

속인주의와 형법 제3조의 재음미

김 성 돈*

I. 문제의 제기	III. 적극적 속인주의의 정당화 근거와 입법론
II. 적극적 속인주의와 형법 제 3 조의 해석론	1. 국제 형법에서 적극적 속인주의의 정당화 근거
1. 적극적 속인주의와 소극적 속인주의	2. 형법 제 3 조의 적극적 속인주의를 해석론상 제한할 수 있는 최후의 방안
2. 절대적 적극적 속인주의와 제한적 적극적 속인주의	3. 대상판례 사건의 적용과 입법화 방향
3. 우리나라 형법 제 3 조의 속인주의에 대한 종래의 해석론	IV. 나오는 말: 적극적 속인주의의 구체적 인 적용
4. 제한적 적극적 속인주의적 의미로 해석할 가능성	

【대상판결 1】 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결

형법 제 3 조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다”고 하여 형법의 적용범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역개발지원에관한특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없으므로, 원심이, 피고인이 상습으로 1996. 9. 19.부터 1997. 8. 25.경까지 사이에 판시와 같이 미국의 네바다 주에 있는 미라지 호텔 카지노에서 도박하였다는 공소사실에 대하여 유죄를 인정한 것도 정

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 도박죄의 위법성조각에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

【대상판결 2】 대법원 1986. 6. 24. 선고 86도403 판결

재판권의 장소적 효력에 관하여 형법 제 2 조는 “본법은 대한민국의 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다”고 규정하여 속지주의를 채택하는 한편 같은 법 제 3 조에 “본법은 대한민국의 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다”고 규정함으로써 속인주의도 아울러 채택하고 있다. 따라서 설사 논지가 주장하는 바와 같이 국제협정이나 관행에 의하여 서울에 있는 미국문화원이 치외법권지역이고 그 곳을 미국영토의 연장으로 본다 하더라도 그 곳에서 죄를 범한 피고인들에 대하여 우리 법원에 먼저 공소가 제기되고 미국이 자국의 재판권을 지금까지도 주장하지 않고 있는 바에야 속인주의를 함께 채택하고 있는 우리나라의 재판권은 피고인들에게도 당연히 미친다 할 것이다. 또 미국문화원측이 피고인들에 대한 처벌을 바라지 않았다고 하여 그 재판권이 배제되는 것도 아니다(특수공무집행방해 및 폭력행위등처벌에관한법률위반의 죄).

【대상판결 3】 대법원 2001. 9. 25. 선고 99도3337 판결

원심판결과 원심이 인용한 제 1 심판결의 채용증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 상습으로 판시와 같은 도박을 한 사실이 충분히 인정되며, 한편 형법 제 3 조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다”고 하여 형법의 적용범위에 관한 속인주의를 규정하고 있는바, 필리핀국에서 카지노의 외국인 출입이 허용되어 있다 하여도, 형법 제 3 조에 따라 피고인에게 우리나라 형법이 당연히 적용된다고 할 것이므로(대법원 1986. 6. 24. 선고 86도403 판결 참조), 이를 전제로 피고인에 대하여 유죄를 인정한 원심판결에 상고이유에서 주장하는 취지와 같은 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

[研 究]

I. 문제의 제기

대한민국 영역 외에서 범죄행위를 한 대한민국 국민에 대해 대한민국 형법을 적용한다고 하는 형법 제 3 조가 국제형법의 원리 가운데 속인주의를 선언하고 있다는 점에 관해서는 의문의 여지가 없다. 그러나 형법 제 3 조의 속인주의의 의미가 행위지법에 따를 때 당해 행위의 가벌성 여부와 상관없이 무조건 한국 형법을 적용할 수 있다는 것인지, 아니면 행위지법에 따를 때 당해 행위의 가벌성이 인정되는 경우에 한하여 비로소 한국 형법을 적용할 있다는 것인지에 대해 의문이 제기될 수 있다. 우리 대법원은 이러한 물음에 대해 [대상판결 1, 2, 3]에서¹⁾ ‘한국 형법의 당연적용’을 인정하고 있기 때문에 속인주의에 관한 한, ‘처벌의 이중성’을 전제로 하고 있지 않음을 알 수 있다.

우리 형법 제 3 조의 적용범위를 무제한 확대하는 대법원의 태도에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. [대상판결 1]의 경우와 같이 행위지법에 따를 때 범죄도 되지 않는 행위를 굳이 한국 형법에 따라 처벌하려고 하는 실제적인 이유는 무엇인가? 보다 근본적으로 말해 우리 형법 제 3 조를 이와 같이 확대 적용하는 일이 정당화될 수 있는가, 있다면 그 근거는 무엇이며 나아가 그 실익은 어디에 있는가?

우리 형법 제 3 조의 적용과 관련하여 이 문제에 관한 본격적인 논의는 지금까지 없었던 듯하다. 형법 제 3 조의 적용범위를 이렇게 무제한적으로 인정한다면, 한국 형법은 행위자가 대한민국 국민인 한, 그가 세계 어디에 있더라도 아랑곳 하지 않고 심지어 무인도나 대기권 밖에 있더라도 위성처럼 그를 감시하는 존재로 부상하게 된다. 그리하여 그 형법은 대한민국 국민을 그 형법의 명령과 금지에 복종하도록 하는 전지전능한 존재로 인정된다. 뿐만 아니라 예컨대 위 [대상판결 3]에서 보는 바와 같이 외국인의 카지노 출입이 허용되는 상황에서 그 한국인의 출입을 허용한 필리핀 당국은 한국 형법의 존재를 알고 있다면 한국인을 범죄행위로 초대할 셈이 되고 만다.

1) [대상판결 2]의 경우 행위자의 행위는 우리나라는 물론이고 우리나라의 영역 외에서도 처벌의 대상이 되는 범죄행위인 반면, [대상판결 1]과 [대상판결 3]에서 문제되고 있는 행위는 대한민국에서만 범죄로 취급되고 있을 뿐 그 행위지인 미국이나 필리핀에서는 처벌의 대상이 되는 범죄행위가 아니라는 점에서 [대상판결 2]의 행위와 다르다.

만약 형법 제 3 조의 속인주의의 정당화 근거가 국가에 대한 무한정의 충성의무를 국민에게 강요하기 위함에 있다고 하는 논지를 편다면, 이는 배격되어야 마땅할 국가주의적 내지 권위주의적 형법을 전제로 하고 있는 것이라고 말할 수 있다. 이와 같은 맥락에서 본다면 형법 제 3 조가 선언하고 있는 속인주의의 의미에 대한 재음미가 필요하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이하에서는 법익보호사상에 충실한 현대의 형법에서 속인주의에 대한 정당성의 기초로서 어떤 내용을 담을 수 있을 것인가와 관련하여 우리 형법 제 3 조의 해석론과 입법론을 전개해 보고자 한다.

II. 적극적 속인주의와 형법 제 3 조의 해석론

1. 적극적 속인주의와 소극적 속인주의

주지하다시피 속인주의란 자국민의 범죄에 대해서 범죄지가 어디인지를 묻지 않고 자국형법을 적용하는 원칙으로서²⁾ 게르만법의 종족주의(Stammesprinzip)에서 유래한다.³⁾ 이에 반하여 보호주의의 한 내용으로서 자국 이외의 다른 법익, 특히 자국민의

2) 김종원(편집대표), 「주석형법총칙(상)」(사법행정학회), 55면.

3) 게르만법에 의하면 모든 게르만인은 어디에 거주하는가 에는 전혀 상관없이 그 종족의 법에 따라 생활해야 했다. “법은 뼈에 붙어 있다”(Jus ossibus inhaeret)고 하는 게르만어가 이러한 게르만법 원칙을 보여주고 있다. 이 원칙은 개개의 종족간의 사람의 이동이 조금밖에 행해지지 않았을 경우에만 유지될 수 있었던 것이 분명하다. 그런데 상황의 변화에 의해 비교적 많은 사람들이 한 영토에서 다른 영토로 이동하게 됨에 따라 이 원칙이 존속될 수 없게 되었다. 왜냐하면 이 원칙이 존속되려면 재판관에게 너무나도 많은 법지식이 요구되기 때문이었다. 시간이 경과함에 따라 재판관이 개별 종족들의 종족법을 모두 아는 것이 전혀 불가능하게 되었다. 이렇게 되어 중세중기에 북부 이탈리아 법학과의 학설 사이에서 국제형법의 여러 원칙이 변화되었다. 주로 후기 주석학과, 특히 바르톨루스(Bartolus)가 속지주의를 최초로 학문적으로 기초 지웠다. 북부 이탈리아의 정치상황이 이러한 발전을 필요로 하게 되었기 때문이었다. 많은 북부 이탈리아의 여러 도시국가, 예컨대 밀라노, 볼로냐 등지에서는 이와 같은 도시국가의 재판관이 사건, 특히 다른 국가의 범죄지법에 따라 피고인에 대해 유죄판결을 내리는 것이 인정되지 않았다. 대부분의 경우 재판관이 다른 도시국가의 모든 법률에 대해 알고 있는 것이 불가능하기 때문이었다. 그 외에도 그 영토에서 죄를 범하고 체포된 범인을 범죄지의 법적 관념 내지 도덕적 관념에 따라 유죄를 선고하는 것은 개개의 도시국가의 이익에 부합하는 것이었다. 유럽에서 속지주의는 근대 주권개념이 형성됨에 따라 한층 더 결정적인 자극을 받았다. 국가의 주권이라고 하는 이념은 국가의 내부문제 및 타국과의 관계를 그 국가의 의사와 생각에 따라 형성하는 것이 국가 자신이 가지고 있는 권리라고 하는 생각에 더 잡고 있다. 유럽에서 영토가 국가의 본질적 요소의 하나라고 하는 사상이 근대 초기에 완성되었고 영토에 대한 지배가 국가개념에 필수적인 것으로 됨에 따라 속지주의는 국제형법에 있

보호를 위해서 자국민에 대한 범죄인 이상, 범인이 외국인이고 더 나아가 범행지가 외국이더라도 자국형법을 적용하는 것을 일컬어 ‘소극적 속인주의’라고 한다.⁴⁾ 따라서 대한민국 국민의 국외범에 관하여 대한민국의 형법을 적용한다는 형법 제 3 조의 태도는 보호주의와는 다른 토대에서 인정되고 있는 국제형법의 한 원리인 적극적 속인주의를 선언하고 있는 것으로 이해해야 한다.

2. 절대적 적극적 속인주의와 제한적 적극적 속인주의

적극적 속인주의는 이 원칙을 국제형법의 내부에서 지배적인 원리로 무제한적으로 인정하는가(절대적 적극적 속인주의, 국적주의), 아니면 속지주의의 토대 위에서 보충적인 원리로 인정하는가(제한적 적극적 속인주의)에 따라 구별될 수 있고, 그 정당성의 기초도 다르게 설명될 수 있다.⁵⁾

첫 번째 의미의 적극적 속인주의는 형법이 내국인의 범죄에 대해 적용되는데, 그 내국인이 그 범죄를 국내에서 범하건 외국에서 범하건 상관없이 자국형법을 적용할 수 있다는 원칙을 말한다. 이러한 의미에서 이 주의는 어떤 국가라도 자신의 국민에 대해 그들이 어디에 체류하든지 상관없이 자국의 법질서의 명령과 금지를 준수할 것을 기대하고 요구할 수 있다는 사상에서 나온다. 여기에는 각 개인의 모국 형법에서의 구속 및 국민의 충성의무와 연계된 ‘국가주의적 사고방식’⁶⁾이 바탕에 깔려 있고 이것이 “국가와 국민과의 본래의 도의적 관계에 기초되어 있다”⁷⁾고 한다. 무제한적 적극적 속인주의는 권위주의적인 국가개념에 부합한다. 이 주의는 국외에서 자국민이 범한 범죄를 처벌하기 위해 자국법과 행위지법의 규범동일성 내지 쌍방가벌성⁸⁾을 무조건적으로 전제하지도 않는다.⁹⁾

어서 모든 경우에 관찰되지 않을 수 없었다. 그럼에도 속인주의는 유럽에서 언제나 속지주의와 함께 살아남았다. 속인주의라고 하는 게르만의 근본사상이 결코 완전히 사라지지 않았다는 점에서 게르만법은 유럽의 여러 국가의 법에 영향을 미쳐 왔다(이에 관한 상세한 설명은 Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1983, S. 47ff).

4) Troendle, LK, Vor §3 Rn. 6, 8.

5) Troendle, LK, Vor §3 Rn. 9.

6) 町野 朔, 「刑法總論講義案 <24893>」 第二版(1995), 104면.

7) 小野町, 「刑法總論」, 73면[町野 朔, 「刑法總論講義案 <24893>」 第二版(1995), 104면에서 재인용].

8) 이를 lex loci라고 한다. 이 원칙에 관해서는 Oehler, 앞의 책, S. 140f.

9) Troendle, LK, Vor §3 Rn. 10.

이에 반해 두 번째 의미의 적극적 속인주의는 국제연대성(국제협동)의 사상으로 부터 나온다. 자국 국민이 외국에서 범죄를 범한 때에는 그 범행을 범한 그 나라의 형법으로 처벌되는 것이 원칙이지만, 다만 자국 국민이 처벌되지 않고 자국으로 돌아온 때에는 국제법상 인정되고 있는 자국민불인도의 원칙에 의해 그를 외국에 인도하지 않고 자국법에 따라 처벌한다. 이 경우의 적극적 속인주의는 속지주의를 보충하고 내국인의 범죄로부터 외국의 법익의 보호도 보장하는 것을 내용으로 한다. 따라서 이 주의는 행위지가 무인도와 같이 아무런 형벌권이 존재하지 않는 경우가 아닌 한, 행위지법에 의해서도 그 행위가 가벌적이어야 한다고 하는 쌍방가벌성을 전제로 삼는다.¹⁰⁾ 서구의 대부분의 국가는 이와 같은 의미의 제한적 적극적 속인주의를 취하고 있다고 한다.¹¹⁾

3. 우리나라 형법 제 3 조의 속인주의에 대한 종래의 해석론

(1) 절대적 적극적 속인주의로 해석하는 견해

우리나라의 형법해석론상 제 3 조의 속인주의에 관해서는 위에서 언급한 절대적 속인주의적 의미로 해석하는 견해가 대세를 이루고 있다. 이러한 견해들은 “문제된 범죄행위가 대한민국 국민이 체재하는 외국에서도 범죄로 되는가 하는 점은 형법 제 3 조의 적용에 있어서 고려할 필요가 없다”¹²⁾고 하거나, “외국에서 그 행위가 범죄로 인정되지 않더라도 한국 형법에 의하여 범죄가 되는 이상 형법이 적용된다”¹³⁾고 하거나 “행위지법상 불가벌적 행위가 되거나 우리 형법보다 관대하게 규정된 경우에도 우리 형법이 적용된다”¹⁴⁾라고 하기 때문이다. 다시 말해 우리 형법 제 3 조의 해석론상 제한적 의미의 적극적 속인주의는 주장되고 있지도 않을 뿐 아니라 언급조차 없다.¹⁵⁾ 보다 적극적으로 이 규정은 “법률의 타당성이 시간·지역요소뿐만 아니라 사람,

10) Troendle, LK, Vor §3 Rn. 11. 제한적 적극적 속인주의의 전제조건으로서 쌍방가벌성만을 전제로 하지 않고, 범죄지의 형법보다 중한 형을 적용하지 않고, 외국에서 유죄판결을 받은 형이 집행된 경우에는 자국에서는 처벌되지 않는다는 국제적 일사부재리의 원칙까지 포함시키는 견해도 있다 (町野 朔, 앞의 책, 104면).

11) 町野 朔, 「刑法總論講義案 <24893>」 第二版(1995), 104면.

12) 신동운, 「형법총론」, 45면.

13) 박상기, 「형법총론」 제 6 판, 40면.

14) 정성근·박광민, 「형법총론」 개정판, 58면.

15) 소극적 속인주의를 외국에서 자국 또는 자국민의 법익을 해하는 자국민의 범죄에 대해서만 자

즉 국민과 관계를 맺을 수밖에 없는 점을 고려하면 큰 문제가 아니고,” “속인주의의 폐쇄성·비현실성에 대한 염려는 해당국가의 속지주의에 의해 우리 재판권이 먼저 행사될 가능성이 사실상 희박하므로 이론적 우려에 지나지 않는다”고 하면서 절대적 적극적 속인주의를 긍정적으로 평가하는 견해¹⁶⁾도 개진되고 있다. 이러한 해석태도들은 특히 우리 형법 제 3 조가 쌍방가벌성의 원칙을 명문의 규정으로 인정하고 있는 형법 제 7 조의 규정과 달리 “적극적 속인주의의 적용에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않고 있음”¹⁷⁾에서 그 배경을 찾을 수 있을 것 같다.

형법 제 3 조의 규정이 법이론상의 문제점을 가지고 있다고 보는 견해조차도 이 규정이 절대적 적극적 속인주의를 취하고 있는 것으로 본다는 점에서 앞의 견해와 다를 바 없다. 즉 이에 따르면 “법규는 시간과 장소를 떠나서 그 타당성을 발견할 수 없는 것인데도 불구하고 동조가 장소적 제한을 철폐하고 사람에 따라서 어떠한 종류의 행위든지 이를 형법에 의하여 벌한다고 하는 것은 입법론상 재고의 여지가 있다”¹⁸⁾고 하면서도 자국법은 물론이고 행위지법에 의하더라도 문제의 행위에 대한 가벌성이 인정되어야 한다는 점을 형법 제 3 조의 해석론상으로는 수용할 수 없음을 바탕에 깔고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 “우리 형법은 정언명령이 아니며 우리 국민에게 어느 곳에서나 복종과 존중을 강요하는 심정형법도 아니기 때문”에 “우리 형법의 태도가 국제화된 오늘날의 사회현실에서 형법의 임무와 법질서적 기능이 달성될 수 있을지 의문”이라고 하는 견해¹⁹⁾도 해석론상으로는 형법 제 3 조가 절대적 적극적 속인주의적 의미를 가지고 있는 것으로 이해하고 있다.

국형법을 적용하는 것으로 이해하는 입장(임웅, 「형법총론」 개정판, 57면: 정웅석, 「형법강의」 제 6 판, 32면)이 적극적 속인주의에 대한 제한적 의미로 소극적 속인주의라는 개념을 사용하는 듯하지만, 앞에서 설명하였듯이 소극적 속인주의란 자국의 영역 외에서 자국민에 대하여 죄를 범한 외국인에 대해 자국의 형법을 적용한다는 원칙으로서 외국인이 자국의 국가적 법익을 침해하였으면 이 외국인은 범익침해를 당한 국가의 형법권 행사범위 내로 들어오는 것으로 보는 국가보호주의와 함께 보호주의의 한 내용을 이루는 것이다. 우리나라 형법 제 5 조가 부분적으로 국가보호주의를 취하고 있고, 형법 제 6 조가 개인보호주의(소극적 속인주의)를 취하고 있는 것으로 볼 수 있다.

16) 배종대, 「형법총론」 제 7 판, 106면.

17) 김성규, “형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 내용과 한계,” 「형사법연구」 제18호, 199면.

18) 유기천, 「전정 형법학(총론강의)」, 33-34면.

19) 김일수, 「새로 쓴 형법총론」, 63면.

(2) 형법 제 3 조의 입법의도 및 연혁적 고찰

1954년에 제정된 우리 형법 제 3 조에 관한 입법자료를 보면 이 규정을 통해 절대적 적극적 속인주의를 도입하려고 했던 입법자의 의도가 분명하게 드러난다. 다시 말해 우리 형법 제 3 조의 규정은 문제되는 행위가 행위지법에 의할 때 범죄가 되는지를 전혀 문제 삼지 않고 우리 형법을 적용할 것을 염두에 두고 만들어진 것이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 당시 우리 형법의 입법자가 ‘특히’²¹⁾ 참고하였다고 하는 외국의 입법례 가운데 당시의 독일 형법도 우리나라의 현행형법의 태도와 유사한 적극적 속인주의의 입장을 취하고 있었다. 독일 형법은 1871년 이래 국제형법의 원리로서 속지주의를 채택하여 왔으나, 이른바 나찌형법을 탄생케 한 1940년 5 월 5 일의 명령에 의해 1871년 이래 유지되어 오던 속지주의를 대신하여 적극적 속인주의로 선회하였기 때문이었다. 구 독일 형법 제 3 조 제 2 항과 관련하여 1940년 당시의 입법자에게 떠오른 사상은 충성의무였다고 한다. 이 충성의무는 모든 독일인에게 모국의 법과 도덕질서를 그들이 전 세계 어디에 있든지 준수하도록 요구한다는 점을 전제하고 있었다.²²⁾ 그러한 의무는 독일인이 제국의 경계선을 넘는 경우에도 마땅히 계속 준수하도

20) 제15회 국회정기회의속기록(제56호 국회사무처), 법제사법위원장대리 엄상섭 의원 발언부분: “제 3 조는 본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에 적용한다’, 이것은 사람에게 대한, 즉 속인주의라는 이 원칙이 미처가는 데 우리 대한민국 국민인 이상에는 비록 대한민국 영역 외에서 한발이라도 버서 나가는 경우가 있더라도 우리의 형법의 적용을 받는다 이러한 것입니다. 그래서 이 다음에 나오는 제 4 조 이러한 경우 혹은 대한민국 국민이 빠지지 않았나 그러한 말이 나올는지 몰라도 제 3 조에서 벌써 대한민국 국민은 우리의 영토를 버서나드라도 이 형법의 적용을 면치 못한다 이것이 제 3 조에 규정이 되어 있는 것입니다. 부의장(윤치영), 여기에 이의 없어요, ‘없으’하는 이 있음”(원문).

21) 당시 우리 형법제정에는 “세계 각국의 현행법, 형법개정초안, 특히 독일 형법 및 독일 1930년 형법초안을 많이 참고로 하였고, 제정 역사가 새롭고 국정이 우리나라와 유사한 중국형법을 참작하였다”고 한다(형법초안이유설명서, 4면). 그러나 당시 일본 형법은 제 3 조에서 “본법은 제국 외에서 왼쪽에 기재한 죄를 범한 제국 신민에게 이를 적용한다”라고 하여 제 1 호부터 제16호까지 자국민이 외국에서 범한 죄 가운데 일본 형법을 적용할 수 있는 죄를 구체적으로 열거하는 입법형식을 취하고 있었다(法律評論社 編, 『法律年鑑』 第十卷(刑法部門, 1934), 6<23927> 7 면). 즉 자국형법에 규정된 모든 죄에 대하여 내국인의 국외범을 처벌하지 않고, 일정한 범죄에 한하여 내국인의 국외범을 처벌하고 있었기 때문에 당시 독일 구 형법의 태도와도 다른 특징을 가지고 있었다. 이러한 입법태도는 각호에 열거된 범죄의 부분적 개정을 제외하고는 변함 없이 유지되어 현행 일본 형법도 제 3 조에서 속인주의의 원칙에 기초하여 일본 국민이 일본 국외에서 범한 범죄를 처벌하되, 그 처벌범위를 동조 제 1 호부터 제16호까지 열거된 죄에 한정시키고 있다(이에 관해서는 후술).

22) Vgl. Jescheck, Internationales Recht und Diplomatie, 1956, S. 78ff. 여기서 예색은 속인주의의 도입

록 요구되었다. 그래서 예컨대 쉐케(Schoenke)와 같은 이는 주석서 제 1 판(1942년)에서 “독일인은 그가 어디에 있든지 그의 민족공동체에 충성하고 민족공동체의 요구(명령)를 존중할 의무를 진다”²³⁾고 하고 있으며 라이프찌거 코멘타르(Leipziger Kommentar)에서도 ‘충성사상’의 영향(발로)에 관해 언급하고 있다.²⁴⁾

이러한 입법태도에 영향을 준 것은 1866년 프랑스의 Code d’instruction Criminelle (치죄법전) 제 5 조의 개정내용이었다. 프랑스는 당시 범죄에 대한 적극적 속인주의를 외국에 있어도 모국에 대해 시민들이 충성의무를 다하여야 한다는 민족주의적 사상 위에 구축하고 그 원칙을 쌍방가벌성원칙과 완전히 분리함으로써 타국에 대해 매우 비호의적인 태도를 보이는 이론적 실제적 변화를 가져왔다고 한다.²⁵⁾

그러나 오늘날 모국의 형법적 명령과 금지에 절대적으로 따라야 할 일반적인 의무가 국민의 충성의무로부터 도출된다고 말하기는 어렵다. 다시 말해 형법적 명령과 금지가 국민의 충성의무에서 출발하는 것이라고 말할 수는 없다. 이 점은 국가의 존립을 보호하는 형법상의 구성요건들이 국가이성을 근거로 하더라도 내국인에 대해서뿐만 아니라 외국인에 대해서도 동일하게 적용되고 있는 점에서 알 수 있다. 국가의 존립을 보호하는 형법상의 구성요건들이 특별히 국민의 충성의무를 전제로 하지 않는 것이라면, 개인적인 법익 혹은 간접적으로만 국가적 법익이 문제되는 그러한 구성요건들의 경우에는 더더욱 그 규정을 준수해야 할 의무가 충성의무에서 나오는 것이 아니라고 해야 한다. 국가가 자국 국민을 제한적이나마 보호한다는 사실로부터 자국의 형법에 대한 국민의 일반적인 충성의무가 나오는 것도 아니라고 해야 한다.²⁶⁾

으로 순수 국가사회주의적 목표가 설정된 것을 비판하고 있다.

23) Schoenke, StGB, §3 Anm. <24893>(Schroeder, Grundlagen und Grenzen des Personalitaets\ prinzipis im internationalen Strafrecht, JZ 1968, S. 241에서 재인용).

24) Schoenks, StGB, §3 Anm. 3, 6. Aufl., 1944(Schroeder, Grundlagen und Grenzen des Personalitaetsprinzipis im internationalen Strafrecht, JZ 1968, S. 241에서 재인용).

25) Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., S. 139. 그러나 뒤에서 살펴보겠지만 현행 프랑스 형법은 경죄에 대해서만 행위지법에 따라서도 그 행위의 가벌성이 인정되어야 한다는 요건의 충족을 인정하고 중죄에 대해서는 이를 인정하지 않는다. 독일에서도 1940년에 도입된 무제한적 적극적 속인주의는 오늘날 제 7 조 제 2 항 제 1 호로 바뀌어서 적극적 속인주의가 적용되기 위해서는 쌍방가벌성이 전제되어야 한다.

26) Oehler, 앞의 책, S. 139.

4. 제한적 적극적 속인주의적 의미로 해석할 가능성

우리나라 입법자의 의도나 학설상 지배적인 견해는 우리 형법 제 3 조를 절대적 적극적 속인주의의 의미로 이해하고 있다. 하지만 적극적 속인주의의 근거를 국가와 국민간의 충성관계로 기초지우지 않는다면, 우리 형법 제 3 조도 이에 맞추어 제한적 적극적 속인주의의 의미로 이해할 수 가능성이 열리게 된다. 이러한 가능성은 가장 직접적으로 형법 제 3 조의 ‘죄를 범한’이라는 문언을 행위지법에 의할 때 ‘가벌성이 인정되지 않더라도’ 이 규정의 ‘죄’를 범한 것으로 해석하는 것이 논리필연적인 태도인가 하는 물음에서 그 단초를 찾을 수 있다.

(1) 적극적 속인주의를 원칙으로 삼는 입장

이 물음에 대해서 반론의 여지없이 ‘그렇다’라고 대답할 수 있으려면 속인주의를 속지주의에 앞선 대원칙으로 인정하는 체계를 가지거나 적어도 속지주의와 대등한 국제 형법의 원리로 체계화하고 있어야 한다. 속인주의가 속지주의에 보충적으로만 인정되는 전제하에서는 행위지법에 따르면 처벌되지 않은 내국인의 행위를 국내법에 따라 처벌하기가 어렵게 된다. 왜냐하면 행위자는 행위지국가의 형법에 의해 처벌되지 않을 뿐 아니라 그 행위자의 내국법의 속지주의도 적용될 수 없는 상태가 되기 때문이다. 이러한 경우에 내국인을 국내법에 따라 처벌하려면 속인주의의 내용을 행위지법의 태도와 무관하게 처벌할 수 있도록 구성하지 않으면 안 된다. 실제로 우리나라에서도 국제 형법의 원칙들 가운데 속인주의를 속지주의에 대해서 예외적 내지 보충적인 것으로 보지 않고 원칙적인 것으로 파악한다.²⁷⁾

이에 따르면 행위자의 행위가 행위지법에 의하여 범죄가 되지 않는 경우에도 언제나 대한민국의 형법이 적용되어야 한다는 결론을 내리는 것이 당연시된다.

(2) 적극적 속인주의를 속지주의에 대한 보충원칙으로 인정하려는 입장

그러나 대부분의 우리나라 형법학자들은 속지주의를 원칙으로 하고, 속인주의와 보호주의를 속지주의의 보충원리로 인정하고 있다.²⁸⁾ 이 입장에 의하면 문제의 행위

27) 이 견해는 내국인의 국외범에 대해 한국 형법이 적용되는 것은 예외적이 아니라 원칙적이기 때문에 현행형법은 형법의 인적·장소적 적용범위에 관하여 속지주의와 속인주의를 기본원칙으로 채택하고 보충적으로 보호주의를 채택하고 있는 것이라고 한다(김종원 등, 「주석형법총칙(상)」, 57면).

에 대해 행위지법상 가벌성이 인정되지 않는 경우²⁹⁾에도 속인주의원칙에 의해 대한민국의 형법이 적용될 수 있는가라는 물음에 대해 ‘그렇다’라고 대답하는 것이 논리 필연적이지 아니다. 그러한 경우 상대국인 행위지법의 태도 여하를 불문하고 대한민국 형법을 적용하는가 아니면 상대국을 존중해서 대한민국의 형법을 적용하지 않는가 하는 것은 법정책의 문제이다. 만약에 쌍방가벌성을 전제로 하는 법정책을 취한다면 행위지법에 따를 때 가벌성이 인정되는 행위에 대해서만 우리 형법 제 3 조의 ‘죄를 범한’이라는 요건이 충족된다고 해석하는 것이 반드시 불가능한 것도 아니다.

그러나 현실적으로 이러한 해석은 형법 제 6 조의 관계에서 볼 때 어려운 것 같다. 왜냐하면 형법 제 6 조는 대한민국과 대한민국 국민에 대한 외국인의 국외범의 처벌을 위해서 명시적으로 쌍방가벌성을 규정하고 있는데, 형법 제 3 조에서는 그러한 의미의 쌍방가벌성을 명문화하고 있지 않고 있기 때문이다.³⁰⁾

(3) 소 결

적극적 속인주의에 대해 보충적 성격을 인정하지 않고 국제 형법의 원칙으로 인정 하였던 구 독일 형법 제 3 조에서도 사실상 적극적 속인주의는 두 가지 점에서 제한 적인 의미를 가지고 있었다. 먼저 구 독일 형법 제 3 조는 행위지에서 문제의 행위가 범죄가 되지 않을 경우에도 그 이유가 ‘행위지의 특별한 사정 때문’이라면 독일 형법 을 적용하지 않는다고 한다(이 한도 내에서 쌍방가벌성원칙 인정). 다음으로 문제의 행위를 범죄로 하지 않는 이유를 살펴서 ‘행위지의 특별한 사정이 없는 한’ 원칙적으로 독일 형법이 적용되지만(쌍방가벌성 부정), 여기서 다시 한 번 독일 형법의 적용 이 제한될 가능성을 해석론상 열어두고 있었다. 즉 행위지에서는 범죄로 하지 않는 행위라 할지라도 보호할 가치 있는 근본적인 가치 내지 도덕원칙을 침해한 경우에는

28) 대표적으로 이재상, 「형법총론」, 43면.

29) 문제의 행위가 행위지법에 의하더라도 가벌성이 인정되는 행위라면, 그 행위는 상대국의 속인주 의에 의해서도 처벌될 수 있고, 자국의 형법의 속인주의가 적용되어 처벌될 수 있다. 이러한 경우 외국에서 처벌되는 경우 이중처벌의 가능성이 생긴다. 형법 제 7 조도 이러한 경우를 상정하여 “범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면 제할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 이러한 경우에도 법정책상 국제법상의 일사부재리의 원칙 을 취하는 국가도 있다.

30) 형법 제 3 조를 무제한의 적극적 속인주의라고 해석해야 하는 근거로서 형법 제 7 조를 들고 있는 견해(김성규, 앞의 논문, 199면)가 있으나, 형법 제 7 조에서 행위자가 외국에서 처벌받은 것 을 전제로 하고 있다는 것은 행위지인 외국에서도 가벌성이 인정되는 경우를 말하는 것이기 때문 에 이 규정을 가지고 형법 제 3 조의 해석론에 결정적인 의미를 부여할 것은 아니라고 생각된다.

독일 형법의 적용을 받을 수 있도록 하였던 것이다. 다시 말해 ‘세계에서 지금까지 유일하게 규범화되었던 절대적 적극적 속인주의’(das einzig in der Welt bisher normierte absolute active Personalitätsprinzip)³¹⁾라고 비판받았던 구 독일 형법 제 3 조 제 2 항에서도 적극적 속인주의를 어느 정도 제한할 수 있는 여지가 있었다. 반면에 오늘날 우리 형법 제 3 조을 절대적 적극적 속인주의에 입각해서 해석하는 것이 일반적이다. 이러한 태도 때문에 이제 21세기의 우리 형법이 세계에서 유례가 없는 적극적 속인주의를 표방하고 있는 형법이라는 비난을 고스란히 떠안게 된다.³²⁾ 여기에서 우리는 적극적 속인주의의 정당화 근거가 무엇인지 대해 다시 검토해 보아야 한다.

III. 적극적 속인주의의 정당화 근거와 입법론

1. 국제 형법에서 적극적 속인주의의 정당화 근거

국제 형법을 국제법 원리의 제한을 받는 국내법이라고 할 때, 이른바 국제 형법에 관한 규율과 결합될 수 있는 일련의 원리들이 있다. 그러한 원리들이 정향하는 바는 여러 가지이다. 국가 간의 질서의 수호와 유지, 자국의 국민으로 하여금 국내의 법질서에 대해 어디에서건 구속되게 하려 함, 국내 법익의 보호, 범죄투쟁에 있어서의 국제연대, 국경에 좌우되지 않는 빈틈없는 국가형벌권의 행사, 개별 사례에서 최대한의 정의실현 등등을 지향하고 있다. 근대법에서 형성되어 국제법상 승인되고 있는 국제 형법의 원리들은 이러한 목적 실현에 이바지하기 위해 만들어졌다.³³⁾

윌러(Oehler)는 국제 형법에 관한 그의 방대한 저작에서 국제 형법은 두 가지 기본 사상에 토대를 두고 있는데 이로부터 형법적용법의 성격도 나온다고 하면서 그 두 가지를 국가의 자기보호라는 토대와 국가들의 연대성이라는 토대로 보고 있다. 국가의 자기보호라는 토대에 기초하고 있는 원리는 속지주의, 보호주의, 소극적 속인주의

31) Oehler, Zur Rueckwirkung des Begriffs des Deutschen im geltenden deutschen internationalen Strafrecht, in: FS fuer Paul Bockelmann zum 70. Geb., 1979, S. 772.

32) 이러한 형법 제 3 조의 태도를 ‘국가주의적 사고방식’(김성규, 앞의 논문, 199면)이라고 말할 수 있다면 “모든 독재적인 정치요소를 배격하고 국민의 기본권을 옹호하여 자유와 평화의 완전 실현을 지향하는 세계적 추세에 적응케 하였다”(형법초안이유설명서, 4면)는 우리 입법자들의 자량이 적어도 형법 제 3 조에는 녹아 있지 않은 것 같다.

33) LK, Vor §3 Rn. 3.

등이고, 적극적 속인주의는 주권원리, 대리처벌주의 등과 함께 국가들의 연대성이라는 토대 위에 있는 국제 형법의 원리라고 한다.³⁴⁾ 쉬뢰더(Schroeder)도 국제 형법의 원리들은 결국 보호주의와 국제적 연대성의 원리로 환원될 수 있다고 설명한다. 그는 적극적 속인주의가 연대성의 원리와 보호주의의 원리 양자 모두에 초점을 맞출 수 있다는 견해를 취한다. 이에 따라 적극적 속인주의는 범죄투쟁에 있어서 모든 국가의 국민들의 국제 연대성(internationaler Solidaritaet)을 위하여 국내 형법 및 국가가 일정한 사례들의 경우 국외범과 외국인의 범죄에 대해 책임의식을 가진다는 사상에 기초되어 있다고 한다.³⁵⁾ 스트라텐베르트(Stratenwerth)도 적극적 속인주의의 근거는 자국민을 외국에 인도하지 않고 외국에 대신하여 그를 처벌하는 것이라고 하는 원칙에서 구해야 한다고 한다.³⁶⁾

이와 같이 적극적 속인주의를 이해함에 있어서 오늘날 충성의무위반 사상이나 국가권위주의적 사상은 더 이상 적극적 속인주의를 유지하기 위한 초석이 될 수 없다는 확신이 관철된 지 오래이다.³⁷⁾ 오늘날 형법에서 법익보호사상이 형성되고 인정되는 것이 커지면 커질수록 충성의무를 전제로 한 적극적 속인주의의 지지기반은 더욱 더 약화되고 있다.

앞에서 살펴보았듯이 그렇게 비판을 받았던 독일 구 형법 제 3 조 제 2 항조차도 행위지법의 태도에 대한 존중을 바탕에 깔고 있었기 때문에 원칙적으로 행위지에서 불가벌인 행위에 대해서는 독일 형법을 적용하지 않을 수 있는 여지가 여전히 남아 있었다.³⁸⁾

2. 형법 제 3 조의 적극적 속인주의를 해석론상 제한할 수 있는 최후의 방안

특히 적극적 속인주의를 속지주의에 앞선 원칙으로 삼고 있었던 1940년대 이후에도 독일 구 형법 제 3 조 제 2 항의 적용과 관련하여 보호주의의 맥락에서 독일 형

34) Oehler, 앞의 책, S. 130ff.

35) Schroeder, 앞의 논문, S. 241f.

36) Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT, Bd. 1, 1982, S. 91.

37) 芝原邦彌, “刑法の場所的適用範圍,” 『團圓重光博士 古稀祝賀論文集』 第四卷(1985), 353면.

38) 물론 그 행위가 행위지에서 불가벌인 이유가 “지적할 만한 행위지의 특수한 사정이 개입됨이 없이, 예컨대 단지 처벌할 필요가 없어서 처벌되지 않는 행위임에 그친 경우”에는 독일 형법의 가치 표상에 따라 그 행위에 대한 재평가를 거친 후에 독일 형법의 적용 여부를 다시 결정할 수 있다. 이에 관해서는 앞에서 언급하였다.

법의 적용을 무제한 인정하지 않고 이를 일정하게 제한할 수 있도록 운용하려는 시도도 꾸준히 있었다.³⁹⁾ 그에 따르면 독일 구 형법 제 3 조에서는 독일 형법에 의해 보호할 가치가 있는 것으로 인정된 이익을 유지하는 것이 관건이 된다고 한다. 이러한 방향에서 특히 속인주의에 대해 정당성을 부여하기 위해 독일 형법이 “문명화된 법치국가에서의 공통의 법가치로 나타나고 있는” 법익들을 보호하려고 한다는 설명이 이루어졌다. 그러한 목적을 추구하는 형법규정들의 근본사상은 독일과 독일 형법이 독일 국적을 가진 국민이 범한 범죄들에 대해 책임의식을 가지는 것이라는 설명도 함께 이루어졌다. 즉 독일 구 형법 제 3 조에는 독일 국민과 독일 국가 사이의 충성이라는 내적 관계가 기초되어 있는 것이 아니라, 인간의 근본가치가 자신의 자국민에 의해 위태롭게 되는 한 세계의 어디에서나 그 근본가치를 보호해야 한다는 의무가 기초되어 있다는 식으로 이해되었던 것이다.

적극적 속인주의를 이렇게 이해한다면, 가장 문제되는 경우, 즉 행위지법에 따를 때 가벌성이 인정되지 않는 행위를 한 행위자에 대해 자국법에 의거하여 행위자를 처벌할 수 있을 것인가를 판단할 때, 종래의 우리 형법 제 3 조에 대한 대법원의 태도와 같이 무조건적으로 모국의 형법적용을 긍정할 것이 아니라 자국의 평가규범의 차원에서 보아 ‘처벌할 가치가 있는가’(당벌적인가) 하는 점에 관하여 다시 한 번 스크린할 수 있는 여지를 줄 수가 있다.⁴⁰⁾ 따라서 이러한 여지를 인정하는 한, 적극적 속인주의는 한 나라의 국적을 가진 국민이 외국에 나가서 그 나라의 대세의 흐름(로마에서는 로마법에 따를 것!)에 편승할 것이 아니라 자국의 법질서와 도덕질서에 대한 의무감을 가지도록 요구할 수도 있다. 물론 그렇다고 이러한 국내법 준수에의 요구를 모국에 대한 충성의무를 전제로 하고 그에 대한 단순한 불복종에 대해 형벌이 부과되는 것이라는 의미를 이해해선 안 된다. 오히려 국내법 준수요구로부터는 전 세계에 있는 자국 국적을 가진 국민의 행위에 대해 자국이 책임을 인정하고, 따라서 외국에서 행해진 법익침해에 대해 자국이 그 국민의 처벌을 떠맡은 것이라는 논리를 이끌어낼 수도 있는 것이다.⁴¹⁾

적극적 속인주의의 의미를 이렇게 이해하면 최소한 자국민이 다른 가치 척도 때문

39) Schroeder, 앞의 논문, S. 242.

40) 속인주의는 모든 범죄에 확장되지 않고, 실제로 속인주의는 “예컨대 신체와 생명·도덕과 인간의 자유를 보호하는 것과 같은 형벌규정”에 제한적으로 적용된다고 한다(宮澤浩一(譯), “各國國際刑法における屬人主義と屬地主義”(刑事法學の諸問題), 『刑事法論集』 第五卷(1978), 9 면).

41) Schroeder, 앞의 논문, S. 242.

에 일정한 행위가 범죄가 되지 않는 외국에 가서 행위함으로써 자국형법의 금지를 피해가는 일을 막을 수는 있다. 이렇게 되면 적극적 속인주의는 행위자를 통해서 국내의 가치질서와 결부되는 보호할 가치 있는 이익이 행위자가 자신의 범죄의 무대를 외국으로 옮김으로써 위태롭게 되지 않도록 보장해 주는 측면도 있다. 그러나 이러한 식으로 적극적 속인주의를 운용하는 경우에도 ‘근본가치 내지 보호할 가치 있는 이익’이라는 개념이 매우 제한적으로 해석되어야 하며, 또 외국의 행위지법 그 자체에 의해 인정되지 않고 있는 기본적인 법가치와 도덕가치의 위반이 속인주의의 토대 위에서 보호되어야 한다는 법적 확신이 전제되어야 한다. 문제는 어떤 행위가 마땅히 처벌할 범주 속에 들어오는가, 어떤 법익이 어디를 가든지 준수해야 할 법질서 내지 도덕률 속에 들어가는가 하는 점에 있다. 적극적 속인주의가 원칙으로 자리 잡고 있었던 독일 형법하에서 항상 언급되었고 독일 제국법원에 의해서도 판결된 낙태사태가 의심할 여지없이 법익보호사상으로 설명될 수 있는지에 대해서는 단언하기 어렵다. 뿐만 아니라 외국에서 행해진 동성연애행위에 대한 처벌이 독일인의 당시 법확신에 의하면 건드릴 수 없는 근본가치, 즉 외국의 행위지법이 부정적 평가를 하고 있지 않은 경우에도 우리가 보호해야 하는 근본가치를 보호하기 위한 것이라는 생각에도 선뜻 동의하기가 어렵다.

3. 대상판례 사건의 적용과 입법화 방향

(1) 쌍방가벌성의 원칙의 인정

이러한 관점에서 볼 때 우리의 대상판례와 같이 도박행위가 행위지법상 마땅히 처벌해야 할 행위로 인정되고 있지 않음에도 불구하고 한국 형법을 적용하여 처벌해야 할 이유가 무엇인지 판시내용에서 적극적으로 제시되고 있지도 않다. 행위지법이 도박을 허용하고 있는데도 행위자를 도박죄로 처벌함으로써 유지되어야 할 근본적인 가치 내지 이익이 존재하는지에 대한 본격적인 논의가 제시되었으면 하는 아쉬움이 있다.⁴²⁾

이러한 복잡하고도 어려운 논의를 피해가면서도 보다 근본적인 해결방안을 모색하기 위해서는 외국의 법익들과의 연대성을 근거로 해서 결국 자국의 형법적 비난이

42) 그러나 [대상판결 2]의 경우에는 행위지(치외법권지역)에서 재판권을 주장하고 있지 않은 상황에서 적극적 속인주의에 따른 한국 형법의 적용은 적극적 속인주의의 본래적 적용사태에 해당하는 것이다.

질적으로나 양적으로 행위지법이 행하는 평가 위에서 인정되어야 한다는 요구를 따르지 않을 수 없다. 그렇게 되려면 행위지법의 가벌성요건과 일치되는 경우에 한하여 자국의 형법을 적용하여야 한다는 원칙론으로 돌아가지 않으면 안 될 것이다. 다시 말해 국가들 간의 연대성을 가지고 적극적 속인주의를 근거지우는 전향적인 자세로 나아간다면 적극적 속인주의를 논리필연적으로 행위지법과의 규범동일성 내지 행위지법에 따르더라도 가벌성이 인정되어야 한다는 원칙(*lex loci*)과 결부시키지 않을 수 없다. 적극적 속인주의의 입법태도를 취하고 있으면서도 어떤 형태로든지 무제한적 적극적 속인주의를 취하지 않고 쌍방가벌성 내지 열거주의를 채택하고 있는 국가들의 입법례를 보면 다음과 같다.

(2) 쌍방가벌성 내지 열거주의를 전제로 한 외국의 입법례

(가) 독일 형법

앞에서 설명하였듯이 독일은 1940년 이래 적극적 속인주의를 ‘원칙’으로 삼아왔지만, 1975년 신형법 이후 현행형법은 속지주의원칙으로 회귀하였다. 현행 독일 형법은 제 3 조에서 속지주의를 원칙으로 선언하고, 제 4 조에서 기국주의를 정하고 있고, 제 5 조는 내국의 법익에 대한 국외범으로서 행위지에서의 가벌성의 유무를 묻지 않고 자국형법의 적용이 필요한 범죄유형을 열거하고 있으며⁴³⁾ 제 6 조에서 세계주의를 규정하고 있다. 마지막으로 제 7 조에서 제 1 항은 소극적 속인주의를 규정하고 있고, 제 2 항 제 1 호에는 적극적 속인주의를 규정하고 있으며, 제 2 호에는 외국인의 국외범을 처벌하기 위해 대리처벌주의에 기초한 규정을 두고 있다. 특히 제 7 조에서 소극적 속인주의와 적극적 속인주의의 규정에서는 쌍방가벌성의 원칙을 인정하고 있지만,⁴⁴⁾ 범죄의 종류를 한정하지 않고 널리 자국형법의 적용을 인정하고 있다.

43) 여기에는 국가보호범죄가 대부분이지만, 성적 자유에 대한 죄와 낙태죄 등도 포함되어 있다.

44) 참고로 독일 구 형법 제 3 조는 다음과 같다.

① 제 1 항: 독일 형법은 독일 국적을 가진 자에 대해 그가 그 행위를 내국에서 행하였는지 외국에서 행하였는지 상관없이 적용된다.

② 제 2 항: 행위지법에 의해 형벌이 부과되어 있지 않은 외국에서 행해진 행위에 대해서는 그 행위가 행위지에서의 특별한 사정 때문에 당벌적(처벌할 가치가 있는) 불법이 아닌 경우에는 적용되지 않는다(이 규정 제 1 항에서는 쌍방가벌성의 원칙이 인정되지 않았지만, 제 2 항에서 쌍방가벌성이 예외적으로 인정되는 것으로 이해되었다).

독일 형법 제 7 조(기타의 경우에 있어서 국외의 범죄에 대한 효력) 독일 형법은 외국에서 독일인에 대해 행해진 범죄에 대해 그 범죄가 행위지에서 형벌이 부과되어 있거나 행위지에 형벌권이 존재하지 않는 경우에 적용된다.

② 외국에서 행해진 다른 범죄에 대한 독일 형법의 적용은 그 범죄가 행위지에서 형벌이 부과되어 있거나 그 행위지에 형벌권이 존재하지 않는 경우 다음의 각호의 경우에 인정된다.

1. 행위자가 범행시 독일인이었거나 범행 후 독일인이 된 경우
2. 행위자가 범행시 외국인이었고 국내에서 체포되었고 범죄인 인도법이 범행 후 그의 인도를 허용하고는 있지만 인도시도가 없었거나 거부 혹은 인도가 이루어질 수 없기 때문에 인도되지 않은 경우

(나) 오스트리아 형법

오스트리아의 형법은 기본적인 골격이 독일 현행형법의 태도와 동일하다. 하지만, 소극적 속인주의에 관한 일반규정이 존재하지 않고, 적극적 속인주의 및 대리처벌주의에 기초한 규정의 경우에도 국제적 일사부재리의 원칙 및 행위지법에 의한 형의 고려 등을 인정하고 있어 그 보충적 성격을 철저히 하고 있는 등 몇 가지 점에서 독일 형법과 다르다. 적극적 속인주의에 관한 규정(형법 제65조 제 1 항 제 1 호)에서도 행위지법에 의한 가벌성을 전제로 하여 자국 국민에 의한 국외범에 대하여 범죄의 종류를 제한하지 않고 자국의 형법을 적용하고 있는 점에서는 독일 형법과 동일하다.

(다) 스위스 형법

스위스 형법의 적극적 속인주의에 관한 규정(제 6 조)에서는 자국민에 의한 중죄 및 경죄의 국외범에 대한 자국형법의 적용을 인정하고 있는데, 여기에는 특히 그 보충적 성격이 관철되고 있다. 자국 국민에 의한 국외범을 자국에서 처벌하는 것은 스위스인이 외국에서 범죄를 범하여 스위스로 도망하여 외국에 인도되지 않을 경우, 그 자체로 처벌을 면하는 것은 적당하지 않고 그 대신에 자국의 형법을 적용하여 처벌할 필요가 있다는 것이 그 이유이다. 따라서 스위스 형법 제 6 조에 의해 처벌되는 범죄는 행위지법에 의해 가벌성이 인정되는 경우 이외에도 거기에 덧붙여 스위스법에 의해 범죄인인도가 가능한 경우로 제한된다. 다시 말해 이 규정에 의해 처벌되는

자국민의 국외범은 인도가 가능한 성질의 범죄에 제한되어 자국의 형법의 적용이 그 대체가 되는 것이라는 사고가 배경에 깔려 있다.

(라) 프랑스 형법

프랑스 형법은 적극적 속인주의의 적용범위가 중죄의 경우와 경죄의 경우 각각 다르게 규정되어 있다는 특징이 있다. 즉 중죄에 대해서는 쌍방가벌성이 전제되어 있지 않은 무제한의 적극적 속인주의가 관철되고 있으나 경죄에 대해서는 쌍방가벌성이 전제되어 있다.

프랑스 형법 제113조(적극적 속인주의) ① 프랑스 국민이 프랑스의 영토 외에서 행한 중죄에 대하여는 프랑스 형벌법규를 적용한다.

② 프랑스 국민이 프랑스 영토 외에서 행한 경죄에 대하여는 범죄지 법령에 의하여 처벌되는 경우에 한하여 프랑스 형벌법규를 적용한다.

③ 행위자가 범행 후 프랑스 국적을 취득한 경우에도 본조를 적용한다.

(마) 일본 형법

일본 형법은 형법의 장소적 범위에 관하여 제 1 조 국내범(속지주의, 기국주의), 제 2 조 모든 자의 국외범(국가보호주의), 제 3 조 일본인의 국외범(적극적 속인주의), 제 4 조 공무원의 국외범(국가보호주의 내지 적극적 속인주의)의 순서로 규정하고 있다. 유럽의 다른 국가의 법제와 비교할 때 두드러진 특징은 국외범에 대해 일본 형법이 적용되는 범죄종류를 개별적으로 규정하는 이른바 열거주의를 취하고 있다는 점이다.⁴⁵⁾ 그리고 이들 범죄는 비교적 중한 범죄에 한정되어 있기 때문에 비록 적극적 속인주의 규정에 쌍방가벌성의 원칙을 요구하고 있지는 않지만, 일본 형법의 적용범위가 어느 정도 제한되고 있는 점에서 쌍방가벌성의 원칙도 없고 범죄종류도 열거되어 있지 않은 우리나라 형법 제 3 조의 태도와는 상당부분 차이를 보이고 있다.

일본 형법 제 3 조(국민의 국외범) 이 법률은 일본국 외에서 다음에 정한 죄를 범한 일본 국민에게 적용한다.

45) 그 외에 소극적 속인주의 규정이나 분명한 방식의 세계주의에 관한 명백한 규정도 존재하지 않는다.

1. 제108조(현주건조물방화) 및 제109조 제 1 항(비현주건조물 등 방화)의 죄, 이들의 규정의 예에 의하여 처단하여야 할 죄 및 이들 죄의 미수죄
 2. 제119조(현주건조물등침해)의 죄
 3. 제159조 내지 제161조(사문서위조등, 허위진단서등작성, 위조사문서등행사) 및 전조 제 5 호에 규정하는 전자적 기록 이외의 전자적 기록에 관한 제161조의 2 의 죄
 4. 제167조(사인위조및부정사용등)의 죄 및 동조 제 2 항의 죄의 미수죄
 5. 제176조 내지 제179조(강제추행, 강간, 준강제추행 및 준강간, 미수죄), 제181조(강제추행등치사상) 및 제184조(중혼)의 죄
 6. 제199조(살인)의 죄 및 그 미수죄
 7. 제204조(상해) 및 제205조(상해치사)의 죄
 8. 제214조 내지 제216조(업무상 낙태 및 동치사상, 부동의낙태, 부동의낙태치사상)의 죄
 9. 제218조(보호책임자유기 등)의 죄 및 동조의 죄에 관한 제219조(유기등치사상)의 죄
 10. 제220조(체포 및 감금) 및 제221조(체포등치사상)의 죄
 11. 제224조 내지 제228조(미성년자악탈 및 유괴, 영리목적등악탈 및 유괴, 몸값 목적악탈등, 국외이송목적악탈등, 피악탈자수수등, 미수죄)의 죄
 12. 제230조(명예훼손)의 죄
 13. 제235조 내지 제236조(절도, 부동산침탈, 강도), 제238조 내지 제241조(사후강도, 혼취강도, 강도치사상, 강도강간 및 동치사) 및 제243조(미수죄)의 죄
 14. 제246조 내지 제250조(사기, 전자계산기사용사기, 배임, 준사기, 공갈, 미수죄)의 죄
 15. 제253조(업무상 횡령)의 죄
 16. 제256조 제 2 항(도품양수등)의 죄(소 35 법 83·소 62 법 52 본조 개정)
- 제 4 조(공무원의 국외범) 이 법률은 일본 국외에서 다음에 정한 죄를 범한 일본국의 공무원에게 적용한다.
1. 제101조(간수자등에 의한 도주원조)의 죄 및 그 미수죄
 2. 제156조(허위공문서작성등)의 죄
 3. 제193조(공무원직권남용), 제195조 제2 항 (특별공무원폭행·능욕) 및 제197조 내지 제197조의 4(수뢰, 수탁수뢰 및 사전수뢰, 제 3 자공뢰, 가중수뢰 및 사후수뢰,

알선수뢰)의 죄 및 제195조 제 2 항의 죄에 관한 제196조(특별공무원직권남용등치사상)의 죄(소 33 법 107 본조 개정)

물론 이러한 입법형식을 바꾸어 쌍방가벌성을 전제로 하는 제한적 적극적 속인주의에로의 방향전환 시도가 없었던 것은 아니었다. 현재까지의 일본 형법개정논의를 살펴보면 크게 두 가지 점이 문제되었다.

첫째, 내국인의 국외범의 처벌범위를 제한하는 방식과 관련하여 처벌할 범죄를 구체적으로 열거할 것인지 아니면 포괄적으로 규정할 것인지의 문제가 제기되었다. 1940년 일본의 개정형법가안에서는 제 3 조에서 “본법은 제국 외에서 사형 또는 무기 혹은 장기 3 년을 초과하는 징역 혹은 금고의 형에 해당하는 죄 및 그 미수죄를 범한 제국신민에게 이를 적용한다”고 하여 국외범이 처벌되는 죄를 일일이 열거하지 않고 포괄적으로 규정하는 제안이 있었다. 1974년 개정형법 초안의 심의과정에서도 이와 유사한 제안이 있었으나 국외범이 처벌되는 범죄를 명확히 규정하는 것이 죄형법정주의의 취지에 부합하는 것일 뿐만 아니라 실무상 편의에도 적합하다는 점이 지적되어 채택되지 못했다.

둘째, 국민의 국외범을 처벌하는 경우에 행위지법, 즉 외국법을 고려할 것인지의 문제가 제기되었다. 1974년 개정형법 초안의 심의과정에서 속인주의원칙에 입각하여 일본 형법에 규정된 모든 죄에 대하여 일본 국민의 국외범을 처벌하되, 다만 보호주의적 요청이 강한 국가적 법익에 대한 죄를 제외하고는, 행위지법을 충분히 존중하여 ‘행위지의 법률에 따르면 처벌되지 않는’ 행위를 국민의 국외범 처벌대상에서 제외자는 제안이 있었다. 이러한 제안에 대해서는 속인주의의 원칙과 행위지의 주권을 존중하는 국제협조의 요청과 조화를 이루려는 시도로 평가하여 찬성하는 입장도 있었다. 하지만 국민의 국외범을 처벌하는 범위가 지나치게 넓어지고, 행위지법에 따라 처벌되지 않는지 여부를 판단하기 곤란하며, 개정형법 초안 제 4 조(현행 일본 형법 제 3 조와 유사)에 열거된 죄 대부분은 외국에서도 처벌대상으로 삼고 있는 것이 명백한 것으로서 구체적으로 행위지법을 고려하지 않고 처벌하더라도 외국의 주권을 침해할 염려는 없다는 점 등이 지적되어 채택되지 못하였다.⁴⁶⁾

46) 형사법개정특별심의회위원회, “일본 형법개정작업경과와 내용,” 「형사법개정자료(IX)」(1989), 54-62면 참조.

(바) 영미권국가

적극적 속인주의(active nationality principle)는 영미권국가에서도 보편적인 원칙으로 인정되고 있지만, 유럽국가에서는 범죄종류를 제한하지 않고 있는 것이 일반적인데 반하여, 영국법은 몇몇 범죄에 대해서만(treason, murder, bigamy) 영국 법원의 관할권을 인정하고 있다.⁴⁷⁾

IV. 나오는 말: 적극적 속인주의의 구체적인 적용

앞에서 살펴보았듯이 우리 형법 제 3 조에 대한 종래의 해석론과 실무의 태도는 한국 형법을 인공위성화하는 결과를 낳고 있다. 이러한 태도를 견지하는 것은 국외에 체류하면서 나찌체제에 저항하는 독일인을 빈틈없이 처벌하기 위해 도입되었고 세계에서 유래가 없는 권위주의적 국가주의사상의 발로로 혹평되었던 독일 구 형법 제 3 조의 태도보다 훨씬 더 완고하고 경직된 태도를 보이는 일이다. 따라서 우리 형법 제 3 조의 범위를 제한하는 해석론을 통하건 보다 전향적으로 쌍방가벌성을 명문화하는 입법론을 통하건 형법 제 3 조가 가지고 있는 국수주의적 모습은 재고되지 않으면 안 된다.⁴⁸⁾

각 국가는 어떤 이유에서건 각기 다른 법질서를 가질 수 있기 때문에, 어떤 국가가 금지하는 것을 다른 국가는 허용할 수도 있고, 그 반대일 수도 있어서 외국에서의 범죄가 문제될 경우 자국의 규범을 적용하는 것이 외국과의 관계에서 적합한가를 검토하지 않으면 안 된다. 따라서 국제적으로 고립된 법질서를 가지고 있는 국가가 아닌 한 적극적 속인주의를 무제한적으로 인정하는 것은 국제적인 연대성 원리와 조화되기 어려운 측면이 있다고 할 수 있다. 따라서 국가들 간의 연대성을 가지고 적극적 속인주의를 근거지우는 전향적인 자세로 나아간다면 적극적 속인주의는 행위지법에 따르더라도 가벌성이 인정되어야 한다는 원칙(lex loci) 내지 쌍방가벌성을 전제로 하지 않을 수 없다.

물론 이러한 전제에 서더라도 행위지법에 따를 때 가벌성이 인정되는 경우는 어떤

47) Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7. ed. 1997, p. 111.

48) 실무상 검사의 기소편의주의를 이용하여 행위지법에 의하면 범죄가 되지 않는 행위를 기소유예 처분하는 것도 우리 형법 제 3 조가 가지고 있는 현재의 문제점에 대처해 나가는 정책상의 방편이 될 수도 있다.

경우를 말하는가가 문제된다. 다시 말해 행위지법에 따른 가별성을 인정하기 위해서는 범죄성립요건만 충족되면 족한가, 아니면 처벌조건 및 형사소추의 전제조건까지도 구비되어야 하는지가 문제된다. 이것이 정해져야 그 행위가 행위지법에 의해서도 형벌이 부과되는 것을 확정할 수 있기 때문이다.

이 문제 역시 자국형법을 적용하기 위한 지도적인 관점을 국외범이 질적으로 자국 내부의 이익을 침해한 것(즉 충성의무위반)이라는 측면에서 찾지 않고, 범죄투쟁에서의 국제 연대성사상에서 바라보는 관점을 유지하는 한도 내에서 해결되어야 한다. 범죄투쟁에서의 국제연대성을 고려하면 자국형법의 적용목적은 자국의 이익침해를 방지하는 데 있는 것이 아니라 자국인의 처벌을 통해 외국의 이익이 위태화되는 것을 방지하려는 데에 있다. 이러한 설명방식을 따르면, 자국법에 따라 행해지는 형사소추는 실질적으로 외국의 처벌이익을 인정하는 것이 된다. 이로부터 나오게 될 결론은 다음과 같다. 즉 자국형법을 적용하기 위해서는 국외에서의 행위가 모든 관계에서 외국의 형벌권행사의 전제조건을 충족시킬 것, 즉 그 행위가 행위지에서의 범죄성립요건에 포섭될 뿐 아니라 외국의 행위지법에 따라 형사소추가 효과적으로 개시될 것이 확정되어야 한다는 점을 전제조건으로 삼아야 한다.

이 점은 특히 개별구성요건의 포섭과 관련해서 타당해야 한다. 예컨대 한국인이 독일에서 명예훼손행위를 한 것이 문제될 경우 행위지법인 독일도 명예훼손죄의 구성요건을 가지고 있다고 확정할 수 있는 것만으로는 충분하지가 않다. 오히려 구체적인 행위가 독일 형법상의 명예훼손죄의 범죄성립요건에도 포섭될 수 있다는 확정이 필요하다. 이러한 확정을 조건으로 삼는다면 한국인이 독일에서 진실한 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우에는 한국 형법에 따라 처벌할 수 없다. 독일에서는 허위사실의 적시를 통한 명예훼손행위만 처벌하고 있기 때문이다. 더 나아가 외국법상(친고죄의 고소와 같은) 특별한 형사소추조건이나 처벌조건 등이 요구된다면 그러한 요건까지 구비되어야 한국 형법을 적용할 수 있을 것이다.⁴⁹⁾ 자국형법의 적용을 통하여 외국의 행위지법의 처벌이익을 고려에 넣어야 한다면, 행위지법에 따라 행위자에 대한 효과적인 처벌을 위한 모든 조건들이 충족되어야 한다고 해야 할 것이기 때문이다.

마지막으로 한 가지 남는 의문이 있다. 국가가 어떤 경우에도 자국민이 외국에 나가서 범하지 않도록 할 필요성이 있는 범죄가 있다면 어떻게 할 것인가가 문제된다.

49) 독일의 판례는 그러한 소추조건까지 요구하지 않는다는 태도를 취하고 있다. BGHSt 8, 349; RGSt 40, 402.

특히 그러한 범죄에 대해 가벌성을 인정하지 않는 다른 국가들이 존재할 경우 해외에서 범죄를 범할 목적으로 자국 영토를 떠나는 것을 막으려면 어떻게 해야 할 것인가가 문제된다. 그러한 행위에 대해서는 쌍방가벌성의 원칙의 예외를 두든지 아니면 그러한 행위를 규율하는 구성요건의 타당범위를 예외적으로 외국에 체류하는 자국국민에 대해서도 확대하는 별도의 방안을 만들어야 할 것이다.



김성돈

속인주의(Personalitaetsprinzip), 국제형법(Das internationales Prinzip)

쌍방가벌성원칙(Prinzip der Doppelbestafung), 보호주의(Schutzpinzip)

적극적 속인주의(aktives Personalitaetsprinzip)

[Zusammenfassung]

Das aktive Personalitätsprinzip und Interpretierung des § 3 kor. StGB

Kim, Seong-Don

Das Personalitätsprinzip erklärt sich aus dem besonderen Treuverhältnis, das den Inländer auch im Ausland mit dem Inland verbindet. Dieser Gedanke ist aber zur Zeit in der zivilisierten Rechtsstaaten ausdrücklich abgelehnt, weil es aber gar keine aus der Treupflicht der Bürger zu seinem Staat zu folgende allgemeine Verpflichtung für ihn gibt, die strafrechtlichen Gebote und Verbote des Heimatlandes im Ausland zu beachten. Das Personalitätsprinzip bereitet die Auslegung des § 3 kor. StGB Schwierigkeiten.

Deswegen soll dieses absolute aktive Personalitätsprinzip vor allem de lege ferenda so zu verändern, dass die §3 kor. StGB die Anwendbarkeit kor. Strafrechts davon abhängig macht, dass die Tat auch nach dem Recht des Tatorts "mit Strafe bedroht" ist (sog. lex loci). Wenn es sich nicht so verhält, soll die §3 kor. StGB wenigstens so auszulegen werden, dass die richterliche Entscheidung darüber verlangt, ob die Handlung dennoch als "strafwürdiges Unrecht" anzusehen ist.