

# 國際刑法의 새로운 動向에 關한 研究

- 犯罪人 引渡 條約을 中心으로 -

金 光 澤

## 序

國際型法이란 用語는 從來 刑法場所의 適用範圍에 關하는 法規範 卽 刑法適用法의 意味로 使用되었던 것이 通例였다. 그러나 第一次大戰後 유럽의 碩學들의 卓越한 研究에 의해서 이 用語에 보다 넓은 內容이 주어졌고 또한 第二次大戰後에는 많은 國際會議나 諸國의 學者들에 의해서 刑事國際法 刑事判例의 國際的效力 各種의 國際刑事的協力에 關하는 法領域까지도 包含하는 넓은 意味로 理解하게끔 된 것이다.

오늘날 世界는 急速히 좁아지고 있다. 그것은 航空機를 비롯하여 高速度 交通機關의 顯著한 發達로 因하여 招來된 現象인데 그러한 現象에 따라서 發生한 사람과 物質의 國際交流의 增大는 同時에 國際犯罪, 國外犯, 犯罪人의 國外逃亡 等の 增加를 初來했다. 이러한 事態에 直面한 世界各國은 犯罪防止 및 犯罪者處遇를 推進하기 위해서 諸國間의 連帶性을 強化시켜야 겠다고 自覺하기에 이르렀다. 從來 刑法의 領域에서는 主權觀念에 執着한 나머지 「刑法의 國家性的 原則」이 傳統的인 原則으로 되어 있었던 것인데 오늘에 와서는 이러한 原則을 크게 修正되어 지려고 하고 있다.

이러한 刑法의 새로운 動向을 第二次大戰後 재빠르게 北歐諸國 및 베네룩스는 國間에 統一立法의 制定 또는 多國家間條約의 締結等으로서 實現되어 가고 있다.

이러한 것들이 推進力이 되어서 유럽理事會 (concil of Europe) - 1949 年の 유럽의 政治的 經濟的 統一을 目標로해서 設立된 國際協議機關 (本部는 프랑스의 스토라스블) (元構成國은 10 個國) - 는 犯罪防止 및 犯罪者의 處遇의 領域에도 所謂 國境의 障壁을 超越하려는 方向에서 西유럽의 統合을 企圖하려고 했던 것이다. 그 結果 유럽法共同體의 刑成이라고 할 수 있었다. 그러나 이러한 現象의 根底에는 連陸의 西유럽諸國의 政治的, 經濟的, 文化的으로 高度의 連結關係와 共通性을 가지고 있다는 事情이 있다. 그러한 意味에서 西유럽에서 일고 있는 새로운 動向을 亞細亞의 東端에 位置하는 그것도 後進國狀態를 完全히 免치 못하고 있는 分斷國家

인 大韓民國에는 因緣이 먼 것이라고 받아드려 질지도 모른 일이다. 그러나 犯罪防止를 위해서 國際的 連帶性을 強化해야 겠다는 必要性이 自覺되는 오늘에 이르러서는 우리나라도 國際刑事 司法協에 積極的으로 參與할 必要가 있고 그러기 때문에 諸外國과의 條約協定等을 締結해야 한다는 先進祖國의 實現을 向하는 이마당에 緊急한 課題가 아닐 수 없다. 1)

## 一. 國際刑法의 새로운 動向

### 1. 새로운 動向

第二次大戰後 國際刑法의 새로운 動向이 顯著하게 認定된다. 戰後 顯著한 現象인 國際交流의 增大와 그에 따라서 發生하는 國外犯 및 國際犯罪의 增加에 依한 것들이다. 이러한 犯罪現象을 必然的으로 犯罪防止에 關한 國家는 連帶性의 強化를 招來하게 되었다.

이러한 새로운 動向을 가장 端的으로 表明하고 있는것은 유럽理事會의 構成國間에 締結된 刑事에 關한 다음과 같은 諸條的들이다.

- 1) 1957年 12月 13日의 「犯罪人 引渡에 關한 條約」(以下 犯罪人 引渡 條約)이라 함.
- 2) 1959年 4月 20日의 「刑事司法共助에 關한 유럽條約」(以下 司法共助 條約)이라 함.
- 3) 1964年 11月 30日의 「刑의 執行猶豫者 및 假釋放者의 保護規察에 關한 유럽條約」以下 (保護規察條約)이라 함.
- 4) 1964年 11月 30日의 「道路交通犯罪의 處罰에 關한 유럽條約」以下 (道路交通犯罪條約)이라 함.
- 5) 1970年 5月 20日의 「刑事判決의 國際的 効力에 關한 유럽條約」以下 (刑事判決効力條約)이라 함.
- 6) 1970年 5月 28日의 「未成年者의 強制送置에 關한 유럽條約」以下 強制送置 條約이라함.
- 7) 1972年 5月 15日 「刑事訴送의 移管에 關한 유럽條約」以下 (訴送移管 條約)이라함.
- 8) 1974年 1月 25日 「人道에 違反하는 犯罪 및 戰爭犯罪의 無時効性에 關한 유럽條約
- 9) 1977年 1月 27日의 「테로行爲의 防止에 關한 유럽條約」以下 (테로防止 條約)이라함.

이러한 條約들은 그 어떠한 論理的 體系에 따라서 年代順으로 體結된 것이 아니고 일찍 부터 가장 切實한 課題로되어 오든것 또는 締結이 容易한것 부터 作成되었고 締結된 것이라고 생각 되는 것이다. 그러나 이러한 條約의 內容을 締結年代順으로 概觀해 보면 거기에는 유럽理事會

1) 國際刑法の新動向 pp.1~3 國際刑法研究第1卷 禁下忠著成文堂 1979.7.10

의 構成國은 一個의 法共同體로 構成한다는 觀念이 점차로 定着되어져 가고 있음을 엿볼 수 있다. 오늘날까지의 國際社會에서는 刑罰權은 國家에 專屬된다는 刑法의 國家性的의 原則이 支配하고 있었는데 오늘날에는 이른바 國境이란 碍壁을 넘어서 一個의 國際的 法共同體를 構成해야 한다는 意志가 유럽理事會 構成國間에 發生하여 着實한 前進을 하게 된 것이다. 그 根底에는 地域的, 密接性이라 事情外에도 文化的, 經濟的, 政治的인 類似性和 利害共通性이라는 特別한 狀況이 存在한다. 이러한 特殊事情이 犯罪防止와 犯罪者의 社會復歸에 關하는 國際協力에서 連帶에 必要性을 構成國으로 하여금 認識시키는 것이다.

유럽 法共同體의 觀念의 形成은 前記의 諸條約에 依해서 國際刑法의 領域에서 다음 세가지 點에 있어서 具體的으로 實現되었다. 첫째 刑法適用의 領域에서 代理主義라고 하는 새로운 原則을 낳게 하였고 둘째로는 刑法適用이 競合된 경우에는 母國法 또는 居住地法 優先 原則 셋째 “후르스만”의 말과 같이 第一次의 司法共助로 全面的으로 可能케 했다. 이것들 세가지 點은 相互 密接한 關聯性을 가지고 있다. 이것들 세가지 點을 考察해서 그것으로부터 國際刑法의 새로운 動向을 發見해 보기로 한다.<sup>2)</sup>

## 二. 代 理 主 義

代理主義란 (Principe claid competence par representation) 코레 (Kohler)에 依해서 1917년에 처음으로 內國刑法의 適用에 關한 獨立된 原則으로서 主張되었다. 從來 內國刑法의 場所의 適用範圍에 關하는 諸主義로서 屬地主義·屬人主義·保護主義 및 世界主義의 四大主義가 있었던 것인데 오늘날에 와서는 代理主義를 追加해서 五大主義로 變遷하게 된 것이다.

代理主義가 目標하는 것은 어느 國家(犯罪地國家)가 外國에 있는 犯罪人의 引渡를 請求할 수는 없으나 그 犯人을 處罰하고 싶은 경우에는 그 犯罪人에 對해서 屬地主義·屬人主義·保護主義 및 世界主義中의 어느 한 主義에 의해서도 內國刑法의 適用의 미치지 못하는 外國(犯人의 母國 또는 居住地國)에 對해서 自國을 代身한 處罰을 附託하는 것이다. 여기서 對象이 되는 犯罪는 通常 그다지 重罪에 該當되지 않은 犯罪 및 中程度의 犯罪性을 가지는 犯罪인 것이 通例인 것이다. 例를 들면 道路交通法違反의 罪와 같은 것이다. 萬一 外國人 또는 外國에 居住하는 內國인이 內國에서 道路交通法違反의 罪를 犯하고서 國外로 出國해 버리면 이미 訴追나 處罰을 할수 없게 되어버린다. 그러한 者에게는 事實上 治外法權的 地位를 賦與하게 되고 道路交通法은 制定의 趣旨가 損傷케 되고 만다.

代理主義는 國家間的 連帶性을 基礎로 하는 點에서 世界主義에 類似한 一面을 가지고 있기는

2) 前掲書 pp.17~18.

하나 兩者間에는 明白히 差異가 있다. 代理主義는 刑法의 固有의 適用이 있는 國家(請求國)으로 부터 他國(被請求國)에 對해서 訴追의 請求가 있음을 必須條件으로 하느냐에 대해서 世界主義는 이러한 訴追의 請求와는 달리 獨立된 內國刑法의 適用을 認定하는 것이다. 또한 代理主義는 雙方可罰性( *principe de la double in crimination* )의 原則을 前提로 해서 認定되는 것인데 世界主義는 그렇지 않다.

國際條約은 代理主義가 最初로 採用된 것은 交通犯罪處罰條約 第三條를 들 수 있다. 여기서 는 代理主義가 道路交通犯罪에 對해서만 採用된 것이기는 하나 訴追移管條約 第二條에서는 이 原則을 모든 犯罪에 대해서 適用하기에 이르렀다. 代理主義의 重要性은 漸次로 增大하게 되리라는 “슈트즈”(Schultz)의 豫則은 벌써 的中하게 되었다.

代理主義는 二個以上の 國家로서 構成되는 法共同體라는 概念에 基礎를 두고 있는 것이라고 할 수 있다. 그 法共同體 中에서 이른바 國境의 碍壁을 超越해서 그 法共同體 中의 어느 한 國家에 犯人이 現在하고 그 犯人에 對해서 또한 어느 國家의 刑法의 適用이 있다고 한다면 法共同體로서는 裁判權을 갖는다고 할 수 있는 것이다.

그 法共同體 固有의 刑法이 存在하지 않을 경우에도 어느 構成國의 刑法의 共通 適用을 條約에 依해서 認定하고 그것에 基礎해서 國內法을 制定하여 適用한다면 이 일은 可能하게 된다.<sup>3)</sup>

### 三. 刑法適用의 積極的衝突의 解決等

內國刑法의 場所의 適用에 關한 諸主義에 依하면 二個以上の 適用이 있는 경우에 刑法의 適用에 積極的 衝突現象이 發生한다. 거기에는 ①屬地主義에 依한 刑法의 適用이 競合되는 경우와 ②屬人主義·保護主義 및 世界主義에 依해서 他國의 刑法의 適用을 主張하는 경우와의 둘이 있다. 이러한 衝突의 解決策으로서 유럽理事會의 專問家會議는 1965年1月 閣僚委員會에 對하여 勸告하는 中에 屬地主義의 優位性을 認定하는 立場을 採擇하였다. 그러나 이러한 思潮는 至今에 와서는 妥當하지 못한 것이 되었다. 現代의 國際刑法은 法益保護와 併行해서 社會復歸思想을 그 本來的 指標로 하지 않으면 아니된다. 犯罪者의 社會復歸를 促進하기 위해서는 犯罪者가 그 國語를 알고 그곳의 風俗이나 習慣에 熟達되어 있고 社會的 接觸을 保有하는 國家(通常 犯罪者의 母國 또는 居住地國家)에서 訴追·刑의 執行 및 保護觀察을 하는 것이 要請된다.

이러한 見地에서 交通犯罪處罰條約은 道路交通犯罪에 關해서 犯罪地國家에서 自進해서 訴追하지 않은 경우에 居住地國에 對해서 訴追를 請求하고 또는 犯罪地國家에서 確定한 判決 또는 決定이 執行을 居住國에 對해서 請求할 수 있는 것이다. (第1條). 이 條約과 같은 날짜에 締結된 保護觀察條約은 다른 締結國에서 言渡된 有罪判決에 따라서 또는 事後的으로 行하여 지는 條件付 處分(即 刑의 執行猶豫, 프로베이션, 假釋放 또는 類似한 處分)을 締結國 領域內에서

3) 前掲書 pp.19~26.

實施하는 것을 可能케 하였다. 保護觀察이나 刑의 執行이 對象者의 母國 또는 居住地國(以下 居住地國이라 함)에서 行하여 진다는 것은 社會復歸에 이롭기 때문인 것이다. 그러나 그것뿐만이 아니다. 犯罪地國에서 裁判을 할때에도 居住地國에서 執行猶豫者에 對해서 保護觀察을 하게 하고 또한 保護觀察의 遵守條件을 違反했을 경우에는 執行猶豫를 取消해서 刑을 執行한다는 保證이 있으면 犯罪地國의 裁判所는 實刑을 科하는 代身에 保護觀察付 執行猶豫를 言渡하는 일이 많을 것으로 豫想됨으로 이러한 現象은 犯罪者에게는 利益이 될 것이며 또한 社會復歸에도 보탬이 되는 것이다.

이러한 事態를 勘案해서 刑事判決効力 條約일 外國刑事判決을 內國刑事判決과 同視하는 立場(同視原則)에서 一切의 外國刑事判決에 基因하는 執行力을 內國에 承繼하는 것을 規定한다.( 刑事判決効力條約 第 37 條以下). 이어서 訴追移管條約은 어떠한 締約國일지라도 自國의 刑法에 따라 다른 締約國의 刑罰法規가 適用되는 모든 犯罪를 訴追할 수 있는 權限을 갖는다고 規定한다.( 訴追移管條約 第 2 條). 여기에서는 外國(請求國)이 屬地主義, 居人主義, 保護主義 中的 어느 한 主義에 의해서 刑事裁判權을 保有하는 경우에 內國(被請求國)은 刑事訴追의 承繼를 할 수 있는 것이다. 그래서 內國이 保有하는 刑事裁判權은 保充的 二次的인 것일지라도 無妨하다는 것은 既述한 바와 같다. 이러한 制度가 採用되게 된 것은 犯罪防止를 위해서 國際連帶性的의 思想뿐 만의 아니고 犯罪者의 社會復歸 思想에 基礎를 둔 것이다. 이 경우에 內國(被請求國)은 犯人의 居住地國으로 여겨지기 때문이다. 和蘭의 學者는 犯罪者의 社會復歸에 有利한 國家에서 刑이 執行될 때에 비로소 正義에 合致되는 것이라고, 또한 諸國間的 連帶性은 犯罪防止만이 아니고 犯罪者의 社會復歸를 可能케 하기 위해서 必要하다고 主張하고 있다.<sup>4)</sup>

#### 四. 刑事判決의 國際的動力

第二次大戰後 世界의 刑事法思想은 刑事判決의 國際的動力을 認定하는 方向으로 進展되어 가고 있다. 刑事判決의 國際的動力에 關해서는 既判力의 消極的効力을 認定함에 끝이는 立場과 積極的効力을 認定하는 立場의 두개의 立場이 있는데 前者는 國際的인 一事不再現을 認定하는 것인데 後者는 나아가서 ①外國判決의 完全執行方式 卽 所謂 執行主義( *principe de l'exécution* )를 採擇한 것과 ②緩和된 執行方式 卽 所謂 考慮主義( *Vogle de la prise en considération* )를 採擇하는 것으로 細分된다. 一般的으로 積極的効力을 認定하는 立場에서는 消極的効力을 認定하고 또한 執行主義를 採擇하는 立場에서는 考慮主義까지도 認定하게 된다.

外國刑事判決의 消極的効力을 限定的인 것 또는 全面的으로 認定하는 立法例는 第二次大戰에도 적지않게 있었던 것이기는 하나 戰後 유럽條約의 關係에서는 交通犯罪處罰條約이 道路交通

4) 前掲書 pp.20~22.

犯罪에 대해서 이것을認定하며(道路交通犯罪條約 第1項) 刑事判決効力條約은 이것을 모든 犯罪에 대해서認定하게끔 되었다.(刑事判決効力條約 第53條以下)

考慮主義와 執行主義는從來 若干의 立法例에서 採擇되었던 것에 不過했던 것이나 1964年 “헤이그”에서 開催되었던 第九回 國際刑法會議는 執行主義에 대해서 一定한 犯罪(例 交通犯罪)에만 局限해서 限定的 執行의 協定을 締結한 可能性이 研究되어야 한다는 것을 議決하면서 外國判決을 內國에서 執行함에 있어서도 姿勢를 表示하는 議決을 했다. 이 議決은 其後 刑事判決의 國際効力問題를 解決함에 있어서 큰 促進力이 되었다. 우선 먼저 1964年 11月에 締結한 保護觀察條約은 犯罪의 種類를 限定함이 없이 外國判決에 基因한 保護觀察 및 刑의 執行 猶豫나 或은 假釋放의 取消에 따르는 刑執行權을 締約國에 賦與했다. 이것들 兩條約을 土臺로 해서 1970年의 刑事判決効力條約은 犯罪나 刑의 種類 如何를 不問하고 外國判決의 積極的 効力을 廣範圍하게 承認하게 되었다.

그런데 유럽 法共同體의 觀念을 認定한다면 刑事判決의 國際的効力을 廣範하게 認定하는 立場에서는 一步 나아가 訴追의 移管까지도 認定하게 되는 것이다. 그러나 刑事判決의 國際的効力을 認定하려면 外國判決이 確定됨을 前提로 하는 것이다. 경우에 따라서는 外國(請求國)의 訴追의 權限(即 刑法의 適用)을 갖는 犯罪에 대해서 內國(被請求國)이 訴追를 引受함이 바람직 하는 경우가 있기 때문이다. 擔言하면 보구라(Vogla)의 말과 같이 正確하게 理解된 社會復歸는 行刑에서 始作되는 것이 아니고 行爲者 人格의 調査나 裁判의 選擇에 있어서의 檢討에서 이미 始作은 있는 것이고 따라서 訴訟의 段階에서 刑事訴訟의 配慮가 必要하기 때문이다. 訴訟移管條約은 이러한 思考에 基因해서 締結된 것이다. 이 訴訟 移管은 訴訟의 權限을 創設하려는 것이 아니고 固有한 意味의 協力에 지나지 않은 것인데 刑事에 關하는 國際協力の 그 領域을 여기까지 擴大시켜 왔다는 것은 眞正 注目할만 한 일이다.<sup>5)</sup>

## 五. 國際刑事司法協力

上述한 諸條約은 併存하므로써 効力을 갖는 것이며 그러한 條約의 內容으로 되는 制度들도 併存할때에 實効를 거둘 수 있는 것이다.

이러한 制度의 內容으로서의 廣義의 國際刑事 司法協力は 既述한 바와같이 ①刑事訴訟의 移管 ②外國 刑事判決의 執行 ③狹意의 司法共助 및 ④犯罪人 引渡等の 네가지로 區分된다. 그렇다면 이 네가지의 制度에 대해서 그것이 각자 어떠한 限界를 가지고 있는가 또 그들 相互間的 關係는 어떠한가 하는 問題가 理論과 實際의 兩面에서 檢討되어 져야 할 것이다. 至今까지 犯罪人引渡는 가장 重要한 典型的인 司法共助의 一形態로서 看做되었다. 때문에 獨立의 地位를 認定되었던 것인데 現在로서는 犯罪人引渡의 危機(crisis de letradition)라고 불리워지고 있

5) 前掲書 pp.20~22.

다. 이 現象의 特徵으로서 ①屬地主義의 不合理한 救濟等으로 犯罪人引渡의 優越性의 衰退 ② 犯罪人의 身柄引渡 平償으로서의 犯罪人引渡의 排他性의 消滅 및 ③國際司法共助로서의 犯罪人引渡의 確實性의 減少等 세가지의 傾向에 있다고 할 수 있다.

그렇다면 犯罪人引渡에 代身해서 重要한 役割을 擔當할 수 있는 것은 果然 무엇일까. 그것은 “후르스만”(Horsmen)의 말과 같이 第一次의 司法共助(即 刑事訴追의 移管 및 外國刑事判決의 執行)가 될 것이다. 그러므로 第一次의 司法共助가 犯罪人引渡의 代替物이 된다는 것이다. 더구나 “후르소빈”에 따르면 司法共助와 犯罪人引渡 兩者中에서 어느쪽을 擇하겠느냐에 對해서는 一般的으로는 後者보다도 前者를 擇하는 것이 妥當하다고 할 것이다.

“술즈”도 같은 見解를 表示하고 있다고는 하나 個個의 경우에는 犯罪人引渡쪽을 第一次의 司法共助보다도 妥當하다고 하여 또는 犯罪地國의 犯罪人引渡를 希望하는 경우가 있으므로 해서 犯罪人引渡는 今後에 있어서도 그 存在意義는 持續된 것이다.<sup>6)</sup>

### 1. 犯罪人引渡에 關한 유럽條約

犯罪人引渡(extradition)는 刑事에 關한 國際司法共助의 一種으로써 이미 그 重要性은 諸國의 學者나 實務家들에 의해서도 認識되어온 바다. 이러한 事實은 오늘에도 變함이 없다. 오히려 國際적으로 사람과 物件의 交流가 漸漸 頻繁해 짐에 따라서 犯罪人引渡의 重要性은 今昔의 比較가 되지 않으라고 할 수 있다. 우리나라는 美合衆國과의 사이에 「相互防衛條約 第4條에 의한 施設과 區域 및 大韓民國에서의 合衆國軍隊의 地位에 關한 協定의 施行에 關한 刑事特別法」이 締結되어 있음에 不過한 것인데 이러한 것은 國際的 見地로 볼때에 크게 뒤 떨어져 있음을 말하는 것이다. 더구나 現代에 와서는 航空機의 눈 부신 發達과 더불어 國際犯罪의 增加와 國外逃亡의 增加는 連陸의 國家이든 島國이든 또는 半島國家이든 不問해서 各國家로 하여금 犯罪人引渡의 切實한 問題에 直面하기에 이르렀다.

유럽에서는 1953年以來 유럽理事會의 傘下에서 犯罪人引渡에 關하는 統一的인 多國問條約草案의 作成作業이 進行되었다. 그래서 1957年 12月 13日 “파리”에서 「犯罪人引渡에 關한 유럽條約」이 유럽理事會의 構成國間에 締結을 보게 되었다.

本稿에서는 本條約의 基本的 諸原則과 遂條의 解說를 通해서 最近의 犯罪人引渡條約의 動向을 探究하려고 한다. 本條約은 傳統的인 犯罪人引渡의 諸原則을 많이 承繼하고 있기 때문에 改革의인 規定은 조금 밖에 包含되어 있지 않다.

“프랑크”(Frank)의 말 대로 유럽에서의 共通적으로 認定되어 있는 諸原則을 條約化한 것이다. 그렇기는 하나 유럽 法共同體(Communaute ewopreme du droit)의 樹立을 目標로 해서 유럽諸國이 可能한 限 多數의 國家間에 統一的인 犯罪人引渡條約을 締結하려는데 重要한 意

6) 前掲書 pp.23~25.

義가 內在해 있음을 發見할 수 있다. 換言하면 本條約의 最大의 價値는 同條約이 締約國인 國家間에 從前에 締結되어 있었던 犯罪人引渡에 關하는 二個國 또는 多國家間的 條約을 廢棄시킨다는 點이다. 本條約에 依하면 締結國은 將來 本條約의 規定을 補完하기 위하여 또는 本條約에 內包되어 있는 諸原則의 適用을 容易하게 하기 위하여서만이 새로운 二國間條約 또는 多國條約을 締結할 수 없게 하고 있다.(本條約 第 28 條). 이러한 趣旨에 따라서 “베네룩스”(Bene-lux) 三國은 1962 年 6 月 22 日 犯罪人引渡 및 刑事司法共助에 關한 條約을 締結하며 이 베네룩스條約은 1967 年 1 月 11 日 發効를 보게 되었다. 또한 本條約은 西유럽에서는 1958 年 1 月 17 日의 西獨과 벨기에와의 사이에 犯罪人引渡條約 및 刑事司法共助條約에 影響을 주었으며 또한 西유럽을 超越해서 1959 年 2 月에 벨기와 모르코間的 犯罪人引渡 및 刑事司法共助條約에 까지도 크게 影響은 波及하게 된 것이다.

이와같이 本條約이 지니고 있는 가장 큰 價値 및 影響力은 否認하지 못한다. 그러나 그反面에는 本條約에도 脆弱點은 있다. 그것은 締約國이 留保를 하므로써 本條約의 어떠한 條文에 對해서도 그 適用을 排除하는 權限을 가지고 있다는 점이다.( 26 條). 그러나 이 弱點은 可及的인 限 多數國家의 署名 또는 加入을 얻기위한 最大公約數的인 性格을 가진 內容을 規定한 本條約으로서는 避치 못할 不得已한 것이다. 또한 本條約이 刑事에 關한 유럽諸條約 中에서도 最初로 締結된 것이라는 것도 考慮해 두어야 할 것이다.

아무튼 그러한 모든 點을 包含해서 本條約은 犯罪人引渡條約의 締結에 關해서 유럽諸國에 比較해서 顯著한 落後狀態에 있는 우리나라로서는 參考가 될 만한 점이 많다. 本條約 締結의 理念 本條約의 運營 締約當事國의 平和共存에 대한 한결같은 慾求, 刑事犯罪로 부터 權益保衛의 國家的意慾 等等을 엿볼 수 있으며 先進祖國의 建設을 國政의 第一指標로 하고 있는 우리나라로서는 本條約 締結 當事國家들은 羨望으로만 끝이는 것이 아니라 本條約의 基本精神은 不遠間에 펼쳐질 環太平洋時代에는 우리나라가 先頭走者가 되어 “유럽” 地域에 局限되어 있는 本條約을 太平洋沿岸國家들 사이까지 擴大시켜 나아갈 準備가 있어야 하지 않을까 思料된다.<sup>7)</sup>

## II. 本條約을 締結하려는 動向

于先 1951 年 12 月 8 日 유럽理事會의 諮問會議는 第 37 回 會期때에 犯罪人引渡條約의 締結을 위해서 갖추어 두어야 할 準備措置에 關하는 勸告를 採擇했다. 이 勸告 및 各 國政府의 回答을 檢討한 結果 同理事會의 閣僚委員會는 各國의 專問家들로부터 委員會를 設定할 것을 議決했다. 이 專問委員會는 1953 年 10 月, 1955 年 1 月과 1956 年 2 月의 各會議에서 準備作業을 推進시켰다. 이 原案에 基礎해서 閣僚委員會는 1957 年 12 月 13 日 本條約은 “파리”에서 締結되었다.

7) 前掲書 pp.22~26.



이날 本條約에 署名한 國家는 유럽理事會의 構成國인 Austria·Belgie·Oemmark·Flance·西獨·  
 希臘·Itali·룩셈부르크·노오르웨이·도루코 等 11個 國家들이다. 構成國 中에서 6個國은  
 死刑問題로 해서 署名을 하지 아니 하였었는데 그後 아일랜드 和蘭 스위스가 署名을 했다.

本條約은 1960年 4月 18日에 發効했다. 本條約을 批准한 國家는 1778年 7月 15日에 스웨덴  
 도루코·노루웨이·希臘·Denmark 伊太利·아일랜드·스위스·오란다·오오스트리아·기프르  
 스·西獨·룩셈부르크(批准順에 의함) 等의 13個國이다. 여기에서 유럽理事會의 構成國數가  
 增加되어서 19個國이 됨에 留意해야 할 것이다. 그리고 同理事會의 非構成國으로서 “이스  
 라엘”의 1967年 9月에 “리히덴 슈타인”이 1969年 10月에 또 “핀란드”가 1971年 5月에  
 各各 本條約에 加入했다. 따라서 本條約의 當事國數는 合計 16個國이 된다.

그리고 또한 1969年 6月 9日로부터 11日까지 本條約을 國內段階에 適用되는 任務를 擔當할  
 14個國의 擔當者 및 이스라엘과 오란다의 兩政府의 몫서비등은 會합이 Flance의 소도라불투에  
 서 開催되었다. 이 會合에서는 刑法의 領域에 있어서의 國際的協力은 漸漸 發展하고 있다는 事  
 實과 本條約締結當時 最良의 解決策이라고 생각 되었다. 諸準則中에서 至今에 이르러서는 別써  
 不當한 準則이 되고 말았다는 事實 따라서 犯罪人引渡制度에 關하는 改正이 刑法의 領域에서는  
 더욱 密接된 國際的協力の 必要性을 勘案하지 않고서는 아니 된다는 것이 確認되었다. 그래서  
 本條約은 刑法領域에서의 國際的協力에 現實的인 必要性에 對해서 完全히 適合하지는 않고 있  
 다고 指摘되곤 했으나 그렇다고 해서 當場에 本條約을 改正한다는 것은 時期尙早라는 생각이 든  
 다. 各國擔當者會合은 若干의 問題點에 對해서 本條約의 實施에 關하는 國內法에서 二國間 或  
 은 多國間에서의 補充的條約을 締結하는 段階에서 檢討되어야 할 것을 勸告했다.<sup>8)</sup>

### Ⅲ. 本條約에서의 犯罪人引渡의 基本原則

#### 1. 犯罪人引渡法의 基本原則의 變容

傳統的인 犯罪人引渡法의 諸原則은 國際刑法의 一分野로써 19世紀에 發達해서 20世紀 初에  
 이르러 完成을 보게 되었으나 “구로쥬우스”는 「引渡하든가 處罰하든가」를 國際刑法의 原則  
 이라고 했으나 實定國際法에서는 逃走犯罪人の 引渡義務를 規定하지 않는다. 通說에 依하면 犯  
 罪人引渡는 條約上의 義務로서 存在할 뿐이며 本條約이 締結되어 있지 않은 경우에는 道義的 義  
 務는 있을지 언정 法的 義務는 없다고 할 수 있다.

傳統的인 犯罪人引渡法은 國家主權의 理念을 基礎로 하고 있다. 이러한 立場에서 보면 犯罪  
 人引渡는 國家主權理念에 對한 例外로 認定하는 것이라고 理解 되어진다. 그러나 이 理念은 犯

8) 前掲書 pp.29~32.

죄에 대한 討論을 遂行한다는 目的을 위해서는 漸次 弱해 질수 밖에 없으며 이것에 代替해서 國家連帶性의 理念이 犯罪防止를 위한 國際協力을 義務化시키는 것으로 認定하게 되었다. 本條約에서는 이러한 理念의 變化가 몇 個의 條文속에 規定되어 있다. 그래서 테러防止條約은 테러行爲에 關해서는 傳統的인 原則에 代替하여(于先 먼저 引渡할 것 그렇지 않으면 審判하라)고 하는 새로운 原則이 採擇되었다. 犯罪人引渡法으로 過激派組織에 의한 連續해서 發生하는 테러行爲를 防止하기 위해서 큰 變容을 나타나겠끔 되어 가고 있는 것이다.<sup>9)</sup>

## 2. 相互主義

犯罪人引渡法에서는 相互主義 卽, 犯罪引渡의 請求에 關係되는 犯罪와 同一 種類의 犯罪에 對해서 訴追 또는 處罰을 한다는 保證을 請求國으로 부터 받은 경우에 限해서 犯罪人의 引渡를 許可한다는 主義가 特別한 原則인것 같이 생각 되어져 있었다. 그러나 이 主義는 犯罪人引渡法의 特別原則은 아니고 犯罪人引渡에 關한 國際法의 一般原則의 適用에 不過한 것이다.

犯罪人引渡法에서의 相互主義의 價値에 對해서는 많은 論議가 있으나 結局은 1880年 9月 5日 「옥스포드」에서의 國際法學會에서 採擇된 議決 第5項 卽 「犯罪人引渡에 있어서의 相互主義 要件을 政策上 要求될 뿐이고 正義의 要求에 基因되는 것은 아니다。」고 하는 것이 正當하다고 理解되는 것이다. 그렇다면 相互主義가 政策上 要求되는 根據는 무엇이나. “슈르쓰”에 依하면 그것은 國家平等의 法原則을 認識시키는 唯一한 方法이기 때문이다.

本條約 第1條(犯罪人引渡의 義務)는 明文으로 相互主義를 規定하지 않고 「締結國은 다음條 以下에서 定하는 規定 및 要件에 따라서 請求國의 司法當局으로부터 犯罪에 對해서 訴追되어 또는 刑罰 或은 保安處分의 執行을 위해서 探索을 받고 있는 者를 相互 引渡할 것을 約定한다고 規定함에 關하고 있다. 本條約의 原案은 이것과 相異한것 같았으나 本條約은 相互主義를 明確한 方法으로 規定하지는 않고 相互主義를 主張하는 權利를 關係國에 賦與함에 關하였다. (2條 7項・26條 3項). 이 외에도 引渡를 拒否하는 權利를 賦與하고 있는 他條項(7~9條)은 相互主義의 任意的 適用을 認定하고 있다.<sup>10)</sup>

## 3. 雙方可罰性의 原則

傳統的인 犯罪人引渡法은 引渡請求에 關係되는 犯罪(引渡犯罪)가 請求國의 刑罰法規와 被請求國의 刑罰法規와의 雙方에 依해서 處罰을 할 수 있는 것임을 要求하고 있다. 이것이 所謂 雙方可罰性의 原則 또는 相互可罰性의 原則이라고 한다. 이 原則은 自國內에서 行하여졌을 경우에는 處罰을 해야할 罪를 犯한 外國人을 正當한 裁判權을 保有하는 國家에 引渡하는 것은 結

9) 前掲書 pp.32~33.

10) 前掲書 pp.33~34.

局 自國의 刑法秩序의 維持 尊重에 有益하다는 考慮에 基因한 것이라고 할 수 있다.

그러나 이 原則에 對해서는 몇가지 問題點이 있다.

첫째로는 類推의 問題 卽 引渡犯罪을 規定한 請求國의 刑罰法規에 正面으로 對應하는 刑罰法規가 被請求國의 國內法에는 存在하지 않으나 類似한 法規는 存在하는 경우에 本原則을 어떻게 適用시키느냐의 問題가 惹起한다. 이것에 對해서 本條約은 明確한 規定을 하지 않고 있다. 그것은 條約草案作成에 臨했던 專問家들이 類推에 依해서 國內法을 適用하는 權限을 被請求國에 賦與하는 趣旨의 特別條項을 插入시키는 것을 拒否했기 때문이다. 類推解釋에 依한 適用은 대단히 危險性이 內包되어 있는 것이며 또 罪刑法定主義와도 許容되지 않는다.

그렇기는하나 本條約은 類推適用을 明文으로 禁止하는 것도 아니다. “Oranda” 司法省의 “(W·Dak)” 參事官은 被請求國에 類似한 法令의 存在 以上을 要求한다는 것은 지나친 것이며 請求國에 類似한 法令이 存在하면 雙方可罰性이 充足되지 않는다고 해서 犯罪人引渡를 拒否해서는 아니된다고 主張하고 있다. 그 理由는 明白하지 않으나 犯罪人引渡를 부드러운 意味의 司法共助이기 때문이라는 思考에서 나온 主張인듯 싶다.

둘째로는 被請求國의 法令에 依해서 可罰性의 評價를 할 때에 基準 및 要素 如何가 問題된다 從來의 支配的 見解로서는 雙方可罰性의 原則에 있어서는 引渡犯罪은 被請求國의 法令에 依한 可罰性이 具備되어 있음을 要한다고 했다. 따라서 國外犯에 關한 內國法의 適用規定은 勿論 違法阻却事由·責任阻却事由 被害者의 告訴·時効·赦免·既判力等に 關하는 諸規定을 考慮해서 具體적으로 處罰 可能함이 必要하다고 한다. 그러나 犯罪人引渡를 부드러운 意味의 司法共助라고 理解하는 立場에서는 具體적인 可罰性을 評價하는 基準은 請求國의 法令에 依해서 評價하는 基準보다도 부드러워짐이 바람직할 것이다. 最近의 見解로는 請求國의 法令에 依해서 非親告罪로 되어있는 것이 被請求國의 法令으로는 親告罪로 되어있는 犯罪에 對해서 請求國에서 被害者의 告訴가 없는 것은 犯罪人引渡에는 無妨한 것이다. 被請求國에서 赦免이 된 경우도 같다. 但 時効에 對해서는 本條約 第10條에서 規定하는바와 같이 請求國이나 被請求國의 法令上 時効가 完成되었을 경우는 이미 引渡를 認定하지 않는다.

셋째로는 請求國은 領域外에서 犯한 罪에 對해서 引渡의 請求가 있는 경우의 取扱을 어떻게 할 것이냐 하는 問題이다. 예를 들면 第三國인 C國家에서 A國인이 罪를 犯하고 B國으로 逃走했을 경우에는 A國으로부터 B國에 對하여 引渡請求가 있을 경우에는 어떻게 해야 할 것인가. 덕크(Dvk)에 따르면 이러한 경우에 設令 A國(請求國)의 內國法 및 B國(被請求國)의 國內法에 依해서 當該行爲에 對한 可罰性이 認定된다고 하더라도 引渡의 拒否義務가 주어지는 때가 있다. 특히나 犯人이 第三國人(例 C國人)인 경우에는 引渡를 拒否해야 할 것이다. 그 理由는 第三國家로부터 裁判權을 剝奪하는 것 같은것은 避해야 하기 때문이라고 생각된다. 換言하면 犯罪地國인 第三國으로부터 引渡請求가 있는 경우 이것에 應해야 된다는 結果가 되

기 때문이다. 그래서 그러한 措置가 本條約 第7條2項에 抵觸되는 것이 아닐까 하는 疑問이 남는다. 더구나 本條約 第15條에서는 第三國에의 再引渡를 可能한 것으로 하고 있기때문에 이러한 點에서 問題가 있는것 같다.<sup>11)</sup>

#### 4. 引 渡 犯 罪

本條約 第二條는 犯罪人引渡에 理由가 되는 犯罪 卽 引渡犯罪를 規定하고 있다. 이것에 따르면 犯罪人引渡는 請求國 및 被請求國 雙方の 法令에 의해서 一定한 要件을 充足해서 引渡可能性이 있는때에 限해서 許容된다. 換言하면 雙方可罰性的의 要件과 雙方 引渡可能性이 必要하다.

本條約에 依하면 引渡犯罪는 雙方の 國內法에서 「長期 1年以上의 自由刑 또는 自由剝奪을 隨伴하는 保安處分에 處해야 될 犯罪」인 것이다. 그래서 保安處分에 「處해야 될」것이란 意味는 무엇일까, 刑罰과 保安處分을 概念的으로 明確히 區別하는 立場에서는 이러한 表現에는 疑問이 있을 것이다. 그러나 本條約은 刑罰과 保安處分과의 實質의 共通性에 着眼해서 이러한 表現을 한 것 같다.

다음에는 第二條 第一項인 請求國에서 自由刑 또는 自由剝奪을 隨伴하는 安部處分の 言渡가 있었을 경우에는 그것이 四個月以上の 宣告라야 된다고 規定하고 있다. 不定期刑을 言渡한 때에는 通常 四個月以上の 것을 要求한다고 解釋된다. 그런데 被請求國으로서는 引渡를 要求 당하고 있는 者가 未決 拘禁되었던 期間을 考慮해야 할 것인가. 예를들면 六個月의 自由刑의 言渡를 받은 者가 三個月 未決拘禁을 받고 있을때에 請求國은 法令에 依하면 未決拘留日數를 本刑에 通算이 可能함에도 不拘하고 通算의 言渡가 없었을 경우에는 被請求國은 引渡를 拒否해야 할 것인가. 學說은 「拒否하지 못한다.」고 하고 있다. 但 締結國은 이 點에 對해서 留保(26條1項)를 해서 人道的考慮를 授用할 수 있다.

請求國에서 이미 自由刑의 一部가 執行되어 假釋放이 許容된 者의 殘刑期間이 四個月未滿인 때에는 引渡가 可能한가 또한 請求國에서 四個月以上の 自由刑에 對해서 執行猶豫判決이 있는 경우에는 어떠한가 學說에 의하면 이러한 경우에 假釋放 또는 執行猶豫等이 取扱되었을 때에 限하여 引渡가 許容된다고 說得하고 있다.

#### 5. 政治犯人の 不引渡原則

犯罪人引渡의 制度가 始作되던 當初에는 政治犯人の 引渡가 가장 重要한 意味를 가졌고 또한 가장 頻繁히 行하여 졌었다. 그 後 19世紀에 이르러서 이 制度에 많은 變化가 發生됐다. 政治犯罪를 理由로해서 訴追되는 者는 自由主義的政治活動等을 理由로해서 그의 祖國에 追放되어서

11) 前掲書 pp.34~36.

自由로운 政治體制의 國家로 逃亡한 鬪士인 것이며 따라서 가장 進步的 政治思想의 所有者라고 看做되었었다. 이러한데서 政治犯人の 不引渡가 犯罪人引渡法의 原則으로 되었던 것이다. 벨기 (Belge)는 1832年 犯罪人引渡法에서 政治犯不引渡의 原則을 規定했다. 이 規定은 犯罪人引渡法의 發展에 影響을 미친바 크고 그 後 政治犯人の 不引渡로 定하는 條約이 增加했다. 19世紀末에는 政治犯人不引渡의 原則의 確立이 普遍化됨에 이르렀다.

그러나 政治犯人中에는 無政府主義的인 태로나 人身危害를 한 者도 있기 때문에 이 原則에는 修正이 加해 졌다. 國家의 元首나 그 家族에 對해서 危害를 加한 者에게는 政治犯罪의 特權을 拒否한다는 試圖가 그것이다. 1856年 3月 22日 벨기法이 採擇한 이 條項은 벨기條項 (d'ave · Belge) 또는 加害條項 (d'ave d'attentat)이라고 불리워 지고 있다.

그러나 이 벨기條項에는 單獨的으로 行하는 暴力行爲에만 適用이 限定되어 있어 政治鬪爭의 過程에서 行하여지는 모든 暴力行爲에 對해서는 適用하지 않는다고 하는 不合理한 점이 있다. 그래서 가카스로 1937年 11月 16日 “제네바”에서 締結된 國際聯盟의 「태로行爲防止 및 處罰에 關한 條約」에 依해서 이 不合理한 점이 除去되었다.

反面 類似한 政治體制를 갖는 二國間에는 政治犯罪을 犯罪人引渡에서 除外한다는 것은 正當하지 못한다고 하는 意見이 強力했다. 于先 “나찌스”의 政治體制와 “스타린 政權”下의 소련政治體制와는 暴力으로 呼訴하드래도 全體主義政治의 體制에 抗爭하는 것은 讚美할만한 行爲인 것이며 그때문에 政治犯人에 對하는 保護를 擴大시켜야 한다는 것을 明白히 했다.

이러한 主張의 背景 및 意圖는 理解되기 는 하나 그것을 어떠한 形態로서 條約에 插入시킬 것인가 하는 것은 무척이나 困難한 作業인 것이다. 立法形式으로서 “벨기” (Belge) 條項같이 一般規定을 設定하든가 아니면 스위스法을 본받아 絶對的政治犯인 경우를 除外하고 個別의 事例마다의 固有한 價値를 判斷해야 된다는 것과의 두가지 方法이 있는 것이다. 後者의 立法形式을 採擇할 경우에는 政治犯罪의 分類라는 困難한 問題에 부닥치게 된다.

政治犯罪은 犯罪人引渡法의 見地에서 普通 ①純粹한 政治犯罪 ②複合犯罪 및 ③特別關聯犯罪의 셋으로 分類된다. 그런데 問題는 이들 政治犯罪의 概念이다.

첫째 純粹政治的犯罪란 內亂罪·外患罪等 所謂 絶對的 政治犯罪과 같은 뜻으로 理解되는 것이다. 그래서 純粹政治犯罪에 있어서는 特別한 困難點이 없는 것으로 學說은 一致하고 있다.

둘째 複合犯罪란 政治的動機의 影響下에 個人的法益을 侵害하는 罪를 가리킨다. 그 代表的인 것으로서 政治的目的에서 國家元首의 生命에 對하여 危害를 加하는 行爲를 들 수 있다.

셋째 特別關聯犯罪란 政治暴動의 機會에 犯한 普通法上의 犯罪이며 政治犯罪과의 因果關係가 있는 犯罪을 말한다. 例컨데 政治的騷搖中에 行하여진 兵器庫로부터의 兵器掠奪等이 그것에 該當된다.

上記의 複合犯罪 및 特別關聯犯罪을 政治犯人の 不引渡의 理由가 될 수 있는 政治犯罪에 包

숨되느냐 하는것은 國家에 따라서 或은 學說에 의해서 見解가 對立되고 있는 것이다. “스위스”에서는 1852年 1月 22日에 犯罪人引渡法은 優越主義를 採擇하므로써 具體的인 경우에 있어서 裁判은 裁判官의 裁量에 委任하고( 10 조 2 항 ) 스웨덴의 1957年 12月 6日의 犯罪人引渡法도 스위스法에 따르고 있다.( 第 6 條 ). “프랑스”에서는 政治犯罪의 概念을 많이 擴大해서 複合犯罪 및 特別關聯犯罪의 모든 경우를 이것에 包含시키고 있는것 같다. 이와같이 政治犯罪의 概念이 不明確하기 때문에 犯罪人引渡法에서는 政治犯罪에 該當하느냐의 判斷을 被請求國에 委任할 수 밖에 別 道理가 없는 것이다. 그리고 또한 所謂 社會的犯罪 卽, 國家의 政治的組織과는 獨自的으로 存在하는 社會的組織을 侵害하는 行爲( 이러한 行爲은 無政府主義運動과 더불어 發生 )는 거의 모든 國家에서 政治犯罪概念에서 除外시키고 있는 것으로 解釋된다.

이러한 事情을 勘案해서 本條約은 「引渡請求와 關係되는 犯罪가 被請求國에 依해서 政治犯罪 또는 그것에 關聯된 犯罪라고 看做될 때에는 引渡를 拒否할 수 있다.」고 規定함과 同時에 所謂 “Belge” 條項을 明文으로써 規定했다. 더구나 第 3 條 2 項에서는 「普通法上的 犯罪를 原因으로 하는 引渡請求가 人種·宗教·國籍 或은 政治的 緣由가 있는 者를 訴追 또는 處罰할 것 을 目的으로 하거나 또는 그者の 狀況이 侵害될 念慮가 있다고 被請求國에서 認定될만한 充分한 理由가 있을 때에는 前項의 準則은 適用한다.」고 規定했다. 이것은 普通法의 犯罪를 訴追하는 形式에 隱蔽된 政治的訴追가 行하여 지는 것을 避하기 위하여서 英國法을 본따서 引渡 義務를 負荷시키지 않을 경우를 定할 것이다. 第 3 條 2 項에서 使用된 表現은 現在에 와서는 古典的인 것이 되고 있으나 이 二規定은 所謂 政治難民에게까지 不引渡原則의 適用을 擴大시키고 있는 點에서 새로운 特色을 發見할 수도 있고 不引渡原則이 強化되는 方向으로 發展되어 가고 있다고 할 수 있다.

第 3 條 4 項에서는 本條約 第 3 條의 適用은 締約國이 다른 多國間 條約에 基因해서 現在 負擔하거나 또는 將來 負擔하게 될 義務에는 何等의 影響을 미치지 못한다. 이것은 本條約 締結國이 特別히 戰爭의 罪 및 人道에 違背되는 罪를 政治犯罪의 範疇에서 排除하려는데서 다른 多國間 條約에서 留保될것을 期待했기 때문이다. 따라서 第 3 條 4 項은 第 3 條 1 項에서 定하는 原則을 無効로하며 또한 이것에 代替하는 規定으로 밖에 適用되어서는 아니된다고 解釋된다. 그리고 또한 1969年의 各國擔當者會議에서 集團殺害罪·戰爭의 罪 및 平和에 對한 罪 等은 如何한 경우에도 이것을 政治犯罪로 取扱하지 않을 수 없음을 明文으로써 規定해 두는 것이 妥當하다고 勸告하고 있다.<sup>12)</sup>

## 6. 政治犯人不引渡의—原則 修正

本條約이 規定하는 政治犯人不引渡의 原則에 對해서는 그 後 두개의 重要한 修正이 加해 졌

12) 前掲書 pp.38~40.

다. 其一은 前述한 1975年 10月 15日의 付屬議定書에 依한 것이고 其二는 1977年 1月 27日의 “태도” 行爲防止 유럽條約에 依한 것이다.

먼저 付屬議定書 第一條에서는 다음과 같은 規定을 두었다.

第1條 이 條約 第3條에 適用에 있어서는 다음과 같은 犯罪는 政治犯罪라고 看做할 수 없다.

① 1948年 12月 9日의 國際聯盟總會에서 採擇된 集團殺害의 防止 및 處罰에 關한 條約에 定한 人道에 違反된 罪

② 戰地에서 軍隊의 負傷者 및 病者의 狀態改善에 關하는 1949年의 “쥬네브.” 條約 第50條, 海上에서의 軍隊의 負傷者 病者 및 遭難者의 狀態의 改善에 關하는 1949年의 쥬네브條約 第51條, 捕虜의 待遇에 關하는 1949年의 쥬네브條約 第130條와 戰時에서의 文民保護에 關한 條約 1949年의 쥬네브條約 第147條等に 規定하는 罪

③ 이 議定書의 發効時에 現行의 戰爭法規 및 이 時代에 既存하는 戰爭 慣行에 對하여 類似한 違反이면서 上記의 “쥬네브” 條約의 諸規定에 包含되지 않은 것.

本條約은 1969年의 各國 擔當者會議의 勸告에 따라서 그것을 具體化한 規定으로 理解된다.

다음에 태도防止條約은 一定한 犯罪를 政治犯罪로 看做하지 않는다는 것을 한쪽에서는 義務化시키고 다른 한 쪽에서는 權利化 시켰다. 그 規定은 다음과 같다.

第1條 締約國間의 犯罪人 引渡에 關해서는 다음에 例示하는 어떠한 犯罪도 政治犯罪에 關聯되는 犯罪 또는 政治的動機에 基因한 犯罪로 看做해서는 아니된다.

① 1970年 12月 16日 “헤이그”에서 締結된 航空機의 不法奪取防止에 關한 條約의 適用範圍에 包含되는 犯罪

② 1971年 9月 23日 “몬트리올”에서 締結된 民間航空의 安全에 對한 不法行爲防止에 關한 條約의 適用範圍에 包含되는 罪

③ 外交를 包含한 國際的保護를 받고 있는 者의 生命·身體 및 自由에 對한 攻擊을 包含한 重大한 犯罪

④ 誘拐·人質 또는 重大한 不法監禁을 包含하는 犯罪

⑤ 그 使用이 사람에게 危險을 發生케 하는 경우의 爆彈·手榴彈·로켓트 또는 自動武器나 郵便爆彈 等の 使用을 包含한 犯罪

⑥ 上記 犯罪의 未遂 또는 毀遂 或은 未遂와 共犯으로서 關與한 犯罪

이러한 類型의 犯罪行爲者는 政治犯罪로 看做해서는 아니 된다고 한다.

더욱이나 本條約 第1條의 規定에서 犯罪類型에 包含되는 犯罪는 當該 裁判訴追權을 가지는 國家의 主權에 따라서 裁判함이 가장 適切했기 때문에 本條約 締約國間의 當該國家의 權利로써 裁判할 것을 賦與한 것으로 解釋이 간다.<sup>13)</sup>

13) 前掲書 pp.42~45.

## 7. 一事不再理의 原則

本條約 第9條는 一事不再理의 原則을 두고 있다. 이것은 平續的 理由에서 犯罪人 引渡가 拒否되었을 경우의 하나를 規定한 것이다. *nonbis in idem*이라는 데에제는 독크(W. Duk)에 依하면 通常 *Nebisinidem*으로 表現되고 있으나 如何튼간에 이 두개의 表現은 共히 古代 라틴語의 語法에는 合致되는 것이 아니다.

그것은 그렇다고 치더라도 傳統的인 犯罪人引渡法은 적어도 比較의 最近의 立法形成에 있어서 는 引渡請求에 關係되는 犯罪가 이미 被請求國에 無事訴追의 對象이 되어 있거나 或은 裁判을 받은 事實을 考慮해야 한다는 趣旨을 한결같이 規定했다. 드디어 *Nebis in idem*의 原則은 모든 國家의 刑事訴訟을 支配하는 原則으로 되고 國際關係에 있어서도 尊重되어야 하겠끔 될 것이다.

一事不再理의 原則은 犯罪人引渡에 關係서는 다음과 같은 法的效果를 갖는다.

- ①被請求國에서 同一의 犯罪事實에 對해서 刑事訴追가 進行中일 경우
- ②이 刑事訴追에 의한 裁判의 結果 判決이 確定됨에 이르렀을 경우
- ③同一犯罪事實에 對해서 第三國에서 裁判이 이루어져서 判決이 確定된 경우에는 犯罪人引渡의 拒絶를 할 수 있다는 效果를 낳게 한다.

本條約 第8條는 被請求國에서 引渡請求에 關係되는 犯罪에 對하여 刑事訴追가 開始된 때에는 被請求國은 犯罪人 引渡를 拒絶할 수 있다고 規定하고 있다. 이것에 對해서 第9條는 引渡의 要求를 받고 있는 者가 被請求國에서 同一의 犯罪에 關한 確定判決을 받았을 경우에는 犯罪人引渡는 認定하지 않는다고 規定했다. 但, 被請求國에서 權限이 있는 當局이 同一의 犯罪에 對해서 刑事訴追를 하지 않은 경우 또는 刑事訴追를 終了할 것을 決定한 때에도 引渡를 拒否할 수가 있다. 그러나 本條約은 前記 ③의 경우 卽 第三國에서 同一의 犯罪事實에 對하여 確定判決이 있었을 경우에는 犯罪人引渡가 許容되지 않는다는 趣旨을 規定하고 있지 않다. 적어도 이 限度內에 本條約의 作成者는 一事再理를 認定하려고 했든지 같다. 이것은 第三國에서 刑의 執行을 完了한 者·執行猶豫의 言渡를 받은 者 및 假釋放된 者에 對해서도 같다고 할 것이다. 그러나 本條約은 이러한 경우에 引渡義務를 被請求國에 負擔시키지도 않고 있으므로 締約國은 이러한 경우에 引渡拒否權을 留保할 수 있을 것이다.

1969年의 各國擔當者會議에서는 本條約 等 9條에서 例示하는 一事不再理의 原則을 第三國에서 確定判決을 받은 경우까지 擴大되어야 할 것이라는 勸告가 있었다.<sup>14)</sup>

14) 前掲書 pp.45~47.



## 8. 一事不再理의 原則의 擴大

付屬議定書 第二條는 本條約 第9條에 第2項 乃至 第4項까지를 追加하므로써 一事不再理의 原則의 適用範圍를 擴大시켰다. 그 規定은 다음과 같다.

第二條 ①本條約 第9條에 다음 規定을 追加한다.(本條約의 本來의 9條는 1個項으로 되어 있었던 것인데 以下의 規定은 第2項·第3項과 第4項으로 된다.)

②本條約에 締結國인 第三國에서는 引渡의 請求에 關係되는 行爲에 對해서는 確定判決의 對象이 된 者의 引渡는 다음과 같은 경우에는 認定하지 아니한다.

(가) 그 判決로써 無罪가 言渡되었을 경우

(나) 無罪로서 附課된 自由刑 또는 其他의 處分이

i) 完全히 執行 되었을 경우

ii) 그의 全部 또는 未執行 部分에 對하여 恩赦의 對象으로 된 경우

(다) 裁判所가 行爲者의 有罪는 認定했으나 裁判上 制裁의 言渡를 하지 않는 경우

③前項의 規定에도 不拘하고 第2項의 경우에서 다음에 例示하는 事由에 該當하는 때에는 犯罪人引渡를 認定할 수가 있다.

(가) 判決의 原因이 되었던 行爲가 請求國에서 公의性格을 갖는 者 制度·財産에 對한 犯罪의 경우

(나) 判決의 對象人 自體가 請求國에서는 公의性質을 갖는 者

(다) 判決의 原因이 된 行爲의 全部 또는 그 一部가 請求國의 領域 또는 領域과 同一視되는 場所에서 犯한 경우

④第2項 및 第3項의 規定은 外國의 刑事判決에 賦與하는 一事不再理의 効力에 關하는것 보다도 넓은 國內法의 適用을 妨害하지 않는다.

이 追加된 第2項 乃至 第4項의 規定은 1970年 5月 28日의 刑事判決의 國際効力에 關한 유럽條約(1974年 7月 26日 發効) 第53條 및 第56條와 거의 同一한 內容인 것이다. 이 條約(刑事判決 効力 條約)은 犯罪 및 刑事制裁의 種類如何를 不問하고 모든 外國 刑事判決에 對해서 널리 國際的인 一事不再理의 原則을 適用하려고 하는 것이므로 이 條約과의 均衡上 犯罪人引渡의 경우도 一事不再理의 原則의 適用範圍가 擴大될 것이 要請되었던 것이다.

## 9. 自國民의 不引渡 原則

傳統的인 犯罪人引渡法이 各國의 主權을 尊重한다는 配慮를 基本으로 한다는 事實은 自國民

不引渡의 原則을 闡明한 理由의 하나라고 한다. 그러나 이 原則은 英國·美國 및 캐나다 에서는 採用되고 있지 않다.

自國民 不引渡의 原則에 對해서는 이미 強力한 批判이 加해지고 있다. 그것은 1880 年의 國際法學會의 옥스포드 會議과 1935 年의 “고평하경”에서 開催되었던 刑法統一化 國際會議에서 이 原則의 消滅을 要望하였다. 그런데 이 自國民 不引渡의 原則은 다음과 같은 理由에서 그 消滅이 要望되었던 것이다. 于先 外國의 裁判에 對한 不信感에 根據하고 있다는 것은 틀림이 없다. 이러한 原則은 國際的連帶性에 逆行하는 것이 되며 最良의 裁判官轄權(犯罪가 行하여진 國家의 裁判權)을 排除하는 結果가 된다. 此外에 同一犯罪의 共同正犯과 共犯이 各己 國家의 裁判所에서 裁判을 받고 相異한 判決을 받은 경우도 있고 또 自國民은 訴追하지 않고 또는 訴追하더라도 無罪로 判決할 可能性도 있다. 自國民 不引渡의 原則은 國家間의 潛在해 있는 暗默의 敵對性에 基因한 것이었으나 將來에 있어서의 國際共同體의 進展이 이 原則을 消滅시키는 方向으로 誘導할 것은 틀림이 없다.

本條約 第 6 條는 犯罪의 種類 및 輕重의 如何를 不問하고 自國民의 引渡를 拒絶할 수 있는 權限을 締約國에 賦與하고 있다.(第 1 項 a 號). 自國民이라는 語義를 定하는 權限은 各締約國에 賦與한다.(第 1 項 b 號). 그래서 自國民의 資格을 引渡請求에 對해서 決定할 때를 基準으로 해서 認定한다. 그러나 이 決定이 있는 後 身格引渡前에 自國民의 資格이 認定될 때에는 引渡를 拒絶함을 許容된다.(第 1 項 c 號). 本條約이 이와같은 常識的인 解決의 길을 擇할 것은 自國民의 不引渡를 憲法에서 保障하고 있는 國家가 있음을 考慮했기 때문인 것이다.

그렇다면 自國民의 引渡를 拒絶한 被請求國은 그 自國民을 訴追하고 裁判을 해야 할 義務를 가지느냐. 萬一 이러한 義務를 條約으로서 賦課한다고 하면 「그로쥬우스」의 「引渡하든가 아니면 罰하든가」의 主張을 實現하는 것이 된다. 그러나 本條約은 이 點에 關해서는 明確한 規定을 하고 있지 않다. 第 6 條 2 項에 의하면 被請求國은 請求國의 請求를 기다려서 自國의 權限 있는 當局이 相當하다고 認定할 때에는 訴追를 할 수 있겠끔해서 權限當局에 送致하지 않으면 아니된다. 結局 事件送致의 義務는 있으나 訴追의 義務까지는 負課되어 있지는 않다.

本條約의 이러한 立法態度는 穩當한 解決策과 같이 생각되어진다. 그것은 被請求國에서 自國民을 訴追하려면 訴追에 必要한 證據의 收集을 前提로 한다는 것은 勿論이려니와 訴追나 不訴追냐를 決定하는 立場의 判斷基準이 請求國과 被請求國間에 틀린다는 것을 考慮하지 않으면 아니 되기 때문이다. 또한 自國民이 外國에서 犯한 罪에 對해서 被請求國의 刑罰法規가 屬人主義 및 保護主義에 依해서 適用되지 않은 경우에는 勿論 被請求國은 權限 있는 當局에 事件을 送致할 義務는 없는 것이다. 不引渡에 代身해서 自國民은 處罰한다는 所謂 代理의 刑事司法의 原則은 반듯이 屬人主義의 根據가 되는 것이 아니다. 이것을 換言하면 屬人主義에 의한 內國刑法의 適用이 없다고 해서 自國民을 引渡해야 할 義務가 發生하는 것도 아니다.

그리고 1969 年의 各國擔當者會議에서 引渡를 要求받고 있는 國家와 請求國에 長期의 居住 또는 永久的 居住에 의한 實際的連繫가 存在하는 경우에는 犯罪人引渡를 拒絕하는 可能性을 當事國에 賦與해야 할 것이라고 勸告했다.<sup>15)</sup>

## 맺 는 말

이상에서 犯罪人引渡에 關한 유럽條約을 中心으로 유럽 諸國에서의 犯罪人에 對한 處遇問題를 如何히 다루고 있는가를 살펴 보았다. 勿論 유럽의 地域的인 特殊事情이 이러한 條約締結을 妨礙한 特殊한 原因도 있겠지만 그에 앞서 締約當事國들이 相互間에 오늘날의 刑事犯罪의 共同防衛意識이 強하게 作用하고 있음을 알 수 있다. 그러면 여기서 우리나라가 位置한 東北亞細亞로 눈을 돌리고 이러한 유럽에서 進取하게 運用되고 있는 이러한 條約締結은 不必要한 것인가, 或時 必要하다면 이러한 條約締結을 위해서는 우리나라에서는 如何히 對處해야 할 것인가가 問題를 남게 된다.

때마침 本稿執筆中에 中共의 民航機가 우리나라의 前方○○基地에 不時着陸한 事件이 發生했는데 이 事件이 單純한 不時着이 아니었고 또한 純粹한 亡命을 위한것도 아니었다. 卽 이른바 「하이작크」事件(航空機強取事件)이었다.

그래서 大韓民國 建國以來 外交關係가 없는 韓中兩國의 戰後最初의 公式接觸으로써 注目되었던 中國民航機 強取事件을 둘러싼 韓中交涉은 兩國則의 努力으로 理性的으로 處理되어 今後의 兩國關係에 一定한 條件付이면서도 밝은 展望을 안겨 주었다. 그러나 이 強取犯들이 自由中國으로 보내줄 것을 要求함에 따라 自由中國과는 國交가 있는 우리나라에 飛來한 事件인 만큼 當初부터 韓國則으로서는 當然히 政治亡命者로서 自由中國으로 送環하리라는 觀測이 強했었다. 大韓民國 政府에서도 事件이 發生한 5月5日의 段階에서는 “하이작크”事件으로 取扱하지 않고 「歸順」乃至 「不時着」事件으로서 取扱하려는 態度를 엿보이게끔 하고 있었다.

그러던 것이 一轉하여 自由中國의 意向과 期待에 反하는 解決策을 取한 理由는 첫째 國際條約上的 制約을 들 수 있다. 當事國인 中共과 大韓民國 兩國 共히 「하이작크」防止條約(해그條約)에 加盟國이며 今般의 事件을 이 條約에 따라서 處理하려면 ①犯人을 中共側에 引渡하느냐 ②大韓民國의 國內法으로서 嚴罰에 處하느냐의 兩者擇一의 抉擇에 없다.

萬一 自由中國에서의 亡命을 認定할 경우에는 大韓民國은 中共側의 非難을 免치 못할것 뿐만 아니라 「사밀으」(先進國首腦會議)의 合意에 依해서 國內法으로서 嚴罰에 處하지 않은 國家의 航空機는 「사밀으」 構成國에 航空을 拒否된다고 하는 重大한 制裁를 받게 된다. 5月6日 事件發生 翌日에 大韓民國政府가 國際條約 遵守方針을 內外에 明確히 한 것도 이러한 背景에서

15) 國際形法의 新動向 國際形法研究第一卷 禁下忠著 成文貴 1779.7.10.

였으며 또한 自由中國도 同條約의 加盟國으로써 不得已 固執할 수 없음을 잘 알고 있었기 때문에 더 이상의 승강이를 못했으리라고 생각한다. 또 한쪽 犯人引渡를 要求했던 中國側에서도 大韓民國이 條約에 따라서 國內法으로 處理한다고 宣言한 以上 더 反對하지 못하고 結局은 大韓民國의 國內法에 依해서 處罰하기에 落着된 것이다.

이와같이 우리나라로서는 全然 예기치 못했던 事件이 發生하므로써 政府當局에서도 當然한 느낌을 온 國民들앞에 엿보이게 해줌으로써 우리 國民들은 政府의 處理結果에 크게 注目하지 않을 수 없었다. 이렇게 볼때에 犯罪人 引渡에 關한 條約이 비단 베네룩스三國에 依해서 出生했다고는 하나 狹少해져가는 現代 世界情勢속에서는 우리가 處해 있는 東北亞細亞에서도 이러한 犯罪人 引渡를 위한 國際條約의 存在의 必要性을 絶感하는 바이다.<sup>16)</sup>

16) サンケイ新聞 83.5.19. 15面

— Summary —

**A Study of New Trend of International Criminal Law:  
from the Viewpoint of Extradition Treaty**

*Kim Kwang-taek*

As the result of the adherence to the conception of sovereignty, the principle of nationalism in criminal law has come to be a traditional one in the domain of criminal law. But recently this principle has begun to be changed. After World War II a new trend in criminal law has been in the non-European nations and Benelux indicated by the establishment of unified legislation and the conclusion of a treaty among them.

Recently the world has become smaller and smaller by the appearance of high speed transportations including airplane. And such phenomenon has caused the increasement of international interchanges in men and goods, and that of international crimes, foreign criminals, and criminal's escape to foreign nations.

All nations of the world, which face such problems, have come to realize that they need the intensification of solidarity among them for the purpose of preventing of such international crimes and disposing of the problems of criminals' punishment.

From, this viewpoint, the researcher surveyed European nations' treaties of extradition, which are in force now, and discussed the problems in cooperation among Asian nations, conclusion of treaties, and their texts, for the day when crimes connected with foreign nations are committed in Korea in the future.

This study will be expected to help the authorities concerned in the process of legislation.