196면; 법무부 검찰국,「국제수형자이송 업무지침」, 2005. 10 참조.

334) 유복근, FN(333), 26-27면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

국제수형자이송법은 제2조에서 동법에서 사용하는 용어를 정의하고 있다. “자유형”이라 함은 국내이송을 실시하는 때에는 징역 또는 금고에 상당하는 외국 법령상의 형을 말하고, 국외이송을 실시하는 때에는 징역 또는 금고를 말한다. “국내이송”이라 함은 외국에서 자유형을 선고받아 그 형이 확정되어 형집행중인 대한민국 국민을 외국으로부터 인도받아 그 자유형을 집행하는 것을 말한다. “국외이송”이라 함은 대한민국에서 자유형을 선고받아 그 형이 확정되어 형집행중인 외국인을 외국으로 인도하여 그 자유형을 집행받도록 하는 것을 말한다. “국제수형자이송”이라 함은 국내이송 및 국외이송을 말한다. “외국인”이라 함은 대한민국과 국제수형자이송에 관한 조약·협정 등을 체결한 외국의 국민 및 조약에 의하여 그 외국의 국민으로 간주되는 자를 말한다.

우리나라도 언어와 문화의 차이, 가족과의 격리 등 외국에서의 수형생활로 인하여 고통을 겪고 있는 대한민국 국민을 국내로 송환하여 잔여형기를 마치도록 함으로써 재외국민의 인권보장을 내실화하고, 국내에서 형을 받고 있는 외국인을 본국으로 이송할 수 있게 함으로써 이들의 사회복귀를 촉진하고 교정행정에 있어서의 효율성을 도모하고자 2003. 12. 31. 「국제수형자이송법」을 제정·공포하여 시행하고 있다.[335] 「국제수형자이송법」에 따라 외국에서 형이 확정된 대한민국 국민을 국내로 이송받게 되면 외국에서 집행하지 못한 나머지 형기를 대한민국에서 집행하게 되며, 그 경우 사면이나 감형 및 가석방 등의 권한을 한국 정부가 행사하게 된다. 이로써 경제활동이나 유학 등의 사유로 외국에 체류하다 범법행위로 인하여 그 국가에서 자유형의 유죄판결이 확정된 대한민국 국민들의 인권을 더욱 두텁게 보호할 수 있게 되었다.

수형자이송제도는 양자조약 또는 다자조약의 형태로 운영되고 있다. 수형자이송이 국가간 조약체결을 통해서 이루어지고 있는 이유는 수형자의 상호이송을 위해서는 주권국가간의 합의가 필요하고, 이러한 합의의 가장 대표적인 유형이 조약이며, 이러한 법적 장치를 통해 수형자이송을 실시하는 것이 가장 바람직한 방법

335) 2003. 3. Nigeria 마약조직에 포섭되어 마약을 운반하다가 검거된 한국여성 10여명이 영국, 네델란드, 일본, 브라질 등에서 검거되어 중형을 선고받고 복역 중인 사건과 탈북자들을 도운 혐의로 중국 山東省煙臺地方法院에서 징역 2년을 선고받고 복역 중인 한국인의 석방운동이 보도되면서 수형자이송 문제가 관심사로 대두되었다(천진호, FN(323) 107면).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

이기 때문이다. 이에 따라 대부분의 국가들은 수형자이송실시 전에 관련 국가간 조약이 체결되어야 한다는 조약전치주의를 채택하고 있다.[336]

다자조약인 「Europe수형자이송협약」은 유럽국가는 물론이고, 비회원국을 비롯한 세계 각국의 60여개 국가가 가입하고 있다. 우리나라는 2005. 7. 20. 유럽평의회 사무국에 가입서를 기탁하고, 가입이 발효되는 2005. 11. 1.부터 개별조약을 체결함이 없이 미국, 캐나다, 일본, 호주 및 유럽국가 등 61개 협약가입국과 수형자이송을 실시할 수 있게 됨으로서 수형자이송을 위한 국제적 기반을 구축하게 되었다. 이 협약에 따라 수형자이송이 가능한 경우는 수형자 본인이 이송을 희망하고 외국 판결에서 확정된 범죄행위가 대한민국법에 의하더라도 범죄에 해당되고 대한민국과 상대국이 모두 이송에 합의할 경우에 한정되며, 이송된 수형자는 한국의 교정시설에서 나머지 형기를 복역하게 되며 가석방이나 사면 등은 모두 대한민국법에 따르게 된다.[337]

다만 최근 한국과의 경제교역이 활발하게 이루어지고 있는 중국, 태국, 베트남, 몽골 등의 국가들은 「수형자이송협약」에 가입하지 않았기 때문에 이들 국가들과는 개별적으로 조약을 체결해야 하는데, 특히 중국의 경우 2006. 8. 현재 대한민국 국적의 수형자가 161명으로, 중국과의 수형자이송에 관한 양자조약 체결추진의 필요성이 크다는 점에서 한국의 법무부와 외교통상부 합동으로 한·중 양국의 수형자이송에 관한 양자조약 체결을 지속적으로 추진하고 있다.

Ⅱ. 受刑者移送制度의 發展 背景

1. 刑罰에서의 國家性 原則 붕괴

전통적인 형법이론에 의하면 형벌권의 행사 주체인 국가만이 대인고권과 영토고권을 기반으로 자국민 또는 자국내에서 발생한 범죄행위에 대하여 독점적으로 형벌권을 행사하는 것으로 받아들여져 왔고, 또한 어떤 주권국가도 외국 법원에서 내려진 형사판결을 집행할 수 없는 것으로 보았다.[338] 즉 형사사법에 있어서

336) 유복근, FN(333), 27면.
337) 천진호, FN(101), 143-144면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

형벌권은 국가에 속하고, 그 국가의 영역을 넘어 형벌권을 행사할 수 없다는 '국가성의 원칙'이 국제적으로 기본원칙이 되어 왔다. 1825년 미국 연방대법원의 마샬(John Marshall) 대법원장은 형벌의 국가성의 원칙에 대해 "어떤 국가의 대법원도 다른 국가의 법원에서 내려진 형법을 대신 집행하지 않는다"(The Courts of no country execute the penal laws of another)고 간결하게 선언하고 있다.[339]

형벌의 속지주의 원칙과 관련된 외국에서 내려진 형사판결을 국내적으로 수용할 수 없다는 것이 '국가주권 원칙의 결과'(consequence of the principle of state sovereignty)라는 프랑스 최고법원(Courde Cassation)의 선언에서 잘 나타나 있고,[340] 또한 근대의 계몽주의 법학자들도 이 입장을 취하였다.[341] 형벌에 국가적·영토적 접근은 19세기에 들어서도 주권의 개념에 침투되었고, 수형자이송을 힘들고 제한적으로 행사되게 하였다. 이러한 수형자이송 제한은 외국형사판결의 집행의 수리가능성(admissibility)과 관련이 있었으며, 당시의 일부 형법전들은 외국 당국에서 내려진 형사판결은 국내적으로 집행될 수 없다고 명백하게 규정하였다.[342] 또한 외국형사판결의 집행불수용 이론은 '실무상·이론상 확립된 원칙'으로 간주되었고, 이 원칙은 국제관계 및 국제법 분야에서 발전되었기 때문에 관습국제법화되었다고 한다.[343]

그러나 통신과 교통수단의 발달에 따라 국가 간의 교류가 활발해지고 자국민이 외국에서 행하는 범죄가 증가하면서 외국에서 복역하는 자국민뿐만 아니라 자국에서 복역하는 외국인도 증가한 결과 형법의 '국가성의 원칙'에 대한 수정은 불가피하게 되었다. 특히 유럽평의회가 1970. 5. 28. 헤이그에서 채택한 「형사판결의 국제적 효력에 관한 유럽협약(European Convention on the International Validity of Criminal Judgments)」에서 국가는 자국 법원만 아니라 외국 법원이 선고한 형사판결의 효력을 국내에서 승계하고 이를 처벌할 수 있도록 규정한 것은 형벌권 행사에 대한 동 원칙의 붕괴를 가져오게 되었다.[344]

---

338) 천진호, FN(323), 109-112면; 유복근, FN(333), 18-19면 참조.
339) The Antelope,10 Wheat. 66, 123(1825).
340) Cour de Cassation, judgment of April 14, 1868, Dalloz 1868, p.1262.
341) 유복근, FN(333), 8면.
342) See e.g. penal codes of Austria, Sec. 36 and Hungary, Sec. 18.
343) 유복근, FN(333), 9면.
344) 천진호, FN(323), 109면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 海外 自國民 保護 必要性

자국민의 해외에서의 범죄가 증가하면서 자국민을 보호할 필요가 있었다. 이러한 입장에서 수형자 이송제도를 처음 실시한 나라는 미국으로 초기의 형태는 자국 군대의 해외파병에 따라 외국에서 범죄를 저지르고 수형생활 중인 군대구성원을 보호하기 위한 필요에서 주둔군지위협정(SOFA)에 삽입된 내용이 수형자이송조약의 효시로 간주되고 있다. 미국에서 해외 수형자의 본국 이송문제가 본격적으로 제기된 계기는 1970년대에 미국의 강력한 마약단속정책에 의해 멕시코내에서 마약거래로 투옥되는 자국민이 늘어나고, 이들이 멕시코내 교도소에서 겪는 인권유린 등 열악한 수형환경이 국내에 널리 알려지면서 부터이다. 이에 따라 미국은 1976년 11월 25일 멕시코와 최초로 현대적 수형자이송조약이라고 할 수 있는 '미국-멕시코간 형사판결의 집행에 관한 조약(Treaty Between the United States of America and the United Mexican Stateson the Execution ofPenalSentence)을 체결하였다.[345] 미국이 멕시코와 체결한 이 조약은 역사상 처음으로 미국 정부와 법원이 외국의 법원이 자국민에 대해 내린 형사 판결의 효력을 인정하여 이를 국내에서 대신 집행하는 최초의 선례가 되었다.

3. 外國人 受刑者의 增加에 따른 行刑費用의 增加

수형자이송제도가 발달하게 된 간접적인 요인은 1980년대 유럽평의회 국가들에서 아프리카 등 제3세계 출신 수형자의 수가 급증하고, 이들을 수용하기 위한 수형비용이 급증에 그 배경을 두고 있다.[346] 이에 유럽평의회 국가들은 행형비용 절약을 위해 수형자를 본국으로 이송시키는 방안을 적극 모색하기 시작하였고, 또한 외국인 수형자의 폭증은 선고국에도 형사시설의 포화에 따른 행형비용의 급격한 증가 등 부작용을 가져왔다.[347]

외국인수형자를 국내에서 복역시키는 것은 행형당국으로서는 수형자의 언어문

---

345) 이에 대해서는 유복근, FN(333), 15-16면 참조.
346) 이병기・신의기, FN(176), 161면.
347) 천진호, FN(323), 109면; 신용해, FN(333), 197면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제의 해결을 위하여 전문가의 영입 또는 필요시 통역 서비스가 있어야 하며, 식습관의 차이에 따른 개별 식사제공, 종교시설의 확충, 새로운 교정프로그램의 도입 등 외국인에 대한 형을 집행하는 국가로서 많은 부담을 안게 되며, 그의 해결을 위해서는 내국인의 처우보다 더 많은 시설과 인원이 필요하게 된다. 이러한 부담을 경감시키고, 외국인수형자를 국적국 또는 거주국에서 복역시키며, 특히 재외수형에 따른 가족과의 면회 곤란, 언어와 문화의 차이에 따른 고통 등 형벌 외적인 고통이 가중되어 인도주의적인 차원에서도 이들을 본국으로 이송하여 잔형을 치르게 함으로써 수형자의 갱생 및 사회복귀를 촉진시키는 제도의 도입이 필요하게 된 것이다.[348] 즉, 형벌외적인 고통을 완화하고, 수형자의 사회복귀를 촉진시키기 위한 고려에서 수형자 이송제도의 도입이 적극 검토되었다.[349]

외국인범죄자에 대한 수용은 응보외의 효과는 거의 없어 형벌의 효과는 기대할 수 없고, 오히려 그 처우비용은 다른 수형자에 비하여 많이 소요되는 상황이 되므로 외국인 수형자를 본국에서 처우하는 것이 여러 긍정적 효과를 가져올 수 있다. 집행국의 입장에서 볼 때도 상호주의에 입각한 범죄자의 집행공조는 외국에서 복역하고 있는 자국민의 보호를 달성할 수 있으며, 상호주의에 따라 자국에서 수용중인 그 나라 국적의 범죄자를 이송할 수 있기 때문에 범죄자의 보호와 국가의 부담경감이라는 목적을 달성할 수 있다.[350]

4. 受刑者의 人權保障의 向上

수형자의 처우와 재외수형자에 대하여 수형자 처우기준에 적합한 적절한 처우를 한다고 하더라도 여러 문제에 봉착할 수 밖에 없다. 교통수단의 발달로 사람의 국제이동의 증가함에 따라 형사사법 분야의 국제협력에서도 질적인 변화를 초래하고 있다. 외국인 범죄자의 증가에 따른 실질적 처우의 어려움과 인도적 차원에서 범죄자의 처우에 있어 범죄인의 사회복귀를 돕기 향상시키기 위해서는 범죄자의 근거지에서 형의 집행을 하는 것이 타당하다는 견해가 부각되면서 외국인

348) 유복근, FN(333), 17면.
349) 천진호, FN(323), 112면.
350) 천진호, FN(323), 110-112면; 이훈규・신의기, FN(156), 139-140면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

범죄자를 국적국이나 생활근거가 있는 국가에서 형벌의 집행을 하는 경향을 나타내고 있다.[351] 외국에서 수형자가 복역하는 것은 언어의 장애 외에도 가족의 면회, 출소후의 사회복귀 등의 많은 문제뿐만 아니라 동료수형자들로부터도 냉대를 받는 등 수형시설내에서도 2류수형자가 되는 경우가 발생하게 되는 심각한 부작용을 초래할 수 있다.[352]

Ⅲ. 受刑者移送制度의 基本原則

외국에서 확정된 형사판결을 국적국 또는 거주지국에서 집행하기 위해서는 확정판결의 존재, 조약전치주의, 쌍방가벌성, 일사부재리 원칙, 동의의 원칙 등이 존재하지만, 여기서는 범죄인인도제도에서 살펴본 내용을 제외하면서 개략적으로 살펴보고자 한다.

1. 條約前置主義

수형자이송에 관한 내용을 이행하기 위해서는 선고국과 집행국간에 수형자 이송에 관한 양자 또는 다자간 조약이 체결되야 한다는 것을 전제로 하므로 세계 각국은 대체적으로 조약전치주의(requirement of a treaty)를 명시하고 있다. 또한 조약전치주의에 따라 수형자이송에 관한 조약은 국내법에 우선하여 적용되며, 수형자 이송에 관한 별도의 양자조약이 체결된 경우 조약상대국과의 관계에서는 조약이 정한 절차가 우선 적용된다. 우리나라의 수형자이송법 제3조도 “국제수형자이송은 대한민국과 외국간에 조약이 체결되어 있는 경우에 한하여 이 법과 그 조약이 정하는 바에 따라 실시한다. 이 경우 조약에 이 법과 다른 규정이 있는 때에는 그 조약의 규정에 의한다”고 규정하여 조약전치주의를 선언하고 있다.

---

351) 유복근, FN(333), 30면 이하; 천진호, FN(323), 112면; Michal Plachta, “Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners : New Instruments of Cooperation in Criminal Matters Among the Socialist Countries of Esatern Eurpoe,” 3 Connecticut Journal of International Law, 1988, p.314.

352) Michal Plachta, Transfer of Prisoners Under International Instruments and Domestic Legislation : A Comparative Study, 1993, p.68.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

수형자이송은 수형자의 계속적인 자유의 박탈을 포함하며, 수형환경의 변화와 외국법원에서 내려진 자국민에 대한 형사판결의 효력을 자국의 사법당국이 승인 및 집행하는 형사주권과 관련되어 있어 국가간 법적이고 규범적인 효력을 갖는 조약을 통해 규율할 필요성이 있기 때문에 조약전치주의를 채택하고 있다. 또한 외국에서 수형생활 중인 자국민의 본국 이송을 위해 수형자의 국제적 이송에 관한 국내입법을 가지고 있다고 하더라도, 이를 집행하기 위해서는 외국 정부의 협력이 필수적이기 때문에 조약이 없으면 국내법을 적용할 수 없기 때문이다.[353]

그리고 수형자이송에 있어 일사부재리의 원칙을 국가간 적용하기 위해서는 조약전치주의에 따라 국가간 수형자이송조약이 먼저 체결되어야 한다. 주권국가는 집행관할권 및 입법관할권에 기초하여 범죄를 예방하고 처벌할 수 있으나, 외국법원에서 내려진 형사판결의 효력을 국내에서 승인 및 집행할 의무는 없기 때문에 반드시 주권국가간의 합의가 필요하다.[354]

2. 國籍主義

수형자이송에 관한 국제규범상 집행국이 이송을 요청할 수 있는 대상은 자국민에 한정되며, 수형자 또한 이송에 관한 동의시 본인이 실질적인 연관관계를 가진 국적국에 대해서만 이송에 관한 의사표시를 할 수 있다. 오늘날 국제사회에서 가장 표준적인 다자조약인 유럽평의회 수형자이송협약 제3조 제1항 a호에서 '수형자가 집행국의 국민일 것'을 이송조건으로 요구하고 있다. 우리의 국제수형자이송법도 수형자의 국내이송을 위한 조건으로 제1조에서 "외국에서 형집행중인 대한민국 국민의 국내이송과 대한민국에서 형집행중인 외국인의 국외이송에 관한 요건과 절차 등을 규정함으로써"라고 규정하고 있다. 즉, 수형자이송에 관한 국제관행은 "국적"을 위주로 구성되어 있다고 할 것이다.

353) 유복근, FN(333), 41-42면 참조.
354) 조약전치주의와 일사부재리의 원칙에 관해서는 유복근, FN(333), 45-48면 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

3. 同意의 原則

수형자이송제도는 수형자 본인의 갱생 및 사회복귀를 촉진하기 위한 제도이므로 그 실시를 위해서 가장 중요한 것은 수형자 본인의 의사인 '명백한 동의'(express consent)가 존재하여야 한다. 또한 수형자에게 동의요건을 부과함으로써 본국에 이송된 후 선고국 법원에서 내려진 유죄판결에 대해 다툴 수 있는 권리의 포기와 이송과정에서 발생할지 모르는 절차상의 하자를 치유하기 위한 것이다. 수형자의 동의가 갖는 가장 중요한 법적인 의미는 수형자이송 조약상 본인의 동의가 일정한 헌법상의 권리의 포기를 의미한다는데 있다. 여기서 본인의 동의는 선고국의 행형 시설 내에서 잔형을 치룰 것인지, 본국으로 이송되어 잔형을 치룰 것인지의 2가지 가능성 중 어느 하나를 선택하는 것을 의미한다.[355]

문제는 수형자 본인의 동의가 선고국과 집행국의 동의와 같은 힘을 가지고 있는지가. 현행 제도상 수형자 본인의 동의는 선고국과 집행국의 동의라는 의사표시에 부속된 하나의 보조적인 요건에 불과한 것으로 그 성격이 질적으로 서로 다른 것이다. 수형자이송은 국제법상 권리의무의 주체인 주권국가간의 합의에 따라 이루어지는 것이지 수형자 개인에 의해서 행해질 수는 없고, 수형자의 이송은 전적으로 선고국이나 집행국의 재량으로 이루어지는 것이기 때문에 수형자 본인의 동의는 수형자 이송효과를 발생시킬 수 있는 주된 요건이라고는 할 수 없다.[356]

수형자의 이송동의는 제도의 취지에 비추어 본인이 하는 것을 원칙으로 하지만, 선고국 또는 집행국 중 어느 한 국가가 수형자의 연령이나 신체·정신 상태를 고려하여 필요하다고 판단하는 때에는 그 수형자의 법적대리인이 동의할 수 있다.[357]

이와 같은 수형자의 동의는 수형자 본인의 자발적 의사에 따라 이루어져야 하며,[358] 명백하게 표현되어야 하며, 자신의 이송이 초래할 수 있는 법적인 결과에

---

355) Note, Constitutional Problems in the Execution of Foreign Penal Sentences: The Mexican-American Prisoner Transfer Treaty, 90 Harv. L. Rev. 1500, 1504, 1525, 1977.

356) 유복근, FN(333), 53-54면.

357) 유럽평의회 수형자이송협약 제3조 제1항 d호.

358) Mauren T. Walsh & Bruce Zagaris, "The United States-Mexico Treaty on the

CHOSUN UNIVERSITY 1946

대한 인지가 가능하여야 한다. 그리고 수형자가 이송에 대해 동의를 하였더라도 수형자의 동의는 수형상황이라는 환경적·육체적·심리적 강박상태에 의해 내려질 수 있기 때문에 동의 당시 충분한 정보를 갖지 못했거나 동의 표명 이후에 자신의 생각이 바뀔 수도 있기 때문에 민법상 의사표시의 철회와 마찬가지로 동의의 철회가 가능하다고 할 것이다. 그 시기에 대해서 각국의 입법례는 차이를 나타내고 있지만, 우리나라의 국제수형자이송협약은 국내이송에 관한 국내이송대상 수형자의 동의는 동의의 확인 후에는 인정하지 않고 있다(동법 제11조 제3항).

제2절 外國의 受刑者移送制度의 運營 現況

수형자이송제도는 국가간의 합의가 있어야 실현될 수 있는 제도이므로 관련 국가간의 양자 또는 다자간조약과 같은 수형자이송조약의 필요함과 동시에 수형자이송이 가능하기 위해서는 상호주의를 전제로 하거나 이에 대한 국내입법이 전제되어야 한다.

수형자이송과 관련된 조약이나 국내법은 다양한 차이가 있지만, 일반적으로 다음의 내용을 중심으로 규정하고 있다. ① 수형자의 동의에 기초하여 재판국 및 집행국의 합의를 요건으로 하여 이송을 실시한다. ② 수형자가 범한 행위가 양국에서 함께 범죄로 되어 있는 경우에 한한다(쌍방가벌성). ③ 집행국은 재판국에서 언도받은 형을 그대로 집행하든가 또는 자국의 형으로 전환한다. ④ 은사의 권한은 재판국, 집행국의 쌍방에 있다. ⑤ 일반부재리의 원칙이 적용된다. 다만, 일정 기준을 만족시킨다면 기계적, 일률적으로 이송을 실시한다고 하는 성격의 조약이 아니라 개별사안별로 재판국·집행국 정부의 폭넓은 재량이 인정되고 있다.[359]

Execution of Penal Sanctions: The Case for Reevaluating the Treaty and its Policies in View of the NAFTA and Other Developments", 2Sw. J.L.& Trade Am. 385, 1995, fn.38.

359) 천진호, FN(323), 113면; 신용해, FN(333), 197-198면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅰ. 美國

미국은 자국민 보호차원에서 주둔군지위협정에서 최초로 수형자이송을 위한 양자조약을 발전시킨 나라이다. 미국민의 해외진출 확대에 따라 전세계적으로 활동하는 미국민의 수가 많아지고, 이에 따라 외국에서 범죄를 저지르고 투옥중인 자국민의 수가 1970년대에 급격히 늘어나기 시작하였다. 이에 따라 1976년에 Mexico와의 사이에 형사판결집행조약을 체결한 이래 2005년 9월 현재까지 캐나다(1977), 볼리비아(1978), 페루(1979), 파나마(1979), 터키(1979), 태국(1983), 프랑스(1983), 홍콩(1997) 및 신탁통치지역이었던 마샬군도(Marshall Islands), 미크로네시아(Federated States of Micronesia), 팔라우(Palau) 등 3개국과는 자유결사협약(CompactsofFreeAssociation)에 따른 보조협정(subsidiary agreement) 등 12개국으로 전세계적으로 가장 많은 국가들과 수형자이송협약을 체결하고 있다. 또한 다자조약으로 유럽평의회의 수형자이송협약에 참가하고 있으며, 미주 국가들과는 OSA조약을 체결하여 역내 국가들과 수형자이송제도를 운영하고 있다.[360]

미국의 수형자이송에 관한 실무지침서인 미국연방규정집(C.F.R.; Code of Federal Regulations) 제28편 제527장은 조약상대국마다 이송조건 및 이송가능 대상자의 범위가 다르기 때문에 국내법에 따른 수형자이송절차와 조약에 따른 수형자 이송절차를 별도로 구별하고 있다.[361] 그러나 수형자이송의 집행과 관련된 국내법과 조약의 내용이 서로 다를 경우 조약이 우선 적용되며, 양자조약과 다자조약이 다를 경우에는 우선 특수성이 큰 양자조약이 우선 적용된다.

미국에서 연방법 위반 혐의로 기소되어 유죄가 확정된 수형자는 연방법무부(Ministry of Justice)소속 미교정국(U.S. Bureau of Prisons)이 관할하는 미국 각지의 연방교도소에 구금된다. 미교정국은 연방법률 및 규정에 따라 교정국 관할 교도소에 수감된 외국인 수형자를 대상으로 이송이 가능한 수형자에 대한 이송관련 정보제공, 이송통보 등에 관한 공식적인 절차를 처리하고 있다.[362] 즉, 미국

360) 유복근, FN(333), 93-94면; 천진호, FN(323), 115면 참조.
361) 유복근, FN(333), 186면; See Michael Abbell, International Prisoner Transfer, §§1-5-1- 8, 2004.
362) 28 C.F.R. §§527. 43 & 527.44.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

의 수형자이송제도는 연방교도소에 수용되어 있는 수형자가 중심이지만, 각 주의 주립교도소에 수용되어 있는 수형자의 경우에도 국외로의 수형자이송이 가능하다.[363]

수형자의 이송요청시 법무부의 심사 가이드라인 역할을 하는 「수형자의 이송청구 평가를 위한 법무부 가이드라인(Department of Justice Guidelines for Evaluating Prisoner Applications for Transfer)」[364] 및 「수형자이송프로그램에 관한 미국 변호사 매뉴얼(United States Attorneys Manual Materials Relating to Prisoner Transfer Program)」은 수형자 이송업무에 대한 실무지침서 역할을 하고 있다.[365]

1. 國外移送

국외이송은 교정국장 관할하에 있는 교도소장(Warden)은 외국인 수형자가 수감되어 있는 경우에 미국과 수형자이송조약을 체결하고 있거나 미국이 당사국인 다자간 수형자이송조약의 당사국 국민인 때에는 그의 국적국으로의 이송희망 여부에 대한 기회를 부여하고, 오리엔테이션 등을 통해 수형자 이송에 대한 정보를 제공한다.[366] 그리고 수형자가 조약상 수형자 이송요건을 갖추고 본국으로 이송되어 잔형의 집행을 희망하는 경우 수형자는 '연방수형체계이송심사양식'(Federal Prison System Transfer Inquiry Form(BP-297)을 작성하여 서명한 후, 교도소장에게 제출함으로써 이루어진다. 그러나 심사양식서의 작성 및 서명은 이송에 대한 수형자의 동의를 약속하는 것은 아니고 단지 이송에 대한 수형자 본인의 이익이나 관심을 표시하는 행위에 불과한 것이므로 서명한 이후에도 자신의 동의가 공식적으로 확인될 때까지는 언제나 철회가 가능하다.[367]

---

363) 유복근, FN(333), 187면 이하; 천진호, FN(323), 115면 참조.

364) 법무부는 외국인 수형자 이송시 심사평가기준에 대한 공식적인 가이드라인을 갖고 있지 않았으나, 국제수형자이송반은 1999년 하반기 수형자 이송요청을 평가하기 위한 기준 설정을 위해 동 가이드라인을 작성하였다(유복근, FN(333), 190면).

365) 천진호, FN(323), 117면.

366) 28 C.F.R. §§527.43.

367) 유복근, FN(333), 187-188면; See Michael Abbell, FN(361), §7-1.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

미국은 현재 47개 주가 수형자 이송에 관한 자체 입법 또는 이송신청에 대한 승인절차를 갖고 있으며, 주정부 수형자의 경우에 주정부가 이송을 승인할 경우 대개 법무부도 승인하고 있다.[368] 그리고 모든 수형자는 본국 이송전에 그의 이송에 대한 자발적인 동의를 확인하기 위한 절차를 거친다. 수형자의 이송동의는 미국의 이행입법인 미국연방법 제18편 제306장 '외국으로 또는 외국으로부터의 이송'(Transfer To or From Foreign Countries) §4107에 따라 미국의 치안판사 또는 판사에 의해 확인되어야 한다. 또한 미국은 수형자의 이송과정에서 변호인의 도움을 충분히 받을 권리를 보장하는 등 수형자에게 적법절차가 보장되도록 규정하고 있다.[369] 그리고 수형자가 미국으로 이송된 경우라도 그의 이송이 조약이나 미국법에 따라 이루어지지 않은 경우에는 이송된 원래의 국가로 다시 이송하도록 하고 있다.[370]

2. 國內移送

외국의 교도소에 수용 중인 미국인 수형자의 국내이송은 당해국과의 양자간 수형자이송조약이 체결되어 있는 경우에 수형자 본인의 신청 또는 미국 정부의 이송요청에 따라 상대국과 합의하는 경우 이루어질 수 있다.[371] 즉, 외국에 수형중인 자나 외국정부가 자국내 미국인 수형자의 이송을 요청하면 미당국은 이송요청이 실현가능한지 조사를 하게 된다. 먼저, 미국 대사관에서 이송요청자가 미국의 국민(United States national)인지 여부를 심사한 후, 선고국이 해당 수형자의 이송을 승인하고, 대사관에서 그가 미국의 국적을 갖는 이송가능대상자임을 확인하게 되면 이송요청서를 법무부 형사과(Criminal Division) 집행운영실(Office of Enforcement Operations) 국제수형자이송반으로 송부한다. 국제수형자이송반에서

368) 유복근, FN(333), 190면
369) 18. U.S.C. §4109.
370) 18. U.S.C. §4114.
371) 미국-캐나다간 수형자이송조약 제3조 제3항의 "이 조약상 모든 이송은 수형자가 선고국의 당국에 서면신청서를 제출함으로써 개시된다"는 규정에 의하여 수형자 본인의 요청(request)에 의해서만 수형자이송절차가 개시된다. 이외의 경우에는 모두 정부 또는 국가의 주도에 의해서만 수형자이송을 위한 절차가 개시된다(유복근, FN(333), 195면).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

는 이송후보자가 수형자 이송요건을 갖추고 있는지, 미국의 정책에 부합하는지를 검토하여 이송승인 여부를 결정한다.[372]

이와 같이 국내로 이송된 수형자의 연방 교도소 입감 조치, 가석방 또는 보호관찰 대상자 및 소년범 등에 대한 보호관찰을 위한 행정 또는 사법조치 등을 위한 별도의 상세규정을 두고 있다. 우선, 미국으로 이송된 수형자에 대한 보호관찰 및 가석방 조치 및 미국 가석방위원회(U.S. Parole Commission)의 권한 등에 관한 「미국 가석방위원회의 1987년 10월 30일 이후 발생한 범죄에 대한 미국 이송에 대한 수형자의 석방일 결정 및 보호관찰부 석방조건의 결정에 관한 규정과 절차 및 양식(U.S. Parole Commission Regulation, Procedures and Forms Relating to Determination of Release Dates and Periods and Conditions of Supervised Release for Offenders Transferring to United States for Offenses Committed After October 31, 1987)」이 있다. 또한 법원행정처의 수형자이송조약에 따른 변호인 및 법정대리인 임명을 위한 규정(Administrative Office of U.S. Courts: Regulations for the Appointment of Counsel and Guardians Ad Litem Pursuant to a Prisoner Transfer Treaty)도 제정되어 있다.

Ⅱ. 英國

영국은 국내의 외국인 수형자에 대한 국제적 관심이 높아지고, 그 해결의 필요성이 고조됨에 따라 1978년 '수형자이송에 관한 부처간 작업반(United Kingdom Interdepartmental Working Party on the Repatriation of Prisoners)'을 설립하여 국가간의 조약체결을 통해 관련된 국가 및 수형자 본인의 동의에 따라 수형자 이송제도를 실시할 필요성에 대해 검토하였고, 향후 수형자이송에 관한 다자조약에 영국이 적극적으로 참여할 것을 권고하였다.[373]

이 보고서에 따라 영국은 1983년 수형자이송협약에 가입하고, 1984년 「수형자이송법(Repatriation of Prisoners Act)」을 제정하여, 자국민이 영국 이외의 선고국에서 형을 선고받고 잔형을 집행하기 위해 본국으로 이송될 수 있는 법적 기초

372) 유복근, FN(333), 197면 이하.
373) The Repatriation of Prisoners : Report of An Interdepartmental Working Party.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

를 마련하고, 외국 법원에서 내려진 형사판결을 집행할 수 있게 되었다.[374] 동법의 특이한 점은 본국으로 이송되는 수형자는 그의 이송 전에 관련된 실비용을 사전에 지불하도록 하고 있는 점이다. 영국은 자국민이 외국 여행 중에 사고나 재난 등으로 인해 귀국비용을 마련하지 못할 경우 정부지원으로 귀국할 수 있는 제도를 가지고 있는데, 외국에서 범죄를 저지른 수형자에게도 이러한 혜택이 가는 불합리를 막기 위한 것이라고 할 수 있다.[375]

수형자이송절차는 부처간 작업반의 권고에 따라 이루어지며, 이송과정은 사법적 과정보다는 행정적 과정에 더 가깝다고 할 수 있다. 영국과 상대국간 적절한 약정이 존재하고, 양국이 수형자의 이송에 동의할 경우 국무장관은 수형자의 국내 및 국외이송에 대해 규정하는 영장을 발부한다(수형자이송법 제1조). 영국의 「수형자이송법」에 의하면 국무장관(Secretary of State)은 양자조약과 다자조약 및 임시협정에 따라 수형자이송을 주선할 수 있는 일반적 권한을 갖고 있다. 즉, 수형자이송과정에서 국무장관은 이를 행할 광범위한 재량을 갖는다(동법 제1조 제2항 참조).[376] 영국과 양자간 또는 다자간 수형자이송조약을 체결하고 있는 국가의 국민은 선고와 함께 수형자이송에 대해 고지받는다.

외국에 있는 영국인 수형자는 영국 내 구금을 신청할 수 있으며, 이러한 이송요청은 내무장관의 영장(Home Secretary's warrant)에 의해 승인되어야 한다. 수형자이송요건을 갖추기 위해 수형자는 영국 시민권자이거나 내무장관이 이송이 적절하다고 간주하는 영국과의 긴밀한 유대(closeties)가 있어야 한다. 내무장관은 또한 이송영장에 서명하기 전 모든 이송조건이 충족되었는지 확인한다. 보통 국무장관은 수형자의 이송에 대해 "공공정책상의 부득이한 사유"가 존재하지 않는 경우 이송동의를 유보하지 않으나, 살인·마약 등 공공정책상의 이유로 이송이 부적절한 경우에는 이송거부결정을 한다.[377]

374) 천호진, FN(304), 117면; 유복근, FN(333), 116-117면.
375) 유복근, FN(333), 118면.
376) 천진호, FN(323), 119면; 유복근, FN(333), 116-117면; Michal Plachta, FN(352), p.275.
377) 천진호, FN(323), 118면; 유복근, FN(333), 117면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Ⅲ. 獨逸

독일도 1983년 수형자이송협약에 서명하였으나 이를 집행할 이행입법이 이루어지지 않았기 때문에 동 협약에 따른 수형자이송은 이루어지지 않고,[378] 국내이송 및 국외이송에 관해 1982년 제정된 「국제형사법률지원법(IRG)」에 의해 수형자이송이 이루어지고 있다.[379]

독일 국제형사법률지원법(IRG)의 특별한 점은 해외에서 수형생활 중인 독일 국민뿐만 아니라 외국인도 독일로 이송될 수 있는 가능성을 열어두면서, 외국의 국적자 뿐만 아니라 그 거주자도 해당 외국으로 이송될 수 있다는 것이다. 즉 독일 국민이 외국에 거주지가 있고 해당자가 범죄인인도의 대상이 아니며, 외국에서 잔형의 집행이 수형자에게 상당한 불이익을 초래하지 않을 경우 외국으로의 이송이 가능하다. 그러나 외국에서 형을 선고받은 외국인(alien)이 독일로 이송되기 위해서는 조약이 있어야 한다.[380]

IRG 제1조 제3항은 국제조약은 IRG 규정을 대체할 수 있다고 규정하여 국제법 우선주의를 채택한 반면, 수형자이송은 반드시 국제조약이 아니라 IRG에 근거해서도 이루어질 수 있다고 하여 국내법에 의한 이송을 명문화하고 있다.[381] 조약전치주의는 외국법원에서 선고한 비구금형을 독일에서 집행할 경우에만 적용되며, 외국에서 복역중인 독일 국민은 관련국과 조약이 체결되어 있지 않아도 일정한 요건을 충족하면 독일로 이송될 수 있다.[382] 예컨대 그 요건으로는 ① 외국의 권한있는 당국이 이송을 요청하여야 한다. ② 소송절차에서 피고의 권리가 충분히 보장되어야 한다. ③ 쌍방가벌성의 조건이 충족되어야 한다. ④ 형은 독일법상 집행가능해야 한다. ⑤ 수형자의 형사책임과 관련하여 어떠한 결정도 독일의 권한

378) 독일 의회는 1991. 9. 26. 동 협약에 대한 승인 및 집행법을 제정하였다. 이 법은 수형자이송협약의 내용을 변경하고 있지는 않으나 억류명령(detention order)을 규제하고 있다(유복근, FN(333), 119-120면; 천진호, FN(323), 120면; Gesetz zu dem Übereinkommen vom 21 März 1983 Über die Überstellung verurteilter Personen, BGBI. Ⅱ, 1991, S.1006).

379) 천진호, FN(323), 120면.

380) 국제형사법률지원법 제71조 제2항.

381) 유복근, FN(333), 119-120면.

382) 국제형사법률지원법 제48조 제2항.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

있는 당국에 의해 내려져 있지 않아야 한다.[383]

수형자는 또한 그의 거주지국이나 국적국으로 이송될 수 있다. 그러나 수형자가 이송될 경우 인종·종교·국적·정치적 신념 등을 이유로 박해를 받을 이유가 있다고 우려할 사유가 있는 경우에는 이송이 허용되지 않으며, 외국에 의해 특정성의 원칙이 보장되어야 한다. 그리고 독일의 수형자이송은 수형자 본인이 통보를 받고 동의한 경우에만 행하여진다. 수형자 본인의 동의에 대한 확인절차는 보장되지만 동의는 철회할 수 없으며, 독일법이 외국 법원에서 선고한 형에 상응하는 처벌에 대해 규정하지 않는 경우에는 집행이 허용되지 않는다. 또한 권한있는 행정당국의 재량권이 광범위하여 헌법상 평등보호와 재외국민보호의무와 충돌할 수 있는 우려가 있다.[384]

Ⅳ. 프랑스

프랑스는 1983년 수형자이송협약에 서명한 이후 1984년 「해외수형자의 프랑스 이송에 관한 법률 제84-1150호(Law No. 84-1150 on the Transfer of Persons Sentenced and Detained Aboard to France)」를 제정하였다. 그러나 동법은 프랑스로부터 외국으로의 수형자이송에 대해서는 규정하지 않았는데, 이후 형사소송법에 '형사판결의 집행'편을 추가하여 수형자이송에 관한 조항을 명문화하였다.[385]

프랑스 형사소송법 제713-1조는 외국에서 형을 선고받은 자라고 하더라도 프랑스와 수형자이송에 관한 조약이 체결되어 있는 경우 국내로 이송될 수 있도록 규정하고 있다. 동법은 수형자이송의 전제조건으로서 시민권이나 거주지를 요구하지 않고 있어 외국 국적의 수형자라도 프랑스로 이송될 경우 그의 갱생을 기할 수 있다면 프랑스로 이송될 수 있는 것으로 폭넓게 해석되고 있다.[386] 또한 형사소송법 제713-3조는 수형자의 본국 이송시 형의 집행과 관련 외국 법원에서 선고

383) 국제형사법률지원법 제49조.

384) 유복근, FN(333), 120-121면; 천진호, FN(323), 121면; Michal Plachta, FN(352), p.263; D. Öhler, Das neue Recht der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 96 ZStW 1984, S.576.

385) 천진호, FN(323), 122면; 유복근, FN(333), 122면.

386) 천진호, FN(323), 122면; 유복근, FN(333), 122면; Michal Plachta, FN(352), p.265.

한 형이 “프랑스에서 직접적으로 즉각 집행가능하다”고 규정하여 계속집행주의를 채택하고 있다. 다만, 외국에서 선고된 형이 프랑스 형법에 규정된 상응한 범죄에 대한 처벌보다 상당히 무거운 경우, 외국의 선고형을 조정할 수 있도록 하고 있다. 그리고 제713-8조에서 다자간 협약이나 조약이 존재하는 경우 일사부재리의 원칙이 적용되는데, 이 경우 이송의 근거가 되는 형은 구금형이어야 한다.

Ⅴ. 日本

일본은 수형자이송협약의 원서명국은 아니지만 동협약 제19조 제1항에 의하여 아시아 국가로는 유럽평의회로부터 처음으로 2001. 2. 7. 협약 가입초청을 받았고, 동년 7. 23. 협약 가입안이 국회에서 승인됨에 따라 협약 당사국이 되었다.[387] 일본의 가입배경은 동협약에 따른 상당한 정도의 수형자 상호이송이 실시되고 있었고, 유럽평의회 회원국 외의 국가들도 가입이 허용되었다. 또한 일본 내에서 외국인 범죄의 급증으로 인하여 그 해결책을 모색하던 일본 정부로서도 수형자이송조약에 가입의 필요성이 있었다.[388] 일본은 협약가입으로 유럽평의회 회원국들 및 수형자이송협약 당사국인 유럽평의회 비회원국들과 수형자의 상호이송을 실시하게 되어 국제형사법 분야에서 협력을 더욱 강화하고,[389] 해외에서 수형중인 자국민을 국내로 이송하여 잔형을 집행함은 물론 국내에서 수형중인 외국수형자를 본국으로 이송하여 갱생 및 원활한 사회복귀라는 형사정책적 목적을 달성할 수 있게 되었다.[390]

일본은 형사사법의 국제화와 행형상의 필요 등으로 조약체결의 당위성을 강조하고 있지만 특정국가와 양자조약을 맺은 사례는 없다. 다만 유럽평의회의 수형자이송협약이 2003. 6. 1.부터 발효됨에 따라 그 협약의 국내적 실시를 위하여

387) 안권섭, FN(333), 185면.

388) 일본에서의 외국인수형자 현황(1992년-2002년)에 대한 자세한 내용은 안권섭, FN(333), 186-190면 참조.

389) 일본은 수형자이송조약에 의해 유럽을 중심으로 한 55개국 간에는 상호 수형자를 본국에 이송하는 것이 가능해졌고, 지금까지 영국, 미국, 스웨덴 등 4개국에 7명을 이송하였으나, 중국 등 아시아 국가의 대부분은 본 조약에 가입하지 않았기 때문에 이송할 수 없어 외국인 수형자의 감소로 이어 지지 못하고 있다고 한다(천진호, FN(323), 124면).

390) 안권섭, FN(333), 186면; 천진호, FN(323), 124면; 유복근, FN(333), 123면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2002. 6. 4. 의회에서 이행법률인 「국제수형자이송법」을 제정하여 수형자이송을 위한 국내적 준비를 완료하였다.[391] 이와 같이 일본은 협약에 가입 후, 조약과 상충되지 않도록 국내법을 제정하였기 때문에 양자가 충돌하는 경우는 크지 않다.[392]

일본의 국제수형자이송법상 수형자이송의 법적 성격은 외국 법원의 형사판결을 대리집행하는 것으로 보지 않고, 재판의 집행공조로 파악하고 있다. 즉, 선고국의 형사판결로 인한 형사집행권을 일본이 위양받는다든지, 형사집행권을 외국에 위양하는 것으로 보지 않는다.[393] 그리고 동법은 수형자이송을 수입이송과 송출이송으로 구별하고 있다.[394] 수입이송이란 외국에서 재판의 집행으로 구금되어 있는 일본 국민 등을 본국의 형무소에 수용하기 위한 이송을 말하고, 송출이송이란 본국의 형무소에서 복역하고 있는 외국인 수형자를 그 모국의 형무소에 수용하기 위한 국외이송을 말한다.[395] 수형자 이송의 대상이 되는 자는 자유형의 집행을 받고 현재 구금되어 있는 수형자를 말하며, 이중에서 사형 확정자는 제외된다.[396]

수입이송과 송출이송 모두의 경우에 있어서 판결이 확정될 것, 수형자가 이송에 동의할 것, 수형원인이 된 범죄가 재판국과 선고국 모두에 처벌가능할 것(쌍방가벌성) 등을 동일한 요건으로 하고 있다.[397] 일본의 수입이송제한 사유로써 특이하게 수입수형자가 14세에 이르지 아니한 경우를 규정하고 있다는 것이다. 쌍방가벌성의 의미를 구체적 쌍벌성이 아닌 추상적 쌍벌성으로 족하는 것으로 해석하고 있음에도 불구하고 책임능력이 없는 14세 미만의 자를 수입이송의 대상에서 제외하고 있는 것은 일본의 법제상 14세 미만의 자를 형무소에 구치하는 일은 있을 수 없고 공권력의 존재방법으로서도 적당하지 않다는 이유 때문이다.[398]

---

391) 일본의 「국제수형자이송법」에 대한 상세는 안권섭, FN(333), 191-226면; 法務省, “國際受刑者移送法案想定問答”, 法務省 矯政局, 2002. 5. 29; 田中秀樹, “國際受刑者移送法解說”, 「刑政」제113권 9-11호, 2002, 9-11면; 大橋哲, “國際受刑者移送法의 內容에 관하여”, 「搜査硏究」제611호, 2002. 8 참조.

392) 안권섭, FN(333), 226-227면.

393) 안권섭, FN(314), 192면; 유복근, FN(333), 124면.

394) 일본 국제수형자이송법 제2조.

395) 일본 국제수형자이송법 제2조 제6호.

396) 일본 국제수형자이송법 제2조 제9호, 제10호.

397) 일본 국제수형자이송법 제5조, 제28조.

398) 천진호, FN(323), 126면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

일본의 수입이송의 경우에는 법무대신에 의한 상당성 판단 외에 사법부에 의한 심사를 추가적으로 규정하고 있다. 즉, 법무대신은 이상의 예외사유에 해당되지 않고 이송요건을 충족하고 있을 뿐만 아니라 이송요청에 응하는 것이 상당하다고 인정하는 때는 동경지방검찰청 검사정(검사장)으로 하여금 이송 해당 여부에 대해 동경지방재판소에 심사를 청구하도록 명하여야 한다.[399] 접수를 받은 동경지방재판소는 신속히 심사를 개시하여 심사청구가 부적법할 때에는 각하하고, 수입이송을 할 수 없거나 가능한 경우에는 각각 그 취지의 결정을 해야 된다.[400] 이와 같이 수입이송은 이송과정에서 독립적인 사법부의 심사를 받도록 하는 이유는 일본의 공권력을 행사해서 수입수형자의 인신의 자유를 박탈하는 것이기 때문에 신중을 기해 행정청만의 판단으로 그것을 행하는 것으로 하지 않고, 중립적이며 공정한 입장에 있는 법원에 의한 심사를 받기 위해서이다.[401] 송출이송은 수입이송과는 달리 재판소를 경유할 필요도 없이 법무대신이 이송 가부를 최종적으로 결정한다.

송출이송(국외이송)은 제한되는 공통된 요건을 제외하고 ① 징역 또는 금고의 확정재판에서 벌금·몰수 또는 추징이 병과된 경우에 그 집행이 종료되거나 집행하지 않기로 확정될 것, ② 송출이송관련 사건에 대해 상소권회복, 재심청구, 비상상고 등의 각 절차가 법원에 계속 중일 경우, ③ 사면의 출원 또는 상신이 있거나 송출이송범죄에 관한 확정재판에서 선고된 징역 또는 금고에 대해 감형 또는 형집행 면제의 출원이나 상신이 되어 그 절차가 종료되지 않을 때를 제한사유로서 하고 있다.

공조형의 기간에 대해 일본은 외국형이 무기인 경우에는 무기로, 종신형인 경우에는 무기로, 유기형인 경우 최고형기(20년)를 넘은 경우에는 그 최고형기를 공조형으로 한다고 규정하고 있다. 다만, 수입수형자가 20세 미만인 때에는 15년을 상한으로 해서 공조형으로 정하고 있다.[402]

---

399) 일본 국제수형자이송법 제7조 제1항.
400) 일본 국제수형자이송법 제10조, 제13조.
401) 천진호, FN(323), 127면; 유복근, FN(333), 128면.
402) 천진호, FN(323), 127면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제3절 Europe 受刑者移送協約

Ⅰ. 受刑者移送協約의 締結過程 및 背景

1. 締結過程

「Europe 수형자이송협약」은 오늘날 국제사회에서 수형자 이송에 관한 가장 보편적인 다자조약으로 승인받고 있는 것으로 유럽국가를 중심으로 가입한 최고 권위의 최대 규모의 국제수형자이송에 관한 다자간 국제협약이다.

유럽의 초국경화 및 외국인 수형자의 인권 및 갱생문제가 1970년대부터 제기되고, 그에 따른 행형비용 증가문제가 대두되면서 유럽평의회 범죄문제위원회 주도로 다자간 국제협약안인 전문 및 본문 25개조로 구성된 수형자이송협약이 만들어지게 되었다. 협약 초안 작성작업은 1979. 10.부터 시작되어 5번의 회의를 거치는 동안 마무리되었고, 1982. 5. 제31차 유럽범죄문제위원회 전체회의에서 마무리되어 각료위원회로 이송된 후 1982. 9. 유럽평의회 각료위원회 제350회 총회에서 동 협약안을 승인하였고, 1982. 12. 제354차 회의에서 각료위원회는 동 협약을 1983. 3. 21. 서명을 위해 개방키로 결정하였다.[403]

수형자이송협약은 1983. 3. 21. 프랑스의 Strasbourg에서 서명개방(Opening for Signature)되어, 1985. 7. 1. 발효(Entry into Force)되었다. 2006. 10. 현재 영국, 프랑스, 동구권 국가를 포함한 유럽평의회 회원국 46개국 중 Monaco를 제외한 45개국과 미국, 캐나다, 호주, 일본, 한국 등 유럽평의회 비회원국 18개국 중 Mexico를 제외한 17개국 등 총 62개국이 가입되어 있다.[404] 우리나라는 동협약에 60번째로 가입했다. 유럽수형자이송협약은 유럽국가뿐만 아니라 비유럽지역에 있는 민주주의 국가도 협약의 기초작업을 하였다는 사실 등에 의하여 “유럽”이라는 지역적 수식어를 삭제하고, 단순히 수형자이송협약이라고 명칭을 부르고 있다.

그리고 수형자이송협약의 적용을 용이하게 하고 사회복귀와 정의의 목표를 진

403) 이훈규・신의기, FN(156), 139면; 유복근, FN(333), 80-81면; Michal Plachta, FN(352), p.162.
404) Russia는 서명만 한 상태이며, 가입・비준을 완료한 국가는 61개국이다. 유럽수형자이송협약의 가입현황에 대해서는 천진호, FN(323), 129면 이하 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

전시키며, 동협약을 적용할 수 없는 예상치 못한 문제점[405]을 해결하기 위하여 유럽평의회 「수형자이송협약 추가의정서(Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons)」를 채택하여 1997. 12. 18. 프랑스의 Strasbourg에서 서명개방되어 2000. 6. 1. 발효되었다. 2006. 8. 현재 수형자이송협약에 가입한 유럽평의회 회원국 45개국 중 33개국과 비회원국인 Montenegro 등 34개국이 가입되어 있다.

2. 締結背景

(1) 外國人受刑者의 增加

1980년대 유럽각국에서 외국인 수형자의 수가 크게 증가하면서 수형자의 이송협약의 필요성이 증대하였다. 외국인수형자를 국내에서 복역시키는 경우 언어와 생활습관의 차이 및 종교의 차이 등에서 오는 여러 가지 어려움을 겪게 될 뿐만 아니라 수형자의 인도적인 차원에서 가족과의 접견, 갱생 및 출소 후 사회복귀에도 많은 어려움이 있다. 그리고 재판국의 입장에서는 일반 수형자와는 달리 외국인 수형자에 대한 더 큰 재정적 부담을 지게 된다. 따라서 외국인수형자를 국적국 또는 거주국에서 복역시키는 것이 바람직하다는 주장에 의해서 국제협력의 일환으로 수형자이송협약이 체결되었다.[406]

(2) 外國刑事判決의 執行

외국형사판결의 집행은 외국에서 확정된 형사판결의 효력을 국내에서 승계하여

---

405) 유복근, FN(333), 85-86면 참조.

406) 이훈규・신의기, FN(156), 139-140면; 천진호, FN(323), 137면; 유복근, FN(333), 79-80면; Lech Gardocki, “Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners as New Forms of International Co-operation” in : Albin Eser and Otto Lagodny (eds.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Society for the Reform of Criminal Law and Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 1992, p.322.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

그 판결을 국내에서 집행하는 것을 말한다. 그런데 유럽평의회 회원국 사이에서 '유럽법공동체'라는 관념이 형성되면서 종래의 근대적인 '형법에서의 국가성의 원칙'이 붕괴되었다는 것이다.[407] 유럽은 문화적·정치적·경제적인 면과 법제도적인 면에서 공통적인 부분은 존재하지만, 형사판결의 국제적 효력을 전면적으로 인정하는 데에는 많은 어려움이 있다. 따라서 외국인 수형자의 증가로 인하여 나타난 현안문제들을 시급히 해결을 해야 할 필요성이 있었다. 이러한 사정으로 외국형사판결의 효력을 인정하는 제도 가운데 자유박탈제재에 대하여 집행주의를 채택하는 조약이 체결된 것이다. 이 협약은 수형자의 사회복귀를 돕기 위하여 모국에서 복역시킬 기회를 주어야 할 것이라는 생각에 기초한 것이다.

(3) 移送節次의 便利

외국인 수형자를 본국으로 이송하기 위한 신속하고 간이한 절차의 필요성 때문이다. 물론 기존에 유럽 국가간에 체결된 협약들이 존재하지만, 내부적 결함으로 인하여 제기능을 다하지 못하여 이를 보완할 필요성이 있었다. 특히 '형사판결의 국제적 효력에 관한 유럽협약'은 일부의 회원국들만 비준을 하고, 외국 판결의 집행을 위한 수형자의 이송은 외국인 수형자의 신속한 이송을 보장할 수 있도록 적용되기에는 부적절하였다. 따라서 이러한 문제점을 해결하고 기존 협약에서 발생하는 행정적인 절차의 복잡성을 제거하고, 단순하고 신속한 수형자 이송에 관한 다자협약을 만들 필요가 있었다.[408]

Ⅱ. 受刑者移送協約의 內容

1. 基本原則

외국에서 자유형의 확정판결을 받은 재외수형자가 본국으로 이송되어 그 형을 복역할 수 있도록 당사국 간에 상호 협력할 의무를 규정하고 있다.[409] 그리고 이

407) 천진호, FN(323), 138면.
408) 유복근, FN(333), 79면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

송대상은 사형수를 제외한 선고국에서 자유형을 선고받은 모든 수형자이다. 사형수를 집행국으로 이송하여 집행하는 것은 비인도적이라는 점 등이 고려된 것이라 할 수 있다. 다만 이송결정의 재량과 관련하여 협약에 가입한 각 당사국은 수형자의 이송에 관하여 최대한 협력조치를 제공할 의무만을 규정하고 있을 뿐, 수형자의 이송이 집행국의 권리나 수형자 본인의 권리로 설정되어 있지는 않고 있다.[410] 이에 따라 집행국이 특정 수형자의 이송을 요청한 경우에도 선고국이 이 요청에 기속되지 않기 때문에 집행국의 입장에서는 수형자 이송을 위한 구체적인 계획을 수립하기 어렵고, 수형자이송제도의 본래 취지를 퇴색시킬 우려도 있다.

2. 移送의 條件

수형자의 이송은 수형자가 집행국의 국민일 것, 수형자가 선고국에서 범죄와 관련된 집행력 있는 확정판결일 것, 최소 6개월의 잔여형기가 남았을 것, 이송대상 수형자가 선고국과 집행국에서 모두 처벌 가능한 범죄일 것, 선고국과 집행국이 합의하고 수형자가 이에 동의하는 경우에 실시하도록 규정하고 있다.[411]

이송된 수형자의 판결을 집행하는 절차와 관련하여 원칙적으로 선고국의 결정에 기속되는 '계속집행'과 국내에서 별도의 사법적 절차 등을 통해 집행국의 결정으로 전환하는 '형의 전환'이라는 두 가지 절차를 모두 규정하면서,[412] 어느 한 절차의 적용을 배제한다는 의사를 표시할 수 있도록 하고 있다.[413]

그리고 제3조 제1항은 이송대상을 수형자가 집행국의 국민일 것으로 한정하고 있는데, 이는 국적국이 수형자 본인과 직접적인 연계를 가지고 있어 수형자의 교화와 사회복귀에 가장 유리한 환경을 제공할 수 있다는 점에 따른 것이다. 그러나 수형자 본인이 국적국을 떠나 제3국에서 영주권을 가지고 장기간 거주한 경우 국적국보다는 거주지국의 연계가 더 강한 경우라고 할 수 있지만, 이러한 국적지주의에 의하여 거주지국으로의 이송은 불가능하게 되는 문제가 있을 수 있다.

---

409) 유럽수형자이송협약 제1조 및 제2조.
410) 유럽수형자이송협약 제2조 및 제3조.
411) 유럽수형자이송협약 제3조 참조.
412) 유럽수형자이송협약 제9조, 제10조, 제11조.
413) 유럽수형자이송협약 제3조 제3항. 이에 따라 한국은 형의 전환 절차의 적용을 배제하였다.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

3. 정보제공의무(통지)

수형자이송협약 제4조는 이송의 절차와 관련하여 수형자, 집행국 및 재판국에 제공(통지)해야 할 각종의 정보들에 대하여 규정하고 있다. 즉, 선고국이 협약의 내용에 관해 수형자에게 제공할 정보에 관한 것이고, 수형자가 자신의 이송에 관한 의사를 표시하고 난 후 두 국가간의 정보에 관한 사항, 가능한 이송과 관련하여 취해진 조치와 결정에 관해 수형자에게 주어진 정보에 관한 것이다.

정보제공의무(Obligation to furnish information)는 재판국이 본 협약의 내용에 대하여 수형자에게 하여야 할 설명, 본인이 이송에 대한 희망을 표명한 후 당사국 간에 행할 통지, 이송에 관계되는 절차 또는 결정에 대하여 수형자에게 행할 통지 등이다.

재판국은 본 협약에 의해 이송대상이 되는 수형자에게 본 협약의 내용을 설명하여야 하고,[414] 이는 수형자가 이송의 희망을 표명할 것인가 여부를 결정하기 위한 것으로 설명은 수형자가 이해할 수 있는 언어로 하여야 한다. 수형자가 이송의 희망을 재판국에서 표시한 때에는 재판국은 판결이 확정된 후 가능한 한 빨리 수형자의 성명 기타 소정의 사항을 포함하여 집행국에 통보하여야 한다.[415] 집행국에 대한 통보를 의무화하고 있는 것은 집행국인 수형자의 국적국이 이송 청구의 주도권을 가지는 것이 통상적이기 때문이다.[416]

4. 移送請求의 方式

이송의 요청 및 회답(Requests and replies)은 서면에 의하여 청구국의 법무부로부터 피청구국의 법무부에 하여야 한다.[417] 다만 당사국은 유럽평의회 사무총장에게 제출되는 선언을 통하여 다른 전달경로를 이용할 것이라는 의사를 표시할 수 있다.[418] 이와 같이 법무부 상호간의 직접 경로를 원칙으로 하고 있는 것은 절

414) 유럽수형자이송협약 제4조 제1항.
415) 유럽수형자이송협약 제4조 제2항
416) 이훈규・신의기, FN(156), 144면.
417) 유럽수형자이송협약 제5조 제1항, 제2항.
418) 유럽수형자이송협약 제5조 제3항.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

차의 신속화 외에 범죄인인도나 형사사법공조와 같은 다른 종류의 국제형사사법 협력에 있어서도 법무부 상호간의 직접 경로가 자주 채택되고 있고, 국가간의 공식채널을 통해 수형자 이송업무를 처리하는 것이 타당하기 때문이다.[419] 그리고 이송청구를 반드시 서면에 의하도록 하는 것은 수형자의 법적 신분 및 형사상 이익에 미치는 영향이 크므로 이송 실시 전에 수형자 본인의 신원을 확인하고, 수형자 본인의 신중한 판단을 유도하며, 향후 이송에 따른 불필요한 분쟁을 방지하기 위함이다.[420]

5. 受刑者의 同意의 確認 및 撤回

수형자이송협약은 범죄자의 처벌보다는 사회복귀 및 갱생에 중점을 둔 인도주의적인 목표실현을 위한 협약이기 때문에 수형자의 이송과정에서 본인의 동의를 중요한 요건으로 설정하고 있다. 즉, “선고국은 제3조 제1항 제d호에 의하여 이송에 동의하도록 요구되는 자가 자발적으로 그리고 동의의 법적 결과에 대하여 충분히 알고 동의하도록 보장한다. 그러한 동의의 절차는 선고국의 법에 의하여 규율된다”[421]고 규정하고 있고, 또한 “선고국은 집행국이 영사나 집행국과 합의된 그 밖의 공무원을 통하여 동의가 제1항에서 정하는 조건들에 따라 이루어졌음을 확인할 기회를 제공하여야 한다”[422]라고 하여 각각 동의와 그 확인(Consent and its verification)에 대해 규정하고 있다. 즉 수형자가 자유의사로 또 이송으로부터 생기는 법적 효과를 충분히 인식한 바탕 위에 동의하도록 처리하여야 할 의무를, 그리고 이 동의가 소정의 요건을 구비하고 있는가의 여부를 확인할 가능성을 집행국에 부여해야 할 의무를 재판국에 과하고 있다.

선고국에 대한 이송의 결과로 수형자가 동일한 행위나 부작위에 대해 한번 이상 복역하는 것을 방지하기 위해 집행국의 당국에 의한 수형자 신병의 인수는 선고국에서의 형의 집행을 정지시키는 효과가 있다. 신병의 인수는 신병을 인수받

419) M. Cherif Bassiouni, “Transfer of Prisoners, The European Convention”, in : International Criminal Law, Vol. Ⅱ, 1986, p.255.
420) 유복근, FN(333), 156-157면.
421) 유럽수형자이송협약 제7조 제1항.
422) 유럽수형자이송협약 제7조 제2항.

는 시점을 기준으로 한다. 그리고 집행국이 형의 집행이 완료되었다고 간주하는 경우에 선고국은 더 이상 그 형을 집행하지 못한다.[423]

6. 執行의 方法 및 承繼

(1) 수형자이송협약 제9조는 집행국에 대한 이송의 효과(Effects of transfer for administering State)로써 집행을 규율하는 일반원칙에 대해 언급하면서 그 상세한 절차는 제10조 및 제11조에서 규율하고 있다. 즉, 집행절차에 관하여 제10조에서 정하는 조건에 따라 즉시 또는 법원의 명령이나 행정적 명령을 통하여 형의 집행을 계속하는 '계속집행의 절차'(continued enforcement procedure)와 제11조에서 정하는 조건에 따라 사법적 또는 행정적 절차를 통하여 형을 집행국의 결정으로 전환하며, 이로써 선고국에서 부과된 형사제재는 동일한 범죄에 대하여 집행국의 법에 규정된 형사제재로 대체되는 '형의 전환 절차'(conversion of sentence procedure) 중 어느 하나의 절차를 선택할 수 있다.[424] 그러나 동협약 제3조 제3항에 의하여 체약당사국은 일반적인 방법으로 두 개의 절차 중 하나의 적용을 배제할 수 있는 가능성을 가지고 있다.

(2) "계속집행의 경우 집행국은 선고국에 의하여 결정된 형의 법적 성질 및 기간에 기속된다".[425] 법적 성격은 선고국의 법이 형사적 부역·투옥 또는 억류 등과 같이 자유의 박탈을 포함하는 다양한 처벌에 대해 규정하는 경우 부과된 형벌의 종류를 말한다. 그리고 기간은 제재국에서 이송 또는 복역한 제재의 기간 및 재판국에서 승인된 형기의 단축을 고려하여 집행국에서 복역하여야 할 기간이 재판국에서 선고된 제재의 기간에 상응하는 것을 의미한다.[426] "그러나 그 형이 성질이나 기간에 있어서 집행국의 법과 양립할 수 없거나 또는 집행국의 법에 의하여 그렇게 요구되는 경우에 집행국은 법원의 명령이나 행정적 명령을 통하여 형사제재를 유사한 범죄에 관하여 자국의 법에 규정된 처벌이나 조치로 적절히 변경할 수 있다. 그러한 처벌이나 조치는 성격에 있어서 집행될 형에 의하여 부과

423) 유럽수형자이송협약 제8조.
424) 유럽수형자이송협약 제9조.
425) 유럽수형자이송협약 제10조 제1항.
426) 이훈규·신의기, FN(333), 145-146면; M. Cherif Bassiouni, FN(419), p.257.

된 처벌이나 조치에 가능한 한 최대한 일치하여야 한다. 그러한 처벌이나 조치는 그 성질이나 기간에 있어서 선고국에서 부과된 형사제재보다 더 중하여서는 아니되며, 집행국의 법에 규정된 최고형을 초과하여서도 아니된다."[427] 2개의 국가가 형의 분리나 형의 최소 및 최대기간과 관련하여 서로 다른 형사제도를 가지고 있다면, 집행국이 그 처벌을 자국의 법에 따라 유사한 범죄에 대해 규정된 처벌이나 조치에 맞게 처벌을 변경하는 것이 필요하기 때문에 인정한 것이다.

(3) 형벌의 분류나 유사한 범죄에 대해 적용가능한 구금형의 기간과 관련해서 집행국의 형사제도가 선고국과 다른 경우 협약의 순조롭고 효율적인 기능을 위해서는 형의 전환이 필요하다. 형의 전환의 경우에는 집행국의 법에 규정된 절차가 적용된다. 형의 전환시에는 다음의 네가지 조건을 준수하여야 한다.[428]

첫째, 선고국에서 내려진 판결에서 명시적·묵시적으로 나타난 사실인정에 기속된다(제11조 제1항 제a호). 여기에서 사실인정(finding as to the facts)은 행위와 그 결과에 관계되는 객관적 요소의 인정과 함께 행위자의 예비음모, 의도 등의 주관적 요소의 인정이 포함된다. 그러나 당국은 기초사실을 달리 평가할 재량을 가지지 못한다. 이는 다른 성질 또는 기간의 제재를 기초로 한 치환은 재판국의 판결의 수정을 포함하고 있지 않기 때문이다. 이 조건은 집행국에서 집행력있는 제재의 선고를 받는 데만 필요하다.[429]

둘째, 자유형을 재산형으로 전환할 수 없다. 이는 자유의 박탈을 포함하는 처벌이나 조치를 의미하기 때문에 수형자의 이송에 대해서만 적용된다는 사실을 반영하고 있다. 그러나 이는 재산형 외에 비구금형의 제재(non-custodial sanction)로 전환을 금지하는 것은 아니다.

셋째, 수형자가 복역한 자유박탈의 전기간을 감한다. 즉, 수형자가 이미 치룬 자유의 박탈기간은 집행국에서 전환된 형으로부터 공제되어야만 한다. 기소나 통과 중 이루어진 억류 이전의 구금기간 동안 수행된 어떤 임시적인 억류 뿐만 아니라 선고국에서 이미 치룬 형의 모든 부분에 대해서도 적용된다.

넷째, 수형자의 형사상의 지위를 악화시키지 아니하며, 집행국의 법이 그 범죄

427) 유럽수형자이송협약 제10조 제2항.
428) 유럽수형자이송협약 제11조 제1항.
429) 천진호, FN(323), 147면; 이훈규·신의기, FN(156), 146면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

행위에 대하여 규정하는 최소형에 기속되지 아니한다. 전단은 제재불가중의 원칙을 규정한 것이며, 후단은 예컨대 강도죄를 이유로 1년의 징역형으로 전환하는 것이 가능한 가를 규정한 것이다.[430]

제4절 우리나라의 國際受刑者移送法

Ⅰ. 制定經過

최근 들어 중국인이나 베트남 등의 외국인에 의한 강력범죄 등이 증가하는 가운데 외국인에 대하여도 실형을 선고하는 경우가 증가하였고, 한국인이 중국 내에서 사형선고를 받고 사망하는 사건이 발생하게 되었다. 이러한 현실적 상황과 국제교류의 증대에 따른 내국인의 국외진출의 증가, 그리고 외국인의 출입국 및 외국인력의 국내유입의 증가에 따른 형사사법적 문제를 해결하기 위한 국제공조의 필요, 그리고 형사판결의 집행 단계에서의 국적의 처리로 인한 고통을 받고 있는 수형자에 대한 인도적 차원의 배려를 위해서 제정되는 것이라는 점에서는 「국제수형자이송법」의 제정의 필요성이 제기되었다.

「국제수형자이송법」 외국에서 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 후 수용 중인 대한민국 국민을 외국으로부터 인도받아 당해 자유형을 집행하는 국내이송과, 대한민국에서 형집행 중인 외국인의 국외이송의 요건과 절차 등을 규정함으로써 이들의 원활한 갱생 및 조속한 사회복귀를 도모하기 위해 2003. 9. 16. 본문 34개조의 정부안으로 제출되었다.[431] 동 법안은 '수형자이송협약', '미주기구의 수형자이송협약' 등 국제적인 조약체결 추세에 부응하고, 향후 수형자이송협약에 가입을 대비하기 위한 국내법적 이행입법으로서 취하여진 것이다. 동법안은 2003. 12. 31. 제정·공포되어 시행되고 있지만, 우리나라도 일본과 달리 법시행당시에 다자간 조약인 유럽수형자이송협약이나 양자간 조약 등 수형자이송과 관련한 어떠한 조

430) 천진호, FN(323), 147-148면.
431) 정부제출원안은 대한민국국회의안 정보시스템http://search.assembly.go.kr/bill/doc_10/16/hwp/162650_10.HWP 참조.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

약도 체결하고 있지 않은 상태이었기 때문에 사실상 법률로서의 효력이 발생하지 않고 있었다. 이후 우리나라가 수형자이송협약에 가입하고, 그 발효일인 2005. 11. 1에 이르러서야 비로소 국제수형자이송법도 실질적으로 발효되었다.[432]

우리나라의 국제수형자이송법의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

Ⅱ. 立法目的

국제수형자이송법은 외국에서 형집행중인 대한민국 국민의 국내이송과 대한민국에서 형집행중인 외국인의 국외이송에 관한 요건과 절차 등을 규정함으로써 이들의 원활한 갱생 및 조속한 사회복귀를 도모함을 목적으로 한다(동법 제1조). 동법의 제정목적도 세계 다른 나라의 입법의 목적과 마찬가지로 외국에서 재판을 받고 복역하는 수형자에게는 언어·습관·생활양식·종교 등의 차이 및 가족과의 접촉 결여 등 수형생활의 어려움에 따른 대한민국 국민을 국내로 송환하여 잔형을 집행함으로써 재외국민의 인권보장을 내실화하고, 외국인 수형자를 본국으로 이송하여 이들의 사회복귀를 촉진하고 교정행정에 있어서의 효율성을 도모함을 목적으로 제정된 것이다.

Ⅲ. 條約前置主義

국제수형자이송법 제3조는 동법과 조약과의 관계를 고려하여, “국제수형자이송은 대한민국과 외국간에 조약이 체결되어 있는 경우에 한하여 이 법과 그 조약이 정하는 바에 따라 실시한다. 이 경우 조약에 이 법과 다른 규정이 있는 때에는 그 조약의 규정에 의한다”라고 하여 조약전치주의를 규정하고 있다. 즉 선고국과 집행국간의 보증만으로 수형자를 이송할 수 있는 가능성을 배제하여 형사사법제도의 공통성 확보, 이송 요건·효과 및 절차의 명확화, 상호주의의 보장을 확보하기 위하여 수형자이송에 관한 다자간 조약이든 양자간 조약이든 조약의 체결이 선행되어야 한다는 것을 전제로 한다.[433]

---

432) 천호진, FN(314), 151-154면 참조.

433) 천호진, FN(314), 156면; 서범정, “국제수형자이송법 해설”, 「법조」 제54권 제12호, 법

CHOSUN UNIVERSITY 1946

수형자이송은 확정된 국가형벌권에 관한 중대한 변경을 초래하는 것이기 때문에 보다 신중할 필요가 있고 수형자 이송 후에도 형의 변경 등에 대한 통지를 주고 받는 등 긴밀한 협조관계를 유지하여야 하므로 사전에 조약·협약 등이 필요하다. 즉 수형자이송은 집행국이 선고국에 의하여 확정된 판결을 집행한다는 점에서 양국간의 형사사법에 일정한 공통성을 요할 뿐 아니라 수형자의 인도 후에도 확정판결의 집행 종료시까지 선고국과 집행국 사이의 법률관계가 계속된다는 점에서, 국내법인 국제수형자이송법의 규정만으로 국가간의 수형자이송이 이루어질수는 없다.

Ⅳ. 國內移送

1. 國內移送의 對象

수형자의 국내이송이란 외국에서 자유형을 선고받아 그 형이 확정되어 형집행중인 대한민국 국민을 외국으로부터 인도받아 그 자유형을 집행하는 것을 말한다(동법 제2조 제2호). 국내이송의 대상이 되는 자는 국적주의 원칙에 따라 대한민국의 국민에 한하며, 대한민국의 국민인지 여부는 국적법에 의하여 판정하면 된다. 우리나라는 가입서 기탁시 선언사항에 이에 대한 별도의 사항을 두지 않았기 때문이다.[434] 이외에도 국제수형자이송법은 국내이송의 일반적 요건으로 사형을 쌍방가벌성과 외국판결의 확정 및 당해 수형자의 동의를 규정하고 있다.

여기서 "자유형"이란 국내이송을 실시하는 때에는 징역 또는 금고에 상당하는 외국 법령상의 형을 말하고, 국외이송을 실시하는 때에는 징역 또는 금고를 말한다(동법 제2조 제1호). 따라서 생명형을 선고받은 사형수를 제외하고 외국에서 자유형이 선고·확정된 자유형에 한정된다. 문제는 사형이 여기에서 제외되는 것은 당연하지만 보안처분이나 보호처분, 특히 소년원송치처분이 이에 해당하는지 해

조협회, 2005. 12, 299면.

434) 이중국적자라라 하더라도 수형자의 사회복귀의 기반이 어느 국가에 있던지, 당해 수형자가 어느 국가로의 이송에 동의하는지 등을 고려하여 이송을 하는 것이 바람직하다(서범정, FN(433), 298면; 천진호, FN(323), 161면).

CHOSUN UNIVERSITY 1946

석상 논란이 일고 있다. 우리 국내법상에는 이러한 제도가 없으므로 외국에서 보안처분을 받은 수형자나 소년원 송치처분을 받은 수형자를 국내로 이송하는 것은 곤란하지만, 소년원송치에 상당하는 처분이 국제형사정책적인 제도로 정착되고 이송이 소년에 대한 보호와 건전한 육성에 유효한 수단이라고 판단되는 경우에는 이송의 대상에 포함할 수 있을 것이다.[435]

2. 國內移送의 要件

국제수형자이송법 제11조는 국내이송의 요건을 규정하고 있다. 해외에 있는 국민이 국내로 이송되기 위해서는 첫째, 외국에서 자유형이 선고·확정된 범죄사실이 대한민국의 법률에 의하여 범죄를 구성할 것. 이 경우 수 개의 범죄사실중 한 개의 범죄사실이 대한민국의 법률에 의하여 범죄를 구성하는 경우를 포함한다. 둘째, 외국에서 선고된 자유형의 판결이 확정될 것, 셋째, 국내이송대상수형자가 국내이송에 동의할 것 등의 요건을 갖추어야 한다(동법 제11조 제1항).

수형자이송에서 범죄의 쌍벌성을 요건으로 하는 이유는 국내이송이 외국판결의 집행공조에 불과한 것이라고 하여도 대한민국의 공권력을 행사하여 신체의 자유를 박탈하는 협력을 행하는 것이므로 쌍벌성이 없는 행위, 즉 대한민국에서 범죄가 되지 아니하는 행위에 대하여 공조를 행하는 것은 공권력 행사의 방식으로는 적합하지 않기 때문이다. 한편 국제수형자이송법은 수형자이송협약과는 달리 이송을 위한 최소한의 잔여형기에 대해서는 규정하지 않고 법무부장관의 필요성 판단에 맡기고 있다.[436]

그리고 이상의 요건을 갖춘 국내이송에 관한 국내이송대상수형자의 동의는 법무부장관이 지정하는 공무원, 법무부장관의 위임을 받은 그 국내이송대상수형자가 수용중인 장소를 관할하는 대한민국재외공관의 장이나 그 공관원 및 이들이 지정하는 자가 서면으로 확인하여야 한다. 국내이송에 관한 국내이송대상수형자의 동의는 확인자에 의해 확인된 후에는 그 철회가 인정되지 아니하며, 확인을 하는 경우에는 반드시 국내이송대상수형자에게 동의의 철회가 인정되지 아니함을

435) 이에 대해서는 천진호, FN(323), 158-160면; 서범정, FN(433), 297면.
436) 유복근, FN(333), 136면; 서범정, FN(433), 305면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

고지하여야 한다(동조 제2항, 제3항).

3. 國內移送節次

법무부장관은 외국으로부터 국내이송의 요청이 있거나 그 밖에 필요하다고 인정하는 때에는 위원회에 관계서류를 송부하고 국내이송에 관한 심사를 요청할 수 있다(제12조 제1항). 국제수형자이송심사위원회는 대한민국의 안전과 질서유지, 공공의 이익, 국내이송대상수형자 또는 국외이송대상수형자의 갱생 및 사회복귀의 용이성 등을 종합적으로 고려하여(제8조 제2항), 국내이송 적격여부를 결정한 후 결정서를 법무부 장관에게 송부한다(제8조, 제9조). 국제수형자이송심사위원회로부터 국내이송에 관한 결정서를 송부받은 법무부장관은 국내이송의 요건이 갖추어져 있고 국내이송의 필요성이 있다고 인정하는 때에 한하여 외국에 국내이송 요청을 수락하여야 한다(제13조 제1항). 또한 법무부 장관이 국내이송대상수형자를 국내이송하고자 하는 때에는 서면으로 상당하다고 인정되는 검사장 등에게 국내이송을 명하여야 한다(동조 제2항). 국내이송명령서에는 국외이송대상수형자의 국적・성명・성별・생년월일 및 주거, 외국의 국명, 죄명, 자유형의 종류 및 형기, 구금되거나 형이 집행된 기간, 인도장소, 발부일자, 그 밖에 필요한 사항 등을 기재하여 검사가 서명・날인하여야 한다(동조 제3항).

법무부장관은 국내이송을 명한 때와 외국으로부터 국내이송요청이 있거나 동의를 확인한 국내이송대상수형자에 대하여 국내이송을 하지 아니하게 된 때에는 그 국내이송대상수형자에게 서면으로 그 뜻을 통지하여야 한다(동조 제4항).

검사장 등은 국내이송명령을 받은 때에는 지체없이 소속 검사로 하여금 국내이송에 필요한 조치를 취하도록 명하여야 하며, 검사는 지체없이 국내이송집행장을 발부하여 외국으로부터 국내이송대상수형자를 인도받고 그자유형의 집행을 지휘하여야 한다(제14조 제1항, 제2항).

4. 刑의 執行方法

국내이송에 의하여 국내이송대상수형자에게 선고된 자유형을 국내에서 집행함

CHOSUN UNIVERSITY 1946

에 있어서 그 외국법원의 판결은 대한민국 법률에 의한 대한민국 법원의 판결과 동일한 효력이 있는 것으로 본다(제15조).

국내이송된 수형자에 대하여는 집행할 자유형의 형기는 외국에서 선고하여 확정된 자유형의 종류와 형기대로 집행하되 다만, 자유형이 유기인 때에는 25년을 초과하여 집행하지 못하며, 외국에서 선고하여 확정된 자유형이 종신형인 때에는 형기가 무기인 것으로 본다(제16조 제1항). 자유형을 집행하는 때에는 외국에서 구금되거나 형이 집행된 기간과 국내이송에 소요된 기간을 형기에 산입한다(동조 제2항), 그리고 형집행중인 때와 집행 종료 후에는 동일 범죄로 공소를 제기할 수 없으며(제18조), 가석방·사면·감형 등 자유형의 집행에 관하여 필요한 사항은 형법·행형법등 대한민국의 관련 법률이 정하는 바에 의한다(제17조).

법무부장관은 외국으로부터 국내이송수형자에 대한 외국법원의 확정판결이 취소되거나 선고된 자유형을 집행하지 아니하기로 확정되었다는 취지의 통지가 있는 때(외국법원의 확정판결이 수 개인 경우에는 그 전부가 취소되거나 집행할 수 없게 된 때에 한한다)에는 지체없이 서면으로 국내이송명령을 철회하고, 국내이송수형자가 수용되어 있는 교도소·소년교도소·구치소 또는 그 지소의 소재지를 관할하는 검사장등에게 그 국내이송수형자의 석방을 명하여야 한다(제19조 제1항). 또한 외국으로부터 감형 또는 그 밖의 사유에 의하여 국내이송수형자에게 선고된 자유형의 종류 또는 형기를 변경한다는 취지의 통지가 있는 때에는 지체없이 서면으로 국내이송명령을 변경하고, 국내이송수형자가 수용되어 있는 교도소 등의 소재지를 관할하는 검사장등에게 변경된 자유형의 종류 및 기간에 의하여 형을 집행하도록 명하여야 한다(제20조 제1항).

그리고 국내이송시 수형자 본인과 관련하여 지출된 비용은 수형자 본인이 부담하며, 예외적으로 법무부 장관이 수형자의 경제적 사정을 감안하여 감면할 수 있다(제33조).

Ⅴ. 國外移送

국제수형자이송법상 “국외이송”이란 대한민국에서 자유형을 선고받아 그 형이 확정되어 형집행중인 외국인을 외국으로 인도하여 그 자유형을 집행받도록 하는

CHOSUN UNIVERSITY 1946

것을 말한다(제2조 제3호). 그 주요내용은 다음과 같다.

1. 條約事項의 告知

교도소등의 장은 대한민국과 국제수형자이송에 관한 조약·협정 등을 체결한 외국의 국민 및 조약에 의하여 그 외국의 국민으로 간주되는 자가 자유형을 선고받고 그 확정판결의 집행을 위하여 교도소 등에 수용되는 때에는 조약이 정하는 사항을 고지하여야 한다(제22조). 국외이송수형자에게는 이송을 청구할 권리는 없으나, 그 의사를 표시하는 것은 가능하므로, 조약 내용 중 중요한 사항인 수형자 이송제도의 존재, 이송요건, 이송 후의 집행공조의 방법, 그 효과 등을 고지하는 것이다. 고지방법은 교도소등의 장이 당해 수형자의 모국어로 번역된 조약고지서를 외국인에게 교부한 후 그 내용을 설명하고, 교부서 수령확인 서명을 받아 보관하면 될 것이다.[437]

2. 國外移送의 要件

국외이송은 「국제수형자이송법」 제23조 제1항이 규정하고 있는 다음의 네 가지 요건이 갖추어진 때에 한하여 실시할 수 있다. 첫째로 대한민국에서 자유형이 선고·확정된 범죄사실이 외국의 법률에 의하여 범죄를 구성할 것. 이 경우 수 개의 범죄사실중 한 개의 범죄사실이 외국의 법률에 의하여 범죄를 구성하는 경우를 포함한다. 둘째로 대한민국에서 선고한 자유형의 판결이 확정될 것, 셋째로 국외이송대상수형자가 국외이송에 동의할 것 등으로 여기까지의 요건은 국제수형자이송법 제11조 제1항의 국내이송요건과 동일하다. 넷째의 요건은 대한민국에서 자유형이 선고·확정된 재판에서 벌금·과료·몰수 또는 추징이 병과된 때에는 그 집행이 종료되거나 집행을 하지 아니하기로 확정될 것 등이다. 벌금형 등이 병과된 경우 그 집행의 완료 전에 국외이송을 실시하게 되면 그 벌금형 등의 집행이 불가능해질 가능성이 있기 때문에 그 집행 종료 이후에 국외이송을 실시하

437) 천진호, FN(323), 194-195면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

도록 하고 있다. 또한 "집행을 하기 아니하기로 확정될 것"은 그 벌금형 등에 대한 사면 내지 형의 시효완성에 의하여 집행불능이 확정된 것을 의미한다.[438]

국외이송대상자의 동의는 국내이송의 경우와 마찬가지로 법무부장관으로부터 확인을 명령받은 검사장등이 지정한 검사가 서면으로 확인하여야 한다. 이 경우 국외이송대상수형자에게 제3항의 규정에 의하여 동의의 철회가 인정되지 아니함을 고지하여야 한다(제23조 제2항). 이와 같이 국외이송에 관한 국외이송대상수형자의 동의가 확인된 후에는 그 철회가 인정되지 아니한다(동조 제3항). 그리고 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」에 의한 교정시설의 장은 외국의 외교공관 또는 영사관의 장이나 그 관원이나 그 밖에 외국이 지정한 자가 조약에 의하여 국외이송에 동의하는지 여부를 확인하기 위하여 그 교정시설에 수용되어 있는 국외이송대상수형자와의 접견을 요구하는 때에는 같은 법 등 대한민국의 관련 법률이 정하는 범위안에서 이를 허가하여야 한다(제24조).

3. 國外移送節次

법무부장관은 외국으로부터 국외이송의 요청이 있거나 그 밖에 필요하다고 인정하는 때에는 위원회에 관계서류를 송부하고 국외이송에 관한 심사를 요청할 수 있다(제25조 제1항). 즉, 집행국으로부터 이송요청이 있거나 수형자 본인이 국외이송의 희망의사를 표시한 경우와 같이 필요하다고 인정하는 때에는 법무부장관은 국제수형자이송심사위원회에 관계서류를 송부하고 국외이송에 관한 심사를 요청할 수 있는 것이다. 또한 법무부장관은 심사를 요청하고자 하는 국외이송대상수형자가 군사법원에서 자유형을 선고받은 자인 때에는 미리 국방부장관의 동의를 얻어야 하며, 심사요청을 위하여 필요한 때에는 국방부장관에게 이에 관한 협조를 요청할 수 있다(동조 제2항).

그리고 국외이송에 관해서도 국내이송에 관한 제12조 제2항 내지 제4항의 규정은 법무부장관의 심사요청에 준용된다(동조 제3항). 즉, 법무부장관은 필요한 때에는 상당하다고 인정되는 지방검찰청 또는 지청의 장에게 관련 자료의 수집 및 송부를 명할 수 있으며, 법무부장관의 명령을 받은 검사장등은 소속 검사에게 필

438) 서범정, FN(433), 323면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

요한 조치를 취할 것을 명하여야 하고, 검사장등으로부터 명령을 받은 검사는 필요한 때에는 사법경찰관리를 지휘하여 자료를 수집하도록 할 수 있다.

국제수형자이송심사위원회로부터 국외이송에 관한 결정서를 송부받은 법무부장관은 국외이송의 요건이 갖추어져 있고 국외이송의 필요성이 있다고 인정하는 때에 한하여 외국에 국외이송을 요청하거나 외국의 국외이송요청을 수락하여야 하고(제26조 제1항), 이 경우 법무부장관은 서면으로 상당하다고 인정되는 검사장등에게 관계자료를 첨부하여 국외이송을 명하여야 한다(동조 제2항). 그리고 법무부장관은 국외이송명령을 하는 때에는 인수허가장을 발부하여 외교통상부장관에게 송부하고 이를 외국에 송부할 것을 요청하여야 한다(동조 제3항). 또한 국외이송대상수형자에 대하여 국외이송을 하지 아니하게 된 때에는 그 국외이송대상수형자에게 서면으로 그 뜻을 통지하여야 한다(동조 제4항).

4. 國外移送指揮書의 發付

검사장등은 법무부장관의 국외이송명령을 받은 때에는 지체없이 소속 검사로 하여금 국외이송에 필요한 조치를 취하도록 명하여야 하고(제27조 제1항), 검사는 검사장으로부터 국외이송에 필요한 조치를 명령받은 때에는 지체없이 그 국외이송대상수형자가 수용되어 있는 교도소등의 장에게 국외이송지휘서를 발부하고 국외이송을 지휘하여야 한다(동조 제2항). 국외이송지휘서에는 국외이송대상수형자의 국적·성명·성별·생년월일 및 주거, 외국의 국명, 죄명, 자유형의 종류 및 형기, 구금되거나 형이 집행된 기간, 인도장소, 발부일자, 그 밖에 필요한 사항 등을 기재하여 검사가 서명·날인하여야 한다(동조 제3항).

검사로부터 국외이송지휘를 받은 교도소등의 장은 외국의 공무원으로부터 인수허가장의 제시와 함께 국외이송대상수형자의 인도를 요청받은 때에는 국외이송지휘서에 기재된 장소에서 외국의 공무원에게 국외이송대상수형자를 인도하여야 한다(제28조).

외국에 인도된 국외이송대상수형자에 대하여 선고·확정된 자유형은 외국에서 그 형에 상응하는 외국 법령상의 형의 집행이 종료된 때에 그 집행이 종료된 것으로 본다(제29조). 또한 법무부장관은 국외이송수형자에 대한 확정판결이 재심

CHOSUN UNIVERSITY 1946

등 판결확정후 재판절차에서 취소되어 집행할 수 없게 되거나 형의 종류 또는 형기가 변경된 때, 국외이송수형자가 사면된 때에는 지체없이 외국에 그 취지를 통지하여야 한다(제30조).

국제수형자이송법은 범죄인인도법과는 달리 국외이송을 실시하는 구체적인 시기에 대해서는 규정을 두고 있지 않기 때문에 수형자이송에는 그러한 제한이 없다. 따라서 대한민국과 집행국이 협의하여 구체적인 신병인도 시기를 결정하게 된다.[439]

439) 천진호, FN(323), 202면.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제6장 結 論

오늘날의 국제사회는 다이나믹하게 변화하고 있다. 과학기술의 놀라운 발전으로 인한 지구촌이 거의 1일 생활권화 되었다고 해도 과언이 아니며, 글로벌시대의 도래에 따라 외국인의 출입국이 상대적으로 자유롭게 된 것 또한 사실이다. 따라서 오늘날의 범죄는 그 착수와 실행이 수 개국에 걸쳐 이루어지고 있고, 범죄인은 처벌을 피해 본래의 재판관할지를 이탈하여 외국으로 도망하는 사례가 늘고 있다.

이와 같은 상황 하에서 본 연구는 다음과 같은 사실을 발견하였다. 즉, 범죄 진압이 형사집행관할권의 영토적 한계에 봉착하여 제대로 이루어지지 못하는 문제점을 노출하고 있다는 사실이다. 물론 이와 같은 문제점을 해결하기 위하여 국제사회는 이미 고찰한 바와 같이 크게 두 가지 관점에서 노력하고 있음을 살펴보았다. 즉, 그 하나는 국경을 초월해서 행하여지는 다양한 범죄현상에 대하여 복수국에 의한 형법적용이 경합하는 경우가 적지 않아 이를 해결하기 위해 노력하는 것이고, 다른 하나는 도망범죄인 등에 효과적으로 대처하기 위해 국가간의 긴밀한 상호협력체제를 구축하기 위한 노력이다.

특히 국제사회는 '범죄는 진압되어야 한다.'는 인류공통의 이익을 확보하기 위하여 형사집행관할권의 영토외적 한계를 메우기 위한 제도를 정립·발전시켜 왔다. 그와 같은 대표적인 제도로는 추적권의 행사에 의한 형사집행관할권의 역외적용이 있고, 도망범죄인을 본래의 재판관할지국으로 인도하여 처벌케 함으로서 범죄를 진압하고자 하는 범죄인인도제도가 있다. 그리고 외국인의 범죄가 급증하고 있는 현실에 당면한 국제사회가 자국의 경제적 부담을 줄이고 범죄자의 출소 후 사회적응 등을 도모한다는 취지하에 재판은 자국에서 하여 응징을 하더라도 외국인 범죄자의 형의 집행은 국적국 또는 주소지국에서 하는 소위 수형자 이송제도가 있다.

결론적으로 본 연구는 형사집행관할권의 영토외적 한계를 메우기 위한 이와 같은 제도를 고찰한 결과 다음과 같은 문제점의 추출과 대안을 제시하고자 한다.

우선 형사집행관할권의 역외적용제도로써 공해상에서의 추적권제도와 관련된 문제점과 그에 대한 해결 방안을 제시한다. 주지하는 바와 같이 국제법상 공해상

CHOSUN UNIVERSITY 1946

을 항행하는 선박에 대한 관할권은 원칙적으로 선박의 기국에 있다. 그러나 이 원칙을 그대로 고수한다면 공해는 도망범죄인의 도피처가 될 것이고, 그 결과 범죄의 진압이 실행되지 않으므로 인하여 정의의 실현이 불가능하게 된다. 이와 같은 불합리를 해결하기 위하여 국제관습법상 인정되어 왔고, UN해양법협약에 규정된 것이 바로 추적권제도이다. 그러나 이 추적권제도에 의하면 피추적선이 기국의 영해 또는 제3국의 영해에 일단 진입하면 추적선의 추적권이 소멸된다. 이것은 중대한 논리적·정의론적 모순이다. 엄연한 범법 선박이 기국의 영해 또는 제3국의 영해에 진입하였다는 사실만으로 면책이 된다는 것은 논리적 타당성이 없으며 정의론에 정면 배치되는 것이다. 따라서 논자는 이 경우의 추적선이 기국의 주권을 존중을 하는 것은 당연하지만, 당해 피추적선이 공해상을 항행한다면 명백한 증거에 의하여 임검을 하고, 그에 따른 입증에 의하여 처벌을 할 수 있도록 제도가 개선되어야 된다고 본다.

둘째로, 범죄인인도제도는 인류의 정치사적 발전과 그 궤를 같이하고 있다고 본다. 즉, 근세 초기에는 보통범죄인은 인도대상의 범죄가 아니고 오히려 정치범죄인을 인도하는 것이 유럽 諸國들의 관행이었다. 그것은 정치적 안정을 도모하고 반역을 도모하여 군주체제에 위협이 되는 인물을 제거하고자 하는 同病相憐的 공통이익의 산물이었다. 그러나 인권사상의 신장에 의하여 오히려 보통범죄인은 인도를 하고 정치범은 불인도하는 소위 '정치범불인도의 원칙'이 자리를 잡게 되었다. 그러나 정치범죄가 테러범죄, 항공기납치범죄 등을 수반하는 경우에 정치적 목적이 인정된다 하더라도 목적과 관련이 없는 사람의 생명을 위협하는 범죄인은 보호하지 않기로 하는 등 정치범불인도의 원칙은 크게 변화하고 있다. 그 뿐만이 아니라 대륙법계 국가에서 금과옥조로 여겨졌던 자국민불인도의 원칙도 흔들리고 있다. 즉, 실체적 진실을 발견하여 범죄를 진압해야 한다는 당위성은 자국민이라 하더라도 범죄지국가 등 밀접한 이해관계를 가지는 국가에서 재판을 하는 것이 당연하다는 생각이 점차 자리를 잡아가고 있는 추세이다. 어떻든 이와 같은 범죄인인도제도는 형사집행관할권의 영토적 한계를 메우기 위한 핵심적 제도로서 이의 활성화를 통한 '범죄의 진압'이라는 인류의 공통이익이 실현될 수 있을 것으로 기대되지만 문제점 또한 상당부분 제기되고 있다. 즉, 현행 범죄인인도 절차에 의하면 많은 시간과 비용이 필요하게 된다. 이는 범죄인인도의 실효성에 큰 의문을

CHOSUN UNIVERSITY 1946

제기하는 것이다. 그리고 범죄인도인도가 주로 양자조약에 의하여 실현된다는 점에 비추어 국제형사사법공조의 실효성에 큰 의문이 제기될 수 있는 것이다. 이에 대한 해결 방안으로서는 ① 범죄인인도절차의 간소화를 위한 조치 즉, 적은 비용과 시간에 의한 실질적인 인도심사가 가능한 약식인도절차의 도입이 필요하다. ② 그리고 범죄인인도에 관한 양자조약의 체결의 확산에 대한 국제적 공감대 형성이 필요하며 지역적 또는 범세계적인 범죄정보교환기구 등의 창설이 필요하다.

셋째로, 앞에서도 언급한 바와 같이 국제사회의 급속한 변화에 의하여 외국인의 입국과 외국인의 범죄가 급속히 증가하면서 범죄인인도에 있어서 새로운 경향이 나타나고 있다. 외국인 범죄의 증가는 당해국에게 범죄 자체에 의한 피해뿐만 아니라 범죄의 진압을 이행하는데 있어서 경제적·사회적 부담을 안겨주고 있다. 이러한 불합리를 합리적으로 조정하고, 범죄의 진압이라는 인류공통의 목표를 동시에 달성하기 위하여 소위 수형자이송제도가 도입되어 운용되고 있다. 이와 같은 수형자이송제도는 형사정책학적 측면에서 매우 바람직한 것으로 본다. 물론 동제도의 발전에는 다음과 같은 전제가 선행되어야 할 것이다. ① 수형자이송의 가장 중요한 심사기준은 수형자에 대한 교화와 순조로운 사회복귀에 기여할 수 있는지의 여부이다. ② 유럽수형자이송협약이나 대다수 국가의 국제수형자이송법이 수형자 본인의 이송요청권을 인정하지 않고 있는 바, 수형자이송제도가 실효성을 가지기 위해서는 수형자 본인의 이송요청권을 인정할 필요가 있다. ③ 수형자이송제도의 활성화와 형사정책적 목적을 달성하기 위해서는 이송요건의 국제적 표준화와 동 기준을 충족하는 수형자에 대하여는 이송요청을 사실상 수용하는 제도적 보완이 요청된다.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

參考文獻

▣ 國內文獻

김대순, 「국제법론」, 삼영사, 2007.

김명기, 「국제법원론(상)」, 박영사, 1996.

김성한, 「한미주둔군 지위협정 개정방향 : 정세와 정책」, 세종연구소, 2000.

김영구, 「한국과 바다의 국제법」, 효성출판사, 2002.

김영석, 「국제형사재판소법강의」, 법문사, 2003.

김정균・성재호, 「국제법」, 박영사, 2004.

김찬규・이영준, 「국제법개설」, 법문사, 1994.

김한택, 「현대국제법」, 강원대학교출판부, 2004.

박용현, 「판례중심 국제법」, 조선대학교출판부, 2007.

백진현・조균석, 「국제형사사법공조에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1993.

법무부 검찰국,「국제수형자이송 업무지침」, 2005. 10.

법무부, 「국제형사관할권」, 1999.

법무부, 「범죄백서」, 2007, 145면.

법무부, 「출입국관리 사십년사」, 2003.

오윤경 외 20인, 「현대국제법-외교실무가들이 본 이론과 실제-」, 박영사, 2001.

유병화・박노성・박기갑, 「국제법 Ⅰ」, 법문사, 2003.

이민효, 「해양에서의 군사활동과 국제해양법」, 연경문화사, 2007.

이병기・신의기, 「유럽의 형사사법공조제도에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1995.

이병조・이중범, 「국제법신강」, 일조각, 2007.

이석용, 「국제법」, 세창출판사, 2003.

이석우, 「한・미행정협정 연구」, 도서출판 민, 1991.

이한기, 「국제법강의」, 박영사, 1997.

이훈규・신의기, 「범죄인인도제도」, 한국형사정책연구원, 1996.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

정용태, 「국제법개설」, 형설출판사, 1985.
정용태・유재형, 「국제법학」, 대왕사, 1997.
천진호, 「국가간 수형자 이송제도 연구」, 한국형사정책연구원, 2006.
최종고, 「법사상사」, 박영사, 2008.
허 영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2007.

2. 硏究論文

강병근, “국제 해양법 재판소 판례 소개 : ‘Saiga’호 사건 Case and Comment : The M/V Saiga(Nose. 1 and 2)”, 「계간 국제법률경영」1998년 가을호, 국제법률경영연구원, 1998.
구충서, “범죄인인도에 있어서의 인도사유와 인도거절사유”, 「사법연구자료」 제20집, 법원도서관, 1993.
김광택, “국제형법의 새로운 동향에 관한 연구”, 「제주대논문집」, 1983. 8.
김광효, “강제퇴거의 현실태와 문제점”, 「법무연구」제19호, 1992.
김대순, “국가관할권 개념에 관한 소고”, 「법학연구」제5권, 연세대학교 법학연구소, 1995.
김명기, “국제법상 외국인의 추방(상)”, 「고시계」통권 220호, 국가고시학회, 1975. 6.
김영구, “공해상 기국 이외의 관할권에 관한 약간의 고찰”, 「국제법학회논총」 제32권 제2호, 현민유진우박사 추모특집, 대한국제법학회, 1987. 12.
김영석, “국제법상 테러행위의 규제제도와 우리 나라의 테러 규제방안에 관한 고찰”, 「인권과 정의」제350호, 대한변호사협회, 2005. 10.
김영추, “국민주권론의 현대적 전개”, 「경성법학」제4호, 경성대학교, 1995.
김용우, “한・미 범죄인 인도조약의 개요 및 의의”, 현안요약, 국회도서관 입법조사분석실, 1998. 6. 17, 3면.
———, “한미주둔군지위협정에 있어서 형사재판권”, 「입법자료분석」, 국회도서관, 1991.
김종구, “UN해양법협약상 추적권 행사의 요건에 관한 고찰 -상선 사이가호 및

CHOSUN UNIVERSITY 1946

불심선 사건과 관련하여", 「해양환경안전학회」 제14권 제2호, 2008. 6.

———, "접속수역, 배타적 경제수역 및 공해에서의 형법의 역외적용", 「법학연구」 제26집, 한국법학회, 2007. 5.

———, "형법의 역외적용과 소극적 속인주의-일본의 법제와 비교법적 관점에서-", 「법조」 통권 591, 법조협회, 2005. 12.

김주덕, "범죄인인도법의 기본원칙과 운영방향", 「사법행정」 제335호, 한국사법행정학회, 1988. 11, 69면.

김찬규, "국제법상 불간섭의 원칙", 「국제법과 현대법의 신전개」, 이남이중교수회갑기념논문, 신양사, 1993.

김찬규, "국제사건에 대한 국내재판소의 관할권", 「국제법협회논총」 제3권, 1987. 12.

박경철, "국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구", 박사학위논문 연세대학교, 2001.

박병도, "국제범죄에 대한 보편관할권", 「국제법학회논총」 제49권 제2호, 2004.

박상섭, "근대국가형성과정연구", 「국제문제연구소논문집」 제11호, 서울대부설 국제문제연구소, 1987. 12.

박상순, "외국인의 강제퇴거제도에 관한 연구", 「법무연구」 제26호, 법무부 법무연수원, 1999. 11.

박수철, "형사사법공조에서 본 국제법상 범죄인인도제도와 문제점", 「입법조사월보」 제5호, 국회사무처, 1991.

박원백, "영국의 국제형사사법공조제도에 관한 연구", 해외연수 검찰공무원 연구논문, 서울지방검찰청, (검색일자 : 2008. 9, 26). (http://u-lib.nanet.go.kr:8080/dl/DetailViewIRDB.php)

백충현, "국제법상의 범죄인인도제도", 박사학위논문 서울대학교, 1975.

서범정, "국제수형자이송법 해설", 「법조」 제54권 제12호, 법조협회, 2005. 12.

성재호, "한미행정협정의 국제법적 고찰", 「성균법학」, 성균관대학교, 1989. 11.

신용해, "국제수형자 이송제도의 도입과 운영의 실제", 「교정연구」 제28호, 2005. 6.

신의기, "정치범불인도원칙의 새로운 변화", 「형사정책연구」 제7권 제2호, 한국

CHOSUN UNIVERSITY 1946

형사정책학원, 1996 여름호.

안권섭, “일본의 국제수형자이송제도”, 「해외연수검사연구논문집 Ⅱ」제12집, 법무연수원, 2005.

유복근, “국가간수형자이송제도에 관한 연구”, 박사학위논문 고려대학교, 2006.

———, “국제수형자이송제도; 유럽평의회 수형자이송협약을 중심으로”, 「국제법동향과 실무」제4권 제2호, 2005.

유선봉, “해외납치행위의 국제법적 고찰-United States v. Alvarez-Machain 사건을 중심으로”, 「광운비교법학」제1권(창간호), 광운대학교 법과대학 비교법연구소, 2000.

유형석, “범죄인인도와 인권보호”, 「법학연구」제28집, 한국법학회, 2007. 11.

윤수정, “국가간 형사관할권에 관한 연구-국제적 성격의 범죄를 중심으로-”, 석사학위논문 한양대학교, 2005.

이규창, “외국인 추방과 인신의 보호-우리나라 강제퇴거제도의 문제점을 중심으로-”, 「국제법학회논총」50권 2호, 대한국제법학회, 2005. 10.

———, “외국인 추방에 관한 연구”, 박사학위논문 고려대학교, 2004.

이만희, “범죄인인도와 정치범불인도”, 「법조」제43권 제10호(통권 457호), 법조협회, 1994.

이상철, “국제범죄인도조약 연구-한・미범죄인인도조약을 중심으로”, 「법제」제487호, 법제처, 1998. 7.

이영란, “한국의 국제범죄의 실태와 대책”, 「형사정책」제12권 제2호, 2000.

———, “한국의 범죄인인도법에 관한 연구”, 「비교형사법연구」제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004. 12, 478-485면 참조.

이의정, “국제법상 국가관할권에 관한 연구”, 박사학위논문청주대학교 박사학위논문, 2001.

이장희, “개정 한미주둔군지위협정(2001)의 형사관할권 및 시설・구역 등의 문제점과 개정방향”, 「외법논집」제11집, 한국외국어대학교, 2001. 12.

이장희・장주영・최승환, 「한미 주둔군 지위협정 연구」, 아사연법언론 연구총서 제9권, 2000. 7.

이종주, “국제범죄에 관한 효율적 수사방안”, 「검찰」제108호, 대검찰청, 1997.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

이한기, “그로티우스의 법사상”, 「근대법사상의 전개」, 장경학박사회갑기념, 1977.

임한택, “범죄인인도”, 「21세기 현대 국제법질서」, 박영사, 2001.

장준혁, “국가 입법관할권의 장소적 범위-미국 대외관계법 제3차 리스테이트먼트 제402조와 제403조, 「중앙법학」제7집 제1호, 중앙법학회, 2005. 2.

정동기, “국제형사사법공조의 기본원칙”, 「저스티스」제29권 제1호, 한국법학원, 1996.

제성호, “KAL858기 폭파사건의 국제법적 고찰”, 「항공법학회지」제2호, 한국공법학회, 1990.

조상제, 한국 국제형사사법의 주요 문제”, 「비교형사법연구」제6권 제1호, 2004.

조원홍, “헤겔의 민족적권력국가사상”, 「3사논문집」제49호, 육군제3사관학교, 1999.

陳忠林, “충돌과 해결-국제형사사법공조의 국제와 국내법의 근거”, 「비교형사법연구」제7권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005. 12.

천진호, “한국의 범죄인인도제도와 국제수형자이송제도 개관”, 「비교형사법연구」제7권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005. 12.

최승환, “외국군 주둔과 한-미 주둔군지위협정”, 「아사연법언론 연구총서」제9권, 아시아사회과학연구원, 2000. 7.

최태현, “국내법원의 범죄인인도 결정과 인도적 고려”, 「형사정책연구소식」제24호, 한국형사정책연구원, 1994.

3. 飜譯書

G.Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl, 김효전(역), 「일반국가학」, 태화출판사, 1980.

Gettel & Wanlass, 김경수역, 「정치학설사」, 일신사, 1959.

Ian Brownlie 저, 정영진・황준식 역, 「국제법」, 현암사, 2004.

Léon Duguit; Leçons de Droit public général(Paris: E. de BOOCARD,

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Editeuer, 1926) 이광윤 역,「일반 공법학 강의」, 민음사, 1995.
Martin Kriele, 국순옥 역,「민주적 헌정국가의 역사적 전개」, 종로서적, 1983.
山本草二 저, 최홍배 역, 「해양법」, 지산, 2002.

▣ 外國文獻

1. 東洋文獻

高野雄一, “主權と現代國際法”, 「國際社會と法」 (高野雄一論文集1), 東信堂, 1999.
廣瀨善南, “國家法の域外適用と國際法”, 「國際關係法の課題」, 横田先生鳩壽視賀, 有斐閣, 1988.
廣部和也, “國家管轄權の競合と配分”, 「國家管轄權」, 山本草二先生古稀記念, 勁草書房, 1998.
大橋哲, “國際受刑者移送法의 內容에 관하여”, 「搜査硏究」第611號, 2002. 8.
藤田久一, 「國際法講義 Ⅱ」(人權・平和), 東京大學出版會, 1994.
法務省, “國際受刑者移送法案想定問答”, 法務省 矯政局, 2002. 5. 29.
山本草二, 「國際法」, 有斐閣, 1994.
山本草二, 「國際條約集」, 1994. 有裴閣.
森下忠, 「國際刑法の新動向」, 成文堂, 1979.
森下忠, 「犯罪人引渡法の理論」, 成文堂, 1993.
森下忠, 「刑事司法の國際化」, 成文堂, 1990.
西井正弘, “政治犯罪人不引渡原則の形成過程(一)”, 「法學論叢」第94卷 第3號, 1974.
阿部浩己, “犯罪人引渡しと難民認定”, 「法學セミナ-」, No.433, 1991. 1.
田中秀樹, “國際受刑者移送法解說”, 「刑政」제113권 9-11호, 2002.
川岸緊雄, “域外管轄權の基礎と限界”, 「國際法の新展開」, 東信堂, 1989.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

2. 西洋文獻

A.Randelzhofer, “Staatsgewalt und Souveränität", in: Josef Isensee und Paul Kirchhof(Hrsg.), HdbStR, Bd. I, Rn.8.

Antonio Cassese, International Law, 2nd, ed, Oxford University Press, 2005.

Bernard H. Oxman/Vincent Bantz, The M/V “Saiga”(No.2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgement (ITLOS Case No.2), The American Journal of International Law, Vol. 70, No.3.

Brierly-Waldock, The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace, 6th ed, 1963.

Burdic H.Brittin, International Law for Sea-going Officers, 3rd. ed. (Annapolis: Naval Inc. press), 1977.

Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (2nd Phase), ICJ Reports 1970.

Cour de Cassation, judgment of April 14, 1868, Dalloz 1868.

Craig H. Allen, Doctrine of Hot Pursuit : A Functional Interpretation Adaptable to Emerging Maritime Law Enforcement Technologies and Practices, OCEAN DEVELOPMENT AND INTERNATIONAL LAW, Vol. 20, 1989.

D. J. Harris, Cases and Materials on International Law(fourth edition), London: Sweet & Maxwell, 1991.

D. Öhler, Das neue Recht der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 96 ZStW 1984.

Dan Ciobanu, Hot Pursuit from a Fisheries Zone: A Further Comment on United States v. Fishing Vessel Taiyo Maru No. 28; United States v. Kawaguchi, The American Journal of International Law, Vol. 70, No. 3, 1976. 7.

E.C.S. Wade and A.W.Bradley, Constitutional and Administrative Law, 10th. ed. (London / New York: Longman), 1985.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

F. Wooldridge, Hot Pursuit, in ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, Vol. 11, North Holland Publishing Co., 1987.

Franck, Extradition et droit penal europeen, dans : Oehler & Potz, Akteulle Problems des internationalen Strafrechts, Grutzner-Festschrift, 1970.

G.V. La Forest , Extradition to Canada (New Drleans : T he Hauser Press), 1961.

GA Res.2131 XX, 1965. Text in 60 American Journal of International Law, 1966.

Geoff Gilbert, Aspects of Extradition Law, Martinus Nijhoft Publishers, 1991.

Gesetz zu dem Übereinkommen vom 21 März 1983 Über die Überstellung verurteilter Personen, BGBI. Ⅱ, 1991.

Harvard Draft Convention on Extradition 제3조 (a), (b) in American Journal of International Law, Vol.29 Supplement , 1935.

Harvard Draft on Extradition, AJIL Vol. 29 Supplement, 1935.

Herbert W. Briggs, The Law of Nations, Cases, Documents, and Notes, 2nd.ed, 1952.

Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 5. ed., Oxford: Clarendon, 1998.

J. Money, “Human Rights Norms and Immigration Control”, UCLA Journal of International Law an Foreign Affairs, vol.3, Fall 1998/Winter 1999.

J.M.Sweeny, C.T.Oliver and N.E.Leeh. Cases and Materials on the International Legal System, 2nd ed. (Mineola, New York: The Foundation Press), 1981.

Lammasch, Auslieferungspflich und Asylrecht. Eine Studie uber Theorie und Praxis des internationalen Strafrechtes. 1887, S.215.

Lech Gardocki, “Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners as New Forms of International Co-operation” in : Albin Eser and Otto Lagodny (eds.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Society for the Reform of Criminal Law and Max

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 1992.

M. Cherif Bassiouni, "Transfer of Prisoners, The European Convention", in : International Criminal Law, Vol. Ⅱ, 1986.

M. Cherif Bassiouni, International Criminal Law, Vol.Ⅱ, Procedure.

Marjorlie M. Whiteman, Digest of International Law, Vol.1, 1963.

Mauren T. Walsh & Bruce Zagaris, "The United States-Mexico Treaty on the Execution of Penal Sanctions: The Case for Reevaluating the Treaty and its Policies in View of the NAFTA and Other Developments", 2Sw. J.L.& Trade Am. 385, 1995.

Michael Akehur st, "Jurisdiction in International Law", 1973, 46 BYIL 145.

Michal Plachta, "Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners : New Instruments of Cooperation in Criminal Matters Among the Socialist Countries of Esatern Eurpoe," 3 Connecticut Journal of International Law, 1988.

——————, Transfer of Prisoners Under International Instruments and Domestic Legislation : A Comparative Study, 1993.

Nicholas M. Postulanza, The Right of Hot Pursuit in International Law, 2nd., Martinus Mijhoff Publishers, 2002.

Note, Constitutional Problems in the Execution of Foreign Penal Sentences: The Mexican-American Prisoner Transfer Treaty, 90 Harv. L. Rev. 1500, 1504, 1525, 1977.

Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7th ed., London & New York: Routledge, 1997.

Rebecca M.M.Wallace, International Law (London: Sweet and Maxwell), 1986.

Reinhardt Rummel, "West European Cooperation in Foreign and Security Policy", The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol.531, Jan., 1994.

Richard. A.Falk, A Study of Future Worlds, 1975.

CHOSUN UNIVERSITY 1946

Robert C. Reuland, The Customary Right of Hot Pursuit Onto the High Seas : Annotation to Article 111 of the Law of the Sea, Virginia Journal of International Law, Vol. 33.

Robert Jennings & Arthur Watts(edited by), Oppenheim's International Law, 9th. ed., Vol, I, London: Longman, 1992.

See e.g. penal codes of Austria, Sec. 36 and Hungary, Sec. 18.

See Michael Abbell, International Prisoner Transfer, §§1-5-1- 8, 2004.

The Repatriation of Prisoners : Report of An Interdepartmental Working Party.

William C. Gilmore, Hot Pursuit and Constructive Presence in Canadian Law Enforcement, Marine Policy, Vol. 12, 1998.