

〈논문〉

국제형사법에 있어서 법률의 착오에 관한 이행법률 적용 방안*

曹 仁 鉉**

요 약

무릇 인간이 저지르는 전쟁범죄 행위가 민간인 피해 발생을 되풀이 해왔다. 이러한 인류의 선형적 악례에서 개인의 형사책임을 추궁하기 위한 초국가적 형법의 당위성이 발견될 수 있다. 그리고 전쟁 수행 과정에서 발생한 민간인 학살행위에 대하여 정당한 형법 적용 명제가 요청된다. 「국제형사재판소에 관한 로마규정」 입법 의도에 의하면 법률의 착오의 성립 요건이 엄격하다. 이 때문에 이러한 로마규정의 이행은 결국 회피불가능한 금지착오에도 면책을 인정하지 아니하게 되므로, 독일에서는 로마규정의 법률의 착오 해석론이 독일의 헌법적 사고에 반하는 것으로 이해되었다. 초창기 법률의 착오에 관한 입법 과정에서는 영미법 학자들에 의하여 법률의 착오의 도입이 거부되어 왔다. 마침내 유엔총회가 국제형사법상 법률의 착오 도입 필요성에 대하여 긍정적인 입장으로 태도를 전환한 것은 프라이부르크 초안에 기인하였다. 하지만 프라이부르크 초안에서 제안된 법률의 착오의 내용이 유엔총회에 제대로 반영되지 아니하였다. 위 로마규정에 대한 법률의 착오 조항의 도입 연혁에 있어서도 영미법과 대륙법의 양 법계간의 의견이 극심하게 대립하였다. 특히 국제적 무력충돌의 중대성에 비추어 볼 때 전쟁범죄에서 법률의 착오 성립 범위가 아주 제한적일 수밖에 없다. 하지만 전쟁범죄에 있어서도 법률의 착오에 기인한 행위자의 면책 가능성이 포기될 수 없다. 이와 같은 이행법률의 적용에 있어서 책임조각설 논의 실익은 행위자에 대해 피해자의 정당방위가 가능하다는 점에 있다. 무엇보다도 행위자의 처벌은 책임의 양에 비례하여 제각기 정당한 형벌이 부과되어야 하고 그러한 형벌의 부과는 행위 관련 정도에 상응하여야 한다.

주제어: 국제형사법, 초국가적 형법, 국제형사재판소, 법률의 착오, 위법성인식, 주관적 요소, 로마규정, 이행법률, 영미법, 대륙법

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014 S1A5A2A01011554).

** 법학박사.

I. 문제의 제기

독일은 보불전쟁(普佛戰爭)과 2차례 세계대전을 거치면서 끔찍한 민간인 피해를 겪었다. 모든 사람이 전쟁 중 인명살상 행위의 강한 위법성에 공감하지 아니할 수 없었다.¹⁾ 전후에는 국제전범재판에 의하여 초국가적인²⁾ 형법 적용이 이루어졌다. 우리나라도 참혹한 한국전쟁을 겪었다. 우리는 과거 독일에서와 마찬가지로 여전히 분단국가이다. 독일의 전범 재판 및 분단 극복 경험은 지구상의 어느 나라에서도 볼 수 없을 정도로 대표적이다. 이 때문에 독일에서의 형법적용이론으로부터 우리가 얻을 수 있는 교훈이 적지 아니할 것이다. 그리하여 독일의 선형적 사례가 마치 그래프 안의 점근선(漸近線)을 이루고 있는 것처럼 우리 현실 앞에 한없이 마주하고 있다고 생각된다. 이러한 상황에서, 오늘날 국제적, 비국제적 무력충돌 관계에서³⁾ 민간인 피해 발생이 법률의 착오에 기인할 수 있다는 사실이 제기되고 있다. 전쟁 중 행위자가 민간인을 위장한 군인이라고 잘못 오인하였을 때, 행위자가 그 ‘민간 주민’을 공격할 수 있기 때문이다. 이 케이스에 대해 가늠자로 기능할 수 있는 국제형사법 규범이 「국제형사재판소에 관한 로마규정」(이하 ‘로마규정’)이다. 우리나라는 로마규정을 이행하기 위한 법률로서 「국제형사재판소 관할 범죄 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘이행법률’)을 제정하였다.

국제 조약으로서 각국의 비준을 거쳐 시행된 로마규정은, 국제형사법에 해당하는 것으로서⁴⁾ 국제범죄에 대한 실체형법과 절차법을 규정하고 있다.⁵⁾ 그리고 로마규

1) 홍성화, “전쟁범죄이론”, **건국학술지**, 제11집(1970), 434면.

2) 초국가적 의미의 독일어 용어 ‘transnational’, ‘supranational’이 있다. 그리고 ‘Transnationales Strafrecht’은 국가 내적 영역을 초월한 범죄 퇴치에 기여하는 형법을 뜻한다. 오늘날에는 ‘supranational’ 용어가 국제형사법의 수직적 측면을 강조하여 초국가적 의미로 널리 사용되고 있다. 유럽 및 세계적 차원의 의미는 Thomas Weigend, “Zur Frage eines ‘internationalen’ Allgemeinen Teils”, *Festschrift für CLAUS ROXIN zum 70. Geburtstag* (2001), S. 1383 참조; Florian Jeßberger, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts* (2011), S. 25 이하 참조. 이와 달리 실체형법 관점은 조상제 외 3인 공저, **국제형법**, 법학전문대학원협의회(2009), 2면. 필자는 국제형사법에 있어서 ‘transnational’ 용어의 수평적 측면을 잘 드러낼 수 있도록 이 용어를 ‘초국경’이라 표기하기로 한다. 김기준, **일사부재리 원칙의 국제적 전개**(2013), 33면 참조.

3) 2012. 11. 5. 현재 독일 「국제형사법전」에 의하여 사법처리된 사건은 총 12건이다. Antwort der Bundesregierung, **Deutscher Bundestag 17. Wahlperiode Drucksache 17/11339**, 2012. 11.7. ‘Völkerstrafgesetzbuch’ 용어에 대해, 일반 ‘형사법’ 규정 특징을 반영하여 「국제형사법전」을 사용하기로 한다. ‘국제범죄법전’은 최태현, “ICC이행법안 연구”, **법학논총**, 제23집 제2호(2006), 3면 참조.

정은, 구(舊) 유고 및 르완다 임시 국제형사재판소 규정과 함께 재판권의 범위에서 초국경 형법(Transnationales Strafrecht)과의 관련성을 내포하고 있다.⁶⁾

오래 전부터 형법학자들은 국제형법협회(Association Internationale de Droit Pénal, AIDP)를 중심으로 하여 국제형사법을 넓은 의미의 국제형법⁷⁾에 포함시켜 탐구해 왔다. 한때 범죄예방 및 처벌을 위한 사회학적 범죄원인론을 토대로 유럽 각국의 개별 형법들을 아우르는 “단일형법을 위한 근본적 생각”이 모색되었다.⁸⁾ 이러한 시도는 당시 독일형법학계로부터의 이상론적 결함 및 실행 불가능 논박을 극복하지 못하였다.⁹⁾ 그리하여 우리가 국제형사법상 법률의 착오 적용을 논의함에 있어서,¹⁰⁾ 간과할 수 없는 것이 넓은 의미의 국제형법 틀에 관한 다음과 같은 점들의 이론적 흐름이다.

① 원래 초국경 형법¹¹⁾에 관한 국제적 합의는 1991년 무렵 동서 냉전 종식으로 국제형사법 제정 욕구가 탄력을 받기 시작하였던 시기에 이루어졌다. 당시 독일 막스-플랑크 연구소에서 개최되었던 ‘새로운 초국경 형법에 대한 원칙과 절차에 관한 국제 워크숍’ 합의에 따르면, 초국경 형법(Transnationales Strafrecht)과 관련하여 국내적(national), 국제적(international), 초국가적(supranational) 수준의 논의가 이루어

4) ICC 설립에 임시 국제형사재판소(ICTY, ICTR)의 영향은 森下忠, *新しい國際刑法*(2002), 21頁. 초국가적 국제형사법은 Kai Ambos, *Internationales Strafrecht* (2014), S. 414 이하.

5) T. Weigend, *supra* note 2, S. 1386; K. Ambos, *supra* note 4, S. 100 이하; Florian Jeßberger, *supra* note 2, S. 28; Christiane Nill-Theobald, “Defences” bei *Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und USA* (1998), S. 17. “광의의 국제형법”은 김성규, “범죄의 국제화와 형법의 역할”, *형사정책연구*, 제13권 제3호(2002), 173면; 森下忠, *supra* note 4, 8頁.

6) 자세한 것은 Roland Michael Kniebühler, *Transnationales ‘ne bis in idem’* (2005), S. 437. 유럽 연합 차원은 김용훈, *유럽연합의 규범통제제도*(2012), 26면; Eric Hilgendorf, “Nationales oder transnationales Strafrecht?”, *Raum und Recht – Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät* (2002), S. 334.

7) 실무 입장은 사법연수원 출판부, *국제형사법*(2012), 24면.

8) 이같은 국제형법 맥락은 김일수·서보학, *새로운 형법총론*, 제12판(2014), 32면; 이진국, “국제형법상 범죄의 주관적 요소”, *형사정책연구*, 제18권 제3호(2007), 20면; 전쟁범죄의 “거시적 범죄(Makrokriminalität)” 규정은 조상제 외 3인 공저, *supra* note 2, 46면 참조.

9) Birkmeyer, “Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung”, *ZStW* (1896), S. 309.

10) 형법의 적용에는 ‘기본표준’이 있어야 한다. 자세한 것은 泉二委員 提出 刑法改正案理由書, *刑法改正案理由書 – 刑法並びに監獄法改正調査委員會速記録(別冊) –*, 法務資料 別冊 第23號(法務大臣 官房調査課, 1957), 2頁 이하 참조(이 자료 인용과 관련하여 서울대학교 법학대학원 신동운 교수님의 노고에 깊이 감사드린다.).

11) F. Jeßberger, *supra* note 2, S. 28.

졌다.¹²⁾ 여기서 국제형사법(Völkerstrafrecht)¹³⁾ 관점은 제3의 ‘초국가적 수준’에서 논의되었다.¹⁴⁾ 그 당시 초국가적 수준과 관련한 논의에서, 장차 국제형사재판소와 같은 법정의 설립을 가정하여 그 재판소 관할 대상 범죄에 대해 “매우 제한된 숫자의 범죄들”¹⁵⁾로 규정하는 것이 의제로 다루어졌다.

② 오늘날 국제형법의 지속적 발전 맥락에서 평가할 때, 로마규정 이후 국제형사법은 초국경 형법(Transnationales Strafrecht)과도 차별화된 넓은 의미의 국제형법 영역을 차지하고 있다.¹⁶⁾ 국제형사법은 국제조약 체결에 따른 주권 제약을 수반할 수 있다. 이 때문에 유럽연합 각국의 정치적 특성에 기인하여 초국가적(supranational) 수준의 유럽형법은 현재 존재하지 아니한다. 다만, 유럽형법 구상이 사기죄(詐欺罪)를 중심으로 제한된 제재범률의 입안에 이르고 있을 뿐인데,¹⁷⁾ 초국가적 형법(Supranationales Strafrecht)에 관한 논의는 활발하게 이루어지고 있다.¹⁸⁾

③ 또한 남북한 및 국제적 관계에 있어서 발생하는 초국가적 범죄에 대해서도 국가형벌권 집행이 국내 형법의 올바른 적용에 기초하여야 한다. 더욱이 로마규정은 어디까지나 국내 형법전의 우선 적용을 전제로 하여 보충적으로 적용된다. 이 때문에 로마규정은 아직 엄밀한 의미의 ‘국제형법’ 실현 목적을 이룩하지 못하고 있다.¹⁹⁾

12) M. Cherif Bassiouni, “Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters”, *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law* (1992), p. 827. 같은 맥락은 김성규, “형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 내용과 한계”, *형사법연구*, 제18호(2002), 184면.

13) Beling의 용어사용은 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage (1996), S. 119.

14) Otto Triffterer, “Present Situation, Vision and Future Perspectives”, *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law* (1992), p. 377; T. Weigend, *supra* note 2, S. 1383. 유럽형법 및 유럽연합법 지칭은 K. Ambos, *supra* note 4, S. 444, 567.

15) M. C. Bassiouni, *supra* note 12, p. 827.

16) F. Jeßberger, *supra* note 2, S. 25, 28; 국제형법 발전 관점은 Hildegard Uertz-Retzlaff, “Über die praktische Arbeit des Jugoslawien-Strafgerichtshofs”, *Völkerstrafrechte Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal* (1999), S. 87.

17) 1995년 「유럽연합의 재정적 이익을 보호하기 위한 형법 규정에 관한 법전」 초안이 있다; Ulrich Sieber, *Europäisches Strafrecht*, 2011, S. 147. 동 초안 제10조는 법률의 착오를 규정하고 있다: “법적 금지에 관한 착오는 그 착오가 주의 깊고 이성적인 인간에게 있어서도 회피불가능한 것이라면 처벌가능성을 배제한다.”; T. Weigend, *supra* note 2, S. 1388.

18) 같은 맥락은 Hans-Jürgen Kerner/Philipp A. Karnowski, “Strafgewalt und Strafverfolgung bei grenzüberschreitenden Straftaten”, *Festschrift für Kristian Kühn zum 70. Geburtstag* (2014), S. 782.

19) 신동운, *형법총론*, 제8판(2014), 65면 참조.

그러면 국제형사법상 법률의 착오론이 어떻게 도입될 수 있었는지, 어떠한 까닭으로 초국가적 전쟁범죄에 대하여 책임 개별화의 필요성과 타당성이 요청되고 있는지 살펴보기로 한다.

II. 로마규정의 법률의 착오 성립경위와 독일의 이행입법 형식

1. 법률의 착오 성립 경위

가. 법률의 착오 항변의 시발점

국제형사법상 전쟁범죄 개념의 창출은 2차 세계대전 이후 1945년 8월 8일 뉘른베르크 국제군사법원 헌장, 1945년 12월 11일 뉘른베르크 원칙 및 1945년 12월 20일 연합국 통제법률 제10조에 근거한다.²⁰⁾ 뉘른베르크 원칙은 초국가적 형법 개념의 중요한 법원(法源)을 구성하고 있다. 이 원칙은 1946년 12월 11일 국제연합 총회에서 승인되었다. 뉘른베르크 원칙의 제4원칙은 “어떤 사람이 정부 또는 상관의 명령에 따라 행동했다 하더라도 그 자의 도덕적 선택(moral choice)이 실제로 가능했다면, 국제법상 책임을 면하지 아니한다”고 규정하고 있었다.²¹⁾ 명령에 의한 행위는 영미법상의 긍정적인 항변 사유로서 인정되고 있었다.

1900년 영국의 *Queen v. Smith* 사건 판결에서 명령에 의한 행위에 예외적 면책이 인정되었다.²²⁾ 그 당시 영국 식민지이었던 남아프리카공화국에서 피고인이 자신의 명령을 따르지 아니한 자를 살해한 사건이 발생하였다. 법정에서 피고인은 사병으로서 상관의 명령에 따라 행동하였다고 주장하였다. 이에 대해 남아프리카 대법원은 피고인에 대해 “행위의 불법성 인식이 흠결된 상황”을 인정하였다. 그리고 어느 군인이 상관의 명령에 복종하는 것이 의무라고 정직하게 믿고 있으며, 그 명령이 불법했음을 알았음에 틀림없거나 알아야 했을 정도로 그렇게 명백하게 불법하지 아니하다면 그 사병은 상관의 명령에 의해 보호되어야 할 것이라고 판시하였다.²³⁾

20) 이 같은 맥락은 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *supra* note 13, S. 122.

21) THE NÜRNBERG PRINCIPLE IV.; Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2002), S. 384.

22) H. Sato, *The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility* (2011), S. 17.

23) *Ibid.*, S. 17.

특히 1914년 미국 육전규칙(陸戰規則) 제366조는 상관 명령의 항변에 대하여 자동적 면책 효과까지도 규정했었다. 하지만 미국의 육전규칙은 2차 세계대전이 끝날 무렵의 1944년에 이르러 명령의 위법성이 명백한 경우 “명령을 받은 개인도 처벌”하도록 개정되었다.²⁴⁾ 이러한 입법에 의하여 명령에 따른 행위에 있어서 항변이 제한되었다. 이러한 항변이 인정되었다면, 그 당시 명령자 히틀러 말고는 아무에게도 전쟁범죄 책임을 지울 수 없었기 때문이었다.²⁵⁾ 그리고 뉘른베르크 국제군사법원 헌장 제8조는 “정부나 상관의 명령에 따른 행위는 면책되지 아니하나²⁶⁾ 형이 감경될 수 있음”을 규정하였다.²⁷⁾ 이러한 면책 배제 및 감경 참작 규정은 동일한 취지로서 연합국 통제법률 제10조 II항의 제4호 b)에도 명시되어 있었다.²⁸⁾ 그 당시 뉘른베르크 원칙, 국제군사법원 헌장과 연합국 통제법률에 의하여 법률의 착오와 관련하여 아무런 언급이 없었고, 명령에 따른 행위에도 형사책임 배제가 허용되지 아니하였다.²⁹⁾ 더욱이 실제 재판에서도 위 헌장 제8조에 따른 형 감경이 참작되지 아니하였다.³⁰⁾ 이는 공동체의 법질서가 선형적인 것이어서 그와 같은 법질서의 위반 행위에 대하여 법률의 착오가 야기될 수 없다는 커먼로 법리에 기인하였다.

그렇지만 법률의 착오 항변이 전법재판 진행과정에서 흔히 제기되었다.³¹⁾ 전쟁범죄는 인명살상을 수반하는 행위로서 민간인 피해까지 발생시킨다. 그리하여 전쟁범죄에서 개인 형사책임 추궁 및 면책범위 문제가 국제형사법의 중요한 영역으로 등장하였다.³²⁾

24) 미국 육전규칙은 1863년의 「Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field」를 기초로 작성되었다. W. W. Wotherspoon (chief of staff, War Department), *Rules of Land Warfare*, 1914, p. 130 참조; 동 규칙 개정 배경은 佐藤宏美, *違法な命令の實行と國際刑事責任*(2010), 44頁 이하 참조.

25) Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law* (2013), p. 378.

26) Hans-Heinrich Jescheck, “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2 (2004), S. 46.

27) K. Ambos, *supra* note 21, S. 887.

28) www.verfassungen.de/de/de45-49/Kr-gesetz10.htm.

29) C. Nill-Theobald, *supra* note 5, S. 74.

30) 같은 맥락은 H. H. Jescheck, *supra* note 26, S. 46. 법률의 착오는 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *supra* note 13, S. 452 이하 참조.

31) 같은 맥락은 Hans-Heinrich, *supra* note; Jescheck/Thomas Weigend, *Ibid.*, S. 121; Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed.(2008), p. 897.

32) T. Weigend, *supra* note 2, S. 1382 이하; T. Weigend, “Vorgesetztenverantwortlichkeit”, *ZStW* (2004), S. 1002.

다음으로 로마규정 초안 단계의 논의에서 법률의 착오를 의미하는 영문 ‘error of law’ 및 ‘mistake of law’의 용어가 제시되었다.³³⁾ 법률의 착오 용어는 1994년도 국제법위원회 초안 검토 이전까지 ‘error’의 관점에서 책임배제 문제가 논의되었다. 그런데 1994년도 초안의 검토 과정에서 ‘error’를 대신하여 착오(mistake)의 항변이 대체 주장되었다.³⁴⁾ 영문 ‘error’는 ‘Ignorance’와 같은 뜻으로 쓰여 왔지만, 그 말이 착오(mistake)와는 내포하는 의미가 달랐기 때문이다.³⁵⁾ 이 무렵 초안 논의 당시, 로마법 이래 ‘법의 부지는 용서받지 못 한다’(error juris nocet)라는 법언은 많은 법체계에서 인정되고 있었다.³⁶⁾ 이 법언은 대륙법계 국가의 형사정책상 책임주의 원칙에 합치하지 아니한다는 문제가 있었다.³⁷⁾ ‘error’라는 말은 부지(不知)라는 의미 이외에도 단순한 잘못이나 부적절함을 뜻하기도 한다. 로마규정에 영미법상 ‘유무죄 판단의 잘못’을 나타내는 의미로 ‘error’라고 하는 또 다른 법률용어가 있다.³⁸⁾ 로마규정 제81조는 ‘error’와 관련하여 발생한 유무죄 판결이나 양형 판단의 잘못에 대하여 상소 이유를 규정하고 있다.³⁹⁾ 그리하여 법의 부지(착오)를 뜻하는 ‘error of law’ 용어가 대륙법계 형법학자들의 영향을 받아 ‘mistake’의 관점으로 전환되었다.⁴⁰⁾ 그리하여 1995년 및 1996년에 걸쳐 이른바 “mistake”의 항변이 규정되어 있는 로마규정 초안들이 기초되었다.

33) 이들의 비구별 선행연구는 안성조, *형법상 법률의 착오론*, 2006, 1면.

34) Yearbook of the International Law Commission 1994 – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-sixth session, United Nations, New York and Geneva, 1997, p. 84. 당시 비정부기구로서 국제형법협회(AIDP), 국제법협회(ILA)의 법률의 착오 조항 도입 주장은 Albin Eser, “Mental elements – Mistake of fact and mistake of law”, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Volume I (2002), p. 896.

35) Corry Montague Stadden, “Error of Law”, *Colombia Law Review*, Vol. 7, No. 2 (Nov., 1907), p. 486; 법률의 착오가 “법적효과에 관한 착오(mistake)”를 뜻하는 점은 Manual for Courts-Martial United States 1951, Effective 31 May 1951, p. 295.

36) 항변사유 불인정 현실은 Michael Cottier, *Elsa Handbook on the Draft Statute for an International Criminal Court*, 1998, p. 67 참조. error (Ignorance), mistake 의미상 차이는 Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 6th ed. (2012), p. 153.

37) Helmut Kreicker, *Völkerstrafrecht im Ländervergleich, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen Teilband*, Bd. 7 (2006), S. 212.

38) 자세히는 Larry Laudan, *Truth, Error and Criminal Law – An Essay in Legal Epistemology*, 2006, p. 9 이하 참조.

39) Otto Triffterer, *supra* note 31, p. 1454.

40) *Ibid.*, p. 911; 일반적 ‘mistake’ 개념의 사용은 Freiburg Draft §33n. Albin Eser, *supra* note 34, p. 897 이하에서 error를 부지(착오)로 표기한다.

나. 1954년 국제형사재판소 실제형법 초안

유엔에서는 1947년 국제법위원회가 설치되었다.⁴¹⁾ 제2차 세계대전 이후 확립된 ‘뉘른베르그 원칙’은 국제형사법의 기초를 이루었다.⁴²⁾ 이러한 국제형사법의 이론적 형사정책적 논의를 기반으로 국제법위원회는 국제형사재판소에 관한 로마규정 제정 이전 단계에서 3가지의 중요한 초안을 제안하였다. 그것은 1954년 초안, 1991년 초안 그리고 1996년 초안이다.⁴³⁾ 국제법위원회가 처음으로 제안한 초안은 1954년 「인류의 평화와 안전에 반하는 범죄에 대한 초안」이었다. 그리고 유엔의 특별위원회인 국제형사관할권위원회는 유엔총회에 1953년 「국제형사재판소 규정 초안」에 관한 보고서를 작성하여 제출하였다.⁴⁴⁾ 이들 초안의 제안에 있어서 독일 형법학자 Jescheck의 국제형사법이론이 뒷받침되었다.⁴⁵⁾

그 후 한국의 6.25전쟁 등으로 냉전이 확대되었고, 이에 따라서 국제적 형사책임 추궁 문제를 다루는 초국가적 형법의 제정 논의도 담보 상태에 처하지 않을 수 없었다. 특히 1954년 초안에서 동서 진영의 대립에 따른 영향으로 국제범죄로서의 침략전쟁에 대한 정의가 매듭지어질 수 없었다.⁴⁶⁾ 그래서 이 문제의 결정에 관한 국제법위원회의 보고서가 나올 때까지 동 초안 심의가 연기되었다. 이들 초안은 독일의 베를린 장벽 붕괴를 비롯하여 국제적 정세 전환기에 초국가적 형법 제정을 위한 국제법위원회의 1991년 초안에 반영되었다. 하지만 국제법위원회의 1991년 초안이나 1996년 초안⁴⁷⁾에서도 법률의 착오와 관련한 조항이 포함되지 아니하였다.

41) 국제법위원회(International Law Commission, ILC)는 1947년 국제연합헌장 제13조 제1항의 ‘국제법의 점진적 발달 및 그 법전화’를 위해 설립되었다.

42) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *supra* note 13, S. 120.

43) K. Ambos, *Internationales Strafrecht* (2006), S. 98. 1996년 초안은 1991년 초안에 근거한다는 점은 *Ibid.*, S. 100; Albin Eser, *supra* note 34, p. 897. 법률의 착오에 관한 1996년 초안은 William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2010), p. 500 참조.

44) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *supra* note 13, S. 122; Otto Triffterer, *supra* note 31, p. 897; Triffterer, “Hans-Heinrich Jeschecks Einfluss auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts und auf dessen Durchsetzung”, *ZStW* 116, Heft 4 (2004), p. 970. 이하에서는 법률의 착오의 실제 형법 규정에 대한 「인류의 평화와 안전에 반하는 범죄에 대한 초안」을 중심으로 하여 논하기로 한다.

45) Otto Triffterer, *supra* note 44, S. 970.

46) K. Ambos, *supra* note 43, S. 98.

47) 단지 사실의 착오(mistake of fact) 인정 주장은 Yearbook of the International Law Commission 1996 – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, United Nations, New York and Geneva, 1998, p. 41.

국제법위원회에서는 단지 명령에 의한 행위에 대한 형벌 감경 가능성이 뉘른베르크 원칙에 근거하여 수용되었다.⁴⁸⁾ 법률의 착오 규정 도입론은 대륙법계 국가의 비정 부기구를 중심으로 주장되었다.

다. 1986년 이후 법률의 착오 공론화 과정

국제법위원회 특별 보고자 Doudou Thiam은 1986년 유엔총회 제출 보고서에서 대륙법계 국가들에 의하여 채택되어 있는 법률의 착오 형태가 국제법에 있어서도 나타날 수 있다고 주장하였다. 그 당시 보고자가 제기한 문제의식에 따르면, 법률의 규정에 대한 오해에 내재하고 있는 ‘법의 부지(착오)’가 범죄사실을 정당화하는 범주에 포함될 수 있다는 것이었다. ‘법의 부지(착오)’는 1986년 국제법위원회의 『인류의 평화와 안전에 반하는 범죄에 대한 초안』 제8조 (d)에서 다음과 같이 규정되었다. 즉 ‘법의 부지(착오)’는 책임원칙의 예외 사항들 가운데 하나로서 행위자가 회피불가능한 상황이었다면 형사책임을 면할 수 있다.⁴⁹⁾ 1987년도 초안의 보고서에서도 제9조에 의하여 ‘법의 부지(착오)’가 ‘회피불가능성’을 조건으로 받아들여질 수 있었다. 이에 대해 반론이 제기되었다.⁵⁰⁾ 그리고 논의 과정에서 ‘법의 부지(착오)’ 개념이 부정적으로 평가되었다. 즉 반대 의견에 따르면, 1952년 독일연방 대법원 판결에서 제시되었던 금지착오와 관련한 위법성 인식 판단기준은 양심의 심사이었다. 그와 같은 양심의 심사를 다하여 위법성이 있다고 인정된 그러한 범죄가 나치스 정권에 의하여 저질러진 범죄로 평가되었다.⁵¹⁾ 이후 법률의 착오가, 독일 베를린 장벽의 붕괴와 더불어 재개되었던 ‘국제형사법전’ 입안 목적의 1991년도 국제법위원회 초안 심의에서 더 이상 언급되지 못하였다.⁵²⁾ 즉 동 초안은 제 14조에서 ‘항변 및 정상참작 상황’만을 규정하였다. 그리하여 동 초안 제14조에서

48) Kai Ambos, *supra* note 21, S. 474.

49) 이 조항은 1987년도 국제법위원회 보고서의 제9조와 같다. Yearbook of the International Law Commission 1987 – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-ninth session, United Nations, New York, p. 7. Doudou Thiam은 82년부터 국제법위원회의 특별보고자로 활동하였다.

50) Yearbook of the International Law Commission 1986 – Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-eighth session, United Nations, New York, p. 52.

51) Yearbook of the International Law Commission 1987, *supra* note 49, p. 8; 전범재판례는 *Ibid.*, p. 9.

52) O. Triffterer, *supra* note 31, p. 898.

관할법원에서 법의 일반원칙에 의하여 항변의 수용가능성을 결정하도록 제안되었다. 이러한 특별 보고자 Doudou Thiam의 시안에 따라 전쟁범죄 행위자에게 ‘법의 부지(착오)’가 특별한 조건의 충족을 전제로 항변사유로서 허용될 수 있는지가 논의되었다. 하지만 이에 대해 견해들이 나뉘었다. 긍정적 입장은 모든 법체계에서 행위책임과 정상참작 상황이 구별된다는 것이었다. 부정적 의견은 긍정론이 범죄 옹호론이라는 것이었다.⁵³⁾

라. 1996년 ‘프라이부르크’ 초안 및 ‘시라쿠사’ 초안 II의 의의

프라이부르크 초안은 1996년 2월 9일에 최종안이 이루어졌다. 이 초안은 국제형사재판소 준비위원회(PrepCom)에 제출된 시라쿠사 초안 II의 실질적 보완에 제공되었던 것을 말한다.⁵⁴⁾ 준비위원회는 1996년 3월 25일부터 4월 12일까지 첫 회의를 가졌다. 시라쿠사 초안과 프라이부르크 초안은 유엔의 국제법위원회에 의하여 논의의 대상으로부터 제외되었던 법률의 착오를 현행 「국제형사법전」에 제도입했다는 데 의의가 있다. 법률의 착오에 대한 프라이부르크 초안은 영미법상의 착오(mistake)의 용어에 대하여 대륙법계 법리를 반영하고 있어서 주목된다. 법률의 착오가 사실의 착오와 구분되어 규정되었기 때문이다. 그동안 법률의 착오는 사실의 착오와 마찬가지로 주관적 요소의 부정에 의하여 인정될 수 있도록 취급되어 왔었다.

프라이부르크 초안은 법률의 착오에 관하여 독자적인 입법 방식을 채택하였다. 프라이부르크 수정 초안 제33n조의 법률의 착오 규정은 다음과 같다. 즉 적법한 행위를 한다고 착오를 한 그 믿음에서 범죄를 저지른 자는 다음의 경우에 처벌될 수 없다. 그가 적용 가능한 법률에 관한 정보를 파악할 것이 합리적으로 요청될 수 있는 상황에서 모든 노력을 다했다면 그러하다. 그가 법률의 착오를 회피할 수 있었다면 처벌이 감경될 수 있다. 1996년 프라이부르크 초안에서 사실의 착오와 법률의 착오가 분명히 구별되었다. 이와 같이 프라이부르크 초안에 의하여 비로소 착오와 관련하여 범죄 정의요소에 대한 것과 범죄의 금지에 대한 것이 나뉘어졌다. 그 뿐만 아니라 착오에 있어서 상황을 정당화시키는 것과 법규정에 대한 것이 초안의 법칙으로서 포괄되었다.⁵⁵⁾

⁵³⁾ Yearbook of the International Law Commission 1991 – Summary records of the meetings of the forty-third session 29 April-19 July 1991, United Nations, p. 192.

⁵⁴⁾ M. Cottier, *supra* note 36, p. 6. 프라이부르크 초안 원문은, “Proposals to amend the ‘Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind’”라는 제목의 법안으로서 ‘시라쿠사 초안 II’의 내용과 거의 동일하다.

법률의 착오와 명령에 의한 행위의 관계에 대하여는 제33n조의 법률의 착오 일반 원칙이 상관의 명령에 의한 행위의 경우에도 적용되도록 규정되었다. 앞에서 살펴본 것처럼⁵⁶⁾ 명령에 의한 행위에 있어서 법률의 착오 문제는 1986년 국제법위원회 초안에서 제기되었던 법률의 오류에 기인한 책임 배제 사례로서 논의되었다. 그 후 프라이부르크 초안 제11조에서 정부나 상관의 명령에 의한 행위에 법률의 착오가 있었다면 행위자 면책이 가능하다고 규정되었다.⁵⁷⁾ 그리하여 1987년도 초안 검토 당시에는 ‘법의 부지(착오)’에 대하여 명령의 합법성 문제와 상급자 개인별 능력에 따른 적절성 문제까지 논의되었다.⁵⁸⁾ 전쟁범죄에 있어서 명령에 의한 행위에 대해 법률의 착오의 관련성 문제는 국제군사법원 재판 이후 제기되어 왔었다.

이러한 프라이부르크 초안에서의 법률의 착오 규정은 시라쿠사 초안 II에 그대로 반영되었다. 이는 1991년도 국제법위원회 초안 제14조를 수정하여 여기에 ‘법률의 착오’ 규정을 추가한 것이다. 프라이부르크 수정 초안을 반영한 시라쿠사 초안 II는 프라이부르크 수정 초안과 조문 일련번호가 다르고, 행위자를 지칭하는 용어로서 ‘the person’을 ‘an individual’로 하였을 뿐이다.⁵⁹⁾

시라쿠사 초안은 1995년 7월에 제안된 것을 ‘초안 I’, 이 초안이 1996년 3월 15일에 수정된 것을 ‘초안 II’라 한다.⁶⁰⁾ 시라쿠사 초안 I은 1994년 국제법위원회의 「국제형사법전」 초안에서 빠진 법률의 착오 조항이 포함된 대체초안으로서 이탈리아 시라쿠사에서 제안되었다.⁶¹⁾ 시라쿠사 초안 I에서 법률의 착오가 「국제형사법전」에 입법되어야 할 기본 문제임을 확인하였다. 그런데 준비위원회 초안에서 법률의 착오 내용이 도입 반대론의 영향을 받아 다시 변경되었다.⁶²⁾

55) O. Triffterer, *supra* note 31, p. 897.

56) Yearbook of the International Law Commission 1986, *supra* note 50, p. 52.

57) O. Triffterer, “Acts of violence and International Criminal Law, A new position of power to fight abuse of power?”, *Croatian Annual of Criminal Law and Practice* 4 (1997), p. 879.

58) Yearbook of the International Law Commission 1987, *supra* note 49, p. 9.

59) O. Triffterer, *supra* note 57, p. 881.

60) 1996년 시라쿠사 초안 II는 R. M. Kniebühler, *supra* note 6, p. 441. 동 초안의 1995년 12월 보완 견해는 M. Cottier, *supra* note 36, p. 6.

61) 이런 맥락은 K. Ambos, *supra* note 21, S. 476; K. Ambos, *supra* note 25, p. 19 참조.

62) O. Triffterer, *supra* note 31, p. 897.

마. 로마규정예의 도입론과 반대론

유엔총회 준비위원회 초안은 위 시라쿠사 초안 II를 반영한 것이다. 시라쿠사 초안 II의 법률의 착오 규정 내용에서 제외되었던 ‘주관적 요소’ 요건이 준비위원회 초안에 다시 들어갔다. 그리고 이 법규정이 본법에서 특별히 정하고 있는 법률의 착오 인정 조건을 충족할 때 비로소 면책될 수 있도록 바꾸어져 버렸다. 더욱이 최종안을 결정하기 위하여 열린 회의에서 대표들 사이에서 준비위원회 초안에서의 법률의 착오 규정과 관련한 찬반 의견이 극명하게 갈리었다.⁶³⁾ 여전히 법률의 착오를 부정하는 견해도 고수되어 있었다.⁶⁴⁾ 그럼에도 불구하고 1994년도 국제법위원회의 보고서로부터 제외되었던 법률의 착오가 준비위원회 초안 제30조에 의하여 입안되어야 할 기본 조항으로서 포함되었다. 동 초안 제30조에서는 법률의 착오에 대하여 2가지 선택 사항이 논의의 대상으로 제시되었다. 하나는 법률의 착오와 사실의 착오를 포괄하여 규정하는 것이었다. 둘째로는 법률의 착오와 사실의 착오를 분리하되, 법률의 착오가 본법에서 특별히 규정된 경우가 아니면 형사책임 배제 사유가 될 수 없다는 것이었다. 최종안은 2번째 선택사항을 법률의 착오의 골간으로 삼았다. 최종안은 준비위원회 초안에서 지적되었던 애매한 표현이 구체화된 단어 구절로 다듬어졌다.

준비위원회 초안 논의 과정에서는 법률의 착오 배제론과 도입론이 첨예하게 대립하였다. 법률의 착오 배제론은 범죄의 주관적 요건(*mens rea*)에 의한 해결을 이유로 별도의 규정이 불필요하다는 견해이었다.⁶⁵⁾ 법률의 착오 도입론은 심지어 회피 가능한 착오의 경우까지도 형벌 감경사유로 삼을 것을 제시하였다.⁶⁶⁾ 법률의 착오 도입론은 1924년경 이후 국제형사법(Völkerstrafrecht)의 법전 편찬에 노력해 온⁶⁷⁾ 국제형법협회(Association Internationale de Droit Pénal, AIDP)와 국제법협회(International Law Association, ILA)의 영향이 크다. 국제형법협회와 국제법협회는 유엔에 속하지 아니한 채 초국가적 범죄 문제와 관련하여 국제법위원회의 공식 입장에 대해 자체 의견을 공론화하면서 순수 민간단체로 운영되었다. 국제형법협회는 1970년대 이후

63) Draft ICC Statute (consolidated text adopted by the Preparatory Committee), United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1 14 April 1998, p. 67.

64) 이 점이 최종안에 부기되었다; W. Schabas, *supra* note 43, p. 501.

65) *Ibid.*, p. 500; Draft ICC Statute, *supra* note 63, p. 67.

66) W. Schabas, *Ibid.*, p. 500.

67) Hans-Heinrich Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), S. 97, 104.

국제 법원 설립에 적극적 노력을 기울여 왔다.⁶⁸⁾ 국제법협회는 법률의 착오 규정의 도입이 무산되었을 때 이에 대한 부당성 주장의 중심적 역할을 수행하였다.

2. 독일의 이행입법 형식

가. 법률의 착오의 일반형법이론 원용

독일은 로마규정의 이행을 위한 법률로서 「국제형사법전」(Völkerstrafgesetzbuch)을 제정하여 2002. 6. 30.부터 시행하고 있다. 독일은 로마규정의 이행입법을 위해 1999. 10. 전문가 그룹을 구성하였다.⁶⁹⁾ 그 당시 독일은 로마규정 이행에 있어서 독일기본법 제103조 제2항의 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하는 요소를 걸러내고,⁷⁰⁾ 영미법 성격의 국제형사법에 대해 대륙법 체계와의 조화를 이룰 필요가 있었다. 독일에서의 법률의 착오 관련 법규정 이행 과정은 다음과 같다. 첫째, 동법에 독일 형법 총칙 적용 조항이 도입되었다. 이 조항은 2001. 6. 22. 독일연방법무부 전문위원이 작성한 동법 초안 제2조에서 “일반법률의 적용”으로 제안되었다. 그 뒤 이 조항은 2002. 1. 18. 독일연방참사원 초안에 의하여 조문 명칭이 “일반형법의 적용”으로 수정되었다.⁷¹⁾ 둘째, 위 전문위원 초안 제3조에 제안 당시 들어 있었던 정당방위 조항이 독일연방참사원 심의과정에서 삭제되었다. 로마규정의 법률의 착오에 서처럼 로마규정의 정당방위 규정이 영미법적 이론을 도입 배경으로 하고 있었기 때문이다. 그래서 정당방위 조항은 법률의 착오와 마찬가지로 동법 제2조의 적용에 따라 독일형법 총칙이 적용된다. 셋째, 로마규정의 법률의 착오 내용은 대륙법계의 독일형법이론과 충돌한다.⁷²⁾ 독일형법 제17조는 금지착오를 규정하고 있다. 그런데 로마규정 제32조 제2항의 법률의 착오는 영미법상 “법의 부지는 용서받지 못 한다”(error iuris nocet)라는 원칙에 따른 것이다. 이러한 로마규정의 이행은 결국 회피불가능한 금지착오에도 면책을 인정하지 아니하게 되므로 독일에서의 헌법적 사고에 반한다. 독일에서 책임주의는 헌법상의 원칙으로 이해되기 때문이다.⁷³⁾ 넷째, 무엇보다도

68) O. Triffterer, *supra* note 44, p. 977.

69) Werle/Jeßberger, “Das Völkerstrafgesetzbuch”, *JZ* (2002. 8), S. 727.

70) Helmu Satzger, “Das neue Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Würdigung –”, *NSiZ* (2002), S. 126 참조.

71) Sascha Rolf Lüder/Thomas Vormbaum, *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch – Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens* (2003), S. 21.

72) 같은 맥락은 *Ibid.*, S. 30.

동법 제정 과정에서 로마규정상 구성요건들이 독일 일반형법 조항에 맞게 재조정되어 있다. 로마규정에서의 전쟁범죄, 평화에 반하는 죄 및 인도에 반하는 죄가 독일형법상 구성요건들과 해석론적으로 충돌을 발생시키지 아니하도록 동법에 규정되어 있다.⁷⁴⁾ 즉 로마규정의 초국가적 범죄 구성요건이 기존의 독일 형법전 각각의 구체적 구성요건에 상충되지 아니하도록 독일형법 관련 규정의 개정이 수반되었다. 동 국제형사법전은 연방의회 심의를 거쳐 2002. 6. 26. 제정되었다.

나. 명령에 따른 행위의 수정 이행

로마규정 제32조는 명령에 따른 행위에도 법률의 착오에 의한 면책 가능성을 규정하고 있다. 법률의 착오와 관련하여 로마규정 제33조의 요건을 충족할 수 있는 ‘명령에 의한 행위’는 동 국제형사법전 제3조에서 ‘지시나 명령에 의한 행위’로 이행입법되었다. 로마규정 제33조는 “(c) 명령이 명백하게 불법이지 아니하였던 경우”를 면책사유로 규정하고 있다. 그런데 동법 제3조는 행위자가 지시나 명령의 위법성이 불분명한 사실을 알지 못했을 때 면책된다. 즉 로마규정의 “명령이 명백하게 불법하지 아니하였던”이라는 요건이 동법에서 “또한 행위자가 위법성이 명백하지 않다는 것을 알지 못하는 한”으로 변형되어 있다.

초국가적 범죄 가운데 반인도적 범죄행위를 위한 명령의 위법성은 명백하다. 그런데 전쟁범죄의 경우 명령의 위법성이 불분명한 사실에 있어서 행위자가 그 위법성을 알 수 있었던 경우가 발생할 수 있다. 이러한 사안에 대해 독일형법 제17조의 금지착오 규정에 따르면, 회피불가능 요건의 판단기준이 엄격하여 행위자가 쉽게 면책될 수 없다. 그리하여 동법 제3조는 독일형법에서보다 행위자에게 유리하게 이행입법되었다.⁷⁵⁾ 동법 심의 과정에서 2001. 6. 22. 독일연방법무부 전문위원이 작성한 명령에 따른 행위의 초안이 독일연방의회에서 별다른 이견 없이 통과되었다. 명령에 따른 행위의 로마규정 이행에 있어서 2002. 1. 18. 독일연방참사원의 일부 수정만이 있었을 뿐이다. 하나는 위 전문위원 초안에 의하여 제안된 ‘명령 혹은 지시에 따른 행위’는 독일연방참사원 수정안에 따라 정당방위 조항의 삭제로 동법 편제의 순서가 제4조로부터 제3조로 이동하였다. 다른 하나는 위 전문위원 초안에서 행위자가 명령 혹은 지시가 위법하다는 것을 “모르(nicht weiß) 한”이라는 단순한

73) H. H. Jescheck/T. Weigend, *supra* note 13, S. 23.

74) Lüder/Vormbaum, *supra* note 71, S. 19 이하 참조.

75) Gerhard Werle, “Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts”, *JZ* 18 (2001. 9), S. 891.

문언이 “알지 못하는(nicht erkennt) 한” 면책될 수 있는 것으로 수정되었다.⁷⁶⁾

다. 독일 입법례의 시사점

독일에서는 로마규정상 법률의 착오가 그 내용에 있어서 독일형법과 판이하다는 점이 공통적으로 인식되었다.⁷⁷⁾ 이러한 불일치는 영미법과 대륙법 사이의 법리상 차이로부터 발생한다.⁷⁸⁾ 영미 형법상 행위자의 위법행위에 대한 책임조각 성립에 필요한 주관적 요건 결여란 비난가능성(culpability) 없음을 뜻한다.⁷⁹⁾ 이에 따라 행위자에게 비난가능성이 없다고 인정되면 범죄행위의 주관적 요건이 조각될 수 있다. 영미법상 주관적 요건의 결여로 인한 비난가능성 탈락은 사실의 착오에 있어서 본래적인 구조로 발생한다.⁸⁰⁾ 그렇다면 영미 형법의 책임조각 사유는 대륙법계의 책임 판단 단계에 속하는 위법성 인식 결여의 경우와 차이가 있다. 대륙법계의 범죄 성립에 관한 구성요건, 위법성, 책임판단의 3가지 단계에서, 위법성 인식은 금지 착오 성립 여부와 관련하여 책임판단 단계에 속하기 때문이다. 이에 대해 독일 「국제형사법전」은 로마규정 제32조가 책임주의 원칙에 반하므로, 자국의 형법일반이론의 적용을 규정하고 있다. 동법 제3조는 이행법률 제4조와도 다르다. 독일 입법자는 로마규정의 명령의 명백한 불법성 요건을 행위자가 ‘위법성을 알지 못하는 한’이라는 위법성 인식 여부에 관한 요건으로 수정하였다.⁸¹⁾ 요컨대, 독일 입법자는 동법 제2조에 의하여 독일의 금지착오 이론이 적용될 수 있도록 규정하고 있다. 이는 피고인에 대하여 로마규정에서보다 책임조각 사유를 넓게 인정하는 것을 의미한다. 또한 동법 제3조는 피고인의 면책 범위를 독일형법에서보다 확대하여 피고인에게 유리하게 규정하고 있다.

76) Lüder/Vormbaum, *supra* note 71, S. 14.

77) 로마규정과의 상이한 점들은 Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, “Grundlagen der Strafverfolgung völkerstrafrechtlicher Verbrechen in Deutschland”, in Albin Eser/Helmut Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Band 1 (2003), S. 275; 커먼로에 근거한 규정이라는 주장은 K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2. Auflage (2008), S. 343; Kevin Jon Heller, “Mistake of Legal Element, the Common Law, and Article 32 of the Rome Statute”, *Law Journal of International Criminal Justice* (2008), p. 441; K. Ambos, *supra* note 21, S. 806; H. Kreicker, *supra* note 37, S. 217.

78) K. Heller, *supra* note 77, p. 437.

79) Joshua Dressler, *supra* note 36, p. 205.

80) *Ibid.*, p. 155 참조.

81) 조상제, *형사특별법 정비방안(17) - 독일 국제형법전의 입법과정과 내용*(2008), 90면.

III. 법률의 착오 관련 선행 판례 및 국내 이행법률 고찰

1. 법률의 착오 관련 선행 판례의 문제점 검토

가. 전범재판에서 제기되었던 형사책임 배제론

뉘른베르크와 동경 국제군사법원에서 개인의 형사책임 배제 논리의 항변이 제기되었다. 뉘른베르크 국제군사법원의 경우, “정책결정자의 도구화”라는 항변이 제기되었던 ‘High Command’ 사건, “생체실험 등 종사자”와 관련한 I. G. Farben 사건과 “포로 살해 명령” 항변의 Hostage 사건⁸²⁾ 판결에서 적극적 항변 논리가 제시되었다. ‘High Command’ 사건 판결에서는, 상관의 명령과 관련하여 행위자가 일으킨 판단상의 단순한 착오에 대해 형사책임을 지울 수 없다고 주장되었지만, 명령의 범죄성을 이유로 관철되지 못하였다.⁸³⁾ I. G. Farben 사건에서는 행위자의 국제법에 대한 법률의 착오 문제가 제기되었고,⁸⁴⁾ Hostage 사건에서는 전쟁 중 보호대상자에 대한 보호의무의 착오와 관련한 항변이 제기되었지만, 인정되지 아니하였다.⁸⁵⁾

일본 동경재판에서는, 전범재판 당시 ‘명령에 따른 행위’에 기인한 항변 논리로서 다음과 같은 소수의견이 주장되었다. 즉 하타슌로쿠(畑俊六, 일본 파견군사령관)는 직업군인이었다. 군인이 단지 그 나라 정부의 명령에 따라 싸웠다는 것만으로 처벌될 수 없다. 군인이 전쟁에서 싸울 것을 명받았을 때 사직하는 것이 기대되어서는 안 된다. 그것을 요구하는 것은, 정치에 간여하는 것을 군인에게 의무 지우는 것과 동일하다.⁸⁶⁾ 이러한 소수의견은 영미법 관념에 의하면 받아들이기 어려운 주장이었다. 그리고 그 당시 변호인 쿠사노 효우이치로(草野豹一郎)는, 영국에서 “법률의 착오를 무시하는 법칙”⁸⁷⁾이 실시되고 있지만, 동경 전범재판소에서는 다음과 같이 법률의 착오를 적용할 수 있다고 주장하였다.

82) Antonio Cassese, *Rome Statute of International Criminal Court* (2002), p. 893.

83) 자세히는 Elies Van Sliedrecht, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (2012), p. 273.

84) Yearbook of the International Law Commission 1986, *supra* note 50, p. 52.

85) 자세히는 E. V. Sliedrecht, *supra* note 83, p. 273.

86) 朝日新聞法廷記者団, 東京裁判(下卷), 東京裁判刊行會, 1963, 332-333頁; 草野 변론서는 小堀桂一郎 代表, 東京裁判資料刊行會 編, 東京裁判却下未提出辯護側資料, 第七卷 (1995), 561頁 이하 참조.

87) 小堀桂一郎 編, 상계서, 564頁.

첫째, 뉘른베르크와 동경 재판소의 재판 규범이 다르다. 즉 “뉘른베르크 조례”에서는 정부 또는 상관의 명령에 따라 행동한 사실만이 감경될 수 있다. 이에 대해 “동경 조례”에서는, 피고인들의 공적 지위 및 명령 준수 사실에 대해 재판소가 정의의 요구에 맞는 것이라고 판정할 수 있다. 그러므로 피고인들이 일본의 법률에 따라 또는 국제법에서도 정당한 것이라고 선의 또는 타당하게 믿고 한 행위는 위법성의 인식을 조각한다. 둘째, 군인의 경우에 있어서는 더욱 특수 엄격한 봉사의무가 과해져, 상관의 명에 반항하거나 또는 복종하지 아니하는 것은 일본 육군형법 및 해군형법에 의해 항명죄로 엄중한 처벌을 받지 않으면 안 되었다.⁸⁸⁾

결국 전후 뉘른베르크 및 동경의 전범재판에서는 피고인 측에 의하여 주장되었던 법률의 착오의 항변사유가 받아들여지지 아니하였다. 그리고 로마규정 제33조의 명령에 따른 행위로 인한 형사책임 배제는 영미법상의 법률의 착오 항변사유의 예외적 인정이라고 할 수 있다. 이러한 입법 형식은 커먼로 국가들에 있어서 범규정에 법률의 착오 요건을 명시적으로 규정한 형태에 속한다. 그러면 아래에서는 법률의 착오와 관련한 국제형사재판소의 선행 판례들을 검토하기로 한다.

나. 국제형사재판소 루방가 사건 판결

(1) 사건 개요

이 사건은 국제형사재판소 최초의 판결에서 금지연령 이하의 소년병 징집 행위에 대해 행위자의 법률의 착오가 부정된 사안이다. 1999년 이후 콩고민주공화국(Democratic Republic of the Congo, 이하 ‘콩고’)에서 자원이 풍부한 동부 이투리(Ituri) 지역을 둘러싸고 종족 분쟁이 발생하자,⁸⁹⁾ Thomas Lubanga Dyilo가 소년병을 콩고 내전에 참여시키면서 전쟁범죄를 저질렀다. 국제형사재판소의 제1 전심재판부는 Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo 사건 판결에서 피고인의 법률의 착오에 의한 면책 가능성 여부를 심판하였다.⁹⁰⁾

사실관계는 다음과 같다. 피고인 루방가는 1960년 콩고 이투리 지역 지바(Jiba)에서 출생한 후, 2000년경 ‘콩고 애국자 연합’(Union des Patriots Congolais, 이하

88) 상계서, 570-571頁.

89) The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06(2007.1.29), p 105.

90) *Ibid.*, p. 5 이하 참조. 국제형사재판소 재판부 구성 특징은 이윤제, “국제형사재판소 루방가 사건과 검사의 증거개시의무”, **형사정책연구**, 제22권 제4호(2011), 103면 참조.

UPC)을 결성하고, 2002년경 위 연합 군사조직 ‘콩고해방애국군’(Forces Patriotiques pour la Libération du Congo, 이하 FPLC)의 총사령관이었다. FPLC는 2002년 7월부터 2003년 6월까지 15세 미만의 소년들을 체계적으로 징집 및 모병하여 이들에게 군사훈련을 시키고, 적대행위에 참여시켰다. 피고인 자신도 15세 미만의 소년들을 징집하였다. FPLC는 소년들을 훈련소에서 2개월 정도까지 체계적이고 질서정연하게 군사훈련을 시켜 제복, 총기 및 실탄을 지급하고 전선에 배치하였다. 전투 중 소년병들이 사망하기도 하였다. 피고인은 소년병을 호위병으로 활용하였다.⁹¹⁾

(2) 판결논지

법률의 착오는 ① 범죄의 주관적 요소 부정 ② 로마규정 제33조의 ‘상급자의 명령 또는 법률의 규정’의 항변의 범위에 들어갈 경우 그 형사책임 배제의 근거가 된다. 그런데 이 사건에서 명령에 따른 행위와 관련한 법률의 착오 문제는 다루어지지 아니한다. 피고인의 행위가 법률의 착오에 해당하려면, 피고인이 규범적 객관적 범죄 요소를 인식하지 못했어야만 했다. 그러나 공판전 공소사실 확인절차(confirmatory hearing) 목적에 의하여 인정된 증거에는, 범죄가 저질러진 맥락에서 루방가가 착오를 일으켰다는 것을 보여주는 것이 아무 것도 없다.⁹²⁾ 로마규정 제8조 제2항 (b)(26) 및 제네바협약 제1추가 의정서에 따라, 국제적 무력충돌의 충돌 당사국 개념에는 국가 간 충돌 뿐 아니라 “저항운동”도 포함되어 있다.⁹³⁾ 그리고 FPLC가 소년병들을 군사본부 수비 및 호위병으로 활용함으로써 비국제적 성격의 무력충돌에 적용되는 로마규정 제8조 제2항 (e)(7)를 위반하였다.⁹⁴⁾ 콩고는 1961년 「1949년 제네바 협정」 및 1982년에 「추가 의정서 1」을 비준하였다. 그리고 로마규정은 콩고에 의하여 2002년 4월 11일 비준되었다.

(3) 판례의 의미 및 한계

루방가의 행위가 콩고에서 로마규정이 시행에 들어간 2002년 7월 1일 이후에 발생했으므로, 이에 대해 그 당시 국제형사재판소의 재판과정에서 로마규정 제8조 제2항

91) The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06(2007.1.29.), p. 94; 이 사건과 관련하여, 콩고는 2004년 4월 19일 이투리 사태를 국제형사재판소에 회부한 후, 루방가를 체포 및 인도하였다. 또한 국제형사재판소는 2012년 3월 14일 피고인에게 징역 14년형을 선고하였다.

92) 이런 맥락은 *Ibid.*, p. 107-108.

93) 같은 맥락은 *Ibid.*, p. 95.

94) *Ibid.*, p. 82 이하 참조.

(b)(26) 및 제8조 제2항 (e)(7)의 적용 여부가 심리될 수 있었다. 루방가가 콩고의 비국제적 및 국제적 무력충돌 진행기간에 걸쳐 15세 미만의 아동을 적대행위에 참여 시킴으로써 전쟁범죄를 저질렀기 때문이다.⁹⁵⁾ 그런데 이 사건 판결에서 피고인의 법률의 착오 주장이 로마규정 적용의 적법 여부와 별개의 사안인 사실의 문제로서 다음과 같이 배척되었다. 로마규정에서의 법률의 착오는 그 의미가 영미법상 사실의 착오와 혼합되어 있다. 즉 전심재판부의 법률의 착오론은 대륙법계에서 논의되고 있는 금지착오 이론과 동일하지 아니하다.⁹⁶⁾ 그래서 전심재판부 판결논지는 다음과 같이 비판을 받고 있다. 전심재판부에 따르면, 로마규정 제32조 제2항에서 법률의 착오 해석에 있어서 규범적 요소와 사실의 요소가 같다고 본다. 그리하여 루방가에게는 고의로 범죄를 저지르는 것을 알았던 것으로 판단되어 유죄판결이 선고되었다. 이 사건에서 규범적 요소는 소년병을 “징집하는 것 혹은 모병하는 것”이다. 사실의 요소는 “15세 미만”과 같은 것이다. 그럼에도 불구하고 피고인에게 혐의를 인정할 수 없는 경우가 있다. 즉 피고인이 신병들의 연령을 15세 미만이 아닌 16세로 생각할 수 있었다. 그리고 피고인이 신병들을 강제로 모집한 것이 아니라고 오인할 수 있었기 때문이다.⁹⁷⁾

요컨대 피고인은 영미법상 ‘법률의 부지가 용서받지 못 한다’는 커먼로 법리에 따라 형사책임이 배제되지 아니하였다. 그리고 이 사건 판례에서 군사관련 전문용어로서 로마규정에 도입된 ‘소년병을 징집하는 것과 모병하는 것’의 의미와 관련하여, 자원 입대와 ‘강제 징병’이라는 뜻의 평가 문제가 다루어졌다. 루방가의 경우에서 처럼 행위자는 이들 용어의 의미에 대하여 충분히 착오를 일으킬 수 있다고 생각된다. 그런데 이 사건 판례에 따르면, 피고인의 생각에는 소년병이 자발적으로 입대하였다고 여겨졌을 때에도 로마규정 제8조에 의한 전쟁범죄가 성립하였다.

다. 구(舊) 유고 임시 국제형사재판소의 *Prosecuter v. Erdemović* 사건 판결

(1) 사건 개요

1991년 유엔 안전보장이사회는 구(舊) 유고슬라비아 내전 과정에서 발생한 인종

95) 양형 가중 판단은 Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II: The Crimes and Sentencing* (2014), p. 289.

96) T. Weigend, “Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges”, *Journal of International Criminal Justice* (2008), p. 476.

97) 같은 맥락은 *Ibid.*, p. 476 참조.

학살 책임자 처벌을 위하여 ‘구 유고 임시 국제형사재판소’(The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 이하 ICTY)를 설립하였다. ICTY의 재판권 행사는 국내 법원에 우선한다는 특징이 있다. ICTY는 Prosecutor v. Erdemović 사건 판결에서 피고인의 명령에 따른 행위에 대해 국제형사법상의 면책 가능성 여부를 심판하였다. ICTY의 재판에 있어서 법률의 착오 문제는 영미법계의 형법이론이 판단 기준이 되었다. 그리고 이 사건에서 행위자가 자신의 생명의 위태로운 상황을 피하기 위해, ‘상관의 강박에 의해 책임 조각된다’고 믿으면서 민간인 학살 명령을 실행하였다. 이에 대해 법률의 착오 항변이 부정되었다.

이 사건 사실관계는 다음과 같다. 피고인은 1971년 11월 25일 구 유고슬라비아에서 출생한 후 보스니아-세르비아 군(軍) 제10 사보타주 파견대 일원으로 근무중이었다. 보스니아-세르비아 군은 1995년 7월 6일경 유엔의 보호지역인 스테브레니차를 공격하였다. 그 후 피고인은 부대장 Brano Gojković의 명령에 따라 1995년 7월 16일경 즈보르니크 북쪽의 필리카 농장으로 이동하여, 그곳에서 17세부터 60세까지의 민간인들로서 비무장한 보스니아 무슬림의 남자 수백 명을 처형하였다. 그 당시 피고인은 스테브레니차로부터 버스에 실려 필리카에 강제 호송되어 온 무슬림인들을 줄을 세워 놓고 기관총으로 살해하였다.⁹⁸⁾

(2) 판결논지

피고인은 무고한 민간인 살해와 관련된 전쟁범죄 및 반인도적 범죄로 구(舊) 유고 임시 국제형사재판소에 소추되었다. 제1심 판결에 불복한 피고인의 상소이유는 다음과 같다. ① 피고인은 현지에 도착할 때까지 소속 파견대의 임무가 무슬림족 대량 학살이라는 것을 전혀 모르고 있었다. ② 그가 대량 학살 행위를 거절했다. 그러나 그는 “나머지 무슬림들과 함께 줄을 서고 자기를 쏘도록 가지고 있는 총기를 다른 사람에게 주라”는 협박을 당했다. ③ 그가 명령을 수행하지 않았다면 분명히 죽었을 것이며 처와 아들이 위협하게 되었을 것이다. 이에 대해 상소재판부는 다수의견에 의해⁹⁹⁾ 증거 불충분으로 피고인의 강박 항변사유 및 법률의 착오를 부정하였다.¹⁰⁰⁾

⁹⁸⁾ ICTY in the Appeals Chamber Judgment, Prosecutor v. Erdemović; IT-96-22-A(1997.10.7); 이 사건에서 제1심 재판부는 피고인에게 반인도적 범죄 행위를 근거로 10년 구금형을 선고하였다. 이에 대해 피고인은 명령에 따른 행위를 이유로 상소를 제기하였다.

⁹⁹⁾ 佐藤宏美, *supra* note 24, 188頁 이하 참조.

¹⁰⁰⁾ K. Ambos, *supra* note 25, p. 352; ICTY in the Appeals Chamber Judgment, Prosecutor v. Erdemović; IT-96-22-A(1997.10.7.).

그리하여 상소재판부는 피고인의 무죄 청구를 만장일치로 기각하였다.

(3) 판례의 의미 및 한계

구(舊) 유고 임시 국제형사재판소 규정에 명령에 따른 행위의 면책 조항이 없었다. 개인의 형사책임과 관련하여 동 규정 제7조 제4항은 “명령에 따른 행위로 행위자가 형사책임을 면하지 아니함”을 명시적으로 규정하고 있다. 이 법규정은 뉘른베르크 국제군사법원 헌장 제8조와 유사하였다. 그래서 상소재판부는 도덕적 선택 불가능 상황을 비롯하여 명령에 따른 행위로서의 항변사유의 주장과 관련한 피고인의 상소를 배척하고 1심재판부 판결에서처럼 유죄 입장을 견지하였다.

생각건대 구 유고 임시 국제형사재판소 규정은 로마규정 이전에 마련된 것으로서, 무력 충돌 지역에서 행하여진 전쟁범죄에 대해 항변사유와 관련한 법규정에 있어서 내재적 한계가 있었다. 즉 피고인에 대하여 명령에 따른 행위에 대하여 법률의 착오가 인정될 수 있는 근거 규정이 없었다. 더욱이 이 사건 재판 과정에서 제기되었던 법률의 착오 범리가 영미법적 사고에 바탕을 두었던 것이었다. 즉 법률의 착오의 판단에 있어서 행위자의 정신 상태가 주관적 요건 결여와 관련하여 심리되었다.¹⁰¹⁾ 하지만 전쟁범죄에서 피고인의 명령에 따른 행위가 법률의 착오에 문의될 수 있다고 생각된다. 그래서 상소심 재판부의 Cassese 재판장은 소수의견에서 “재판소가 커먼로 국가들의 개념에 배타적으로 의존해서 대륙법 국가들의 개념을 도외시하는 것을 삼가해야 할 것”을 강조하고 있다.¹⁰²⁾

라. 맺는 말

루방가 사건 판결에서는 로마규정 제32조 법률의 착오와 관련하여 민간인 소년들의 전쟁 투입 행위가 문제되었으며, 에르데모비치 사건에서는 민간인 살해의 명령 복종행위에 대한 항변사유 인정 여부가 쟁점화 되었다.¹⁰³⁾ 그리고 이들 사안에서 법률의 착오에 관한 논의는 다음과 같은 관점들에서 대륙법계 형법이론과 다르다. 즉 ① 로마규정 법률의 착오에서 주관적 요소는 대륙법계의 책임단계에 속하는 것처럼 되어 있다. 영미법상 범죄의 주관적 요건(*mens rea*)은 우리형법상 책임요소처럼

¹⁰¹⁾ ICTY in the Appeals Chamber Judgment, Prosecutor v. Erdemović; IT-96-22-A(1997.10.7); K. Ambos, *supra* note 25, p. 374.

¹⁰²⁾ Prosecutor v. Erdemović; IT-96-22-A(1997.10.7): separate and dissenting opinion of Judge Cassese, p. 8.

¹⁰³⁾ 강박 항변 입장은 K. Ambos, *supra* note 4, S. 229; 佐藤宏美, *supra* note 24, 188頁 이하.

해석되고 있기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 예컨대, 영미법에서는 정신능력의 결함이 법률의 착오 판단 사유로 작용한다. ② 대륙법계에서 위법성 인식 결여는 책임배제사유이지만, 로마규정에 따르면 위법성 인식의 책임판단 단계 검토 없이 범죄의 주관적 요건은 마치 인과적행위론에 의한 고의 책임의 요소로 평가되지 않을 수 없다. ③ 영미법에서는 “법률의 부지는 용서되지 않는다”는 원리가 오늘날까지 통용되고 있다. 법률의 부지란 행위자가 금지규범의 존재를 전혀 알지 못하는 상태를 말한다.¹⁰⁵⁾ 그리고 “법률규정을 모르는 것”과 “자기의 행위가 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 경우”는 다르다.¹⁰⁶⁾

2. 국내 이행법률 해석 방안

6.25전쟁 중에는 일반형법상 살인행위의 잔인성을 초월하는 인명살상행위가 발생하였다. 형법 각칙의 외환의 죄와 군형법의 이적의 죄는 외부로부터의 국가적 안전을 위태롭게 하는 범죄들을 규정하고 있다. 외환의 죄는 외국인의 국외범에 해당하는 범죄 유형을 포함하고 있다. 형법에 의하여 적국의 침략에 기인한 전쟁범죄를 규율하기에는 어려움이 있었다. 전쟁 중에는 살인 금지와 같은 인간 상호간의 공동생활의 기초 준칙이 국제법에 합치하는 전투행위 맥락에서 효력을 상실한다. 전쟁 중 교전국 간의 전투행위는 전쟁법상 정당행위로 평가되어 왔다.¹⁰⁷⁾ 이행법률에 의하면, 적군이 아닌 민간인에 대한 공격, 금지된 무기류나 탄약의 사용 등이 전쟁법위반 행위이다. 전시에는 ‘덤덤탄’의 사용이 금지되어 있는데, 이러한 탄약의 사용에 대하여 형법 각칙의 적용은 한계가 있다.¹⁰⁸⁾ 오히려 전쟁행위로 인한 대량의 인명살상 행위에 대한 선고 형량이 일반살인보다 가벼울 수 있다. 이는 전쟁범죄에 대한 일반형법 적용의 부적절성을 시사한다.

전쟁범죄는 전쟁 법규 및 관습법을 위반하는 행위이다. 그동안 전쟁법 적용에는 승자의 법칙이 지배하였다. 이에 따라 한편으로 전쟁법위반이 상급자의 명령에 따른 것이더라도 하급자가 책임을 면할 수 없었다. 다른 한편으로 행위자에게 법률의

104) 이진국, *supra* note 8, 25면.

105) 손해목, **형법총론**, 1996, 497면.

106) 대법원 1990. 1. 23. 선고 89도1476 판결.

107) 홍성화, *supra* note 1, 436면; Till Zimmermann, “Gilt das StGB auch im Krieg?”, *GA* (2010), S. 512.

108) 이행법률 제14조 제1항 제3호는 “인체 내에서 쉽게 팽창하는 총탄”의 사용을 금지하고 있다; Till Zimmermann, *Ibid.*, S. 507.

착오가 인정되지 아니하더라도, 이러한 처리는 항변사유로서의 흠결이라 할 수 없었다. 그러나 전쟁 중 민간인 피해발생 체험은 법률의 착오에 기인한 행위 가능성을 각성시키게 되었고, 이것은 재판과정에서의 피고인 변론 및 로마규정 입법 과정을 무대로 논의되어 왔다. 그러면 먼저 이행법률의 해석론에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 해석론적 고찰

(1) 법률의 착오

헌법 제6조 제1항은 국제법의 국내법과 같은 효력을 규정하고 있다. 이 때문에 로마규정은 국내법처럼 적용된다. 이행법률에는 로마규정 제32조 제2항 법률의 착오에 대하여 이행, 미이행에 관한 아무런 언급이 없다. 독일 『국제형사법전』 제2조와 같은 형법 일반이론의 적용 규정도 없다.¹⁰⁹⁾ 이행법률 도입 당시 줄속 입법의 정황은 국회 이행법률 심의과정에 나타나 있다. 즉 “(이) 법률안은 관계 기관끼리 부딪치는 것도 없고 이행 법안이기 때문에 서둘러 통과시켜야 되는데 이의 없으시지요? ‘예’ 하는 위원 있음.”¹¹⁰⁾ “정부가 제출한 원안대로 처리하였습니다.”¹¹¹⁾ 정부안의 국회 상정을 앞두고 이루어진 국회의 심사보고서에도 로마규정 법률의 착오의 이행 유보 여부와 관련한 기록이 없다. 여기서 법률의 착오 문제는 국내 형법이론에 의하여 대체 가능하다고 생각할 수 있다. 그렇다면 형법 제8조에 따라 특별형법인 이행법률에 대하여 형법총칙이 적용된다. 여기에서 세계형법전 의미의 ‘국제형법’ 견해에 의하면, 이행법률은 ‘국내적 국제형법’이라고 표현된다. 그리고 이행법률의 적용 대상 범죄에 형법 제16조의 법률의 착오 규정이 적용될 수 있다고 한다.¹¹²⁾ 하지만 세계형법전의 국내적 측면과 국제적 측면이 별도로 존재할 수는 없다고 생각된다. 그리고 이행법률에 일반적 법률의 착오에 관한 명확한 근거가 없다. 한편, 우리에게 있어서 법률의 착오의 실제적 현상은 국제적 무력충돌관계에서 발견된다. 이 가운데 아프카니스탄 파견 다국적 평화유지군의 오폭 사례가 있다. 다국적군의 석유티럭을 탈취한 아프간 탈레반이 인근 강가의 하상에 머물고 있었다. 그 트럭 주변에

109) 형법 제16조의 직접 적용론은 이진국, “상관의 위법한 명령에 따른 행위”, **형사법연구**, 제26권 제2호(2014), 392면 참조.

110) 2007년도 제269회 국회 국회법안심사 제1소위원회 회의록, 제269회 법제사법소위 제3차, 8면.

111) 2007. 11. 23. 제269회 국회(정기회) 국회본회의 회의록, 제11호, 6면.

112) 이진국, *supra* note 109, 392면.

사람들이 모여 있었다. 그런데 다국적군 사령관은 상황을 잘못 판단하고 공습 명령을 내려 많은 수의 민간인 사상자를 냈다. 이러한 행위에 대해 포섭의 착오 성립여부가 논의될 수 있었다.¹¹³⁾

(2) 명령에 따른 행위

명령에 따른 행위에 있어서 로마규정 제32조의 “제33조에 규정된 바” 요건은, 불법명령과 관련하여 영미국가 형법이론에 기초하고 있다. 불법명령에는 무력충돌과의 관련성이 요청된다.¹¹⁴⁾ 이행법을 있어서 행위자가 상급자 등의 명령이 명백히 불법하지 아니하였고 그 불법함을 몰랐을 때 ‘벌하지 아니하는 것’으로 평가된다.¹¹⁵⁾ 우리 입법자는 로마규정의 “충실한” 이행을 위해 ‘오인에 정당한 이유가 있는 때’ 요건을 추가하고 있다.¹¹⁶⁾ 형법은 명령복종행위를 정당행위로 규정하고 있다. 여기에 균형법상의 명령복종관계도 포함된다. 균형법 제47조(명령위반)¹¹⁷⁾의 ‘정당한 명령’ 표지는 미국 균형법으로부터 유래한다. 우리 균형법은 「국방경비법」 제16조 제2항¹¹⁸⁾이 계수한 미국 「통일 균형법」 제92조¹¹⁹⁾의 “정당한 명령” 조문을 반영하고 있다.

대법원은 ‘정당한 명령’을 미국 균형법에 규정된 “적법한 명령”의 의미로 파악하여 “명백히 불법한 내용이라고 보이지 않는 명령”이라고 한다.¹²⁰⁾ 이러한 해석은 균형법의 미국 균형법 계수에 따른 입법자 의도를 참작한 것이라고 할 수 있다. 미국 균형법상 ‘적법한(lawful) 명령’에 조응(照應)하는 표지는 로마규정 제33조에도 있다. 즉 동 규정에 의하여 행위자가 명령의 ‘불법(unlawful)’임을 알지 못하였고, 그 명령이 명백하게 ‘불법(unlawful)’하지 않았다면 형사책임이 면제된다. 정당한 명령 또는 규칙의 의미란 균통수작용상 형벌의 실질적 내용에 관한 명령으로서 그 위반에

113) 회피가능성 있음은 Kai Ambos, *Fälle zum internationalen Strafrecht* (2010), S. 78.

114) Draft ICC Statute, *supra* note 63, p. 70.

115) 2004. 4. 법무부장관 명의, 국제형사재판소 관할범죄의 처벌등에 관한 법률(안) 입법 예고 참조.

116) 김영석, *국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서*(2008), 31면.

117) 균형법 제47조(명령위반): “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람”; 국방부법제위원회 편찬, *국방관계법령집*(1)(1960), 334, 364면.

118) 국방경비법 제16조(항명) 제2항: “상관의 정당한 명령을 이행하지 않는 자”; 상계서, 334, 364면.

119) 1951. 5. 31. 시행 미국 통일균형법 제92조의 “적법한 일반명령 또는 규칙”은 William B. Anycok/Seymour W. Wurfel, *Military Law under the Uniform Code of Military Justice* (1955), p. 15, 421.

120) 대법원 1967. 3. 21. 선고 63도4 판결; 육군법무실, *균형법주해*(2011), 128면.

대하여 “형사처벌의 필요가 있는 것”을 대상 범위로 한다. 정당한 명령의 범위에는 군인의 일상행동 준칙을 정하는 사항은 포함되지 아니한다.¹²¹⁾ 판례에 따르면, 군 교도소에서 복역 중인 여호와의 증인이 집총명령에 불응하더라도, 이것은 군형법 시행령상 참모총장의 인정에 따라 이루어진 정당한 명령에 대한 항명이 아니다.¹²²⁾

여기에서 상급자의 명령을 적법한 명령으로 오인한 하급자의 행위에 대하여 위법성이 조각된다는 견해(위법성 조각설)와 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오라는 주장(책임조각설)이 제시되고 있다. 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오라 함은, 행위자가 우리형법상 위법성 조각사유인 정당행위로서 자신의 행위를 잘못 오인하는 것을 말한다. 이러한 착오는 오상정당행위 사안에 해당한다.¹²³⁾ 이들 2가지 학설에 대한 논의의 실익은 오상정당행위에 대하여 피해자 또는 제3자의 정당방위 가능성에 있다.

우선 위법성 조각설에 따르면, 위법성판단 단계에서 정당행위로서의 명령복종행위에 대하여 적법성이 인정되면 위법성이 조각된다.¹²⁴⁾ 위법성 조각설로서 ‘여우고개’ 사건 판결에 의하면,¹²⁵⁾ 중대장 당번병이 관사를 떠나서까지 중대장 또는 그 처가 심부름으로 시키는 일을 해왔다. 이러한 피고인의 행위는 임무범위에 속하는 관행이라고 인정되었다. 이 관행은 그 당시 당번병들이 그들 임무로서 수행해 왔던 것이었지만, 명시적으로 공포된 명령 규칙의 수행에 따른 것이 아니었다.¹²⁶⁾ 전쟁범죄에서 명령에 복종한 하급자 항변 논리가 판례의 위법성 조각 판결논지와 같은 결론에 도달하게 된다.¹²⁷⁾ 물론 이러한 ‘관행’이 영미법상 항변사유로 인정될 수 없다.

이에 대해 책임조각설은¹²⁸⁾ 행위자가 “정당한 명령”으로 오인한 행위에 대하여,

121) 자의적 확대해석 방지 목적에 기인한다. 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌가12 결정 참조; 정당한 명령 기준은 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1282 판결[공2002.8.1. (159), 1745].

122) 대법원 1977. 7. 12. 선고 77도1457 판결[공1977.8.15.(566), 10204].

123) 학계의 ‘오상과잉정당행위’ 제시는 이용식, **현대형법이론 I** (2008), 266면 참조. 오상 정당행위는 착오의 정당행위 관련성을 특정하는 의미를 지닌다.

124) 신동운, **신판례백선 형법총론**(2009), 362면; 독일의 경우 위법성 조각설이 다수설이다. 성낙현, **형법총론**(2010), 305면.

125) 신동운, 상계서, 360면 참조.

126) 박찬걸, “군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안”, **형사법연구**, 제23권 제3호(2011), 330면.

127) 이 같은 견해는 이진국, *supra* note 109, 393면.

128) 신동운, *supra* note 19, 343면; 오영근, **형법총론**, 제3판(2014), 238면; 위법성의 착오라는 엄격책임설은 김성돈, **형법총론**, 제3판(2014), 396면.

책임판단 단계에서 ‘위법성 인식 가능성’이 없을 때 책임이 조각된다는 견해이다.¹²⁹⁾ 이러한 견해는 이행법률 입법 의도와 맥락을 같이한다. 이행법률 제정 당시 국회 법사위 검토보고는 동 법률안 제4조 입법 목적을 “명령에 의한 행위로 인한 책임 조각”으로 명시하고 있기 때문이다.¹³⁰⁾ 또한 고의의 이중적 지위에 관한 이론이 실효성을 거둘 수 있도록 오상정당행위¹³¹⁾에 대하여는 구성요건적 고의가 인정되지만, 고의책임이 제한되어야 한다. 책임조각설로서 ‘박종철 고문치사 사건’을 예로 들 수 있다. 이 사건 판결에 의하면, 명백한 위법명령에 따른 행위가 정당한 행위에 해당한다고 볼 수 없다. 정당한 행위에 대한 오인 여부는 피고인들의 상고이유에서 제기되지 아니하였던 까닭에 다루어지지 아니하였다.¹³²⁾ 이 부분과 관련하여 전(前) 유고 임시 국제형사재판소 ‘에르데모비치’ 사건 판결에서 하급자 항변 논리가 재구성될 수 있다. 당시 피고인은 명령불복종으로 생명의 위협을 당하면, 처벌받지 아니할 것이라고 잘못 오인하였다.¹³³⁾ 위 사건 판결에서 피고인이 일으킨 착오의 항변이 배제되었다. 임시 국제형사재판소에 관한 법규정에 의하면 명령에 따른 행위에 대해 면책 조항이 없었기 때문이다.

나. 책임조각설의 타당성 검토

로마규정에 도입된 법률의 착오 조항은 우리 형법상 책임판단 단계에서의 논의 사항이다. 이행법률의 명령에 따른 행위에 있어서 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오는 책임조각사유에 해당한다. 생각건대 위에서 살펴본 책임조각설은 다음과 같은 논리적 타당성이 있다. 첫째, 1951년경 전시 형법이 적용된 판례로서, 「국방경비법」 법제연혁이 참작되어 오상정당행위에 대해 “범의 없음” 판결이 이루어진 사례가 있다. 즉 미국 군형법의 영향으로 인한 「국방경비법」 적용 시기 판례에서 명령불복종관계에서의 살인죄 피고인에 대하여 범죄의 주관적 요건인 “범의”가 조각되었다. “전투원과 비전투원의 구별없이 살해케 한 … 대대장의 작명(作命)실행

129) 미공포 명령 규칙이 많아져 “위법성 인식 가능성조차도” 없다는 점은 박찬걸, *supra* note 126, 330면.

130) 국회 법제사법위원회, 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률안(정부) 검토보고(2007. 6), 24면.

131) 금지착오와 관련해서는 이용식, *supra* note 123, 194면 참조.

132) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결; 신동운, *supra* note 124, 463면 이하 참조.

133) 자세한 것은 Kai Ambos, *supra* note 25, p. 374. 행위자의 항거 시도에 의하여 불법명령 인식 가능성이 추정될 수 있다. 그리고 전쟁범죄 처벌 의지의 정책적 고려 입장에 따르면 면책 가능성은 더욱 좁혀진다.

행위로서 한 것임으로 범의 없다.”(대구중앙고등군법회의 1951. 12. 16. 선고 국방경비법 제148조 등 위반 사건 판결)¹³⁴⁾ 이러한 판례의 태도는 영미형법의 범죄의 주관적 요건(*mens rea*) 결여에 의한 무죄판결과 유사하다. 이 판례는 목적적행위론의 도입 이전에 판시된 것으로서 행위자의 고의가 책임요소로 판단되었던 시기에 이루어졌다. 둘째, 착오 부분은 긍정되었지만, 금지착오 성립에 있어서 요청되는 ‘정당한 이유’ 부분이 부정된 판례가 있다. “사측 순회설명회가 부당노동행위에 해당한다고 오인하였다 하더라도, 거기에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.”(대법원 2011도15497 판결)¹³⁵⁾ 즉 판례에서 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오 성립 가능성이 심리되고 있다.

셋째, 법률의 착오에 대해 영미법과 대륙법계의 해석론적 입장이 다른 것으로 평가된다. 대륙법계의 주장에 따르면,¹³⁶⁾ 법률의 착오가 미국 모범형법전의 입법 형식을 기초로 도입되었을 뿐만 아니라,¹³⁷⁾ 주관적 요소에 관한 로마규정이 독일 형법상 고의 성립요건이나 금지착오이론과도 다르다. 주관적 요소로부터 미필적 고의가 제외되어 있다. 한편 영미법 학자들에 의하면, 주관적 요소의 개념 범위가 범죄의 주관적 요건(*mens rea*)보다 축소되었을 뿐만 아니라 법률의 착오가 사실의 착오로부터 분리되어 있다.¹³⁸⁾ 이 점은 로마규정 법률의 착오 규정에 대한 영미법과 대륙법계의 입장 차이가 극명하게 드러나는 부분이다. 로마규정 제정 과정에서 프라이부르크 초안에 의하여 피고인의 회피불가능 요건이 면책사유로서 제안되었지만 반영되지 아니하였다.¹³⁹⁾ 준비위원회가 법률의 착오의 허용 범위를 좁히려 했기 때문이다.¹⁴⁰⁾ 이러한 로마규정은 제121조에서 “시행 7년후 개정 제안할 수 있음”을 규정하고 있다. 이에 따라 로마규정의 법률의 착오 조항은 책임주의 원칙상 입법 개선 의견이 제안되고 있다.¹⁴¹⁾

134) 한인섭 편, **거창양민학살사건자료집(III)**(2003), 182면. 국방경비법(1948. 8. 4. 발효 법률 제177호) 제48조(살인): 여하한 군법 피적용자든지 살인을 범하는 자는 군법회의 판결에 의하여 사형, 중신징역 또는 3년 이상의 징역에 처함; 국방부법제위원회 편찬, *supra* note 117, 339면.

135) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15497 판결; 신동운, **판례분석 형법총론**(2015), 414면.

136) E. V. Sliedrecht, *supra* note 83, p. 278 이하.

137) *Ibid.*, p. 282.

138) 법적 요소의 착오 주장은 K. J. Heller, *supra* note 77, p. 420.

139) A. Eser, *supra* note 34, p. 934.

140) E. V. Sliedrecht, *supra* note 83, p. 283; W. Schabas, *supra* note 43, S. 499.

141) H. H. Jescheck, *supra* note 26, S. 47.

넷째, 명령에 따른 행위로 인한 오상정당행위 사안에 대하여 책임조각설은 이행법률 제4조의 입법 의도와 부합한다. 그리고 에르데모비치 사건에서처럼 행위자가 법질서 위반 사실을 알면서도 항변사유의 실질적 요건이 존재한다고 착오를 일으킨 행위에 대하여도 금지착오의 적용이 가능하다고 생각된다. 그 당시 에르데모비치는 강박 상태에서의 자신의 행위가 특별히 허용될 수 있을 것이라고 믿고 민간인 집단살해로 나아갔기 때문이다.¹⁴²⁾ 그리하여 법률의 착오와 관련한 이행법률 해석론상 정당한 이유가 있을 경우 책임비난 탈락 가능성이 논의될 수 있다고 생각된다.

3. 입법론

제2차 세계대전 이후 전범재판과 구(舊) 유고 국제형사재판소에서 일반적으로 승인된 국제법 원리에 따라 중대한 범죄를 저지른 사람에 대하여는 소급효 금지원칙의 예외가 인정될 수 있었다. 이러한 예외적 소급효 논리는 영미법적 영향으로 평가된다.¹⁴³⁾ 1993년 독일에서도 구 동독 사회주의 통일당의 불법행위를 처벌하기 위하여 공소시효 정지에 관한 법률이 도입되었다.¹⁴⁴⁾ 우리가 가입한 국제조약으로서 「집단살해범죄 방지 및 처벌에 관한 협약」은 1951년 12월 12일부터 효력을 발생하고 있다. 이 국제조약에 의한 집단살해의 범규범의 실체가 로마규정과 이행법률에 도입되었다.¹⁴⁵⁾ 이행법률에 규정된 집단살해죄는 1951년 국제조약의 집단살해죄와 동일한 것으로 평가되고 있다.¹⁴⁶⁾ 이 조약은 오랜 기간 유보 상태를 거쳐 이행법률 제정에 의하여 간접 이행되어 있다.¹⁴⁷⁾ 그리고 이 조약은 한국전쟁 시기에 위법성 판단기준이었다. 이에 대해 이행법률의 적용 가능성은 제한적이다. 이행법률 제6

¹⁴²⁾ K. Ambos, *supra* note 25, p. 374.

¹⁴³⁾ 신동운·김재봉 공역, “베를린 장벽경비판결(BGH NStZ 1993, 129)”, *서울대학교 법학*, 제34권 3·4호(1993), 308면.

¹⁴⁴⁾ 「독일(구동독: 필자) 사회주의통일당의 불법행위들에 있어서의 시효정지에 관한 법률」(Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten vom 26. 3. 1993) 제1조는 “독일(구동독)의 사회주의통일당 불법체제의 통치기간에 시효 정지”를 규정하였다; *Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1993, Teil I* (online), S. 392.

¹⁴⁵⁾ K. Ambos, *supra* note 95, p. 2.

¹⁴⁶⁾ 김영석, *국제형사재판소법 강의*, 개정판(2014), 10면. 정치적 학살이 제외된 점은 조국, “반인권적 국가범죄’에 대한 공소시효의 정지·배제”, *한인섭 편, 재심·시효·인권* (2007), 244면 참조.

¹⁴⁷⁾ 이런 취지는 강우예, *형사특별법 정비방안(16) - 주요선진국의 형사특별법제 연구*(2008), 37면 참조.

조에 따른 공소시효 적용 배제의 효력이 장래효에 불과하기 때문이다.¹⁴⁸⁾ 그리하여 이러한 범죄에 대한 사법판단에 있어서 소급 처벌 문제가 걸림돌이다. 하지만 아무리 전쟁범죄 행위자가 오랜 기간 정상적으로 생활하여 왔다고 하더라도 형사 책임을 면할 수 없다고 생각된다.¹⁴⁹⁾ 한국전쟁에서의 민간인 집단 학살은 전쟁범죄와 결합하여 저질러졌다. 그 당시 “경계선이 계속 변경”되는 상황에서 “북한측, 남한측, 미군 측”에 의한 민간인 집단학살 행위가 발생하였다. 국회의 진상조사 결과도 있다.¹⁵⁰⁾ 북한군과 중국군의 집단살해와 관련해서는 전쟁 당시 이미 조사가 이루어졌다.¹⁵¹⁾ 미군의 전쟁범죄에 대해서는 미군 행위자의 처벌을 주장하는 목소리가 크다.¹⁵²⁾ 그리고 한국군에 의한 전쟁범죄로는 거창 민간인 학살 사건이 대표적이다.¹⁵³⁾ 그럼에도 불구하고 북한정권 존속기간, 미군 전쟁범죄에 대한 미국의 재판권 행사 기간¹⁵⁴⁾에는 사실상 대한민국의 재판권 행사가 불가능하였다는 문제가 있다. 미군범죄에 대한 판례의 태도에 따르면 대한민국 영토 안에서 계엄령과 같은 적대행위 상황 발생시 전속적 재판권의 미국으로의 이관이 불가피하다.¹⁵⁵⁾ 한미주둔군 지위협정(한미 SOFA)상 ‘적대행위 발생시’의 개념 범위가 애매하여, 한국전쟁 이후 “휴전이 전시”인지가 불분명하다.¹⁵⁶⁾ 이 때문에 입법적 대안이 요청된다. 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」에 따르면 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.¹⁵⁷⁾ 이 특례

148) 이행법률은 제6조에서 “집단살해죄등”에 대하여 “시효의 적용배제”를 규정하고 있다. 로마규정은 제24조 제1항에서 “(이) 규정 발효 이전의 행위”에 대한 소급효 금지를 규정하고 있다. 이행법률은 입법 과정에서 “과거 범죄에 대해 (중략) 소급효”가 없는 것으로 확인되었다. 2007년도 제268회 국회법안심사 - 법제사법 제10차 회의록, 제8면.

149) 유엔은 1968년 ‘전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 시효 부적용에 관한 협약’을 채택하였다. 2002. 8. 26. 김원웅 의원 등 21인은 정부에 대해 동 협약 가입을 촉구하였다.

150) 한인섭, “한국전쟁과 형사법”, **서울대학교 법학**, 제41권 제2호(2000), 137, 166면.

151) 미군 ‘전쟁범죄조사단’의 조사는 양정심, “한국전쟁기 미군의 전쟁범죄 조사와 처리”, **전쟁속의 또 다른 전쟁**(2011), 261면. 북한에 의한 전쟁범죄 피해 민간인 통계는 김기진, **미국 기밀문서의 최초 증언**(2006), 175면.

152) 이재곤·정구도, “노근리사건의 역사적 및 국제법적 성격과 향후과제”, **충남대 법학연구**, 제19권 제2호(2008. 12), 273면.

153) 한인섭, *supra* note 150, 166면.

154) 형사재판권 제한의 점은 신동운, **신형사소송법**, 제5판(2014), 757면; 김성돈, *supra* note 128, 110면.

155) 대법원 1980. 9. 9. 선고 79도2062 판결[집28(3)형,1:공1980.11.1.(643),13175].

156) 이장희, “형사관할권조항의 문제점과 개정방향”, **한-미주둔군지위협정연구**(2000), 114면.

157) 홍성우·한인섭, **인권변론의 한 시대: 홍성우 변호사의 증언**(2011), 723면 참조.

법은 헌법재판소에 의하여 “중대한 공익”을 전제로 진정소급효를 갖는 예외적 입법이라고 판시되었다.¹⁵⁸⁾ 그리하여 위 특별법 제3조에 아래와 같은 조항이 추가된다면, 한국전쟁에서 행하여진 모든 전쟁범죄의 공소시효가 정지될 수 있다.

“3. 한국전쟁에서 발생한 전쟁범죄나 이 범죄로 행하여진 집단살해죄. 이러한 범죄와 관련하여, 국가의 소추권 행사에 장애사유가 존재한 기간은 북한정권 존속기간을 포함한다. 단, 이 기간에 대한민국이 재판권을 행사할 수 없었던 기타의 경우에도, 이를 장애사유의 존재로 본다.”

그리고 책임주의 원칙의 엄격한 적용이 요청된다. 이에 따라 전쟁범죄에 대하여 법률의 착오 적용론이 책임 개별화에 의한 과잉처벌 방지를 위하여 중요한 의미를 가지게 될 것이다. 즉 1950년 충북 영동군 노근리에서는, 미군의 지상 및 공중 공격으로 400여 명의 피난민들이 남녀노소와 관계없이 살해되었다. 그 당시 미군은 피난민으로 위장한 북한군들을 공격하기 위해 사격 명령에 따랐다고 하였다.¹⁵⁹⁾ 생각건대 미군이 민간인들을 공격하는 것을 알면서도 전쟁 중에는 민간인들도 적법하게 공격받을 수 있다고 착오를 일으킬 수 있다. 그리고 미군이 민간인 살해를 전쟁범죄로 알면서 민간인을 공격할 때 주민 속에 군인들이 있다면 그 주민은 민간인의 지위를 상실한다고 착오를 일으킬 수 있다. 이러한 사례들에 대하여 법률의 착오가 논의될 수 있다.¹⁶⁰⁾ 또한 미군의 오인공격이 적법 명령에 대한 신뢰에 기인하였다면, 행위자에게 정당한 이유가 있을 경우 책임이 조각될 수 있다.¹⁶¹⁾

다음으로 우리형법이론의 일방적인 대체 적용 문제를 살펴보기로 한다. 로마규정의 법률의 착오 규정이 형법 제16조와 다르다. 현행 이행법률의 입법 형식이 묵시적 이행을 뜻하는 것이라면, 그것은 우리 형법이론과 일치할 수 없다. 그리하여 로마규정 제32조 제2항의 주관적 요소의 흠결로 인한 법률의 착오 성립은 거의 불

158) 「5.18민주화운동 등에 관한 특별법」 위헌제청 사건에서의 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13(병합) 결정[판례집 8권1집].

159) 2007. 3. 독일 공영방송 ARD-TV 보도(이재근·정구도, *supra* note 152, 258면 재인용); Christi Siver, “The Dark Side of the Band of Brothers: Explaining Variance in War Crimes”, Prepared for delivery at the 2009 Annual Meeting of the American Political Science Association, p. 27.

160) 로마규정상 ‘주관적 요소’ 문제로는 E. V. Sliedrecht, *supra* note 83, p. 272 참조.

161) 같은 맥락은 황지환, “한미관계의 국제정치적 현실과 국제규범의 긴장”, **미국문서로 본 한국전쟁과 학살**(2011), 12면.

가능하다.¹⁶²⁾ 묵시적 유보의 경우 로마규정의 적용 사안에 대하여 우리형법이론의 대체 적용을 뜻하는데, 이것은 로마규정 제120조의 “유보” 불허용 원칙에 어긋나는 것이라고 생각된다. 그리하여 이행법률에 있어서 죄형법정주의의 명확성 원칙에 상응하도록 일반적 법률의 착오와 관련한 근거 규정이 명시되어야 할 것이다. 이러한 적용 근거의 명문화는 다음과 같은 의의가 있다. 한편으로는, 이행입법은 로마규정을 존중하면서도 국내형법이론을 배척하지 아니할 수 있다. 예컨대, 관례에서 법률의 착오에 대하여 “정당한 사유”가 쉽게 인정되고 있지 아니하다. 로마규정에서 법률의 착오 항변사유 역시 영미법에 의한 법률의 착오와 유사한 형태로 제한되어 있다. 그렇다면 로마규정 법률의 착오나 우리형법의 일반형법이론의 적용 결과가 서로 마찬가지로의 결론에 이르게 된다.¹⁶³⁾ 따라서 이행법률이 애매한 입법 형식을 취할 것이 아니다. 다른 한편으로는, 일반적 법률의 착오 이행 조문의 입법은 책임조각설의 해석 근거로 작용할 수 있다. 이러한 일반 조항 명문화에 따라, 피고인의 법률의 착오 여부가 책임판단 단계에서 책임비난 탈락 가능성과 관련하여 적극적으로 다루어질 수 있다. 즉, 책임조각설의 경우 형사정책적 관점에서 피해자 등의 정당방위를 통한 전쟁범죄 억제 효과가 기대되므로 이행법률에 책임조각의 명시적 근거가 요청된다.

끝으로 로마규정 제33조 제2항은 “집단살해죄, 반인도적 범죄”를 행하도록 명령하는 것을 “명백한 불법”으로 규정하고 있다. 로마규정에서 “집단살해죄, 반인도적 범죄” 행위자가 형사책임 배제의 대상이 될 수 없도록 규정되어 있다. 이에 대한 이행 입법 형식은 독일과 우리나라가 다르다. 독일에서는 독일 『국제형사법전』 제3조의 제정 과정에서 책임주의 원칙과 관련한 비판론이 제기되었다. 이 때문에 독일은 입법상 법률기술적으로 직접 전쟁범죄를 열거하는 방식을 선택하였다.¹⁶⁴⁾ 하지만 우리 입법자는 이행법률 제4조 제1항에서 로마규정에서처럼 “집단살해죄 등”을 정당한 이유를 전제로 면책 대상 범죄로 규정하고 있다. 그러나 동법 제2항에 의하여 집단살해죄와 반인도적 범죄가 면책 대상으로부터 제외되어 있다. 이 조항은 로마규정 제33조 제2항의 완전 이행이라고 평가할 수 있다. 로마규정 제33조는 “재판소 관할 범죄”에 대하여 명령에 따른 행위의 면책 범위를 규정하고 있다. “재판소 관할 범죄”라 함은 로마규정 제5조 제1항에 의한 집단살해죄 등을 지칭한다.

¹⁶²⁾ 김영석, *supra* note 146, 149면.

¹⁶³⁾ 독일관례의 태도는 Lüder/Vormbaum, *supra* note 71, S. 30.

¹⁶⁴⁾ *Ibid.*, S. 32.

여기서 이행법률 제4조에 있어서 “책임조각” 입법 의도가 구체적으로 표현되기 위해서는 책임주의 원칙의 엄격한 준수가 요청된다. 이행법률 제4조에 의한 면책 범위를 넓히기 위하여 열거주의 방식에 따라 전쟁범죄자가 법률의 착오의 적용 대상으로 명시되어야 한다. 민간인 집단살해는 전쟁범죄와 관련성이 있기 때문이다.¹⁶⁵⁾

IV. 결 론

로마규정의 법률의 착오는 독일에서의 금지착오 이론의 발달과 무관하게 전통적 영미 형법이론에 바탕을 두고 있다. 독일의 금지착오 이론에 따르면, 행위자의 회피 불가능한 착오는 처벌가능성으로부터 배제된다. 독일은 로마규정의 이행에 있어서 수정 이행 방식을 취하였다. 우리는 로마규정의 일반적 법률의 착오에 대하여 사실상 이행 유보하면서¹⁶⁶⁾ 이행법률상 명령에 따른 행위에 대해서는 행위자의 정당한 오인 행위를 책임조각 판단 사유로 규정하였다. 생각건대 로마규정 법률의 착오 조항에 관한 이행법률의 적용 방안은 다음과 같은 틀에 기초하여야 한다. 사법판단에서 책임과 형벌이 서로 일치되어야 할 것이다.¹⁶⁷⁾ 그리고 정당한 형벌은 정의로운 형법 적용에 의하여 실현될 수 있다. 정의로운 형법은 세계형법전 제정을 기다려 이룩하기에는 너무도 요원하다. 당장 오늘의 국제사회가 하나의 정점 아래 통일된 수직적 구조를 이룰 수 없기 때문이다.¹⁶⁸⁾ 그리고 국제형사법에 있어서 이행법률의 제정과 그 적용 문제 역시 정의로운 형법 구현을 요청하고 있다. 남북한 및 국제적 관계에 있어서 우리형법의 적용은 정당한 범규범에 근거하여야 한다. 이러한 취지에서 법률의 착오의 적용은 책임주의 원칙에 입각할 것을 요청하고 있다.

전쟁범죄에 있어서 행위자가 금지규범의 존재 및 저촉 여부를 판단할 때 오인하기 쉽다. 더욱이 동서양의 법제도와 공동체 간의 범규범은 차이가 많다. 행위자가 다른 공동체의 범규정에 관하여 제대로 인식하지 못할 수 있다. 특히 국제적 무력충돌의 중대성에 비추어 볼 때, 로마규정의 전쟁범죄에 대하여 법률의 착오의 적용 범위가 아주 제한적일 수밖에 없다. 하지만 전쟁범죄에 있어서도 법률의 착오에 기인한

165) 황지환, *supra* note 161, 21면.

166) 우리형법상 법률의 착오는 로마규정과 다르다. 강우예, *supra* note 147, 38면 참조.

167) H. H. Jescheck/T. Weigend, *supra* note 13, S. 25.

168) 安藤泰子, 『國際刑事裁判所の理念』(2002), 233頁.

행위자의 면책 가능성이 포기될 수 없다. 행위자의 처벌은 책임의 양에 비례하여 제각기 차별화되어야 하고 행위 관련 정도에 상응하여야 한다. 이는 형법이론 구성에 있어서 요청되는 정의로운 사고에도 부합하는 것이다.¹⁶⁹⁾ 영미법 국가 형법이론에 의하여 전쟁범죄에 대해 형사책임 추궁 원리가 제공될 수 있었다. 로마규정 제32조 제2항도 영미법의 영향이 강하게 작용하고 있다. 이러한 로마규정에 의하면, 기본적으로 전쟁범죄 행위자는 반드시 처벌되어야 한다. 하지만 미국은 영미법 국가에 속함에도 불구하고 전쟁범죄 처벌과 관련한 로마규정에 소극적이다. 그 뿐만 아니라 미국은 한국전쟁에서의 미군범죄에 대해 적군을 물리치기 위한 정당한 행위로부터 비롯하였다는 입장이다. 이 때문에 이행법률의 적용에 있어서, 대륙법 국가의 책임주의 원칙에 기초한 사법정의 구현이 자리매김 되어야 한다. 그리고 대한민국은 분단국가로서 북한과 함께 유엔 회원국이다. 국제형사법은 국제적 규범력을 구비하고 있다. 대한민국이 국제형사재판소에 재판권을 대신 행사하도록 방임하여서는 안 될 것이다.

이행법률의 실무적 운용에 있어서도 국제형사법상 법률의 착오와 관련하여 적극적인 논의가 요청된다. 법의 변천에 따라 오랜 관행은 더 이상 국제화 사회에서 통용될 수 없고, 2차 세계대전 당시의 전쟁범죄에 적용되었던 판단기준이 오늘날의 우리에게 여전히 합당하다고 할 수 없다. 우리나라에서 국제적 규범의 구속력이 이미 국내법질서 영역 안에 들어와 국제형사법의 이론적 토대 아래 시행 중에 있다. 따라서 영미법과 대륙법계 형법이론 사이의 간극을 잘 보여주고 있는 법률의 착오 영역에서 로마규정 이행법률의 실질적이고도 보편타당한 적용이 요청된다.

투고일 2015. 1. 15	심사완료일 2015. 5. 18	게재확정일 2015. 5. 29
-----------------	-------------------	-------------------

169) 같은 맥락은 T. Weigend, *supra* note 32, S. 1025.

참고문헌

- 강우예, **형사특별법 정비방안(16) - 주요선진국의 형사특별법제 연구: 국제조약의 국내이행입법방안**, 한국형사정책연구원, 2008.
- 강정우, “해적단속을 둘러싼 법적 제문제 검토”, **저스티스**, 제123호(2011. 4).
- 김기준, **일사부재리 원칙의 국제적 전개**, 경인문화사, 2013.
- 김기진, **미국 기밀문서의 최초 증인: 한국전쟁과 집단학살**, 도서출판 푸른역사, 2006.
- 김성규, “범죄의 국제화와 형법의 역할”, **형사정책연구**, 제13권 제3호, 한국형사정책연구원(2002).
- _____, “형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 내용과 한계”, **형사법연구**, 제18호, 한국형사법학회(2002).
- 김성돈, **형법총론(제3판)**, 성균관대출판부, 2014.
- 김성배, “목적적 행위론과 금지의 착오”, **사법행정**(1963. 12).
- 김영석, **국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서**, 법무부, 2008.
- _____, **국제형사재판소법 강의(개정판)**, 법문사, 2014.
- 김일수·서보학, **새로 쓴 형법총론(제12판)**, 박영사, 2014.
- 류여해, “독일과 한국의 로마규약 이행법률에 대한 비교”, **비교형사법연구**, 제10권 제1호, 한국비교형사법학회(2008).
- 박찬걸, “군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안”, **형사법연구**, 제23권 제3호, 한국형사법학회(2011).
- 성낙현, **형법총론**, 동방문화사, 2010.
- 손해목, **형법총론**, 법문사, 1996.
- 신동운, **신판례백선 형법총론**, 경세원, 2009.
- _____, **신형사소송법(제5판)**, 법문사, 2014.
- _____, **판례분석 형법총론**, 법문사, 2015.
- _____, **형법총론**, 법문사(제8판), 2014.
- 양정심, “한국전쟁기 미군의 전쟁범죄 조사와 처리”, **전쟁속의 또 다른 전쟁**, 선인, 2011.
- 오영근, **형법총론(제3판)**, 박영사, 2014.
- 이용식, **현대형법이론 I**, 박영사, 2008.
- 이윤제, “국제형사재판소 루방가 사건과 검사의 증거개시의무”, **형사정책연구**, 제22권 제4호, 한국형사정책연구원(2011).

- 이장희, “형사관할권조항의 문제점과 개정방향”, **한-미 주둔군지위협정 연구**, 아시아 사회과학연구원(2000).
- 이재곤·정구도, “노근리사건의 역사적 및 국제법적 성격과 향후과제”, **충남대 법학 연구**, 제19권 제2호(2008. 12).
- 이진국, “국제형법상 범죄의 주관적 요소”, **형사정책연구**, 제18권 제3호, 한국형사정책연구원(2007).
- _____, “상관의 위법한 명령에 따른 행위”, **형사법연구**, 제26권 제2호, 한국형사법학회(2014).
- 조 국, “‘반인권적 국가범죄’에 대한 공소시효의 정지·배제”, 한인섭 편, **재심·시효·인권**, 경인문화사(2007).
- 조상제 외 3인 공저, **국제형법**, 법학전문대학원협의회, 2009.
- 조상제, **형사특별법 정비방안(17) - 독일 국제형법전의 입법과정과 내용**, 한국형사정책연구원, 2008.
- 최태현, “ICC이행법안 연구”, **법학논총**, 제23집 제2호, 한양대 법학연구소(2006).
- 한인섭 편, **거창양민학살사건자료집(III)**, 서울대학교 법학연구소, 2003.
- 한인섭, “한국전쟁과 형사법”, **서울대학교 법학**, 제41권 제2호(2000).
- 홍성우·한인섭, **인권변론의 한 시대: 홍성우 변호사의 증언**, 경인문화사, 2011.
- 홍성화, “전쟁범죄이론”, **건국학술지**, 제11집(1970).
- 황지환, “한미관계의 국제정치적 현실과 국제규범의 긴장”, **미국문서로 본 한국전쟁과 학살**, 선인(2011).
- Ambos, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot · Berlin, 2002.
- _____, *Fälle zum internationalen Strafrecht*, Verlag C.H.Beck München, 2010.
- _____, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Verlag C.H.Beck München, 2006.
- _____, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Verlag C.H.Beck München, 2014.
- _____, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013.
- _____, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, 2014.

- Anycock, William B./Wurfel, Seymour W., *Military Law under the Uniform Code of Military Justice*, The University of North Carolina Press, 1955.
- Bassiouni, M. Cherif, "Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters", *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1992.
- Cassese, Antonio, *Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary Materials*, Oxford University Press, 2002.
- Cottier, Michael, *Elsa Handbook on the Draft Statute for an International Criminal Court*, 1998.
- Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, LexisNexis, 2012.
- Eser, Albin, "Mental elements – Mistake of fact and mistake of law", *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Volume I, Oxford University Press, 2002.
- Gropengießer, Helmut/Kreicker, Helmut, "Grundlagen der Strafverfolgung völkerstrafrechtlicher Verbrechen in Deutschland", in Albin Eser/Helmut Kreicker (hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Band 1, Freiburg im Breisgau, 2003.
- Heller, Kevin Jon, "Mistake of Legal Element, the Common Law, and Article 32 of the Rome Statute", *Law Journal of International Criminal Justice*, Oxford Journals, Volume 6, 2008.
- Hilgendorf, Eric, "Nationales oder transnationales Strafrecht?", *Raum und Recht: Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, 2002.
- Jeschek, Hans-Heinrich, "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, Oxford University Press, 2004.
- _____, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Ludwig Röhrscheid Verlag · Bonn, 1952.
- Jeschek, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot · Berlin, 1996.
- Jeßberger, Florian, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, Mohr Siebeck, 2011.

- Kerner, Hans-Jürgen/Karnowski, Philipp A., “Strafgewalt und Strafverfolgung bei grenzüberschreitenden Straftaten in Deutschland, der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika”, *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, Verlag C.H.Beck, 2014.
- Kniebühler, Roland Michael, *Transnationales ‘ne bis in idem’*, Duncker & Humblot · Berlin, 2005.
- Kreicker, Helmut, “Völkerstrafrecht im Ländervergleich”, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Teilband 7, Duncker & Humblot · Berlin, 2006.
- Laudan, Larry, *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006.
- Lüder, Sascha Rolf/Vormbaum, Thomas, *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch-Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, LIT Verlag: Münster · Hamburg · London, 2003.
- Nill-Theobald, Christiane, “Defences” bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und USA, Max-Planck-Institut, 1998.
- Sato, Hiromi, *The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility*, Springer, 2011.
- Satzger, Helmut, “Das neue Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Würdigung – ” *NSZ*, 2002.
- Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010.
- Sieber, Ulrich, *Europäisches Strafrecht*, Nomos, 2011.
- Triffterer, Otto, “Acts of violence and International Criminal Law, A new position of power to fight abuse of power?”, *Croatian Annual of Criminal Law and Practice*, Vol. 4, Udruženje, 1997.
- _____, “Hans-Heinrich Jeschecks Einfluss auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts und auf dessen Durchsetzung”, *ZStW* 116, Heft 4, 2004.
- _____, “Present Situation, Vision and Future Perspectives”, *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1992.
- Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. ed., C.H.Beck · Hart · Nomos, 2008.

- Triffterer, Otto, *Present Situation, Vision and Future Perspectives, Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1992.
- Uertz-Retzlaff, Hildegard, “Über die praktische Arbeit des Jugoslawien-Strafgerichtshofs”, *Völkerstrafrechte Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin Verlag Arno Spitz GmbH, 1999.
- Van Sliedrecht, Elies, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, 2012.
- Weigend, Thomas, “Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges”, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2008.
- _____, “Vorgesetztenverantwortlichkeit”, *ZStW*, 2004.
- _____, “Zur Frage eines ‘internationalen’ Allgemeinen Teils”, *Festschrift für CLAUS ROXIN zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter · Berlin · New York, 2001.
- Werle, Gerhard, “Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts”, *JZ* 18 (2001. 9).
- Werle, Gerhard/Jeßberger, Florian, “Das Völkerstrafgesetzbuch”, *JZ* (2002. 8).
- Wotherspoon, W. W. (chief of staff, War Department), *Rules of Land Warfare*, Government Printing Office, 1914.
- Zimmermann, Till, “Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB”, *GA*, 2010.
- 森下忠, **新しい國際刑法**, 信山社, 2002.
- 小堀桂一郎 代表 東京裁判資料刊行會 編, **東京裁判却下未提出辯護側資料**, 第七卷, 國書刊行會, 1995.
- 安藤泰子, **國際刑事裁判所の理念**, 成文堂, 2002.
- 朝日新聞法庭記者団, **東京裁判(下卷)**, 東京裁判刊行會, 1963.
- 佐藤宏美, **違法な命令の實行と國際刑事責任**, 有信堂, 2010.

<Abstract>

Remarks on Implementation of the Rome Statute about the Mistake of Law

Cho, In-Hyun*

The International Criminal Law and Procedure (*Völkerstrafrecht*) is a term of art for the foreign application of domestic criminal law. The common law tradition follows the principle of *error iuris nocet*. Thus everyone should know the law and discover the law before taking action. Different from the common law approach, mistake of law in the civil law is not regarded as irrelevant *per se*. In the Korean and German Criminal Law, it is a discrete excuse excluding criminal responsibility if it was unavoidable on mistake in criminal law irrespective of negating the *mens rea*. After the 'Freiburg Draft' about 'mistake of law', the defendant who commits a crime in the mistaken belief that he is acting lawfully could not be punished. But the draft was not fully respected by the decision of Preparatory Committee for UN.

Also, in the cases of the international criminal courts (ICC, ICTY), the defences of mistake of law could not succeed. There are critiques about the sentences of the international criminal courts. That is, it is not good to equate the misconception of a normative element of an offence with the misconception of a factual element. And it is not quite right that the mistake of law shall only be a ground for excluding criminal responsibility if it negates the mental element required by the crime. As a result, we should refrain from disregarding the legal system and criminal law theory of the civil law countries. Therefore, the mistake of law must be a ground for excluding criminal responsibility if it negates knowledge of the unlawfulness of the act. Although the war crime is so wicked that it would appear intolerable, there will be certain circumstances that we can apply mistake of law to the defendant.

Keywords: International Criminal Law and Procedure, International Criminal Court, common law, civil law, mistake of law, knowledge of the unlawfulness

* Ph.D. in Law.

