

내국인의 국외범에 대한 처벌기준*

Criteria of Punishment against Crimes by Koreans outside Korea

조 현 욱**
Cho, Hyun-Wook

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 형법 제3조의 의의 및 적용범위와 처벌기준
- III. 형법 제3조 절대적 속인주의의 문제점과 해결방안
- IV. 나오는 말

국문초록

지구촌(地球村)시대를 맞아 해외여행이나 파견 등 국가 간의 인적 교류 증가로 인해 외국에서 도박, 마약, (아동·청소년)성매매 등의 범죄를 저지르고 본국으로 귀국한 자국민에 대한 형사처벌 여부가 문제로 등장하고 있다.

대법원은 지금까지 현행 형법 제3조가 속인주의를 규정하고 있으므로 대한민국국민이 외국법에서는 허용되나 국내법에는 위반되는 행위를 외국에서 한 경우도 범죄가 되고, 당연히 위법성이 조각되는 것은 아니라고 판단해 왔다. 그러나 위법성이 조각되는 경우가 어떤 경우인지에 관해서는 명시적인 판시를 한

논문접수일 : 2019.01.30.

심사완료일 : 2019.03.04.

게재확정일 : 2019.03.04.

* 본 논문은 제주대학교 법과정책연구원에서 2018년 12월 27일 주최한 “사회변화에 따른 공법과 사법의 과제”라는 학술대회에서 발표한 원고를 수정·보완한 것입니다.

** 법학박사·건국대학교 법학연구소 교수

적이 없었다.

최근 이러한 행위에 대해 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 침해하는 때에 한해 처벌할 수 있다는 기준을 처음으로 제시한 하급심판결이 등장하였으며, 대법원은 “국가안전보장이나 질서유지, 공공복리”부분은 판결문에 명시하지 않고 위법성조각사유만 언급한 채 동 판결을 확정하였다.

서울고등법원이 내세우고 있는 헌법 제37조 제2항에 따른 헌법합치적 해석이 형사사건의 기본적 해석기준으로 작동한다는 점은 분명하나, 개별 범죄의 보호법익을 함께 고려할 때 반드시 타당한지는 의문이 든다.

지구촌(地球村)시대라는 상황과 “사회변화에 따른 공법과 사법의 과제”라는 학술대회의 대주제에 맞게 형법 제3조의 새로운 해석 내지 입법론적 해결방안이 필요한 시점이다.

서울고등법원이 헌법 제37조 제2항에 근거한 형법 제20조 적용이라는 내국인의 국외범에 대한 처벌기준을 제시함으로써, 절대적 속인주의 적용으로 가별성이 무한대로 확장될 수 있는 부분이 일정정도 제어될 수 있을 것이다. 또한 형법 제3조가 절대적 속인주의를 채택하고 있다는 점을 재확인하면서도, 헌법합치적 해석에 입각한 내국인의 국외범에 대한 처벌기준을 최초로 제시함으로써 외국에서 대한민국국민의 자유를 신장시켰다는데 의미를 찾을 수 있다.

살펴본 바에 따르면 현행 형법 제3조에 대한 해석론적 해결방안은 가별성 축소라는 측면에서는 바람직하나, 각각의 내포된 문제점으로 인해 쉽게 받아들이기 어려운 부분도 존재한다.

현행 형법 제3조가 절대적 속인주의를 취하고 있어 가별성의 확대를 가져오는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 형법 제20조를 통하여 가별성의 범위를 일정 정도 제어할 수 있으나, 형법 제3조에 “단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.”는 규정을 마련함으로써 문제를 근본적으로 해결할 필요가 있다.

주제어 : 형법 제3조, 속인주의, 절대적 적극적 속인주의, 도박죄, 정당행위, 법령에 의한 행위, 쌍방가별성의 원칙, 내국인의 국외범 처벌기준

1. 들어가는 말

지구촌(地球村)시대를 맞아 해외여행이나 파견 등 국가 간의 인적 교류 증가로 인해 외국에서 도박,¹⁾ 마약,²⁾ (아동·청소년)성매매³⁾ 등의 범죄를 저지르고 본국으로 귀국한 자국민에 대한 형사처벌 여부가 문제로 등장하고 있다.

대법원은 지금까지 현행 형법 제3조가 속인주의를 규정하고 있으므로 대한민국국민이 외국법에서는 허용되나 국내법에는 위반되는 행위를 외국에서 한 경우도 범죄가 되고, 당연히 위법성이 조각되는 것은 아니라고 판단해 왔다. 그러나 위법성이 조각되는 경우가 어떤 경우인지에 관해서는 명시적인 판시를 한 적이 없었다.⁴⁾

- 1) 최근 발생한 SES출신 가수 슈의 마카오카지노출입사건과 LG트윈스 프로야구단 선수 4명의 호주카지노 출입사건에 대해 일반국민들은 외국(마카오와 호주)에서 합법인 카지노에 출입한 것이 왜 불법이냐고 의문을 제기할 수 있다. 그러나 우리 형법 제3조는 절대적 속인주의를 채택하고 있어 대한민국국민이 합법적인 외국카지노에서 도박한 경우라도 우리 형법 제246조 도박죄에 해당한다. 다만, 그 도박행위가 일시오락인 경우에는 위법성이 조각되어 처벌되지 않는다.
- 2) 2018년 1월 1일부터 미국 캘리포니아 주에서는 21세 이상 성인의 경우 누구나 기호용 마리화나(Recreational Marijuana·대마초)를 판매·소지·운반·흡연할 수 있도록 합법화되었다. 이는 2017년 말 주민발의(proposition) 64호에 따른 것으로, 캘리포니아 주는 콜로라도, 오리건, 워싱턴, 알래스카, 네바다에 이어 미국 내 6번째로 기호용 마리화나를 합법화하는 주가 되었다. 그러나 21세 이상 대한민국국민이 캘리포니아 주에서 적법하게 마리화나를 구입하여 흡연한 경우라도 우리 형법 제3조에 의거 국내법인 마약류 관리에 관한 법률에 따라 형사처벌된다(연합뉴스, 美 LA, 기호용 마리화나 합법화 최대도시 됐다...시의회 승인(<https://m.yna.co.kr/view/>): 최종방문일 2019. 1. 20.).
- 3) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제33조(내국인의 국외범 처벌 : 국가는 국민이 대한민국 영역 외에서 아동·청소년대상 성범죄를 범하여 형법 제3조에 따라 형사처벌하여야 할 경우에는 외국으로부터 범죄정보를 신속히 입수하여 처벌하도록 노력하여야 한다.)는 대한민국국민이 외국에서 아동·청소년을 대상으로 소위 '섹스 관광'을 한 경우를 상정한 규정이다. 이 규정이 외국에서 아동·청소년을 상대로 성매매를 한 대한민국국민을 처벌하는 직접적인 근거가 된다는 견해(박혜진, "한국 남성의 해외 성매매 관광과 법적 대응방안 모색", 「고려법학」 제 69호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 21면)도 있으나, 우리 형법 제3조에 의거 국내법인 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 및 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 등에 따라 형사처벌이 가능하므로 이 규정은 그 처벌의 당위성만 강조할 뿐 별다른 의미를 지니지 않는 조문이라고 할 수 있다.
- 4) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결(형법 제3조는 "본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다."고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고,

최근 이러한 행위에 대해 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 침해하는 때에 한해 처벌할 수 있다는 기준을 처음으로 제시한 하급심판결이 등장하였으며,⁵⁾ 대법원은 “국가안전보장이나 질서유지, 공공복리” 부분은 판결문에 명시하지 않고 위법성조각사유만 언급한 채 동 판결을 확정하였다.⁶⁾

서울고등법원이 내세우고 있는 헌법 제37조 제2항⁷⁾에 따른 헌법합치적 해석이 형사사건의 기본적 해석기준으로 작동한다는 점은 분명하나, 개별 범죄의 보호법익을 함께 고려할 때 반드시 타당한지는 의문이 든다.

형법 제3조의 본질이 외국법에서는 허용되나 국내법에는 위반되는 행위를 외국에서 한 경우도 범죄가 되기 때문에 예외 없이 처벌하고자 함에 있기 때문이다.⁸⁾

그러나 현행 형법 제3조를 예외 없이 그대로 적용할 경우에는 ① 외국의 속주주의와의 충돌 문제 ② 외국에서는 처벌되지 않는 행위를 내국인이라는 이유로 처벌함으로써 외국의 법질서가 무시되는 문제 ③ 행위자의 범죄제어 동기가 매우 약한 상태에 있음에도 불구하고 행위자를 처벌한다는 점에서 책임원칙에 부합하기 어려운 문제가 발생한다.

선행연구에서는 이러한 문제점을 해결하기 위해 다양한 해석론을 제시하였으나, 검토 결과 이러한 해석론 역시 나름의 문제점을 내포하고 있음을 알 수 있

또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역개발지원에관한특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다).

5) 서울고등법원 2018. 6. 14. 선고 2017노2802 판결(내국인이 외국에서 한 행위가 국내법에 위반되는 것이더라도 그것이 행위지에서 법령이나 사회상규에 의해 당연히 허용되는 행위이고 국내법이 보호하고자 하는 법익을 침해하지 않아 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리와의 무관한 경우에는 형법 제20조의 '법령에 의한 행위' 또는 '사회상규에 반하지 아니하는 행위'에 관한 규정을 유추적용해 위법성이 조각되는 것으로 해석하는 것이 헌법에 부합한다).

6) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2018도10042 판결.

7) 헌법 제37조 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.

8) 류동훈, “형법 제3조(속인주의) 문제의 본질과 법익론적 해결안”, 『형사법연구』 제30권 제3호, 한국형사법학회, 2018, 11면.

었다. 이러한 해석론적 문제점을 극복하기 위한 방안으로 입법론적 개정방안도 다양하게 제시되고 있는 상황이다.

본 논문에서는 형법 제3조의 의의 및 적용범위와 그 처벌기준을 학설과 판례를 통해 살펴본 다음, 형법 제3조가 내포하고 있는 문제를 해결하기 위한 해석론적 방안과 입법론적 개정방안을 모색해 보고자 한다.

II. 형법 제3조의 의의 및 적용범위와 처벌기준

1. 속인주의의 의의와 유형

(1) 의의

자국국적을 가진 자국민의 범죄에 대해서는 범죄지 여하를 불문하고 자국형법을 적용한다는 원칙을 말한다.⁹⁾ 따라서 대한민국국민이 저지른 범죄가 해당 외국에서도 범죄가 되는지 여부는 고려할 필요가 없으며,¹⁰⁾ 해당외국법상 불가벌적 행위가 되거나 우리 형법보다 가벼운 처벌이 규정되어 있더라도 우리 형법이 적용된다.¹¹⁾

(2) 유형

속인주의에는 자국민이 외국에서 범한 모든 범죄에 대하여 자국형법을 적용한다는 적극적 속인주의와 외국에서 자국(자국민)의 법익을 해하는 자국민의 범

9) 김일수·서보하, 「새로 쓴 형법총론 제12판」, 박영사, 2014, 52면; 박상기, 「형법총론 제9판」, 박영사, 2012, 40면; 손동권·김재윤, 「새로운 형법총론」, 을곡출판사, 2011, 60면; 이재상·장영민·강동범, 「형법총론 제9판(중판)」, 박영사, 2018, 48면; 전지연, “형법의 지역적 적용범위에 관한 규정의 문제점과 개정방안에 관한 연구”, 「형사정책」 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012, 119면.

10) 신동운, 「형법총론[제10정판]」, 법문사, 2017, 68면; 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결.

11) 정성근·박광민, 「전정2판 형법총론」, SKKUP, 2015, 84면.

죄에 대해서만 자국형법을 적용한다는 소극적 속인주의¹²⁾가 있다.

속인주의는 자국민이 외국에서 범죄를 저지르고 귀국한 경우에 해당외국으로의 인도여부와 관계없이 자국형법으로 처벌함으로써 양국의 긴장을 해소할 수 있다는 점에서 그 필요성이 일정 부분 인정된다.¹³⁾ 그리고 자국민이 범죄로 인하여 해당외국에서 전부 또는 일정 기간 형이 집행되었더라도 자국에서의 처벌 또한 가능하다.¹⁴⁾

2. 형법 제3조의 적용범위와 처벌기준

(1) 적용범위

형법 제3조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”고 규정하고 있다.

이 규정은 대한민국국민이 외국에서 국내법 위반죄¹⁵⁾를 범한 경우에는 그 행위가 비록 행위지에서는 죄가 되지 않더라도 당연히 국내법으로 처벌되는 절대적 속인주의를 의미한다는 견해가 다수설¹⁶⁾과 판례¹⁷⁾의 입장이다.¹⁸⁾

12) 형법 제3조(내국인의 국외범)를 절대적 속인주의로, 형법 제5조 및 제6조를 소극적 속인주의(보호주의)로 보는 견해로 김성돈, 「제5판 형법총론」, SKKUP, 2017, 96-97면; 류동훈, 앞의 논문, 4면 각주2).

13) 형법 제3조는 우리나라 속인주의와 해당국의 속지주의의 충돌상황을 조절한다는 견해로 배종대, 「제13판 형법총론」, 홍문사, 2017, 89면.

14) 외국에서 집행된 형의 산입(형법 제7조)에 대해서는 조현욱, “외국에서 무죄판결을 받기 전 미결구금일수의 국내선고형 산입 여부 - 대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도5977 전원합의체 판결 -”, 「영남법학」 제46호, 영남대학교 법학연구소, 2018, 205-232면 참조.

15) 형법 제3조가 형법총칙 규정이기는 하나 형법총칙 규정은 형법 제8조에 의하여 특별한 규정이 없는 한 타 법령에 정한 죄에 적용되므로, 결국 형법 제3조는 특별한 규정이 없는 한 모든 국내법 위반죄에 적용된다.

16) 김성규, “형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 내용과 한계”, 「형사법연구」 제18권, 한국형사법학회, 2002, 199면; 오영근, 「형법총론 제4판」, 박영사, 2018, 51면; 전지연, “형법 제3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안”, 「법학연구」 제19권 제2호, 연세대학교 법학연구회, 2009, 109면.

17) 대법원 1986. 6. 24. 선고 86도403 판결; 대법원 2004 4. 23. 선고 2002도2518 판결.

18) 형법의 적용범위와는 별개로 형벌조항의 입법목적에 따라 내국인이 외국에서 죄를 범한 경우에 구성요건해당성이 부정되는 경우(내국인이 시각장애인에게만 허용되는 국내 안마자격증

여기서 내국인이란 범행 당시에 국적법 제2조부터 제7조에 따라 대한민국의 국적을 가진 자를 말하며,¹⁹⁾ 범행 이후에 국적을 상실²⁰⁾하여도 형법 제3조의 적용을 받게 된다.²¹⁾ 북한주민은 내국인에 해당하지 않는다.²²⁾

형법 제3조를 절대적 속인주의로 해석하는 경우에 내국인의 기본권을 지나치게 제한하는 결과를 가져온다거나, 국내법의 준수를 기대할 수 없음에도 처벌하는 불합리한 결과를 야기한다거나, 외국인과의 차별이 생긴다거나, 세계적으로 유례를 찾기 어려운 입법이라는 등의 이유로 위 규정에 대한 다양한 해석론과 입법론이 제기되고 있다.

생각건대 형법 제3조의 문언 및 내국인의 국외범의 경우에는 외국인의 국외범에 대한 처벌을 규정한 형법 제6조 단서²³⁾와 같은 제한규정이 없다는 면에서 볼 때, 형법 제3조는 대한민국국민의 대한민국 영역 외에서의 행위가 행위지에서 허용되는 것으로서 죄가 되지 아니하는 것이라고 할지라도, 국내법이 규정하고 있는 범죄의 구성요건에 해당되는 경우에는 우리 형법이 적용된다는 의미라고 새길 수 밖에 없다.

(2) 처벌기준

현행 형법 제3조에는 형법 제6조 단서와 같은 처벌기준이 마련되어 있지 않다.

없이 외국에서 안마업을 한 경우에는 국내법은 적용되나, 외국에서는 우리 시각장애인의 보호는 의미가 없으므로 이러한 행위는 의료법 제88조 제3호의 구성요건해당성이 부정된다는 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결)도 있다는 견해로 한상훈·안성조, 「형법입문」, 피앤씨미디어, 2018, 35면.

19) 김성돈, 앞의 책(형법총론), 96면.

20) 범행 후 국적을 취득한 경우에도 처벌하는 입법례로 프랑스 형법 제113-6조(적극적 속인주의 : ③ 행위자가 범행 후 프랑스 국적을 취득한 경우에도 본조를 적용한다).

21) 이정원, 「형법총론 공개 제1판」, 2006, 54면.

22) 배종대, 앞의 책(형법총론), 89면.

23) 형법 제6조(대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범) 본법은 대한민국영역 외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 전조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.

대법원은 현행 형법 제3조가 속인주의를 규정하고 있으므로 대한민국국민이 외국법에서는 허용되나 국내법에는 위반되는 행위를 외국에서 한 경우도 범죄가 되고, 당연히 위법성이 조각되는 것은 아니라고 판단해 왔다. 그러나 위법성이 조각되는 경우가 어떤 경우인지에 관해서는 명시적인 판시를 한 적이 없었다.²⁴⁾

최근 이러한 행위에 대해 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 침해하는 때에 한해 처벌할 수 있다는 기준을 처음으로 제시한 하급심판결이 등장하였으며,²⁵⁾ 대법원은 “국가안전보장이나 질서유지, 공공복리” 부분은 판결문에 명시하지 않고 위법성조각사유만 언급한 채 동 판결을 확정하였다.²⁶⁾

1) 서울고등법원이 제시한 처벌기준

헌법은 입법·행정·사법의 모든 국가기관을 구속하는 최고규범이므로, 법원은 법률을 해석함에 있어서도 최고규범인 헌법과 조화롭게 해석하여야만 한다. 헌법 제103조도 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정함으로써 법관의 재판 시 우선적 규범이 헌법임을 밝히고 있다. 따라서 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능할 경우 법관으로서는 우선적으로 그 법률조항의 문언과 목적에 비추어 가능한 범위 내에서 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적 법률해석을 택하여야 한다.²⁷⁾ 따라서 위와 같은 형법 제20조의 위법성 조각사유를 해석함에 있어서도 헌법에 합치되도록 해석하여야

24) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결(형법 제3조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호범위보다 좀 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역개발지원에관한특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다).

25) 서울고등법원 2018. 6. 14. 선고 2017노2802 판결(내국인이 외국에서 한 행위가 국내법에 위반되는 것이더라도 그것이 행위지에서 법령이나 사회상규에 의해 당연히 허용되는 행위이고 국내법이 보호하고자 하는 법익을 침해하지 않아 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리와는 무관한 경우에는 형법 제20조의 ‘법령에 의한 행위’ 또는 ‘사회상규에 반하지 아니하는 행위’에 관한 규정을 유추적용해 위법성이 조각되는 것으로 해석하는 것이 헌법에 부합한다).

26) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2018도10042 판결.

27) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결, 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 전원 재판부 결정.

한다.

형법을 비롯한 형사처벌 관련 법규들은 형벌이라는 국민의 생명·자유·재산 등에 대한 침익적 수단을 통하여 국민의 기본권인 자유를 제약하는 것이므로, 그 규정과 적용은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여, 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 않도록 제한적으로 규정되고 해석되어야 한다. 이러한 헌법적 요청은 내국인의 국외범에 대한 처벌법규들을 해석함에 있어서도 마찬가지라고 보아야 한다.

대법원은 내국인의 국외범을 처벌하는 헌법적 근거에 관하여 “자국민의 국외 범죄는 대한민국의 영역 안에서 범죄를 저지른 경우와 동일하게 우리 사회에 악영향을 미친다는 점을 고려하여 볼 때 적정성의 원칙, 과잉금지의 원칙이나 법익균형성의 원칙 등에 위배된다고 볼 수도 없으므로 형법 제3조는 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다”고 판시함으로써,²⁸⁾ 내국인의 국외범을 처벌하는 헌법적 근거를 그 행위가 우리 사회에 악영향을 끼친다는 것에서 찾고 있는바, 이 또한 처벌근거를 그 행위의 우리 사회에 대한 영향력 때문에 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다는 데서 찾는 취지라고 볼 수 있다.

이와 같은 헌법적 요청을 고려하면, 대한민국국민의 대한민국 영역 외에서의 행위가 해당외국의 법령이나 사회상규에 의하여 당연히 허용되는 것이라면, 국내법을 적용하여 처벌함에 있어서는 그 행위가 국내법이 보호하고자 하는 법익을 침해하여 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 금지할 필요가 있는지 여부를 먼저 살핀 후, 그 필요성이 인정되는 경우에 한하여 내국인의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 내에서만 처벌이 이루어지도록 제한적으로 국내법을 해석, 적용하여야 한다.

만약 그렇게 하지 아니하고 내국인이 대한민국 영역 외에서 한 모든 행위에 대하여, 그 행위가 행위지에서는 법령이나 사회상규에 의하여 당연히 허용되는 행위로서 국내법이 보호하고자 하는 법익을 침해하지 아니하여 우리나라의 국

28) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도214 판결 참조.

가안전보장·질서유지 또는 공공복리와는 무관한 경우까지도 국내법에 의하여 처벌할 수 있다는 취지로 해석하여 운용한다면, 이는 대한민국 영역 외에서 내국인의 자유와 권리를 헌법이 규정한 기본권 제한의 한계를 초과하여 제한하는 결과를 가져와 위헌이라고 보아야 한다. 뿐만 아니라 위와 같은 무제한적인 국내법의 적용과 해석은 그 행위가 행위지법이 강제되는 것인 경우 내국인이 국내법을 준수할 경우 행위지법에 의하여 처벌받게 함으로써 내국인의 자유와 권리가 침해되는 헌법정신에 반하는 결과를 가져오기도 한다.

따라서 내국인이 대한민국 영역 외에서 한 행위가 국내법에 위반되는 것이라고 하더라도, 그것이 행위지에서 법령이나 사회상규에 의하여 당연히 허용되는 행위로서 국내법이 보호하고자 하는 법익을 침해하지 아니하여 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리와는 무관한 경우에는, 형법 제20조의 ‘법령에 의한 행위’ 또는 ‘사회상규에 반하지 아니하는 행위’에 관한 규정을 유추 적용하여 위법성이 조각되는 것으로 해석하는 것이 헌법정신에 부합하는 해석이라고 보아야 한다.

2) 서울고등법원 처벌기준에 대한 평가

서울고등법원은 헌법 제37조 제2항에 기초하여 내국인의 국외범에 대한 위법성조각사유로 우리 형법 제20조를 제시하고 있다.

타당한 처벌기준이라고 생각하지만, 과연 현행 헌법에 의해 이러한 위법성조각사유가 도출될 수 있는지 검토해 볼 필요가 있다.

① 헌법 제37조 제2항 검토

헌법 제37조 제2항은 일반적 법률유보조항²⁹⁾으로서 기본권 제한의 일반원칙을 규정하고 있고, 특정 기본권을 제한할 수 있는 개별적 법률유보조항과는 일반법과 특별법의 관계에 있다고 본다.

29) 성낙인, 「제18판 헌법학」, 법문사, 2018, 974면; 임지봉, “법률유보원칙과 위임입법의 헌법적 한계”, 「법학논총」 제42호, 숭실대학교 법학연구소, 2018, 96면; 홍석한, “위임입법의 헌법적 한계에 관한 고찰 - 헌법재판소의 위헌심사기준에 대한 분석 및 평가를 중심으로”, 「공법학연구」 제11권 제1호, 한국비교공법학회, 2010, 220면.

개별적 법률유보조항인 헌법 제12조 제1항(신체의 자유)을 제한하는 일반적인 헌법 제37조 제2항의 요건을 충족하여야 한다.³⁰⁾

이러한 기본권을 제한하는 목적은 첫째, 국가 자체의 존립에 대한 안전보장을 말하는 ‘국가안전보장’ 둘째, 자유민주적 기본질서를 포함한 헌법질서와 기타 사회의 안녕질서를 의미하는 국가 내의 존립과 유지에 대한 안전보장으로서의 ‘질서유지’ 그리고 셋째, 서로 대립·갈등하는 개인의 사적 이익을 넘는 모든 국민의 이익³¹⁾을 의미하는 ‘공공복리’이다.³²⁾

헌법 제37조 제2항은 ‘필요한 경우’³³⁾ 기본권 제한이 가능하다고 규정하고 있다(과잉금지의 원칙).³⁴⁾

② 형법 제3조와 형법 제5조 및 제6조와의 관계

형법 제3조가 취하고 있는 적극적 속인주의에 대해 헌법상 이를 직접 허용하고 있는 규정은 존재하지 아니한다. 따라서 보호주의에 관한 형법 제5조 및 제6조와의 조정이 필요하다. 왜냐하면 대한민국 영역 외에서 형법 제5조 및 제6조의 죄를 범한 외국인은 보호주의에 의해 처벌받을 수 있는데, 대한민국의 국적을 가진 내국인은 형법 제5조 및 제6조의 적용을 받지 아니하기 때문이다.³⁵⁾

③ 소결

생각건대 서울고등법원의 판단은 현행 형법 제6조 단서와 같은 처벌기준 내지 위법성조각사유가 형법 제3조에 규정되어 있지 않음에서 기인한 것으로, 서

30) 김학성, 「제2판 헌법개론」, 피앤씨미디어, 2015, 190면.

31) 김학성, 위의 책, 190-191면; 조한상, “헌법 제37조 제2항 ‘공공복리’개념에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006, 86면(공동체구성원에게 보편적으로 좋은 것).

32) 공공복리는 국민 개개인의 자유와 권리를 최대한 보장하면서도 궁극적으로 그 자유와 권리는 사회구성원 전체를 위한 공공의 이익으로 귀결되어, 공동체가 지향하는 가치와 부합하게 된다는 견해로 성낙인, 앞의 책, 983면.

33) 기본권제한의 정당화요소는 ① 목적의 정당성 ② 방법의 적합성 ③ 피해의 최소성 그리고 ④ 법익의 균형성(비례성)이다.

34) 김학성, 앞의 책, 192-194면; 조한상, 앞의 논문, 89면.

35) 박찬주, “주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위”, 「헌법논총」 제26권, 헌법재판소, 2015, 115-116면.

울고등법원이 제시한 헌법합치적 해석에 입각한 처벌기준은 불가피한 측면이 있어 보인다. 형법 제246조 제1항 단서와 같이 해당범죄 자체에 위법성을 조각할 수 있는 문언이 들어 있지 않는 경우에는 형법 제20조 이외에는 달리 위법성을 조각할 방법이 없기 때문이다.

서울고등법원은 행위지에서 법령이나 사회상규에 의하여 당연히 허용되는 행위로서 국내법이 보호하고자 하는 법익을 침해하지 아니하여 우리나라의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리와는 무관한 경우에는, 형법 제20조를 유추적용하여 위법성이 조각되는 것으로 해석하는 것이 헌법정신에 부합하는 해석이라고 판시하고 있으나, 절대적 속인주의에 따른 가벌성의 범위를 축소하면서 일반국민의 법 상식에도 부합할 수 있다는 측면에서 형법 제20조를 유추적용할 것이 아니라 직접 적용하는 것이 타당하다.

이에 대해 대법원이 헌법 제37조 제2항에 규정된 “국가안전보장이나 질서유지, 공공복리”에 의한 형법 제3조의 처벌기준 및 형법 제20조의 직접 적용 여부를 판단하지 않고, 기존입장과 동일하게 형법 제20조의 위법성조각사유만 언급한 채 동 판결을 확정된 부분은 아쉬움으로 남는다. 대법원이 서울고등법원이 제시한 처벌기준을 적시하지 않은 것은 헌법 제37조 제2항에 따른 헌법합치적 해석은 형법해석상 너무도 당연한 것이기 때문에 형법 제20조 자체만으로도 충분히 그 위법성 조각여부를 판단할 수 있다고 생각한 것으로 보인다.

헌법합치적 해석이란 결국 개별 법률에서 구현되어야 하는 것이 마땅하다. 특히 인신의 구속을 다루는 형법영역에서는 더 더욱 그러하다.

Ⅲ. 형법 제3조 절대적 속인주의의 문제점과 해결방안

1. 형법 제3조 절대적 속인주의의 문제점

속인주의만을 채택하는 경우 첫째, 대한민국 영역 외에서 외국인에 의하여 범해진 대한민국(국민)에 대한 범죄를 처벌할 수 없으며, 외국에서 대한민국국민이 범한 범죄에 대하여 해당외국의 속지주의와의 충돌이 발생할 수 있다.³⁶⁾

둘째, 자발적으로 해당외국에 들어간 대한민국국민은 해당외국의 법질서와 형벌권에 복종하여야 한다. 그럼에도 불구하고 무조건적으로 자국형법을 적용하여 처벌하면 해당외국에서는 처벌되지 않는 행위도 대한민국국민이라는 이유로 처벌받게 된다. 이는 해당 행위를 처벌하지 않는 것으로 결정한 해당외국의 법질서를 무시하고, 대한민국의 형법적 가치표상을 해당외국에서도 관철시키려 한다는 점에서 적절하지 못하다.

셋째, 특히 도로교통법 등 행정형법에 속하는 범죄나 경미범죄인 경우까지도 절대적 속인주의를 적용하게 되면, 행위자 자신이 준수해야 할 것으로 생각하는 규범과 실제 적용규범 사이에 불일치가 발생한다. 이런 점을 고려하지 않은 채 행위자의 범죄제어 동기가 매우 약한 상태에 있음에도 불구하고, 해당외국의 법규범과 관계없이 자국형법을 적용하여 행위자를 처벌한다는 점에서 책임원칙에 부합하기 어려운 문제가 발생한다.³⁷⁾

2. 해결방안

(1) 현행 형법 체계 내에서의 해결방안

1) 국제적 법익 적용설

형벌법규의 보호법익을 국제적 법익과 한 국가의 형법이 그 나라의 법익만을 보호대상으로 하는 일국전속적 법익으로 나뉘며, 일국전속적 법익인 경우에는 형법 제3조를 적용할 수 없다는 견해를 말한다.³⁸⁾

예컨대 대한민국에서는 모든 형태의 성매매를 금지하고 있지만, 외국에서는 정신적·물질적으로 명백한 피해가 있는 경우나 사회풍속을 심하게 침해하는 경우만 금지하고 있다. 따라서 일국전속적 법익에 속하는 성매매에 대해서는 형법 제3조를 적용할 수 없다는 것이다.

36) 임웅, 「형법총론[제10정판]」, 법문사, 2018, 77면.

37) 김성규, 앞의 논문, 6-7면; 전지연, 앞의 논문(형법의 지역적 적용범위), 131면.

38) 김성천·김형준, 「형법총론(제4판)」, 삼양에드, 2008, 71-72면.

2) 기소유예 적용설

형법 제3조의 적용범위를 제한하려면 해당외국법상 범죄가 되지 않는 행위를 한 사람에게 대해서는 기소유예처분하자는 견해를 말한다.³⁹⁾

자국의 이익과 사회적 가치체계의 변화상 등을 고려하여 이러한 행위의 ‘처벌가치’ 여부에 대한 규범적 평가를 거친 후, 인간의 근본가치를 침해하는 경우에만 적극적 속인주의를 적용하자는 것이다.

3) 형법 제6조 단서조항 유추적용설

형법 제3조의 적용범위를 제한하면서 피고인에게 유리하기도 한 형법 제6조 단서규정을 형법 제3조에 유추적용⁴⁰⁾하자는 견해를 말한다.

형법 제6조는 “단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.”라는 단서규정을 두어 행위지국에서의 범죄가 대한민국(국민)에 대한 것이라고 하더라도 해당외국의 법률에 반하지 않는 경우에는 대한민국 형법으로 처벌하지 않음으로써, 해당외국의 주권 및 법률을 존중함은 물론 보호주의의 과도한 확장적용도 제한하고 있다.

이러한 기능을 수행하고 있는 형법 제6조 단서규정을 형법 제3조의 제한원리로 적용하게 되면, 대한민국영역 외에서 죄를 범한 대한민국국민이라고 하더라도 그 범죄가 해당외국의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 대한민국형법의 적용이 배제되어 형법 제3조의 과도한 확장적용을 제한할 수 있다고 주장한다.

유추적용을 통해 가벌성 또는 형량의 확대를 불러 올 위험성이 있으므로, 국가권력으로부터 국민의 생명, 신체 자유를 보호하기 위하여 원칙적으로 유추적용을 금지하고 있다. 그러나 피고인에게 유리한 유추적용의 경우에는 이러한 위험도 없고, 처벌범위가 확장되는 것이 아니라 오히려 축소되는 것이므로 이러한 유추적용이 금지되어야 할 이유가 없다는 것이다.

39) 김성돈, 앞의 책(형법총론), 98면; 임무영, “도박죄에 있어서 내국인의 국외범 처벌에 대한 타당성 검토”, 「저스티스」 제72호, 한국법학원, 2003, 254면.

40) 유추적용이란 하나의 법적 구성요건에 적용되는 규정을 그 법적 구성요건에 해당되지 않는 사안에 전용하는 것을 말한다(김성천·김형준, 앞의 책, 64면).

따라서 국내법위반 범죄이지만, 해당외국법상 범죄가 되지 않거나 소추 또는 형의 집행이 면제된 경우는 형법 제3조를 적용하여 예외 없이 처벌할 것이 아니라 형법 제6조 단서도 함께 유추적용하여 해결하는 것이 보다 합리적이라는 논지를 전개하고 있다.⁴¹⁾

4) 소결

국제적 법익 적용설은 국제적 법익과 일국전속적 법익에 대한 명확한 구분기준을 제시하지 못한다는 점에서 자의적 구분에 의한 위험성이 내재되어 있다.⁴²⁾

기소유예로 처분한 후 다시 재기하여 기소하였다 하여도 기소의 효력에 아무런 영향이 없으므로, 행위자는 공소시효완성 전까지 불안한 상태에 놓이게 된다.⁴³⁾ 나아가 법원이 그 기소사실에 대하여 유죄판결을 선고하더라도 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다. 따라서 기소유예 적용설은 형법 제3조 적용상의 문제라는 본질에서 빚겨 나간 측면이 있다.⁴⁴⁾

형법 제6조는 대한민국 영역 외 어디에서든 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 침해하는 행위를 한 경우에는 비록 그 행위자가 외국인일지라도 대한민국 형법을 적용할 수 있도록 하는 규정이므로, 형법 제3조와 비교할 때 그 적용범위와 대상을 달리하고 있다. 이처럼 적용범위와 대상 등 존재의 평면을 달리하고 있는 규정을 유추적용하자는 형법 제6조 단서조항 유추적용설이 합당한지에 대해서는 여전히 의문이 남는다.

살펴본 바에 따르면 이처럼 현행 형법 제3조에 대한 해석론적 해결방안은 각각의 문제점을 드러내고 있음을 알 수 있다. 생각건대 이러한 해결방안은 가별성 축소라는 측면에서는 바람직하나, 각각의 내포된 문제점으로 인해 쉽게 받아들이기 어려운 부분도 존재한다.

41) 김태수, “형법 제3조의 문제점과 해결방안”, 『형사법연구』 제24권 제1호, 한국형사법학회, 2012, 13-15면.

42) 김태수, 위의 논문, 12면.

43) 대법원 1983. 12. 27. 선고 83도2686 판결.

44) 김태수, 앞의 논문, 13면.

(2) 입법론적 해결방안⁴⁵⁾

〈표 1〉 외국의 입법례 비교

| 절대적 속인주의 | 제한적 적극적 속인주의 | 쌍방가별주의 | 열거주의 |
|---|---|---|--|
| 대한민국형법 제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다. | 중국형법 제7조(속인관할권) 중화인민공화국 시민이 중화인민공화국 역외에서 이 법에 규정한 범죄를 저지른 경우 이 법을 적용한다. 다만, 이 법에서 규정한 최고형이 3년 이하의 유기징역인 경우 법적 책임을 묻지 않을 수 있다. 중화인민공화국 국가 업무 종사자와 군인이 역외에서 이 법에서 규정한 범죄를 저지른 경우 이 법을 적용한다. | 프랑스형법 제113-6조(적극적 속인주의) ② 프랑스 국민이 프랑스 영토 외에서 행한 경죄에 대하여는 범죄지 법령에 의하여 처벌되는 경우에 한하여 프랑스 형벌법규를 적용한다. | 일본형법 제3조(국민의 국외범) 이 법률은 일본국 외에서 다음에 정한 죄를 범한 일본 국민에게 적용한다. |
| 프랑스형법 제113-6조(적극적 속인주의) ① 프랑스 국민이 프랑스의 영토 외에서 행한 중죄에 대하여는 프랑스 형벌법규를 적용한다. | | | 독일형법 제5조(국내범의 국외범) 외국에서 범하여진 다음과 같은 행위에 대해 행위지법에 독립하여 독일 형법이 적용된다. |

1) 쌍방가별주의로의 개정

형법 제3조를 쌍방가별주의로 개정해야 한다는 견해를 말한다.⁴⁶⁾ 자국과 해당외국 모두 형벌규정이 있는 경우에만 처벌할 수 있도록 하자는 것이다.⁴⁷⁾ 여기서 쌍방가별성이 인정되려면 행위시점에 형벌규정이 존재하여야 하고, 해당규정은 구성요건의 동일성이 아닌 범죄행위의 동일성만 있으면 족하다. 해당외국에 위법성조각사유, 책임조각사유, 처벌조각사유나 소추조건들이 존재할 경우에는 해당사유나 요건도 고려하여야 한다.⁴⁸⁾

45) 법무부 형법개정법률안에서는 조문위치만 제4조로 이동시키고, 표제어를 '내국인의 국외범'에서 '속인주의'로, 그리고 내국인이란 불명한 표현 대신에 대한민국국민이라고 하여 우리나라 국적을 가진 자에 대한 것임을 명확히 표현하는 정도에 그치고 있다. 법무부, 「형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안 제안이유서」, 1992, 25-26면(형법 제4조(속인주의) 이 법은 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 대한민국국민에게 적용한다); 법무부, 「형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서」, 2011, 20면(형법 제4조(속인주의) 이 법은 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다).

46) 김성돈, 앞의 책(형법총론), 97-98면; 전지연, 앞의 논문(형법의 적용범위), 124-125면.

47) 프랑스형법 제113-6조 제1항에서는 절대적 적극적 속인주의(중죄의 경우), 동조 제2항에서는 쌍방가별주의(중죄의 경우)를 규정하고 있다.

생각건대 이 개정방안도 형법 제3조의 적용범위를 제한할 수 있다는 점에서 바람직하다. 그러나 다음과 같은 문제점을 여전히 내포하고 있다.

첫째, 자국법과 해당외국법의 구성요건, 위법성조각사유, 책임조각사유, 처벌조건 그리고 소송조건 등이 동일하지 않으므로, 행위자는 자신의 행위로 인하여 형사처벌의 대상이 되는지 예견하기 어려울 뿐만 아니라 자국법관이 해당외국법 법률체계를 제대로 파악하기도 곤란하다.

둘째, 자국법과 해당외국법상 모두 범죄로 처벌되는 경우에는 문제가 발생하지 않는다. 그러나 자국법과 A해당외국법에서는 범죄지만 B해당외국법에서는 범죄가 아닌 경우에 해당외국법에 따라 처벌의 불균형이 발생한다.

셋째, 자국법과 해당외국법상 모두 범죄로 구성되어 있으나 처벌규정이 서로 다른 경우, 예컨대 자국법에서는 5천만원 이하의 벌금형, A해당외국법에서는 3년 이하의 징역형, B해당외국법에서는 7천만원 벌금형인 경우는 우리 형법 제7조에 의해서도 해결하기 어려워 이에 대한 처벌을 어떻게 할 것인지 문제될 수 있다.⁴⁹⁾

넷째, 내국인의 국외범에 대하여 국가보안법이 적용될 수 없는 상황이 발생할 수 있기 때문에 남북분단이라는 특수상황을 고려할 때 형법 제3조에 쌍방가별주의를 채택하는 것은 이러한 특수상황이 해소되지 않고서는 도입하기 어렵다는 점이다.⁵⁰⁾

2) 열거주의로의 개정

형사처벌 대상범죄를 한정적으로 열거하여 규정하는 방식으로 형법 제3조를 개정하자는 견해⁵¹⁾를 말한다. 이 방식은 행위지의 가별성의 존재와는 무관하게 자국형법을 적용할 수 있다는 장점이 있다. 대표적으로 일본형법 제3조⁵²⁾와 독

48) 쌍방가별성의 정도에 대한 자세한 설명은 김성규, 앞의 논문, 15-19면.

49) 김태수, 앞의 논문, 16-17면.

50) 구길모, “형법의 적용범위에 관한 고찰 - 해외원정도박에 대한 속인주의 적용 논의를 중심으로 -”, 『안암법학』 제49권, 안암법학회, 2016, 140면.

51) 김성규, 앞의 논문, 19면 이하.

52) 일본형법 제3조 (국민의 국외범) 이 법률은 일본국 외에서 다음에 정한 죄를 범한 일본국민에게 적용한다. 제1호에서 제16호(내용 생략).

일형법 제5조⁵³⁾를 들 수 있다.

생각건대 이 개정방안도 예측가능성을 담보함으로써 형법 제3조의 적용범위를 제한할 수 있다는 점에서 바람직하다. 그러나 다음과 같은 문제점을 여전히 내포하고 있다.

첫째, 자국뿐만 아니라 외국에서 반드시 규정해야 할 범죄가 무엇인지에 대한 기준을 정하는데 상당한 시간적 노력이 소요될 뿐만 아니라, 향후 추가적으로 입법 내지 삭제하는데 상당한 진통이 뒤따를 수 있다.

둘째, 자국법에서는 범죄지만 특정외국에서는 범죄가 아닌 경우 예컨대, 자국에서 도박이나 성매매를 한 경우에는 형사처벌되지만, 외국에서 도박이나 성매매를 한 경우는 처벌되지 않음으로써 국민 법감정에 반할 우려⁵⁴⁾가 있음은 물론 무분별한 해외원정도박이나 성매매를 부추길 우려도 있다.

3) 제한적 적극적 속인주의 방식으로서의 개정

절대적 속인주의는 해당외국의 영토주권을 존중하지 않고 자국민에 대해서 자국형법에 대한 무조건적인 복종을 강요하는 모습을 땀에 따라,⁵⁵⁾ 내국인의 국외범에 대하여 자국형법을 적용하기 위한 일정한 제한이 필요하다. 인간의 근본가치를 침해하는 특정한 중요범죄에 대해서만 제한적으로 적극적 속인주의를 채택⁵⁶⁾하자는 것이다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

53) 독일형법 제5조(국내법익에 대한 국외범) 외국에서 범하여진 다음과 같은 행위에 대해 행위지법에 독립하여 독일 형법이 적용된다. 제1호에서 제15호(내용 생략).

54) 김태수, 앞의 논문, 17-18면.

55) 중국형법 제7조(속인관할권) 중화인민공화국 시민이 중화인민공화국 역외에서 이 법에 규정한 범죄를 저지른 경우 이 법을 적용한다. 다만, 이 법에서 규정한 최고형이 3년 이하의 유기징역인 경우 법적 책임을 묻지 않을 수 있다. 중화인민공화국 국가 업무 종사자와 군인이 역외에서 이 법에서 규정한 범죄를 저지른 경우 이 법을 적용한다.

56) 김성돈, 앞의 책(형법총론), 98면.

57) 열거주의를 도입하여 국민이 공감대를 형성한 범죄형태(특정행위)에 대해서는 해외 어디에 가든지 지킬 수 있도록 개정하는 것이 타당하다는 견해로 김태수, 앞의 논문, 19-20면; 전지연, 앞의 논문(형법 제3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안), 125면에서는 “형법 제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다. 단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.”는 구체적 개정방안을 제시하고 있다.

4) 소결

기소유에 적용설이나 국제적 법익 적용설은 형법 제3조의 적용상 문제점을 인식하고 이를 제한하고 있다는 점에는 공감할 수 있다.

죄형법정주의의 기본 취지는 국가형벌권의 한계를 명확히 하여 국민의 생명, 신체, 자유 그리고 재산 등을 보호하는데 있는 것이다. 그것도 특정 유형의 행위를 처벌하려면 그러한 행위가 있기 이전에 성문법에 의하여 처벌규정을 마련해 두어야만 법적 안정성과 예측가능성이 담보된다. 따라서 이러한 국민의 일반적인 신뢰를 보호하기 위해서는 국민이 어디에 가든지 반드시 지켜야 할 내용을 열거하는 방식도 타당한 측면이 있다.⁵⁹⁾

쌍방가벌성 요구방식⁶⁰⁾은 형법 제6조 단서에 해당하지 아니하는 경우, 선제적으로 해당외국이나 제3국에서 행위자의 범죄행위를 처벌했을 때 이의 처리방법 - 쌍방가벌성을 갖춘 범죄에 대해 이루어진 범죄지국의 처벌이 존재하는 경우에 이를 반영하는 방법 - 을 제시하지는 못하고 있다는 점에서 형법 제3조는 그 범위 내에서 위헌성을 가진다는 비판이 제기된다.⁶¹⁾

이러한 비판은 타당하며, 오스트리아형법 제64조⁶²⁾와 독일형법 제7조 제2항 제2호⁶³⁾에 규정된 대리형사사법⁶⁴⁾에 관한 규정을 참고한 입법개정을 통해 해

58) 열거주의를 우선적으로 고려하되 그 시도가 용이하지 아니한 경우에는 차선책으로 쌍방가벌주의(동일규범주의)를 고려할 수 있으며, 형법 제3조(내국인의 국외범)를 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다. 다만, 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 경우에는 예외로 한다.”로 개정할 것을 제안하고 있는 견해로 류동훈, 앞의 논문, 24면.

59) 김태수, 앞의 논문, 18면.

60) 김성규, 앞의 논문, 35-36면.

61) 박찬주, 앞의 논문, 129면.

62) 오스트리아형법 제64조(외국에서 행해졌으나 행위지의 법률과 무관하게 처벌되는 행위) ① 오스트리아형법은 행위지의 형법과 관계없이 외국에서 행한 다음의 행위에 적용된다. ② 더 중하게 처벌하는 행위를 규정하고 있다는 이유만으로 제1항에 기재된 처벌법규를 적용할 수 없을 때 외국에서 범한 행위는 행위지의 처벌법규와 관계없이 오스트리아의 처벌법규에 의하여 벌할 수 있다.

63) 독일형법 제7조는 국외에서 범죄를 범하였으나, 독일형법 제5조나 제6조에 의하여 포섭되지 아니하는 범죄에 대하여 독일 형벌권의 확대적용을 예정하고 있는 보충적 성격의 규정이다. 제7조는 범죄가 행위지에서 형벌로 위하고 있거나, 아니면 범죄자가 소위 주권이 미치지 아니하는 공해상이어서 행위자에 대하여 어떠한 형벌권이 없다는 것을 전제하고 있기 때문이다. 독일형법 제7조(기타 국외범에 대한 적용범위) ② 국외에서 행하여지는 기타의 범죄에 대해

결할 필요가 있다.

생각건대 형법의 적용범위를 규정한 제1조에서 제8조까지의 체계에 비추어 볼 때 형법 제3조(내국인의 국외범)에 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다. 단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.”와 같은 단서조항을 마련하는 것이 바람직하다.

3. 도박죄에 대한 형법 제3조의 적용

(1) 도박죄의 보호법의

1) 특수한 형태의 재산범죄설

먼저 복표에 관한 죄와 함께 자기 또는 타인의 재산을 위태롭게 하는 특수한 형태의 재산 관련 범죄라는 견해를 말한다.⁶⁵⁾

2) 공안범죄설

여는 행위지에서 그 범죄에 관한 처벌 규정을 두고 있거나 행위지에 어떠한 형벌권도 미치지 아니하는 경우로서 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 독일형법을 적용한다.

2. 행위자가 행위 시에 외국인으로서 국내에서 체포되어 범죄의 성격상 범죄인인도법에 의하여 인도가 허용됨에도 불구하고, 인도청구가 제기되지 않고 있는 경우, 거절되었다는 이유로 또는 인도의 이행이 불가능하다는 이유로 인도되지 아니한 경우

64) 대리형사사범이란 도피하고 있는 형사범죄자가 도피국에서 도피국의 형벌권에 대한 준거점이 결여되었다는 이유로 불가벌이 되는 것을 막아주는 기능을 한다. 예컨대 나이지리아 선원이 리베리아 선적의 유조선으로 공해상에서 항해 중 어느 한 무적국의 선원을 살해하고 독일 항구에 도착하여 선상에서 도주하였으나 독일 관청에 의하여 체포된 후에 어느 곳으로부터도 인도 요청이 없는 경우, 독일형법 제7조 제2항 제2호는 그 범죄자를 살인죄로 독일형법에 따라 적용할 수 있는 근거를 제공한다(장규원·강동범, 「형법총칙 비교법 자료집」, 한국형사정책연구원, 2006, 84-85면).

65) 진계호, “도박죄에서의 문제점”, 「형사법연구」 제10호, 한국형사법학회, 1998, 138면; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Auflage, C.H.Beck München, 2019, §284, Rn. 1; Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C.H.Beck München, 2019, §284, Rn. 4; Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Auflage, C.H.Beck München, 2003, §284, Rn. 1.

공공의 도덕이나 도박장소의 질서유지를 위하여 처벌하는 공공안전 관련 범죄로 보는 견해를 말한다.

3) 사회적 범죄설

건전한 기업 활동의 기초가 되는 국민의 근로관념이나 공공의 미풍양속 또는 근로지속성이라는 사회의 경제도덕이라는 견해로 판례⁶⁶⁾와 다수설⁶⁷⁾의 입장이다.

(2) 카지노에서 도박한 경우의 처벌 여부

국내외 카지노에서 도박한 내국인과 외국인의 처벌 범위는 크게 다음과 같은 4가지 형태로 나타난다.

- ① 합법적인 외국카지노에서 도박한 외국인은 처벌되지 않는다.
 - ② 합법적인 외국카지노에서 도박한 내국인은 형법 제3조에 따라 처벌된다.
 - ③ 한국카지노에서 도박한 외국인은 관광진흥법 등에 따라 적어도 대한민국에서는 처벌되지 않는다. 다만, 경우에 따라 그 외국인의 본국형법에 우리 형법 제3조와 같은 규정이 존재한다면 처벌이 가능하다.
 - ④ 내국인은 정선카지노 이외의 한국카지노에서 도박하면 처벌된다.
- 위와 같은 4가지 경우를 보면 형법 제3조로 인해 내국인과 외국인 사이에 처벌의 불평등이 발생함을 알 수 있다.⁶⁸⁾

(3) 위법성조각 여부

이러한 경우 형법 제3조를 완화하여 합법적인 외국카지노에서 도박한 대한민국국민에 대해서는 형벌권을 유보하는 것이 타당하다는 견해가 제기된다.⁶⁹⁾

66) 대법원 1983. 3. 2. 선고 82도2151 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006도736 판결.

67) 김성돈, 「제5판 형법각론」, SKKUP, 2018, 691면; 김일수·서보학, 「새로 쓴 형법각론 제8판(보정판)」, 박영사, 2016, 514면; 배종대, 「형법각론 제10전정판」, 홍문사, 2018, 567면; 이재상·장영민·강동범, 「형법각론 제10판(보정판)」, 박영사, 2017, 648-649면; 임웅, 「형법각론[제8정판]」, 법문사, 2017, 818면.

68) 박찬걸, 「형법각론」, 박영사, 2018, 745면.

도박죄는 사회적 법익에 대한 죄로 해석되며, 여기서 사회는 우리나라 사회를 말한다. 또한 도박죄 - 특히 단순도박죄의 경우 -는 도박행위자 개인의 근로의식을 고취시키기 위한 구성요건이 아니다. 따라서 외국의 카지노가 그 나라에서 적법하다면, 외국의 카지노가 우리나라 공공의 근로의식을 위태화하지는 않기 때문에⁷⁰⁾ 우리나라 사회에서 불법하다고 평가할 대상이 되지 않는다. 따라서 대법원이 불법하지 아니한 외국의 카지노에서 우리나라 공공의 근로의식에 대해서 위태화를 초래하지 아니한 행위를 불법도박죄로 처벌한 것은 잘못된 판단이라는 견해도 제기되고 있다.⁷¹⁾

그러나 대한민국국민이 외국에 도박장소를 개설하여 운영하는 경우에도 그 운영이 우리 사회의 건전한 경제도덕법칙을 해하는 결과를 초래하도록 운영된다면, 이는 도박 관련 범죄를 처벌함으로써 보호하고자 하는 법익을 침해하는 것이므로 이에 대한 금지와 처벌은 대한민국의 질서유지와 공공복리를 위하여 필요하다고 보지 않을 수 없다. 따라서 이러한 경우 비록 그 행위가 해당외국 법령이나 사회상규에 의하여 허용되는 것이라고 하더라도, 형법 제20조에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 수는 없다.

대한민국국민인 행위자는 국내에서 도박장소를 개설하여 영업을 하기 어려워 지자 베트남에 카지노⁷²⁾를 개설한 다음 주로 우리나라 관광객이나 현지 한국교포 등 우리 국민들을 상대로 도박을 하도록 장소를 제공하였다. 비록 이러한 행위가 대한민국영역 외에서 이루어졌지만 우리 국민들을 주된 대상으로 도박을 하는 장소를 제공한 것으로서, 형법이 도박 관련 범죄를 처벌함으로써 보호하고자 하는 법익인 우리 사회의 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 해하는 결과를 가져오는 것이므로, 설령 그 도박장소 운영이 베트남법령에 의하여 허용되는

69) 박찬걸, 위의 책, 746면.

70) 단순도박은 근로정신에 대한 침해로 보기 어렵다는 견해로 배종대, 앞의 책(형법각론), 567면.

71) 이정원, "외국 카지노에서의 도박행위의 위법성 - 대법원 2004.4.23. 2002도2518 -", 「비교형사법연구」 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 449면.

72) 우리나라에서는 1995년 12월 29일 법률 제5089호로 제정된 “폐광지역 개발 지원에 관한 특별법”에 따라 2000년 10월 28일 우리나라 최초로 내국인 출입이 허용된 강원랜드 카지노가 개장되었다. 카지노업이란 “전문 영업장을 갖추고 주사위·트럼프·슬롯머신 등 특정한 기구 등을 이용하여 우연의 결과에 따라 특정인에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위 등을 하는 업”을 의미한다(관광진흥법 제3조 제1항 제5호).

것이라고 하더라도 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각되지 않는다.⁷³⁾

IV. 나오는 말

지구촌(地球村)시대라는 상황과 “사회변화에 따른 공법과 사법의 과제”라는 학술대회의 대주제에 맞게 형법 제3조의 새로운 해석 내지 입법론적 해결방안이 필요한 시점이다.

서울고등법원이 헌법 제37조 제2항에 근거한 형법 제20조 적용이라는 내국인의 국외범에 대한 처벌기준을 제시함으로써, 절대적 속인주의 적용으로 가벌성이 무한대로 확장될 수 있는 부분이 일정정도 제어될 수 있을 것이다. 또한 형법 제3조가 절대적 속인주의를 채택하고 있다는 점을 재확인하면서도, 헌법합치적 해석에 입각한 내국인의 국외범에 대한 처벌기준을 최초로 제시함으로써 외국에서 대한민국국민의 자유를 신장시켰다는데 의미를 찾을 수 있다. 서울고등법원은 형법 제20조의 유추 적용을 통한 위법성조각이 가능하다고 판시하고 있으나, 가벌성의 범위를 축소하면서 일반국민의 법 상식에도 부합할 수 있다는 측면에서 형법 제20조를 유추적용할 것이 아니라 직접 적용하는 것이 타당하다.

살펴본 바에 따르면 현행 형법 제3조에 대한 해석론적 해결방안은 가벌성 축소라는 측면에서는 바람직하나, 각각의 내포된 문제점으로 인해 쉽게 받아들이기 어려운 부분도 존재한다.

현행 형법 제3조가 절대적 속인주의를 취하고 있어 가벌성의 확대를 가져오는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 형법 제20조를 통하여 가벌성의 범위를 일정 정도 제어할 수 있으나, 형법 제3조에 “단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.”는 규정을 마련함으로써 문제를 근본적으로 해결할 필요가 있다.

73) 그러나 이러한 경우 쌍방가벌성의 원칙(제한적적극적 속인주의)이 가능하도록 입법적 수정을 요한다는 견해로 김성돈, 앞의 책(형법각론), 694면.

참고문헌

1. 국내문헌

〈단행본〉

- 김성돈, 「제5판 형법총론」, SKKUP, 2017.
김성돈, 「제5판 형법각론」, SKKUP, 2018.
김성천·김형준, 「형법총론(제4판)」, 삼양애드, 2008.
김일수·서보학, 「새로 쓴 형법총론 제12판」, 박영사, 2014.
김일수·서보학, 「새로 쓴 형법각론 제8판(보정판)」, 박영사, 2016.
김학성, 「제2판 헌법개론」, 피앤씨미디어, 2015.
박상기, 「형법총론 제9판」, 박영사, 2012.
박찬걸, 「형법각론」, 박영사, 2018.
배종대, 「제13판 형법총론」, 홍문사, 2017.
배종대, 「제10전정판 형법각론」, 홍문사, 2018.
법무부, 「형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안 제안이유서」, 1992.10.
법무부, 「형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서」, 2011.
손동권·김재운, 「새로운 형법총론」, 율곡출판사, 2011.
성낙인, 「제18판 헌법학」, 법문사, 2018.
신동운, 「형법총론[제10정판]」, 법문사, 2017.
오영근, 「형법총론 제4판」, 박영사, 2018.
이재상·장영민·강동범, 「형법총론 제9판(중판)」, 박영사, 2018.
이재상·장영민·강동범, 「형법각론 제10판(보정판)」, 박영사, 2017.
이정원, 「형법총론 공개 제1판」, 2008.
임웅, 「형법총론[제10정판]」, 법문사, 2018.
임웅, 「형법각론[제8정판]」, 법문사, 2017.
장규원·강동욱, 「형법총칙 비교법 자료집」, 한국형사정책연구원, 2006.
정성근·박광민, 「전정2판 형법총론」, SKKUP, 2015.

한상훈·안성조, 「형법입문」, 피앤씨미디어, 2018.

〈논문〉

- 구길모, “형법의 적용범위에 관한 고찰 - 해외원정도박에 대한 속인주의 적용 논의를 중심으로 -”, 「안암법학」 제49권, 안암법학회, 2016.
- 김성규, “형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 내용과 한계”, 「형사법연구」 제18권, 한국형사법학회, 2002.
- 김태수, “형법 제3조의 문제점과 해결방안”, 「형사법연구」 제24권 제1호, 한국형사법학회, 2012.
- 류동훈, “형법 제3조(속인주의) 문제의 본질과 법익론적 해결안”, 「형사법연구」 제30권 제3호, 한국형사법학회, 2018.
- 박찬주, “주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위”, 「헌법논총」 제26권, 헌법재판소, 2015.
- 박혜진, “한국 남성의 해외 성매매 관광과 법적 대응방안 모색”, 「고려법학」 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013.
- 이정원, “외국 카지노에서의 도박행위의 위법성 - 대법원 2004.4.23. 2002도2518 -”, 「비교형사법연구」 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 임무영, “도박죄에 있어서 내국인의 국외범 처벌에 대한 타당성 검토”, 「저스티스」 제72호, 한국법학원, 2003.
- 임지봉, “법률유보원칙과 위임입법의 헌법적 한계”, 「법학논총」 제42호, 숭실대학교 법학연구소, 2018.
- 전지연, “형법 제3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안”, 「법학연구」 제19권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2009.
- 전지연, “형법의 지역적 적용범위에 관한 규정의 문제점과 개정방안에 관한 연구”, 「형사정책」 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012.
- 조한상, “헌법 제37조 제2항 ‘공공복리’개념에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006.
- 조현욱, “외국에서 무죄판결을 받기 전 미결구금일수의 국내선고형 산입 여부 - 대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도5977 전원합의체 판결 -”, 「영남법

학」 제46호, 영남대학교 법학연구소, 2018.
진계호, “도박죄에서의 문제점”, 「형사법연구」 제10호, 한국형사법학회, 1998.
홍석한, “위임입법의 헌법적 한계에 관한 고찰 - 헌법재판소의 위헌심사기준에 대한
분석 및 평가를 중심으로”, 「공법학연구」 제11권 제1호, 한국비교공법학회, 2010.

〈기타〉

법률신문(2018년 6월 14일자) 내국인의 국외범에 대한 위법성 조각사유
(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=143938&kind=AA03>) : 최종방문일 2018.11.14.

2. 외국문헌

Müchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, C.H.Beck München, 2019.
Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C.H.Beck München,
2019.
Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Auflage, C.H.Beck München,
2003.

[Abstract]

**Criteria of Punishment against Crimes
by Koreans outside Korea**

Cho, Hyun-Wook

Ph.D. in Law, Konkuk University Institute of Legal Studies

This article goes on the criteria of punishment against crimes by Koreans

outside Korea.

The Article 3 of the Criminal Act states that “this act shall apply to all Korean nationals who commit crimes outside the territory of the Republic of Korea” referring to the principle that the application of the Criminal Act depends on nationality.

The Seoul High Court provides for the first time the punishment criteria against crimes by Koreans outside Korea such as the “application of Article 20 of the Criminal Act based on Article 37 Clause 2 of the Constitution” .

This punishment criteria is preferable in terms of reduction of the criminal punishment and Right of freedom for the people of the Republic of Korea.

As we have seen, the analytical solution to Article 3 of the current Criminal Act is desirable in terms of reduction of the criminal punishment, but there are some parts which are difficult to be easily accepted due to each of the contained problems.

Although Article 20 of the Criminal Act provides a certain degree of control over the scope of criminal punishment, also it is undeniable that Article 3 of the current Criminal Act takes absolute Personal principle and leads to the expansion of the criminal punishment.

A new interpretation or amendment of Article 3 of the Criminal Act is needed in accordance with the situation of the global village and the main theme of the conference called “the task of public law and private law in accordance with social change”.

I think that it is desirable to fundamentally solve the problem through preparation of the provision such as “That this shall not apply where such acts under Act in effect at the time of the act do not constitute a crime, or the prosecution thereof or the execution of the punishment therefor is remitted” in Article 3 of the Criminal Act, not interpretation.

Key words : Article 3 of the Criminal Act, Personal principle, Unconditionally

active personal principle, The crime of gambling, The justifiable act,
The act that does not violate the law, Dual criminality punishment,
Punishment criteria against Crimes by Koreans outside Korea