

세상은 눈물로 가득 차 있기에:¹

한국에서 국제불법입양에 대한 민·형사 공소[소멸]시효를 소급 철폐해야 하는 이유

다니엘 에델슨(Daniel A. Edelson²)

서론

6.25 동란 후 60 년 간, 한국에서 해외 입양부모에게 입양 보내진 아동의 수는 최고 200,000 명에 달한다. 정확한 수는 알려져 있지 않으나, 해외입양자 인권단체에서는 이들 중 일부가 한국 또는 입양국가의 법률상 국제입양 자격이 없었다고 한다. 한국 입양기관은 아기를 포기하도록 산모에게 부적절한 압박을 가하는 등 인권유린 행위를 하였고, 부모 동의 없이 입양신청을 진행했으며, 아이들을 고아로 만들기 위해 각종 서류를 위조했다는 것이 이들의 주장이다. 또, 일각에서는 한국의 과거 군사독재정권이 경제적 이익을 추구하기 위해 국제불법입양을 조장했으며, 한국의 입양기관이 그 첨병 역할을 했다고 주장한다.

¹ The Stolen Child, W.B. Yeats.

² 저자는 한국의 황필규 변호사(공익인권법재단 공감, www.kpil.org)와 김정선 변호사의 사려 깊은 통찰력과 의견에 대해 심심한 감사를 표한다. 또한 송실대학교 대학원생 장지훈씨 및 손상용씨의 조사 및 번역 지원도 감사 드리는 바이다. 논란의 여지가 많은 주제에 대한 Jane Jeong Trenka 씨의 의견에 대해서도 특별한 감사를 드린다. 저자의 이메일 주소는 daniel_edelson@yahoo.com 이다.

일부 해외 입양인들은 입양기관과 한국 정부를 상대로 민사적 구제조치를 요구하고 있으며, 불법입양을 추진한 책임자들에 대해 한국 정부의 형사기소를 바라고 있다.

그러나 한국의 경직된 공소[소멸]시효 규정이 국제불법입양 책임자들에 대한 민·형사 소송을 어렵게 만들고 있다. 본 논문에서는 대한민국 사법부 또는 입법부가 민·형사 공소[소멸]시효를 소급적으로 철폐, 정지 또는 대폭 연장하여 국제불법입양에 관한 소송 사건을 실체적 관점에 입각하여 법원이 판결할 수 있도록 해야 한다고 제안하는 바이다.

본 논문은 총 5 장로 구성되어 있다. 제 1 장에서는 국제입양을 훈탁하게 하는 인권유린적 관행과 함께 한국의 국제입양과 관련한 부패상을 살펴본다.

제 2 장에서는 영미법(common law)과 대륙법(civil jurisdiction)에서 시효 규정을 두는 이유와 적용하는 방식에 대해서 설명한 후, 가치 있는 청구가 기각되는 경우가 발생하는 등 시효 규정의 문제점을 살펴본다. 또한, 한국이 공소[소멸]시효 규정을 경직적으로 적용할 경우 한국법원이 불법입양의 실체적 진실에 접근하지 못하게

되는 경위를 설명한다.

제 3 장에서는 한국을 포함한 세계 여러 법역에서 공정성과 정의의 원칙을 이유로 공소[소멸]시효를 경직적으로 적용하지 않고 오히려 시효를 철폐, 연장 또는 정지시키는 경우에 대해 살펴본다. 각 국가는 통상적으로 원고가 자신의 귀책사유 없이 적기에 소송을 제기할 수 없는 경우가 있을 때 시효 규정을 완화해서 적용한다.

제 4 장에서는 제 2 장 및 제 3 장에서 살펴본 원칙에 따라, 한국이 국제불법입양에 적용되는 공소[소멸]시효를 철폐하는 것이 바람직하며 이미 기한 만료된 청구의 경우에도 소급적으로 적용해야 함을 주장한다. 마지막으로, 제 5 장에서는 결론을 정리하고 여러 대안을 간략히 살펴본다.

I. 국제입양, 아동세탁, 그리고 대한민국

A. 국제입양의 사업화 및 부패에 관한 주장

자선운동으로 시작된 국제입양은 한국전 이후 수십 년을 거치는 동안 영리사업으로 변모해 갔다.³ 입양사업은 수지가 좋은 사업이다. 입양을 희망하는

³ Schuster Institute for Investigative Journalism, Capsule History of International Adoption, *Adoption Law: A History of Fictions* (2011. 2. 23), 출처: <http://www.brandeis.edu/investigate/adoption/history.html> (“1955 년에서 2006 년 사이, 입양은 자선활동에서 민간산업으로 변형되었다”); Tobias Hübinette, *Comforting an Orphaned*

자들은 타국 출신의 아동을 입양하기 위해 수만 달러 이상을 흔쾌히 지불하고 있다.⁴ 그리고 이 수요를 충족하기 위해 전세계 여러 국가(“송출국”)에서 활동하고

Nation: Representations of International Adoption and Adopted Koreans in Koreans Popular Culture, 스톡홀름 대학교 동양어학과 박사논문 (2005) 17 쪽, 출처: <http://su.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:197367> (“한국전쟁 후 당장의 인도주의적 문제를 장기적으로 해결하는 방식이라는 애초의 의도가, 이와 다른 이익, 그 중에서도 수익성이 높은 입양산업의 유지를 위한 형식적인 허울로 대체되었다는 점에서 한국아동의 미국입양을 목적 전치 현상으로 보는” 여러 연구사례를 언급함); Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Recommendation 1443 on International Adoption: Respecting Children’s Rights* [이하 “Recommendation 1443”이라 함.] ¶ 2 (2000 년) (“국제입양이 시장과 다름 없는 존재로 변형된 현실”을 “맹렬히” 비난함); 1950 년대 및 1960 년대에 한국과 미국 간의 국제입양이 정착되게 된 경위에 관한 논의로는 Catherine Ceniza Choy, *Institutionalizing International Adoption: The Historical Origins of Korean Adoption in the United States*, (Kindle Location 784) INTERNATIONAL KOREAN ADOPTION: A FIFTY-YEAR HISTORY OF POLICY AND PRACTICE (Kathleen Ja Sook Berquist, M. Elizabeth Vonk, Dong Soo Kim, Marvin D. Feit, ed.) [이하 “International Korean Adoption”이라 함.] (킨들판 2013) (외국의 양부모들에게는 국제입양의 동기가 다 다를 수 있다. 즉, 타국 출신의 아동에 대한 선호도, 외국에 고아 문제가 위기수준으로 심각하다는 생각, 타국 출신의 아동을 종교적으로 교화하고 싶다는 희망 등 다양하다.); Kathryn Joyce, *THE CHILD CATCHERS: RESCUE, TRAFFICKING, AND THE NEW GOSPEL OF ADOPTION* [이하 “THE CHILD CATCHERS”라 함.], Kindle Locations 135, 976 (킨들판 2013) 참조.

⁴ Veronica Dagher, *Adopting? Prepare to be Surprised*, Wall Street Journal (2013. 2. 23), 출처: <http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323452204578287961483250712.html> (중국 출신의 아이 입양에 드는 비용이 미화 50,000 불까지 소요된다고 보고함.); Caryn Fisher, *Baby Exporter: Taking a Closer Look at Korean Adoptions* (2012. 2. 8), 출처: <http://blog.keia.org/2012/02/baby-exporter-taking-a-closer-look-at-korean-adoption> (한국 아이 입양에 드는 비용이 1988 년 \$5,000, 2000 년에는 \$10,000 에서 인상되어 현재 최고 \$16,000 이 소요된다고 추정함.); Matthew Rothschild, *Babies for Sale: South Koreans Make Them, Americans Buy Them*, The Progressive (1988), 출처: http://www.adopteesolidarity.org/bbs/board.cgi?id=docs&action=view&gul=93&page=1&go_cnt=0&category=Documents 참조.

있는 입양기관들은 매년 아동 수천 명을 미국, 캐나다, 서유럽(“수용국”) 등에 있는 입양가정으로 보내고 있다.⁵

그러나 이 과정에서 송출국의 정부 및 입양기관들이 부적절한 행위를 하는 경우가 있다. 이 사실에 대해서 국제입양의 지지자 및 반대자들 모두가 동의한다. 단, 그러한 위법행위의 빈도 및 정도에 관해서는 연구자들 간에 이견이 있다.⁶ 국제입양 비판론자들은 고아로 주장된 아이들 중에 부모 한쪽이나 양쪽으로부터 팔려가거나, 회유되거나, 유괴되거나, 그 외 사기적인 방법으로 확보한 아이들이 많다고 주장한다.⁷ 많은 경우 입양기관들은 공무원과 결탁하여 “아동세탁”이라고 하는

⁵ National Council for Adoption, Adoption Advocate No. 44 (전세계 최대 수용국 열거), 출처: <https://www.adoptioncouncil.org/publications/adoption-advocate-no-44.html> 참조.

⁶ 예를 들어, Elizabeth Bartholet, *International Adoption: Thoughts on the Human Rights Issues*, 13 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 151, 178-79, 185-87 (2007) (국제입양에 인권유린 행위가 만연해 있다는 주장에 이의를 제기함과 동시에, 국제입양은 결함이 있더라도 아동의 최선의 이익에 부합하며 이 아이들이 입양되지 않았다면 모국에서 학대나 악조건 하에 놓여졌을 것이라고 역설함.); Richard Carlson, *Seeking the Better Interests of Children with a New International Law of Adoption*, 55 N.Y. Sch. L. Rev. 733, 765-66 (2010/2011) (“[국제 입양에 있어] 부패 문제가 그리 심각한 것은 아니다.”); 그리고 Elizabeth Bartholet, *Permanency Is Not Enough: Children Need the Nurturing Parents Found in International Adoption*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 781 (2010/11) 참조.

⁷ 예를 들어, David Smolin, *Child Laundering: How the Intercountry Adoption System Legitimizes and Incentives the Practices of Buying, Trafficking, Kidnapping, and Stealing Children* (이하 “Child Laundering and the Intercountry Adoption System”이라 함.) 52 Wayne L. Rev. 113 (2006); Recommendation 1443, 위 각주 3 ¶¶ 2-3 쪽 (“취약 가정에 가하는 심리적 또는 금전적 압박 등 상업적 관행 및 경향과 함께, 입양을 활성화하기 위해 저지르는 모든 범죄를 격렬히 비난하며” ... “안타깝게도 국제입양으로 인해 아동의

과정을 통해, 외국에 있는 양부모가 아이를 입양할 수 있도록 고아신분을 증명하는 허위 서류를 만들기도 한다.⁸ 그리고, 국제입양 비판론자들은 일부 송출국이 이러한 인권유린적 관행을 척결하기 위해 국제입양에 대한 규제를 강화할 경우, 관리 감독이 느슨한 국가로 입양기관들이 사업을 이전하여 여전히 수용국의 아동 수요를 충족해 나간다고 주장하고 있다.⁹

해외입양자 인권단체들은 영리(또는 여타 목적)를 위한 불법 아동수출이 아동과 아동의 원가족(family of origin)에게 고통을 주고 있다고 말한다.¹⁰ 불법 입양된

권리가 무시될 수 있으며 입양이 아동의 최선의 이익에 부합하는 것만은 아니다”라는 점을 경고함.) 참조.

⁸ 불법 기업의 수익이 정당한 출처에서 발생하는 것으로 위장하기 위해 “세탁”하는 것과 마찬가지로, 국제입양 목적을 위해 아동을 고아로 허위 표기하는 과정을 묘사하기 위해 David Smolin 교수가 이 용어를 사용한다. David Smolin, *Child Laundering and the Hague Convention on Intercountry Adoption: The Future and Past of Intercountry Adoption* (이하 “Child Laundering and the Hague Convention” 이라 함.) 48 U. Louisville L. Rev. 441, 445 (2010) 참조.

⁹ 과테말라가 국제불법입양을 단속하자 “신규시장”인 에티오피아로 이전한 입양기관들을 소개한 Joyce, *THE CHILD CATCHERS*, 위 각주 3, Kindle Locations 2893-2905 참조; Karen Rotabi, *From Guatemala to Ethiopia: Shifts in Intercountry Adoption Leave Ethiopia Vulnerable for Child Sales and other Unethical Practices*, Socmag (2010. 6. 8.) (상동), 출처: <http://www.socmag.net/?p=615>.

¹⁰ Michelle Goodwin, *The Free Market Approach to Baby Adoption*, 26 B.C. Third World L.J. 61 (2006) 전체 내용 참조.

아동의 경우, 자신의 친생부모와 부적절하게 이별을 했다는 사실과 함께 자신의 정체성이 지워졌다는 사실을 알고 심리적 절망 등에 빠질 수 있다.¹¹

국제불법입양은 UN 아동권리협약(United Nations Convention on the Rights of the Child)등과 같은 국제문서에서 규정한 아동인권을 침해할 소지가 있다.¹² 실제로, 일부 비판론자들은 현재 국제입양의 행태는 일종의 아동매매 성격을 띠고 있다고 주장한다.¹³ 그리고, UN 총회는 “부정입양”을 인신매매의 한 형태로 간주함으로써 이러한 주장에 힘을 실어주고 있다.¹⁴

¹¹ David Smolin and Desiree Smolin, *The Aftermath of Abuses in the Lives of Adoption Triad Members: Responding to Adoption Triad Members Victimized by Abusive Adoption Practices*, Joint Council on International Children's Services 의 연례 심포지엄에서 최초 발표, New York, New York. (2012 년 4 월), 출처: http://works.bepress.com/david_smolin/12 참조.

¹² United Nations Convention on the Rights of the Child, 1588 UNTS 530 (1991. 1. 16. 발효), 제21조 (a)-(d) (“아동 입양은 부모나 친척, 후견인과 관련된 아동의 신분상태를 고려한 입양의 허용여부를 관계 법령과 절차에 따라 적절하고 신빙성 있는 정보에 기초해 판정하는 관할당국에 의해서만 승인”되도록 규정함; “국내 입양아에게 적용되는 보호조치와 기준에 상응하는 보호조치와 기준을 해외 입양아가 동등하게 누릴 수 있도록 보장하고; 해외입양의 경우 양육지정이 입양관계자들에게 부당한 금전적 이익을 주는 결과가 되지 않도록 모든 적절한 조치를 취해야 한다”고 요구함); Council of Europe Commissioner on Human Rights, *Adoption and Children: A Human Rights Perspective* (2011), 출처: www.commissioner.coe.int 참조.

¹³ Siobahn Clair, The University of Queensland Human Trafficking Working Group, *Child Trafficking and Australia's Intercountry Adoption System*, 3 (2012), 출처: <http://www.law.uq.edu.au/documents/humantrafficking> (“아동매매”라는 용어는 국가간 입양과 오랫동안 연관되어왔다”라고 설명함.); David Smolin, *Adoption as Child Trafficking*, 39 Valparaiso Univ. L. Rev. 281, 323 (2004) (“필자의 주장이 정확하다면, 적어도 현재의 상황 및 맥락에서는 국제입양을 일종의 아동매매로 보는 시각이 대체로 정확하다.”); 단, Bartholet, *Thoughts on the Human Rights Issues*, 위 각주 6, 187 쪽 (“... 그러나 국제입양에 일부 불법적인 요소가

전문가들에 따르면 한국은 최소 160,000명¹⁵에서 최대 200,000명의 아동을 해외로 송출하였다고¹⁶ 한다. 본 논문이 비록 한국에 초점을 두고 있지만 불법 해외 입양은 한 국가만의 문제가 아니다.¹⁷ 학자들은 특히, 캄보디아,¹⁸ 아이티,¹⁹ 인도,²⁰ 과테말라²¹ 등에서 자행되는 인권유린적 관행을 지적하고 있다.

있는 경우에도, 여타 “인신매매” 관행으로 인해 체계적으로 이루어지는 것과 같은 종류의 아동 착취가 이루어진다는 증거는 없다. 국제입양을 편견 없이 보는 경우, 입양아가 사랑을 받으며 자라나는 가족에게 입양되는 경우가 압도적으로 많고, 같은 수용국에서 자라나는 대부분의 아동들과 마찬가지로 잘 자란다는 사실은 인정해야 할 것이다.”) 참조.

¹⁴ 1994년 12월 23일 총회 결의 49/166.

¹⁵ 스웨덴 Södertörn 대학교의 Tobias Hübinette 교수에 의하면, 대한민국 보건복지부는 1953년부터 2004년 사이에 158,343건의 해외입양이 있었다는 통계수치를 발표했다. http://www.tobiashubINETTE.se/korean_adoptions.pdf 참조. 진실과 화해를 위한 해외입양인 모임(Truth and Reconciliation for the Adoption Community of Korea) (“TRACK”)의 공동 설립자인 Jane Jeong Trenka는 2012년까지 한국에서 송출한 국제 입양아의 수는 166,565명에 달한다고 주장한다(2013년 11월 5일 Jane Jeong Trenka 이메일). 동 모임은 한국의 입양 제도 개혁을 주장하는 한국의 조직이다. TRACK은 자체 웹사이트(www.adoptionjustice.com)에서 “성인 입양인, 아동, 그리고 가족의 인권을 보호하기 위하여 과거와 현재의 입양 관례에 대한 모든 지식과 정보의 공개를 대변”한다고 밝히고 있다.

¹⁶ 일부 학자들은 아무런 기록도 없이 해외로 입양된 아동도 있기 때문에 실제 입양아의 수가 200,000에 육박한다고 주장한다. Shawna O’Reilly, *Korean Adoption Program Changes are Examined by Korean Adoptee*, Examiner.com (2013. 2. 28) 참조. 출처: <http://www.examiner.com/article/korea-adoption-program-changes-are-analyzed-by-korean-adoptee>.

¹⁷ Smolin, *Child Laundering and the Intercountry Adoption System*, 위 각주 7, 125쪽 참조. 수용국에서 형사 고소는 어렵겠지만, 불법 입양은 대개 수용국의 법률도 위반한다. 발생 가능한 형사범죄와 구제 수단에 관한 논의로는 Katie Rasor, et al, *Imperfect Remedies: The Arsenal of Criminal Statutes Available to Prosecute International Adoption Fraud in the United States*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 801, 802 (2010) 참조.

¹⁸ 인권유린 행위의 만연으로 인해 캄보디아는 2009년 국제입양 일체를 중지시킴. Brandeis 대학교 Shuster Institute of Investigative Journalism, 캄보디아의 국제입양에 관한 기사 모음 참조. 출처: <http://www.brandeis.edu/investigate/adoption/CambodiaNews.html>. 또한, Denise Hubry, *Cambodia tries to Solve*

B. 한국에서 자행된 국제불법입양에 관한 주장

한국은 입양절차가 윤리적이고, 안전하며 효율적이라는 이유로

입양부모들에게 인기가 있다.²² 실제로, 국제입양의 비판론자들과 옹호론자들 모두

한국이 송출국 중 가장 모범적인 관행을 갖고 있다고 입을 모은다.²³ 중국도 한때는

its Baby-Stealing Problem, *Global Post* (2012. 9. 12.), 출처: <http://www.globalpost.com/dispatch/news/regions/asia-pacific/cambodia/120912/international-adoptions-cambodian-orphans>) 참조. 캄보디아는 입양금지조치를 해제하였으나, 지속적인 매매 및 인권유린 행위로 인해 미국은 캄보디아 출신 아동의 입양을 허용하지 않고 있다. http://adoption.state.gov/country_information/country_specific_alerts_notices.php?alert_notice_type=notices&alert_notice_file=cambodia_5.

¹⁹ Rasor 외, 위 각주 17, 802 쪽 (아이티에서 대지진 후에 미국 선교사들이 이재민들에게 아이를 포기하면 돈을 주겠다고 제안하며 언제라도 원할 때는 아이를 보러 갈 수 있다고 속였다는 주장을 포함해, 재정적 이득을 위해 “소위 ‘고아’를 만들기 위한 안타까울 정도로 흔한” 수법에 관해 설명함.) 참조.

²⁰ Arun Dohle, *Inside Story of an Adoption Scandal*, 39 *Cumb. L. Rev.* 131, 147-148 쪽 (2009) (일부 아동은 법적으로 입양자격을 채 갖추기도 전에 양부모에게 넘겨지는 등 국제입양 대가로 터무니없는 금액을 요구하며 아이들을 악조건의 환경 하에 수용하는 입양기관들의 사례를 소개함.) 참조.

²¹ Smolin, *Child Laundering and the Hague Convention*, 위 각주 8, 477-478 쪽 (과테말라의 입양아 송출 관행이 너무나 “부패하고, 영리 추구적이며, 아동매매가 만연하여” 2007년에는 미국 국무부가 과테말라 아동의 입양에 대한 경고사항을 웹사이트에 게시하였음을 설명함.) 참조.

²² Kristi Brian, *Marketing Korea: Marketing “Multiculturalism” to Choosy Adopters*, (Kindle Location 1563) INTERNATIONAL KOREAN ADOPTION (위 각주 3) (한국은 입양부모가 아이를 데려가기 위해 출생국으로 오도록 요구하지 않는다는 점 등 입양 희망자들에게 매력적인 요소들이 많음을 설명함.) 국제 입양기관들이 한국에서 운영을 개시하여 미국에서 한국 아동의 국제입양을 활성화시킨 경위에 관한 흥미 있는 역사적 관점에 관해서는, Choy, *Institutionalizing International Adoption: The Historical Origins of Korean Adoption in the United States*, 위 각주 3, Kindle Location 784 참조.

²³ Carlson, *Seeking the Better Interests of Children*, 위 각주 6, 766 쪽 (한국이 캄보디아 및 인도에 만연한 “부패를 피해간 것으로 보인다”고 평함.); Smolin, *Child Laundering and the Intercountry Adoption System*, 위 각주 7, 134 쪽 (한국은 수 많은 국제 입양아를 송출함에도 불구하고 “부패 및 세탁이 상대적으로 적었다”고 지적함.)

한국처럼 평판이 좋았지만, 중국 입양관행의 부패상을 폭로하는 보고서가 최근 많이 발표됐다.²⁴

하지만 일부 인권단체는 국제입양에 있어서 부패가 없기로 알려진 한국의 평판에 대해 문제가 있다고 주장한다.²⁵ 한국에는 최근에 개정된 입양특례법이 있다. 개정 전에도 그리고 후에도 입양특례법은 부모가 살아 있는 경우, 아이의 입양에

²⁴ 예를 들어, Patricia Meier and Xiaole Xhang, *Sold into Adoption: The Hunan Baby Trafficking Scandal Exposes Vulnerabilities in Chinese Adoptions to the United States*, 39 *Cumb. L. Rev.* 87, 87-89 쪽 (2009) (2002 년에서 2007년 사이에만 중국의 고아원에서 아동매매된 수백에서 천명에 이르는 아이들의 입양사례를 소개함. 한 사건에서는 아동 매매업자로부터 아기들을 사서 입양용으로 팔아 넘기던 양로원 및 고아원 원장이 경찰에 체포 됨.); Charlie Custer, *Kidnapped and Sold: Inside the Dark World of Child Trafficking in China*, *The Atlantic* (2013. 7. 15), 출처: <http://www.theatlantic.com/china/archive/2013/07/kidnapped-and-sold-inside-the-dark-world-of-child-trafficking-in-china/278107/> (부패가 거의 없다고 입양기관들이 칭찬하던 나라인 중국에서 아이들을 납치하여 가짜 신분증을 부여하고 국제 입양기관들에게 팔아 넘기는 방식을 설명함.)

²⁵ Jane Jeong Trenka, <http://jttrenka.wordpress.com/about/adoption-file> “한국은 윤리 및 합법성 면에서 국제입양의 “캐딜락”이라는 칭찬을 받았다. 과테말라, 캄보디아 등의 송출국을 비판하는 개혁가들은 이들 역시 입양 프로그램이 한국의 수준 정도만 되었더라면, 국제입양 관행이 공정하고 윤리적이며 합법적이고 아동의 최선의 이익에 부합하며, 친부모 가정에게도 품위 있고 정중한 관행이 되었을 것이라고 주장한다. 내 입양서류를 인터넷에 올려 한국에서 **실제로** 어떤 일이 있었는지 공개할 용의가 있다.”(원문 상 강조 표시).

동의하도록 요구하고 있다.²⁶ 그러나 인권단체는 아래와 같은 이유로 수 많은 해외입양 건이 입양특례법을 위반했으며, 국제 규범에도 어긋난다고 주장한다.²⁷

- 부모 둘 또는 한 명이 실명으로 아이의 입양에 동의를 하지 않았다.
- 부모가 아닌 자가 입양 동의를 하였다.
- 부모 중 한 명만 입양 동의를 하였다.
- 해외 입양이 아닌 국내 입양에만 동의를 하였다.
- 입양동의서 상의 서명이 위조되었다.
- 미혼모들은 아이를 포기하도록 부적절한 압박을 받았으며, 한국에서 미혼모로 아이를 기르는 것이 불가능할 것이라는 말을 입양기관으로부터 들었다.²⁸

²⁶ 한국 입양법 제 6 조 및 개정 입양특례법 제 9 조 제 2 항 참조. 동 법은 한국의 입양제도의 폐단에 대응하기 위해 최근 개정되었다.

²⁷ 다음 7 가지 사항은 TRACK 의 *Report to the Ombudsman of Korea* 에서 살펴본 사례를 근거로 하였다. TRACK's *Report to the Ombudsman of Korea* (2008), 10-11 쪽 (이하 "TRACK 보고서"라 함.) (파일은 저자가 보관). TRACK 에 관한 상세한 설명은 위의 각주 15 참조.

²⁸ 한국 여성들로 하여금 아이를 포기하게 만들었던 가장 큰 이유는 미혼모에 대한 압박이었다는 점에 대해서는 국제입양의 반대자 및 지지자들 모두 동의하고 있다. 한국의 입양기관들은 친모가 아이를 포기하여 해외 입양시킬 경우 금전적 이득을 얻을 수 있었다. Joyce, *THE CHILD CATCHERS*, 위 각주 3, Kindle Location 5702 ("... 고아원은 해외 원조에 의존하게 되었고, 입양기관은 지속적인 후원을 받아내기 위해 많은 수의 아동을 유치할 필요가 있었다. 후원자들은 결국 고아원에 있거나 입양이 예정되어 있는 아이들의 지원에 관심이 있었지, 가족이 있는 "고아"의 원조에는 관심이 없었다."); 또한, Brian, *Marketing Korea*, 위 각주 22, Kindle Locations 1586-1611 (한국에서는 미혼모 자녀는 배척을 당하기 때문에 한국 미혼모는 아이를 해외로 보낼 수 밖에 없다는 설명을 미국 내 입양 희망자들이 듣게 되는 과정을 설명함.) Brian 은 입양 희망자에게 다음과 같이 설명하는 한 입양 "담당자"의 말을 인용한다. "한국은 국제입양에 참여하는 용감한 나라입니다. 수년 동안 한국은 자국 아이들을 구하고

- 가족 중 한쪽, 통상적으로 아이의 부계 조모가 입양과정을 조직적으로 계획하였다.²⁹

1983 년 미국인 부부에게 입양된 한국인 강용문씨의 경우가 대표적인 사례이다. 주로 12~24 개월 사이에 입양³⁰ 되는 대부분의 한국 입양아들과는 달리, 강용문씨의 아버지는 여섯 살에 아이를 입양기관에 넘겼다.³¹ 강용문씨의 부모는 당시에 혼인 관계에 있었고 강용문씨는 고아가 아니었다.³²

있습니다. 한국에서 미혼모의 자녀는 사생아라는 오명을 안고 살아야 하기 때문에 입양되는 것이 더 좋습니다. 아이의 엄마들은 낙태가 아닌 입양을 선택한 용기를 가진 분들입니다. 그리고 아이들에게는 얼마나 좋은 일이겠습니까.” 상동, Kindle Location 1613.

²⁹ 위에 설명된 관행 중 일부는 1980 년대에 한국의 주요 국제입양기관에서 근무한 여성으로부터 본 논문의 저자가 받은 정보와 일치한다. 그분의 익명성을 보호하기 위해 본 논문에서는 그분을 “AE”로 지칭하기로 한다. AE 는 해외입양을 위한 아이를 찾기 위해 입양기관들 간에 경쟁이 있었다고 증언한다. 다른 입양기관 직원들에 의하면 입양 대상자가 나타날 경우 자기 기관으로 그 사실을 알린 산부인과 의사 내지 조산원에게 돈을 지불하는 관례가 있었다고 전해 들었다고 한다. 이러한 금전적 인센티브 때문에 입양기관은 아이와 산모의 이익을 최우선시 하지 못하는 경우들도 있었다고 한다.

³⁰ Holt International Child Services (국제입양기관) 자료에 근거함. <http://www.holtinternational.org/adoption/criteria.php>

³¹ Jane Jeong Trenka, Draft Report on South Korean International Adoption [이하 “Draft Report”라 함.] (2013 년 8 월), 2-3 쪽 (파일은 저자가 보관); 또한 Sang Youn-Joo, *Fears of Unintended Consequences as Adoption Tightened*, The Korea Herald (2012. 10. 10.) http://www.koreaherald.com/common_prog/newsprint.php?ud=20121010000746&dt=2 참조.

³² Trenka, Draft Report, 위 각주 31, 2 쪽. “고아”에 관해 국제적으로 인정되는 단일한 정의는 없다. UNICEF 는 고아를 부모 한쪽 또는 양쪽 모두를 잃은 아동으로 정의한다. UNICEF Press Centre, *Press Release* (2012. 5. 25.) http://www.unicef.org/media/media_45279.html. UNICEF 는 자체적인 고아의 정의에 따라, 절대 다수의 고아가 부모 중 한쪽 또는 조부모 또는 여타 가족성원과 함께 살고 있는 것으로 나타났다”고 발표했다. 상동.

당시 모든 대한민국 국민은 태어나면 출생성명이 아버지의 호적(현재는 가족관계등록부)에 기록되었다.³³ 강용문씨도 예외는 아니었으며, 호적은 부친의 본적지 지방자치단체에서 관리되었다.

입양기관의 요청에 따라, 서울의 관할 지자체 사무소는 강용문씨를 고아로 만들기 위해 “고아호적”을 작성했다. 그러나 강용문씨의 부모는 모두 살아 있었고 모친은 입양에 동의하지 않았으므로, 강용문씨의 고아호적은 날조된 허위 문서가 된다.³⁴

강용문씨와 같은 허위 문서 사건은 드문 일이 아니었다. 입양기록을 살펴보면 가짜 고아 호적등본이 만들어진 아이들이 많다고 TRACK이 말한다.³⁵

³³ 최근까지 한국의 가족관계증명서는 호적등본이었다. 호적등본은 지자체에서 관리해 왔다. 호적상 이름은 한자로 기록되었으며 아내와 자식은 남편의 호적에 편입되었다. 고아의 경우 호적등본에 자신의 이름만 기재된다(부모 또는 여타 조상이 기록되지 않음). 한국 제도상 아동세탁을 하기 위해서는 문서위조를 통해 가짜 고아 호적등본을 만들어야 한다. 강용문씨의 경우, 음성학적으로 발음은 같으나 다른 한자로 표기된 이름이 가짜 호적등본에 올라가 있었다. Trenka, Draft Report, 위 각주 31, 2-3 쪽. 최근 한국은 아버지를 호주로 하는 구식 제도인 호주제를 폐지하였다. 여성부, 보도 자료, *Thinking about the Abolition of Hojuje* (2005. 3. 4.), 출처: http://english.mogef.go.kr/sub03/sub03_21.jsp?menuID=euc0200&id=euc0200&cate=&key=&search=&order=&desc=asc&syar=&smoth=&sdate=&eyear=&emonth=&edate=&deptcode=&menuID=euc0200&pg=4&mode=view&idx=3597.

³⁴ Trenka, Draft Report, 위 각주 31, 2 쪽.

³⁵ TRACK Report, 위 각주 31, 11 쪽. Jane Jeong Trenka 는 다음과 같이 설명한다. “대부분 한국사람들이 알지도 못하고 보지도 못한 고아 호적등본은 한국에서 “고아”로 산다는 것이 어떤 것인지 여실히

C. 국제불법입양에 관여한 한국 정부의 역할

일부 학자들은 국제불법입양과 관련하여 대한민국 정부도 책임이 있다고 주장한다. 매튜 로스차일드(Matthew Rothschild)는 1988 년에 발표된 논문에서 당시 준정부기관으로 운영되었던 입양기관 4 개소에 대해 설명하고 있다.³⁶ 해외입양 비판론자들은 과거 군부정권이 수익목적으로 아동 수출을 지시, 승인 및 조장했다고

보여주고 있다. 남들의 경우, 부모, 형제, 자녀 및 혼인 관계가 나와 있는 서류에 고아들은 어떠한 가족 관계도 표시되지 않으며, 완전히 혼자이다. 강용문씨는 형제자매 둘과 함께 입양되었지만 한국 법에 따라, 세 명 모두 고아로 분류되었으며 법적으로 서로 가족 관계가 인정되지 않은 채 각자 단독 가족으로 취급 받았다.” 한국의 주요 국제입양기관의 직원이었던 AE (위 각주 29)는, 친생가족에 관한 언급 일체를 삭제한 서류를 입양아들에게 제공하는 것은 국제입양기관의 표준적 절차였다고 말한다. 신뢰성 있는 정보통과 가진 대화를 근거로, AE 는 특히 사생아 출산 때문에 배척당할 것을 두려워하는 미혼모 등 산모들의 익명성을 보호하기 위해 친생가족에 대한 언급 일체를 입양기관들이 삭제하는 경우가 많았다고 한다. 그러나 AE 는 또한 국제입양요건을 갖추지 않은 아이들에게 입양요건을 갖추도록 하기 위해 고아 호적등본을 입양기관들이 만든 상황에 대해서도 얘기했다. 일부 학자는 긴급한 상황에서 문서 위조가 양해될 수도 있다고 역설한다. Carlson, *Seeking the Better Interests of Children*, 위 각주 6, 765 쪽 (“위조 서류 작성은 좋은 의도로 진행되는 입양에 있어 절차를 생략해주는 방법이 될 수도 있다.”) 본 저자는 입양문서가 위조된 경우, 해당 입양이 불법이었음을 증명하는 입증책임을 입양자에게 부과하는 것보다, 입양이 합법적이었다는 것을 입양기관이 증명하는 것이 적절하다고 본다.

³⁶ Rothschild, *Babies for Sale*, 위 각주 4 (“한국 정부는 입양기관을 엄밀하게 규제한다. 실제로 이들은 준정부기관이다. 정부는 입양기관의 예산을 승인하고, 모든 입양 신청서를 심사하며, 각 기관을 통해 입양되는 아동의 수에 대해 비공식적 쿼터를 설정하고 있으며, 3 대 기관의 기관장 선출에 개입하기도 한다. 해외입양은 정부의 다양한 목적에 부합한다.”라고 설명함). 한국에서 운영되는 입양기관은 1970 년대 중반 군사 독재정권 박정희 대통령 시절에 실시된 개혁정책에 따라 4 개 기관(한국 국적)으로 제한되었다. 박대통령 암살 후, 전두환 군사 정권은 해외입양을 적극적으로 장려하였으며, 4 개 입양기관에게 아동수출 경쟁에 나서도록 유도하였다. Hübinette, *Comforting an Orphaned Nation*, 위 각주 3, 71 쪽 참조. AE (위 각주 29)는 1980 년대 초에 정부인사가 국제 입양기관의 기관장으로 새롭게 임명되면서 측근 30 명을 직원으로 데려오면서 새로운 관리적 자리를 만들어 줬다는 사실을 알고 있었다.

주장한다.³⁷ 그리고 일부 학자는 1970~1980년대 경제성장에 주력한 권위주의 독재정부가 사회적 비용을 줄이고 미화를 획득하기 위한 방법으로 국제 입양기관의 “아기수출”을 조장했다고 주장한다.³⁸

1980년대 후반에 한국에서 민주화가 시작되었고 1988년 서울 올림픽을 앞두고 세계적인 관심이 한국에 쏠리자 한국 내 아동인권단체와 일부 신문사는 한국을 세계 최대의 “아동수출국”으로 만든 정부의 역할을 공개적으로 비판하였다.³⁹ 많은 한국인들은 해외로 송출된 아동의 수를 국가적 수치로 생각했다.⁴⁰ 김대중

³⁷ Rothschild, *Babies for Sale*, 위 각주 36; Joyce, *THE CHILD CATCHERS*, 위 각주 3, Kindle Location 5720 참조; Bong Joo Lee, *Recent Trends in Child Welfare and Adoption in Korea: Challenges and Future Directions*, INTERNATIONAL KOREAN ADOPTION, 위 각주 3, Kindle Locations 4113-4115.

³⁸ 김도현, *Overseas Adoption: Child Welfare or Abuse?*, Korea Times (2011. 12. 30.), 출처: http://www.koreatimes.co.kr/www/news/opinion/2012/02/198_101917.htm; Rothschild, *Babies for Sale*, 위 각주 4; Joyce, *THE CHILD CATCHERS*, 위 각주 3, Kindle Location 5697, Tobias Hübinette 를 인용하며, (“국제입양은 전통적인 한국 여성의 가정 지향적 인생을 거부한 “여성들의 생식을 규제, 통제 및 규율하는” 방법으로써, 성장하는 도서국에게 일종의 인구 조절 정책으로 사용되었다.”). Joyce 역시 국제입양을 통해 한국이 “근본적으로 더 큰 사회적 문제를 무시한 채 아동복지문제를 해외에 떠넘길 수 있었다”고 설명한다. 상동, Kindle Location 5711. 해외입양이 대규모로 진행된 점으로 보아 한국 정부가 해외입양을 적극적으로 장려했다고 볼 수 밖에 없다.

³⁹ Hübinette, *Comforting an Orphaned Nation*, 위 각주 3, 87 쪽, Korea Times, 1989. 10. 13.자 기사 인용(“무책임한 부모들로부터 버려진 아동의 수치스러운 수출 급증은 우리 정부의 무책임함에서 기인하며, 해외 입양부모를 위한 국내 입양 알선기관들의 무분별한 상업적 활동을 사실상 묵인했다는 점에서 비난 받아야 한다.”) 참조.

⁴⁰ 김동수, *A Country Divided: Contextualizing Adoption from a Korean Perspective*, Kindle Location 369, INTERNATIONAL KOREAN ADOPTION, 위 각주 3, Kindle Location 618 참조.

대통령은 10 년이 지난 후 1998 년 10 월 31 일, 한국인 입양인들에게 공식적으로 사과했다.⁴¹

하지만 민주화를 이룬 후 20 년 이상이 흘렀고 경제 강국으로 성장한 지금에도 한국은 여전히 최대 송출국으로 남아 있다. 이 점에 대해서 많은 학자들은 의아해하고 있다. 즉, 현대화 및 산업화를 성공적으로 이룬 국가에서 왜 그토록 많은 해외입양이 발생하는지에 대한 의문을 가질 수 밖에 없는 것이다.⁴² 아울러, 한국에서는 과거사를 조사하고 바로 잡기 위해 여러 진실위원회를 설치했으나,⁴³

⁴¹ Elena Kim, *Remembering Loss: The Koreanness of Overseas Koreans*, Kindle Location 2487, INTERNATIONAL KOREAN ADOPTION, 위 각주 3, Kindle Locations 2536-37 (김대중 대통령이 “한국인 입양자 29 명을 청와대로 초치하여 전례없는 공개사과를 했다”고 설명함). 김대중 대통령이 해외입양 및 한국인 입양자 문제에 관해 갖고 있던 입장에 대해서는, Tobias Hübinette, *President Kim Dae Jung and the Adoption Issue* (2003), http://www.tobiashubINETTE.se/kim_dae_jung_and_adoption.pdf 참조.

⁴² Joyce, *THE CHILD CATCHERS*, 위 각주 3, Kindle Location 5723 (금전적인 인센티브로 인해 1980~1990 년대를 통틀어 거의 매년 “모든 국제입양 프로그램”에서 한국이 수위를 차지하였으며, 2012 년 현재에도 한국이 G-20 회원국이자 “세계에서 가장 기술적으로 진보한 국가 중 하나”임에도 불구하고 여전히 “5 위”안에 들고 있음을 설명함.); Hübinette, 위 각주 3, 17 쪽 (“한국 학자들이 가장 많이 제기하는 연구과제이자 한국의 나쁜 이미지를 개선하겠다는 국가적 의제와도 일치하는 질문은 바로 왜 아직도 한국은 OECD 국가 중 유일하게 아이들을 해외입양 보내고 있을까? 하는 것이다 ...”)

⁴³ Andrew Wolman, *Looking Back While Moving Forward: The Evolution of Truth Commissions in Korea*, 27 *Asian-Pacific L. & Pol’y J.* 27, 51 쪽 (2013) (“20 세기 초입부터 1987 년 민주화 과도기까지 발생한 다양한 유형의 인권유린, 부일활동 및 학살사건 등 광범위하고 종합적인 쟁점들이 진실위원회를 통해 다뤄졌다. 심지어 진실위원회는 과거 긍정적 사건까지 조사하는 경우도 있었다. 예를 들어, ... 태권도의 전파 또는 독일에 파견된 한국 광부 및 간호사들의 업적 등 재외 한국인들이 한국의 국가적 위신에 기여한 사항들에 대한 보고서도 있다.”) 참조.

해외입양 실태에 대한 조사는 전혀 이루어지지 않았다.⁴⁴ 또한, 국제입양기관들에게 지시를 내리고 고아호적 및 여행비자 등의 서류를 발급하는 등의 형태로 해외입양을 촉진한 정부의 역할에 대한 조사도 전혀 이루어진 바가 없다.⁴⁵

⁴⁴ Jane Jeong Trenka, *Internationally Adopted Koreans and the Movement to Revise the Korean Adoption Law*, Ewha Journal of Gender and Law (2011) (파일은 저자가 보관).

⁴⁵ 상동. 호주는 흥미로운 비교사례가 된다. 2010 년 호주 상원은 1940~1980 년대 사이에 아이를 입양하도록 여성들을 강요한 정황에 대해 호주 연방정부에 대한 수사가 이루어지도록 공동체사안사정위원회(Community Affairs References Committee)의 조사를 승인했다. 본 위원회가 발표한 2012 년 2 월 10 일자 보고서에서는 정부 및 기타 공공기관이 강압적으로 아이를 입양하도록 여성들(젊은 미혼모가 많았음)을 압박한 정황을 가차없이 폭로했다. Australian Senate Community Affairs References Committee, *Commonwealth Contribution to Former Forced Adoption Policies and Practices* [이하 “Australian Senate Report”라 함.] (2012 년), 출처: http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Community_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/commcontribformerforcedadoption/report/index 참조. 약 300 페이지에 달하는 호주 상원 보고서는 호주 정부가 해당 부모와 입양아들에게 확실한 사과를 하는 등의 조치를 건의하였다. Australian Senate Report 9.58 및 9.76 참조. 또한, 동 보고서는 호주의 연방 및 지방 정부가 금전적 보상을 고려함과 동시에(11.36) 고충처리위원회를 설치하여 민원을 접수 받아 “비위 행위에 대한 증거가 확립된 경우 시정조치가 행해지도록 해야 하고 위원회를 통한 고충처리 신청은 그 어떠한 법적 조치에 대한 권리 포기를 조건으로 하지 않아야 한다”는 내용을 건의하였다. Australian Senate Report 11.43 참조. 아울러 동 보고서는 “입양절차에 위법성이 주장된 경우, 책임자에 대한 형사소추는 공소시효로 인해 제한되지 않도록 해야 한다 . . . 위원회는 강제 입양의 경험으로 인해 피해를 받은 사람들이 법 절차상의 문제로 인해 장기적이고 고통스러운 법적 투쟁을 낭비하게 되는 추가적인 피해가 발생하는 것을 원하지 않는다”라고 명시하고 있다. Australian Senate Report 11.50 참조. 2013 년 3 월 21 일, 호주 정부는 해당 부모와 아이들에게 사과를 했다. 사과문은 호주 총리실 및 내각부 웹사이트인 <http://pmtranscripts.dpmc.gov.au> 에서 찾아볼 수 있다.

D. 한국 입양인의 진실 추구를 위한 노력

일부 한국 입양인들은 자신의 입양 경위와 배경에 대한 사실관계를 확인하기 위해 한국을 찾는다. 그러나 입양기관과 공무원들은 지원은 고사하고 진실을 알아내기 위한 이들의 노력을 방해하는 경우가 많다고 한다.⁴⁶

2011 년 전까지는, 입양인들이 자신의 출생정보에 접근할 수 있는 권리를 보장해주는 그 어떠한 법적 기준도 마련되어 있지 않았다. TRACK⁴⁷과 같은 단체의 노력으로 인해, 한국은 입양촉진 및 절차에 관한 특례법(“입양특례법”)⁴⁸을 최근 개정하였다. 입양특례법에서는 입양과 관련한 중앙관리당국의 기능을 맡은 정부기관인 중앙입양원(KAS)⁴⁹을 통해 입양인들이 입양기관들에 의해 관리되어 왔던 자신들의 출생정보에 최소한도로 접근할 수 있도록 하고 있다. 그러나 특례법

⁴⁶ Jane Jeong Trenka, *Over Two Years after the Special Adoption Law was Amended, Adoptees still Waiting for Enforcement: How can the Hague Convention be ratified without enforcing the Special Adoption Law?* (이하 “Still Waiting for Enforcement”라 함.) (2013) (저자가 파일 보관) (개정 법안은 입양인들이 자신의 출생기록을 열람할 수 있도록 보장하고 있지만, 실제 결과는 거의 항상 실망스러웠다는 것을 설명함).

⁴⁷ TRACK 에 대해서는 위 각주 15 에서 설명하고 있음.

⁴⁸ 입양촉진 및 절차에 관한 특례법(법 제 11007 호, 2011. 8. 4.)

⁴⁹ 중앙입양원(KAS)은 2009 년에 설립된 정부기관인 중앙입양정보원(KCARE)의 새로운 명칭이다. 중앙입양정보원 전에는 입양기관들이 설립한 입양정보센터(GAIPS)가 있었다.

개정에도 불구하고, 많은 입양인들은 자신들의 출생 및 입양에 관한 정보를 요청할 경우 중앙입양원으로부터 충분한 답변을 제때 얻지 못하고 있다.⁵⁰

입양인들은 중앙입양원으로부터 출생기록을 얻지 못할 경우 별다른 대안이 없다. 그리고 특례법에서는 중앙입양원으로 하여금 정보요청에 응하도록 강제하는 규정이 없다.⁵¹ 더구나, 입양기관들 마저 중앙입양원에 정보를 넘겨주지 않고 있으며 이에 대해 아무런 제재도 이루어지지 않는다.⁵² 심지어, 입양인들은 해외입양을 목적으로 자신의 정체성이 삭제된 경위를 알아내는데 수년 동안 조사해야 하는 경우도 있다.⁵³

⁵⁰ Trenka, *Still Waiting for Enforcement*, 위 각주 46, 3-7 쪽.

⁵¹ 상동. 2 쪽. TRACK 은 특히 중앙입양원이 인력도 부족한 상태이며 직원들 마저 입양인들을 도울 의지 또는 능력이 없는 경우가 많다고 한다. 상동. 3-7 쪽.

⁵² 상동. 2 쪽. 한국이 입양인들에게 정보를 주지 않는 것은 새로운 일이 아니다. 중앙입양원의 전신인 중앙입양정보원은 수년 간 입양인들에게 정보를 제대로 제공하지 않았으며, 한국의 4 대 입양기관으로부터 전체적인 정보를 받지도 못했다는 것이 입양인들과 학자들의 설명이다; 강신우 (번역자. 원저자 미상), *South Korea's Central Authority on Adoption Lacks Information*, 한겨레신문(2009. 4. 10), 출처: http://english.hani.co.kr/arti/english_edition/e_national/367603.html. (중앙입양원의 전신인 중앙입양정보원은 입양인들에게 정보를 제대로 제공하지 않았으며, 4 대 입양기관에게 해외입양에 관한 정보를 제출하도록 강제할 권한도 없었다는 것을 설명함). 입양인들은 현재 중앙입양원에 대해서 똑같은 불만을 갖고 있다.

⁵³ 예를 들어, Jane Jeong Trenka, *My Adoption File*, Jane's Blog (날짜 미표기), <http://jytrenka.wordpress.com/about/adoption-file/> 참조.

E. 한국의 최근 개혁 내용

지난 10 여년 간, 특히 2004 년에서 2009 년 사이에, 한국은 해외입양을 제한하고 국내입양을 장려해 왔다.⁵⁴ 이 기간 중 미국으로 송출된 한국 입양아의 수는 연평균 1,500~2,000 명에서 약 1,000 명으로 감소하였다.⁵⁵ 그러나, 2011 년 현재 입양 건수는 꾸준히 유지되고 있으며, 한국은 여전히 미국에 입양아를 가장 많이 보내고 있는 국가 중 하나이다.⁵⁶

2013 년 5 월 24 일, 한국은 국제입양에 관한 아동보호 및 협력에 관한 협약(The Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption) (“헤이그 협약”)에 조인하였다.⁵⁷ 국회 비준을 아직 받지 못했지만, 헤이그 협약은 해외입양에 대한 표준화된 규정을 제정하여 아동납치 및 기타 부정행위로

⁵⁴ Smolin, *Child Laundering and the Hague Convention*, 위 각주 8, 481 쪽.

⁵⁵ 상동.

⁵⁶ Law Library of Congress (미 국무부 영사 담당국 2011 년 해외입양에 관한 연례 보고서, 2011 년 11 월) 인용. 출처: http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_1205402898_text.

⁵⁷ 미 국무부 영사 담당국, *Intercountry Adoption, Adoption Notice: The Republic of Korea Signs the Hague Adoption Convention* (2013. 5. 28.), 출처: http://adoption.state.gov/country_information/country_specific_alerts_notices.php?alert_notice_type=notices&alert_notice_file=south_korea_2.

인한 피해를 방지하기 위한 목적을 가지고 있다.⁵⁸ 헤이그 협약은 특히, 부적절한 금전적 이득의 창출을 방지하기 위해 송출국 내 중앙관리기관이 입양과정 전반을 감독⁵⁹하도록 요구한다. 또한, 헤이그 협약에 따르면, 각 송출국은 자국 법령에 따라 입양조건이 만족되는 경우에만 입양이 될 수 있도록 보장해야 하며, 의무적으로 기록보관을 해야 하며, 협약을 위반하는 입양기관에 대해 고소가 이루어질 수 있는 절차를 마련해야 한다.⁶⁰

이와 더불어, 한국의 입양특례법⁶¹에서도 한국 입양제도의 문제점을 보완하고 있다. 입양특례법에 따르면, 모든 해외입양은 반드시 가정법원의 허가를 받도록 하고 있으며,⁶² 해외입양보다 국내입양을 우선적으로 추진하도록 요구하고 있으며⁶³,

⁵⁸ Smolin, *Child Laundering and the Hague Convention*, 위 각주 8, 451-452 쪽. Smolin 교수는 헤이그 협약이 포괄적이지 않고 “주로 아동매매를 금지하는 조약이며, 불완전한 측면이 크다”고 지적한다. 상동, 452 쪽.

⁵⁹ 한국에서는 중앙입양원(위 각주 49)이 이러한 중앙관리기관으로 지정될 가능성이 높다.

⁶⁰ Elizabeth Long, *Where are they Coming From, Where are they Going: Demanding Accountability in International Adoption*, 18 *Cardozo J.L. & Gender* 827, 835-837 쪽 (2012) (헤이그 협약의 제반 규정을 요약함.) 참조.

⁶¹ 위 각주 48.

⁶² 상동. 제 19 조 1 항(“외국인으로부터 입양알선을 의뢰 받은 입양기관의 장은 입양알선을 하고자 할 경우, 보건복지부장관이 발행한 해외이주허가서를 첨부하여 가정법원에 입양허가를 신청하여야 한다.”)

⁶³ 상동. 제 7 조 및 제 8 조.

입양인들이 자신의 출생기록을 더 쉽게 열람할 수 있어야 한다고 규정하고 있다.⁶⁴

또한 인가 받지 않은 자가 입양을 알선할 경우 형사처벌을 하도록 되어 있다.⁶⁵

II. 공소[소멸]시효: 왜 시효를 적용하는가?

A. 세계 각국의 시효 규정 및 적용사례

대부분 국가에서는 일반적으로 민·형사 범죄에 대한 소제기는 일정기간 내에 하도록 되어 있으며, 기간 내에 하지 못할 경우 청구 자체가 불가능하게 된다.

소송을 제기할 수 있는 기한을 정한 법률을 출소기한법이라 한다. 출소기한법(공소

또는 소멸시효)에 따라 민사소송의 원고는 법원에 소추권을 행사하지 못하게 될 수

있으며⁶⁶, 경우에 따라 국가는 형사범죄를 기소하지 못할 수도 있다.⁶⁷

⁶⁴ 상동. 제 36 조. 36 조 1 항(“이 법에 따라 입양자는 중앙입양원 또는 입양기관이 보유하고 있는 자신과 관련된 입양정보의 공개를 청구할 수 있다. 다만, 청구인이 미성년자인 경우에는 친생부모의 사전동의를 받아야 한다.”) 참조.

⁶⁵ 상동. 제 41 조.

⁶⁶ Kavanagh v. Noble, 332 U.S. 535, 539 쪽 (1947) 참조.

⁶⁷ United States v. Marion, 404 U.S. 307, 324 쪽 (1971) 참조; *Developments in the Law - - Statutes of Limitation*, 63 Harv. L. Rev. 1177, 1185 쪽 (1950) 참조. [이하 “*Developments in the Law*”라 함.] (“입법부가 권리주장에 대한 시한을 규정하게 되면, 일방 당사자는 유효한 청구가 있어도 일정기간 이 경과된 후 공적 권력의 도움을 받지 못하게 된다.”)

영미법과 대륙법을 따르는 국가들은 모두 시효 규정을 두고 있다.⁶⁸

미국에서는 민사 손해배상에 대한 소멸시효의 경우, 원고가 손해 사실을 발견한 시점(또는 합리적으로 발견했을 시점)⁶⁹ 또는 손해를 초래한 행위가 끝난 시점⁷⁰부터 시효가 기산된다.

한국에서는 민사소송에 적용되는 소멸시효 규정이 일본과 독일의 경우와 유사하다.⁷¹ 소멸시효가 시작되는 시점은 손해나 상해를 발견한 시점부터 시작되지만, 손해 사실의 발견 여부를 불문하고 소제기를 해야 하는 최대 유효기한이 있다(예를

⁶⁸ 학자들은 공소시효의 기원을 로마법으로 보고 있으며, 따라서 공소시효는 영미법보다는 독일 등 대륙법을 적용하는 국가에서 더 흔하다. Jan Arno Hessbruegge, *Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes*, 43 *Geo. J. Int'l L.* 335, 338 쪽 (2012) 참조.

⁶⁹ 미국에서는 매매계약 위반의 경우, 원고가 계약 위반 사실에 대해 알고 있었는지를 불문하고 계약 위반이 발생한 시점으로부터 일정기간 내에 제기하도록 되어 있다. 예를 들어, New York U.C.C. § 2-725(2) (매매계약 위반의 경우, “위반에 대한 피해 당사자의 지득 여부를 불문하고 위반이 발생한 시점에 소권이 발생한다.”) 참조.

⁷⁰ 예를 들어, 캘리포니아를 포함한 일부 주법에서는 “소송의 원인을 제공하는 최종 필수조건이 발생한 시점”에서 소권이 발생하는 것으로 본다. *Neel v. Magana, Olney, Levy, Cathcart, & Gelfand*, 6 Cal.3d 176, 182-183 쪽 (Cal. 1971) 참조. 단, 제 3 장에서 서술된 바와 같이 예외인 상황도 있다.

⁷¹ 한국의 법체계는 일제식민통치로 인해 많은 측면에서 독일과 일본을 모델로 하고 있다. Marie Seong-Hak Kim, *Customary Law and Colonial Jurisprudence in Korea*, 57 *Am. J. Comp. L.* 205, 210-212 쪽 (2009); Sang-Hyun Song, *Legal Education in Korea and the Asian Region*, 51 *Journal of Legal Education* 398, 401 쪽 (2001) 참조.

들어, 원고는 손해를 발견한 시점으로부터 3년 이내, 또는 부당행위가 발생한 시점으로부터 10년 이내 둘 중 선평래하는 시점에서 소제기를 해야 한다).⁷²

영미법 및 대륙법을 따르는 국가에서의 형사 공소시효는 일반적으로 범죄가 끝난 때를 기점으로 하여 기산된다.⁷³ 손해나 상해가 발견된 시점에서 소멸시효가 시작되는 민사소송과는 달리, 형사 공소시효는 국가 또는 피해자가 범죄행위를 알게 되는 시점과는 상관없이 기산된다.

B. 공소[소멸]시효의 정책적 취지

법조계에서는 공소[소멸]시효의 취지를 다음과 같이 설명한다.⁷⁴

⁷² 독일 민법 199(2)-(3) 참조. (소송 청구는 손해를 발생시킨 행위가 있었던 날로부터 30년 이내에 청구해야 하며, 일부의 경우 10년 이내에 청구해야 한다.); *Developments in the Law*, 위 각주 67, 1178 쪽 참조. (독일 및 스위스 민사소송에서 소멸시효가 짧다고 설명함. “피해자가 손해 및 가해자의 신원을 알게 된 시점부터 소멸시효는 시작되며, 어떤 경우에도 길게는 부당행위가 발생한 시점부터 기산한다.”)

⁷³ 독일 민법 78(a) 참조; 한국 형사소송법 252(1) 참조; James West, *Martial Lawlessness: The Legal Aftermath of Kwangu*, 6 Pac. Rim. L. & Policy J. 85, 117 쪽 (1997) (한국의 공소시효에 관해 논의함); Charles Doyle, *Statutes of Limitation in Federal Cases: An Overview*, Congressional Research Service (2012), 출처: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL31253.pdf> 참조; 그리고 *Gabelli v. SEC*, 133 S.Ct. 1216, 1223-24 쪽 (2013) (개인이 민사소송을 제기하는 경우와는 달리, 입법부의 명시적인 승인이 없는 한 미 법원은 정부가 제기하는 소송에서 민사벌 부과에 대한 시효를 연장하지 않는다고 설명함.)

⁷⁴ 보다 자세한 정보를 위해, Suzette M. Malveaux, *Statutes of Limitation: A Policy Analysis in the Context of Reparations Litigation*, 74 Geo. Wash. L.R. 68, 75-82 쪽 (2005) 참조 할 것. 공소시효의 정책적 배경에 대해 잘 정리해 주고 있다. 그리고 *Developments in the Law*, 위 각주 67 도 추천함. Alberta Law Reform

- 오랜 세월이 지난 사건에 대해 원고 또는 국가가 갑자기 혹은 임의적으로 소 청구를 소생시키지 못하게 함으로써 유/무죄 피고 모두에게 개인생활의 안정을 제공한다.⁷⁵
- 원고 또는 국가가 소송청구를 미루지 않고 조속히 제기하도록 하면서 증거의 진본성을 확보한다.⁷⁶
- 피고가 무죄를 입증할 수 있는 증거를 분실하거나 오래지나 폐기될 때까지 기다린 후 전략적으로 소제기를 하는 원고의 행위를 막는다.⁷⁷
- 법원의 비용을 절감하고 미결사건 일람표를 정리하도록 해준다.⁷⁸

Institute 가 작성한 온라인 보고서(<http://www.law.ualberta.ca/alri/docs/fr055.pdf>)도 좋은 참고 자료가 됨. 본 보고서는 공소시효의 목적 및 역사를 살펴보고 있다.

⁷⁵ 대법원은 공소시효를 긍정적으로 평가한다. “공소시효는 개인생활에 안전과 안정성을 제공하며..., 심지어 범죄자도 자신의 죄가 잊혀질 수 있다고 생각할 권리가 있다.” *Gabelli*, 위 각주 73, 133 S.Ct. 1221 *Wood v. Carpenter*, 101 U.S. 135, 139 (1879), 그리고 *Wilson v. Garcia*, 471 U.S. 261, 271 (1985) 사건 인용.

⁷⁶ Malveaux, 위 각주 74, 75-82 쪽.

⁷⁷ *Railroad Telegraphers v. Railway Express Agency, Inc.*, 321 U.S. 342, 348-349 쪽 (1944) (소멸시효는 증거가 분실되고, 기억이 부정확해지며, 증인도 사라질 때까지 묵혀뒀던 소가 오랜 시간 후 새롭게 제기 될 수 없도록 함으로써 정의를 촉진한다.) 대법원은 최근에 출소기한을 두는 목적을 다음과 같이 정리했다. “개인생활의 안정, 효력을 상실한 소의 배제, 그리고 원고의 재산회복 기회와 피고의 잠재적 과실범위에 대한 확실성 담보.” *Gabelli*, 위 각주 73, 133 S.Ct. 1221 쪽, *Rotella v. Wood*, 528 U.S. 549, 555 쪽 (2000) 인용.

⁷⁸ Malveaux, 위 각주 74, 82-86 쪽 (2005) (공소[소멸]시효의 경직적인 적용이 왜 원고 또는 피해자의 소추권을 박탈하게 되는지와 기타 바람직하지 못한 결과가 야기되는 이유에 관한 포괄적 분석을 제공함).

공소[소멸]시효는 일반적으로 피고에게 유리하다. 피고는 자신이 더 이상 민·형사 소송의 대상이 아니라는 사실을 알게 되면서, 그리고 오랜 시간이 지나 자신의 결백을 입증할 수 있는 증거가 사라진 후 법적 다툼을 하지 않아도 된다는 생각에 안심할 수 있다.⁷⁹ 법원도 진위여부를 확인하기가 어려운 오래된 증거를 보지 않아도 될 뿐만 아니라 심리해야 하는 사건의 수적 부담도 덜게 되므로 도움을 얻게 된다.

C. 공소[소멸]시효에 대한 비판

가치 있는 청구가 적기에 제기되지 않았음을 근거로 기각되는 경우, 공소[소멸]시효는 비판의 대상이 된다.⁸⁰ 특히, 공소[소멸]시효가 경직적으로 적용될 경우 다음과 같은 부작용이 있을 수 있다.

- 원고의 재판 청구권이 박탈된다.⁸¹
- 법원이 사건을 실체적 관점에 입각하여 판결하지 못하게 된다.⁸²

⁷⁹ 상동.

⁸⁰ 상동.

⁸¹ 상동.

⁸² 상동.

- 법원으로부터 자신의 인권 및 공민권의 보호를 의지할 수 밖에 없는 사회적 약자(선거권 등의 권리 박탈자)의 경우, 불공평하고 불균형적인 차별을 받을 수 있다. 특히, 입법부 등 기타 정부기관이 대응을 하지 않을 경우 대안이 없다.⁸³
- 국익에 관한 주요사건과 관련하여 법원이 실체적 관점에 입각한 판결을 내림으로써 공적 가치를 발전시키고 표명할 수 있는 기회가 박탈된다.⁸⁴

각 법역은 공소[소멸]시효의 합당한 목적과 법원에서 이를 유연하지 않게 적용했을 경우 발생할 수 있는 피해 등을 고려하여 균형 있는 정책을 만들어 나가야 하겠다.

D. 한국이 공소[소멸]시효 규정을 경직적으로 적용할 경우, 국제불법입양 사건을 실체적 관점에 입각하여 판결하지 못하게 되는 이유

한국의 공소[소멸]시효 규정은 입양인들에게 심각한 장애요소가 되고 있다.

한국 민법 제 766 조는 손해배상의 청구권은 그 손해를 안 날로부터 3 년 또는

⁸³ 상동.

⁸⁴ 상동.

불법행위를 한 날로부터 최대 10 년 이내에 제기하도록 규정하고 있다.⁸⁵ 민법은 어떤 예외도 규정하지 않고 있다.

민법 제 766 조가 강제하는 10 년 소멸시효 내에 입양자가 청구권을 행사한다는 것은 사실상 불가능하다. 예를 들어, 여섯 살 때에 미국으로 보내진 강용문씨(실제로 다른 아이들보다 입양연령이 높은 편임)의 경우를 살펴보자. 강용문씨가 손해배상 청구권을 적기에 행사하기 위해서는 17 번째 생일 이전에 한국 법정에서 소송을 제기해야 한다.⁸⁶

한국의 형사소송법에 규정된 공소시효 역시 대부분의 불법 해외입양 사건에 대한 기소를 불가능하게 만든다. 형사소송법에 의하면, 문서위조 혹은 사기죄를 범한 자에 적용되는 공소시효는 7 년이다.⁸⁷ 형사소송법은 어떠한 예외도 적용하지 않는다. 심지어 사형이 청구될 수 있는 끔찍한 살인 사건도 25 년 내에 기소 제기를 해야 한다.⁸⁸

⁸⁵ 한국 민법 제 766 조 참조.

⁸⁶ 상동.

⁸⁷ 한국 형사소송법 제 225 조 및 제 347 조 참조.

⁸⁸ 한국 형사소송법 제 249 조 1 항 참조.

해외 불법입양에 공소시효 7년을 적용할 경우, 가장 최근에 이루어진 입양만 형사소추의 대상이 될 수 있을 것이다. 따라서, 한국의 공소[소멸]시효 규정은 국제 불법입양과 관련하여 민·형사 소송에 대한 실체적 관점에 입각한 판결을 불가능하게 하고 있다.

III. 공소[소멸]시효의 경직적 적용에 대한 예외

공소[소멸]시효를 엄격히 적용하는 경우도 있지만, 경직적인 적용으로 인해 피해자의 재판 청구권이 부당하게 거부되거나 국가의 범죄 기소 의무에 위배될 경우, 각 국가의 사법부 또는 입법부가 시효를 철폐, 연장 또는 정지⁸⁹하는 경우도 있다. 다음 절에서는 한국을 포함한 여러 국가의 입법부 또는 사법부가 이러한 예외 규정을 적용하는 경우를 살펴본다.

⁸⁹ 공소[소멸]시효 정지는 시효 기한의 기산 시점을 지연시키는 것이다.

A. 한국의 사례: 국가가 신의성실의 원칙에 대한 의무를 위반하거나 국익을 고려한 경우

1. 신의칙: 민사소송 및 국가의 신의성실의 원칙 의무 위반

다음 두 개 민사소송건의 경우, 신의칙에 따라, 즉 한국 민법 제2조에⁹⁰ 따라 국가가 신의성실의 원칙을 지킬 것이라고 믿는 국민의 권리에 근거하여 국가가 국민의 신뢰를 배신한 경우, 소멸시효 항변을 못하게 하고 있다.

a) 수지 김(Suzy Kim) 사건

1987년에 “수지 김”이라는 한 여성이 남편으로부터 살해되었고, 남편은 그 후 수지 김이 북한 간첩이라는 허위 주장을 하였다.⁹¹ 이것이 거짓임을 알면서도 한국 정부는 남편에 대한 기소를 거부하였으며, 수지 김을 간첩으로 몰아 그녀의 사망이 범죄가 아니었다고 발표했다.⁹²

⁹⁰ 한국 민법 제 2 조 (“1. 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. 2. 권리는 남용하지 못한다.”)

⁹¹ 수지 김 사건, 2002 가합 32467, 서울지방법원(2011); Cho, *Transitional Justice in Korea*, in LAW AND SOCIETY IN KOREA 189, 194 쪽 (양현아 편저, 2013).

⁹² 수지 김 사건, 상동.

소멸시효 완성 수년 후, 수지 김의 유가족은 한국 정부를 상대로 민사소송을 청구하였다. 2003년 서울지방법원(사실심 법원)은 한국 정부가 소멸시효 항변을 적용할 수 없다고 판결하고 수지 김의 유가족에게 42억원을 지급하도록 하였다.⁹³

법원은 정부가 국민에 대한 신의성실의 원칙의 의무를 위반할 경우, 소멸시효가 정지되어야 한다고 판단한 것이다.⁹⁴ 피해자의 유가족을 속이고 수지 김의 죽음을 둘러싼 진실을 은폐함으로써 정부는 유가족의 민사 재판 청구를 방해한 셈이다. 법원은 이러한 기만행위를 한국정부가 국민들에 대한 신의성실의 원칙을 위반한 행위로 보고 그에 근거하여 소멸시효의 정지를 판시한 예이다.⁹⁵

b) 최종길 사건

2006년 서울고등법원(항소심 법원)은 중앙정보부에 구속되고 고문 당해 숨진 최종길 교수의 유족이 제기한 소송에 소멸시효를 적용할 수 없다고 판시하였다.⁹⁶

⁹³ 상동.

⁹⁴ 상동.

⁹⁵ 상동. 한인섭, *Dealing with Wrongful Trials under the Authoritarian Regime*, 46 Seoul National University Law Review 84 (2005) 참조.

⁹⁶ 최종길 사건, 2005 나 27906, 서울고등법원(2006).

사건의 소멸시효가 완성되었다는 이유로 하급심 법원이 사실 심리를 거절한 후 고등법원의 항소 심리가 진행되었다.⁹⁷

서울고등법원은 하급심 판결을 파기하고 한국 정부는 다음의 이유로 소멸시효 항변을 할 수 없다고 설명했다. 첫째, 중앙정보부는 최교수 사망과 관련해 허위문서를 작성하는 등의 방법으로 최교수 유가족으로부터 죽음을 둘러싼 사실관계를 은폐했다는 것이 법원의 설명이었다.⁹⁸ 둘째, 진실위원회(대통령 직속의 의문사진상규명위원회)가 조사를 마칠 때까지 유가족은 소송 제기에 필요한 증거를 취합할 수 없었다.⁹⁹ 셋째, 수지 김 사건의 서울지방법원과 마찬가지로, 신의칙에 근거하여, 법원은 한국 정부가 (i) 피해자에 대해 중대 범죄를 저지르고, (ii) 피해자 유가족으로부터 진실을 은폐하고, (iii) 범죄에 대한 수사 및 기소를 하지 않음으로써, 국민에 대한 신의성실의 원칙 의무를 위반했다고 판결하였다. 신의칙 위반에 근거하여, 정부는 소멸시효를 주장할 수 없었다.¹⁰⁰

⁹⁷ 상동.

⁹⁸ 상동.

⁹⁹ 상동.

¹⁰⁰ 상동. 김평우, *Demurrer Based on the Statute Of Limitations and The Principle Of Good Faith*, 8 Sogang University Journal of Law 175 쪽 (2006) 참조.

2. 소급적 형사소추

대한민국 민주정부는 적어도 두 번에 걸쳐 과거 정권하에서 저질러진 범죄를 처벌하기 위해 법안을 새로이 제정한 바가 있다. 두 법안 모두, 헌법재판소를 통해 사법부 심사가 이루어졌다. 공소시효가 완성된 후 국가가 형사사건을 소추할 수 있는지의 여부는 의견이 분분하다. 그러나 특별한 경우, 공소시효 완성 후에도 국가가 범죄행위를 기소하는 것이 합당하다는 주장이 설득력을 얻는다.

a) 친일파 재산의 몰수

친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법¹⁰¹은 일제 강점기에 친일 인사들이 취득한 재산의 몰수를 규정하였다.¹⁰² 동 법은 많은 반대에 부딪히기도 했다. 그 근거는 당시 일제식민치하에서는 해당 재산의 취득이 합법적인 행위였기 때문에 국가가 소급적으로 처벌할 수 없다는 것이었다.

그러나, 헌법재판소는 문제행위가 발생시점에는 합법적이었을지라도 법의 소급적인 적용에 근거한 재산몰수는 위헌이 아니라고 판결했다. 즉, (i) 부역자들은

¹⁰¹ 법안 제 7769 호, 2005 년 12 월 29 일.

¹⁰² Wolman, 위 각주 43, 41 쪽.

자신의 재산이 결국은 몰수될 수 있다는 것을 합리적으로 예상할 수 있었고, (ii) 국익과 관련된 예외적인 경우, 소급 입법이 적절하다고 본 것이다.¹⁰³

b) 5·18 민주화 운동

1995년 한국은 “5·18민주화운동 등에 관한 특별법”을 제정하였고, 동 법은 1979년에서 1980년 사이에 자행된 특정 국가범죄에 관하여 “국가가 공소권을 행사하지 못하는 원인이 존재한 기간”으로 간주해 공소시효를 정지하도록 했다.¹⁰⁴ 동 법은 공소시효가 완성된 광주학살 책임자들(민주화 운동가들이 살해당한 사건)에

¹⁰³ 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제 2 조 등 위헌소원, 2008 헌바 141, 47, 51 쪽, 헌법재판소(2011) (“국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자에게 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 진정소급입법이 허용될 수 있다... (피고들은) 소급입법을 충분히 예상할 수 있었다. 또한, 소급입법을 통해 침해되는 법적 신뢰는 심각하다고 볼 수 없는 데 반해 이를 통해 달성되는 공익적 중대성은 압도적이라고 할 수 있으므로 진정소급입법이 허용되는 경우에 해당한다. 그러므로 이 사건 귀속조항이 진정소급입법이라는 이유만으로 위헌이라 할 수 없다.”라고 설시 함. (영문번역은 <http://search.court.go.kr/thsep/selectThsep0101List.do> 에서 제공); 또한 Sang Wook Daniel Han, *Transitional Justice: When Justice Strikes Back - - Case Studies of Delayed Justice in Argentina and South Korea*, 30 Hous. J. Intl. L. 653, 672 쪽 (2008) (환수의 소급효과에 관해 살펴봄.); 그리고 박시욱, *Seizing Wealth of Pro-Japanese Collaborators Ruled Constitutional*, Korea Times (2011. 3. 31.), 출처: http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2013/01/117_84250.html 참조.

¹⁰⁴ West, 위 각주 73, 121-122 쪽 (“공소시효 정지는 정당하다. 왜냐하면, 그 기간에는 쿠데타를 통해 정권을 장악한 군부가 집권 과정에서 저지른 범죄에 대해 현실적으로 기소될 수 있는 상황이 아니었다.”)

대한 형사사건을 소급적으로 되살렸다는 이유로 사후입법금지의 원칙¹⁰⁵에 반한다는 주장을 근거로 헌법재판소에 헌법소원이 제기되었다.¹⁰⁶

헌재 재판관 중 5명은 “5·18민주화운동 등에 관한 특별법”이 공소시효가 완성된 피고들의 권리를 위헌적으로 박탈했다는 의견을 제시했다. 그러나, 위헌 판결을 내기 위해 필요한 재판관 3분의 2의 동의를 얻지는 못했다.¹⁰⁷ 나머지 재판관 4명은 인권유린, 한국의 민주화 지연, 개인의 자유 억압 등에 대한 정의 심판을 하는 공공이익이 피고들의 어떤 신뢰이익보다 중요하므로 합헌이라고 판결했다.¹⁰⁸

¹⁰⁵ 대부분 법역에서 사후입법금지의 원칙은 국가가 (i) 한때는 합법적이었던 행위를 소급적으로 범죄화하거나, (ii) 범죄가 저질러진 후 처벌을 소급적으로 강화하는 조치를 금하는 것이다. 이 원칙은 대한민국 헌법 제 13 조 제 1 항에 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며...”라는 규정에 명시되어 있다. 대한민국 헌법 제 13 조 제 1 항.

¹⁰⁶ Davie M. Waters, *Korean Constitutionalism and the ‘Special Act’ to Prosecute Former Presidents Chun Doo-Hwan and Roh Tae-Woo*, 10 Colum J. Asian L. 461, 469 쪽 (1996) 참조.

¹⁰⁷ Yi-Li Yee, *The Korean Constitutional Court and the Kwangju Massacre: Note on the Special Act Concerning the May Democratization Movement*, 4 National Taiwan University Law Review 227, 239 쪽 (2009), 출처: <http://www.law.ntu.edu.tw/ntlulawreview/articles/4-2/8Full%20Text.pdf>; 그리고 Waters, 동일문헌 474 쪽.

¹⁰⁸ 5·18 민주화운동 사건, 96 헌가 2 (한국 헌법재판소 1996); Waters, 동일문헌, 474 쪽; Han, 위 각주 93, 672 쪽; 조국, *Transitional Justice in Korea: Legally Coping With Past Wrongs After Democratization* [이하 “*Transitional Justice*”라 함.], 16 Pac. Rim L. & Policy J. 579, 584 쪽 (2007); Yi-Li Yee, 동일문헌, 239 쪽.

c) 사후입법금지(Ex Post Facto) 및 전환기의 정의(Transitional Justice)

학자들은 “5·18민주화운동 등에 관한 특별법”과 현재의 판결 등이 전환기의 정의(Transitional Justice)와 관련 있다고 본다.¹⁰⁹ 통일된 정의는 없지만,¹¹⁰ 전환기의 정의는 한 국가의 정치적 변화 과정 중에 억압적인 정부에서 덜 억압적인 정부로 전환할 때 전 정권이 저지른 범죄 및 과거사를 청산하는 방법을 말한다.¹¹¹

일부 학자는 권위주의 정권이 민주주의 정권으로 대체되는 전환기에는 중대한 범죄를 저지른 전 정권 인사들에 대해 공소시효가 방패막이로 이용되지 않도록 해야 한다고 설명한다.¹¹² 공소시효는 범죄가 자행된 시점에 현실적으로 그 범죄가 기소될 가능성이 있다는 것을 전제로 하고 있으며, 일부 학자는 자신의 범죄에 대해 국가가 공소하지 않는다는 사실을 알고 인권유린을 자행한 국가 행위자에게 공소시효가

¹⁰⁹ Han, 동일문헌, 672 쪽; 조국, *Transitional Justice* 동일문헌, 584 쪽; Yi-Li Yee, 동일문헌, 239 쪽 참조.

¹¹⁰ Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne; Andrew G Reiter, *TRANSITIONAL JUSTICE IN BALANCE*, Kindle Location 2621 (Kindle Edition 2013) (전환기의 정의에 대해 다양하고 서로 상충하는 정의가 많다고 설명함.)

¹¹¹ Ruti Teitel, *TRANSITIONAL JUSTICE* 3 (2000) 참조.

¹¹² 조국, *Transitional Justice*, 위 각주 98, 588 쪽 (“사후입법금지의 원칙은 자신의 범죄에 대한 조사 및 기소를 방해했던 국가 공무원이나 대리인들에게 적용해서는 안 된다. 공소시효 완성으로 인해 기소를 못하게 되면 국민적 정의가 손상된다. 이러한 이유로, 제한적이고 특별한 상황에서는 공소시효가 완성된 사건에 대해 새로운 공소시효를 소급적으로 적용할 필요가 있다.”) 참조.

일종의 면죄부를 주는 것이 되어서는 안 된다고 주장한다.¹¹³ 이들은 한 국가가 민주주의로 전환할 때, 이전 정권이 자행한 중대한 범죄에 대해서는 공소시효를 정지해야 한다고 주장한다.¹¹⁴

3. 수지 김 사건, 최종길 교수 사건, 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법, 5·18 민주화운동 등에 관한 특별법 등이 시사하는 바

위에서 살펴본 수지 김 사건 및 최종길 교수 사건은 한국 정부가 한국 국민을 기만하고 범죄 은폐를 지원하는 등 국민에 대한 신의성실의 의무를 저버린 경우, 정부가 민사 사건에서 소멸시효 항변을 할 수 없다는 것을 잘 보여준다.¹¹⁵ 그러나, 친일파 재산 환수 특별법과 5·18 특별법에 관한 헌법적 논쟁에서 볼 수 있듯이, 예외적인 상황이 없는 경우, 대한민국 사법부는 공소시효가 완성된 형사 사건에

¹¹³ Human Rights Watch, Legal Opinion Submitted to the Ministry of Turkey: Lifting the Statute of Limitations for Violations of the Right to Life and Torture by Suspected State Perpetrators [이하 “HRW Opinion”이라 함.] (2013. 1.) 출처:<http://www.hrw.org/news/2013/03/25/january-2013-legal-opinion-submitted-minister-justice-turkey> 참조.

¹¹⁴ Han, 위 각주 93, 691 쪽 (“공소시효는 실체법이라기보다는 절차법으로 봐야 한다. 특히 정의에 대한 희생자와 사회의 요구가 여전히 강하며, 범죄자가 참회를 하지 않으며, 기소 대상과 시점에 대한 결정이 단순히 사법부 임의 재량의 문제가 아니라 면밀한 국민적 감시 대상인 경우에 그러하다. 이 점에 있어, 국내 공소시효 규정은 ‘뒤늦은 정의’의 기전에 의해 법적 정의를 구함에 있어 장애가 되지 않는다.”); 조국, *Transitional Justice*, 위 각주 98, 588 쪽 참조.

¹¹⁵ 수지 김 사건, 위 각주 91; 최종길 교수 사건, 위 각주 96 참조.

대해서는 쉽게 공소를 허용하지 않는다.¹¹⁶ 그럼에도 불구하고 일부 재판장은 국가가 중대 범죄의 공범이면서 적시 기소를 방해한 경우에는 공소시효의 경직적 적용이 부적절하다는데 동의하고 있다.

B. 민사소송에 적용되는 영미법 원칙

다음 절에서는 영미법 체계에서 민사소송의 소멸시효에 통상적으로 적용하는 형평법상 원칙을 살펴본다.

1. 발견의 원칙

18세기부터 미국 등을 포함한 영미법 국가에서는 민사소송에서 발견의 원칙(“discovery rule” 또는 “delayed discovery rule”)을 적용해왔다. 이는 원고가 자신에 대한 피해사실을 모르는 경우 적용하는 것이다. 발견의 원칙은 피해자가 피해 사실에 관해 알게 된 때(또는 알았어야 하는 때)로부터 소멸시효의 기산점으로 계산하는 원칙을 말한다.¹¹⁷

사기사건의 경우, 기망행위가 발생한 시점에는 피해자가 자신이 기만 당했다는 사실을 알지 못하는 경우가 대부분이기 때문에 발견의 원칙이 적용되는

¹¹⁶ 위 각주 94-99 및 관련 내용 참조.

¹¹⁷ Gabelli, 위 각주 73, 133 S.Ct. 1221 쪽 참조.

경우가 많다. 최근에 미국 대법원은 이 원칙이 “사기사건의 경우, 피고의 기만적인 행위로 인하여 원고는 자신이 사기 당했다는 사실조차 알지 못할 수 있기 때문에, 이 경우 다른 무언가가 필요하다는 인식에 기반하여” 생겨났다고 실시한 바 있다.¹¹⁸ 발견의 원칙이 없다면, “사기 피해를 입은 후 자신의 귀책 사유 또는 주의 의무 태만 없이 피해를 계속 모르고 있는 원고의 경우” 공소시효가 지나가 버릴 수 있다.¹¹⁹ 형평법상 원칙이었던 발견의 원칙은 현재는 많은 법역에서 성문화되어, 피해가 발생한 시점이 아닌 피해자가 자신의 피해에 대해 알게 되는 때부터 시효 기간이 기산되도록 하고 있다.¹²⁰

2. 형평법상 시효정지 및 형평법상 금반언

영미법에서 민사소송과 관련하여 원고가 손해배상 청구기한을 연장할 수 있는 다른 두 가지 방법으로는 형평법상 시효정지 및 형평법상 금반언(형평법상 금반언은

¹¹⁸ 상동. *Merck & Co. v. Reynolds*, 130 S.Ct. 1784, 1793 쪽 (2010) 인용. (원문 상 강조 표시).

¹¹⁹ *Holmberg v. Armbrecht*, 327 U.S. 392, 397 쪽 (1946). 각급 법원은 사기와 관련 없는 사건에도 발견의 원칙을 적용한다. 예를 들어, 외과 의사 원고 체내에 이물질이 남겨두어 원고에게 잠복성 상해를 야기하거나, 원고가 건축물의 잠재적 하자를 몰랐던 경우, 원고가 자신의 피해 사실을 지득하는(또는 지득했어야 하는) 시점까지는 시효 기간이 개시되지 않을 수도 있다. *Smith v. Johnston*, 591 P.2d 1260 (Okla. 1978) 참조.

¹²⁰ 예를 들어, N.Y. C.P.L.R. sec. 214-c 참조.

“기망적 은닉”이라고도 함)이다.¹²¹ 형평법상 시효정지는 원고가 자신의 피해사실을 알지만, 자신의 노력에도 불구하고 시효가 완성되기 전에 청구를 제기하기 위해 필요한 증거를 확보하지 못하는 상황을 지칭한다. 법원은 원고가 재판 청구에 필수적인 증거를 확보할 수 없었던 기간 동안에는 소멸시효를 정지할 수 있다. 즉, 이 기간 동안에는 소멸시효가 기산되지 않는다.¹²²

피고가 원고에게 1) 사실 관계를 고의로 은닉하거나 2) 원고를 위협 또는 기만함으로써 원고의 청구 제기를 방해하는 경우, 원고는 형평법상 금반언에 의지할 수 있다.¹²³ 발견의 원칙과 마찬가지로, 미국 내 많은 법역에서는 형평법상 금반언 원칙을 성문화하였다.¹²⁴

¹²¹ 미국의 일부 법원은 이 두 용어를 같은 의미로 사용하며, 독자는 이 용어들이 법역에 따라 다르게 정의되는 경우가 있음에 유의해야 한다. *Cada v. Baxter Healthcare Corp.*, 920 F.2d 446, 450-451 쪽 (7th Cir. 1990); *Pearl v. City of Long Beach*, 296 F.3d 76 쪽 (2d. Cir. 2002) (“형평법상 금반언” 및 “형평법상 시효정지”의 여러 용례를 살펴봄.)

¹²² 상동.

¹²³ 상동. 예를 들어, 고용주가 여성직원을 해고하면서 성차별이 아닌 일감 부족 때문이라고 말할 경우, 그녀가 차별에 기반한 소송을 할 수 있다는 사실을 회사가 기만적으로 숨겼다고 볼 수 있다. 마찬가지로, 화해 협상을 할 테니 그 기간 동안에는 소송청구를 보류하고 대신 회사가 소멸시효를 주장하지 않겠다고 약속하는 경우, 법원은 그 회사가 소멸시효 변론을 쓰지 못하게 할 수 있다.

¹²⁴ 예를 들어, 코네티컷 주는 기망적 은닉의 원칙을 성문화하여(CSGA § 52-595) 원고가 소송을 개시하기 위해 필요한 사실관계를 피고가 고의로 은닉하는 경우에는 원고가 피고에 대한 청구 원인이 있음을 알게 되는 시점까지는 시효 기간이 개시되지 않는다고 규정하였다. “타인이 제기하는

학자들은 이러한 형평법상 원칙들이 인권유린에 관한 사건에 있어 특히 중요하다고 설명한다.¹²⁵ 예를 들어, *Bodner v. Banque Paribas* 사건의 경우, 피고인 프랑스 은행은 나치가 절취하고 제2차 세계대전 후 은행으로 전환된 자산에 대해 회수하기 위한 소송이 제기되자 소멸시효가 완성되었다고 항변했다.¹²⁶ 그러나 법원은 몇 가지 근거에 따라 은행의 항변을 인정하지 않았다. “원고, 나아가 일반 대중들에게 약탈 자산의 보관과 관련해 체계적이며 역사적으로 부인하는 기만 정책을 사용한 경우”이기 때문에 소멸시효는 기산되지 않아야 한다는 판시였다.¹²⁷

마찬가지로, *Rosner v. United States* 사건에서는 헝가리의 친나치 정부가 절취한¹²⁸ 후 미군이 몰수한 재산을 되찾기 위한 원고의 청구에 대해 연방법원이

소송에 대한 법적책임이 있는 자가 당해 소송의 청구원인의 존재를 당해 타인에게 기만적으로 은닉하는 경우, 당해 법적책임이 있는 자에 대한 당해 청구원인이 발생하는 시점은, 제소 권리가 있는 자가 당해 청구원인의 존재를 최초로 지득하는 시점으로 간주하여야 한다.”

¹²⁵ Morris Ratner, *Factors Impacting the Selection and Positioning of Human Rights Class Action in United States Courts: A Practical Overview*, 58 N.Y.U Ann. Sur. Am. l. 623, 626-627 쪽 (2003) (입법부의 개입이 없는 경우, 인권에 관한 사건의 원고들은 형평법상 시효정지 또는 금반언에 의존하여 피고들이 소멸시효 항변을 하지 못하도록 하여야 함을 논의함.); Malveaux, 위 각주 74, 104-107 쪽 (소멸시효를 정지해야 하는 형평법상의 이유를 살펴봄.)

¹²⁶ *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F.Supp.2d 117, 135 쪽 (E.D.N.Y. 2003); 그리고 Ratner, 동일문헌, 626-627 쪽; Malveaux, 위 각주 74, 104-107 쪽.

¹²⁷ *Bodner*, 동일문헌, 114 F.Supp.2d, 135 쪽; 그리고 Ratner, 동일문헌, 627 쪽.

¹²⁸ “Hungarian Gold Train” 이라고도 함.

유효하다고 판결했다. 즉, 한 조사기관이 발표한 1999년도 보고서에서 이 사건과 관련한 내용이 공개될 때까지는 소 제기에 필요한 사실관계 전체를 원고가 알지 못했기 때문에 소멸시효가 완성될 수 없다는 판결이었다.¹²⁹ 법원은 거의 60년 간 이 사건과 관련한 진실이 은폐되어 왔기 때문에 소송을 더 일찍 제기하지 못한 원고에 대한 잘못은 없다고 판결하였다.¹³⁰

3. 위반행위 계속의 원칙

위반행위 계속의 원칙(Continuing Violations Doctrine)은 가해자가 일련의 부당 행위를 범함에 있어 일부 초기에 이루어진 행위가 접수기간을 초과했으나 나중의 행위가 소멸시효가 완성되기 전에 발생한 경우 적용할 수 있다.¹³¹ 결국 이 원칙에 따르면, 위반행위는 하나의 계속된 행위로 간주되어, 접수기간을 초과한 행위도 소멸시효 내에 해당하는 것으로 간주하겠다는 것이다.¹³²

¹²⁹ Rosner v. United States, 231 F.Supp.2d 1202, 1205 쪽 (S.D. Fla. 2002); Malveaux, 위 각주 74, 105 쪽 참조. 본 결정은 최종길 교수 사건을 담당한 서울고등법원의 판결과도 일치한다. 위 각주 96-100.

¹³⁰ Rosner, 동일문헌, 231 F.Supp.2d p. 1205 쪽.

¹³¹ Malveaux, 위 각주 74, 88 쪽; Bodner, 위 각주 127, 114 F. Supp. 2d, 134-36 쪽.

¹³² 상동.

형평법상 시효정지 및 형평법상 금반언과 마찬가지로, 위반행위 계속의 원칙은 인권유린과 관련한 사건에 적용할 수 있다.¹³³ *Bodner* 사건의 경우, 은행이 (i) 약탈된 자산의 존재를 지속적으로 부인해 왔으며, (ii) 자산을 정당한 주인에게 반환하지 않음으로써, 재판부는 은행의 행위를 소멸시효가 완성되지 않은 계속적인 위반행위로 판단한 것이다.¹³⁴

4. 미성년자의 경우 공소[소멸]시효 정지

1623년부터 일찍이 영국은 자신의 명의로 고소를 하거나 고소당할 수 있는 법적 자격이 없는 미성년자 등 법적 무능력자에 대해 소멸시효 기산을 적용할 수 없음을 규정하였다.¹³⁵ 미국 내 대부분의 법정은 미성년자가 법정 시효기간 내에

¹³³ Ratner, 위 각주 125, 626-627 쪽.

¹³⁴ *Bodner*, 위 각주 127, 114 F. Supp. 2d, 134-35 쪽 (“원고측이 제기한 재판 청구의 성격은, 자산과 이에 관련한 사실관계 및 정보의 지속적 부인이 증명되는 경우, 이러한 부인이 통상적인 청구권 발생 규정의 예외 범위 내에 합리적으로 해당하는 계속적인 국제법 위반을 구성하는 것이다. 또한, 원고측이 제 2 차대전 종료 직후에 이러한 청구를 제기할 수 있었을 것으로 예상할 수 없으며, 원고측은 피고 은행측으로부터 금전과 정보를 회수하려는 시도에 있어 일관된 방해를 받았다고 주장한다.”)

¹³⁵ *Developments in the Law*, 위 각주 67, 1178 쪽; J.K. Angell and John Wilder May, A TREATISE ON THE LIMITATIONS OF ACTIONS AT LAW AND SUITS IN EQUITY AND ADMIRALTY (6th ed. 1861) ¶ 192 쪽 (전자사본을 저자가 보관함). (“제임스 법안(Statute of James) 제 7 조에 따르면, 재판 청구의 권리를 행사하는 자가 원인의 발생시점에 21 살 미만인 경우, 법적인 무능력이 종료되는 시점에서 법안이 정하는 기한 내에 청구권리를 행사할 수 있다.”)

고소를 해야 한다면, “심대한 피해”를 입게 될 것이라고 말한다.¹³⁶ 이러한 이유로, 미국의 대부분 주에서는, 청구원인이 발생하는 시점에 원고가 미성년자인 경우, 민사소송에 대한 소멸시효를 정지하도록 한다. 통상적으로, 원고가 성년에 이른 후 일정기간 내에 소송을 제기하도록 한다.¹³⁷

미성년자에 대한 소멸시효 정지의 원칙은 너무나 중요하여 미국 법원은 미성년자의 재판 청구권을 사실상 박탈하는 소멸시효 규정에 대해서는 위헌이라고 주장하고 있다.¹³⁸ 한 주 법원이 설명한 바 대로, 소멸시효의 취지는 원고들로 하여금 청구권이 지지부진해지기 전에 소송을 제기하도록 유도하고자 하는 것이지, 소송을 제기할 능력이 없는 아동들에게 불이익을 주기 위한 것이 아니다.¹³⁹

¹³⁶ Thomas A. Jacobs, 2 Children & the Law: Rights and Obligations § 11:14 (2013).

¹³⁷ 예를 들어, Wisc. Stat. 893.16 (일정한 예외 상황을 전제로, 미성년자는 18 번째 생일 최소 2 년을 앞두고 소멸시효가 완성된 소송에 대해서 개시를 청구할 수 있다.) 참조.

¹³⁸ Barrio v. San Manuel Division Hospital, 692 P.2d 280, 284 쪽 (Ariz. 1984); Strahler v. St. Luke’s Hospital, 706 S.W.2d 7, 9 쪽 (Miss. 1986).

¹³⁹ Barrio, 동일문헌, 692 P.2d, 284 쪽 (의사를 상대로 한 손해배상 소송의 경우, 피해자가 상해시점에 7 세 미만일 때, 일곱 번째 생일 3 년 이내에 소 제기가 이루어져야 한다는 규정을 위헌으로 판시함.) 애리조나 대법원은 당해 규정이 시민의 손해배상 청구권을 폐지함으로써 애리조나 헌법 제 18 조 제 6 절을 위반하였다고 판시했다. Ariz. Con. art. 18 § 6 (상해배상을 구하기 위한 소송권은 절대 폐지될 수 없다...) 참조. 상동. (“오랜동안 미성년자의 어린 나이는 법적 장애 즉, 법적인 권리행사를 할 수 있는 능력의 부재로 인식되어 왔지, 처벌해야 하는 도덕성 부재의 문제가 아니다. 청구원이 소송을 제기할 수 없도록 “만들어버리는” 규정은...”) (원문내 인용 정보 생략.) 위와 비슷한 사건으로 미주리

C. 중대 범죄에 대한 공소시효 철폐

중대 범죄에 대해서는 공소시효가 적용되지 않아야 한다고 규정하는 국가들이 많다. 캐나다와 영국은 중죄(felony)의 경우 공소시효를 두지 않는다. 그리고 독일,¹⁴⁰ 일본,¹⁴¹ 미국 내 모든 법역¹⁴²에서는 살인에 대해서는 공소시효를 적용하지 않는다. 최근에 한국도 살인죄에 대한 공소시효를 연장하기로 했다. 이 과정에서 한국은 다른 국가의 경향을 따라 완전히 철폐하는 방안도 검토한 바 있다.¹⁴³

대법원은, “법원은 모든 사람에게 개방되어야 하며, 모든 상해에 대해 일정한 구제 수단이 부여되어야 한다”고 보장하는 미주리 주 헌법 제 1 조 제 14 절을 소멸시효 규정이 위반함으로써 원고의 법원 접근권이 박탈되었다고 판시했다.) *Strahler v. St. Luke’s Hospital*, 706 S.W.2d 7, 9 쪽 (Miss. 1986)

¹⁴⁰ 독일 형법 Ch. 5 § 78 (2). 독일은 홀로코스트 당시 자행된 인종학살의 책임자들을 국가가 기소하지 못하는 상황이 발생하지 않도록 공소시효를 철폐했다. 독일의 한 하원의원은 공소시효의 완성을 막아야 한다면서, “살인에 대한 처벌이 가능함에도 불구하고 어떤 응보도 없다면, 전국민의 정의감은 건드릴 수 없을 정도로 부패할 것”이라고 설명했다. Hessbruegge, 위 각주 68, 336 쪽 (Ernst Benda 를 인용함.)

¹⁴¹ Zach Zagger, *Japan Abolishes its Statute of Limitations for Murder*, *Jurist* (2010. 4. 28.), 출처: <http://jurist.org/paperchase/2010/04/japan-abolishes-statute-of-limitations.php> 참조.

¹⁴² 미국에서는 강간에 대한 공소시효가 없는 주가 점점 많아지고 있다. 가장 최근에는 캔사스 주가 강간에 대한 공소시효를 철폐하는 스무 몇 번째 주가 되었다. *LJ World, Rape Survivor Works to Change Law, Abolish the Statute of Limitations in Rape Case* (2013. 3. 3.), 출처: <http://www2.ljworld.com/news/2013/mar/03/rqe-victim/>; 그리고 Conn. Gen. Stat. 54-193 (강간을 언제든 기소할 수 있는 범죄 유형으로 분류함.); N.Y. Crim. Proc. § 30.10 (상동). 강간죄의 기소에 대해 공소시효를 인정하는 주 중에는 DNA 증거가 확보된 경우, 공소시효와 관계없이 기소를 허용하는 예외 규정을 두는 주가 많다. 예를 들어, Colo. Rev. Stat. § 16-5-401 참조.

¹⁴³ HRM-South Korea, *Legislating the Abolition of Statute of Limitations on Homicide* (2012. 6. 26.), 출처: <http://www.cga.ct.gov/2009/pub/chap966.htm>; <http://www.humanrightskorea.org/2012/legislating-the-abolition-of-statute-of-limitations-on-homicide/>

D. 아동 성범죄에 대한 민·형사 공소[소멸]시효를 철폐하자는 움직임

위에서 살펴본 발견의 원칙, 형평법상 시효정지 및 금반언, 미성년자에 대한 소멸시효 정지, 그리고 중대 범죄에 대한 공소시효 철폐 등 원칙들은 아동 성범죄에 대한 민·형사 공소[소멸]시효를 철폐하자는 세계 각지의 움직임과 궤를 같이 한다.

아이들은 자신이 성범죄의 피해자라는 사실을 모르는 경우가 많으며 범죄를 신고할 능력이나 의사가 없는 경우가 많다.¹⁴⁴ 미국 및 세계 각국의 아동인권단체와 사법부, 입법부는 아동 성범죄의 민·형사 소송에 있어 공소[소멸]시효의 경직적 적용을 완화시키는데 많은 진전을 이루어내고 있다.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Jessica Mindlin, *Child Sexual Abuse and Criminal Statutes of Limitation: A Model for Reform*, 65 Wash. L. Rev. 189, 189 쪽 (1990) (“아동 성범죄 가해자는 공소시효가 완성될 때까지 피해자가 신고를 하지 못하도록 위협 또는 강압을 사용하는 경우 또는 피해자가 접수기한 내에 신고하기에는 너무 어린 경우, 범행에 대한 기소를 피해갈 수 있게 된다.”) 전문가 설명에 의하면, 다음과 같은 이유로 아동 성학대 피해자들은 학대 사실을 인정하지 않거나 신고하지 않는다고 한다. 가해자가 가족 구성원이고 피해자는 자기 가족에게 상처 주기를 원하지 않는 경우; 피해자가 치욕과 수치를 느끼는 경우; 학대로 인한 우울증, 약물 또는 알코올 중독, 자살 성향 등이 수년 후에 나타나는 경우; 피해자가 소송을 제기할 의향이 없을 정도로 우울증 등 학대의 부정적 영향에 대처하는 데에 여념이 없는 경우; 가해자가 아동 피해자를 의도적으로 위협하거나 수치감을 주어 비밀을 지키도록 하는 경우. Gregory Gordon, *Adult Survivors of Child Sexual Abuse and the Statute of Limitations: The Need for Consistent Application of the Discovery Rule*, 20 Pepp. L. Rev. 1359, 1364-1365 쪽 (1993); Kelli L. Nabors, *The Statute of Limitations: A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits*, 14 Law & Psych. L. Rev. 153, 159 쪽 (1990); Jenna Miller, *The Constitutionality of and Need for Retroactive Civil Legislation Related to Sexual Abuse*, 17 Cardozo J. L. and Gender 599, 603-604 쪽 (2011); Marci A. Hamilton & Paul R. Verkuil, *Facts About Childhood Sexual Abuse*, 4 쪽, 출처: <http://sol-reform.com/images/FactsAboutCSA.pdf>.

¹⁴⁵ 반대세력의 로비에도 불구하고 아동인권단체들은 피해자들이 피해보상을 받고 아동을 착취한 가해자는 처벌을 받을 수 있도록 각국에 공소시효 연장 또는 철폐를 지속적으로 촉구하고 있다.

1980년대 말 그리고 1990년대부터, 입법부의 노력이 전혀 없었던 당시, 법원은 어렸을 때 성적학대를 받은 성인 피해자들이 가해자를 고소할 수 있도록 소 청구 기한을 연장해주기 시작했다.¹⁴⁶ 1990년대에 많은 미국 법원이 민사소송에서 소멸시효를 정지하는 법률을 통과시켰다. 가령, 캘리포니아 및 델라웨어는 소급적으로 법률을 적용함으로써, 이미 소멸시효가 완성된 민사재판을 부활시켰다.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Gordon, 위 각주 144, 1379-1380 쪽. 공소시효가 완성되었을 이러한 사건에서 피해자들은 발견의 원칙, 금반언 등 다양한 법리에 따라 공소시효 정지를 요청하였다. 상동. 이 중에서, 발견의 원칙이 가장 광범위하게 받아들여졌다. 상동; Russell Donaldson, *Running of Limitations against Action for Civil Damages for Sexual Abuse of Child*, 5 A.L.R. 5th 321 (사례 발표) 참조. 예를 들어, 1990년대 사건 중에 캘리포니아 항소법원은 사실심 법원이 당시 캘리포니아의 시효 규정 3년을 너무 경직적으로 적용하여 가해자에 대해 원고측이 제기한 민사소송이 부적절하게 기각되었으며, 원고에게 재소답의 기회를 주지 않았다고 판결했다. *Evans v. Eckelman*, 216 Cal.App.3d 1609, 1620 쪽 (Cal. Ct. App. 1990). 원고측은 발견의 원칙에 근거하여 소멸시효를 정지하여야 하는 이유를 설명하는 재소답의 기회를 갖게 되었고, 이 과정에서 법원은 “원고가 결과적 피해를 즉시 인지하거나 이해하는 것이 일반적으로 불가능한 경우” 그리고 원고 및 피고 간에 “내밀한 관계 또는 신뢰관계”가 있는 경우, 발견의 원칙이 적용되어야 한다고 설명했다. 상동, 1614-1615 쪽. 형평법상 금반언에 의해 공소시효 항변을 못하게 하거나 기망적 은닉의 원칙에 의해 시효가 정지되어야 한다고 판결한 사례도 여러 개 있다. *Hildebrand v. Hildebrand*, 73 F. Supp 1512 (S.D. Ind. 1990); *Hammer v. Hammer*, 142 Wis.2d 257 (Wis. App. 1987) 참조.

¹⁴⁷ Cal. Civ. Proc. Code § 3401.1; Del. Code. Ann tit. 10 § 8145(b); Miller, 위 각주 144, 607-611 쪽 참조.

그러나 아동인권단체는 여기에 만족을 하지 않고 입안자들에게 민·형사 소송에서 공소[소멸]시효를 완전히 철폐하도록 촉구하고 있다.¹⁴⁸ 미국 내 절반 이상의 주에서는 아동 성범죄 관련 형사사건에서 공소시효를 적용하지 않고 있으며, 아동인권단체들은 이 숫자를 늘리고 위해 힘쓰고 있다.¹⁴⁹

아동 성범죄 사건과 관련해 공소시효를 철폐하기 위한 노력은 미국만의 문제가 아니다. 스위스에서도 아동인권단체들은 아동 성범죄에 대한 공소시효를 철폐하기 위한 운동을 성공적으로 이끌었다.¹⁵⁰ 한국도 13세 미만 아동에 대한 중대 성범죄의 경우 공소시효를 철폐하였다.¹⁵¹ 또한, 독일은 광범위한 아동 성학대에

¹⁴⁸ NJ Today, *Bill to Eliminate Civil Statute on Sex Abuse Cases Clears Judiciary Panel* (2012. 6. 22.), 출처: http://www.abolishsexabuse.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1608:bill-to-eliminate-civil-statute-of-limitations-on-sex-abuse-cases-clears-judiciary-panel&catid=54:latest-news&Itemid=179.

¹⁴⁹ Marci Hamilton, *Summary of Statutes of Limitation Reform Across the United States as of June 28, 2013*, 출처: http://sol-reform.com/SNAPSHOT_OF_SOL_STATUTES_AND_2013_PENDING_BILLS_ACROSS_THE_US.pdf. 예를 들어, 2010 년도에 천주교의 반대 로비에도 불구하고 플로리다 주는 대부분 아동 성범죄에 대해 공소시효 규정을 철폐하기로 결정했다. Tampa Bay Times, *House and Senate Vote to Eliminate Statute of Limitation on Children* (2010. 4. 26), 출처: <http://www.tampabay.com/news/courts/civil/house-and-senate-eliminate-statute-of-limitations-on-sex-crimes-against/1090508>.

¹⁵⁰ 이러한 노력의 결과, 2008 년도에 국민투표가 이루어졌고, 결국 스위스에서는 12 세 미만의 아동에 대한 성범죄 등 학대행위에 대해 공소시효 규정을 철폐하기로 결정했다. Swissinfo.ch, *Child Abusers Face Life-Long Prosecution* (2013. 1. 2.), 출처: http://www.swissinfo.ch/eng/swiss_news/Child_abusers_face_life-long_prosecution.html?cid=34557754

¹⁵¹ 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(제 11574 호, 2012. 12. 18.)

대한 대응책으로 2011년도에 민사소송에서 소멸시효를 피해자의 21번째 생일 후 30년으로 연장하는 법안을 마련했다.¹⁵²

E. 시효로 소멸하지 않는 법령(imprescriptibility) 및 핵심적 반인도적 범죄가 아닌 인권유린

국제관습법에 따라 대량학살, 고문 등 핵심적 반인도적 범죄는 시효로 소멸하지 않는 법령(imprescriptible)의 적용을 받아야 한다. 즉, 국가는 공소시효와 관계없이 이러한 반인도적 범죄에 대해서는 무조건 공소를 해야 한다는 것이다.¹⁵³

지난 20여년 간 국제사법재판소는 중대한 인권유린이 발생한 경우에는 공소[소멸]시효를 적용할 수 없다고 일관되게 판시해 왔다.¹⁵⁴ 이 원칙은 소급적으로

¹⁵² Seattle Times, *Germany Extends Statute of Limitations on Abuse* (2011. 3. 23), 출처: http://seattletimes.com/html/nationworld/2014574303_apeugermanychurchabuse.html.; 같은 맥락에서 유럽위원회는 외국 관광객으로부터 성학대를 받은 아이들의 경우에는 범인을 지목할 수 있는 나이가 되기 전에 이미 가해자의 거주국에서는 소멸시효가 완성되어 버리는 경우가 많다고 지적했다. 이러한 이유로 유럽위원회는 성적 착취 및 학대로부터의 아동 보호에 관한 협약(Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Abuse)에서 각 비준국으로 하여금 소멸시효 기간이 “피해자가 성년에 이른 후에” 해당 범죄의 중대성에 상응하는 법적절차의 효율적인 개시를 허용하기 위해 충분한 기간 동안 지속되도록” 요구하고 있다. Council of Europe’s Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Abuse (CETS no. 201), art. 33. (강조 표시 추가); Karen Fredette, *International Legislative Efforts to Combat Child Sex Tourism: Evaluating the Council of Europe Convention on Commercial Child Sexual Exploitation*, 32 B.C. Int’l & Comp. L. Rev. 1, 38 (2009).

¹⁵³ Hessbruegge, 위 각주 68, 전체 참조; Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, G.A. res. 2391 (XXIII), annex, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18), 40 쪽, U.N. Doc. A/7218 (1970. 11. 11.)

¹⁵⁴ *Barrios Altos v. Peru*, Inter-Am. Ct. H.R., No. 75, ¶ 41 (2001. 3. 14.) 참조. 출처: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf. 체코, 독일, 그리고 폴란드에서는 공산주의

적용되어 한 국가의 자국 법령에 의해 특정 사건에 대한 공소시효가 완성되었다 하더라도 국가는 피고를 기소할 의무가 있게 되는 것이다.¹⁵⁵

많은 학자들은 시효로 소멸하지 않는 법령(imprescriptibility)의 원칙이 핵심적 반인도적 범죄의 수준에 미치지 않는 인권유린의 경우에도 적용되어야 한다고 주장한다.¹⁵⁶ 국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위의 피해자의 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본 원칙 및 지침(the Basic Principles and

정권기에 범해진 중대 범죄의 경우, 시효가 소멸하지 않아야 한다고 규정했다. Teitel, 위 각주 111, 40-41 쪽 참조. 일부 전문가는 국제조약법에 의해 인권유린과 관련한 민사소송에서도 소멸시효를 적용할 수 없다고 주장한다. Hessbruegge, 위 각주 68, 373-374 쪽.

¹⁵⁵ Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, G.A. res. 2391 (XXIII), annex, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18), 40 쪽, U.N. Doc. A/7218 (1970. 11. 11.); 같은 맥락에서 호주인권및기회평등위원회(The Human Rights and Equal Opportunity Commission of Australia)는 강제적으로 가족과 이별한 원주민들에 대한 보상은 소멸시효 적용을 받지 않아야 한다고 권고했다. Hessbruegge, 위 각주 68, 374 쪽, Human Rights & Equal Opportunity Comm'n, *Bringing Them Home: Report Of The National Inquiry Into The Separation Of Aboriginal And Torres Strait Islander Children From Their Families*, 270-75 쪽 (1997) 인용. 아울러, 인종차별반대위원회(The Committee against Racial Discrimination)는 일본이 시효를 근거로 위안부들이 제기한 손해배상 청구를 기각한 행위를 비판하였다. 상동, 375 쪽, Comm. Against Torture, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 19 of the Convention, Conclusions and Recommendations of the Comm. Against Torture: Japan, 38th Sess., Apr. 30-May 18, 2007 ¶ 12, U.N. Doc. CAT/C/JPN/CO/1 (2007. 8. 3.) 인용.

¹⁵⁶ Hessbruegge, 위 각주 68, 356쪽 (“많은 인권조약들은 주요감독절차에 따라 해석할 경우, 반인도적 범죄, 대량학살, 전쟁범죄 등에 해당하지 않는 반인권 범죄의 경우에도 국가가 시효와 관계없이 기소 및 처벌을 해야 한다고 명시한다. 그리고 국제관습법에서도 점차 이를 요구하고 있다. 그러나 각 국가 법령은 민사 손해배상 청구에서 피고가 소멸시효 항변을 하지 못하도록 금하는 국제관습법의 수준에 아직 못 미치고 있다.”) 대량학살 이외의 반인도적 범죄에는 고문, 국외추방, 그리고 강제실종이 있다. *Rome Statute of the International Criminal Court*, 2187 U.N.T.S. 90, 2002. 7. 1. 발효, 제7조 참조.

Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)은 이러한 주장을 뒷받침 하고 있다.¹⁵⁷ 즉, 위반행위가 핵심적 반인도적 범죄의 수준에 미치지 못하는 경우라 하더라도, “민사소송에 적용하는 국가의 소멸시효 규정은 부당하게 제한적이지 않아야 한다”고 규정하고 있다.¹⁵⁸

IV. 한국은 국제불법입양에 대한 민·형사 공소[소멸]시효를 소급 철폐해야 한다

위 제2장 및 제3장에서 살펴본 원칙들이 시사하는 바에 의하면 한국은 국제입양과 관련하여 민·형사 공소[소멸]시효를 철폐, 정지 또는 최소한 대폭 연장하는 것이 바람직하다.

A. 한국의 전례 및 신의칙에 의하면 국제불법입양 사건과 관련한 민사 소멸시효를 소급적으로 철폐하는 것이 바람직하다

대한민국 헌법에 의하면, 국민은 정부가 신의성실의 원칙을 지킬 것을 신뢰할 권리가 있다.¹⁵⁹ 수지 김 사건 및 최종길 교수 사건에서 한국 법원은 국가가 국민에 대한 신의성실 의무를 저버리고, 자신의 범죄를 수사 및 기소하지 않고, 원고가

¹⁵⁷ G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (2005. 12. 16.)

¹⁵⁸ 상동, IV(7).

¹⁵⁹ 위 각주 90 및 관련 내용 참조.

적기에 소송을 제기하지 못하도록 하는 경우에는 정부를 상대로 하는 민사소송에서 소멸시효가 적용되지 않아야 한다고 인정하였다.¹⁶⁰

아동인권단체들은 한국 정부와 그 대리인들, 즉 국제입양기관들이, 부패한 국제입양 관행을 통해 한국 국민의 신뢰를 위반하는 행위를 했다고 주장한다.¹⁶¹ 뿐만 아니라, 입양기관들은 입양에 관한 정황을 지금도 입양인들에게 제공하지 않고 있으며, 국제불법입양에 있어 정부가 관여한 부분을 국가가 제대로 조사하고 있지 않는다고 주장한다.¹⁶²

수지 김 사건과 최종길 교수 사건에서 한국 정부가 신의성실 의무를 위반한 것처럼, 국제불법입양과 관련해서도 입양인들은 정부가 신의칙을 위반했다고 합당하게 주장할 수 있을 것이다.¹⁶³ 이러한 논거에 기초하여, 대한민국 사법부는

¹⁶⁰ 위 각주 90-100 및 관련 내용 참조.

¹⁶¹ 위 각주 36-45 및 관련 내용 참조.

¹⁶² 위 각주 43-53 및 관련 내용 참조.

¹⁶³ 위 각주 90-100 및 관련 내용 참조.

신의칙을 이유로 정부와 정부의 대리인 역할을 한 입양기관들이 해외 불법입양과 관련한 민사소송에서 소멸시효 항변을 할 수 없도록 강제해야 한다.¹⁶⁴

B. 형평법상 원칙 및 민사소송

제 3 장 (B)에서 살펴본 형평법상 원칙은 한국에서 소멸시효를 경직적으로 적용하지 않아야 한다는 주장을 뒷받침하고 있다.

1. 입양인 민사소송에 발견의 원칙 적용

발견의 원칙은 주의의무를 태만히 하지 않았는데도 자신이 당한 피해를 인지하지 못하는 원고를 보호하는 제도이다.¹⁶⁵ 불법입양 피해자는 이 범주에 정확히 해당된다. 불법 입양된 아이들은 한국 법이 정한 민사소송 소멸시효 10년이 훨씬 경과한 후까지 자신의 입양상황에 대해서 잘 이해하지 못할 수도 있고 자신의 피해 사실을 인식하지 못할 수도 있다.¹⁶⁶

¹⁶⁴ 상동.

¹⁶⁵ 위 각주 117-120 및 관련 내용 참조.

¹⁶⁶ 상동.; 위 각주 85-89 및 관련 내용 참조.

2. 입양인 민사소송에 형평법상 시효정지 및 금반언 적용

객관적으로 봤을 때 아무리 빠르고 성실하게 준비한다 하더라도 입양인들은 한국에서 정한 소멸시효 내에 소송을 제기할 수 있는 방법이 없다.¹⁶⁷ 한국의 해외입양아들은 보통 2세 미만에 입양된다. 이러한 아이들이 스스로 적기에 소송을 개시할 것으로 기대할 수 없을 뿐만 아니라, 대신해서 소송을 진행해 줄 사람도 사실상 없기 때문에 형평법상 시효정지는 이러한 상황에 적용되어야 한다.¹⁶⁸

또한, 입양아가 자신의 입양이 처리된 과정을 정확히 이해하기 위해서는 몇 년이 걸릴 수 있다. 특히, 가족의 진짜 호적 또는 가족관계등록 서류를 찾아내고 자신의 고아호적이 위조된 경위에 관한 증거를 찾아내야 하는 경우도 있다.¹⁶⁹ 이렇게 입양인이 소송개시에 필요한 사실관계를 수집할 수 없는 경우, 한국의 시효 규정을 경직적으로 적용하는 것은 불공정하다.

마찬가지로, 형평법상 금반언의 원칙에 따라, 피고가 원고를 방해하여 소멸시효 기한 내에 소 제기를 하지 못하도록 하는 경우, 소멸시효 항변으로 책임을

¹⁶⁷ 상동.

¹⁶⁸ 위 각주 121-123 및 관련 내용.

¹⁶⁹ 위 각주 46-53 및 관련 내용.

면하도록 허용해서는 안 된다.¹⁷⁰ 해외 입양자들은 피고에 의해 해외로 송출되었고 그 결과 사실상 소멸시효 기한 내에 한국법원에 소송청구를 못하는 처지가 되어버렸다. 뿐만 아니라, 입양인들은 중앙입양원(전신 기관들 포함) 또는 각 입양기관으로부터 자신들의 입양에 대한 정보를 받는데 상당한 어려움을 겪어 왔다.¹⁷¹

실제로, 입양인들에게 출생기록에 대한 접근성을 보장하겠다는 입양특례법이 제정되었을 때, 한국은 입양기관들이 중요한 정보를 입양인들에게 제공하지 않았다는 사실을 암묵적으로 인정한 것이다.¹⁷² 그러나, 지금도 입양기관들은 아무 제제도 없이 정보를 주지 않고 있는 실정이다.¹⁷³ 이러한 정황에 근거하여, 입양인 원고들은 피고의 행위가 소송 개시를 지연시킨 전적인 원인이며, 그로 인해 피고는 금반언의 원칙에 의해 소멸시효 항변을 하지 못하도록 해야 한다는 합당한 주장을 할 수 있겠다.

¹⁷⁰ 위 각주 124-125 및 관련 내용.

¹⁷¹ 위 각주 46-53 및 관련 내용.

¹⁷² 위 각주 48-49 및 관련 내용.

¹⁷³ 상동.

3. 입양인 민사소송에 위반행위 계속의 원칙 적용

위반행위 계속의 원칙도 역시 한국의 소멸시효 규정이 경직적으로 적용되지 않아야 한다는 근거를 제공해 주고 있다. 최초의 부당행위에 대한 시효가 완성되었다고 하더라도, 입양기관들이 출생, 친권포기, 그리고 입양에 관한 중대한 정보를 계속해서 감추고 있기 때문에 입양인들은 부당행위가 지속되고 있다고 주장할 수 있을 것이다.¹⁷⁴ 위반행위가 계속되는 한, 피고의 모든 행위가 소멸시효 기한 내에 해당된다고 봐야 마땅하다.¹⁷⁵

4. 한국은 미성년자 피해자에 대해 소멸시효를 경직적으로 적용하지 않아야 한다

수백 년 동안 다른 국가에서는 피해자가 미성년자인 경우, 성인이 될 때까지 소멸시효가 정지되어야 한다는 형평법적 원칙을 인정해 왔다.¹⁷⁶ 해외 입양아의 경우, 입양될 당시 실제로 그리고 법적으로도 영유아였기 때문에, 현재 성인이 된

¹⁷⁴ 위 각주 46-53 및 관련 내용 참조.

¹⁷⁵ 위 각주 132-135 및 관련 내용 참조.

¹⁷⁶ 위 각주 135-139 및 관련 내용 참조.

피해자들이 소송을 청구할 수 있도록 소멸시효 규정을 보다 유연하게 적용하는 것이
공정할 것이다.¹⁷⁷

C. 공소[소멸]시효의 적용이 부적절한 중대범죄로서의 국제불법입양

중대한 범죄의 경우에는 범인을 처벌하는 사회적 이익이 범인의 안식에 대한
권리보다 우선시 되기 때문에 공소시효 규정을 적용하지 않는 국가가 많다.¹⁷⁸
한국은 60년에 걸쳐 수 천명의 아이들을 희생시킨 국제불법입양에 대해
공소[소멸]시효 적용이 부적절한 중대한 범죄로 취급하는 것에 대해 고려해 볼
필요가 있다.¹⁷⁹

D. 아동 성범죄에 대한 공소[소멸]시효를 철폐하고자 하는 움직임과
궤를 같이 하여 한국은 국제불법입양에 대한 공소[소멸]시효를
철폐해야 한다

아동 성범죄에 대한 공소[소멸]시효를 철폐 또는 연장하려는 세계적인 추세를
한국이 본받아 국제불법입양에 대한 공소[소멸]시효를 철폐, 정지 또는 대폭
연장하는 계기로 삼아야 한다.¹⁸⁰ 아동 성범죄와 국제불법입양의 경우 모두, 범죄의

¹⁷⁷ 상동.

¹⁷⁸ 위 각주 140-143 및 관련 내용 참조.

¹⁷⁹ 상동.

¹⁸⁰ 위 각주 144-152 및 관련 내용 참조.

상처는 오랫동안 지워지지 않는 중대한 범죄이다.¹⁸¹ 또한, 공소시효가 본의 아니게 어린 성범죄 피해자의 권리를 침해하고 성인 가해자를 부당하게 보호하게 되는 경우가 있는 것과 마찬가지로, 한국의 공소[소멸]시효 규정은 어린 아이들을 대상으로 국제불법입양을 자행한 책임자들에게 거의 사법적 면죄부를 주는 것과 다름이 없다.¹⁸²

입양인의 입장에서는 한국이 공소[소멸]시효를 경직적으로 적용함으로써 피해자들을 두 번 희생시키고 있다는 합당한 주장을 할 수 있겠다. 첫째, 영리를 목적으로 어린 아이들을 해외로 송출하였다. 둘째, 입양아들이 정의를 구하기 위해 한국을 찾았을 때, 이미 시간이 지나 더 이상 청구권을 행사할 수 없다는 얘기를 듣는다.

E. 아동인권침해로서의 국제불법입양

국제불법입양은 핵심적 반인도적 범죄에 해당하지 않기 때문에, 입양인들은 국제관습법에 따라 한국이 국제불법입양을 시효로 소멸하지 않는

¹⁸¹ 위 각주 11 및 관련 내용 참조.

¹⁸² 위 각주 85-88 및 관련 내용 참조.

법령(imprescriptible)으로 취급해 달라고 요구할 수는 없다.¹⁸³ 앞으로 국제법이 발전하고 국제불법입양의 범주에 대한 이해가 증진되면, 국제법에서 불법입양이 인신매매에 상응하는 인권 범죄임을 인식해 국제불법입양에 대해 시효를 적용할 수 없게 할 수도 있을 것이다.¹⁸⁴

그러나 각국 사법부 및 입법부는 국제불법입양이 시효로 소멸하지 않는 법령의 적용을 받는 범죄가 아닐지라도, 아동인권침해에 해당하며, 피해자의 소송 청구권에 대해 경직적으로 공소[소멸]시효를 적용하는 것은 부적절하다는 사실을 인정해야 한다. 피해자 구제 기본원칙 및 지침(Basic Guidelines)은 민사소송의 소멸시효를 포함해 인권침해건에 적용되는 각 국가의 공소시효 규정은 부당하게 제한적이지 않아야 한다고 규정한다.¹⁸⁵ 그럼에도 불구하고 한국의 시효규정은 더 이상 제한적일 수가 없을 정도이다. 즉, 불법입양사건을 실제로 판단할 일체의

¹⁸³ 위 각주 153-155 및 관련 내용 참조.

¹⁸⁴ 위 각주 12-14 및 관련 내용 참조.

¹⁸⁵ 위 각주 157-158 및 관련 내용 참조.

가능성이 철저히 배제되어 있다. 기본원칙 및 지침에 맞게, 한국은 최소한 국제불법입양에 적용되는 공소[소멸]시효 기간을 대폭 연장해야 할 것이다.¹⁸⁶

F. 민·형사 사건의 소급적 부활

한국에서 고민해야 되는 한가지 문제는 사후입법금지의 원칙을 위반하지 않는 선에서 새로운 공소[소멸]시효 규정을 소급적으로 적용할 수 있는지의 여부이다.

한국에서 민사건의 소급적 부활은 위헌 논란을 야기하지 않을 것이다. 대부분의 법역에서는 민사소송의 소멸시효를 절차상 규칙으로 보기 때문에, 민사소송의 소급적 제소는 헌법에서 보장하는 사후입법처벌 금지의 원칙을 위반하지 않는 범위 내에서 진행될 수 있다.¹⁸⁷

¹⁸⁶ *C.f.* Hessbruegge, 위 각주 68, 385 쪽 (“통상적인 교통사고의 손해배상 청구에 적용하는 소멸시효 규정을 인권침해에 대한 손해배상 청구에 아직도 적용하는 국가들이 있다. 이는 중대한 인권 위반에 대한 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본 원칙(the Basic Principles on the Right to an Effective Remedy and Reparation for Gross Human Rights Violations)을 채택할 당시 국가들이 행한 서약과 일치하지 않는다. 홀로코스트 가해자들의 기소를 막았을 공소시효를 철폐시킨 이전 세대에서 보여준 도덕적 추진력은 현시대의 의사결정자들에게 귀감이 되어 인권침해 범죄의 경우 시효로 소멸하지 않는 법령의 적용을 받도록 해야 할 것이다.”)

¹⁸⁷ 대부분의 법역에서는 민사소송의 소멸시효를 절차상 규칙으로 보기 때문에, 민사소송의 소급적 제소는 헌법에서 보장하는 사후입법처벌 금지의 원칙을 위반하지 않는 범위 내에서 진행될 수 있다. Marci Hamilton, *The Supreme Court Renders Another Decision Interpreting the Ex Post Facto Clause that Makes it more Difficult to Incarcerate Sex Offenders* (2013. 6. 14.), 출처: <http://verdict.justia.com/2013/06/14/the-supreme-court-renders-another-decision-interpreting-the-ex-post-facto-clause>.

그러나 형사사건의 경우, 일단 공소시효가 완성된 사건에 대해서는 국가가 쉽게 소급해서 기소하지 않는다.¹⁸⁸ 대한민국 헌법재판관의 과반수(단, 3분의 2에는 미달)는 5·18 민주화 특별법 사건에서 소급적 형사 입법을 위헌으로 판단했다.¹⁸⁹ 이와 마찬가지로, 대부분의 한국 학자들은 공소시효 기한에 대한 신뢰이익을 국가가 임의로 박탈하지 못하도록 헌법이 금지하고 있다는 의견이다.¹⁹⁰

하지만 한국의 학계, 입법부, 사법부는 다음의 세 가지 이유로 이러한 입장을 재고해야 할 필요가 있다.

첫째, 국가가 특정 사건에 대해 공소시효를 철폐하고자 할 경우, 이는 (i) 한때 합법적이었던 행위를 소급적으로 범죄화 하겠다는 것이 아니며, (ii) 지나간 범죄에

¹⁸⁸ Margarita Clarens, Documentation Center of Cambodia, *The Validity of Extending the Statute of Limitations for Cambodian National Crimes Tried before the Extraordinary Chambers and the Implications of Ex Post Facto*, (2008년) 4쪽, genocidewatch.org 에서 열람 가능. (독일과 헝가리에서 사후입법금지의 원칙을 적용한 사례를 설명함.); *Stogner v. California*, 539 U.S. 607 (2003년) (팽팽한 5:4의 표결을 통해, 미국 대법원은 공소시효가 이미 완성된 형사사건에는 새로 확대된 공소시효 규정을 소급적으로 적용할 수 없다고 판결했다.)

¹⁸⁹ 위 각주 106-107 및 관련 내용 참조.

¹⁹⁰ 조국, 위 각주 108, 586쪽 (“대부분의 한국 법학자들은 공소시효가 완성된 사건에 대해 새로운 공소시효를 소급 적용할 경우 사후입법금지의 원칙을 위반한다는 입장이다. . . 그러나, 대조적으로 아직 공소시효가 완성되지 않은 사건의 경우, 공소시효를 연장하는 것은 사후입법금지의 원칙을 위반하지 않는다고 본다.” 헌법 제 13 조는 다음과 같이 규정한다. “(1) 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다. (2) 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.”)

대해 소급해서 처벌을 강화하겠다는 것도 아니다.¹⁹¹ 새로운 공소시효는 국가가 사건을 기소할 수 있는 기한을 연장해주는 것 뿐이다. 대한민국 헌법재판관 4 명의 의결한 바와 같이, 국익에 관련한 예외적 상황에서는 중대한 범죄를 자행한 국가 행위자에게 사후입법금지의 원칙이 보호장치가 되지 않아야 한다.¹⁹²

둘째, 공소시효의 소멸과 관련해서 피고의 신뢰이익이 정말로 보호되는지의 여부에 대해 의견이 분분하다. 미국 대법원 *Stogner v. California* 사건에서 소수 의견을 낸 판사들은 다음과 같이 말한다. “신뢰이익이 존재한다면, 그것은 오늘날 법원이 그렇게 말하고 있기 때문이지, 우리의 전통 또는 사회적 합의의 일부로서 존재하는 것은 아니다.”¹⁹³

셋째, 신뢰이익은 기소가 가능했었다는 것을 전제로 한다. 학자들은 한 정권이 중대한 범죄를 자행한 후 경찰 및 사법부에 권력을 행사해 범죄의 수사 및 기소를 막는 경우, 공소시효는 이러한 가해자들에게 부당한 면죄부를 주게 된다고

¹⁹¹ *Stogner*, 위 각주 188, 539 U.S. 633쪽 (Kennedy, J. 소수 의견) 참조. (“범죄의 정의를 바꾸지 않고 단지 기소권을 부활하는 법률은 당해 범죄를 ‘저질렀던 시점보다 더 크게’ 만드는 것이 아니다. 지금까지 소송기각 항변도 해당 죄를 정의하거나 규정하는 절차나 행위로 생각된 적이 없다.”)

¹⁹² 위 각주 108 및 관련 내용 참조.

¹⁹³ *Stogner*, 위 각주 188, 539 U.S. 633 쪽

경고한다.¹⁹⁴ 이러한 주장들은 한국이 국제불법입양과 관련하여 공소시효를 철폐하고 이를 소급 적용하여 소멸된 형사사건을 부활시키는 것이 바람직함을 시사한다.

또한, 한국이 수십 년 전에 민주주의 국가로 전환했음에도 불구하고, 국제불법입양의 피해자였던 한국인 아이들에 대해서 한번도 의미 있게 책임을 진 적이 없었다.¹⁹⁵ 전환기의 정의(Transitional Justice)의 맥락에서 볼 때, 입양인들은 이전 정권 하에서 자행된 범죄를 청산하는 과정의 일환으로 불법입양 사건들이 실제적인 관점에서 처리되도록 해야 한다는 합당한 주장을 할 수 있을 것이다.¹⁹⁶

한 저자가 지적한 대로 정권교체 후 정의는 지연될 수는 있지만 거절되어서는 안 된다.¹⁹⁷ 이제 한국정부는 국제불법입양과 관련한 과거의 범죄를 조사하고 기소할 수 있는 위치에 있으니, 이를 이행하여야 한다.

¹⁹⁴ 위 각주 112-113 및 관련 내용 참조.

¹⁹⁵ 위 각주 43 및 관련 내용 참조.

¹⁹⁶ 대한민국 법원은 발생시점에 기소할 수 없었던 광주학살 등 이전 독재정권 하에서 발생한 중대 범죄의 맥락에서 국제입양을 봐야 한다. 위 각주 104-108 및 관련 내용 참조.

¹⁹⁷ Hessbruegge, 위 각주 68, 전체 내용 참조.

G. 국제입양 사건과 관련하여 시효를 철폐 또는 대폭 연장하는 것이
정책목표와 일치함

국제불법입양과 관련한 민·형사 사건에 대해 경직적으로 기한을 두는 것은 본
논문의 제2장에서 살펴본 공소[소멸]시효의 정책목표와 두 가지 측면에서
불합치한다.

첫째, 공소[소멸]시효 규정은 원고 또는 검찰의 빠른 대응을 유도하여 차후
피고에 대해 부당한 기습적 제소를 하지 않도록 방지하는 목적이 있다.¹⁹⁸ 하지만
위에서 살펴본 바와 같이, 입양아의 경우, 범행시점에 아동 신분이었기 때문에
공소[소멸]시효 규정은 이러한 빠른 대응을 유도하는 효과가 없다. 불법입양에
적용되는 공소[소멸]시효 규정은 국제불법입양을 민·형사 기소로부터 자유롭게
해주는 전혀 다른 결과를 낳는다. 이는 피고에게 마음의 안식을 주는 것을 넘어서서
아예 범죄에 대한 문책으로부터 완전히 자유롭게 해주는 것이다.

둘째, 공소[소멸]시효 규정은 증거의 신뢰성을 담보하기 위한 취지가
있으나,¹⁹⁹ 국제불법입양의 경우에는, 현재 제출할 수 있는 증거가 오히려 수십 년

¹⁹⁸ 위 각주 75, 77 및 관련 내용 참조.

¹⁹⁹ 위 각주 76 및 관련 내용 참조.

전의 증거보다 신뢰성이 높다. 수년 간 입양인들은 자신이 입양기관에 넘어간 경위와 해외입양 된 정황 등을 알아내는데 상당한 어려움을 겪어왔다.²⁰⁰ 그러나 지금은 그 당시 상황을 편하게 말할 수 있는 친부모나 입양기관 직원 등 증인들이 있다. 오히려 사건 발생시점으로부터 많은 시간이 경과했기 때문에 이전에 확보할 수 없었던 신뢰할 수 있는 증인들의 진술내용 및 서류증거에 기반하여 국제불법입양에 대한 법원판결이 가능해졌다고 볼 수 있다.²⁰¹

한국이 국제불법입양에 대해 공소[소멸]시효를 철폐할 경우, 최소한 두 가지의 부수적인 효과를 볼 수 있다. 첫째, 사회정치적 사안들에 대해 정부 및 의회가 나서서 솔직하게 대응할 때 민주주의가 번창한다. 국제입양과 관련한 소송을 진행시킨다면 이는 공적담론을 촉발하여 수천 명의 한국인 아이들에게 일어난 일에 대해 법원이 법적인 결론을 내릴 수 있게 될 것이다. 공소[소멸]시효를 근거로 입양인들의 재판청구가 기각된다면 해외입양의 진실에 대해서 입양인 뿐만 아니라 대한민국 국민들의 알권리가 박탈 될 것이다.

²⁰⁰ 위 각주 46-53 및 관련 내용 참조.

²⁰¹ 상동; Malveaux, 위 각주 74, 106, 116-117 쪽 참고. (Bodner 및 Rosner 사건에서 오히려 시간이 경과한 후 증거를 더 쉽게 확보할 수 있었으며, 사건 발생시점으로부터 수 년이 경과한 후에 증인들의 진술내용 등 기타 증거 확보가 쉬울 수 있다고 설명함.)

둘째, 학자들은 한국에서 해외입양을 부추긴 요인 중 하나는 미혼모와 미혼모 자녀를 바라보는 국민적 시선이라고 주장한다.²⁰² 해외입양은 한국사회에 존재하는 다른 사회적 문제들과 불가분한 관계를 갖는다. 즉, 형편이 어려운 가정이나 소외된 아이들을 돕는 프로그램 등에 한국사회가 별로 관심을 두지 않는 것이 하나의 문제로 지적될 수 있다.

V. 결론 및 가능한 대안

공정성의 원칙과 한국을 포함한 전세계 각지의 선례를 봤을 때, 국제불법입양과 관련해서 한국은 공소[소멸]시효를 철폐하는 것이 마땅하다. 그러나, 소급적 공소[소멸]시효 철폐 대신에 한국이 고려할 수 있는 대안이 한가지 있다. 그것은 바로 국제불법입양과 관련한 진실화해위원회를 설치하여 국제입양 문제와 관련한 청문회를 진행하는 것이다.²⁰³

진실화해위원회는 양부모, 친부모, 입양자, 입양기관 및 공무원 등 입양과정에 관여했던 다양한 사람들을 청하여 경험을 말하도록 할 수 있다. 진실화해위원회의

²⁰² 위 각주 28 참조.

²⁰³ TRANSITIONAL JUSTICE IN BALANCE, 위 각주 110, Kindle Locations 631-707 참조. (이전 정권이 자행한 범죄에 대한 대응조치로 진실위원회의 역할에 대해 설명함.)

조사가 이루어진다면 적절한 손해배상은 물론, 의미 있는 개혁도 성취할 수 있을 것이다.

공소[소멸]시효를 철폐하여 국제입양사건을 실체적인 관점에서 법원이 판결하도록 할 것인지, 또는 진실화해위원회와 같은 대안적인 방법을 택할 것인지는 대한민국의 사법부 및 입법부가 결정할 사항이다. 그러나, 한국은 시효가 소멸되었다는 핑계로 국제입양 문제를 결코 무시해서는 안 된다. 그렇게 될 경우, 입양인들의 간청을 묵살하게 되는 격이며, 한국 사회가 가장 취약한 사회구성원들을 어떻게 대우해 왔는지 의미 있게 성찰해볼 수 있는 기회마저 잃게 된다.