

통일 이후 체제범죄 처벌을 위한 준거법 문제

- 독일통일 과정에서 제시된 해결방안을 중심으로 -

김 동 료*

〈국문초록〉

불법체제의 붕괴 이후 법치주의에 의한 체제불법의 형사법적 청산에 있어서 준거법 문제가 대두된다. 이는 구체적으로 적용되는 형법이 행위 당시 실제로 적용되고 있던 구 체제의 형법인지 아니면 새로운 적용영역을 갖게 된 법치주의적 신법인지의 문제이다.

구동독 체제의 불법청산과 관련하여 독일에서는 이와 관련된 여러 주장들이 있었으나 통일조약에 따른 형법시행법률에 의하여 구체제의 형법과 법치주의 형법의 경합을 법률의 개정과 동일하게 취급하여 경한법 우선과 소급효금지를 원칙으로 하였다. 하지만 국제법이 금지하는 심각한 인권침해를 동반한 행위에 대해서는 불법체제의 형법은 그 적용이 배제되고 처음부터 법치주의 형법이 적용되었던 것으로 간주한다.

법률의 규정에도 불구하고 준거법 결정에 대해서는 학계에서도 많은 논의들이 이루어졌고, 다양한 이론들이 주장되었으며, 특히 구동독 형법을 고려해서는 안되며 오직 연방형법만이 적용되어야 한다는 유력한 반론이 있었다.

또한 준거법을 결정하기 위한 전제조건으로서 구동독과 연방형법의 구성요건 상호 간의 불법의 연속성이 인정되어야 하는데 법률왜곡죄의 경우, 독일의 다수설과 판례는 구성요건의 내용이나 불법의 측면에서 연속성을 인정하고 있다. 이에 따라 법률왜곡죄의 경우에는 심각한 인권침해를 동반하는 사안의 경우에는 애초부터 연방형법이 적용되는 것으로 보아 구동독 형법의 적용을 배제하며, 이 외의 경우에는 원칙적으로 양 형법의 형량을 비교하여 보다 경한 구동독 형법이 적용된다고 할 수 있다.

준거법과 관련한 독일에서의 매우 진지한 논의는 법치주의적 과거청산은 오직 철저한 준비와 빈틈없는 법논리로만 가능함을 보여준다. 다가올 우리나라의 통일 후 북한의 체제불법 청산을 위해서도 많은 이론적 준비가 필요하다.

주제어 : 체제범죄, 독일통일, 법률왜곡죄, 불법의 연속성, 준거법

• 투고일 : 2023.07.08. / 심사일 : 2023.07.24. / 게재확정일 : 2023.07.27.

* 영남대학교 경찰행정학과 부교수, 법학박사(Dr. jur.)

I. 들어가는 말

한국전쟁 종전 이후 남북한의 분단상황이 이미 60여 년간 지속되고 있다. 오랜 기간 서로 다른 체제를 유지하며 사실상 2개의 국가로 존속해 오면서 분단이 고착화된 듯 보이지만, 분할과 결합이 반복되는 한반도와 세계의 역사를 돌아보면 통일이란 가능성이라기 보다는 필연적인 미래로 보아야 하지 않을까. 특히 냉전 이후 자본주의 내지는 민주주의의 대척점에 서 있던 세계의 공산독재체제들이 도미노식으로 붕괴되는 근대사의 큰 흐름 속에 언제까지 북한이 그 예외에 속할 수는 없다. 북한의 체제붕괴로 인한 남북한의 통일이란 그리 예측하기 어려운 미래는 아닐 것이다. 그리고 통일의 시기가 온다면 그 출발점은 오랜기간 불법체제를 유지하며 수많은 국가적 불법을 양산해 온 북한의 핵심인물들에 대한 엄정한 사법적 심판이 되어야 한다. 통일한국이 법치주의에 기반하기 위해서는 추가된 영역의 반법치주의적 요소에 대한 포맷이 선행되어야 하기 때문이다.

그런데 문제는 불법체제에 대한 심판도 반드시 법치주의적 방법으로 이루어져야 한다는 점이다. 불법체제도 실제적 운영은 별론으로 하더라도, 자체의 법률과 사법체제를 가지고 있다. 따라서 구 체제의 심판과정에는 독재체제 하의 구 형법과 법치주의 형법 가운데 어떤 법을 적용해야 하는가? 무너진 체제 위에 드리워진 법치주의적 신법의 소급적용이 가능한가? 불법체제의 법률상 완성된 공소시효는 어떻게 처리해야 하는가? 와 같은 여러 법률상·사실상의 장애물이 등장한다. 그리고 법치주의는 이에 대해 모두 납득할 만한 답을 내놓아야 하며 이를 위해 가능한 모든 논리가 동원된다. 인류공통의 가치를 담은 국제법도, 법치주의의 선언으로서 헌법도, 이에 기반한 개별 법률도, 그리고 국민의 합의에 따른 신법의 제정도, 그 타당성을 뒷받침하는 학계의 다양한 이론들도 모두 협력해야 한다.

본고에서는 불법체제의 범죄자들에 대한 원칙적 처벌을 지향하는 형법적 과거청산을 전제하면서 많은 논점 가운데 체제범죄의 심판에 있어 준거법의 문제에 대해 논한다. 구체적으로는 적용되는 형법은 행위 당시의 실제로 적용되고 있던 구 체제의 형법인가 아니면 새로운 적용영역을 찾게 된 법치주의적 신법인가의 문제이다. 통일 문제에 있어서 언제나 주된 탐구의 대상이 되는 독일통일의 경우를 중심으로 당시 논의되었던 독일 학계의 주된 주장과 이론을 주로 살펴보기로 한다¹⁾.

II. 준거법 문제의 대두

독일의 통일은 1990.8.31. 체결된 통일조약²⁾에 따라 동독이 독일연방공화국에 가입하는 형태로 이루어졌으며 동 조약 제8조는 연방가입 이전 동독에서 이루어진 불법행위에 대한 형사소추의 가능성을 열어두고 있었다.

그런데 연방가입으로 인해 구동독의 형법이 독일연방공화국의 형법으로 대체되었으므로 동독에서 이루어진 이른바 구 범죄(Altataten)는 어느 법률에 의해 처벌되는가라는 준거법의 문제가 발생한다. 즉 통일이전 구동독에서의 범죄행위에 대해 행위 당시 동독의 유효한 법률에 의할 것인가 혹은 대체된 독일연방공화국의 형법을 적용하느냐 하는 것이 곧 준거법을 결정하는 문제인 것이다.

1. 통일조약 이전의 법적 상황

2차 대전 이후 구소련 점령지역의 설정과 동독의 설립 이후에도 독일연방공화국은 동독을 내국으로 이해하고 구동독 지역에서 자행된 범죄에 어느 형법을 적용할 것인가의 문제는 이른바 지역간 형법(interlokales Strafrecht)의 원리에 따라 해결해야 한다고 보았다³⁾. 동 원칙은 연방제로 구성된 독일 내에는 행위지, 재판지, 주거지 등 지역에 따라 상이한 내용의 지역 형법이 충돌하는 경우 행위지법에 의해야 하고, 행위지법이 여러 개인 경우 중한 법률을 적용한다⁴⁾. 이에 따르면 구동독 내에서 자행된 불법행위의 처벌에는 동서독의 법을 모두 고려되어야 했다. 구동독의 법률이 일단 행위지법이지만, 구동독을 내국으로 보는 지역간 형법의 기본시각에 의하면 연방공화국의 형법도 행위지법에 해당하기 때문이다.

1) 준거법과 불법의 연속성과 관련하여 검토대상으로 삼는 법률왜곡사건은 익명의 심사위원회서 언급하신 국경에서의 총격사건, 국가보안부 요원들에 의한 각종 범죄 등과 함께 대표적인 구동독의 체제범죄에 해당하며 논의하는 법논리가 체제범죄 전반에 동일하게 적용가능하다는 점에서 논문의 제목을 체제범죄 관련으로 정하게 되었음을 밝힌다. 북한을 불법체제로 정의하고 구 동독의 체제범죄와 같은 선상에서 검토하는 이유에 대해서는 김동률·최성진, 체제불법의 형법적 과거청산의 당위성에 대한 연구 : 통일 후 구동독 체제에 대한 청산과정에서의 논의를 중심으로, 동아법학 제66호, 2015, 447면 이하 참조.

2) BGBl. 1990 II, S. 889 ff.

3) BVerfGE 1, 332 ff.; BVerfGE 11, 150 ff.; BVerfGE 12, 62 ff.; BGH NJW 1952, S. 1146; BGHSt 5, 354; BGHSt 7, 55; BGHSt 10, 163; BGHSt 14, 104.

4) Tröndle, Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl. 1978, Vor § 3 Rdnr. 85 ff.

그러나 1972.12.21. 이른바 동서독 간의 기본조약(Grundlagenvertrag)⁵⁾ 체결과 동 조약의 해석에 관한 연방헌법재판소의 판결⁶⁾에 따라 지역간 형법은 더 이상 적용될 수 없게 되었다. 연방헌법재판소는 판결에서 구동독은 원래적 의미의 외국은 아니지만⁷⁾, 자체의 법률을 가지고 있었고⁸⁾ 연방공화국의 국가 고권이 사실상 미치는 영역도 아니며 무엇보다 기본조약 제6조⁹⁾의 규정취지에 따르면 연방헌법 제3조(속지주의)가 의미하는 내국으로 간주할 수는 없다고 보았다.

동독과 독일연방공화국 사이의 이러한 특별한 관계를 규정하기 위해 이른바 ‘기능적 내국개념(funktionelle Inlandsbegriff)¹⁰⁾’이 사용되었는데 이에 의하면 동독은 형법상 외국으로 취급되며, 동독 내 범죄에 대해서는 국외범의 처벌에 관한 연방공화국 헌법 제4조 내지 제9조의 조항에 따라 처벌이 가능하다고 보았다¹¹⁾. 독일연방공화국 기본법 제116조는 동독 시민도 독일인에 포함하고 있으며 특별한 보호의무를 설정하고 있으므로¹²⁾ 특히 보호주의를 규정한 제7조 제1항¹³⁾(제1항 : 독일인에 대한 국외범, 제2항 : 독일인이 행한 국외범)의 적용이 가능하다는 것이다. 즉, 동독은 외국이지만 동독인은 독일인이라는 입장이다. 동 견해는 동독 내 체제범죄의 처벌을 연방공화국의 법률만으로 해결할 수 있다는 점에서 주목을 받았다¹⁴⁾.

하지만 이에 대해서는 강한 반대견해¹⁵⁾가 있다. 기능적 내국개념에 의하면

5) Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR v.21.12.1972, BGBl. 1973 II S. 423

6) BVerfGE 36, 1

7) BVerfGE 36, 1 (30 f.)

8) Roggemann, Grenzübergtritt und Strafrechtsanwendung zwischen beiden deutschen Staaten, ZRP 1976, S. 243; Bath, Interdeutsches Strafrecht und politische Verdächtigung, Jura, 1985, S. 197 (200)

9) 기본조약 제6조 : 독일연방공화국과 독일민주공화국(동독)의 관계는 양국의 국가고권은 자신의 국가영역 내에만 미친다는 기본원칙에서 출발한다. 양국은 대내외의 모든 안전에 있어 상대국의 독립성과 자주성을 존중한다

10) Tröndle, Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl., 1978, Vor § 3 Rdnr. 45 f. m.w.N.

11) BGH NJW 1978, S. 113; BGHSt 30, 1; BGHSt 32, 293; aber auch BGH NJW 1994, S. 3174

12) BVerfGE 36, 1 (30)

13) 독일연방공화국헌법 제7조 제1항은 독일인에 대한 범죄, 제2항은 독일인이 행한 범죄에 대해 적용이 가능하도록 규정하고 있다.

14) 찬성하는 견해로 Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1983, Rdnr. 393; Bath, Interdeutsches Strafrecht und politische Verdächtigung, Jura 1985, S. 197 (201 f.)

15) 반대하는 견해로 Krey/Arenz, Schutz von DDR-Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland?, JR 1985, S. 399 (406 f.)

동독 시민들은 사실상 상충하는 두 가지 형법에 의해 이중으로 심판받게 되어 부당하다는 것이다¹⁶⁾. 연방공화국 형법의 보호영역에 동독 시민을 포함하는 것은 동서독 간의 기본조약이 전제하고 있는 각기 다른 정치체제와 법상황을 고려하더라도 인정하기 어렵다. 또한 연방형법 제7조는 원칙적으로 독일연방공화국 시민을 피해자로 하는 범죄에 대한 적용규정인데 구동독 체제범죄의 대부분은 가해자도 피해자도 모두 동독인이므로 동 조항에 포섭될 수 없다. 일부에서는 연방형법 제7조의 독일인 개념과 관련하여 동독 시민은 구체적인 사건에 있어 기본법의 보호 또는 효력범위가 미치는 사건에 있어서만 독일인으로 간주된다는 기능적 해석을 시도하기도 하였으나¹⁷⁾, 동독시민을 연방공화국 형법상의 독일인으로 간주하는 데는 한계가 있었다.

2. 통일조약에 따른 법적 근거

통일 이전의 논의는 통일조약의 체결로 새로운 국면을 맞게 되었다. 1990.10.3. 체결된 통일조약(Einigungsvertrag)¹⁸⁾ 제8조와 이에 따라 개정된 형법시행법률(EGStGB)¹⁹⁾ 제315조는 구동독 체제범죄 처벌을 위한 준거법 결정을 위한 가장 중요한 규정이다. 통일조약 제8조에 의하면 독일연방공화국 형법의 장소적 적용범위는 일부 예외²⁰⁾를 제외하고는 원칙적으로 구동독 5개주와 동베를린 영역에까지 확장되며, 이로써 구동독의 형법도 폐지되고 통일 전 동독에서의 범죄에 대해서도 독일연방공화국의 형법이 원칙적으로 적용된다²¹⁾.

하지만 조약 체결 이전에 동독 지역에서 자행된 범죄에 대해 법률의 개폐시행위시법과 경한 법 우선적용을 규정한 연방형법 제2조(시간적 적용범위)가 직접 적용될 수는 없다. 동조는 독일연방공화국의 법률체계 내에서의 법적 변경을 전제하고 있으므로²²⁾ 사후적으로 연방에 편입된 다른 법질서에 적용하기

16) Tröndle in: Dreher/Tröndle, StGB-Kommentar, 44. Aufl., 1988, § 3 Rdnr. 3

17) Tröndle 앞의 글; Eser in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB-Kommentar, 23. Aufl., 1988, Vorbem. zu §§ 3-7 Rdnr. 64 ff.; Lackner, StGB-Kommentar, 18. Aufl., 1989, § 7 Anm. 3 und 4a

18) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) v. 31.8.1990, BGBl.

19) BGBl. II (1990) S. 995.

20) Eser, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, GA 1991, S. 241 (250 ff.)

21) Samson, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991, S. 335 ff.

위해서는 특별한 수권조항이 필요하게 된다²³⁾. 이에 통일조약은 형법시행법률 제315조²⁴⁾를 개정함으로써 구동독 범죄의 준거법 결정에 관한 일반조항을 두게 되었다. 동조 제1항 내지 제3항은 연방형법 제2조가 조약 체결 이전 구동독에서 발생한 이른바 구 범죄(Alttdaten)에 대해서도 연방형법을 적용하도록 규정하여 사실상 일반적인 법률변경과 같이 취급하였다. 따라서 연방형법은 제2조의 취지상 그 형이 행위시법인 구동독의 형법보다 경한 경우에만 적용되고, 문제된 불법행위를 구동독 법률이 처벌하지 아니하거나 보다 경한 형을 규정하고 있는 때에는 구동독의 형법에 따라야 한다. 즉 경한 법 우선과 중한 형의 소급금지원칙은 여기에도 적용되어야 하며 판례도 동일한 입장이다²⁵⁾. 결국, 형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항의 규정에 의해 구 범죄를 처벌할 때는 원칙적으로 동서독의 형법을 모두 고려해야 하고, 이 중 경한 법을 적용해야 한다.

형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항이 원칙적 규정이라면, 구동독의 체제범죄와 관련하여 중요한 것은 오히려 제4항이 규정하고 있는 예외규정이다. 제4항은 조약 이전에도 이미 국제법 원리에 따라 독일연방공화국의 형법이 가능했던 범죄는 제1항 내지 제3항의 원칙 규정의 적용을 받지 아니하도록 규정함으로써 법률의 변경에 해당하는 사안이 아님을 분명히 하였다. 따라서 독일연방공화국에 대한 간첩행위나 반인도적 범죄, 구동독의 정치적·이념적 이유로 기소되지 아니하거나 구동독 법률에 의해 정당화되던 범죄행위 등은 구동독 형법과 경중을 비교할 필요없이 애초부터 연방공화국의 형법만이 적용된다²⁶⁾.

22) BGH NJW 1994, S. 529 (520)

23) Letzgus, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der DDR wegen Rechtsbeugung, in: Letzgus (Hrsg.), FS für H. Helmrich, 1994, S. 72 (78); Vormbaum, zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, NJ 1993, S. 212

24) Einigungsvertrag, Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt II, Ziffer I b

25) BGH v. 12.2.1991 - 5 StR 523/90, BGHSt 37, 320, 321; BGH v. 11.6.1991 - 5 StR 180/91, BGHSt 38, 1, 3; BGH v. 3.7.1991 - 5 StR 209/91, BGHSt 38, 18, 20; BGH v. 22.10.1991 - 5 StR 415/91, BGHSt 38, 88, 89.

26) Amelung, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz, 1996. S. 8.

III. 준거법 결정에 관한 학설

형법시행법률 제315조가 준거법 결정에 대한 기본적인 원칙을 제시하고는 있지만 동 규정은 여러 사안에 명확한 기준을 제시할 만큼 구체적인 규정이라고 보기는 어렵다. 먼저 제315조의 해석과 관련하여 통일조약 체결 당시의 동서독의 형법만을 고려하여 양자택일이 가능한 것인지에 대해 논란이 있었다. 행위 당시가 언제나에 따라 개정 이전의 구동독 법률과 독일연방공화국의 형법도 고려대상이 되어야 할 수 있기 때문이다. 그리고 통일 이전에 동독은 사실상 외국이라고 볼 수 있으므로 국제형법 또는 연방형법 제7조의 국외범 규정이 우선적으로 준거법 결정에 고려되어야 한다는 견해도 있었다. 따라서 형법시행법률 제315조가 규정하는 내용 외에도 준거법 결정에 대한 학계의 논의를 살펴볼 필요가 있다.

형법시행법률 제315조에 의하면 제1항 내지 제3항의 경우는 제4항의 경우는 독일연방공화국의 형법이 적용된다. 하지만 그 근거가 무엇인지에 대한 설명이 없기 때문에 이에 대해 학설이 대립한다. 형법시행법률이 연방형법의 적용을 선언하고 있더라도 이가 받아들여지기 위해서는 동 규정을 두게 된 타당한 법적 근거가 있어야 하기 때문이다. 반인도적 범죄에 대해 연방공화국 형법의 적용을 규정하고 있는 제4항의 경우는 국제형법의 일반원리에 따라 불법체제의 법률의 적용을 배제한다는 의미로 볼 수 있다. 하지만 제1항 내지 제3항의 경우에는 그 주된 근거가 연방형법 제3조의 속지주의인지, 제7조의 보호주의인지, 혹은 제2조의 시간적 적용의 기본원칙에 의한 것인지에 따라 견해가 대립한다.

1. 구동독 형법 배타적 적용론

Luther는 형법시행법률 제315조의 규정이 명확하지 않기 때문에 구 범죄에 대해서는 통일 당시 유효하던 구동독의 형법이 적용되어야 하며, 통일조약 제8조에 의한 동독형법의 실효가 행위시법의 부정을 의미하는 것은 아니라고 한다²⁷⁾. 경한법 우선의 원칙은 오직 동일한 법체계 내에서만 가능한 것이므로 서로 다른 동서독 형법간에 적용될 수 있는 것이 아니다²⁸⁾. 형법시행법률 제

27) Luther, Der Einigungsvertrag über die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, DtZ 1991, S. 433 ff.; ders., Zur Anwendung des Strafrechts nach dem Einigungsvertrag, NJ 1991, S. 395 ff.

315조 제1항 내지 제3항을 문언대로 해석하여 연방형법 제2조에 따라 경한 형을 적용하면 가해자에게 지나치게 유리하게 된다. 또한 연방형법이 모든 구동독 형법의 구성요건을 포함하고 있는 것은 아니므로, 문제된 불법행위에 상응하는 구성요건을 두고 않은 경우 대단히 많은 구 범죄가 처벌대상에서 제외될 위험이 있다. 독일연방공화국의 형법은 따라서 동서독 모두가 구성요건을 두고 있는 범죄에 있어 연방형법의 형이 가벼울 경우에만 적용해야 한다는 것이다. Luther는 형법시행법률 제315조 제4항도 이는 이미 반인도적 범죄에 대해 국제법과 독일연방공화국의 형법이 처벌규정을 두고 있었기 때문에 이중기소를 방지하기 위하여 우선적으로 연방공화국 형법이 적용되며 독일법원의 심판대상이 됨을 명확히 한 것에 불과하다고 본다²⁹⁾.

하지만 이 견해는 통일조약의 명문 규정과 양립이 불가하므로 받아들이기 어렵다. 조약 제8조 및 제9조에 따라 1990.10.3. 이미 구동독의 형법은 독일연방공화국의 형법으로 대체되었으므로 더 이상 존재하지 않는 법률로 행위를 심판할 수는 없다. 또한 통일조약이나 그 부속의정서는 구 범죄에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 통일조약에 의해 개정된 형법시행법률 제315조가 유일한 준거법 결정기준일 수 밖에 없고 동조 제1항 내지 제3항은 통일 이후 구동독의 형법과 독일연방공화국의 법률을 모두 고려하여 경한 법을 적용해야 하는 범죄를, 제4항은 통일 이전에도 연방형법이 적용되던 범죄로 구동독의 형법을 고려할 필요가 없는 범죄를 규정하고 있으므로 구동독의 형법만이 적용되는 경우란 남아 있지 않다.

2. 독일연방공화국 형법 배타적 적용론 (연방형법 제7조 적용론)

구 범죄에 대해 구동독의 형법은 고려되지 않고 독일연방공화국의 형법만이 적용된다는 견해는 기본적으로 연방형법 제7조(피해자 또는 행위자가 독일인인 경우 적용)를 근거로 하고 있다. 구동독의 범죄를 국외범으로 취급하는 데에는 견해가 일치하지만 동독인을 언제부터 제7조가 의미하는 독일인으로 볼 수 있는가에 있어 입장이 나뉜다. 즉 연방가입으로 인하여 독일인의 신분을 취득한 것으로 보는지 혹은 통일 이전에도 독일인으로 취급되어야 하는지의 문제이다.

28) Luther, Zur Anwendung des Strafrechts nach dem Einigungsvertrag, NJ 1991, S. 395

29) Luther, Der Einigungsvertrag über die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, DtZ 1991, S. 433 (434)

1) 통일 이전부터 연방형법 제7조가 적용이 가능하였다는 견해

연방형법 제7조가 1990년 통일 이전에도 이미 구 범죄에 적용이 가능하였다는 견해이다³⁰⁾. 동서독 간의 기본조약 체결이후 동독은 외국으로 간주되었지만, 그럼에도 불구하고 동독인은 독일연방공화국의 기본법과 형법상의 독일인에 해당된다는 것이다³¹⁾. 동 견해에 의하면 구 범죄에는 애초부터 연방형법이 적용되고 있었으므로 형법시행법률 제315조의 제1항 내지 제3항이 적용되어 동서독 형법간의 형의 경중을 따질 경우란 사실상 없게 된다³²⁾. 제7조에 대한 이러한 일방적인 해석은 불법국가로서 구동독의 법률 적용을 의식적으로 배제하려는 노력과도 무관하지 않다. 일례로 Hruschka는 구동독의 법률을 준거법으로 고려할 수 없는 이유를 비유적으로 설명하기도 하였다. 그는 구동독의 법은 두 가지의 서로 다른 성격의 법규정으로 구성되어 있다고 보았다. 즉 법치국가에서와 같은 정상적인 법이 위치한 하층부와 국가차원에서 자행되는 불법을 정당화하는데 기여하는 법규정들이 자리하고 있는 이른바 상층부로 구분된다³³⁾. 범죄현장인 불법국가에서 사법의 기능을 정지시키는 이 상층부의 법은 북극을 뒤덮고 있는 빙판과 같다³⁴⁾.

하지만 이러한 견해는 통일과정에서 입법자들이 굳이 통일조약 제8조와 형법시행법률 제315조를 제정하여 행위시법과 경한 형을 적용하고자 한 취지에 부합하기 어렵다. 이미 구동독의 법률에 의해 소추되거나 판결을 선고받은 자도 연방공화국의 형법으로 다시금 처벌할 수 있게 된다는 점에서도 부당하다³⁵⁾. 특히 동서독 간의 기본조약 제6조³⁶⁾가 상대국의 주권과 자주성을 인정하고 있으므로 법치주의 원리에 어긋난다는 이유로 가볍게 구동독 법규나 형

30) Bath, Zur Strafbarkeit der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, DA 1990, S. 1733 ff.; Hruschka, Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, JZ 1992, S. 665 (668 ff.); Küpper/Wilms, Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1994, S. 91 (92 ff.); Wilms/Ziemske, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, ZRP 1994, S. 170 ff.

31) Wilms/Ziemske, a.a.O.

32) Küppers/Wilms, Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP1994, S. 91 (93)

33) Hruschka, Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, JZ 1992, S. 665 ff.

34) Hruschka, 앞의 글, S. 665 (669/670)

35) Samson, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991, S. 335 (337)

36) Art. 6 des Grundlagenvetrages: Die Bundesrepublik Deutschland und die Deutsche Demokratische Republik gehen von dem Grundsatz aus, dass die Hoheitsgewalt jedes der beiden Staaten sich auf sein Staatsgebiet beschränkt. Sie respektieren die Unabhängigkeit und Selbständigkeit jedes der beiden Staaten in seinem inneren und äußeren Angelegenheiten, vgl. BGBl. 1973 II, S. 423 f.

별권의 존재를 부정할 수도 없다는 점에서 받아들이기 어렵다.

2) 통일 이후 비로소 제7조가 적용된다는 견해

연방형법 제7조는 1990.10.3. 연방가입 이후에 비로소 구 범죄에 적용이 가능하게 되었다는 견해이다. 동 견해는 형법시행법률 제315조의 입법취지를 고려하는 입장이다. 형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항은 구 범죄에 대해 독일연방공화국 형법 제2조(시간적 적용범위)에 따라 경한 형을 적용하는 규정인데, 이를 위해서는 형법 제7조도 연방가입 이후에 비로소 적용된다고 보아야 한다. 통일 이전에도 제7조에 의해 연방형법이 적용되고 있었다고 본다면 형법시행법률 제315조 제4항에 따라 형의 경중판단없이 연방형법만이 적용될 뿐이다.

하지만 제7조가 통일 이후에 비로소 구 범죄에 적용될 수 있게 되었다고 보더라도 형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항의 명문규정과는 조화되기 어렵다. Liebig에 의하면 독일연방공화국 형법 제7조는 통일 이전의 상황에서 구 동독인을 독일인으로 간주하여 연방형법을 적용할 수 있는 근거규정으로 해석되어 왔다. 그런데 연방가입으로 인하여 동독인은 원래적 의미의 독일인이 되었으므로 당연히 연방공화국의 형법이 적용되고 연방형법 제7조에 대한 이러한 목적해석은 더 이상 필요치 않다. 통일이 현실화됨으로써 동독인은 독일인으로, 동독은 독일로 편입되었으므로 이제는 오직 형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항에 따라 연방형법 제2조가 적용되어 신구법의 형의 경중만을 비교할 뿐이고 국외범과 보호주의의 적용여부는 문제되지 않는다. 다시 말해 통일 이전에 의미가 있던 제7조는 통일 이후 제2조에 의해 대체된 것이다. 따라서 구 범죄 처벌에 있어서는 연방형법 뿐 아니라 구동독의 형법도 동시에 고려되어야 하고 형이 경한 경우에는 구동독의 법률만이 적용되는 경우도 있게 되며, 여기에 연방형법 제7조가 적용될 여지는 남아 있지 않다³⁷⁾. 이같은 견해는 Tröndle도 지지하였다가 이후 그 입장을 철회한 바 있다³⁸⁾.

3. 내국이론 (Inlandstheorie) (제2조 전면적용설)

Samson에 의해 주장된 이른바 내국이론은 독일연방공화국은 일체의 구동독

37) Liebig, Anwendbarkeit bundesdeutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts auf Altstätten in der DDR, NStZ 1991, S. 372 (374)

38) Tröndle, in: Dreher/Tröndle, StGB-Kommentar, 47. Aufl., 1995, § 3 Rdnr. 39 ff.

의 법적 지위를 승계하게 되며, 여기에는 구동독 시민에 대한 형벌권도 당연히 포함된다고 본다. 구동독은 존재시부터 연방공화국의 입장에서는 외국이었으며, 최소한 형법적으로는 그렇게 취급되어 왔다. 하지만 연방 가입시부터 동독 5개 주는 내국이 되며 동독시민에 대해 발생한 동독의 형벌권은 이제 독일연방공화국에 속하게 된다. 이는 동독의 형법이 연방공화국의 형법으로 개정된 것과 동일한 법적 상황이므로 연방공화국 형법 제2조가 직접 적용될 수 있다. 다만 당해 행위가 애초부터 독일연방공화국의 형법만이 배타적으로 적용가능하였던 경우는 이에 해당할 수 없음을 형법시행법률 제315조 제4항이 명확히 하고 있는 것이다.

동 이론은 연방형법 적용의 근거를 동법 제7조에서 찾는 견해와 다른 점은 제7조가 독일인에 대한 범죄 또는 독일인에 의한 범죄를 규정하고 있어 주로 개인적 법익에 관한 범죄에 대한 연방형법 적용을 설명하게 되는 반면, 구 범죄를 모두 내국에서의 범죄로 보게 됨으로써 사회적 또는 국가적 법익에 관한 범죄를 모두 포섭할 수 있다는 점에서 장점이 있다.

그러나 이는 동 견해의 단점이기도 하다. 구동독에서 자행된 범죄 모두를 제한없이 연방공화국 형법의 적용범위에 놓게 됨으로써 사실상 연방형법의 소급적용을 인정하는 결과를 가져오게 된다. 또한 연방형법이 적용되지 아니하다가 통일 이후 적용이 가능하게 된 범죄와 애초부터 연방형법의 적용이 가능하였던 범죄, 즉 형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항이 규정하는 범죄와 제4항이 의도하는 대상의 구분을 무의미하게 만듦으로써 동법에 배치된다³⁹⁾. 또한 외국에서의 범죄를 내국범죄와 동일시한다는 점에서 이론적인 한계도 가지고 있는 견해라고 할 수 있다.

4. 연방가입원칙론(Beitrittsprinzip)

연방가입원칙론(Beitrittsprinzip)이라고도 지칭되는 동 이론은 내국이론과 같이 독일연방공화국이 구동독에 대한 일체의 법적 권한을 승계하였다고 본다⁴⁰⁾. 하지만 내국이론과는 달리 국제형법이 적용되던 영역과 그 처벌권한을

39) Schünemann, Strafrechtlich Verantwortlichkeit für die DDR-Spionage, in: Lampe (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. II, 1993, S. 173 (177)

40) Scholten, Zur Bedeutung von § 7 für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 476; Vormbaum, Probleme der Strafrechtsanwendung im vereinten Deutschland, StV 1991, 176 (179); 같은 이, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern, NJ 1993, 212; Maiwald, Rechtsbeugung im SED-Staat, NJW 1993, 1881

인정한다는 점에서 차이가 있다. 이 견해에 의하면 형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항은 구동독 내에서의 범죄 중에서 구동독 법률에 의해서도 처벌이 가능하였고 독일연방공화국의 법에 따르더라도 처벌대상이었던 행위에 대해서만 적용되고, 이러한 경우에 비로소 두 법률에 규정된 형량을 비교하여 경한 형을 적용할 수 있음을 규정한 것이라고 한다. 따라서, 동서독 법률 모두에 의해 처벌가능하던 행위라면 형법시행법률 제315조 제1항 내지 제3항에 따라 재판시의 구동독법 또는 독일연방공화국형법이 더 경한 경우(연방형법 제2조 제3항)가 아니면 원칙적으로 행위 당시의 구동독 형법(연방형법 제2조 제1항)이 적용된다. 반면 제4항은 통일 이전에 이미 국제형법의 적용이 가능했던 반인도적 사안을 규정한 것으로 독일연방공화국은 애초부터 존재하던 형사소추권을 1990.10.3. 연방가입 이후에도 그대로 인수하였을 뿐임을 선언적으로 규정하였다는 것이다.

연방가입원칙론은 독일의 통설⁴¹⁾의 입장이며 준거법 결정과 관련하여 가장 타당한 견해라고 할 수 있다. 동 입장은 무엇보다 통일조약의 규정과 형법시행법률 제315조의 법문과 부합한다. 형법시행법률 제1항 내지 제3항의 규정이 독일연방공화국 형법 제2조에 의해 경한 법률을 적용하도록 규정한 것은 당해 행위가 구동독(행위시법)과 연방공화국의 형법(재판시법) 모두에 의해 처벌대상임을 전제한 것이라고 보아야 하기 때문이다. 이러한 해석을 통해 독일기본법 제103조 제2항이 규정하고 있는 소급효금지원칙과의 충돌도 피할 수 있다. 구동독법에 의해 처벌대상이 아니던 행위를 연방공화국 형법으로 처벌하거나 중한 형을 소급적용하는 것이 아니기 때문이다. 연방대법원도 구 범죄에 대한 판결에서 같은 입장을 취하고 있다. 판례는 통일이전에도 동독 내 범죄의 1차적인 준거법은 행위 당시의 동독 형법이라는 입장을 견지해 왔으며, 이러한 입장이 준거법 결정의 기초로서 통일조약의 입법에 반영된 것이다⁴²⁾.

(1883 f.); Dreher/Tröndle, StGB, 46. Aufl. 1993, Vor §3 Rn.45; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB Vor, §§ 3-7 Rn. 83 ff.

41) Tröndle in: Dreher/Tröndle, StGB-Kommentar, 47. Aufl. 1995, Vor § 3 Rn. 40 ff.; Läckner in: Läckner (Hrsg.) StGB-Kommentar, 21. Aufl. 1995, § 2 Rn. 13; Eser, in: Schönke/Schröder (Hrsg.) StGB-Kommentar, 24. Aufl. 1991, Vorbem. zu §§ 3-7 Rn. 66 ff.; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 242; Geppert, Probleme der Strafrechtsanwendung im Zeichen der deutschen Einheit, Jura 1991, S. 610 (612 f.); Maiwald, Rechtsbeugung im SED-Staat, NJW 1993, S. 1883 (1883/1884); Rautenberg/Burges, Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung gegen Staatsanwälte und Richter der früheren DDR ein Beitrag zum Meinungsstand in der Praxis, DtZ 1993, S. 71 (72); Vorbaum, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit vom DDR-Richtern, NJ 1993, S. 212

42) BGH, Urt. v. 3.11.1992 - 5 StR 370/92, NJW 1993, 141 (143); BGHSt 39, 168 (180),

IV. 불법의 연속성 문제

1. 의의

연방가입원칙론에 따르면 형법시행법률 제315조 제1항에 의해 구동독 영역에서의 범죄에 대해서는 독일연방공화국 형법 제2조 제3항에 따라 구동독과 연방공화국 형법의 형의 경중을 비교하여 경한법 우선의 원칙이 적용된다. 그런데 신구법의 형의 경중을 비교하기 위해서는 ①외견상 구성요건이 대부분 일치하고 문제된 행위를 신구법 모두가 처벌대상으로 하고 있어야 하고, ②신구법의 구성요건이 본질적으로 동일한 불법의 유형을 규정한 것으로 인정되어야 한다. 구법에서 신법으로 넘어가는 과정에 구성요건과 그 구성요건이 설정한 불법이 동일하게 유지되고 있다는 전제가 성립되어야만 이에 대한 양자의 형을 비교할 수 있기 때문이다. ①은 ②를 논하기 위한 전단계라고 할 수 있는데, 일용 구성요건의 명문규정의 문제이며 당해 행위가 신구법 모두의 구성요건에 해당하는가의 검토로 족하다. 하지만 ②의 경우 체제의 이념과 정치적으로 강하게 좌우되면서 구성요건의 이면에 숨겨진 내용이기 때문에 중점적인 논의의 대상이 된다. 이를 불법의 연속성이라고 하며 양형비교를 위한 중요한 전제조건이 된다⁴³⁾.

신법과 구법간에 불법의 연속성이 인정되지 않는 가운데 양자의 경중을 비교하게 되면 많은 문제점이 발생한다. 신구법간에 구체적 처벌대상과 범위가 달라지기 때문에 어떤 행위가 규제대상인지와 관련하여 명확성의 원칙에도 반할 수 있고, 구법과 다른 새로운 구성요건을 경하다는 이유로 적용하게 되면 소급효금지의 문제도 발생할 수 있다⁴⁴⁾. 하지만 반대로 불법의 연속성만 인정된다면 신법으로 과거의 행위를 처벌하는 것도 가능해진다. 변한 것은 처벌의 정도일 뿐이기 때문이다. 경한법 우선은 하나의 법률시스템 내에서 개별 법률이 변경되는 경우도 적용이 되지만, 구동독처럼 체제의 붕괴로 법률시스템 전체가 독일연방공화국의 그것으로 대체된 경우에도 그 불법의 핵심적인 내용이 유지되는 한 적용되어야 한다는 데에는 대체로 의견이 일치한다⁴⁵⁾.

Urt.v.25.3.1993 - 5 StR 418/92; BGHSt 38, 1 ff, Urt.v.11.6.1991 - 5 StR 180/91; BGHSt 38, 20 ff.; BGHSt 38, 7 ff.; BGHSt 38, 180 ff.

43) Tröndle, StGB, Vor. § 3 Rn.47.

44) BGHSt, 26, 167 (172), Beschl. v. 10.7.1975 GSSt 1/75; BGH, Urt. v. 3.12.1993 - 5 StR 76/93, njw 1994, 529 (530).

2. 인정기준

1) 보호법익과의 관련성

독일의 판례는 불법의 연속성 판단에 있어 일관되게 보호법익을 비교하는 방법을 취하고 있다⁴⁶⁾. 이에 대해서는 통설은 보호법익 외에도 구성요건의 구체적 기술내용을 분석하여 규범이 달성하고자 하는 ①보호목적까지 고려해야 하며, 나아가 ②보호법익의 침해방법까지 동일할 것을 요구하고 있다. 이 두 가지를 통해 불법의 전형을 파악할 수 있다는 것이다⁴⁷⁾.

보호법익의 동일성을 판단하는 데에는 보호법익과 관련된 모든 측면이 고려되어야 한다. 예컨대 당해 법익의 가치와 사회적 기능 뿐 아니라, 동 법익이 보호됨으로써 얻게 되는 구성원의 이익도 고려되어야 한다⁴⁸⁾.

2) 공적 법익에 있어 불법의 연속성 문제

불법의 연속성 인정에 있어 보호법익이 동일할 것을 요구한다면 일단 개인적 법익에 관한 죄와 사회적 또는 국가적 법익 간에 불법의 연속성은 인정되기 어렵다. 개인의 생명, 신체, 재산 등을 보호하기 위한 범죄와 국가의 존립을 위협하는 대내적·대외적 공격을 방어하기 위하거나 헌정질서를 지키기 위한 범죄와는 일단 불법의 내용에 있어 본질적인 차이가 있다.

그런데 불법의 연속성은 개인적 법익에 대한 죄들 간에는 그 인정이 크게 어렵지 않다. 보호법익인 개인의 생명, 신체, 재산권 등의 의미는 어떤 체제라고 하더라도 대체로 유사한 의미를 가지고 그 침해방법도 크게 다르지 않기 때문이다. 그런데 국가적 법익 또는 사회적 법익과 관련된 범죄일 경우 당해 체제가 지향하는 국가형태나 이념에 따라 보호법익의 의미도, 또 그것이 침해되었는가의 여부도 달라질 수 있다. 기술된 구성요건의 방식이나 내용이 유사하다고 하더라도 그 불법의 내용은 크게 다를 수 있다. 공공의 법익을 보호하기 위한 형법규정은 기본적으로 그 국가가 지향하는 헌법적 질서를 전제하고

45) Tröndle, StGB, Vor § 3 Rn.47.

46) BGHSt 26, 167(172), Bschl. v. 10.7.1975 GSSt 1/75; vgl. zur Entwicklung in der Rechtsprechung Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 503 ff.

47) Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 2 Rn. 25; Tröndle, StGB, § 2 Rn. 5; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 508 f.; Höchst, Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnormen, JR 1992, 360(362).

48) Höchst, Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnorm, JR 1992, 360 (362).

있기 때문이다⁴⁹⁾.

사회주의 국가로서 구동독과 민주적 법치국가를 지향하는 독일연방공화국과는 본질적으로 같은 공적인 법익보호를 지향하기 어렵다. 구동독 형법 제2장의 범죄들은 구동독이라는 체제유지에 위협이 되는 행위들을 범죄로 규정하고 있다. 따라서 구동독의 범죄들 중 어느 범위까지 통일독일이 수용하여야 하는가에 대해 논란이 있을 수 밖에 없다. Samson은 구동독 형법상 범죄 중 환경범죄, 통화위조, 교통안전 분야 등 단지 30개 정도만이 독일연방공화국의 공적 부분 법익보호를 위한 구성요건과 부합할 수 있다고 한다⁵⁰⁾. 다수 학자들은 여기에 법률왜곡도 포함된다고 본다⁵¹⁾.

공적 영역 중에서도 국가체제의 유지와는 무관한 법익을 보호하기 위한 구성요건들, 예컨대 환경, 교통, 마약류관리 등과 관련된 범죄의 경우에는 결국 사회 구성원의 생존과 안전에 대한 위협으로부터 그들을 보호하기 위한 것이므로 불법의 연속성을 인정하는데 기본적으로 큰 어려움이 없다⁵²⁾. 하지만 국가체제와 그 핵심적 제도의 기능을 보호하기 위한 구성요건의 경우에는 그 체제의 붕괴 이후 다른 체제의 법규정과의 연속성을 인정하기는 어렵다. 특히 사법왜곡과 관련된 범죄의 경우, 구동독과 연방공화국 사이의 사법시스템은 큰 차이가 있기 때문에 왜곡의 의미도 전혀 다른 것일 수 있다⁵³⁾.

2. 법률왜곡죄와 불법의 연속성

독일통일 이후 준거법이나 불법의 연속성과 관련하여 주된 검토의 대상이 되었던 것은 법률왜곡죄였다. 앞에서 살펴본 바와 같이 주요한 개인적 법인에 대한 죄의 경우에는 불법의 연속성 인정에 어려움이 없지만 붕괴된 체제와 새

49) Lüderssen, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, StV 1991, 482 (484); Höchst, Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnormen?, JR 1992, 360 (363); Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 516; Lackner, StGB, § 2 Rn. 13; Tröndle, StGB, Vor, § 3 Rn. 47; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 3-7, Rn. 97.

50) Samson, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991, 335 (338).

51) Roggemann, Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung, JZ 1994, 769(772); Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor, §§ 3-7 Rn. 104, 106.

52) Höchst, Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnormen?, JR 1992, 360(363); Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 3-7, Rn. 104.

53) Höchst, 앞의 글, 360(363).

로운 법치국가는 서로 다른 국가적 이념과 시스템을 가지고 있었으므로 공적인 법익과 관련된 범죄로서 구동독과 독일연방공화국의 형법에 모두 사실상 동일한 형태로 존재하였으면서 대표적인 체제불법의 유형으로 분류되는 법률왜곡이 논의에 적합하였기 때문이다. 아래에서는 법률왜곡죄를 중심으로 독일에서의 논의를 검토해 보기로 한다.

1) 신구법 구성요건 모두에 해당 여부

법률왜곡의 불법의 내용을 검토하기 전에 우선 신구법의 구성요건이 대체로 동일함이 인정되어야 한다. 다시 말해 구동독 형법 제244조에 해당하는 행위는 독일연방공화국 형법 제339조에도 해당되어야 한다. 명문규정을 비교해 보면 연방공화국 형법 제339조는 「법관 기타 공무원 또는 중재법관」을 주체로 하면서, 「법률사건을 지휘하거나 재판하는 과정에서」 법률왜곡을 대상으로 한다. 반면 구동독 형법 제244조는 「법관, 검사 또는 수사기관」을 주체로 하고, 「재판 또는 수사절차에서」 행위할 것을 요구한다. 또한 구동독 형법 제244조의 법률왜곡은 성립에 주관적 구성요건으로서 직접적인 고의(wissentlich)를 요구하고 있는 반면, 연방공화국 형법은 이를 명시적으로 규정하고 있지 않아 법률왜곡죄의 성립에는 미필적 고의로 족하다고 본다⁵⁴⁾. 양 규정은 주체나 행위상황에 있어 표현의 차이가 있을 뿐 당사자에 대한 법적 판단에 밀접한 연관을 가지는 사법기관 또는 수사기관 종사자를 주체로 보고 그들의 사법적 판단을 문제삼는다는 점에서 큰 차이가 없다. 구동독 체제범죄에 있어 법률왜곡으로 형사소추된 이들이 대부분 법관이나 검사 기타 수사기관이며 결국은 반법치적인 결과와 연관되어 있음을 고려한다면 양 규정 모두의 주체나 행위상황에 있어 큰 차이가 없다. 다시 말해 양 구성요건 모두에 해당성을 인정할 수 있다.

다만, 주관적 구성요건에 있어 구동독 형법상 법률왜곡죄의 성립이 보다 엄격하다고 평가될 수 있다. 하지만 구동독의 체제범죄의 영역에서 준거법과 관련하여 문제된 행위는 모두 동일 이전 자행된 것으로서 일단 구동독 형법에 해당이 되고, 추후 연방공화국의 형법의 적용을 받게 된 경우이다. 따라서 연방형법의 구성요건이 보다 엄격하여 구동독 법에는 해당되고 연방형법에는 해

54) 독일연방공화국 형법 제339조(법률왜곡): 법관 기타 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어 당사자 일방에게 유리 또는 불리하게 법률을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다

구동독 형법 제244조(법률왜곡): 재판 또는 수사절차의 법관, 검사 또는 수사기관으로서 고의적이고 위법하게 당사자 일방에게 유리 또는 불리한 결정을 내린 경우에는 5년 이하의 자유형에 처한다.

당되지 않는 경우라면 문제가 될 수 있지만, 보다 엄격한 구동독 형법에 해당한다면 연방형법에도 해당하게 된다. 또한 양자 모두 지적 요소로서 인식을 요구하므로 주관적 측면의 실질적 차이는 크지 않다. 결국 구동독 체제범죄로서 법률왜곡행위는 신구법의 외관상 구성요건을 모두 충족한다고 할 수 있다.

2) 불법의 연속성 인정론

다수설과 판례는 구동독 형법 제244조와 독일연방공화국 형법 제339조의 법률왜곡 규정 간에는 불법의 연속성이 인정될 수 있다고 본다. 물론 구동독 공산독재의 기반인 사회주의통일당(SED)이 법원의 판결을 포함한 사법체계 전반에 정치적 영향을 행사하였으며 이로 인해 형법의 보호대상인 법익의 본질적 의미에도 심각한 왜곡이 있었다는 점은 인정된다. 하지만 동독의 사법부도 정치적 관련성이 없는 분야에 있어서는 시민들의 질서있는 공존을 규제하는 본연의 역할을 수행하였다. 법원이 정치적으로 독립적이지 않다고 하더라도, 개별 사건에 있어서 각 당사자에 대한 중립적인 판단을 통해 갈등을 해결하고 정의를 구현하려는 노력이 있었다면 여전히 갈등을 해결하고, 불법을 차단하며, 피해자를 위로하는 사법의 기능은 존재한다고 할 수 있다⁵⁵⁾.

연방공화국 형법 제339조가 규정하고 있는 법률왜곡은 올바르게 공정한 법의 집행이라는 사법부 본연의 임무수행을 내부로부터 공격에서 보호하기 위한 구성요건이다. 사실확정과 법적평가, 이에 근거한 적절한 판결이 법적 절차에 따라 공정하게 이루어지도록 하기 위한 것이다. 그런데 구동독 형법 제244조의 법률왜곡도 이같은 사법기능의 정상적인 수행을 그 보호법익으로 한다. 지향하는 이념은 다르더라도 사회주의적 법치를 구현하는 것, 즉 법으로 정해진 방식으로 수사하고 심리하며, 법이 허용하는 증거를 통해 진실을 규명하고 법적 판단을 내리는 과정을 보장하려는 구성요건이란 점은 같다. 결국 불법의 연속성을 판단할 때 비교해야 할 대상은 구동독이나 독일연방공화국의 법이나 법제도 또는 사법행정 그 자체가 아니라 처벌조항으로서 법률왜곡의 구성요건과

55) BGH, Urt. v. 13.12.1993 - 5 StR 7/93, NJW 1994, 529 (530 f.); Letzgus, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der ehemaligen DDR wegen Rechtsbeugung, in: Letzgus(Hrsg.), Festschrift für Helmrich, S. 73 (78); Roggemann, Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung, JZ 1994, 769 (772 f.); ders., Die strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit am Beispiel der Mauerschützen und der Rechtsbeugungsverfahren, NJ 1997, 226 (226 f.); Weber, Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern, GA 1993, 195 (206 f.); Tröndle, StGB, Vor. § 3 Rn. 49; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 3-7 Rn. 106.

공정한 사법의 기능이라는 보호법익이다⁵⁶⁾.

판례도 구동독 내에서도 지난 수십 년간 비정치적인 다양한 영역, 특히 대부분의 형사소송에 있어서는 사법부에 법률왜곡이나 보호법익에 대한 정치적 해석이 반영되었다고 볼 수 없다고 한다⁵⁷⁾. 사법적 판단에 의해 기본적 인권이 침해된 사안들은 사법권의 남용 또는 왜곡으로 볼 여지가 있다. 하지만 그러한 법률의 적용도 수범자인 국민 모두를 보호영역으로 하면서 법에 위반된 자들을 처벌하는 사법부의 일반적 작용 과정에서 발생한 부작용에 불과하다는 것이다⁵⁸⁾. 판례는 동독의 사법부에 대한 이러한 시각이 통일조약의 제정목적과 내용으로도 반영되었다고 본다⁵⁹⁾.

3) 불법의 연속성 부정론

이에 반해 동서독 간의 법률왜곡 규정 사이에는 불법의 연속성을 인정할 수 없다는 유력한 견해가 있다. 양 규정에 의해 보호되는 공적인 법익이 전혀 다르기 때문에 연방형법 제339조는 구동독 형법 제244조의 (단순한 형의) 변형이 아니며, 따라서 연방형법 제2조 제3항이 적용될 수 있는 상황이 아니라는 것이다⁶⁰⁾.

법률왜곡은 구동독에서는 독일연방공화국에서든 국가적 법익에 대한 죄이며, 올바른 사법제도의 유지를 목적으로 한다. 그런데 그 사법제도는 각 국가가 지향하는 이념의 구현을 위해 만들어진 것이다⁶¹⁾. 형법 제339조는 민주적 법치 국가를 지향하는 독일연방공화국을 전제로 하는 것이므로 공산주의 체제와 이념을 구현하는 구동독 사법부의 법률왜곡의 의미와는 전혀 다를 수 밖에 없다⁶²⁾. 나아가 양자 사이에 불법의 연속성은 인정하면 연방공화국 제339조의 보호범위에 외국의 사법 행정을 포함하는 것이 되므로 이는 결국 형법을 통한

56) Höchst, Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnormen, JR 1992, 360 (363).

57) BGH, Urt. v. 13.12.1993 - 5 StR 76/93, NJW 1994, 529 (531).

58) BHG, Urt. v. 6.10.1994 - 4 StR 23/94, NJW 1995 64 (65); so auch Scholderer, Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, S. 503; Letzgus, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der ehemaligen DDR wegen Rechtsbeugung, in: Letzgus (Hrsg.), Festschrift für Helmrich, S. 73 (78); Roggemann, Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung, JZ 1994, 769 (773)

59) BGH, Urt. v. 13.12.1993 - 5 StR 76/93, NJW 1994, 529 (531).

60) Vormbaum, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, NJ 1993, 212 (213 f.); Hohmann, Zur Rechtsbeugung durch DDR-Staatsanwälte, NJ 1995, 128 (129 f.), wohl auch Dannecker, Das Intertemporale Strafrecht, S. 519 f.

61) Hohmann, Zur Rechtsbeugung durch DDR-Staatsanwälte, NJ 1995, 128 (129).

62) Vormbaum, 앞의 글, 212 ; Hohmann, 앞의 글, 128

외국의 내정에 간섭하는 부정적 의미를 가질 수 밖에 없다⁶³⁾.

4) 평 가

국가의 몰락과 함께 당해 국가의 모든 공적 법익을 보호할 필요성도 사라지는 것은 아니다. 당해 국가의 존속 중에도 이를 대체할 체제가 동일선 상에서 보호하던 사회적 법익은 여전히 보호대상이 되어야 한다. 예컨대 환경범죄, 교통범죄, 마약범죄 등은 별다른 고려없이도 보호법익의 유지가 필요하므로 불법의 연속성이 인정되어야 한다. 불법의 연속성을 인정하기 어려운 것은 결국 국가적 법익에 관한 죄 중 불법체제의 유지를 목적으로 하거나 이에 기여하는 구성요건들이다. 법률왜곡죄의 불법의 연속성 문제는 결국 동 구성요건이 사회공동의 이익을 위한 것인지 혹은 국가 또는 체제유지적 성격의 범죄인지에 따라 결정되어야 한다.

연방공화국 형법 제339조와 구동독 형법 제244조의 법률왜곡은 모두 사회전체의 이익에 기여하는 공정한 사법의 기능을 보호하기 위한 구성요건으로 보호법익면에서 차이가 없다. 구동독의 규정이라고 하여 처음부터 사법적 정의의 구현보다 정치적·이념적 목적에서 의도적으로 법을 왜곡한 판·검사들을 보호하기 위해 만들어진 것은 아니다. 구동독 형법 제244조도 법 앞의 평등이라는 기본원칙에서 모든 사안에 있어 공정한 사법의 집행을 보장하고자 만들어진 규정이다. 구동독에서도 사법기관의 기능은 일부 정치적 고려에 의해 왜곡된 경우를 제외하고는 대체적으로 공공의 이익에 기여하였다고 가정할 수 있는데⁶⁴⁾, 이같은 시각은 구동독에서의 판결을 기본적으로 유효한 것으로 간주하고 있는 통일조약 제18조 제1항에 의해서도 확인된다. 나아가 구동독의 판사나 검사들이 독일연방공화국에서도 재임용이 가능했던 점은 동서독간 사법기능의 연속성을 전제한 것이다⁶⁵⁾.

마지막으로 구동독과 연방공화국의 법률왜곡죄 구성요건은 불법의 연속성 인정에 있어 다수설이 추가적으로 요구하는 조건인 보호법익에 대한 침해방법의 동일성 부분도 충족한다고 할 수 있다. 먼저 행위자 그룹에 있어 양 구성요건은 동일하다. 모두 신분범의 형태로 규정되어 있는데 구동독 형법 제244조는 법관, 검사, 수사기관을 명시적으로 규정하고 있고, 연방공화국 형법 제339조는 법관, 공무원, 중재법관을 주체로 하지만 여기에는 검사와 수사기관이 포

63) Hohmann, 앞의 글.

64) BGH, Urt. v. 13.12.1993 - 5 StR 76/93, NJW 1994, 529(531).

65) BGH, Urt.v.13.12.1993 - 5 StR 76/93, NJW 1994, 529 (531).

함되는 것으로 해석되고 있다⁶⁶⁾. 또한 양자 모두 사법절차에서 이들이 고의적으로 당사자 일방에게 유리 또는 불리하게 결정하는 방법으로 법률을 왜곡하는 것을 구성요건으로 하고 있다. 이상에서 법률왜곡죄에서는 불법의 연속성을 인정할 수 있음이 명백하고 따라서 경한 범우선의 원칙을 적용하기 위한 전제 조건은 갖추어 졌다고 할 수 있다.

V. 법률왜곡죄에 있어 준거법

법률왜곡죄에 있어 구동독과 독일연방공화국의 법률왜곡죄 간에 불법의 연속성이 인정된다면 형법시행법률 제315조 제1항에 따라 형법 제2조 제3항이 적용되어 행위시와 재판시 사이의 형이 변경된 사안으로 간주하여 양자 가운데 어느 법이 더 경한지에 대한 검토를 거쳐 경한 법을 적용하게 된다

1. 경한 죄 판단의 기본원칙

경한 죄를 특정하는 데는 이른바 ‘엄격한 대안의 원칙(der Grundsatz der strikten Alternativität des Gesetzes)’⁶⁷⁾이 적용된다. 이에 따라 경한 법 하나만 적용되어야 하고 신법과 구법이 동시에 적용될 수 없다. 두 개의 법률을 전체적으로 대조하여 행위자에게 유리한 상한과 하한을 택하는 것은 가능하다. 하지만 이 경우에도 택일해야 하고 신구법을 모두 취할 수는 없다. 그리고 신구법 외에 관련을 가지는 다른 유효한 법률에서 유리한 요소를 가져다 결합하는 것도 허용되지 아니한다⁶⁸⁾.

또한 장소적 적용범위에 관한 규정을 비롯하여 공소시효가 변경되거나, 형면제사유로서 사면이 있었던 경우와 같이 실체법 영역의 전체 법적 상황을 고려해야 한다⁶⁹⁾. 반면 소송법적 측면의 변경은 고려되지 않는다⁷⁰⁾. 또한 경한 법이란 단지 법규정만을 추상적으로 비교하여 더 유리해 보이는 것을 의미하

66) Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor, §§ 3-7 Rn. 106.

67) BGH, Urt.v.26.4.1995 - 3 StR 93/95, NJW 1995, 2861.

68) BGH, urt.v.9.7.1965- 3 StR 12/65, NJW 1965, 1724; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 525 f.; Tröndle, StGB, § 2 Rn.9.

69) Tröndle, StGB, § 2 Rn. 7.

70) Tröndle, StGB, § 2 Rn. 7; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB § 2 Rn. 20.

지 않는다. 구체적 사안에 있어 신규법의 전체적 대조와 사안의 특수한 상황을 고려하여 행위자에게 가장 유리한 판결을 가져올 것으로 기대되는 법을 선택하는 것을 의미한다⁷¹⁾. 예컨대 ①비범죄화되거나 질서벌로 대체되거나 ②감정적 구성요건으로 규정되거나 ③여러 구성요건을 충족하면서 그 형벌의 총합이 줄어든 경우라면 경한 형으로 변경되었다고 할 수 있다⁷²⁾.

그리고 법이 여러 번 개정되었다면 행위시에 시행 전이고 재판시에는 실효된 이른바 사이법(zwischengesetze)들도 고려된다. 형법 제2조 제3항이 규정하고 있는 ‘가장 경한 법’의 문언적 의미에는 행위시와 재판시 사이의 법률도 포함하고 있는 것으로 해석될 뿐 아니라 행위자에게 유리한 법의 소급적용은 허용되고 있다고 보기 때문이다⁷³⁾.

2. 경한 법으로서 구동독 형법 제244조

구동독 형법 제244조와 독일연방공화국 형법 제399조의 법률왜곡죄의 형량을 구체적으로 검토하면 일응 전자가 경한 법에 해당한다. 구동독 형법이 만들어진 지기 전 1968년까지 유효하던 제국형법 제336조나 연방공화국 형법은 법률왜곡죄의 성립에 미필적 고의로 족하다고 본 반면, 구동독 형법 제244조의 법률왜곡은 성립에 주관적 구성요건으로서 직접적인 고의(wissentlich)를 요구하고 있어 구성요건 상으로는 보다 엄격하게 보인다. 하지만 양자 모두 지적 요소로서 인식을 요구하므로 주관적 측면에서 큰 차이가 없는 반면, 형량에 있어서는 분명한 경중을 나타낸다. 구동독 형법이 5년 이하의 징역을 규정한 데 반해, 연방공화국 형법이 5년 이하 1년 이상의 징역으로 상한은 동일한 반면 높은 하한을 설정하고 있기 때문이다.

구동독 형법을 적용할 수 밖에 없는 또 다른 이유는 소급효금지에도 있다. 연방공화국 형법 제399조가 구동독 형법 제244조보다 중한 형에 해당하기 때문에 이를 적용하면 행위자에게 불리한 소급적용이 되어 기본법 제103조 제2항의 소급효금지원칙과 충돌하게 된다. 결론적으로 구동독 체제범죄로서 법률왜곡죄를 통일 이후 독일연방공화국의 법원이 처벌하는 경우, 준거법은 재판시 법인 독일연방공화국 형법 제339조가 아니라 행위 당시 유효하던 구동독 형법 제244조가 된다⁷⁴⁾.

71) BGH, Urt. v.13.2.1994 - 4 StR 481/93, wistra 1994, 142 (144).

72) Tröndle, StGB, § 2 Rn. 10.

73) Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 2 Rn. 29; Tröndle, StGB, § 2 Rn. 6.

VI. 나가는 말

이상에서 불법체제에서 자행되었던 범죄에 대한 법치주의적 처벌을 위한 준거법을 결정하는 문제와 관련한 독일 통일 전후의 법적 상황과 통일조약의 내용, 연방대법원의 판례, 그리고 이와 관련한 다양한 학계의 논의를 살펴보았다. 나아가 준거법 결정의 전제로서 불가분의 의미를 가지는 불법의 연속성에 대해서도 논하였다.

이를 통해 구동독 체제범죄의 대표적인 유형으로서 법률왜곡죄에 있어 준거법 결정의 기준을 적용해 보았다. 구동독 형법 제244조와 독일연방공화국 형법 제339조의 법률왜곡죄 사이에는 형법시행법률 제315조 제1항에 따라 연방공화국 형법 제2조 제3항의 경한법 우선의 원칙이 적용될 수 있는 전제로서 불법의 연속성이 인정되므로, 구동독의 공산독재체제의 정치적 의도에 따라 고의적으로 법률을 왜곡한 판사와 검사들을 통일 이후 소추하는 것이 가능하였다. 신구법 조항의 구체적 형의 경중을 비교하면 행위시법인 구동독 형법 제244조가 경한 법에 해당하므로 이에 따라 5년 이하 1년 이상의 법정형을 적용하게 된다.

결론적으로 형법시행법률 제315조 제4항의 연방가입 이전에도 이미 독일연방공화국의 형법이 적용이 가능하였던 사안을 제외하고는 제315조 제1항 내지 제3항에 따라 연방공화국 형법 제2조가 적용되어 행위당시인 구동독 법률을 우선 적용하고(제1항), 연방가입 이후 적용되는 독일연방공화국의 형법이 행위시법과 형의 경중에 변화가 있는 경우에는 가장 경한 법이 적용된다(제3항). 법률왜곡죄의 경우에는 구동독 법률이 보다 경하므로 구동독 형법 제244조가 적용된다.

어떻게 보면 간단하고 당연하게 보이는 결론을 이끌어 내기 위해 얼마나 많은 논의와 판례, 그리고 입법이 이루어졌는가를 생각해 볼 필요가 있다. 법치주의는 어쩌면 이토록 철저하고 빈틈없는 논리로 만들어진 정교한 기계인지도 모른다. 알고리즘이 허술하면 균열이 생기고 그것은 곧 심각한 위기가 될 수 있음을 인식하고 부족함이 없도록 최선을 다하는 것, 그것이 법치주의이고, 허술함과 균열을 고대하는 자가 바로 독재자일 것이다.

[참고문헌]

- Amelung, Knut, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz - Ein Zwischenbericht, GA 1996
- Bath, Matthias, Interdeutsches Strafrecht und politische Verdächtigung, Jura, 1985
- _____, Zur Strafbarkeit der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, DA 1990, S. 1733 ff.
- Dannecker, Gerhard, Das intertemporale Strafrecht, 1993
- Eser, Albin, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, GA 1991
- Höchst, Sigrid, Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnormen, JR 1992
- Hohmann, Olaf, Zur Rechtsbeugung durch DDR-Staatsanwälte, NJ 1995
- Hruschka, Joachim, Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, JZ 1992
- Krey, Volker/Arenz, Norbert, Schutz von DDR-Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland?, JR 1985
- Küpper, Georg/Wilms, Heiner, Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1994
- Lackner, Karl, StGB-Kommentar, 18. Aufl., 1989
- _____, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der ehemaligen DDR wegen Rechtsbeugung, in: Letzgus(Hrsg.), Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, 1994
- Liebig, Justus B., Anwendbarkeit bundesdeutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts auf Alttaten in der DDR, NStZ 1991
- Luther, Horst, Der Einigungsvertrag über die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands, DtZ 1991
- _____, Zur Anwendung des Strafrechts nach dem Einigungsvertrag, NJ 1991, S. 395 ff.
- Lüderssen, Klaus, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, StV 1991
- Oehler, Dietrich, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1983
- Roggemann, Herwig, Grenzübertritt und Strafrechtsanwendung zwischen beiden deutschen Staaten, ZRP 1976

- _____, Die strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit am Beispiel der Mauerschützen und der Rechtsbeugungsverfahren, NJ 1997
- _____, Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung, JZ 1994
- Samson, Erich, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991
- Schünemann, Bernd, Strafrechtlich Verantwortlichkeit für die DDR-Spionage, in: Lampe (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. II, 1993
- Scholderer, Friedrich-Christian, Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, S. 503
- Tröndle, Herbert, Strafgesetzbuch, 48. Aufl. 1997
- Vormbaum, Thomas, zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, NJ 1993
- Weber, Klaus, Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern, GA 1993
- Wilms, Heiner/Ziemske, Burkhard, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, ZRP 1994

[Abstract]

Determination of standard criminal law for punishment of systemic crimes after unification

Kim Dong Lyoul*

When the illegal system collapses, the question arises as to which criminal law will be applied in the criminal law liquidation of the illegal system in the rule of law. It is a matter of whether it is the criminal law of the old system that was actually applied at the time of the act or the new democratic law that has found a new application area.

Regarding the punishment of systemic crimes in the former East Germany, there have been various arguments related to this in Germany, but according to the Criminal Law Enforcement Act under the Reunification Treaty, the conflict between the criminal law of the old system and the criminal law of democracy was treated as the same as the revision of the law, giving priority to the mild law and prohibiting retroactive effect.

However, for acts accompanied by serious human rights violations prohibited by international law, the application of the criminal law of the illegal system is excluded and it is considered that the democratic criminal law was applied from the beginning. Despite what the law stipulates, there have been many discussions in the academic world as to which criminal law is applied, and various theories have been asserted. In particular, there was a strong objection that the former East German criminal law should not be taken into account and only criminal law of the Federal Republic should be applied.

In addition, as a precondition for determining the applicable criminal law, the continuity of illegality between the constituent elements of the both criminal law must be recognized. In the case of the crime of perversion of the law, the German majority theory and the Supreme Court recognize the continuity of illegality. Accordingly, in the case of crimes of perversion of law, in cases

* Associate Professor, Yeung Nam University, Ph. D. in law.

involving serious human rights violations, the federal criminal law is applied from the beginning, and the application of the German criminal law is excluded. In other cases, in principle, the sentences of the two criminal laws are compared and the lighter East German criminal law is applied.

A very serious discussion in Germany regarding which criminal law to apply shows that judicial settlement of the past is possible only through thorough preparation and legal logic. A lot of theoretical preparation is also needed for the liquidation of North Korea's illegal regime after the upcoming reunification of Korea.

Keywords : system injustice, german reunification, bending of the law,
continuity of injustice, application law