

일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄와 죄형법정주의*

Japanese Military ‘Comfort Women’ and the Principle of Legality

이 윤 제**

Lee, Yun-Je

목 차

- | | |
|---------------------|-------------------------|
| I. 들어가며 | III. 국제형법의 죄형법정주의 |
| II. 국제범죄와 국제형법의 특수성 | IV. 우리나라에서 국제범죄와 죄형법정주의 |

국제범죄는 그 잔혹성과 대량의 피해에도 불구하고 그 범죄자들은 처벌을 받지 않았다. 그것은 국제범죄가 국가나 이에 준하는 집단이 관련된 집단범죄라는 점에서 기인한다. 국제형법은 이러한 불처벌(impunity)의 현실을 종식시키기 위하여 국내형법과 다른 특수한 법원리를 발달시켰다. 국제범죄에는 시효가 적용되지 않고, 보편적 관할권(세계주의)이 인정되며, 대륙법계의 엄격한 죄형법정주의보다는 영미법계의 죄형법정주의에 가깝다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제15조 제1항에 의하면 국내법에 의하여 행위당시에 범죄가 아닌 경우에도 그 당시 국제법에 의하여 범죄가 되는 경우에는 형사처벌이 가능하며, 제2항은 당시의 법의 일반원칙에 따라 범죄가 되는 경우에 형사처벌을 하는 것도 소급효 금지에 저촉되지 않는다고 규정하고 있다. 우리 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조는 대한민국 국회가 만든 법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 경우에는 범죄로 처벌할 수 없으며, 이 법률이 제정되어 효력이 발생하기 이전의 행위에 대하여는 소급할 수 없도록 하고 있어서 대륙법계의 엄격한 죄형법정주의를 취하고 있다. 그러나 우리 헌법은 죄형법정주의만을 규정하고 있는 것은 아니다. 헌법 제6조 제1항은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있으므로 헌법 제13조 제1항과 제6조 제1항의 조화로운 해석이 필요하다. 우리나라에서 조약과 관습

투고일 : 2017. 8. 26. / 심사회의일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 본 연구는 2015학년도 아주대학교 일반연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 아주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(PhD), 한국/캘리포니아 변호사

Professor, School of Law, Ajou University, Ph.D. & Attorney at Law in Korea/California

국제법이 그것만을 근거로 형사처벌할 수 있는 형법의 직접적 법원(法源)은 될 수 없어도 우리나라가 지금 국내법을 제정하여 제2차 대전 당시의 일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄를 처벌하는 것을 국제인권법이 허용하고, 우리 헌법이 이를 받아들인다는 것을 의미한다.

[주제어] 국제범죄, 국제형법, 죄형법정주의, 소급효금지, 일본군 ‘위안부’

I. 들어가며

2015년 12월 28일 한일외교장관 공동기자회견은 일본군 ‘위안부’ 문제가 최종적, 불가역적으로 해결되었다고 하고 있다. 일반적인 언어 용례에 비추어 위 공동기자회견에서 언급된 ‘최종적, 불가역적’ 해결은 일본군 ‘위안부’에 대한 범죄에 책임이 있는 자들에 대한 형사면책을 포함하는 것을 들린다. 가장 강력한 법적 책임인 형사책임을 제외한 최종적, 불가역적 해결이란 의미가 없기 때문이다.¹⁾ 피해자들을 포함한 국민적 합의 없이 정부가 단독으로 국가형벌권(주권)의 제한을 수반하는 국제범죄에 대한 면책을 약속하는 행위의 유효성을 인정할 수는 없을 것이다.²⁾

한때 국제사회에서 일본군 ‘위안부’에 대한 범죄에 책임이 있는 자들을 처벌해야 한다는 주장이 제기되어 광범위한 지지를 받았다.³⁾ 그러나, 정작 우리나라의 형사법학계에서

- 1) 국제형법의 국제범죄는 국제법상 강행규범에 속하며, 특히 일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄는 공소시효가 적용되지 않는다. 논쟁의 여지가 있을 수 있지만 필자는 이러한 범죄에 대하여는 피해자를 포함한 국민적 합의가 없이는 사면도 불가능하고, 조약에 의해서 그 형사소추를 포기할 수 없다고 본다. 이윤제, [시론] “‘위안부 합의’라는 국제적 일탈행위”, 한겨레 2016.1.11, <<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/725655.html#csidx59b0bc452a08b8f8e0cd569610a1744>>, 최종검색일 : 2017.6.25.
- 2) 헌법 제60조 제1항은 국회가 주권의 제약에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다고 규정하고 있다.
- 3) 일본군 ‘위안부’ 문제를 다룬 보고서는 국제법률가위원회(International Commission of Jurists, ICJ)의 “위안부, 끝나지 않은 시련”, Radhika Coomaraswamy 보고서, Gay McDougall 보고서 등이 있다. ICJ의 보고서는 ‘도교 국제군사재판소의 현장에 근거하여 한국 여성의 납치와 강간은 인도에 반하는 죄(민간인에 대한 비인도적 행위)에 해당한다. … 일본 형사소송법은 시효제도를 가지고 있으므로 책임자들을 소추하여 처벌할 수 없다. 그러나, 일본은 이것을 근거로 잔혹행위를 저지른 자들을 소추하여 처벌하지 않는 일본의 자신의 위법행위에 대하여 책임을 면할 수는 없다.’라고 하면서 권고에서 주로 국가책임에 근거한 방안들을 제시하고 있다(ICJ, *Comfort Women: Unfinished Ordeal*, Geneva, 1994, pp. 169-171, 199-205). 그러나 ICJ 보고서는 “법의 소급적용/시효제도”에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제15조를 언급하면서, ‘제15조 제2항은 명시적으로 제2차 세계대전 동안 잔혹행위들을 저지른 전범들(war criminals)을 소추하는 것을 허용하고 있으며, 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄는 그 범죄가 저지른 이후에 어느 때라도 이를 처벌할 수 있고, 시효(statute of limitation)는

개인이 국가에 대하여 그러한 전법들을 소추하여 처벌해 달라고 요청하는 것을 막지 못한다'라고 쓰고 있다. 즉 ICJ의 보고서는 일본군 '위안부'에 대한 국제범죄에 대하여 현재에도 처벌이 가능하다는 것을 명확히 하고 있다(ICJ, *Comfort Women: Unfinished Ordeal*, Geneva, 1994, pp. 178-179). 국제연합의 인권위원회의 '여성'에 대한 폭력, 그 원인과 결과'에 대한 특별보고관(Special Rapporteur) Radhika Coomaraswamy의 1996년 보고서의 첨부 문서는 정의(definition)에서 일본군 '위안부'에 대한 범죄의 본질을 군의 성노예(military sexual slavery)로 규정하고, 일본의 국가책임뿐만 아니라 일본에 대하여 가능하면 제2차 세계대전 중에 '위안부'의 모집과 '위안소'의 제도화에 관여한 자들을 찾아내서 처벌할 것을 권고하고 있다(Radhika Coomaraswamy, *Further Promotion and Encouragement of Human Rights and Fundamental Freedoms, Including the Question of the Programme and Methods of Work of the Commission Alternative Approaches and Ways and Means Within the United Nations System for Improving the Effective Enjoyment of Human Rights and Fundamental Freedoms: Addendum Report on the mission to the Democratic People's Republic of Korea, the Republic of Korea and Japan on the issue of military sexual slavery in wartime*, Economic and Social Council, E/CN.4/1996/53/Add.1, 4 January 1996). 국제연합 인권위원회 산하 소수자의 차별 금지와 보호 소위원회의 '무력충돌 중의 체계적 강간, 성노예 및 노예제와 유사한 관행'에 관한 특별보고자인 Gay McDougall의 1998년 보고서는 동 보고서의 "성노예"의 용어에서 "sexual"은 노예의 하나의 형태를 설명하는 형용사라고 하면서 성노예는 본질상 노예이며 노예의 금지는 강행규범(a jus cogens norm)이라고 설명한다(Gay McDougall, *CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY: Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict*, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Fiftieth session, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998, para. 30). Gay McDougall의 1996년 보고서의 첨부문서(*AN ANALYSIS OF THE LEGAL LIABILITY OF THE GOVERNMENT OF JAPAN FOR "COMFORT WOMEN STATIONS" ESTABLISHED DURING THE SECOND WORLD WAR*)는 '위안부'에 대한 처우는 '노예'와 '노예무역'에 당연히 포함되고, 1926년 노예협약의 노예의 정의인 "소유권에 부여된 권한의 일부 또는 모두가 행사되는 사람의 지위 또는 조건(the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised)"을 충족하며, 어떠한 경우에도 전쟁범죄인 강간과 강제매춘(forced prostitution)이 성립한다고 설명한다(Gay McDougall, *CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY: Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict: Addendum AN ANALYSIS OF THE LEGAL LIABILITY OF THE GOVERNMENT OF JAPAN FOR "COMFORT WOMEN STATIONS" ESTABLISHED DURING THE SECOND WORLD WAR*, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Fiftieth session, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998, paras. 22-24). Gay McDougall의 첨부문서는 한국이 일본의 일부이었기 때문에 노예화와 강간을 금지하는 관습국제법의 보호를 받지 못한다는 일본의 주장에 대하여 인도에 반한 죄의 노예화는 국적과 상관없이 있다고 지적하면서 일본 정부는 일본군 '위안부'에 대한 범죄에 대하여 책임이 있는 일본군 장교와 사병들의 개인적 형사책임을 추궁하여야 하며, 재판규범으로 지휘관책임의 원리(command responsibility doctrine)도 적용된다고 쓰고 있다(Gay McDougall, *CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY: Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict: Addendum AN ANALYSIS OF THE LEGAL LIABILITY OF THE GOVERNMENT OF JAPAN FOR "COMFORT WOMEN STATIONS" ESTABLISHED DURING THE SECOND WORLD WAR*, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Fiftieth session, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998, paras. 29-30, 32-37). 나아가, 다른 나라도 국제법상의 보편적 관할권에 의하여 일본군과 정부의 구성원을 재판할 수 있다고 하면서, 다만 구체적으로 형사소송을 하려면 국내법상의 입법이 필요하다고 지적하면서 인도에 반하는 죄와 전쟁범죄에는 시효가 적용되지도 않지만, 특히 일본 정부가 1992년에서 처음으로 '위안소'에 대한 공식 청문회를 열었고, 1993년에 이르러야 일본군이 '위안소'의 설치와 운영에 개입하였다고 인정을 하였기 때문에 정의의 이익(the interests of justice)에

는 일본군 ‘위안부’에 대한 범죄의 법적 성질이 무엇인지,⁴⁾ 우리나라의 법체계에서 그 범죄자들을 형사처벌 하는 것이 가능한지에 대한 연구가 많이 이루어지지는 않았다. 일본군 ‘위안부’ 문제의 직접적 이해관계자인 우리나라의 형사법학계가 국제사회의 움직임과 동떨어진 태도를 취한 이유는 무엇일까? 필자는 이러한 소극적 태도가 적어도 형법학계에 관한 한 죄형법정주의와 관련이 있다고 추측한다.⁵⁾ 현실적으로 보면 일본군 ‘위안부’를 상대로 한 끔직한 범죄들이 저질러진 이후 이미 70년 이상이 지났기 때문에 이에 대하여 형사책임을 져야 할 자로서 현재까지 생존해 있는 자가 많지는 않을 것이다.⁶⁾ 그러나 할 수 없는 것과 하지 않는 것은 규범적, 상징적 차이를 가지고 있다.

국제범죄는 그 잔혹성과 대량의 피해에도 불구하고 그 범죄자들은 처벌을 받지 않았었다. 그것은 국제범죄가 국가나 이에 준하는 집단이 관련된 집단범죄라는 점에서 기인한다. 국가와 같은 거대 권력이 국제범죄의 주체였기 때문에 그 범죄자들을 처벌할 수 없었다. 국제형법은 이러한 불처벌(impunity)의 현실을 종식시키기 위하여 국내형법과 다른 특수한 법원리를 발달시켰다. 본고는 이러한 관점에서 국제범죄에 있어서의 죄형법정주의, 특히 소급효금지의 원칙의 내용과 특수성에 관한 현재까지의 국제형법의 성과를 소개하고자 한다. 아무쪼록 이 논문이 일본군 ‘위안부’에 대하여 국제범죄를 저지른 자들을 현재 우리나라에서, 우리나라의 법에 의해서 처벌할 수 있는지, 없는지를 고찰할 수 있는 이론적 논의를 시작하는 계기가 될 수 있기를 바란다. 다만, 시간과 지면의 제한으로 인하여 일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄의 구체적 내용을 가지고 죄형법정주

비추어 시효는 1992년 이후에만 적용될 수 있다고 하였다(Gay McDougall, CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY: Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict: Addendum AN ANALYSIS OF THE LEGAL LIABILITY OF THE GOVERNMENT OF JAPAN FOR “COMFORT WOMEN STATIONS” ESTABLISHED DURING THE SECOND WORLD WAR, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Fiftieth session, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998, paras. 38-40). 보다 상세한 ICJ, Radhika Coomaraswamy, Gay McDougall 보고서의 일부 내용이 김창록/이승욱, 일본군 ‘위안부’ 문제에 관한 국제사회의 동향, 여성부, 2003, 38쪽 이하에 소개되어 있다.

- 4) 일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄의 법적 성질에 관하여는 최근 발표된 이윤제, “일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄의 법적 구성”, 형사법의 신동향 제53호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2016.12, 136-169쪽 참조.
- 5) 김성천, “죄형법정주의와 국제형법상의 범죄구성요건”, 법학논문집 제9집, 중앙대학교 법학연구소, 1994, 207쪽 이하 참조. 한편, 실천적 측면에서 일본군 ‘위안부’와 관련된 책임자들의 형사처벌 논의는 일본의 시민운동단체와의 연계, 일본 대중의 정서를 고려하여 자제되어 온 점도 있는 것으로 보인다. 박원순, 아직도 심판은 끝나지 않았다, 한겨레신문사, 1996, 299-300쪽.
- 6) 전 일본 수상 나가소네는 인도네시아의 보르네오 섬에서 일본군 장교로 있으면서 ‘위안소’를 설치하였다고 그의 자서전에 쓰고 있다. Mindy Kotler, “The Comfort Women and Japan’s War on Truth”, *New York Times*, 14 Nov. 2014, <http://www.nytimes.com/2014/11/15/opinion/comfort-women-and-japans-war-on-truth.html?_r=0>, 검색일 : 2017.6.25.

의의 소급처벌 문제를 직접적, 구체적으로 논증하는 것은 다음 기회로 미루고, 소급처벌 금지와 관련된 국제형법의 일반 이론의 소개에 주력하기로 한다.

II. 국제범죄와 국제형법의 특수성

1. 국제범죄의 개념

일본군 '위안부'에 대한 범죄는 장기간에 걸친 수많은 행위들을 포함하고 있다. '위안부'(comfort women)에 대한 직접적인 강간은 말할 것도 없고, '위안부'를 강제동원을 위한 납치나 기망, '위안소'(comfort station)를 유지하고 '위안부'의 도주를 막기 위한 감시와 폭력, 통제, 고문, 감금, 살해행위를 포함한다. 일본은 패전이 임박하자 '위안소'를 운영한 사실을 은폐하기 위하여 유기와 살해 등 잔혹행위들을 저질렀다.⁷⁾ 살인, 약취, 강간, 감금, 상해, 유기 등은 국내법상의 일반적 범죄에 해당하는 것은 물론이다. 일본군 '위안부'에 대한 범죄행위들은 단순한 국내법상의 범죄를 넘어서는 다른 특성을 가지고 있기 때문에 국제범죄(international crimes)라 불린다.

국제범죄는 제2차 세계대전 이후에 뉘른베르크와 도쿄의 국제군사재판을 통하여 실정법상의 개념으로 확립되었다. 그러나 아직도 국제범죄는 다양한 의미로 사용되고 있으며 그 정의와 내용에 대하여 많은 이견이 존재한다. 가장 널리 알려진 정의로는 국제법에 의하여 개인의 가벌성이 직접적으로 발생하는 범죄를 말한다.⁸⁾ 국제범죄의 예로는 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄, 집단살해, 고문, 침략범죄, 국제테러리즘(international terrorism) 등이 거론된다.⁹⁾ 국제범죄의 대표적인 경우인 집단살해, 전쟁범죄, 인도에

7) Kelly D. Askin, "Comfort Women-Shifting Shame and Stigma from Victims to Victimizers", *International Criminal Law Review* 1, 2001, p. 29.

8) Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford:Oxford University Press, 2014, para. 89; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford:Oxford University Press, 2008, p. 11; 국제범죄가 되기 위하여는 첫째, 개인의 형사책임을 발생시키고, 둘째, 국제법에 근거하여야 하며, 셋째, 그것이 국내법에 편입이 되는지와 무관하게 범죄여야 한다. Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2nd ed., The Hague:T·M·C·Asser Press, 2009, para. 84.

9) Antonio Cassese, supra note 8), p. 149; Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, Christopher Gosnell and Alex Whiting, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford:Oxford University Press, 2013, p. 132; Prosecutor v. Furundžija, (Case No. IT-95-17-1) Trial Chamber Judgement, 10 December 1998, para. 153; United Kingdom, House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex

반하는 죄, 침략범죄는 소위 핵심범죄(core crimes)라고 불린다. 집단살해죄는 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 그 일부를 그 자체로서 파괴하는 행위(로마규정 제6조 참조), 인도에 반하는 죄(crimes against humanity)는 광범위하거나 체계적으로 자행되는 인권 침해 범죄(로마규정 제7조 참조), 전쟁범죄(war crimes)는 무력충돌에 관한 국제법의 심각한 위반(로마규정 제8조 참조)을 말한다. 침략범죄는 타국에 대한 위법한 무력사용(로마규정 제8조의2 참조)을 의미한다. 뉘른베르크와 도쿄 국제군사재판소는 침략범죄, 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄를, 연합국 통제위원회법 제10호는 침략범죄, 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄, 뉘른베르크 국제군사재판소에 의해 범죄성이 선언된 집단 또는 조직의 구성원죄를, ICTY, ICTR은 집단살해, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄를 규정하였다.¹⁰⁾ 일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄의 법적 구성에 대하여는 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄, 집단살해죄가 검토되고 있으며, 성노예인 전쟁범죄와 성노예인 인도에 반하는 죄로 보는 것이 가장 일반적이 전해이며 로마규정도 이에 부합한다(로마규정 제7조, 제8조 참조).¹¹⁾

2. 국제범죄의 특수성

국내범죄(domestic crimes)와 비교하여 국제범죄는 (1) 국가의 개입, (2) 집단의 조직화된 범행가담, (3) 대규모의 피해, (4) 범죄에 대한 불처벌과 피해자에게 미치는 심각한 고통과 같은 특징을 보여준다.¹²⁾ 국제형법은 국제범죄를 저지른 개인에 대한 형사책임을 추궁하며, 국제범죄의 실질은 국가(또는 이에 준하는 집단)가 범죄에 관여하는 집단범죄이다. 즉, 국제범죄는 국가의 개입, 관여, 또는 묵인에 의하여 발생한다. 국가와 같은

Parte Pinochet, Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), 24 March 1999, Judgement.

10) 뉘른베르크와 도쿄 재판, 연합국 통제위원회법의 인도에 반하는 죄는 집단살해죄를 포함하는 개념이었으나, 집단살해죄는 일정한 집단의 전부 또는 그 일부를 그 자체로서 파괴한다는 특별한 고의를 요구한다는 점에서 인도에 반하는 죄와 구별되는 개념으로 분리되었다.

11) 이윤제, 앞의 논문, 136-169쪽 참조.

12) Luke Moffett, *Justice for Victims Before the International Criminal Court*, London: Routledge, 2014, pp. 10-12; 5·18 재판의 ‘법정에서조차 소외된 피해자들’에 관하여는 한인섭, 5·18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006, 61-62쪽 참조; 법리적인 면에서 국제범죄에서는 집단범죄, 관습국제법위반, 인류 공동체 전체가 중시하는 규범위반, 보편적 법익의 침해, 보편적 관할권(세계주의), 범죄자에 대한 형사·민사적 면책(immunity)의 불인정과 같은 특징이 누적적으로 나타난다. 이윤제, “국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구”, 서울대 박사학위논문, 2016, 25쪽 참조.

거대 조직의 관여 없이 대규모의 범죄가 장기간 지속되는 것은 쉽지 않다. 형벌권의 주체인 국가가 관여하였기 때문에 그 권력 주체에 변경이 있을 때까지 사실상 또는 법제상 처벌이 불가능하다.¹³⁾

3. 국제형법의 특수성

국가가 그의 기관을 통해서 적극적으로 범죄에 참여하거나 또는 비국가행위자(non-state actors)가 저지른 범죄를 묵인하는 부작위를 통해서 범죄에 관여한 경우에 국가는 형사재판권의 독점을 포함하는 정치적 권력으로서의 적법성 또는 정당성(legitimacy)의 조건을 위반한 것이다. 따라서 국제범죄를 저지른 정권의 담당자들에 대하여는 특수한 책임이론¹⁴⁾이 발달하였고, 일반 국내 범죄에 대하여 적용되는 전통적인 국내법상의 죄형법정주의, 공소시효,¹⁵⁾ 재판권¹⁶⁾과 다른 특수한 법원리가 적용된다.¹⁷⁾ 이러한 특별

13) Antonio Cassese, *supra* note 8), p. 54; Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, Christopher Gosnell and Alex Whiting *supra* note 9), p. 133; [전두환, 노태두 등] 피고인들의 범죄행위는 국가에 대한 범죄(crimes against the state)의 성격과 함께 국가권력을 이용(혹은 남용)하여 국민에 대한 인권유린을 자행한 국가범죄(state crimes)의 양면을 띠고 있다. 한인섭, 5·18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006, 115쪽.

14) 국제형법에 독특한 책임이론인 지휘관책임에 관하여는 이윤제, “국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구” 서울대학교대학원 박사학위논문, 2016. 참조.

15) 국가 권력을 장악함으로써 형사재판권의 행사를 불가능하게 한 범죄자들이, 자신들이 권력을 장악한 기간동안 공소시효가 진행하였다고 주장하는 것을 받아들일 수 없다(국제범죄에 대한 공소시효의 배제). 국제연합은 전쟁범죄와 반인도적 범죄를 예방하기 위하여 1968.11.26. 총회에서 결의 제2391(X X III)호로 “전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 국제법상의 시효의 부작용에 관한 협약(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity)”을 채택하여 국제법상 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여는 시효기간이 없다는 것을 확인하였다. 이 협약규정은 국가를 대표하는 자에 대해서든 사인에 대해서든, 정범이든 교사범이든, 범행이 완수된 정도와 상관없이 적용되며 그러한 범행을 관용한 국가의 대표자에게도 적용되고, 동협약체약국은 이러한 범죄에 대한 시효가 규정된 법률을 폐지할 것을 약속하였다. 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 결정 참조.

16) 국제범죄에서는 국가의 형벌권의 독점이 깨진다. 개별 국가가 국제범죄에 대한 형벌권을 행사하지 않는 경우에 그것은 그 국가가 형벌권을 독점한 조건을 위반하는 것이므로 다른 나라나 국제공동체가 그 국가를 대신하여 처벌할 수 있다[보편적 관할권(세계주의)]. 국내법상의 일반 범죄에 대한 전통적 재판관할권을 행사하는 국가가 아닌 다른 국가나 국제형사재판기구가 재판권을 행사하는 경우를 보편적 관할권(세계주의)이라고 부른다. 국가권력의 새로운 주체는 물론 다른 국가도 국제공동체의 이름으로 개별적 또는 집단적으로 국제범죄에 대하여 재판권을 행사할 수 있게 된다. W. Lee, *International Crimes and Universal Jurisdiction*, in L. May/Z. Hoskins(ed.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, 2010, pp. 18-19, 37-38.

17) 이러한 의미에서 국제범죄에 대한 국내법질서에 대하여 국내 법원이 국제형법을 적용하는 경우에도 그것이 국내법의 일부인지에 대하여는 논의가 있다. 프랑스의 대법원(Cour de cassation)은 Klaus Barbie 사건에서

한 법리들은 국제범죄에 대하여 책임이 있는 자들을 처벌하지 못하였던 불처벌의 역사를 극복하기 위한 것이며, 국제범죄에 대한 처벌에 있어서 흠결이 발생하는 것을 막는 기능을 한다.

III. 국제형법의 죄형법정주의

일반적으로 대륙법계에서는 범죄와 형벌은 행위 시의 법률에 의하여 결정되어야 한다. 이러한 원칙을 죄형법정주의라고 하고 그 핵심은 형법의 소급효금지이다.¹⁸⁾ 소급효 금지는 행위 당시에는 형사처벌의 대상이 되지 아니하였으나 행위 후에 그 행위를 처벌하기 위한 법률을 제정하는 소급입법에 의한 처벌을 금지한다.¹⁹⁾ 우리나라에서 죄형법정주의는 형법 제1조 제1항에 규정되어 있을 뿐만 아니라 헌법 제13조 제1항에도 규정된 헌법상의 원칙이다. 우리나라의 죄 “형”법정주의는 “법”을 국회가 제정한 형식적 의미의 “법률”로 제한하고 있기 때문에, 판례법을 법원(法源)으로 인정하는 영미법계와는 달리 판사에 의해 창조되는 커먼로 범죄(common law crimes)를 인정하지 않는다.²⁰⁾ 이러한 의미에서 우리나라, 독일, 프랑스, 일본이 속한 대륙법계의 죄형법정주의는 영미법계에 비해 매우 엄격한 내용을 가지고 있다고 볼 수 있다.²¹⁾ 이러한 이유로 관습국제법이라는 불문(不文)의 법원(法源)을 인정하고 있는 국제형법은 죄형법정주의에 있어서 대륙법계 보다는 영미법계에 가깝다고 할 수 있다.²²⁾ 국제형법은 국가권력을 장악한 자들이 저지

인도에 반하는 죄(Crimes Against Humanity)는 그 성질에 비추어 프랑스 국내법의 영역에 속하지 않으며, 국제형법 질서에 속한다고 1983년 판시하였다. W. N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 63; J. Lelieur-Fischer, “Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War: an Impossible Endeavour?”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, p. 233 참조; 또한 독일에서도 “독일 국제형법전은 국제형법을 독일 국내 형법 체계에 도입하기 위하여 만들어진 것이다. 이것은 엄격한 의미에서 국내 형법의 일부가 아니다.”라는 주장이 있다. C. J. M. Safferling, “Germany’s Adoption of an International Criminal Code”, in Russell A. Miller/Peer Yumbansen(ed.), *Annual of German & European Law Vol 1*, Berghahn Books, 2004, p. 380.

18) 이재상/장영민/강동범, 형법총론 제8판, 박영사, 2015, 17쪽.

19) 신동은, 형법총론 제9판, 법문사, 2015, 36쪽.

20) 커먼로 범죄에 대하여는 이윤제, “커먼로 범죄와 죄형법정주의”, 아주법학 제10권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2016.8, 212-218쪽 참조.

21) 이윤제, “국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2016, 18쪽.

른 국제범죄에 대한 불처벌의 역사를 전범재판을 통하여 극복하는 과정에서 성립하였다. 범죄를 방지하고 처벌하여야 할 국가의 지도자들이 자신들이 국제범죄를 저지를 당시에 그러한 행위를 처벌하는 형법을 만들지 않고 있다가 그러한 형법이 없었기 때문에 처벌 받는 것이 부당하다고 나중에 주장하는 것을 받아들일 수 없다. 국내형법의 죄형법정주의에 근거한 국내형법의 가벌성의 흠결은 국제법에 의하여 보충된다(죄형법정주의의 특수성). 시민적 및 정치적 자유에 관한 국제협약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 제15조²³⁾는 행위 당시에 국내법상 처벌규정이 없는 행위라도 그 당시에 존재하는 국제(형)법에 의하면 범죄가 되는 경우에는 개별 국가가 국제(형)법에 근거하여 처벌하는 것을 허용하고 있다. 이러한 법률은 형식적으로는 소급하는 것처럼 보이지만 행위 당시의 국제법에 의하여 범죄로 인정된 것이기 때문에 실질적으로는 소급처벌이 아니다.

1. 뉘른베르크 국제군사재판

연합국은 전쟁이 끝나기 전에 스스로를 국제연합(United Nations)으로 부르면서 국제연합 전쟁범죄 위원회(United Nations War Crimes Commission, UNWCC)를 설립하여 종전에 대비하였다.²⁴⁾ UNWCC에서 전쟁범죄의 개념을 인정하는 데는 큰 무리가 없었으나, 나치 독일이 자신들의 국민들에 대한 행위들을 어떻게 처벌할지, 침략전쟁의 범죄성 여부에 대하여는 논쟁이 있었다.²⁵⁾ 전범의 처리 방향이 즉결처형(정치적 해결)에서 재판으로 선화하면서 1945년 6월 26일부터 8월 8일까지 영국, 미국, 소련, 임시 프랑스 정부에

22) ICTY 1심재판부는 국제형법의 죄형법정주의는 국내 형법의 죄형법정주의는 내용과 정도가 다르다고 보면서 그 주된 이유는 국제형법의 법원(法源)이 조약과 관습국제법이기 때문이라고 한다. Prosecutor v. Delalić et al., (Case No. IT-96-21) Trial Chamber Judgement, 16 November 1998, paras 402-405.

23) ICCPR 제15조

1. 어느 누구도 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다. 또한 어느 누구도 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다. 범죄인은 범죄가 행하여진 후에 보다 가벼운 형을 부과하도록 하는 규정이 법률에 정해진 경우에는 그 혜택을 받는다.

2. 이 조의 어떠한 규정도 국제사회에 의하여 인정된 법의 일반원칙에 따라 그 행위시에 범죄를 구성하는 작위 또는 부작위를 이유로 당해인을 재판하고 처벌하는 것을 방해하지 아니한다.

24) UNWCC는 처음에는 국제연합 전쟁범죄 조사위원회(United Nations Commission for the Investigation of War Crimes)로 불렸으며 1943년 설립되었다. <<http://www.unwcc.org/about/>>, 검색일 : 2017.8.8.

25) Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 70-71.

의하여 군사 재판에 관한 국제회의(International Conference on Military Trials)가 런던에서 개최되었다[이하 “런던 회의”(London Conference)].²⁶⁾ 런던 회의에서는 특히 죄형법정주의, 그중에서도 소급효금지위반이 가장 큰 쟁점이 되었다. 침략전쟁(aggressive war)과 침략전쟁개시 음모(conspiracy to wage aggressive war)를 범죄로 정의하여 국제군사재판소의 현장에 포함시킬 수 있는지, 주축국 지도자들의 자국민에 대한 범죄가 국제범죄가 될 수 있는지였다. 소급효금지위반에 대하여 우려를 나타낸 것은 프랑스였다. 프랑스 대표단의 André Gros 교수는 전쟁범죄는 관습국제법에 의해 국제범죄가 성립된다는 점을 받아들였다.²⁷⁾ 자국민이나 국적이 없는 자에 대한 잔혹행위는 이미 국제범죄가 된다고 인정하였다.²⁸⁾ 그러나 그는 침략전쟁과 침략전쟁개시 음모를 범죄로 규정하여 사후적으로 개인을 형사처벌하는 것은 소급처벌이라고 주장하였다.

뉘른베르크 국제군사재판에서는 평화에 반하는 죄(침략범죄), 평화에 반하는 죄의 음모죄(침략음모죄)를 위주로 죄형법정주의, 소급효문제가 다루어졌다. 전쟁범죄가 전통적인 국제법상의 범죄로 받아들여졌다는 점은 이해할 만하다.²⁹⁾ 인도에 반하는 죄는 기존에 국제법에 의해서 처벌된 예가 없었고 실질적으로 뉘른베르크 현장에 의해 창조된 국제범죄라는 점에 비추어 이러한 현상은 매우 특이하다.³⁰⁾ 이것은 피고인들이 침략범죄와 침략음모죄와 달리 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄에 대하여는 죄형법정주의위반 문제를 강하게 주장하지 않았기 때문인 것으로 추측된다.³¹⁾ 홀로코스트와 같은 인도에 반하는 죄의 끔찍한 내용에 비추어 피고인들이 이것이 범죄가 아니라는 주장을 감히 하지는 못했을 것이다. 피고인들은 자연법의 성격을 갖고 있는 행위에 대하여 국제법상

26) Kenneth S. Gallant, *ibid.*, pp. 73-76.

27) 프랑스가 죄형법정주의의 성립에 큰 영향을 미친 국가이며 성문법만을 형법의 법원(法源)으로 인정하는 대륙법계 국가인 점을 생각하면 이러한 태도는 매우 진보적인 견해라고 할 것이다. Kenneth S. Gallant, *ibid.*, p. 81.

28) Gros 교수는 자국민에 대하여 잔혹한 행위를 한 자들을 국제법을 위반한 범죄자가 아니라고 할 수 있는 사람은 아무도 없다고 주장하였는데, 그 이론적 근거는 명확하지 않다. Gallant 교수는 그의 태도가 국제법을 자연법으로 보는 견해에 기초했다고 볼 수도 있다고 한다. Kenneth S. Gallant, *ibid.*, pp. 85-86.

29) 미국 연방대법원은 “이 법원이 시작할 때부터 전쟁법(the law of war)을 인정하고 적용하여 왔다. 이 전쟁법은 국제법(the law of nations)을 구성하는 것이며, 이것은 전쟁의 행위에 있어서 적국과 적국의 국민의 지위, 권리, 의무를 규정한다”고 판시하였다. *Ex parte Quirin* 1942, 317 U.S. 1, p. 27.

30) 바시오니 교수는 인도에 반하는 죄는 전쟁범죄를 유추하여 창조한 것이라고 한다. 즉 적국이나 점령지의 민간인에 대한 대량 학살을 전쟁범죄로 처벌하는 것에 비추어 자국민을 처벌하는 것도 범죄가 된다고 유추를 하였다는 것이다. M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, pp. 136-146, 335; Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), p. 124.

31) Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), p. 105.

이를 처벌하는 조약이나 관습국제법이 없었다고 하여 자신들에 대한 처벌이 불공평하거나 부당하다는 주장을 하지 않았던 것이다. 뉘른베르크 국제군사재판소는 죄형법정주의 위반 항변에 대하여 만장일치의 단일한 의견으로 이를 기각하였다. 이 점에서 소수의견이 있었던 도쿄 국제군사재판소와는 구별된다.

재판부는 다음과 같이 판시하고 있다.

“죄형법정주의는 주권에 대한 제약이 아니며, 일반적인 정의의 원칙이다. 조약과 확약을 공연히 배신하고 이웃 나라들을 경고 없이 공격한 자들을 처벌하는 것이 부당하다는 주장은 명백히 진실이 아니다. 왜냐하면, 그러한 상황에서는 공격자들은 그가 잘못된 행위를 하고 있으며, 그들을 처벌하는 것이 부당하지 않다는 것을 알고 있었음에 틀림없다. 그들의 잘못을 처벌하지 않고 빠져나가도록 내버려 두는 것이야말로 부당한 것이다.”³²⁾

2. 도쿄 국제군사재판

죄형법정주의 위반에 대하여 도쿄 재판의 다수의견은 뉘른베르크 재판과 동일한 의견을 제시하였다.³³⁾ 다수의견과 별도의 의견들도 제시되었다. 필리핀의 Jaranilla 판사는 국내법상의 죄형법정주의는 국제법에 적용되지 않는다고 하였다.³⁴⁾ 재판장이었던 호주의 Webb 판사는 침략범죄의 근거로 국제연맹의 총회가 1925년, 1927년 침략전쟁을 국제범죄로 선언했던 점, 일본을 비롯한 동맹국이 가입한 1928년 파리협약에서 전쟁을 비난 하였던 점을 들면서, 자신의 국가가 이 협약에 가입했다는 것을 알고 전쟁을 시작한 국가기관은 국가의 협약위반에 대하여 형사책임을 진다고 하였다.³⁵⁾ 이하에서는 죄형법정주의와 관련하여 주목할 만한 의견을 낸 3인의 판사의 견해를 살펴본다.

32) IMT, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 - 1 October 1946, Volume I*, Published at Nuremberg, Germany, 1947, p. 219; 뉘른베르크 판결문의 불어 본은 ‘정의의 원칙’이라는 표현을 쓰지 않고 ‘죄형법정주의는 일반적으로 지켜지는 규칙에 불과하다’고 서술되어 있다. “[N]ullum crimen sine lege ne limite pas la souveraineté des États; elle ne formule qu’une règle généralement suivie.” Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), p. 2에서 재인용.

33) IMIFE, *The Tokyo Judgment*, APA-University Press Amsterdam Bv, 1977, p. 28.

34) Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), pp. 143-144.

35) IMIFE, *supra* note 33), pp. 474-475.

2.1 Röling 판사(네덜란드)

뢰링은 사후입법(ex post facto law)이므로 무효라는 항변을 받아들이지 않았다. 뢰링은 죄형법정주의가 정의의 원칙이라면 따라야 하지만, 이것은 정의의 원칙이 아니라 정책에 불과하다고 하면서, 죄형법정주의는 실정법에 의해 채택되었을 때에만 적용된다고 보았다.³⁶⁾ 뢰링의 주장은 뉘른베르크 국제군사재판소가 죄형법정주의를 정의의 원칙에 불과하기 때문에 주권국가들의 합의에 의한 처벌을 제한하지 못한다고 한 것과 비교된다.

2.2 Bernard 판사(프랑스)

Bernard 판사는 자연법의 입장에서 죄형법정주의 접근한 뒤 도쿄 국제군사재판소의 현장을 정당화하였다.

“어떤 특정한 국가의 국민들에 대한 범죄는 보편적 공동체의 구성원들(members of the universal community)에 대하여 저질러진 범죄이기도 하다. 따라서 평화에 반하는 죄와 인도에 반하는 죄의 재판을 준비하는 권력(de facto authority)은 적절한 경우에 보편적 공동체의 구성원들에 대한 범죄와 함께 그 특정 국가의 국민들에 대한 범죄도 처벌할 수 있다. 이러한 사례에서 적용되어야 하는 법은 그 특정 국가의 법(그 국가가 승전국이던 패전국이던)이 아니라 모든 국가의 법이 될 것이다”³⁷⁾

Bernard는 이러한 범죄를 보편법에 반하는 범죄(crimes against universal law)라고 보았다.³⁸⁾ 재판하여야 하는 기준이 되는 자연법의 표현인 이성과 보편적 양심의 눈에 의하면

36) “*nullum crimen sine praevia lege*(행위 이전에 존재하는 법 없이 범죄 없다)의 원칙이 정의의 원칙(principle of justice)이라면 이 재판소는 그것을 이유로 이 재판소의 현장에 의해 창조된 모든 범죄가 사후입법금지(ex post facto)를 위반한 것으로 보아야 하며, 그렇게 하는 것이 정의를 따라야 할 이 재판소가 첫 번째 의무일 것이다. 그러나, 이러한 원칙은 정의의 원칙이 아니며 정책의 규칙(a rule of policy)에 불과하다. 이 원칙은 법원의 자의로부터(*nullum crimen, nulla poena sine lege*) 그리고 의회의 자의로부터(*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) 시민을 보호하고 위하여 명시적으로 채택되었을 때에만 유효한 것이다. 이 규칙은 어떤 행위가 그것이 행해졌을 때 범죄가 되는 위법인지라는 문제에 대한 것이 아니라 그 행위가 형벌로 금지되었는지 여부에 관한 문제에 대한 것이다. 그리하여 사후입법금지(prohibition of ex post facto law) 자체는 정치적 지혜의 표현이며 현재의 국제관계에 반드시 적용될 수 있는 것은 아니다. 이 자유의 원칙은 상황이 그렇게 요구하는 경우에는 전쟁에서 자유를 위하여 싸워 이긴 국가의 권력에 의해 무시될 수 있다. 그러나, 어떤 정책이 현명한 지를 판단하는 것은 이 재판소의 책무도 아니고 이 재판소의 권한에 속하지도 않는다.” IMIFE, supra note 33), p. 1059.

37) IMIFE, supra note 33), p. 485.

38) IMIFE, supra note 33), p. 485.

그러한 전쟁은 범죄이고 언제나 범죄이다’³⁹⁾ 자연법은 2차 대전 전에 그리고 국제군사재판들이 설립되기 전에 이미 존재하였다. 따라서 도쿄 국제군사재판소 헌장에 의한 범죄는 헌장에 의해 창설된 것이 아니며 죄형법정주의(nullum crimen sine lege), 소급효금지원칙은 항변이 될 수 없다.⁴⁰⁾

2.3 Pal 판사(인도)

Pal 판사는 현재의 국제법은 승전국이 전범재판을 위한 재판소를 설립하는 것을 허용하지는 않지만, 전쟁범죄에 관한 새로운 법을 만들 수는 없다고 보았다.⁴¹⁾ 그는 자신의 입장을 다음과 같이 요약하고 있다.

“1. 도쿄 국제군사재판소 헌장은 범죄의 정의(definition)를 제공하고 있지 않다. 2. (1) 헌장의 작성자는 범죄를 정의할 수 있는 권한이 없다. (2) 헌장이 어떤 범죄의 정의를 가지고 있다면 그것은 월권이며 판사들에게 구속력이 없다. 3. 이러한 의미에서 판사들은 헌장의 적법성을 심사할 수 있는 권한이 있다. 4. 이 사건에 적용될 수 있는 법은 판사들에 의해 발견된 국제법이다.”⁴²⁾

그는 전쟁을 금지하는 파리평화조약(the Pact of Paris)은 법의 범주에 들어오지 않았고 교전국의 법적 지위나 교전 상태의 법적 성격에 어떤 변화를 주지 못했다고 보았다. 결국 국제관계에 있어서 전쟁의 범죄화나 위법화가 이루어지지 않았고 도쿄 국제군사재판은 죄형법정주의위반이라는 것이다.⁴³⁾

39) IMIFE, *supra* note 33), p. 490.

40) IMIFE, *supra* note 33), p. 490.

41) Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), pp. 150-151.

42) IMIFE, *supra* note 33), p. 551; Pal 판사는 영국의 지배를 받은 인도인이기 때문에 common law 전통에 따라 법을 발견하는 것이라고 보고 있다. 나아가 이러한 표현은 적용되어야 할 법은 이전에 이미 존재하는 법이라는 점에서 소급효 문제가 자연스럽게 해소된다. Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), p. 151.

43) IMIFE, *supra* note 33), p. 567; Pal 판사의 행적에 관하여는 김석연, “동경재판과 ‘평화에 반한 죄’”, 일본연구 제16집, 고려대학교 일본연구센터, 2011, 307-320쪽 참조.

3. 뉘른베르크 후속재판⁴⁴⁾

Bernard의 자연법 이론은 죄형법정주의와 소급효 문제를 완전히 해소시켜 줄 수는 있지만, 그 실정법상의 근거에 대한 끊임없는 이의제기를 야기시킨다. 특히, 자연법이나 법의 일반원칙과 같은 추상적 원리에 근거하여 특정한 범죄의 구성요건을 인정한다는 것은 쉽게 받아들여지기는 어려울 것이다. 이러한 난점을 극복하기 위하여 피고인에게 적용되는 국내법이나 국제법상의 범죄의 죄명을 변경하는 것은 새로운 범죄를 창설하여 처벌하는 것이 아니라는 이론 구성을 시도할 수 있다.⁴⁵⁾

이러한 “범죄 성격의 소급적 재규정”에는 두 가지 경우가 있다. 하나는 국제법과 국내 형법에서 전쟁범죄로 인정된 것을 인도에 반하는 죄로 새로 분류하는 것이다. 이것은 뉘른베르크 국제군사재판에서 나타났다. 두 번째는 행위시에 관습국제법상 범죄로 인정되지 않았던 것을 행위시에 조약범죄나 국내 형법상의 범죄였었다는 점을 근거로 관습국제법상의 범죄로 처벌하는 것이다.⁴⁶⁾ 두 번째 견해는 뉘른베르크 후속 재판중의 하나인 Einsatzgruppen 사건에서 적용되었다.

“살인, 고문, 노예제, 그리고 이와 유사한 범죄들은 개별 국가들에 의하여 금지되었으며 이제는 국가공동체의 규율에 놓이게 되었다. 따라서 한 사람에 대한 것이 아니라 종족 전체에 대한 것이라고 하여 살인이 아닌 것이 아니다.”⁴⁷⁾ … “통제위원회법 제10호 이전에 살인죄가 존재하지 않았다고 말할 수는 없을 것이다. 살인은 합당한 근거가 없는 한 언제나 범죄로 처벌되었다. …피고인들이 대량학살에 대하여 합당한 근거를 대야 하는 것은 의문의 여지가 없다. …피고인들을 체포하고 처벌하기 위한 재판소가 사전에 만들어져 피고인들을 기다리고 있지 않았다는 이유로 100만 명이 넘는 민간인들의 죽음에 대한 사법 판단을 부인할 수 없다”⁴⁸⁾

44) 미국이 통제위원회법 제10호(Control Council Law No. 10, “CCL No. 10”)에 근거하여 뉘른베르크 국제군사재판이 끝난 후에 미국의 점령지인 뉘른베르크에서 한 전범재판을 뉘른베르크 후속재판이라고 부른다. 통제위원회법 제10호는 뉘른베르크 현장의 내용과 비슷하지만 인도에 반하는 죄에서 전쟁과의 관련성 요건을 삭제하였다.

45) Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), p. 130.

46) Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), p. 130.

47) United States Government Printing Office, *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Volume IV*, 1950, p. 497.

48) United States Government Printing Office, *ibid.*, p. 459. 또한 연합국 통제위원회법 제10호에 의한 뉘른베르크 후속 재판의 하나인 Justice 사건에서 재판부는 “정의와 공평이라는 측면에서, 피고인의 행위가 이미 그의 국내형법에 의해서 범죄로 처벌받는 행위라는 것을 피고인이 알고 있는 이상, 이러한 행위를 연합국 통제위원

Einsatzgruppen 사건에서 인도에 반하는 죄에 대한 기소가 이루어졌는데 여기서 살인과 같은 범죄는 이미 국내법상의 범죄라는 점에 착안하여 소급효금지 위반 문제에 접근하였다. 즉 국내범죄는 이미 범죄이며 이것을 국제범죄로 성격을 바꾸어 처벌하는 것은 범죄 자체를 새로이 창설하는 것이 아니라 단지 범죄의 성격을 재규정(retroactive re-characterization)하는 것이기 때문에 죄형법정주의, 소급효금지에 반하는 것이 아니라는 것이다.⁴⁹⁾

4. Hans Kelsen⁵⁰⁾

Hans Kelsen은 뉘른베르크 재판과 관련하여 국제법상 죄형법정주의는 존재하지 않는다고 하였다.

“소급효를 가지는 규범의 제정, 소위 사후입법(ex post facto laws)을 금지하는 관습국제법은 존재하지 않는다. …소급효 금지는 개인이 행위시에 그의 행위가 잘못된 것이라는 점을 몰랐거나 알 수 없었을 경우에 그를 처벌하는 것은 부당하다는 도덕적 사고에 기초한다. 그러나 만약 행위시에 법적으로는 아니지만 도덕적으로 잘못되었다면 그러한 행위에 제재를 가하는 사후입법은 법적 관점에서만 소급적일뿐, 도덕적 관점에서는 소급적이지 않다. 그러한 법은 소급효금지의 원칙의 근거를 이루는 도덕적 관념에 배치되는 것이 아니다. 이것은 특히 개인이 국가의 기관으로서 국제법을 위반하였을 때 그에 대하여 책임을 지도록 하는 국제조약에 적용된다. 개인이 도덕적 관점은 물론 법적 관점에서도 잘못된 행위를 하였을 때 그는 국제법위반에 대하여 도덕적으로 책임을 진다. 위 국제조약은 개인의 도덕적 책임을 법적 책임으로 변환시키는 것에 불과하다. 사후입

회법 제10호위반으로 처벌하는 것을 죄형법정주의위반이라고 항변할 수 없다.”고 판시하였다. Ibid., p. 977.

49) Kenneth S. Gallant, *supra* note 25), pp. 131-132, 134; 범죄의 성격 재규정 논리는 나중에 ICTY에서도 받아들여진다. ICTY Prosecutor v. Hadzihasanovic, Appeals Chamber Judgment, 16 July 2003, para 34 참조.

50) Hans Kelsen은 쾰른 대학의 교수로 있다가 1933년 히틀러의 집권 후에 직을 잃었다. 그후 프라하 대학의 교수로 있다가 1940년 미국으로 건너가 버클리 대학에서 자리를 잡았다. Bardo Fassbender, Hans Kelsen, in Bardo Fassbender & Anne Peters(ed.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 1168-1169; Kelsen은 국내법과 국제법 일원주의(monistic approach)를 취하였는데, 국내법과 국제법 모두 인간의 행동을 규율한다는 그의 주장은 개인의 삶에 있어서의 국제법의 역할의 확장에 기여하였다. Kelsen은 주권(sovereignty)을 국제법에 의해 인정된 국가의 법적 권한(the legal authority of the States under the authority of international law)으로 정의하였다. 그의 국가에 대한 설명은 장래에 개인(individuals)과 같은 비국가 행위자(non-state actors)의 국제법상의 법인격, 그리고 이러한 비국가행위자들의 국제법위반에 대한 책임을 인정하는 기초가 되었다. Bardo Fassbender, *ibid.*, p. 1171.

법을 금지하는 원칙은 어떠한 경우에도 위와 같은 조약에는 적용되지 않는다.”⁵¹⁾

그는 국제법에 의한 국제범죄의 창설과 처벌에 있어서 소급효가 인정되는 근거를 행위의 반도덕성에 기초하였다. 그에 의하면 반도덕적 행위를 국제법에 의하여 소급처벌하는 것은 죄형법정주의의 예외가 된다. 이것은 죄형법정주의가 모든 법규범의 상위를 차지하는 최고의 규범은 아니라는 것을 전제로 한다.

5. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제15조

ICCPR 제15조는 국제범죄와 국제형법의 죄형법정주의의 특성을 반영하고 있다. ICCPR 제15조 제1항에 의하면 국내법에 의하여 행위 당시에 범죄가 아닌 경우에도 그 당시 국제법에 의하여 범죄가 되는 경우에는 형사처벌이 가능하며, 제2항은 당시의 법의 일반원칙에 따라 범죄가 되는 경우에 형사처벌을 하는 것도 소급효 금지에 저촉되지 않는다는 취지이다. 따라서, 국제법에 의해서 소급적으로 범죄를 창조하여 처벌할 수 없다.⁵²⁾

ICCPR은 대륙법과 영미법계 국가 모두에 적용되며, 따라서 제15조의 죄형법정주의에 서의 ‘법’도 커먼로를 포함한다. 당연히 국제법도 조약뿐만 아니라 관습국제법을 포함한다.⁵³⁾ 1949년 인권위원회(HRCComm)에서 우루과이와 프랑스의 제안으로 제15조 제1항에

51) Hans Kelsen, “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, *California Law Review* Vol. 31, 1943, pp. 543-544. 켈젠은 죄형법정주의의 근거를 공평의 원칙, 책임주의에서 찾고 있는 것으로 생각된다. 국제범죄로 처벌되는 정도의 중대한 비도덕적 행위를 하는 자는 자신의 행위의 부당함을 알고 있었을 것이며, 이것을 법률적 의미의 범죄로 구성하는 국제법은 개인의 도덕적 책임을 법적으로 전환하는 것이기 때문에 죄형법정주의가 적용되지 않는다는 주장이다. 켈젠이 주장하는 도덕적 책임은 실정법의 정의에 대한 위반이 참을 수 없는 정도에 이르렀을 때, 이 부정의한 법률은 정의에게 그 자리를 양보해야 한다는 라트브루흐의 공식에서의 정의와 같은 역할을 하게 된다. 그러나 Kelsen의 이론은 왜 도덕성위반이 범죄로 되느냐하는 문제를 남긴다. 즉, 도덕위반이 위법(illegality)에 이른다고 하더라도 위법과 범죄는 구별되는 것이기 때문이다. 피고인들의 도덕위반은 위법성을 인식하는 정도로는 충분하겠지만 그렇다고 하여 모든 위법이 범죄가 되는 것은 아니다. Kelsen의 이론은 자연법적인 성격을 갖는 행위, 즉 도덕위반에 대하여 피고인들이 소급효위반을 주장하기는 힘들다는 점을 보여주었지만, 위법성과 범죄의 차이점을 그 이론 속에 포함시키지 못하는 약점이 있는 것으로 보인다.

52) Manfred Nowak, *U.N. CCPR Commentary*, 2nd ed, N.P. Engel, Publisher, 2005, p. 368.

53) ICCPR 제15조 제1항의 프랑스어 본은 loi가 아니라 droit를 사용함으로써 성문법(statutory law) 뿐만 아니라 불문법을 포함하고 있다는 점을 명백히 하고 있다. Machted Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Court*, Intersentia, 2002, p. 134; ICCPR 제15조와 같은 내용을 가진 유럽인권협약 제7조에서 법(law)은 국내법원에 의해 법으로 인정되는 것을 말하며 영국의 경우에는 의회에 의한 법률(Act of Parliament), 커먼로(common law), 형평법(equity),

국제법(international law)이 포함되게 되었다.⁵⁴⁾ 제안자들은 피고인이 당해 국가의 국내법에 의하여 범죄가 되지 않는다는 변명에 의해 국제범죄에 대한 처벌을 피하지 못하게 하려고 하였다. 피고인은 그 범죄행위가 행해졌을 때 적용되는 국내법에 의해서는 범죄가 되지 아니하는 작위나 부작위에 대하여도 이러한 범죄행위가 행해졌을 때 효력이 있는 국제조약이나 관습국제법에 의하여 범죄가 되는 경우에는 처벌을 받을 수 있게 된다.

ICCPR 제15조 제2항은 뉘른베르크 국제군사재판의 정당성에 대한 시비에 종지부를 찍고자 도입되었다.⁵⁵⁾ 제15조 제2항은 유엔 총회에 의해 만장일치로 지지를 받은 뉘른베르크 헌장과 판결에서 인정된 국제법의 원칙(principles of international law)에 대한 지지이다.⁵⁶⁾ 제15조 제2항은 국제법의 일반원칙을 위반한 자들을, 그러한 행위가 국내형법에서의 범죄화 되어 있는지 여부와 상관없이, 재판하고 처벌하는 것을 허용하기 위하여 제15조 제1항에 대한 명시적 예외를 설정하였다고 설명된다.⁵⁷⁾ 그러나, 제15조 제1항에서 의해서도 그러한 효과는 달성된다. 오히려 제15조 제1항의 국제법은 조약법, 관습국제법까지 포함할 수 있기 때문에 법의 일반원칙보다 더 적용범위가 넓다. 따라서 제15조 제2항이 굳이 필요한지에 대한 의문이 제기된다.⁵⁸⁾

이에 대하여 일부 학자들은 문언의 차이에도 불구하고 여기서 법의 일반원칙은 관습

때로는 관습(custom)을 포함한다. 이러한 법은 확인이 가능하다는 의미에서 접근가능하고(accessible), 충분한 정도로 명확하여 사람들의 행위에 지침이 될 수 있어야 한다는 의미에서 예측가능(foreseeable)하여야 한다. Howard Davis, *Human Rights Law*, Oxford University Press, 2007, p. 271; Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3rd ed., Nomos, 2009, pp. 210-211; Manfred Nowak, supra note 52), p. 360.

54) 어떤 과정을 통해 international law가 포함되었을까? 1960년 당시 international criminal law의 개념이 아직 발전도중이라 “under national or international law”에 “international law”를 포함시키는 것이 바람직스럽지 않다는 견해(아르헨티나, 예멘)가 있었다. 내용이 불확정적이기 때문에 그것을 포함하는 경우에 국가들이 가입하는 것을 꺼리게 될 수도 있기 때문에 “under national or international law” 대신에 “applicable law”라는 보다 유연한 형태로 변경하자는 주장이었다. 인도, 영국, 파키스탄, 네덜란드는 이러한 변경은 문언의 의미를 약화시키고 혼란을 초래한다고 하였다. 더 나아가 국제형사법(international criminal law)의 개념은 아직 발전도중이지만 그것의 존재는 부정할 수 없다고 주장하였다. 이에 따라 “applicable law”로 대체하자는 의견은 받아들여지지 않았다. Machteld Boot, supra note 53), pp. 133-134, p. 136.

55) Adam McBeth, Justine Nolan and Simon Rice, *The International Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2011, p. 96; Manfred Nowak, supra note 52), p. 368; M.J. Bossuyt, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 331.

56) UN GA in Res. 95(1). RESOLUTIONS ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY DURING ITS FIRST SESSION, 95 (I), 11 December 1946, AFFIRMATION OF THE PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW RECOGNIZED BY THE CHARTER OF THE NURNBERG TRIBUNAL

57) Sarah Joseph et al., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, 2004, p. 469.

58) Sarah Joseph et al., *ibid.*, p. 469; Helmut Satzger, supra note 53), p. 211.

국제법을 뜻한다고 해석한다.⁵⁹⁾ 한편, Machteld는 법의 일반원칙이라는 문구가 너무 불명확하다는 이유로 ILC의 1991, 1996년 초안에서 삭제되었기 때문에 적어도 국제형사재판소(ICC)의 관할권과 관련하여서는 ICCPR 제15조 제2항은 장래에 있어서 의미도 없다고 주장한다.⁶⁰⁾ 제15조 제2항의 입안 과정에서도 일부 국가들은 뉘른베르크와 도쿄 국제군사재판에 대한 지지는 제1항에 의해 충분하다고 하거나, 제2항을 삽입하는 것은 오히려 위 국제군사재판의 유효성에 의문을 제기하게 되는 역효과를 불러일으킬 수 있다는 주장을 제기하기도 하였다.⁶¹⁾ 일부 국가들은 일반 원칙에 근거하여 범죄를 정의할 수 없기 때문에 국제사회에 의하여 인정된 법의 일반원칙에 의하여 범죄가 된다는 표현은 아무런 법적 의미가 없다고 주장하기도 하였다.⁶²⁾⁶³⁾

그러나 위와 같은 주장들은 세계인권선언에 없었던 내용인 법의 일반원칙에 의한 범죄의 처벌이 ICCPR 제15조 제2항에 신설된 이유를 설명하기 어렵다.

일반적으로 국제법의 주된 법원(法源)으로 조약과 관습국제법을 인정하고 있으며, 특히 형법에서 법의 일반원칙을 범죄를 창설하는 근거로 삼기는 어려운 점이 있다. 그럼에도 불구하고, 국제형법에서 법의 일반원칙이 법원(法源)으로 인정한 사례는 적지 않다. 뉘른베르크 후속 재판 중 하나인 Pohl 사건에서는 피고인들에 대한 공소사실 2와 3(전쟁

59) Manfred Nowak, *supra* note 52), p. 367, 그러나 Nowak은 제15조 제1항의 국제법이 관습국제법을 포함하고 있기 때문에 제15조 제2항이 법적으로 실질적인 의미가 있는지에 대하여는 회의를 표시하고 있다. *Ibid.*, p. 368; 여기서 ‘principle of law’는 뉘른베르크 재판에 의해 발전한 관습국제법을 지칭하며, 반드시 관습적 성질을 가져야 한다. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Vol I. Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2014, p. 75.

60) Machteld Boot, *supra* note 53), p. 140.

61) M.J. Bossuyt, *supra* note 55), p. 330.

62) M.J. Bossuyt, *supra* note 55), p. 331.

63) ICJ 규정은 그 법원(法源)과 관련하여 제38조 제1항에서 법의 일반원칙을 언급하고 있다. 다만, 고려되는 원칙들의 범위에 관하여 “문명국가들에 의해 인정된” 법의 일반원칙으로 규정하고 있다. Margaret McAuliffe deGuzman은 로마규정 제21조(c) “범죄에 대하여 통상적으로 관할권을 행사하는 국가의 국내법을 포함하여 세계의 법체제의 국내법들로부터 재판소가 도출한 법의 일반원칙(*general principles of law*)”에 대하여 논란이 많다고 지적한다. deGuzman는 로마규정의 법의 일반원칙은 ICJ 규정에 있는 법의 일반원칙에 관한 ICJ 판례의 입장을 도입한 것이라고 한다. ICJ는 사법(私法, private law)의 규칙과 법제도를 직접적으로 국제법에 도입하지 말고 그 특성과 용어를 정책과 원칙으로서 고려하여야 한다고 하였다. Margaret McAuliffe deGuzman, Article 21 Applicable Law, in Otto Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2nd ed.*, C.H.Beck · Hart · Nomos, 2008, pp. 708-710; 한편, Schabas는 ICJ 규정 제38조 제1항에 규정된 법의 일반원칙과 로마규정 제21조(c)의 차이점을 강조하면서, 로마규정은 보충적인 법원(法源)으로서의 비교형법적 접근을 요청한 것이라고 한다. William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 393.

범죄와 인도에 반하는 죄)에 있어서 피고인들의 범죄와 잔혹행위가 전쟁법위반, 국내형법, CCL No. 10의 범죄에 해당되는 것은 물론 모든 문명국가의 형법에서 도출되는 일반원칙(the general principles of criminal law as derived from the criminal laws of all civilized nations)의 위반도 구성한다고 하였다.⁶⁴⁾ 다른 뉘른베르크 후속 재판인 Hostage 사건에서도 같은 취지의 판결을 하였다.⁶⁵⁾ 재판부는 CCL No. 10에서 정의된 범죄는 이미 존재하는 국제법의 규칙에 의해 범죄였으며, 그 범죄가 국제조약, 전쟁의 관습과 법으로 인정된 것, 또는 모든 문명국가의 형법에서 도출되는 일반원칙(the general principles of criminal law as derived from the criminal laws of all civilized nations)에 의해 범죄가 되는 것이라면 그것이 구체적으로 정의되고 특정한 규정, 법, 조약에 따라 기소되어야 하는 것이 본질적으로 요구되지는 않는다고 하였다.⁶⁶⁾ ICTY는 1949년 제네바 협약 공통 제3조에 열거된 행위는 위법하고 문명인들의 양심에 충격을 주는 행위이기 때문에 ICCPR 제15조 제2항에 의하여 범죄가 된다는 점이 보편적으로 인정된다고 판단하였다.⁶⁷⁾ ICCPR 제15조 제2항의 초안 과정에서 일부 국가들은 뉘른베르크 재판에서 처벌받은 범죄와 비슷한 범죄가 장래에 나타나는 경우에 뉘른베르크 재판에서 확립된 원칙과 같은 원칙에 따라 처벌할 수 있다는 점을 확인하고 강조하는 것이라고 주장하였었다.⁶⁸⁾ 한편, 동독의 국경수비대 사건에 관하여 국경을 넘어 도주하는 자를 총격하는 행위에 대하여 ICCPR 제15조 제2항에 의해 총격행위를 처벌할 수 있었을 것이라는 주장도 있다.⁶⁹⁾ 캐나다의 헌법(Constitution Act)은 자유와 권리에 관한 캐나다 헌장(제1부)의 법적 권리(Legal Rights)에서 캐나다 법, 국제법 또는 국가공동체에 의해 인정된 법의 일반원칙에 따라 작위나 부작위 당시에 범죄가 되지 않는 경우가 아니라면 어떤 작위나 부작위도 유죄가 되지 않을 법적 권리가 있다고 규정하고 있다[11조(g)]. 캐나다 헌법은 법의 일반원칙을 국제법과 별개로 강조하고 있다는 점을 알 수 있다. 캐나다 대법원은 Finta 사건에서 국제법이나 법의 일반원칙에 근거한 전쟁범죄나 인도에 반하는 죄에 대하여 유죄판결을 할 수 있다고 판시하였고,⁷⁰⁾ Schabas는 이 판결에 대하여 캐나다 대법원이 인도에 반하는 죄의

64) United States Government Printing Office, supra note 47), p. 964.

65) United States Government Printing Office, supra note 47), p. 1234.

66) United States Government Printing Office, supra note 47), p. 1239.

67) ICTY, Prosecutor v. Delalić and others, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber Judgment, 20 February 2001, para. 173.

68) M.J. Bossuyt, supra note 55), p. 332.

69) Sarah Joseph et al., supra note 57), p. 474.

70) The Code provisions do not violate s. 11(g) as being retroactive. Section 11(g) of the Charter specifically refers

법적 근거를 관습국제법 보다는 법의 일반원칙에 둔 것이라고 평가하고 있다.⁷¹⁾

ICCPR의 성안 과정은 뉘른베르크와 극동 국제군사재판의 결과를 국제법으로 승인하기 위하여 제15조 제2항을 도입하였다는 것을 보여준다. 제15조 제2항은 뉘른베르크와 극동 국제군사재판에 대한 승인의 표시로서 기능하며 이와 비슷한 범죄에 대하여 국제법의 존재를 주장할 수 있는 명확한 근거가 되는 것이다. 제15조 제2항이 가지고 있는 역사적 의미에 비추어 제1항과 중복되는 면이 있다는 이유로 그 의미를 축소하는 것은 바람직하지 못하다.⁷²⁾ 즉, 제15조 제2항은 제1항과 비교하여 소급효 문제에 대하여 보다 직접적, 명시적인 표현을 사용하고 있다. 따라서 제2항은 제1항보다 직접적이고 명확한 문구로 국제범죄에 있어서의 소급효 문제에 대한 태도를 보여주고 있는 셈이다. 법의 일반원칙을 국제법의 법원(法源)으로 인정하지 않는 견해가 있지만,⁷³⁾ 국제형법과 관련하여서는 법의 일반원칙이 법원(法源)이 된다는 점을 특히 명시하고 있는 것이다.

IV. 우리나라에서 국제범죄와 죄형법정주의

우리 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다”고 규정하고 있다.⁷⁴⁾ 따라서 우리 형법은 대한민국

to the permissibility of conviction on the basis of international law or the general principles of law recognized by the community of nations. One of the factors motivating the terms of the provision was to remove concerns about otherwise preventing prosecution of war criminals or those charged with crimes against humanity. R. v. Finta, [1994] S.C.J. No. 26

71) William A. Schabas, Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute, in Horst Fischer (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law Vol. 3(2000)*, T.M.C. Asser Press, 2002, p. 339.

72) 법의 일반원칙은 많은 면에서 관습국제법과 중복될 가능성이 있다. 한편, 법의 일반원칙의 법원성(法源性)에 대하여는 국제사법재판소(ICJ) 규정 제38조 제1항(문명국에 의하여 인정된 법의 일반원칙)에서 명시적으로 국제법의 법원(法源)으로 규정되어 있음에도 불구하고 이를 부인하는 견해가 있다. 정인섭, 신국제법강의 제6판, 박영사, 2016, 59-62쪽.

73) 법의 일반원칙에 대하여 각국 국내법의 공통된 원칙으로 국제법상 독자적 법원으로 보는 견해, 국제법의 일반원칙으로 보며, 이의 독자적 법원성을 부인하는 견해, 국내법의 공통된 원칙뿐만 아니라 국제법의 일반원칙도 포함한다고 보는 견해 등이 있다. 일반적인 통설은 법의 일반원칙의 국제법 법원성(法源性)을 긍정하며, 그 내용은 각국 국내법의 공통된 원칙으로 본다. 정인섭, 위의 책, 59, 62쪽.

74) 우리나라의 헌법 제12조 제1항 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”, 제13조 제1항 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다.”, 형법 제1조 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.”라고 규정함으로써 죄형법정주의를 선언하고 있다. 우리나라의 일반적인 견해는 위 죄형법정주의 내용으로 법률주의(관습형법

국회가 만든 법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 경우에는 범죄로 처벌할 수 없으며, 이 법률이 제정되어 효력이 발생하기 이전의 행위에 대하여는 소급할 수 없다. 그러나, 우리 헌법이 죄형법정주의만을 규정하고 있는 것은 아니다. 헌법 제5조 제1항은 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.”, 제6조는 “① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다. ② 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정하고 있다. 나아가 헌법은 전문에서 “밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”하고 있으며, 제2장에서 국민의 자유와 권리를 규정하는 등 다양한 가치를 포함하고 있다. 헌법 제37조는 “① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있는바, 제2항은 헌법의 원칙의 상호간 또는 다양한 가치의 충돌이 법률에 의해 조정이 될 수 있음을 예견하고 있다.

특히 여기서 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다는 규정을 보면 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 마치 국내법, 즉 국내형법의 법원(法源)이 될 수도 있지 않느냐는 의문을 제기하게 한다. 여기서 검토하는 국내 형법의 법원(法源)으로 인정받는지 여부는 법원(法院)이 이를 적용하여 범죄로 처벌할 수 있느냐는 것이다. 먼저 일반적으로 승인된 국제법규가 무엇인지가 문제될 것이다. 일반적으로 승인된 국제법규는 관습국제법을 말한다.⁷⁵⁾ 한편 국내법과 같은 효력을 가진다는 취지는 무엇인가? 조약에 있어서는 국회 동의를 거친 조약은 법률과 같은 효력을, 국회 동의를 거치지 않은 조약은 시행령(이하)의 효력을 가진다는 견해(통설)와 모든 조약은 법률과 같은 효력을 가진다는 견해가 대립되고 있다.⁷⁶⁾ 관습국제법에 대하여는 국내 법률과 같은 효력을 가진다는 견해, 헌법에는 하위이나 법률보다는 상위라는 견해, 법률보다 하위의 효력을 가진다는 견해, 그 내용에 따라 법률의 상위, 동위, 하위 어느 편에도 해당할 수 있다는 견해가 있다.⁷⁷⁾

금지), 소급효금지, 명확성의 원칙, 유추해석금지를 죄형법정주의의 내용으로 보고 있다. 이재상, 형법총론, 박영사, 2011, 9-32쪽 참조.

75) 정인섭, 앞의 책, 135쪽.

76) 정인섭, 위의 책, 123-125쪽.

77) 정인섭, 위의 책, 136쪽.

정인섭 교수는 헌법 제6조 제1항의 해석에 관련하여 하여 모든 조약은 법률과 같은 효력을 가진다는 견해를 택하면서 국제법 질서에서 조약과 관습국제법은 동일한 효력을 지니므로 관습국제법 역시 조약과 동일한 효력을 갖는다고 해석함이 문언에 충실한 해석이고, 조약을 국내법률과 같은 효력을 지닌다고 해석하면, 관습국제법도 국내법률과 같은 효력을 지닌다고 보아야 한다고 주장한다.⁷⁸⁾ 이러한 정인섭 교수의 설명은 형법 이외의 민상사 등의 분야를 전제로 한 일반적인 논의이며 형법을 대상으로 한 것은 아닐 것이다. 형법의 법률효과는 형벌이며, 범죄자라는 인격적 비난을 수반하기 때문에 특별한 취급을 요한다. 소급효금지 는 법의 일반원칙의 하나이지만 죄형법정주의는 형법의 가장 중요한 원칙의 하나이다. 이것이 법률주의, 소급효금지를 핵심으로 하는 엄격한 죄형법정주의가 우리 헌법과 형법에 규정된 이유이다.

이에 대하여 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”과 “일반적으로 승인된 국제법규”로 구분하여 살펴본다. 범죄에 관한 국제조약의 대부분은 그 조약에서 당사국이 조약의 대상이 되는 범죄를 국내에서 범죄화할 의무를 부담하는 것에 그치기 때문에 큰 문제가 없다. 즉, 헌법에 의하여 체결·공포된 조약 자체가 조약의 대상이 되는 범죄를 국내에서 이행입법을 통해 범죄로 규정하고 처벌하도록 하고 있기 때문에 실질적으로 헌법의 죄형법정주의와의 충돌 문제를 야기하지 않는다. 어떤 조약이 그 자체로 범죄와 형벌을 규정하고 있고 그 내용상 이행입법을 기다리지 않고 직접 효력을 발생하는 것으로 규정하는 (이런 예는 적어도 우리나라에서 아직 발견되지 않은 것으로 보인다) 극히 예외적인 경우는 국회가 그러한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가지며, 조약의 체결과 비준 과정에서 상당한 논의를 거치게 될 것이며, 정치적 과정의 일부로 해결될 것이다. 법이론적으로는 법률의 제정권을 가진 국회가 그 조약의 체결·비준에 대한 동의를 하였고, 이 과정에서 국민들에게 널리 그 내용이 홍보가 될 것이기 때문에 죄형법정주의와 충돌한다고 보기는 어려울 것이다.

한편 일반적으로 승인된 국제법규가 가리키는 관습국제법의 경우는 그 규범의 존재와 내용의 확인이 어렵기 때문에 형법 규범으로 직접 사용되기는 부적절하다. 특히, 성문형법주의를 취하는 우리나라의 헌법 체계하에서 이것을 형법의 법원(法源)으로 직접 인정하기 어려우며, 실질적으로 관습국제법에 근거한 기소를 뒷받침하는 형사소송법의 규정이 없기 때문에 관습국제법상의 범죄를 근거로 기소하고, 재판을 하고, 형을 집행하는 것은 사실상 불가능하다. 즉, 실체법적으로도 형법의 법원(法源)으로서 효력이 없으며,

78) 정인섭, 위의 책, 137쪽.

절차법상으로 이를 가능하게 하는 절차가 규정되어 있지 않기 때문에 관습국제법을 직접적인 근거로 재판을 하여 처벌하는 것은 불가능하다.

그렇다면, 조약과 관습국제법이 국내법과 같은 효력을 가진다는 규정은 형법에 있어서 아무런 의미를 가지고 있지 않은 것인가? 그렇지 않다. 헌법과 형법이 죄형법정주의라는 자유주의적 가치를 중시한다는 것만으로 반드시 우리 헌법과 형법의 엄격한 죄형법정주의를 국제범죄에도 그대로 적용할 필요는 없다. 국가는 조약과 관습국제법에 따라 국제범죄를 법률에 의해 처벌해야 하는 국제법상의 의무를 지는 것이며, 조약과 관습국제법이 그것만을 근거로 형사처벌 할 수 있는 형법의 직접적 법원(法源)은 될 수 없어도 입법, 형법의 해석과 적용에 영향을 주는 간접적인 법원(法源)이 될 수 있다. 이것은 우리나라가 ICCPR 제15조의 효력을 인정한다는 말이며 우리나라가 지금 국내법을 제정하여 제2차 대전 당시의 일본군 '위안부'에 대한 국제범죄를 처벌하는 것을 국제인권법이 허용하고, 우리 헌법이 이를 받아들인다는 것을 의미하기 때문이다.⁷⁹⁾

ICCPR 제15조는 행위 당시에 국내법상 처벌규정이 없는 행위라도 그 당시에 존재하는 국제법에 의하면 범죄가 되는 경우에는 개별 국가가 자국의 형법에 없었던 국제범죄 규정을 만들고 이 법률에 의해서 범죄자들을 처벌하는 것을 승인하고 있다. 이러한 법률은 형식적으로는 소급하는 것처럼 보이지만 행위 당시의 국제법에 의하여 범죄로 인정된 것이기 때문에 실질적으로는 소급처벌이 아니다. 국회가 뉘른베르크 국제군사재판과 도쿄 국제군사재판 당시, 보다 정확하게는 일본군 '위안부'에 대한 국제범죄가 발생하였을 당시에 관습국제법으로 인정되는 국제범죄를 처벌하는 규정을 현재 제정하여 처벌하는 것은 국제인권법과 국제법에 의하여 허용되며 죄형법정주의의 소급효 위반이 아니다.

79) 그런데, 만약 관세포탈의 액수에 따라 범죄의 가중처벌이 이루어지는 경우에 조약에 의해 관세의 액수가 변경되고 그에 따라 법정형이 달라지는 효과가 생기는 것을 조약이 형법의 법원(法源)이 되는 경우라고 볼 수는 없을 것이다. 현재 1998. 11. 26. 97헌바65 사건을 근거로 조약이 직접적으로 형법의 법원(法源)이 된다고 보는 견해가 있을 수 있으나, 여기서 헌법재판소는 “마라케쉬협정도 적법하게 체결되어 공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 갖는 것이어서 그로 인하여 새로운 범죄를 구성하거나 범죄자에 대한 처벌이 가중된다고 하더라도 이것은 국내법에 의하여 형사처벌을 가중한 것과 같은 효력을 갖게 되는 것이다. 따라서 마라케쉬협정에 의하여 관세법위반자의 처벌이 가중된다고 하더라도 이를 들어 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라거나 행위시의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없으므로, 마라케쉬협정에 의하여 가중된 처벌을 하게 된 구 특가법 제6조 제2항 제1호나 농안법 제10조의3이 죄형법정주의에 어긋나거나 청구인의 기본적 인권과 신체의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.”라고 판시함으로써 마치 조약이 직접적으로 새로운 범죄를 구성하거나 처벌을 가중하는 법원(法源)으로 효력을 발생한다는 것으로 오인하게 하고 있다. 그러나 관세액을 결정하는 조약의 법적 효력이 법률과 같기 때문에 관세액을 기준으로 하는 법정형의 경중에 영향을 미친 것을 들어 새로운 범죄를 구성하거나 조약에 의하여 처벌이 가중된다고 할 수는 없을 것이다. 소유권에 영향을 주는 민법의 변동이 있다고 하여 민법이 새로운 절도죄를 창조하였다고 할 수는 없을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김창록/이승욱, 일본군 ‘위안부’ 문제에 관한 국제사회의 동향, 2003.
- 박원순, 아직도 심판은 끝나지 않았다, 한겨레신문사, 1996.
- 신동운, 형법총론 제9판, 법문사, 2015.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2011.
- 이재상/장영민/강동범, 형법총론 제8판, 박영사, 2015.
- 정인섭, 신국제법강의 제6판, 박영사, 2016.
- 한인섭, 5·18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006.
- Adam McBeth, Justine Nolan and Simon Rice, *The International Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2011.
- Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed, Oxford:Oxford University Press, 2008.
- _____, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, Christopher Gosnell and Alex Whiting, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd ed, OXford:Oxford University Press, 2013.
- Bardo Fassbender, Hans Kelsen, in Bardo Fassbender & Anne Peters(ed.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, 2014.
- C. J. M. Safferling, “Germany’s Adoption of an International Criminal Code”, in Russell A. Miller/Peer Yumbansen(ed.), *Annual of German & European Law* Vol 1, Berghahn Books, 2004.
- Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2nd ed., The Hague:T·M·C·Asser Press, 2009.
- Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford:Oxford University Press, 2014.
- Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3rd ed., Nomos, 2009.
- Howard Davis, *Human Rights Law*, Oxford University Press, 2007.
- IMT, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Volume 1, Published at Nuremberg, Germany, 1947.
- IMTFE, *The Tokyo Judgment*, APA-University Press Amsterdam Bv, 1977.

- International Commission of Jurists, *Comfort Women: Unfinished Ordeal*, Geneva, 1994.
- Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Vol I. Foundations and General Part, Oxford University Press, 2014.
- Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009.
- Luke Moffett, *Justice for Victims Before the International Criminal Court*, London: Routledge, 2014. note 12.
- Machteld Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Court*, Intersentia, 2002, p. 134
- Manfred Nowak, *U.N. CCPR Commentary*, 2nd ed, N.P. Engel, Publisher, 2005, p. 368.
- Margaret McAuliffe deGuzman, Article 21 Applicable Law, in Otto Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed., C.H. Beck • Hart • Nomos, 2008.
- M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011.
- M.J. Bossuyt, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 331.
- Sarah Joseph et al., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, 2004.
- United States Government Printing Office, *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Volume IV, 1950.
- William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010.
- _____, Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute, in Horst Fischer (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law Vol. 3(2000)*, T.M.C. Asser Press, 2002.
- W. Lee, International Crimes and Universal Jurisdiction, in L. May/Z. Hoskins(ed.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, 2010.
- W. N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, 2006.

2. 학술지

김석연, “동경재판과 ‘평화에 반한 죄’”, 일본연구 제16집, 고려대학교 일본연구센터, 2011, 295-324쪽.

이윤제, “일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄의 법적 구성”, 형사법의 신동향 제53호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2016.12, 136-169쪽.

_____, “커먼로 범죄와 죄형법정주의”, 아주법학 제10권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2016.8, 209-226쪽.

김성천, “죄형법정주의와 국제형법상의 범죄구성요건”, 법학논문집 제9집, 중앙대학교 법학연구소, 1994, 207-231쪽.

Hans Kelsen, “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, *California Law Review Vol. 31*, 1943, 530~571.

J. Lelieur-Fischer, “Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War: an Impossible Endeavour?”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, 231~244.

Kelly D. Askin, “Comfort Women-Shifting Shame and Stigma from Victims to Victimizers”, *International Criminal Law Review* 1, 2001, 5~32.

3. 학위논문

이윤제, “국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2016.

4. 신문기사

이윤제, “[시론] ‘위안부 합의’라는 국제적 일탈행위”, 한겨레 2016.1.11, <<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/725655.html#csidx59b0bc452a08b8f8e0cd569610a1744>>, 검색일 : 2017.6.25.

Mindy Kotler, “The Comfort Women and Japan’s War on Truth”, New York Times, 14 Nov. 2014, <http://www.nytimes.com/2014/11/15/opinion/comfort-women-and-japans-war-on-truth.html?_r=0>, 검색일 : 2017.6.25.

[Abstract]

Japanese Military ‘Comfort Women’ and the Principle of Legality

Lee, Yun-Je*

Japanese military ‘comfort women’ is one of the most heinous international crimes which Japanese committed during the World War II. This crime constitutes sexual slavery of crimes against humanity and war crimes. Nonetheless, whether Japanese military sexual slavery crime against Koreans can be punishable right now by the current Korean Government has been debated because some criminal scholars have been afraid that it might violate the principle of legality which is enshrined in the Korean Constitutional Law. The Article 13(1) of the Constitutional Law provides that no citizen shall be prosecuted for an act which does not constitute a crime under the Act in force at the time it was committed. This approach follows the traditional continental legal family which strictly abides by the prohibition of *ex post facto* laws. However, the international criminal law has developed under the strong influence from the English-American legal family which recognizes common law crimes and thus is comparatively much freer from the *nullum crimen sene lege* principle than continental law countries. The Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that no one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed and nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations. The Article 6(1) of the Constitutional Law provides also that treaties duly concluded and promulgated under the Constitution and the generally recognized rules of international law shall have the same effect as the domestic laws of the Republic of Korea. It is my argument that the

* Professor, School of Law, Ajou University, Ph.D. & Attorney at Law in Korea/California

harmonious interpretation between the Article 6(1) and 13(1) of the Constitutional Law allows the Korean Parliament to make the law which punishes those who are responsible for the crimes committed against the Japanese military ‘comfort women’.

[Key Words] International Crimes, International Criminal Law, Principle of Legality, Ex Post Facto, Comfort Women